

**מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3**

"חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, הניפו חרמש ומגל ולא הניחום מידיהם עד רדת יום בקוצרם בשדה חוקי-היסוד. אך מעט לקט, שיכחה ופאה הותירו אחריהם. מתוכם אמרתי אאסוף אל חיקי שתיים-שלוש שיבולים, אותן אטחן ומהן אאפה את פיתי-שלי..." - השופט מ. חשין

**תודה לפלמירה פרקש, מור אגם, דניאל אברמובסקי, חן וינברג ובת-אל בלאיש על ההשקעה בחיבור המחברת.**

**בהצלחה לכולם !**

1. מבוא לדיני עונשין.....2
2. עקרון החוקיות.....8
  - א. כללי הפרשנות
  - ב. הגדרה מפורטת וודאית של העבירה
3. תחולת דיני העונשין לפי זמן עשיית העבירה.....13
4. תחולת דיני העונשין לפי מקום עשיית העבירה.....15
5. היסוד העובדתי שבעבירה.....18
  - א. מעשים
  - ב. התנהגות ותוצאה
  - ג. מחדלים
  - ד. החזקה
  - ה. הרכיב הנסיבתי
  - ו. הרכיב התוצאתי
6. היסוד הנפשי שבעבירה.....34
  - א. המישור ההכרתי : דרישת מודעות
  - ב. המישור החפצי : פזיזות וכוונה
  - ג. כוונה תחילה
  - ד. הלכת הצפיות
7. רשלנות.....55
  - א. היבטי הרשלנות
8. אחריות קפידה.....60
9. עיקרון המזיגה.....63
10. נסיון.....66
11. צדדים לעבירה.....72
  - א. המבצע
  - ב. המשדל
  - ג. המסייע
  - ד. אחריות לעבירה שונה או נוספת.
12. סייגים לאחריות פלילית.....85
  - א. אי שפיות הדעת
  - ב. שכרות
  - ג. הגנה עצמית
  - ה. כורח

**1. מבוא**

**משפט פלילי ותרבות בישראל - יורם שחר**

בכמה תחומים, בעיקר אלה הקשורים למיניות ומשפחה, מושגת התאמה מסוימת בין פלילים ותרבות, בטווח פיגור סביר. בתחומים אחרים, כולל אלה שבבסיס ההווה האנושית והקהילתית, אין הנורמות הפליליות תואמות שינויי תרבות והן מבטאות עמדות ערכאיות של קהילות אחרות, במקומות ובזמנים אחרים. הקוד הפלילי של מ"י בנוי, בבסיסו, על קוד פלילי שהשאיר אחריו המנדט הבריטי. ברוב המקרים, כמו בישראל, הקוד מכתוב במדינות אשר היו שטחי חסות גם כיום את עיקר הנורמות הפליליות, עשרות שנים לאחר נטילת הילידים את ריבונותם. די באמור עד כאן כדי להצביע על הסיכויים המעטים למתאם בין תרבות ומשפט פלילי במ"י. המחבר טוען כי התאמתו של הדין הפלילי למציאות המדינית, הסוציאלית, המוסרית והחומרית התקיימה עד היום (בכל הנוגע לחקיקה) רק בתחומים מסוימים של הדין הפלילי ולא הגיעה אל תחומי הליבה (עברות נגד הגוף והחירות, עבירות נגד הרכוש והשילוב ביניה). בעבירות הליבה מתמקדים סמלי התרבות העיקריים. עיקר המאמץ השלטוני היזום לשינוי הדין הפלילי הוקדש בחמישים שנותיה של מ"י לבנייה מחדש של ההיבט הפלילי של ההתנהגות הציבורית. מציאות זו בלטה בשנותיה הראשונות של המדינה. ההנמקה האופיינית באותם שנים הרבתה לדבר על הצורך להחליף את התנהגותו הציבורית של עם שהיה מורגל בגלות או בשלטון קולוניאלי בהתנהגות הראויה לעם ריבוני בארצו. גם לאחר יציקת נוסח החוק האנגלי אל הנוסח העברי הרפורמה מתמקדת ברשות הרבים. בכל שנותיו שינה המחוקק הישראלי שני תיקונים מהותיים: (1) ביטול הדרישה בעבירת הפריצה שתבצע בלילה (2) וביטול העבירה של ניסיון להתאבד. מלבד הוספת מספר נסיבות מחמירות לעבירות הליבה ומספר נסיבות מקלות לעבירת הרצח נשאר עיקרן של עבירות הליבה כפי שנחקק ב-1936.

**הגדרת תרבות:**

תרבות היא משמעויות משותפות ונוהגים מקובלים של בני קהילה נתונה (יוסף רז). לפי המינוח המקובל על המחבר לא רק "אופייה" של הקהילה משתנה אלא "תרבותה" משתנה כאשר משתנה מערך הערכים המקובל על חבריה שינוי משמעותי. הטענה אותה טוען המחבר היא כי המשפט הפלילי של אותה קהילה צריך להיות מבוסס על אותן משמעויות ונוהגים.

**עבירות הליבה של חוק העונשין:**

1. **פריצה והתפרצות** - הדין הפלילי במ"י מקפיד להבחין בין עבירה של כניסה למקום מגורים לבין העבירה של התפרצות למקום מגורים (כניסה ע"י פריצה). על העבירה השנייה צפוי העברייני להתחייב בשתי שנות מאסר יותר מאשר על הראשונה. חרדה יתרה זו מפני עצם הנגיעה במעטפת הבית נובעת מתרבות אחרת, הדין משמר אותה מטעמים של אינרציה ושמרנות מקצועית. ע"פ לשון החוק עולה כי משמעותה של הסמלית של הדלת היא לא כרכוש המוליד את חומרת המעשה אלא כמעטפת המשלימה את גבול הבית. תורת הפתחים "אשר מייחסת משמעות מוסרית עליונה למצבם המדויק של פתחי הבית בעת חדירתם החלה להתפתח עוד במאה ה-17 והמשיכה כך עד לאמירתו של אדוארד גריו בשנות ה-60 שהקפדה על "משמעויות טכניות" של הביטויים "נכנס" ו"פורץ" היא "שטות שלא הייתה אמורה לשרוד עד העת הנוכחית". "תורת הפתחים" חוסלה באנגליה כשאיבדה ממשמעותה הסמלית. נוסחה של הגדרת ההתפרצות בס 405 לחוק העונשין הוא תרגום מילולי לעברית של הנוסח האנגלי, נוסח זה הוא בעצמו העתק של זה הקווינסלנדי. עד כאן הניח המחבר כי העיסוק המיוחד בפתחי הבית נובע מעמדה ערכית מיוחדת לתרבות שבה חשיבות לעטיפותיהם של בתים. עכשיו ינסה המחבר להפריך שתי טענות הנותנות ל"תורת הפתחים" משמעות "ניטרלית".

(א) עבירות הכניסה והפריצה לבית מגורים הן עבירות ניסיון. כלומר עיקרן מתמקד לא בעצם הפעולה אלא במטרה אשר לשמה הפעולה נעשית. ניתן היה לטעון כי פריצתו של פתח סגור הינה מקרה מובהק יותר של

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

ניסיון שכזה מאשר כניסה בעד פתח פתוח. מנגד, טענה זו הייתה נכונה אילו עבירת הפריצה הייתה מוגבלת לפתחים אשר מהם בד"כ נכנסים ויוצאים אנשים. אלא שמגבלה זו אינה קיימת, לפחות בדין הישראלי. המסקנה מכך היא שההבחנה בין "כניסה" ל"פריצה" אינה יכולה להיות מוסברת מעצם היות שתיהן צורות מיוחדות ושונות של ניסיון לבצע עבירה בבית.

(ב) השארתו של פתח פתוח מהווה אשם תורם של המחזיק כדין בבית. זהו ההסבר ה"כלכלי" להבדל בין כניסה ופריצה. הסבר זה אפשרי אך לא נייטרלי. אם אכן נבנה דין הפריצה והכניסה על תחשיב של חלוקת אשם, הייתה זו עובדה תרבותית. כשם שהמשפט הישראלי דוחה טענה על אישה נאנסת" המשאירה פתחים בבגדיה "כמתירה את האונס כך נדחית הטענה שאדם המשאיר פתח בביתו מזמין את הפרץ.

**סיכום:** ההבדל בין פריצה לבין כניסה הוא הבדל תרבותי. ביטולו באנגליה ב-1968 בא בשל היעלמות משמעות הסמלית והערכית של פתחים סגורים. קשה להאמין כי בכל תולדותיה של הפריצה והכניסה בישראל לא חלו שינויים המצדיקים בדיקתו מחדש של נושא זה.

2. **גניבה בידי עובד** - עבירת החומרה המיוחדת של גניבה ממעביד נחקקה ב-1936 מאז לא נערך בה שינוי לא בהגדרה ולא בעונש. ההיסטוריה של דין הגניבה מהמעביד היא דוגמה טובה לרעיון שסופו שאיש אינו יודע מנין הוא בא ולאן הוא הולך. מלכתחילה לא בא דין הגניבה ממעביד באנגליה כעבירת חומרה אלא כתוספת מהוססת להגדרת הבסיס. דין הגניבה המקורי היה פשוט-מי שנטל נכס של זולתו בלא רשותו בכוונה לשלול את חזקתו לעולם, ביצע בכך פשע. אולם עובד שלקח ממעבידו או כל אדם שניכס לעצמו חפץ שלא כדין היה צפוי לתביעה אזרחית בלבד ולא לפלילית. לאחר מספר שינויים, בסוף המאה ה-18 עובדים ששללו את נכסי מעבידיהם נענשו דרך שגרה כגנבים, לא פחות ולא יותר. עובדים שנטלו חפץ שטרם הגיע למעבידם נענשו כמועלים, פחות מגנבים. ב-1822 נהפכה לראשונה גניבה ממעביד לעבירת חומרה, באותה העת נראה היה זה כאמרת אגב של המחוקק אולם ב-1827 נהפכו עבירות הגניבה מהמעביד והמעילה לעילת חומרה חקוקה. כך מגיע דין הגניבה לא"י כשבו שני סוגים עיקריים של חומרות: (1) חומרות הנובעות מטיבו של החפץ הנגנב או ממקום גניבתו (2) וחומרות הנובעות מחובת אמון מיוחדת המוטלת על הגונב. ב-1966 בוצעה רפורמה קטנה של הדין הפלילי ונמחקו עבירות החומרה הנוגעות לטיבו של החפץ הנגנב ומקום גניבתו. המחבר מאמין שאם באותם דיונים היו חברי הכנסת דנים גם בחומרה של חובת האמון, גם היא הייתה מתבטלת. ייתכן שהמעביד המודרני שב להיות המשיא הטוב ביותר של מאזן החמדנות והאמון ואין הוא זקוק עוד לאימונו של החוק הפלילי, אך ספק אם טעם זה הוא שגרם לביטול החומרה. ב-1968 ספק אם נותר בישראל טעם כלשהו המצדיק את הנצחתו של יציר משפט שמת במדינתו שלו.

3. **עושה** - בתחילת שנות השישים נוסח במשרד המשפטים הפרק היחיד מבין" עבירות הליבה" שהועבר תהליך מסודר של חקיקה ישראלית שיטתית, הוא החוק לתיקון דיני העונשין (מרמה, סחיטה ועושה). צידה האזרחי של תנופה חקיקתית זו חולל שינוי גדול יחסית לדין שעמד על תוקפו באותה עת. אולם לגבי הפן הפלילי של חקיקה זו היו חילוקי דעות בין השופטים האם החקיקה באה להביא לשינוי של החוק ולהתאמתו לצרכי התקופה או לניסוח מחדש של ההלכות הקיימות. מדברי שר המשפטים לגבי חקיקה זו ניתן להסיק כי חוק התיקון אינו מביא עימו גישה עקרונית חדשה אלא עושה סדרים בנורמות ישנות. אולם מתבלט בחקיקה זו חריג אחד והוא עבירת העושה. עבירת העושה לקוחה מהמשפט הגרמני. השוואתם של סעיפי החוק הנידונים, מראה כי אין מדובר ב"השפעה" או ב"גישה" אלא בהעתקתו של הסדר משפטי מהדין הגרמני לדין הישראלי. כמו בגרמניה, גם בישראל הוכנס איסור העושה לקוד האזרחי כעשר שנים לאחר כניסתו לקוד העונשין. אין זהות מוחלטת בין הסעיף האזרחי לפלילי, לא במקרה הגרמני ולא בישראלי. אם יש שאלות יסוד הטעונות

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

עדיין הכרעה באשר לקשר בין סביבות נורמטיביות ודין אזרחי, הרי הן חריפות שבעתיים כשמדובר בדין הפלילי. יש שלוש דרכים אפשריות לראות את החידוש: (1) לראות את מבצע החקיקה כולו כמאמץ צורני המכוון להשיג סדר בתחומים בהם שרר בלבול. (2) לראות את מבצע החקיקה כמאמץ חקיקתי מכוון לחלץ את הדין ממראית עין של ניטרליות ערכית ולכפות עליו הכרעה גלויה ומוצהרת בדילמות נורמטיביות. (3) לראות את המאמץ החקיקתי כמכוון להטעין את הדין דווקא בערכים מסוימים. לדעת המחבר בשל העובדה כי עבירה זו אינה מבוססת על ערכי החברה אלא מציבה רף לשאיפה אנושית שהמוסר יהיה נשגב יפה ושלים, יהיה טוב יותר לכל חברה להסתפק בערכים ארציים ומעשיים. בעשותה כך, תבטיח החברה את יציבותה. מלכתחילה אין בתרבות הישראלית עיגון אמיץ לאיסור ה"עושיק" ולכן קיימת סתירה בפירוש ההוראה בפסיקה. התרבות בישראל היא תחרותית גם אם היא לא צודקת. המשפט הפלילי אינו מכשיר ראוי לאכיפתו של מהפך תרבותי, ובוודאי שאינו צריך לעשות כן תוך ייבוא מתרבות זרה. נוצר תהליך של דחיית העבירה ע"י מערכת המשפט. כלומר מעטים המקרים המפורסמים בהם נידונה העבירה ומתוכם רב מספר המקרים בהם התוצאה הייתה זיכוי הנאשם. הנזק מתהליך זה הוא שהשימוש המוצהר של הפרקליטות בעבירה זו הוא למעשה כתחליף לעבירת המרמה בהיעדר ראיות לכך. **לסיכום, שתלי חקיקה זרים עלולים, וממשיכים להתקיים.**

#### עבירות המין והמשפחה:

לכאורה תחום זה הוא היוצא מן הכלל המעיד על הכלל. זהו התחום המרכזי בו נעשו שינויים בשל היותו שנוי במחלוקת בקרב הציבור הישראלי. והעובדה כי קיימות מספר שדולות וארגונים הפועלים בנושא. המחוקק מגלה עניין עצום בשאלות המין והמשפחה. שאלת האיסור על יחסי מין "שלא כדרך הטבע" בוטלה בלי שניתן היה להבין על כך במפורש מניסוח החוק. שאלת הבעל האונס את אשתו תוקנה בשנת 1998 תוך הדגשת הטענה כי היא עוקבת אחר עמדת המשפט העברי. גיל ההסכמה לבעילה עבר את מספר השינויים הגדול ביותר שעבר נושא כלשהו במשפט הפלילי הישראלי. נושא זה מצא עצמו נדחף ע"י ערכים סותרים בין הקהילות עצמן. למשל קהילה שמרנית התומכת בהעלאת הגיל מחד, אך מנגד תומכת בנישואים בגיל צעיר. הסוגיה של הפסקת ההיריון עברה מספר הליכים הנדירים בחקיקה הפלילית כגון הצבעה שמית במליאה, העברת החוק לוועדה מיוחדת וכיו"ב. בתמונה הכוללת של החקיקה במ"י אין תקופה אחת בה לא התחולל מאבק ציבורי תוסס ונרחב סביב שאלה זו או אחרת מתחום המין והמשפחה. שאלות נוספות אשר נידונו ע"י המחוקק הן: ריבוי הנישואים, זנות, פורנוגרפיה, התעללות בקטינים, כללי ההתיישנות על עבירות מין, הגנות לקורבנות התעללות אשר פעלו כנגד המתעלל ופגעו בו, הטרדה מינית. נוסף לכך שונה מעמדם של נפגעי עבירות המין וההתעללות בהליך השיפוטי. מתוך כעשרים תיקונים אשר נערכו בחוק העונשין 13, מהם עסקו באופן מלא או חלקי בעניין הנידון כאן. קיים מאמץ ציבורי מתעצם לעיצוב המשפט הפלילי של מ"י הריבונית בדמותה שלהתרבות שהוא יושב בתוכה, אך מאמץ זה מוקדש כמעט כולו לתחום אחד.

#### מסקנות:

אילו נבחנה" תחושת המוסר הישראלית בשאלות הנוגעות להסגת גבול וטריטוריה באותה פתיחות ותכיפות בה היא בוחנת את האתוס המיני שלה היו מתגלות בה עמדות מורכבות ומעניינות יותר. המשפט הפלילי של המין והמשפחה נבנה מחדש תוך דור אחד והותאם לתרבות שהוא פועל בתוכה. אילו היו עבירות הליבה של המשפט הפלילי שבין אדם לאדם עוברות תהליך דומה הן היו יוצאות ממנו שונות ממתכונתן הנוכחית. כלל לא בטוח שבישראל העכשווית יש הצדקה להתמקדות האובססיבית של המשפט הפלילי בצורות השונות של נגיעה ופגיעה בגוף הפיזי תוך הזנחה כמעט מוחלטת של נפש האדם. בכמה תיקונים בעשור האחרון נמצאו סימנים ברורים לשינוי עמדת הדין בתחום זה. בהכללה ניתן לומר שתיקוני החוק בתחום המין והמשפחה נדחפים

בקצב גובר מכוח השפעות גומלין שבין שדולות ודעת הקהל. כך בדיוק צריכים להתנהל חיי המשפט הפלילי כולו, ומקום שדעת הקהל אינו מתעררת ספונטנית על הנהגת המשטר הדמוקרטי לעורר זאת באופן יזום. עד היום הושארה היוזמה בעבירות הליבה בישראל לדרג המקצועי של משרד המשפטים ולתמיכה הניתנת לו מחוגי האקדמיה. מן הראוי שתוקם וועדה קבועה לרפורמה של המשפט הפלילי שתפקידה יהיה להעלות מזמן לזמן את פרקי המשפט הפלילי לדיון ציבורי נרחב במטרה לאפשר בירור העמדה הרווחת בקרב הציבור.

