



מחברת בחינה

דיני עונשין+תרגול

מרצה: פרופ' עמנואל גרוס

הפקולטה למשפטים
תשס"ט

שנה א', מסלול 2

נציג נציגי כיתה: ויקי חביב ודודתן שפיגלר

השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד.
אגודת הסטודנטים אינה אחראית לתוכן המחברת.
מחברת זו אינה באה כתחליף להרצאות ותרגולים.
מחברת זו לא באה לפגוע בשמם של המלומדים הנכבדים, אלא כעזר בלבד לתלמידיהם.

דיני עונשין – המשפט הפלילי

• המשפט האזרחי – מתמקד בעיקרו בקביעת נורמות וכללים משפטיים שתפקידם להסדיר את היחסים בין האדם לחברו.
דוגמה :

חוק החוזים העוסק בחוזים ובהפרתם נותן בחירה באיזה בית המשפט יישפט או קבלת פיצויים בשל הפרת החוזה – אנשים פרטיים ולכן יישפט במשפט אזרחי.
סכסוך אזרחי יכול להתקיים גם בין אדם לאדם וגם בין המדינה לאדם פרטי. בשל הפרת חוזה המדינה יכולה להימצא כנתבעת במשפט האזרחי.
• המשפט הפלילי – מתמקד בחטיבה של כללים משפטיים – האיסור / העברה הפלילית, אלו דינים שקובעים לנו וכופים עלינו תנאים של התנהגות בין אדם לזולתו או כלפי אזרח מסויים.

ההבדלים בין המשפט הפלילי לאזרחי :

• במשפט הפלילי הכללים כופים על כולם ובמשפט האזרחי הכללים המשפטיים כופים על הצדדים בסכסוך.
• העומד מאחורי ההליך הפלילי – המדינה ולא הפר חוזה בין אדם לאדם ופגעה באדם כמו במשפט האזרחי, הפגיעה במשפט הפלילי הוא פגיעה במדינה – בחוקי המדינה ולכן ההליך הוא בין אדם למדינה.
• בשנים האחרונות היו שינויים רבים בהקשר של הקרבן בהליך המשפטי הפלילי, בשנת 2002 נחקק חוק זכויות הקרבן – בעיקר קרבנות עברות מין ואלימות – זכות הקרבן עדיין לא יכול לעשות את עבודת הפרקליטות, אך הקרבן יכול להיות מעורב בכל הליך המשפט.
• בהליך הפלילי ברגע שנכתבה התביעה התיק אינו יכול להסגר ע"י אדם פרטי או ע"י מגיש התלונה, רק במקרים נדירים, להבדיל מתיק אזרחי שיכול להסגר ע"י מגישה.

המשפט הפלילי נחלק ל-2 : המשפט המהותי והמשפט הדיוני.

המשפט הפלילי המהותי כולל שלושה חלקים עיקריים.
• דיני עברות – כל הסעיפים שקובעים / מגדירים את העברות עצמן.
• החלק הכללי של דיני עונשין – כל אותם הכללים המשפטיים שמגדירים מהי עברה פלילית ומהם כלל השיתוף (מי יחשב כשותף / משדל לדבר העברה), גל כולל בתוכו חלק זה את הסייגים / ההגנות במשפט הפלילי (הגנה עצמית).
• החלק המקדמי של דיני עונשין – אותם דינים שמלמדים אותנו על מה חל המשפט הפלילי. (התכולה הגאוגרפית).
• האם המשפט הפלילי החל כאן בישראל תקף גם למדינות אחרות, מלמד תכולה מבחינת מיקום יש גם תכולה מבחינת זמן, האם אפשר לתבוע רטרואקטיבית.

שיעור 2 - 10/11/08

עקרונות הראשיים במשפט הפלילי - דיני העונשין :

• **עקרון החוקיות** – לא מיוחד רק למשפט הפלילי אלה בענפי משפט אחרים, להבדיל ממשפט אחרים במשפט הפלילי יש לו ייחודיות משם עצמו.
עקרון החוקיות מקפל בתוכו מסרים (אין עונשין אלה אם מזהירים וכו'), כמו כן, המשפט הפלילי נבנה מתוך הנחה שבחברה חופשית בני אדם חופשיים להחליט הכיצד יתנהגו ומה יעשו עם עצמם בכל זמן שהוא אלה אם התנהגות מסויימת נעשה עליהם במפורש, כלומר התפיסה היא שהכל מותר אלה אם נאסר ע"י המחוקק, וכדי שנדע שהתנהגות מסויימת היא אסורה אנו צריכים לדעת ולתת לנו אזהרה נאותה מפני מה להיזהר ומה אסור. במסגרת

עיקרון זה, **אין עונשין אלא אם מזהירין**. כלומר, לא ניתן להעניש אדם על כך שעשה מעשה אסור אלא אם יידעו אותו על כך בצורה ברורה ומראש. במצבים בהם קיימות התנהגויות שלא מקובלות באופן גורף, הכנסת רשאית לחוקק חוק שימנע אותן בעתיד. כמובן שלא ניתן לחוקק איסור זה על התנהגות רטרואקטיבית. המחוקק הראשי (הכנסת) בלבד ראשי לצוות עלינו לא לעשות דברים מסויימים, שרי הממשלה מוסמכים גם הן להתקין נורמות לביצוע, בעלות ערך שונה מחוקי הכנסת (תקנות, כללים וצווים).

התפיסה במשפט הפלילי, הכנסת לבדה מוסמכת מטעמים, להחליט על איסורים פליליים, אם סייג אחד יוצא מן הכלל – אם הכנסת מאפשרת לבצע לרשות המבצעת להתקין תקנות חוקיות היא חייבת בחוקי הכנסת לומר זאת במפורש ולהסמיק את הרשות להתקין תקנות פליליות (תקנות פליליות שהעונש לגביהן לא יכולה לעשות מעל 6 חודשי מאסר). כשהכנסת מבצעת חוקים היא אינה יכולה לפקח על ביצוע, על מנת לוודא שהחוקים אכן מתבצעים היא מסמיכה שר מסויים לאותו עניין ספציפי.

מאותו חוק שיוצא מטעם הכנסת, לא די בכך שהכנסת מעבירה את החוק בשלוש קריאות, אלא חוק זה מבחינה מהותית צריך גם להיות בעל משמעות, חוק הזה מבחינה מהותית צריך להיות בעל משמעות, ברור ובהיר, לאמור, מסוגל מתוכו לשדר את היסוד.

אם החוק אינו ברור, לא רק שאינו ברור לציבור, אלה החוק יכול להיות שינוי במחלוקת לגבי תוכנו, לאמור, מה היקף האיסור הפלילי? למה התכוון המחוקק?

לכן יש צורך בפרשנות, צורך זה הוא צורך טבעי משום שכאמור נסוכם של חוקים היא ע"י שימוש בלשון בני אדם ולא תמיד הלשון מדוייקת, ומצליחה לבצע נכונה את הרעיון שהיא רוצה להגשים. במקרה כזה, הפרקליטים יציעו את הפרשנות שלהם לבית המשפט – למה התכוון המחוקק.

פרשנות – זכותו של האזרח לקבל הזהרה נאותה מהמחוקק, מה שיהפוך להוראת מחוקק ללא ראווה ובטלה היא שאתה הוראה שאינה ניתנת לפרשנות, שגם פרשנות לא תצליח בה.

אין עונשין על דברים שבלב – חופש הביטוי והמחשבה, כלומר, מקדש את אחת

הזכויות החשובות במדינה דמוקרטית – חופש הביטוי.

ערך מרכזי וממנו נגזרים זכויות נוספות להבדיל מחופש הביטוי, הזכות להפגין וכו'.

התפיסה של המשפט הפלילי ביקשה לתת ביטוי נכון לחופש זה, ביטוי המחשבה, כאשר אדם מבטא את מחשבותיו, אין זה ראוי להפוך מחשבה זו לפלילית.

עבירות הביטוי / השפתיים / ההסתה – באותם מצבים שאדם מסי את הציבור השומע לנקוט באלימות או בטרור, או מסית אותם לגזענות, או ממרד אותם, זה כנגד זה או אותם כלפי השלטון, כל התנהגויות אלה נחשבות להתנהגויות פליליות למרות שהן חלק מחופש הביטוי. בשל מסוכנותם של אותם ביטויים, אוסרים מראש על אדם להתבטא באופן מסית. ככלל שניתן לאפשר לאדם לבטא באופן חופשי את מחשבותיו, אלא אם מחשבה זו נועדה לעורר אצל השומע זעם.

אין עבירה ללא אשמה – הכוונה שלא די בהתנהגות פיזית שפגעה בערך מוגן של

החברה (החיים, החופש וכו'), כדי להצדיק את הפללת הפוגע והחברה מבחינה מוסרים תהיה צודקת, אנו דורשים שאצל אותו אדם שפגע ילווה את הפגיעה שלו במחשבה פלילית - תובע מאיתנו להוכיח שהאדם היה מודע למעשיו.

כאשר אדם פוגע לא בכוונה (תאונת דרכים), קרה בגלל הפוגע לא שם ליבו לארוע. התנהגות זו לא היתה אמורה להיחשב כעבירה פלילית.

לכל עבירה עונש ההולם את חומרתה - המשפט הפלילי עוסק בהתנהגויות ואוסר

עליהן או קובע את חומרתן ומגיב בעונש לאלה שמפרים את אותם איסורים. החומרה נגזרת מהשוואה של אותה התנהגות להתנהגויות אחרות - לא יכול להיות שהתנהגויות אסורות יענשו באותה מידה של חומה אם ההשפעה של אותן התנהגויות היא לא אחידה על כל החברה ההנחה היא שהנזק שונה מהתנהגות אחת לאחרת ובהתאם חומרת הנזק כך צריך להיות העונש העונש מבטא את חומרת הנזק שהוא גורם לחברה. ההתנהגויות לא מזיקות

באותה מידה של חברה והנזק משתנה מהתנהגות אחת לאחרת. לכן צריך שיהיה מדרג עונשים שיבטא את התפיסות החברתיות מה נחשב לחמור יותר או פחות לגבי החברה. בראש הסקלה נוטים להציב את הערכים החשובים ביותר לקיומה של המדינה כמו ערל החיים האיסור לפגוע בחיי אנשים אך במישור הציבור בראש הסולם יעמוד ערך ביטחון המדינה. והפוגע בערים אלו יענש בשיא החומרה. הפוגע בביטחון המדינה צפוי לעונש של מאסר עולם בייחוד בזמן מלחמה להבדיל מפגיעה ברכוש הקניין, הוא אומנם חשוב, אבל אין להשוותו לערך החיים. מדיניות זו כאמור צריכה לקחת במשיבון את הנזק שעבירה זו גורמת לחברה.

כל עבירה צריכה לקבל את הסכמת הציבור – על הלימת העבירה את תודעת הציבור – התנהגות ההופכת לפלילית צריכה לקבל את הסכמת החברה, כלומר אם אוסרים על התנהגות לאסורה והחברה לא מסכימה לכך אין שום סיכוי לאותה התנהגות שאכן היא תהיה אסורה, אנשים לא יציטו לאיסור הזה. לפי המשפט - "אין גוזרים על הציבור תקנה שאין הוא יכול לעמוד".
נשאלת השאלה, עד כמה הציבור צריך להסכים? כל הציבור או חלקה?

אין עבירה בלי מידה מינימלית של נזק לציבור – אם אין נזק תועלתני לחברה מעצם איסור בחוק הפלילי, אזי למעשה, לא צודק ולא נכון לאסור על ההתנהגות.

אין עבירה בלא עושה בעל כשרות פלילית עובר לעשייתה – לא די בכך שאדם בהתנהגותו עבר עבירה פלילית, אלא כדי להצדיק את עלייתו לדין ושליחתו לבית הסוהר, צריך להוכיח שהיתה לו כשרות פלילית, היתה לו את היכולת להבין שההתנהגות שהוא מבצע הוא התנהגות אסורה, למרות שהוא הבין שההתנהגות שהוא מבצע היא אסורה - ולכן החברה גובה ממנו את העונש.
כשרות זו מביא לידי ביטוי את היכולת של האדם להיות קשוב לערכי החברה ולהפנים אותה, אדם יכול להיות חסר יכולת משני טעמים:
- גילו של האדם – מתברר שתהליך צמיחתו של האדם היא דרך הטבע, עד שהוא מבין איפה הוא נמצא, קולט את החברה ואת ערכיה.
אנשים מתפתחים בצורה שונה וקצב הצמיחה שונה מאחד לשני ולכן לא כולם מגיעים לאותה בגרות באותו השלב. הגיל בו אדם מתחיל לשאת באחריות פלילית הוא 12 לא די בכך שאדם בהתנהגותו עבר עבירה פלילית, אלא כדי להצדיק את עלייתו לדין ושליחתו לבית הסוהר, צריך להוכיח שהיתה לו כשרות פלילית, היתה לו את היכולת להבין.
- מצב נפשי – יש אנשים שבגלל מצבם הנפשי לא יכולים להבין את הטיב הפיזי של התנהגותם או הטיב המוסרי של התנהגותם, או האם הם מבינים שזה אסור מה שהם עושים בגלל מצבם הנפשי ואינן יכולים להימנע מלעשות זאת בגלל מצבם הנפשי. אנו מכירים זאת במינוח "מחלות רוח" - מדע פסיכיאטרי מכיר הרבה מעבר למחלות נפש.
הכוונה למחלות הגורמות לאדם לא להיות מסוגל מלהימנע מעשיית העבירה הפלילית. החוק לטיפול במחלות נפש מחייב את בית המשפט לאשפז את אותו אדם בכפייה בבית חולים לחולי נפש. המחוקק מתייחס גם לתופעה נוספת הפוטר גם אנשים הלוקים בפיגור שכלי, הם אינם חולי נפש אך הם לוקים בפגיעה שכלית הפוגעת בהגיונם הבריא. מדע הרפואה אינו יודע לפתור מחלות נפש, הרפואה יודע לעזור לשלוט במחלה או לעקב אותה, על מנת לדחות את הגליות של המחלה ככל שניתן, אך לא לפתור אותה. איבוד עשתונות לא יחשב בשום מצב למחלת נפש.

• אין עבירה ללא התנהגות ברצון – לא די בכך שפעולה פיזית פגעה בזולת, אנו

צריכים לדעת שאותה התנהגות נעשתה ברצון ואותה התנהגות היתה נשלטת מבחינה מוטורית – אדם פעם פיזית ופעולתו פגעה באותו ערך מוגן יכול היה גם לשלוט באותה ההתנהגות ולהימנע מההתנהגות. לכל אחד מנגנון להחליט אם לעשות פעולה פיזית או לא. מנגנון זה נפגע ונעדר לאדם שליטה מוטורית ולא יכול לבחור בין שני קווי פעולה חלופיים – לעשות פעולה פיזית או לא בגלל הפגם במנגנון.

במשפט הפלילי – אם אנו משתכנעים שאותה התנהגות שעומדת בבסיס העבירה היא תולדה של אי שליטה של אותו פגם. והאם יש להפלילו – בגלל שאינו היה מודע למעשה. אם אכן מתברר שאדם פגע בזולת או באותו ערך חברתי והעבירה פלילית, נוצר כתוצאה מאי שליטה באותו פגם מוטורי, החוק הפלילי מקנה לו הגנה מפני אישום פלילי, הגנה שביטויה בסעיף 34 ז – לאמור העדר שליטה. המחוקק בסעיף זה מראה את דבריו על ידי הדגמה, ע"י כך שמשמש במילה "כמו". דוגמאות אלה הם דוגמאות בלבד ולא ברשימה סגורה של מצבים.

דוגמה : נוסעים בכביש החוף ופתאום נכנס לתא הנהג דבורה מהחלון, הדבורה עוקצנית, לאדם שנעקץ מגיב באופן לא רצוני – הרפלקס, פעולה פיזית ולא נשלטת. ההגה מוסת באופן לא מכוון, והרכב עולה על השוליים וגורם לפגיעת הולכי רגל. אם הוכיח כי פגיעה זו היא תולדה של העדר שליטה – לא ניתן יהיה להפליל את נהג הרכב – פטור מאחריות פלילית.

הגשמת האחריות הפלילית – עניינו של הריבון בלבד – הסכסוך הוא בין האדם הפרטי למדינה, הליך זה לבירור הסכסוך הוא עניינו של המדינה האם ליזום את התהליך ואיך לנהלו.

עקרון זה מראה לנו כי ההליך הפלילי שונה מההליך האזרחי – תלוי במדינה עצמה ולא בקרבן.

- למרות שהיריבות היא בין המדינה לנאשם, כיום הקרבן מעורב בהליך הפלילי להבדיל מהעבר, ע"י תלונה ולכפות על המשטרה כתוצאה מהתאונה, את החקירה. הקרבן יכול גם לפקח על מקבלי ההחלטות בהליך החקירה ולא רק לפתוח בחקירה, הקרבן יכול להגיש ערר במקרה של סגירת התיק.

• העקרון האחריות האינדיבידואלית - היא אישית לאותו אדם שהתנהגותו תרמה

לאותו עבירה. קרבה משפחתית היא לא זיקה להפוך אדם מסויים לעבריין, אך בגלל תרומה אישית של הזיקה המשפחתית יכולה להעמיד לדין את בן המשפחה. וכך גם קרבת חברות.

נקודות נוספות לדין :

• בעקרון החוקיות - התפיסה החוקתית היא שכל דבר מותר לעשות אלא אם כן

אוסרים עלינו במפורש, במידה ולא אסרו במפורש לא היתה סיבה לחשוב שיפלילו על אותה ההתנהגות. **התנהגות שאסורה לא יכולה להיות אסורה בדיעבד!** הכתם הפלילי של אדם שהורשע, החברה החליטה כי היחיד המוסמך לקבוע התנהגות פלילית היא הכנסת – המחוקק הראשית – באמצעות חוק ולא פחות מכך. תקנות צווים וכללים לא יכולים להגדיר התנהגות פלילית, אך יש יוצא מן הכלל אחד, החוק של הכנסת במפורש מסמיך את החוק המשנה להתקין תקנות פליליות.

אין פוגעים בזכותו של אדם מפני מאסר או מעצר, זכות חוקתית אך אם יש סיבות מיוחדות מותר לפגוע בזכות החוקתית הזאת שנאמר בסעיף 8 – פסקת ההגבלה – "אין פוגעים בזכויות על פי חוק זה אלא בחוק או על פיו, לתכלית ראויה ולא למעלה מן הנדרש", 4 תנאים שקשורים בפגישה בזכויות האדם וחירותו :

1. באמצעות חוק.

2. לתכלית ראויה.

3. סעיף המטרה של החוק – חוק שהולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה

• חוק העונשין : עבירה ועונש יקבעו רק ע"י חוק ולא ע"י נורמה שהיא ברמה נמוכה ממנה. מחוקק המשנה כיוצא מהכלל – סעיף 2 – "הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק, כוללת אף את הסמכות לעבירות על התקנות ועונשים על עשייתה".

• הכנסת קבעה עבירה פלילית במסמך שעבר את שלושת הקריאות כדי לחוקק חוק, האם די בכך? כדי שחוק יצא מידי חובת האזהרה שאנו זכאים לה, אותו חוק צריך גם מבחינת התכנים שלו להיות מסוגל לבטא את אותה האזהרה, להיות מסוגל לתוכו לומר לבני אדם ממה להיזהר – החוק צריך להיות ברור.

• תקלה ציבורית – בדרך כלל כשאנו נתקלים במכשול כזה של הבנה, אנו נוטים לפנות למילון, אך במילון אין את המושג "תקלה ציבורית" מונח זה הוא מונח אנגלי שנקבע בזמנו ע"י שופטי אנגליה במשפט המקובל. שופטי אנגליה לא פועלים בגדר עקרון ולכן לקחו את כל המקרים המוכרים, אך אין מכנה משותף בין כל המקרים, המשפט המקובל בזמנו אפשר לשופטים לחוקק את הנורמות הפליליות בניגוד למה שהיום המחוקק הראשי צריך לעשות, השופטים נאלצו להודות שעצם אין מכנה משותף ואין הגדרה ברורה מהי תקלה ציבורית, ובעצם הוסיפו וקבעו כי יש סתירה לעקרון החוקיות ואין אזהרה שראויה שעל פיה אדם ידע ממה להשמט, משום שאדם לא יודע מה היא תקלה ציבורית. בפסק הדין של אשד ניסו לצמצם את היקף הפלילי. מאז האיסור הזה לא הופעל פעם נוספת אך הגיע לבית המשפט העליון, וכשהוא ניסה להגדיר מה הוא חוק לא ברור – נתנו את סעיף 195 או 198 לחוק העונשין.

בחדשים האחרונים – סעיף 198 אינינו יותר, מבוטל.

בפס"ד ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היוהמ"ש לממשלת ישראל,

עלו הדברים הבאים : האספה היא כלי מסובך, לא תמיד אנו מסוגלים על ידי עיון של הלשון מבינים בקלות למה התכוון המחוקק, מה שמביא אותנו לפרשנות, ולא הופך את החוק ללא תקין, אך השאלה היא איך לפרש את החוק? אם השופט יכול לבחור בין שתי חלופות שיבחר בחלופה שמקלה עם הנאשם. ברק בא ועצר את הדבר – חוק פלילי לא שונה מחוק אחר ואין לו יחוד מבחינת הפרשנות, גם חוק פלילי מפרשים באופן רגיל כמו כל חוק רגיל, על פי ניסיון להבין את התכלית. עבודת הפרשנות המשפטית בכלל לא דומה למה שעושה הפלשן – המטפל בלשון, האחד מנסה להבין למה התכוון המחוקק שהתכוון באותה לשון. ברק אומר כי בלעדי הלשון אי אפשר להבין מה כתוב, האיסור הפלילי צריך להיות מעוגן בתוך הלשון. יש לדעת מה היתה התכלית – סובייקטיבית או אובייקטיבית. סובייקטיבית – מה היתה הכוונה כשהשתמשו באיסור הזה. אובייקטיבית – אותם עקרונות על של המשפט (מדינה שוויונית, דמוקרטיה וכו') ולעולם מונחת על כל האיסורים הפליליים.

התולדה של ברק – רק אם גילית את התכלית ויש 2 אפשרויות שבאות בחשבון על פי המטרה, כל אחת בפני עצמה תגשים את המטרה, יבחר את האפשרות שיותר נוחה לנאשם. דבר זה כיום מעוגן ומפורש בסעיף 34 כ"א.

• אי ידיעת הדין אינה פותרת וכך גם טעון בהבנת הדין, משום שיש פיקציה חזקה שכל אחד מאיתנו מבין את החוק ואינו יכול לטעות. מכוח עובדה זו, המדינה באשמתו של אדם לא אמורה להוכיח שהוא עובר על עבירה מבחינה משפטית.

• סעיף 34 י"ט – טעות במצב משפטי – לעניין האחריות הפלילית, זה לא משנה אם האדם דימה אם המעשה אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור הפלילי, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר.

•קבוצה של נורמות פליליות שהם עוזרות לחברה לאכוף את האיסורים הפליליים, באמצעותם החברה מצליחה להגשים את האיסורים הפליליים ולאכוף אותם. הנורמות הדיוניות עוזרות לאכוף את האיסורים הפליליים. הן קובעות את אופן החקירה-הדין הפלילי-מי מוסמך לחקור עבירות, מהן סמכויותיו. במהלך החקירה אילו זכויות יש לנחקרים- מה מותר להם לעשות ובסוף החקירה אותם כללים עוזרים לנו להחליט מיהו הגוף שיהיה אחראי עליה-האם יש מספיק ראיות להגשת כתב אישום או לסגור את התיק. כללים אלה מלמדים מה צריך להכיל כתב האישום. כיצד מתנהל המשפט, מי מביא את העדים, כיצד מתנהל הדיון וכו'.

בצד העבירה עצמה יש מערכת גדולה של כללים שמסייעת לברר את העבירה והעם בכלל נעברה. לגבי כללים אלו, בצד העבירות מקובל היה במשך הרבה שנים לסווג את הכללים לכללים דיניים שאדם לא קונה לגביהם זכות.

להבדיל ממצב שקורה בנורמה מהותית שלא ניתן להחיל באופן רטרואקטיבי בנורמה דינית אדם לא יכול לבוא ולדרוש לשנות את הכללים.

נורמה דינית – דיני ההתיישנות פס"ד של נאשף -

כידוע לכל נורמה יש התיישנות כלומר אדם בכל תחומי המשפט, יש זכות קניינית ומישהו חייב לו כסף ולהעביר רכוש במקרקעין, אפשר לתבוע אותו אם אינו עומד בהתחייבותו ולגרום לו דרך בית המשפט להעביר לי את טאבו מתוקף העובדה שיש לי את הזכות הקניינית החוזית. אך זכות זו מתיישנת כעבור מס שנים אם האדם אינו עושה שום דבר כדי למשש אותה. לפני שינוי הכללים, זכויות ממוניות התקופה היא 7 שנים – חוק ההתיישנות. לגבי נורמה פלילית גם היא מתיישנת אולם בתקופות שונות, חוק הסדר הדין הפלילי קובע תקופות התיישנות מצד אחד כלפי עבירות פליליות ותוקפה, ומצד אחד קובע התיישנות כלפי עונשים. השאלה הנשאלת – איך יש לסווג כללים להתיישנות?

לעינין זה נדרש בית המשפט אשר טען כי בעצם לא ניתן להעריך כלפיו תקופה של התיישנות, אם הכנסת מחליטה כי מרביתם של הפשעים מתיישנים אחרי 10 שנים, אומר נאשף כי אינם יכולים בתי המשפט כי לגביו, כעבור מספר שנים להאריך את תקופת ההתיישנות משום שבידו זכות מהותית שלא ישנו את ההתיישנות מ-10 שנים. בית המשפט העליון פוסח על שאלה זו, ועונה בצורה הבאה : המבחן אומר לגבי הנושא של התיישנות עובר דרך הצעד, כי יש לבדוק מה היתה תקופת ההתיישנות בזמן שהאדם מבוצע בזמן העבירה. בית המשפט אומר כי אם השינוי של התקופה הזאת ומאריכה מ-10 ל-15 שנה, השאלה מתי היא שינתה, האם עושה זאת לאחר ה-10 שנים שחלפו והסתיימו, האדם קונה לעצמו זכות שלא יחולו זאת עליו, אך אם קורה בשנה שלפני ההתיישנות ומשנה את ההתיישנות, אומרים לאדם כי אין לו זכות לחכות עוד שנה עד ל-10 שנים אלה עד לתום תוקף ההתיישנות החדשה – 15 שנים ולכן עליו לחכות 6 שנים.

לסיכום : אדם קונה לעצמו זכות לגבי תקופת ההתיישנות אם תקופה זו עדיין לא התגבשה, אם התגבשה לא ניתן להכיל עליו את התקופה החדשה והארוכה.

•דיני ההסגרה -

עוסקים בשאלה – האם להסגיר אדם למדינה אחרת שמבקשת את הסגרתו, כאשר חשוד במדינה בעבירה פלילית, יש את חוק ההסגרה משנת 1954 הקובע מי יחשב שבר הסגרה, וקובע גם את הכללים איך מבררים שאלה זו, למי הזכות לפנות ולאיזה בית משפט פונים, מהן הפרוצדורות וכו'. בית המשפט העליון נדרש לענות מה דינו של אדם המגיע מברית המועדות ובזמן שיש לו אזרחות ישראלית, מלווה את הגעתו בקשת הסגרה מרוסיה המואשם בפשע חמור, אך אין אמנת הסגרה בין ישראל לרוסיה וכי אין אפשרות להסגיר אדם למדינה אחרת אלא אם יש אמנה או הסכם הסגרה בין המדינות. ואכן אותו אדם לא הוסגר, כעבור כמה שנים חותמות ישראל ורוסיה על אמנה ארופאית ועל פיה מוסכמות זו לזו להסגיר אזרחים על פי הקבוע באותה אמנה, רוסיה שוב מבקשת על אותו אדם לאחר האמנה שעדיין ברוסיה יש כתב אישום תקף נגדו, בא אדם בפני בית המשפט ואומר כי אי אפשר להסגירו למרות האמנה מפני שבהגעו לרף יש לו זכות שאי אפשר להסגירו, בית המשפט השיב לו כי אדם לא מקנה לעצמו זכות להסגרה, כלומר דינים דיונים ולא מהותיים, וכי אפשרי להסגירו ולהכיל על אדם רדיואקטיבי.

כשמדובר בזכותו של אדם להתייעץ עם עורך דין כשמועמד למשפט פלילי או נעצר בחשד

לעבירה – הזכות היא חוקתית והיום נוסעת גם מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, נהוגה במדינות בעלות מסורת כמו ארה"ב. בישראל החסיון בפני הפללה עצמית מוכרת. הזכות לראות עו"ד זכותו של כל חשוד וכיום גם מהוגנת בחוק הסדר הדין הפלילי. וגם החיסיון מפני הפללה עצמית.

נניח כי בית המשפט ימצא כי יש תכלית ראויה ויש להצדיק את המחורר בצעד, האם אפשר להכיל את המגבלות החדשות הללו ששוללת את הזכות לראות עו"ד לאנשים שהיתה להם הזכות הזאת באופן רטרואקטיבית? הסיווג הוא של נורמות דיוניות ולא מהותיות, התשובה מאז המהפכה החוקתית היא כי ישנן אחר נורמות דיוניות שבגלל המהפך החוקתי, והחשיבות החוקתית שלהן, הפכו להיות נורמות דיוניות באופן מהותי והתנהגותן מהותיות למרות היותם דיוניות.

די שהתובע משכנע את בית המשפט כי גרסתו טובה מהצד השני – כלומר 51% ואפשר לקבוע זאת גם במשפטים פליליות ואם כך, היו יותר הצלחות מאשר היום כי אחוז המורשעים היה יותר גדול ולא היה צריך להשתכנע ברמה גבוהה אך יש לכך מחיר, היו יותר הרשעות אך גם הרבה יותר טעויות, כלומר היינו באופן בטוח מרשיעים שלא בכוונה אנשים שבעצם לא עשו כלום אך היות ולא היו צריכים להוכיח ברמה גבוהה בית המשפט טעה וקבע את אשמתם והכניסם לבית הסוהר. החברה אינו מוכנה בישראל לקחת את הסיכון הזה שחף מפשע יוכנס לבית סוהר מתוך ידיע מראש וכך נוצר האמרה כי עדיף 10 אשמים שיצאו לחופשי ולא 1 שיוכנס לתא המעצר שלא עוול בכפו. מאז כלל של זכותו של אדם במשפט פלילי שחפותו תוכח באופן יוצא דופן – הפך לקבוע בסיסי עקרוני וחוקתי, זכות חוקתית של כל אדם שיוכח חפותו רק ברמה עליונה. לסיכום:

דין פלילי דיוני לדין פלילי מהותי – התנהגותם כיום – תלוי באיזה סוג של דין פלילי דיוני מדובר, אם בעל אופי לא מהותי אפשר להמשיך כבעבר שאין לו זכויות מוקנות ובאופן רטרואקטיבי אבל אם זה מהסוג הדיוני מהותי – ימשיך להתנהג באופן מהותי במובן שלא ניתן להפעילו באופן רטרואקטיבי ואדם לא יכול להחזיקו. נורמה פלילית מדגישה כי אין להכיל אותה באופן רטרואקטיבית בגלל הפגיעה באדם, עולה השאלה ששם נורמה פלילית יכולה להטיב אדם? הנורמה מתבטלת למשל היום יש עבירה ומחר היא תתבטל וכך אין נורמה פלילית. לאנשים אשר מועמדים לדין או הורשעו בעבירה זו שכיום התבטלה, דעת המחוקק לשאלה זו, סעיף 4 לחוק העונשין אומר **"נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה, תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה, ההליכים שהוא חל בהם יופסקו ניתן גזר דין יופסק בצורה ולא יוכלו עוד להטיל..."** כלומר, בין שני העבירות האפשריות מצד אחד מי שעבר עבירה יש לשלם את המחיר בלי שום קשר למה שקרה אחר כך לבין דעה אחרת שאמרה כי אדם שעבר עבירה החברה קבעה שאותה התנהגות אסורה ויש להיענש אחר כך אותה חברה שינתה דעתה והעונש יבוטל.

לאחר שעבירת האדם נגוע באותה עבירה המחוקק סבור כי על פני כל שלבי ההליך הפלילי ויש להכיל את הוראת הביטול באותו רגע שהמחוקק ביטל את העבירה. כפי המחוקק אומר, לאחר העבירה מתחילה לחקור ומגיע לאדם החשוד ובזמן העבירה הנורמה מתבטלת אומר החוק כי יש לבטל את העבירה ואין שום אשם לגבי אותו אדם וכי אם הועמד אדם לדין בשל אותה עבירה וטרם הוכרע דינו מבטלים את המשפט. אם הורשע אדם וכתוצאה מהרשעתו במאסר והביטול תופס אותו תוך כדי ריצוי המאסר המחוקק אומר כי אם זה האסמכתה היחידה למאסר, יש להוציאו מהמאסר. לא רק מתבטל ההליך אלה גם נמחקת ההרשעה. לאמור בעתיד, כשאותו אדם יזדקק לתעודת יושר שאין לו עבר פלילי לא ניתן יהיה לרשום האשמות פליליות בתעודת היושר.

הרישום הפלילי נמחק אך לא ניתן למחוק את העובדות עצמן, כלומר אם אדם אכן התנהג באופן אסור ההתנהגות עצמה אינה נמחקת אלה המשמעויות של המעשה האסור. מה קורה כאשר מדובר בשינויה של הנורמה האם שינוי זה שאינו כרוך בביטול משפיע על האנשים שעדיין עומדים לדין? לפי סעיף 5 לחוק העונשין המחוקק בין פס"ד חלוט(הסתיים בהרשעה אך הוגש ערעור אשר טרם נשמע).

סעיף 5 אומר כי "נעברה עברה ואין פסק דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה, או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה יכול על העיניין החיקוק המקל עם העושה,

אחריות לה, לרבות תכולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה".
אם פסק הדין אינו חלוט עליהם הוא יכול על כולם ובאופן מיידי באופן רטרואקטיבית, הכלה אקטיבית על כל הקיים עכשיו.

המחוקק אומר כי יש עוד אפשרות לשינוי העבירה תפעל לטובת האדם – כשמשנים את העונש על עבירה.

האחריות כולל סייגים הכוונה להגנות במשפט הפלילי : יכול להיות מצב שבו בזמן מסויים אין הגנה מיוחדת מפני אישום פלילי, לדוגמא : הגנתה של אישה מוכה, בפס"ד **כרמלה בוכבוט**, מקרים חמורים באופיים של משפחות קשות יום. כיום אם בן הזוג ינסה להגיב על אותה התעללות על ידי תקיפתו של בן הזוג לא תמצה לו הגנה, אם תקיפה זו לא תהיה בזמן אמיתי, כלומר לא תעשה בו זמנית לתקיפה. ולא תהיה כאן הגנה עצמית מפני שאחד התנאים להגנה עצמית היא הגנה לתוקפנות בזמן אמת. במידה והאישה תגיב בצורה מאוחרת אך בית המשפט יגיד כי אין לה הגנה, במקרה של כרמלה מתוך חמלה והתחשבות במה שקה לה במשך 25 שנה, החליטה הפרקליטות להסתפק בעבירה של הריגה ולא ברצח, ונידונה ל-8 שנות מאסר, וכאשר הגישה ערעור לבית המשפט העליון שהפחיתה את העונה ל-3 שנים, לאחר זמן מה עלתה הצעה בכנסת לא לתת הגנה לאישה מסוג זה אך להפחית בעונש מרצח להריגה. עונש מופחת – על פי הסעיף החדש, סעיף 300 (א) על אף האמור בסעיף 300 לעונש מאסר עולם לרצח, ניתן להטיל עונש קל על העבירה, כאשר הנאשם היה במצוקה נפשית נפשה עקב התעלות בו ובמשפחתו.
אם אדם נמצא בכלא והאדם נמצא בכלא והעונש שונה בזמן שהותו בכלא, על אותו אדם להכיל את העונש החדש המקל עליו, את המקסימום שניתן על פי העונש החדש. לדוגמא : עונש על אינוס.

שיעור 5 – 1/12/08

השימוש בפרשנות לצורך שמירה על חופש הביטוי וכדוגמא לצמצום האחריות הפלילית

• אין עונשין על מחשבה שבלב – בא ללמד כי המשפט הפלילי אינו מתכוון להפליא אדם בחברה דמוקרטית במחשבתו בלבד. עקרון זה אינו מתכוון לתת חסינות לדברים שאדם חושב לעצמו, שהרי אדם החושב עם עצמו ואינו מסגיר את מחשבותיו ומבטא אותם, ממילא אנינו יכולים לדעת על כך ולהתנגד להם. עקרון זה התכוון לתת חסינות למחשבות שאדם מבטא אל הסביבה והזולת. כאשר יש ביטוי למחשבה יש טעם לבדוק אותה האם היא ראויה לאיזה שהו יחס של המשפט הפלילי, העיקרון אומר כי בחברה דמוקרטית זכותו של אדם להשמיע את דעותיו באופן חופשי ככל שעולה על מחשבתו. הצדקה נוספת לחסינות ביטוי המחשבה – ממילא המחשבה לבדה, לאמור בלי שיש מאחוריה מעשה, שמיישם את המחשבה, אין בה לבדה כדי לסכן את החברה וגם מטעם זה, אינה מסוכנת לחברה ואין סיבה להגיב עליה. יחד עם זאת, במשך השנים למדו בכל המדינות השונות כי גם במחשבה לביטוי המחשב יש כוח משחית ומאיים, כוח הרסני, ולא פחות מאשר התנהגות פיזית. מצאו חריגים לעקרון ע"י כך שנקבעו סוגים מסויימים של ביטויים אשר הם יהיו אסורים להשמעה בשל הסכנה הפוטנציאלית הטמונה בהם. אחד החריגים הוא – האיסור על כל אחד, גם במסגרת חופש הביטוי, להוציא דיבתו רעה של הזולת, לאמור לפגוע בשמו הטוב של הזולת ללא צידוק. בשנת 1979 קבע המחוקק הישראלי את חוק איסור לשון הרע במסגרת חוק זה, ניסה המחוקק מצד אחד להגן על שמו הטוב של אדם ע"י כך שהוא אסר על אנשים לפגוע על ידי ביטויים שיש בהן דיבה, ומצד אחד באותו חוק ביקש לאפשר פרסומם של ביטויים כאלה גם אם הן פוגעים בשמו הטוב של האדם אם יש צידוק מבחינת החברה לפרסומם, וכך למשל כשמדובר באנשי ציבור שמעדו או יש חשד שמעדו במילוי תפקידם, הרי פרסום הדברים, הדם שיש בפרסום לפגוע בשמם הטוב, אין מנוס מכך בשל האינטרס הציבורי שיש לנו לדעת מה קורה למנהיגינו, בדרך כלל לציבור אין עניין בלעקוב אחריהם ולדעת את התנהגותם ולכן בד"כ לגבי אנשים פרטיים אם אין אינטרס ציבורי מיוחד בפרסום הדברים שיש בהם פגיעה בשמו הטוב של האדם אזי המפרסם המשמיע את הדברים על פי חוק זה

עלול להסתכן בתביעת דיבה ופיצויים. החוק מאותו חוק לא הסתפק בקביעת עוולה אזרחית, כלומר תביעה שאותה התנהגות שי לה משום נזק שבגללו ניתן לתבוע את המזיק בניזקין, אלא גם יצר במקביל לכך אפיק נוסף, פלילי. כלומר ניתן להגיש נגד אותו אדם שפרסם או השמיע את הדברים גם תביעה פלילית, כלומר להגיש נגד אותו אדם קובלנה פלילית פרטית, בנפרד מהתביעה האזרחית ומקביל אליה. איסור לשון הרע המחוקק מאפשר לקחת את החוק הפלילי ולהזיז אותו. יש להדגיש כי אדם שהוגשה נגדו קובלנה פלילית פרטית, עלול להישלח למאסר על פי כל עברה אחרת מפני שההתנהגות הזו מוגדרת כעברה פלילית ולא רק עוולה אזרחית שהעונש בגינה הוא מאסר לריצוי בפועל. גם אם מוגשת קובלנה זו ראשי יועץ המשפטי לממשלה אחרי שנודע לו על כך, יש להעיר כי גם על פי החוק של בית המשפט המקבל את הקובלנה חייב להודיע ליועץ על דבר הקובלנה, יכול להחליט וזו סמכותו, לקבל את התיק, בכל מקרה לנהל תיק פלילי באופן פרטי זה רק לאנשים עמידים ובעלי אמצעים ויכולים להניע מערכת כל כך מורכבת. דוגמאות נוספות מצוינת בתוך חוק העונשין, ומרביתן מדברות על התנהלות מסיתה והסתה. המדובר הוא בקבוצת ביטויים מסיתים שהסכנה הטמונה לחברה בהם היא ברורה בעצמה, כך למשל למדנו כי כדי לשמור על לחידות בחברה וכדי לאפשר גם לשונים בתוכה ולמיעוטים שבה להתקיים בכבוד, עלינו למנוע מאחרים לנצל את חופש הביטוי על מנת להסית נגד אותם מיעוטים, להסית לגזענות, כלומר ביטויים גזעניים יש בהם סכנה פוטנציאלית שיכולה להבעיר תבערה גדולה בחברה ולגרום לאחר מכן לנזקים חמורים. ולכן בדוגמא זו, החליט המחוקק כי חשוב יותר מאשר לשמור את חופש הביטוי הוא להגביל אותו כמדובר בביטוי גזעני בשל ההשלכות החברתיות וההשלכות המסוכנות שיש לביטויים כאלה. דוגמא נוספת שיש בהם ביטויים כדי להסית לאלימות או ביטויים שיש בהם להסית לטרור, שני המקרים הללו, לא טעונים הסבר מיוחד, הניסיון להתגונן בפני הגבלת הביטויים בשם אותה חברה דמוקרטית שיש להימצא בה חופש בלתי מוגבל של ביטוי, נסיון זה נכשל בגלל שכאמור בצד חופש זה החברה הדמוקרטית רשאית להתגונן ע"י כך שהיא מגבילה את החופשים שהיא מגבילה כדי שאותם חופשים לא יהפכו לנשק בידי אנשים לפגוע בחברה עצמה.

דוגמא נוספת : פרסומי המרדה, הכוונה לסוג של ביטויים, פרסומים שקוראים בעצם להתמרד נגד השלטון, מסיתים קבוצה אחת של אנשים נגד קבוצה אחרת בתוך העם וכיוצא בהם התנהגויות, למעשה עברה זו, היא עברה ישנה שירשנו אותה מהאנגלים כאשר היו בארץ והנחילו את עבירה זו.

• המרדה - סעיף 134 לחוק - "המפרסם פרסום ויש בו כדי להמריד דינו מאסר ל-5 שנים"

הגדרת להמרדה מצוי בסעיף 136 לעניין זה "להמריד הוא אחת מאלה: 1. זה להביא לידי שנהא, בז או אי נאמנות למדינה, או לרשויות השלטון, או המשפט שלה, שהוקמו כדין, 2. להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג בדרכים לא כשורות שינוי של דבר שיסודו בדיון, 3. לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ, 4. לעורר מידנים ועיווה בין חלקים שונים של האוכלוסיה" שני דברים נדרש המחוקק לעשות כדי למתן את האיסור הפלילי :

א. לא תוגש עברה פלילית בגלל סעיפים אלה אלא בתוך שנה מיום שנעברה ולא יתבע אדם כדין כאמור אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה בכתב. יתרה מזו כי אין להרשיע אדם בעבירת המרדה על פי עד אחד ויחיד ואין סיוע לעדותו. אין עבירות דומות בחוק שדורשות כדי להרשיע כולל עבירות אינוס ורצח, עד יחיד, אם אין ראיה נוספת לתמוך, אין סיכוי להרשיע.

ב. לצד כל עבירה יש תקופת התיישנות, בד"כ 10 שנים, המחוקק קובע באופן חריג כי לא תוגש תביעה פלילית על התנהגות או פרסום של המרדה אם חלפה שנה מאז אותה התנהגות, זאת כדי להגביל את השימוש במשפט הפלילי בהקשר לזה כאשר פגתה מי זוכר מה היה לפני שנה, אך גם אם לא חלפה שנה, שלא כמו בעבירות שונות בחוק הפלילי, אין להגיש אישום אלא בהסכמה מפורשת או בכתב של היועץ המשפטי לממשלה, יש דרישה לבקרה שלא קיימת בכל חוק אחר, בכדי לוודא שלא מנצלים לרעה את החוק הפלילי כדי לבוא בחשבון עם אדם כלשהו, לאמור, היועץ המשפטי לממשלה חייב לאשר את כתב האישום בכתב.

הדוגמאות, ששם היועץ המשפטי נדרש באופן אישי להיכנס לתמונה ולבחון את הדברים,

כאשר מדובר באנשים עלי מעלה (שרים בממשלה למשל). אנו, האנשים הרגילים, לגבינו אין דרישה שהיועץ המשפטי לממשלה יתן אישור לממשלה לפתוח בחקירה. בסעיף 138 לחוק פורש המחוקק מספר הגנות שיכול אדם באמצעותם להצדיק את אותו ביטוי ממריד ביקורת ותעמולה חוקיות: אין רואים מעשה נאום או פרסום כהמרדה אם מגמתם אלא אחת מאת" אם יוכיח האדם באמירת הדברים באמת מאלה לא יראו כהמרדה: 1. להוכיח כי הממשלה הוטעתה או טעתה במעשה שעשתה – כלומר אם הביקורת או כוונתה של הביקורת היא להוכיח כי הממשלה טעתה או הוטעתה. 2. הפרסום התכוון להוכיח טעויות או פגמים בהסדרי המדינה או במוסד שהוקמו כדין, או בסשרי שלטון ומשפט. כלומר מדובר בניסיון שלנו להביא תיקון, או מה שראוי לתקן בסדרי השלטון, במוסדות שהוקמו ע"י המחוקק שלדעתנו יש פגם או אי צדק, אומר המחוקק כי אם זו הכוונה, גם אם בפרסום יש כדי להמריד, יש לאפשר ביקורת זו כדי לתקן זאת. 3. אם הכוונה היתה לשכנע את אזרחי המדינה או את יושביה שינסו להביא בדרכים שונות, כלומר אם רוצים להראות כי הממשלה היא כישלון וקורא לאזרחי המדינה לתבוע הקדמת הבחירות ולהפיל את הממשלה כי אינה ראויה, חלק מהביקורת הלגיטימית בכל משטר דמוקרטי גם אם נשמע כממרידה. 4. אם הכוונה להודיע מתוך כוונה לסלק דברים שמעוררים או עלולים לעורר מיידנים או רגשי עוינות בין חלקי האוכלוסיה, כלומר אם הטענה נגד השלטון שמפלג את העם והוא זה שזורע בתכניותיו בפעולותיו בפילוג, ואני מתכוון בביקורת למנוע זאת ומבקר קשות על הקרע הזה, וכי יש הבנה וצידוק בדבריי ולא ניתן לפעול נגדי. עדיין נמצאו מקרים כי אנשים עשו ופרסמו לא מתוך כוונה של ביקורת אלא כוונה באמת להסית חלק מהאוכלוסיה לחלק אחר.

• בסעיף 144 (א) המדבר על גזענות - "גזענות" - רדיפה, השפלה, ביוז, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני".

החשוב למחוקק הוא לא התוצאה, ואם לא הצליח להביא את הקהל שלו להיות עויין לקבוצה אחרת, אין בכך כדי להפחית מבחינת המחוקק את חומרת הדברים, יתרה מזה גם אם יוכיח על אותה קבוצה אתנית אין להפחית את החומרה עצמה, היא מקריאה באמצעות הפרסום להבחין בין אדם בשל צבעם, מוצאם, הרי הדבר הוא בעצם פסול במבחן החברה. פרסום מותר – מדובר בפרסום של דין וחשבון, נכון והוגן, של אותו פרסום הסתה, לא יהורו בעבירה על אותו סעיף.

בפסק דין [ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל](#) – בעקבות הטבח שנערך במערת המכפלה בקבוצת מתפללים מוסלמים, מצא דרך איך להעביר את שמו של ברוך ואיך להצדיק את מעשיו בזה שהוא פנה אל חסידיו ותלמידיו וכתב להם דברים מתוך הסתמכות על מקורות דתיים וקרא לדרשה שלו – הלכות הריגת גוי, כלומר הספר הקדוש אומר בהקשר זה. כביכול מתוך טענה תמימה של המקרה ובדיקת המקורות ולמידה על כך מהדת. אך הדבר אינו תמים, הוא הואשם בבית משפט במספר עבירות ובתוכם גם הסתה לגזענות, טענת ההגנה שלו היתה היא כי הוא בסך הכל ציטט מספר הספרים וכי הדברים כתובים והומצאו ע"י בורא עולם וכי רצה ללמד את תלמידיו. בית המשפט העליון בוחן את הדברים ומוצא הזדמנות טובה לנסות להסביר כי תכליתו של ההסתה לגזענות וגם כי בחברה דמוקרטית – מתי מותר לפגוע בחופש הביטוי כשמדובר בהסתה לגזענות, אנו רואים את זה גם אצל ביניים כהנא, בנושא פרשנות של עבירות מיוחדות של חופש ביטוי.

עברות הפוגעות בחופש הביטוי – איך ניתן לפרשן – כמו כל חוק רגיל או בשל

המיוחדות והחריגות שלהן?

בשל העבירות האלה פוגעות בחופש הביטוי ויש למצוא דרך פרשנית שתגביל את היכולת להפליל בני אדם באמצעות אותן עבירות.

מתברר כי לא כל שופטי בית המשפט לדרך שיש לייצר כללי פרשנות מיוחדים בשל העברות ההסתה ולהבחין אותם מהעבירות הרגילות. השופטים טוענים כי יש לשתול בתוך סעיפים הללו הסתברות, לאמור, לא די בעצם הפרסום והדבר הממריד, אלא יש להצביע על כך שאותו פרסום היה לו פוטנציאל להגשים את עצמו כלומר, לא מספיק שאדם שומע את הדברים הללו מתרשם שיש גזענות אלא באמצעות דרישת ההסתברות ישתכנע בית המשפט

בדרגה של הסתברות שאכן הפרסום הזה עמד להגשים עצמו ולהביא לידי המרדה. פרסום שאין בו יכולת כזו והגשמת הדברים לא יכול בעצם להיות פלילי. פרשנות מכשיר את עבודתם של השופטים ובאמצעותו מנסים להבין מה החוק מלמדת אותנו, אחד הדברים הראשונים שאומר ברק ביחס לפרשנות, כי אם מדובר בנורמה משפטית, הרי היא נכנסת עבור בני אדם, בסיסה הוא הלשון ולכן אומר כי פרשנות מתחילה בלשון החוק ואין פרשנות שלא יכולה להתבסס על החוק. הפרשן צריך להבין את הלשון ורק אם מתרשם כי הלשון מסגירה את התכלית, כלומר אומר ברק, הנורמה המשפטית אומרת בעצם להגשים רעיון, כלומר היתה התכלית מאחורי אותה נורמות אם תגלה את התכלית תבין את הכתוב בחוק. השופט ברק בפסק דין לא מסתיר כי לדעתו צריך לבדוק האם הדברים שהשמיע עידו אלבה, יש בהן הסתברות קרובה לוודאי, דרגש ההסתברות היא הגבוהה ביותר, שהדברים שפרסם הם גזענות, שאר שופטי המשפט לא הסכימו בדבר "קרוב לוודאי", אשר דרגת הסתברות זו, הכולה כבר במשפט המנהלי כבר בשנות החמישים. לגבי פרסומי המרדה 137 (א) "ויש בו כדי להמריד" עשוי ללמד כביכול על פוטנציאל שצריך להיות בתוך הפרסום כדי להמריד. ברק אומר כי זו האחיזה של הלשון שיכולה ללמד אותנו על ההסתברות. אין שום הנחיה מפורשת של המחוקק להסתברות קרובה שעליה ברק מטיף.

העברות הרגילות, לא של חופש הביטוי, כללי הפרשנות מתחילים בלשון, במקרה כזה שנדרשת פרשנות, מתחילים בניסיון הפשוט להבנת הכתוב מבחינה לשונית. מטרתו להביא אותנו להבנה טובה יותר של הכתוב באמצעות חיפוש התכלית, כלומר, מחפשים מה היתה המטרה שמאחורי אותה הנורמה ומה ביקש אותו המחוקק באמצעות תכלית זו ומה ביקש להגשים.

ברק אומר כי יש למצוא את התכלית ואז ניתן להבין יותר טוב את הכתוב בנורמה. פרשנות דווקנית והמטיבה עם הנאשם אמר ברק כי הוא לא נכון והבהיר כי חוק פלילי לא שונה משום חוק אחר וכדי להבין חוק פלילי עושים כמו בכל חוק אחר, נוקטים באותה צורה פרשנית ואם רוצים להבין מה כתוב בחוק לא בוחרים בפשוט שנוח לנאשם אלא מנסה לחתוך למה הייתה כוונת המחוקק באמצעות איסור פלילי, רק ע"י ידיעת התכלית. בכל חוק אין להניח כי הוא התכוון לאותם הערכים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, בצד זה יש כוונה מיוחדת לאותה הוראה מיוחדת של החוק, כממה אובייקטיבית וכוונה סובייקטיבית. ואלה המנסים להבין את התכלית יגלו כי יש יותר מתכלית אחת. הכללים כי ניתן להבין את החוק באמצעות התכלית, הצעה זו בשנת 1994, הוכנה לסעיפים המדברים על כך. ונקבע כי רק אם תגלה כי התכלית מאפשרת כמה אפשרויות סבירות, תבחר את האפשרות שיותר נוחה לנאשם. אם אינה מאפשרת כמה אפשרויות אין לחפש משהו מלאכותי להקלת הנאשם. הפרשנות הפלילית אומר ברק בעצם, כי היא אינה שונה מכל חוק אחר.

אותן עברות מיוחדות, לדעת ברק, נוקט באמצעים פרשניים חדשים, בפס"ד [דנ"פ 8613/96](#) **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, מועמד לדין ג'ברין, סופר ערבי שמפרסם באחד מהעיתונים המקומיים בערבית, דברי שבח לאותו נער פלסטיני שבתקופת האינתיפאדה הפך להיות צמד ועומד לבדו מול הטנק הישראלי עם אבנים ומשווה אותו לדוד וגוליאת, ומראה את הנכונות להקריב ושהדברים ימשיכו הלאה, הפרקליטות מחליטה להעמיד לדין את הסופר בעבירה של הסתה לאלים וטרור, מתברר שעבירה זו קיימת בסעיף 4 בפקודה למניעת טרור משנת 1948, ויכולה להטעות בגלל שמה "מניעת טרור" אינה מדובר בטרור כיום אלא בטרור של 1948 בהקמתה של המדינה ונסיון לגיבוש צבא לאומי למדינה החדשה, והניסיון לפרוק את כל הארגונים הקודמים מנשקם, יש כמה ארגונים המסרבים להתפרק וכדי לאפשר את פריקת נשקם בכוח, כדי להפוך את התנהגותם לבלתי לגיטימית ועבריינית, הממשלה הזמנים מחוקקת את החוק הידוע כפקודה למניעת טרור. לבסוף הארגונים התפרקו. הפקודה נועדה לפעול נגד אותם הארגונים. למעשה הנורמה או החוק היחיד שרלוונטי לטיפול בטרוריסטים או אלה המסיתים לטרור הוא זה. הפרקליטות מעמידה לדין על פי סעיף זה המדבר על איסור של הסתה ועידוד לאלים וטרור. בסופו של דבר מואשם על פי סעיף זה ומגיש ערעור לבית המשפט העליון, הבוחן את צדקת ההרשעה שלו על פי סעיף זה

ומגיע למסקנה כי ג'ברין צודק באומרו כי הסעיף עוסק בדבר אחד – אילו שחברים בארגוני טרור ומטפל באלה שמעודדים לחברים בתוך ארגוני טרור. ג'ברין פונה לאנשים שלא בהכרח חברים בארגוני טרור אלא יחידים והוא מסית אותם, ולכן מזכה אותו. לאחר מכן, נזקקת הפרקליטות ושואלת כי מה יקרה כעת, אין איסור על הסתה לאלימות וטרור של יחידים, ולכן יש לתקן את החוק ואכן משרד המשפטים מתגייס במהירות כדי לתקן את החוק, משרד המשפטים שמתכנן את תכנון החוק, אומר כי מה הוא עושה עם פסיקה זו מבחינת הדרישה להסתברות, ואם כן הסתברות באיזה רמה? ברמה הכי גבוהה של "קרוב לודאי" או פחות? הפרקליטות בשם המדינה הציע לכנסת כי אם בכלל דרישה להסתברות אז לא הדרישה הגבוהה כי אם ידרשו קרוב לודאי לא יהיה שופט שישתכנע כי אותה התנהגות היא בעלת פוטנציאל גבוהה, הראייה כי אם זה קרוב לודאי, יש להוכיח כי קרה המקרה ואין דרך להוכיח ואז יהיה זיכוי. ולכן אמרו כי יש לקחת את ההסתברות הנמוכה ביותר – אפשרות סבירה שאותו ביטוי באמת יגשים עצמו. אפשרות סבירה מוצאים בהגבלה כמעט בכל התחומים האחרים – חשד סביר (לא הוכחה מלאה, משהו שקיים ולא ברור האם יחזיק ולא משהו שלא אפשרי), משפר המשפטים מציע לכנסת ולוועדת החוקה, הצעת חוק שיכתב בא לעניין עידוד וטרור, רק אפשרות סבירה. באותו זמן מזדעזעים חברי הכנסת משני הקצוות: חברה בין דתיים לבין ערבים. והפילו את האפשרות של אפשרות סבירה. ולכן אם אין למדוד את "קרוב לודאי" ול"אפשרות סבירה", המציאו את הביטוי "אפשרות ממשית". וכיום התוצאה רשומה בסעיף 144 ד (2) – "המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור או דברי שבח, העדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו, או הזדהות עימו, ועל פי תוכנו, של הפרסום המסית והנסיבות בהם פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו 5 שנים". האומר כי מי שיסית או מעודד עשייה לטרור, ויש אפשרות ממשית שאכן הקריאה תגשים את עצמה, אזי זו העבירה של הסתה לאלימות וטרור שעונשה 5 שנות מאסר. איך ידע שופט, אם השתכנע כי יש דבר הסתה, בדבר הפוטנציאל שיש אפשרות ממשית לעודד זאת? אין לדעת אם דרישת ההסתברות זה הדבר הנכון ומתברר כי במקומות אחרים בעולם גם שם משתמשים באותם מבחנים, כי אין שום אמצעי אחר שיכול לצמצם את היקף האחריות הפלילית מלמד מבחן ההסתברות.

שיעור 6 – 8.12.08

עקרון האחריות האישית -

הקדמה:

שני היבטים חשובים מדברים מצד אחד על האחריות הפלילית של תאגידים, ומצד אחר האם קיימת אחריות שילוחית במשפט הפלילית. האם ניתן לתת אחריות פלילית על גופים שהמשפט יצר כדי לאפשר פעילות עסקית ושבמהלך אותם פעילות יכולים להיכשל? שאלה נוספת, האם אפשר להעתיק את המושג של אחריות שילוחית למשפט הפלילי, האם יש שליחות בדבר עבירה והאם יכול להתיישב ברעיון האחריות האישית.

אחריות תאגידים:

עקרון האחריות האישית – התפיסה של האחריות הפלילית נגזרת מתרומת התנהגותו של כל אדם לגיבושה של עבירה, כל זיקה אחרת שאינה תרומה אישית לעבירה, אינה רלוונטית למשפט הפלילי (זיקות חברתיות או משפחתיות או אחרות). הבחינה היא בחינה פרטנית ואישית, האם אותו אדם שאנו בוחנים את התנהגותו בהתנהגותו שלו, תרם לגיבושה של העבירה במשמעות האם באופן פיזי או מנטלי הביא את עצמו או את האחרים לביצועה של העבירה, האם יש קשר בין ההתנהגות שלו לבין העבירה הפלילית שלבסוף בוצעה. במסגרת עקרון זה, המשפט הישראלי ולא רק הוא, נדרש לכמה שאלות קשות, האחריות הקולקטיבית הקיבוצית שפעמים בעבר נכשלו באותה ההתנהגות או הענישה הקיבוצית

או באותם מקרים שאכן דבר כזה קרה כמו למשל : עד שנת 1964 בחוק פקודת העונשים הקיבוציים – הטלת האחריות הקיבוצים חרגה וסתרה את העיקרון ובוודאי בעידן חוקתי, ניסיון להטיל אחריות קיבוצית על חבר בני אדם רק בשל העובדה שאותו חבל קשור למישהו שנכשל בפלילי, קשור בסביבה הפיזית, או קרוב משפחתי לאותו אדם, הרי הניסיון הזה הוא ניסיון לא חוקתי ובלתי חוקתי וצריך להחזיר על כל תופעה כזאת אם מתגלת כסותרת את המשפט הפלילי. דבר אחר הנבצר באחריות האישית – איך המשפט צריך להתייחס לגופים שהחוק הקים כדי לקדם אינטרסים ומספרים כלכליים, יצירי החוק, כלומר המחוקק יוצר את הגופים הללו באמצעות גופים מיוחדים כדי לאפשר לאדם להתנהל באמצעותם בצורה זאת שתקדם את האינטרסים הכלכליים של האדם במקביל האחריות האישית של אותם אנשים לא תפגע או תוגבל עד לסיכונים מסויימים. תאגידים אלו טענו יצירי החוק, משרתים את מטרות אזרחיות כלכליות שונות ("חברה בע"מ" או "קואופרטיב" וכו') מוקם לצורך מסויים כדי לענות על אינטרסים כלכליים מיוחדים שאותו גוף בא לעזור לפתור. כאשר מדובר בבני אדם הפועלים באופן מסחרי, מטבע הדברים שהם עלולים להיכשל בעבירות פליליות (מרמה, זיוף וכו'), השאלה התעוררה כי מה קורה כאשר הגופים הללו, אותם תאגידים יצירי החוק, הפועלים כמו אדם לקדם עסקאות ותוך כדי קידום מסחר זה, גם הם עלולים להיכשל בעבירות פליליות, והאם ניתן להטיל על גופים אלא אחריות פלילית. השאלה עלתה בבתי המשפט ופס"ד בדין המרכזי הנדרש לסוגיה זו הוא פס"ד ה ניתן על ידי השופט ברק, [ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל](#) - המדובר על מכונית השייכת לאותה החברה וכנראה היתה במהלך נסיעה בתפקיד בשרות החברה. מכונית זו חולפת על פני רמזור אדום והצילום הגיע לידיעת המשטרה, המשטרה קבעה להעמיד לדין את התאגיד משום שהיה של התאגיד. כמקובל כאשר רכב נתפס על ידי עבירת תעבורה שלא מתעדת מי נהג ברכב אלא הבעלים. כאשר מדובר בתאגיד, השאלה היא את מי מזמינים, הזמינו את המנכ"ל של התאגיד משום הסברה כי המנכ"ל הוא התאגיד עצמו. דבר אחר שהתרחש ואין לו הוראות מיוחדות של שיפוט עבירות תנועה, רק בחלק של ההליך הפלילי, נאמר כי אם המוזמן לדין אינו מתייצב רואים באי התייצבותו משום הודעה באשמה. לאחר מכן בית המשפט יכול להמשיך את התהליך ולהרשיע את האדם כביכול מאי הגעתו ולגזור את עונשו. המגבלה היא שכאשר מדובר במאסר בפועל, החוק לא מרשה לפסוק על מאסר על אדם שלא בפניו. במקרה זה הואיל והמנכ"ל לא הגיע לדין, הניחו את ההנחה כי המנכ"ל מודה שהוא נהג ברכב. השופט הרשיע את החברה וגזר עליה כנס כספי גדול, כשהגיע הכנס לידיעת המנכ"ל הוא מתרעם באמצעות היועץ המשפטי שלו וטען כי לא נהג וכן איך ניתן להרשיע תאגיד בסוג עבירת נהיגה. הערעור הגיע לבית המשפט העליון וכאן כאמור היתה ההזדמנות לשופט ברק, הדבר היה עבירה פלילית וברק ניצל את ההזדמנות באופן תקדימי כדי לבדוק מה קורה במשפט הפלילי הישראלי, אחריות התאגיד בפלילי. כדרכו של ברק הוא התחיל את פס"ד בניסיון להביא איך תאגיד פועל, בעיקר במשפט האזרחי, פועל באמצעות גופי השליטה המפעילים אותו, הגופים האורגנים, תאוריית האורגנים אומרת כי הואיל ומדובר בגוף מלאכותי הוא מעצמו לא יכול ... לכל גוף שליטה יש מטרה, שהוא בעצם אותו אורגן העוסק בהפעלת התאגיד ביומיום, הוא הגוף הפיזי המרכזי של התאגיד והמוציא לפועל את המדיניות של חבר המנהלים, גוף שליטה נוסף, המקבל את ההחלטות האסטרטגיות של החברה ומנחה את המנכ"ל, בצד זה, חברה בד"כ בעצם איגוד של בעלי מניות, לאמור אנשים אשר החליטו בזמנו להשקיע באותה החברה לקנות את מניותיה ולנסות באמצעות אותה התאגיד הזה לפעול על מנת להעשיר את עצמם, אספת בעלי המניות, שחייב להתנהל בכל חברה, בצד המכל"ל וחבר הדירקטורים, גם הוא גוף שליטה מרכזי וחשוב שכאשר הוא מקבל החלטות ומצביע בנושאים קשורים לחברה, עשוי לשאת גם באחריות. לכן אומר ברק כי תאגידים פועלים באמצעות אורגנים, כל תאגיד והאורגנים שלו, כדי לדעת איזה גופי שליטה יש בתאגיד יש לפנות בחוק המקים את התאגיד, אם בוחנים זאת, אנו צריכים ללכת אל חוק החברות ולראות מה הוא קובע שחייב להתקיים בחברה על מנת לייסד אותה. בצד אזכור הגופים אלה החייבים להימצא, בד"כ החוק מאפשר לתאגידים כל אחד על פי צרכיו, להוסיף גופי שליטה אופייניים לאותו תאגיד אשר יאזכרו במסמכי ההקמה של התאגיד, לאמור בתזכיר ובתקנות. לכל סוג של תאגיד וכדי לפקח על פעולתם של התאגידים יצא המחוקק בחוק את אותה הרשות הסטטוטורית שמנהלת או

מפקחת על אותם התאגידים, וכן יש את רשם החברות שאצלו מנהל מעקב שותף על המתנהל בחברות. יש לו אחריות אך לא מחליף את עבודת האורגנים. וכן סמכויות של פיקוח בשל יכולת לפרק את החברה ולהעמיד אותה לדין אם הזדקקה. ברק אומר כי תאגידים במשפט האזרחי פועלים באמצעות גופי שליטה, האמצעי שמאפשר באופן אמיתי את הפעלת התאגיד שהוא גוף מלאכותי, ברק מוסיף כי זה לא אמצעי טכני אלא משנקבעו האורגנים באותו התאגיד, הרי לפי החוק פעולתם של האורגנים הוא של התאגיד עצמו וכי יש הקבלה מלאה לבין מה שעושה האורגן ליחסור הדברים, כאשר המנכ"ל מתקשר בשם התאגיד, אומר ברק כי התאגיד בעצמו התקשר. וכך גם חבר הדירקטורים. ברק שואל ומשיב האם האורגן הוא שליחו של התאגיד והאם הוא המורשה והמיופה כוח של התאגיד, יש שני צדדים בשליחות, שולח ושליח, השליח אמור לפעול על פי הוראותיו של השולח, ברק שואל האם זה אותו דבר כאשר המנכ"ל פועל בשם התאגיד, האם יש לומר כי הוא השליח והשולח אותו הוא התאגיד, ברק משיב בשלילה כי אין כאן יחסי שליחות, המנכ"ל הוא התאגיד עצמו. מה שהמנכ"ל עושה במישור האזרחי, בעצם אומרים כי התאגיד עשה. בעיני החוק הוא התאגיד. וכך לגבי כל אורגן. נשאלת השאלה איך אנו מזהים את אותו אורגן להבדיל מהגופים הקבועים בחוק? לאחר שברק פורס את התאוריה של תורת האורגנים שבאמצעותה מסבירים במשפט האזרחי את פעולת התאגידים שואל ברק האם יש להסתמך על התאוריה הזאת במשפט הפלילי, ויש לומר כמו במשפט האזרחי, האם כדי לגבש עבירה פלילית צריכים שתי יסודות לקיום העבירה – הפיזי והנפשי שחייבים להימצא אצל כל אדם המואשם בעבירה פלילית. והאם יש לומר כי פעולת המנכ"ל – האורגן, פועל ונחשב בפלילי וכי יש לומר שההתנהגות הפיזית של המנכ"ל הוא הפעילות הפיזית של התאגיד, והמחשבה הפלילית של המנכ"ל היא המחשבה הפלילית של התאגיד. האם יש לומר כי אם המנכ"ל זייף מסמך אומר כי התאגיד זייף. ברק משיב כי התשובה חיובית ניתן לאמת את תורת האורגנים האזרחית לצורך בדיקת היקף האחריות הפלילית על התאגיד. הנדרש להרשיע אדם בפלילי לפחות כדי שתגבש העבירה יש להוכיח את שני היסודות של המשפט הפלילי. פיזי ונפשי. ולכן יש לבדוק האם המנכ"ל בהתנהגותו הפיזית עשה פעולה פיזית אסורה על פי העבירה (פיזי) למשל פעולת הזיוף והאם מבחינה מנטלית היה מודע לפעולה זו (נפשית). אם מחייב בפעולות משפטיות אזרחיות יכול לחייב גם בפעולות פליליות. באמצעות תפיסת הדברים בצורה זו היה קל לברק לאמור על התאגיד כי היה הרכב הייצוג של המנכ"ל ולא רכב רגיל של העובדים. לבעלים יש שליטה על הרכב שלו ולכן הרשום כבעלים על הרכב, חזקה עליו האחריות, וכן יכול להימלט מהאחריות האישית אם הוא יתייצב בבית המשפט ויגיד מי נהג, אך אם לא יגיע לדין, הוא יישא באחריות (וכמובן עבירה נוספת). השופט ברק שואל האם תאגיד יכול לעבור על עבירה של ביגמיה – נישואין של יותר מאשה אחת. למשל האם המנכ"ל עשה זאת לטובת החברה בשל הנכסים של האישה, ברק שואל האם יש להאשים את התאגיד בעבירת ביגמיה, משיב בשלילה, בגלל היותו ייצור מלאכותי שאינו יכול לעשות זאת, אך אם אנו אומרים כי רק אדם יכול לעשות זאת שכלל כל דבר רק אדם יכול לעשות ולא התאגיד, ולעומת זאת ברק אומר כי אם הוא אינו יכול לשאת אישה הוא יכול לשדל מישהו אחר לעשות זאת לעבירת ביגמיה. עולה שאלה נוספת האם תאגיד יכול להיות מאושם ברצח – אם המנכ"ל רצח, ברק לא עונה על שאלה זו, האם אפשר להגיד כי המנכ"ל, לטובת החברה, התאגיד שנהנה כביכול מהפעולה גם יישא באחריות. יש להדגיש כי כשבוחנים את אחריות התאגיד, הבדיקה היא לא במקום ולא מבטלת ולא משכיחה את האחריות האישית של האורגן עצמו, אם המנכ"ל זייף אז הוא כאדם פרטי, יעמוד לדין פלילי בעצם העובדה כאדם זייף, חוץ מזה אם אותו אדם כמנכ"ל כאשר פעל כמנכ"ל האם היא פעולת התאגיד, בד"כ כן, לאחר מכן יש לבדוק האם ליחס את מה שעשה באופן פרטי לתאגיד עצמו. קידום החברה פועל באופן פלילי ניתן ליחס לתאגיד. גבול האחריות הפלילית של התאגיד מסתיים כאשר האדם פעם לטובת התאגיד. כאשר אותו אורגן פועל גם לטובתו שלו וגם לטובת התאגיד, במקרה כזה אין תשובה אך קרוב לודאי שניתן יהיה להוכיח כי חלק ממטרות שעמדו בפני האורגן לטובת החברה ניתן ליחס לתאגיד. בצורה הזאת באמצעות הפסק דין כי ניתן כאמור לאמת את תאוריית האורגנים האזרחית למשפט הפלילי ובאמצעותה להטיל אחריו פלילית על התאגיד, אבל כמובן יש מגבלה שתאגיד לא יכול לשאת בעונשים שאדם פרטי צריך לשאת אותם. למשל כאשר המרמה של

אדם היא דגולה בזיוף תשלח את המנכ"ל לבית הסוהר אך אין אפשרות להכניס תאגיד לביה"ס, ולכן יש לגזור את העונש שאפשר לגזור על תאגיד בד"כ כנס כספי, ברוב המקרים הוא הרבה יותר משמעותי וכואב לתאגיד מאשר מאסרו של האדם, כי מי שמשלם הוא בעלי המניות והונם נפגע כתוצאה מכך. העונש האפקטיבי בד"כ בגזירה על תאגידים במשפט הפלילי.

הביאו את המחוקק בשנת 1994, באותה ההזדמנות שנדרש לנסח מחדש את החלק הכללי והמקדמי של חוק העונשין, היתה ההזדמנות להגן את נושא זה של אחריות פלילית של תאגיד לאגד בחוק העונשין. עד אז נבעה מהלכות פסוקות שניתנו ע"י בית המשפט ולכן קיום כשבוחנים את חוק העונשים רואים כי יש הסדר חקיקתי סטטוטורי לדברים הללו **בסעיף 23** לחוק העונשין נוסח החדש -

"(א) תאגיד יישא באחריות פלילית -

(1) לפי סעיף 22, כשהעבירה נעברה על-ידי אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד;
(2) לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, אם, בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד.

(ב) בעבירה שנעברה במחדל, כאשר חובת העשיה מוטלת במישרין על התאגיד, אין נפקה מינה אם ניתן לייחס את העבירה גם לבעל תפקיד פלוני בתאגיד, אם לאו". הסעיף (א) אומר "תאגיד ישא באחריות פלילית" ומאשר את התאוריה כי תאגיד עשוי לשאת באחריות פלילית ומלמד אותנו את התנאים שיביאו את התאגיד אל אותה אחריות פלילית ומבחין בין שני סוגים של אחריות: אחד הוא, האחריות תאגיד הנובעת מכישלוננו של אחד מעובדיה במהלך תפקידו הנכשל בעבירה פלילית והסוג השני הוא זה שהאחריות הפלילית הרגילה, לאמור המוטלת על תאגיד בשל הפעולות האורגניות שלו. ובכך נאמר בהמשך כי תאגיד יישא באחריות פלילית לפי **סעיף 22** המדבר על - אחריות קפידה:

"(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 שחוקן 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". הסעיף מדבר על העבירות הקלות ביותר בחוק העונשין ולגבי סוג זה אומר המחוקק כי התאגיד יכול לשאת באחריות אם אכן מתברר כי עובד של התאגיד בתוך מילוי תפקידו אכן נכשל בסוג כזה של עבירה. בחלק השני מגדיר המחוקק את האורגן בתאור ולא בשמו ואומר כי "אם בנסיבות ההעניין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו", אדם שבשל היקף התפקיד בניהול התפקיד, אזי מה שעושה אותו גוף שליטה עושה התאגיד בעצמו. אין הנחיה מראש מתי נקבע כי באמת אדם לאור תפקידו וסמכותו הוא אורגני, כל מקרה לנסיבותיו, כלומר יש לבדוק כל גוף שליטה והאם באמת בעל עוצמה וכוח לקבוע לתאגיד את עיניה ואז יש לומר כי התפקיד הוא של האורגן ואם הוא עבר עבירה פלילית, "יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה ובמחשבתו הפלילית או מחשבתו, את מעשיהו את מחשבתו או רשלנותו של התאגיד", כלומר המחוקק אומר כי אם תגיד כי אנשים אחרים יראו שחברה כתאגיד אפשר לומר כי התנהגות הפיזית של אותו אורגן הוא המעשה של התאגיד והמחשבה הפלילית או הרשלנות של אותו אדם כיוצא בזה של התאגיד. אך לפני זה תקבע האם לפי האופי והיקף האחריות מדובר בגוף מרכזי שאפשר לזהותו עם התאגיד עצמו. לא כל גוף הפועל התאגיד הוא בהכרח אורגן של החברה.

לענינו של פסק הדין, מי שיישא באחריות של עבירת התנועה של הרכב, ישא באחריות התאגיד. אחריות קפידה לאמור מסעיף 22 אומר לנו המחוקק כי עבירה זו "אינה טעונה עבירה פלילית או אחריות" הכתוב מראה כי זה הסימן לזהות אחריות קפידה.