**ע"פ 861706 צדקה נ' מדינת ישראל, פ"ד כרך מא(3), תשמ"ז**

**השופטים:** ש' לוי, מ' בייסקי, ש, נתניהו.

**העילה לערעור:** צדקה מנחם ביקש מן המתלוננת שתקיים יחסי מין עם חברו אליפתאח לאחר שקיימה איתו יחסים. המערער הואשם בעבירת "עושיק" ונגזר למאסר של שנה מתוכם 3 חודשים בפועל. המערער טען שהחמירו עם העובדות.

**השאלה המישפטית:** האם קיימת עבירה של "עושיק" בהתאם למהות הקשר ולמצבה הנפשי והפיזי של המתלוננת?

**בא כוח המערער:**

1. בעבר לפני המקרה הנ"ל הציע צדקה למתלוננת שתשכב עם אליפתאח והיא סירבה.
2. לפני המקרה הרגישה המתלוננת שצדקה ניצל אותה ורצתה להיפרד ממנו אך לא עשתה זאת.
3. היה למתלוננת חבר קודם איתו קיימה יחסי מין מלאים על בסיס יומי.
4. אליפתאח לא היה זר למתלוננת וחשפה חזה לפניו ונתנה לגולדפיין לגעת בו.
5. לא הוכח קשר סיבתי בין מחלתה לבין הסכמתה לקיום יחסי המין.
6. המערער לא אמר שיעזוב אותה אם תסרב.

**לפי השופט י' קדמי במשפט בו הורשע המערער:**

1. בהתחשב במצבה הבריאותי והנפשי של המתלוננת, הקשר עם המערער חשוב לה ועשתה הכל ע"מ לשמרו.
2. צדקה ידע שהוא מבקש "דבר נורא" וגם ידע כי המתלוננת לא תסרב לו. הוא ניצל את מצוקתה ובכך שלא התנגדה קיבל את תשובתה כחיובית.
3. לפי חוק העונשין בסעיף 431: "המנצל מצוקה, חולשה גופנית או שכלית, חוסר ניסיון או קלות הדעת של הזולת לאחד מאלה, דינו מאסר שנה" – (1) "דורש או מקבל דבר שאינו מגיע לו כדין".
4. אילו הסתפק המערער בניצול אישי לא היה מורשע אך הניצול היה למען מישהו אחר ועל כן הורשע.

**השופט ש' לוי:**

1. לו הוכח כי המתלוננת הייתה חסרת ניסיון בשטח המיני או רפת שכל, הייתה התוצאה שונה. אין יסוד נוסף לחוסר השוויון בין ה"נותן" ל"עושיק".
  2. לא הוכח קשר סיבתי בין מחלתה להסכמתה לקיום יחסי המין.
  3. האיום המרומז של צדקה לעזוב את המתלוננת לא היה כנגד החוק.
- החלטת השופט ש' לוי:** מקבל את בערעור ומבטל את הפס"ד.
- החלטת השופט מ' בייסקי:** למרות התנהגות מוסרית נתעבת, אין אחריות פלילית ועל כן מקבל את הערעור.
- החלטת השופטת ש' נתניהו:** מקבלת את הערעור.
- פס"ד:** הערעור התקבל, פס"ד מבוטל והמערער מזוכה מכל אשמה.

**ע"פ 1399/91 רוני ליבוביץ נ' מ"י פ"ד כרך מז(1), תשנ"ג**

**השופטים:** משנה לנשיא מ' אלון והשופטים א' גולדברג, י' מלך.

**העילה לעירעור:** המערער הורשע בביצוע 22 עבירות שוד ובית המשפט המחוזי גזר עליו 20 שנות מאסר בפועל.

רוב השופטים בבית המשפט המחוזי עמדו על תוצאות המערער והחרטה שהביע, אך הטילו ספק בכנותה.

**השאלה המישפטית:** האם יש מקום להקל על עונשו של אדם שביצע עבירות חמורות בגלל הצורך לשקמו

ובשל החרטה שהביע במעשיו?

**בא כוח המערער:**

1. המערער הביע חרטה כנה וימים ספורים לאחר לכידתו החזיר את כל הכספים בהלוואות ובמכירת רכשו. לכל אחד מהנגזלים צורף מכתב התנצלות המסביר את מצבו הנפשי ואת החרטה הכנה שלו.
2. במהלך חקירתו של המערער, שיתף פעולה באופן מלא ומיידי ואף מסר מידע שהיה בידיעתו בלבד, ללא מידע זה לא יכלה המשטרה להגיע לגילויי מלא של נסיבות האירועים.
3. פרט למיקרים אלו אין למערער עבר פלילי אחר.
4. אשתו של המערער החלה בהליכי גירושין ונותר עימו בנו היחיד בן ה 16. לקיומו של קשר הדוק, חשיבות רבה לא רק למערער אלא גם לבנו.
5. המערער היה נתון תחת מצוקה נפשית חזקה ובדידות כואבת.
6. כאשר הפסיק למשך שנה את מעשי השוד, המצוקה הנפשית גברה ולא הצליח להילחץ מתחושת הבדידות ומתוך כך שב ונקלע המערער למעשי השוד.
7. שירות המבחן המליץ על קיצור תקופת המאסר תוך הדגשה על השפעתה לשיקומו של המערער.

**באת כוחה של המדינה:**

1. יש מקום להקל בעונש השת"פ עם החוקרים, חרטה והחזר הכספים ומצבו הנפשי בו הוא היה נתון.
2. המניעים הפסיכולוגיים אינם מתיישבים עם העובדה כי ביצע 3 מעשי שוד, הפסיק לשנה, וחזר בהרגליו הרעים באינטנסיביות רבה.
3. חומרת הפשעים – מספרם הרב, התכיפות בהם בוצעו, התכנון והאימונים לביצוע כל אחד מהם, במיוחד השימוש בנשק החם, במהלך מעשי השוד, שממנו ירה בעשרה מיקרים מתוך ה 22 .
4. סבורה כי היה קיים המניע של רדיפה אחר בצע הכסף.
5. בלכידתו השתתפו כוחות משטרה רבים והמערער לא הסגיר עצמו מרצונו.
6. קמו 2 חקיינים לו ולדרך פעולתו.
7. אין לצפות כי המערער יחזור ויבצע מעשי עבירה וכי הוא אינו מהווה סכנה לציבור. אין צורך בהתרעה אישית אלא בהרתעתם של אחרים.

**המשנה לנשיא מ' אלון:**

1. יש להתחשב בחרטה של העבר והשיקום של העתיד.
2. חשובה החרטה שבמעשה ואכן המערער השיב כל הכספים שנגזלו ומכר את נכסיו לשם כך.
3. מוסכם כי אין סכנה הנשקפת על הציבור ואין לחשוש כי המערער ישוב ליסוריו.
4. גב' אטקם: "ככל שיארך מאסרו תפחית יכולתו להתמודד עם מצוקתו הנפשית".
5. יש לתת משקל רב להמלצת שירות המבחן, אשר לא ניתנה בפני בית המשפט המחוזי.
6. מששב המערער לבצע מעשי שוד, הלכו, תכפו והחמירו מעשיו כאשר גובר בהם יסוד האלימות. אין לדעת לאן היה מגיע המערער אילולא לא היה נתפס וממשיך בשימוש נשק החם.

**מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3**

החלטת המשנה לנשיא מ' אלון: מקבל את הערעור ומקצר את תקופת המאסר ל 14 שנה בפועל.

החלטת השופט א' גולדברג: מסכים.

החלטת השופט י' מלץ: מסכים.

פס"ד ודעת פה אחד: העירעור התקבל וקוצר מאסר ל 14 שנה בפועל.

**2. עקרון החוקיות**

\*סעיפים 17-1, 34 כא לחוק העונשין

**סעיף 1:**

**"אין ענישה אלא לפי חוק"**

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

**עקרון החוקיות מתבטא בסעיפים 1-6.**

אין לענוש אדם אלא אם הזהירו אותו לפני, יידעו אותו בעונש ויש לשאוף שהאיסור יהיה ברור ומובן, גלוי ומפורסם ככל הניתן. צריך להזהיר את האנשים מראש (במקומות הרלוונטיים לחייהם) - המדינה צריכה להזהיר את האנשים שנמצאים בתחום ריבונותה, ורק אותם. **אין עונשין אלא אם מזהירים בזמן ובמקום הרלוונטים** - אם האדם לא הוזהר מראש אין טעם להעניש אותו.

עיקרון החוקיות חיצוני לעבירות, הוא חל על כל העבירות – ופועל לפי עקרון ליברלי.

יסודה של העמדה הוא שהאדם הוא נקודת המוצא. ליברליזם הוא סוג של יחסים בין אדם ומדינה. המדינה היא החריג/המשנה והיא **מכשיר בידיהן של קבוצות בני אדם**.

הפרטים גם מגדירים את סמכות המדינה: הסמכות נגמרת במקום בו היא אינה מועילה לפרטים.

**אנטי-ליברליזם**: העמדה הכי אנטי-ליברלית היא העמדה בה המדינה היא העיקר, והיא היצור הפוליטי היחיד שקיים, והפרטים הם משרתיה של המדינה.

עקרון החוקיות הוא שאיפה מוגבלת והמציאות אינה מאפשרת את הגשמתה של שאיפה זו (אנשים יקבלו אזהרה ברורה מה מותר ומה אסור כך שהדילמה היחידה שתעמוד בפניהם-האם לעשות את המעשה או לאו). עקרון החוקיות צריך להזהיר בשפה הרשמית והידועה לכל (לא בשפה המשפטית). השפה האנושית עמומה ואינה מסוגלת לתקשר באופן חד משמעי שאינו משתמע לכמה פנים, כל מילה היא לפחות דו משמעית ולרובן הרבה משמעויות.

כל פעם שהמדינה באה לכרסם בחירותו של האזרח לפי כלל משנה מסוים הכרסום צריך להיות 1. ברור ו-2. מוצדק. חקיקה שיפוטית – פעולה אסורה. פרשנות – פעולה מותרת. לכן חשיבות עצומה לאופן בו שופטים מפרשים חוק. שופט עשוי לפגוע בעקרון החוקיות ע"י "חקיקה שיפוטית" ע"י פירוש נרחב.

החלק המקדמי של חוק העונשין לא קובע הוראות ספציפיות. הוא מקבע בחוק עקרונות כלליים לדיני עונשין, ביניהם עקרון החוקיות. להוראות של החלק המקדמי יש מעמד על (חוקק בשנת 95). זוהי חקיקה ישראלית מקורית בניגוד לשאר חוק העונשין שהוא מעשה טלאים של חקיקה ישנה (חלק מקדמי + חלק כללי "הושחלו" כחקיקה חדשה לחוק העונשין)

**סעיף 34 כג:**

**"כלליות החלק המקדמי והחלק הכללי"**

**באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה.**



### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

משמעות הסעיף: החלה של החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין על כל עבירה פלילית, גם כאלה שלא כתובות בחוק העונשין עצמו. (למשל: עבירות מס, תעבורה וכיו"ב).  
**זהו סעיף חשוב מאד!** המחוקק ראה את העקרונות שנקבעו בחלק המקדמי והכללי, ככה מהותיים שהוא מחיל אותם על כל עבירה באשר היא. ישנם חוקים רבים בהם עבירות פליליות שלא מצויות בחוק העונשין.

#### על אילו אינטרסים מגן עקרון החוקיות?

1. אינטרס של הפרט לדעת מה מותר ומה אסור כדי שיחשב צעדי. הוא **עקרון האזהרה ההוגנת**.
2. אינטרס של השלטון המתבטא בכך שאמון הציבור במערכת יפגע אם תהיה ענישה שרירותית. **משרת את העיקרון הבסיסי בדמוקרטיה – עקרון של הפרדת רשויות**

#### (1) כללי פרשנות

\*ע"פ 281/69 בר-שלום נ' מ"י, פ"ד כג(2) 85

\* ע"פ 787/79 מזרחי נ' מ"ד, פ"ד לה (4) 421

\*ע"פ 679/83 בורכוב נ' יפת, פ"ד לט (3) 205

\*ע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י, פ"ד נד (1) 145

מאז 1995 ותיקון 39 יש עיקרון פרשנות מיוחד לדיני העונשין, ואין עקרונות פרשנות חקוקים למשפט הציבורי ולמשפט האזרחי.

**בפס"ד מזרחי** מחפש השופט ברק כלל פרשנות לחוק הפלילי, הוא נמצא בדילמה פרשנית. הביאו לפניו אדם שכתב האישום אמר שהתנהג בצורה מסוימת, העובדות הוכחו, אך כתב האישום האשים את מזרחי בדין פלילי (לו היו מעמידים את מזרחי בפני ועדת המשמעת של הכלא – היה כנראה מקבל עונש רב יותר). מזרחי הואשם ב'בריחה ממשמורת חוקית'. אומר האיש שהכלא הוא מקום המשמורת והוא שוחרר לחופשה. ברגע שבו היה מחוץ לכותלי הכלא, לא עשה דבר תחת משמורת. האם המילה משמורת כוללת את הבית בו נמצא מזרחי? מזרחי אומר שישב בביתו, לא תחת משמורת, ולאור אלה לא ברח ולא עשה מעשה אלא חדל מלעשות מעשה – האם זוהי "בריחה ממשמורת חוקית"? ברק אומר שניתן לפתור את הדילמה בשתי דרכים:

**שיטות פרשנית ליבראלית ויכולה להיות שיטה אנטי-ליברלית:**

- שיטה ליבראלית- "כלל הפרשנות המצמצמת": זהו איננו כלל תיאורטי והוא מקובל בהרבה דמוקרטיות מערביות, כלל זה חל גם במשפט הפלילי הביני"ל. **גישה ליברלית תאמר שעמימות צריכה לפעול לטובת הנאשם – 34 כ"א – ס' ליברלי – מעדיף את הפירוש המקל.**
- שיטה אנטי-ליבראלית- "כלל הפרשנות התכליתית": ביהמ"ש מצפה מהאזרח לפעול למטרות הבסיסיות שקבעה מדינתו ולא להתחכם איתן. השופט חייב להישען על השפה והוא לא יכול להמציא מטרת חקיקה שונה מזו שהמחוקק החליט. **השפה היא העמומה והשופט תפקידו לפרש אותה.** לדעתו של ברק, תכלית החוק בפס"ד מזרחי היא שלא ממש משנה לו מה הפירוש המקובל למושג בריחה, והולך עם כוונת המחוקק לשמור על הסדר הציבורי ולשים את העבריינים במקום בו הם אמורים להיות. **מה שחשוב הוא מהי הפרשנות התכליתית-** והחוק פלילי כמו כל חוק אחר אין לפרש ע"פ דרך הצמצום ולא ע"פ דרך ההרחבה אלא יש לפרש על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה.

#### **סעיף 34 כ"א: פרשנות**

(חלק א: כללי; פרק ה 2: הוראות שונות)

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו,

יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית לפי אותו דין"

**סעיף 34כ"א – סעיף הפרשנות המקלה – אם יש 2 פירושים סבירים לפי תכלית החוק – יש לבחור את המקל! בהינתן שני פירושים לגיטימיים לפירושו של מונח מסוים נקבע כי כאשר יש ספק הוא יפורש לטובת הנאשם.**

### **ההלכה לפני ת' 39 -**

**מטרת החוק (ע"פ ברק) – "מילות החוק אינן מבצרים שיש לכבשן באמצעות מילונים אלא הן עטיפות לרעיון חי ונושם".** נוקט בגישה המרחיבה של הפרשנות (אקטיביזם שיפוטי).

**פס"ד בורכוב-תזכורת:** עובדות המקרה: המערער היה עוזר מנכ"ל של המועצה לשווק ירקות. המשיב, עיתונאי, פרסם סדרת כתבות על התנהלותו של המערער בתפקידו. בעקבות פרסום הכתבות הגיש המערער קובלנה פלילית נגד המשיב על פי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, שלשונו: "המפרסם לשון הרע, **בכוונה לפגוע**. בימ"ש קמא זיכה את המשיב לא הוכח שהמשיב פרסם את הכתבות "בכוונה לפגוע", שכן שוכנע בית המשפט כי "כתב את הדברים תוך הבנתו שממלא בזה את תפקידו כעיתונאי". טענת המערער: הוכח היסוד הנפשי של כוונת המשיב לפגוע במערער, וזאת, בין היתר, מהתבטאויות שונות של המשיב ביחס למערער. **השאלה המשפטית:** איך יש לפרש את המושג "בכוונה" והאם יש להחיל אותו במקרה הנ"ל? הפסיקה: הערער נדחה תוך דיון במשמעות המונח "בכוונה לפגוע". **השופט גולדברג:** אין המדובר בכוונה פלילית מיוחדת שכן פגיעה בשמו של אדם הנה תוצאה טבעית מהמעשה והביטוי יכול לשמש הן כמניע הן כיסוד נפשי. **השופט ברק:** הכוונה יכולה שתהיה מתוך רצון להשיג תוצאה או שלא מתוך רצון כזה ויש לבצע **פרשנות תכליתית של החוק.**

**בורכוב נ' יפת (ונוסחת ברק):** התקיים לאחר פס"ד מזרחי, העיתונאי יפת אמר שלא עשה דבר בכוונה אלא להוריד כתבה למערכת העיתון במסגרת עבודתו. הוא מודה שהפרסום יפגע בבורכוב, אך אמר שלא היה בכוונתו לפגוע בבורכוב. יש עבירה פלילית של לשון הרע והיא דורשת כוונה לפגוע. אומרת התביעה שכוונה היא גם כאשר אדם אינו רוצה במכוון לפגוע אך יודע שזה מה שמעשיו יגרמו, **ברק פועל על פי אותה נוסחה שהציב במזרחי:**

1) לבדוק את תכלית החוק ורק במקרה ויש יותר מפירוש אחד

2) לפעול לפי הפירוש המקל יותר.

ברק פונה קודם כל לתכלית חוק איסור לשון הרע - בודק האם הייתה כוונה ממשית לפגוע. מונח הכוונה ניתן לפירוש גם בכוונה הידוע לנו, אבל גם במובן שהנאשם לא היה מעוניין שהדברים יקרו, אבל היה מודע לכך שיש הסתברות גבוהה מאוד שיתרחשו. לדעת ברק הפירוש המדגיש ביותר את האינטרס הציבורי של הביטוי "בכוונה לפגוע" הוא כזה שהכוונה תחול על הרצון, המטרה או המניע לפגוע באחר. פגיעה שהיא אינה רצונית, גם אם קיימת סבירות גבוהה שתקרה, אינה נכנסת להגדרה זו. ברק רואה כי אין כוונה ממשית לפגוע ביפת, ולכן אין להרשיע את בורכוב.