אחריות שילוחית:

בדומה לשאלה האם ניתן להעתיק מתחום המשפט האזרחי את תורת האורגנים שבאמצעותם מפעילים את התאגידים במשפט הפלילי, עלה שאלה דומה על **מוסד השליחות**, מוסד זה הוא יציר החוק, לאמור שלמרות שמדובר במוסד קדום, אך מוסד

שהמשפט המודרני אימץ ושכלל משנת 1965 שמנחה אותנו ומסביר לנו איך אפשר שאדם יעשה לו שליח, שליחות מדובר בפעולות משפטיות, רעיון השליחות הוא לחסוך לאדם לעשות באופן אישי פעולות משפטיות ולאפשר לו שפעולות משפטיות יאפשרו לו לעשות ע"י מישהו אחר ואותו אדם שיעשה אותם נחשב כאילו אם הוא עושה אותם זה השולח שעושה. למשל כאשר השליח נשלח לחתום חוזה לנהל משא ומתן וחתם על החוזה, חוזה זה מחייב כדת וכדין את השולח וחייב למה שכתוב בחוזה, ולא חובת השליח כי בתום השליחות יוצא מחוץ לתמונת הדברים. בעצם יש פעולת יחוס, מיחסים מבחינה משפטית מה שעשה השליח לשולח. במשפט האזרחי אפשר שאדם ייחנה כתוצאה מכך שהוא עושה לעצמו שליח, האם בהקבלה יכולים לומר כי אדם יכול לעשות שליח בדבר עבירה, לשלוח? התשובה היא כי אין שליחות בדבר עבירה ולא נקלט במשפט הפלילי וכי אין אדם העושה לעצמו שליח בדבר עבירה בגלל האחריות האישית. כאשר שולחים אדם, זה בעצם שידולו של האדם ונהפך למשדל בדבר עבירה וסוג של שותפות לעבירה. החשוב הוא כי עושה העבירה לא יכול לטעון מה שיטען במשפט האזרחי וכי היה שליחו של השליח, במשפט הפלילי אינו יכול להגיד כי אינו נושא באחריות ונשלח על ידי מישהו בגלל האחריות האישית, אדם העושה פעולה פלילית יישא בעבירה. השולח יישא באחריות כמשדל ושותף לעבירה, והמבצע ישא כמבצע על העבירה באחריות מלאה.

(הגנתו של הסוכן המדיח - חריג לכך הוא כשמדובר בשולח שהוא לא אדם פרטי אלא איש רשות, ואפשר להתגונן כי שודל לעשות עבירה על ידי איש ראשות, טענה זו היא טענה מלאה כי אם איש רשות מחשיד אדם בפרטי ומטמיע בראשו את הרעיון הפלילי ומדרבן אותו לעשות זו, בארה"ז הגנה פלילית אך בישראל עדיין לא נקלט וממשיכים לומד כי אין הגנה שהוכשלת ע"י איש רשות, אך לוקחים בחשבון עובדה זו כדי להקל על עונשו מפני שבצורה כזו מבטל בית משפט את פעולת רוחו של איש הרשות).

בפס"ד עידו - היה עורך מעריב ובנוסף הועלה לדין עיתון מעריב ובנוסף הכתב שהכתבה שבגללו הועלו לדין, דובר בכתבה שהביאה לידי ציבור מעשה פלילי של אדם מעשה בקטינה, ובניגוד לחוק הנוער כי בהליכים פליליים המתנהלים בבית משפט אסור לפרסם שמם של קטינים ובניגוד העיתון פרסם, מעריב אומר כי הוא מודה, הכתב מנהל מלחמה ובנפרד אדון דיסנדי מנהל קרב. האורגן בחברה, הכתב, והואיל והתאגיד כבר אשם, ואם הוא אשם גם האורגנים הם האגמים, אך ברק אומר כי לא ניתן להטיל אחריות על האורגנים בכללי, כאשר עיתון מפרסם משהו אסור אוטומטית העיתון אחראי, לא כתוב זאת וכן לא ניתן להטיל על העיתון אחריות בדבר. אם קובעים כי האורגן אשם זה התאגיד אך אם קובעים כי התאגיד אשם לא כל האורגנים אשמים.

שיעור 7 – 15.12.08

הכשרות הפלילית מבחינה שכלית ונפשית :

עקרון זה מלמד אותנו כי אין להעמיד אדם במשפט הפלילי אילו התקיימו בו התנאים הסף המאשרים לנו כי אותו אדם היה מסוגל מבחינת היכולות שלו לעמוד בדרישות המשפט הפלילי כלומר להבין את מה שהמשפט הפלילי מצווה עליו לעשות לו היה מסוגל אכן לציית להוראות הללו ולכוון את התנהגותו בהתאם. תנאי הסף הללו נמדדים על פי שני מישורים: הבגרות של האדם מבחינת גילף המישור האחר זה בגרותו של האדם מבחינה מנטלית, שני מישורים אלה מכוונים אותנו לוודא שאותו אדם אכן היה מסוגל להפנים את סגויי החברה ולהתאם את עצמו בכך.

המשפט הפלילי מתמקד בבדיקה פרטנית אישית באחריותו של אדם, נוסע מעקרון אחר עקרון אחריות אישית. ולכן על פי פאן זה של אחריות אישית היינו צריכים לקחת את שני מדדים אלה ולהגיד כי כשרות מנטלית ולבדוק כל אדם בטרם מעמידים אותו לדין פלילי, האם אכן מתקיימים בו שני הפרמטרים האלה, בגרות מבחינה גיל וכשרות מנטלית.

אחריות מבחינת גיל :

כאשר בודקים את נושא הגיל יוצאים מתוך הנחה כי כל אדם מתפתח בצורה אחרת וכל אחד מגיע בשלב כלשהו לבגרות, אותו שלב שאנו יכולים להעיד עליו ולומר עליו כי הוא רב בגלל התפתחותו ומסוגל להבין את מה שהחברה מצווה עליו ולציית לדבריו הללו. הבדיקה צריכה להיות בדיקה אישית של כל אדם משום שכאמור כל אדם מתפתח באופן שונה ואולם מדינת ישראל לא עשתה זאת ולא רק מדינת ישראל אלא מדינות נוספות העולם ויתרו על המבחן הנכון האישי האינדיבידואלי, הטעמים לכך הן טעמים של חוסר במשאבים אנושיים וכספיים כדי לעשות מבדקים אלא. במקום זאת החליטו להתפשר ובמקום להעמיד כל אדם באופן אישי הפשרה הייתה למצוא מדד סטטיסטי שירכז סביבו את הממוצע של הגילו שכבת גילאים שבממוצע זה נמצא את רוב האנשים שאכן ניתן לומר עליהם שהם בגרו. מבחן זה נגזר מהתפתחות החברה וממדעי החברה, נכון לאותו זמן שהדברים נבדקים, לאמור מה שהיום אנו יודעים כמאפיין התנהגות מסויימת לא בהכרח יהיה כך בעוד 50 שנה, אך נכון להיום מדינת ישראל בחנה ומצאה כי סביב גיל ה- 12 נאספים רוב הצעירים שבעצם הגיעו לשלבי בגרות ויש לומר בביטחון כי רוב האנשים הללו אכן מבינים היטב את מה שהחברה מצווה עליהם ויכולים לעמוד בצווי החברה. בגלל שמדובר במבחן סטטיסטי אז יש גם טעויות, ויש מגוון גילאים שהטעות חלה עליהם, יש בגירים ביולוגיים בגיל 12 שלו היינו בודקים אותם אישית היינו מוצאים כי אינם בגרו גם בגיל 13 ויש גם בכיוון ההפוך. אבל הואיל וכאמור מדובר בפשרה שהחברה החליטה לחיות איתה פשרה לא צודקת ולא נכונה כי בעצם פותרת מאנשים מסויימים לקחת אחריות על מעשה. כי האחריות הפלילית כיום הוא גיל 12 והמחוקק קבע כי כל אדם שמתחת לגיל זה לא יישא האחריות פלילית לאמור לא ניצן יהיה להרשיע אותו בעבירה פלילית, בתנאי סף שבתור שכאלה לאמור בתנאי סף היינו צריכים בעצם למנוע מהתביעה את היכול להגיש כתב אישום נגד כל אדם שהוא פחות מגיל 12 אולם המחוקק לא בחר ללכת בדרך זאת ובמקום זאת הוא בחר להעניק לכל אדם שמתחת לגיל זה טענת הגנה "הגנת הקטינות" כל אדם מתחת לגיל 12 יכול לטעון במשפטו שאין להרשיעו בעבירות משום שבזמן ביצוע העבירות הוא היה בן פחות מגיל 12 ואם אכן וענה זו של הקטין תוכח במשפט הרי בית המשפט מצווה לזכותו מהמשפט. נושא זה מוסדר בסעיף 34 (ו) בפרק ההגנות "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו **שנים עשר שנים**". יש להדגיש כי אין מניעה להגיד כתב אישום נגד קטין מתחת לגיל 12 ואולם בית המשפט לא ירשיע אדם כזה אם הוכח בפניו כי אותו אדם העומד לבין בזמן ביצוען של העבירות היה בן פחות מגיל 12. עד לתיקון 39 בשנת 1994 הייתה זו התביעה שצריכה להקדים ולהוכיח בראיותיה טענה שאולי יעלה הקטין שהיה פחות מגיל 12, כיום המצב הוא שונה, היום קובע המחוקק לגבי כל האנשים העומדים לדין בלי יוצא מהכלל שחזקה על כולם שבזמן שהם עברו את העבירות אם אכן עברו, חזרה עליהן שלא הייתה להן שום הגנה. בכך המחוקק פותר את התביעה מלהקדים ולהוכיח את הטענה האפשרית שכן הייתה הגנה לנסות לסתור מראש, אזי הרוצה היום לטעון כי הוא לא נכנס לכלל זה ולא כלול בחזקה זו, יואיל לקום ולטעון זאת ואם קטין לא יטען זאת יחול עליו החזקה הכללית, שכן תהיה ההנחה לגביו שבזמן העבירה היה מעל לגיל 12, אם האדם טוען כי היה חולה נפש ולא יקום ויטען זאת, תעמוד נגדו החזקה כי היה בריא. כלומר היום, הנטל לטעון טענת חריג עוברת לאדם העומד לדין, אם האדם העומד לדין לא טוען קמה החזקה. יחד עם זאת, הם לא חייבים להוכיח את טענת ההגנה הזו מבחינה עובדתית באותה הרמה שהתביעה חייבת להוכיח את האשמה הפלילית שהרי ידוע כי התביעה חייבת להוכיח את האשמה הפלילית מעבר לכל ספק סביר. לעומת זאת הנאשם המבקש לצדוק עצמו בטענת הגנה לא צריך להוכיח כי אכן בזמן המקרה למעלה מספק סביר היה פחות מגיל 12. די לו לאותו אדם שיצליח לגרום לבית המשפט ספק סביר שמה הטענה שלו נכונה. די לו כי השופט יטען כי אינו יכול לשלול את הטענה הזו, שכן עמד בנטל ויש לזכותו.

בסעיף 34 כב (ב) האומר כי "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג", כלומר אם יש ספק סביר והתביעה לא הצליחה להסיר את הספק ולסתור אותו, הרי דינו של הנאשם לצאת זכאי. ניתן אומנם להעמיד לדין קטין מתחת לגיל 12 וקטין שרוצה לטעון כי הוא חריג ומגיע לו הגנת קטינות כי היה פחות מגיל 12 הוא או פרקליטו

צריכים לקום ולהגיד בבית המשפט כי הנאשם מבקש להצדיק את התנהגותו בכך שהיה פחות מגיל 12, לא יקום הנאשם, ההנחה כי היה יותר מגיל 12. מה קורה לאנשים שבכל זאת משתוללים בחברה והם מתחת לגיל 12? לא ניתן לעשות כלום אלא רק להשתלט על אותם אנשים ולהשים אותם במקומות טיפוליים ולשקמם ע"י משרד הרווחה בד"כ, לאחר גיל 12 נכנס המשפט הפלילי ובאמצעותו פותרים את העבירה.

גיל הכשרות הפלילית העומד לגיל 12, לצורך בדיקת האחריות הפלילית, נמצא כי נושא הגיל גם בהקשר של ההליך הפלילי מצוי בהקשרים שונים :

בחוק לתיקון סדרי הדין (הגנת ילדים 1995) – גם אם אדם כשיר לעמוד לדין הרי יש טווח מסוים של גילאים שבו בעצם המחוקק מדגיש את טובת הילד על פני טובת האינטרס הציבורי לאמור, קובע באותו חוק שלגבי ילדים או ילדים לא יחוקרו באותו אופן שנחקרים אנשים מבוגרים, לא יתחקרו ע"י חוקרי המשטרה במשטרה, הסיבה לכך היא כי כדי להצליח בחקירתן של ילדים מבלי לפגוע בהן אנו צריכים להכשיר אנשים מיוחדים בעלי מיומנות וידע איך חוקרים ילדים. המחוקק יצר את "חוקרי הנוער" בעבר, כיום נקראים "חוקרי ילדים", אנשי משרד הרווחה, שקיבלו הסמכה מיוחדת לחקור את סוג האוכלוסיה הזו. יתרה מזאת, בשל הרגישות הקיימת בחקירתם של ילדים מרשה המחוקק לחוקרי הילדים להזמין אל תוך החקירה גם את הנציגים, בד"כ ההורים, להיות נוכחים בזמן החקירה. יש מקרים מיוחדים שהקטין לא מעוניין בכך. אך בעיקרון ההורים מלווים את הקטין במהלך כל ההליך. זאת וגם אחרת שמדובר בילדים בטווח גילאי ה-12 הם נחקרים באופן מיוחד וגם עדתם בבתי משפט לא מדיינים אותם בבתי משפט אלא באישור מיוחד ע"י חוקר הילדים, הרעיון להגן ולהעדיף את הגנתו מפני האינטרס הציבורי. ולכן מחליט המחוקק לעשות זאת בצורה אחרת ובמקום שהילד יגיע לבית המשפט יגיע החוקר ויביא עימו החוקר אל בית המשפט את עותק העדות שמסר הילד בחקירתו, כיום קובע החוק כי אותה העדות שנגבית מהילד תצולם ע"י וידאו, וסרט זה יובא אל בית המשפט ובית המשפט והצדדים יוכלו להתרשם בעצמו מהקלטת איך נחקר הילד וכו'. החריג לאופן זה של מתן עדות לאמור מתן עדות באמצעות חוקר, הוא כי הקטין עצמו מופיע בבית המשפט, רק אם החוקר נתן את הסכמתו ובלמעלה מ-98% החוקר לא נותן את הסכמתו ומעדיף את טובת הילד על טובת הציבור, החוק מפקיד בידי החוקר את סמכות העליונה והבלעדית להחליט בנושא זה.

בגיל 14 הקטין כבר לא מקבל יותר את הגנה זו, בגיל זה אם מכל סיבה שהיא המשפט נקבע להישמע אחרי שאותו קטין הפך להיות יותר מגיל 14 רשאים להזמין את הקטין למשפט עצמו והוא חייב להגיע. זמן הקובע הוא זמן הדין : אם הקטין יותר מגיל 14 הוא חייב לציית לצו ולהגיע בעצמו לבית המשפט, ואם טרם הגיע לגיל 14 והעיד, גם עדות זו תגיע לבית המשפט, בנוסף יחקר בעצמו הילד. בסוף המשפט בית המשפט יצטרך להחליט איזה מהמערכות הוא מעדיף. הסיבה להבדלי הגיל הוא כי גיל 14 הוא גיל קריטי.

העובדה כי אדם בגיל 12 אחראי למעשיו מבחינה פלילית לא אומרת כי שופטים אותו באותו אופן ששופטים מבוגרים, חוק הנוער ענישה ודרכי טיפול 1971 קבע והקים מסגרות מיוחדות לשיפוט של קטינים בצד השיפוט של המבוגרים. חוק הנוער מקים בתי משפט מיוחדים לשיפוט נוער. והוא קובע כי בצד כל בית משפט שלום רגיל, יקום בית משפט שלום לנוער ובצד כל מחוזי יקום בית משפט מחוזי לנוער. הפרדה זו נועדה אכן להפריד בין שני סוגי האוכלוסיות – הבוגרים והקטינים, כדי שלא יפגשו בבית המשפט וכדי שהאוכלוסיות האלה יקבלו טיפול נפרד מבחינה משפטית. בתי המשפט לנוער מסמיכים ומציבים שופטי נוער שהם שופטים רגילים לכל דבר, ואולם בבחירתם הם יודעים מראש כי תפקידם יהיה לשיפוט סוג מסוים ומיוחד של האוכלוסיה – נוער. הסיבה לכך, לבטח שופטים וליצור סגל שופטים שממחיות שלו תהיה אכן שיפוט של נוער כי הוא דורש אחר מומחיות מיוחדת.

בתי המשפט מבחינה פיזית יופרדו מבתי המשפט הכללי, ואם אין מנוס מסיבה תקציבית, אלא להשתמש באותו מבנה של משפט פלילי, יש להקפיד כי שיפוטם של הנוער יהיה בשעות שונות מאלו של הבוגרים כדי למנוע מגע ביניהם. זאת וגם אחרת בעניין הפרדה, אין מנוס בעצירת קטין, במידה ועוצרים קטין יש לעצור אותו בהפרדה מוחלטת מבוגרים ויש איסור מוחלט להכניס קטין לתא מעצר עם בוגר. יתרה מזאת גם צורת השיפוט של הקטינים

שונה מזו של הבוגרים המחוקק בנה את חוק הנוער על בסיס הנחת עבודה שבטווח הגילאים שבין 12-18 קיים סיכוי טוב לשכבת גילאים זו שאם הן יטופלו נכון ניתן יהיה לשקמם, כלומר גם אם באים להעניש נוער, הדגש שהשופט שם הוא על השיקום. מטרת הענישה ביניהם הוא ההרתעה, הגמול וגם השיקום, כיום בתי המשפט נותנים מטרת יתר על ההרתעה והשיקום לקטינים כמטרה ראשונה. וכדי להצליח בכך חוק הנוער נותן בידי שופטי הנוער אמצעים ענישתיים בעבר לכלליים שאנו מכירים, כלומר לא רק מאסר אלא גם אמצעים טיפוליים כמו לקיחת הקטין למוסד ובו ההנחה כי ימצאו שם אנשים שהוכשרו לתפקיד של הוראת הקטין של מתן הזדמנות הקטין ללמוד במסגרת שהיה מחוצה לא עד שהסתבר בפלילי, להמשיך את השכלתו וללמדו מקצוע. דבר נוסף, החוק קובע כי יש איסור באופן כללי לפרסם שמותיהם של אלו הקטינים העומדים לדין הסיבה לכך, מתוך אותה הכוונה הטובה של המחוקק לעזור לקטינים להשתקם. עם זאת יש החלטה חדשה של בתי המשפט ששם נאמר לגבי קטין שברח ממוסד סגור לאחר שהואשם בעבירות מין חמורות וקיים עכשיו חשש שאותו קטין עבריין מין חוזר למקומות ששם יכול להכות, וואז בניגוד לעקרון כי לא מפרסמים את שמו, החברה מותר לה להתגונן בפני אדם שאינו רוצה הגנה של החברה ואכן בית המשפט יפסוק לפרסם את שמו בקהילה על מנת שידעו ממי להתגונן. יתרה מזו הכוונה באיסור הפרסום זה כדי לתת להזדמנות לקטין בהגיעו לגיל 18 לפתוח דף חדש עם החברה, בגיל זה אם אינו רוצה לפתוח דף חדש וממשיך להיות עבריין אין שום סיבה להסתיר את שמו מהחברה. זכותה של החברה לדעת כי אותו בוגר הוא עבריין בעל ניסיון ויש להיזהר בפניו. יחד עם זאת אלו שרוצים את הגנת החברה, החברה תסתיר מעצמה את זהותם של האותם אנשים לפתיחת דף חדש.

נושא הגיל לא מוגבל רק לפאן הפלילי אלא חשוב מאוד גם במשפט האזרחי, וגם שם הכשרות לענות פעולות משפטיות נגזר מנושא הגיל, חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות דן בסוגיה הזו בפאן האזרחי שכן עד גיל 18 אותו חוק מגביל את אלה שלא הגיעו לגיל זה לחייב לפעולות מסויימות ויחד עם זאת בני פחות מגיל 18 זכאים להיות בעלי קניין באמצעות הנציגים שלהם, הדבר היחיד שלא יוכלו לעשות זה התחייבות חוזית – באמצעות נציג או האפוסטרופוס.

בטווח הגילאים בין 12-18, מי שמתחת לגיל 14 אין לאסור עליו מאסר, יתרה מזאת קטין המועמד לדין בעבירה שהעונש מצידה הוא עונש מוות, לא ייגזר עליו עונש זה אם הוא עבר את העבירה בעודו קטין.

חוק הנוער גם מסמיך את בתי המשפט לנוער באותם מקרים שמדובר בחוק בעונשי חובה או עונש מינימום, החוק מסמיך את בתי המשפט לסטות מעונשי החובה ומעונשי המינימום, כלומר לגזור עונש פחות מעונש החובה. ואם מדובר בעונש מינימום אכן ניתן רבע מעונש המינימום.

אחריות מבחינת כשרות מנטאלית :

גם בנושא זה תנאי סף הוא הגיל, מוודא שאותם תנאים פונים לאדם בחברה שהיה מסוגל להבין את צווי החברה בה הוא נמצא ולהתאים עצמו לאותם נורמות חברתיות. ... שני מצבי של מחלת נפש עלולים לגרום לאדם לא לתקשר עם המציאות ולא להיות מסוגלים להבין את טיב הפיזי של מה שהם עושים ולא להיות מודעים למה שעושים, או לא להיות מסוגלים להבין את הטיב המוסרי למעשיהם ולא מבינים כי מה שהם עושים הוא אסור. המחלה יכולה לגרום לאדם לא להיות מסוגל להימנע ממה שהוא עושה, כלומר להיות תחת השפעה של דחף חולני - "דחף לב בר כיבוש". יש גם שהחברה בוחנת לפני שהיא באה חשבון עם אנשיה, חברה שלפני שהיא מחליטה להטיל אחריות פלילית בוחנת אם אותו אדם הוא למעלה מגיל 12 והאם היה במצב נפשי כזה שאפשר לו להיות מודע לפעולות שהוא עושה ושפעולות אלה אסורות על פי חוק. בדיקה זו חיונית משום שבתוכנו נמצאים אנשים שבגלל פגמים או מחלות שלקו בהם הם לא מסוגלים להתמצא במציאות סביבם והם עושים דברים שהם לא מסוגלים להבין שהם אסורים על פי חוק. אל סוג כזה של אנשים אם יוכח כי זה מה שגרם להם לעשות את ההתנהגות הפלילית, החברה פותרת אותם מאחריות פלילית. גם כאן בדומה לנושא הגיל הכשרות המנטלית היא לא תנאי להעמדה לדין, ולא תנאי להעמדה

למשפט פלילי אלא בדומה לגיל גם כאן מי שלקה במחלת נפש או ליקוי שכלי ובשל מחלת הנפש או הליקוי השכלי הסתבך בעבירה פלילית, המחוקק מעמיד לו סייג או הגנה בדומה להגנת הקטינים, הגנה של הלקוי בנפשו – הגנת אי שפיות הדעת בסעיף 34 ח, האומר כי **"לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם בשעת המעשה בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי היה חסר יכולת של ממש להבין את אשר הוא עושה או את הפסול במעשיהו, או להמנע מעשיית המעש"**. כדי להבין את מה שאומר הסעיף יש ללכת אחורה למאה ה-19 על מקרה של אדם שהיה מעורער בנפשו שביקש לרצוח את מי שהיה ראש הממשלה ופגע דווקא במזכירו. בית המשפט שם לב על פי תעודות שהאדם הפוגע הוא מעורער בנפשו והשופט ראה אם יש לו זכות לשפוט את האדם הזה כי אז באותם ימים האדם היה מוצע למוות. האם מבחינה משפטית אדם המעורער בנפשו אחראי מבחינה משפטית למעשיו, בית הלורדים השיב לשופט כי אם יוכח לבית המשפט כי מדובר באדם אשר היה חולה נפש ושכתוצאה ממחלת הנפש הוא לא הבין את הטיב הפיזי של התנהגותו או לא ידע שמה שהוא עושה הוא דבר אסור, לאמור לא ידע להבחין בין טוב ורע, הרי שמקרה כזה אין לשפוט את האדם והוא לא אחראי למעשיו ויש לאשפז אותו בבית"ח לחולי נפש. אדם זה שעל שמו אחר כך מקשרים את ככלל ההלכות היה מקנטון ומאז מדברים על כללי מקנטון, אותם כללים שלראשונה מתולדות המשפט האנגלי הסדירו את נושא האחריות הפלילית של חולי הנפש. מאז הרפואה התקדמה וגם המשפט אבל הכללים לא השתנו כלומר, גם היום המשפט מדגיש את הפטור שהוא מוכן להעניק לאותם אנשים רק אם יוכח כי מדובר בחולי נפש כלומר באדם שלקה ברוחו או לאנשים שבעקבות פיגור שכלי איבדו את היכולת באופן טוטאלית, או שהיה חסר יכולת של ממש. הפסיקה מפרשת את זה כניתוק טוטאלי. אנשים מסוג זה החיים בדמיונות בשל מחלת הנפש, המחוקק דורש קשר סיבתי שכתוצאה ממחלת הנפש האדם עשה את הפעולה הפלילית. ולכן הדרישה של המשפט היא כי לא די באדם להיות חולה נפש אלה להוכיח כי מה שעשה האדם הוא תולדה של מחלת הנפש וכי יוכח ששלושה דברים התרחשו אצלו כשעשה את הפעולה : היה חולה נפש וכתוצאה מהמחלה התנהג באופן פלילי, ובזמן שעשה פעולה זו לא הבין את הטיב של פעולה זו, או שאם הבין מה שעשה לא חשב שהפעולה היא אסורה. הדבר השלישי הוא כי האדם מבין את שני הדברים (טיב פיזי ואיסור הפעולה) ובכל זאת לא היה יכול להימנע מלבצע את הפעולה, משום דחף שהשתלט עליו.

בפס"ד ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה – היה עובד במפעל בקריות "מפעל אתא" מפעל בגדים ששם יצרו את בגדי החאקי, מנדלברוט היה אחד הפועלים ויום אחד הגיע עם נשק וחיפש את מי שהיתה אהובתו שלטענתו בגדה בו, החל לירות לעברה ולעבר שאר העובדים שהיו בסביבתם עד שהפסיקו אותו, הצליח להמלט אך נתפס ונחקר, ושחזר בדיוק מה שהיה, נבדק ע"י רופאים שמצאו שהוא כנראה פסיזוכרם – חולה נפש הסובל מתעתועים וקבעו כי פעם על פי דחף חולני שפקד עליו לעשות דברים כלו ולא יכל להימנע מלעשותם. הבעיה היא שהוא הבין מה שעשה והבין כי הירי אסור על פי חוק, הבעיה היחידה היא כי לא יכל להימנע מלעשות זאת. באותם ימים החוק לא הכיר באותם מקרים של חולי נפש שרק בגלל דחף לא יכל להימנע מפעולה, השופט גרנט מצא פתרון ע"י כך שהוא סיווג את ההתנהגות הזו כחוסר רצייה - העדר שליטה, כלומר האדם פועל כאוטומט כתוצאה ממחלת נפש וכתוצאה מכך, מצא דרך לפטור אותו מאישום. עד אשר התיקון הגדול נקבע דרך לקבע את הרעיון של המצב השלישי לפי החוק. התוצאה היא בסעיף 34 ח 2 לאחר 1994 המדבר על האפשרות שאינו יכול להימנע מעשיית המעשה, למרות שהוא מודע אליו.

יש להבדיל בין מצב של אי יכולת טוטלית להימנע ממעשה לבין מקרים אחרים אשר אינם זוכים להבנה מצד ביהמ"ש – מקרים בהם אנשים מתקשים להתגבר על דחפים (פירומניה, קלפטומניה – מצבים בהם ישנו דחף אך אותו דחף יכול להיות מדוכא בעת הצורך לשם הימנעות ממאסר, כלומר שים ליד אדם הסובל מתסמינים אלו שוטר והוא ימנע מלפעול לפי דחפיו). מצבים מעין אלו ממחישים את הצורך בהתחשבות באותם אנשים הגובלים במחלת נפש אך אינם מגיעים למצב הקיצוני אותו מגדיר החוק כ"אי יכולת של ממש". בחוק הישראלי סעיף 300א' מאפשר הטלת עונש מופחת מעונש מאסר העולם לאלו אשר רצחו תחת

בחוק הסעד טיפול במפגרים, קיום ועדה המוודא האם האדם אכן מפגר ואם דרגת הפיגור שלו עומדת בדרגת גיל 12 אזי אותו מפגר אינו אחראי למעשיו. ויהיה פתור מאחריות פלילית. באשר לחולי הנפש היה חוק בשנות ה-50 החוק לטיפול בחולי נפש משנת 1985 שבעצם ביקש להסדיר איך מטפלים בישראל בחולי נפש, כלומר, איך מאבחנים חולי נפש, ומי מוסמך לאבחן וכשמאבחנים איך מטפלים בו בין מרצון או בכפייה. אותו צחוק נתן גם את דעתו לכך שאדם ידע לבית המשפט לחולי נפש שיקבע כי בזמן העשייה היה חולה נפש ומעניק לבית המשפט את הכלים להחליט אם היה חולה נפש בזמן הדיון או בזמן המקרה. ואם כתוצאה מכך שהוא חולה נפש הוא אינו מסוגל להבין את ההליכים. בזמן המקרה זה הזמן הרלוונטי. אותו חוק משנת 1985 הוחלף בשנת 1991 לחוק אחר – החוק לטיפול בחולי נפש – גם חוק זה מנסה להוות חוק מסגרת שתלמד אותנו איך מטפלים בחולי הנפש בארץ ומביא לידי ביטוי את אותם השכלולים שניתן להכניס לאותו החוק. החוק מטפל בחולי נפש, וכן מצפים כי כל החוק מוכתב ומיועד לטפל בחולה הנפש והמחוקק יעזור להבין מי הוא חולה הנפש, אך אין שום הגדרה בחוק מי הוא חולה הנפש. כלומר למעשה כשאנו בוחנים איפה ועל איזה יסוד נקבע חולה נפש, אין חוק שעל פיו יכולים להיות מונחים מי הוא חולה הנפש. ההגדרה לחולה הנפש נסמכת וממשיכה להיות נסמכת על הלכות פסוקות, על פרשנות של בתי המשפט למונח הזה בחוק, כלומר על המונח "מחלה שפגעה ברוחו" לפי סעיף 34 ח. בתי המשפט בדרך הפרשנות במשך השנים גיבשו את עמדתם על זיהוי חולי הנפש. הלכות אלא נסמכות על מדע פסיכיאטרי כפי שהשופטים מבינים את המדע ונקבע כי מחלת נפש היא כל אירוע שהפסיכיאטרי מגדירים כפסיכוטי, כל פסיכוזה היא אירוע של מחלת נפש. כיום הפסיכיאטרים אינם מחזיקים בדעה זאת, ואינם סוברים שמה שקרוי מצבים פזיכוטים הם המצבים החמורים באמת, הם שינו את דעתם ומעדיפים לדבר על סוגים שונים של תסמונות בגלל ההבנה של הנושא המורכב. ולמרות זאת בתי המשפט לא מוכנים לשנות את הסיווג כפי שהמשפטים הבינו אותו במשך השנים, בין היתר בגלל שהמשפטים חודשים מאוד כמי שבעצם אנשים שאינם מסוגלים לתת הכוונה מדוייקת. יתרה מזאת השופטים משיבים כי אינם מתיימרים בקביעה זאת של מי שפטור באחריות פלילית בגלל אי כשירות מנטלית להחליפם, תפקידם הוא לקבוע אחריות משפטית ותפקיד הפסיכיאטרים הוא לטפל רפואית בחולים וכן לא יגידו להם את מי לפתור מבחינה משפטית. ולכן יש פער של הבנה בין הפסיכיאטרים לבין המשפטים של היום שמתבטא בכך שהפסיכיאטרים נדרשים להגיע לבית המשפט וללמד מי הם חולי הנפש. יש להגדיר כי בניגוד למה שהאמנו בעבר כי למדנו כך מהפסיכיאטרים האדם הלקה בהתקף פסיכוטי, נחרץ עולמו ואינו מתרפא ממנו לאמור כי הרפואה לא יודעת לרפא אותו אלא יודעת להוציאו מהמצב הזה, כלומר המצבים הפסיכוטי מתגלים בהתקפים גלויים, הפסיכיאטריה יודעת באופן הטוב לצאת מהגל הזה או להימנע מלהיכנס לגל הזה, אך אינה יודעת לרפאו כדי להעיד עליו שאין שום סיכוי שהוא יחזור למצב פסיכוטי. כיום יודעים שהדבר לא כך, "אי שפיות זמנית" תולדה של מצב מיוחד שנמצא בו האדם, בעיקר בכוונה של לחץ, אנשים מסויימים מגיבים כתוצאה מלחץ להגיב אכן באופן פסיכוטי. למשל: אנשים שעומדים לדין באשמות חמורות נכנסים בהיותם בכלא למצבי דחק כאלו שהם מנתקים מגע מסביבתם עד כדי כך שהם מפסיקים לתקשר עם הסביבה. הפסיכיאטרים יגידו על כך כי הוא נמצא במצב פסיכוטי, אין זה אומר כי לא יצא מכך. הרופאים יודעים לאותם אנשים לעזור בכך שהם יסייעו ע"י טיפול תרופתי להוציא אותו מגל זה אך אם הגל הזה יחזור אל אותה המציאות יש סיכוי כי יכנס למצב הפסיכוטי כלומר תלוי באישיות של האדם. העובדה כי אדם יצא מגל פסיכוטי ויחזור להיות כאחד האדם לפי החוק לטיפול בחולי נפש אם אכן קבע בית המשפט שאדם עבר את העבירה תחת השפעה של מחלת נפש ובידיעה של המחלה הוא לא משוחרר, הוא פתור מאחריות פלילית אך בית המשפט מורה לאשפז אותו בכפייה בבית חולים לחולי נפש הסיבה לכך הוא כדי שהאדם יטופל על ידי הפסיכיאטר המחוזי. בהגיעו לבית החולים הוא מופקד ע"י הרופאים המחליטים על דרך הטיפול בו ובשעה שאותו אדם בעקבות הטיפול יחזור להיות כאחד האדם, ועדה פסיכיאטרית מסמיכה את הועדה להחליט את שחרורו של האדם מבית החולים אם אותו אדם אינו מסכן לא את עצמו ולא את סביבתו.

הפסיקה, בפרשנות שנתנה על הגנה זאת בסעיף 34 ח, התעקשה לא להרחיב את מעגל האנשים שזוכים לפטור לאמור לא להרחיב את תחולת הסעיף מעבר לאותם מחלות, לא להכיר בשום תופעה פסיכיאטרית שהיא לא נופלת אל תוך הגדרה של מחלת נפש למרות הניסיונות שנעשו עם השנים להרחיב את הדבר, בעיקר על ידי הוספת סעיף או חלק נוסף לסעיף זה, שייתן פטור לסוג נוסף של אנשים או כפי שהדבר נעשה באנגליה למשל – להכיר במושג קרוב שנקרא "אחריות מופחתת" כלומר אם לא לפתור לגמרי את האדם הרי להכיר שקיימות בעיות פסיכיאטריות נוספות על מחלת הנפש שיכולות להביא את האדם אם לא לאובדן טוטלי של היכולות שלו, לפחות לגרום לקושי רב לאדם להימצא בסביבתו בשל אותן הפרעות נפשיות ובאותם מקרים אותם חוקים מכירים בהפחתת האחריות, במקום ליחס לאדם כוונת תחילה מפחיתים את האחריות שלו מדרגת רצח להריגה בלבד למשל. בישראל גם אם היתה כוונה לפני מספר שנים לבדוק את הנושא וכמעט הדבר הוגשם על ידי הצעה שהגיש משרד המשפטים לכנסת ע"י שר המשפטים, משרד המשפטים לקראת האישור הסופי בהצבעה שלישית בכנסת משך את ההצעה ובמקום האחריות המופחתת הסתפק בעונש מופחת, הדבר היום מעוגן בחוק העונשין בסעיף רצח 300 (א) תיקון שהוכנס לחוק בשנת 1995, האומר כי "על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 ח - (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; (2) או להימנע מעשיית המעשה".

ניתן להגיד עונש קל מהחמור, והמחוקק אומר כי מלמד מחלת הנפש יכול להיות שבשל פחות מכך, בשל הפרעה נפשית קשה הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, ההתחשבות שלא נדרש אותו נתק טוטלי, בסעיף 34 - "היה חסר יכולת של ממש" ואילו כאן מסתפקים במידת היכולת של הנאשם במידה ניכרת.

מאז שהוכנס חוק זה בית המשפט העליון דחה ניסיונות של אנשים שלא זכו לקבל את הפרטר שלהם מאחריות פלילית דרך מחלת נפש וניסו מזלם דרך הסעיף החדש, בגדר הפרעה נפשית קשה. בית המשפט החליט כי הכוונה של המחוקק בהפרעה נפשית קשה היא הפרעה פסיכיאטרית הגובלת במחלת נפש. החשש של בית המשפט העליון הוא כי מדובר בתחום מזל ויכול להינצל לרעה ע"י מופרעים שלא הוגדרו כחולי נפש ומצד שני פסיכופתיים המסוכנים לחברה ואין שום סיבה שיקבלו הנחות על הפגיעה הקשה שלהם (ברצח) על סמך סעיף זה. בית המשפט העליון במשך 10 שנים הכיר במספר לא רב של מקרי רצח שלגביהם היה נכון שבית המשפט יכיר בהפרעה של המערערים או המבצעים אבל מדובר במספרים בודדים של אנשים ויש להגדיש כי מדובר בניסיון של המחוקק לפתור את הבעיה של סוג מסויים של האוכלוסיה נכשל כי בית המשפט העליון לא מוכן להרחיב נושא זה.

כיום נמצאים במצב שמצד אחד החברה דורשת את מינימום הכשרות המנטלית, רק אם באמת האדם חולה נפש או מפגר בדרגה של פחות מגיל 12 רק אז הוא זכאי להתחשבות, כל הפרעה אחרת יישאו במלוא האחריות. יחד עם זאת, למרות שהחברה לא פותרת את האנשים הללו מאחריות פלילית, כאשר בית המשפט בא לגזור עונשם של האנשים כאשר הוא בוחן את התזכיר בעינינו של האדם ורואה כי האדם סובל מהפרעות נפשיות, בתי המשפט מתחשבים כנסיבה מקלה, כמו שמתחשבים במצוקתו או אומללו של אדם גם מתחשבים בתחלואה שלו. מלמד על מסכנותו של האדם, וכן בית המשפט יכול להחמיר עם החלטתו כדי להרחיקו מהחברה, את אותם האנשים המסכנים את החברה.

ההבחנה בין אי כשירות מנטלית או פלילית בשל גיל או מצב מנטלי לתת את הדין על מה שאדם עשה מבחינה פלילית, כלומר אותו פטור שניתן לאדם בשל העובדה שהיה בזמן

העבירה הפלילית היה חולה נפש לבין מצב אחר של אדם שהיה חולה נפש לא בזמן העבירה אלא בזמן הדיון. גם במצב כזה הוא מצב שהחברה מתחשבת בו לאמור לא שופטים אדם במצב שהוא חולה נפש, נובע מהתפיסה הערכית החוקתית במדינת ישראל – זכות חוקתית לאדם להיות עד ונוכח במשפטו. במדינת ישראל לא שופטים אדם פלילי אלא בנוכחותו. הדבר קורה משום שתפיסת ההליך התקין כולל גם את הזכות של האדם להיות עד למה שקורה או מה שעושים בעניינו, כלומר איך מנהלים את המשפט נגדו ולהיות מעורב באותו משפט, ועל רקע תפיסה זו כשמדובר על אדם חולה נפש שמובא למשפט פלילי בזמן הדיון המאפיין את חולה הנפש במקרה כזה הוא שהוא מנתק מגע או אינו מסוגל לעקוב מקרוב אחרי ההליכים המתנהלים נגדו, לא מסוגל לתקשר עם בית המשפט או עם סנגורו. אם מחלת הנפש מגיע לדרגת הנתק של אי יכולת מצידו של האדם לעקוב אחרי ההליכים המשפטיים מצווה בית המשפט להפסיק את הדיון ולהורות על אשפוזו של אדם זה בבית חולים לחולי נפש. נושא זה מוסדר בסעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב 1982, סעיף זה אומר – נאשם שאינו מסוגל לעמוד בדיון: "**א) קבע בית המשפט, סעיף 6 לחוק חולי נפש** (סעיף לא בתוקף בגלל שהוחלף בשנת 1991 ולכן הסעיף המעודכן סעיף 15 לחוק לטיפול בחולי נפש תשנ"א 1991) **או לפי סעיף 19 ב 1 לחוק הסעד, טיפול במפגרים. שנאשם אינו מסוגל לעמוד בדיון יפסיק את ההליכים נגדו**", הפסיקה פרשה את מושג "אינו מסוגל לעמוד בדיון" כמתכוון שבשל מחלת הנפש או בשל רמת הפיגור שלו, אותו אדם אינו מסוגל לתקשר עם בית המשפט או עם סנגורו ואינו מסוגל לעקוב אחרי ההליכים המשפטיים, במקרה כזה חובה על בית המשפט להפסיק את הדיון ובהתאם לחוק לטיפול בחולי נפש הוא חייב להורות על אשפוזו של אותו אדם. הדבר מאפשר לבתי החולים לטפל באדם זה ולאפשר לו עזרה ועד שיצא מהמצב הפסיכופטי שלו, זכותו של האדם שלא ינוהל המשפט כשהוא עצמו לא מסוגל להימצא שם. החוק לטיפול בחולי נפש במחייב את בית החולים להודיע לבית המשפט באותו רגע שאותו נאשם יצא מהגל הפסיכופטי ומסוגל להתמצא בסביבתו. עם קבלת הודעה כזו מצידו של בית המשפט חייב בית המשפט לחדש את הדיון. לעניין התיישנותם של עבירות, התקופה שמאושפז אדם הוא תקופה בלתי נמנית ועוצר את שעון ההתיישנות. לפעמים קורה מצב שלחולה נפש, אם אין לו סנגור החוק קובע כי חובה לצוות לו סנגור ולא יתקיים הדיון מלבד הסנגור. אם בית המשפט אינו בטוח מה מצבו המנטלי של האדם, והאדם לא מגיע מבית המשפט לחולי נפש, כדי לדעת מה מצבו מוסמך בית המשפט לפי החוק להורות על אשפוזו לצורך הסתכלות, בחינה מקרוב לאבחון מבחינה מקצועית מה מצבו, לאחר ההבחנה התשובה מובאת לידיעת בית המשפט ולאחר הממצאים בית המשפט מחליט האם יש להמשיך את הדיון או לא בגלל שמדובר במצב של חולה נפש.

למרות שאדם חולה נפש שכאמור אין לנהל כלפיו הליך, בל זאת למרות היותו חולה נפש יכול סנגורו לבקש מבית המשפט לא להפסיק את הדיון אלא להמשיך לנהל אותו כי הוא הסנגור סבור כי הוא יהיה מסוגל לשכנע את בית המשפט שיש לזכות את הנאשם לא בגלל מחלת נפש אלא בגלל סיבה משפטית אחרת (למשל אם הוא סבור כי זה לא האדם הנכון שהועמד לדיון) אם אכן זו הטענה כי בעצם חבל על הזמן ההמתנה, כי ממילא נגיע לאותה התוצאה, החוק מאפשר לחרוג מהאמור בסעיף 170 שכן בהמשכו של סעיף קטן א' "**אולם אם ביקש הסניגור לברר את אשמתו של הנאשם יברר בית המשפט את האשמה ורשאי הוא לעשות כן אף מיוזמתו מטעמים מיוחדים שירשמו**" נשאלת השאלה מה יקרה לאחר מכן כאשר בית המשפט צריך לצאת עם הכרעה לדיון, אם השתכנע בית המשפט כי צדק הסנגור וכי יש לזכות את הנאשם אז אין בעיה בכך ויודיע את פסק דינו, אם מדובר בזיכוי יודיע לבית החולים לחולי נפש כי הצו השיפוטי המורה לאשפוזו בטל ומבוטל וכעת אם זה המצב אין צורך בהמשך אשפוזו של האדם מלמד אם מדובר באדם חולה נפש כי ממילא צריך אשפוז כי הוא מסכן עצמו. אם מדובר בחולה נפש שלא מסכן עצמו וניתן לטיפול בתוך הקבילה יש להוציאו מאותו בית החולים. במקרה שטעה הסנגור ובית המשפט לא מקבל כי יש לזכות את הנאשם וכי הראיות שהובאו בפניו הם הוכחה לאשמתו, במקרה כזה בית המשפט לא יתן פס"ד החוק קובע במקרה כזה בסעיף 170 (ב) "**מצא בית המשפט בתום בירור האשמה, כי לא הוכח שהנאשם ביצע את העבירה, או מצא שהנאשם אינו אשם - שלא מחמת היותו חולה נפש לאו-בר-עונשין -יזכה את הנאשם ; לא מצא בית המשפט לזכות את הנאשם, יפסיק את ההליכים נגדו, ורשאי הוא להפסיק גם לפני תום בירור האשמה**".

מזכים את האדם שלא במעמדו ולא מחייבים לעולם אדם שלא במעמדו והשאלה היא מה קורה לכל העדים והראיות שהוצגו, אומר סעיף 171 "הועמד נאשם לדין לפי סעיף 17(ב) לחוק לטיפול בחולי נפש, התשט"ו-1955, רשאי בית המשפט לקבל עדות שניתנה בבירור לפי סעיף 170 בלי לשמוע אותה שנית, אולם בעל דין רשאי לחקור עד חקירה נגדית או חקירה נגדית נוספת והנאשם רשאי לדרוש שעדיו יישמעו שנית; לא ניתן הדבר להיעשות, יביא בית המשפט עובדה זו בחשבון בשקלו את העדות". כלומר, באופן תאורתי רשי בית המשפט לחזור ולחקור את העד ואם הוא ישנו וקיים צריך לחזירו ולחקור פעם נוספת, במיוחד הדבר בכך שלא היה ולא סיפר הזדמנות לראות את העדים לשמוע אותם ולחקור אותם, ואם הנאשם מבקש להחזירם להחקר בית המשפט חייב לעשות זאת רק אם העדים כבר לא יכולים להגיע, במקרה כזה סעיף זה מלמד כי בכל מקרה אם לא ניתן להחזיר את העדים העדות עצמה שנשמע כבר היא כבילה לאמור, בית המשפט יוכל להסתמך עליה.

העדר שליטה

הכשרות הפלילית מהווה אבן בוחן לתפיסת החברה את מי בעצם צריך לשפוט במשפטים פליליים. עקרון בשליטה הוא כי שהיה מוכר בשמו הקודם "העדר רצייה" בעקרון זה האדם עובר עבירה פלילית בכך שהוא מתנהג באופן שאסור לו להתנהג ע"י החוק הפלילי כלומר עושה פעולה פיזית אסורה על פי האיסור הפלילי. אותה פעולה פיזית שאדם מפעיל נשלטת ע"י מנגנון המצוי בכל אחד מאיתנו, מאפשר להחליט האם הוא פועל בצורה פיזית או נמנע מלפעול בצורה פיזית כלומר עם מנגנון זה שאמור להיות תקין בדרך כלל אצל כל אחד, אותו מנגנון מאפשר לנו להחליט מתי אנחנו מפעילים מבחינה מוטורית את גופינו ומתי לא מסעילים. פעמים מנגנון זה, מנגנון המפקח לא פועל, כאשר אדם נעדר שליטה או רצייה, נעדר את היכולת לבחור בין שני קוי פעולה חלופיים, בין לפעול לבין להימנע מלפעול, אזי למעשה הוא פועל בצורה לא מבוקרת ולא נשלטת – נעדר שליטה. כלומר, לא היה במצב שיכול היה לפקח את תנועותיו הפיזיות וכתוצאה מכך הוא עשה מעשה לא רצוני הנחשב להיות מעשה פלילי. במקרה כזה שאותו אדם אכן עשה פעולה אסורה אך בצורה לא נשלטת, החברה והמשפט בדומה לחוסר הכשרות המנטלית מחליטים לפתור את האדם מהאחריות הפלילית בדומה לפטור בניתן לחולי הנפש, באותו הדרך הקבוע בסעיף 34 ז – העדר שליטה : "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".

במרכז ההגדרה עומד הרעיון שהאדם שלא היה מסוגל לבחור בין קווי פעולה חלופיים, ופעל ללא שליטה, אדם זה לא ראוי לגינוי באמצעות החוק הפלילי. לא מדובר ביסוד הנפשי של העבירה אלה ביסוד הפיזי של העבירה, באותו רכיב ההתנהגותי – האדם אינו שולט ברכיב הפיזי ההתנהגותי שלו. לא די שהאדם מוכיחים כלפיו שהוא פעל באופן פיזי אסור אלא צריכים להוכיח כי הפעולה הפיזית האסורה היתה תולדה של הפועל היוצא של בחירה ושליטה מבחינה מוטורית, כאמור מצב זה, יכול להיות תולדה של כמה וכמה סיבות : מפגמים שמצויים באדם, פגמים אורגניים, יכול להיות תולדה של פגמים נפשיים, או תולדה של התערבות חיצונית שבכלל לא קשורה בפגמים היכולים לגרום לאדם לאבד את השליטה.

גורמים חיצוניים :

כל פעולה של דקירה, האדם אינו מוכן ואינו יודע שהוא עומד להידקר, המנגנון הפועל אצל האדם הוא אינסטינקט של הגנה שאינו נשלט, התערבות חיצונית כזאת כמו דקירה של אדם יכולה בנסיבות מסוימות לגרום לאדם לאבד שליטה לא רק על פעולות גופו אלא כתוצאה מכך גם על רכב למשל שהוא נוהג ומאבד את השליטה על אופן נהיגתו וכתוצאה מכך שהרכב מוסת לצידי הרכב יכול לדרום לתאונה קטלנית. זאת דוגמא לאדם שנפגע על ידי זולת אך פגיעה זאת היא תולדה של התנהגות מוטורית לא נשלטת. לגודמא : כאשר כופים

על האדם לעשות פעולה שהאדם אינו רוצה בו כמו פעולה של אדם האוחז אקדח יכול אדם חיצוני לתפוס את ידו בכוח ואינו מסוגל להתנגד כי הוא חלש ממנו, ואותו אדם המתערב גורם באופן פיזי לכך שאותו אדם ילחץ באופן לא רצוני על האקדח. פיזית האדם שיצר את היריה זה האדם שאחז האקדח, אך הפעולה לא רצונית בגלל כפייה גופנית של מישהו אחר. יש להבחין את המצב של כפייה חיצונית ממצב קרוב אך שונה של אדם הנאלץ להיכנע לתכתיבי הזולת, לא גופני אלא איומי. אין העדר שליטה ולמרות מצבו הקשה של האדם שלא מותירים לו ברירה יש לו שליטה ויכול לא להיכנע. אדם זה יקבל פטור מלא מאחריות פלילית גם כולל עבירת רצח. המחוקק שינה דעתו והרחיב את המונח קורח מתוך הכניעה לתכתיב שאם לא יבצע את העבירה מישהו אחר הקרוב אליו יפגע.

גורם פנימי באדם שמדובר בפגם אורגני או נפשי :

דחף לב בר כיבוש – תולדה של מחלת נפש ובעצם פעולה כאוטומט ולא שולט על פעולות גופו, מצב זה מוגדר כאוטומטיים לא שפוי. ברגע שמדובר על העדר שליטה שהוא תולדה של אוטומטיים לא שפוי המקום לבדוק אותו ולדון בו הוא לא בסעיף זה של העדר שליטה אלא במחלת נפש, כלומר כל המקרים של אוטומטיים לא שפוי שהם תולדה של מחלת נפש יבדקו דרך הסייג של הלקוי בנפשו. דבר נוסף המאפיין אוטומטיים לא שפוי הוא שבדרך כלל אנשים הלקויים במחלות נפש לא מנתקים את עצמם מהמציאות. לדוגמא : מחלת האפילפסיה שגורמים לפגמים בכך שתוך כדי התכווצות הוא עושה פעולות מוטוריות לא נשלטות – אוטומטיים שפוי, ומה שמאפיין את המחלה היא שהאנשים הללו בעצם לא בהכרח, לא מחוברים למציאות ולא זוכרים בד"כ מה קורה להם. פועלים כאוטומט אך לא זוכרים מהמצב הזה.

כל המצבים הללו אכן מתאפיינים בכך שהאדם יכול לשלוט על מנגנונים של התנועות הפיזיות שלו, לא שולט עליהם ולכן נקרא העדר שליטה וכאמור הדברים יכולים להיות חיצוניים או פנימיים.

מצבים של העדר שליטה פטורים מאחריות פלילית אבל בעצם המחוקק אומר כי עד שיפטור את אותו אדם יש להוכיח שבאמת לא גרם האדם להיכנס למצב הזה בעצמו, למשל : מקרי שהאדם נתפס על רמת אלכוהול מעבר למותר, כמו בסמים, יכולה לגרום להעדר שליטה. יש הגנה מיוחדת המדברת על שכרות אבל ההגנה מיועדת לאותם מקרים שאדם לא הכניס את עצמו מרצון (הושקה שלא מרצון או סומם שלא מרצון) וכתוצאה מכך הוא עשה מעשה פלילי. ההתחשבות היחידה בשכרות המלאה או החלקית היא כאשר אדם נכנס מרצונו למצב של שכרות לא תוכל להאשימו בעבירה הדורשת כוונה (כמו למשל בידו סכין ופגע למוות בזולת לא ניתן ליחס לו עבירת רצח). אך אם פעם בכוונה הוא יואשם במלוא האחריות. סוג מסויים של אנשים יכולים להביא אדם מלקיחת סמים על מחלת נפש, מאיץ את המחלה. החוק מסייג את מתן הפטור גם לגבי העדר שליטה וגם לגבי שכרות והגנה עצמית בכך שאדם לא הכניס עצמו מרצון למצב זה. לתפיסה זו קוראים "בחירה חופשית במקור" בעניין נובע מאמירת המחוקק בסעיף 34 יד : **"הוראות סעיפים 34, 34 ו-34 יב 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 34 יא או בסעיף 34 יב, לא היה הצלת אינטרס הזולת".**

הכוונה אם האדם חולה סוכרת ולא טופל ואינו לוקח את התרופות, ולאחר מכן מתרחש מקרה מסויים, לא תוכל לבוא לבית המשפט ולטעון כי הוא היה במצב של העדר שליטה, כי הכניס עצמו לאותו מצב בגלל אי לקיחת הכדורים, ובכך מפסיד את ההגנה.

היפנוזה – מצב זה הוא העדר של מצב שליטה, היום המצב של היפנוזה על פי חוק הוא אסור והוא שמור רק למצבים רפואיים של אנשים במוסמכים על פי חוק לעשות היפנוזה. אם האדם זקוק להיפנוזה בשל טיפול רפואי ומישהו מנצל את האדם תחת מצב של היפנוזה כדי לבצע פעולה פלילית האדם נמצא בהעדר שליטה ואין לבוא לאדם זה בטענות, אך אם יודע שהוא מהופנט שלא על פי חוק ויש מצב שהמהפנט ישתמש בו והוא מסכים להיכנס למצב כזה הוא לא יזכה להגנה מפני שהאדם הכניס עצמו מרצון.

תכולת החוק הפלילי מבחינת מקום :

בימים קדומים כשלא רק גבולות המדינות היו מתוחמים אלא גם התנועה בין המדינות הייתה יותר בעייתית, ניתן היה לדבר ביתק קלות על כך שהמשפט הפלילי הוא סמל של הריבונות של המדינה, מתפשט על כל תכולי הריבונות של אותה מדינה, כלומר משום העובדה ההיסטורית שמהמשפט הפלילי סימן מתמיד את הריבונות של אותה מדינה לכן גם המשפט הפלילי חל על כל שטח המדינה ועל כל מה שנמצא בתוכה.

התכולה הייתה מוגבלת ומשום עובדה זו לא היה מקובל באותם ימים לדבר על החלת המשפט הפלילי של מדינה אחת על מה שקורה בתחומיה של מדינה אחרת משום שניסיון להכיל את המשפט של מישהו מסויים על התנהגות שהתרחשה במדינה אחרת הייתה על התערבות של מדינה אחרת וכדי למנוע בעיות פוליטיות המשפט הפלילי בד"כ היה מוגבל לתחומיה של אותה מדינה.

במאה ה-20 עובדים מהפכה בכך שהעולם הולך להיות גלובלי ולמרות שעדיין מתוחמים לגבולות מדיניים לאומיים, יש יותר התחדויות של מדינות, המעבר ממדינה למדינה יותר פשוט מבעבר ולכן התופעה שניתן היום למצוא אזרחי מדינה אחת נמצאים בתחומי מדינה אחרת היא נפוצה וכתוצאה מכך בלי נמנע שאותם אנשים הלכו כהן של המדינות שבהם הם נמצאים וכתוצאה מכך שעוברים את חוקי המדינה הם יוצרים בעיה לאותה מדינה שעל חוקיה הם עברו, הם יוצרים בעיה בשפיטה שלהם ובמדינה שלהם משום שבעודם נציגים של מדינה אחרת ועברו את חוקי המדינה המארחת הם גוררים אל תוך הזירה הזאת את המדינה שלהם שלא ברצונה. לכן היום להבדיל מבעבר הנטייה היא למצוא דרך של הרחבת הסמכות של מדינות להגיע אל התנהגויות שנעשו במדינות אחרות ושאותם התנהגויות יש בהם כדי לפגוע במדינה עצמה.

יסוד האידאולוגיה קבע הישראלי את תכולת המשפט הפלילי והבחין בין שני מצבים :

• התכולה של עבירות הפנים - אותה תכולה שבה מדינת ישראל מכילה את

החוק הפלילי שלה על אותן התנהגויות בלי לקחת בחשבון ובלי להתחשב בשאלה מה אומר הדין הזר אם אותה התנהגות בוצעה מחוץ לגבולות המדינה במדינה אחרת ולמרות זאת, אם אותה התנהגות נתפסת בעיני המדינה כעבירת פנים העובדה שהתנהגות בוצעה בחו"ל אינה מעניינת את מדינת ישראל כלומר אינה מתחשבת מה אומר דין המקום ששם ההתנהגות בוצעה.

• תכולת עבירות החוץ – מדינת ישראל מוכנה להתחשב מה אומר הדין הזר ומה

אומר הדין הפלילי של אותה מדינה ששם אותה התנהגות בוצעה.

לכן חשוב לראות איך המחוקק מגדיר את שני סוגי התכולה הללו:

סעיף 7 לחוק העונשין מגדיר את עבירת הפנים באופן הבא : **"עבירה שנעברה כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל"** אם יודעים ומכירים את יסודות העבירה יש לבדוק האם יסודות העבירה כולן בוצעו בתוך שטח ישראל. אם התשובה חיובית, סימן הוא כי מדברים בעבירת פנים. מקצתה של העבירה, שהרי ההגדרה כוללת בתוכה לא רק התנהגות שכולה התבצעה בתוך השטח אלא גם התנהגות שמקצתה בוצעה בתוך השטח, כלומר גם התנהגות שחלק מיסודות העבירה בוצעו בישראל ואילו היתר בוצעו מחוץ לתחומי ישראל, די בעובדה שחלק מן העבירה בישראל כדי להפוך את כל ההתנהגות כולה ונתפסת בעיני המחוקק כעבירת פנים. הן לגבי עבירת פנים ובן לגבי עבירת פנים כשמדובר על תכולה הכוונה היא שאותה התנהגות נשפטת על ידי הדין הפלילי הישראלי, ולעולם הדין הפלילי הישראלי הוא הקובע ולעולם בתי המשפט בישראל ששופטים בעבירת פנים או חוץ יכולו תמיד ולעולם את המשפט הפלילי הישראלי גם אם העבירה בוצעה כולה בחו"ל השיפוט בארץ יהיה תמיד על פי המשפט הפלילי הישראלי. לפעמים מתוך התחשבות למשפט הפלילי הזר אך השיפוט יהיה לפי המשפט הפלילי הישראלי.

עבירת פנים לפי הגדרת המחוקק היא עבירה שכולה או מקצתה בוצעה בישראל, נשאלת השאלה מה זה שטח ישראלי? שטחה הכולל של מדינת ישראל הוא תוצאה של שני מבחנים משפטיים :

המשפט הפנימי של אותה מדינה.
המשפט הבינלאומי שיוצר את המנגנון הבינלאומי איך בודקים האם באמת הגבולות שנקבעו ע"י המדינה הם גבולות מוכרים על פי המשפט הבינלאומי.

המשפט הפנימי של אותה מדינה :

הגדרת המשפט של אותה מדינה הקובע את גבולותיה. הדרך הראשונה נקבעה בפקודת סדרי שלטון חוק ומשפט, קובע בסעיף 11 כי הממשלה רשאית להכריז על שטח שהוא חלק משטח א"י ההיסטורית כשטח שיכול בו המשפט, השיפוט והמנהל. הכרזה זו מכילה על שטח מסוים מחבלי א"י את המשפט השיפוט והמנהל אמור ליצור מבחינה חוק שריבונות של מדינת ישראל תחול על אותו מקום. הדרך השנייה בפקודת שטח ובטחון נאמר כי שר הביטחון יכול להכריז על שטח מסוים נתון תחת תפיסה צבאית וגם במקרה זה אם תצא הכרזה של משרד הביטחון ששטח מסוים מוחזק ע"י צה"ל מבחינה משפטית הריבונות תחול באותו מקום. הדרך השלישית הוא כי הכנסת כמוסד המייצג את העם באמצעות חוק תכיל את הריבונות הישראלית על שטח מסוים שהשטח יקבע, למשל בשנת 1980 נקבע חוק רמת הגולן.

לא די בכך וכי המשפט הפלילי צריך להתערב ולהנחות איך ליצור הכרה או אי הכרה בתחומי הריבונות של אותה המדינה, המשפט הבין לאומי מנחה ומלמד כי יש כמה דרכים לעשות זאת באמצעות אחת הדרכים היא הכרזה של מועצת הביטחון כנציגה רשמית של הקהילה הבין לאומית. למעשה היה ניסיון כזה כאשר האו"ם התכנס על הקמתה של מדינת ישראל בכ"ט בנובמבר ולאחר הקבלה לאו"ם ועל הזכות להימצא בגבולות החלוקה שכידוע שנעלמו כאשר מדינות ערב לא קיבלו זאת ונפתח למחרת מלחמת העצמאות. מבחינה היסטורית למעשה לעולם ישראל לא קיבלה הכרה לגבולות הקו הירוק, הקו ששם נעצרו מול צבאות ערב והסכימו על הפסקת אש וסיום מלחמת העצמאות.

בפס"ד בניתן בעניין גדר הביטחון כאשר מדינות ערב פנו למוסד בין הדין לצדק בבקשה להכריז על כך שגדר הביטחון היא לא בעצם גבול מדיני ובכלל הקמת הגדר מבחינת מדינת ישראל אינה חוקית ולכן ניתן פס"ד לאמור שאכן הגדר הוקדמה שלא כדין וכי לא יוצר את הגבול המדיני ואם לישראל היה מותר לבנות גדר מטעמי בטחון היתה צריכה לעשות זאת לפי גבולות שביתת הנשק משנת 1949, שגם על פי מוסד זה הגבול המדינה שלה. כיום מדובר על חזרה לגבולות אלא – גבולות 1967.

בסופו של הפסקת הנשק הירדנים תפסו בכוח את הגדה ומזרח ירושלים ומעולם לא קיבלה מקום זה כחלק משטח ירדן. הדבר יצר לירדן בעיה כי הרצון להכיל את הריבונות שלה הייתה חייבת לקבל הכרה בין לאומית. רוב מדינות העולם לא הכירו בזכותה של ירדן בגדה המערבית.

כיום יש שני דברים השנויים במחלוקת : חוק יסוד בירת ירושלים במדינת ישראל וחוק רמת הגולן. כתוצאה מכך למרות שירושלים בירת ישראל רוב השגרירויות לא עולות לירושלים למרות שמקובל בעולם כי השגרירות מתמקמת בבירה, כי לא הכירו בירושלים המזרחית כבירת ישראל.

מבחינה מדינית קיימת בעיה, אחד החוקים שחוקקו בשנות ה-90 הוא כי אין לוותר על חבלי א"י אלא אם הכנסת מאשרת זאת. היום יש הצעת חוק שעתידה לעבור, אותו חוק טען כי גם משאל עם נחוץ לכך וכי אין מחזירים שום חלק מא"י בלי משאל אם ואישור הכנסת. לגבי רמת הגולן לממשלה אין סמכות לוותר על רמת הגולן בגלל שזה חוק של הכנסת ולכן צריך גם משאל עם וגם הסכמת הכנסת לביטול חוק היסוד. וכך גם מזרח ירושלים.

עד שנת 1980 היה קיים ברמת הגולן רק בתי משפט צבאיים אך מאז החוק הישראלי בתי המשפט הם בתי משפט ישראלי רגילים וכן החוק הפלילי חל שם על מדינת ישראל. בנוסף לכך כשרואים גבולות המדינה כפי במשורטטים במפה של המשפט הפלילי שלנו יש להוסיף על מה שכתוב בסעיף 7 (ג) חוק העונשין האומר "שטח ישראל", לענין סעיף זה - שטח

הריבונות של מדינת ישראל כולל רצועת מימי-החופין שלה, וכן כל-השיט וכלי-הטיס הרשומים בישראל". כלומר מעבר לגבולות של מדינת ישראל יש גם גבולות ימיים ולכן מבחינת הריבונות יש להוסיף את רצועת מימי החופים שלה – המים הרטוריאליים. כל מדינה השוכנת

לים מותר לה לקבוע את גבולותיה או להרחיב את ריבונותה 12 מי"לים ימיים, כלומר בעצם מדינת ישראל שוכנת מעבר למדף היבשתי יש עוד 12 מי"לים לים ונחשבת לחלק ממדינת ישראל, הכניסה לתוך הרצועה הזאת היא פלישה למדינת ישראל והכניסה אליה רק באישור מדינת ישראל ולכף צריך להוסיף את הפלטפורמות הנעות – כלומר כלי הטייס הרשומים בא"י וכל אחד מהם הוא טריטוריה נעה של מדינת ישראל, כמו מטוס ישראלי – מה שקורה בשטח מטוס ישראלי כאילו קורה בתוך שטח ישראל, וכך בדומה לאוניה של ישראל. כתוצאה מכך שמכילים את הריבונות של מדינת ישראל על פלטפורמות נעות אם אותו כלי טייב או כלי שייט לא נמצא בים הפתוח אלא בתוך תחום ריבונות של מדינה אחרת יכול ליצור התנגשות של סמכויות. למשל אוניה ישראלית הנמצאת באיטליה יכולה להגיד כי הטריטוריה היא באיטליה והשיפוט יהיה כפול, גם של ישראל וגם במדינה שבתחומה יתרחש הדבר – איטליה.

אחד הדברים הקשורים בנושא זה – האם השגרירות הזרה היא מתחם של ריבונות זרה? התשובה היא לא כי כל מה שקורה בשטח ישראל כולל מה שקורה בשגרירות קורה בתוך ישראל ונתון תחת החוק הישראלי בשל העובדה שמדובר באירוח של מדינה זרה על פי פרוטוקולים שהוסדרו במשפט הבין לאומי, ישנה אמנה הקובעת את הסדרת החסינות האישית של האנשים הדיפלומטים והסדרת החסינות של מדנה השגרירות, לגבי חסינות המקום למרות שמה שקורה שם נתון לשיפוט מדינת ישראל לא נוכל לאכוף את המשפט הישראלי על אותה שגרירות כלומר לא ניתן להיכנס אל תחומי השגרירות כדי לפתוס את מבצעי העבירה או לערוך חיפוש כמו שעושים במקום אחר בישראל, הכניסה לשגרירות היא מחוץ לתחומינו אלא אם המדינה שהשגרירות בעצם שייכת לה הרשתה להיכנס או הזמינה להיכנס ואם לא אנחנו לא מורשים להיכנס לשגרירות למרות שמה שקרה שם הוא עבירה לפי המשפט הישראלי. חסינות הניתנת לאנשים מסוימים להעמדה לדין מהמדינה המארחת אותו כלומר אם השגריר עובר עבירה פלילית מחוקי המדינה של המדינה שהוא נמצא בא יש לו חסינות ואין להעמידו לדין במדינה בה הוא נמצא, יחד עם זאת אם המדינה עדה לכך ששגריר עבר על חוקיה והעבירה היא חמורה, המדינה תבקש את המדינה שהוא השגריר שלה שתיקח אותו למדינתו ותכריז עליו אישיות לא רצויה ובהכרזה זו הוא מייצר מצב שאדם זה חייב לעזוב את המדינה. החסינות הניתנת בפני השגריר להעמדה לדין במדינת ישראל אין לו חסינות להעמדה לדין במדינה לה הוא שייך.

שטח המדינה כולל עוד דבר, גבולות המדינה כוללים גם את המרחב האווירי שמעל האדמה, ועל כן אין להיכנס אל תחום האוויר של מדינת ישראל, בגבהים שמטוסים רגילים שיכולים להיכנס. וכמובן הדין הוא מה שקורה מתחת לאדמה.

עבירת פנים כוללת אפשרות נוספת הכוללת מעדה הכנה לעבור עבירה או ניסיון לשדל אחר או קשירת קשר לעבור עבירה שנעשו מחוץ לשטח ישראל ובלבד שהעבירה כולה או מקצתה היתה אמורה להיעשות בתוך שטח ישראל". כלומר המשפט הפלילי נפרסת כאן לא רק על התנהגות שהתחילה בתוך שטח ישראל אלא על התנהגויות שהחלו בחו"ל ושאותם התנהגויות אמורות היו להתבצע בהמשך כולן או לפחות מקצתן בישראל כלומר גם התנהגויות כאלה שתחילתן בחו"ל וסופן בארץ יתפסו כאילו מדובר בהתנהגות מסוג עבירת פנים כלומר שהמשפט הפלילי יחול עליון בלי שום מגבלה.

ההתנהגויות המדוברות : הכנה לעבור עבירה – נמצאים רק בשלב ההכנה וההמשך אמור להתבצע בישראל הרי שההתנהגות כולה נשפטת על ידי המשפט הפלילי בישראל או מה שמוגדר כניסיון כלומר התנהגות שכבר החלה להתבצע בחו"ל אך לא הסתיימה שם. המשך הניסיון היה צריך להיות בארץ, התנהגות כזו שהתחילה להגשים עצמה בחו"ל והמשכה היה אמור להיות בארץ תראה בעיני המשפט הפלילי כהתנהגות עבירת פנים שבתו המשפט בארץ יש להם סמכות לגביה בלי מגלה לשפוט את אותה התנהגות והוא הדין, בעבירה או בהתנהגות שמוגדרת ניסיון לשדל אחר – שידולו של אדם בחו"ל לעבור על עבירה בארץ והשידול נכשל מסיבה כלשהי, יקנה לבית המשפט בארץ סמכות על התנהגות זו.

קשירת קשר לעבור עבירה – אותה התנהגות שבמהלכה ישנם 2 אנשים או יותר ומסכימים על תוכנית פלילית לבצע עבירה או עבירות בישראל. עצם ההסכם עצמו וקשירת הקשר הוא בפני עצמו עבירה ולא משנה מה ההמשך (סעיפים 449, 500 המדבר על עבירות בקשירת קשר) המחוקק קובע כי אם יש קשירת קשר בחו"ל מתוך כוונה של הקושרים עמם להמשיך

את התוכנית שבא דיברו ותכננו להמשיך את התוכנית בארץ הרי התנהגות זו נשלטת תיתפס כעבירת פנים.

עבירת פנים מתפרסת או על התנהגות שהתחילה בישראל והסתיימה בישראל או התנהגות שהחלה בישראל והיתה אמורה להסתיים מחוץ לישראל או התנהגות שהחלה בחו"ל והיתה אמורה להסתיים בישראל כולה או מקצתה – כל התנהגויות אלא יראו כאילו מדובר בהתנהגות שכולה בתוך ישראל ושבתו המשפט בישראל יש להם סמכות לשפוט את העומדים מאחורי ההתנהגויות הללו ולהחיל עליהם את המשפט הפלילי של מדינת ישראל בלי להתחשב בעובדה שחלק מההתנהגות בוצעה בחו"ל ואם כך אולי היא בוצע פתחת השיפוט של מדינה אחרת ואם כך היו צריכים לראות מה מעונש במדינה זו. בסך הכל המשפט הישראלי מכיל את משפט הפלילי שלו על התנהגויות רחבות מאוד בין שנעשו כאן ובין שהתחילו מחוץ לישראל אבל היו אמורות להסתיים בארץ כאמור פגיעה בריבונות של המדינה. סמן ההכר של מדינת הפנים הוא שהשולט עליה הוא המשפט הפלילי.

המשפט הבינלאומי :

מה שלא נתפס לתוך ההגדרה של עבירת פנים חייב להיות ממילא עבירת חוץ ואם נשלל עבירת הפנים מה שחייב להיות זה עבירת חוץ, עבירה זו כאמור שם המחוקק כן מתחשב וכן קובע לבתי המשפט בישראל מה הדין הזר אומר באותה התנהגות.

כדי למנוע פגיעה בריבונותה של המדינה, על פי סעיף 9 אומר כי "לא תהיה העמדה לדין על עבירת-חוץ אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב, אם ראה כי יש בכך ענין לציבור". כלומר שכדי לוודא שהעמדה לבין של מישהו מחו"ל לא יסבך מבחינה מדינית את אותה המדינה שהרי לא מפקידים את ההחלטה בידי מי שבד"כ מוסמך לעשות זאת – הטובעים הרגילים, כאן היועץ המשפטי בכבודו ובעצמו יחליט זאת, ולא רק זה הוא חייב לתעד את ההחלטה בכתב בשל חשיבות העניין.

התנאי של אינטרס ציבורי כתנאי להעמדה לדין מזכיר את האמור בחוק סדר הדין הפלילי שהוא החוק שעל פיו מעמידים על פיו אדם בפלילי בסעיף 62 לאותו חוק שנאמר כי "אם רק יש בכך עניין לציבור", כלומר ברירת המחדל שמדובר בעבירת חוץ היא לא העמדה לדין אלא אם היועץ המשפטי בחן את הנסיבות והחליט כי יש עניין לציבור בהעמדתו לדין. במקרה רגיל כשקורא במדינת ישראל עבירת פנים מחליט התובע הרגיל ושם אם חומר החקירה מספק ויש לו מספיק ראיות כסיכוי סביר להרשעה, אזי ברירת המחדל תגיש כתב אישום, החריג הוא אלא אם למרות שיש מספיק ראיות אין אינטרס לציבור להעמידו לדין. בפס"ד מסויים תובע לא שם לב שהגיע חומר של עבירת חוץ והגיש תביעה בגין עבירת פנים ובטרם בית המשפט התחיל לדון בנושא גילה התובע כי מדובר בעבירת חוץ לקח את החומר ליועץ המשפטי וכן אישר את החלטת התובע בדיעבד ואמר בית המשפט כי לא היתה הסמכות לעשות זאת כלומר כתב האישום פגום ובטל משום שהוגש לא במסכות משום שהסמכות הייתה של היועץ המשפטי לממשלה אלא העוזר שלו והעובדה שהוא משנה זאת ע"י אימוץ הדבר לא משנה.