**ברק בוחר בפרשנות המקלה שמגדירה "בכוונה לפגוע" = רצון לפגוע ולא כצפייה שתיגרם פגיעה.**

החל משנת 1980 הייתה בציבור ביקורת חריפה על פסק דין מזרחי והדברים שנאמרו שם. טענו כי יש לחשוב מחדש על השאלה האם לא ראוי שעל הפרשנות בפלילים יחול כלל אחר. בשנות התשעים המוקדמות הוגשה לכנסת הצעה לנסח מחדש את החלק הכללי והמקדמי של חוק העונשין (תיקון 39). אחד הסעיפים שהכניס הת'

לחוק העונשין – סעיף 34 כ.א. (בפ"ד פלונית, רואים שני השופטים את סעיף 34 כא באור אחר ומפרשים אותו בצורה אחרת). מטרת הסעיף, להוריד מעט את הספק אך זה לא ממש קורה. כנראה שלעולם לא ניתן יהיה להבהיר לחלוטין את החוק הפלילי ואת היכולת לפרשו.

### **ההלכה אחרי ת' 39 –**

**פס"ד פלונית תזכורת:** המערערת הורשעה בתקיפת שני ילדיה ובהתעללות בהם, היא מערערת על הרשעה זו. בהודעות שמסרה המערערת היא לא הכחישה שמכה את ילדיה והודתה שהיא נוקטת בשיטת חינוך נוקשה ומכה את ילדיה כאשר הדבר בלתי נמנע. ביהמ"ש המחוזי החליט שלא להרשיע את המערערת בתקיפת קטין אלא רק בהתעללות. **שאלה משפטית: איך מגדירים "התעללות"?** איזה סוגי "התעללות" יש? כיצד מגדירים "עונש גופני" ע"י הורה?

**השופט ד' ביניש:** חוק העונשין אינו מגדיר את המושג "התעללות", המשמעות הלשונית של מושג זה לא מתאימה למשמעות המשפטית ואת המשמעות המשפטית מפרשים ע"י חקיקה ופס"דים. מהחקיקה אפשר ללמוד שיש מגמה בחברה להעניש את המתעללים בקטינים ובחסרי הישע וזה נחלק לשלוש "התעללויות": גופנית, מינית ופיזית וכמובן שיש קשר ביניהן והן יכולות לבוא ביחד. במקרה שלנו זה "התעללות גופנית", מה שמבדילה מתקיפה שהתעללות באה לבזות ולהשפיל יש להם אופי אכזרי. **עבירת התעללות היא עברה התנהגותית ולא תוצאתית.** התעללות גופנית לא חייבת לבוא ע"י מעשה גופני אלא גם ע"י הזנחה, הרעבה וכו'. היסוד הנפשי הנדרש לעברה זו הוא "מחשבה פלילית". במקרה דנן, האם בצעה התעללות ארוכה דבר זה יצר מצב שבעיני הילדים דרך חיים עם האלימות היא טבעית. **השופט י' אנגלרד:** מסכים עם ד' ביניש שהענישה של ילדיה ודרך החיים לא הייתה נכונה אך לא מסכים שהייתה התעללות. בעינינו יש חשיבות מכרעת לעקרון החוקיות בפלילים. אין לתת הגדרה כוללת (לשונית) אלא להעניק תוכן לעבירת התעללות תוך צעידה ממקרה למקרה, לדעתו, עקרון החוקיות מחייב כי העבירה תוגדר מראש בהגדרה כוללת.

למרות ס' 34 כ"א יש מחלוקת עמוקה ביותר בתוך בית המשפט העליון כמו שבולט בפלונית משנת 98! **אנגלרד** השתמש בכלל הפרשנות המקלה (המרחיבה) לעניין התעללות וההגדרה שלה. לדעתו יש להימנע מהגדרות סתמיות שמשמעותן אינה ברורה כדי לא לפגוע בעקרון החוקיות. הוא חושב כי צריך לשפוך תוכן לשוני לתוך החוק. וקבע כי המקרה הזה הוא לא התעללות (ליבראלית קלאסית). **ביניש** פירשה לפי 34 כ"א וקבעה כי זו כן התעללות, מאמינה בגישה של הפרשנות המצמצמת – "המשמעות הלשונית אינה מבטאת בהכרח את המשמעות המשפטית. את המשמעות המשפטית של לשון החקיקה אנו מפרשים ע"פ תכלית החוק ותוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי". משום שמטרת החוק העקרונית הייתה למנוע התעללות במשפחה, וזו תכליתו של החוק (עמדה אנטי-ליבראלית). **ברק** הגיע לאותה תוצאה – לפי מטרת החוק ולא פרשנות מקלה.

אם הולכים על פי הסדר הלשוני של סעיף 34 כ.א, השאלה הראשונה ששופט צריך לשאול את עצמו היא מהם הפירושים האפשריים למילה כלשהי שהוא מוצא. על השופט לבחור את הפירושים שבעיניו נראים סבירים, והאם הם נראים סבירים על פי תכליתו של החוק. רק אז, לאחר שבדק את תכלית החוק והגיע למסקנה שיש יותר מפירוש סביר אחד לפירוש החוק – רק אז יבחר מבין כל הפירושים את הסעיף המקל. המחוקק לא הצליח בכוונתו להחיל כלל פרשנות פלילי חדש שיטווה את הדרך בשיפוט הפלילי (לראיה המחלוקת בין אנגלרד וביניש בפרשת פלונית)

**פס"ד בר שלום תזכורת:** הרעיון שעמד בבסיס הפרשנות המילולית, שהייתה נהוגה בעבר, היה בהירות החוק ועיקרון החוקיות המחייב פרשנות מילולית עקבית כפי שבאה לידי ביטוי בפס"ד זה.

ואולם עם השנים זנח בית המשפט גישה פרשנית זו ואימץ תחתיה את הגישה הפרשנית התכליתית. כך יוצא שאזרח מכוון התנהגותו בהתאם לפירוש המילולי, בעוד הוא נושא באחריות ובעונש לפי הפירוש התכליתי. חוסר ההתאמה הזה מהווה כשל ביישום עיקרון החוקיות, לו אחראי גם המחוקק אך גם בית המשפט.

### **(2) הגדרה מפורטת וודאית של העבירה**

**\*בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על (1)06 (320 (2006)**

העותר מבקש לבטל צו צמצום והשגחה שהוטל עליו שכן הצווים פוגעים פגיעה קשה בזכויות היסוד שלו, ולכן דינם להתבטל.

**השופטת א' פרוקצ'יה** קובעת כי דרישת הבהירות במשפט הפלילי נגזרת מעקרון החוקיות. איסור פלילי שאינו מוגדר באופן שבו אדם ידע כיצד להימנע מהפרתו, אינו מתיישב עם עקרון היסוד לפיו אין עונשין אלא אם מזהירים תחילה. לדעתה הצווים אינם מנוסחים בבירור וכן אינם מתיישבים עם דרישת עקרון החוקיות המחייבת הגדרה ברורה ובהירה של האיסור. לפיכך העתירה מתקבלת (באופן חלקי, רק הסעיף העמום מבוטל).

### **(3) איסור על חקיקה למפרע**

#### **סעיף 3: אין עונשין למפרע**

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

**עקרון הפרוספקטיביות** – חוקים פועלים מעתה והלאה, בדרך כלל אינם רטרואקטיביים.

**סעיף 3 (א)** – חוק נכנס לתוקפו לא לפני שפורסם, אבל לפעמים המחוקק יכול לקבוע שהחוק יכנס לתוקפו אף יותר מאוחר. סעיף 3 אומר שהתחולה הפרוספקטיבית תתחיל עם יום פרסום החוק או יום תחולתו (המאוחר **ביניהם**).

סעיף 3 (א) אומר שאם יצא היום חוק, לא ניתן להעניש את מי שאתמול עבר עליו. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו דורש רגישות מיוחדת של הכנסת לפגיעות בחרות.

**סעיף 3 (ב)** – מכוח עקרון החוקיות, אדם זכאי לא רק לדעת מה אסור אלא גם לדעת מה הוא העונש המקסימאלי הצפוי לו בשעה שהוא מבצע את ההתנהגות האסורה. סי' זה לא מאפשר למחוקק להעניש אדם בעונש חמור יותר בצורה רטרואקטיבית, גם אם הוא מצא להחמיר את העונש על אותה עבירה.

**3. תחולת דיני העונשין לפי זמן עשיית העבירה**

\* ע"פ 4002/01 קורקין נ' מ"י, נו(4) 250 (2002)

\* מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מ"י, תק-על(4) 474 (2005)

**סעיף 4: ביטול העבירה לאחר עשייתה**

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

סעיף 4 אומר כי נעברה העבירה ולאחר מכן היא בוטלה, האחריות הפלילית לעשייתה מבוטלת. משמע העיקרון נגד רטרואקטיביות הוא חד כיווני: ההחמרה לא הולכת אחורה, ואילו ההקלה כן יכולה ללכת אחורה. חלק הסיפא של סעיף 4 אומר כי לאחר שבוטל החוק יבוטל גם גזר הדין, ולא יהיו בעתיד כל תוצאות הקשורות להרשעה. בעצם לאחר שאדם נשפט כדת וכדין ההחלטה מבוטלת. זו גישה ליבראלית האומרת כי ציות לחוק (הספציפי) בעצם איננו ערך, משום שברגע שהחוק מתבטל אין הרשעה כלל. פסק הדין ממשיך להתקיים - הוא לא מאבד מתוקפו ומשמש כאסמכתא של המדינה. האם עיקרון הרטרואקטיביות חל גם על פסקי דין ששינו את הפרשנות לחוק?

**פס"ד אקסלרוד-תזכורת:** המבקש השמיע את דבריו על רצח יצחק רבין באמצעי התקשורת והורשע בעבירה לפי ס' 4(א) לפקודת מניעת טרור. כחצי שנה לאחר שפסק-דינו נעשה חלוט נפסקה בביהמ"ש הקביעה כי הסי' הנ"ל מוגבל לפרסום דברי שבח עידוד למעשי אלימות של ארגון טרור ואותו אדם יצא זכאי שכן דבריו לא ננקטו ע"י ארגון טרור. השאלה כעת היא מהי ההשפעה של פסיקה זו על יתר המקרים שעדיין תלויים ומן הראוי לזכותם. כעת המבקש טוען ששינוי בהלכה משליך באופן ישיר על עניינו והוא היה יוצא זכאי אם עניינו לא היה הופך חלוט. הנשיא ברק פוסק כי ס' 4 בחוק העונשין קובע שאם חוק מבטל מעשה שהיה נחשב כעבירה, יש לזכות הנאשמים בעבירה זאת, גם בצורה רטרואקטיבית. במקרה שמדובר בהלכה מפס"ד שמיטיבה ומבטלת עבירה של חוק, ברק פוסק שאינה חוסה תחת סעיף 4 בחוק העונשין, אולם כן חוסה מתוקף סעיף 31 א (2) בחוק בתי המשפט-פתיחת תיק מחדש ע"י העליון בגין ראיות חדשות.

סעיף 5 הוא בעצם עידון לסעיף 4 - אם העבירה לא בוטלה, אבל משהו בה השתנה כך שיסוד מסוים הוקל ההקלה תחול, ואילו אם משהו נהייה חמור יותר ההחמרה לא תחול.

**סעיף 5: שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה**

(א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פס"ד חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה. (ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו - יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

הבדל בין 5(א) ל-5(ב) בהיבט הזמן:

- 5(א) 1. סעיף החל על ענינים שעדיין נמצאים בהליך משפטי. (לא ניתן לערער על פס"ד חלוט).
2. קובע חידוש מהפכני: לא הולכים לפי חיקוק מוקדם/מאוחר. מדיניות ענישה דינמית - הולכים לפי חיקוק שמקל עם העושה.
- הקלה יכולה להתבטא ב: הגדרת העבירה, אחריות פלילית, עונש.
- אם החלו הליכים לגבי אדם מסוים וחוקק חוק חדש ביהמ"ש צריך לבדוק אם החוק הקיים/החדש מקל עם הנאשם ועליו לבחור בחיקוק המקל.
- 5(ב) 1. חל על אנשים שלגביהם ניתן כבר פס"ד חלוט.
- אם ניתן כבר פס"ד חלוט – הנאשם לא יהנה מתיקון/שינוי בחיקוק (אלא לעניין העונש כפי שמתואר)

**השוואה בין הסעיפים תמצא:**

שלנאשמים שענינם עדין נמצא בהליכים משפטיים יש סיכוי להנאה גדולה יותר משינויים מהמשפט הפלילי. בעוד שנאשמים לגביהם ניתן פס"ד חלוט – רק שינוי לגבי העונש ישפיע עליהם (יהנו ממנו) אך לא לענין העבירה.

**בפס"ד קורקין**-המערער הורשע בעבירת סמים שביצע בחו"ל ונגזר עליו 20 שנות מאסר. הוא טוען שביהמ"ש צריך לתת לו גזר דין עפ"י המדינה שבה הוא נתפס. השופט מצא פוסק כי סעיף 5 קובע **שינוי מיטיב של הגדרת או אחריות עבירה תחול על פס"ד באם הוא עדיין אינו חלוט**. סעיף 5 קובע ששינוי מיטיב של עונש יחול גם על פסקי דין חלוטים ותקצר את העונש שנקצב. תוצאות פס"ד לא בעיה משפטית אלא בעיה מוסרית – הכפפתו של מי שבחר לחיות בחו"ל, לדין הישראלי. המדינה טענה שסעיף 38, בחוק העונשין אשר חל על עבירות סמים מסוכנים בחו"ל הופך את הענישה להיות עפ"י חוק פנים. שיש בו סייג לגבי סעיף 14(ג). לגבי המוסר – מצא אומר שהמוסר של העותר ושלו קצת שונות. מצא משאיר בצ"ע את הסוגיה לגבי כמה זמן אחרי שהדין נחלט ניתן לערער על הפס"ד בהסתמך על סעיף 5 ב ולא לפגוע בעיקרון סופיות הדיון.

**מה עומד מאחורי ההבדל הזה?**

אדם שעדין נמצא בהליך, המשמעות היא שחזקת החפות עדין מתקיימת לגביו. מי שניתן לגביו פס"ד חלוט – אינו חף מפשע עוד. הרעיון הוא שהמשפט הפלילי לא קובע שרירותית עבירות – אלא מבטא רעיונות חברתיים – ביטוי של סלידת החברה ממעשים מסוימים. ולכן אם המחוקק משנה צריך להיות ברור (לכך נועדו סעי' 4-5). נאשם נהנה מהשינויים, נאשם לא סובל מהשינויים.

**4. תחולת דיני העונשין לפי מקום עשיית העבירה**

**\*רע"פ 1178/97 כהנא נ' מ"י, פ"ד נא(3) 266**

תנועת בני האדם קלה משהייתה אי פעם, מאידך, מעולם האנושות לא הייתה מפוצלת כך מבחינה פוליטית. כל מקום הוא בשטח ריבונותה של איזושהי מדינה ולה נתנה הסמכות הטוטאלית לחוקק בתוך תחום גבולותיה וריבונותה את הנורמות שהיא רואה לנכון, ומתוך הנורמות לבחור כאלה חשובות ולאיים בגינן בעונש. מדינת ישראל ריבונית לשיפוט בתוך גבולה, היא רואה את עצמה מדינתו של העם היהודי-מדינת לאום. דיניה חלים על כל עבירה פלילית בתוך מדינת ישראל, בין אם היא אזרח, תייר, מסתנן וכו'. השאלה היא עד איפה משתרעים דיני העונשין של המדינה? רק בתחום ריבונותה או גם במקומות אחרים? בפרק ג' של חוק העונשין מגדיר המחוקק שני סוגים של עבירות:

**4.1. עבירות פנים:**

**סעיף 7 (א): "עבירת פנים"**

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

"מקצת העבירה" הוגדר ע"י הנשיא ברק בפס"ד כהנא. שם נפסק כי פירוש המושג הוא שמספיק שחלק מן היסוד העובדתי של העבירה נעשה בישראל לטובת הגדרתה כעבירת פנים. מעשה הכנה לעבירה - שהתקיים בישראל בכדי לבצע עבירה מחוץ לשטח ישראל איננו חלק מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה ולכן אינו נחשב "מקצת העבירה" - אין העמדה לדין בארץ.

**4.2. עבירות חוץ:**

עבירה שאיננה עבירת פנים. **התנאים לתחולת דיני העונשין על עבירה מסוג זה מוגדרים בס' 9:** הסכמה של היועץ המשפטי, עניין לציבור, אדם לא נשפט על העבירה בחו"ל ולא נשא את עונשו על העבירה. יש עבירות שיש להן תחולה אקס טריטוריאלית - מעשים שייחשבו כעבירה בישראל, ודיני העונשין של המדינה חלים עליהם, גם אם הם נעשים מחוץ לריבונות המדינה, ע"י אנשים שלא כפופים לחוקיה:

- **סעיף 13 - "עבירות נגד המדינה או העם היהודי": התחולה הפרוטקטיבית -** ע"פ עיקרון זה למדינה מותר לחרוג מהטריטוריה שלה ולשמור על האינטרסים החיוניים של המדינה (ולא של הפרטים בה). אינטרסים אלה על פי המקובל: (1) בטחון המדינה מפני התקפות מבחוץ (2) יציבות המשטר - אנשים הזוממים להפיל את המשטר (3) כלכלת מדינה - מניעת ריסוק כלכלי של המדינה (זיוף שטרות, אג"ח, וכו'). סעיף 13 (א.5) הוא מיוחד למדינת ישראל וכולל גם גופים שאינם מדינת ישראל אלא גופים ומוסדות (צעד כזה אינו מקובל בעולם). מדינת ישראל בחרה שלא להפוך את הגופים האלה לחלק מהמדינה אלא גופים עצמאיים, ובכל זאת רואה במי שיפגע בהם - פגיעה באינטרסים ישראלים ודיני מדינת ישראל חלים עליו. אין סייגים על התחולה הפרוטקטיבית על פי סעיף 13-א'.