אם אותה עבירת חוץ נופלת במסגרת כמה צורות של תכולה ולא כל תכולה דומה לקודמת, אומר סעיף 9 (ד) כי "מקום שדיני העונשין של ישראל עשויים לחול מכוח מספר דרכי תחולה, תהיה תחולתם על פי התחולה הפחות מסויגת", כלומר על היועץ המשפטי לממשלה לבחור להעמיד לבין את אותו אדם במסגרת אותה תכולה שהכי פחות מתחשבת בדין הזר. מקרה נוסף הוא אם מדינת ישראל ביקשה מהמדינה ששם האדם עבר על חוקיה, שהיא תשפוט את אותו אדם והוא אכן נשפט שם בין אם ממילא עבר על אותה עבירת מדינה ובין אם אכן להמריץ את המדינה שאכן תשפוט ואם באמת משפט שם, אומר סעיף 9 (ג) כי "דיני העונשין של ישראל לא יחולו עוד על עבירה, אם האדם נשפט עליה בחוץ לארץ לפי בקשת מדינת ישראל, ואם הורשע שם - גם נשא את עונשו עליה" כלומר אם האדם נשפט על פי בקשת ישראל וגם ריצה את כל העונש שם, אזי לא נוכל לשוב ולשפוט אותו. במשפט הפלילי כאשר מדובר בעבירת פנים, יש את מושג משפטי הנקרא "סיכון כפול" זכאי אדם שלא יישפט פעמיים על אותה העבירה, הדבר לא חל על משפט המתקיים בחו"ל. ולכן לא יכול לטעון את טענת

סיכון כפול על כך שנשפט אדם בחו"ל לאחר חזרתו לארץ ולכן אומר סעיף 9 כי למרות שבדרך כלל אדם הנשפט בחו"ל לא מונעת את מדינת ישראל לשפוט אותו, אם מדינת ישראל ביקשה זאת הרי העובדה הזו תשמש חסר מפני האפשרות לחזור ולשפוט אותו בארץ. בסעיף 10 כתוב כי "נמצא בישראל אדם שנידון בחוץ לארץ בפסק דין חלוט, על עבירה שחלים לגביה דיני העונשין של ישראל ולא נשא שם את העונש כולו, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, במקום להעמידו לדין, לבקש מבית המשפט שיורה שהעונש שהוטל בחוץ לארץ או החלק ממנו שטרם בוצע שם, יבוצע בישראל, כאילו הוטל העונש בישראל בפסק דין חלוט; בצו כאמור בסעיף זה רשאי בית המשפט לקצר את תקופת המאסר שעל הנידון לשאת בישראל, ולהעמידה על תקופת המאסר המרבית שנקבעה בדיני העונשין של ישראל לעבירה שבשלה הוטל העונש, ובלבד שניתן. לעשות כן לפי הסכם שבין מדינת ישראל לבין המדינה שבה הוטל העונש"

מדובר על כך שכביכול אדם אזרחי ישראלי שנתפס והועמד לדין במדינה אחרת על דברים שהוא עשה נמצא אשם ונדון שם לעונש מאסר, הוא ערער ובסופו של דבר ההרשעה והעונש הורשעו סופית – פס"ד חלוט ולאחר שנה הוא מצליח לברוח ולהגיע לישראל, הואיל ומדובר בעבירת חוץ היועץ המשפטי לממשלה יכול להחליט כי הוא יכול להעמידו לדין והמשפט מתחיל מחדש עם כל מה שכרוך בכך. במקום זאת בא בסעיף 10 ואומר כי ניתן לקצר את התכלית, יש את הסמכות לפנות לבית המשפט בישראל ולבקש לאמץ את פס"ד הזר כאילו היה פס"ד ישראלי והעונש שהוטל שם בפס"ד זה להפכו לעונש שהוטל כביכול בבית משפט ישראלי. אם לפי העונש המקסימלי על פי החוק הישראלי העונש המקסימלי הוא 3 שנים ונקבע לפי המשפט בחו"ל 5 שנים ניתן לקצרו לפי המשפט הישראלי. המרה זאת אפשרי בתנאי אחד – יש הסכם בין מדינת ישראל ובין אותה מדינה שאת פס"ד שלה רוצים לאמץ משום שלא רוצים לפגוע בריבונותה של המדינה בא הוא נשפט. לפי המשפט הישראלי אחד מבין השניים חייב להתרחש: או להסגיר אדם או לשפוט אדם. ולכן הואיל ואותו אדם כבר נשפט או שמסגירים אותו והוא יישפט על הבריחה או שיעשו שיפוט בארץ ע"י אימוץ פס"ד של אותה המדינה בא נשפט.

שיעור 10 – 5.1.09

עבירת פנים על פי הקבוע בחוק המאפיין אותה זה שדיני העונשין של ישראל חלים לגביה בלי כל הגבלה ובלי כל התחשבות היכן היא התרחשה ובמקום שהיא התרחשה או התחילה להתרחש במדינה אחרת החוק אומר כי לא נתחשב ומדינת ישראל לא תתחשב בדין הזר, בדין המקום ששם העבירה התרחשה ונתחשב רק מה שאומר הדין הישראלי לגבי ההתנהגות.

לגבי עבירת חוץ – עבירה שאינה נופלת לתוך הגדרת עבירת פנים, מתחילות ומסתיימות בחו"ל ושהמעורבים באותן עבירות או אזרחים זרים הפוגעים באינטרסים חיוניים של ישראל או אזרחים זרים הפוגעים באזרחים או תושבים של מדינת ישראל או כאשר מדובר באזרחים ישראלים שעוברים על החוקים של אותן מדינות אשר בהן הן נמצאים. ברוב מקרים אלו, מדינת ישראל מתחשבת במידה כזו או אחרת, מתחשבת בדין המקום כלומר בדין המדינה ששם העבירה בוצעה ולוקחת את זה בחשבון על מנת לשהות את אותם אנשים. אותם אנשים שנשפטים בעבירות פנים או חוץ בישראל, למרות התחשבות בדין הזר לעולם ותמיד השיפוט נעשה בישראל על פי המשפט הישראלי ולעולם לא יקרה שמדינת ישראל שופטת אדם במשפט פלילי על פי הדין הזר, מתחשבים בו אבל המשפט נעשה על פי הדין הפלילי הישראלי.

מצבים המוגדרים כעבירות חוץ על פי הקטגוריות המגדיר אותן המחוקק: קבוצת אינטרסים שונה, ומצבים שבהם חל הדין הפלילי הישראלי על התנהגויות שהתרחשו בחו"ל מבחינת תכולה של המשפט הישראלי כלומר מצבים של תכולה – מתי המשפט הישראלי חל על התנהגויות שהתרחשו בחו"ל. בנפרד מכך גם אם מצאנו כי התנהגות מסויימת נופלת אל תוך אחת הקטגוריות אל תוך אחת ממצבי התכולה, אין זה אומר כי יכולים לשפוט אותו במדינת ישראל כי גם אם יש תכולה לא מעמידים אדם לדין על פי תחולה אלא על פי העבירה, כלומר לנסות ולבדוק לאחר שיודעים שיש תחולה שהדין הפלילי יכול לחול על התנהגות כזאת, יש למצוא את העבירה המתאימה בדין הישראלי בשל אותה התנהגות. יש מצב שמצאו תחולה אבל לא מצאו עבירה על פי החוק הישראלי –

מצבים נדירים אך קיימים.
אין בעובדה שמצאנו בהתנהגות שנתבצע בחו"ל אין זה אומר על מה ניתן לשפוט ועל איזה עבירה ניתן ליחס לו.
אם התנהגות מסויימת נתפסת במשפט הפלילי ומה העבירה היכולה להתאים להנהגות כזאת :

תחולה הפרוטקטיבית – עבירות נגד המדינה או העם היהודי :

5. סעיף 13 : עבירות נגד המדינה או העם היהודי -

א) בסעיף 13 א לחוק העונשין האומר כי "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)". מדובר בשלושה מצבים המייצגים את האינטרסים החשובים ביותר בכל מדינה, מדובר בהתנהגות שנעשתה בחו"ל וכוונתה היתה לפגוע באחת משלושת אלה. התנהגות כזאת גם אם התרחשה כולה בחו"ל ע"י כל אדם הוא שבכוונתו לפגוע בשלושת האינטרסים האלה, יעמוד לדין.

דוגמא : ואנוני ניסה למכור את יסודות המדינה בחו"ל, גם אם אדם שבחו"ל למרות שאינו בארץ אינו יכול לעשות כרצונו, המדינה תביא אותו למדינה ותעמידו לדין. בישראל יש תחולה על התנהגות שכולה מתבצעת בחו"ל.
האם יש עבירה -

יש חפיפה מלאה בין התנהגות שיש בא פגיע במדינה לבין פרק מקדים בחוק העונשין שזה כותרו – פגיעה ב בטחון המדינה, יחיד החוץ שלה או סודותיה, כאן לא תהיה בעיה למצוא עבירה.

ב) אינטרס נוסף המוגן על פי סעיף 13 היא כל התנהגות שיש בא כדי לפגוע סדרי משטר במדינה, גם כאן הכוונה להתנהגויות שכוונתן ליצור המרדה נגד המשטר החוקי של מדינת ישראל למשל לנסות לארגן בחו"ל הפיכה צבאית נ' צבא ישראל, ולכן התנהגות כזו ושומות לה מוגנות ע"י כך שמדינת ישראל אומרת שגם לגביהן לא משנה מי עושה זאת הוא יגיע לישראל וישפט על אותה התנהגות מאחר ויש עבירה כזו.
עבירה – פגיעה בסדרי המשטר.

ג) אינטרס נוסף המעוגן בסעיף 13 הוא – ניסיון לפגוע בפעילות תקינה של רשויות המדינה. התנהגות בחו"ל בכוונה לפגוע. גן כאן חוק העונשין ניתן למצוא את ההתנהגויות המקבילות שניתנות ליחס לאדם שניסה לפגוע בפעילות התקינה של רשויות המדינה.

ד) התנהגות כדי לפגוע ברכוש המדינה, בכלכלתה או בדרכי התחבורה והתקשורת שלה עם ארצות אחרות. גם כאן קיים לא אחת בניסיונות לפגוע בלאומים המובילים של ישראל כדי לפגוע בכלכלה ובדרכי התחבורה של ישראל – חטיפות מטוסים לדוגמה.

ה) נוסף לקח, 13 א 5 אומר כי גם התנהגות שיש בא כדי לפגוע ברכוש בזכויות או בפעילות תקינה של איגוד יחשבו כאילו בעצם מדובר בפגיעה באינטרסים של מדינת ישראל, מדובר בגופים לאומיים שעזרו למדינת ישראל טרם קיבלה את העצמאות ועזרו לה באותם ימים ליישב את היהודים כמו הסוכנות היהודית לישראל, קק"ל וכו'. אלו גופים שהפוגע בהם בחו"ל אומר כי פוגע המדינה. למרות שהם לא גופים פורמליים, ולכן מדינת ישראל תשפוט כל אדם שניסה לפגוע באותם גופים.

סעיף 13 להבדיל מכל סעיף אחד, למרות שמדבר בעבירות חוץ, היא לא מתחשבת בכלל במקרים האלו ומה אומר הדין הזר. אם מדובר באדם שהתכוון לפגוע בביטחון ישראל לא מעניין שמעשה זאת במדינה שלא אכפת לה שפוגעים במדינת ישראל. גם אם יוכיח כי עשה זאת במדינה שזאת לא עבירה.

6. סעיף 13 ב' -

בחלקו השני של סעיף 13 מדובר על מצבים בהם החוק מחיל עצמו על ניסיון לפגוע בסוג מסויים של אנשים : " 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.** כאן בא לידי ביטוי הקשר בין מדינת ישראל והחובה שהיא רואה לעצמה להגן על כל אזרח ועל כל תושב ועל כל עובד ציבור שלה. מה שאומר מדינת ישראל כי אם מישהו בחו"ל ינסה לפגוע באזרח ישראלי או בתושב או בעובד ציבור שלה משום שהם כאלה, הוא חייב להימצא שלא סתם קרה זאת אלא בכוונת תחילה בגלל שהוא תושב ישראלי. משום שהם כאלה אומר סעיף 13 כי מדינת ישראל תבוא איתו חשבון ותחיל את המשפט הפלילי על אותה התנהגות.

בחלקו השני של סעיף 13 ב' האומר כי "**(2) חיי יהודי, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, באשר הוא יהודי, או רכוש מוסד יהודי, באשר הוא כזה.**" מדינת ישראל עושה כל מאמץ כדי להגן על היהודים בארץ. המרים יד על יהודי בשל העובדה שהוא יהודי כתוב בתנ"ך כי הוא "מות יומת" ולכן אנשי המשפט דואגים שיעמוד לדין. במישור המשפטי סעיף זה אינו מעשי אבל אכן מפעילים אותו מפעם לפעם ומדינות העולם יודעות זאת ומקבלות זאת. האמור בסעיף ב' 1- סעיף שהוסף לחוק לפני מספר שנים כי שמו לבה שבעצם מדינת ישראל היחידים שלא באים חשבון או לא ארגנו עצמם למצב שבו מכחישי שואה יבואו ויתנו את הדין על הכחשת השואה, רוב המדינות חוקקו חוקים נגד מכחישי שואה. התיקון אומר כי "**(ב) דיני העונשין של ישראל יחולו גם על עבירת חוץ שהיא עבירה על חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986**"

סעיף 13 הוא הרחב ביותר מבחינות עבירות החוץ מבחינת השליטה בהם ומבחינת זה שהוא לא מתחשב בדין הזר, כל העבירות נעשו בחו"ל ולמרות זאת בשל המיוחדות של התנהגות זו לא מתחשבים בדין הזר. התחולה המתחשבת בדין הזר :

7. סעיף 14 : עבירות נגד אזרח ישראלי או תושב ישראל -

מדבר על עבירות נגד אזרח ישראלי או תושב ישראלי, יש חזרה על מה שנאמר בסעיף כי "**דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ נגד חיי אזרח ישראלי או תושב ישראל, גופו, בריאותו או חירותו, שהעונש המרבי עליהן הוא מאסר שנה או יותר.**" בא להגן על אזרח או תושב ישראלי, כלומר כל פגיעה גם אם לא נפגעו בגלל היותם כאלה להבדיל מסעיף 13 ובדיעבד מתברר שהם תושבי ישראל. גם במקרה כזה מדינת ישראל תבוא בחשבון עם אותו אדם. דבר נוסף המבדיל מסעיף 13 הוא מבחינת היקף האינטרסים המוגנים, בסעיף 13 כאשר פוגעים בתושב ישראל פוגעים במשמעות של פגיעה בגופו, בריאותו, חירותו או ברכושו, ואילו בסעיף 14 נאמר כי פוגעים בגופו, בריאותו או חירותו – ללא המילה רכוש, כלומר אם מישהו בחו"ל שורץ רכוש של תושב ישראלי הדבר לא מוגן לעומת זאת אם אותו אדם יפגע לא ברכושו אלא בגופו של אותו אדם או ינסה לפגוע בבריאותו אז הוא מוגן. מכך אם גם חסר עובד ציבור – הכוונה לאותם אנשים שהם בשליחות שהם לא תושבים ואזרחי ישראל, הפגיעה בגלל שהם עובדי ציבור וסמלים ישראליים סעיף 13 חל ואם אתה עושה זאת בגלל שהוא עובר ציבור מוגן. התחשבות בדין הזר אומר בהמשך סעיף 14 "**נעברה העבירה בשטח הנתון לשיפוט של מדינה אחרת, יחולו עליה דיני העונשין של ישראל רק בהתקיים כל אלה: (1) היא עבירה גם לפי דיני אותה מדינה; (2) אין חל לגבי העבירה סייג לאחריות פלילית לפי דיני אותה מדינה; (3) האדם לא זוכה כבר ממנה באותה מדינה או, אם הורשע בה, לא נשא את העונש שהוטל עליו בגללה.**" כלומר אם נעברה העבירה ובאותו מקום זה לא עבירה יש להתחשב. התנאי השני, אומר כי לא עומדת לאותו אדם לגבי אותה התנהגות טענת הגנה לפי המשפט המקומי כלומר אם אותו אדם יכול היה להתגונן ולהצדיק את אותה התנהגות על פי הגנה במשפט המקומי שם ויכול היה לצאת זכאי שם לא ניתן להעמידו לדין בישראל. התנאי השלישי מתחשבות בסיכון כפול כלומר אם נשפט על אותה התנהגות ויצא זכאי לא יכולים לחזור ולשפוט ואם נשפט ויצא אשם כאן תלוי מה קרה אם רוצה את כל העונש לא יכולים לחזור ולשפוט ואם לא יכולים לחזור ולשפוט אותו. יש לזכור כי בעצם בסעיף 10 יש דרך במקום לשפוט אותו ניתן לאמץ את פס"ד ורק ישלים את ההפרש. הדבר האחרון של התחשבות בדין הזר הוא אם בכל זאת מעמידים אותו לדין בישראל, קיים סעיף ג האומר כי "**לא יוטל בשל העבירה עונש חמור מזה שניתן היה להטיל לפי דיני המדינה בה נעברה העבירה.**" אם הייתה עבירה בישראל העונש שהיה צפוי לאדם העונש היה יותר חמור לאותה התנהגות שעשה בחו"ל, ולכן אם מעמידים אותו לדין מתוך התחשבות בדין הזר לא תוחל לגזור עליו את מה

שהיה צפוי לו לקבל אם היה עומד שם למשפט.

8. סעיף 15 : עבירה שנעברה בידי אזרח ישראלי או תושב ישראל -

מדבר לא על עבירות שנעשו כלפי אזרחי ישראל אלא דווקא על ידם - "דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירת-חוץ מסוג פשע או עוון, שנעברה בידי אדם שהיה, בשעת עשיית העבירה או לאחר מכן, אזרח ישראלי או תושב ישראל; הוסגר אדם מישראל למדינה אחרת בשל אותה עבירה ונתן שם את הדין עליה, לא יחולו עוד עליה דיני העונשין של ישראל". מדינת ישראל אומרת כי כל אזרח ותושב של מדינת ישראל הוא בעצם שגרירה בחו"ל, לפעמים תושב או אזרח ישראל עברו על עבירות בחו"ל ובכך החתימו את שמה של המדינה ולכן אומרים כי לא יסבלו מי שמוכר בחו"ל כישראלי יחתימו את שמו של המדינה בכך שהוא עובר על עבירות של דמינה אחרת ולכן אומרים לו כי בלי שום קשר מה תעשה המדינה שתתיחס אליו, אין הוא צריך לחשוב שהוא חופשי לעשות על רוחו אלא מתוך כבוד לאותם מדינות שיש למדינת ישראל קשרים אייתה, אם אזרח ישראל שבחו"ל תעבור עבירה, מסוג פשע או עוון (מעל 3 שנות מאסר או 6 חודשי מאסר) כלומר חטאים לא אלא רק עבירות גבוהות, אם יעבור אותם אזרח ישראל המדינה תבוא איתו בחשבון. סעיף בא לסגור פתח לאלה החשבון שאם יעלו לישראל ועשו עבירה בחו"ל יהיה המדינה למקלט בשבילם אבל אם הגיעו לישראל ומתברר כי בהיותם אזרחי ישראל אומר הסייגים בסעיף 14 ב ו-ג יחולו גם לגבי סעיף זה, אותה התחשבות בדין הזר תחזור ותתקיים בדין זהה.

אבל גם כאן כמו בסעיף 14 אומר המחוקק כי הוא מוכן להתחשב כלפיו.

יוצאים מהכלל רשומים בהמשכו של הסעיף וכי מדינת ישראל לא תתחשב בדין זר - "הסייגים האמורים בסעיף 14(ב) ו-ג) יחולו לגבי תחולת דיני העונשין של ישראל גם לפי סעיף זה; ואולם, הסייג האמור בסעיף 14(ב) (1) לא יחול אם העבירה היא אחת מאלה, והיא נעברה על ידי מי שהיה בזמן עשיית העבירה אזרח ישראלי:

(1) ריבוי נישואין לפי סעיף 176;

(2) עבירה לפי סימן י' לפרק ח' שנעברה בקטין או בקשר לקטין;

(3) הוצאה אל מעבר לגבולות המדינה לפי סעיף 370;

(4) גרימה לעזיבת המדינה לשם זנות או עבדות לפי סעיף 376ב;

(5) סחר בבני אדם לפי סעיף 377א."

חריג (1) - לריבוי נישואין - אוסר על אזרח ישראל לשאת אישה נוספת על זאת שהוא נשא - עבירת הביגמיה, כדי למנוע מצב שבו אנשים יעקפו את איסור זה וייסעו למדינה ששם מותר לשאת כמה נשים שבן הזוג רוצה, וכדי למנוע זאת, לאחר חזרתו לארץ יעמוד לדין, כי בד"כ מתחשבים לזה שבמדינה אחרת זה לא עבירה חוץ מבמקרה זה.

חריג (2) - סימן י' פרק ח' בפרק העונשין מדבר על זנות ותעווה, כלומר הפעלת קטין למטרת זנות. הכוונה של מדינת ישראל לאסור על העבירה שלה שוב להתווכח עם הנורמה הישראלית האוסרת עליו לעסוק קטין בזנות, האדם יעשה זאת בחו"ל, ישראל אינה מוכנה שאזרח שלה יעשה זאת ולכן לא תתחשב בעובדה שבמדינה אחרת זה מותר.

חריג (3) - סעיף 370 מדבר על המוצא אדל אל מעבר לגבולות המדינה בא שוהה האגם בלי הסכמתו של החוק - מאסר 10 שנים, כלומר חטיפת אדם ובד"כ נעשית למטרות של סחר וכדי שלא יתחכם האדם זהה ולא היה עושה זאת בישראל ויעשה זאת במדינה ששם לא אסור על כך, ישראל תוביל את האדם בכלא לפי סעיף 370.

חריג (4) סחר בזנות - גרימה לעזיבת המדינה לצורך זנות או עבדות לפי סעיף 376 ב' האומר כי הגורם לאדם לעזוב את המדינה שבא הוא מתגורר לשם העסקתו בזנות או החזרתו בתנאי עבדות דינו מאסר 10 שנים.

חריג (5) סחר בבני אדם לפי סעיף 377 א' - הסוחר אדם אלא דינו מאסר 10 שנים. סחר בבני אדם הכוונה לנטילת איבר מגופו. הולדת ילד ונטילתו - קניית רחם של אישה, הבאתו של אותו אדם לידי עבדות, או הבאתו לידי עבדות כפייה, או הבאתו לידי מעשה זנות או השתתפות פרסום תועבה, או לשם ביצוע עבירות מין בו.

כאשר מדובר באזרחים זרים שעושים זאת מדינת ישראל לא יוצאת מגדרה אבל כאשר מדובר באזרח ישראלי שמזוהים כמדינת ישראל ועושים מעשים תוך ניצול חולשת הזולת מדינת ישראל אומרת כי היא תשפוט אותו בישראל - לאלא המנסים לחשוב שאם יצאו מהמדינה למדינה שונה שם ימצאו את האושר אבל יחזרו לארץ וישפטו.

סעיף 16 מוגדרת תחולתה שמוגדרת כעבירות נגד משפט העם – התחולה האוניברסאלית :

סעיף 16 : עבירות נגד משפט העמים -

"דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן; והוא, אף אם נעברו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב ישראל, ויהא מקום עשיית העבירה אשר יהא.

(ב) הסייגים האמורים בסעיף 14(ב)(2) ו-3(3), ו-ג) יחולו לגבי תחולת דיני העונשין של ישראל גם לפי סעיף זה".

מדינת ישראל בדומה למדינות אחרות חתמה על אמנה בין לאומית שפתוחה להצטרפות כל מדינה אחרת למשל אמרה כזאת שאכן באמת קובעת עבירות אחרות – אמנת ז'נבה ששם יד דיני המלחמה ומה מותר ומה אסור בדיני המלחמה, מצב אחד האמונות קובעות כי המפר את החוקים שם, ההוראות הכלולות באותם אמנות מסתכן בעבירה חמורה של פשע מלחמה, בשנת 1998 וחתמה אמנה נוספת שנקראת אמנת רומא שהקימה את בין הדין הפלילי הבין לאומי הרבוע שהחל לפעול בשנת 2000 גם אמנה זו קובעת להעניש אנשים שעברו עבירות על הדין הבינלאומי עבירות המוגדרות כפשעי מלחמה – פשעים על החוק ההומניטרית וכו', להבדיל מאמנת רומה למצוא סוף סוף מקום אחת ותהיה לו סמכות קבוע שהוא יטפל בכל מה שנקרא פשעי מלחמה כי עד 1998 מה שקרה הוא כי מועצת הביטחון הייתה צריכה להפעיל מפעם לפעם את הסמכות ולהקים בין דין מיוחד כדי לשפוט פשעי מלחמה.

כל מדינה בנוסף לבין הדין המיוחד שהיא צד לאמנה בין לאומית לקחה על עצמה מעצם ההצטרפות לאמנה התחייבות לשפוט כל אדם העובר פשעים על אותה אמנה ולא משנה אם זה אזרח שלה או לא, הדבר חשוב הוא אם הוא נמצא על האדמה שלה, ככה ובגלל הסיבה הזאת בדומה לסעיף הזה יש לה סעיף דומה והיא אמרה כי אם כך היא רוצה לשפוט את שרון כי מישהו הגיש תלונה בבין דין מקומי והוא רוצה להפעיל את הסמכות האוניברסלית כדי לשפוט פושע מלחמה ושמו שרון, הוא לא היה על אדמת בלגיה ויש גם אמנות מיוחדות שנותנות לראשי מדינה חסינות להעמדה לדין.

בסעיף זה רואים דוגמא לסמכות מגבילה כמו של מדינות אחרות גם מדינת ישראל לקחה על עצמה סמכות אוניברסלית וגם אנחנו יכולים לעשות מה שבלגיה עשתה. החשש הוא באמת מאותם מדינות שאין להם בקרה ומנגנון שלפני העמדה לדין בודקים האם זה באמת ראוי ואז חלק גדול מהקצינים שלקחו חלק במלחמות ישראל מיוצאים עצמם במדינות ידידותיות שאם הם נמצאים שם גורמים למעצרים.

מדינת ישראל היא מבין המדינות היחידות שלא יצטרפו אל אותה אמנת רומא אמנה זו אפשרה לכל מדינות העולם והיתה פתוחה לחתימה עד 1.1.2000 מדינת ישראל החליטה להמתין ולראות מה עושות מדינות אחרות ובעיקר מה עושה ארה"ב ונשיא ארה"ב אז קלינטון החליט ברגע האחרון לחתום, מדינת ישראל ראתה שחתה ארה"ב ולכן גם חתמה ישראל, לאחר מכן נכנס נשיא חדש לארה"ב ומחק את החתימה.

סעיף 17 : תחולה שילוחית -

"מדינת ישראל רשאית להתחייב באמנה בינלאומית להחיל את דיני העונשין שלה על עבירת-חוץ או להחיל את הוראות סעיף 10, לבקשת מדינה זרה ועל בסיס של הדדיות, גם במקרים אחרים מאלה האמורים בסעיפים 13 עד 16, ובלבד שנתקיימו כל אלה:

(1) על העבירה חלים דיני העונשין של המדינה המבקשת;

(2) העבירה נעברה בידי אדם הנמצא בתוך שטח ישראל והוא תושב ישראל, בין אם הוא אזרח ישראלי ובין אם לאו;

(3) בכפוף למיצוי הדין בישראל כלפי האדם, תוותר המדינה המבקשת, בבקשתה, על תחולת דיניה היא בענין הנדון.

(ב) לא יוטל בישראל בשל העבירה עונש חמור מזה שניתן היה להטיל לפי דיני המדינה המבקשת. (ג) כל שאר התנאים ייקבעו באמנה".

דוגמא לשיתוף פעולה אפשרית במקום שמדינה תבקש הסגרתו של אדם, אומרת המדינה כי היא סומכת על המדינה האחרת והיא השליחה שלו לשיפוט שלו. ואכן מדינת ישראל מתחייבת להכיל את האמנה שלה למדינות חוץ.

מדינת ישראל יכולה להיכנס בהסכמים בין לאומיים בשיתוף פעולה משפטית ובמקום להסגיר את האדם לאותה מדינה על פי ההסכם ישראל הואיל והוא תושב ישראל והעבר על

עבירה שלא נתפס באחת החלופות הקודמות, ולכעורה בגלל זה לא היה ניתן לשפוט אותו בישראל, עכשיו בגלל ההסכם שהוא על בסיס של הדדיות מוכנה ישראל אם היא משתכנעת שאדם זה עבר עבירה באותו מדינה ובמקום כאמור להסגירו ניתן לשפוט אותו כאן בישראל בתנאי שהמדינה שמבקשת זאת מאיתנו מתחייבת שאחרי שנסיים לשפוט האותו היא מוותרת ולא תשפוט אותו.

שיעור 11 – 12.1.09

יסודות העבירה הפלילית

הגדרת העבירה מבחינה משפטית, הניסיון להגדיר את העבירה כשל במשך הרבה שנים ולא הצליחו למצוא הגדרה מדוייקת שתצליח לומר מהי העבירה הפלילית. ואכן הלכו וחיפשו האם יש משהו משותף לכלל העבירות, במישור הדמיון מצאו שכל עבירה מכילה בקרבה וכוללת בתוכה לפחות 4 יסודות שחייסים להתקיים על מנת שאותה התנהגות תחשב כעבירה פלילית:

היסוד הפיזי (עובדתי) של העבירה – יסוד זה נותן ביטוי להיבט ההתנהגותי.

היסוד הנפשי של העבירה – בא לתת ביטוי לזיקה הנפשית של האדם בזמן שהוא פועל על מנת לעשות את העבירה.

עושה העבירה – אותו אדם בעל כשירות פלילית שמבצע את העבירה. עושה = אדם בר עונשין על פי הגדרתו בחוק.

אובייקט העבירה – הערך החברתי שמוגן על ידי האיסור. ללא אותו אובייקט לא היה צידוק להפללת אותה התנהגות.

פרופסור פלר מציע על סמך 4 היסודות הללו כך לתאר את העבירה הפלילית ואומר כי העבירה הפלילית היא התנהגות נפשית של אדם בעל כשרות פלילית אסורה על פי חוק בשל הסכנה הנשקפת ממנה לערך חיוני, לקיום החברה ולהתפתחותה.

ארבעת יסודות אלא כלולים בכל עבירה וחייבים להימצא בא, פלר מוסיף כי לדעתו המצאותם של ארבעת יסודות אלו מביאים לידי ביטוי את עקרונות דיני העונשין ובאופן הבא:

ביסוד העובדתי באים לידי ביטוי עקרון החוקיות והעיקרון שלפיו אין עונשין על דברים שבלב.

ביסוד הנפשי בא לידי ביטוי העיקרון לפיו אין עבירה ללא אשמה.

בעושה העבירה באים לידי ביטוי העקרונות לפיהם אין עבירה ללא עושה בעל כשרות פלילית, אין עבירה ללא התנהגות מרצון, והעיקרון של ענישה פרסונאלית.

לאובייקט העבירה צמודים העקרונות לפיהם אין עבירה בלי מידה מינימאלית של סכנה לציבור והגשמת האחריות הפלילית היא עניינו של הריבון בלבד.

היסוד העובדתי מוכר בספרות גם בתור היסוד האובייקטיבי של העבירה או היסוד המטריאלי של העבירה או בכינויו הלטיני: האקטוסראוס = המעשה הרע.

היסוד הנפשי מוכר גם בספרות כיסוד הסובייקטיבי של העבירה ובשמו הלטיני: המינסריאה = הרעה.

עוד יש להוסיף, כי לא די בהימצאותם של 4 יסודות אלו בעבירה על מנת שהיא תתקיים כי מה שחשוב עוד לדעת זה שהפסיקה מחייבת שארבעת היסודות הללו יתקיימו בו זמנית בעת

ובעונה אחת. או בצורה אחרת, באופן סימולטאני = הבוא זמניות, הדרישה שכל היסודות התרחשו בו זמנית. כך למשל לא די בעובדה שאדם פוגע למוות בזולתו כאשר בזמן הפגיעה הוא לא התכוון להביא לתוצאה זו ולא צפה את התוצאה למשל אם נהג ברכב ומתוך היישח דעת לא שם לב שמישהו חוצה את הכביש ופגע בו למוות – לא היה לו מודעות בזמן הנהיגה שהוא אמור לדרוס מישהו. וכאשר הוא יורד מהרכב לבדוק מי נפגע הוא שמח שאותו אחד שפגע בו זה מישהו ששנא. העובדה שלאחר שעשה את המעשה הפיזי הוא גיבש יסוד נפשי של כוונה אינה מספקת כדי להפוך את ההתנהגות הזאת להתנהגות של הריגה או רצח כי הבדיקה היא מה קרה בזמן הפגיעה ובזמן הפגיעה הוא לא התכוון. העובדה שכוונה זו נולדה אחר כך היא לא משנה דבר.

פס"ד 334/74 ג'מע נ' מדינת ישראל – מדובר על תיק רצח של אדם שניסו לחתן אותו עם

קרובת משפחתו, בת דודו, וכמנהג אותה עדה הבן לא רשאי לסרב להצעה שהוריו מציעים ואכן הוא לא סרב. ג'מע החליט שכאשר הוריו יצאו מהבית ניצל את ההזדמנות כדי לחסל את הכלה, הכה בה במוט ברזל בראשה וחנק אותה וכאשר ראה שלא זזה יותר הוא הסתיר אותה מתחת למיטה, עד לשעת לילה והשליך אותה לבאר מים ובבוקר כאשר נתגלתה הגופה ללא רוח חיים לקחו אותה לאבו כביר, שם ניתחו את הגופה לאחר מוות ומצאו כי סיבת המוות היא טביעה, כלומר השליח אותה בעודה חיה לבאר ושם טבעה. האדם עמד לדין וסניגורו אמר לשופטים שלא ניתן להרשיעו ברצח בגלל שנכון שהוא רצה את מותה אבל בזמן שהוא אכן פעם כדי שתמות לא הצליח לו הדבר לאחר שחנק אותה והכה בראשה משום שסיבת המוות היתה הטביעה. ולכן הוא לא התכוון להטביע אותה כי חשב שהיא מתה ולכן אומר כי לכל היותר יש כאן ניסיון לרצח כי הוא באמת רצה לרצוח אבל זה לא הצליח. בית המשפט העליון מפי השופט לנדאו אומר: כי מה זה משנה בעצם איך מצאה את מותה הכלה, על דרך ההכאה או החניקה או הטביעה, יש לבדוק מה קרה לאיש מאש שגיבש את הדעה לרצוח אותה ועד שמצאו אותה מתה הוא לא התחרט והכוונה היתה כל הסמן לרצוח אותה, הדבר היחיד שהוא טעה היתה דרך המוות. אין לומר על מקרה כזה כי לא היתה לא כוונה לרצח. וכן אומר שאת נושא ה"בו זמניות" צריך לבדוק כל מקרה לגופו ולכן אין כאן ניסיון טכני, ועל כן הואשם ברצח ונשלח למאסר עולם חובה.

ניתוח יסודות העבירה :

היסוד העובדתי של העבירה הפלילית

כולל בתוכו מספר רכיבים :

הרכיב ההתנהגותי - שמביא לידי ביטוי את מה שעושה האדם מבחינה פיזית או מה שהיה צריך לעשות מבחינה פיזית. אין עבירה שאין בתוכה רכיב התנהגותי, תמיד חייב שהמחשב בצידה תלווה בהתנהגות. מרביתן של העבירות הפליליות מנוסחות בחוק באופן כזה שאותה התנהגות שמדברים בה היא התנהגות על דרך המעשה, כלומר, אדם הופך להיות עבריין אם הוא עושה משהו שאסור לעשותו - משהו פוזיטיבי, כלומר הוא חייב לעשות משהו על מנת להיחשב כעבריין - לא תגנוב : תהיה גנב אם אכן תגנוב. לא תרצח : לא תהיה עבריין אם אכן תמנע מלרצוח. וכו'. כולל בתוכו את ה"לא תעשה" כי קל יותר לאדם לציית כך שכן מנעו ממנו לעשות אותו. נאך נראה כי לא תמיד ניתן להגשים את ההגנה מהאובייקט הנפשי בעשיית העבירה. דרך זו של ההתנהגות היא דרך של עבירה מחדלית להבדיל מהמעשה.

הרכיב הנסיבתי - לא תמיד ניתן להגן על אובייקט מסויים רק על ידי ציון ההתנהגות האסורה. למשל : עבירת האינסוס לפי סעיף 345 - לא ניתן למנוע את אותה התנהגות שלא רוצים שתתרחש - לכפו גבר על אישה שלא בהסכמתה. מעשה ה"בעילה" לכשעצמו אסור אבל כשנעשה בהקשרים מסויימים יכול להיות אסור אבל אותם הקשרים באים לידי ביטוי כקיומן של עובדות. אם גבר בועל אישה כעובדה ובזמן הבעילה היא לא מסכימה חוסר ההסכמה היא עובדה קיימת ולכן הבעילה הופכת את כל ההתנהגות כולה לפלילית. יש מקרים שיש הסכמה אבל היא אינה נחשבת בעיני המחוקק למשל : אינסוס סטוטורי - אינסוס לילד מתחת לגיל 14. ההסכמה נשללת משום שהיא אינה חופשית / בוגרת. מקרים נוספים בין בגירים שאדם נמצא במצב של שליטה על זולתו - עובד / מעביר או מערכות של קשרים שהאחד תלוי בשני ושם נקבע כי אם מנצלים את מעמדו של האדם כביכול כדי להשיג הסכמה התנהגות הזאת תחשב לעבירה. כלומר - יש נסיבות שבעצם קיומן מסייעות למחוקק לצבוע את ההתנהגות כולה בצבע אסור.

רכיב זה לא חייב להימצא בכל רכיב עובדתי בגלל שיש עבירות שיש בהם רק התנהגות בלי שום נסיבה - היא תמצא רק אם בהגדרת אותה עבירה נראה שהמחוקק דורש אותה על מנת להפוך את אותה התנהגות לאסורה.

הרכיב התוצאה האסורה - עבירות תוצאתיות שהן מהוות רק חלק קטן מהעבירות הפליליות. יש איסור מצידו של המחוקק שאותה התנהגות תביא לתוצאה שהוא לא רוצה שתתרחש. בד"כ באמצעותם מגן המחוקק על אובייקטים פיזיים מפני פגיעה בהם. למשל : כל עבירות ההמתה הן תוצאתיות אכן בגרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304, כאן האובייקט הוא האדם וההגנה עליו הוא מפני פגיעה בו ומתוך יסוד של רשלנות ואיסור ההגעה ע"י

רשלנות. כך גם בעבירה של הריגה לפי סעיף 208 שאומר שהגורם למותו של אדם ע"י מעשה או מחדל אסורים דינו 20 שנות מאסר, כאן שוב ההגנה היא על אדם מפני פגיעה למוות בו מתוך יסוד של מחשבה פלילית. הדרגה הראשונה – רצח לפי סעיף 300 הרעיון גם הוא להגן על אדם מפני פגיעה בהם הכוונה לאדם שעושה זאת בכוונת תחילה, רוב עבירות התקיפה הם עבירות תוצאתיות שנועדו לשמור על גוף האדם מפני פגיעה. רכוש גם הוא מוגן מפני פגיעה למשל איסור ההזק בזדון, או איסור ההצתה של הרכוש שלי.

לא כל עבירה היא תוצאתית אלא רק אותן עבירות שהמחוקק רואה לנכון להגן על אובייקט פיזי שהוא מציין במרכז העבירה, להגן עליו מפני פגיעה בו ואז נוצר הרכיב התוצאתי. אחד הדברים שצריכים להימצא ברכיב תוצאתית הוא – קשר סיבתי : אוותו רכיב משפטי שבאמצעותו רואים שיש קשר משפטי בין אותה התנהגות ובין התוצאה האסורה.

התנהגותי – חייב להמצא בכל עבירה נסיבתי ותוצאתי – לא חייבים להמצא בכל עבירה, תלוי בעבירה

הרכיב ההתנהגותי יכול להתבטא באחת משתי צורות : המעשה או התנהגות דרך המחדל. המאפיין יורת זה התנהגות דרך המעשה שמה שאופייני למשעה זה הצייוו – "לא תעשה". ובכך לא תהיה עברייני. התנהגות דרך המחדל מה שאופייני לו זה שאדם נמנע מלמלא חובה שמוטלת עליו וכתוצאה מכך, הוא מפר את הצייוו של המחוקק והופך להיות עברייני. אין הרבה דוגמאות לעבירות מחדליות אבל בשנים האחרונות המחוקק עושה בהן שימוש, אחת הדוגמאות היא העבירה של "אי מניעת פשע" לפי סעיף 262 לחוק העונשין הקובע לנו : **מי שידע כפלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו, השלמתו דינו מאסר שנתיים**. עבירה דומה מצוייה בסעיף 95 לחוק העונשין – חיפוי על עבירה **"מי שידע כי אדם פלוני זומם לעבור עבירה או עבר עבירה לפי פרק זה שענשה מאסר חמש עשרה שנה או עונש חמור מזה, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע עשייתה, השלמתה או תוצאותיה, הכל לפי הענין, דינו - מאסר שבע שנים"**.

ניתן להסתכל על התנהגות משני היבטים נוספים :

מידתה של ההתנהגות, כלומר השאלה איזה היקף של התנהגות יש לנו – שאלה זו רלוונטית לנושא העבירות הנגזרות – עבירת הניסיון הפלילי האומר כי התנהגות יש לה 3 מידות אפשריות, ההתחלה של ההתנהגות שבד"כ אינה פלילית, התנהגות של הכנה שבאותו מרחב של הכנה בד"כ האדם אכן מכין עצמו לקראת ביצועה של אותה התנהגות. התחום ההתחלתי של ההכנה אינו עניש ואינו פלילי אלא אם המחוקק אומרת אחרת, כדי לאפשר לאדם להתחרט ולהימנע מלהמשיך לעשות את ההתנהגות, אך אם לא נמנע אזי ההתנהגות נכנסת לתחום השני – ניסיון : התחלת ההגשה של ההתנהגות מתוך שאיפה לסיים את ההתנהגות בהצלחה ואם אינה מסתיימת בהצלחה אזי אותה התנהגות נשארת התחום הניסיון הפלילי. העונש של הניסיון זה אותו עונש של העבירה המוגמרת. התחום השלישי הוא – ניסיון מסתיים בהצלחה והופך להיות התנהגות מושלם – מדובר בהתנהגות שהסתיימה בהצלחה.

כאשר בוחנים אופייה של ההתנהגות, נשאלת השאלה האם כל התנהגות היא סיבה להיות עבירה פלילית? למשל אדם ההולך לידעונית האומרת את העתיד ואומר לה שיש לו שכן והוא מוכן לשלם כדי שימות. הידוענית אומרת לו לשלם ושמחר השכן אינו יקום. ההתנהגות הזאת היא הכנה – הכנה לרצח.

(צורת ההתנהגות – התנהגות המעשה הפלילי – יילומד ע"י המתרגלת)

רכיב התנהגות - המחדל הפלילי :

על הרכיב ההתנהגותי ניתן להסתכל מבחינת צורתו, מידתו וטיב ההתנהגות הנבחנת. ההתנהגות יכולה להיות אקטיבית או פסיבית (על דרך מעשה או על דרך המחדל. המטרה היא לבדוק האם יש באותה התנהגות מידה מינימלית הנדרשת להפוך את אותה התנהגות לפלילית, בד"כ מקורה היא בשלב ההכנה ולכן אנו בודקים אם אותה התנהגות עברה את

שלב ההכנה ונכנסה לשלב הפלילי והאם היא כבר יצאה מגדר הניסיון והפכה לכדי "מושלמת". את טיב ההתנהגות נבדוק למשל האם היה ניסיון פלילי מתוך טיב ההתנהגות גם אם אותה התנהגות לא השיגה את המטרה הפלילית.

המאפיין הוא קיומה של חובה שכופה על האדם לעשות פעולה אם לא יעשה אותה יחשב הוא כעבריין. בעבר לפני תיקון 39 בשנת 1994 בתי המשפט נאלצו לבדוק כל עבירה שהוגש אישום נגד אדם לבדוק האם אותה עבירה ניתנת הייתה להיעשות לא רק על דרך המעשה אלא על דרך המחדל, כלומר לא תמיד עבירות שיש בספר בעונשין מסגירות את הצורה של איך ניתן לבצע אותה. ואז בתי המשפט שבדקים זאת היו צריכים לעצור ולבחור מבחינת הפרשנות האם המחוקק התכוון לאפשר את אותה התנהגות גם בדרך מעשה וגם בדרך מחדל.

אחרי תיקון 39 הדבר הפסיק ויש בסעיף 18 הגדרת מחוקק שאומרת בסעיף "ב" **"מעשה"** - **לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת**, היום אין ספר שכל עבירה שהמחוקק מדבר עליה בדרך של מעשה הוא מתכוון שאפשר להיכשל בה גם בדרך של מחדל אלא אם כתוב או משתמע מאותה עבירה שאי אפשר לבצע אותה בדרך של מחדל. אבל כל מעשה ניתן לבצע אותו גם במחדל - המחוקק מגדיר: "**ג**) **"מחדל"** - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה". לפי סעיף זה, חייב להצביע שאכן היה על אדם חובת עשה שהוא הפר אותה. לעניין החוזה החוזה לא מגביל את טיבו של החוזה והוא יכול להיות חוזה תעסוקה או בעל אופי פרטי או ציבורי בלבד שיהיה חוזה. מכוח התחייבות חוזית המחוקק אומר כי ברגע שלקחו את ההתחייבות החוזית יש לעמוד בה.

האם ניתן לקבוע חובה מכוח סטטוס - האם חייב מנהל שעד לכך שעובד שלו מותקף לצאת לעזרתו? האם הסטטוס יוצר חובת "עשה"? בנוסף, האם מפקד חייב לצאת ולהציל את חייליו? דוגמה: בתקופת האינתיפאדה 1987 שנה לאחר מכן באחת שכונות עזה בזמן שהוטל עוצר, מחלקה יצאה להשגיח שהעוצר מתקיים בפיקודו של קצין סג"ן ראו הקבוצה קבוצת צעירים שמנסים להימלט מהחיילים והולכים לביה"ס סמוך. המפקד חשב שההמצאות שלהם שם לא מקרית והם מתכננים משהו, הוא הורה לחייליו לרדוף אחריהם. החיילים דילגו על החומה אחרי הילדים, המפקד אחרון בחיפוי, נותר ליד אותה החומה ושם לב שאחד הצעירים מנסה להרים משהו. הקצין כיוון את הנשק לרגליו של אותו צעיר וירה כי חשב שהוא מתכוון לפגוע באחד מחייליו והגיעה הייתה הראש ולא ברגל של הצעיר והוא הועמד לדין בשל גרימת מוות. הקצין ניסה להתגונן בכך שהיה זאת חובה מצידו להגן על חייליו וכן לא הייתה התרשלות או הפרת חובה. בבית הדין דנו מאיפה החובה קיימת ואיפה היא כתובה? התברר כי לא כתובה בחובה. "מעמדו של האדם" - עצם היותו המפקד יוצר עליו סטטוס לשאת חובות, אחת החובות זה חובת ההצלה של חייליו. הסטטוס יוצר חובות אך לא מוצג בסעיף 18 (ג) ובמשתמע מכך שכשאר הוא הוכשר להיות מפקד מוטלת עליו חובה גם אם לא נאמרת במפורש.

הפסיקה קבעה לאחר שנת 194 שמה שלא יכול להוות מקור לחובה - מוסר. האם כלל מוסרי יכול להחשב לחובה?

העניין עלה בפס"ד גרינבד בית המשפט נתן את דעתו לשאלה זו האם באמת המוסר יכול להוות מקור ליצירת חובות משפטיות? בית המשפט לא ענה על השאלה. כיום קיימת התשובה וכי המוסר אינו מקור לגיטימי על חובות "עשה" אדם. למרות שאותם חובות כשבוחנים מאיפה הגיעו, הם בדרך כלל מגיעים מהמוסר. אך אין זה אומר שכל מוסר שמכירים יכול ליצור מקור לחובת "עשה". מוסר הוא השראה של המחוקק להמשיך וליצור חובות.

הדין הוא מקור להטלת חובות - השאלה איזה דין?

הדין לפי חוק הפרשנות כולל לא רק את החוק אלא את כל סוגי הדחיקה כולל תקנות וכללים, אך האם הוא כולל גם את ההלכה הפסוקה? בד"כ כולל גם את ההלכה הפסוקה כלומר מה שבית המשפט העליון קובע בתקדימיו, אך האם זה יושב גם בעיקרון החוקיות בפלילים שהרי אין עונשין עם הדין, כלומר בית המשפט לא מוסמך לייצר שום נורמה שיש עימה כדי להפליל את האדם. היחיד המוסמך לעשות זאת הוא המחוקק. ולעל כן האם ראשי בית המשפט ליצור חובה שבאמצעותה ניתן להפליל אדם? אם ישנה עבירה וכל שעושה בית המשפט הוא פירוש אותו חוק ואומר שלעדנו הפרשנות הנכונה כוללת גם את החובה הזאת,

אז אין סתירה לעקרון החוקיות כי בסך הכל בית המשפט מביע את דעתו מה הדין העומד בפניו, אבל כאשר אין דין בית המשפט בעצמו לא יכול ליצור חובה. האם אותה חובה צריכה להיות דווקא בחוק מהפלילי?

כשמדובר על הפרת חובה שבדין לא בהכרח הכוונה היא על הפרת חובה בדין הפלילי. כלומר ישנם מקרים שהחובה יכולה להיות מחוץ לדין הפלילי. כך למשל במשך הרבה שנים סברנו כי לצורך הרשעתו של אדם בגרימת מוות ברשלנות ובאותה תאונה נשאלה השאלה מאיפה החובה לאדם לעשות משהו בד"כ פנו לפקודת הניזקין סעיפים 35 ו-36 על עוולת הרשלנות ולמדו על היקף חובת זהירות של האדם כלפי חברו. הפרת החובה שם יכולה לגרום לאותו אדם על פי סעיף 304 לחוק העונשין בגרימת מוות ברשלנות. יתרה מזו, השאלה האם החובה חייבת להיות באותו סעיף היוצר את העבירה? התשובה היא לא כי בהחלט יש קבוצת חובות שהיא נפרדת מקבוצת העבירות בתוך חוק העונשין. המיקום לא חייב להיות אותו מיקום.

חובת ההצלה:

במשך שנים רבות שאלה מדינת ישראל האם קיימת חובת הצלה של אדם את זולתו, התשובה של ישראל היתה כי בעצם אין חובה כללית כזאת, כלומר, "חוק השומרוני הטוב לא חל במדינת ישראל" חוק השומרני הלקוח מהנצרות המלמד על חובה מוסרית של הנוצרי הטוב להציל את זולתו. האם חובה מוסרית כזאת חלה גם על היהודי התשובה היתה לא עד שבכנסת היה אדם בשם חנן פורת, והוא קיבל את יו"ר ועדת חוקה ומשפט וקידם רעיון שראה כרעיון נכון ואמר כי למה לנו את הרעיון של "חוק השומרוני הטוב" הרי אצלנו יש חוק יותר קדום "לא תעמוד על דם רעך" פורת ניסה למכור את הרעיון אך ללא הסכמה. שכן כל אדם יצטרך להציל את האחר ואם לא יעשה זאת יופנה לבית הסוהר. אמר פורת שהבעיה היא העונש הצפוי לאדם המפר את חובה זו ואמר שהרעיון אפשר להפוך אותו לחוק ובאשר לעונש נראה שאם הרעיון נקלט בציבור לאחר החוק נשנה את החוק ונחמיר בעונש. וכך החוק "לא תעמוד על דם רעך" שנחקק בשנת 1998.

שיעור 12 – 19.1.09

בסעיף 1 בחוק "לא תעמוד על דם רעך" נאמר כי "**חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו עקב ארוע פתאומי בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו וכאשר לעיל ידו להושיט עזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו**". מדובר בחובת הצלה כללית כלפי כל אחד, המחוקק מבין כי לא כל אחד יכול לעמוד בחובה זו ולכן הוא מסייג אותה רק לגבי מצב דברים שמתרחש מול עיניו ממש של האדם, כלומר מוציא מכלל חשבון את האפשרות של חובת הצלה שהמציל לא היה עד לסכנה. למשל אם מתרחש ארוע ברחוב הסמוך ואני לא נמצא שם ולא רואה במו עיני את הסכנה, על פי האמור אני לא חייב לגשת לשם ולהתערב בדבר. יתרה מזו מדובר באירוע לא צפוי ופתאומי, ומדובר בארוע שבאמת מהווה סכנה חמורה ומיידית לחייו של אדם או לשלמות גופו או לבריאותו, והתנאי הבא – לא די בכך שאני עד בעצמי לאירוע כזה, אלא מסוגל להושיט את העזרה, ולכן לא מדובר במצב דברים שאני לא מסוגל להושיט עזרה כי אין לי מיומנות כזאת. כמו למשל אם מישהו טובע ולי אין כישורי מציל אין לומר שאני מסוגל להציל את האדם כי הדבר בחזקת סכנה לא רק לנמצא במים אלא גם לניגש להציל ולכן העזרה צריכה לבוא מאדם המיומן מבלי לסכן את זולתו, כלומר רק אם יש יכולת ומיומנות לדבר, אם הסכנה מול עיניו של המציל, ואם ההתערבות אינה כרוכה בסכנת האדם המציל או הניצל, רק אז החובה להתערב. התנהגות שאין בה לסכן את האדם המתערב ואין בה כדי להכביד עליו. יתר על כן, כאשר אין את המסוגלות והיכולת להציל אזי די בכך מבחינת החוק לקרוא לרשויות ההצלה אל אותו מקום על מנת שהם יתערבו ולכן סעיף ב' אומר שהמודיע לרשויות או לאדם אחר שיכול לעזור, יראו כמי שיכול להושיט עזרה למי שיכול להציל מבחינת חוק זה" כלומר אם אדם מסתכל על סכנה הנשקפת לאדם מול עיניו סכנה פתאומית חמורה והוא לא יכול להתערב המינימום שהוא יכול לעשות זה לפחות לגרום לכך שהרשויות שיכולות אולי להציל יגיעו למקום.

סעיף 2 בחוק מטפל באותם נזקים שעלולים להגרם למציל תוך כדי אותה ההצלה, יש הסדר שהמחוקק קובע "כי בית המשפט רשאי לחייב את מי שאחרי לסכנה שהניצול נקלע אליה

לרבות את הניצול עצמו אם הוא גרם...".

המיוחד בחוק זה הוא לא רק בזה שהוא קיים בישראל ולא קיים במדינות אחרות, אלא המיוחד בו הוא זה שמדובר בהוראה שיש בצידה הפללת התנהגות, חוק זה לא רק מקים את החובה אלא גם יוצר את ההפללה - סעיף העונשין, שנאמר בסעיף 4 - עונשין "העובר על הוראות סעיף 1 דינו קנס". ולכן מי שלא יציל אדם צפוי לקנס. ולכן לא נכון להטיל חובה כספית על אדם שהיה חייב להציל אדם, קנס זה נקבע כדי לקבוע משהו תחילתי, כדי שבעתיד ישנו את החוק.

מבחינת התפיסה התפיסה היא נכונה - בדומה לכלל שומרני הטוב יש את החוק הישראלי - "לא תעמוד דם רעך" ואם אותו פגם חוקית שהפגם הזה נותן צריך להשתנות ומוסר לנוו שאי עמידה וחובה חוקית כזו צריכה להביא את האדם למאסר.

אחת העבירות המדוברות בנושא של ההתנהגות המחדלית - אי מניעת פשע :

סעיף 262 לחוק העונשין : "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים"

"אי מניעת פשע" הוראה כללית של כל פשע, יש לקרוא זאת עם עבירה דומה אבל מצומצמת במבחינת התכולה שלה למשל עבירות על בטחון המדינה, בסעיף 95 - חיפוי העבירה האומר כי "מי שידע כי אדם פלוני זומם לעבור עבירה או עבר עבירה לפי פרק זה שענשה מאסר חמש עשרה שנה או עונש חמור מזה, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע עשייתה, השלמתה או תוצאותיה, הכל לפי הענין, דינו - מאסר שבע שנים."

(ב) הוראות סעיף זה באות להוסיף על הוראות סעיף 262 ולא לגרוע מהן. קיים כאן אי מניעת פשע מיוחדת לגבי סוג זה של עבירות, ואולם יש סעיף מילוט מתי לא יבואו בחשבון עם אדם שלא מונע את הפשע בסעיף "ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על בן זוג, הורה, צאצא, אח או אחות של אדם שזומם או עבר עבירה כאמור".

כאשר מדובר בסעיף 262 באי מניעת פשע כללית, שם אין הוראת מילוט, כלומר בד"כ הורה לא יוכל להצדיק את המנעותו מלמנוע את מה שבנו עמד לעשות בכך שאני אימו והדבר אינו מתקבל על הדעת. יחד עם זאת הפסיקה התחשבה בקרבה הזאת, כלומר, האם זה מתקבל על הדעת והאם זה סביר או לא סביר? עולה מלשונו של סעיף 262 שלא נקט בכל האמצעים הסבירים, כלומר כאשר בא בית המשפט לבדוק איזה אמצעים סבירים למניעת הפשע לוקח בית המשפט בחשבון את הקרבה. בית המשפט מוכן להיחשב למשל בעבירות שלמשל הבן של מישהו מכור לסמים ופוגע ברכוש של אחר כאשר הוא פורץ לבתים והאב אינו מוסר זאת למשטרה, במקרה כזה בית המשפט לא יתחשב בקרבה הקיימת, כלומר בית המשפט ייקח בחשבון את הקרבה לפי אופי הפשיעה.

חקל גדול מהשופטים הסתייגו מקיומה על העבירה, וחלק גדול אחר משלים איתה ויותר מזה לא רק שמאמצים את העבירה גם מצדיקים את קיומה, בפס"ד מסויימים תומכת השופטת בקיומה של העבירה ואומרת כי אין מדינה בעולם שמסוגלת בכוחות אכיפת החוק בלבד לטפל בנושא

הפשעים, המשטרה עצמה נשענת לא רק על המודיעין שלה אלא על עזרת הציבור באיתור עבירות ומניעתם ולכן אומרת השופטת ארבל בפס"ד 5204/07 עלי אבוסמור נ' מדינת ישראל - ובו אומרת השופטת ארבל (בסעיף 13) "היו שסברו כי עבירה זו של אי מניעת פשע ראוי לה שתמחק מספר החוקים, ולפיכך כל עוד הסעיף עומד על קנו יש לפרשו בצמצום רב" השופטת מפנה גם למשל לחוות דעתו של השופט טירקל, ונראה כי עמדתו של בעיניין ארשפי היא זאת שצריכה לעמוד בבואנו לפרש עבירה זו... "קיומה של מעין חוק זה עוזרת למשטרה באכיפת החוק ומניעת פשעים ולחברה בכללותה שהרי לא ניתן לצפות מהמשטרה לדעת על כל פשע העומד להתבצע ולשם כך היא זקוקה לעזרת הציבור...".

כיום יש יותר שופטים בבית המשפט העליון שמקבלים את העבירה ומוצאים לה הצדקות ויחד עם זאת המגמה היא המגמה הפרשנית של סעיף זה היא זו שהוטבעה על ידי השופט חשין שהשופטת ארבל מזכירה ומפנה אליו, מדנה שגם אם מקבלים את סעיף זה, וגם אם חיים עם חובה זו, צריך לפרש אותה בצמצום.

בפס"ד ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל אומר השופט חשין מה במונח שקבוע בסעיף 262 "מי שידע כי פלוני זומם לעשות פשע" איך נגדיר את המושג "יודע"? על רקע

הטענה שמטילים על אדם לא מעורב, והופכים אותו להיות עבריין, כאשר הוא מפרש את המושג "מי שידע" אומר חשין כי האדם מודע למציאות שהוא נמצא בו – דרישת המודעות. וקיימים 2 מצבים של מודעות – האחד זה המודעות "לדעת", ומודעות – "עצימת עיניים" שהמחוקק אומר על אדם כזה שאדם החושד דברים ולא בודק אותו כמוהו למי שידע על הדברים. חשין אומר בפס"ד זה שאחת הטענות שלה היתה כי היא לא ידעה שרוצחו של ראש הממשלה עומד לרצוח אותו, ואומרת כי היא חשדה ולא ידעה. טענה זו נדחתה ולא אומצה, אבל השופט חשין בדק מה דינו של אדם שחושד ולא יודע, והאם ניתן להחיל עליו את מה שחוק העונשין קובע בסעיף 20 שבו שהעוצם את עיניו כמוהו למי שידע? חשין אומר שלא. למרות קביעת המחוקק שבכל עבירה של מחשבה פלילית דורשת מודעות – עצימת עיניים לגבי אותן עבירות כמוהו כמו למודעות ממש חוץ מאותם עבירות של אי מניעת פשע, חשין מסביר זאת שכאשר מדובר בעבירות אחרות האדם הוא באמת מי שמבצע את העבירה (הבועל, האונס השודד) וכאן האדם אינו עבריין. ולכן אומר חשין כי מתוך ניסיון לאזן בין האינטרסים של החברה מצב אחד, ומצד אחר להתחשב במבקשי ההתערבות אצל העבריינים ולפעמים גם לסכן עצמם, לכן במקרה כזה החובה תקום רק אם באמת האדם ממש ידע. ו"חשד" אומר חשין אינו טוב למישהו שאינו העבריין.

לא קיים הבדל מוסרי בין הדברים שמציג חשין. בית המשפט העליון אחרי פס"ד זה, עם כל המחלוקות של היקף החובה ואיך עומדים בחוזה זו, העבירה עצמה של אי מניעת פשע מקבלת חותמת. אגדם אינו יכול להתערב אצל אנשים אחרים בדרך כלל כדי למנוע עונש, אך כאשר מדברים על פשע מאורגן, להתערב בפשע מאורגן הדבר לא פשוט ולכן גם לא מצפים מכך, וכל מה שמצבים זה פנייה לרשויות. הגישה המשפטית לנשוא שאדם פוחד וחושש הדבר אינו הסבר. מה ההבדל בין העבירה הזו לבין סעיף 95 שבו ניתן פטור לבני משפחה? אחד ההסברים האפשריים זה שכאשר מדובר בעבירה שידעים שהאדם ירגום להכנסה לכלא של קרוב ל-15 שנות מאסר, יכול להיות שיש רתייה של המחוקק מלהאמין שי משהו שמסוגל לעשות דבר כזה, אך אפשר להגיע לאותה תוצאה גם מסעיף זה.

בצד אותם סעיפים המחייבים מניעת פשע במחוקק הולך הכיוון הזה של הטלת חובות על האזרחים כמו למשל חובת הדיווח שהוקמה והוטלה בסעיף 368 ד בעניין פגיעה בקטינים וחסי ישע. הסעיף מראה שהמחוקק בעצם לא נרתע מלערב את הציבור בחובות "עשה" כמו דיווח לרשויות אם אנו יודעים מתוקף תפקידינו כציבור, הגיע ידיעה או הובחן בסימנים שעלולים להבסר שאותו קטין או חסר ישע עבר מזה זמן לא רב התעללות בידי מי שמטפל בו, במקרה כזה חובה עלינו לדווח, ואם לא קיימת ענישה של עד 6 חודשי מאסר. זו המגמה המסתמנת של יותר ויותר לערב את הציבור בתוך הקהילה, כלומר לשנות מהמנהג הקודם שמה שמתרחש אצל השכן, ויש לו כדי לסכן את הנמצאים שם, לא מעניין את הציבור. ולכן נושא של התפיסות הקדומות של מה ראוי ומה לא ראוי להטיל על הציבור לעשות מתחלפות היום והולכות יותר במגמה של מעורבות במינונים מתקבלים על הדעת. עדיין רוב העבירות בחוק בעונשין מהסוד של מעשה ולא מחדל, אבל הממה הזאת הולכת ומשתנה בגלל המציאות המחייבת להיות יורת מעורבים המתרחש.

רכיב התוצאה :

העבירה התוצאתית להבדיל מעבירה התנהגותית, ההבחנה הזאת בין הסוגים של העבירות ההתנהגויות לתוצאתיות כוונתה ללמד אותנו כי בקבוצה הראשונה של העברות ההתנהגויות מדובר בעבירות שלא כוללות בתוכן תוצאה כחלק נדרש וחיוני של העבירה. המחוקק לא מחייב להוכיח את אותם תוצאות מחייבות כחלק נדרש להפללתו של הנאשם. אחד הדוגמאות לכך – עבירת האינוס :

היא אינה דורשת תוצאה – "הבועל אישה שלא בהסכמתה". האינוסים יכולים להיות קשים, והביטוי הפיזי של האינוס בעל התוצאות הפיזיות ייחשב כנסיבות מחמירות לאינוס, כלומר במקום 10 שנות מאסר הוא יקבל 20 שנות מאסר כחלק

מהנסיבות המחמירות.

אך במידה והותיר תוצאות פיזיות ונפשיות :

המחוקק מפרד בין שני דברים – בין איסור האינוס – פגיעה באוטונומיה של האדם וזה מה שעומד במסגרת עבירת האינוס, לבין הפגיעה הפיזית או הנפשית בו ולגביהן יש עבירות אחרות המטפלות בכך – עבירות התקיפה למשל.

בסעיף 345 ב, מדובר על נסיבה מחמירה שיכולה לגרום לענישתו של האנס לעונש הרבה יותר חמור. אבל נניח והתביעה אין רעיות לנזק אין זה מונע את הרשעתו על עבירת האינוס שאינה זקוקה לתוצאה ונכנסת לעבירה התנהגותית.

עבירה נוספת למשל – עבירות התקיפה :

מתחלקות לסוגים שונים של תקיפה גופנית והעבירה היחידה מבין עבירות התקיפה שבעצם לא תוצאתית אלא עבירה התנהגותית היא הקלה ביותר מבין עבירות התקיפה – תקיפה סתם, כלומר אותה התנהגות שיש עמה מגע לא בהסכמה כלפי הזולת. אין צורך להפעיל כוח כדי להיתפס בעבירה הזאת די בכך שמישהו נודע בזולת שלא בהסכמתו – יחשב כתקיפתו בו. אבל אין דרישה שאותו מדע יוביל לתוצאה, גם אם אין תוצאה למגע קל, זה עדיין עבירה של תקיפה, לעומת זאת יתר עבירות התקיפה הן עבירות תוצאתיות שהכוונה שלהם באמת למנוע פגיעה בגופו של האדם בכל צורות הפגיעה האפשריות.

הקבוצה השניה של עבירות התוצאתיות – עבירות ההמתה :

כולן תוצאתיות כי כולן התוצאה שלהן היא גרימת המוות, החל מגרימת מוות בסעיף 304, הריגה בסעיף 298 ורצח בסעיף 300 שקיים 4 סוגי רצח.

תוצאה לעיניין זה של סיווג העבירות של רכיב התוצאה – ברכיב התוצאתי לא הוגדר ע"י המחוקק, המחוקק מגדיר משנת 1994 את מסנה העבירה – את היסוד העובדתי, הנפשי אבל את היסוד העובדתי וכאשר הוא מנחה אותנו בסעיף 18 למבנה היסוד העובדתי הוא מדבר על מעשה מחדל אך אינו מדבר על תוצאה. מזכיר את המושג תוצאה בסעיף 20 כאשר הוא בה לטפל ביסוד הנפשי כאשר הוא אומר שמחשבה פלילית זו מודעות לטיב המעשה לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאות למעשה שנמנים עם פרטי העבירה. אך תוצאת המעשה מהי? החוק לא מגדיר זאת, מי שמגדיר זאת זה בית המשפט העליון, ואימץ את דעתו של פרופסור פלר למושג תוצאה כפי שפלר מציג זאת בספרו על דיני העונשין ומאמץ על התקיפה הקיימת באירופה ומציע להבין כי כאשר מדובר בתוצאה בעבירה תוצאתית הכוונה לעבירה שמבקשת להגן על אובייקט פיזי, להבדיל מכל צורה אחרת של אובייקט, למשל חברתי. וכך לדוגמא יכולנו לטעות ולומר כי כאשר מדובר בעבירת הריגול, בסעיף 113, בית המשפט מפרש את האמור של "מתוך כוונה לפגוע" ואומר מתוך מטרה לפגוע, שכן המונח מטרה נשמר לעבירות התנהגותיות שאין בצידן של אותן עבירות אובייקט פיזי אלא אובייקט כמו שיש בביטחון המדינה – ערך נפשט, ולעומת זאת כאשר מדובר בחפץ דומם או באדם כמובן שמדובר במשהו פיזי שניתן לגביו לדעת את שיעור הנזק והפגיעה. ולכן בעבירות הריגול בית המשפט אכן קבע כי עבירה זו היא עבירה התנהגותית ולא תוצאתית ואז לימד אותנו בית המשפט כי כאשר מוצאים בעבירה התנהגותיות מונח כמו "בכוונה" יש להבין אותו כאילו אומרים "במטרה" כי המונח מטרה כוונה שמור רק לעבירות תוצאתיות. ואכן בסעיף 90 א אומר המחוקק כי אם פוגשים את המונח כוונה בעבירה לא תוצאתית יש להבין זאת כ"מטרה" ולא כ"כוונה". אם מדובר במטרה ולא ב"כוונה" כדי להרשיע אדם בכוונה כזאת, למשל בריגול, לא צריך להוכיח כי האדם הגשים את המטרה, כלומר לא צריך להוכיח כי אכן מסירת הידיעה אכן פגעה בביטחון המדינה, כלומר אין צורך להוכיח כי הצליח לו, די בהוכחת העובדה כי האדם מוסר ידיעה שהמטרה מול עיניו היא לפגוע בביטחון המדינה, אבל אם היה מדובר בעבירה תוצאתית לא היה ניתן להרשיע אדם אלא אם מוכיחים כי האדם אכן הגשים את התוצאה והביא לאותה תוצאה בפועל.

ההצעה של פלר לראות תוצאה רק כאותה עבירה שמתכוונת להגן על אובייקט פיזי ולא שום אובייקט אחר – הצעה זו התקלה ע"י בית המשפט העליון ואומצה בפסיקה. כמובן הויכוח ימשיך האם עומדים בפני עבירה תוצאתית או לא.

למשל עבירה על מרמה והפרת אמונית : סעיף 284

"עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו - מאסר שלוש שנים". לכעורה יש כאן כאילו הכוונה לעבירה תוצאתית "מעשה של הפרת אמונים שיש בו פגיעה בציבור" בית המשפט קבע כי אין כאן עבירה תוצאתית וזוהי עבירה התנהגותית הציבור אינו אובייקט פיזי אלא מופשט, והמחוקק רצה להראות את אפיון ההתנהגות. ולכן כתוצאה מכך כאשר בוחנים עובדי ציבור, מחפשים כמובן את אותן התנהגויות שמעמידים אותם לפעמים בניגוד אינטרסים והניגוד הזה יש בו כדי לפגוע בציבור. או נושא של איש ציבור שפועל לא ביושר ועושה דברים מבחינת הקודים החברתיים לא נכונים, יכולים לחשוב כי התנהגות כזאת בגלל שאינה תוצאתית והיא רק התנהגותית ניתן לחשוב כי ההתנהגות היא התנהגות של מרמה והפרת אמונים. האמירה הזאת מופשטת מידי, ולכן בית המשפט ניסה להגדירה כדי שהתביעה תוכל להשתמש בו יותר. כאשר מדובר בהתנהגות כזאת גם אם לא מוכיחים שיש תמורה בשביל זה זה עבירה שבית המשפט אומר כי זה עבירה של הפרת אמונים. כמעט כל עובד ציבור שנחקר בצד הדברים היותר מוחשיים, בוחנים האם גם מה שכבר יודעים עליו יש על כך הפרת אמונים, ובין היתר כתב האישום מוגש גם בעבירה זו. עבירה זו מכל מקום היא עבירה התנהגותית ולא תוצאתית ולכן לא צריך להוכיח תוצאה.

הרבה שנים מלומדים ניסו לפרש את העבירה של גניבה בסעיף 383 – ניסו להגן על המושג של קנייניו של האדם באמצעות עבירה זו בלי שום קשר לתוצאה – אם נגרם נזק או לא. בשנים האחרונות שינו דעתם ואמרו כי העבירה אינה התנהגותית וכי היא תוצאתית כי הקניין שמדובר בו הוא אובייקט פיזי והפגיעה בגניבה זה פגיעה פיזית ברכוש והפחתת ערכו של האדם. הפגיעה אינה צריכה להיות פיזית בשביל גניבה, אך כך הוא פוגע בזכויות הקנייניות של האדם הנגנב ולכן בעצם היום נחשבת עבירת הגניבה עבירה תוצאתית, כלומר אם לא תוכיח את הפגיעה הפיזית, הנזק שנגרם, לא ניתן להרשיע אגם על עבירת הגניבה.

שיעור 13 – 26.1.09

איך נדע שאכן יש קשר בין התנהגותו של אדם לבין התוצאה שנגרמה או שרוצים לוודא שאותה תוצאה מחוברת לאותה התנהגות. יש לוודא מבחינה משפטית שההתנהגות קשורה אל התוצאה האסורה. הקשר הזה, קרוי - קשר סיבתי מדובר בקשר של סיבה בין גורם ובין התוצאה הנגרמת. איך נדע שאכן יש קשר של סיבה בין ההתנהגות לתוצאה? המשפט מתעכב ובחן כמה אפשרויות והגיע למסקנה כי הבחינה הנכונה בין קשר סיבתי בין התנהגות לתוצאה צריכה לעשות בין קשר סיבתי פיזי, כלומר קשר פיזי שכאן ההתנהגות הביאה לאותה תוצאה מבחינה עובדתית. בהיבט העובדתי המבחן שאומץ בפסיקה כרוי - הסיבה בלעדית עין, כלומר מבחן עובדתי שמבקש לנפות את כל הגורמים האפשריים שבאופן תאורתי היו יכולים להביא לאותה תוצאה ולהותיר את הגורם היחיד המתקבל על הדעת שמבחינה עובדתית הביא לאותה תוצאה, וכל שאר הגורמים נדחים כבלתי נתקבלים על הדעת. הסיבה בלעדית עין אומרת כי ההתנהגות שאותה בוחנים היא הסיבה היחידה האפשרית לאותה תוצאה. בהרבה מקרים הדבר מתבקש כדבר מובן מאליו אך לא כך תמיד. למשל כאשר בוחנים התנהגות לגביה שואלים האם ההתנהגות של לוחץ ההדק הביא למות האחר. התשובה המתקבלת על הדעת לרוב היא כן.

דוגמא נוספת מפס"ד שעלתה השאלה של קשר סיבתי, אדם הנכנס לבצע פשע בבית נכנס לבית ונתקל בבעל הבית, אדם זקן וחולני, שכאשר רואה את הפורץ, מקבל התקף לב ומת. האם הפורץ יהיה אחראי למותו? ואם כן איפה ההתנהגות של הפורץ מתקשרת למותו? הפורץ לא התכוון להביא למותו של בעל הבית, הירי אדם מתולדה של פחד יכול היה למות מסיבות אחרות והאם די בכך שהוכח הקשר, הסיבה – הפחד שגרם הפורץ לאדם חולה לב, שנמצא קשר עובדתי בין ההתנהגות לתוצאה כדי ליחס התנהגות פלילית לאדם? או אולי נרצה לחפש דבר נוסף כדי להשתכנע שיש להטיל על האדם את התוצאה, בית המשפט קבע כי אין להטיל את הקשר העובדתי, כדי שיהיה תקף יש ליחס אליו את הקשר הסיבתי המשפטי – חיבור אחר שעושה המשפט בית התנהגות לתוצאה, לא מתוך הרצון לברר מה הנתון העובדתי שהשפיע על התוצאה, אלא גם ביודעינו על נתון זה, בנוסף יש להגיד איזה נתונים

עובדתיים כדאי לקחת כדי ללמוד על קשר סיבתי בין התנהגות לתוצאה. מבין המבחנים שהוצאו בפסיקה ובספרות בחר המשפט לעיניין קשר סיבתי משפטי את המבחן שהוא אימץ – מבחן הצפיות בפועל. האם אותו אדם שאת התנהגותו אנו בוחנים, צפה בפועל את האפשרות שהתוצאה תתרחש. מבחן זה בעצם מגביל למבחן המודעות שממילא אנו דורשים אותו לפני שמטילים אחריות פלילית בעבירה הפלילית – היסוד הנפשי מתאפיין במרכזה של המחשבה הפלילית, ולכן יש חפיפה בין דרישת המודעות, כלומר להוכיח שאדם כאשר פעל היה מודע לכל רכיבי היסוד העובדתי כולל לאפשרות שהתנהגות שלו תביא לתוצאה אסורה. הקשר הסיבתי התוצאתי אף הוא דורש להוכיח כי האדם שאת התנהגותו בוחנים, צפה בפועל את האפשרות הזו. למשל בדוגמת הפורץ – הרי שבית המשפט ישוכנע כי הוא אינו צפה על התוצאה, לא נוכל להאשים אותו על האחריות שלו על התוצאה שלו לזולת באחריות הפלילית, יכול להיות שאפשר להאשים אותו על שבהתרשל בכך שלא צפה. פורץ סביר היה צריך לצפות את המבט. וכן ניתן ליחס לו את עבירת גרימת מוות ברשלנות. ולכן העובדה שהתנהגות אכן קשורה במבחן עובדתי, עובדתית כניסתו של הפורץ נכנס לביתו של האדם, הביא הכניסה שלו למות בעל הבית, אך השאלה היא האם ניתן להגיד כי יש קשר סיבתי, ואם אכן יש קשר סיבתי, המשפט אינו מסתפק בכך הוא בוחן את צפייתו של האדם וראה בית המשפט כי אינו צפה, אין לראות קשר סיבתי בין התנהגותו לתוצאה. כאשר בוחנים את הקשר הסיבתי המשפטי קיימים שני סוגים של גורמים שיכולים להשפיע על התנהגות :

9. גורמים משלימים – כל גורם בפני עצמו לא היה יכול להביא לבדו לתוצאה, אבל הצטברותם או השלמתם של הגורמים זה את זה, משלימים בסופו של דבר את הסיבוב השלם, כלומר הגורמים המשלימים הם אותם התנהגויות אנושיות הגורמות האחת על האחרת להיכנס לפעולה ובסוף הדרך הגורם האחרון הוא שיביא אכן לתוצאה האסורה.