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

- **סעיף 14-** "עבירות נגד אזרח ישראלי או תושב ישראל: התחולה הפרסונאלית הפאסיבית - החוק הישראלי מגן על כל ישראלי בעולם אך עם מגבלות: 1) רק על עבירות שהעונש בגינן הוא למעלה משנה (מאסר 2) עבירות נגד רכוש-לא מתקיימות ע"פ ס' 14, אלא רק על גופו, בריאותו וחירותו של הישראלי. סעיף 14(ב) מונה רשימת חריגים לעיקרון שבסעיף 14(א) החייבים להתקיים בנוסף לתנאים הנ"ל. הסייגים מקלים עם העבריינים.
  1. אם במדינה מסוימת, פעולה מסוימת לא נחשבת עבירה, הרי שדיני מדינת ישראל לא יכולים לחול עליו.
  2. במדינה שבה בוצעה העבירה, יש סייג שמכסה את האחריות הפלילית למעשה – מדינת ישראל תכבד את הסייג ולא תפעיל את דיניה על העבריין.
  3. אם נאשם הורשע או זוכה בהליך שיפוטי (ובמידה והורשע גם ביצע את העונש שהוטל עליו) – מדינת ישראל לא תוכל להחיל את דיני העונשין שלה עליו.סעיף 14(ג) - אדם אשר ביצע עבירה נגד כל אלה הרשומים בסעיף 14(א) וברצונו להגיע לישראל, בהנחה שלא נשפט בגין העבירה ואין סייג לגבי העבירה – יוכל להישפט במדינת ישראל אך העונש יהיה המקסימאלי במדינה בה ביצע את העבירה.

- **סעיף 15-** "עבירה שנעברה בידי אזרח ישראלי או תושב ישראל: התחולה הפרסונאלית האקטיבית - אדם שהינו תושב או אזרח ישראלי (יש לו קשר קבוע עם המדינה), מאוים ע"י חוקי המדינה גם כשאינו נמצא בריבונותה. הרעיון הוא שאדם בעל אזרחות מדינה מסוימת, שמבצע עבירה ברחבי העולם, מייצג את המדינה שלו ופוגע בשמה הטוב.

- **סעיף 16-** התחולה האוניברסאלית - בכל מקום בעולם שאדם עשה עבירה נגד אחת מהאמנות עליהן חתומה מדינת ישראל, דיני ישראל חלים עליו. למדינה סמכות לשפוט אם נעברו עבירות נגד משפט העמים - כמו פשע השמדת עם, נגד אמנת ג'נבה, עבירות נגד המשפט הבינלאומי וכו'. זוהי הרחבה של סמכות העונשין של מדינה שאינה קשורה לאזרחיה.

**במתכונת המקובלת בעולם יש הבדל חשוב בין עילת תחולת הפרוטקטיבית לבין העילות האחרות. התחולה הפרוטקטיבית חזקה, בלתי מוגבלת ואינה מסוייגת- קרי, אפשר לראות שיש פחות סייגים לתחולה הפרוטקטיבית ולכן יש להעמיד לדין על פיה.**

**סעיף 13 (ב)** הוא חלק ממה שמדינת ישראל רואה **כתחולה פרוטקטיבית שאינה מסוייגת** והרי שלשאלה האם איזשהו אירוע אשר ארע לאזרח ישראלי יכול להוות יסוד לתחולה מכוח סעיף 14 או 13? אם עבירה שבוצעה על ישראלי מכוסה על ידי סעיף 14 אך לא מכוסה במדינה בה בוצעה העבירה – הרי שאין תחולה גם לדיני מדינת ישראל. לעומת זאת, אם אותו אירוע נכנס לגדר סעיף 13(ב)1, יש תחולה לדיני מדינת ישראל, **גם אם העבירה לא מוכרת ותקפה במדינה בה הוא ביצע את העבירה**. העיקרון נגד שיפוט כפול ועיקרון החוקיות נעלמים כלא היו אם חל סעיף 13.

המילים "באשר הוא כזה" – מתייחסות למצב נפשי בו נתון העבריין ותוך כדי כך מבצע עבירה נגד ישראלי מפני שהוא ישראלי. יש לו **יחס שאיפתי חיובי** לזהותו של הקורבן כישראל. סעיף 13(ב)1 אומר שאם ביצע אדם עבירה נגד ישראלי באשר הוא כזה – חלה עליו **התחולה הפרוטקטיבית** ויש לראותו כמי שמנסה לפגוע באינטרסים החיוניים של מדינת ישראל.



### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

סעיף 13(ב)(2) אומר שאם ישראל כבר חרגה מהמקובל בעולם והחילה את התחולה הפרוטקטיבית שלה על פגיעות באזרחים של מדינת ישראל, סעיף 13(ב)(2) נחוץ רק שמדובר בפגיעות שפוגעים ביהודים שאינם תושבי המדינה, אזרחי המדינה או עובדי ציבור. הסעיף בה לכסות אנשים אשר אין להם זיקה למדינת ישראל, **מלבד היותם יהודים**. סעיף 13(ב)(2) מעלה את השאלה – מה הקשר בין מדינת לאום והפזורה שלה- האם היא זכאית לראות עצמה כפרוטקטור? התשובה לאחר התיקון-כן.

**אם כן, התחולה הפרוטקטיבית היא חריגה ביותר בכך שהיא קובעת כי "מי שפגע ביהודי באשר הוא יהודי..." אף מדינה לא נוגעת לעבירה מסוג זה של דת.**

**5. היסוד העובדתי שבעבירה**

**מבנה היסוד  
העובדתי**  
[תיקון התשנ"ד  
(מס' 3)]

18. (א) "פרט", לענין עבירה - המנושה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה שנגרמה על ידי המנושה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה.  
(ב) "מנושה" - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.  
(ג) "מחדל" - הימנעות מנשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

סעיף 18 מפרק את היסוד העובדתי שבעבירה ל-3 רכיבים (החוק קורא להם 3 פרטים):

**מעשה**

**מעשה אקטיבי:** הפעלה של שריר הגוף (החריגים לכך: מחדל והחזקה).

**עבירת שרשרת/רבת פריטים:**

כיצד נבחין האם יש לראות אירוע מסויים כעבירת שרשרת או כמספר עבירות נפרדות?

בפס"ד פופר קובעת הש' דורנר 2 מבחני פסיקה לטיפול במקרה כזה:

- **מבחן אחדות הפעולה** – האם כל פעולה מצריכה חשיבה מחדש (=עבירות נפרדות) או שמא מדובר בפעולה רציפה אחת (=עבירת שרשרת).
- **מבחן אחדות הקורבן/האינטרסים הנפגעים** – האם מדובר בריבוי נפגעים? ריבוי נפגעים בדר"כ מצביע על עבירות נפרדות, פרט למקרים בהם לקורבנות קרבה עניינית ואינטרס אחד משותף.

**פס"ד פופר:**

**העובדות:** המערער יצא עם רובה גלילון ו-5 מחסניות, למקום התאספותם של פועלים ערבים מהשטחים, שם החל לירות לעברם אש אוטומטית, כשהוא 'מרסס' אותם בירות. במהלך הירי החליף 4 פעמים מחסנית וירה מנשקו 140 כדורים. כתוצאה מהירי נפצעו ונהרגו פועלים רבים.

**השאלה המשפטית:** היש לראות בכל הרוג מעשה רצח בפני עצמו, גם אם כל מעשי ההריגה בוצעו ברצף ולגזור עונש מצטבר, או שיש לראות את מעשה הרצח כמעשה אחד שלא ניתן להעניש בגינו יותר מפעם אחת?

**הש' דורנר:**

- קביעה אם רצף של התנהגות מהווה עבירה אחת או מס' עבירות, נעשית ע"י 2 שיקולים:
  - (i) **ניתוח האירוע הפלילי** - בחינה האם מדובר ב-2 פעולות נפרדות עוקבות, שניתן לפצל ביניהן אף שבוצעו ברצף?
  - (ii) **מהות האינטרס של קורבן העבירה** – ריבוי נפגעים יכול להוות אינדיקציה לריבוי עבירות, הנובעות ממעשים נפרדים, אלא אם כן קיימת קרבה עניינית בין נפגעים כתוצאה מקיומו של אינטרס משותף, שנפגע ע"י הפעולה העבריינית.
- אין מדובר במבחנים פורמאליים ויש לבחון כל מקרה לגופו. במקרה זה, בעובדה כי הירי היה אוטומטי, ולא יריות בודדות, אין לשנות המסקנה כי מדובר באוסף אירועים נפרדים. קיימת היכולת הפיזית לשלוט במס' הנפגעים ע"י אופן כיוון הנשק וע"י החלפת מחסניות. כמו כן, כאשר מדובר

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

במעשה אלימות, קיים לכל אחד מן הנפגעים אינטרס עצמאי לשלמות גופו. הפגיעה בשלמות גופו של אחד, אינה מהווה פגיעה בשלמות גופו של אחר.

#### **פס"ד דרורי:**

העובדות: פורצים חדרו לסניף בנק, אולם למרות מאמציהם, לא עלה בידם לפצח את 3 הכספות הגדולות של הבנק, ובמקום זאת, פרצו ל-169 כספות קטנות שהיו מושכרות ללקוחות, כשהם עוקרים את דלתם ומרוקנים את תכנם – פעולה שנמשכה כל הלילה.

השאלה המשפטית: היש לראות במעשה כעבירה אחת של גניבה, או כמס' עבירות גניבה, עליהן ניתן להטיל עונש מצטבר?

#### **הש' מלץ:**

- נבחן מתי מסכת עובדות מהווה עבירה יחידה ומתי נובעות עבירות ממנה, ע"י 2 מבחנים מצטברים ששקילתם יחד ובמצטבר מובילה לפתרון המוכתב ע"י השכל הישר וההגיון:
  - (i) המבחן העובדתי: מבחן רציפות האירועים האובייקטיבי- תנאי לפיצול האישום למס' עבירות הוא האם ניתן לבדוד את רצף ההתרחשויות ולראות בו אוסף אירועים רודפים עצמאיים? מבחני עזר:
    - (1) האם אותן ראיות תומכות באחת או יותר מהעבירות? ככל שנידרש לראיות שונות ונפרדות לכל שלב באירועים, כך מוצדק יותר הפיצול.
    - (2) האם לכל עבירה ניתן ליחס נקי זמן בה היא נסתיימה והאם נקי זמן אלו שונות מעבירה לעבירה?
    - (3) האם הנטילה הייתה מכלי קיבול יחיד או מכלי קיבול שונים (בעבירות גניבה).
    - (4) האם היתה לעבריין אפשרות פיזית סבירה, משהתחיל בביצוע מעשיו, לכוון התנהגותו כך שיבצע רק חלק מסויים מהפעולות וימנע מן השאר, באופן שהסיכון שהיה נוטל הוא להיות מואשם בחלקן של העבירות ולא בכולן.
  - (ii) מהות האינטרס הנפגע: – ריבוי נפגעים מצמיח עבירה יחידה אם קיימת קרבה עניינית כתוצר של אינטרס משותף בין הנפגעים (למשל: פריצה לכספת הגדולה של בנק, בה נמצא רכושם של מס' אנשים) מאידך, כאשר אין שיתוף אינטרסים והפגיעה באחד אינה מהווה כשלעצמה פגיעה באחר, אזי מדובר בריבוי עבירות (למשל: פריצה למס' כספות פרטיות, באותו הבנק).

ישנם מקרים בעייתיים, בהם 2 המבחנים מובילים באופן מובהק לתוצאה שונה.

לדוגמא, מקרה בו אדם משליך רימון אחד בפעולה אחת ההורג שבעה אנשים. מבחן אחדות הפעולה יעלה כי מדובר בפעולה אחידה אחת, לכן גם מעשה הרצח יהיה אחד, בעוד בחינת האינטרסים הנפגעים תעלה כי לכל אדם אינטרס נפרד לשמירה על חייו, ולכן יהיו 7 מעשי רצח נפרדים.

ומה יקבע כאשר אנס אונס קורבן אחד בכמה הזדמנויות שונות? האם נאמר שמכיוון שהקורבן הוא אחד והאינטרס הוא אחד, גם האונס הוא אחד?

במצבים מסוג זה נאלץ לבחור מי מ-2 המבחנים חשוב יותר ולהכריע ביניהם.

ההשלכות לשאלת ההבחנה בין ארוע כעבירת שרשרת או כמס' עבירות נפרדות:

#### • **השלכות בענישה:**

(i) עבירה אחת – ניתן עונש אחד בלבד.

(ii) ריבוי עבירות – ניתן לתת עונש נפרד לכל או מצטבר.

#### • **השלכות מבחינת התיישנות:**

(i) עבירה אחת – נחשב התיישנות מהמקרה האחרון.

(ii) ריבוי עבירות – העבירות שהתרחשו בשנים מוקדמות התיישנו, ועליהן לא ניתן להעניש.

**מחדל:**

לפי ס' 18(ב): מעשה יכול להיות מחדל, אלא אם נאמר אחרת.

לפי ס' 18(ג): "מחדל" – המנעות מעשיה לפי כל דין או חוזה.

הבעייתיות בהטלת אחריות על דרך המחדל:

- **פגיעה בעקרון החוקיות** – לא ניתן לענוש לפני שמזהירים ועל החוק להיות ברור מה מותר ואסור לעשות. לדוגמא: כאשר החוק מגדיר כי יש לנקוט "זהירות סבירה" – כיצד ידע אדם איך לנהוג כאשר לא הוגדרו לו מהם האמצעים הסבירים?
- **פגיעה בחירות הפרט שלא יורו לו מה לעשות** – רוב האיסורים הם איסורי "אל תעשה", כלומר, ניתן להבין שאת יתר הדברים מותר לעשות. אך בפועל, אין זה כך מכיוון שגם על אי עשיה מסויימת (שאף לא אומרים בבירור מהי) עונשים.
- **המציל המקלקל** – לא מומלץ לחייב אנשים לבצע דברים, כי יכול להוצר מצב שיגרמו ליותר נזק מאשר תועלת (למשל: נתינת עזרה רפואית לנפגע בתאונת דרכים שתגרום לנזק רב יותר). כרגע, הדבר היחיד שמחייבים, הוא להזעיק עזרה.

כלל: אם ניתן להאשים הן במעשה אקטיבי והן במחדל, נעדיף להאשים במעשה אקטיבי.

מהו "הדין" המייצר חובות עשה שאי קיומם מהווה מחדל?

1. **מחדל ישיר** – ימצא בחוק העונשין, כאשר העבירה עצמה מנוסחת על דרך מחדל. היא קובעת מהי חובת העה וקובעת מהו העונש (לדוגמא: ס' 361, 262).
2. **מחדל עקיף** - ס' עבירה שאינו מציין דרך מיוחדת לקיום החובה (יכול להיות כל ס' בדיני העונשין). העבירה מנוסחת על דרך מעשה אבל בהתאם לס' 18(ב), המוחל על כלל סעיפי חוק העונשין, ניתן להוכיח גם על דרך של מחדל, אלא אם נאמר אחרת. במקרה זה נאלץ לצאת מחוץ לס' האישום ולאחר היכן ישנה חובת עשה:  
**חוק העונשין ס' 326-322** – ס' אלו אינם ס' אישום, אלא ס' המציינים מחדל. מוגדרת בהם חובת עשה, ומי שלא יפעל על פיה, יראה כאחראי לכל התוצאות שינבעו מאי עשייתו, ויואשם עליהן (לדוגמא: גרימת מוות ברשלנות, בעקבות המחדל שבאי קיום החובה האמורה באחד מס' אלה).

**פס"ד שכטר:**

העובדות: ביום האירוע, שבכת הביטחון המכסה את פתח היניקה בבריכה שתחת אחריות המערער (כמנהל מרכז הספורט) נעתקה ממקומה ופתח הגומחה נותר חשוף, דבר שגרם להצמדות בכח של נער אליה ולא אפשר לו להתרומם ולהתרחק מפתחה. הוא הובהל לבית החולים וחזר להכרתו רק כעבור 3 ימים. המערער הואשם בגרימת חבלה ברשלנות, בשל המחדל שבאי קיום החובה בס' 326.

השאלה המשפטית: האם 'דבר' כמשמעותו בס' 326 כולל גם בריכת שחיה? והאם ניתן להרשיע אדם בעבירת רשלנות בשל הפרת חובת זהירות הקבועה בהוראות חוק שמחוץ לחוק העונשין?

הש' קדמי+שטרסברג-כהן:

- בנוסח החדש של ס' 326 לחוה"ע"נ (שהחליף את פקודת החוק הפלילי), נקבע בצורה מפורשת כי 'דבר' יכול להיות גם 'נייד' וגם 'נייח', ולכן כולל גם בריכת שחיה. אין לפרש את הס' החדש בפרשנות מצומצמת, פרשנות כזו אינה עולה עם תכלית החוק ומטרותו.
- את עניין השאלה האם ניתן להרשיע ברשלנות בשל הפרת חובת זהירות הקבועה בהוראות חוק שמחוץ לחוק העונשין – הותירו בצריך עיון.

**חקיקה אזרחית -** ניתן לפנות לחוק האזרחי ע"מ ללמוד על חובות במשפט הפלילי :

- **עולת הרשלנות בפקודות הנזיקין (ס' 35, 36) -** קובעת אחריות פלילית על מי שהתרשל. מי שלא ביצע חובתו עפ"י פקודת הנזיקין, ניתן להאשימו במחדל (כפי שנעשה בפס"ד לורנס).
- **חוק "לא תעמוד על דם רעך" -** קובע חובת הצלה מסויימת (פס"ד ויצמן).  
הבעייתיות: ישנם אינסוף ס' ותקנות של חקיקה אזרחית. חקיקה אזרחית מנסה להסדיר תחום מסוים. בתקנות אזרחיות אין עונש, מכיוון שלא חשבו עליהם בהיבטים פליליים לכן בעייתי להחילם בדין הפלילי – הגבולות עלולים להיטשטש.

**פסיקה –** הפסיקה ממציאה מקורות חובה נוספים :

- **הנחיות מקצועיות –** בפס"ד אחמד, נקבעה ההלכה כי הוראת מומחה יכולה להחשב כמקור חובה.

**פס"ד אחמד:**

העובדות: בעת שנהג המערער במשאית השתחררו 2 גלגלים, שפגעו והמיתו נהג אחר. 3 ימיפ לפני כן, החליף המערער את הצמיגים שהשתחררו. בעל המוסך אמר למערער שעליו לחזור ולהדק את הברגים לאחר נסיעתו הראשונה, המערער לא עשה זאת והואשם בגרימת מוות ברשלנות.

השאלה המשפטית: האם הנחיות בעל המוסך לחזור ולהדק את הברגים, יכולות להוות חובה, שבאי קיומה (=מחדל) ניתן להאשים בגרימת מוות ברשלנות?

הש' טירקל:

- ס' 18 (ג) מגדיר מחדל כהמנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.
- ייתכן כי מקורה של חובה שהפרתה באה בגדר מחדל עשוי לנבוע מעולת הרשלנות כפי העולה מס' 35-36 לפקודת הנזיקין.
- יש להבחין בין הנחיה מקצועית בעלת אופי בטיחותי או אמירה בגדר אזהרה שהפרתן יראו כהפרת חובה, לבין המלצה או "עצה טובה" גרידא שאי קיומה אינו בא בגדר הפרת החובה.
- בנוסף, הפרתו של נוהג כללי מקובל שהוא כביכול "מן המפורסמים שאינם צריכים ראייה" עלול להראות כמחדל.

- **יצירת תשתית למצב מסוכן –** לפי הש' לוי בפס"ד לורנס, אדם שיצר תשתית מצב מסוכן לאחר, חלה עליו חובת הצלה כלפיו, ובאי קיומה, יחשב כמי שחדל.  
הבעייתיות: נוצרה הרחבת אחריות לחובת הצלה כללית, אנשים עלולים ליצור סיטואציות מסוכנות גם ללא ידיעתם וכן נוצרת בעיה של עקרון החוקיות. לכן הש' בד לעומתו, נוהר מקביעה כוללת כזו.

**פס"ד לורנס:**

עובדות: המערער שיחק עם המנוח באקדח משחק "רולטה רוסית". כשהגיע תורו של המנוח נפלט מהאקדח כדור והמיתו במקום. זאת, לאחר שהמערער, בתורו, וידא כי הכדור אינו נמצא בתא שמול הנוקר, הצמיד האקדח לרקתו ואז כיוון אותו לעבר הוואדי ולחץ על ההדק.

השאלה המשפטית: מהם יסודות עבירת הרשלנות לפי ס' 304?

**הש' לזין:**

- להוכחת עבירת הרשלנות לפי ס' 304 (החופפת לעוולת הרשלנות בנויקין) נדרשים 3 יסודות:
- **חובת זהירות** – מבחנה הינו מבחן הצפיות של האדם הסביר, הכולל 2 רבדים:
  - (i) **חובת זהירות מושגית** – האם הסוג הכללי אליו משתייכים המזיק, הניזוק, הפעולה והנזק, עשוי להקים חובת זהירות. (למשל: חובת מעביד לעובדיו, נהג להולכי רגל וכד'). מבחנה: האם יכול האדם הסביר לחזות מראש את שיקרה וכן, האם ראוי שלאור חזותו מראש זו ינהג או לא ינהג אחת.
  - (ii) **חובת זהירות קונקרטיית** – האם כלפי ניזוק, בנסיבות אירוע מסוים קיימת חובת זהירות. בגין סיכון בלתי סביר בלבד, מוטלת חובת זהירות קונקרטיית. מבחנה: האם אדם סביר, יכול היה לצפות, בנסיבות המקרה, את התרחשות הנזק. אין הכרח לראיה מדוייקת של כל פרטי העניין, אלא לראייתו בקווים כללים בלבד.
- **התרשלות** – הפרת חובת הזהירות ע"י:
  - (i) **מעשה** – ע"מ שייחשב המערער כמי שלא התרשל, עליו לנקוט באמצעי זהירות, כתולדה של הסיכון הצפוי. ככל שהסיכון גדול יותר, כך יש להרבות באמצעי זהירות.
  - (ii) **מחדל** – אי מניעת המצב המסוכן ע"י אדם שתרם ליצירתו. במדינתנו, אין חובת הצלה, פרט למקרים בהם ישנן נסיבות מיוחדות היוצרות 'קרבה' במובן המשפטי, למשל: הורה לילדו, מעורב בתאונת דרכים לנפגע, וכד'.
- **גרימת נזק** – קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההתרשלות לנזק. רשלנות תורמת של אחר, אינה משמשת טענת הגנה במשפט הפלילי.

**הש' בד:**

- יש להשאיר בצריך עיון השאלה האם ניתן לייחס אשמה בשל המחדל שבאי הצלת המנוח.

**חווה** – חווה הוא כל הסכמה בין אנשים. ישנם חוזים בצורות שונות, כגון חוזים בכתב, בע"פ, מכללא (=חווה במשתמע, אפילו לא נאמר דבר, אך ההתנהגות מרמזת לכוונה כלשהי, יכול להוות חווה).

**פס"ד ויצמן:**

**העובדות:** המערערים נסעו ברכב חברים שפגע בשוטר ברכבו. לאחרי הפגיעה לא עצר הנהג את הרכב וכל ה-4 המשיכו בנסיעה מבלי להגיש עזרה לשוטר הפצוע. המערערים הורשעו בכך שסייעו לנהג במחדל לבצע עבירה של הפקרה לאחר פגיעה ועבירה של אי דיווח.

**השאלה המשפטית:** האם ניתן להאשים בסיוע על דרך המחדל לעבירות של מחדל: הפקרה לאחר פגיעה ואי דיווח? (כלומר, העבירה שעבר המבצע היתה במחדל, והסיוע שניתן היה גם הוא במחדל), והאם ניתן להחיל מקורות חובה מכל דין על דיני העונשין?

**הש' חשין:**

- באין חובה מפורשת בדין – לא יחוייב אדם במחדל. כך נבדיל לבין אי עשייה שאינה בת עונשין לבין מחדל בר-עונשין.
- לא כל חובה הקבועה בכל דין עשויה לשמש מקור חובה כשר לעניינו של ס' 18(ג). יש לבחון כל חובה ולהחליט האם היא ראויה לפי תכליתה ליצוא מהדין בו נקבעה אל דיני העונשין.
- שיטת משפטנו מחייבת בעשיית מעשה מסויים שהחודל אינו מבצעו ובצירוף מחשבה פלילית לאותו מחדל – תברא עבירה.
- הוראת ס' 31 (=המסייע) כוללת הביטוי "עשה מעשה". לפי ס' 18(ב) מעשה הוא לרבות מחדל, אלא אם נאמר אחרת, ולכן ס' 31 תקף גם על מי שלפני עשית העבירה או במהלכה, חדל בכדי לאפשר את הביצוע או לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה.

**החזקה:**

החזקה בדיני עונשין מגדירה כי במצבים מסוימים רק בעצם הימצאות חפץ ברשות אדם מעידה על עבירה. זאת, משום שלא תמיד ניתן להוכיח אשמה, בעקבות פרטים חסרים (לא נתפס המעשה, לא ניתן לדעת כיצד הגיעו לרשותו וכד'). עבירת החזקה באה לידי ביטוי בעיקר בנושאי סמים ונשק.

ישנם ס' אישום ספציפיים שלפיהם נאמר מה אסור להחזיק (החזקת נשק, החזקת סם, וכד').

ישנם 2 סוגי החזקה:

**החזקה ממשית:**

**"החזקה" - שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם**

ס' 34 מגדיר מהי החזקה:

**יסוד השליטה:**

הש' ברק מגדיר מהי "שליטה", בפס"ד הוכשטט: היכולת לקבוע את גורל החפץ. גם ריחוק פיזי וגם בעלות אינם קובעים שליטה.

**פס"ד הוכשטט:**

העובדות: מנהל החברה בה עבד המערער הזמין סמים מקולומביה וביקש שתשללח על שם המערער ולכתובתו. מנהלו דאג כי המסמכים לשחרור החבילה יהיו בידיו, ואת שובר הדואר הרשום הוציא המנהל מתיבת הדואר של המערער. עם שניהם נגש לסניף הדואר, הציג עצמו כמערער וקיבל את המכתב עמו ניתן היה לשחרר החבילה מהמכס. בשלב זה מספר המנהל למערער על הסם שהגיב בתדהמה באומרו כי אינו מעוניין בשום קשר עם החבילה. המערער יצא לחו"ל ע"ח המנהל, שזייף יפוי כח שבאמצעותו קיבל החבילה.

השאלה המשפטית: מה משמעותו של הביטוי "החזקה" לעניין עבירת החזקת סם מסוכן?

**הש' ברק:**

- ההחזקה היא שליטתו של אדם בדבר.
- עקרון השליטה מורכב מ-2 יסודות:
  - (i) היסוד הנפשי – מידת המודעות או הרצון לשלוט או להחזיק בנכס. במסגרת יסוד זה נבחנת השאלה האם נחוצה "שליטה מדעת" או שניתן לגבש "שליטה שלא מדעת"?
  - (ii) היסוד הפיזי – מידת הזיקה הפיזית לנכס.
- לענין עבירת החזקת סם מסוכן, משמעות 'שליטה' היא:
  - (i) לאדם היכולת עפ"י מהלך העניינים הטבעי והרגיל, להגיע לעשייה פיזית בחפץ.
  - (ii) בידו של אדם לקבוע את גורלו הפיזי של החפץ (להורות היכן יימצא ומהיכן יוצא).

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

- יכולת זו, יכולה שתשתרע על פרק זמן ניכר ויכול שתשתרע על פרק זמן קצר ביותר.
- השליטה נקבעת עפ"י המציאות הלכה למעשה ולא עפ"י הזכות משפטית האותו חפץ. (כך יכול גנב לשלוט בחפץ, ובעליו לא ישלוט בו).
- תנאי לשליטה הוא בלעדיותה. התנאי אינו מתקיים במקום בו היכולת לעשייה או לקביעת גורל החפץ נתונה ליותר מאדם אחד, פרט למקרה בו היכולת לעשייה מופעלת עליהם יחד.
- החזקה קונסטרוקטיבית – אדם עשוי להחשב מחזיק אף אם אינו בעל השליטה. תנאי להפילתה של הגדרה זו הוא כי לפחות אחד מבני החבורה יחזיק בחפץ בהחזקה "ממשית".
- ביסוד הדרישה להחזקה כזו עומדת הדרישה של ידיעה והסכמה. הסכמה פירושה הדברות מוקדמת או עסק משותף, במסגרתה החזקתו הממשית של אחד הופכת להחזקה קונסטרוקטיבית של אחר. ביטוי מנטאלי של הסכמה בלבד אינו מספיק יש להוכיח כי פועלים למטרה משותפת.

#### הש' בן פורת:

- עצם היכולת למנוע מאחר את שחרור החבילה, די בה כדי להפכו ל"בעל השליטה" בה.
- אילו סרב לשתף פעולה היה סירובו מפגין את התנערותו מהמעשה שבוצע ע"י מנהלו, אולם נסיעתו לחו"ל מצביעה על הסדר, מפורש או משתמע, שנועדה לשמש אור ירוק להשלים את שחרור החבילה (מכיוון שהניח בסבירות קרובה לוודאי, כי דבר זה אכן יקרה).

#### החזקה קונסטרוקטיבית:

מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד;

המשכו של ס' 34כד:

מטרת הס' היא להרחיב את מעגלי האחריות. אם אחד לוקח אחריות, לא ניתן להטיל על חבריו אחריות פלילית במסגרת החזקה ממשית (נדרשת בלעדיות), אולם, ניתן להטיל עליהם אחריות דרך החזקה קונסטרוקטיבית. בכדי לעשות זאת, יש להוכיח את כל תנאי הסעיף:

- **לפחות לאחד מחברי הקבוצה צריכה להיות החזקה ממשית.**
- **מדובר בני חבורה או כמה מבני חבורה - לדוגמא:** אם נערכת מסיבת מסלול וחלק מביאים סמים, האם זה הופך את כולם למחזיקים? יש שיאמרו שכן כי מדובר בחברי אותו מסלול ויש שיאמרו שלא מפני שהם קבוצה גדולה.

#### פס"ד פדלון:

עובדות: 2 המערערים הגיעו ברכביהם למסעדה. במהלך הפגישה נשמע ע"י חוקרים פרץ אומר לפדלון כי יביא לו דבר מה בערב. באותו עלה לרכבו של פדלון תשובה (נאשם שלישי בתיק) שלפני עלייתו לרכב, ניגש לשיח



### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

ולקח עמו דבר מה. שניהם נסעו למסעדה. לאחר מכן נראו יוצאים ממנה פדלון ופרץ, עלו למכוניתו של פרץ וסימנו לתשובה לנסוע אחריהם. במהלך הנסיעה נכנסו למושב למשך 9 דקות וביציאתם הוביל רכבו של תשובה. בשלב זה נעצרו במחסום משטרת כשהפרש בין מעצר 2 המכוניות היה 4 דק' וברכבו של תשובה נמצאו סמים.

השאלה המשפטית: האם נחשבים המערערים מחזיקים אף אם הסם לא נמצא במכוניתם והם נעצרו במרחק נסיעה של 4 דק' אחד מהשני?

#### הש זועבי:

- הראיות שהובאו היו שלובות באופן שהן מביאות למסקנה הגיונית אחת כי המערערים ידעו והסכימו להחזקת הסם בידי תשובה.
  - ההסכמה הנדרשת יכולה להתבטא במפגשים, נסיעות משותפות שביצעו וכד'.
  - במהלך הפגישות ומעשים אלה נעשית החזקתו הממשית של תשובה, להחזקתם הקונסטרוקטיבית של המערערים.
  - **ידיעה** – אם התביעה לא תצליח להוכיח שהעבריינין ידע כי הוא מחזיק, לא ניתן להרשיעו.
  - **הסכמה** – בחוק לא כתוב הפירוש למילה הסכמה ולכן ניגש לפסיקה. השי' ברק בפס"ד הוכשטט קובע כי הסכמה פירושה הדברות מוקדמות והסכמה מוקדמות להחזקה.
- התנאים הללו הם תנאים מצטברים. אם לא הוכח אחד מהם – אין החזקה.
- לא משנה אם הוכחה החזקה ממשית או קונסטרוקטיבית – העונש הוא אותו עונש.
- היסוד הנפשי - גם אם לא נכתב כלום בעניין היסוד הנפשי בס' האישום נדרשת מחשבה פלילית לפי ס' 19-20. כלומר, אם אין מודעות – אין החזקה.

#### **פס"ד מיכאלשווילי:**

עובדות: המערער הסייע במוניתו נוסע שבמהלך הנסיעה ביצע עצירה, קנה סם, חזר למונית כששקית הסם עמו והתיישב ליד המערער. הם הגיעו למחסום משטרת, בו שוטר שלח ידו ולפת את הנוסע בצווארו. המערער נסע במהירות רבה כדי לברוח וכמעט דרס שוטר אחר שלבסוף ירה בצמיגי המונית. המערער סרב לצאת ממנה ונדרש כח להתגבר על התנגדותו.

השאלה המשפטית: האם הידיעה בדבר החזקה היא חלק מהיסוד הנפשי, או שיש להוכיח ידיעה גם לגבי המעשה הפלילי, כלומר, החזקה עצמה? והאם ניתן להאשים עפ"י החזקה שבעובדות?

#### הש' זמיר:

- מבחינה מעשית אין צורך להכריע בשאלה המשפטית, ולכן משאי בצריך עיון.
- כדי לבסס הרשעה בהחזקת סם יש להוכיח כי נתקיימו 2 המרכיבים של העבירה: המעשה הפלילי שהוא החזקת הסם והמחשבה הפלילית שהיא הידיעה על החזקת הסם.
- יכולה להוצר חזקה שבעובדות בעקבות גילוי של סם מסוכן כשלעצמו, ולאורה רשאי ביהמ"ש להסיק על קיומה של מחשבה פלילית. מסקנה כזו יכולה לנבוע מנתונים שונים ומצטברים, המחזקים זה את זה ומשתלבים זה בזה, למרות שכל אחד כשלעצמו לא היה מצדיק הסקתה של מסקנה בדבר קיומה של מחשבה פלילית.
- השאלה אם חזקה שבעובדה חלה במקרה מסויים תלויה בניסבות המקרה. החזקה משקפת את נסיון החיים והשכל הישר.

**הש' דורנר:**

- הידיעה בדבר ההחזקה גופה היא חלק מהיסוד הנפשי ואין היא כולה ביסוד העובדתי.

#### **חזקות משפטיות:**

אחת הבעיות הקשות בנושא החזקה היא שקשה להוכיח כיצד הסמים הגיעו לאן שהגיעו. לא נתפס המעשה, וישנם פערי מידע – לא ידוע מה קרה. חזקות משפטיות הן הכללי להתמודדות עם בעיה זו.

חזקה המשפטית גורסת כי אם א' קרה, גם ב' קרה. לדוגמא, עברייך הסתיר נשק בבית אמו, והמשטרה מצאה אותו בביתה – חזקה שהנשק של האם, ועל האם לשכנע שאינו שלה. ישנן חזקות הכתובות בחוק, חזקות מכח פסיקה וחזקות מכח ההגיון הפשוט:

- **החזקה התכופה** – אם נמצא אצל אדם חפץ שחשוד כגנוב בסמוך למועד אירוע גניבה – החזקה תאמר שגנב זאת. הרעיון הוא, שנסיון החיים המצטבר הוכיח שזה כך ברוב המקרים, אלא אם כן המואשם ישכנע שאין זה כך.
- **החזקה בפקודת הסמים המסוכנים** – ההנחה היא שמי שיש בידו סמים יודע מה הוא עושה. אם הוא אזרח תם שלקח משהו מבלי לדעת מה – עליו להוכיח זאת.

נושא החזקות שינה סדרי עולם. נוצר מצב של היפוך נטל הראיה: במקום שיהא על התביעה להוכיח כי הנאשם ביצע את המעשה, על הנאשם להוכיח כי לא ביצע אותו. כלומר, ישנה הקלה על התביעה והקשייה על ההגנה.

#### **נסיבה**

**מתרחשת בהווה.** הנסיבה היא ה-"במה" עליה מתבצע המעשה. המעשים אסורים בנסיבות מסוימות. יתכן מצב בו יש מס' נסיבות בעבירה אחת.

#### **הנסיבה "שלא כדין":**

נסיבה "סתומה", היוצרת בעיות רבות בפרשנות העבירות, אך משאירה פתח לשיקול דעת שיפוטי. עולות מס' גישות בעניינה:

- **התעלמות מהביטוי "שלא כדין"** – גישה אותה מובילה הש' בן-פורת. לטענתה הסיבה היחידה להופעת המילים היא הופעתן בחוק הבריטי שהשפיע על החקיקה הישראלית. לגישה, כיום חוק העונשין מחיל את פרק הסייגים לאחריות פלילית, המגדיר מה "כדין" ומה לא, ויפטור מאחריות פלילית מה שנעשה "כדין", לכן אין למילים חשיבות.
- **התייחסות למונח "שלא כדין"** – גישה הגורסת כי כאשר המחוקק לא ידע להגדיר מראש באילו נסיבות מעשה מסויים אסור, הוא שתל את הביטוי "שלא כדין" ע"מ להעניק שיקול דעת שיפוטי, כיצד יש לנהוג בנסיבות מסויימות. (למשל: בעבירת התקיפה: ס' 379, לעומת ס' 380, נראה כי כאשר התקיפה גורמת לחבלה חמורה, ברור כי אינה כדין, מלבד המקרים החוסים תחת סייגים לאחריות פלילית, ולכן, הביטוי אינו מצוי בס'. אולם תקיפה הגורמת לחבלה קלה, למשל נתינת מכה קלה כצחוק, לא בהכרח תהיה "לא כדין", ולכן המחוקק הוסיף את הנסיבה, ע"מ לתת לשופטים (להחליט).