10. הגורמים המצטברים – כל גורם בפני עצמו יכול היה לגרום לתוצאה אסורה. תשאל השאלה אם כל גורם יכול היה להביא לאותה תוצאה, איזה מבין הגורמים הללו המצטברים יילקח בחשבון ונומר עליו כי הוא הגורם שהביא לתוצאה מבחינה משפטית? למשל בדוגמה : נניח כי ראובן יצא למדבר בג'יפ ומצייד עצמו ל-10 ימים, אך לא ידע כי 3 אנשים מתכוונים להפריע לו : שמעון מחליט לחזור חורים בג'ריקנים של המים, לוי מרעיל את המים, האחרון שם מטען חבלה בביתו של ראובן. ראובן יוצא לדרך ולאחר כמה ימים המשטרה מוצאים את הגופה, ונלקח לבדיקת הגופה לגורם המוות. השאלה היא איך יבחר המשפט בגורם הנכון והצודק למוות? המשפט בוחר בגורם האפקטיבי – זה שגרם הפועל ולא זה שיכל לפגוע. בניתוח שלאחר המוות יקבע כי הראובן מצא את מותו מצמא, ולכן הגורם המידי של המוות היה ההתייבשות. ולכן נושא התאורתי של מה שיכל להיגרם לא מאנשים שניסו להורגו לא יילקחו בחשבון של גרימת המוות – אלא ניסיון לרצח. שמעון הוא הגורם לתוצאה מבחינה משפטית ולכן קיים קשר סיבתי.

להתנהגויות של מוות נקבעו מספר מבחנים – מתי הקשר הסיבתי לא ינותק למרות התערבות של גורם חיצוני? וכדי לדעת האם זה נכון או לא ומה הגורם האפקטיבי. אם אדם מתכנן מותו של הזולת ע"י כך שהוא יודע בדיוק את המידע עליו ופוקד אותו באחד הלילות, ומפזר בכל הבית דלק והדליק בעוד האדם ישן. תעמוד השאלה – מה יכולים להאשים את האדם? שכן הוא יכול לטעון שהאדם מת בשנתו כי היה חולה, ולכן אם אדם אינו יודע שהוא מת והוא מנסה להמית אותו ניתן להכיל עליו ניסיון לרצח.

בחוק בוחן במסגרת הקשר הסיבתי את סוג ההתנהגויות שיכולות להביא לתוצאה האסורה, ובוחרים רק את הגורם שבפועל היתה לו השפעה אפקטיבית, לבד אם המחוקק מנחה אותנו אחרת על פי מבחנים שהוא קובע. וכאשר מטילים אחריות או קובעים שהיה קדר סיבתי, המבחן הוא לא רק מבחן עובדתי אפקטיבי אלא גם מבחן הצפיות בפועל – האם האדם צפה בפועל את אותה התוצאה?

האדם לא נדרש לצפות בדיוק איך יתרחש התוצאה, כלומר אם מדובר בגרימת מוות, די לאדם שצופה את התוצאה הזו "מוות" ולא את אופן שהמוות התרחש. למשל אם אדם מבחן נפשו של הזולת בדרך של הרעלה ובפועל האיש מוצא מותו בשרפה שגם אותו אדם אחראי להתרחשותה, העובדה שלא מצא מותו בהרעלה אלא בשרפה שגם היא היתה מה שהאדם

גרם, הדבר לא ישנה דבר. האופן של המוות לא ישנה את היקף מידת אחריות של גורם המוות.

סעיף 309 –

מבחנים לניתוק הקשר הסיבתי בנושא המוות בעקבות התערבות גורם נוסף :

בסעיף 309 אין שום מיצוי של כל ההלכות המשפטיות בנושא אלא שהפסיקה מוסיפה עליו מפעם לפעם ולכן אין לראות בסעיף כאל מבחנים קונקלוסיביים אלא רק השלכה מתאימה שמהם ניתן ללמוד על המקרים המפורטים בסעיף 309 :

"בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למוותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למוותו של האחר:..."

כלומר המחוקק רוצה לכוון אותנו לבדיקה של הקשר הסיבתי של התנהגותו של אדם שגרמה לתוצאה, תוצאת המוות, גם כאשר אותה התנהגות היתה מבחינת הגורם היחיד או הגורם המיידית לאותה תוצאה.

מדובר במקרים הבאים :

במקרה הראשון - "(1) **הסב נזק גופני המצריך טיפול רפואי או כירורגי והטיפול גרם למוותו של הניזוק, ואין נפקא מינה אם הטיפול היה מוטעה ובלבד שנעשה בתום לב ובידיעה ובמיומנות רגילות, שאם לא נעשה כן - לא יראו את מסב הנזק כמי שגרם למוותו של הניזוק"**

כל אדם הגורם נזק פיזי בהתנהגות מכוונת או גם בהתנהגות רשלנית. הנזק הפיזי כתוצאה ממנו מביאים את הניזוק למתקן רפואי על מנת שיקבל את הטיפול הראוי והצילו, ופעמים קורה כי הטיפול הרפואי נכשל במבחן התוצאה, כלומר האדם מת. יתר על כן, מתברר לפעמים כי דווקא הטיפול שניתן לאותו אדם היה מוטעה אבל המחוקק אומר כי העובדה שהיתה טעות במתן הרפואי, השפיע על התוצאה ולא מנעה את המוות, ואף תרצה להתרחשות המוות, טעות זאת לא תשפיע על הקשר הסיבתי המשפטי שהמחוקק רואה לבין הנזק לבית התוצאה הסופית של המוות. כלומר יש כאן גורם זר בדמותו של הרופא המתערב – התערבות לצורך הצלת האדם, ההתערבות נעשת בתום לב וכך גם טעותו של הרופא בתום לה. המחוקק אומר כי כל בעל מקצוע עלול לטעות ויש להבחין בין טעות של בעל מקצוע לבין רשלנות של בעל מקצוע. בנוסף אומר כי כאשר מדובר בטעות הטעות היא בלתי נמנעת. ואם מדובר בטעות שמוכרת ואפשרית בסוג זה של מקצוע, אזי צריך לקבל אותה גם אם הטעות הזאת בסופו של דבר לא מנעה את הצלתו של האדם. המחוקק אינו מקבל שכאשר מפקידים עצמינו לבעלי מקצוע אנו רוצים שיתנהגו איתנו במקצועיות ובתום לב על פי מה שמקובל באותו מקצוע, כלומר אם אותו אדם שנפגע והובא בפני חירוג ויש לנתח אותו ומשום שהפציעה היתה חודרנית ויש להגיע לכלי דם, והמנתח לא אבחן נכון את מקום הפגיעה ולא אבחן את סוגי הפגיעה וכתוצאה מכך נגרם מותו של האדם, יש להניח כי יקבע שלא מדובר בטעות אלא מדובר באי הבחנה שאינה עולה בקנה אחד למה שהייתי מצפה מאדם מיומן – חירוג מיומן וסביר. אם מדובר בסטיית תקן גדולה ממה שהחירוג היה צריך לעשות אז סטייה זו תלמד כי חירוג סביר כן היה עולה על הדברים וכן היה מטפל בצורה שונה. ההסבר לכך שהחירוג עשה דבר אחר וסטה מהנורמה אז אכן התרשל, ואם אכן מדובר ברשלנות, הדבר מנתק את הקשר הסיבתי בין דבר הפגיעה לבין התוצאה שלאחר המוות. משום שיש פגיעות שחרף טיפולו של המטופל, לא זה הדבר שגרם למוות. אם מדובר בטעות הפוגע צריך לקחת בחשבון כי הנפגע יובא בפני רופאים והם בעלי מקצוע שיעשו ככל יכולתם אבל אם לא חפים מטעויות.

במקרה השני - "(2) **גרם חבלת גוף שלא היתה מביאה למוות הנחבל אילו נזקק לטיפול רפואי או כירורגי נכון או אילו נהג זהירות מספקת באורח חייו"**.

אומר כי לתוקף אין זכות לבחור את הקרבן, ויש עליו לקבל את התוקף כמו שהוא ואם תקף את האדם שבשל אמונתו אינו מוכן לקבל טיפול רפואי, הוא נמנע גם בפעם הזאת אחרי שנחבל לקבל טיפול רפואי ועל סמך שלא קיבל טיפול רפואי הוא מת, את המוות ניתן היה למנוע אילו היה נוהג בסבירות, המחוקק אומר שהתוקף יהיה אחראי למוותו בכל זאת כי מחדליו של האדם לא ינתקו את הקשר הסיבתי. המוות נגרם כתוצאה מכך שאותו אדם לא רצה לקבל טיפול רפואי כי משום שלפני שהוא נחבל הוא הזניח עצמו וגופו היה חלש בכל מקרה – עקרון הגולגולת הדקה, כלומר כתוצאה מגורם פיזיולוגי אכן הם רגישים וחולניים וכתוצאה מכך החבלה הלא קשה יכולה להפוך להיות חבלה לשתגרום למוות, והמחוקק

אומר כי התוקף גרם למותו בכל זאת.

מקרה שלישי - "3) **באלימות או באיום באלימות הביא אדם לעשיית מעשה שגרם למותו, כשהמעשה נראה לנפגע כדרך טבעית בנסיבות המקרה להימלט מן האלימות או מן האיומים**".

קטגוריה זו בד"כ בפסיקה נבדקה ונבחנה במקרים של בני זוג אלימים, כאשר אלו הועמדו לדין באחריות למוות שנגרם לבן הזוג והטענה היא כי בן הזוג גרם לאחר לקפוץ אל מותו. (למשל בפס"ד דנ"פ 983/02 **בוריס יעקובוב נ' מדינת ישראל**). לאמור אותם נשים שסובלות מתקיפה והתעללות ומגיעות אותן נשים למסקנה כי אין להם דרך להימלט אלא לקפוץ אל מותם. המבחן הוא מבחנו של האדם בנוגע בדבר. בעיני האישה הקפיצה היא המפלט היחיד שקיים. ואם כך פני הדברים לא יכול האדם לנקות עצמו ולומר כי לא הוא הרג אותה ולא דחף את האישה פיזית ובנוסף לא אמר לה לקפוץ, אך המבחן אינו זה, המבחן הוא האם איימת עליה באלימות פיזית לפני זה והאם כדי להימלט מכך הקפיצה זו הדרך היחידה שנראתה לה להימלט מזה, המשפט יראה קשר סיבתי בין האלימות לבין מה שהביא את האישה לקפוץ ולהביא אותה למוות.

המקרה הרביעי - "4) **במעשהו או במחדלו החיש את מותו של אדם הסובל ממחלה או מפגיעה שהיו גורמות למותו גם אילולא מעשהו או מחדלו זה**".

מדובר בחולים הסופניים, בכל אותם המקרים של ה"מתת חסד". מדובר ברעיון שבעצם זו תפיסה דתית שקיבלה את הגושפנקה החילונית שחיינו אינו שלנו ואין לפגוע בהם ולקצורם. וכל התערבות אנושית בחיינו כדי לקצר את החיים היא פסולה מוסרית, תאולוגית וגם על פי התפיסה הפלילית. ולכן בפסיקה קיימים לא מעט מקרים, למשל של חולי סרטן, והאדם יכול למצוא את עצמו כמואשם ברצח ואין הטענה שאותו אדם ממילא ימות בעוד זמן קצר לא תתקבל. ואינה מנתקת את הקשר הסיבתי. בפועל יודעים כי לא מעט רופאים עושים זאת בשקט, ע"י הגברת המינון של משכחי הכאבים, כיום יש חוק של חולה הנוטה למות, שהחברה תסכים בכך שאין פסול של אדם הנוטה למות שאכן רופאים אומרים שזה המקרה לעתר לבקשתו שלא יחובר למכונות מאריכי חיים כדי להחזיקו בחיים. לאדם כזה החוק מאפשר, לאחר וודו שזה בקשתו של החולה, שלא יחברו אותו. החוק פוטר רופא לציית בבקשה ואז חייב הרופא להביא רופא אחר שיעשה זאת, אך גם בזכותו של אדם שלא רוצה להאריך ימים, יסכימו לכך אבל נותנים לאדם לגסוס עד שימות ולא מזרזים את הגסיסה. ואם באופן אקטיבי ינסה רופא או בן משפחה להאיץ את תהליך המוות ולקצר את המוות, אותו אדם יואשם ברצח והקשר הסיבתי לא יינתק.

המקרה החמישי - "5) **מעשהו או מחדלו לא היה גורם מוות, אילולא נצטרף עמו מעשה או מחדל של האדם שנהרג או של אדם אחר**".

המחוקק אומר כי גם האדם הנוגע בדבר בהתנהגותו תרם בצורה כלשהי לאותו מוות, הכוונה שהוא עשה מעשה טיפשי, על רקע החבלה שהותקף ע"י האחר, המחוקק אומר כי יש התנהגות נוספת שהאיצה את הדברים וזה מצידו של הנתקף וכי אילולא אותה התנהגות המוות היה נכסך. אך ההתנהגות של הניזוק לא תנתק את הקשר הסיבתי.

שיעור 14 – 16.3.09

היסוד הנפשי של העבירה הפלילית :

מבטא את יחסו של האדם, זיקתו של האדם אל רכיבי ההתנהגות שלו - אל היסוד העובדתי. כלומר איך תופס את התנהגותו והכיצד אותו יחס משפיע על התנהגות. למעשה ראינו בעקרונות דיני העונשין שהיסוד הנפשי אמור לכלול בתוכו את אותו יחס שלילי בין היתר גם להבטיח לנו שאותו אדם שפיתח זיקה שלילית כלפני האובייקט המוגן ידע בזמן זה ומבין שהוא עובר עבירה - התנהגותו פוגעת באובייקט בניגוד לצווי החברה. לא היינו אמורים להסתפק במודעותו של האדם למה שהוא עושה, היינו אמורים לבקש יותר מכך - לא רק שהוא מודע אלא גם שמה שהוא עושה מהווה עבירה על החוק. באותו זמן ראינו כי לא רק מדינת ישראל ורוב המדינות העולם פסחו על חלק זה, משום שהחלק הזה של הוכחת ידיעתו של האדם את הדין היא חלק מסובך מורכב, שלא קל לשאת אותו, ולא כמו הוכחת ידיעה עובדה שמוכיחים אם אדם ידע או לא ידע כעובדה. כאן מבחן הידע המשפטי של האדם

וכאמון דבר זה אינו פשוט לעשייה ולכן רוב המדינות ויתרו על זה מתוך שבעצם הניחו כי ברוב המקרים ממילא האדם מודע לאיסור או לפליליות במעשה שלו כך שהמעשה הוא אסור משום שאדם שגדל נכון בתוך חברה ממילא קרוב אצל הדברים שאסורים בה. עבירות שהרוע הפסול שבהם וההתמצאות בהם זה מהלך טבעי של כל אחד מאיתנו. עיקר הבעיה בחברה זה לא אותם התנהגויות פסולות אלא הבעיה היא עם עבירות רגולטביות – בעיות המנסות להתייחס לדברים טכניים שאי אפשר בלעדיים בחברה מודרנית ולא ניתן לומר שהאדם מתמצא בהם כי שום דבר לא זועק להם מבחינה מוסרית (למשל : נהיגה במכונית בנסיעה מעל המותר, נכון שכאשר עולים לרכב יודעים את המהירות המותרות, אבל כולנו היינו צריכים ללמוד זאת כי אם לא לא היינו יודעים את ההבדל מהבחינה המוסרית). לגביהם נפתח פתח מילוט אחד : החוק יצר לגביהם הגנה של טעות בהבנת הדין – הגנה זאת ראינו בפרק הסייגים לאחריות כשרות פלילית – סעיף 34 י"ט : טעות במצב משפטי - "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר". כלומר אותם האיסורים הנובעים רק משום שהמחוקק אסר עליהם ולא בגלל שהם בלתי מוסריים האדם יכול להיכשל ולכן אמרו כי האדם עשוי למעוד במה שהסעיף אומר – טעות בלתי נמנעת. החברה ויתרה על הוכחת ידיעת הדין ביסוד כשמוכיחים את הזיקה הנפשית של היסוד הנפשי – ויתור זה הוא חבל הצלה בסעיף 34 י"ט. להבדיל מעובדות שאכן צריך להוכיח – אדם הטוען בביהמ"ש לעובדות להגנתו יש עליו חובת ההוכחה, לעומת זאת הדין הוא חלק מנחלת כולנו, אין צורך להוכיח את הדין ולכן באופן פורמלי הפרקליטים בביהמ"ש לא חייבים להוכיח את הדין הרלוונטי לדין שלהם באופן פורמלי. דין טוענים – משמיעים כל צד את הדין הנכון והראוי לחול על המקרה שהוא מטפל בו בית המשפט למרות שאכן צריך להוכיח אותו אבל יש להשמיע אותו בבית המשפט ויש לכנע את בית המשפט כי אני הטוען לדין צודק.

הדין הוא מן המפורסמות ולכן קיום לא מהווה חלק חיוני של הוכחת היסוד הנפשי אין צורך להוכיח את ידיעת הדין אלא שוב באותם מקרים יוצאים מן הכלל ששם המחוקק קובע במפורש שכדי להרשיע אדם הוא ידע את מצב הדין, למשל : אחד החריגים, סעיף 3 לחוק המאבק בארגוני פשיעה – חוק זה נועד ליצור כלי עבודה חדש שיאפשר בקלות גדולה יותר להאבק בארגוני פשיעה, ובין הסעיפים יש את סעיף 3 האומר כי מי שפוגע במסגרת ארגון פשיעה עונשו יהיה כפול ממה שכתוב בצידו של העבירה, לא יותר מ-10 שנים. כדי להרשיע אדם חבר בארגון פשיעה בעבירה מיוחדת שבסיבה מחמירה יש להוכיח שהוא פועל מטעם ארגון פשיעה, האדם צריך להיות מודע מה זה ארגון פשיעה כדי לדעת שהוא אכן פועל מטענו.

כשבוחנים את הזיקה של היסוד הנפשי להתנהגות היא מתמקדת בשני מישורים מרכזיים :

• המישור ההכרתי – כאשר בוחנים מה מצב הכרתו של האדם אזי היום אחרי תיקון 39 מוצאים שקיים רק מצב אחד – מודעות. מה מצד מודעותו של האדם ביחס לרכיבי היסוד העובדתי? אם היתה לו מודעות למה שהוא עושה, ואם בעבירה יש גם נסיבות האם הוא היה מודע לנסיבות – לדוגמא : עבירת האינוס.

שתי נסיבות מתקיימות בעילה זו : לפעמים אין זה פשוט להוכיח כי הוא היה מודע בבעילת האישה, הנסיבה האחרת זה שבזמן שהוא בעל אישה הוא עושה זאת בניגוד להסכמתה.

• המישור החפצי – כאן בנוסף לשאלות ביחס למישור ההכרתי, כאשר מדובר בעבירה תוצאתית שואלים שאלה נוספת – איזה חפץ היה לאדם בתוצאה. בעצם במקרה

כזה יכולים למצוא סוגים של חפץ, אם נלך מהחמור ביותר, שהאדם לא רק מודע למה שהוא עושה, אלא כאשר מדובר בעבירה תוצאתית ברכיב ההכרתי הוא צריך להיות מודע לכך שהתנהגותו עלולה להביא לתוצאה, צופה את האפשרות שאם הוא ימשיך את ההתנהגות הזאת ההנהגות הזאת אכן יכולה להוביל לתוצאה. המישור החפצי הוא אכן צופה את המולד והוא אכן חפץ ומתכוון להביא אל אותה תוצאה. במישור החפצי החמור ביותר זה שהאדם מתכוון להביא לאותה תוצאה – כוונה.

מתחת ל"כוונה" במישור החפצי : פיזיות – שם שמקפד בתוכו שני מצבים :
(א) אדישות – גם כאן בדומה לכוונה אדם צופה שאכן התנהגותו עלולה להביא לתוצאה אסורה, אבל באשר להתרחשותה אומר כי הוא שווה נפש באשר לאפשרות שאכן היא

תתרחש – אדיש ביחס לאותה תוצאה.

(ב) קלות הדעת – כמו בשני המצבים הקודמים, גם כאן האדם צופה שהתנהגותו עלולה לתוצאה אסורה, אך להבדיל מהם כאן האדם לא רוצה להגיע לאותה תוצאה. הוא מאמין בקלות דעת שהוא יוכל למנוע את התוצאה כאשר אמונתו זו היא בלתי סבירה – לאמור הוא נוטל סיכון בלתי סביר שיצליח למנוע את התוצאה ולכן מכנים אותו קל דעת. יש להבדיל את קל הדעת ממצב צבירה אחר שלכעורה הדמיון בניניהם ידועה אך אין זה כך – רשלקן שאינו צופה את הנולד שהתנהגותו תוביל לתוצאה אסורה, קל דעת אכן צופה אותה אך לא רוצה להגיע לאותה תוצאה. מצב של רשלנות מאופיין בחוסר מודעות בפועל, ומה שמאפיין לעומת זאת את היסוד הנפשי – דרישת המודעות היא בעצם היסוד המרכזי של דיני העונשין – דרישת המחשבה הפלילית, בו בעת שאותה זיקה שלילית מתאפיינת במודעות. ברשלנות אין מודעות בפועל – העיניין היום מוסדר בחוק – סעיף 19 לחוק העונשין הקובע לנו ש"אדם מבצע עבירה רק אם הסעה במחשבה פלילית" זוהי ברירת המחדל של היסוד הנפשי של החוק הפלילי הישראלי. "זולת אם" בעצם מתריע בפנינו כי אנו נכנסים לחריג – כלומר הכלל הוא מחשבה פלילית זולת אם: "(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או". הרשלנות במדינת ישראל כן יכולה להיות יסוד נפשי פלילי אבל יסוד חריג – מתבטא בכך שכדי שתזוהה אותו שאכן נמצאים בפני רשלנות זה אומר שצריך אמירה מפורשת בתוך הסעיף – כלומר אם הוא לא משמעי לך כחלק מההגדרה שהדבר הוא רשלנות אין בית המשפט יכול לפרש את המעשה כרשלנות. "(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה" המחוקק מטפל בנפרד מהרשלנות ומאחריות קפידה – וכך האחריות קפידה היא טעונה פרשנות מפורשת. אחד מסימני הזיהוי של אחריות הקפידה זה מה שכתוב בסעיף 22 – עבירה זו אינה טעונה מחשבה פלילית או רשלנות – שוב צריך אמירה בתוך הסעיף שיהיה כתוב בתוך הסעיף שעבירה זו אינה טעונה הוכחת עבירה פלילית של רשלנות או אחריות קפידה, אזי – אין אחריות קפידה.

המחשבה הפלילית היא ברירת המחדל אך עבירה פלילית לפי המחוקק בסעיף 20, המכוון אותנו לאותה הגדרה שמהחוקק אימץ למחשבה פלילית: "(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פיזיות 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.

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

(ג) לענין סעיף זה -

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

• אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה

המעשה להיעשות".

גם המחוקק הולך לפי שני המישורים – ההכרתי והחפצי – הוא מכוון אותנו לחפצי כי הוא מדבר על מודעות האדם ואפשרות הגרימה למעשה. ולכן אם שואלים מה קורה באותו אופן בתודעתו של האדם אומרים כי ברגע שהתחיל להזיז את התנהגותו הוא בעצם יכול להיות מודע להתנהגות שלו ולקיום הנסיבות והואיל והתוצאה עוד לא מתרחשת באשר לתוצאה מה שניתן לדרוש זה האם הוא מודע לאפשרות שהתנהגותו תביא לאותה תוצאה אסורה – לאפשרות הגרימה לתוצאת המעשה ולעינין התוצאות המחוקק עובר למישור החפצי – רק בעבירות התוצאתיות – פגיעה פיזית באובייקט, אז יודעים כי פיזית או כמותית. ולכן בהמשך הדברים בסעיף במישור החפצי עושה המחוקק את ההבחנה בין עבירות של כוונה לבין עבירות של פיזיות – כוונה אומר המחוקק "במטרה לגרום לאותם תוצאות" כלומר לא רק שהוא צופה לנולד ומודע לאפשרות שהתנהגותו תביא לתוצאה, אלא מבחינתו של המחוקק הוא עושה זאת במטרה לגרום לאותם תוצאות. במצב השני זה מצב הפיזיות - "פיזית שמאחת מאלה לאמור אדישות בשוויון נפש לגרימת התוצאות האמורות" שוויון נפש – אחת הדברים העולם בהקשר זה מה כאדר אדם יודע שהתנהגותו בהכרח תביא לתוצאה מסוימת, כלומר

ההסתברות שהאדם יביא לאותה תוצאה היא ודאית. ולכן אם אדם צופה שהתנהגותו תביא בהכרח לתוצאה לא יכול להיות אדם אדיש – אדם שצופה שהתנהגותו תביא לתוצאה אין הוא אדיש, אדיש מתקיים רק כאשר אין ביטחון בהתנהגות ואז הוא יכול לפתח שויון נפש. המצב השלישי – קלות דעת – "בנטילת סיכון בלתי סביר לגרימת התוצאות האמורות מתוך תקווה להצליח" כאן אותו מצב שהאדם באמת המישור ההכרתי מודע לאפשרות שהתנהגותו תביא לתוצאה, למרות שאינו רוצה להביא לתוצאה אבל מוכן לקחת סיכון בלתי סביר שהוא יצליח למנוע – המבחן הוא מבחנו של המסתכל.

למעשה במחשבה הפלילית כפי שהיא מנוסחת בסעיף 20 כל שנדרש הוא מצב המועדות ובעבירה תוצאתית גם סוג החפץ, החסר הוא שני הדברים שנתקלים בהם ביומיום – אין דרישה למניעה, כלומר כדי להרשיע אדם בעבירה של מחשבה פלילית אין צורך להוכיח כי אכן הוא בעל מניע מסויים והעובדה הזאת שאין מניע או אין דרישה למניע אינה אומרת או מלמדת שבפועל מניע לא היה קיים, בד"כ התנהגות אנושית חייבת להיות מוסברת ורציונלית, אבל התנהגות של אדם שאנו קוראים לו נורמלי מונעת מסיבה המביאה את אותו אדם לעשות את אותה התנהגות, כלומר ברוב העשייה הפלילית יש מניעה אבל בכל זאת המחוקק אינו דורש להרשיע אדם בעל מניע – הסיבה לכך זה כדי להזכיר אדם שפוגע באובייקט של החברה אין צורך לדעת מה גרם לו לעשות זאת די שהוא אכן היה מודע למעשה ואת עצם הפגיעה. ודאי שמניע לא רק שקיים אלא מניע חיוני שכולם מכוסים עליו – חקירה משטרתית מחפשת מניע שיכול להסביר התנהגות כזאת וכאשר היא מצביע על מניע היא מחפשת מי אותם אנשים שיכולים לבוא בחשבון עקב אותו מניע. זה מה שמביא את הרשויות כדי להתקרב לאותם אנשים שעושים את הפגיעה, אבל ישנם מקרים לא רבים שהפרקליטות הצליחה לזהות את אותם אנשים מאחורי מעשה מסויים אבל לא הבינו למה, למשל רצח – אדם השאיר אחריו טביעות אמצעות אבל המשטרה לא מבינה מה היה הקשר של הנאשם עם הנרצח, יש לנו ביטחון מלא שהאיש אכן רצח את אותו אדם, העובדה הזאת שכעת בית המשפט עומד במצב שאכן הוכח שאדם פגע בזולתו, הסיבה אינה חיונית כדי לדעת שאדם עשה מעשה שאסור לעשייה. מוות ללא מניע זה לא ממש ללא מניע אלא ללא שהוכחנו מניע. בית המשפט ינסה לבדוק מה המניע כי המניע מקל על בית המשפט כדי להשתכנע על אשמתו של הנאשם, ומשתמש בידי הצדדים לאותה הבטחה ולאותה עובדה המבטיחה והמשכנעת שזה האיש הנכון העומד מאחורי המעשה.

גם המטרה אינה מתקיימת בסעיף. למרות שהסעיף מתכוון ל"מטרה" בלשון של שאיפה, מטרה בעצם בגורם החיצוני המלמדת מה היה היעד ששם אדם לעצמו להגיע. רכיבים המניע המטרה והמניע משמשים רכיבים חיוניים אצל בני האדם כדי להסביר את פשר מה שאנו עושים. גם המטרה אינה חיונית שתתקיים בכל מחשבה פלילית אלא אם כן המחוקק במפורש בהגדרת העבירה מכוון אותנו אל דרישת המניע או אל דרישת המטרה. וכאן המחוקק לא תמיד דייק המונחים שהיום מנסים לעשות להם סדר, המחוקק לפני שנת 94 החליף את הדברים למשל בעבירה לא תוצאתית משתמש במונח – במטרה, או במטרה "כוונה" בעבירה לא תוצאתית. באמצעות סעיף 90 המחוקק מנסה לעשות סדר "כוונה זה במקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנת עם העבירה יתפרש כמניע כדי להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה. ואכן למשל בעבירת הריגול "מי שהתכוון לפגוע במדינה" הכוונה כאן אינה יכולה להיות אותה כוונה שסעיף 20 מתכוון בה, וכך זה יכול להיות רק מניע או מטרה.

מונח חשוב המוסדר משנת 94 בסעיף 20, דבר שהיה קיים בפסיקה לפני כן : מה קורה לאדם כאשר מדוברים על מודעות במחשבה פלילית, אך מה אם האדם לא מודע ולא ממש בטוח בקיומה של הנסיבה, אותה נסיבה חיונית לדעת עליה כי בלעדיה אי אפשר להרשיע אותו – מדובר בעצימת עיניים. למשל בעבירת האינוס דרושה המודעות לבעילת האישה – מה אם הוא אינו מודע? כאש מדובר בהסכמה שצריכה להימצא אצל הזולת יש לדעת מה מתרחש אצל הזולת ואז יש מצב שלא רוצים לדעת מה מתרחש אצל הזולת, למשל אם ישאל את האישה אם היא מסכימה והאדם חושד שהיא תגיד לו לא, אותו אדם "עוצם עיניו" כשמתעורר חשדו, בנסיבות שמזמינות אותו לא להיות בטוח במצב הדברים. כמוכן שלא ניתן לעשות בכך הכללות לכל מצבי הספק, למרות שמצבי הספק מוכרים לכל אחד מאיתנו. הספק מתעורר אצל אדם ועליו לבדוק אותו כי אם לא יבדוק אותו אין עליו להגיד אחר כך שלא היה

מודע, ולכן המחוקק אומר כי אם היה צריך לבדוק אם הבחורה מסכימה ולא בדק, יראה אותו המחוקק כאילו ידע – המחוקק אומר כי אין מודעות אבל הוא דורש את המודעות כדי להיות בטוח שהוא מוצדק להפלייל אדם. אדם שנמנע מלבדוק את הדברים כי הוא חושש שהוא יגלה דברים שהוא לא רוצה, מבחינת המחוקק הוא בעצם מגביל למי שידע. בעיניין עולה היום בסעיף 20 (ג) "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם". אדם החושד ביחס לתוצאות, כאר מדובר לתוצאה שטרם התרחשה ניתן לצפות אותה אבל גם לא להיות בטוח שתתרחש. לסיכום: כאשר מדובר במודעות – הכוונה למודעות מלאה שהאדם מודע באופן מלא למצב הדברים, אבל יש לזכור כי גם מצב שאין בו עדיין מודעות מלאה ויש בו רק חשד המחוקק נותן לכך מענה – עצימת כיניים כמוה למודעות מלאה. כאשר פרופסור פלר מאמץ את הדברים הללו אומר פלר כי רק כאשר מתעורר חשד רצינולי. האדם צריך לבדוק אם מדובר בחשד רחוק אין צורך לבדוק את כל החשדות המצויות בעולם.

חריג לברירת המחדל למחשבה הפלילית בסעיף 19 – עבירת הרשלנות - עבירת הרשלנות יכולה להיות פלילית והיום גם מוקדשת ע"י המחוקק לאחר תיקון 39 בשנת 1994 ומגדיר מהי עבירת הרשלנות בסעיף 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) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר. (ב) רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע".

להבדיל מהמחשבה הפלילית ששם יש דרישה למודעות האדם, כאן הרשלנות מתאפיינת בכך שאין מודעות של ממש, השאלה היא שכאשר האדם אינו ער למה שהוא עושה ולקיום הנסיבות ולא מודע לאפשרות שהתנהגותו תביא לתוצאה אסורה – השאלה האם מוצדק המצב לכך שלא היה מודע? המבחן צריך היה להיות, הואיל ומדברים על מבחן אשם סובייקטיבי – בחינת האדם בתוכו, האם יש לבדוק באמת אם הוא התרשל והאם באמת יכול היה אותו אדם שלא היה מודע כן להיות מודע? האם ניתן להסביר את הכישלון התודעתי של האדם בכך שהוא זלזל בנו וכך באמת לא היה מודע? מעבר לכך היינו מגלים בחלק מהמקרים כי האדם בשל נתוניו האישיים הוא לא מצליח להיות מודע. המחוקק מניח כי המבחן אובייקטיבי, יש דגם אחד ואחיד לבני האדם – בני האדם פחות או יותר דומים. החזקה של אותו חשוד ושהאדם שהוא דומה לכולם.

החריג השני: אחריות הקפידה המנוסחת בסעיף 22: סעיף זה הוא עיבוד מאוחר למה שקדם לו – אחריות אבסולוטית- מצב שבו אדם הועמד לדין ודי היה לתביעה להוכיח את המעשה – את היסוד הפיסי בלי היסוד הנפשי. סעיף זה מחדש לנו בכך שהוא מאפשר היום להבדיל מהעבירות הקודמות, מאפשרות לאדם לבוא לבית המשפט ולהוכיח כי לא התרשל כי כאשר הוא גילה שעשה את "המעשה" הוא עשה הכל כדי לתקן את הטעות. מצב של אחריות קפידה שבעצם להבדיל מרשלנות ששם יש להוכיח גם את היסוד הנפשי והפיזי, באחריות קפידה יש להוכיח רק את היסוד הפיזי.

שיעור 15 – 23.3.09

חזקות הידיעה -

אותם מצבים בהם אנו מניחים כי קיימת מודעות, מצבים אלו פותרים בד"כ את התביעה מהחובה להוכיח במשפט הפלילי את היסוד הזה של היסוד הנפשי של מודעות. בין שהיא פותרת אותו באופן מוחלט ובן באופן חלקי במובן זה שהיא מעבירה את הנטל לכתפי הנאשם לסתור את אותה הנחה.

הסיבות שאנו פוגשים חזקות הללו, בין ספר החוקים ובין בפסקי הדין, הסיכות לכך הן מצד אחד רצון של המחוקק לייעל את הדיון המשפטי ולעזור לתביעה להרים את הנטל המוטל

עליה, כלומר להוכיח במשפט פלילי שאכן לנאשם היתה מודעות וגם כאדר מדובר ביצירת הפסיקה לעקל על הפוסקים ועל הפרקליטים שטוענים בבתי המשפט את מלכת הוכחת העובדות בכך שאנו מעמידים להם כלי עבודה חשוב – חזקת המודעות, ובכך שאנו מעמידים את כלי עבודה זה אנו מאפשרים להם להשתכנע שכאשר הנאשם פעל כפי שפעל חזקה ש/הוא פעל כך והיתה לו מודעות.

כאשר מדברים על חזקות המודעות יש שלושה סוגים עיקריים של החזקות הללו :

5. חזקה עובדתית – תולדת הפסיקה, לא מעוגנת באף חוק אלא היא יצירה של ההלכה הפסוקה והיא נולדה ע"י בתי המשפט כחלק מהניסיון שהצטבר בבתי המשפט במשך השנים – איך יש להבין ואיך נכון להבין את התנהגותם של בני אדם. הדבר מתחיל ביצירת חזקה עובדתית בתחילה ביחס להוכחת כוונתו של האדם – איך אנו יכולים ללמוד על כוונותיו של האדם שהרי עוד לא אומצה שום מכשיר ושום גלאי שיכול לשקף את כוחו של האדם, ובאין מכשיר רנטגן שישקף את צפונותיו של האדם – מה שהוא באמת עבר בראשו בזמן שעשה משהו, בתי המשפט מפתחים כלפי אותו אדם את הידע המצטבר מה היה יכול להיות בראשו של האדם בהנחה שאותו אדם לא שונה מאיתנו והוא פועל מסוג אותו דגם של אדם, וחזקה זו אומרת לנו כי חזקה על כל אדם שהוא מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות מהתנהגותו. אנו לא יודעים מה התכוון פלוני כשהוא הניף ונעץ סכין בפלמון וגרם למותו, ובהנחה שאנו לא יודעים אנו יודעים מעדויות מסביב אבל בהנחה שאין לנו ידיעות עבור הקטטה ולמה בכלל התרחשה ובמהלכה אחד הצדדים נועץ סכין בחזהו של האחר, וכדי שהתביעה תצליח במלאכת ההוכחה של רצח, היא צריכה להוכיח בין היתר שאכן אותה התנהגות לוותה בכוונה, כלומר כוונה להביא לתוצאה הזאת של גרימת מותו של הנרצח. לא טעות ולא שום כוונה אחרת אלא כוונת רצח. חזקה זו בעצם אומרת כי מי שנועץ סכין במרכז חזהו של האדם, כלומר במקום בממוקם ליבו של האדם, בדרך הטבע, תביא בדרך כלל למותו. מה שכולנו יודעים חזקה שגם אותו נועץ ידע – אם הוא נועץ סכין במקום זה יגרם למותו של אדם ואם עשה זאת כנראה שזה מה שרצה. והנה אכן באמצעות חזקה שמשקפת נסיון חיים של מרביתנו אנו חוסכים מהתביעה את הצורך בכל משפט כזה להוכיח מה יתכוון אותו נאשם בהתנהגותו. דוגמא נוספת : כאשר אדם מכה בפטיש באדם מסוים, נניח כי אם עשה זאת הסיבה והמטרה לכך היא לפצח את ראשו. ואם עושה זאת והביא למותו של האדם נגיד לו כי זה בדיוק מה שהתכוון לעשות, לעומת זאת אם אדם ירה ברגלו של הזולת, ופגע בעורק איבד דם ועד שהצילוהו כבר מת, לא נוכל להבנות על הנסיון שאומר כי מי שיוורה לכיוון רגליו של האדם חזקה עליו שהוא רוצה שימות אנו נגיד כי מי שרוצה לגדום למותו של האדם יבחר איבר אחר לפגוע כדי להורגו. מדובר בחזקה עובדתית שכל כוחה וכל חיוניותה זה שהיא מופעלת על ידי בתי המשפט ככלי עבודה, וכלי עזר. ולמרות מה שמשמע ממנה כי מי שיוורה בליבו של אדם חזקה עליו שהוא התכוון להביא לתוצאה הטבעית של המוות עדיין הנאשם יכול לקום ולהגיד כי זה נכון בד"כ אבל במקרה שלי זה לא נכון. והנה באמת אסור לזכור כי זוהי חזקה עובדתית שיוצרת עובדה אבל מאפשרת לנאשם לנסות להתווכח ולסטור ויתרה מזו לא רק שהיא מאפשרת לנאשם לסטור אלא די לו לנאשם לגרום לספק לבתי המשפט שמא אולי הנאשם צודק ולמרות שזה נראה כי פגע באיזור חיוני הוא לא התכוון לפגוע שם, גם אם בית המשפט אינו יכול להוכיח, די בספק כדי לזכות את הנאשם. במקרה שבו בית המשפט נתלה על החזקה כדי להציל נאשם – **פס"ד** מדובר במקרה רצח שמבחינת העובדות העניין היה חילופי דברים בין שני אנשים – האחד יצא מהכלא, נודע לו כי נגנב מכשיר חשמלי מהבית והוא חשב שזהו חברו, בא לביתו של החבר שגר בקומה ג' ומלמטה קורא לו לרדת, לא ירד למטה אבל הצליח להפחיד את האבא של אותו חבר ששמע את הזעקות וביודעו שהוא איש מסוכן האבא יורד להרגיע אותו, הבן מסתכל למעלה ורואה שאותו מאדם מצוייד בסכים וחושש שהוא ישלוף לעבר אביו מעצבים, יורד גם הוא למטה עם סכין והנאשם מניף סכין לעברו של חברו ודוקר אותו פעמיים, לאחר שראה שנדרק פעמיים נרגע והולך, בינתיים הנדקר מתמוטת, קוראים למגן דוד ולמרות שהפגיעה היתה קשה, הנאשם בינתיים לא יודע מה קורה, המשטרה מגיע לאחר מכן ולאחר כמה דקות מגיע טלפון והוא רוצה לדבר עם המנוח, הקצין שמקבל את שיחת הטלפון מתחזה להיות אחיו של המנוח ואומר לו למסור לאחיו ש"הפעם זה נגמר כך אבל פעם הבאה זה יגמר אחרת", בית המשפט המחוזי אמר כי האיש דקה שתי דקירות ללב וחזקה עליו שהתכוון

להרוג, השופט מצא שאליו הגיע הערעור אומר כי בית המשפט המחוזי זגה בכך שלא התיחס ברצינות לטלפון הזה, הטלפון מלמד על כך שהאיש לא התכוון ואם היה מתכוון לא היה אומר את אותם הדברים שאמר בטלפון שהרי טען שפעם הבאה יהיה אחרת ולא ידע שמת. זוכה מרצח ומואשם בהריגה, לדעת גרוס אין הוא היה צריך לקבל הריגה כי הוא הרי לא צפה תוצאת מוות אז לכן לא ניתן להאשימו על עבירת מוות אם הוא אינו צפה את המוות. ניתן היה להרשיע אותו בפציעה בנסיבות חמורות וכו'.

חזקה כוונה – פרופ' פלר אומר כי חזקה על כל אדם שהוא מודע על כל רכיבי התנהגותו וגם על התוצאות הטבעיות הנוסעות באופן טבעי מאותה התנהגות. פרופסור פלר כך בעצם מרחיב את נסיון החיים ואומר שלא רק "כוונה" מדובר כי אם בועל אדם הרי מודע שהוא עושה מעשה של בעילה, אלא שפלר מסכים כי ביש חלקים בנוסחה הזאת שהם יותר חזקים ויד חלקים שהם פחות משכנעים, מקובל עליו שכל אחד מאיתנו אמור לדעת מה הוא עושה, אלא אם כן מוכיח למה הוא לא מודע, פחות משכנע להיות מודע ביחס לקיומן של נסיבות שאתה לא יוצר או לא מופקד עליהם – בעבירת האיסור אחת הנסיבות אדם מודע לכך שהוא בועל אישה, האם היא מסכימה או לא? גם כן נסיבה וכאן כבר לא תלוי בידה של האישה, אבל ביחס אליו הוא צריך להיות מודע למה היא מחליטה אם היא רוצה או לא רוצה, כאן מסכים פלר כי באמת אם אנו אומרים שחסרה מעליו לדעת מה אישה רוצה בנסיבות אלו יכול להיות אך זה פחות משכנע כי אנו לא אדונים על אותה נסיבה. מסכים פלר שמדובר בהתנהגויות אקטיביות של האדם, אבל דברים שאנו אמורים להיכשל בהם בדרך של מחדל, היינו צריכים לעשות משהו ולא עשינו, הדבר פחות משכנע. התנהגות אקטיבית הרבה יותר בעל תוקף אבל זה ששכחתי לעשות משהו הטענה הזו פחות שכיחה. באשר לתוצאה של הכוונה – חזקת הכוונה עובדת שהרי אני מתכוון בתוצאות ההתנהגות, לגבי התוצאות בית המשפט מפעיל את חזקת הכוונה ואת חזקת המועדות אבל אין לשכוח שחזקה זו היא חזקה עובדתית מופעלת ע"י בתי משפט כדי לעזור להם להגיע למסקנות וסד"כ מטילה על התביעה להוכיח מה היתה המועדות או מה היתה הכוונה של בתי אדם. הרבה פעמים נשאל – איך אפשר לדעת למה התכוון? בהרבה מקרים אנו לא יודעים על מה התכוון מתוך המקרה עצמו והניסיון חיים שלנו מלמד מה יכול להיות במקרה כזה. יש ליזכור כי בסוף הדרך שמורה לנאשם הזכות לקום ולהתווכח עם צדקתה של חזקה כזאת ולומר כי במקרה שלו אין כך הדבר.

6. חזקות משפטית – חזקות הנובעות מהדין שנקבעו בחקיקה, כלומר החוק חקק אותם כדי לעמוד בתביעה נטל ההוכחה. שתי החזקות המשפטיות הללו הם: **חזקה משפטית חלוטה / מוחלטת** – כלומר מאותו רגע שהתביעה תוכיח קיומן של עובדות מסויימות המחוקק אוטומטית יקבע לגבי אותן עובדות כי הנאשם היה מודע לאותו מצב דברים בלי יכולת מצידו של הנאשם להתווכח עם צדקת החזקה, למשל: אם נקח את חוק שרות הבטחון – נוסח משולב, נמצא שם הדגמה למצב דברים כזה כאשר נקבע בחוק כי צו נשלח ליוצאי צוואה, אם הוא פורסם ברשומות חזקה שיגיע לכל אדם שהצו הזה מתייחס אליו כעבור X שעות, ואם הצו נשלח באופן אישי לביתו של האדם בדואר רשום, חזקה שיגיע לידיעתו של האדם גם בלי צורך להוכיח שאכן מישהו בפועל קיבל שם את הדבר השני, דרך אחרת היא כי אם אכן נשלח בדואר רשום ויש לנו אישור מסירה של אדם הגר באותו הבית והוא מבוגר מגיל 18 חזקה שאכן הנוגע בדבר קיבל בעצמו את הצו. לא יעזור לאדם להגיד כי באותו זמן הוא לא היה בארץ, ואיך יכל לדעת על הדבר, והוא אינו מסתכל ברשומות ויגידו לו כי יש לו בעיה, אין הם רוצים לשמוע מה יש לו בדבר גם אם יגיד אחרת, כי המחוקק אומר לנו כי חזקה על אותו אדם שהוא היה מודע על קבלת הצו. מנגנון יצירת מודעותו של האדם, כי אכן בדבר קיומה של חובה של קיומו של דבר מסויים, תנאי להרשעתו בד"כ של אדם בכך שהוא לא ממלא חובה כזאת היא התחמקות מלהתייצב למשל לגיוס, תנאי כמובן שהוא היה מודע על קיום הצו. אך חזקה עליו שידע כי זאת הכתובת שהיה לצה"ל על מקומו אלא אם כן הוא היה משנה כתובת והודיע על כך. ואם לא הודיע אז יש לו בעיה. ואולם בתי המשפט היו מוכנים באמת לקבל את ההסבר הזה שמדוע החוק מטיל חזקה כזאת של מודעות מטעמים של יעילות של המערכת, ושלא כל אדם יורשה להתחיל להתווכח על כך שידע או לא. בתי המשפט לעומת זאת לא היו מוכנים לקחת את חזקת המודעות המוחלטת ולהשתמש בא בעבירות שדורשות או מחשבה פלילית מיוחדת או כוונה פלילית, כלומר לא

להתייצב בשרות לא דורש שום כוונה מיוחדת פשוט אדם מודע לצו ולא מגיע לעומת זאת יש עבירה אחרת בחוק שרות הביטחון שהיא הרבה יותר חמורה ששם היא דורשת גם מחשב פלילית מיוחדת כלומר אדם לא מתייצב לשרות מתוך מטרה להשתמט מהשירות הצבאי, הוא לא מאמין שהוא צריך לשרת בצבא, ומהסיבה הזאת אינו רוצה להתגייס – העבירה הרבה יותר חמורה כי פה בעצם אדם אומר כי הוא אינו הולך לצה"ל לאן שישלח אותו צה"ל עבירה כזאת עונשה הרבה שנות מאסר, אומרים בתי המשפט כי לגבי עבירה שדורשת מטרה מיוחדת – אותה התנהגות מעצמה לא מזמינה אותנו לחשוב למה בעצם לא רוצה להתגייס – אומרים בלתי המשפט כי זה הרי לא תוצאה טבעית זו מטרה אפשרית אבל לא מתחייבת למציאות ומבקרה כזה שהמטרה לא טבעית ולא מחוייבת אומרים בתי המשפט כי תתקבל המשפט ותוכיח בראיות ממש שהאדם היה מודע לכוונתו כלומר החזקה הזאת של המודעות, החזקה מהחוק שאדם מודע לקיום חובה מפעילים אותן בעבירות שלא מאפשרות מחשבה פלילית מיוחדת ואם העבירה היא כן דורשת מחשבה פלילית מיוחדת שם התביעה צריכה להוכיח בראיות של ממש כי האדם היה מודע לכדבר – שקיבל את הצו והיה צריך להתגייס, וגם כמובן שהוא היה מודע לצו והיתה לו מטרה שאינו רוצה להתגייס לצבא. חזקה משפטית שניה היא **חזקה משפטית יחסית** – יותר מקובלת בספרי החוקים שהרי מה שעומד מאחוריה היא כי אם התביעה תוכיח מצב דברים מסויים חזקה על אדם שהיה מודע על אותם דברים אבל מותר לאדם לנסות לשכנע כי זה לא נכון בעינינו שלו, למשל סעיף 200 לחוק העונשין - "גבר הגר עם זונה או שהוא רגיל להילוות אליה דרך קבע או משתמש בפיקוחו או בהשפעתו עליה בדרך שיש בה כדי לסייע בידה או להכריחה לזנות, חזקה עליו שהוא חי על רווחיה, זולת אם הוכח היפוכו של דבר". אדם מנצל אישה גם חי על רווחיה, איך התביעה תוכיח זאת? התביעה בדרך כלל תביא את הזונה לעדות ותבקש אישור. ברוב המקרים אין אישור, ואין שום ספר שהאישה לא תעז לזאת נגד הסרסור שלה. נושא זה שמאפשר המחוקק לאדם שנגדו קמה החזקה להוכיח היפוכו של דבר זה הנוסח שמאפיין חזקה יחסית משפטית או במילחם דמותות, הדבר אומר כי להבדיל מהחזקה העובדתית כדי לסתור אותה היה די לאדם ביצירת ספק סביר, כאן בחזקה המשפטית אין די בספר, הרוצה לומר שהוא מלאכך הוא צריך להוכיח ברמה של המשפט האזרחי כלומר ביותר ממתקבל על הדעת שבאמת הוא לא גר שם כדי לחיות על רווחיה מאשר ההפך, לא די בספר, די ב 51.5, כלומר אם אדם לא מצליח להוכיח ברמה זאת הוא מפביד ולא מצליח לסתור את החזקה והיא הופכת להיות חלוטה נגדו בסוף המשפט. דוגמא נוספת: חוק למניעת הסתננות סעיף 9 נאמר כי "כל עוד לא הוכיח היפוכו של דבר, רואים נאשם לפי סעיפים 6 או 8, כאילו ידע שמקבל המחסה או הסעד האחר שהוא מסתנן והוא שווה בישראל שלא כדין". יש כאן הגדרה מסתננת – שב"כים. איך נוכיח כי אותו אדם מסתנן? אומר המחוקק כי בנסיבות מסויימות אם אתה מודע לכך מאיפה הוא בא והוא חצה את הגבול חזקה שאתה יודע שהוא מסתנן אלא שהסעיף מתחיל באלא אם הוכח היפוכו של אדם ולכן יוכל האדם להוכיח כי למרות זאת לא התקיימו הנסיבות שהחוק מראה. דוגמא נוספת: סעיף 203ד "הטוען שלא ידע את גילו של אדם שבו או לגביו נעברה עבירה לפי סימן זה עליו הראיה" כאן מדובר על סימן של זנות ותועבה – הכוונה לאותם מצבים שבו בעצם אדם מעסיק קטין בעבודות זנות וכמובן יש הגדרה – שכדי להרשיע אדם בעבירה כזאת יש להוכיח כי האדם ידע את גילו ושהוא קטין, הסעיף בא להקל עם התביעה שדי לתביעה להוכיח באופן עובדתי שאותה אישה שהועסקה בזאת ובזמן שהועסקה בזאת אובייקטיבית גילה היה 14 למשל, וזה לא מספיק מבחינת המשפט הפלילי, יש להוכיח כי גם הנאשם היה מודע לכך שהיא היתה בת 14. סעיף זה אומר כי נכון שזה מה שצריך להוכיח אבל חזקה על אדם לכך שהוא מודע על גיל הקטין אלא אם כן הוא מוכיח אחרת, עליו הראיה. בד"כ במשפט פלילי התביעה צריכה להוכיח אך המחוקק מעביר את הנטל לנאשם שהוא שיוכיח ללא ספק.

מחשבה פלילית מיוחדת :

מחשבה פלילית כאמור מתאפיינת בדרישת המודעות אבל לפעמים יש לנו לגבי המחשבה הפלילית מצבים מיוחדים שאנו מגדירים אותם כמחשבה פלילית מיוחדת: מיוחדת הכוונה למתייחדת במשהו – מתייחדת או בדרישה לקיומה של מטרה או לדרישה של מניעה מיוחדת. יש לשים לב שהמיוחדות הזו כל ההגיון שלה וכל התוקף שלה שהיא חייבת להמצא בצד

המחשבה הפלילית כי אחרת היא לא מובנת מעצמה – לא תוצאה טבעית מעצמה. למשל : אם אנו לוקחים את העבירה של השגת גבול – לפי סעיף 447 האומר כי לא מספיק שנכנסת ללא רשות, צריך לעשות זאת מתוך מטרה מסויימת – אותה מטרה היא כאדר אדם הנכנס לשטחו של האחר מהמון סיבות אבל המחוקק אומר כי מה שמעניין אותו זה המטרה שאותה הוא עמוניין למנוע זה כניסה לנכס כדי להפחיד את מחזיק הנכס, או להעליב או להקניט אותו. כלומר לא די בכך שהוא נכנס שלא כדין למקרקעין של אחר, יש לעשות זאת מתוך מטרה מיוחדת, עבירה זו היא עבירה התנהגותית, אין כאן דרישה למשהו פיזי תוצאתית – אדם הנכנס שלא כדין לשטחו של האחר אבל אין זה מספיק מבחינת המחוקק כדי להפוך את אותו אדם למשיג גבול הוא צריך לעשות זאת מתוך מטרה מיוחדת. התנהגות זאת יכולה להתקיים גם בעבירות תוצאתיות. למשל בעבירת הרצח – לפי סעיף 300 קובעת 4 עבירות, 2 מתוכן מדברות על כך שאדם גורם למותו של הזולת במהלך ביצוע עבירה אחרת וכדי לקדם את העבירה או לאפשר המלטות של אותו אדם מהמקום. כלומר במהלך ביצוע עבירה וכדי להקל על ביצוע זוהי המטרה להימלט מהמקום ע"י הריגת אחר שלא יפריע לך. "יש כאן כדי להקל על ביצוע", בדומה לסעיף 372 למשל – חטיפה לשם רצח או סחיטה "החוטף אדם כדי לרצוח אותו או להעמידו..". מתאפיינת בד"כ שאתה בד"כ שולל מאדם את חרותו, אך אין זה מספיק כדי להפוך את ההתנהגות לחטיפה – כדי להפוך לחטיפה שהמחוקק מתכוון – אם חוטף אותו לשם ביצוע של רצח או כדי לסחוט. דוגמא נוספת סעיף 367 – להבדיל מבני אדם חיות הם בתקן של רכוש, אומנם בעל חיים אבל בעל חיים מיוחד שנחשב לרכוש כלומר אם פוגעים בחיה השייכת למישהו אומר כי אתה פוגע ברכושו של הזולת והמונח אינו "לרצוח" או "להרוג" אלא בעצם יש כאן המתת חיה "כדי" לגנוב את העור למשל – מדובר בעבירה תוצאתית הורד דבר מתוך מטרה שאחר כך יפיק מאותו עור את אותה הנאה – עבירה תוצאתית מיוחדת – יש מחשבה פלילית מיוחדת הצמודה לעבירות ההתנהגות, כוונה מיוחדת הצמודה לעבירות התוצאתיות המיוחדות כי רק שם דורשים כוונה.

בין שהמטרה צמודה להתנהגות ובין שהיא צמודה למטרה – בדומה למודעות שיש דרישת הוכחה של מודעות כדי להשתכנע שיש עבירה פלילית. העבירה הכוונה יש להוכיח שיש כוונה כדי להרשיע אדם בעבירות הללו. אך מה קורה בעצם לא מצליחים להוכיח כוונה אך כן מצליחים להוכיח תחליף – אדם המודע בהסתברות גבוהה מאוד כי התנהגותו תביא לתוצאה אסורה כמוהו כמי שהתכוון להביא לאותה תוצאה, למשל גרימת מותו של האדם למרות שאי אפשר להוכיח שהוא התכוון למוות אבל כן אפשר להוכיח כי כאשר הוא פעל כך הוא היה מודע לזה שהדבר יסתיים במוות, ואדם כזה כמוהו כמתכוון – במודה לתחליף של המודעות – עצימת העיניים, כאן התחליף לכוונה נקרה הלכת הצפיות המעוגן בחוק – סעיף 20 (ב) "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן", כלומר מבחינתו של המחוקק יש כאן מצב של שקילות של הדברים, או שאני מוכיח שהיתה כוונה להביא לתוצאה הזו של המוות או אם אני לא יכול להוכיח כי היתה כוונה אני יכול להוכיח כי ראית שיכול להיות שהמוות תגרם מההתנהגות שלו. להבדיל מחזקת הכוונה שחזקה על אדם שמתכוון לתוצאות של התנהגותו, הכלל הוא ראייתי שעוזר להוכיח דברים, כאן הדומה לעצימת עיניים הכלל הוא מהותי של הדין ולא ניתן לסתור אותו או להתווכח עליו. אם התובע מוכיח במשפט הפלילי כי הוא אינו יודע למה התכוון המעשיו אבל בחקירתו הוא הודה כי הוא צפה את האפשרות שהוא יפגע באדם וימית אותו ואם כך אומר המחוקק כי כמוהו כמתכוון להמיתו. משתמשים בכך כאשר התביעה לא יכולה להוכיח וגם החזקה שהחזקה על אדם להיות מודע לכוונה לא עובדת במצב כזה כי כאשר לא ניתן להשתמש בתנאים הרגילים אבל יש הוכחה לבית המשפט כי הרוצח צפה לכך שהוא יכל להרוג אדם. הלכה זו היתה קיימת עוד לפני התיקון של שנת 94 בדומה לכלל של עצימת עיניים, אלא שבשנת 94 החליטו להכניסו לחוק לסעיף 20. הבעיה היא שלפני שנת 94 בצמוד להלכת הצפיות היה כלל נוסף שעלה איתו יחד, לאמור אם הלכת הצפיות זה תחליף לכוונה היה כלל אחרת לתחליף של מטרה, ושאלו מה קורה כאשר לא ניתן להוכיח את המטרה, אבל כן יודעים שמול עיניו של האדם אני יכול להוכיח זאת שהוא פעל הוא ראה שאכן התנהגותו תביא אותו ליעד מסויים ותגשים מטרה מסויימת ואם אדם צופה שהתנהגותו תביא אותו ליעד למטרה מסויימת כמובן כמו מי ששם לעצמו מטרה כזאת. בשנת 94 לקח רק את

תחליף הכוונה ומעגן אותו בתחליף 20, לתחליף המטרה אין הוא מעוגן בסעיף. בתי המשפט שאלו לאחר מכן איך מבינים את שתיקת המחוקק? האם כאן יש שני מצבים אפשריים והאם העובדה שהמחוקק לא הכניס לתוך החוק את התחליף המטרה האם מדובר בהסדר שלילי, כלומר האם הוא אכן מכיר את הכלל אך הוא לא רצה אותו, כלומר מכן ולהבא הוא לא רוצה שבתי המשפט יאמצו בעבר את תחליף המטרה. האפשרות השניה שמדובר במצב של חסר או מה לקונה משפטית – המחוקק לא נתן דעתו על העיניין הזה, ואם אכן מדובר בלקונה אין ללמוד מכך שהמחוקק לא רוצה ולכן עד שהוא יתקן את הדברים הפסיקה תמשיך ותפעיל את תחליף המטרה כפי שהיא עשתה לפני שנת 94 ובדיוק זה מה שהפסיקה עשתה – שמדובר בלקונה ולכן יש להמשיך ולהפעיל את הלכת המטרה עד אשר המחוקק ימצא את ההזדמנות ויתקן את הדברים. קביעת רוב השופטים בבתי המשפט העליון ישתכנעו כי מדובר בהשמטה מקרית ולא בהסדר שלילי.

עבירה תוצאתית:

מתייחדת באובייקט פיזי שנפגע, וכאדר מדובר רק בעבירות כאלה יש חלוקת משנה של המחשבה הפלילית. בעבירה תוצאתית של כוונה או של פזיזות. פזיזות מעצמה מתחלקת לעבירות של אדישות ולעבירות של קלות דעת. למשל: עבירת הגניבה היא עבירה תוצאתית.

דוגמא לעברת התוצאה לעיניין המטרה – סעיף 329 – חבלה במחשבה תחילה, קיימים 6 מצבים בסעיף שכל אחד מהם מייצגת עבירה בפני עצמה, מתוך 6 המצבים רק המצב הראשון הוא עבירה של כוונה, יתר המצבים אלו עבירות של נסיון בלבד. "העושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה, או להתנגד למעצר או לעיכוב כדין, שלו או של זולתו, או למנוע מעצר או עיכוב כאמור. דינו - מאסר עשרים שנים:

(01) פוצע אדם או גורם לו חבלה חמורה, שלא כדין..." כלומר אם אדם פוצע אדם אחר או גורם לו לאדם האחר חבלה חמורה השאלה היא למה הוא עושה זאת? המחוקק אומר שיש לבדוק אם הוא עושה את זה מתוך כוונה לעשות את האדם לנכה או לבעל מום אז זו עבירה של כוונה במחשבה תחילה – עונש של 20 שנות מאסר. "(2) מנסה שלא כדין לפגוע באדם בקליע, בסכין או בנשק מסוכן או פוגעני אחר" - מתוך כוונה לעשות את הזולת לנכה או לבעל מום – יורה זו בנזק או מניף כלפיו סכין ואם היה מצליח לא היה עם זה בעיה בכלל אך מדובר רק על נסיון בלבד, נסיון שלא הצליח. המחוקק אומר כי רק בשל הנסיון הוא יכניס את האדם למאסר של 20 שנים.

השאלה אם עבירות הנסיון הוא עבירה תוצאתית – נסיון זה כאשר אדם מתחיל לצעוד קדימה לכיוון היעד, הוא עוד לא מסיים את אותה התנהגות ולא משכלל אותה להיות עבירה מוגדרת.

כל עבירה מתאפיינת בכוונה לסיים את אותה עבירה – בעבירה התנהגותית בעבירת האינוס, בעבירת הכוונה – אגם חונק את זולתו על מנת להמית אותו מתוך כוונה להמיתו. בשני המצבים הללו אנו נמצא בעבירת הנסיון שלהם נסיון לאינוס או בנסיון לרצח אכן את יסוד הנפשי של הכוונה – התכוון לסיים בהצלחה את אותה התנהגות. בעבירה תוצאתית של כוונה כשמדברים על נסיון זה בדיוק אותה כוונה דשיכולים למצוא אותה בעבירה מוגמרת אותה כוונה ממש, וכך גם לגבי עבירה התנהגותית. מודעותו של האדם למה שהוא עושה ולעומת זאת אם לא מסיים את עבירת הכוונה נדרוש שאכן התכוון לסיים את אותה התנהגות. אך כאשר בוחנים את העבירה התוצאתית של פזיזות יש לנו בעיה משום שכאשר מדובר באדישות מה שמאפיין את העבירה המוגמרת של אדישות זה שכאשר אדם רואה מולו את האפשרות שהתנהגותו תפגע באובייקט מוגמר ולכן זוהי תוצאה ולכן מבחינת היסוד הנפשי הוא אדיש לאפשרות, הנסיון לעבירה כזאת לאמור האם נכון להגיד כי אדם שהוא שווא נפש ואדיש לגבי הנסיון האדם מתכוון להיות אדיש בתנועה שלו להשלמת העבירה? אין זה עובד כך לא יכול להיות אדם שמתכוון להיות אדיש, לא כל שכן כשמדובר במצב של קלות דעת שהעבירה המוגמרת מתאפיינת בכך שהאדם לא רוצה הוא צופה לנולד אך לא רוצה לתוצאה, והאם נוכל להגיד על אדם שהוא מנסה למנוע את העבירה ולא להתכוון? שני מצבים אלה- אדישות וקלות דעת הגיעו למסקנה כי אין לגביהם עבירה של נסיון יש רק

עבירות של אדישות ועבירה מוגמרת של קלות דעת – אין נסיון לאדישות או קלות דעת ובדומה אין נסיון להריגה. ולכן הפתרון היה לייצר עבירות מיוחדות שאנו קוראים להם עבירות של העמדה בסכנה – למשל מניח אדם על הכביש מכשול הוא בעצם מסכן את המכוניות העוברות שם – יש כוונה של פיזיות בנתיב תעבורה ולכן מספיר להוכיח לגביו כי באמת הוא התנהג באופן שיצר סכנה לסביבה.

לעינין כוונה מה שאכן מאפיין כוונה זה דרישת כוונה אך מה שמייחד זה גם שהניסיון לכוונה זה הכוונה – אותה כוונה לאמור שאדם צופה את הדברים ורוצה בהם זו אותה הכוונה – בעבירת הניסיון לכוונה נמצא כי דרושה כוונה בדיוק כמו שדרושה כוונה בעבירת המוגמרת וגם הדין בעבירות ההתנהגות, ולעומת זאת בעבירות של פיזיות אין עבירת ניסיון בהם.

שיעור 16 – 30.3.09

כשאנו בוחנים לפי המחוקק איפה יש עבירות של כוונה אנו נתקשה למצוא כי המחוקק אינו משתמש בסוג כזה של עבירות, הכוונה לא דורשת משהו נוסף – עבירות של כוונה ספונטנית, שכמעט ואינן קיימות, לעומת זאת יש "כוונה מיוחדת" אותה כוונה רגילה אלא שבנוסף אליה היא מתייחדת או במניע מיוחד או במטרה מיוחדת או היא מתייחדת בדרך באופן שיסודות העבירה מתגבשים, כלומר במקום שהם יתגבשו בוואת אחת באן ספונטני הם אמורים להתגבש בצורה מיוחדת ומדורגת, דוגמא לכך :

עבירת רצח בכוונת תחילה – סעיף 300 לחוק העונשין נמצא בו למעשה 4 עבירות, 4 מצבים שרק האחד מהם הוא באמת מצב של כוונה, שלושת האחרים 1,3,4, הם עבירות של רצח כשלמעשה כשבוחנים אותם מקרוב רואים שיש בהם פיזיות ולא כוונה, פיזיות מחפשים בעבירות רצח משום שההיסטוריה שליקדה את אותם התנהגויות והביאו אותם לנחשבות כרצח בגלל שבאותם זמנים הסטורים המחוקק סבר כי גם אם אדם אינו מתכוון לרצוח את אביו, אימו, סבתו וסבו, ו"רק" הוא אדיש שהם ימותו מידי, די בכך מבחינתו של המחוקק, גם אם עושה זאת מרגישות, יאמר המחוקק כי הוא רצח, והוא הדין לפי סעיפים 1,3,4 שנחשבו לדבר חמור – אדם שיוצא לבצע עבירה ותוך כדי מהלך ביצוע העבירה או כדי להקל על הביצוע הוא ממית מישהו אחר גם אם המתה זאת אינה מכוונה אלא רק מאדישות או קלות דעת, אך משום שמדובר בביצוע רצח במהלך עבירה אחרת ראה המחוקק הסטורית לא כהריגה אלא כרצח, והוא הדין בסעיף קטן 4 – שאם יוצא מישהו לעבירה ומנסה להקל על עצמו את ההמלטות על ידי כך שהורגים את מי שנמצא בדרכו למרות שאינו מתכוון, אומר המחוקק כי הדבר שקול בעיניו מבחינת הדרגה לרצח. כיום מצבים אלה לא משקפים בהכרח את המצבים החמורים באמת שלגביהם ניתן להסכים שאותם מצבים שווים לרצח בגלל החומרה.

כשברור כי בסעיף 300 מסתתרים 3 עבירות רצח שהם לא כוונה אנו נטפל בעינין שכן נחשב

רצח בכוונת תחילה :

המחוקק מנסה להסביר לנו מה הוא רצח בכוונת תחילה בסעיף 301 (א) לענין סעיף 300, יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו.

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

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

סעיף (א) אומר לנו כי כוונת תחילה מורכבת משלושה חלקים :

•**ההחלטה** – החליט להמית אותו.

•**הכנה** – עשה מעשה של הכנה על מנת אכן להגשים את ההחלטה.

•**העדר קינטור** (העדר התגרות).

שני רכיבים פוזיטיביים ורכיב אחד נגטיבי – ההחלטה וההכנה – פוזיטיבי, העדר קינטור – נגטיבי.

כשמסתכלים על ההגדרה – עבירת כוונת תחילה, בעצם צריכים לחפש את הייחוד של הכוונה הזאת מאשר לכוונה רגילה. אם המחוקק היה רוצה להרשיע אדם ברצח ספונטני שלא תוכנן, לא היה מציין את סעיף 301, אלא אומר כי כל הרצח אדם דינו מאסר עולם, אך המחוקק מתעקש שהתג של רצח יושם על מצחו של אדם שאכן תכנן את המלכיו מראש ולכן מדגיש - אשמה לרצח ההחלטה / ההכנה, והכל בדם קר, לאמור לא שהיה קנטור לפני כן, לא שמישהו הפריע לו ולכן התנהג כך.

כוונת המחוקק לייחד את הרצח ולדרוש לרצח שאותו מעשה של רצח יעשה בדם קר לאחר תכנון ולאחר שאדם שקל את הדברים ותכנן אותם ורק לאחר מכן ביצע אותם, נראה שמכל זה לא נשאר כלום, נומר כי הדבר המיוחד שמייחד אמור היה לייחד את הרצח הוא התכנון המוקדם וההחלטה המוקדמת, שהרי כל זה אמור היה להבחין את הרצח בכוונת תחילה לרצח רגיל מכוונה ספונטנית, כל זה נמחק משום העדר של עבירת רצח בכוונה רגילה. שלא כמו בארצות אחרות שיש שם אכן דרגות לרצח, בישראל קיימת דרגה אחת לרצח, משום שכך נקלט סעיף זה מ 1936 מהאנגלית. עבירה מיושנת שאולי היתה טובה בעבר היא ודאי לא טובה לעידן המודרני ואינה משקפת את המצב היחיד של רצח, אך דווקא בגלל שזה מה שיש, ואף חוסר הזמן של המחוקק.

היות ואין עבירה של כוונה רגילה, כל אותם מקרים צריכים לפול להגדרה של עבירה ספונטנים, שנעשו בלי תכנון, היו בעצם בהעדר רצח רגיל, לרדת לדרגה הבאה – הריגה, העבירה היחידה בין רצח בכוונת תחילה לבין הריגה רגילה, אך אם מורידים מרצח להריגה מפחיתים מערך האדם ולכן בית המשפט לא סבל מהעובדה הזאת ולכן אנס את הכתוב, כלומר כל מעשה הרצח הרגלים והלא רגילים נתפסים תחת סעיף זה כדי שלא ייתפס הבחנה בין רצח רגיל לרצח בכוונת תחילה ולכן פרש בית המשפט את סעיף זה שגם מעשה שודאי לא ניתן לומר עליו שהוא פרי תכנון, בכל זאת יכנס לתוך סעיף זה וימצא שאכן היתה הכנה. למרות שסעיף זה נועד לשמש כלי קיבול להתנהגויות של רצח מתכונן מראש, ידוע מראש, אנו רואים כי בעצם כל מעשה של רצח גם אם אינו בכוונת תחילה יהיה כאן על דעת בית המשפט לכוונת תחילה. כדי לא להוריד אותו לדרגה של הריגה.

שלושת היסודות :

יסוד שלישי - העדר קנטור -

למעשה העדר קנטור לפי המחוקק "**...והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה**". האם יכול להיות מצב של אדם שרצח בדם קר וכן קדמה התגרות בכפוף למעשה? אין סתירה למצב שאדם פעל בדם דר לבין שמישהו רנטק לפני כן, אלא המחוקק מתכוון ש"גם עשית זאת בדם קר וגם שלא הוקנטת". "**בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו**" חלק מהתכנון והביצוע זה שהאדם לא מגיב בזעם על הקנטור אלא עושה זאת בדם קר, כלומר הוא יודע היטב מה הוא רוצה ומה הולך להתרחש וכך הוא פועל בצורה שקולה, לאמור כדי להיות במצב של קנטור אתה צריך להיות במצב הפוך מזה – כלומר במצב שבו לא יכולת לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו. אם היינו לוקחים את הדבר כך מילולית כמו שכתוב היינו אומרים לא יכל להיות מודע למה שהוא עושה אבל אם כך, שהאדם אינו מודע למה שהוא עושה, אומר כי רכיב חיוני של המחשבה הפלילית לא מתקיים, אך בתי המשפט לא היו מוכנים לקחת את הדבר בצורה כזאת כי אחרת היה אומר כי אם היינו מוכיחים שאדם פעל בזעם עד כדי שלא היה מודע למה שעשה היינו צריכים לזכות אותו וזיכוי בגלל קנטור מזכיר את הנושא של מחלת נפש, שהרי יכולה לגרום למצב שבוא אדם לא מבין את הטיב הפיזי של מעשיו ושמה שהוא עושה הוא אסור, אלא שקנטור והשפעתו על בני אדם אינה מחלת נפש, כלומר אדם שנכנע לקנטור ופועל תחת תנאים של קנטור לא מוגדר בחולה נפש, מדובר כשל התנהגותי אבל כשל אחד מאיתנו יכול להימצא בו, לכל אחד מאיתנו לפעמים נקלה למצב של איבוד עשתונותיו, וכאשר מדובר בכך עד כדי שאדם לא מסוגל להחליט או להבין מה שהוא עושה, התופעה האנושית הזאת לא מוכרת במחלת נפש, יש אלה שחושבים שמדובר באי שפיות זמנית, ואכן מצב מיוחד בתודעה של האדם שאכן במצבים כאלה אין הוא לא מודע, אך הוא אינו שולט ואינו יכול לעצור על מעשיו אך בהחלט מודע. המחוקק אומר כי לכל היותר, מודע לכך שהבלמים לא עובדים ושאדם הורד זולתו שלא אכן מתכונן אלא מתחושת אנוש לאותו קנטור, אומר במחורר כי במקרה כזה זה אל

האדם שחשבתני להרשיע אותו בכוונת תחילה כי אין כאן דם קר, אבל אין לפטור אותו מאחריות ושאלם אכן יש קנטור – הריגת אדם על רקע של קנטור, אז יש הפחתת אחריות ולא ביטול אחריות. מכיוון שאין דרגות לרצח, או שזירדו את העבירה להריגה או שלמרות שמדובר בקנטור בית המשפט יקבע כי מה שנראה להיות קנטור לא מדובר בקנטור ולכן זה רצח בכוונת תחילה כי אין רצח רגיל.

קנטור –

הצדדים : הפסיקה קבעה כי זה לא כך כך חשוב כי מי שהגיב לקנטור הוא לא בהכרח האדם שאליו כוון הקנטור, למשל מצב שבו שני אנשים רבים ואביו של אחד מהרבים נמצא בסביבה ושמע את האחד מקלל את בנו ואת אביו, ואז האב מגיב, והשאלה הואיל והקנטור לא פונה לאבא, האם זה משנה? הפסיקה אומרת כי אין זה משנה כי מה שכן משנה מבחינת הצדדים זה האם האדם שהגיב באמת קונטר בלי שום קשר אם זה כוון אליו או לא, והאם הגיב בגלל שקונטר או לא, כלומר הצד שמגיב לקנטור צריך להוכיח כי בפועל הקנטור פעל עליו, יכול להיות שהוא פעל גם על אחרים אבל הוא פעל עליו ומה שהוא עשה זה תולדה של הקנטור שהוא היה עד לו או שהוא שמע.