#### **פס"ד שדה-אור:**

**העובדות:** המערערת שעבדה כגננת בגן ילדים, הואשמה בעבירות תקיפה ובהתעללות קטין לאחר שהודתה במשטרה כי נהגה להפעיל כח כלפי ילדים שהפריעו לפעילות הגן.

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושיירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

השאלה המשפטית: האם הפעלת כח כנגד קטין למטרות חינוכיות מהווה תקיפה "שלא כדין"?

הש' דורנר:

- ישנן 3 גישות שונות הנוגעות לנסיבה "שלא כדין":
  - (i) הכוונה בביטוי "שלא כדין" היא: שלא בדין הפלילי. גישה זו מייטרת את התנאי "שלא כדין" מפני שמפנה להגנות הקיימות בדין הפלילי, החלות ממילא על כלל העבירות.
  - (ii) ההצדק להתנהגות האסורה יכולה להמצא בכל דין לרבות פקודת הנזיקין.
  - (iii) בעבירות שבהן לא קיים הצדק להתנהגות האסור מעבר להגנות הדין הפלילי – התנאי "שלא כדין" מיותר. לעומת זאת, תנאי זה חיוני בעבירות שבהן, למרות שההתנהגות אסורה בעיקרון, ניתן למצוא לה בנסיבות מסויימות, הצדק בדין.
- לא נדרשת הכרעה בגישה הראויה מה-3 מפני שבכל אחת מן הגישות, הפעלת כח כנגד קטין למטרות חינוכיות אסורה, בהתאם להתפתחות הנורמות החברתיות המקובלות עלינו עם השנים.

פס"ד ליכטמן:

העובדות: המערער שהינו עיתונאי התקשר לקצין משטרה וביקש להפגש עמו. הקצין הפנה אותו לדובר המשטרה ובתגובה אמר העיתונאי כי יש בידי חומר שעלול להזיק לו אם לא תתקבל תגובתו. כששאל החוקר על מה מדובר, הסכים העיתונאי בשיחה לדבר עמו בפגישה בלבד. בעקבות השיחה, חש הקצין מאויים ע"י העיתונאי ולכן כתב זכרון דברים.

השאלה המשפטית: מהי משמעות הביטוי "שלא כדין" בעבירת האימים?

הש' גולדברג:

- אמת המידה לדבר איום אינה נעוצה בהרגשתו הסובייקטיבית של המאויים בלבד. יש להבחין בין איומים לבין עצה, התראה והבעת דיעה שגם בהם יש להביא את השומע הסביר לפחד מפני הרעה הצפויה ואף מתלווה להם הכוונה להפחיד. זהו ההבדל בין "הפחדה קונסטרוקטיבית" כאשר ביסוד האמירה עומד הרצון להביא את השומע למודעות בדבר תוצאה פוגענית אפשרית ולשקילת צעדיו בהתאם, לבין "הפחדה שלילית", המהווה הפחדה שלא כדין. מבחני העזר להבחנה:
  - (i) אם הדובר שולט על התממשות האזהרה, יש לראותו כמאיים שלא כדין.
  - (ii) מבחן המהות: (המבחן המכריע לרכיב "האיום") מהם המהות וטיב הדברים שנאמרו.

הש' מצא:

- אין עבירת איומים משתכללת אלא אם עניינו של האים בפגיעה שלא כדין.

הש' ברק:

- פגיעה היא "שלא כדין" אם היא מהווה עבירה עפ"י דיני העונשין וכן, אם היא מהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין.
- איום לתקיפה אם הוא נעשה במסגרת הסמכות שהדין מעניק לבעל הסמכות ולשן הגשמה של סמכות זו, אינו מהווה פעולה "שלא כדין" ואין בו כדי לבסס אחריות פלילית.
- נטל השכנוע בעניין הוכחת היסוד "שלא כדין" מוטל על התביעה, אלא אם כן הוראה מיוחדת קובעת כי ההנחה היא שההתנהגות אינה כדין.

**מהו ה"דין" הנכנס לביטוי "שלא כדין"?**

**פס"ד כהן:** (לא במקראה)

**עובדות:** המערער מקיים עם אשתו יחסי מין בלא הסכמתה (נמצאים בהליך גירושין). לטענתו, כיוון שעדיין נשואין, האונס לא היה שלא כדין (בזמנו, "שלא כדין" היתה נסיבה בעבירת האינוס), ומסמך טענתו על דין מחוץ לדיני העונשין: דין הנישואין הדתי.

**השאלה המשפטית:** האם ניתן להחיל על הנסיבה "שלא כדין" דין מחוץ לחוק העונשין?

- התשובה לשאלה האם אשה חייבת לקיים יחסי מין עם בעלה נמצאת רק מחוץ לתחום דיני העונשין – בדין הדתי. ולכן, יש להחילו ולבדוק האם עפ"י הדין הדתי, בעל יכול להכריח את אשתו לקיים עמו יחסי מין ובאילו תנאים.

**פס"ד סלע:**

**העובדות:** המערער לקח מעדרו של חברו 2 כבשים מתוך שטח המרעה בתואנה שנכנסו לשטחו לרעות. משיקש בעל העדר להחזירם לו, סרב בטענה כי יחזיק בהם כעירבון עד שיקבל ממנו פיצוי כספי על הנזק שנגרם לו.

**השאלה המשפטית:** מהי משמעות הביטוי "שלא כדין" והאם ניתן לפנות למקורות מחוץ לפקודת הניזקין בפירוש הביטוי?

**הש' זוסמן:**

- הביטוי "שלא כדין" בעולות פקודת הניזקין פירושו: בלא שימצא בדין הצדק למעשה שנעשה.
- שיטת המחוקק, שלגבי עולות מסוימות הוסיף הביטוי "שלא כדין" למרכיבי העולה בלא לפרט ולהגדיר, מחייבת את המסקנה, שביהמ"ש ישאב את משמעות הדברים ממקורות מחוץ לפקודת הניזקין.
- הדין הישראלי מכיר בתפיסת חפץ מזיק על-ידי הניזוק כטענת הגנה, כל עוד מוכיח התופס כי מעשה המניעה היה כדין ולשם כך יכול להוכיח צידוק שקם לו ממקור אחר מחוץ לפקודה.

המילים "שלא כדין" מופיעות כיום נוספים, ולפי הפסיקה הן מתייחסות לכלל הדינים אף מחוץ לחוק העונשין. הצורך להשתמש בהן הוא לשיקול בית המשפט.

### **תוצאה**

מתרחשת בעתיד. אירוע אסור המתרחש בזיקה/קשר סיבתי למעשה. התוצאה היא רכיב אופציונלי שאינו קיים ברוב העבירות בחוק העונשין.

**קש"ס:**

**קשר סיבתי הוא למעשה החוליה המקשרת בין המעשה לבין התוצאה בעבירות שאחד מפרטיהן הוא תוצאה (=עבירות תוצאתיות).** הדרישה לקיומו של הקשר הסיבתי באה לידי ביטוי בס' 18(א) לחוק: "תוצאה שנגרמה על ידי המעשה". בנוסף, קש"ס עוזר לפתור בעיות של מרחב, זמן, במקום ובעיות של ריבוי משתתפים. הדרכים להוכחתו אינם מפורטים בחוק והם פרי ההלכה הפסוקה אשר פיתחה 2 מבחנים מצטברים: **מבחן הקשר הסיבתי העובדתי ומבחן הקשר הסיבתי המשפטי.**

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2009-2010, מסלול א-3

- **קשר סיבתי עובדתי (מבחן האלמלא)** – מה עובדתית, יכול להיות שגרם לתוצאה. האם אלמלא התנהגות הנאשם, התוצאה הייתה מתרחשת?
  - (i) כן – גורם אחר גרם לתוצאה ולא ניתן להאשים.
  - (ii) לא – הנאשם גרם לתוצאה ולכן הוא האחראי בפלילים.מקרים שבהם מבחן האלמלא הוביל לתוצאה לא הגיונית:

- (i) **מקרה גורמים מצטברים** – מקרה שבלי תרומה של האחד הנזק היה נגרם ממילא ע"י הגורם האחר.

#### פס"ד ברדריאן:

עובדות: היו 2 דוקרים, כאשר שתי הדקירות קטלניות (שתיהן היו ללב), ולא ניתן לומר מי גרם לתוצאה הקטלנית. כל אחד מהדוקרים טען כי אלמלא הדקירה שלו תוצאת המוות עדיין הייתה מתרחשת, ע"י דקירת השני.

השאלה המשפטית: אם אירעה דקירה ע"י שניים, כיצד ניתן לקבוע מי מהשניים נושא באחריות לגרימת המוות? האם ניתן לראות קשר סיבתי בין הדקירה הנוספת לבין המוות, אף אם הייתה גם כן קטלנית, כאשר המוות היה נגרם ממילא ע"י הדקירה הראשונה?

#### הש' שמגר:

- אדם נחשב לגורם למותו של אחר גם כאשר הוא מחיש את מותו. כלומר, המעשה או המחדל, יכול שיהיה רק אחת הסיבות לגרימת המוות ובלבד שלא מדובר על סיבה כה מזערית במשמעותה, עד כי היא הופכת לחסרת משמעות, או בסיבה אחת כה מרחיקת לכת ונפרדת עד שאין משמעות למה שקדם לה.
- עשויים להחשב שניים כגורמים למותו של אדם גם כאשר אחד דוקר, והשני מסכל התנגדותו של הקורבן, או מונע השטת עזרה להצלתו.

#### פס"ד בשיר:

העובדות: המערערת יחד עם דודה רצחה את אשת אביה ו-3 ילדיה באבנים ומקלות, מכורח איומים שאיימו עליה אביה ודודה כי ימיתו אותה אם לא תציית להם.

השאלה המשפטית: האם קשר סיבתי מתנתק, אם מעשהו של אחד היה מוביל למות הקורבן גם מבלי מעשהו של השני?

#### הש' קדמי:

- אין נפקא מינה, לאחריות המערערת, אם חבטות הדוד לבדן היו מביאות בסופו של דבר למות הקורבנות ודי בכך שהיא נטלה חלק במעשה הרצח ושיתפה עצמה בביצועו.
- מות הקורבנות נתרש כתוצאה משילוב מכותיה עם מכות הדוד, כאשר המכות שהכו השניים היו דומות באופיין הקטלני (אבן כבדה ומוט עץ).

**הפתרון: מבחן החשת המוות** – אם כל אחד החיש את המוות במשהו = כל אחד מהם גרם למוות (זה לא משנה אם קיצור החיים הוא ביום או בשנה).

- (ii) **מקרה גורמים משלימים** – מקרה שבו ללא תרומה של גורם אחד, התוצאה לא הייתה נגרמת ע"י הגורם השני. כלומר, צריך את שילובם של כל הגורמים כדי שתקרה התוצאה.

**פס"ד ליכטנשטיין:**

**העובדות:** המערער היה מעורב כנהג רכב בתאונת דרכים קטלנית, שהתרחשה כתוצאה מהתפוצצות צמיג מסיבה שהמערער לא יכול היה למנעה. אולם הוכח כי בעת התאונה נהג המערער במהירות העולה על המותר, ולכן הורשע בגרימת מוות ברשלנות.

**השאלה המשפטית:** האם מתנתק הקשר הסיבתי בעקבות התערבות גורם זר כאשר חוברים 2 גורמים שונים שכל אחד מהן לבדו לא היה גורם לתאונה?

**הש' נתניהו:**

- המערער התרשל בכך שיצר בנהיגתו במהירות המופרזת, מצב טעון סכנה.
- קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות למוות: אלמלא המהירות המופרזת היה המערער מצליח לבלום את מכוניתו, בטרם נכנס בגדר, והמנוחה לא הייתה מקפחת חייה.
- חברו 2 גורמים שונים שכל אחד מהם לא היה גורם לבדו לתאונה, אלמלא היה מצטרף אליו הגורם השני. משנקבע כי התנהגות המערער הייתה אחד הגורמים לתאונה, אין זה משנה שהתנהגותו הייתה רק אחד מהגורמים, כל עוד היה גורם הכרחי, שבלעדיו לא הייתה התאונה מתרחשת.
- נהג סביר חייב להביא בחשבון אירועים שונים, שנסיון החיים מלמד כי עשויים לקרות במהלך הנהיגה, ביניהם אפשרות של תקר. בנהגו במהירות מופרזת בנסיבות, הוא יוצר סכנה, שאם יקרה אירוע כזה, הוא יאבד את השליטה ועלול לגרום לתוצאות קטלניות.

**הפתרון:** כל אחד מהגורמים המשלימים שלבדו לא יכול לגרום לתוצאה, נקבע שכל אחד מהם **מתקיים מבחן האלמלא, ויש לעבור למבחן הצפיות (קש"ס משפטי)** ולהחליט בהתאם האם ניתן להטיל עליהם אחריות פלילית.

כיצד נפעל כאשר נעשות שתי פעולות חוקיות לחלוטין, אך יחדיו הן גורמות לנזק? לדוגמא: בנו של קשיש נותן לו תרופה במינון שצריך לתת לו. שעה לאחר מכן מגיע הבן השני ועושה אותו הדבר. צירוף שני המינונים גורם למות הקשיש. במקרה זה, מכיוון שכל אחד מהמעשים בנפרד, כנראה שלא תוטל אחריות פלילית, אולי תבחן הטלת אחריות פלילית בגרימת מוות ברשלנות.

- **קשר סיבתי משפטי (מבחן הצפיות):**  
**האם האדם הסביר צריך ויכול היה לצפות את אפשרות התרחשות התוצאה?**  
**מספיק לצפות את סוג הנזק ואין צורך לצפות את היקפו** (כמה חמור יהיה). מרגע שניתן לצפות את סוג הנזק (נזק לגוף/לרכוש/לבטחון המדינה), מה שקרה מבחינת היקף הנזק הוא באחריות מבצע הנזק. לדוגמא: כאשר אדם דוחף אדם אחר, ניתן לצפות כי סוג הנזק שיגרם יהיה פגיעה גופנית כלשהי. אם הוא נפל ומת, מותו עדיין באחריות הדוחף.  
**גולגולת דקה** – מקרה שבו הקורבן סובל מרגישות מסויימת, ונעשית פגיעה שגורמת לנזק, שלאדם רגיל לא הייתה גורמת נזק יוצא דופן. במצב זה **הקשר סיבתי אינו ניתק ומטילים אחריות פלילית**. הרציונל: אין לדעת מי עומד מולך ולכן, אין לבצע מעשים כאלה מלכתחילה.  
**גולגולת דקיקה** - מקרה שהתוצאה שהתרחשה בפועל היא כה קיצונית ושונה מכל דבר הגיוני כד, **שניתק הקשר הסיבתי**. למשל: אם הייתה תאונת דרכים ונפגע אדם באורח קליל, אולם, בבי"ח קיבל זריקת טטנוס שאליה היה הילד אלרגי ומת. לא סביר שהאדם הסביר ימות מזריקת טטנוס, ולכן לא ניתן להאשים את הנהג שגרם לתאונת הדרכים במותו, למרות שהוא גרם לפגיעה שהובילה אותו לביה"ח.

**פס"ד פטרומיליו:**

העובדות: המערער גנב תיקה של המנוחה דבר שגרם למותה מההתרגשות אף מבלי שהפעיל אלימות נגדה.

השאלה המשפטית: האם מתנתק קשר סיבתי במקרי "גולגולת דקה" ובמקרי "גולגולת דקיקה"?

הש' בו פורת:

- יתכנו מקרים בהם יואשם אדם בהריגה, אף עפ"י שלא נוצר מגע פיזי בינו לבין הקורבן, שהרי תיתכן הריגה גם במחדל.
- אין לייחס לנאשם חזות מראש שקרבנו עלול לקפח את חייו כתוצאה מגניבה, מסיבת שכיחותה של עבירת הגניבה ונדירות התוצאה של מות הקורבן בעקבותיה.
- הדבר שונה בעבירת השוד, הכרוכה בעצם טיבה בהפעלת אלימות ממשית. במקרה כזה חובה לצפות נזק לשלמות הגוף, ולכן אם נגרם מותו של הקרבן כתוצאה מעבירה זו, ולו בתוספת גורמים אחרים כגון "גולגולת דקה" – נושא הנאשם באחריות להריגה.
- די בכך שצפה הנאשם את סוג הנזק (=פגיעה בשלמות הגוף) כדי שישא באחריות להיקפו.

**כאשר בודקים קשר סיבתי יש לבדוק את התקיימות שני המבחנים ובהכרח בסדר הזה. כלומר, רק מה שעבר את מבחן הקש"ס העובדתי, יבדק גם בקשר הסיבתי המשפטי.**

**גורם זר מתערב:**

בעבירות תוצאתיות נאשמים רבים מבקשים לטעון לגורם זר מתערב, כלומר, התערבות הגורם אחר, מנתקת הקש"ס בין מעשיו של הנאשם לבין התוצאה ולכן, לא ניתן להטיל אחריות פלילית.

מתי ניתן לטעון לגורם זר מתערב?

- **ישנו יותר מגורם אחד.**
- **הגורם השני הוא בגדר הפתעה לגורם הראשון.** כלומר, הגורם הראשון לא יכול היה לצפות את התערבותו של הגורם השני.

**סיבות חקוקות לניתוק קש"ס בעבירות המתה – ס' 309:**

הפסיקה מתייחסת לס' זה כאל רשימה פתוחה ולא כאל רשימה סגורה ובלעדית. בפועל כלי זה משמש ככלי נוסף לשני המבחנים המצטברים שעלו בפסיקה ולכן בשאלות הנוגעות לקש"ס, יש קודם לכן להשתמש במבחני הפסיקה ולאחריהן בס' 309.

**פס"ד חסיין:**

העובדות: המערער דקר בסכין את אחותו, בחלקי גופה השונים, בכוונה תחילה לגרום למותה, כשהוא ממשיך לדקור אותה גם כאשר ניסתה לברוח.

השאלה המשפטית: האם רשלנות ביה"ח מנתקת קשר סיבתי בין המעשה לתוצאה הקטלנית?

הש' אנגלרד:

- המנוחה נפטרה מאובדן דם בשל הדקירות. הטיפול הרפואי לא מנע את המוות, אך גם לא תרם למותה של המנוחה, ואלמלא הובהלה לביה"ח המוות היה מתרחש בבית. משמעות הדבר היא כי מעשיו של המערער היו הגורם התכוף ואף היחיד למות המנוחה.

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

- נאשם החפץ להתגונן בטענת ניתוק קשר סיבתי בין מעשהו לתוצאה הפטאלית בשל טיפול רפואי לקוי, חייב להוכיח קיום 2 תנאים מצטברים:
  - (i) הטיפול הווה את העילה המיידית היחידה למוות.
  - (ii) הטיפול לקה בפגמים מקצועיים חמורים.
- הרשימה שבס' 309 אינה רשימה סגורה ואירועים שאינם תואמים את כללי ס' 309 ניתנים להיות מוכרעים עפ"י העקרונות הכלליים לקביעת קשר סיבתי.
- בעבירות תוצאה הדורשות מחשבה פלילית, היסוד הנפשי של הנאשם משלים את הדרישה לקשר סיבתי משפטי בין ההתנהגות לבין אותה תוצאה.

#### פס"ד בלקר:

העובדות: המערער השליך את אשתו מחלון דירתם לאחר שקודם ניסה להציתה ובעקבות זאת נגרם לה מוות מוחי. בכדי לנצל כליותיה להשתלמת איברים, חוברה למכשירים מלאכותיים, ע"מ לקיים נשימתה עד שתתקבל הסכמת קרוביה לכך. המכשירים נותקו כעבור 5 ימים.

השאלה המשפטית: האם מוות מוחי מהווה מוות במובן המשפטי? והאם ניתוק הקורבן ממכשירי החיאה ע"י הרופאים מהווים ניתוק קשר סיבתי בין המעשה לבין התוצאה הקטלנית?

#### הש' בייסקי:

- כאשר נקבע במבחנים רפואיים ועפ"י סטנדרטים מקובלים כי אדם סובל מהפסקה טוטאלית ובלתי חליפית של כל פעולות המוח, כולל גזע המוח (=מוות מוחי), זהו מוות במובן המשפטי.

#### הש' שטרסברג-כהן:

- הקשר הסיבתי בין מעשיו של המערער לבין המוות קיים ולא נותק, גם אלמלא היה נחשב מוות מוחי כמוות סופי, מכיוון שאין ספק כי החבלות שנגרמו היו כה אנושות שהיה בהן כדי להביא למוות המידי, אם לא הייתה מחוברת המנוחה לאמצעים מלאכותיים.
- השימוש במכונת הנשמה לא היה בגדר טיפול והניתוק ממנה לא היה בגדר הפסקת טיפול.

בעבירות של מחשבה פלילית ובעבירות שהן יותר ממחשבה פלילית (כוונה וכוונה תחילה), שאלת מבחן הצפיות מתיירת, מפני שאם היתה מחשבה פלילית ברור כי הנאשם צפה התוצאה. זה נבלע בתוך הוכחת המחשבה הפלילית (כפי שהיה בפס"ד חסיין). לכן, המקום המרכזי של מבחן הצפיות הוא בעבירות רשלנות, שבהן מסתפקים במינימום מודעות, ושם יש לבחון האם מי שביצע את העבירה היה מודע לאפשרות קרות התוצאות, ואם צריך היה לצפות את אפשרות קרות התוצאה.

#### עבירות התנהגותיות ועבירות תוצאתיות

עבירה תוצאתית – עבירה הדורשת בהגדרתה גם קיום בפועל של תוצאה כלשהי.

#### עבירה התנהגותית:

התנהגות – מעשה מסויים שאדם עשה בנסיבות מסוימות.

עבירה התנהגותית היא עבירה המורכבת ממעשה ו ו בלבד. רוב העבירות הן עבירות התנהגותיות. הרציונל: עונשים על מה שנעשה, לא על מה שקרה.



### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

ישנן עבירות התנהגותיות מסויימות בהן ניתן לטעות ולחשוב כי מדובר בעבירות תוצאתיות:

- עבירות התנהגותיות מסוג סיכון - עבירות בהן הנסיבות דורשות סיכון לתוצאה מסויימת. התוצאה עלולה לקרות. הסיכון קיים בהוות, הדבר אינו אומר בהכרח כי התוצאה תקרה. **זיהוי:** נמצא בעבירה מילים כגון העלולה לסכן/לפגוע/לגרום ל... וכד'.
- עבירות התנהגות מסוג מטרה - עבירות המתאפיינות במטרה (=יחס שאיפתי חיובי) לתוצאה שאיננה הכרחית ליסוד העובדתי. בעבירות מסוג זה הפער בין התנהגות שהביאה לתוצאה לבין העבירות שלא הביאו לתוצאה נסגר לחלוטין. **זיהוי:** נמצא בעבירה מילים כגון: במטרה ל... לשם... וכד'.

כל עוד אין דרישה ספציפית להתקיימות תוצאה ספציפית בפועל, כתנאי הכרחי לאחריות פלילית, היא נשארת עבירה התנהגותית ולא תוצאתית.

#### **פס"ד סוסצקין:**

העובדות: המערערת הכינה כרוזים בהם מופיע ציור חזיר שעל דמותו נכתב 'מוחמד' עוטה כפיה ודורך על ספר הקוראן. המערערת נכנסה לשטח המועצה הפלסטינית בחברון לבושה בחולצה שעליה סמלה של תנועת "כך" שהוכרזה כארגון טרור שם הודבקו הכרוזים על דלתות חנויות (לא הוכח כי על ידה). בגין מעשים אלה יוחסו לה בין היתר עבירות גזענות, נסיון לפגיעה ברגשי דת.

השאלה המשפטית: כיצד יש לנתח מבחינת יסוד עובדתי, את העבירות השונות שיוחסו למערערת? האם מדובר בעבירות התנהגותיות, או בעבירות תוצאתיות?

#### הש' אור:

- עבירת הפגיעה ברגשות הדת (=עבירת התנהגות מסוג סיכון) - הסי' אינו מציב דרישה לפגיעה בפועל, אלא דרישה להתנהגות, שיש בה פוטנציאל אובייקטיבי לפגיעה. לכן, מבחינת העבירה, אין מדובר ברכיב תוצאתי, מדובר בנסיבה, התוחמת את טיב ההתנהגות האסורה. בכך, אין בכך בכדי להפוך העבירה שהיא התנהגות, לעבירה תוצאתית.
- עבירת הגזענות (=עבירת התנהגות מסוג מטרה) - אין יסוד לטענה כאילו הוראת סי' 1ד144 קובעת עבירה תוצאתית. מדובר בהוראה כללית המחמירה בעונשן של עבירות שונות אם נעשו ממניע גזעני. הוראה זו נוגעת למישור היסוד הנפשי. אין קשר בינה ובין יסוד תוצאתי המצוי במישור היסוד העובדתי.

**6. היסוד הנפשי שבעבירה**

היסוד הנפשי בוחן את יחסו של מבצע הפעולה אל היסוד העובדתי שבעבירה. היסוד הנפשי הוא המבדיל את החוק הפלילי המודרני מהעתיק- בעבר ניתן היה להעניש על סמך פעולותיהם של אנשים בלבד, לעומת זאת כיום נדרשת בחינת יחסו של הנאשם לעבירה על מנת לקבוע את מידת האשמה. עקרון האשם מושתת על שני מרכיבים:

1. לא ניתן להסתפק ביסוד העובדתי, כלומר **אין עבירה ללא אשם**. קיימות שתי צורות של אשם: אשם סובייקטיבי (מחשבה פלילית) ואשם אובייקטיבי (רשלנות).
2. אין להטיל על אדם עונש העולה את מידת אשמתו.

**דרישת מחשבה 19.** אדם מבצע עבירה רק אם עשה במחשבה פלילית, זולת אם –

**פלילית (1)** נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

**(2)** העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.

**על פי סעיף 19 לחוק-** לכל עבירה יש לייחס יסוד נפשי מסוג של מחשבה פלילית מלבד עבירות רשלנות, אחריות קפידה או יסוד נפשי מיוחד (לדוגמא כוונה תחילה לעבירת הרצח- סעיף 301).

זיהוי המחשבה הפלילית הנדרשת:

1. אם בסעיף החוק לא מצוין היסוד הנפשי הנדרש (עבירה "שוקת"), או לחילופין מצוין ביטוי כמו **"מודעות"** "פזיזות" או **"כוונה"** – מדובר בעבירה הדורשת הוכחה של מחשבה פלילית.
2. אם מצוין כי מדובר בעבירת **רשלנות** – יש להוכיח יסוד נפשי של רשלנות.
3. עבירות של **אחריות קפידה** – אין צורך להוכיח יסוד נפשי.

**א) הגדרת המחשבה הפלילית**

**סעיף 20 א' לחוק מגדיר מהי מחשבה פלילית:**

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

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

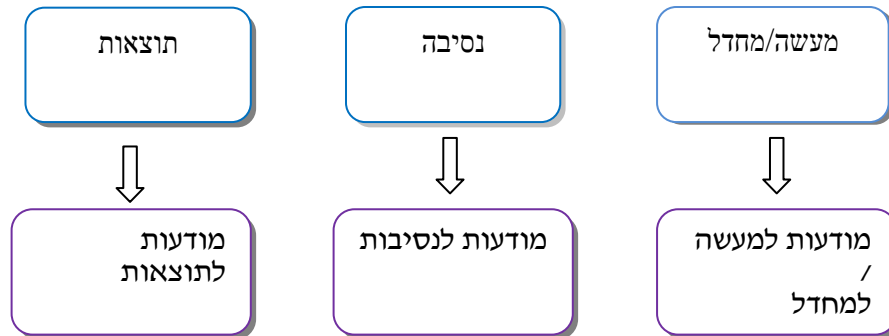
**(2)** פזיזות שבאחת מאלה:

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

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

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושיירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

היסוד הנפשי מורכב ממישור הכרתי (שכלתני) הנדרש בכל עבירות המחשבה הפלילית, ומישור חפצי (רגשי) הנדרש בעבירות תוצאה בלבד.



**סעיף 90א** הוא טלאי על גבי סעיף 20 לחוק העונשין והוא מגדיר כי בכל חיקוק שנחקק טרם תיקון 39, ושבו היסוד הנפשי שבעבירה בא לידי ביטוי במונח "זדון" או "מזיד" יהיה היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה- **מודעות** כאמור בסעיף 20 (א) רישה, ולעניין תוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה- **גם פזיזות**. בעבירה התנהגותית תידרש **מודעות**, בעבירה תוצאתית תידרש **פזיזות** מסוג של קלות דעת או אדישות.

#### **א) המישור הכרתי- מודעות**

התנאי הראשון להוכחתה של "מחשבה פלילית" היא מודעות לכל רכיביה העובדתיים של העבירה. דרישה זו רלוונטית לכל סוגי העברות- התנהגותיות, תוצאתיות ועבירות מטרחה. במרבית העבירות טרם תיקון 39 לא נעשה שימוש במונח **מודעות** ולכן בתיקון 39 נחקק סעיף 90א'. סעיף 90א(3) קובע כי בכל עבירה שהיסוד הנפשי בא לידי ביטוי במונח **ביודעין** או מונח בעל משמעות דומה- יש להוכיח מחשבה פלילית כאמור בסעיף 20(א).

בעבירות של מחשבה פלילית שנעברו על דרך המחדל אין די במודעות לכל רכיבי העבירה, אלא קיימת גם דרישה **למודעות לנתונים עובדתיים המצמיחים את החובה לפעול**. לדוגמא- בעבירת ההריגה על דרך המחדל כשאם לא סיפקה מזון לתינוקה. על האם להיות מודעת לכך שהיא אינה מאכילה את תינוקה, מודעות לכך שהוא תינוק ושהיא אימו. נתונים אלו מצמיחים את החובה לפעול- חובת העשה כמי שמוגדרת בסעיף 323 לחוק (חובת הורה או אחראי לקטין).

#### **תחליף למודעות- עצימת עיניים**

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

כשאדם "עוצם עיניים" כאשר מתעורר בו חשד, דהיינו, הוא מעדיף להתעלם מאותו חשד, רואים אותו כאילו הוא היה מודע, מתוך הקביעה כי "עצימת עיניים" מהווה תחליף למודעות.

סעיף 90א(4) קובע כי בכל חיקוק שבא לפני תיקון 39, ושבו היסוד הנפשי בא לידי ביטוי במונח- **יש לו יסוד להניח** או ביטוי בכל משמעות דומה- יתפרש המונח כאדם שחשד, כאמור בסעיף 20(ג)(1)

היסודות הנדרשים להתקיימותו של סעיף 20(ג)(1)

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

1. **חשד** - לשונו של החוק מצביעה לחשד סובייקטיבי. כלומר, צריך שיעלה חשד בדבר טיב ההתנהגות ואפשרות קיום הנסיבות אצל הנאשם. יחד עם זאת, ע"פ פרשנות הפסיקה, חשד מוסק גם על פי בחינה אובייקטיבית.
2. **רמת החשד** - לאחר תיקון 39 נדרש חשד ממשי ורציונאלי ואין להסתפק בחשד מופרך.  
**פס"ד ורשבסקי** - המערער היה בעל בית דפוס שמטרתו הייתה להפיץ פרסומים חברתיים שונים בעיקר של מידע שלא זכה לפרסום אחר. במסגרת עבודתו, נמסרה למערער חוברת בערבית מטעם החזית העממית לשחרור פלסטין. המערער לא בדק את תוכנה של המחברת והפיץ אותה. הדיון סבב סביב הוכחת המחשבה הפלילית אצל המערער. השופט **בייסקי** קבע כי "**החשד צריך להיות מעשה-רציונאלי ובדרגה גבוהה, אצל עושה המעשה עצמו, בהתחשב בגורמים הסובייקטיביים העשויים לעורר חשד אצלו**". מבחן ה"חשד הסביר" בוחן מהו החשד הרציונאלי שצריך להתעורר אצל עושה המעשה, ולא רק מהו החשד שעלול להתעורר אצל האדם הסביר. כלומר, כשהנסיבות מעלות חשד לגבי מצב דברים אסור, **שומה על הפרט לוודא את המצב לאשורו בטרם יבצע את המעשה**, ואין הוא יכול להישען על אי הידיעה הפורמאלית ולהסתתר מאחוריה, אפילו אם הוא מתקשה לערוך את הבירור.
3. **נמנע מלברר** - כאמור על פי הסעיף אין זה מספיק שלאדם יהיה חשד, אלא הוא יחשב כמודע אליו אם נמנע מלברר את החשד.  
קיומה של חובת בירור זה יוצרת שלושה מצבים:
  - א. **החושד אינו רוצה לברר את החשד** - מכאן שברירתו היחידה היא לא לבצע את המעשה.
  - ב. **החושד מברר את החשד ומגלה שהוא נכון** - אם יבצע פעולה יחשב כמי שהייתה לו מודעות.
  - ג. **החושד מברר את החשד ומגלה שהוא מופרך** - בין אם החשד לא היה אמיתי ובין אם טעה וחשב כי החשד מופרך לא ניתן לייחס לו מחשבה פלילית.
4. **חריג** - עצימת העיניים אינה חלה על עבירת אי מניעת פשע (סעיף 262 לחוק).  
בפס"ד **הר שפי** קבע כבוד השופט חשין כי דוקטרינת עצימת העיניים אינה חלה על עבירה זו ממס' סיבות:

1. זוהי עבירה בעלת אופי מיוחד.
2. קיים קושי בהסתפקות בחשד במצבים של מחדל (יש בכך הצבת חובת עשה כפולה – בירור ומניעה – המוטלת על הנאשם).
3. זוהי עבירה ספציפית, ו-"עצימת עיניים" נמצאת בחלק הכללי, וספציפי גובר על כללי.

היסוד "מי שידע" הוא העיקרי בעבירת אי מניעה פשע והפיכתו לחשד בלבד איננה סבירה. הטלת חובה בעניין זה על בסיס חשד בלבד יוצרת מצב חברתי בלתי אפשרי מכיוון ומחשבות של אנשים הן בראשם בלבד.

#### פס"ד הר שפי נ' מדינת ישראל

המערערת הורשעה באי מניעת פשע (על פי סעיף 262 לחוק) בעקבות אי מניעת רציחתו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל על ידי חברה של המערערת יגאל עמיר.  
בפס"ד זה בית המשפט קבע כי אמנם על פי סעיף 20 לחוק מודעות כוללת גם עצימת עיניים, אולם **אין להחיל זאת בעבירת אי מניעת פשע**. הדרישה מאדם, שרק חושד כי חברו עומד לבצע פשע, לברר את חשדו היא

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

מרחיקת לכת ואינה אפשרית. הוראת חוק 20 היא כללית, בעוד שסעיף 262 היא הוראת חוק מיוחדת הגוברת על ההוראה הכללית. כאמור, הוראת חוק ספציפית גוברת על הוראת חוק כללית. במקרה דנן, בית המשפט קבע כי הר שפי **ידעה** ולא רק **חשדה** בדבר כוונתו של יגאל עמיר לרצוח את יצחק רבין ז"ל, ולכן ערעורה נדחה והיא הורשעה בעבירה של אי מניעת פשע.

#### **(ב) המישור החפצי**

סעיף 20א קובע כי בעבירות תוצאתיות יש להוכיח במישור החפצי (רגשי) קיום של אחד משני המצבים הבאים:

(1) כוונה- במטרה לגרום לאותן תוצאות

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

(א) אדישות- בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות

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

**כוונה** = יחס שאיפתי חיובי לגרימת התוצאה. המבצע מודע לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה, והוא מעוניין שהתוצאות יקרו ופועל במטרה להגשימן

על פי סעיף 20א(2) לפזיזות שתי צורות:

(1) **אדישות**- כאשר מישהו מודע לתוצאה האפשרית מפעולותיו אבל לא אכפת לו, הוא אדיש למצב. זו דרגה יותר נמוכה מכוונה.

(2) **קלות דעת**- כאשר מישהו מודע לאפשרות שמעשיו יגרמו לתוצאה, אך לוקח סיכון בלתי סביר ומקווה שהתוצאה לא תקרה. יחס שאיפתי שלילי להתגשמות התוצאה. מבחן הסיכון הבלתי סביר הוא **אובייקטיבי**. בית המשפט יבחן כל התנהגות ויקבע האם הסיכון שנקח היה בלתי סביר.