מהותו של הקנטור : ברור שמדובר בהתנהגות שאינה לגיטימית בעיני הדין וכך למשל אם מדובר במערכת קשרים שהחוק קבע שבמסגרתה לא יתכן קנטור, למשל מערכות משפחתיות בין אב לבנו, לא יעלה על הדעת להגיד כי האבא הקניט את הבן ולכן הוא רצח אותו ולהפך, יש דברים שהטבע והחוק לא מאפשרים זאת, גם כאר מדובר באפטרופוס או זה שמטופל על ידו, למשל מטופל חולה נפש שאינו יכול להקניט אחר, אם מטפלים בנפש אי אפשר להגיד כי האדם איבד את העשתונות בגלל מה שהוא אמר לו. ובנוסף סעדים שמאבדים את העשתונות בגלל שהמטופלים שגועו אותם – לאמור מערכת יחסים בהם יש תלות מבטלת את היכולת לקנטור, יתרה מזו שאדם פועל במסגרת הדין אין לטעון כי האחר הקניט אותו, למשל הוצאה לפועל שבאה לאחת מאדם את הטלויזיה שלו, אין הוא יכול לומר כי עלה לו הדם לראש בגלל שבא לקחת ממנו את הטלויזיה ואין הוא יכול להקניט כי הוא פועל על פי דין, הדין מחשיב מעשה זה לבלתי לגיטימי.

עיתוי : החוק קובע לנו בעצמו את קנה המידה לעיתוי כי בסעיף 301 נאמר "בתכופ למעשה" הכוונה לקרבת זמן בין הקנטור לבין התגובה לקנטור, כמה קרוב (שניות דקות וכו')? הפסיקה התלבטה באשר לאיך נבין זאת וקבע כי בעצם ההגדרה לא יכולה להיות הגדרה של זמן מדוייק, יש כאן בעצם יותר הגדרה פונקציונלית, כלומר אותו זמן שדרוש לאדם לפעול תחת הרושם של הקנטור ולהיות מושפע מהקנטור, כלומר זמן שעדיין לא הספיק להתקרר – הפסיקה עושה הבחנה ברורה בין תגובה שמושפעת עדיין מאותו קנטור לבין ניצול מצב כזה על מנת לנקום. ההגדרה של זמן תלויים מקרה ונסיבות, כל מקרה על פי נסיבותיו, כלומר בית המשפט בוחן האם האדם עדיין היה תחת השפעת הקנטור או האם הוא ניצל את הקנטור על מנת לנקום.

פס"ד **ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל** האדם עלה לארץ עם אישתו שנשא בחו"ל והביא איתה ילדה, באו לארץ והיה להם קשה, וקשיים אלה רק החריפו את המתח בין בני זוג עד אשר ביקשה גט והוא לא הסכים. גם ברבנות ניסו ועדיין לא הסכים, וגם ניסו שלום בית, באותו זמן הוא כבר יודע שהיא לא בדיוק נאמנה לו והיא לא מסתירה את זה, הוא שואל אותה והיא מודה, הוא מקניט אותה באותו זמן ומתעד את זה, הוא עדיין לא ויתר עליה והתייחס אליה כפי שהתייחס אליה, וביום הולדתה הזמין מקום במסעדה ומחכה שהיא תגיע הביתה אחה"צ, יושב במרפסת ומסתכל על אישתו שהגיעה במכונית מפוארת עם החבר שלה, הוא לא אומר לה כלום, והם הולכים למסעדה. לאחר שחזרו הביתה נזכר לשאול אותה על החבר איתו הגיע הביתה, אמרה לו שהוא החבר שלה ואף הראתה לו טבעת שהוא קנה לה, הבחור הגיע למשטרה ואמר כי הרג את אשתו, נסעו לביתו וראו כי אכן האישה שוכבת ערומה וסימני חניקה לגרונה ללא רוח חיים, במכון לרפואה משפטית קובע כי סיבת המוות אכן חנק, נשאל הבחור מה קרה והוא מספר את הסיפור עד לרגע החניקה ואומר כי הוא לא יודע מה קרה, עד להגיעו למשטרה. בית המשפט לא מקבל את הגרסה של בלק-אאוט ואומר כי זה תרופ למשפט ועובדתית אומר כי מה שנמצא במכון הפתולוגי שאחרי שהיא

אמה לו מה שאמרה לו הוא החליט לחנוק אותה. ואכן פורקצ'ה כותבת כי אכן אין כאן קנטור, כי הטענה שלו זה שהוא רצח אותה בגלל מה שהיא רמה לו, פורקצ'ה אומרת כי אין קנטור משום שלא היתה שום הפתעה בין מה שהיא אמרה לו, שהרי הוא ידע ואף הקליט אותה אומרת שיש לה חברים אחרים, זאת אומרת שאחרי שהוא עשה זאת הוא עשה זאת אחרי שהבין שאין היא מוותרת על האחרים ואז החליט להגשים את ההריגה שלה מתוך נקם על מנת שלא תהיה של אחר.

הדוגמא לכך היא שמדובר בקנטור היא צריכה להיות מבחינת העוצמה בדרגה כזאת שאכן מביאה את האדם לאבד את העשתונות כאשר הוא מופתע, בבאת-אחת.

פס"ד ע"פ 3071/92 **אזואלוס נ' מדינת ישראל** אזואלוס חשד שאשתו בוגדת בו אך לא היו לו הוכחות על כך, ובאותו יום שהוא הולך למרכז העיר רואה הוא מול עיניו את אשתו מחובקת עם השכן בתוך המכונית. הבינו הם שאזואלוס ראה אותם ועצרו את האוטו, נסע רוורס והגיעו עד אליו והתנשקו מול עיניו, אזואלוס ירה למוות גם בו וגם בה. אזואלוס במשפטו אמר שאכן עשה זאת אבל משום שאיבד את עשתונותיו ולא יכל לשלוט בעצמו. בית המשפט המחוזי השתכנע שאכן זה כך, "בעל שאשתו זונה תחתיו". בית המשפט קיבל את זה שאכן איבד את עשתונותיו ואישר שאם אגם אכן פועל מתוך חשד בלבד ואינו יודע, אבל לא היה מספיק בקביעה הזאת.

התביעה לא הצליחה להוכיח את יסוד הכוונת תחילה אבל אין זה אומר שבמקום עבירת הרצח על יסוד אותן עובדות אי אפשר לאפשר בעבירה אחרת – למשל בהריגה. כי בהריגה נושא הקנטור איננו חשוב ואכן זה מה שקרה לאזואלוס זוכה מרצח והורשע בעבירה של הריגה. הקנטור הוא אחד מיסודות העבירה זה לא טענת עבירה זה יסוד חיוני במסגרת הוכחת היסוד הנפשי, אם לא מתקיים היסוד הנפשי לא ניתן להרשיע אדם ברצח, אבל זה שלא מצליחים להרשיע אותו ברצח אין פוטרים אותו מאחריות פלילית רק מורידים אותו לדרגה של הריגה.

בפס"ד **אליאבייב** עלתה השאלה מה זה "בדחוף למעשה" הוא אמר כי היא בגדה בו לא מזמן מהמעשה, אך אמר כי יש מה שנקרא קנטור מצטבר כי הרי שמע אותה כמה וכמה פעמים שיש לה מישוהו אחר, כלומר ההצטברות של כל חוליה הביאו את השבירה. בית המשפט לא הכירו בקנטור מצטבר אבל אומרים כי הם מוכנים להתחשב באותה חוליה אחרונה ובהשפעתה המצטברת אם ורק אותה חוליה אחרונה יש בה מהות כזאת שהיא בפני עצמה במנותק למה שקרה קודם לכן יכלה לגרום לאדם סביר לגרום לאבד את העשתונות אבל אם לא אין לראות את החוליה כמצטברת, אם היא בפני עצמה לא יכולה להביא אותנו להתחשב בה מהאחרות לא נתחשב בה כלל. בתי המשפט לא אוהבים את טענת הקנטור המצטבר כי רואים בזה תרוץ לכך שהאדם חיכה והזדמנות ולכן אדם הטוען כך נדחה ואומרים כי הוא נקם. בית המשפט דורש כי אותו "דחוף" יהיה שהדם יהיה עדיין חם.

מידת ההתגררות : " **בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו**" מצב בו אדם פועל בלי יכולת לשלוט בגופו, מצב קיצוני, הבעיה היא כי במצבים הקיצוניים האלה שונים מאדם לאדם אז צריך לבדוק איך ז פעל על אותו אדם עצמו, האם הגיע לאותו מצב קיצוני שאיבד את הבלמים לגמרי, הפסיקה קובעת הן גם בעניין הזה לתת שיעור ומידה מעבר למה שמהחוקק אומר כי צריך להיות מצב קיצוני בוא אדם פשוט איבד את היכולת להבין ולשלוט על מה שהוא עושה. אם האדם נמצא קצת בשליטה זה לא מה שהמחוקק מתכוון.

מבחן הבדיקה – איך בודקים אם מבחינה משפטית הקנטור אכן מתקיים? למעשה בעניין זה יש סייח ארוך שנים בין פרופ' פלר לבית המשפט העליון בשל דעתו של פלר שבית המשפט העליון פרש לא נכון את סעיף 301 שכבר בפס"ד 1954 בפס"ד סגל נעשתה שגיאה ראשונה לדעת פלר – נקבע ע"י שתי שופטים בדעת רוב בניגוד לדעתו של זילברג שלא די לו לאדם לשכנע את שופטיו כי סובייקטיבית הוא אכן קונטר, הם הסתמכו בעניין זה על הלכה אנגלית שהיתה כבר תקדים שהובאה מאנגליה שאמרה כי לא די במבחן סובייקטיבית, פלר מבקר הלכה זאת מכיוון שאומר כי הרי אנו עוסקים בעבירה של מחשבה פלילית, ומה שעומד בתוך מחשבה פלילית זה הדרישה שנשתכנע שהאדם בעצמו היה מודע והתכוון לעשות את המעשה, הבדיקה היא בדיקה אישית של האדם פנימה ופלר אומר כי בנוסף לבדיקה פנימה

יאמר כי גם אדם חיצוני, האדם הסביר, גם הוא היה מאבד את עשתונותו בנסיבות הללו, כלומר מחדיר אל תוך היסוד הנפשי המחשבה הפלילית רכיב אובייקטיבי שלא מהעניין, שאמור להיות רק בעבירות של רשלנות שאז לא דורשים למה התכוון האדם פנימה, אך כאן מדובר בעבירת רצח, והביקורת של פלר נשמעת נכונה, באמת ביקורת זאת על פני השנים הולכת ותופסת תאוצה על פני מבקרים נוספים והשופטים נאלצים להודות כי יש משהו במה שהמבקרים אומרים אבל התשובה שלהם כי "קצרה ידינו מלהושיע" משום שבבית המשפט העליון יש את השיטה שגם אם עושים משהו מוטעה זה כבר השתרש ואנשים התרגלו לכך ואז קשה לתקן דברים שאנשים התרגלו ואז מי שצריך לעשות את המלכה זה המחוקק למרות שלא היה מעורב בזה. יש המון דוגמאות בזה גם בעניין הקינטור, אמרו שופטים כי אינם יכולים לשנות את ההלכה למרות שזה בדיוק מה היו צריכים לקבוע, יש בידיהם הלכה מחייבת והיא כובלת את כל בתי המשפט חוץ מבית המשפט עצמו כלומר בית המשפט עצמו יכול לשנות את הדברים. במקרה זה יכול היה לשנות אילו רצה אך לא היה לו נוח, המקרה הראשון שהוא בוחר כן לשנות באמרת אגב, זה בפס"ד של אזולוס, ברק שומע את טענות הצדדים אומר כי הם צודקים ועכשיו אחרי 1992 ששם זכויות האדם נגבהות, מה זה תפיסת אשם לפי התפיסה החוקתית הנכונה זה שבדקים אם יש לאדם בתוכו את המחשבה הפלילית, ברק אומר כי הם צודקים ויכול להיות שצריך באמת לשנות את ההלכה אבל במקרה הזה אני לא צריך לפסוק כי בכל מקרה מסתדר, גם על פי מבחנו של האדם הסביר וגם בלי המבחן הסביר – גם לפי המבחן האובייקטיבי וגם לפי הסובייקטיבי יש קנטור אז אין הוא רוצה לקבוע אלא להשאיר את הדברים.

בית המשפט דוחים את הטענה של ברק ולא מקבלים אותה, מפני שגם בעידן חוקתי אומרים השופטים שמתחילה נקבע המבחן האובייקטיבי לא פעם, בזמנו המבחן האובייקטיבי בא להגן על הציבור מפני אנשים חמי מזג, וכאמור חוששים השופטים כי כאלה יש הרבה מאוד בתוכנו ואם נכיר באמת רק במבחן סובייקטיבי די באובייקטיבי בוא נראה באמת אם קנטור ובפועל נראה כי אכן סובייקטיבית קונטורו אזי אתה מסכן את החברה, ונותנים רישיון להרוג או לרצוח לאנשים חמי מזג. ואז מרו השופטים כדי להגן על החברה צריכים לבלום אותה ע"י כך שנכיר את טענת הקנטור שזה אנשים לא מיוחדים אל אנשים ממוצעים – אדם סביר, ובעצם המבחן האובייקטיבי בא להגן על הציבור מפני רישיון לרצוח בגלל פטילים קצרים. השופטים אומרים בפס"ד מליסה כי אכן יש זכויות לקרבנות לא להיות נרצחים בקלות ואז בעצם בא המקרה האחרון :

פס"ד [דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל](#) האם יש מקום להמשיך להחזיק מבחן אובייקטיבי בעניין של מחשבה פלילית? בראש ההרכב היה השופט ברק, ואותו ברק שהביא את דעתו למחוק באזולוס למחוק את המבחן, משנה את הדעה שלו ומצטרף לשופטים האחרים בדעה שבעצם אין מקום לשנות את המבחן האובייקטיבי ואין מקום לבטל אותו לא בגלל שהוא לא כל כך צודק אלא דווקא מאותו טעם פורמלי שהוא כבר השתרש בפסיקה ואם יש מישהו שחושב שבאמת אין הוא צודק, אז המחוקק הוא זה שיקבע בחוק לבטל. בית המשפט דחה נסיון נוסף יותר מצומצם של הסנגוריה הציבורית כי היה נסיון לא רק לבטל את המבחן האובייקטיבי אלא גם לצמצם אותו.

נושא הקינטור עדיין שנוי במחלוקת לגבי איך מתייחסים או איך מיישמים אותו אך ההלכה כיום היא בפועל בעצם כמעט אין מקרים שהצליחו אכן לרדת בדרגה מרצח להריגה בגלל קנטור. ברוב המקרים בית המשפט דוחה אותם.

שיעור 17 – 20.4.09

יסוד שני – הכנה -

שלושת הרכיבים הללו מבעצם רכיבים נפשיים שהם בעצם אמורים לאפיין את הסוד הנפשי, והנה למרות מה שחושבים כי היסוד הנפשי צריך להיות באמת רכיב נפשי – באים עכשיו לבדוק מהו ההכנה, למרות שהיינו אמורים לחשוב שהכנה זאת אותה פעולה שאדם מכין עצמו להחלטה – הכנת תחילה. אם אנו מדברים על רצח בכוונת תחילה והדגש הוא על אופן שהוא מגבש את הכוונה שלו לרצוח את הזולת, עושה זאת בדם קל ללא שהוא קונטר לפני כך, כלומר תוך שיקול דעת, אדם שהוא מתוך שיקול דעת ולא באופן ספונטני, היא לא

צריכה להיות חלק מההתנהגות הזאת שמכנים אותה רצח בכוונת תחילה, ואכן במשפט חסר את הרצח הרגיל – הספונטני שלא לווה בהכנה או בהחלטת תחילה, ומשום שהוא חסר נראה כי בית המשפט העליון אילץ את הכתוב לכלול בתוכו גם את החסר – כלומר אילץ את הרצח בכוונת תחילה להכיל באותו גם את הרצח הרגיל ע"י כך שבניגוד למה שאנו מבינים שהכנה צריכה היתה בעצם להיות מכוונת מ-ומדגישה בעיקר את התהליך שאדם עובר או גורם לעמו לעבור – מכין עצמו מבחינה פסיכולוגית נפשית בקור רוח על מנת לקבל החלטה, כלומר זהו תהליך נפשי שנבטיח לנו בדיעבד כי באמת רואים אדם שבקור רוח מכין עצמו לקראת החלטה לרצוח את הזולת, והנה אנו רואים כי הפסיקה בניגוד לכך אומרת כי לא כך הדבר – ההכנה זה לא בהכרח תהליך נפשי והתנהגות של אדם שמכין עצמו באופן נפשי – ההכנה אומר בית המשפט שהוא לא רכיב נפשי אלא רכיב פיזי. ההכנה בא מדבר המחוקק אומר בית המשפט העליון בעצם בא על סממן פיזי, וניתן ללמוד על ההכנה הזאת עם הרצח עצמו,

כלומר אומר בית המשפט העליון כי אין לחפש בהכנה שהיא באפיון נפשי – מה קרה לאדם והאם הכין עצמו נפשית לקראת קבלת ההחלטה לרצוח, אולי אפשר לקבל חיזור כביכול לגישה של בית המשפט העליון מלשוננו של סעיף 300 (1) (ג) האומר כי "כדי להוכיח כוונת תחילה אין צורך להראות כי הנאשם היה שרוי בהלך נפש מסויים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה, או שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה". ולפני כן מדבר על מכשיר שהכין כדי להמית אותו, מה שאומר כי אין צורך לחפש אחר הלך נפש של האדם ובאיזה מצב נפשי היה האדם לפני שיצא לעשות זאת, וגם לא צריך להוכיח כי הכין את המכשיר שבאמצעותו רצח, משתמע מכך בהמשך כי בעצם כדי להוכיח הכנה, שכאמור בית המשפט קובע כי זה משהו פיזי, אפשר ללמוד על ההכנה מתוך המעשה רצח עצמו תוך כדי כך שאם אדם רוצח את בת זוגתו תוך כדי יריה, עצם כיוונו של האקדח לכוונו של הקרבן או הכנתו של האקדח לירי או דריכתו של האקדח – אלא פעולות פיזיות המעידות על הכנה לביצוע, אבל אם אלה באמת פעולות המעידות על הכנת רצח, מה מבדיל את הרצח בכוונת תחילה לרצח ספונטני? אדם שלא התכוון לרצוח ועכשיו הוא שולף את האקדח, אין שום ספק כי למעשה כאן לא מדובר במעשה מתוכנן זה לא היה אמור להיות מקרה של רצח בכוונת תחילה אלא ספונטני, אז אם נראה כי בשליפת האקדח פ[עולה של הכנה, בעניין הכוונת תחילה, בעצם אותה שליפה מופיע גם בהתנהגות הספונטנית ולכן אין הבדל ביניהם. ואכן פרופ' פלר מבקר את בית המשפט העליון ואומר כי כל הרעיון של הכוונת תחילה היה באמת להדגיש מצב שבו אדם נוטל את חיי האדם לאחר מחשבת תחילה מתוך שיקול דעת, לדוגמא: רוצח שכיר – זו פעולה מתוכננת להבדיל מהפעולה הלא מתוכננת של אדם בפוגש את זולתו מחליט מעכשיו לעכשיו להרגו, אם אנו לא יכולים להבחין בין המעשה הספונטני לבין הרצח המתוכנן ע"י רכיב ההכנה, כלומר על ידי פעולה שאדם מכין עצמו נפשית לקראת קבלת החלטה כזאת או מכין מכשיר שיכול לעזור לנו להבין כי ההכנה זה הכנה של פעולת האדם לרצוח, ואם לא כך אז מה שאנו עושים זה בעצם מקמטים אל אותו סעיף שני מצבים שונים – גם מצב של רצח ספונטני, וגם החלטה של אותו רוצח שכיר. מכל מקום בית המשפט קבע כי לא דרוש להוכיח אותה הכנה מוקדמת. בית המשפט יודע כי אין עבירה של רצח ספונטני והוא לא מכוון כי באותם מקרים הללו להרשיע את האדם בעבירה מופחתת של הריגה כי הריגה זה 20 שנה ורצח זה מאסר עולם ועד שיתעורר המחוקק לעשות את העבודה הוא עושה את העבודה של המחוקק בעצמו. בית המשפט העליון אומר כי ההכנה זה יסוד פיזי ולא נפשי והרי מה שמחפש יסוד פיזי בתוך הגדרה פיזית אין יודעים את התשובה, נניח כי זה אכן יסוד פיזי שכאמור לא צריך להיות מוקדם לרצח – אינו הכנה המקדימה של הרצח ואומר כי ההכנה יכולה להיות חלק מפעולות הרצח עצמו. כשהרצח לא מתבצע באמצעות מכשיר שהוכן מראש, אלא הרצח מבוצע באמצעות הידיים – איפה כאן יש פעולת הכנה? בית המשפט אומר כי הידיים זה גם אמצעי פיזי והשימוש שעושה אדם בידיו על מנת לגרום להרג זולתו הוא הכנה, באותם מקרים שהאדם חונק את זולתו למוות, אומרת בית המשפט העליון כי עצם הפעלת הלחץ של החונק על הנחנק, היא ההכנה – היסוד הפיזי, ואז יבוא מקרה אחר בפני בית המשפט העליון ואומר כי אין שום סימני לחץ על הגרון ובכל זאת האדם מת, בית המשפט יוצר כי הוא מת מחנק ולא מתוצאת הלחץ. אם כך אין שום התנהגות שמביאה למותו של הזולת שלא נכול לראות

בא פעולת הכנה והמסקנה היא כי מרוקנים את כל התפיסה שצריכה להיות הכנה של כוונת תחילה ואם כלל זה ההכנה אז הכוונת תחילה היא חסר משמעות ומבטלים את הצורך של רכיב חיוני ומשבשים את לשונו של המחוקק ויוצרים רצח אחר ולא רצח בכוונת תחילה, אך עדיין קורא לו רצח בכוונת תחילה כי מאפשר להרשיע אדם ברצח רגיל בגלל שאין עבירה כזאת בעבירה יותר חמורה – עבירה של רצח בכוונת תחילה.

יסוד ראשון – ההחלטה -

לגביו גם בית המשפט אינו מתכחש שזהו יסוד נפשי, ההחלטה היא ודאי יסוד נפשי – החלטה היא כי למעשה צפיית המולד, כלומר אדם צופה כי התנהגותו יכולה להוביל לתוצאה מסויימת אסורה והוא רוצה בה. הוא מקבל החלטה אכן להגשים את אותה תוצאה על פי לשון המחוקק. מדובר באותה החלטה של עבירה רגילה אלא אם אינו צמודים ברצח של כוונת תחילה היינו צריכים לומר החלטת תחילה – אותו אדם בקור רוח ללא קנטור שמכין עצמו באופן נפשי ובסוך מקבל החלטה אכן לרצוח ורק אחר כך הוא יוצא לבצע את הפעולה. אבל כאן יכולה להיות החלטה ספונטנית – צפיית הנולד באותו הזמן. עד לפני מספר שנים בית המשפט העליון היה עקבי לעיניין זה של קבלת החלטה או יצירת הכוונה, היה עיקש לא להתחשב במצב נפשי של האדם – האם מצבו היה אולי פגם בקבלת ההחלטות אלא אם אותו מצב נפשי העיד על האדם שהוא לא שפוי. אך לאדם שלא נקבע לגבי שהוא חולה נפש אלא שהוא סובל מהפרעה נפשית קשה שהיא לא מגיעה כדי מחלה, ובית המשפט לא היה מוכן להיחשב כדי ללמוד ממנה שאולי האדם לא יכול היה לקבל החלטה שההחלטה שהוא מקבל היא פגומה ולא גיבש אותה. עד שלפני מספר שנים בא מקרה של פס"ד ע"פ 5031/01 פלונית נ' מדינת ישראל אישה חולת נפש והיועצים שלה יעצו לה לא ללדת ילדים, היא למרות הכל ילדה ילדים אבל המשיכה להיות חולת נפש ולאחר שהיא ביקשה מהרופא שלה בטלפון שהיא מרגישה רע מאוד ושהיא מבקשת עזרה ואף לאשפזה כי היא מרגישה שהיא עושה מעשה רע, הרופא לא התרשם מהאמירות שלה ואז באמת היא לוקחת את התינוק שלה בן השנה וזורקת אותה מחלון ביתה, ואחר כך היא גם רצה עירומה לעבר הגן שבו היה בנה היותר גדול ובידה סכין כדי לדקור אותו למוות וכל את כדי להתנקם בבעלה ובני משפחתו. העוברים ושבים רואים את המחזה ומביאים אותה לבית החולים. לא היה ספר כי האישה היתה מעוררת אבל היה ויכוח בין הרופאים בקבלתה לביה"ח באם האותו רגע היא היתה במצב פסיכוטי או במצב על סף כניסה למצב פזיכוטי. בית המשפט נזף ברופאים שהתרשלו בתפקידם שלא האמינו למה שאמרה, וקבעו כי היא היתה על סף הכניסה למצב פסיכוטי, ולפי ההלכה אם האישה לא נמצאת במצב של פסיכוזה אלא רק מתקרבת לזה אין זה מחלת נפש. ואז למעשה היה צריך לפי ההלכה הקודמת לקבוע כי לא מתחשבים בכמעט מחלת נפש ואז היו צריכים להאשימה ברצח כי יש את כל ההתנהגות המעידה על רצח, בית המשפט דחה גם את הניסיון שלה להרשיע אותה בעבירה מופחתת סעיף 303 של תינוק כתוצאה מדיכאון לידה הורדות את התינוק, אך הרופאים אמרו שזה לא מצב של דיכאון לידה. הדילמה של בית המשפט העליון עומדת מול ההלכות הקודמות של עצמו ואומר כי אם היא לא חולת נפש אי אפשר לשחררה בגלל זה וגם לא להפחית והברירה היחידה זה להרשיע במאסר עולם. הדבר נראה לבית המשפט העליון מקרה קשה מאוד, השופטת דורנר אומרת כי זה לא יכול להיות ומקרה כזה לא יכול להיות רצח בכוונת תחילה וברור כי האמא לא קיבלה החלטה בשיקול דעת – רצח בכוונת תחילה זה קבלת החלטה בשיקול דעת – ולא ניתן להגיד כי הוא נכנס למצב של כמעט פסיכוזה במצב של שיקול דעת. אך אמרו בבית המשפט כי היא עשתה זו כדי להעניש את בעלה ומשפחתו וההסבר אינו יכול ליפול בראשו של אדם נורמלי, במיוחד שיודעים בבית המשפט כי לאדם יש רקע פסיכוטי ולכן דורנר אומרת כי היא לא מוכנה להמשיך בהלכה הקודמת – זה מקרה של אחריות מוחלטת. ובפס"ד לדאני נ' מדינת ישראל קבעו כי אפשר להוריד מרצח להריגה בגלל מחלתו, לאחר שבשנת 1956 עשו זאת באנגליה – חוק ההמתה שנקבע כי אם בית משפט מוצא אדם שגורם למותו של הזולת מתוך מצב של אי נורמליות של המוח (פחות מאי שפיות) יכול בית המשפט להפחית להריגה בלבד, אחרי פס"ד לדני קורא בית המשפט להחיל לפי פס"ד זה – אחריות מופחתת.

הצעת לתיקון חוק העונשין – משרד המשפטים מעביר לוועדת החוקה של הכנסת הצעה

שבאותם מקרים בדומה למקרים שבאנגליה יורשה בית המשפט להפחית עונש מרצח להריגה. לקראת הקריאה השלישית של הצעת תיקון החוק משרד המשפטים מושך את ההצעה בחזרה – ההסבר לכך היא כי אין זה מוסרי לפתור אדם מאחריות לרצח רק משום שהוא היה במצב נפשי מעורער, ובמקום הצעה זו מציעה משרד המשפטים עונש מופחת ולא אחריות מופחתת – סעיף 300 א, לעיניין זה יש תוצאות קשות משום שבאותה תקופה היה פס"ד של כרמלה בוכבוט – הפרעה נפשית שלא הגיע למחלת נפש ואכן הפחיתו בעונשה 7 שנים ל-3 שנים - בית המשפט החליטו להרשיעה רק בעבירות להריגה ולא לרצח, היום לא יעשו את אותה התחשבות כי המחוקק קובע כי מי שרוצח את בן זוגו בשם התעללות ממושכת הוא יואשם ברצח אך העונש יהיה מופחת. במקרה של פלונית, לא שקלו את האפשרות להרשיע ברצח ולהפחית את העונש כי במקרה שלה אין שום קטגוריה מתוך שלושת הקטגוריות בסעיף 300 א, שיכולה לעזור לה להפחית את עונשה. בסעיף לא צריך להיות מחלת נפש אלא הפרעה נפשית חמורה, שאותה דורנר הסבירו כי הפרה נפשית חמורה הכוונה למצב של כמעט מחלת נפש, כלומר כל מצב שהוא פחות מזה לא יכול להיות מוגדר כהפרעה נפשית חמורה. הסעיף לא מבקש להוכיח שהאדם איבד לחלוטין את התמצאותו בסביבה, הוגבלה במידה נכרת מספיק. לכעורה בעצם היה יכול בית המדפט העליון לפתור את בעיית פלונית ע"י הרשעתה ברצח ולהציב עונש מופחת, אבל מה שהפריע לדורנר זה ההגדרה לרוצחת בניה, וכעסה על הרופאים על כך שהיא סוטה מתקדימים של בית המשפט העליון וקבעה אחריות מופחתת מבלי להזקק לאחריותו של המחוקק – היא קבעה כי אדם במצבה של פלונית לא יכול ולא היה מסוגל רפתח את אותו שיקול דעת שאנו דורשים כדי להשתכנע שהיה כאן כוונה לרצח, ואין שיקול דעת בגלל ההפרעה הנפשית הקשה שממנה היא סובלת, והואיל ואין שיקול דעת, אזי למעשה אפשר להורידה למדרגה של עבירת ההריגה, ואכן הורשעה בהריגה.

לאחר פלונית ניתן פס"ד שמבקש לשנות את המגבלה שבית המשפט בעצמו הניח על כך שאדם שלא מגיע כדי אי שפיות הדעת ממש לא יכול בית המשפט להתחשב במצבו הנפשי לצורך ההחלטה האם הוא גיבש החלטה או לא, בפס"ד של פלונית רואים את תחילת הנסיגה ומאז ניתן עוד מספר מקרים כמו פס"ד ע"פ 9369/07 **אנסטסיה מיקל נ' מדינת ישראל** – ובו אנסטסיה הורשעה בבית המשפט המחוזי ברצח בכוונת תחילה, מדובר היה על אישה שיצאה לבלות עם חבר עם זוג נוסף לכנרת, וכבר בהגיעם לשם התחילה מריבה בין המערערת לבין חברה, במהלכה של המריבה שלפה המערערת סכין ששמשה אותם לפקניק ודקרה את החבר בכתפו, הזוג האחר הפריד ביניהם חבש את הפצע של החבר, מדובר בפציעה שטחית אבל אחר כך הסבירה כי כעסה עליו ורצתה לאותת לו שישפר את התנהגותו, כעבור זמן קצר פרצה מריבה קולנית ביניהם ובתגרת ידיים, חברה הרים ידיים על המערערת, היכה אותה ולשם הצעקות באו החברים מאוהל ליד אבל עד שהגיעו היא רצה לאוהב שלה להביא את הסכין שהשתמשה בו קודם, ונעצה אותו פעם אחת במרכז החזה של המנוח, והחבר מת. מתברר כי עד שהגיעו שירותי ההצלה היא נבהלה כי רואים אותה שהיא מבקשת ללמד אותה לקח על הכתו בה. מתברר כי היא אישה מוכה ובעבר היא היתה נשואה לאדם שהיכה אותה ולמודת סבל מנושא האלימות והחליטה כי יותר לא ירימו עליה יד. לאחר שראתה אותו מתמותת היא נבהלה עשתה הכל ככדי לעזור עד שהגיעו שירותי ההצלה ובסופו של דבר לאחר שעצרו אותה, התברר כי זוהי דקירה שניה, החליטה הפרקליטות כי יש כאן מספיק ראיות כדי להאשימה ברצח בכוונת תחילה, בית המשפט המחוזי השתכנע כי בעיקר דקירתו של האדם מעידה על כוונתו להביא לתוצאה הטבעית הנובעת ואכן הורשעה על כך, והוגשה ערעור לבית המשפט העליון ששם הטענה היא אחת ויחידה (טענות נוספות נדחו כמו הגנה עצמית), שאין כאן החלטה שקולה הקשורה להחלטה לרצח. השופטת מסתכלת בשחזור שנעשה ע"י המשטרה, במקום האירוע לפי גרסתה של המערערת, בית המשפט בוחן את הדברים שאמרה המערערת בחקירתה במשטרה ומשתכנע כי אין כאן החלטה לרצוח, מפני שלמעשה ההסבר המיידית שלה "לא התכוונתי להרגו אלא ללמד אותו לקח שלא מכים אישה" וכמו במקרה הקודם שדקרה אותו בכתף היא גם הפעם רצתה שיכאב לו ולא להרגו. בית המשפט המחוזי נתלה על חזקה הזאת שחזרה על אדם שהפעילות שלו מביאה לאותה התוצאה שהביאו והוא בחר זאת, ומלבד זאת להניח כי מחובתו של האדם שבמקרה יצא זה בליבו, זה ודאי נשמע מופרח, אבל אם באמת

רצה להרגו את הזולת היה משמיע זאת, אך לאחר חיבור של הדברים אין הצהרה כזו אלא רק להכאיבו, ואז באמת בית המשפט העליון מסתכל על התמונה כולה ואומר כי נכון שהוא נדקר בליבו אך אין היא התכוונה לדקור אותו, והאם חזקת הכוונה ניתנת לסתירה? השופט נאור אומרת כי יש אצלה ספק האם באמת גם לה אצל המערערת ההחלטה לרצוח את המנוח, הספק נולד כתוצאה מכך שהשחזור וההודעות במשטרה מלמדות כי לכעורה לא צפתה ולא רצתה את זה, ואז בסופו של דבר אומרת כי לא הוכחה ההחלטה של יישוב הדעת – המסבירה מדוע אדם נוטל את חייו של הזולת ואז מורידה את המקרה מדרגה של רצח לדרגה של הריגה.

קיים בעיה במקרה הזה שהרי אם אכן בית המשפט העליון יש לו ספק באשר לכוונתו של האדם – האם באמת התכוון להרוג את הזולת, והאם יש לך ספק כי האדם צפה את הנולד ורצה אותו המשמעות הוא כי אי אפשר להאשים אותו בכל עבירת המתה אחרת. לא ניתן להגיג כי יש ספק בכוונה של המערערת לרצוח ולהרשיע בהריגה, ונכון כי התוצאה המתבקשת היא זיכוי לא רק מתיק הרצח היא גם מהמתה ולהאשימה בחבלה בנסיבות מחמירות, התוצאה הזאת יכולה להיות שהפחידה את בית המשפט העליון.

השימוש של בית המשפט העליון שהוא נאלץ להרשיע אדם ברצח ואינו יכול להפחית את האחריות מרצח להריגה אלא נאלץ להפחית את העונש, המקרה הבא ממחיש את הקושי בדברים **ע"פ 1855/05 אריקה אורבוש פרישקי נ' מדינת ישראל** – במקרה זה המערערת מורשת בבית המשפט המחוזי בעבירת רצח של בן זוגה. מדובר בזוג שחובר יחדיו לאחר שכל אחד מהם היה עם אחרים קודם, וגם במקרה הזה המערערת היא אישה מוכה עם הסטוריה של הכאה ובמקרה הזה בן זוגה עוזב אותה לטובת מישהי אחרת, היא לא מקבלת זאת ופוגשת אותו בחוף הים ומבקשת הסברים, ולאחר שהוא מטיח בה הדברים מאשימים היא מביאה סכין מהבית, ורוצחת אותו. הדבר היחיד שבית המשפט התלבט בו הוא, היא השופטת ארבל – האם לא היה מגיע לה שיבדקו את טענתה ואת מה שגרם לה לעשות את המעשה – אישה מוכה שהביא אותה להתנהג בצורה כזאת. בית המשפט המחוזי לא רצה לבדוק זאת והשופטת ארבל כותבת לנושא הטענה של האישה המוכה בפסק דינה, ליזכותן להתגונן למתקיפים אותן, הן כהגנה והן כהתחשבות בנשים הללו.

פס"ד **ע"פ 5446/999 מאיר אלימלך נ' מדינת ישראל** – אותו מקרה בו אדם מגיע מבית סוהר ורואה כי חברו גונב לו את מכשיר הרדיו קורא לו למטה, האב מגיע ולאחריו מגיע הבן ואכן אלימלך דוקר את חברו 2 דקירות ועוזב את המקום, אותו חבר מצא את מותו ובבית המשפט המחוזי נמצא כי הדקירות האלה אכן הביאו לתוצאה הטבעית למותו, אלא שמסוכן להתייחס לחזקה הזאת בהתעלם ממצאים אחרים כמו שיחת הטלפון שמגיעה אחרי שהוא תוקף את חברו – מרים טלפון לבית חברו וקצין המשטרה מתחזה להיות אחיו ואמר לו "פעם הבאה זה לא יגמר כך" יוצרת אצל השופט מצא שאם הוא מאמין לשיחת הטלפון אז זה מלמד על כך שהוא לא ידע כי בעצם התנהגותו הביאה למותו של החבר. ולכן מצא חושב שהוא לא התכוון לרצוח ומרשיע אותו בהריגה ולא הרצח. היו עוד מקרים שבית המשפט הסתפק בעבירות פחותות בהמתה.

בפסקי הדין הבאים אחרי פסקי הדין הנ"ל, מחפש בית המשפט את שיקול הדעת בהחלטה, להבדיל מפס"ד פלוני, או במקרה של אנסטסיה שגם שם בשחזור אומרת כי זה לא מלמד על שיקול דעת. התשובה היא שהיום בית המשפט מחפש החלטה מיוחדת שמדובר בכוונת תחילה ולא ספונטנית. יכול להיות שהמצב יחזור לכוונה תחילה ולא לרצח ספונטני עד שהמחוקק יתקן את החוק.

שיעור 18 – 27.4.09

כוונה מועברת -

דוגמא : ראובן מתכנן לפגוע בשימעון, עושה את כל ההכנות הדרושות לכך ומצטייד בנשק

ועורב לו במקום מסתור בידעו את השגרה ושם עובר בקרבת מקום, ונדמה לו כי הוא מזהה אותו במרחק של כ-100 מטרים, ממנו מתקרב ויורה לעברו של שמעון, אך מגלה כי זה לא היה שמעון אלא לוי, טעה בזהויו ופגע למוות בלוי. יש לזכור כי התכוון היה לרצוח בכוונה את שמעון ואכן כל פעולותיו המכוונות לכך אם בפועל פגע בלוי. כרגע יש להתייחס למקרה זה בשני אופנים :

יכולים להגיד כי במי שפגע בפועל – לא רצה לפגוע בו אזי לא ניתן ליחס לו את אותה כוונת תחילה לפגוע בלוי, ניתן ליחס לו אולי רשלנות, כלומר התרשל בזיהויו של לוי כשמעון ואז אולי נאשים אותו בגרימת מוות ברשלנות. ובשמעון נאשים אותו אולי כנסיון ברצח.

תסריט אחר יכול לבוא ולומר לנו כי אין זה מעניין את מי הוא רצה לרצוח, את שמעון או לוי או כל אדם אחר, כל עוד הוא רצה לרצוח אדם והצלית, אם כך ניתן לומר כי מבחינת החוק הפלילי לחברה הדבר הושלם – התכוון לרצוח אדם והצלית בכך גם אם זה לא אותו אדם שהוא התכוון. ולכן בעצם אם אכן נאמץ את הכוונה של המשפט הפלילי שלא מעניין זיהויו של הקרבן אז יכולים להגיד כי מדובר בעבירה אחת מושלמת וזוהי העבירה של כוונה לרצוח, ונייחס לו אכן את העבירה המקורית שהוא פעל על פיה – רצח בכוונה. זה בתנאי שאכן החוק הפלילי באמת לא מגן על אדם מסויים. דיני העונשין בחוק הפלילי מרבית העבירות מגינות על אינטרסים מוגנים ולא אינטרסים ספציפיים, למשל במקרה שלנו, לפי סעיף 20 (ג) (2) – מחשבה פלחלית נאמר כי "אין נפקא מינה אם נעשה מעשה באדם אחר או בנכס אחר מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות", כלומר המחוקק אומר בעצמו כי אם מדובר בהתנהגות שגרמה לפגיעה באדם ונכס, אולי אדם אחר מזה שהתכוון אליו הפוגע, אבל פגע באדם או נכס אחר לזה שהתכוון לפגוע אליו בפועל, הדבר לא ישנה מבחינת האחריות הפלילית, כלומר יש כאן אינדיקטציה שהמחוקק מאמץ מבין שתי ההתנהגויות המנויות בהתחלה, פיצוי שתי העבירות או עבירה אחת מושלמת – הוא מאמץ את העבירה המושלמת ללא כל עניין זיהויו של האדם.

למעשה מדברים כוונה מועברת, שעל פי פלר אין כאן כוונה שמעבירים ממקרה אחד לאחר אלא בעצם מעתיקים את האובייקט מועבר ושונה. בספרות מקובל עדיין לדבר על כוונה מועברת, כלומר מעתיקים את כוונתו המקורית של אותו אדם לפגוע בשמעון, מעתיקים אותה לרמי שנפגע בפועל – ללוי. התנאי לכך שאכן נעתיק את הכוונה זה באמת שהחוק לא מבדיל בין סוגי הקרבנות, כשמדובר בפגיעה באדם, בהגנת נפש גוף האדם, מדובר אכן בהכוונה של המחוקק איסור לפגוע באדם באשר הוא אדם, אבל כאשר המחוקק מדבר עם סוג מסויים של אדם או סוג מסויים של רכוש כאן יכול להתעורר קושי, למשל במקרה שהמחוקק מתייחס אליו בסעיף 303 – המתת תינוק, סעיף זה הוכנס לספר החוקים כדי להגן על אישה שבשל הפרעה נפשית הקשורה בלידה או בתוצאות הלידה הרגה את תינוקה, ואילולא המחוקק עשה זאת היינו צריכים להאשימה ברצח. אישה הנוטלת בכוונה את חיי התינוק שלה גם אם היא עושה את זה מתוך דיכאון של לאחר הלידה, ומשום שכאמור דיכאון אחרי לידה אינו מחלת נפש ולכן אין פטור מאחריות פלילית היינו צריכים לומר כי מדובר ברוצחת אבל המחוקק מאמץ את זה שהוא אומר כי התוצאה של האשמתה של אם ברציחתו של התינוק שלה, הוא מעשה קשה, ונענשת באופן כפול גם מהטבע שגזר עליה את המעשה הזה וגם את זה שהיא רוצחת. האנושות מפחית את האחריות, אינו פוטר אותה מאחריות אבל מעביר את עבירת הרצח לסוג מסויים של עבירת ההריגה – עבירת הריגת תינוק – אישה שגרמה במזיד במעשה או במחדל למות ולדה שלא מלאו לו 12 חודשים ובשעת המעשה או המחדל היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה", יש החולקים על "החלימה מתוצאות הלידה" שהרי הלידה אינה מחלה, הכוונה היא ברורה – אישה שעדיין תחת השפעת הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה הרי על אף הוראות העבירה – דינה מאסר 5 שנים. אותה אישה עדיין בבית היולדות ממיתה את התינוק של שכנתה לחדר, האם נוכל לעשות בעצם את מה שנאמר בסעיף? היא התכוונה במקור להמית את תינוקה אך בפועל המיתה את התינוק של שכנתה לחדר. גם שמדובר בטעות בזיהויו בתינוק המחוקק בעצם מתכוון להקל מבחינת האחריות הפלילית עם אישה שממיתה את התינוק שלה בלבד, אם עושה זאת עם תינוק אחר הכוונה באמת לכך שעולה השאלה למה זה קורה האם בטעות או בכוונת תחילה? אם מדובר במקרה של כוונה תחילה שהיא רוצה לרצוח את התינוק השאלה איזה קשר יש לכך ללידה ואם ימצא קשר, גם אז יש

הנחיה של המחוקק שיש להתחשב בדיכאון של הלידה רק אם מדובר בתינוק של אותה אישה ספציפית, ואם המיתה תינוק אחר מדובר אכן ברצח ללא כל התחשבות. מקרה זה יכול להמחיש כי המחוקק מגן על אובייקט מסויים דווקא ולא מעתיקים ולא מחליפים כוונה – אין כוונה מועברת.

דוגמא נוספת – עבירת הגניבה – בצד עבירת הגניבה הרגילה לפי סעיף 383 / 384 יש עבירות גניבה מיוחדות חמורות יותר למשל גניבה ע"י עובד מדינה – גניבה על ע"י מורשה, מפקיד אצל מישהו כסף והוא גונב את הכסף, עובד מדינה גונב ממעבידו – המדינה. כאשר מדובר בסוד מסויים של רכוש נניח כי בטעות גונה וחושב שזה אכן רכוש של מעבידו, האם הוא התכוון לגנוב את הרכוש של המעביד או רכוש אחר, יכולים אנו להחליף את הכוונה כאן ולהעתיק אותה.

כאשר מדובר באובייקט מסויים וממוקם לא מעתיקים את הכוונה ואז נאלץ אולי לפצל את ההתנהגות לניסיון לבצע את העבירה שהתכוון ולמה שעשה בפועל. העתקה אפשרית רק במקום שהאובייקט הוא בלתי מסויים, הוא לא ממוקד והוא כללי באשר הוא כזה.

כוונה על תנאי -

גידר הספק עולה באותם מקרים שהאדם טוען כי לא היתה לא כוונה של ממש לפגוע בזולת, והוא מסביר כי אם הזולת היה שומע בקולי ומתרחש ממני ומביתי הוא לא היה נפגע. אדם המבקש להגן על ביתו, מחשמל את הגדר ההיקפית כדי שלא יגידו שהוא עושה דבר ומסתיר זאת והוא גם מוסיף אור לגדר, וגם יש שלטים "גדר חשמלית", אדם מחליט בכל זאת לנסות להיכנס והוא מת. באים לבעל הבית ועוצרים אותו בחשד לביצוע רצח. בעל הבית אומר כי לא היו לו כוונות רעות ואל התכוון להרוג אלא להפך דאג להזהיר לפני וכתב זאת על השער. מה שהוא אומר במילים אחרות הוא כי היתה לו כוונה אבל היא היתה על תנאי – אם הוא באמת התכוון להגיע לבית לפגוע בו אז באמת הגדר נועדה למנוע זאת אבל אם הוא לא התכוון לפגוע אז ודאי שלא רצה לפגוע בו. התשובה של בתי המשפט לגבי כוונה על תנאי זה שאין דבר כזה במשפט ובחברה – כלומר פעם אחרת באמת היית מודע לאפשרות שמישהו לא יקח ברצינות ויטפס על הגדר הזאת, אזי באמת התכוונת להביא לאותה תוצאה, ולא לוקחים את התנאי. השאלה היא האם הפסיקה הזו באמת צודקת? בעצם האדם מנסה להגן על ביתו בצורה הזאת, ונכון כי חלק מתפיסת ההגנה שלו היא שאם יבואו לתקוף אותו הוא מתכוון למנוע את התקיפה גם על ידי המתת הבא, בזמנו אמרו כי הדבר אינו סביר, אך בהסתכל בסייג של הגנה עצמית בין התנאים לתחולתו באמת אומרים כי צריך שיהיה מידתיות לבין מה שהתכוונו לעשות לאדם לבין מה שהוא הגיב. בזמנו נאמר כי באמת המגיע לביתך חזקה עליו שהוא מגיע לגנות ואם תירה בו אין זה יהיה סביר והוא מסתכן בכך שיואשם בתוצאות של אותה פגיעה, לאחר מכן לאחר מספר חודשים בחוק דרומי המדינה משנה את חוקיה, היום החזקה היא כי המגיע לבית החזקה שהוא הגיע על מנת לתקוף, לבד אם בנסיבות היה ברור בעליל כי לא כך הדבר, אבל החזקה היא כי הנכנס אל תוך ביתך כוונתו לתקוף, ולכן מותר להתגונן בפני המתקיף. השאלה היא האם לאור השינוי הזה בתפיסה החברתית זה יכול להשליך גם על הנושא של כוונה – מה שהיה בלתי סביר פעם נתפס בעיני החברה כבלתי סביר, יכול להיות שהיום ייתפס ככן בלתי סביר, אם כי גדר הספר עדיין הוא כי גם הנכנס לביתך לא מותר לך לכוון נשק אל ראשו של האדם ולהרגו. זכאי לנסות לנטרל אותו ולמנוע ממנו את המשך הכנה לאותו בעל הבית, אבל הרעיון הוא שגם כאן תהיה מידתיות, גם אם מישהו נכנס לבית ובאמת חוששים שהוא בא לתקוף אין זה אומר כי כאשר פוגשים אותו הורגים אותו, ולכן השאלה היא אם כך פני הדברים לאור חוק דרומי לא בטוח כי אם מישהו שיפגע למוות, יהיה מידתי הדבר, לא בטוח שיהיה מהגנה של החוק הדרומי. ולכן לחשמל, כמו בדוגמא, יש לומר כי מראש מישהו בא לפגוע בי ואני לוקח נפשו. אזי אין לנו רישיון להרוג, ולכן בעיניי הגדר אפשר להחליף את הגדר במשנו פחות קטלני ואז באמת זה יעבוד.

בעיקרון הפסיקה והספרות היו בדעה שאין כוונה על התנאי – יש או אין כוונה, היום לאור התפיסה החדשה של הגנה עצמית אין לחשוב מחדש על אותן הלכות והאם ניתן לומר כי בנסיבות מוסיימות יש כוונה על תנאי ומתיישבת בקנה אחד עם הגנה עצמית.

פיזיות בעבירת ההריגה

הפיזיות תמצאו רק בעבירות תוצאתיות, אין תת חלוקה של העבירה הפלילית אלא בעבירה תוצאתית, כלומר בעבירה שבין היסודות שלה מצויה תוצאה שהאובייקט הוא פיזי ועלול להיפגע. היום הנושא של הפיזיות אף היא מוסדרת בתיקון מס' 39 בסעיף 20 (2) (א) חוק העונשין : "פיזיות 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".

כאשר מדובר בקלות דלות דעת המחוקק מדבר על סיכון בלתי סביר – האם לדעתו של נוטל הסיכון, שהוא יחשוב שהסיכון שלו הוא סביר לגמרי, המבחן הוא לא מבחן סובייקטיבי של האדם הנוגע בדבר אלא מבחן סבירות אובייקטיבי מחוץ לאדם.

גם כאן פלר מבקר את המחוקק באותם מקרים שאנו מחדירים לנושא רכיבים אובייקטיביים שכביכול לא שייכים אליה, למשל בעבירת הרצח שראינו את יסוד הקנטור וראינו כי יש לו גם מבחן אובייקטיבי והביקורת היתה איך זה יכול להיות כי ביסוד נפשי כזה של כוונת תחילה מחדירים פנימה יסוד אובייקטיבי. לפלר הצליחה הביקורת המוקדמת שלו למה שהיה עד אז – הגנת הטעות בעובדה, שהפכה להיות אחרי זה, כיום, תחת השם – טעות במצב דברים – בעבר אדם כדי להנות מטענת "טעיתי" היה צריך לשכנע כי טעותו גם כנה וגם סבירה. פלר לא מוצא מקום לעינין האובייקטיביות של העבירה הפלילית ואומר למשל בבעילת אישה תוך איומים בכוח דינו 16 שנים, מה שאומר כי האדם צריך להיות מודע לביעלתו של האדם באישה תוך שהוא מפעיל עליה כוח – ואין קשר לזה שהוא טעה ומישהו אחר במקומו לא היה טועה וכן יש עובדה לכך שהוא היה מודע. פלר אומר כי בעצם התוצאה שהמחוקק מביא אותו לעבירה חדשה של אינוס ברשלנות בכך שהוא מתייחס למודעות של האדם. בתי המשפט לא התייחסו לביקורת של פלר והם דגלו בתפיסת עולם, שלא על פי נוסחאות מתמטיות, אלא מבחן הצדק. אדם הטוען לטעות כי הוא מעוות מנפשו לא צריך לסכן אנשים בכך שהוא מעוות, אבל אם הוא לא עד כדי כך מעוות ואין לו טור אז אין להתחשב בו, הצליח לפלר שהוא עמד מאחורי התיקון ועובה שהוא מצליח לשכנע את הכנסת שלא כך עובד וכי אין להתייחס לאובייקטיביות, ולכן היום מהגנת הטעות נמחקה ההגנה של סבירות, לא קיים יותר סבירות לכעורה מפני שאומרים לא משנה מה עושים השאיפה היא תמיד תהיה להמשיך לעשות צדק ואם אפשר לעשות זאת בצורה אחת לא יעשו זאת בצורה האחרת.

נבחן את הפיזיות באחת מעבירות הפליליות לפי סעיף 298 - הריגה : "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנים".

נושא הנסיון בהקשר לדרישת הכוונה – כל עבירות הנסיון ובהתנהגות של נסיון כדי להשתכנע שיש נסיון אנו דורשים המצאותה של כוונה – כוונה במובן של מטרה – מטרתו של האדם אכן להביא לידי סיום מוצלח של אותה התנהגות, כאשר מדובר בדרישה כזו שהתנהגות תלווה במטרה להצליח ולהשלים את אותה התנהגות, עשינו הבחנה בין העבירות ההתנהגויות והתוצאתיות וכן בהתנהגויות אין כוונה ליישם את המטרה – באתן עבירות אדם מתחיל אותן ומלווה את ההמשך שלהם באתה כוונה / מטרה להביא לסיום מוצלח את אותה התנהגות וכן אין שום כוונה לאתר את עינין המטרה של אותו אדם וכך גם בעבירה תוצאתית של כוונה שעבירת הנסיון של מעבירת כוונה משתלבת היטב גם עם הדרישה הזו של אדם היוצא לדרך כדי להשלים בהצלחה את כוונתו מלווה ממילא את המסע הזה שלו, בכוונה אכן להביא לתוצאה שהוא מצפה לה, שהיא בעצם הכוונה – עבירת הכוונה האסורה, יחד עם זאת קיימת בעיה עם החלק השני של העבירות התוצאתיות – העבירות של פיזיות שלגיהן הדרישה שימצא שם כוונה או מטרה מתנגשת עם האופי של העבירה עצמה, כלומר אם למשל מדברים על אדישותו של אדם שאכן צופה שהתנהגותו תביא לתוצאה אסורה אבל הוא אדיש לה, קשה לדבר עליו ברצינות שכשהוא יוצא למסע הזה הבוא שם לו למטרה להיות אדיש, אין דבר כזה זה לא משתלב, במיוחד שמדובר בקלות דעת ששם בכלל האדם לא מתכוון לתוצאה – אדם צופה אומנם שהתנהגותו תביא

לתוצאה אסורה אבל הוא לא רוצה אותה ובכל זאת הוא יוצא למסע הזה מתוך תקווה שהוא אכן יצליח למנוע, ואין לומר על קל הדעת שיש לו מטרה של הבאת אותה תוצאה או הימנעות מאותה תוצאה שני הדברים הללו לא משתלבים עם דרישת הכוונה בעבירת הנסיון שלהם ולכן אין עבירת נסיון לאותן עבירות הדורשות פיזיות. ובמקום עבירת הנסיון יצא המחוקק תחליפים של עבירות מיוחדות שהוא מכנה אותן – עבירות של העמדה לסכנה. ועכשיו בעבירת ההריגה יש לזכור כי בשונה מכל העבירות כאן אין עבירת נסיון להריגה, או שיש עבירת הריגה מושלמת או שאין לנו דבר כזה. יש עבירות אחרות שניתן ליחס לאדם – למשל גרימת חבלה מחמירה ועוד עבירות אבל אין נסיון להריגה.

עבירת ההריגה במשפט הפלילי מופיע בסעיף 298 לחוק העונשין, עד לפני זמן לא רב לעבירה זו היה יחוד משל עצמה והיא היתה בעצם מחוברת אל סעיף נוסף עד שנת '95 סעיף 299 שבשנת 95 הוא בוטל, כלומר עבירת ההריגה עד שנת 95 היתה מתוארת באמצעות שני הסעיפים הללו. עד לתיקון של שנת 94 – תיקון 39, במשך כל השנים אמצע הפסיקה את ההלכות הקשורות בעבירת ההריגה במשפט הפלילי ובעצם עבירה זו סמכה במשפט האנגלי והובאה אל משפטנו באמצעות הפקודה של פקודת החוק הפלילית והפסיקה שפרשה את הפקודה וזאת ולכן כדי להבין מה זה הריגה בארץ היו צריכים לפנות לאנגליה ולבדוק איך בתי המשפט באנגליה מתייחסים לעבירת ההריגה, ובשונה מעבירות ההמתה – רצח או גרימת מוות ברשלנות, המשפט באנגלי לא חייב במשך הרבה שנים שכדי להרשיע אדם בעבירת ההריגה שכידוע היא עבירה תוצאתית, אינו חייב להוכיח כי האדם צפה את האפשרות שהתנהגותו תביא למותו של הזולת. ברצח לא ניתן היה להרשיע אדם אם הוכחנו כי הוא צפה בפועל שהתנהגותו תביא למותו של הזולת וכך גם בגרימת מוות ברשלנות, לעומת זאת בהריגה היה מספיק להוכיח, כחלק מתפיסת העולם, כי הוא צפה שהתנהגותו תביא לנזק גופני חמור לאדם ואם אותו נזק גופני חמור בהמשכו וכתוצאה ממנו הביא למותו של האדם מבחינת קשר סיבתי למרות שהאדם אינו צפה את האפשרות הזאת היה די בכך כדי להרשיעו בעבירת ההריגה. כלומר המשפט האנגלי לא דרג בהריגה צפייה בפועל של התוצאה הקטלנית. עובדה זו שאפשרה בלי להתנות זאת בצפייה בפועל לתוצאה של המוות גרמה לביקורת במשך השנים של בתי המשפט ומלומדי המשפט, זאת ועוד לא היה העוות היחיד שלקחנו אותו מהמשפט האנגלי בהקשר לעבירת ההריגה. עד שנת 94 ההגדרה של עבירת ההריגה עברה גם דרך סעיף 299 ששם נאמר כי ניתן אכן להיכשל בעבירה של הריגה על דרך המחדל האסור, כלומר לא רק שניתן לבצע עבירת הריגה במעשה פוזיטיבי כמו שסעיף 298 מדבר עליו, אלא סעיף 299 הרחיב ואמר כי ניתן להיכשל בהריגה על דרך של מחדל ונתן לנו בעצם הגדרה מה המחדל האסור שיכול להביא אדם להיות מואשם ברצח, ואמר כי מחדל אסור ומחדל העולה כדי התרשלות פושעת ושיש עימו מפיזיות. מזה בתי המשפט למדו כמה דברים :

ניתן להיכשל בעבירת ההריגה גם בדרך של מחדל.

אופיו של המחדל הוא כזה שהוא צריך להיות מלווה המחדל בסטייה מרמת

הזהירות סבירה – סטייה גדולה שהמחוקק מכנה אותה – רשלנות רבתית / פושעת.

מבחינת היסוד הנפשי שצריך ללוות הריגה על דרך המחדל המחוקק אומר

בסעיף 299 שצריך פיזיות.

בעבירת ההריגה צריך ביסוד הנפשי פיזיות – לגבי המעשה האסור המוזכר בסעיף 298 בלי ששם נאמר איזה יסוד נפשי דרוש, שהרי אמרו בתי המשפט שאין צורך בכך כי המחוקק אמר בסעיף 299 ומה שטוב למחדל טוב גם למעשה.

לאחר מכן שאלו מלומדי המשפט מה הקשר בין מחדל, שאפשר להיכשל דרכו, צריך להתאפיין ברשלנות פושעת? המושג של רשלנות אנו יודעים כי הוא אינו קשור למחשבה פלילית הוא יסוד נפשי אובייקטיבי ואינו קשור למחשבה פלילית בהריגה. הסיבה לכך הוא סיבה היסטורית וכך התפתח במשפט האנגלי, עבירת ההריגה במשך שנים לא דרשה ביסוד נפשי כלשהו ודי היה להוכיח כי האדם גרם לנזק גופני חמור ותוצאה מכך הוא מת, ועליו יהיה גזר דין מוות. למתן את החומרה של הרשעה והמתה של אדם בנסיבות כאלה, בתי המשפט מיתנו זאת בדרך של דרישה שלא כל מעשה שמוביל למוות, לא כל מעשה של מחדל, אלא רק מחדל שמוביל לסטייה כמותית גדולה. הדרישה הכמותית באה להטעות מהחומרה באותם ימים של הוצאתו להורג של אדם המואשם בעבירה, בהמשך הזמן נולד המושג של

יסוד נפשי ולא די ביסוד פיזי, הוספו גם את מושג הפיזיות וכך נקלט בעיניין לתוך פקודת החוק הפלילי ולחוק העונשין בשנת 1977 לסעיפים 298 ו 299.

בפס"ד [ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל](#) מהנדס שנשלח להביא חול לבניה ממקום מסויים והוא מוזהר ע"י האנשים שיזהר כי המקום מסוכן והוא יכול לקרוס בעוד הפועלים יעסקו שם בחפירת החול, דויטש הורה להם בכל זאת לכרות ובכל זאת אכן המקום קרס על הפועלים וקבר אותם ומתו, הוא הועמד לדין בגין הריגה, שם בדקו מקרוב את מושג הריגה מהמשפט האנגלי ומנסה להבין מה זאת הרשלנות הפושעת שצמודה למושג הזה של מחדל אסור, והוא מנסה בלי הצלחה גדולה שוב למתן מהביקורת מה הקשר בין סטייה כמותית לבין מחשבה פלילית ואומר השופט כי אכן הפיזיות נוצרת מאדישות או קלי דעת ומהתביעה שיכולה להוכיח את היסוד הנפשי היותר חמור כלומר אדישות, אזי לא צריך להוכיח כי המחדל הזה לווה בסטייה גדולה של רשלנות פושעת ודי בלווי מתון יותר של רשלנות רגילה ולא פושעת ואם התביעה לא יכולה להוכיח לגבי המחדל כי הוא לווה באדישות אלא רק פחות מזה כלומר קלות דעת, כדי להרשיע אדם בעבירת הריגה מתוך קלות דעת עליו להוכיח כי הסטייה היתה יותר גדולה של המחדל.

פס"ד [ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל](#) מחזק את הדברים, אותו מקרה של הרצח בגן מאיר, שם אדם הכה למוות באמצעות מוט אישה ובית המשפט מרשיע אותו ברצח. ואולם למעשה נחשב בית המשפט המחוזי בהרשעתו של האדם ברצח, משום שהוא קבע בעצמו שהוא לא צפה את תוצאת המוות. ולכן לגבי רצח אם אדם לא צופה לגבי מוות אי אפשר להרשיע למוות אבל אם אתה צופה שיהיה נזק גופני שאחר כך יהיה המתה, אפשר להרשיע בהריגה, ובכך הואשם.

במשך השנים אנו רואים כי קיימת ביקורת מדוע בעצם בדרך של פרשנות לא ממתנים את הרשלנות הפושעת ולמה לא מבטלים בעידן מודרני את הדרישה של סטייה כמותית, ובית המשפט העליון יש לו נוהג שברגע שהלכה משתרשת גם אם היא אינה נכונה או צודקת, וגם מי שקבע את ההלכה זה בית המשפט עצמו, בית המשפט לא ממחר לשנותה, הוא קורא למחוקק בד"כ לעשות את הפעולה הזאת אך במקרה שלנו גם את זה הוא לעשה משום שבשנת 94 בתיקון הגדול, שלראשונה יש לנו הגדרה של המחוקק למחשבה פלילית, שם אכן רואים כי המחוקק מגדיר לראשונה מה זה עבירה תוצאתית ושם אומר המחוקק כי כדי להרשיע אדם בעבירה תוצאתית יש להוכיח כי האדם צפה בפועל את התוצאה ובאותו סעיף אין שום יוצאי מהכלל, כלומר הוא לא אומר כי יש לצפות את התוצאה חוץ מעבירת ההריגה, ואז מתחילים פרקליטים לטעון כי אחרי שנת 94 יש דרישה חדשה, לא עוד להסתפק כבעבר בהרשעתו של אדם בעבירת הריגה גם כשהוא לא צופה את המוות, ואין עוד לאפשר זאת, אלא כעת יש לדרוש כמו בשאר בעבירות התוצאתיות – שהתביעה חייבת הוכיח כי האדם צפה בפועל את המוות. בית המשפט משתכנע ואומר כי מכך והלאה אנו מפסידים להסתמך על ההלכות האנגליות ואנו מבינים כי כדי להרשיע אדם בעבירה תוצאתית של הריגה יש להוכיח לגביו צפייתו בפועל של האדם את התוצאה – תוצאת המוות. אם התיעה לא תוכיח או כבעבר תנסה להסתפק שהאדם צפה רק נזק גופני חמור – לא יהיה ניתן להרשיעו בעבירת המוות.

סעיף 299 מפנים תשומת הלב של המחוקק כי הסעיף מתייחר היום, מפני שעד שנת 94 בתי המשפט נאלצו בדרך של פרשנות להחליט לגבי כל עבירה בנפרד אם יש לבצע אותה בדרך של מעדשה או גם במחדל, והאם המחוקק אפשר גם ביצוע של מחדל, ומאז שנת 94 הדבר כבר לא דרוש כי בסעיף 18 נאמר מה כולל מחדל, אלא אם נאמר אחרת, כלומר יש הנחת מחוקק כי כל מעשה וכל עבירה ניתן לבצע אותה הן בדרך של מעשה והן בדרך של מחדל ואין לנסות להבין אם אפשר להיכשל גם בדרך של מחדל בנוסף למעשה ולכן הסעיף 299 שהתמקד במחדל שגם במחדל ניתן להיכשל בהריגה, סעיף זה מתייחר כי יש הגדרה כללית לכל העבירות כולל ההריגה, ואז שנה לאחר מכן מבטלים את הסעיף 299 בגלל שהוא מיותר. לא מבטלים את ההלכות שקבע בית המשפט העליון הקשורות בהבנתו מה זה מחדל אסור – נכון כי לא צריך עכשיו את סעיף 299 כדי להסביר לנו שניתן לעבור עבירת הריגה

בדרך של מחדל אבל מה זה מחדל בדרך של הריגה המחוקק לא אמר שום דבר חדש אלא ממשיכים לאמץ את ההלכות הקודמות, כלומר הן לגבי מעשה והן מחדל שהביאו למותו של אדם, ושלווה בפזיזות יש להוכיח הן למעשה והן למחדל שהן היו תוך סטייה של רשלנות פושעת, כלומר העוות הזה של הדרישה הכמותית שנלווה בעבר למחדל ולמעשה לא התבטלו.

רוב המעשים של אדם ודאי שיש בהם כדי לייצג את הסטייה הכמותית, אבל לא מבינים בשביל מה עדיין זקוקים לסטייה הזאת, כשאדם שולף סכין ונועץ בגופו של הזולת, והוא צופה כי אכן הסכין יביא למותו של האדם והוא אדיש לכך – ודאי שנעיצה של הסכין מבחינה נורמה יש לה סטייה כמותית נדירה ממה שהאדם עושה, אך בשביל מה אנו זקוקים לזה?

הבעיה מתחילה לא בהתנהגויות המובנות מאליהן שמובילות להריגה, הבעיה מתחילה בסוג אחר של התנהגויות שבית המשפט אימץ אותן שגם הן שעד אז לא היו או לא הביאו להריגה, מאז מספר שנים בית המשפט העליון אומר כי מספר התנהגויות שפעם לא היו מוסע להריגה היום יכולות להביא להריגה, הכוונה לשני סוגים: תאונות קטלניות, משחקי הנשק.

* **תאונות הדרכים** - אדם שפוגע בזולתו למוות ברכב בד"כ לא עושה מתוך כוונה להביא למותו והטענה היא כי מדובר בטעות. בתי המשפט ראו בהסברים כדי שמהם האדם לא צפה בפועל את המוות ולא רצה אותו לעומת זאת אדם סביר במקומו בנסיבות הללו היה כן צופה שהתנהגותו תביא למוות לכן בתי המשפט הרשיעו אנשים הללו בגרימת מוות ברשלנות. כך היה גם במקרים של תאונות דרכים שמותם של האנשים נגרם גם כשהנהג אכן לא צפה את הנולד אבל היה קורה למשל שנכנס לצומת מרומזרת באדום, או פוסח על תמרור עצור וכו', גם באותם מקרים, בתי המשפט הסכימו כי הוא אינו מתאבד, והוא האמין שהוא יצליח אבל לא צפה את המוות ולא רצה אותו ולכן המשיכו להרשיע אנשים אלו בגרימת מוות ברשלנות, עד לניסיון לשנות את הדברים ולהפוך אותנו לאנשים יותר זהירים מאחורי ההגה, בתי המשפט מחליטים לעשות צעד נוסף שבאותם מקרים של תאונות קטלניות יש לחשוב מחדש מה לעשות עם אנשים כאלו – כאן יש לרסן את האנשים בכוח, הראיה היתה כמות המוות בתאונות הדרכים.

* **משחקי נשק** – כמו במקרה של ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל – מעשה של רולטה רוסית. השאלה בבית המשפט העליון היתה איך לפרש את ההתנהגות הזאת? האם נסתפק כבעבר בהרעשתם שבגרימת מוות ברשלנות או להבין אחרת את הדברים, בתי המשפט אכן החליטו להבין אחרת גם את התאונות הדרכים וגם משחקי הנשק.

שיעור 19 – 4.5.09

פרוט הדברים :

אחד הדברים בהקשר **תאונות דרכים קטלניות** שאפיינו את הפסיקה בבית המשפט העליון היה כי חלק מהשופטים של בית המשפט העליון קבעו כי כאשר מוכח להם שהתנהגות של נוסע ברכב גובלת ברשלנות גסה אזי העובדה הזאת שיש כאן הוכחת התנהגות שניתן להגדיר אותה כרשלנות גסה, היא ודאי יכולה ללמד על יסוד נפשי של פזיזות או יוצרת חזקת פזיזות. למשל אם אדם עובר בקו לבן הרי נהיגה כזאת בעקיפה של קו לבן היא סטייה מנורמה של זהירות, סטייה ורשלנות גסה ולכן הנוהג מעיד על עצמו שהוא פזיז. הכוונה ב"מעיד על עצמו שהוא פזיז" – חזקה על אדם כזה שראה את הנולד, כלומר שנהג בצורה כזאת הוא ראה אפשרות שנהיגתו יכולה לגרום לתאונה קטלנית ואז אם הוא צופה את זה הוא אדיש / שווה נפש, או שהוא היה קל דעת – לא האמין שלו זה יקרה. קל דעת צופה את הנולד אבל מאמין שיוכל למנוע את התוצאה הקטלנית בכך שהם לוקחים סיכון בלתי סביר.

השופטים אמרו כי אם עוברים קו לבן / עוברים ברמזור אדום – ודאי שיודעים וצופה את האפשרות שרכב אחר יגיע ותכנס בו והתוצאה תהיה אסון, אלא מה שהוא אומר שאם יגיע

רכב הוא יצליח להמלט ממנו ולו זה לא יקרה. בין השופטים שהתנהגו ליצירת הזיקה בין הרלשנות הגסה לבין היסוד הנפשי של פזיזות, נמצאו שופטים כמו יעקב קדמי ודורנר שאמרו כי הם עושים כאן דבר לא נכון מבחינה משפטית שהרי המושג רשלנות הוא יסוד אחר מפזיזות – רשלנות היא אי צפיית הנולד ובמקום שאדם סביר היה צופה זאת אז איך אפשר להגיד כי אדם מצב אחד היה רשלן ומצד שני אומרים כי הוא צפה את הנולד ולכן דורנר וקדמי אמרו כי הם לא מוכנים להניח הנחה מראש כי כל מי שהוכח כלפני מרשלנות גסה חזקה עליו שהוא צפה את הנולד והוסיפו כי הם מוכנים שכל מקרה והנסיבות שלו לבדוק מה קרה, ולהגיד מראש כי כל מי שסוטה מרמת התנהגות ברמה גסה הוא פזיז זה לא. אמרו כי מי שנוהג בד"כ בצורה כזאת לא יכול לבוא ולהגיד כי הוא לא צפה את הנולד. ולכן אומרים כי הטענה של הנהג היה כי הוא לא צפה את האפשרות שיכנס ברכב כי אם היה מניח לא היה יוצא לעקיפה, אך השופטים אומרים כי הנחה זו לא נכונה הרי לשם מה קיים הפס הלבן, אז הוא לא יכול להגיד כי לא ידע על הסכנה ולכן אומרים שכל מי שחוצה פס לבן הוא יודע על הסכנה. השאלה השנייה הנשאלת זה למה הוא עושה זאת – שוב אומרים כי למרות שהוא צופה את הסכנה אומר כי זה לא יקרה לו. במקרה מסויים שאדם לא שם לב למה שקורה, וכשהוא מתעורר כבר מאוחר מידי – לגבי מקרה כזה החזקה הזאת תהיה קיימת ואז כששומעים את העדות של הנאשם אומרים כי הוא הצליח לשכנע את בית המשפט כי במקרה שלו החזקה לא חלה.

פסקי דין בנושא זה :

פס"ד ע"פ 140/98 אליהו חוג'ה נ' מדינת ישראל – במקרה זה הורשע המערער בבית משפט מחוזי בעבירה של גרימת מוות ברשלנות בשל נהיגה בשכרות. מדינת ישראל גם הנאשם מערער על העונש וגם הנאשם מערער על זיכוי מהגרימה של הריגה. הערעור נכתב ע"י יעקב קדמי שמתנגד ליצירת החזקה המדוברת ואינו מתווכח עם העובדות שהוא נהג ברכב במצב של שכרות, ולאחר שהוא מזכיר לכולם מה זה לנהוג ברכב אומר כי שכרות כפי שידוע לכל בר דעת פוגעת ביכולתו של השיכור, מאבדת את ההכרה שלו ומונעת ממנו להכיר את המציאות ובכך אומר כי הבסיס לעמדתו – "לפיה כפי שכבר נאמר מי שנוהג בכלי רכב שהוא שיכור וגורם אגב הנהיגה למותו של אדם מוחזק כמי שהיה מודע לעובדת נהיגתו ברכב שהוא שיכור לרבות לסיכונים הכרוכים בנהיגתו בשל שכרותו ולאפשרות הממשית שיגרום בשל כך לפגיעה בגופו של אחר (לרבות למותו), כשהוא מגלה פזיזות כלפי אפשרות זו, החזקה אמורה הנעוצה בהשלכותיה הטבעיות של השכרות הינה חזקה שבעובדה שמתחייבת מנסיון החיים ומהכרת השפעת השכרות על תפקודו הנפשי של השיכור ובתור שכזו, די לנאשם להקים ספק". במילים אחרות אותו שופט קדמי, מסכים שלא יתכן לשמוע שיכור אומר למשל "כשנהגתי ברכב לא צפיתי את הנולד" – בעניין "מנים ולא נים" בית המשפט דן בענייניו של האדם בעניין אחר כשהוא נרדם על ההגה הוא לא היה מודע ולא היה בהכרה ולכן לא היה מודע למה שהתרחש ובגלל זה אין אשם פלילי. בית המשפט לא קיבלו זאת ושם זה מתקשר להתנהגות חופשית במקור, לאמור נכון כשנמצאים במצב של שינה אז אין מודעות אבל הכנסת עצמך מרצון למצב זה – בדומה לשיכור, לפני שהיית שיכור ידעת שאתה הולך לקראת זה, כלומר העיקרון שהולך בדיני העונשין הוא כי לא יכול להיות שתכניס עצמך למצב ואז לטעון שאתה יתום. ולכן אמרו כי מי שנוהג במצב כזה ולא עוצר רכבו כדי להתעורר, הוא מודע למצב ויש עליו אחריות. לעניין פזיזות – האם אדם במצב דברים כזה צופה את הנולד? באור אדום הסכנה ברורה ומיידית, בעניין להירדם על מההגה, לא ידוע אם מדובר בסכנה מיידית שחייב להתרחש.

פס"ד ע"פ 6236/97 חג'אזי מטמרה נ' מדינת ישראל – במקרה זה דובר על נהג שנהג את משאיתו בתוך שטח מאוכלס במהירות של 40-34 קמ"ש ואותו זמן חצתה את הכביש אישה שהיא חוצה משמאל לימים כיוון נסיעת המשאית. לא היתה סיבה שנהג המשאית לא יראה אותה, שדה הראיה היה פתוח, ואומר בית המשפט כי לו היה נותן האדם את דעתו למה שקורה על הכביש היה צריך להבחין בה ביותר מ-40 מטרים ממנה. אך הואיל והוא לא הסתכל על הכביש כשהוא הבחין בה כבר היה מאוחר, מה שבעצם הוא לא הבחין בה שהרי לא היה סימני בלימה לפני המכה, ואז טוען הנאשם במשפטו כי הוא לא ראה אותה ובגלל זה

לא צפה את האפשרות שהוא יפגע בה. ואז עולה שאלה עקרונית – נוהג רכב במקום מיושב – בתוך שטח בנוי – שמתקרב למעבר חציה, האם יכול להישמע בטענה שלא ראה אדם? ברור כי כשהוא אומר שלא ראה אותה זה מפני שהיא קפצה אל הכביש אלא כי הוא פשוט לא הסתכל על הכביש ומשמעות זה, רשלנות. בית המשפט אומר כי נכון שהוא היה רשולן אבל הוא גם מעבר לכך – רשולן לא צופה את פני הנולד והוא כן צפה את פני הנולד. אך אם היה באמת מצב שבו היה אומר בית המשפט כי הוא ראה את האישה אבל לא האמין שפגע בה, או אם ראה את האישה אך חשב שהיא רחוקה ממנו וחשב שיחלוף היה אפשר לשקול את הדברים אבל כאן בית המשפט אומר כי הוא היה צריך לראות אותה כי לשם זה יש מעבר חצייה. ובית המשפט העליון לא מקבל את הטענה ואומר השופט קדמי "נהג שאינו ממקד את תשומת ליבו למתרחש בכביש שלפניו, ומרשה לעצמו להתקדם בכביש המצוי במקום יישוב מאוכלס כשתשומת ליבו נתונה כולה למתרחש במקום אחר, נוהג בפזיזות כמשמעותה בסעיף 20 לחוק העונשין, לאמור בשיוויון נפש לאפשרות שיפגע באדם שיבקש לחצות את הכביש במעבר חצייה שסומן לצורך זה ואשר החל בחצייה כאשר המשאית שנהג המערער במרחק של 39 מטר", בעצם אומר השופט כי כל נהג שכך נוהג חזקה עליו שהוא נוהג בפזיזות – כלומר באדישות או בקלות דעת. קיימת ביקורת על החלטת בית המשפט ע"י גרוס, כי הרי בלי לראות את התוצאה לא יכולים להיות פזיזים – אומרים כי הוא ראה את התוצאה ולמרות זאת הוא נהג בקלות דעת או באדישות ולא אומרים לנהג כי לא מאמינים לו שהוא לא ראה, להפך אומרים לו כי "ראשו היה במקום אחר" – כלומר האמינו לכך שהוא לא ראה, ולכן בעצם לא ניתן להגיד כי הוא נטל סיכון. בעצם חסר עבירת ביניים בין הרשלנות הרגילה לבין פזיזות – במדינות אחרות יש עוד עבירה ביניהם אבל אין זאת עבירה של הריגה. הרי כאשר מאשימים על אדם בהריגה לא ניתן לגזור שנתיים מתוך 20, אם כן עדיף להאשימו בגרימת מוות ברשלנות, אך לא בהריגה, הרשעה ב-20 שנה ולתת רק שנתיים – אך כך נעשה ברוב המקרים בהרשעות בית המשפט.

פס"ד [ע"פ 3158/00 אוהד מגדיש נ' מדינת ישראל](#) – גם כאן מדובר בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שלפיו המערער הורשע בעבירת הריגה וקיבל רק 18 חודשים מאסר בפועל, מי שנתן לו את גזר הדין היה קדמי. מגדיש לא משלים עם ההרשעה שלו ומגיש ערעור לעליון על הרשעתו בהריגה. גם מקרה זה מדובר בפגיעה למוות בהולכת רגל שחצתה את הכביש, עובדתית אומר בית המשפט כי מדובר בתאונה קטלנית בתוך העיר יבנה, הנאשם נוהג ברכב ב.מ.ו. ומתקרב לצומת שלפניו יש מעבר חציה – בתוך שטח בנוי ושם הנסיעה המותרת היא 50 קמ"ש, תנאי הראות טובים וכו', משמאת לכיוון נסיעת המערער יש ביה"ס יסודי ובית אבות, ויורדת אל הכביש המנוחה בת 85 מנסה לחצות את הכביש משמאל לימין. המערער פוגע במנוחה במעבר חציה וגורם למותה. שדה הראיה במקום לפחות 150 מטר ומהירות הנסיעה של המערער לפני שהוא מתחיל לבלום הוא 95 קמ"ש, בזמן הפגיעה מהירות הרכב היתה 49 קמ"ש. בית המשפט המחוזי על סמך העובדות מרשיע אותו בהריגה ומשליך אותו למאסר ל-18 חודשים. ומכאן הערעור על הרשעת ההריגה. בתי המשפט נוטים להרשיע על הריגה ולא על גרימת מוות ברשלנות מכיוון שחסרה העבירת ביניים, השופט כותב כי כבר במשבט ראשון נראה המעבר מגרימת מוות ברשלנות להריגה כקפיצת מדרגה גבוהה מידי, ברור כי הגבול התחתון של קלות הדעת לבין הגבול העליון של רשלנות הוא קפיצת מדרגה גבוהה מידי וברור כי הגבול התחתון של קלות דעת לבין הגבול התחתון של רשלנות עשוי להיות הקטן ביותר. לא יכול להיות שהפעם יהיה בין 3 שנים לבין 20 שנה, ואין כלום ביניהם, ואומר בהמשך השופט אנגלרד כי קיימת בעיה מהותית אמיתית לתחום את הגבולות בין קלות דעת לבין רשלנות, ובעיה זו קושרה במידה רבה לקבוע את גבולות המודעות שקיומה נדרש אצל העושה. מסביר השופט כי ככל שנדרשת מודעות מוחשית ומקיפה יותר במסגרת המחשבה הפלילית של קלות דעת, כך יצטמטם תחומתה של עבירת ההריגה ובמקביל לכך יתרחב תחום גרימת מוות ברשלנות. במילים אחרות אומר כי ככל שתדרוש לגבי קלות דעת את המימד הסובייקטיבי שהוא צפה ולמרות שהוא צפה הוא ממשיך להתנהג, כך תצמצם מצד אחד את העבירה הזאת ותרחיש את הגדרת העבירה של רשלנות. השופט עדי אזור כתב ספר והיה בדעה שמה שעושים בגרמיה ששם נושא הפזיזות אינו חלק מהמחשבה הפלילית אלא חלק מהרשלנות צריך

לייבא זאת לאץ – או לעשות עבירת ביניים בין הריגה לרשלנות, ואז זה לא יתקבל אצל רובנו כמשהו לא מובן.

לגבי החזקה השופט אנגלרד מסביר כי החזקה אינה חזקה משפטית אלא חזקה עובדתית פשוטה רגילה שמי שבעצם מוכיחים כלפיו רשלנות גסה, חזקה שהוא היה מודע, אבל הוא האדם יכול לבוא ולסתור את החזקה ע"י יצירת ספק שהוא לא ראה את הנולד, ואם מאמינים לו שבמקרה שלו לא ראה את הנולד די בכך כדי לסתור את החזקה.

גם מקרה זה, השופט ובית המשפט העליון מאשר את ההרשעה וגם את העונש – 18 חודשים מאסר.

פס"ד 7251/01 **בכור עקנין נ' מדינת ישראל** – גם כאן מדובר בתאונה קטלנית שארעה בתוך מעבר חציה. המערער נהג בקריית אתא ברכבו מסוג טנדר ברחובות העיר ופגע באם ובבנה במעבר החציה, הבן מצא את מותו, הוא הורשע בעבירת ההריגה ובפציעת האם ונשלח ל-18 חודשי מאסר. המערער מערער על ההרשעה וגם על העונש ובית המשפט דוחה את ההרשעה תוך שהוא מפנה להלכה שיצאה בפס"ד מגדיש שאומר כי מי שפוגע באדם למוות בתוך מעבר חציה חזקה עליו שהוא היה פזיז. דוחה את הערעור.

לסיכום ההלכות של פסקי דין הללו נולדו כניסיון של בית המשפט העליון לתת ידו לבאר את נהיגת התאונות הקטלניות, ולבאר את נושא של עבירת ההריגה ולהקטין בהיקפן את תאונות גרימת המוות.

למרות ההרשעה, בשנים האחרונות יש מגמה נוספת שלא רק המשך ההרשעה הזאת אלה גם החמרה בעונשין – לא עוד 18 חודשים אלא 4 או 5 שנים בגרימת מוות במסגרת עבירת ההריגה בתאונה קטלנית.

המקרה השני, משחקי נשק :

כדי לגרום לגירוי של חלקינו מחפשים את המשחקים של גירוי בגורל – התקרבות במוות עד כדי נגיעה (רולטה רוסית, רולטה כביש, איציק וכו').

פס"ד ע"פ 119/93 **לורנס נ' מדינת ישראל** מסביר איך להבין את ההתנהגויות הללו. אין ספק שמדובר באתגר ענק כדי לבדוק האם תוצר סיכוי שירה הכדור האחד שנכנס לרובה טופי, ובאמת לחיצה אחת האיש מת, והואשם בגרימת מוות ברשלנות, ובית המשפט, ומלומדי המשפט מתלבטים האם מדובר בעבירה הנכונה, האחד טוען שמדובר ברשלנות והשני בפזיזות, השאלה במה מדובר? ודאי שלא רצה לגרום למותו ולכן הוא קל דעת, כלומר נטילת סיכון בלתי סביר שהוא יכול למנוע את התוצאה, מצד אחר יש כאלה האומרים כי גם זה אינו קיים ולא צופים את התוצאה כי אם הייתי צופה את התוצאה של ההרג לא הייתי לוחץ, ולכן לא צופים בכלל מקרה של מוות, ומכאן היוכח. ולכן נשאלת השאלה שהאדם למרות שהוא מודע לסכנות הוא ממשיך לשחק? בתי המשפט מתחבטים בשאלה הזאת כמו למשל במקרה של ע"פ 9112/07 **חפץ נ' מדינת ישראל** המערער היה במאבטח, והיה מחזיק באקדח ואלכס חברו הטוב שהיה גם מאבטח נהרג. מכאן עולה כי מי שנהרג במשחקים כאלה אלו בעצם החברים אחד של השני – אנשים שמשחקים שלא מאמינים שזה יקרה להם. שיחקו במשחק של שליפות – מי שולף יותר מהר. נכון כי היו מודעים לסכנה ובדקו כל אחד כי המחסנית שלהם מחוץ לנשק ונשקם פרוק, רק לאחר מכן שיחקו במשחק השליפות, לאחר מספר פעמים החבר שהפסיד ביקש עוד פעם אחרונה, אך לא הבחין כי חברו כבר שם את המחסנית בפנים, השני הסכים לאחרון ושיחקו שוב ונורה הירייה למוות. אמר אדון חפץ כי הוא אינו צפה את מותו ולא רצה את מותו של חברו אך הוא התרשל, כי היה צריך לשוב ולבדוק שנשקו פרוק. בית המשפט לא קיבל את הטענה הזאת ואומר בעניין משחקי נשק כי נשק הוא דבר מסוכן וחזקה על מי שמחזיק בנשק על הסכנה בו והוא אינו מכוון על אדם ולא מפעיל את הנזק לפני הבדיקה ואם הוא פועל בניגוד לכך, חזקה עליו שהוא מוכן לקחת את הסיכון ומודה לאפשרות שיקרה הנושא מכל ולמרות זאת אומר כי "לי זה לא יקרה". גרוס מותח ביקורת על עניין זה, אין שום ספק לכך שלא היה מודע לכך שהוא הכניס את המחסנית לנשק, כי הרי מצד אחד אין ספק שהאיש לא היה מודע לפעולה האוטומטית שהוא עשה ודאי שהוא לא רצה בצורה הזאת לתפעל את הנשק לעבר חברו.

אך מצד שני בית המשפט רוצה להשיג מטרה חברתית ברורה – להרתיע שמי שייקח לידי ונשק ויפעיל אותו בניגוד לכללים זוהי לא רשלנות זוהי הריגה, ולכן מבחינה צדקתית התוצאה היא קשה מאוד לאדם שנוגע בדבר, וגם על עונש ל-3 שנים אין דרך להתייחס לדבר.

לסיכום : לגבי תאונות קטלניות ומשחקי נשק בית המשפט מתייחס אליהם בחומרה ולא מאשים ברשלנות אלא בהריגה – משהו יותר מרשלנות, אך הביקורת היא האם המשהו הזה צריך להיות האשמה בהריגה או בעצם "עבירת ביניים" בין הרשלנות להריגה כדי אכן להכשיר את הדברים הללו. אך אין זה מתפקידו של בית המשפט העליון שהמחוקק לא עושה את הדברים לקחת את הדברים לידי.

שיעור 20 – 11.5.09

רשלנות :

מקרה חריג יש אומרים שלא היה אמור להתקיים במשפט הפלילי, מפני שהוא מתנגש וסותר את האיפיונים הראשים של היסוד הנפשי הנכון של המשפט הפלילי ובעיקר את המאפיין הסובייקטיבי כלומר אדם צריך להיבחן על פי מה שיש בו – על פי זיקתו המנטלית הנפשית הפלילי, אל הרכיבים הפיזיים של העבירה בעיקר זיקה שלילית סובייקטיבית שמתבטאת באותה התנהגות פוגענית – אדם אמור להיות מודע לכך שהתנהגותו פוגעת בערך חברתי מוגן ע"י המשפט ואפיון זה של הזיקה הסובייקטיבית ומודעותו של האדם אל רכיבי היסוד ההתנהגותי הם עומדים במרכז היסוד הנפשי המאפיין את המשפט הפלילי – המחשבה הפלילית. דרישת המודעות בעבירות התנהגותיות ודרישת התנהגויות חפציות – מודעות+ כוונה, מודעות +פיזיות.

כחריג ויוצא מן הכלל כיסוד נפשי אנו מוצאים גם את הרשלנות, כלומר גם כאשר אדם אינו מודע בפועל לאותן רכיבים פיזיים של התנהגותו הוא עלול למצוא עצמו מסתבך עם המשפט הפלילי, עובר עבירה על פי קביעת המחוקק – אם יתברר כי אותה חוסר מודעות בפועל היא אכן תולדה של רשלנות, כלומר תולדה של מצב שבו נצב האדם, ובו פעמים רבים גרם לאדם להימצא ונשללה ממנו היכולת להיות מודע בשל הרשלנות. בשל העובדה הזאת שאדם הביא עצמו האדם למצב הזה וכתוצאה מכך, הוא גרם בהתנהגותו לפגיעה בערך מוגן – המשפט הפלילי מחליט להפליל את התנהגותו ע"י המשפט הפלילי. יש להדגיש כי היסוד של רשלנות כמו חלק ממונחים אחרים (אחריות תאגידים, אוגנים, אחריות שילוחית), מונחים שנמצאים במשפט האזרחי, ומסיבות שונות המשפט הפלילי החליט לאמץ אותם ולהשתמש בהם. בעיקר ברשלנות רואים את הקשר של המשפט האזרחי לפלילי – הרשלנות הוא מושג שנוצר במשפט האזרחי ומשמש בעיקר את המשפט האזרחי, במשפט האזרחי הוא מבטא בין היתר גם את אותה הכרעת חובה שבין אדם וחברו שמתבטאת בסטייה של אדם מחובת זהירות שהוא חייב לזולתו וכתוצאה מהסטייה הזאת הוא גורם לזולתו נזק. המצב הזה של חבות של זהירות כלפי אדם והפרתה – יסודה מקורה בדיני הנזיקין ובעוולה מיוחדת שיצרו דיני הנזיקין – עוולת הרשלנות, המעוגנת בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין. שם רואים מתי אדם חב חובת זהירות כלפי זולתו ומה קורה כאשר הוא מפר את החובה ומה התנאים להטלת חבות נזיקית על אדם בשל רשלנות. מאוחר יותר לוקח המשפט הפלילי את המושג הזה של רשלנות, ואומר כי בדומה למצב שבו אדם במשפט האזרחי מפר חובה כלפי זולתו כך יתכן מצב שבו גם במהלך המשפט הפלילי אדם יפר חובה כזאת, כלומר כאשר אדם היה צריך לצפות שהתנהגותו עלולה לגרום לפגיעה בערך מוגן ע"י המשפט הפלילי, והיה צריך לצפות ולא צפה במקום שאדם אחר – האדם הסביר (האדם מן הישוב) היה צריך לצפות והנאשם שבוחנים אינו צפה. במשפט האזרחי המושג רשלנות מבטא שני דברים : הן את הסטייה ההתנהגותית הפיזית מסטנדרט זהירות סביר והן את האדם, כלומר את היסוד הנפשי ואילו במשפט הפלילי אנו מפרידים בין שני הרכיבים האלו ומשתמשים במושג רשלנות רק כדי לתאר באמצעותו את היסוד הנפשי ללא היסוד הפיזי. נכון שעושים שימוש גם במושג של רשלנות כדי לבטא את הסטייה ההתנהגותית הפיזית, למשל בעבירת ההריגה – להרשיע אדם בהריגה יש להוכיח כי בהתנהגותו הפיזית יש

רשלנות פושעת – סטייה כמותית מסטנדרט של התנהגותית מקובלת. אבל כשמדברים על רשלנות כעבירה מצמצמים את המושג של הרשלנות רק ליסוד הנפשי. עד שנת 94' היסוד הנפשי של רשלנות פלילית לא היה מוגדר בחוק אלא הוא היה בעצם תולדה של הפסיקה ע"י פרשנות למושג רשלנות באמצעות ההלכות הפסוקות, ההלכות הפסוקות נשענו עד שנת 94' בעיקר על הפרשנות שנתן ביהמ"ש כעליון לאותו מושג בפקודת הנזיקין, כלומר בית המשפט העליון נדרש ללכת לפסיקה של עצמו בהקשר של עוול הרשלנות והתבסס על הקביעה שם ואימץ את אותם אפיונים גם לרשלנות הפלילית. ולכן ששואלים מתי קיימת חובה לאדם לצפות שהתנהגותו עלולה להביא נזק לזולת, את התשובה לכך בית המשפט שואב מניתוח אותו מושג נזיקי. עבירה של גרימת מוות ברשלנות בסעיף 304, עבירה שתמיד היתה קיימת נראה כי אין שום הגדרה אלא רק אמירה של "הגורם ברשלנות למותו של הזולת – דינו 3 שנות מאסר" אך אין הגדרה על הרשלנות. וכדי לדעת מתי אדם באמת יחשב כגורם בהתנהגותו בית המשפט היה מסתכל מה הוא קבע במקרה מקביל בתחום דיני הנזיקין וכך שאב אותה לתחום המשפט הפלילי. מלשון סעיף 19 לחוק העונשין עולה הדרישה הבסיסית להוכחת מחשבה פלילית כדי להפליל אדם – ברירת המחדל – אין עבירה פלילית אלא אם עשה במחשבה פלילית זולת אם" – מעיד על יוצא מן הכלל "נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה"; - חייבת להיות אמירה מפורשת של המחוקק, כלומר שהמחוקק בסעיף העבירה משתמש במונח רשלנות באופן מפורש ולפי הסעיף המתאם – 90(א) גם המונח "התרשלנות" – כדי שנדע שאנו ניצבים בפני עבירת רשלנות. אם המחוקק לא כותב במפורש אין לבית המשפט לפרש זאת אחרת. המצב השני חוץ מאמירה מפורשת או התרשלנות הוא מקרה פרטי של רשלנות – אחריות קפידה. לאחר שנת 94' במסגרת תיקון 39 לראשונה מנסה להגדיר מה זה רשלנות – ואז אומר בדומה להגדרה מה זה מחשבה פלילית אומר מה זה רשלנות ואחריות קפידה. הרשלנות מוגדרת ע"י המחוקק בסעיף 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) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר.

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

אי מודעות – אי מודעות בפועל למעשה, מצב שבו אפשר לקבוע עובדתית כי לאדם לא היתה מודעות ביחס לטיב המעשה (התנהגות והנסיבות שיכולות להצטרף להתנהגות, ואם מדובר בעבירה תוצאתית אי מודעות לתוצאה שיכולה לנבוע מאותה התנהגות). לאדם בפועל אין מודעות לרכיבים אלו – די בכך שלאדם חסר מודעות לאחד מן הרכיבים הללו, וביחס ליתר יכול להיות שיש לו מודעות בפועל. יכול להיות מבצ שלאדם מודע על מה שהוא עושה אבל הוא לא צופה שאותה התנהגות שלו עלולה להביא לתוצאה אסורה. לא יכול להיחשב כרשלנות מצב שבו אדם אין לו מודעות ביחד לאחד מהרכיבים הללו אבל אנו לא יכולים לבוא אליו בטענות כי לא היתה לו מודעות, כלומר מצב שבו מדברים על התנהגות של שגגה להבדיל מהתנהגות של רשלנות – גבול אחריותו של האדם נעצרת כאשר מדובר בשגגה, הכוונה שאדם לא רק שלא צפה אלא גם לא היה צריך לצפות. המחוקק בסעיף 21 (2) מדבר על כך שאותה התנהגות ש"אפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר", כלומר שמדובר בהתנהגות שיכולה באמת לגרום לפגיעה אבל מדובר בסיכון סביר שאפשר לחיות איתו – זו השגגה וזה גבול האחריות. סיכון שאינו סביר – סיכון שאדם מן היישוב היה צופה אותו ונמנע לפגוע. אחד הדברים שנשאלנו שנים – מה זה בעצם רשלנות האם זה מושג משפטי או עובדתי, כאשר בית המשפט קובע כי ההתנהגות היא רשלנות האם זה משפטי או קביעה נורמטיבית? בפס"ד ד"נ 15/64 בש נ' היועץ המשפטי לממשלה היה צריך לצפות כי ילדים ישחקו ויכנסו לתוך המקרר וינעלו שם, אך הטענה היתה כי הוא מהנדס ואינו מבין במקררים. בעניין הגיע לבית המשפט העליון לדיון נוסף ונשאלה השאלה איך מוכיחים דבר כזה – האם האדם צריך לצפות? כאשר מדובר בתכונות מיוחדות כמו למשל מה התכונות המיוחדות של מקרר – האם אדם צריך לדעת זאת והאם צביא להביא בפני ביהמ"ש מומחים לתכונה זאת ולשכנע כי אדם רגיל לא צריך לדעת את התכונות הללו. נתנה החלטה כי בעצם המושג של רשלנות הוא מושג מורכב – מקפל

בתוכו גם את ההיבט העובדתי וגם את ההיבט המשפטי, כלומר נכון שנקבע שכדי לדעת מי הוא אותו אדם סביר לא רשאי אדם להביא לבית המשפט אנשים מהרחוב כדי לשאול אותם, וגם לא רשאי אדם להביא לבית המשפט נתונים סטטיסטיים, כי האדם ברחוב לא הוא האדם הסביר, אמת המידה היא אמת המידה שקובע בית המשפט באופן נורמטיבי, והוא עושה זאת מתוך שהוא בונה לעצמו דגם תאורתי של אדם – האדם הוא בית המשפט, השופט עצמו. נכון כחריג מותר להביא לידיעת בית המשפט תכונות מיוחדות שאדם הסביר לא מכיר אותם. בעבר היה ניתן להביא מומחים מתחום המשפט הישראלי כדי לעזור לבית המשפט להבין טוב יותר את הדין ובית המשפט לא הכיר בזה, אבל כאשר על בית המשפט להחיל בדין זר אז הסכימו להביא מומחים לדין הזר. כיום יש נטיה של נסיגה מהתפיסה הקודמת שכן מרשים להסתייע במומחים כדי לנסות לשכנע את ביהמ"ש מה הוא הדין הישראלי. מושג הרשלנות נוגד את עקרון החוקיות – חריג לעקרון, בעיה נוספת זה שמילא שחורגים מהדרישה של מודעות הסובייקטיבית ופונים לאדם שיכול היה לאדם מודעות, יש לבדוק את האיש עצמו ואם לפי היכולות שלו אם הוא היה באמת אכפתי היה יכול להיות אכפתי. החברה לא עושה את הבדיקה הזו ובמקום הבדיקה האישיה בית המשפט בנה את הדגם של האדם הסביר.

האם כל מקום שהאדם צופה נזק לזולת הוא צריך להימנע ממנו? נניח כי רכבת נעה על פסים, האם הוא צריך לצפות שאל אותו תחום של כביש מהיר יחדרו שני נערים – משיגי גבול, כמו בפס"ד [ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מדינת ישראל](#). בית המשפט יצר דרוג של חובת זהירות – מוגברת או רגילה / מופחתת, תלוי כלפי מי. השאלה בפס"ד היה באם הרכבת היתה צריכה לצפות שהילדים יגיעו לגבולם? התשובה היתה כן, ברק עושה את ההבחנה האנליטית בין חובת זהירות מושגית לבין חובת זהירות קונקרטיה. ההבחנה הזאת היא מפני שברק אומר שיש פעמים כי צופים נזק אבל לא חייבים להימנע מלהתנהג באופן כזה שיחסוך את הנזק, כלומר ברק אומר כי כדי לדעת אם יש בכלל חובת זהירות קונקרטיה יש לשאול עצמי האם בקטגוריה ובתחום הזה המשפט מכיר בחובת זהירות שלי שלפי הזולת? במקרה של הרכבת זה הנושא של היקף חובת הזהירות של הבעלים כלפי משיגי גבול – האם יש חובת זהירות מושגית? התשובה היא כן, שהרי פעמים החוק קובע זאת עצמו ופעמים קובע בית המשפט עצמו. הוא קובע את גבול חובת הזהירות המושגית באמצעות שבאמצעות מדיניות משפטית מפזרים את הנזק באופן שווה יותר. יש לשאול האם במקרה הספציפי שלך הפרת את חובת הזהירות הזאת? יש להתריע מפני העובדה ולהשים שלטים כי מתקרבים לפסי רכבת ויש כאן סכנה אבל כנראה שאת ההזהרה הזאת הוא נתן אבל לא להאט את הרכבת שמא אנשים יעברו ליד ולא ישמעו את ההזהרה. ואם למרות ההזהרה יכנסו אי אפשר למנוע סכנות כאלה. באמצעות המושג של רשלנות בונה בית המשפט ממקרה אחד למקרה אחר, את הסטנדרטים שעל פיהם אנו צריכים לנהוג. רואים זאת בעיקר בתאונות הקטלניות – מתי באמת האדם סטה מהנורמות הזהירות והיה צריך לצפות שאותה נסיעה תביא לתאונה קטלנית.

לסיכום : כדי לקבוע שהתנהגות מסויימת היא ברלשנות יש לזכור שנגיע לקביעה הזאת רק לאחר שעשינו את הבירור המתאים האם מדובר בהפרת חובת זהירות מושגית, ורק לאחר מכן יכולים לעבור לשלב הקונקרטי – האם במקרה המסויים שלפנינו היתה הפרה כזאת. יש לזכור עוד כי כדי לדעת מתי אדם אכן מפר את חובת הזהירות שלו כלפי הזולת, הדבר מותנה בקביעה הנורמטיבית שלנו כי קודם כל חובה כזאת היתה קיימת ושחובה כזאת קיימת כאשר אדם יכול וצריך לצפות כי התנהגותו עלולה לגרום נזק לזולת, כלומר אם אנהג במכונית שלי בדרך מסויימת שאני צופה שדרך זו עלולה לגרום לנהיגה, חובה עליי להמנע מלהמשיך באותה התנהגות, כלומר המוקד של הקביעה הנורמטיבית מתי אדם חב חובת זהירות – כאשר אדם יכול וצריך לצפות שהתנהגותו תביא לנזק לזולת. לא כל פעם שאני צופה אני גם חייב להמנע מאותה התנהגות, יש דרגות שונות של חובת זהירות ורואים דזאת בפס"ד יערי שמדובר בחובותיו של בעל מקרקעין שחובה זאת משתנה בהתאם לסוג האנשים שעלולים להכנס, ובנוסף בכל מקרה מבחינה מושגית חייב אדם בחובת זהירות גם כלפי העונשין לביתו או למקרקע, היקף החובה ומה הוא חייב משתנה ממקרה למקרה. אבל

אין ספר כי אם מדברים על פלישה למקרקעין שיודעים שיש שם בורות פתוחים, אנו חייבים לסמן אותם גם כלפי משיגי הגבול, אחרת אנו עלולים להמצא באחריות לנזק שיגרם לאותם אנשים. באותו מקום שאנו לא בטוחים שבמקרה מסויים אדם היה צריך לצפות את הנזק אנו עדיין יכולים לפנות לפסיקה שנערמה בקשר לאותו מושג מגביל – עוולת הרלשנות בניזיקין ולראות במקביל לשם מה קבע בית המשפט בהקשר הנזיקי ויש להניח כי יחזור ויקבע את אותו סטנדרט במקרה הפלילי. כלפי הרשלנות הפלילית יש לזכור בנוסף כי רלשנות אינו אמת מיתה להתנהגות הפיזית אלא ליסוד הנפשי בלבד. סעיף 21 ב אומר כי רשלנות שיכול שתקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע, סימן ההיכר של פשע זה העבירה שעולה של 3 שנות מאסר.

אחריות קפידה :

אחריות קפידה נולדה בשנת '94 עם התיקון 39 שלפני כן היה מושג אחר – האחריות מוחלטת / אבסלוטית שבטעות חשבנו שכשמה כן היא, כלומר שדי בכך שיוכח כי אדם עבר התנהגות מסויימת אסורה על מנת לקבוע אוטומטית כי אם הוא אכן עבר את אותה התנהגות אזי הוא גם אשם בעבירה בלי צורך להוכיח יסוד נפשי. בתי המשפט מיהרו לתקן את הרושם הזה בקובעם כי נכון שדי לתביעה להוכיח את היסוד הפיזי אבל אין זה אומר כי היסוד הנפשי אינו קיים. הוסיפו ואמרו כי התביעה מוכיחה את היסוד הפיזי עולה החזקה מטענו של המחוקק כי אותה התנהגות עבר הנאשם ברשלנות, כלומר עולה חזקת רלשנות. בעיה היא עם אותה חזקה שהנאשם לא הורשעה באותו זמן להתווכח איתה לכל שכן לסתור אותה. למשל : נסיעה במכונית כאשר אורות האחוריים לא תקינים לא עזר לאדם לשכנע את בית המשפט כי הוא לא התרשל – שעשה כל המ שאדם סביר היה יכול לעשות על מנת לתקן את התקלה, לא עזר מפני שגם אם הוא יוצא מהמוסך לאחר תיקון ומתברר כי התיקון אינו סודר, ושואל הנהג את השוטר שלא יכל לעשות כלום בנוסף, השוטר אומר כי אין זה משנה – נסע ללא אורות אחוריים חזקה עליו שהוא רשולן. ובית המשפט אכן לא נותר אלא להרשיעו בעבירה של אחריות מוחלטת. את הדבר הזה ביקשו לתקן לא ע"י כל העבירות שנקבעו ע"י עבירות של אחריות מוחלטת אלא על ידי הוספת עבירות חדשות נוספות שנקראות –עבירות 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".

סעיף זה אומר כי סימן הזיהוי של העבירה החדשה, כלומר של אחריות קפידה, שבתוך סעיף העבירה אומר המחוקק במפורש כחלק מהגדרת העבירה, "עבירה זו אינה טעונה הוכחה של מחשבה פלילית או של רשלנות". אם לא כתוב כך ולא נאמר כך אזי זוהי אינה עבירה של אחריות קפידה. סימן זיהוי אחר שמופיע בהמשך לסעיף שבעבירות של אחריות קפידה אין עונש מאסר בצד העבירה, משום שאלו עבירות הנחשבות לקלות ביותר בחוק העונשין ולכן המחוקק סבר כי לא ראוי ולא צודק לאדם שמורשע בעבירות כאלו קלות – נהיגה בלי אור אחורי למשל להשלח לכלא, כלומר אם בכלל זאת יש עונש מאסר אזי זוהי אינה עבירה של אחריות קפידה. יש להשים לב לכך שאותה התנהגות יכולה לשמש בסיס למספר סוגים של עבירות פליליות, למשל נהיגה רשלנית ברכב יכולה פעם אחת להיות נחשבת ע"י המחוקק לעבירה של אחריות קפידה אבל אותה נהיגה רשלנית לרכב שגורמת לתאונה יכולה להחשב גם לעבירה של רשלנות ואותה נהיגה ברכב אם היא לא רק רשלנית והיא גם פיזיה במובן זה שלמשל לחלוף על פני פס לבן במודע אזי אותה התנהגות יכולה לשמש בעבירה של הריגה אם זה מסתיים במוות. כלומר אותה התנהגות יכולה בעצם לקבל מספר צורות : אחריות קפידה, רלשנות או פיזיות. השאלה היא במה נבחר? לא לכל התנהגות יש מספר חלופות, קיימות התנהגויות שיש לה חלופה אחת בלבד ובה נבחר, רק במבקרה שלהתנהגות יש

מספר חלופות נשאל באמת איך בוחרים במה להעמיד את אותו אדם. שאלה זו נתונה לשיפוטו ולשיקול דעתו של התובע המחזיק בתיק הראיות והוא זה שמחליט על איזה עבירה להעמיד את הנהג. תובע יכול להעמיד אדם לדין על עבירת רשלנות מתוך הבנה כי הוא יכול להרשיע אותו על רשלנות כי אותה התנהגות היא אכן התנהגות רשלנית שגרמה לתאונה אבל גם מיכול לעשות זאת על מנת לדרבן את הנאשם לחסוך את הדיון מלהגיע איתו להסדר טעון ובמסגרתו לרדת רמה אחת יותר נמוכה מרשלנות לאחריות קפידה, אם תודה בעבירה של רשלנות אני ארד מעבירה של הריגה נרד לעבירה של גרימת מוות ברשלנות, הדבר נותן שלמעשה הסעיף 22 (ג) אומר כי אם התובע מבקש לשלוח אדם למאסר לא תוכל לעשות זאת באמצעות העבירה של אחריות קפידה כי כאמור זוהי עבירה של רשלנות מהדרגה הכי נמוכה, ואם בכל זאת ירצה להישלח אותו למאסר יש לבדוק האם ההתנהגות גם נכנסת לרשלנות רגילה, והרי כך בד"כ יש גם עונש של מאסר.

המחוקק הכניס חידוש ביחס לעבירות הקודמות של האחריות המוחלטת האמור בסעיף 22 (ב) האומר כי מקודם הנאשם לא יכל להתווכח ולסתור את החזקה, כעט לפי סעיף זה מורשע הנאשם לראשונה לנסות לשכנע את בית המשפט כי למרות שחזק כרשלן הוא לא כזה. אבל עליו הראיה – חריג לתפיסה של המשפט הפלילי כי התביעה היא בד"כ זאת שצריכה להוכיח את אשמתו של האדם ולא אדם להוכיח את חפותו. לא רק שנטל ההוכחה על הנאשם גם אין זה פשוט כי מה שהוא צריך להוכיח כדי לסתור את החזקה זה אז כשהוא לא עשה זאת מתוך מחשבה פלילית, ב. שהוא לא התרשל וגם זה אינו מספיק כי הסעיף אומר כי "עשה כל שניתן כדי למנוע את זה", כלומר יש כאן למעשה היקף לאחריות מוגברת לאדם – לא רק שהוא לא התרשל, במובן זה שאדם סביר לא היה עושה משהו אחר אלא גם עשה כל מה שניתן לעלות על הדעת לעשות כדי למנוע את הנזק. ובכל זאת קיים פתח מילוט שאדם יכול לשכנע את בית המשפט כי הוא לא היה רשלן ושלא מגיע לו להיות מורשע בעבירה הזאת. כאשר התביעה צריכה להוכיח את העובדות – למעלה מספק סביר, כאשר הנאשם צריך להוכיח את העובדות לא דורשים ממנו את העובדות של מעבר לספק סביר אלא את הרמה האזרחית – הרמה של מאזן ההסתברויות – לפחות 51% - שהגרסה שהנאשם מביא יותר מתקבלת על הדעת מהגרסה ההפוכה. יש לזכור כי העבירות הקודמות של אחריות מוחלטת ממשיכות לחיות – לא הוחלפו ולא בטלו אלא ממשיכות לחיות בצד העבירות החדשות מאז שנת ' של האחריות הקפידה.

שיעור 21 – 18.5.09

עבירות נגזרות

סעיפים 20 ואילך.

הכוונה כיצד גוזרים אחריות משני מצבים בסיסים :

•ממצב שבו העבירה טרם הושלמה ואז השאלה היא בכל שלב של התקדמות לכיוון השלמת העבירה, האם ניתן לגזור את אחריותו של האדם מאותה התנהגות לא מושלמת ולא שלמה? (עבירת הנסיון הפלילי).

•מצב בו העבירה הושלמה אבל השלימו אותה או תרמו להשלמה מספר אנשים

יחד, כלומר איך נגזור אחריותו של אדם שיחד עם אחרים השתתף בביצוע העבירה? קיימים 3 סוגים של אנשים שיכולים להשפיע על השלמתה של העבירה. האחד זה המשדל, השני המסייע, השלישי המבצע בין לבדו ובין בצוותא. או ביצוע המבצע באמצעות אחר כדי השלמתה של העבירה בכל מהקרים הללו - השאלה היא איך גוזרים את האחריות מאותו מצב? ואיך מבדילים ביניהם?

הנסיון הפלילי :

כדי להבין מה הוא הנסיון הפלילי אנו צריכים לראות מול עינינו שני מצבי צבירה : מהי אותה

התנהגות מושלמת שאם אכן תתבצע בשלמותה תהווה עבירה פלילית? כלומר מהם רכיבי ההתנהגות הזאת על פי ההגדרה בחוק? ומצד שני כשאנו יודעים ממה מורכבת העבירה המושלמת, מאיזה התנהגות שנגזרת מהשלם יכולה להיחשב בעיני החוק כהתנהגות של ניסיון פלילי, כלומר התנהגות שהתגלגלה או התנהלה לכיוון השלמת השלם אבל לא הצליחה להגיע לתחנה הסופית – לא הצליחה להגיע להתנהגות שלמה.

כשאנו מסתכלים כך על החלקי, אנו בעצם צריכים לטעון בכלל האם המחוקק בכלל מתכוון להטיל אחריות על התנהגות שהיא לא הגיע כדי שלמות ולא הפכה להיות עבירה שלמה. והתשובה היא כי גם התנהגות פלילית או התנהגות שהתכוונה להוליך עצמה להתקדם לכיוון השלם ומכל מיני סיבות שונות נעצרה ולא הפכה לשלם, גם התנהגות כזו שהמטרה של מי שעומד מאחוריה היתה להביא את ההתנהגות כדי להיות שלמה והיא נעצרה, גם התנהגות כזו היא פלילית לפי המחוקק. המחוקק מכנה התנהגות כזו – אי התנהגות / עבירה של ניסיון פלילי. מפני שיש ניסיון של האדם להביא את התנהגותו לידי שלמות אבל מסיבה כלשהי אין זה קרה. גם על החלקיות האדם יופלל ויואשם ואכן בימים שלפני תיקון של שנת 94' המחוקק סבר כי לעניין ה"אני יעניש אותך" יש לאבחן בין עונשו של המנסה לבין עונשו של המצליח – זה שכאמור השלים את התנהגותו. השאלה היא איך נאבחן? לפני תיקון 94' נקבע כי ההבחנה יתבטא בכך שהעונש לגבי המנסה יהיה מחצית מהעונש שהיה צפוי אם היה מסיים את התנהגותו בהצלחה. בשנת 94' בעקבות החלפת החלק הכללי והמקדמי של חוק העונשין – תיקון 39, בין היתר המחוקק משנה את דעתו ואת טעמיו ואומר כי מבחנתו לעניין העונש אין הבדל ולא צריך להיות הבדל בין אדם שמנסה לעבור עבירה לבין עונשו של זה שמצליח – עונש אחד לשניהם. הטעם העיקרי לתפיסה זו, מהסיבה כי הוא מבין שבהרבה מקרים אדם לא מצליח לסיים את מלכתו לא בגלל שהוא רוצה להפסיק את אותה התנהגות אלא משום שאותה התנהגות נמנעה ממנו במקרה מסיבות שלא תלויות בו. ואז אומר המחוקק כי אם למשל אדם מכוון נשקו לעבר הזולת מתוך כוונה לרצוח אותו, והדבר לא מסייע בגלל שהמטרה מבעוד מועד הוציאה את הנוקר ומי שלחץ על ההדק לא נוצרה הירייה, וללא כך האירוע היה מסתיים ברצח ולכן אומר המחוקק למה הוא צריך להנות ממחצית מהעונש. או דרך משל אחר – אם בוחר בנשק לא מתאים מהמובן שהטווח שלו לא מתאים מהמקום ששם הוא יורה באדם – נניח טווח של 50 מטר והנשק עצמו אינו יורה מיותר מ-20 מטר והוא אינו יודע זאת אין הוא צריך לקבל רק מחצית מהעונש ולכן אכן משנת 94' העונש על ניסיון והעונש על התנהגות מושלמת הוא אותו עונש למרות כמה שינויים קטנים בכל זאת לגבי עונשם.

מצד אחד יש אחריות פלילית על עבירה לא מושלמת שהיא ניסיון ומצד שני מבינים כי העונש על המנסה היום הוא אותו עונש הצפוי לפני שסיים בהצלחה את התנהגותו, עכשיו יש לזהות מה זה בעצם עבירת הניסיון?

מעצם שאלה זו יש להניח כי אכן מדובר בעבירה, עבירה על כל היסודות שצריכים להימצא בה – 4 יסודות (יסוד עובדתי ונפשי – עקרונות העיקריים) וכך נבדוק את הדברים. ליסוד העובדתי של עבירת הניסיון, ההגדרה של מה היא עבירת הניסיון מצוייה בסעיף 25 לחוק העונשין: **"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"**. היסוד העובדתי של העבירה מורכב מכך שאותו מעשה פיזי הוא לא מהווה הכנה ומצד שני בקצה העליון שלו העבירה לא הושלמה, כלומר התנהלות המצוייה בין שני נקודות – הגבול התחתון של עבירת הניסיון זו ההכנה, והגבול העליון זה העבירה השלמה – ההתנהגות מתחילה בהכנה ועד שהיא מגיעה כמעט למושלמת. ולכן צריכים לבדוק את היסוד העובדתי הזה בשני הגבולות שלו, כלומר הגבול התחתון של הכנה והגבול העליון של עבירה מושלמת – כל התנהגות שאנו יכולים לחשוב עליה שעלולה להיות פלילית יש לה אכן מספר מצבים אפשריים: המצב התחתון ביותר זה כאשר אדם חושב על תוכנית פלילית, לאחר המחשבה הוא יכול להתחיל ולנסות להניע אותה על ידי כך שהוא עושה הכנות דרושות על מנת לצאת לדרך – מכין עצמו ואת התוכנית כדי להתחיל לצאת לדרך. כבר בשלב הזה אין שום מניע שאת ההתנהגות יהיה ניסיון רק לאדם אחד – אותה תוכנית יהיה גם יכול להיות למספר אנשים. עבירת הניסיון יכולה להיות משותפת למספר אנשים ואז אם אותם מספר אנשים לא השלימו את מלכת עד כדי שאותה התנהגות שלהם הפכה להיות מושלמת אז גם לגביהם מדברים ביחס לקבוצה כאל ניסיון פלילי – ניסתה

לעשות עבירה ואז הדבר מורכב יותר כי מצד אחד בודקים לגבי אותה קבוצה אם יש ניסיון פלילי ומצד שני בגלל שיש יותר מאדם אחד שחבר יחד יש כאן שותפות פלילית לעבירת הניסיון. שלב ההכנה הוא לא שלב עניש מבחינת המחוקק – הגבול התחתון של הניסיון, כלומר שאותה תנהגות עדיין נמצאת במה שהמחוקק מגדיר הכנה היא בד"כ לא פלילית, משום שהמחוקק מבקש בשלב ההתחלתי הזה להשאיר בידי האדם איזה שהוא רווח שבה הוא ינסה אותו אדם תוך כדי לכנות אולי להחליט לא לעשות את הבריים ולהתחרט, אם אדם בשלב הזה של ההכנה כאמור מחליט להפסיק את ההכנות ולא להמשיך הלאה אומר המחוקק כי לא קרה עוד נזק, ולכן האדיאולוגיה של המחוקק היא כי על התנהגות של הכנה בלבד אם היא לא ממשיכה הלאה ההכנה בלבד היא לא פלילית. יחד עם זאת ההכנה יכולה להיות פלילית כאשר המחוקק במפורש מפליל את ההכנה – יש עבירות המתאפיינות בהכנה אבל אז כדי להפליל את אותה התנהגות של הכנה דרוש שהמחוקק יגיד לנו זאת במפורש, למשל לדוגמה עבירת הריגול – מי שהכין אסף ידיעה כדי לפגוע במדינה לכעורה מדובר בהתנהגות של הכנה אבל המחוקק אומר כי כאשר מדובר בביטחון המדינה, גם אז ייענש האדם בזמן ההכנה כאשר אומר זאת במפורש.

השאלה היא מה מבחין ואיך מזהים את קו הגבול בין הכנה לבין התחלת הניסיון? מתי מתחיל "המעשה הגלוי" ואז השאלה היא איך אנו יודעים מתי ההתנהגות היא עדיין הכנה ומתי היא מפסיקה להיות הכנה ומתחילה להיות הקו התחתון של הניסיון הפלילי? לכעורה צריכים אנו לומר כי בעבירת הניסיון היא תמיד צמודה אל עבירה מסויימת בין הניסיון לבין העבירה שהיא התכוונה לעשות, ולכן לכעורה היינו צריכים לומר מתי זה ניסיון, למשל בעבירת האינוס בסעיף 345 ששם נאמר כי הבעל אישה שלא בהסכמתה דינו 16 שנות מאסר – מדובר בעבירה מושלמת וכדי לדעת מה זה ניסיון נאמר כי מי שמנסה לבעול אישה העונש עדיין יהיה 16 שנות מאסר, מה זה הכנה לאינוס ומה זה התחלת הניסיון לאינוס? פס"ד [ע"פ 5150/93, 5447 סריס נ' מדינת ישראל](#) – מדובר באדם הנאשם אדון סריס ביקש לטעון בגלל האהבה האסורה – קבע תוכנית לעצמו לדעת אישה בניגוד להסכמתה ואז הוא בוחן את השטח איפה זה יכול לבוא בחשבון בכרמיאל, מוצא מקום וחושב ששם תופיע האישה מבלי להיתפס. בערב האיש הלך לחפש את האישה, ועל פי התוכנית שלו הוא עורב לה מאחורי שיחים וכשהיא מתקרבת הוא יוצא לעברה וגורר אותה למאחורי השיחים בכוח אז מישהו מגיע עם מכונית עם אורות גבוהים ראה את המעשה ועצר את רכבו, סריס הבחין בעצירת הרכב והניח לאישה וניסה לברוח, נתפס נעצר והועמד לדין על עבירת של ניסיון לאינוס. עו"ד קבע באשמה וטען כי אין כאן ניסיון פלילי לאינוס, הסניגור טען כי יש כאן לכל היותר הכנה. הוא אכן ניסה לעשות את מה שמיחסים אליו אבל הוא לא הספיק ומה שהספיק זה רק הכנה בלבד ולפי הנאמר בסעיף 25 לא מפלילים אדם על הכנה – באותה תקופה העבירה היתה צריכה להיות גם בכוח ובסבל ובניגוד להסכמתה, הבעיה היא האם יש כאן ניסיון לבעילה, האם יש כאן התחלה לבעילה, ועל כן הסניגור אומר שאין בעילה ואומר כי הראיה היא כי היא נותרה בבגדיה והוא גם בבגדיו ואי אפשר לומר כי יש התחלה של בעילה שאין כאן כלום, לכעורה הטענה שנונה, אך השופט ברק אומר כי כשאנו בודקים את הגבול התחתון של היסוד העובדתי של אותה עבירה אנו יכולים לקבוע ולהניח כי הגבול התחתון יכול להיות מחוץ לאותו יסוד שהמחוקק קובע אופייני לעבירה – כלומר יכול להיות עוד לפני הבעילה, אומר ברק כי כל התוכנית שלו בעצם השתבשה בגלל שהופרע ולא בגלל שהוא התחרט. עלינו לבדוק מה היה קורה ללולא ההפרעה הזאת והאם עשה את כל הצעדים על מנת להגשים את ההתנהגות שלו – התשובה של ברק היתה שאכן רצה לקיים את מה שהתכוון לעשות, הגיע התנפל על האישה ואת כל הפעולות הנדרשות על מנת להגשים את ההתנהגות. אומר ברק כי נכון שאין התחלה של בעילה שאפשר לומר כי עדיין אין התחלה של חדירה ולכן אין בעילה אך אומר ברק כי חדירה אין זה הגבול התחתון של עבירה פלילית. לצמורך ניסיון יוצאים החוצה עוד לפני הבעילה. ובודקים האם ההתנהגות שלו אכן היתה כדי להגיע לבעילה. הדבר אינו פשוט לקבוע את הגבול בין הקו התחתון כשהאדם מסיים את ההכנה ומתחיל בניסיון – לא תמיד קל הדבר, למשל אם אדם יוצא מביתו ולפניכן הוא משתף את חברו בתוכנית הפלילית שלו והחבר שלו מצלצל למשטרה ואומר על כך והמשטרה עוצרת אותו בדרכו אל העבירה, האם יש כאן התחלת התנועה ליעד? או אם בכלל אותו אדם לא יצא בכלל מבית המשטרה עומרת אותו בבית, האם יש

התחלה של עבירה? כלומר הגבולות תלויות לנסיבות של המקרה. אם ניתן לומר כי אין התחלה אין כאן מה שהפסיקה קוראת מעשה גלוי – מעשה שמסגיר עצמו, כאשר הוא יצא שיחים הדבר ודאי נעשה, ובעצם כל אדם היה מבין מהנסיבות כי האדם ניסה לבעול את האישה, כלומר מבחנו של האדם האובייקטיבי ואיך הוא היה רואה מהצד את ההתנהגות זה הגבול התחתון.

מהגבול התחתון הזה כלומר מאותו שלב שאנו עוזבים את ההכנה אנו בעצם נכנסים אל תוך הקו התחתון של הנסיון הפלילי – בהרבה מקרים יכול להיות מחוץ ליסוד המאפיין את העבירה המושלמת. בהסתכל על המשך התנועה, אנו נמצאים עכשיו בתוך הנסיון הפלילי – בעיה דומה בגבול הקו העליון של הנסיון הפלילי. מתי נגיד כי ההתנהגות הושלמה, למשל מה הוא קו העליון של האינוס? מסתיים בבעילה, יש האומרים כי היא המתקיימת כאשר יש חדירה, אך יש כאלה שאושמו על אינוס אבל לא הצליח להם בחדירה, ולמרות זאת אמר בית המשפט כי לא זה המבחן ואין זה אומר כי לא עשה את המוטל עליו, האחר יכול להגיד כי בעילה בין גבר לאישה זה לא רק חדירה אלא לאחר גמירה, בית המשפט יאמר כי זה מה שבדרך כלל יקרה אך לא זה המבחן המשפטי לבעילה. כל הטענות הללו נטענו לפני 94' כאשר היה ניתן חצי עונש והיה טעם לבדוק האם היה נסיון או הושלמה העבירה, אך היום פחות נפגוש במצבים אלו כי אין טעם לטענה זו, אך עדיין אין ספר שבית המשפט צריך לקבוע לעצמו איך הוא מבין את כוונת המחוקק בעבירת הבעילה, יש הגדרת המחוקק מה זה בעילה בחוק אבל עדיין אחרי כל כיתוב יש פרשנות למה התכוון המחוקק, כלומר גם הקו העליון הוא טעון פרשנות, טעון באור וטעון החלטה משפטית מה הוא הקו העליון וגם הוא כמו הקו התחתון תלויי נסיבות, כלומר יש התנהגות שבית המשפט יגיד לגביה כי היא הושלמה ויש התנהגויות שיגיד בית המשפט שהגיע לקצה אבל לא הושלמה, אי אפשר לומר מראש באופן כוללני מתי ההתנהגות שולמה או לא – תלוי בנסיבות.

הקו העליון בעבירה תוצאתית מאוד פשוט לזהות כאשר זה לא בקו העליון – כאשר לא מסתיים בתוצאה אז אין עבירה מושלמת, לא ניתן להגיד למשל שיש רצח כאשר לא הצלחת לגרום למותו של הזולת – אין תוצאה של מוות אין עבירת הריגה רצח או גרימת מוות ברלשנות, כמו בחבלה חמורה – אין תוצאה שניתן מבחינת החוק להגיד שהיא חבלה חמורה אז אין זה חבלה חמורה ולכן התוצאה לא הוגשמה. עבירות תוצאתיות מסתיימות אכן כאשר התוצאה מתרחשת אבל בעבירות התנהגויות אין דרישה לתוצאה ושם כמו באינוס תמיד תעלה השאלה מה היא אותה התנהגות מושלמת? קיימות עבירות התנהגויות הדרושות לנסיבות ואם לא מתקיימת הנסיבה האסורה אז ודאי שאין התנהגות מושלמת. אדם שקובע כי הוא רוצה לאנוס אישה, והיא אכן רוצה בזוה, הוא חושב כי הוא אנס אותה אבל היא חושבת אומרת כי היא הסכימה לכך כי היא רצתה בזוה, ולכן האם יש כאן עבירה או לא? לפי סעיף 26 נראה כי מצבים כאלה יכולים להיתפס כעבירות אבל הקו העליון של היסוד העובדתי של הנסיון הוא תלוי נסיבות ואי אפשר לקבוע מראש מתי זה מתרחש.

סעיף 26 : "לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". יש להבחין בין שני מצבי צבירה בין חוסר אפשרות : עובדתית ומשפטית.

חוסר אפשרות משפטית : הכוונה לכך שאדם טועה ביחד למצב הדין, שהוא חושב שהוא מנסה לעבור עבירה, אך בפועל ההתנהגות הזו שהוא חושב שהיא עבירה החוק לא מפליל אותו. אדם שרוצה להיות עבריין אין הוא יכול לקבוע זאת אם היא לא קבועה בחוק ולכן חוסר אפשרות משפטית קובע מראש את התוצאה – אם אותה התנהגות שאנו בוחנים אותה של נסיון בקצה שלה בסופה היא בכלל לא עבירה מבחינה משפטית אז אין כלל נסיון א העבירה המושלמת לא עבירה אז גם הנסיון לא עבירה וגם יש להסתייג בהארה אחת שאכן יש מצבים חריגים מאוד שאין עבירה מושלמת אבל בכל זאת יש נסיון למשל פעם חשבנו שאפשר להפליל את האדם המנסה להתאבד, אך לא ניתן לעשות זאת, למרות שאין עבירה מושלמת של התאבדות נאמר כי מי שמנסה להתאבד מנסה בלבד דינו היה הרבה שנות מאסר – עבירה של נסיון להתאבדות היתה קיימת הרבה שנים – החברה הישראלית הבינה כי מצידה של החברה לא הגיוני להעמיד לדין אדם שניסה להתאבד – האידיאולוגיה היה שאדם שמנסה להתאבד הוא פוגע בחברה. יחד עם זאת השאירו בתוקף את העבירה של סיוע בהתאבדות – שידול או סיוע להתאבדות – דינו הרבה שנות מאסר. אין נסיון ואין

מושלמת אך יש שידול או סיוע. הכוונה היא כי כדי לגזור עבירת נסיון אנו צריכים עבירה מושלמת אבל החרגי הוא כי המחוקק יכול לקבוע שיש נסיון מבלי עבירה מושלמת.

חוסר אפשרות עובדתי : יש כמה מצבים המייצרים את החוסר האפשרות העובדתי, למשל שהאדם בוחר באמצעים האמורים להגשים את העבירה אך הם אינם מתאימים, אנו יכולים לדבר על חוסר אפשרות משום שהאובייקט הוא שונה מזה שאמור להיות מזה שהמחוקק קובע. חוסר אפשרות עובדתית מחמת טעותו של האדם ביחס לאותם רכיבים שמרכיבים את העבירה – רכיב התנהגותי או משום שדברים אובייקטיביים שאמורים להתקיים לא התקיימו מבלי שידע, למשל דוגמא : כדי לקטול חייו של האדם הנאשם תכנן לעשות עם נשק ומה שלא ידע זה שדבר התוכנית שלו התגלתה מבעוד מועד והמשטרה פרקה מהנשק שלו את הנוקר כאשר בא לבצע את זממו והוא מתועד ע"י המשטרה כשהוא רוצה לעשות זאת, הוא מכוון את הנשק אבל לא יורה, מצב דברים שלא ידע שיתרחש – אותה חוסר אפשרות שנסעה מהוצאת הנוקר שבלעדיו הירי לא מתקיים. במקרה זה בין אם מדובר בטעותו של אדם שהוא בוחר את הדברים ובין אם מדובר במצב של דברים שלא ידוע לו אבל בגלל שקיים הדבר הזה זה מסכל לו את התוכנית, בשני המקרים מבחינתו של האדם האדם באמת ביקש להגשים את תוכניתו מבלי לדעת שהתוכנית הזאת היא ברת הגשמה בגלל ליקוי או בגלל בעיה שהוא לא היה מודע לה. במקרה זה כזה אומר המחוקק כי העובדה שזה לא צלח והנסיון אינו צליח אין בה כדי להואיל לנאשם. ואכן בספרות יש הבחנה בין נשיון כשל לזניח – נסיון כשל זה אותו נסיון שמרקה שאנו יודעים שאין לו סיכוי להגשים עצמו כי אם אדם בוחר למשל להמית את זולתו באמצעות סוכר והוא חושב שסוכר זה רע, לא שהוא יודע שזה סוכר והוא בוחר בזה אלא הוא טעה ובחר בסוכר, שבד"כ לא ממית אנשים בריראים – מדובר בנסיון כשל שמבחינתו של המחוקק זו התנהגות של נסיון בכל מובן המילה, גם אם התוצאה נמנעת בגלל שהאמצעי לא מתאים אין בכך להפחית מהאחריות הפלילית. נסיון צליח זה באמת כאשר יורים ועשה כל מה שחשב לטוב – התכוון ולקח נשק שיורה אבל האיש זז מהמקום שהיה צריך להיות, עדיין יואשם כי העובדה שלא פגע בו אין בה כדי לשנות את האחריות – נסיון צליח כלומר אילולא באמת משהו בשניה האחרונה מנעה את התוצאה זה היה מצליח כי האדם עשה כל מה שנדרש כדי להצליח התוצאה. הבחנה אחרת שמקובלת בתחום זה בספרות זה בין נסיון מוגמר לבין נסיון לא מוגמר – מוגמר כאשר כאמור האדם הגיע לדרגה העליונה של התנהגותו ואז השאלה היא האם יש כאן עבירת נסיון. לא מוגמר זה כאשר האדם לא מגיע לגבול העליון ואנו יודעים שבשל זה שזה לא מוגמר השאלה האם אותו חלק שהוא כן הצליח לעשות מהווה נסיון במובן הפלילי או לא. ההחבנות האלה של צליח ולא צליח למוגמר ולא מוגבל זה זרים לנו כדי להבין את הסיטואציה אבל גם בלעדיהם אנו מביאים את כוונת המחוקק בסעיף 26 לעניין חוסר אחריות כאשר הרעיון לה מחוקק הוא כי אם אדם קבע לעצמו להגשים התנהגות פלילית והוא יצא לדרך איתה, אבל היא לא מוגשמת בגלל שהוא טעה בבחירת האמצעים כדי שבאמת הם יגשימו את אותה התנהגות או משום שיש חוסר אפשרות אחרת שהוא לא היה מודע לה. נניח כי אדם סוחר לסיים חיי זולת השנוא עליו ע"י זה שהוא אומר כי נעלה אותו כמו את אליהו לשמיים בלהבות, ואז בוחר את המקום – ביתו של האדם, הזמן – הזמן שהוא הולך לישון ורוצה לשרוף אותו בזמן שנתו, אך מה שאינו יודע ומה שאמור לדעת זה שלאותו אדם יש עוד מישהו ששנא אותו במקרה אותו לילה מישהו אחר הקדים אותו בכמה דרות וירה לו בראש וכשבא זה לשרוף אותו ההוא כבר היה ירוי והשאלה האם אפשר להעמיד אדם לדין פעמיים? שכן הוא שורף גבייה, האם זה נסיון להמית אדם? הרי אדם זה כשיש נשמה בו ואם אין נשמה באפו אין זה אדם. ואין עבירה כזו של ממית גבייה, ואם כן מה זה שרכיב לא מתקיים? (מתוך פס"ד

לבד מהמצב של חוסר אפשרות משפטית או טעות לגבי מצב משפטי עוד מצב בהקשר להתנהגות המתוארת על דרך פסיבית או אקטיבית או שניתנת לתיאור בדרך של התנהגות של ניסיון – לדוגמא התנהגות אבסורדית. גם סוג זה של התנהגות נגרע מהחוק הפלילית, למשל אדם ההולך לידעונית ומבקש ממנה שתביא למות השכל שמפריע לו, ביקשה ממנו כסף ואם כך זה יעשה. אך אין היא יכולה לגרום לכך והאם מדובר בשידול אדם לרצח, האם מדובר בניסיון או שנגיד כי אין אנו יודעים למה היא התכוונה לעשות אבל אנו יודעים שהתנהגויות אלו לא מגשימות עצמן ואין החוק מתעסק באמונות תפלות ונומר כי זוהי התנהגות אבסורדית ואין מתעסקים בכך שהרי היא אינה מזיקה – החוק הפלילי לא מתעסק

בכך. השאלה היא איזה התנהגות היא באמת אבסורדית ואיזה לא? הגבול בין מציאות לדמיון אינו ברור.

לסיכום סעיף 26 : חוסר האפשרות בין שמועים לו ובין אם לא לא ימנע את הטלת האחיות עליו, כמובן שאגם המבקש להמית את זולתו באמצעות סוכר ובכל זאת חושב שימות מהסוכר כי הוא מאמין שע"י תפילה הוא ימות בידי הסוכר למרות שהוא יודע שבכך מדובר והאדם לא מת, לאדם זה לא נאשים ברצח כי הוא הרי יודע שמדובר בסוכר ולכן מדובר בהתנהגות אבסורדית. אבל אם אדם רוצה להרעיל זולתו באמצעות רעל והוא אינו יודע שמדובר בסוכר זה כבר סיפור אחר.

בהגדרה נאמר כי נסיון הוא אם אדם מנסה לעבור עברה במטרה לבצעה – עבירת הנסיון לא תתאים לכל עבירות הנסיון, כמו בפזיזות – בנסיון האדם עושה זאת במטרה שאותה התנהגות אכן תגשים עצמה, ובעברה של פזיזות המאפיין את הפזיזות זו אותה אדישות למשל שאדם שווה נפש ביחס לתוצאה – ואי אפשר להגיד שאדם שם לעצמו מטרה כדי להיות אדיש, אדם לא יכול להתכוון להיות אדיש. אדם גם לא יכול להיות קל דעת כי למעשה כדי להיות קל דעת אין אני מתכוון לעבור את אותה עבירה – מאמין שימנע את התוצאה ולכן ממשיך לעשות את אותם הדברים ולכן אין הוא יכול להגי כי הוא גם יכול לעבור את העבירה וגם לא ולכן לגבי עבירות הפזיזות אין נסיון לעבירת הריגה למשל לעומת זאת בקום נסיון להריגה יש עבירות אחרות כמו "העמדה בסכנה, לזולת, אלו תחליפים לעבירת הנסיון בפזיזות, כלומר בכל העבירות ההתנהגותיות יש נסיון ובעבירה תוצאתית של כוונה יש נסיון ואין נסיון רק בעבירה תוצאתית של פזיזות.

היסוד הנפשי הוא כאמור דרישת המודעות של האדם מפני שהדרישה הזאת היא חלק חיוני של כל מחשבה פלילית, ועבירה זו היא הרי מחשבה פלילית והנה כי כן יוצא מזה שאין נסיון בעבירת רשלנות. היסוד הנפשי בעבירת הנסיון כשעבירת הנסיון מוגבלת לעבירה של מחשבה פלילית מסוג התנהגות או עבירה תוצאתית של כוונה המאפיין הוא דרישת המודעות של האדם שהוא לכל רכבי התנהגותו לקיום נסיבות ולתוצאה אפשרית ובנוסף למטרה שצריכה להיות מול עליו שהוא מבקש באמת להגשים את אותה התנהגות ולהביא אותה לידי סיום מוצלח. המאפיינים את דרישת המטרה לא צריך להוכיח כי האדם באמת הצליח להגשים את המטרה אלא היא צריכה רק לעמוד מול עליו – אם התכוון לאנוס את הגברת הוא לא חייב להצליח כמי שיחשב כמי שהיתה לו מטרה כזו, כלומר המאפיין של היסוד הנפשי של עבירת הנסיון זו דרישת המודעות מצד אחד לכל רכיבי ההתנהגות ובמטרה לסיים את אותה התנהגות.

בהמשך לעניין העונש לאחר תיקון 39 בשנת 94 לעבירה מוגמרת בכל זאת יש הבחנה העולה בסעיף 27 : **"הוראה שבה נקבע לעבירה עונש חובה או שנקבע לה עונש מזערי, לא תחול על נסיון לעבור אותה"**. כלומר בכל העבירות שיש בצידן עונש מינימום או חובה העונשים האלו לא יחולו על עבירת הנסיון. למשל בסעיף 355 בעבירות מוגמרות יש רבע עונש, עונש המינימום מתייחס לעבירות מוגמרות שהמחוקק מונה אותם בסעיף, כלומר ההוראה הכללית של פטור מעונש מינימום האמור בסעיף 27 ממשיך להתקיים.

פטור עקב חרטה בסעיף 28 : **"מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה"**. עד שנת 94 מי שהתחרט במהלך ביצוע העבירה, למשל אדם שפרץ לביתו של הרב ללא ידיעה לאחר מכן התחרט והתקשר למשטרה, לא הקלו בעונשו ובשנת '94 ניצלו את החידוש של החלק הכללי ועודדו אנשים להתחרט ואמרו כי אם אדם מתחרט בכנות ומעומק ליבו הוא טעה יש לעודד אנשים כאלה ונפטור אותם מאחריות פלילית לפי סעיף 28. למשל בדוגמת הפריצה לבית הרב, הוא באמת התחרט מעומק ליבו אך זה קרה לפני שנת 94. אם נניח אני מתכוון לגנוב אוצר בביתו של אחר ובכניסתי אני רואה כלב ואני מתחרט בביצוע בפריצה זו לא חרטה שהמחוקק מתחשב בה, כלומר אם אדם רואה שוטר בפנינת המקום שהוא מתכוון להגיע עליו זו לא חרטה מחפץ נפשו של האדם זו לא חרטה אמיתית אלא הכוונה לחרטה לא משיקולים תועלתנים. החרטה שהוא מתחשב בה זה מטעמים אמיתיים בלבד. לא תמיד אדם יכול למנוע את השלמת העבירה ע"י החרטה

כשהוא חלק מחבורה, שותף לאחרים ורק הוא מתחרט והאחרים ממשיכים בעשיית הדברים ואז מה שעליו לעשות על מנת לזכות בפטור א. להראות שזו חרטה אמיתית, ב. להודיע למשטרה על כל הידוע לו בתכנוני המשטרה ולעזור למשטרה למנוע את הדברים, אם הוא מסתיר מהמשטרה פרטים חיוניים על חבריו הרי הוא לא יזכר בפטור.

הדבר האחרון שאומר לנו המחוקק זה שאם החרטה מתבצעת בשלב שבו עד אז כבר עשית מעשה שנחשב לעבירה מושלמת - התפרצות לביתו של אדם זה כבר עבירה לשמה, עצם ההתפרצות היא עבירה ויש עבירה גבוהה יותר כמו פריצה בכוונה לבצע פשע, אם נתפס לאחר הפריצה לפני עשיית הפשע מקבל פטור מהעבירה היותר חמורה אך לא תקבל פטור ממה שהושלם כלומר מזה שכבר פרץ.

סעיף 22 – 25.5.09

הצדדים לעבירה :

נשאלת השאלה כיצד יוצרים את אחריותם של אנשים אשר תרמו בהתנהגותם בביצוע של העבירה, חלק זה נכנס לעבירות נגזרות כי גם כאן בדומה לשאלה של נסיון גם כאן השאלה מתמקדת באופן ובצורה המשפטית ואנו אמורים לגזור את אחריותם של אנשים אשר כל אחד על פי חלקו תרם בהתנהגותו על מנת לאפשר את המושלם, כלומר בהתנהגותו אפשר לקבוצה שאליה הוא משתייך תרם כדי שאכן האנשים הללו יצליחו להביא לידי סיום מוצלח את ההתנהגות שלהם, מבחינה משפטית השאלה היא איך המשפט גוזר את אחריותו של כל אחד מהקבוצה?

המחוקק מבחין בין סוגים שונים של אנשים שההבחנה ביניהם היא צורת השותפות שלהם לקידומה של העבירה הפלילית ותרומתם כל אחד על פי החלק שלו, לשכלולה של העבירה. במימד העקרוני המחוקק מבחין בין שני סוגים של שותפים פליליים : השותפות הישירה – המעגל הראשון שעליו נמנים אותם אנשים שאנו תופסים אותם כמי שבפועל ביצעו את העבירה וכמי שהתנהגותם אפשרה באופן ישיר את ביצועה של העבירה, על מעגל זה אנו כוללים את המבצעים בצוותא, את המבצע באמצעות אחר ואילו למעגל השני של השותפים – השותפים העקיפים – כוללים את המשדל ואת המסייע לדבר עבירה.

ההבחנה בין השותפות הישירה לעקיפה היא במידת התרומה של אותם אנשים או באופן שהם תרמו, בו בעת שהשותפים העיקריים מתאפיינים מכך שהם בעצמם בהתנהגותם שלהם השתתפו בפועל בביצועה של העבירה עצמה. היחס של המחוקק בנושא גזרת האחריות – איך גוזרים את האחריות, משתנה ואינו אומר בהכרח כי מי שמנמנה במעגל השני הוא בעיניו פחות חמור מאשר זה שבפועל ביצע את העבירה – מהמעגל הראשון, אלא מה שהוא אומר זה שבעיניו יש לאבחן בין שני סוגי המעגלים ולאחר מכן יש אפשרות כי גם זה שנמנה במעגל השני ותרם באופן עקיף לביצוע העבירה, יתכן שתרומת התנהגותו כל כך חשובה שבעיניו של המחוקק בגלל התרומה החשובה הוא משווה אותו מבחינת האחריות לזה שבאופן ישיר עשה את הדברים. אכן המשדל לדבר עבירה העומד מאחורי הקלעים ומנמנה במעגל השני שתרומת התנהגותו היא עקיפה – בעיניו של המחוקק המשדל מבחינת התרומה שלו הוא שווה ערך בעיניו לזה שבפועל ביצע את העבירה. יש להשים לב כי למרות ההבחנה בין התורם באופן עקיף לישיר – בעיני המחוקק יש תורם עקיף שבגלל מה שהוא עשה בעיניו אותו תורם עקיף, הוא שווה ערך למי שביצע את העבירה. בהגדרה המשדל הוא זה שגרם מבחינה סיבתית לאחרים לעבור את העבירה הוא זה שאפשר או זה שנטע את הרעיון הפלילי במוחם של המבצעים ולולא המשדל המבצעים העיקריים לא היו מבצעים את העבירה. התרומה שלו היא כל כך משמעותית וכל כך חשובה בעיני המחוקק שהוא אומר כי העובדה שהוא לא עשה זאת בפועל ורק גרם למישהו אחר לעשות את זה אין זה משנה כי לולא הוא זה שנתן את הרעיון הפלילי והבוא זה שהביא את האחר לעשות את הדברים הוא לא היה עושה את הדברים. ולמרות שהוא לא עשה זאת פיזית והוא גרם לאדם אחד לעשו זאת האחריות שלו לא פחות חמורה מזה שעשה זאת בפועל. האחריות שלו עקיפה אבל בכל זאת יש ביניהם הבחנה והוא רוצה לעמוד על הבחנה זאת. לעומת זאת, השותף העקיף האחר – המסייע – מבחינת תרומתו שלא כמו המשדל הוא בסך הכל מסייע והוא לא זה שגרם לאחרים לעשות את העבירה הוא בסך הכל מקל על האחרים לעשות את העבירה אבל

האחרים יכולים להסתדר גם בלעדיו, הוא לא זה ששידל אותם לעשות את העבירה, ובשל כך, מבחין המחוקק בינו לבין המבצעים העיקריים בכך שהוא קובע שעונשו של המסייע מאז שנ' 94' העונש הוא מחצית העונש מזה הצפוי למבצע העיקרי, שהרי עד שנת 94' המסייע כמו גם המשדל נתפסו להיות בעיני המחוקק כצורות נוספות של שותפות פלילית עיקרית ראשונה, כלומר לא היתה הבחנה ביניהם.

העבירות הנגזרות או הצדדים לעבירה – המושג של צדדים לעבירה נשען על חלוקה רעיונים של האחריות בין האנשים השונים שתורמים לביצוע העבירה כלומר אלא שנמצאים מאחור במעגל השני – שותפים עקיפים – משדל ומסייע להסביל מאלה של המעגל הראשון שמבצעים בפועל את העבירה – המבצע בצוותא ובמתותה.

סעיף 29 :

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

כמעט כל התנהגות שיש לה בכדי עבירה יכולה לעשות בידי יחיד ויכולה לעשות בידי רבים, למרות שיש כמה עבירות שהמחוקק מייחד אותם ליחיד או לרבים. נכון כי יש לפעמים עושה מסויים שמדובר למשל בעבירת הגניבה – גניבה ממעביד, והעובד צריך להיות העובד של המעביד ולא מישהו שמחוץ לעבודה. למחוקק אין זה משנה מי עשה את העבירה יחיד או קבוצה – יש להוכיח לגבי היחיד כי בהתנהגותו הוא ביצע את כל יסודות העבירה את החלק הפיזי והנפשי של העבירה והוא הדין גם אם עשתה את זה קבוצה – יש להוכיח כי הקבוצה בהתנהגותה הכוללת גיבשה את היסוד הפיזי של העבירה וכן אצל כל אחד מהמבצעים התגבש היסוד הנפשי הדרוש. מבחינתו של המחוקק להבדיל מהמקרים שהוא אומר שהוא רוצה יחיד או רבים, רוב העבירות לא אומר זאת – מנוסח באופן כללי.

“(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 - המחוקק אומר כי לא מטריד אותו מי עשה מה, אינו דורש שתהיה חלוקה שוויונית בין המבצעים השותפים, מה שמעניין את המחוקק זה שכל אחד אכן תרם משהו מהותי בדרכו שלו – וסך כל התרומות של כולן רואים שכולן ביחד אכן גיבשו את היסוד העובדתי של העבירה. למשל סעיף 402 עבירת השוד – מדבר על גניבה ע"י שימוש בכוח או איומים, לדוגמה שוד בבנק שבו משתתפים 4 שנים ולפני שיוצאים לשוד יש חלוקת אחריות ביניהם, בשעה שרק אחד מהם לקח את הכסף באיום, אבל הארבעה יחד תרמו ביחיד הזה אפשר לו לעשות את זה, כלומר מה שאומר המחוקק זה שלא מעניין מי גיבש את היסוד העובדתי של העבירה אלא האם החבורה בשלמותה גיבשה את היסוד והאם האחד אפשר לשני לעשות זאת. היסוד העובדתי ניתן לחלוקה ויכול להתגבש ע"י הקבוצה כולה מה שלא כן ע"י היסוד נפשי – כדי להיחשב כמבצע הבצוותא את העבירה חייב כל אחד מהמשתתפים לגבש אצל עצמו את כל היסוד הנפשי, כלומר לא יכולים לצאת לפעולה של שוד ולא יכול להיות מזוהה עם היסוד הנפשי של שוד – כלומר מודעות לכך שהוא וחבריו עושים פעולה של גניבה באופן אלים. ואם אין בו את יסוד נפשי זה הוא אינו יכול להיחשב כמבצע העבירה, כלומר בו בעת באיזה חלק בשוד הוא תרם פחות חשוב למחוקק אלא מה שחשוב זה שגם עם תרומה קטנה ביותר וכל מה שעשה זה אולי להביא את חבריו ברכב לאותו בנק, הרי אתה היושב באוטו צריך לגבש אצלו את היסוד הנפשי של השוד – מודעות לכך שחבריו והוא הולכים לבצע שוד. היסוד הפיזי של העבירה אצל המבצעים הצוותא אינו חייב להימצא אצל כל אחד מהמבצעים באופן מושלם די בחלק ובלבד שצרוף כל החלקים יגבש את השלם, לעומת זאת היסוד הנפשי חייב להימצא בשלמותו אצל כל אחד מהמשתתפים וכך בעצם נבחין בין המבצע בפועל לבין המסייע ששם אינו צריך לגבש אצלו את היסוד הנפשי של העבירה אליו הוא מסייע. יש להגדיר על מבצעים בצוותא בפעילות פלילית בד"כ קורה כאשר מדובר אכן בתבניות ידועות מראש כמו ארגוני פשיעה או ארגונים פחות מתוחכמים כמו חבורות מזדמנות של פשע וגם שם לפני שיוצאים לדרך יש תוכנית פלילית ומישהו יוצר אותה. אבל חשוב גם להדגיש כי שותפות לפשע לא חייבת להיות ערוכה ומתוכננת מראש, שותפות לפשע יכולה להוצר בן מרגע, למשל אם הולכים מספר אנשים ברחוב ונתקלים בחבורה אחרת, ובלי מתוכנן מתרחשת קטטה ואז בלי שאף אחד אמר לשני מה הוא עושה כל אחד מהמשתתף לקבוצה מסויימת יוצא לעזרת חבריו - גם זו שותפות בעיני החוק, גם אם חברו יחדיו מבלי לדבר יחשב לביצוע בצוותא, נכון כי היא אינה מתוחכמת אך עדיין תחשב

לביצוע בצוותא. לא כל שכן כשמדובר בתכנון מוקדם אז ודאי קל יותר לזהות מי השתייך לאותה חבורה ומה היה התפקיד של כל אחד. אבל גם אם אין לנו תכנון מוקדם עדיין אין בכך כדי להפחית מההגדרה שמספר אנשים שבלי תוכנית מוקדמת פשוט חברה על דרך ההסכמה ההתנהגותית – כך יוצא שהתרומה להתנהגות בין חבר לחבר היא שאפשרה את האסון שקרה בדרך. דוגמה לכך הוא שלפני מספר שנים מדינת ישראל חוקקה חוק שהיא התחייבה לחוקק אותו -חוק המאבק בארגוני פשיעה משנת 2003 משום שהיתה מחוייבת בגלל שבשנת 2000 היה בפלרמו יצאו לאבק בפשע מאורגן, והמדינות לקחו על עצמם לאמץ את המאבק שכל מדינה תחוקק בתחומה שלה את הוראות המאבק בפשיעה המאורגנת. כשאי אפשר להפעיל את סעיף 29 מחפשים חוק אחר כדי לאכוף את ארגוני הפשיעה.

”(ג) מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרים 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”.

ביצוע באמצעות אחר – הכוונה לאותו אדם המפעיל אחר מתוך הערכה של המפעיל שבגלל שהאחר שהוא מפעיל אותו לא יישא באחריות פלילית בעצמו לכן גם הוא מפעיל אותו לא ישא באחריות, אכן המחוקק נותן הדגמה רעיונית למה הוא מתכוון בסעיף 29 (ג) – הדגמה ואין מדובר ברשימה סגורה :

(1) אדם שמפעיל קטין לבצע עבירה הקטין לא יישא באחריות פלילית כי הוא קטין אבל כדי להתגבר על עובדה שגם השולח לא יישא באחריות המחוקק אומר שהוא יישא באחריות כאילו הוא ביצע את העבירה – האחר היה בסך הכל כלי טכני של השולח. קטין לא נושא באחריות פלילית אבל זה שהפעיל את הקטין הוא שיישא את באחריות וכך גם מי שמפעיל אדם הלקוי בשכלו.

(2) למשל היפנוזה – מהפנטים מישהו ושולחים לבצע פעולה שהוא אינו מודע לו. הוא לא ישא באחריות בגלל שהוא נמצא במצב שהוא בהעדר שליטה והפעלתו של האדם ישא באחריות.

(3) למעשה מדובר במצב כאשר מפעילים אדם ומציגים בפניו מצב דברים ומבקשים ממנו למשל להעביר מזוודה כי יש לו המון מזוודות ואין לו אפשרות להעביר עוד אחד והוא אינו מורשה להעביר פנימה והוא בתום לב שאין לו שום מודעות למשהו לא בסדר ובכניסה תופסים כי מובר בסמים למשל אותו לא ניתן יהיה להאשים כי לא היה לו מודעות למה שיש בתוך המזוודה ומבלי כך לא ניתן להאשימו אבל זה שהפעיל אותו ושולח את המזוודה הוא שיישא באחריות הפלילית. או שמדובר אכן במקרה אומרים לאדם שיש במזוודה דברים יקרים והוא יודע שהוא מכניס אכן מזוודה עם בגדים אבל במקום כך יש דבר אחר שהוא אינו מודע לו, שופטים עליו בעצם בטעות במצב דברים כי הוא חשב שיש במזוודה בגדים ומי שיישא באחריות יהיה השולח את האדם עם המזוודה.

(5) מצב שבו למשל אני מאיים על מישהו באקדח והאדם יורה באקדח שנתתי לך באדם אחר או שאני יורה בו, אז הוא יורה באדם האחר כי הוא נאלץ מתוקף הנסיבות המיוחדות הללו כי כפיתי עליו את הדברים ואני ישא באחריות. צידוק הכוונה לאותם דברים למשל במצבים של היררכיה למשל בצבא שעליו לציית לפקודה אך מדובר בפקודה בלתי חוקית ולא אשא באחריות. אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל אין לו פטור כי אסור לו לעשות אותה מלכתחילה.

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

שיעור 23 – 8.6.09

משדל - יש לזכור כי לולא השידול של המשדל לאותו ביצוע העבירה לא היתה מתרחשת ומזה אנו למדים כי אם אדם בא אצל האחר ומנסה לשתול אצלו במוח רעיון פלילי – מנסה לשדל אותו לעשות משהו שבלי שום קשר אליו רצה לעשות אותו – אז אין כאן שידול, כלומר

אם אותו אדם התכוון לעשות את הדבר אין כאן שידול, יש כאן לכל היותר נסיון לשדל. שידול הוא כאשר מגיעים לאדם שלא התכוון ולא חשב לעשות, או אם אפילו חשב הוא הסס ולא היה בטוח שהוא רוצה לעשות את זה אבל אתה גורם לו להסיר את כל ההיסוסים ולהשתכנע כי כדאי לו לעשות את הפעולה. הוא עושה את הדברים בגלל שאכן שידלת אותו.

המשדל הוא שותף עקיף משום שהוא בעצמו לא לוקח חלק בביצוע הפיזי של העבירה, תפקידו מסתיים בכך שהוא משכנע את המבצע העיקרי לעשות את הדברים. ויחד עם זאת יש מצבים שהמשדל לא מסתפק במלכת השידול אלא אחרי שהוא אוסף את האנשים שהוא רוצה אותם, כלומר אחרי שהוא גורם לאנשים שהוא פונה אליהם להסכים לבצע את העבירה, הוא חובר אליהם או מנהיג אותם. כלומר יכול להיות כי משדל יעבור ויהיה גם שותף עיקרי – יהיה אחד מהמבצעים בצוותא, לא רק אחד מהמבצעים אלא אולי ינהיג אותם – מה שנקרא המוח מאחורי העבירה – כגם שידל ואסף את האנשים וגם הנהיג אותם איך לעשות את הדברים.

לאחרונה ישראל הצטרפה למדינות אחרות בהקשר זה וחוקקה את חוק המאבק בארגוני פשיעה משנת '03 – חוק זה מתייחס גם לחיילים – אם משתתפים בארגון פשיעה בעונש יהיה כפול. חוק זה הוא חוק חדש ובתי המשפט בינתיים משתמשים בו ברוחב לב.

מבחינתו של המחוקק אחריותו של המשדל שבא לידי ביטוי שעונש שצמוד למה שהוא עשה – העונש הוא אותו עונש של המבצע – של אותו אדם שהוא גרם לו לבצע את הפעולה, הסיבה לכך זה כי לולא ההכוונה שלו העבירה לא היתה מתבצעת.

השידול מתבטא בהרבה אפשרויות : סעיף 30 - **"המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה"**. מדובר באמצעים שהאדם האחר יכול לסרב להם. כשמדובר בדרישה מדובר בבחירה של האדם לעשות את הדברים. "לחץ" הכוונה בלחץ לגיטימי, לא ללחץ פיזי של הצמדת אקדח לדוגמא – הכוונה אינה ללחץ של הצעה שאין הוא יכול לסרב לה כי אם בכך היה מדובר אז יש לו למבצע הגנה של כוח. דינו של המשדל כדינו של המבצע העיקרי – מבחינת יסודות העבירה של המשדל של השידול גם כאן יש להבחין בין היסוד הפיזי לבין היסוד הנפשי, ביסוד הפיזי יש להוכיח כי אכן התנהגותו של המשדל גרמה בפועל למשדול באחת הדרכים שהחוק אומר בסעיף 30, וגרמה לו לעשות את העבירה – יש קשר סיבתי בין אותה בקשה לבין ביצוע העבירה בפועל. מבחינת היסוד הנפשי - אדם היה מודע לכך שמה שהוא עושה זה אכן פניה לזולת מתוך נסיון לגרום לזולת לעבור את העבירה ואכן היתה לו מטרה כזאת מול עיניו. כאשר משדלים מישהו לשידול לרצח צריך שהאדם יהיה מכוון ליסוד נפשי של רצח – יש להיות מודע לכך שלאדם הוא כמו הרוצח עצמו מתכוון אכן לקטול את חיי האדם – שהמשדל יקטול את חיי הזולת. כלומר היסוד הנפשי של המשדל צריך להיות היסוד הנפשי של מבצע העבירה שבה מדובר. יש לזכור כי כאשר מדובר בעבירות נגזרות הן נגזרות מהביצוע המושלם – הן צמודות לעבירה מסוימת – סעיף 29 ביצוע בצוותא לעבירה אחרת כמו אינוס, רצח וכו'.

המסייע – כאן יש חידוש משנת '94 בתיקון 39 והוחלף החלק הכללי של חוק העונשין ובמסגרתה ניצלו את ההחלפה על מנת לחדש את הדבר שעד שנת '94 המסייע היה אחד הצורות של שותפות לעבירה ועונשו לפני התיקון היה בדיוק אותו עונש כמו יתר השותפים, לאחר התיקון המסייע אומנם נחשב לשותף אבל עקיף ועונשו חצי מהעונש של המבצע בעיקרי. בגלל עובדה זו שכיום עונשו של המסייע הוא רק מחצית מהעונש, רואים בפסיקה כי מתעכבים על הנסיון לאבחן בין נסיון לבצע לבין המבצע העיקרי. היום יש המון נסיונות של נאשמים בביהמ"ש לשכנעם שהם רק מסייעים ולא מבצעים בצוותא. הבעיה היא כי ההבחנה בין מסייע לבין מבצע עיקרי היא קשה מאוד כי עם כל הכוונות הטובות של המחוקק לעזור לאבחן בניהם ההגדרה של המחוקק היא הגדרה לא מוצלחת שכן בסעיף 31 אומר המחוקק : **"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"**. כלומר, כל המצבים המתוארים בסעיף יכולים בעצם להמצא גם בתוך המסגרת של הביצוע העיקרי, למשל כאשר מדובר ב"מאבטח את

הזולת", לכעורה הוא מסייע ולא היא מפני שלמשל זה שעומד מחוץ לבנק כאשר שלושת חבריו נכנסים פנימה והאחר מחכה מחוץ לבנק הוא מאבטח את חבריו אז השאלה אם הוא מסייע או מבצע עיקרי, כך הדבר דומה למי שהביא את חבריו לביצוע העבירה ברכבו. אם בוחנים את הדבר רק לפי ההגדרה של סעיף 31 הוא אמור להיות מסייע אבל לא כך הדבר כי לדעת את ההבחנה אם הוא מסייע או מבצע עיקרי זה בעצם לדעת על איזה מעגל מסווגים אותו 0 המעגל הראשון או השני, הראשון הוא כאמור אלא שבפועל עוסקים בקידומה של העבירה עצמה – כלומר הם חלק מהתוכנית הפלילית, המבצע העיקרי. למשל: המשדל חילק תפקידים באופן כזה שמישהו יאבטח ברגע שהוא מההתחלה היה חלק מהתוכנית הוא לא מסייע הוא חלק מהמשתתפים בפועל כי הוא חלק מהתוכנית המקורית, המסייע לעומת זאת לא חלק מהתוכנית המקורית הוא נכנס פנימה באיזה שהו שלב למשל כדי לעשות עבירה צריך להשיג נשק, פונים למישהו שמבין בכך, והוא מספק את הנשק, לעומת זאת אם עוסקים בארגון יותר ממוסד יש בעלי תפקידים – מחסנאי אפסנאי ונשק, ואם אתה חלק מארגון קבוע – חלק מתבנית ידועה אז בעצם מדובר בחלק מהמבצעים הפועל. החנות של הנשקים הוא רק סייעו לעבירה – מדובר בסיוע מחוץ למעגל יש להבחין בין המסייע בסעיף 31 לבין המסייע האחר סעיף 260 (ב) "מסייע לאחר מעשה אפשר להעמיד לדין ולהרשיע, אף אם מבצע מעשה העבירה לא הורשע תחילה או שאי אפשר לנקוט הליכים נגדו או לאכוף עליו ענישה בשל העבירה". יש להבדיל בין מסייע לפני מעשה לבין מסייע לאחר מעשה, וגם כאן יש לזכור כי מה שחשוב להחליט אם מדובר בלפני או אחרי מעשה – תמיד יש להסתכל במפת התכנון, כלומר אם יש תוכנית פלילית שבמסגרתה החליטו שאחד האנשים יהיה אחראי על מציאת מקומות המסתור, ולאחר שהעבירה תסתיים תפקידו לקחת את חבריו לשם. הוא היה חלק מהתכנון וזה תפקידו כחלק מהתכנון ולכן מדובר במסייע לפני הביצוע וחל עליו סעיף 29 - לא תמיד פשוט להבדיל בין שני הסעיפים הללו. אצל המסייע לא צריך את היסוד הנפשי של העבירה שהוא מסייע בה – היסוד הנפשי של המסייע הוא המועדות לכך שאתה מסייע לדבר עבירה, ובמטרה לסייע. אבל אין צורך להזדהות ביסוד נפשי לעבירה לה אתה מסייע.

להבדיל מהמבצע העיקרי, לגבי נסיון פלילי יש אפשרות להתחרט, לפני שנת 94 לחרטה לא היתה משמעות. כך גם לגבי חרטה של מסייע ומשדל, כלומר אם מסייע או משדל מתחרטים בזמן – כלומר שעדיין העבירה לא הושלמה ויעשו את כל הפעולות שיוכיחו חרטה – כלומר יודיעו לרשויות שהם שידלו מישהו בדבר עבירה או שסייע למישהו לבצע עבירה והנה כל העובדות שהוא יודע. במקרה כזה אם הוא אכן פעול כמו שהמחוקק אומר אזי החרטה הזו יכולה למחוק את העבירה – סעיף 34: "(א) נמשדל 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 במיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה". לא תמיד משדל או מסייע יכולים לעצור את העבירה – הסעיף אומר כי אם הצליח לעצור את העבירה בזמן יש פטור למסייע או משדל אבל גם אם לא הצליח אבל מצידו עשה הכל על מנת לאפשר לרשויות לנסות לעצור את העבירה, אזי גם כן יזכה לפטור למרות שהעבירה בוצעה. המבחן הוא מבחן הכנות – האם בכנות אכן התחרט והשתדל לעשות את העבירה מעיד על הכנות. הסיבה לקיומו של הסעיף, כמו קיומו של הסעיף המקביל לפטור לנסיון בעבירה פלילית – סעיף 28, הוא כי המחוקק רוצה לעודד לאנשים לצאת החוצה ממעגל העבירות.

עבירה שונה או מוספת - סעיף 34 א: "(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, בעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי".

מספר משתתפים בביצוע העבירה ומתברר כי העבירה שונה מזו שהוחלט עליה או נוספת על זו שהוחלט עליה – בוצעה. השאלה מה דינם של המשתתפים לעבירה בהקשר של העבירה השונה או הנוספת?
יש להדגיש כי המצב הזה שמדבר עליו סעיף 34 א, קובע כעובדה שבפועל בוצעה עבירה

שונה מזו שתוכננה או בפועל בוצעה עבירה נוספת על זו שתוכננה. כאשר מדובר בעבירה שונה או נוספת, אנו יוצאים מהנחה כי היתה תוכנית שכולם הכירו אותה – המבצעים, המשדל והמסייע, ובמהלך הוצאתה לפועל של אותה תוכנית, יש סטייה ממנה – מישהו מהמשתתפים סוטה ומבצע נוסף על מה שהוחלט עבירה נוספת. למשל: יוצאים לבצע שוד, ואחד המשתתפים יורה למוות באחד מהאנשים באזור וזה לא היה חלק מהתכנון השאלה מה דינם של יתר המשתתפים בקשר של הריגת האדם? השאלה לא עולה בקשר למי שעשה זאת בפועל כי הרי יודעים שהוא עשה זאת אבל השאלה מה קורה עם האחרים? התשובה לכך היא במה שהמחוקק קובע בסעיף 34 א. הדגש הוא על עבירה שונה או נוספת שבוצעה ושהאדם מן הישוב יכול היה לצפות אותה. אם מדובר בעבירה שונה או נוספת שדובר עליה כשקבעו את התוכנית, אבל אם משהו משתבש יש תוכנית חלופית ויש לעשות את העבירה השונה או הנוספת, כלומר אם העבירה השונה או הנוספת היא חלק מהתוכנית עצמה או כל אדם שהוא נטל חלק בתוכנית יכול היה לצפות אותה בפועל, גם אם לא דובר בכך – היה ברור למשל שהחבר לוקח נשק ברור כי הוא יכול להפעיל את הנשק גם אם לא דובר על כך. המבחן הוא כך: אם יודעים בפועל על העבירה השונה או הנוספת סעיף זה אינו חל כלל כי אם יודעים כי יכולה לעשות עבירה כזו אתה אחראי לה בדיוק כמו שאחראי לכל העבירות האחרות, אם בפועל ידעת או יכולת לצפות את זה, מפני שההנחה היא כי אם ידע בפועל או יכל לצפות זה חלק מאותה התוכנית והוא אחראי לזה כמו שהוא אחראי לכל יתר הפעולות מהתוכנית, הבעיה היא מה קורה כאדר בפועל לא ידעתי ובפועל לא צפיתי זאת – ואז המחוקק אומר כי אם לא ידע בפועל אין מודעות בפועל ואין לו מודעות בכוח, יש לבדוק מה אדם סביר במקומך יכול היה לדעת – אם התשובה היא כי האדם הסביר במקומך באותם נסיבות כן היה סבור לתוצאה הזאת אז חל הסעיף אבל אם אדם סביר לא היה צופה זאת אז למעשה אין לבוא אליו בטענות – גבול האחריות מסתיים בעבירה שונה או נוספת אם האדם הסביר גם הוא לא היה צופה את ההתרחשות של העבירה הזו. יש לשים לב כי הקושי בעבירה זו שאין מודעות ובכל זאת מטילים עליו אחריות פלילית על עבירות של מחשבה פלילית בשל העובדה שהוא התרשל, כלומר מכניסים כאן מבחן אובייקטיבי של האדם הסביר – התרשל כי האדם הסביר במקומו כן היה צופה ועל רשלנותו עכשיו נטיל עליו אחריות פלילית של מחשבה פלילית ולא של רשלנות. הטלת אחריות פלילית זה רק כאשר יש מודעות בפועל אבל הנה מטילים אחריות בגלל רשלנות, ובאמת עניין בעייתי זה עלה כמה פעמים בפסיקה, לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ונאמר כי הדבר נוגד את האשם – הטלת אחריות בגלל שאדם התרשל, בית המשפט אמר כי נכון הדבר ומדובר בדין קודם אבל בעצם מדובר בתיקון של החוק לאחר חקיקת חוק יסוד ואז התשובה של בית המשפט היא כי בעצם לדעתו יש כאן מתכלית ראויה ואין זה במידה העולה על הנדרש לפי פסקת ההגבלה סעיף 8. סעיף 34 אומר כי אם החבר שהפתיע אתי ולא צפיתי מה הוא יעשה ירה בכוונת תחילה בזולת, אותו אפשר להאשים ברצח ואותי יהיה ניתן להאשים בעבירה פחותה של אדישות בלבד – כלומר גרימת מוות מתוך אדישות או הריגה. יש לשים לב כי לא לכל עבירה של מחשבה פלילית יש את המדרש הזה של כוונה אדישות ורשלנות, לפעמים יש רק כוונה או רק אדישות או רק רשלנות אז יש לזכור כי כדי להאשים מישהו בעבירה מופחתת של אדישות צריך קודם שתהיה עבירה כזאת בחוק ורק אם יש עבירה כזאת כמו במקרה של גרימת מוות, אבל לא כמו בפציעה חמורה יש עבירה של אדישות, כלומר יכול להיות מקרה כי החבר באמת הפתיע אותי ועשה חבלה חמורה בכוונה אבל אותי לא יהיה ניתן להעמיד לדין בעבירה של אדישות כי אין עבירה כזו. כלומר תנאי לכך שאת הנותרים יהיה ניתן להאשים לפני סעיף 34 זה באמת כאשר יש עבירה מופחתת של אדישות – ולגבי המסייע או המשדל גם הם נושאים באחריות אבל עוד יותר מופחתת – בעבירה של רשלנות שמתקיימת במוות – כלומר נאשים את המסייע או המשדל נאשים בגרימת מוות ברשלנות. גם כאן אם אין עבירה כזו לא יהיה ניתן להאשים. הדבר הנוסף שיש בו התחשבות בכך שמאשימים אדם במה שחבריו עשו תוך הפתעה בתוך שהוא התרשל בלצפות אותו זה לא רק הפחתת האחריות לאדישות או רשלנות אלא שאם מדובר בעבירה הנוספת או השונה שהיא העבירה שבצידה עונש חובה, נאמר כי רשאי בית המשפט להטיל עליו עונש קל מהחובה לפי סעיף 34 א "(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו".

דיני עונשין – תרגול

מקורות נורמטיבים של המשפט הפלילי המהותי :

3 רבדים חקיקתיים שעליהם מסובב המשפט הפלילי המהותי ויש הררכיה בין רבדים אלה: הרובד העליון, הרובד החוקתי הכולל את חוק כבוד האדם וחירותו, נחקק בשנת 1992, הרובד השני כולל את החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין, תשל"ז 1997, הרובד השלישי כולל את החלק הספציפי של חוק העונשין וחקיקה ספציפית מחוץ לחוק העונשין כמו פקודת הסמים, חוקי התעבורה, חוקים בנוגע למיסים ועוד חקיקה ספציפית נוספת.

המשמעות המעשית של ההררכיה בין הרבדים :

השפעה בשני מישורים :

מישור הפרשנות – הרבדים התחתונים, החקיקה הספציפית ורובד החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין, חייבים תמיד להתיישב בפירוש עם הרוח של כבוד האדם וחירותו. מישור ביטול חוקים – במקרה שחוקים נוגדים את חקיקת היסוד, בנסיבות מסוימות ניתן לבטלן.

ההשפעה של ביטול יכולה להיות רק כאשר קיים סתירה בין חוק העונשין לבין חוק יסוד, אך שמדובר ביחס בין החלק המקדמי לספציפי ההשפעה היא רק במישור של פרשנות. לדוגמא : עקרון החוקיות – בחלק המקדמי, וכשאנו מפרשים את העבירה הזאת שקיימת בספר החוקים היה החובה לפרשה לפי עיקרון החוקיות, כלומר לפי ההתנהגויות כתקלה ציבורית. בית המשפט לא יכל לבטלה בגלל שחוק חוקק לפני חוק כבוד האדם וחירותו ולכן ניתן רק לפרשו על פי עקרונותינו.

חוק העונשין נחקק בשנת 1977 המחליף את פקודת החוק הפלילית משנת 1966 שהיה מקובל על פי המשפט המקובל האנגלי, שהתפתח על פי מקרים, ואחרת הבעיות שמקרים כאלה הוא פגיעה בעקרונות והאזרח אינו יודע על האיסורים והמותרות בחוק. חוק העונשין נחקק והמהלך השנים נעשו בו המון תיקונים, התיקון המשמעותי שנעשה – תיקון 39 נחקק בשנת 1994 אך נכנס לתוקף רק ב 1995 – תיקון זה כולל את כל החלפת החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין ונחשב למאוד משמעותי כי למעשה לראשונה הוגן בחוק כל הכללים והעקרונות של דיני העונשין מה שקודם ניתן היה ללמוד מהפסיקה ובזכות התיקון הוסדרו בצורה מסודרת ושיטתית.

היחס בין המחלק מהמקדמי לחלק הכללי -

החלק המקדמי והכללי הם מעל החלק הספציפי, אך גם בין החלק המקדמי וכללי יש הררכיה, המקדמי עולה על החלק הכללי, העקרונות בכללי חייבים גם הן להתיישב עם העקרונות הגבוהים יותר המפורשים בחלק המקדמי. ביטול חוקים אפשר לעשות רק ביחס של חוק כבוד האדם וחירותו.

סעיף 34 כ"ג לחוק העונשין – על פי סעיף זה העקרונות שקבועים בחלק המקדמי והכללי משליחים על הפרשנות פלילית של עבירות שמחוץ לחוק העונשין.

לדוגמא : עבירות הסמים, שלא קבועות בחוק העונשין, החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין חלים גם על פקודת הסמים.

היבט חוקתי של המשפט הפלילי וההשלכות של חוקי היסוד על המשפט הפלילי :

1992 בעקבות חקיקתם של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק, התחוללה בישראל מהפכה חוקתית ומשמעות המעשית של אותם חוקי יסוד היא שמכוחם נקבעו מספר זכויות אדם כבעלות עוצמה חוקתית - על חוקית, כלומר חוקי יסוד אלה היו בחקיקת, אך לאחר 1992 - העלאת המשמעות הנורמטיבית של זכויות האדם. עליונות הכנסת מוכרת אך העליונות אינה מוחלקת כי היא מוגבלת בחקיקת היסוד, כלומר

חוקי יסוד אלה הם מעין חוקה והגבלה על הכוח של הכנסת, של הרוב, לחוקק חוקים שלא מתחשבים בזכויות האדם והמיעוט. במובן זה המשמעות המרכזית של המהפכה החוקתית. בעקבות חקיקת חוקי היסוד התרחש תהליך קונסטיטוציונליזציה במשפט הישראלי, כלומר, כל המשפט התחיל להתאים עצמו לעקרונות של חוקי יסוד הללו. באופן מעשי בעקבות חקיקת חוקי היסוד ניתן משקל מועדף לזכויות האדם, לכן אם בעבר המשקל המועדף היה לטובת אינטרסים חברתיים, היום בעקבות חוקי היסוד, התהפכו היוצרות ונקודת המוצא לפרשנות של החוקים הקיימים היא קודם כל הגנת זכויות האדם ולאחר מכן הגנה על האינטרסים חברתיים.

רעיון זה בעצם בא לידי ביטוי בחוק כבוד האדם וחרותו בסעיף 8 האומר מצד אחד קובע את העיקרון שאין לפגוע בחוק היסוד אך מצד שני פותח את הפתח כן לפגוע בחוק היסוד, אך בהתקיים תנאים מסויימים, ארבעת התנאים: הפגיעה קבועה בחוק, חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, מיועד לתכלית ראויה, הפגיעה חייבת להיות במידה שאינה עולה על הנדרש – עקרון המידתיות.

למהפכה החוקתית היתה השפעה מאוד גדולה על המשפט הפלילי, מרבית החקיקה הפלילית והסנקציות שקבועות יוצרים פגיעה בזכויות אדם ובכל זאת חושבים כי הם נחוצים, ז"א חוק יסוד כבוד האדם כל אחד מהעבירות הפליליות ופעולות החקירה, מהווים הגבלה על הזכות ופגיעה בקניין, ולכן יש מצב שתמיד צריך לבחון האם העבירות הספציפיות והעונשין שדנים בגינם –

האם הם מהווים פגיעה באחת מזכויות אדם הקבועות בחוק היסוד? התשובה תהיה לרוב כן, אך אין צורך לבטלן כי הם עומדים בפסקת ההגבלה. השלב הבא שצריכים לבדוק, האם הם עומדים בתנאים הקבועים על פי סעיף 8, בפסקת ההגבלה? יש לבדוק לפי סדר התנאים.

מישורי ההשפעה של חוקי היסוד -

ההשפעה גם במישור הפרשני וגם במישור של ביטול חוקים, אך ההשפעה של ביטול חוקים היא תלויה במועד חקיקתו של החוק הרלוונטי. כשמדובר בדין חדש שנחקק לאחר חקיקתו של חוק היסוד אז לחוק היסוד יכולה להיות השפעה של ביטול אותו חוק, בחפוף לזה שאותו חוק אינו פוגע בחוק כבוד האדם וחרותו. החוקים שנחקקו לפני חוק היסוד לא נתונות לביטול על פי סעיף 10 לחוק היסוד כבוד האדם וחרותו השומר את כלל שמירת הדינים. החלקים שנחקקו בחוק העונשין אחרי חקיקת חוק היסוד - כל תיקון 39 שנחקק בשנת 1994 ונכנס לתוקף בשנת 1995 נתון לביטול אם דברים בו נוגדים את חוק כבוד האדם וחרותו, אך באופן מעשי כל הסעיפים מהוגנים על פי חוק היסוד. עבירה של תקלה ציבורית, במשך השנים ניסו לבטלה בבית המשפט גם לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחרותו, בית המשפט לא יכל להתערב ולבטלה אך יכל לפרש לאור חוק היסוד, כלומר חקיקה המוגדרת לחוק היסוד לא ניתנת לבטלה, אך ניתן לפרשה לאור חוק היסוד.

הבחנה בין פגיעה נורמטיבית בזכות אדם לבין פגיעה בהתנהגות -

פגיעה נורמטיבית בזכות אדם – פגיעה ע"י חוק שבמהותו פוגע בזכות דם. פגיעה בהתנהגות – ההתנהגות של הרשות פוגעת בזכות אדם ולא חוק המגן על הזכות. דוגמא: חוק הקובע עונש מופרז של 20 שנה לעבירה של עבירה ברמזור באור אדום, פגיעה נורמטיבית, פגיעה בחרות של אדם – עונש מופרז ומנוגד לחוק היסוד. המשטרה מבצעת מעצר שווא ללא הצדקה – פגיעה בזכות אדם, התנהגות לא חוקית.

הבחנה בין הצהרה על הזכויות בין הגנה ממשית מפני הפרה שלהן -

חוק יסוד הצהירו על חשיבות זכויות האדם, אך האם זה באמת קורה? באופן מעשי בתחום הפלילי חוקי היסוד רחוקים ממימוש, למשל - המשטרה מפרה זכויות אדם מתוקף חוקי היסוד. בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו קיים חסר – כתובים הזכויות אך לא כתוב מה היא הסנקציה להפרתם.

עקרון החוקיות –

"אין עבירה ואין עונש אלא על פי חוק שעמד בתוקפו בעת עשיית העבירה, ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה"

1. באופן מעשי – כל מה שלא נאסר הוא מותר.
2. רציונל עקרון זה – אדם צריך לדעת מה הגבולות של המותר והאסור.
3. מקורות החוקיים המהגנים את עקרון זה – לפני המהפכה החוקתית היה עקרון מאוד חשוב במערכת המשפט אך לא היה לו היגון חוקי והתפתח בפסיקה, לאחר מכן, אפשר למצוא עיגון לרעיון זה בפסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסעיפים 1-17 לחוק העונשין – החלק המקדמי לחוק העונשין.
4. לעקרון זה יש מספק הבטים :
 1. אין עבירה ואין עונש אלא על פי החוק - בא לידי ביטול בסעיפים 8 לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו ובסעיפים 2 + 3 לחוק העונשין.
 - 2 עמד בתוקפו בעת עשיית העבירה - בא לידי ביטוי בסעיפים 3-6 לחוק העונשין.
 3. חל עליה גם מבחינת המקום - בא לידי ביטוי בסעיפים 7-17 לחוק העונשין.

אין עבירה ואין עונש אלא על פי חוק -

נוגע לעקרון לפיו העבירה והעונש חייבים להיקבע בהוראה חקוקה. לפי פקודת הפרשנות, פרשנות המילה חוק היא חוק שנקבע ע"י הרשות המחוקקת, למבצעת אין סמכות עצמאית משלה לקבוע עבירה ועונש אלא אם הרשות המחוקקת באופן מפורש האצילה את האפשרות לקבוע עבירה בעונש בתקנות. בסעיף 2 לחוק העונשין אומר כי לרשות המבצעת יש סמכות לקבוע עבירה ועונש, ע"י סמכות המחוקקת, אך סמכות זו מוגבלת לעונשים של מקסימום 6 חודשי מאסר, או לקנס שעונשו לא יעלה שיעורו על הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שלעונשה לא ניתנה לו סכום – קנס עד 12,900 ש"ח.

יש לעמוד במספר דרישות מהותיות :

** הקביעה של עבירה ועונש בחוק יהיו פומביים – הכרחית במיוחד גם לנוכח התפיסה ש"אי ידיעת החוק אינה פוטרת ממנו"

סעיף 57 (ב) לפקודת הראיות- לפיו כל דין הוא מהמפורסמות שאינה צריכה ראייה אם אין הוכחה אחרת.

דוגמא לדרישה זו - ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה ואח'.

** החוק חייב להיות מוגדר בצורה מפורטת וכל רכיב של העבירה והעונש חייבים להיות מוגדרים ומפורטים. לא מספיק שיש איסור אלא לדעת מה האיסור ומהן סוג ההתנהגויות הנופלות או לא נופלות במסגרת איסור זה.

דוגמא לסעיף חוק שאינו עומד בקריטריון זה – 198 לחוק העונשין – עבירה של תקלה ציבורית. בעבר לא יכולנו לבטל סעיף זה בגלל שנחקק לפני המהפכה החוקתית ולא היה את חוק היסוד כבוד האדם וחירותו, כיום הכנסת ביטלה את העבירה בגלל ערפולה. (בחוק העונשין תיקון מס' 7 – בוטל הסעיף, אך סעיף 2 לאותו חוק קובע .

ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל – מדבר על תקלה ציבורית.

** החוק צריך להיות ברור אך יש מצבים כי החוק משתמע לשתי אפשרויות ויש לפרשו ולקבוע איזה פרשנות נכונה, בעיקרון החוקיות נקבע כי יש לתת את הפרשנות המצרה. כל החוקים של עבירה ועונש חייבים לעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה.

עמד בתוקפו בעת עשיית העבירה - עקרון החוקיות אומר כי לא די בכך שהעבירה והעונש קבועים בחוק התנאי להפעלה של נורמה פלילית שקובעת עבירה ועונש הוא עמידתה בתוקף בזמן עשיית העבירה – תנאי להפעלתה.

המצב המשפטי שהיה קיים לפני המהפכה בחוקתית תיקון 39 היה העיקרון של העדר

תכולה למפריע – אומרת כי נורמה שלילית לא חלה על מעשים שנעשו לפני חקיקתה, לא משנה אם היא נורמה שמקלה עם המבצע העבירה או מחמירה איתו אם נחקקה אחרי שנעשה המעשה היא לא חלה עליו, למעט חריג אחד זה כאשר מדובר בנורמה שלילית העוסקת בהיבט פרוצדורלי –

ההבחנה בין שני סוגים של נורמות – מהותיות ופרוצדורליות : נורמות מהותיות זה נורמות שמשנות זכויות, נורמה פרוצדורלית משנה סדרי דין וניתן להחיל אותן על עבירה שנעשתה לפני חקיקתה.

דוגמא : אדם שמעומד לדין הנורמה הפרוצדורלית היא – כי הדיון יתקיים פעם בשבוע אך כאשר בפועל משנים את החוק והדיון יתקיים מיום ליום ולכן כן ישנו את החוק. אם מדובר בנורמה מהותית לא ניתן להחזירה לאחורונה, עבירה שנתבצעה בשנת 1992, ובשנת 1995 ביטלו את העבירה ומעמידים את האדם לדין ומעמידים אותו לדין, הביטול של העבירה לא יחול לאחורה, ועדיין יועמד לדין על העבירה שנתבטלה.

המצב אחרי תיקון 39 השתנה ומאז יש כמה הבחנות, בין נורמות פליליות מקלות לנורמות פליליות מחמירות ובסעיפים מסויימים יש גם הבחנות בין מועדים. (מתי נעשה השימוש בנורמה).

** נורמה מחמירה – דוגמאות לנורמות אלו : יכולה לבוא לידי ביטוי בשינוי ההגדרה של העבירה, ומכניס יותר התנהגויות לתוכה, יצירת עבירה חדשה, החמרה בעונש.

** נורמה מקלה – דוגמאות לנורמות אלו : הקלה בעונש או ביטול של עבירה, או שינוי מצמצם של האחריות לה.

לפני תיקון 39 כל הבחנות אלא לא היו רלוונטיות, השאלה היתה אם מדובר בנורמה מהותית או דיונית, אך כיום כן רלוונטי.

המצב לאחר תיקון 39 נקבע לחוק העונשין העיקרון לפיו נורמה מחמירה לא חלה למפריע אבל לעיקרון זה יש חריגים, חריגים אלה קבועים בסעיפים 4 + 5 לחוק העונשין. סעיף 3 מחריב את העיקרון הבסיסי של העדר תכולה למפריע.

בסעיף 3 (א) + (ב) – מדברים על סוג של נורמה מחמירה באופן יצירת עבירה או עונש חמור יותר, כלומר כל נורמה שהיא יוצרת עבירה חדרה או עונש חמור, אין לה תכולה למפריע, ולא ניתן להכיל אותן על מעשים שנעשו לפני חקיקת החוק. עקרון זה לא חל על חוק לעשיית דין בנאצים ולעוזריה ולחוק השמדת העם, שלגביהן מניחים שמעשים שנעשו היו אסורים גם בזמן חקיקתם מכוח כלילי המשפט הבין לאומי.

חריגים לכלל זה כתוב בסעיף 4 לחוק העונשין – מדבר על מצב של ביטול עבירה לאחר עשייתה ואומר כי במצבים בהם בוטלה העבירה אנו נמצאים במצב חריג של הנורמה, מדובר בנורמה מקלה וכן ניתן להחיל על מצבים שנעשו לפני.

הצדקה לקיום חריג זה – משקף תפיסה רחבה יותר לציות לחוק, מה שצריך לשקף את התפיסות של החברה.

חריג נוסף לעקרון זה קבוע בסעיף 5 לחוק העונשין -

סעיף א - עושה הבחנות בזמן של טרם מתן פסק דין וההבחנה של חיקוק מקל וחיקוק מגביל, כלומר לפי סעיף זה, רק לפני שניתן פסק דין אם הנורמה החדשה היא מקלה, אנחנו נכיל אותה למפריע.

הנורמה המקלה בסעיף זה – כדי להכיל אותה למפריע היא צריכה להיות בצורה של שינוי בהגדרה.

סעיף ב – מדבר על שינוי מקל בצורת הענישה ובהבדל לסעיף א, אין הגבלה של טרם מתן פסק דין חלוט. עדיין ניתן להכיל את הנורמה למפריע.

דוגמא בעניין זה - [ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל](#).

סעיף 6 – סעיף זה חריג לחריגים 4 ו-5 ואומר כי אם יש נורמה חדשה שבתוכה נקבע כי היא מוגבלת בזמן, או שעל פי אופיה היא מוגבלת בזמן, אז העיקרון של העדר תכולה למפריע יחול והחריגים של סעיפים 4 ו-5 לא יחולו, גם אם הנורמה החדשה הזו היא נורמה מקלה.

לדוגמה : אם יש נורמה פלילית חדשה שאסרה על צריכת מים וקבעה עבירה של צריכת מים של כמות מסויימת היא עבירה פלילית, אדם צרך מעל המידה המותרת ועבר על הנורמה, בשלב מאוחר יותר, שינו את נורמה זו והעלו את צריכת המים המותרת, הנורמה החדשה מקלה על אותו אדם שצרך מים מעל המידה המותרת. בגלל שהנורמה מוגבלת בזמן לא

תהיה לה תכולה לאחור למרות שהיא מוגבלת בזמן בגלל שאם יש נורמה מקלה מבחינת הזמן היא לא מקילה בגלל שמה שהיה אז לא בסדר, אלא בגלל נסיבות הזמן שהשתנו. ** כל עוד החוק הנורמה החדשה לא קובעת מועד תכולה, כל הכללים חלים. למחוקק יש סמכות לקבוע במפורש תכולה לפי רצונו (גם אם זה לאחור).

שיעור 4 – 19.12.08

פרשנות :

במשך שנים התפתחו בפסיקה פרשנות, ניתן למצוא 2 זרמים של פרשנות בפסיקה :
1. פרשנות מצמצמת : נגזרת למעשה מעקרון החוקיות ומעניקה משקל מוגבר למשמעות הלשונית של החוק ולכן במקרים שבהם יש יותר מפרוש אחד סביר לאיסור הכלל הוא שעל הפרשן לבחור את הפרוש שמצמצם את רוחב האיסור, כלומר אם יש חוק שמבחינת לשונו ניתן לשתי פרושים או יותר אפשריים סבירים, נבחר באותה הפרשנות שמצמצמת את רוחב האיסור. המטרה היא אינה להקל עם הנאשם. גישה זו שלצה במשך שנים רבות בפסיקה אך לאט לאט ירדה ופנתה מקום לגישת הפרשנות התכליתית.
2. גישת הפרשנות התכליתית : רעיון המרכזי ביסוד הגישה היא כי צריך להעניק לחוק את הפרשנות שמאפשרת את הגשמת תכליתו בצורה הטובה ביותר. הרעיון או לא להקל או להחמיר אלא להעניק את הפרשנות לחוק המאפשרת את ההגשמה הטובה ביותר של תכלית שלו. על פי גישה זו בית משפט אינו מוגבל פרשנות טכנית של החוק אלא יכול ללכת לבדוק מה התכלית של החוק ולתת את הפרשנות המתאימה של החוק. לצורך בירור התכלית של החוק :

1. מה הפרשנות הלשנות של החוק – להבין מה המובן המילולי של הדברים.
1. מבררים את התכלית – תכלית זו נלמדת משתי מקורות מרכזיים – תכלית הסובייקטיבית של המחוקק – כאשר המחוקק חוקק את החוק הייתה לו כוונה מסויימת, את כוונה זו הרבה פעמים ניתן לאתר בהצעת החוק, מחור שני – תכלית אובייקטיבית – תכלית של מחוקק סביר, מה התכלית שסביר להניח המחוקק התכוון בתנאים של היום. הפרשן יתן ללשון הדין את אותה המשמעות שיותר מכל משמעות אחרת מגשימה את תכליתו.

יתרון של גישה זו :

כאשר המחוקק מחוקק חוק אינו יכול להגדיר מראש מה מותר ומה אסור וברגע שעושים שימוש בנוסחה יחסית כללית המאפשרת לבית המשפט לעשות כרצונם, לא ניתן לכלול את כל האיסורים.
יתרון מעשי בכך שמאפשרים לבית המשט שיקול דעת כאשר על פי פרשנות ניתן להכניס התנהגות מסויימת לאותו מקרה ספציפי.

בעקבות תיקון 39 הוכנס כלל פרשני מסויים בסעיף 34 כ"א לחוק העונשין : **"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"**.

כלל זה משקף את גישת הפסיקה שהתפתחה על סעיף זה. סעיף זה בעצמו מעורר הרבה שאלות פרשניות. השיטה שאומצה לסעיף זה היא הפרשנות התכליתית נקבע בפסיקה כי התכולה של סעיף זה מותנת למעשה בשני שלבים :
עלינו לבחון את לשונו ותכליתו של החוק כעל פי הכללים הרגילים של הפרשנות. ורק אם לאחר השלב הזה מתקבלת המסקנה כי ניתן לפרש את החוק על פי התכלית שלו ליותר מאופן אחד, רק אז יופעל כלל ההכרעה המקל.

פס"ד המוביל המשקף את נקודת הפסיקה על סעיף כ"א הוא :
דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' חליל פאוט ואח'.

ביקורת על הגישה - **ע"א 766/07 ברק כהן ואחרים נ' מדינת ישראל.**
ביסוד הביקורת על פס"ד עומדת הגישה המכירה בחשיבות של עקרון החוקיות.

הכוונה בסעיף היא לא להקל על אותו נאשם ספציפי, אלא הפרשנות היא לגבי כלל הנאשמים, גם אם הנאשם הספציפי הזה לא יקל עליו הפרשנות.

שימוש בפרשנות מתוך צורך לשמור על חופש הביטוי :

דוגמא לסעיפי חוק – עבירות הפוגעות בחופש הביטוי, ניתן למצוא בפרק על "פגיעות בסדרי המשפט והחברה" כמו עבירות ההמרדה, הסתה, גזענות, ועבירות הנוגעות לפגיעה ברגשי דת וכו'. למרות שמכירים בחשיבות קביעת עבירות אלא וההגנה על הערכים שמוגנים באותם עבירות עדיין הנטייה היא לפרש את אותם עבירות בצורה מצמצמת שתפגע במידה המינימלית ביותר בחופש הביטוי. השאלה הנשאלת היא – איך באופן מעשי מבצעים את הטכניקות האיזון בין שמירה על ערכים לבין העבירות שצריך להגן עליהם? בפס"ד בהם התפתחה הטכניקה לביצוע האיזון – **כהנא, פאקוביץ** (פרק פרשנות בסילבוס).

בפס"ד **דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא** - מדובר על ערעור מבית המשפט העליון ששם דעת הרוב היו ברק וגולדברג, מצא היה בדעת המיעוט, בגלל שמדובר בסוגייה חשובה, הוחלט להעביר את הסוגייה לדיון נוסף בפני דיון מורחב, מבחינה עובדתית מדובר למעשה בהפצת כרזה ע"י כהנא, שקוראת להפציץ כפיר ערבי כל אימת שיש פיגוע בישראל. העמידו את כהנא לדיון והוא הורשע בעבירות של המרדה, לפי סעיף 133 וסעיף 134 ג לחוק העונשין ביחד עם סעיף 136 4 לחוק העונשין. השאלה הנשאלת – האם ההפצה של הכרזה מהווה מעשה לשם המרדה לפי סעיף 133 או פרסום שיש בו כדי המרדה לפי סעיף 134 במובן זה שהוא מעורר מדנים ואיבה בין חלקיו שונים באוכלוסיה לפי סעיף 136?

השאלה הראשונה שעמדה במחלוקת היא מה הערך המוגן ועבירות ההמרדה בכלל באותם הסעיפים הקובעים את העבירה הפלילית הזו.

השאלה השנייה בעמדה במחלוקת היא האם במסגרת עבירות אלא של ההמרדה, יש להכליל מבחן הסתברותי או לא? האם מספיק להראות שיש אופי ממריד במעשה או שצריך להוסיף ולהראות שיש קשר בין האופי הממריד של המעשה לבין אפשרות ההתממשות של ההמרדה?

המחלוקת השלישית הייתה לגבי הרף ההסתברותי כלומר בהנחה שיש לקרוא לתוך הסעיף הזה מבחן הסתברותי השאלה היא מה הרף ההסתברותי שצריך לדרוש – האם ניתן להסתפק במבחן מקל של אפשרות סבירה או ממשית, או שמה יש להעדיף את המבחן המחמיר של ודאות קרובה? - בהנחה שהחלטנו להכניס את המבחן ההסתברותי, היו חילוקי דעות לגבי התוצאות השונות, כולם הגיעו לאותה המסקנה לגבי הרשעתו אך בצורה אחרת.

סוגייה ראשונה שהיתה במחלוקת : ערך המוגן בעבירת ההמרדה – לצורך איתור הערך המוגן השופטים בחנו את ההיסטוריה החקיקתית של עבירת ההמרדה בפרט, ושל הפרק הכולל שבתוכו היא נמצאת "פגיעות בסדרי המשטר וחברה", ובחנו את העבירות על פי הגדרתם הספציפית בחוק, וגם את ההגדרה הספציפית של ההמרדה בסעיף 136. ההרכב הגיע לשתי מסקנות שונות : דעת הרוב בהקשר זה של אור, לוי, דורנט מצא וקדמי – הייתה כי הערך המוגן בעבירת ההמרדה אינו מצומצם רק להגנה על המבנה של המשפט הדמוקרטי, אלא מתפרס גם על הערכים החברתיים הבסיסיים שעומדים ביסוד המשטר הדמוקרטי. לתפיסתם הדבר נוגע גם מתכלית החקיקה וגם מהחלופות השונות שמפורטות בסעיף 136. לאחר מכן שאלו את השאלה מה הן אותם הערכים של המשטר שעבירת

ההמרדה מגינה עליהם? וקבעו כי הערכים אלה הם רק אותם הערכים שמפורטים בסעיף 136 המייצגים ערכים חברתיים והמאפיין של כל סעיפים אלה זה הגנה על הסדר הציבורי. לאחר מכן בחנו א השאלה על איזה ערך מגן הסעיף הספציפי שיוחס לכהנא – סעיף 4 – בגדול מגן על סדר ציבורי אך ספציפי מגן על לכידות חברתית כלומר שמירת היכולת של חלקי האוכלוסיה השונים לחיות זה לצד זה בשלום ובטחון, כלומר ניתן לומר כי האיסור הפלילי הקבוע בעבירת ההמרדה שיוחסו לכהנא נועד בין היתר לטפל בהתנהגויות והתבטאויות שזורעות שנאה ואלימות בין חלקים שונים באוכלוסיה ושיש בהם כדי לחדור תחת לכידותה המינימלית של החברה.

האם באופן מעשי במקרה בכרוז שהופץ על ידי הכנה יש כדי לעודד מדנים ועיבה בין חלקים שונים באוכלוסיה ונקבע כי הכרוז אכן קורא ברצינות ובלשון ברורה לאלימות כלפי חלק מהאוכלוסיה ופרסום כזה יש בו כדי לעורר מדנים ואיבה. השופט אור הציע שני מבחנים לצמצום הערך המוגן :

1. מבחן שמתייחס לעוצמת הפגיעה לערך המוגן ונקבע כי נדרש שהפגיעה בערך של לכידות חברתית תהיה בעלת עוצמה, ההשלכות של הביטוי של המרקם החברתי יהיו חמורות במובן כזה שעלול להוביל לשסע חברתי עמוק בין חלקי האוכלוסיה השונים. היקף הפגיעה – נדרש כי הפגיעה הפוטנציאלית תעורר כיתוב בחרתי, כלומר יש צורך להראות כי הביטוי מעורר פוטנציאל לשנאה בין חלקים שונים באוכלוסיה ולא בין אחד לאחר.

התפיסה של הרוב היתה כי שני התנאים ביחד עם ההגנות שקיימות בחוק הם מספיקים כדי למנוע פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי.

תפיסת המיעוט של ברק וטירקל היתה כי הערך המוגן בעבירת ההמרדה הוא מצומצם יותר ומוגבל לשמירה רק על המבנה של המשטר ויציבותו. לתפיסתם פרשנות כזו מצמצמת, נגזרת מתפיסת היסוד של הדמוקרטיה שבא לחופש הביטוי יש ערך עליון, וגם מתיישבת עם עקרון החוקיות.

סוגייה שנייה : דעת הרוב היתה כי עבירות ההמרדה כוללות מבחן הסתברותי, המילה "לשם" ו"כדי" מעידות על 'יום מבחן הסתברותי, תומכים את המקנה גם בסעיף 134 כ"א לחוק שאומר כי אם יש שתי פרושים סבירים, נבחר במבחן המקל. הפגיעה החופש הביטוי מצומצמת יותר, באופן ספציפי בנוגע לסעיף 133 טענו כי קיומו של מבחן הסתברותי מתיישב עם עקרון אחר – אין עונשין על דברים שבלב.

דעת המיעוט היתה כי לא כללו מבחן הסתברותי, וסברו כי אם נכניס מבחן זה, יחטיא את המצב של הגנה על החקיקה.

סוגייה שלישית : הרף ההסתברותי : לאחר שהרוב קבע כי יש מבחן הסתברותי נשאלת השאלה מה הרף ההסתברותי? הדעות התחלקו בצורה הבאה : בסופו של דבר לא הגיעו להכרעה ממשית בסוגייה זו אבל הביעו עמדה, כמה שופטים לא התייחסו לשאלה כי לא חשבו שיש מבחן הסתברותי, אור ולוין טענו כי לא מעניין הרף, מכיוון שבנסיבות הבעיניין ממילא מתקיים ודאות קרובה של פוטנציאל של המרדה. ברק לטירקל היו בעד הרף הגבוהה וקבעו גם את מבחן המחמיר של ודאות גבוהה. בשלב הערעור אימצו מגוון רחב של ערך מוגן ולכן החליט לקחת את הרף הגבוהה.

שיעור 5 – 2/1/09

כשרות ורציה :

תנאי בסיסי להטלת אחריות על אדם הוא שיהיה כשיר מבחינת הגיל ותפתח היכולת להבין מה מותר ומה אסור ושיהיה שפוי ובעל כושר רציוני.

לפי סעיף 34 ה – קיימת הנחה בחוק שאדם כשר למעט בהקשר של גיל שהתביעה צריכה להוכיח שהוא נמצא בגיל להעמדה לדין, החזקה היא שלאדם יש את הכושר השכלי ורצוני

לעמוד לדין. החוק קובע הנחה שאדם כשר לעמוד לדין. יחד עם זאת סעיף 34 כב מדבר על נפקותו של ספק. : "(א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר. (ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".

החוק מניח שאדם הוא כשר אם החוק מעלה סייג שהוא לא היה כשר אז מחובתו להוכיח את אי שפיות הדעת שלו שאינו יכול לעמוד לדין. אומנם הנטל עבר לנאשם שאמור לעורר את הספק ולהוכיח את הטענה לסייג אבל העמידה של ההוכחה שהיא שברגע שמעורר את הספק מחובת התביעה צריכה להוכיח מעבר לכל ספק סביר שהוא כן כשר לעמוד לדין.

גיל האחריות הפלילית :

סעיף 34 ו 1 : "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו שנים עשרה שנים". מסעיף 34 ו 1 מבינים כי אם ילד מתחת לגיל 12 ביצע עברה לא ניתן להעמידו לדין. ילד שטרם הגיע לגיל 12 אין לו את כושר ההבנה כדי לדעת מה מותר ומה אסור בחברה ולכן עד שלא יתפתח אצלו אותו כושר של הבנה לא ניתן להטיל עליו אחריות פלילית. לאחר גיל 12 ועד גיל 18 – סעיף 34 יד מגדיר קטין - קטין הוא אדם שטרם מלאו לו 18 שנים. בסעיף 3 לחוק הכשרות והאפוסטרופסות גם מוגדר קטין וגם בסעיף 1 לחוק הנוער שפיטה ענישה ודרכי טיפול בתשל"ז 1971 – בו הקטין מוגדר כמי שטרם מלאו לו 18 שנים, ולעניין חשוד ונאשם לרבות בגיר שביום הגשת כתב אישום נגדו לא מלאו לו 18 שנה. על כן עולה שקטין אינו רק מתחת לגיל 18 אלא גם במועד כתב האישור היה מתחת ל-18.

כשמדובר בילד שמעל גיל 12 ניתן להעמידו לדין אבל אם הוא קטין בתקופה בין 12 לגיל 18 יש מגבלות, המרכזיות ביניהם הם :

1. אחת המגבלות המרכזיות קשורה לתקופת ההתיישנות בנוגע לקטינים :

סעיף 14 לחוק הנוער כפי שהוא אחרי התיקון, "אין להעמיד אדם לדין בשל עבירה שביצע בהיותו קטין אם עברה שנה מיום ביצועה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה". סעיף זה כפי שמנוסח היום אומר כי לא ניתן לה מיד לדין קטין שביצע עבירה אם עבר שנה מאז ביצוע העבירה אלא אם יש הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה. פס"ד בהקשר זה : [ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי ואח'](#) – מכיוון שהדרישה ליועמ"ש מתייחסת רק להגשת האישום ולא נדרשת הסכמה לכל עבירה ועבירה שמתגלת במהלך המשפט, אבל אם תוך כדי המשפט מתברר שביצע עבירה נוספת שצויינה בכתב האישום שלגביו ניתן אישור אז לא צריך אישור חדש של היועמ"ש אלא יש לבית המשפט להרשיעו בעבירה אחרת שנתבררה במהלך הדין. לפני תיקון של סעיף 14 שהיה מנוסח : "אין להעמיד קטין לדין בשל עבירה (שביצע בהיותו קטין – לא קיים בסעיף) אם עברה שנה מיום ביצועה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה".

הפרשנות שביצעה בהקשר סעיף זה בפס"ד ועקנין היתה שאם הקטין הפך בגיר בטרם עבר שנה מביצוע העבירה אז לא נדרש אישור היועמ"ש להעמדה לדין בחלוף שנה. כלומר אדם שביצע עבירה בין הגילאים 17-18 והפלל לבגיר לפני שעברה שנה, ואז לא נדרש הסכמה של היועמ"ש.

2. בסעיף 12 ב לחוק הנוער האומר כי העמדה לדין של קטין שלא הגיע לגיל 13

ביום הגשת האישום כפופה להתייעצות עם קצין מבחן.

3. בסעיף 25 לחוק הנוער ישנם 4 סעיפים הקובעים מגבלות, המרכזיות הן -

יש אפשרות להטיל על נער קטין בסעיף א – קטין שהורשע במקום להטילו מאסר אפשר לצוות עליו במעון נעול. אפשרות נוספת של המאמר היא כי סעיף 25 ב' – אדם שהיה קטין בזמן העבירה לא יוטל עליו עונש מוות ועל אף האמור לא ניתן להטיל עליו מאסר עולם או עונש מינימום.

הדבר נתון לשיקול בית המשפט - יש מספר עבירות שעדיין שי עליהם עונש חובה – על רצח, אך אם מדובר בקטין אין חובה להטיל עליו עונש זה.

עונשי חובה שהם מינימום לא חייב להטיל עליו אלא ניתן להטיל עונש אחר.

סעיף 25 ד קובע כי קטין שמתחת לגיל 14 בעמת מתן גזר הדין לא ניתן להטיל עליו מאסר.

הכשרות הפלילית מבחינה שכלית ונפשית :

לא מספיק שהתביעה מראה כי הנאשם עומד בתנאי הכשרות של גיל, צריך שיהיה כשר מבחינה נפשית, החזקה בחוק היא כי אדם כשר מבחינה נפשית ואם הוא טוען שהוא לא כשר הוא צריך לעורר את הספר בעניין ולעמוד בדרישות של סעיף 34 ח לחוק – קבועים התנאים לסייג של אי שפיות הדעת : "לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם בשעת המעשה בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי היה חסר יכולת של ממש להבין את אשר הוא עושה או את הפסול במעשיהו, או להמנע מעשיית המעשה".

מדובר במחלה שפגעה בקוחו של האדם או הליקוי שכלי – החוק אינו מגדיר הגדרות אלה, הפרשנות של זה היא תוצאה של הפסיקה. הכוונה של ליקוי שכלי היא פיגור שכלי ובקשר למחלה שפגעה ברוחו הכוונה היא למחלת נפש (משפטית) – הגדרת הפסיכיאטריה היא למצוא את הטיפולים ולעזור לאדם ובהקשר למשפט נועד על מנת לבחון את השאלה האם הוא מודע למעשה או יכול להבין את מעשיו. בפועל, השאלה היא איך הגדירה הפסיקה את מחלת הנפש וכן נקבע כי רק מחלות שמאופיינות במצבים של פסיכוזא הן מחלות נפש במובן המשפטי. השאלה היא איזה מחלה שמאופיינת בפסיכוזא ואיזה לא, ולכן יש להביא מומחה שיקבע, אך מבחינת ההגדרה של מחלות נפש מבחינת המשפט זה רק מחלת פסיכוזא. הנימוק לכך, הוא שרק כאשר למחלות מסוג זה ישנה פגיעה חמורה בכושר תפיסת המציאות ופגם חמור בכושר השיפוט.

הפסיקה קבע שהסטייה מהנורמה של מחלת הנפש חייבת להיות ברורה וחד משמעית.

בפועל המשמעות המעשית של ההבחנות בין מחלות המאופיינות בפסיכוזא וכאלה

שניירוטיות היא כי יש הרבה פעולות נפשיות שלא מוגדרות בפסיכוזא.

התנאי השני הוא כי יש להוכיח קשר סיבתי בין מחלת הנפש במובן המשפטי לבין המעשים של הנאשם. כלומר בנוסף לכך שיש הוכחה שמדובר באדם בעל מחלת נפש יש להוכיח כי יש קשר סיבתי בין המחלה למעשה. שהמעשה הוא למעשה תוצאה ישירה של המחלה שממנה הוא סובל. לא מספיק שיש להראות שיש קשר אלא גם מה סוג הקשר – סוג הקשר קבוע בסעיפים קטנים 1 ו-2 לסעיף 34 ח, הקשר יכול לבוא בידי ביטוי בשתי אפשרויות – פגיעה במישור ההבנה או פגיעה במישור הרצוני. כלומר או היכולת להבין את מה שעושה או להבין את הפסול המעשה. האופציה השלישית באופן הרצוני הוא כי כתוצאה מהמחלה היה חסר יכולת של ממש להימנע מעשיית המעשה כלומר לא היתה לא יכולת לבחור בין לעשות את המעשה או להימנע מעשיית המעשה.

לא חייב להוכיח את כל שלושת התנאים – תנאים לא מצטברים.

דרישה נוספת שיש להוכיח לצורך עשיית הסייג קשור למידה של הפגיעה. סעיף 34 מדבר

על כך שבזמן העשייה היה חסר יכולת של ממש להבין את עשיית המעשה כלומר, גריעה

ממשית ומשמעותית מהיכולת אך לא שלילה מוחלטת.

יש להדגיש את התנאי שיש להוכיח שמדובר במחלת נפש שגרמה לנאשם בזמן עשיית

המעשה יכולת של ממש להבין את המעשה ולהימנע מזה.

בסעיף 34 ח האוסר בסייג של אי שפיות הדעת כלומר אי שפיות מהותית העוסקת במצבו

הנפשי של אדם בזמן ביצוע המעשה וזאת בהבדל אי כשירות דיונית העוסקת במצבו הנפשי

של אדם בעת ניהול המשפט נגדו. הבחנות אלא הם תוצאה של אחד המאפיינים המרכזיים

של מחלת נפש – ישנם מצבים שונים במחלות פשיות - בזמן הפסיכוזא שהמחלה פעילה

ובזמן רמיסיה שהמחלה לא פעילה. יכול להיות שאדם בעת ביצוע העבירה היה במצב נפשי

אבל בעת ביצוע המשפט הוא לגמרי בסדר ולהפך, כלומר שאם היה במצב נפשי של אי

כשירות הדבר מקים את הסייג אבל אם היה לא כשיר לדין במועד ניהול המשפט אז הדבר

אומר כי

כדי להוכיח שאדם אינו כשיר של אדם בעת ביצוע המשפט : יש להוכיח קודם כל שמדובר

באדם שחולה במחלת נפש משפטית והתנאי השני הוא שבשל אותה מחלת נפש הוא אינינו

מסוגל לעקוב אחר ההליכים המשפטיים המנהליים שמנוהלים נגדו באופו יעיל ומושכל.

העדר שליטה :

המושג פורש במשפט הפלילי – השליטה זה היכולת של המבצע לבחור בין קווי התנהגות חלופיים, מכאן מצב של העדר שליטה זה מצב שלאדם אין יכולת לשלוט בעשיית מעשה לבין הימנעות מעשייתו.

החוק מכיר בשני גורמים אפשריים להעדר שליטה :

1. העדר שליטה שמקורו נפשי – בעצם הגנה של אי שפיות הדעת על פי סעיף 34

ח 2.

2. העדר שליטה שמקורו פיזי – סעיף 34 ז לחוק העונשין, מציין רשימה של

מצבים אפשריים שבהם יכול להיות מצב של העדר שליטה שמקורו פיזי כמו : תגובה רפלקטורית, היפנוזה וכו'. ואכן יתכנו מצבים נוספים שאדם כתוצאה מסיבה פיזית לא שלוט במעשיו כמו אפילפסיה.

קיים סייג להעדר שליטה, המצוי בסעיף 34 יד – אדם המצב מודע מכניס עצמו למצב שיודע שאם יהיה בו יאבד את השליטה על מעשיו, לא יוכל אחר כך להינות מהגנה של העדר שליטה לי סעיף זה.

יסודות העבירה הפלילית

לפני תיקון 39 ניתן היה ללמוד מהמבנה של העבירה הפלילית רק מהפסיקה שהיתה מבוססת על המשפט המקובל. לאחר תיקון 39 ניתן ללמוד על מבנה העבירה הפלילית מסעיפי החוק הקובע כיצד בנויה העבירה הפלילית – בין הסעיפים 18-24. העבירה הפלילית מחולקת לשני יסודות – היסוד העובדתי (אקטוס ראוס) והיסוד הנפשי (מיננס ריאה).

היסוד העובדתי :

על המבנה ניתן ללמוד מסעיף 18 לחוק האומר כי : (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".

לפי סעיף (א) היסוד העובדתי של כל עבירה ועבירה עשוי לכלול אחד עד שלושה פרטים שהם : מעשה, נסיבה ותוצאה. כאשר הפרט של מעשה הוא פרט הכרחי.

רכיב המעשה : כל עבירה חייבת לכלול את רכיב המעשה – את ההתנהגות האסורה. ללא התנהגות לא מתקיים היסוד העובדתי של העבירה. הטעם לדרישה זו – אין עונשין על מחשבה בלבד.

מעשה יכול לכלול גם מחדל – מחדל חלק מההגדרה של מעשה, התנאי ההכרחי ליסוד העובדתי.

סעיף 18 (ב) כולל "מעשה" – המעשה יכול לכלול בכמה צורות – אמירה, החזקה, המצאות במצב, התנהגות, מחדל וכו'.

רכיב הנסיבות : קיימות עבירות שבנוסף למעשה שנכלל בהגדרה, ההגדרה כוללת גם נסיבות כחלק מהיסוד העובדתי של העבירה. לגבי עבירות אלא בנוסף למעשה יש להוכיח קיומן של נסיבות מסויימות. באותן עבירות שכוללת בנוסף לרכיב המעשה גם נסיבות מה שהופך את המעשה לפלילי הוא הנסיבות שהתקיימו.

רכיב תוצאתי : ישנן עבירות שבנוסף למעשה ולנסיבה ישנה גם תוצאה, בתוצאה היא זו שאותה אנחנו מנסים למנוע וללא התוצאה המעשה אינו נחשב לפלילי. באותן עבירות שהיסוד העובדתי כולל גם את רכיב התוצאה, לפי סעיף 18 (ב) יש להראות בנוסף לכך

שהתוצאה נגרמה מהמעשה. כלומר, חייב להיות קשר סיבתי בין המעשה לתוצאה. מדובר בתוצאה מוחשית, כלומר תוצאה שניתנת למדידה באמצעים פיזיים לגוף או לרכוש, למשל תוצאה של מוות או של פגיעה ברכוש מסויים ואיננה כוללת תוצאה חברתית למשל – פגיעה בביטחון המדינה.

למעשה ישנם לראות שישנם 4 מצבים שונים של עבירות :
5. מעשה.

6. מעשה + נסיבות.

7. מעשה + תוצאה.

8. מעשה + נסיבות + תוצאה.

שני המצבים הראשונים נכנסים תחת הקטגוריה – עבירות התנהגותיות.
שני המצבים האחרונים נכנסים תחת הקטגוריה – עבירות תוצאתיות.

דוגמאות לעבירות ביסוד העובדתי :

1. סעיף 226 לחוק העונשין – עבירה התנהגותית הכוללת רכיב מעשה בלבד – המשחק האסור.

2. סעיף 448 לחוק העונשין – עבירה התנהגותית הכוללת רכיב מעשה בלבד – מצית אש.

3. סעיף 345 לחוק העונשין – עבירה התנהגותית הכוללת רכיב מעשה ונסיבה – המעשה - בעילת אישה, נסיבות – אחת מסעיפי 1-5.

4. סעיף 176 לחוק העונשין – עבירה התנהגותית הכוללת רכיב מעשה ונסיבה - מעשה – נושא, נסיבה – נישאת נשואה.

5. סעיף 298 לחוק העונשין – עבירה תוצאתית הכוללת רכיב מעשה ותוצאה – המעשה- גורם, התוצאה- מוות.

6. סעיף 335 לחוק העונשין – עבירה תוצאתית הכוללת רכיבי מעשה, נסיבה ותוצאה - מעשה – חובל חבלה, נסיבה - הסיבות המפורטות בסעיף, תוצאה – חבלה.

ישנם מצבים בהם קיימת התנהגות חוזרת על אותו מעשה או על מעשה דומה, ומתעוררת השאלה – האם מדובר באותו מעשה המצדיק הפעלה של כללים משפטיים מסויימים? מצבים אלה מתרחשים בהקשר לשאלה על הפעלת מאסר על תנאי או לשאלה של ענישה כפולה ועבירות רבות פרטים. כל הקשרים אלה מתעוררת שאלה – מהו אותו מעשה? האם מדובר על אותו מעשה כשמדובר על התנהגות חוזרת? הפעלת מאסר על תנאי : אותו מעשה המפעיל את התנאי, יש שתי גישות בהקשר לגישה זו - הגישה הראשונה נקבע בפסקי הדין ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה ופס"ד ע"פ 21/63 המיה נ' היועץ המשפטי לממשלה. הגישה השנייה נקבע מפס"ד ע"פ 49/80 מסילתי ואח' נ' מדינת ישראל.

הגישה הראשונה – כדי להכריע יש להשוות את היסודות העובדתיים של העבירה אחת מול העבירה האחרת בלי לקחת בחשבון את היסודות הנפשיים. ואם נגיע בעקבות השוואה זו למסקנה שמדובר ליסודות עובדתיים זהים אז למעשה מדובר באותו מעשה המצדים הפעלה של מאסר על תנאי. נשאלת השאלה איזה מצבים קיימת זהות הנדרשת לצורך הפעלה? **בפס"ד נכט והמיה** מציגים שלושה מצבים אפשריים שניתן לקבל אם עושים השוואה בין העבירות :

3. מצב של חפיפה מלאה - $A = A$, למשל בכל עבירות ההמתה היסודות העובדתיים הם זהים – רצח, הריגה, גרימת מוות ברשלנות – היסוד העובדתי הוא גרימת המוות וההבדל ביניהם הוא היסוד הנפשי ולא בעובדתי.

4. מצב של יסודות נבלעים - $A = A+B$, למשל עבירת הגניבה ועבירת השוד. שוד מורכבת מ: א. גניבה + ב. אלימות, כלומר א קיים בעבירת הגניבה ובעבירת השוד + ב.

5. מצב של העדר זהות - $A + B$ אינו שווה ל $A + G$, כלומר יש שני עבירות שבכל אחת מהם יש רכיב שאין בעבירה השנייה. למשל, נהיגה ועקיפה מימין לעומת מצב של

עקיפה 30 מטר לפני רמזור. שני הערות הכוללות עקיפה אך במצבים שונים. המעשה דומה והנסיבה שונה.
לפי נכט והמיה שני המצבים הראשונים מדובר באותו מעשה המצדיק הפעלת התנאי.
כשמדובר במצב של יסודות נבלעים, לפי פס"ד המיה, כדי שיחשב למצב זה לאותו מעשה,
חובה שהעבירה הנוספת המאוחרת יותר תהיה רחבה יותר מהעבירה הראשונה.
לעומת זאת, לפי נכט אין הבדל מה צר או רחב יותר העבירה הראשונה או השנייה.
ההבדלים ביניהם, שבסופו של דבר יש הצדקה אחרת בין ההבחנות של נכט והמיה
המבוססים על ההנחות שנידונו, בהמיה הסוגיה שנידונה היא הפעלת מאסר על תנאי באופן
ישיר ובנכט הסוגיה היא ענישה כלופה, הסוגיות השונות בנידונו נובע ההבדל בגישות לגבי
יסודות נבלעים.

הגישה השנייה - גישת מסילתי, המבחן הוא מהותי ולא פורמלי והשאלה היא איננה אם
הנאשם הועמד לדין והורשע בעבירה המפורטת בתנאי, אלא אם התנהגותו הפלילית שעליה
הועמד לדין והורשע, מקיימת במישור המהותי את היסודות של עבירת התנאי? הבחינה
מהותית כוללת גם בחינה של היסודות הנפשיים ולא רק בחינה של היסודות העובדתיים.
וכדי לעמוד בתנאי המהותי העבירה הנוספת לא יכולה להיות צרה יותר מעבירת התנאי.

שיעור 7 – 30.1.09

מחדל:

מחדל מנוסח בסעיף 18 (ב). ומוגדר בסעיף (ג).

מחדל – הימנעות מלעשות מעשה.

כדי שעבירות המחדל תתקיים חייב שתהיה חובה משפטית לבצע פעולה, כלומר עצם
ההימנעות מעשיית מעשה מסוים היא לא עבירה שלעצמה אלא רק כאשר יש חובה
משפטית לעשות מעשה מסוים, אז ההימנעות לעשות את אותו מעשה זה הופך להיות אותה
עבירה מחדלית.

לא כל חובה יכולה להקים חובה שההימנעות מלעשותה היא עבירה פלילית, חייבת להיות
חובה משפטית שעליה מתבססת החובה הפלילית.

איך יודעים מה מקור החובה ואיך מאתרים את החובה?
לפי סעיף 18 (ג) שאומר כי מחדל זה הימנעות מלעשות מעשה שהוא חובה לפי כל דין או
חוזה, כלומר שהימנעות מעשיית מעשה תחשב למחדל ר כאשר מדובר בעשייה שהיא חובה
לפי כל דין או חוזה, כלומר חייבים למצוא איזה שהוא דין או חוזה שיוצר את חובת "עשה".

המונח "כל דין" –

פקודת הפרשנות מפרדת את המונח "דין" ככולל כל חוק ותקנה, כלומר לפי פרשנות זו כל
חוק וכל תקנה יכולים להיות מקור של קיומה של חובת "עשה".

הצירוף מילים "כל דין" - עצם העובדה שאומר כי את מקורות החובה לא מוצאים רק בחוק
העונשין עצמו אלא אפשר למצוא מקורות חובה גם בהוראות חוק שהן חוץ עונשיות וגם
בהוראות חוק שהם לבר עונשיות – חקיקה אזרחית.

האבחנה בין חובת "עשה מיוחדת" לבין חובת "עשה נורמטיבית":

עשה מיוחדת – היא חובה עשה המדברת על עבירות המחדל הטיפוסיות, היא משולבת
במפורש בהגדרת העבירה ומהווה רכיב מרכיבי העבירה.

דוגמאות לחובות עשה מיוחדות – קלות לאיתור כי הן מפורטות בהגדרת העבירה עצמה :
סעיף 262 - העבירה עצמה כוללת את החובה לנשוט האמצעים הסבירים למנוע פשע.

סעיף 95 – יש חובה לנקוט אמצעים סבירים למנוע עבירה – העבירה מפורטת בתוך ההגדרה עצמה.

סעיף 491 – החובה בסעיף זה – חובה להגיש עזרה לעובד ציבור המקרה של אסון וכו'. בחובות עשה מיוחדות - אי מילוי חובות אלא כשלעצמו מהווה עבירה מבלי שהדבר ישמש בסיס לאחריות לתוצאות.

עשה נורמטיבית – קובעת נורמה כללית של התנהגות שההפרה שלה אינה מהווה כשלעצמה עבירה אלא בסיס להטלת אחריות בשל התוצאות שנובעות מן ההפרה. בהבדל לחובות עשה מיוחדות, עשה נורמטיבית לא משולבות בתוך העבירה עצמה, הן מצויות בהוראות חוק חיצוניות להגדרה של העבירה ולכן תמיד ההשאלה היסודית בקשר לחובות עשה נורמטיבית היא – היכן לאתר אותן ואיך נדע איך לאתר אותן?

דוגמאות להוראות עונשיות בחוק העונשין שמטילות חובת עשה נורמטיבית : סעיפים 322 – 326 – מטילים אחריות לשלום אדם.
דוגמאות חובת עשה נורמטיבית מחוץ לחוק העונשין :
חוק לא תעמוד אדם רעיך – עוסק בהטלת עזרה וחובת הצלה.

דוגמאות להוראות לבר-עונשיות (אזרחיות) :
סעיף 35 ו-36 לפקודת הנזיקין – עוולת הרשלנות.

האם כל מקור חובה שנמצא בדין כלשהו הוא כשר כדי שנלביש אותו על עבירה המיוחסת לנאשם?

דוגמא :

סעיף 341 לחוק העונשין "**העושה מעשה שלא כדין, או נמנע מעשות מעשה שחובתו לעשותו, והמעשה או המחדל אינם מן המפורטים בסעיפים 338 עד 340, ונגרמה בהם חבלה לאדם, דינו - מאסר שנה**".

עבירה שאפשר להיות אחראי לה גם במחדל, נניח שיחסו את העבירה לאדם, צריך לאתר את מקור החובה, שהיה על האדם לבצע איזשהו מעשה, ניתן למצוא מקור חובה בחוק לא תעמד על דם רעיך שמחייב להגיש עזרה, ואז שואלים האם מקור החובה הזה, אפשר להלביש אותו על העבירה של סעיף 341, לכאורה אפשר.

בפס"ד פס"ד רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל - חשין אומר בפס"ד כי לא באופן אוטומטי אפשר להלביש חובות מצויות מחוץ לחוק העונשין.
עצם העובדה שסעיף 18 (ג) אומר כל דין אינו ראוי עדיין להלביש כל דין על עבירה בחוק העונשין ותמיד יש לבחון את עוצמת החובה וההיקף שלה.

לפני תיקון 39 הפסיקה לא הססה לאמץ חובות שמקורן אינו בהוראות עונשיות כאשר היה מדובר החובה שנובעת מתפקיד – למשל בפס"ד ע"פ 115/77 לב ואח' נ' מדינת ישראל - חובה הנובעת מתפקיד של מציל למנוע תביעה.
היום סעיף 18 ג' קובע במפורש כי מקורן של חובות "עשה" יכול להיות רק בדין או בחוזה, כלומר תפקיד אינו יכול להיות עוד מקור חובה – בית משפט אינו יכול ליצור חובה, אך פעמים רבות בדרך של פרשנות הוא יוצא חובה : למשל בפס"ד ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל – נקבעה חובת זהירות כללית בין משתתפים במשחק הרולטה הרוסית וזאת על בסיס הפרשנות של עוולת הרשלנות בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, כלומר בית המשפט קובע חובה לא יש מעין אלא מתבסס על הדין.

המונח "חוזה" -

למשל מטפלת השומרת על ילדים – האם החוזה חייב להיות בכתב, או בעל פה או שניתן אפילו להסתפק בחוזה במשתמע. במקרים מסוימים הפסיקה פרשה את המונח חוזה ככולל לא רק חובה מפורש בכתב או בעל פה אלא גם חוזה משתמע למשל בפס"ד 1280/06 רועי

כרמלי נ' מדינת ישראל – ובו היתה התייחסות לאפשרות הזו שגם ניתן להכיר בחוזה במשתמע.

תמיד לזכור, שהחובות הן לא מוסריות וגם אם על פניו נראה שצריך היה לעשות מעשה, חייב שיהיה חובה בדין או בחוזה. אין להכיר ביד רחבה בקיומן של חובות שאכן מדובר בדיני עונשין והפיכת חובבה מוסרית למשפטית צריכה לעשות רק לאחר בדיקה מעמיקה ולא מעבר למה שהחברה מסוגלת לסבול.

פתרון תרגיל – מחדל :

שאלה 1 :

סעיף 341- נחלק את הסעיף לפי היסוד העובדתי :
העושה מעשה/או נמנע מעשות- יסוד של המעשה.
שלא כדין/חובתו לעשותו- הנסיבה.
נגרם נזק- התוצאה.

עכשיו צריך לראות אם הניתוח התקיים במקרה שלנו, האם מבחינה מוסרית זה שהיא לא עזרה לה מספקת להטיל אחריות עונשין? צריך למצוא את החובה.

מקור חובה אפשרי – חוק לא תעמוד על דם רעך. אם אומרים כי חוק זה הוא מקור חובה אפשרי יש לבדוק בחוק מה היקף החובה ומה הוא קובע – כדי להגיד שמקור חובה זה אפשרי יש לבדוק האם האלמנטים של הסעיף מתקיימים. החובה הוא להושיט יד לעזרת אדם כשבוא לנגד עיניו - מתקיים. הדרישה השנייה – נמצא בסכנה עקב אירוע פתאומי – מתקיים. דרישה שלישית – חייב לשלמות בריאותו או גופו – מתקיים. דרישה רביעית – כאשר לא ידו להושיט יד לעזרה – לא ניתן להחליט אם מתקיים או לא.
לא ניתן להלביש את החוק על סעיף 341 בגלל שהעונש בחוק הוא קנס ובסעיף 341 הוא מאסר.

יש לבדוק מקורות חובה נוספים ולהראות אם הם מתקיימים או לא.

לא ניתן להרשיע את חמדה לפי סעיף 341.

שאלה 2 :

לפי סעיף 287 מואשמת תהילה על הפרת הוראה בכך שלא הגיע לבית משפט, תהילה יכולה לטעון בניגוד לפי סעיף 34 ז שהיא נמצאת במצב של העדר שליטה והיא נמצאת שם מרצון.

שיעור 8 – 13.3.09

קשר סיבתי :

לפי סעיף 18, הדרישה להוכחת קשר סיבתי מתייחסת רק לעבירות תוצאתיות ולא לעבירות התנהגות, ככה שבאופן מעשי עבירה תוצאתית צריך להוכיח 2 דברים :
עצם התרחשות התוצאה, ושהתוצאה נגרמה ע"י המעשה.
יש לדעת מה התוצאה שקיומה דורשת קשר סיבתי : סעיף 18 מדבר על תוצאה שנגרמה – תוצאה מוחשית לגוף או לרכוש שנגרמה בפועל, בהבדל לתוצאה פוטנציאלית.
(עבירה הכוללת תוצאה מוחשית : עבירות הממתה, עבירות החבלה – תקיפה שגורמת לחבלה. עבירה פוטנציאלית – עבירת ההמרדה).
קיים מצב שבו בעבירות ההתנהגות מתרחשת עבירות תוצאה : למשל עבירת התקיפה – עבירת התנהגות שיכול להיות שכתוצאה מהתקיפה יכולה להיות נזק גוף.
לפעמים קיימות עבירות הכוללות תוצאה כחלק מהיסוד הנפשי ולא מהיבוד העובדתי –

למשל סעיפים 144 ב - "מתוך כוונה להסית לגזענות" - תוצאה מיסוד נפשי ואין צורך להוכיח קשר סיבתי.

לסיכום : רק כאשר העבירה כולת חלק מהיסוד העובדתי רכיב תוצאתי, עבירה ללא רכיב תוצאתי או בעלת רכיב תוצאתי פוטנציאלי או רכיב תוצאתי חלק מהיסוד הנפשי אינה דורשת קשר סיבתי.

הסעיף לא אומר מה המבחנים להוכחת קשר סיבתי, ולא מגדיר מה המשמעות של המונח "לגרום" ואנו צריכים לדעת מה המבחנים של הקשר הסיבתי מהפסיקה. המבחן שאומץ מהפסיקה הוא כפול הכולל שני מבחנים מצטברים :

2. הוכחת קשר סיבתי עובדתי - קובע את הקשר הפיזי העובדתי בין המעשה

לתוצאה.

3. קשר סיבתי משפטי - מיחס לעושה את האחריות להתרחשות התוצאה.

הצטברות שני המבחנים נועדו לסנן את כל העושים שקשורים בצורה מסוימת לתוצאה אבל לא מוצדק ליחס להם אחריות פלילית. אם לא הוכח המבחן הראשון אין צורך להמשיך ולבדוק את המבחן השני כי צריך ששני המבחנים יתקיימו.

קשר סיבתי עובדתי :

אותו המבחן הקובע את הקשר הפיזי עובדתי בין המעשה לתוצאה, המשמעות שלו זה קיומו של זיקת סיבה ומסתובב בין התנהגותו של העבריין לבין התוצאה. המבחן לקיומו של קשר סיבתי עובדתי הוא מבחן פיזי אובייקטיבי של הסיבה בלעדית עין. בעצם השאלה שאנו צריכים לשאול עצמנו בהקשר למבחן זה - האם התנהגותו של העבריין מהווה סיבה הכרחית להתרחשותה של התוצאה, או במילים אחרות - האם אלמלא ההתנהגות התוצאה היתה מתרחשת? כאשר התשובה לכך חיובית - כלומר ההתנהגות היא סיבה הכרחית לתוצאה אז אפשר לומר כי מתקיימת הדרישה לקשר סיבתי לעומת זאת כאשר התשובה לכך שלילית, כלומר שהתוצאה היתה מתרחשת גם אלמלא ההתנהגות, הרי שאז אפשר לומר כי לא מתקיימת הדרישה של קשר סיבתי. כאשר יש הרבה גורמים המשפיעים על התוצאה קשה להוכיח ואם יש שרשרת של סיבות שהובילו אל התוצאה ואז המבחן של הסיבה בלעדית אי מסובכת ואז יש להבחין בין 3 סוגי גורמים אפשריים :

4. גורמים משלימים - מצב שבו התוצאה התרחשה עקב הצטברותם של מספר

גורמים יחד, כל דורם בנפרד אין בו כדי לגרום לתוצאה ולמעשה התוצאה היא אפקט מצטבר של מספר גורמים, שכל גורם בנפרד מקיים סיבה שבלעדית אין, כלומר סיבה שבלעדית התוצאה אינה מתרחשת. (למשל : תאונת שרשרת, יש חוליה אמצעית שפגע ברכב לפניו אבל פגע רק בגלל שזה שפגע בו מאחוריו ואם לא היה פוגע בו מאחורה לא היה פוגע בזה שלפניו, מה שהביא לתוצאה הקיימת).

5. גורמים מצטברים - מצב שבו התוצאה התרחשה עקב מספר גורמים שכל אחד

מהם בנפרד יכול לגרום לתוצאה. (למשל פס"ד ע"פ 418/77 ברדריאן ואח' נ' מדינת

ישראל - שני אנשים שכל אחד בנפרד דקר את הנפטר בלב - ועוד לפני שהוא מת לאחר הדקירה הראשונה, השני דקר ולאחר מכן הוא מת, ואז אומץ מבחן הדיות שבמסגרתו השאלה הנשאלת היא האם היה די בכל אחד מהגורמים בנפרד כדי לגרום לתוצאה, אם התשובה לכך היא חיובית מתקיים הקשר סיבתי עובדתי).

6. גורמים חלופיים - מצב שבו אלמלא התוצאה היתה נגרמת ע"י גורם א' היא

היתה נגרמת ע"י גורם ב' - מצב שבו רק אחד הגורמים תרם בפועל להתרחשות התוצאה, ואילו שאר הגורמים נשארו היפותטיים. במקרים כאלה הקשר הסיבתי מתקיים רק לגבי הגורם שגרם בפועל לתוצאה. (למשל : האחד יורה במישהו והשני חיכה לאותו אחד שרצחו בבית ורצה לרצוח אותו - אחד בפועל רצח והשני באופן היפותטי לרצון, באופן ברור הקשר הסיבתי יתקיים רק לגבי מי שרצח).

אם מתקיים הקשר הסיבתי עובדתי - בודקים :

קשר סיבתי משפטי :

יכול להיות מצבים שאנשים באופן עקיף משפיעים על התוצאה אבל עדיין לא מיחסים להם

אחריות באופן ישיר.

המבחן הזה הוא מבחן הצפיות – בהקשר זה צריכים להבחין בין שני סוגי עבירות :
3. עבירות של מחשבה פלילית – השאלה הנשאלת במסגרת מבחן הצפיות היא :

האם העושה צפה בפועל את התרחשות התוצאה או תוצאה מאותו סוג? מבחן הצפיה בפועל
הוא מבחן סובייקטיבי לכל מקרה ומקרה, וזאת בהבדל לעבירות של רשלנות -

4. עבירות של רשלנות – השאלה הנשאלת במסגרת מבחן הצפיות היא : האם

עושה צפה בכוח את התוצאה או תוצאה מאותו סוג? מבחן הצפייה בכוח בהבדל מהצפייה
בפועל הוא אובייקטיבי לפי האדם הסביר – האם העושה יכול וחייב היה לצפות את התוצאה
או את התוצאה מאותו סוג?

בעבירות של כוונה – אם הוכחה הכוונה (היסוד הנפשי שהיתה כוונה לבצע את המעשה)
מעצם זה שהוכח שיש כוונה לבצע את העבירה, מסיקים כי היתה צפייה ב"פעול", ובודאי
שב"כוח", להתרחשות התוצאה.

לאחר מכן יש להמשיך ולדון בהקשר לקשר סיבתי בנושא –

ניתוק הקשר הסיבתי ע"י גורם זר מתערב :

עצם השאלה היא שאלה נגזרת ממבחן הצפיות, השאלה היא האם הקרבן או גורם חיכוני
אחר יכולים להיות גורמים מתערבים בשרשרת הסיבתית באופן שמנתק אותה. התשובה
לשאלה זו מוכרעת לפי מבחן הצפיות, והשאלה היא – האם יוצר הסיכון יכול וחייב היה
לצפות את ההתערבות של הגורם הזר? דוגמא : פס"ד ע"פ 402/75 אלגביש נ' מדינת
ישראל – אירוע של מורה שלקרה את תלמידיה לים, ים היה סוער ולא היה מציל והיא
אפשרה להם להיכנס למים בסירות ואחת התלמידות קפצה למים וטבעה ומתה, ויוחסה
למורה עבירה של גרם מוות ברשלנות, המורה טענה כי ההתנהגות של התלמידה שהיא
קפצה למים בניגוד להוראה שלה לא להיכנס למים זה גורם מתערב זר המנתק את הקשר
הסיבתי ואז בית המשפט אמר כי השאלה אם הקשר הסיבתי התנתק כתוצאה מההתנהגות
של התלמידה הוא לא תלוי ברשלנות של התלמידה אלא האם המורה שהיא יוצרת הסיכון
היתה צריכה לצפות ויכולה היתה לצפות את ההתנהגות של התלמידה – התשובה לכך
היתה שכן, ומורה שיוצאת עם התלמידים לים והתלמידים יכנסו למים ניתן היה לצפות כי הם
יקפצו וגם אם ההתנהגות של התלמידה היתה רשלנית זו התנהגות שהיתה צריכה לצפות
אותה, וגם כאשר מדובר בגורם זר מתערב מדובר ביוצר הסיכון.
העיניינים מורכבים יותר כאשר המתערב הזר פעל מתוך כוונה או אי אכפתיות או רשלנות
רבתי (רשלנות חמורה), במקרים אלו ההנחה היא כי יוצר הסיכון לא ניתן היה לצפות את
ההתערבות של הגורם הזר (מבחן הצפיות לפי נסיבות המקרה).

בפס"ד ד"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל – מקרה של בעל שהתעלל שנים באשתו
ולבסוף אישתו התאבדה – יחסו לבעל עבירה של הריגת אשתו. נשאלה השאלה האם
מעשה ההתאבדות של האישה הוא גורם זר המתערב וגורם לקשר סיבתי בין ההתעללות
לבין תוצאת המוות של האישה, במקרה זה הוחלט כי ההתאבדות של האישה למרות שזה
מעשה מכוון, לא מנתק את הקשר הסיבתי בין המעשה לתוצאה והשאלה היא תמיד שאלת
הצפיות ועל בסיסה הוחלט כי בנסיבות העיניין הבעל יכול וחייב היה לצפות שאשתו
תתאבד כתוצאה מההתעללות שלו בה.

דוקטרינת "הגוגלת הדקה" :

הכלל הוא כי על המזיק לקבל את הניזוק כפי שהו על כל תכונותיו וחולשותיו אף הנדירות
ביותר.

בפס"ד ד"נ 12/63 ליאון ואח' נ' רינגר ואח' יש לקחת בחשבון שהקרבן הפוטנציאלי הוא
רגיש במיוחד – כתוצאה מתאונת דרכים שעבר, חלה בסרטן.

סעיף 309 לחוק העונשין :

סעיף זה קשור רק לעבירות ההמתה, מונה מספר מצבים בהם המחוקק קבע מראש
שהתערבות של גורם זר במקרים של מוות לא מנתקת את הקשר הסיבתי.

הפסיקה קבעה (בפס"ד ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל) כי הרשימה שקבועה בסעיף היא לא רשימה סגורה וברור כי יש מצבים נוספים בעבירות ההמתה גם הם לא מנתקים את הקשר הסיבתי ולא מנויים באותו סעיף. למשל בפס"ד יעקובוב.

הוכחת הקשר הסיבתי גם בעבירות המעשה וגם בעבירות המחדל – בעבירות המעשה בודקים אעם בודקים אם מדובר בהתנהגות שאלמלא ההתנהגות היה נגרם התוצאה, במחדל צריכים לשאול אם התוצאה היתה נמנעת אם הנאשם לא היה חייב לפעול כך.

שיעור 9 –

היסוד הנפשי שבעבירה

כדי להרשיע אדם בעבירה פלילית יש להוכיח גם את היסוד העובדתי וגם את היסוד הנפשי. הדרישה ליסוד נפשי היא ביטוי לעיקרון שאין עבירה ללא אשמה. **סעיף 19** לחוק העונשין- דרישת מחשבה פלילית, חלק הכרחי להוכחת האשמה ניתן ללמוד מסעיף זה. לצורך הרשעה בפלילי יש להוכיח מחשבה פלילית, אבל יש שני חריגים, עבירות של **אחריות קפידה** (נקבע במפורש בחוק שהן לא הוכחה של מחשבה פלילית או של רשלנות וגם היא נחשבת חריג לקיומה של שמחבה פלילית), או **של רשלנות** (יסוד נפשי זה למעשה חריג לכלל היסודי שלפיו אין עבירה ללא אשמה). אם מדובר במפורש שמדובר ברשלנות אז זו עבירה של רשלנות וכך גם לגבי אחריות קפידה. אחרת זו עבירה של **מחשבה פלילית**, שאלו העבירות הטיפוסיות ובהן ניתן ביטוי לעיקרון היסוד שלפיו אין עבירה פלילית אלא עם התלוותה למעשה מחשבה פלילית.

מחשבה פלילית

במחשבה פלילית קנה המידה להוכחת המחשבה הפלילית היא סובייקטיבית וזאת בהבדל לעבירות של רשלנות ששם קנה המידה להוכחת היסוד הנפשי הוא אובייקטיבי, כלומר מחשבה של האדם הסביר. השלב הראשון בבחינת היסוד הנפשי הוא לברר באיזה סוג של עבירה מדובר; מחשבה פלילית או של רשלנות או אחריות קפידה. השלב השני, ויש לברר מה היא מחשבה פלילית או מהי רשלנות או מה היא אחריות קפידה לגבי **מחשבה פלילית, סעיף 20, רשלנות סעיף 21, אחריות קפידה סעיף 22. סעיף 20, מחשבה פלילית- סעיף 20 (א)**, היסוד הנפשי שבעבירה הפלילית מבטא את התייחסותו הנפשית של האדם כלפי מעשה העבירה בשני מישורים: 1. ההכרתי. 2. חפצי.

מישור ההכרתי- ברישא של סעיף 20. שאומר, במישור ההכרתי הדרישה הבסיסית היא להוכחת מודעות של הנאשם ביחס לכל אחד ואחד מרכיבי העובדתיים של העבירה. 1. מודעות לטיב המעשה. כלומר ידיעת והבנה המהות והפליליות של המעשה. 2. מודעות לקיומן של הנסיבות שמופרטות בהגדרה של העבירה אם מפורטות כאלה (רק אם העבירה כוללת נסיבות יש להוכיח מודעות לנסיבות, וכך גם בעבירות תוצאה יש להוכיח מודעות לתוצאה).

מישור החפצי- בסיפא של סעיף 20 (א), (1) ו (2). הוא בוחן את יחסו של הנאשם להתרחשות התוצאה. סעיף זה מפרט שני סוגים מרכזיים של יחסים חפצים; (1)- יחס חפצי של כוונה. מצב שבו הנאשם חפץ בתוצאה האסורה שהתרחשה בפועל. ונדבר בהמשך שבסעיף 20 ב', קובע שרצון לגרום לתוצאה בפועל כולל גם ראייה מראש של התרחשות התוצאה כקרובי לוודאי. (2)- יחס של פיזיות, כאשר היחס החפצי של פיזיות בעצמו נ חלק לשני סוגים; א. אדישות ביחס לתוצאה. מצב שבו הנאשם שווה נפש ביחס לשאלה האם

התוצאה תתרחש או לא. מדובר למעשה, בנטילת סיכון בלתי סביר. ב. קלות דעת ביחס לתוצאה. מצב שבו האדם לא חפץ בתוצאה הוא גם לא אדיש כלפיה אלא נוטל סיכון בלתי סביר מתוך תקווה שהתוצאה לא תתרחש. סוג התייחסות של "לי זה לא יקרה". היחס החפצי הכי נמוך זה יחס חפצי של רשלנות. השלב הבא, יחס חפצי של פזיזות שקיים בעבירות של קלות דעת והיותר קשה להוכחה זה אדישות. ואחריו, יחס חפצי של כוונה, והכי קשה להוכחה זה יחס חפצי של כוונת תחילה שזה בעבירת הרצח, שזה מחשבה פלילית מיוחדת. כשהגדרת העבירה באופן מפורש קובעת את אחת מהיחסים החפצים הללו, אז זה ברור שי להוכיח את אותה דרגה שקבועה במפורש בהגדרת העבירה. אם בהגדרת העבירה לא מצוין באופן מפורש היחס החפצי שיש להוכיח, אז הכלל הוא שברירת המחדל היא שחייבים להוכיח לפחות יחס חפתי של פזיזות מהסוג הקל שזה קלות דעת ביחס לתוצאה.

סוג מסוים של עבירות עם מחשבה פלילית מיוחדת, אלו עברות התנהגותיות שכוללות רכיב של כוונה או מטרה. כלומר, שאיפה להשיג יעד מסוים גם אם איננו תוצר טבעי של ההתנהגות. וזה בהבדל לעבירות תוצאה ששם התוצאה היא תוצר טבעי של ההתנהגות האסורה, נקרא **עבירות מטרה**/ עבירות עם **מחשבה פלילית מיוחדת**. סעיף 90 א (2), לחוק העונשין, המשמעות של כוונה מצויה בסעיף זה. בעבירות התנהגות משמעות המונח "**בכוונה**" היא מניע שמתוכו נעשה המעשה או מטרה שלשמה נעשה המעשה.

כשרוצים לבחון את היסוד הנפשי העבירה- ראשית, לבחון את הגדרת העבירה ולבחון מהם רכיביה העובדתיים והנפשיים. עפ"י הרכיבים העובדתיים ניתן לקבוע באיזה סוג של בירה מדובר; התנהגותית או תוצאתית. עפ"י הרכיבים הנפשיים ניתן לקבוע איזה סוג של עבירה; מחשבה פלילית או של רשלנות או של אחריות קפידה. אם העבירה לא כוללת במפורש שמדובר ביסוד נפשי של רשלנות או של אחריות קפידה אז מדובר בעבירה של מחשבה פלילית. בשלב השני, כשהגענו למסקנה שמדובר בעבירה של מחשבה פלילית ממשיכים בנייתו לפי הסוג של העברה אם זו התנהגותית או תוצאתית. אם מדובר בעבירה התנהגותית, אז יש להוכיח רק את המישור ההכרתי. מודעות לטיב המעשה ולנסיבות אם מדובר בעבירה שכוללת נסיבות ואם מדובר בעבירה התנהגותית מסוג נטרה אז יש להוכיח גם את המטרה. אם לעומת זאת, מדובר בעבירה תוצאתית, הרי שאז יש להוכיח את המישור ההכרתי ואת המישור החפצי. במישור ההכרתי יש להוכיח מודעות לטיב המעשה, מודעות לקיום המעשה והתרחשות לקיום התוצאה. ואז צריך להוכיח גם את המישור החפצי, כאשר במישור זה, יש להוכיח לפחות קלות דעת אלא אם נקבע במפורש אחרת.

סעיף 90 א, מפרש מונחים שמבטאים יסוד נפשי בחיקוקים שנחקקו לפני **תיקון 39**, וקובע מה תהיה המשמעות שלהם היום באופן שזה יהיה תואם לרוח של התיקון בכלל ואת רוח סעיפים 21 ו 21 בפרט. סעיף 20, סעיף 21, אלה סעיפים שנחקקו בעקבות תיקון 39, והם מבטאים באופן מפורש מה יש להוכיח כשמדובר ביסוד נפשי. אבל הרבה עבירות נחקקו לפני שנקבע במפורש בחוק מהו יסוד נפשי ומהו יסוד נפשי ולכן כשנתקלים בסעיף שנחקק לפני ולא משתמש במפורש במונח מודעות או כוונה אז יש ללכת לסעיף 90 ולראות בדיוק מה זה אומר.

דוגמאות:

סעיף 333, חבלה חמורה, "**החובל** (מעשה) **בחברו** (נסיבה) **חבלה חמורה** (תוצאה) **שלא כדין** (נסיבה)". מדובר בעבירה תוצאתית, מסוג של מחשבה פלילית. יש להוכיח את המישור ההכרתי, כלומר, מודעות לטיב המעשה, לנסיבות ולאפשרות התרחשותה של התוצאה. ובמישור החפצי, יש להוכיח מינימום של פזיזות מסוג קלות דעת משום שלא צוין שום דבר אחר.

סעיף 304, "**הגורם** (מעשה) **ברשלנות** (יסוד נפשי) **למותו** (תוצאה) **של אדם** (נסיבה)".

סעיף 113, "**מי שמסר** (מעשה) **ידיעה סודית** (נסיבה) **כשאינו מוסמך** (נסיבה) **לכך**...". מדובר בעבירת התנהגותית, יש יסוד נפשי של מחשבה פלילית ולכן יש להוכיח במישור ההכרתי את קיום המעשה ואת הנסיבה.

סעיף 113 (ב), "מי שמסר (מעשה) ידיעה סודית (נסיבה) כשאינו מוסמך לכך (נסיבה) והתכוון לפגוע בביטחון המדינה (יסוד נפשי)". עבירה התנהגותית מסוג מטרה, יסוד נפשי של מחשבה מיוחדת ולכן יש להוכיח את המישור ההכרתי, קיום המעשה וטיב הנסיבות ואת המטרה הספציפית שלשמה המעשה, במקרה זה לפגוע בביטחון המדינה.

סעיף 298, "הגורם במעשה או במחדל (מעשה) אסורים (נסיבה) למותו של אדם (תוצאה)". עבירה תוצאתית, יסוד נפשי של מחשבה פלילית.

סעיף 300 (א) (2), "גורם (מעשה) במחשבה (יסוד נפשי) תחילה למותו (תוצאה) של אדם (נסיבה)". יש להוכיח גם את המישור ההכרתי וגם את המישור החפצי. במישור החפצי כשקבוע במפורש מהו המישור החפצי, כמו פה כוונה תחילה, יש ללכת לפיו.

בבסיס יש להוכיח את המישור ההכרתי, מודעות לטיב המעשה לקיום הנסיבות. בעבירות תוצאתיות גם אתה אפשרות לקיומה של התוצאה.

מודעות ועצמת עיניים -

בכל סוגי העבירות יש להוכיח את המישור ההכרתי, מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ובעבירות תוצאתיות את קיום התרחשותה של התוצאה. מהי מודעות? **מודעות = ידיעה ממשית. לפי סעיף 20 (ג) (1), לחוק העונשין** מודעות יכול להיות גם במצב של עצמת עיניים. החוק קובע תחליף למודעות בפועל לצורה של עצמת עיניים. במצב של עצמת עיניים קיימת חזקה של ידיעה ממשית. סעיף 20 ג', מגדיר מה זה עצמת עיניים, התחליף לידיעה ממשית זה מצב שבו בליבו של הנאשם התעורר חשד בדבר אופיו הפלילי של המעשה או בדבר קיום הנסיבות ולמרות זאת הוא נמנע מלקיים את החשד. כדי שהחשד שאותו הוא נמנע מלברר יבסס מודעות צריך להוכיח 2 דברים: 1. שמדובר בחשד ממשי, מעשי ורציונאלי. כלומר, שאי אפשר להסתפק בחשד מופרח, אבל גם לא צריך להוכיח חשד בדרגה גבוהה אלא יש להוכיח חשד ממשי. 2. שמדובר בחשד סובייקטיבי. כלומר, החשד הוא אישי סובייקטיבי שמתעורר בליבו של העושה פנימה. אין די בחשד אובייקטיבי שהיה צריך להתעורר בליבו באותן נסיבות און בחשד כזה שהיה מתעורר בליבו של האדם הסביר. ההבחנה שקיימת בין המישור המהותי למישור הראייתי- כלומר, בין המימד הסובייקטיבי שקיים במישור המהותי לבין המימד האובייקטיבי שקיים במישור הראייתי. קנה המידה המהותי לבחינת היסוד הנפשי בכלל ולבחינת השאלה אם בליבו של הנאשם התעורר חשד ממשי הוא לעולם סובייקטיבי. אולם, גם ליסוד האובייקטיבי יש תפקיד, הנסיבות העובדתיות האובייקטיביות יכולות לשמש ככלי עזר ראייתי לבחינת המודעות בפועל ו/או לבחינת החשד הסובייקטיבי הדרוש לעצמת עיניים. וכך גם לגבי החזקות.

סעיף 90 א (3) ו (4) - מפרש מושגים של מודעות ועצמת עיניים. (3) - קובע מושג בידעין הוא מושג בעל משמעות דומה שמופיעים בחיקוקים שונים = מודעות. (4) - המונח יש לו יסוד להניח או ביטוי בעל משמעות דומה = יקבל את משמעות הביטוי "אדם שחשד" שמצוין בסעיף 20 ג 1.

שיעור 10 – 24.3.09

כוונה -

סעיף 20 (א) (1) - מסביר לנו מה הוא כוונה : "כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות"

הבחנה בין כוונה בעבירות תוצאתיות להתנהגויות :

בד"כ המונח כוונה מאפיין עבירות תוצאתיות שכוללות במישור החפצי רכיב של כוונה, אבל קיימות עבירות התנהגות מסוג מטרות שגם בהן עשוי להופיע המונח כוונה, למשל סעיף 97 – בגידה, עולה השאלה מה המשמעות של הכוונה בעבירות כאלו? לאיזה סעיף הולכים כדי לברר את המשמעות? כשמדובר בעבירות התנהגותיות מסוג מטרות משמעות המונח כוונה מוציאים אותו מסעיף 90 שעל פיו – **"מניע שמתוכו נעשה המעשה או מטרות להשיג יעד מבלי שנדרש שהתוצאה תתרחש בפועל"**. לעומת זאת, המונח כוונה בעבירות תוצאתיות מוגדר בסעיף 20 א (1) הקובע – חפץ / רצון לגרום לתוצאה המסויימת שהתרחשה. המשמעות המעשית של ההבדלים הללו :

כשמדובר בעבירות התנהגות מסוג מטרות הכוללת את רכיב הכוונה אנו צריכים להוכיח את המישור ההכרתי – מדעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ואת המטרה (הכוונה) – המניע או המטרה שלשמע נעשה המעשה, ולעומת זאת עבירה תוצאתית יש להוכיח הרבה יותר מזה – במישור ההכרתי - גם את המועדות לטיב המעשה לקיום הנסיבות ולאפשרות להתרחשותם של התוצאה ובמישור החפצי למצוא את הכוונה. ההבדל העקרוני בין מניע 90 א או לבין מטרות ליצור רצון 20 א (1) – בעבירות כוונה בוחנים את "מה" היתה המטרה שלו, מה היתה התוצאה הרצויה של המעשה.

במישור המהותי מבחינת כוונה יש להוכיח כי לאותו נאשם ספציפי באופו סובייקטיבי היתה מטרה לגרום לאותן תוצאות שנגרמו, לא תמיד יכולים לדעת ואז עושים שימוש בכלים ראיתיים, למשל בחזקות משפטיות :
אחת ההנחות הקיימות – **הנחת הכוונה** – לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו, כך למשל אם אדם דוקר אחר בלב ההנחה היא כי הוא מתכוון לתוצאות הטבעיות של דקירה בלב – מוות. אנו מניחים לטובת אותו אדם כי הוא התכוון שהתוצאה תתרחש – מדובר בהנחה שניתנת לסתירה, כי המבחן האמיתי הוא המבחן של מה באמת התכוון הנאשם הספציפי.

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

סעיף זה קרוי - "כלל הצפיות החקוק".
מהצירוף של שני הסעיפים הללו בעבירות התוצאתיות למונח כוונה יש שני מובנים :
המובן לפי סעיף 20 (א) (1) כוונה קיימת כאשר יש רצון בפועל להשגת התוצאה.
המובן לפי סעיף 20 ב – כוונה יכול שתתקיים גם שאין רצון בפועל להתרחשות התוצאה אך כאשר קיימת צפייה של הנאשם את התוצאה בדרגת הסתברות גבוהה.

ההבדל בין כלל הצפיות החקוק לפי סעיף 20 ב לבין כלל הצפיות ההלכתי :

באופן מעשי לפני תיקון 39, כלומר לפני שהיה קיים אותו סעיף 20 לחוק היה קיים בהלכה בפסוקה גם את אותו כלל הצפיות, הכלל הצפיות הזה שקיים מעוגן בחוק היה מעוגן בפסיקה והיום ממשיך להתקיים במקביל גם כלל הצפיות ההלכתי וגם החקוק, השאלה מה ההבדל ביניהם.

התשובה של הפסיקה עמדה בכך שהנוסח של כלל הצפיות החקוק עולה מהנוסח שלו כי הוא חל רק על עבירות תוצאתיות ("**ולענין התוצאות גם אחת מאלה**") , ואיננו חל על עבירות התנהגותיות מסוג מטרות , לגבי עבירות התנהגותיות משמעות הכוונה הוא לפי סעיף 90, יכול להתפרש כפי שמצויין בסעיף 90 או לפי כלל הצפיות ההלכתי (פס"ד עיקרי בנושא זה - [דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל – פס"ד חשוב *](#)) אבל לא באופן אוטומטי מכילים את הלכת הצפיות על כל סוג של עבירה, כלל הצפיות החקוק יכול לחול על כל עבירת התוצאה אבל כלל הצפיות ההלכתי לא חל באופן אוטומטי בעבירות מסוג מטרות אלא רק כשמתאים להחיל אותו, ההחלה שלו תלויה בגו העבירה, מטרתה וההיקף הראוי שלה.

עבירות מסוג מטרות בהם הוחלט להחיל את כלל הצפיות ההלכתי :
סעיף 223 – עבירת סיכון חיי אדם במזיק בנתיב תחבורה – כלל הצפיות ההלכתי - עליו הוחלט כי קיימת שקילות מוסרית בין מי שביקש להשיג את היעד המוגדר בעבירה – פגיעה

בנוסע בנתיב תחבורה – לבין מי שראה מראש את השגתו של יעד כזה של אפשרות קרובה לווודאי, כלומר מי שמסכן אדם בנתיב תחבורה אין ערך הגובר על ערב הגנה על שלום האנשים בדרך.

לעומת זאת עבירה התנהגותית אחרת – עבירת לשון הרע – נקבע כי התכלית של האיסור לעומת האינטרס של חופש הביטוי לא מצדיק את החלת כלל הצפיות לגבי עבירה זו ולכן נדרש להוכיח כוונה בפועל של ממש ולא ניתן להסתפק בכלל הצפיות ההלכתי. דוגמא נוספת שלא החילו בפסיקה את כלל הצפיות ההלכתי – עבירות של רצח – עבירות תוצאתיות – בגלל שמדובר בעבירה כל כך חמורה ולא ניתן ליחס לאדם אחריות פלילית על סמך כלל הצפיות ויש להוכיח כוונת חילה בפועל (היה בעבר לפני שהיה קיים סעיף 20 שהרי היום לא חל על עבירות תוצאתיות).

כוונת תחילה ברצח :

בסעיף 300 - מפרט מספר מצבים בהם ניתן להאשים אדם ברצח שאחד המצבים הללו הוא כי האדם גורם בכוונת תחילה למותו של אדם – 300 (א) (2) - **גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;**

ניתוח העבירה : גורם – מעשה, בכוונת תחילה – יסוד נפשי, למותו של אדם – תוצאה, מדובר בעבירה פלילית תוצאתיות שהיסוד שלה הוא כוונת תחילה. השאלה הנשאלת היא – מה היא כוונת תחילה?

כוונת תחילה מוגדרת בסעיף 301 לחוק העונשין : "לענין סעיף 300, יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו".

כוונת תחילה קיימת כאשר באופן מצטבר מוכיחים שלושת היסודות הבאים :

1. החלטה להמית.

2. הכנה.

3. העדר קינטור.

1. החלטה להמית :

משמעות היסוד היא כי בשעת המעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית. בעצם צריך להוכיח מודעות לאפשרות גרימתה של ההמתה – במישור השכלי, ומטרה לגרום – במישור החפצי. כלומר החלטה להמית – כוונה להמית.

אבל עבירת הרצח נבחנת בעבירת כוונת תחילה ויש את שני היסודות הנוספים, המאפיין שלהם הוא כדי להצביע על כך שהכוונה הנדרשת איננה כוונה רגילה אלא כוונת תחילה, כלומר יסוד התחילה מצביע על כך שלכוונת הקטילה קדמו שיקול ויישוב הדעת.

עצם זה שמצליחים להוכיח כי לנאשם ספציפי היתה החלטה להמית, אין זה מספיק, אלא צריך להמשיך הלאה ולהוכיח גם את ההכנה ואת העדר קינטור.

2. הכנה :

הכנה רואה בפסיקה את יסוד הכנה כיסוד פיזי טהור כלומר, בחינתם באופן מעשי את מעשי ההכנה שנעשו לשם הגשמה מסויימת. בחינה של המאפיינים הפיזי נועדו להסיק שלכוונת הקטילה קדמו שיקול ויישוב הדעת – מבחן פיזי במישור באמצעי אך במישור המטרה הוא נועד באמצעותו להשיק מסקנות במישור הנפשי.

3. העדר קינטור :

מבחן הכולל מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי במצטבר, ובהבדל ליסודות הקודמים של החלטה להמית והכנה שהם יסודות חיוביים, יסוד זה הוא יסוד שלילי, כלומר : המבחן הסובייקטיבי להעדר קינטור - הקובע כי כוונתו של הממית אינה כוונת תחילה אם ההתנהגות המתגרה השפיע בפועל על הנאשם עד כדי לגרום לאיבוד שליטתו העצמית, כך

שביצע את המעשה הקטלני בלי לחשוב על תוצאות מעשהו. העדר התגברות זה מצב של גיבוש כוונת קטילה מתוך שיקול ויישוב דעת, מכך מניחים כי התגברות זה מצב שבו בתכופ למעשה ההתגברות ובהשפעתו התגבשה כוונת קטילה כתגובה ספונטנית רגעית להתגרות מתוך סערת רוח, אובדן עשתונות ואובדן שליטה עצמית. בשלב הראשון יש להוכיח העדר התגברות – מתוך אובדן שיקול הדעת במישור הסובייקטיבי ואם מגיעים למסקנה כי היתה התגברות אז אין צורך להמשיך הלאה ולבחון את ההעדר התגרות מבחינה אובייקטיבית כי אם לא הוכח שלא היתה התגרות אי אפשר להוכיח כוונת תחילה, אם מוכיחים את העדר התגרות מבחינה סובייקטיבית יש להמשיך למבחן האובייקטיבי ואז נשאלת השאלה אם האדם הסביר היה מגיב לקינטור באותו צורה שהגיב הנאשם. מעטים המקרים בהם מצליחים להוכיח קיימו של קינטור – למשל בפס"ד ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל.

כלל הצפיות החקוק וההלכתי לא חלים על עבירת הרצח – כלל הצפיות ההלכתי לא חל על רצח כי כך נקבע בפסיקה שמדובר על עבירה חמורה ולא ניתן להוכיח על מבחן צפיות אלא רק על כוונה בפועל וכלל הצפיות החקוק לא חל כי על פי הפסיקה כלל הצפיות החקוק חל רק על עבירות תוצאתיות שהיסוד הנפשי שלהם במישור החפצי הוא כוונה ולא כוונת תחילה.

כוונה על תנאי :

מצב שבו גרימת התוצאה תלויה בקיום אירוע עתידי שהוא בתחום צפייתו של האדם, אבל הוא לא ודאי והוא מחוץ לשליטתו, וגם אם הוא לא חפץ בהתרחשות התנאי הוא חפץ בתוצאה בהתמלא התנאי. דוגמה : למשל אדם שחושש מפורצים, מתקין גדר חשמלית, הוא אינו חפץ בהתמלא התנאי – כלומר הוא לא רוצה שיבוא פורץ אבל אם כן יבוא פורץ הוא כן רוצה בתוצאה – בהתחשמלות. הפסיקה קבעה כי כוונה על תנאי שקולה לכוונה.

שיעור 11 – 8.5.09

על העבודה : בציטוט יש רעיון מסויים, צריך להסביר אותו, להראות שמבינים אותו ואפשר להפנות לפסיקה אחרת.

פיזיות :

סעיף 20 (א) (2) : " פיזיות 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".

כוונת תחילה אחר כך לפי סעיף 20 א 1 לאחר מכן פיזיות ולאחר מכן, המדרג בין פיזיות יותר גבוה אדישות ולאחר מכן קלות דעת, היחס החפצי הנוסף שקיים הוא יחס חפצי של רשלנות – לא קשור לעבירות של עבירה פלילית.

ביסוד הנפשי שמדובר על עבירות של מחשבה פלילית היחס החפצי אם הוא קבוע בהגדרה זה היחס החפצי המופיע בהגדרה ואם הוא לא מופיע כמפורש בהגדרה אז ברירת המחדל היא בירור יחס החפצי של פיזיות – אדישות וקלות דעת. הכלל הוא שבכל מקרה שבו מדובר על עבירה תוצאתית שההגדרה של העבירה שותקת ביחס לחפצי אז המינימום הוא יחס חפצי של פיזיות מסוג של קלות דעת. לאחר שידועים איזה יחס חפצי צריך להוכיח ומתי, אז באותם מקרים שצריך להוכיח פיזיות

יש לדעת מה היא פיזיות :

סעיף 20 (2) א(א) מגדיש מה היא פיזיות מהסוג של אדישות וקובע כי אדישות ביחס לתוצאה פרושו : מצב שבו למרות שהנאשם מודע לאפשרות התרחשותה של התוצאה הוא שווה נפש ביחס אליה – לא אכפת לו אם היא תתרחש או לא. ההבדל בין כוונה לאדישות מבחינת הצפיות הוא כי כאשר מדובר בכוונה מדובר בהסתברות גבוהה ובאדישות מדובר ברמת הסתברות נמוכה יותר תוך שוויון נפש לשאלה אם התרחש, כלומר אם מדובר בפחות מהסתברות גבוהה יפול לדרגה של אדישות – שוויון נפש.

הוג השני של פיזיות – בסעיף 20 א ב – קובע על מצב שהנאשם יודע על התרחשות התוצאה הוא לוקח סיכון מתוך תקווה, ככל הנקרה חברת בסיס שהוא יצליח למנוע את התוצאה. סוג של תפיסה ש"לי זה לא יקרה" – קלות דעת.

בעצם סוג של יחס חפצי מסוג פיזיות הנחלק לאדישות וקלות דעת, המשמעות המעשית של ההבדל ביניהם : אין באמת משמעות להבדל בין השניים, ככל שזה נוגע לאחריות הפלילית – לקביעה אם האדם אשם או לא, אבל בהחלט יכול לבוא לידי ביטוי בעונש – כאשר בית משפט בא לבחון איזה עונש לתת לנאשם בין השיקולים שהוא לוקח בחשבון זה דרגת האשמה של אותו אדם ביחס למעשה, ולכן בקלות דעת נמוכה יותר מדרגת האשמה של אדישות ונתון זה יכול להילקח בחשבון בשאלה מה העונש הראוי לגזור.

דוגמאות לעבירה בה מספיק יחס חפצי של פיזיות :

סעיף 298 לחוק העונשין : **"הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, דינו - מאסר עשרים שנים"**.

הגורם – מעשה, למותו של אדם – תוצאה : עבירה תוצאתית מסוג של מחשבה פלילית, לא נדרש יחס חפצי להוכחתה ולכן היחס החפצי המספיק הוא פיזיות מסוג של קלות דעת, כלומר המינימום שצריך להוכיח לצורך עבירת ההריגה הוא פיזיות מסוג של קלות דעת. ביחס לעבירה ההריגה, חלו שינויים בפסיקה ביחס אליה בעקבות תיקון 39 : למשל בפס"ד **ע"פ 3158/00 אוהד מגדיש נ' מדינת ישראל** – פס"ד חשוב העומד על ההבחנה בין המצב שהיה קיים ביחס לעבירת ההריגה לפני ואחרי תיקון 39 ועל השינויים העיקריים שחלו, וגם בין היתר עוסק בנושא של – איך עושים שימוש בנהחות וחזקות לצורך השקת מסקנות על מצבו הנפשי של אדם.

שתי המסקנות העיקריות שחלו אחרי תיקון 39 הן :

לפני מה שאפיין את עבירת ההריגה בפסיקה היה כי מבחינת יסוד המועדות לאפשרות גרימת התוצאה, די היה להוכיח כי הנאשם היה מודע לסיכון של גרימת חבלה גופנית. לא היה צריך להוכיח שהוא מודע לאפשרות להתרחשותה של תוצאה קטלנית, כך נקבע למשל בפס"ד **ע"פ 1/52 דויטש נ' היועמ"ש**, לעומת זאת היום המצב הוא כי צריך להוכיח שנאשם היה מודע לאפשרות התרחשותה של תוצאה קטלנית ולא די למועדות לאפשרות של גרימה של הנזק גוף, למשל בע"פ **11/99 לוינסקי נ' מדינת ישראל**. המסקנה העיקרית הבאה היתה, כי בעבר היה טשטוש וחוסר הבחנה בין היסודות העובדתיים של עבירה ההריגה לבין היסוד הנפשי של עבירת ההריגה, הדבר יצר בלבול כי בעבר ההגדרה של עבירת ההריגה שעשויה לבוא לידי ביטוי גל במחדל – מחדל הוגדר בהתרשלות בעבר, וברגע שהגדירו זאת, כאילו הכניס לתוך היסוד העובדתי את המוסד התרשלות והתחילו לבלב אותו עם המושג של התרשלות שהוא בגדר של יסוד נפשי ואז נוצר בלבול בין הרעיונות של היסודות – עשו קשר ואמרו כי כאשר מדובר ביסוד רבתי ביקשו שיוכיחו רק אדישות, וכאשר ההתרשלות היתה פחות חמורה אז דרשו יסוד נפשי חמור יותר – פיזיות מסוג אדישות. היום המצב הוא שדי ברשלנות רגילה גם אם המחשבה הפלילית היא בדרגה של קלות דעת בלבד.

סעיף 300 (א) לחוק העונשין :

- "(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד:
- (1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו;
 - (2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;
 - (3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;
 - (4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש".
- (2) -

יסוד נפשי אחר :

- (1) - גורם - מעשה, במזיד - יסוד נפשי, למותו - התוצאה, של אביו אימו סבתו - נסיבות ; עבירה תוצאתית. סעיף 90 א מגדיר מה הוא זדון / מזיד וקובע כי היחס החפצי שנדרש להוכיח הוא פיזיות. עבירת רצח, על פי סעיף זה אפשר לקיים אותה ומספיק יחס חפצי של פיזיות.
- (3) - לפי סעיף זה גם הוא מסתפק ביסוד נפשי של מזיד, כלומר ביחס חפצי של פיזיות.
- (4) - לא מצוין כאן היסוד הנפשי, וחכן הכלל הוא שהיחס החפצי שצריך להוכיח הוא פיזיות מסוג של קלות דעת, יתרה מזו יש להוכיח כי הוא גרם כדי להבטיח לעצמו ריחה או המלטות.

בהקשר של עבירה של גרימת מוות שמסתפקות ביחס חפצי של פיזיות, קיימת חזקה לפיה התנהגות בדרך של התרשלות רבתית משמעה כי הנאשם נהג במצב של פיזיות מסוג של קלות דעת. בהקשר של עבירות של גרם מוות, שכל הדרישה שלהם ליחס חפצי הוא של פיזיות, קיימת חזקה של פיזיות אם ההתנהגות היא בדרש של התרשלות רבתית - התנהגות המהווה סטייה גסה מההתנהגות הרגילה.

מדובר בחזקה וכמו כל חזקה היא ניתנת לסתירה, ובסופו של דבר מדובר ביסוד נפשי סובייקטיבי ולכן יש לבחון באופן סובייקטיבי מה היה היחס החפצי של אותו נאשם ואם הנסיבות מראות שהיחס החפצי שלו לא היו של קלות דעת אומר כי החזקה הופרכה ואי אפשר לעשות בה שימוש. בסופו של דבר הכל תלוי בנסיבות הספציפיות של הארוע.

מחשבה פלילית מועברת :

הרעיון בר לידי ביטוי בסעיף 20 ג 2 : "אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות". כלומר סעיף זה מתייחס למעשה למצב שבו אדם מפנה את ההתנהגות שלו כלפי א' שבפועל הגורם הנפגע הוא ב', ואז ביחס למצב כה קובע הסעיף כי אם הוכח שהמעשה שהופנה כלפי אדם או נכס במחשבה פלילית על פי הגדרתה, הרי עצם העובדה שהמעשה פגה במישהו או בנכס אחר, מזה שמלכתחילה הוא כוון, אז אין זה משנה את הקביעה כי קיימת אחריות פלילית גם אם בפועל זה פגע באדם אחר או בנכס אחר. מחשבה פלילית מועברת מתיחסת רק בהקשר של עבירות של מחשבה פלילית.

רשלנות

- סעיף 19 לחוק הקובע את הכלל והחריגים, וקובע כי : "אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם -
- (1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או
 - (2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה".
- כלומר העבירות הטיפוסיות הם של עבירות מסוג של מחשבה פלילית, היסוד הנפשי של האדם הוא סובייקטיבי, לעומת זאת עבירות של רשלנות ואחריות קפידה הן לא עבירות טיפוסיות הן יוצאי מהכלל ולהן קנה המידה להוכחת היסוד הנפשי הוא אובייקטיבי. העיקרון שבגללו העבירות של מחשבה פלילית הוא סובייקטיבי, הוא "אין עבירה בלי אשם", ברשלנות בעצם אין אשמה והרשלנות הוא קנה מידה אובייקטיבי.

מה היא רשלנות?

בסעיף 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) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר.

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

רואים בעצם כי במרכזה של עבירת הרשלנות קיימת דרישה לאי מודעות ליסודותיה של העבירה, כולם או חלקם וזאת למרות שבנסיבות העיניין אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע

לדרישה בסיסית זו מצטרפים שני תנאים נוספים (1) ו-(2), הדרישה הראשונה היתה, שבנוגע לשאר הפרטים, היתה לפחות רשלנות, כלומר בהבדל למצב של שגגה, שזה מצב של העדר של אשם בכלל שגם רשלנות לא מתקיימת - גם אדם מן היישוב לא יכול היה לצפות את הנולד. והדרישה השניה אומרת כי המחוקק בעצם לקח בחשבון את העובדה כי במסגרת החיים הרגילים אנו נאלצים לקחת סיכונים סבירים שעל לקיחתם אין ליחס אחריות פלילית, למשל אם מאפשרים לילד בן 12 ללכת לבד ברחוב ולחצות את הכביש אנו מתייחסים לזה בפסיקה בכסיכון סביר שמאפשרים לקחת אותו במסגרת החיים הרגילים אבל אם לעומת זאת נתן לילד בן 4 לעבור לבד את הכביש זה יחשב לסיכון בלתי סביר שלא פוטר מאחריות. קנה המידה לבחינתה של הרשלנות הוא אובייקטיבי אך רואים זאת גם בסעיף עצמו "כשאדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העיניין להיות מודע לאותו פרט", כלומר צפיות בכוח. כלומר אדם הוא רשולן גם אם הוא עצמו לא היה מודע לפרט מסויים אבל יכול היה להיות מודע אליו.

יש להשים לב להבדל בין הסעיף בחוק לבין הפסיקה, הפסיקה נוקטת בלשון של "יכול וצריך היה להיות מודע".

סעיף 21 (ב) קובע את הכלל שלפיו רשלנות יכולה להיות יסוד נפשי רק לעבירה שאינה מסוג פשע שהטעם לכך נעוץ בכך שעבירות הרשלנות הן למעשה החריג לכלל היסודי לפיו אין עבירה אלא אם בוצעה במחשבה פלילית המסובב על עקרון האשמה ולכן התפיסה היא כי אין הצדקה מוסרית ליחס לאדם אחריות פלילית לעבירה חמורה בהעדר אדם, ולכן מגבילים את האפשרות להאשים אדם בעבירה של רשלנות רק לעבירות מסוג של עוון ולא לעבירות מסוג של פשע.

סעיף 90 (ב) קובע עונש על עבירת רשלנות.

היסוד הנפשי של רשלנות חייב לבוא במפורש בהגדרה וכשהיא נוקטת בלשון "התרשלנות" מדובר ברשלנות לפי סעיף 90 (א) (5).

אם העונש שנקבע לעבירה הוא מעל 3 שנים אז לא מדובר ברשלנות, כי זה כבר מעל פשע.

ההבדל בין קלות דעת לבין רשלנות הוא הבדל דק, ההבדל בעונש שניתן ליחס הוא עצום.

שיעור 12 – 1.6.09

עבירות נגזרות:

(עבירת הנסיון ושותפות)

המושג של עבירות נגזרות הוא למעשה מושג שבא להבחין בין העבירות המושלמות לבין העבירות שנגזרות מהעבירה המושלמת, בעצם אין להם קיום עצמאי כי הוא נותק מהעבירה המושלמת.

יש בעצם שתי צורות של עבירות נגזרות:

1. הנסיון הפלילי - הנסיון לבצע את העבירה המושלמת.
2. עבירות של שותפות בדבר עבירה.

השאלה ביחס לעבירות הנגזרות היא האם ניתן ליחס אחריות פלילית למי שמנסה לבצע עבירה ולמי ששותף לדבר עבירה? ביחס למנסה השאלה היא האם ניתן ליחס אחריות פלילית לאדם שהתכוון לבצע את העבירה אך לא השלים את ביצועה, כלומר האם התנהגות בלתי מושלמת יכולה להיחשב עבירה פלילית?

השאלה ששואלים ביחס לשותפות היא האם ניתן ליחס לאדם אחריות לעבירה המושלמת על בסיס העובדה שבהתנהגות שלו הוא תרם לאחרים לבצע את העבירה? בהבדל לניסיון הביצוע של העבירה הושלם אבל השותף נתן רק חלק בביצוע של העבירה המושלמת ולכן האם ניתן ליחס למנסה או לשותף אחריות פלילית? בתנאים מסויימים כן והשאלה היא מה הם אותם תנאים למנסה או לשותף: התשובה לזה נמצא בדיני השותפות בעבירות נגזרות בחוק העונשין בפרק ה' -

סעיפים 25-28 הם סעיפים העוסקים בעבירת ניסיון החלים על הניסיון לבצע את אותה עבירה.

סעיפים 29 - 34 עוסקים בצדדים לעבירה - שותפות.

34 א ו 34 ג הם הוראות החלות גם על הניסיון וגם על השותפות.

הנסיון הפלילי -

יש לדעת מה זה ניסיון כדי לדעת מה הם אותם כללים המטילים אחריות על אדם העובר עבירה.

סעיף 25 מגדיר את עבירת הניסיון: **"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"**.

כמו כל עבירה אחרת כאשר אנו רוצים לבחון אם היא מתקיימת או לא יש לבדוק מה היסוד הנפשי והעובדתי שלה.

היסוד העובדתי של עבירת הניסיון - "עשיית משעה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". בהבדל מעבירות אחרות כאן היסוד עובדתי מוגדר על דרך השלילה - כלומר בעצם יכולים ללמוד מההגדרה כי מדובר למעשה במתחם של התנהגויות שמתחיל באותו אזור התנהגותי, באותה התנהגות שבגבול התחתון שלה היא מעבר להכנה ובגבול האחר העליון שלה הוא התנהגות המשלימה את העבירה המוגברת.

ע"פ 5150/93, 5447 סריס נ' מדינת ישראל - מאופיינת במעשה גלוי לעין המהווה חוליה ולא ראשונה בשרשרת חוליות התנהגויות המתאימות שהיו מולכית להשלמת היסוד ההתנהגותי אילמלא הופסקו. יכולים ללמוד מהגברים הללו כי עבירת הניסיון מתבטאת בשרשרת של התנהגויות המאופיינות במעשה גלוי שמתחילות בהתנהגות שהיא מעבר להכנה ומסתיימות בהתנהגות שהיא מתחת לעבירה המושלמת.

עכשיו יש להבין מה הוא אותו קו גבול תחתון המבחין בין הכנה לניסיון, ומה הגבול העליון של ניסיון המבחין בין הניסיון לעבירה המושלמת:

בפס"ד ע"פ 5150/93, 5447 סריס נ' מדינת ישראל לנידונה ההבחנה ונאמר כי בהקשר לקו התחתון - שלב ההכנה מאופיין למשל בכך שהנאשם רוכש אמצעים, אוסף עמדה מתכנן ועושה פעולה המכוונת ליצור תנאים לביצוע העבירה. לעומת זאת שלב הניסיון הוא מעבר לכך ויש בו למעשה פעולות שהם חלק מסדרה של פעולות שלולא הם הופרעו הן היו מקיימות את היסוד העובדתי של העבירה המושלמת. יש לזכור כי כאשר מדובר בניסיון מדובר להוכיח תחילת הגשמת הכוונה ולווא דווקא תחילת המעשה האסור, כלומר הניסיון אינו מתבטא בניסיון שיש בו תחילת ביצוע של היסוד העובדתי אלא תחילה של ההוצאה לפועל של הכוונה. בעצם אם לנו ידוע כי אדם התכוון לבצע עבירה מסויימת והודע באופן מפורש על כך, והוא עשה פעולות מסויימות לקראת הגשמת אותה עבירה, אז גם אם עשיין לא החל בביצוע היסוד העובדתי של העבירה ניתן עדיין להרשיע אותו בעבירת הניסיון - לדוגמא עבירת האינוס - בפס"ד סריס עוסק בעבירת הניסיון של אינוס ואותו מקרה הנאשם הודא כי הוא התכוון לאנוס את מתלונן ובפועל הפעולות היו פעולות של גמירה באיזה שהו מקום מוסתר, סחב אותה בכוח ואז שהגיע המשטרה ושמע אותם מגיעים ברח ובאופן מעשי לא עשה שום התחלה של היסוד העובדתי בעבירת האינוס. הרציו של הפס"ד זה כי כל

הפעולות שהוא עשה יחד עם האמירות שהוא התכוון מראות כי מדובר בתחילת המעשה של הנסיון לאנוס – כלומר על אף שלא היתה התחלה של חדירה ניתן היה להרשיע אותו בנסיון לאנוס רק בגלל הפעולות שהוא עשה המראות על הגשמת עבירת האנוס. יש להדגיש כי התנהגות שהיא בגדר הכנה בלבד בניגוד לנסיון אינה נחשבת לעבירה פלילית בד"כ אלא אם כן המחוקק קבע במפורש שהכוונה היא עבירה פלילית – סעיף 497 – הכנת עבירה בחומרים מסוכנים.

הקו העליון של מתחם הנסיון מושפע למעשה מהגדרת היסוד העובדתי של העבירה המושלמת, כלומר מה שבעצם צריכים לבדוק זה לברר מתי המעשה שנעשה יש בו כדי להשלים את ההתנהגות האסורה כהגדרתה ביסוד העובדתי של העבירה המושלמת. לדוגמה עבירת האנוס – נסיון לאנוס הופך לאינוס כאשר יש בעילה בפועל, כלומר אם בוצעה חדירה זה אומר כי כבר יש את העבירה המושלמת של אנוס אבל אם נעשה נסיון ולא היתה חדירה המשמעות של הדבר זה שמדובר בנסיון בלבד.

חשוב להבהיר כי יכול להיות כי התנהגות המהווה נסיון לעבור עבירה מסויימת בעת ובעונה אחת תהווה גם עבירה מושלמת אחרת, לדוגמה: בעבירת האנוס באותו מקרה של סריס שהיה נסיון לאנוס אולם לא היתה עבירה מושלמת של אנוס אבל כל הפעולות שהוא עשה מעידים על תקיפה – עבירה מושלמת של תקיפה.

הדבר הבא שאנו צריכים לבחון בעבירת הנסיון זה היסוד הנפשי של העבירה:

כדי לבחון את היסוד הנפשי אנו צריכים לחפש אותו בסעיף 25 – המגדיר את העבירה, ואכן סעיף זה קובע כי מדובר בעבירת התנהגות מסוג מטרר, כלומר היסוד הנפשי הוא מטרר לבצע את העבירה בשלמותה או הכוונה להגשים את ביצע העבירה בשלמותה, כלומר יש להוכיח כוונה לבצע את העבירה בשלמותה וזאת גם אם היסוד הנפשי של העבירה המושלמת איננו כולל יסוד נפשי של כוונה. בכל מקרה כאשר מייחסים לנאשם עבירה של נסיון יש להוכיח כוונה להגשים את העבירה בשלמותה.

היסוד הנפשי של עבירה הנסיון כולל למעשה שני יסודות משנה:

1. היסוד הנפשי שנדרש לעבירה אותה הוא מנסה לבצע – עבירה המושלמת.

2. היסוד הנפשי לעבירת הנסיון עצמה, כלומר את אותה מטרר או כוונה להשלים את העבירה המושלמת.

לדוגמה עבירת הנסיון לאנוס – שמיחסים לאדם עבירה של נסיון לאנוס אז היסוד הנפשי שצריך להוכיח הוא כפול – יסוד נפשי של עבירת האנוס – עבירה התנהגותית וניתן להוכיח יסוד נפשי של מודעות וטיב המעשה ובעבירה הנסיון צריכים להוכיח טיב המעשה ומודעות וגם את הכוונה להגשים את האנוס בשלמותו – את הבעילה בשלמותה.

ברוב המקרים כאשר מייחסים לאדם עבירה של נסיון לא מייחסים לו עבירה של נסיון ואומרים כי הוא מואשם בעבירה של נסיון לפי סעיף 25 אלא לפי סעיף 25 ביחד עם אותה עבירה ספציפית אותה הוא ניסה להשלים.

סעיף 26 – חוסר אפשרות לעשיית עבירה: "לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". המנסה לא יהיה פטור מאחריות פלילית גם במצב בו הנסיון היה הלא צליח – כלומר נסיון שמלכתחילה נראה כשולן מחמת חוסר אפשרות לבצע את העבירה. במצבים כאלה אדם בכל זאת לא יהיה פטור מאחריות אבל אין זה נכון לכל המצבים הלא צליחים, יש מקרים לא צליחים שניתן לקבוע לגביהם כי אדם כן יהיה פטור מאחריות פלילית.

סוגי המצבים שנסיון לא צליח הפוטרים והלא פוטרים מאחריות פלילית:

שלושה סוגים:

1. מקרים של אי אפשרות עובדתית לבצע את העבירה – אי אפשרות

עובדתית נוסעת מטעות שבעובדה שיכולה למעשה לנבוע משני סוגים של טעויות, סוג אחד של טעות זה טעות הנוגדת לשימוש באמצעים בלתי מתאימים - למשל אדם המתכוון להמית מישוהו ובטעות מוזג לכוח של הקרבן כמות קטנה מידי של רעל ממה שצריך כדי להרוג אותו – ולכן הניסיון אינו צליח. סוג נוסף של טעות עובדתית זה טעות כתוצאה מהנסיבות – למשל אם התכוונתי להרוג אדם מסויים ויריתי לכוון שלו אבל הוא לא היה במקום בו חשבתי שהוא נמצא או שהוא מת לפני כן מהתקף לב. על פי הפסיקה שני סוגי טעויות אלה שבגללם הניסיון אינו צליח אינן פוטרות את המנסה מאחריות פלילית – המנסה יהיה אחראי לעבירת הניסיון. דיון בסיטואציה הזאת של ניסיון לא צליח על בסיס טעות עובדתית ע"פ [675/85](#) **גרציאנו נ' מדינת ישראל**.

2. אי אפשרות חוקית לבצע את העבירה – מקרים שבם העושה חשב בטעות כי קיים חוק שאוסר על ההתנהגות שלו – למשל אדם המקיים יחסים סוציאליים מתוך מחשבה כי יש חוק האוסר על כך, אך בפועל אין זה קיים חוק זה. אם אלו התפיסה היא כי לא ניתן להעניש את העושה לגביהם. במקרים אלו יש מצד אחד שמוכן לעבור את החוק כי הוא עשה מעשים מתוך מחשבה שיש חוקים האוסרים על כך אך המעשה שלו חוקי אבל לא ניתן להעמיד אותו לדין למרות שהוא מראה נכונות לעבור את החוק כי החוק מראה כי הוא רוצה להגן על ערך מוגן.

3. מקרים בהם המנסה עושה שימוש באמצעים אבסורדים במודע – מקרים לכך אלו מקרים בהם אצל המנסה קיימת טעות בתפיסת המציאות כפי שזו נתפסת על החברה. במקרים אלו העושה האמין כי האמצעים שנקט הם מתאימים להשלמת העבירה אלא שאמונה זו נתפסת בעיני החברה כאמונה שאינה רציונלית ושבפועל אין בה שום אפשרות להביא להשלמת העבירה. לדוגמא: מקרים בהם אדם סבור כי אם הוא משתמש במילות קסם מתוך אמונה שיש בהם כדי לגרום למותו של אדם – ביחס למצבים אלו העמדה המקובלת בפסיקה היא כי הניסיון אינו עניש זה משום שהאמונה של העושה נתפסת ע"י החברה כאמונה לא רציונלית ושממילא התוכנית שהוא יתבע איננה מסוכנת ואיננה פוגעת בסדר המשפטי. אנו יכולים להגביל את ההתייחסות לאותו אחד שמאמין כי מילות הקסם יביאו להצלחה של הניסיון שלו, רואים אותו כאחד שהתפיסה של המציאות שלו מנותקת ולא שפוי, וכמו שמתייחסים ללא שפוי כך נתייחס למי ששתמש באמצעים בלתי אבסורדים במודע.

העמדה הרווחת על פי הפסיקה היא כי סעיף 26 מכוון רק למקרים מהסוד הראשון של אי אפשרות עובדתית – רק מקרים מסוג זה של אי אפשרות עובדתית המנסה לא יהיה פטור מאחריות פלילית, לעומת זאת במקרים מהסוג השני והשלישי העוסקים באי אפשרות חוקית או של שימוש באמצעים אבסורדים העמדה הרווחת בפסיקה היא כי הם אינם עניינים, כלומר לגביהם כן יהיה פטור מאחריות.

ההבחנה הקיימת בין אמצעים בלתי הולמת הקשורים לטעות עובדתית שכן מבקשת ליחס את הניסיון הלא צליח לעומת אמצעים בלתי אבסורדים – באמצעים בלתי הולמים מדובר באי התאמה יחסית בים אמצעי הביצוע למטרה. בניגוד למצב בשימוש באמצעים אבסורדים שמדובר בטעות הנובעת מתפיסה שגויה של המציאות ולא בטעות עובדתית ומדובר באי התאמה מוחלטת בין אמצעי הביצוע למטרה, כלומר יש אמצעי שנעשה בו שימוש ואין בו פוטנציאל לאפשר את השלמת העבירה.

סעיף 26 אומר כי בסופו של דבר מדובר בפרשנות מה הוא אותו מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו? אם נכנס לפרשנות סעיף זה אומר כי גם במצבים בשימוש באמצעים אבסורדים לא ניתן פטור אבל הפרשנות צריכה להיות מושפעת מהפסיקה שיהיה גם לפני תיקון 39 לחוק והפסיקה זו קבעה כי מדובר באמצעים אבסורדים יש להעניק פטור מאחריות – מדובר בשאלה פרשנית אם שימוש אמצעים אבסורטיים נכלל בסעיף זה או לא.

סעיף 27 – עונש מיוחד לניסיון: "הוראה שבה נקבע לעבירה עונש חובה או שנקבע לה עונש מזערי, לא תחול על ניסיון לעבור אותה". דינו של המנסה זהה לדינו של מי ש הצליח לעבור את העבירה המושלמת אלא אם מדובר בעבירה שהעונש הקבוצע לצידה הוא עונש חובה או

עונש מזערי – רק במקרים אלו לא יכול על המנסה דינו של מצליח. ואז דינו של המנסה יהיה בהכרח קל יותר. לדוגמא : עבירת הרצח – עליה יש עונש של מאסר עולם חובה אבל דינו של המנסה לרצוח הוא לא עונש מאסר עולם אלא בסעיף 305 קובע די דינו של הנסיון לקצח יהיה 20 שנה. בעצם חשוב לדעת כלל זה כי היום בהבדל ממה שהיה הדין לפני תיקון 39 ההבדל העקרוני בין העבירה המושלמת לעבירת הנסיון בא לידי ביטוי במיוחד כאשר מדובר בניסיון לעבור עבירה שהעונש הקבוע לצידה הוא עונש חובה או מעזרי. בעבירות מסוג זה, לבית המשפט אין שיקול דעת בעונש ככל שזה נוגע לעבירה המושלמת אבל כן יש לו שיקול דעת בעונש כאשר מדובר בעבירה של ניסיון לעבור עבירה.

הרציונל של שינוי זה הוא : בעבר לפני תיקון 39 הדין זהה כי עונשו של המנסה הוא חצי מהעונש הקבוע לעבירה המושלמת, והיום מדובר בשינוי כי רק בעבירות שהעונש הקבוע לצידן עונש חובה אז יש שיקול דעת לבית המשפט - השינוי הוא המחמיר על המנסה ולכן הרציונל הוא : ברגע שאנו באופן אוטומטי כפי שהיה בעבר מטילים חצי מהעונש על המנסה לעומת העבירה המושלמת אנו נותנים משקל למקריות אבל אדם ירצה לעבור עבירה מושלמת ובעבר רק בגלל נסיבות מקריות הוא לא הצליח בכך ובגלל המקריות הזו הוא יקבל עונש שהוא חצי מהעונש של המצליח. יכול להיות מצב שדרגת האשם של המנסה הוא דרגה חמורה יותר מהדרגה של המצליח – למשל מצב בו אדם זורק אבן מתוך כוונה לפגוע ברכוש ובגלל רוח פתאומית האבן לא פגעה ברכוש – מבחינת הכוונה שלו מדובר בעבירה של ניסיון כי היה לו כוונה לפגוע ודרגת האשם שלו יותר חמורה מאדם אחר זרק אבן סתם מבלי כוונה לפגוע ברכוש אבל בגלל הרוח היה וגע ברכוש – במקרה השני אומנם היתה תוצאה מזיקה אבל אין אנו מאשימים על התוצאה אלא על דרגת האשם ובמקרה השני היא יולתר נמוכה מאותו אחד שבכוונה רק את האבן אבל מסיבות שונות האבן לא גרמה לתוצאה שהתכוון – לנזק.

בכל אותן עבירות שאין עונש חובה למעשה השיטה היא לעונשי מקסימום כלומר ניתן לקחת את נסיבות המקרה לצורך העונש ואם בנסיבות העיניין הנסיבות של המעשה הן מקלות אז אפשר לקחת את זה לצורך קביעת העונש.

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

סעיף זה הוא דוגמא נוספת בנוסף לסעיף 27 המדגיש את החשיבות של ההבחנה בין עבירה מושלמת לעבירת הנסיון הנגזרת ממנה. סעיף זה עולה כי בעבירת הנסיון בהבדל לעבירה מושלמת לחרטה יש משמעות.

לפי סעיף זה בהתקיים תנאים מסויימים המנסה שחדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות יהיה פטור מאחריות. כדי להנות מפטור זה יש להוכיח שני תנאים מצטברים :

1. שהמנסה חדל מחפץ נפשו בלבד – כלומר מיוזמתו שלו.

2. שחדל מתוך חרטה - חשוב להדגיש כי הכוונה לחרטה אמיתית ולא

לנטישת ביצוע עקב קשיים חיצוניים – חרטה אמיתית נוסעת ממפנה פנימי בעמדתו הנפשית של העושה ולא עקב נסיבות חיצוניות שהתגלו במהלך הביצוע וגרמו לו להבין כי הביצוע עלול להיכשל או שהוא עלול להיתפס.

קשה להבחין בין חרטה אמיתית לבין נטישת ביצוע עקב קשיים חיצוניים והחוק מנסה להתמודד עם קושי זה ע"י כך שהוא מעביר את נטל ההוכחה למנסה שהתחרט. כדי להבטיח שהחרטה היא אכן אמיתית המנסה הוא זה שצריך להוכיח כי מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה הוא חדל מהשלמת המעשה או שהוא תרם תרומה ממשית למניעת התוצאות שבהן מותנת השלמת העבירה.

הרציונל של פטור זה הוא כי כל עוד יש סיכוי שהמנסה יחזור בו מלהשלים את העבירה

המושלמת אז יש לנסות ולעודד אותו ולספק לו מוטיבציה להתחרט. ההנחה העומדת מאחורי פטור זה היא כי מי שיתחרט וחזר בו לאחר התחלת הביצוע כבר לא ישוב עוד פעם לסורו. האפשרות לפטור קיימת או כאדר מנסה חדל מהשלמת המעשה או כאשר הוא תרם תרומה של ממש לגרימת התוצאות מהן מותנית השלמת המעשה, החלופה השניה של תרומה דורשת תרומה של ממש ולא סתם תרומה.

הסעיף קובע כי הענקת הפטור לאחריות של המנסה להתחרט אין בה כדי למנוע את העבירה המושלמת האחרת.

סעיף השייך לדינים המשותפים לנסיון ולשותפות :

סעיף 34 ג - "הנסיון, השידול, הנסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש" - כלל שניתן ליחס בעצם את האחריות על עבירה של נסיון רק לעבירות שהן לא מסוג של חטא - כאשר מדובר בעבירה מסוג חטא לא ניתן להטיל אחריות פלילית על המנסה על עבירות שהן בעונש של פחות מ-3 שנים.

סעיף 34 ד - "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".

הדינים הרגילים בחלים על עבירות מושלמות חלים גם על עבירות נסיון אלא אם משתמע מהחיקוק כי הם לא חלים עליהם.

תרגיל בנושא הניסיון הפלילי :

ארועון 1 :

יש לנתח לפי היסוד העובדתי והנפשי את העבירה :

יש לשאול האם מתקיים היסוד העובדתי של עבירת הנסיון - מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה - מעשה שהוא גלוי לעין ונעשו פעולות להגשמת הכוונה ושאי למלא הופסקו אפשר היה להשלים את העבירה. ועל פי מבחן זה אפשר לומר כי מדובר במעשה של נסיון - נעשו כאן מעשים גלויים כי אילמלא מופסקים הכוונה היתה מתממשת. מבחינת היסוד הנפשי יש להוכיח מטרה לבצע את העבירה בשלמותה + היסוד הנפשי של העבירה המושלמת - סעיף 413ב - במקרה זה אפשר להגיד כי יש כוונה לבצע את העבירה המושלמת והאם התקיים היסוד הנפשי של העבירה המושלמת והאם מתקיים.

יש לבדוק האם מתקיים סעיף החרטה - הכלל אומר כי מחפץ ליבו ומתוך חרטה כנה ורואים כי החרטה במקרה זה אינה אמיתי אלא נבעה מכך שהמשטרה הגיע ולכן סביר להניח בנסיבות העיניין לא היה נהנה מפטור עקב חרטה.

לחילופין, מואשם מוני בהחזקת מכשירי פריצה לפי סעיף 413א, ואכן ניתן להאשים אותו בעבירה זו כי גם אם אי אפשר להרשיע או כן אפשר להרשיע בעבירת הנסיון אפשר גם להרשיע בעבירה מושלמת, ויש לבחון האם מתקיים היסוד העובדתי והנפשי של העבירה המושלמת של החזקת מכשירי פריצה.

ארועון 2 :

יש ללכת לסעיף 305 ולבחון את הגדרת העבירה של עבירת הנסיון לרצח, ולבדוק היסוד הנפשי והעובדתי ולשאול האם שימוש באמצעים אבסורדים לא כלול בסעיף 26? שהרי סעיף זה מדבר על אי מתן פטור במצב של נסיון לא צליח. יש לבדור האם מדובר בנסיבות העיין במעשה שעלול מטבעו לסכן חיי אדם? במקרה שלנו אין מדובר בסיטואציה זו ואם מפרשים את המילים "עלול לסכן מטבעו של אדם" המעשים שלו יכולים לסכן חייב אדם וגם אם ניתוח של אותה סיטואציה של נסיון לא צליח בשימוש באמצעים אבסורדים הפסיקה בעבר לפני תיקון 39 קבעה כי ניתן להעניק פטור אבל כמובן שצריך להמשיך את הניתוח ולהבהיר כי שימשו באמצעים אלו לא נופל בגדר הסעיף של 26 - חוסר אפשרות לעשיית העבירה -

וניתן לומר כי בשימוש באמצעים אלו זה אינו מצב שהנסיון אינו היה צליח בגלל דברים שהוא לא היה מודע לו אלא אמצעים אבסורדים שלא נופלים תחת סעיף זה ולפי סעיף 305 לא ניתן ליחס לו את העבירה של נסיון לרצח. מים במקום רעל – טעות עובדתית.

שיעור 13 -