• על מנת להוכיח יסוד נפשי בעבירות תוצאתיות אשר אינן מפרטות את היסוד הנפשי הדרוש בהן, יש להוכיח מודעות (שכלי) ואחד מרכיבי הפזיזות (רגשי)

• **פזיזות מול רשלנות**- פזיזות דורשת **מודעות סובייקטיבית** של המבצע, ויחס שאיפתי של אדישות או קלות דעת. רשלנות דורשת שהמבצע יהיה **לא מודע** לאותם רכיבים שהאדם הסביר יכול היה להיות מודע אליהם.

**בפס"ד ויניצקי** התקיים עימות פיזי בין המערער (בן 28) לבין המנוח (בן 67) על חניה בשטח ביתו של המנוח. במהלך הויכוח איים ויניצקי כי יכה את הזקן, ובהמשך מימש את איומו והנחית מכה ניצחת במצחו. מעצמת המכה נפל הזקן ופגע באספלט הכביש. בביה"ח הוא נפטר מעצמת פגיעותיו ומדימומים קשים. ויניצקי הועמד לדין והורשע בהריגה. בשל תיקון 39 שחוקק זמן קצר לפני כן, החליט ביהמ"ש להתייחס להשפעתו על היסוד הנפשי של עבירת ההריגה. נקבע, כי בהתאם ל-20א(א), ובשל העובדה שעבירת ההריגה היא עבירה שותקת, **היסוד הנפשי הנדרש הוא מודעות**. כמובן שנדרשת הגשמתה של תוצאת המוות, ולכן המודעות חלה גם לגבי התוצאה – מודעות לאפשרות גרימת התוצאה. **השוני נעוץ בכך שבעבר הדרישה היחידה הייתה למודעות לאפשרות הגרימה לנזק פיסי – ולא הייתה דרישה לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית – דהיינו, המוות**. במקרה דנן, לאור היותו של המערער אדם צעיר וחזק, ולאור האיום אשר ממחיש כי הוא היה מודע ליכולתו,

אין ספק כי מודעות זו התקיימה. גם הנסיבות, העדויות והראיות תומכות ללא עוררין במסקנה זו, המשמטה את הקרקע תחת גרסתו של ויניצקי. **לאחר תיקון 39, נדרש כעת להוכיח גם מישור חפצי של היסוד הנפשי – בענייננו, פיזיות.** הוכח, כי ויניצקי היה אדיש לאפשרות גרימת התוצאה – שעל המודעות לאפשרותה הצהיר עובר למכה שהנחית.

**בפס"ד דהן** המערער נהג ברכבו, עצר לפני פסי הרכבת והחל לגלוש באיטיות לכיוון המסילה. הוא עלה על הפסים מבלי לשים לב לרכבת המתקרבת אשר פגעה ברכב וכתוצאה מכך נהרג אחד מיושבי הרכב. המערער הורשע בהריגה. בית המשפט מפי **השופט לוי** קבע כי מחדלו של המערער נבע מכך שלא נתן דעתו לנעשה מצד ימין של פסי הרכבת אולם, קיומה של רשלנות לא מספיקה על מנת לבסס הרשעה בהריגה. ניתן להסיק, כי **לאור העובדה שהמערער עצר, הוא לא נהג בקלות ראש ביחס להודאה, ואף לא באדישות.** לכן, לא ניתן היה לייחס למערער את המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת הריגה. אך ניתן היה להרשיעו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

### **ג) כוונה תחילה**

הדרישה לכוונה תחילה מופיעה בעבירות הרצח בלבד ע"פ סעיף 300א(2). כוונת התחילה מוגדרת בסעיף 301, על פיו לכוונה תחילה שלוש דרישות. **הנשיא שמגר בפס"ד יחזקאל** קבע כי כל יסוד עומד על רגליו, וקיומו של האחד היעדרו של האחר- אינו משפיע על קיומו או היעדרו של היסוד האחר. **אבל היעדרו של אחד מיסודות אלו שולל את גיבושה של עבירת הרצח.** שלוש הדרישות של כוונת התחילה:

- 1. החלטה להמית** - להחלטה זו שני יסודות: **חזות או צפייה של התוצאה הקטלנית, ורצון או שאיפה להתגשמותה.** את קיומן של שני יסודות אלו יש להוכיח מבחינה סובייקטיבית. במקרים בהם לא ניתן להוכיח את הכוונה להמית מפיו של הנאשם, ניתן ללמוד זאת מנסיבות המקרה (**פס"ד עמיר**). הנחת הכוונה - לפיה מניחים כי אדם התכוון לתוצאות הנובעות באופן טבעי ממעשיו בהסתברות גבוהה. די לו בקיום של ספק סביר על מנת שהנחה זו תתבטל. הלכת הצפיות הפסוקה בנוגע לכוונה להמית- הסוגיה הושארה ב"צריך עיון" **בפס"ד עמיר**.
- 2. הכנה** - יסוד ההכנה צריך ללמד על אופייה של כוונת הקטילה כיוון ואם עשה הנאשם פעולה של הכנה משמע שחשב ושקל לפני שהחליט להרוג. (הנשיא שגמר **בפרשת שץ**) משמעות הביטוי רוקנה מתוכנה **בפס"ד ביטון** בו נקבע כי ההכנה צריכה להיות פיזית ולא רגשית. במקור, יסוד ההכנה היה אמור להעיד על ספונטאניות או היעדר ספונטאניות של העבריין ושל המעשה. יחד עם זאת, יסוד זה אינו תואם את המציאות. למשל **בפס"ד אזולאוס**- העבריין נשא על עצמו אקדח כדרך קבע, אך למרות זאת הרצח לא היה מתוכנן אלא ספונטאני.
- 3. היעדר קנטור** - נקרא גם "היעדר התגרות". זהו היסוד המרכזי של ה"כוונה תחילה" שכן עיקר ה"מעמסה" להבחנה בין כוונה "רגילה" לבין כוונת "תחילה" מוטל על שכמו של יסוד זה (**פס"ד ביטון**) נטל הוכחת רכיב זה הוא על התביעה. בית המשפט קבע כי הקנטור צריך לבוא מצדו של הקורבן, ולא מאדם שלישי. בנוסף, מעשה הרצח צריך להיות בתכוף למעשה הקנטור. לא מוגדר זמן מדויק, אלא תלוי בנסיבות.

רכיב זה מורכב משני מבחנים מצטברים :

(א) **מבחן סובייקטיבי** - הסכמה גורפת על כך שהוא הכרחי.

מבחן זה קובע **כי אין כוונה תחילה במקרה בו התנהגות המתגרה השפיעה על הנאשם עד לידי איבוד השליטה העצמית**, כך שהנאשם ביצע את המעשה הקטלני מבלי שחשב על התוצאות. **מבחן זה בודק האם נשלל שיקול דעתו של הנאשם ופעולתו הפכה לספונטאנית.**

(ב) **מבחן אובייקטיבי** - האם אדם מן היישוב, עשוי היה, במצבו של הנאשם, לאבד שליטה ולהגיב בדרך הקטלנית בה בחר הנאשם. **מבחן זה בוחן את התגובות הספונטניות של אדם הגורם למוות ושואל האדם אדם סביר, רגיל, ממוצע היה עלול להגיב כמוהו, אם התשובה חיובית אזי מתקיימת התגרות.**

ע"פ **פס"ד ביטון** אין אנשים סבירים שונים, קיים רק ישראלי מן היישוב אחד. בנוסף שלל פס"ד התחשבות בנסיבות חייו של הנאשם. בדרך זו של המבחן האובייקטיבי על אדם דמיוני בית המשפט קובע ומכתיב נורמות התנהגות על ידם הוא מעצב את דמותו ותגובתו של האדם הסביר בישראל. עצם ההתנהגות נבחנת בצורה אובייקטיבית - לא מחשבתו של הממית היא הקובעת האם התקיימה התגרות, אלא תפיסתה של שיטת המשפט את המושג "התגרות" היא הקובעת. **במחלוקת בין שני המבחנים ידו של המבחן האובייקטיבי על העליונה.**

#### **הלכת הצפיות** (ד)

##### **הלכת הצפיות החקוקה** (1)

**בעבירות תוצאתיות** כוונה יכולה להיות מוחלפת ע"י הלכת הצפיות ← **ידיעה ברמה גבוהה של הסתברות שקולה לכוונה**. כלומר **לא נדרש להוכיח מישור חפצי**. הלכת הצפיות מעוגנת ב-ס' 20(ב): **לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן**. דוגמא: **בפס"ד עמיר**, טען להגנתו יגאל עמיר כי לא רצה במותו של יצחק רבין ז"ל אלא בשיתוקו בלבד, אולם במישור השכלי ידע עמיר כי קיימת סבירות גבוהה ביותר שפעולותיו יובילו למוות, ולכן ע"פ סעיף 20ב' ראו בו כאילו הייתה לו כוונה לרצוח.

##### **הלכת הצפיות הפסוקה** (2)

השאלה הנשאלת בבתי המשפט היא האם הלכת הצפיות משמשת כתחליף לכוונה גם בעבירות התנהגותיות **מסוג מטרה** - עבירות שבהן נדרש יחס שאיפתי חיובי לקיום התוצאה גם אם לא התקיימה בפועל. **טרם תיקון 39 - בפס"ד בורוכוב**, זאב יפת, עיתונאי, פרסם כתבה בעיתון "הארץ" בו נטען כי לכאורה בורוכוב, בעל תפקיד מרכזי לשיווק ירקות, היה מעורב בשחיתות. בורוכוב הגישה קובלנה פלילית בגין הפרת סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. בית המשפט דן בשאלה האם ניתן להחיל את הלכת הצפיות על עבירה מסוג זה. אולם, משום שעל פי הגדרת החוק פרסום נחשב כלשון הרע אם הוא עלול... להשפיל... לבזות... לפגוע" הלכת הצפיות תחול תמיד ובכך יתבטל ההבדל בין הפליליות שבעבירת לשון הרע לבין עוול בלבד. לכן, המחוקק לא מחיל את הלכת הצפיות. כבוד השופט ברק הוסיף ואמר כי חופש הביטוי מתבטל במקום בו הכוונה והמטרה בפרסום

היא לפגוע, אך גם אם הפגיעה מסתברת ברמת וודאות גבוהה, לא קיים אותו אינטרס ציבורי המצדיק הטלת אחריות פלילית בנוסף לאחריות האזרחית. בנוסף ברק קבע יש לבדוק כל סעיף בחוק לגופו, ושאינן להחיל את הלכת הצפיות על כל העבירות. ואכן, בפס"ד זה, הלכת הצפיות לא חלה (הלכה זו גם חוזקה מאוחר יותר בפס"ד ביטון נ' סולטן). לעומת זאת, בפס"ד עג'מי בני הזוג היו בהליכי גירושין. על הבעל נאסרה הכניסה לביתה של אשתו, אשר הנכס ברשותה אך היו לו חשדות כי היא נואפת ומקיימת יחסי מין עם גברים אחרים. הבעל שכר חוקר אשר ללא רשות נכנס לבית וצילם את אשתו מקיימת יחסי מין עם גבר אחר- הוכחה שהבעל רצה על מנת להקל על הליכי הגט שלו. כשהגיע לבית המשפט טען, וגם האמינו לו, כי לא רצה להקניט את אשתו ולא הייתה לו כוונה לפגוע בה (להעליב, להקניט או להרגיז אותה) אך כשנשאל האם צפה שתוצאה זו תקרה בסבירות גבוהה תשובתו הייתה חיובית- הוא צפה כי עקב פעולתו אשתו תוקנט ולכן הורשע בעבירת הסגת גבול (סעיף 447 לחוק)

**לאחר תיקון 39-** הלכת הצפיות חלה על כל העבירות התוצאתיות על פי סעיף 20ב'. עדיין קיימת מחלוקת בבית המשפט לגבי החלתה על כלל העבירות (דעתו של מצא בפס"ד אלבה), לעומתו ברק דבק בעמדתו כי יש לבחון כל סעיף לגופו. המחלוקת עומדת בעינה ואין פסיקה גורפת להחלתה או אי החלתה של הלכת הצפיות על כלל העבירות, עד אשר המחוקק יקבע אחרת.

**פס"ד אלבה-** רב ומורה הלכה הורשעה בביהמ"ש המחוזי בפרסום הסתה לגזענות ע"פ סעיף 144ב(א) "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות". בערעור דן בית המשפט העליון בשאלה האם הלכת הצפיות חלה **רק על עבירות תוצאתיות, או שמא גם על עבירות מטרה.** השופט ברק סבור כי הלכת הצפיות אינה חלה על עבירות מטרה, ומשאיר בצריך עיון את השאלה האם הלכת הצפיות חלה על עבירה של הסתה לגזענות. עמדתו של ברק היא שביהמ"ש יעבור ויבחן כל עבירה בנפרד ויחליט על אילו מהן הלכת הצפיות תחול. בדיקה זו יכולה להתחדש מפעם לפעם אם לא השתנתה ההשקפה או המציאות. עמדתו של ברק היא המקובלת. **השופט מצא** סבור כי יש להחיל את הלכת הצפיות גם על עבירות מטרה, שכן היסוד הנפשי הנדרש בעבירות מטרה התנהגותיות אינו שונה מיסוד הנפשי הנדרש מעבירות תוצאתיות של כוונה. **השופט דורנר** עושה הבחנה בין שני סוגי עבירות מטרה. הראשונה היא כאשר השגת המטרה צומחת באופן טבעי מן ההתנהגות ולכן ניתן להחיל את הלכת הצפיות. השני, היא סיטואציה בה הגשמת המטרה תלויה בגורמים אחרים, ולא ניתן לצפות בדרגת וודאות שהיא שוות ערך לכוונה כי המטרה אכן תוגשם. על עבירות מסוג זה של "כוונה מיוחדת" אין להחיל את הלכת הצפיות.

#### **פס"ד ביטון נ' סולטן**

המערערים, עיתונאים ועורכים במקומונים שונים, הורשעו בבית המשפט המחוזי בעבירה על סעיף 6 לחוק אסור לשון הרע. ביהמ"ש העליון, בהרכב מורחב, דן בפירוש "כוונה לפגוע" שבחוק והחליט ברוב דעות כי אין מקום לסטות מן ההלכה שנקבעה בפס"ד בורוכוב, לפיה "כלל הצפיות" אינו חל בעבירות לשון הרע. דרישת "הכוונה לפגוע" אינה מכוונת ליסוד נפשי מסוג "כוונה" אשר קשור רק לעבירות תוצאתיות.

#### **תחולת הלכת הצפיות על עבירות רצח**

התעוררה שאלה חדשה: **תחולת הלכת הצפיות על עבירות רצח.** קיימות שתי אופציות פרשניות:

- (1) **20(ב) לא חל על 300(א)(2) שכן: כוונה ≠ כוונה תחילה** – המשמעות ש-ס' 301 יוצר הסדר ספציפי, ואילו 20(ב) הוא הסדר כללי – וכידוע, ספציפי גובר על כללי.
- (2) **20(ב) חל על 300(א)(2)** – שכן לשון הסעיף הינו לעניין כוונה, כאשר שאר התחליפים ב-20(ג) נקובים לעניין סעיף זה.



### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

בהצעה לתיקון עבירת הרצח, יש תוספת האומרת בפירושו, ש-ס' 20(ב) לא יחול על עבירת הרצח. שאלה זו אקוטית מאוד, שכן התשובה הראשונה מקלה מאוד על ההגנה, ואילו התשובה השנייה מקלה על התביעה. בפס"ד מ-1968 (אילו ואליאס) נקבע כי הלכת הצפיות אינה חלה על עבירת הרצח. לאחר תיקון 39 שאלה הזו התעוררה שוב בפס"ד עמיר בהערת אגב, ונותרה בצריך עיון. מאז היו פסקי-דין, שהשאלה התעוררה, אך נותרה תמיד בצריך-עיון. כיום, אין תשובה חד-משמעית.

#### סיכום: באילו מקרים הלכת הצפיות הפסוקה חלה?

דעות	סוג העבירה
הלכת הצפיות חלה תמיד	עבירות תוצאתיות
<p><b>ברק:</b> יש לבדוק כל סעיף עבירה לגופו. על עבירות מטרה הלכת הצפיות אינה חלה, עבירות הסתה לגזענות-משאיר בצ"ע.</p> <p><b>מצא:</b> יש להחיל את הלכת הצפיות גם על עבירות מטרה שכן היסוד הנפשי זהה בשתי סוגי העבירות.</p> <p><b>דורנר:</b> עושה הבחנה בין שני סוגים של עבירות מטרה:</p> <p>(1) כאשר השגת המטרה צומחת באופן טבעי מן ההתנהגות. במקרה זה יש להחיל את הלכת הצפיות</p> <p>(2) כאשר הגשמת המטרה תלויה בגורמים אחרים, ולא ניתן לצפות בדרגת וודאות שוות ערך לכוונה כי המטרה תוגשם. במקרה זה אין להחיל את הלכת הצפיות.</p> <p><b>א' ריבלין:</b> אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירות לשון הרע.</p> <p>דוגמאות: פס"ד בורוכוב- הלכת הצפיות לא חלה פס"ד ביטון נ' סולטן- הלכת הצפיות לא חלה פס"ד עגימי- הלכת הצפיות חלה</p>	עבירות מטרה
אין תשובה חד משמעית. הועלתה מס' פעמים, לדוגמא בפס"ד עמיר. הושארה תמיד בצ"ע.	עבירות רצח
<p><b>חשין:</b> יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירות ההתנהגות כשם שהיא חלה על עבירות התוצאה.</p> <p><b>מצא:</b> יש להחיל את הלכת הצפיות על כל עבירות ההתנהגות. אם הלכת הצפיות תיבדק בצורה פרטנית הדבר יפגע בעקרון החוקיות.</p>	עבירות ההתנהגות

**פסקי דין - המישור ההכרתי**

**ע"פ 538/89 ורשבסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (2) 870**

**עובדות:**

המעוררים הורשעו בעבירה של מתן שירותי הדפסה והחזקה של חומר השייך להתאחדות בלתי מותרת. עקב הדפסתה והחזקתה של חוברת הדרכה לפעילי החזית הממית שהינה "התאחדות בלתי חוקית". דעת הרוב בביהמ"ש המחוזי הייתה שידעת הנאשם אודות מהות חוברת ההדרכה וזהותם של העומדים מאחוריה הוכחה לפחות מכוח העיקרון של "עצימת עיניים". המעוררים טענו כי טעו או הוטעו ביחס למהותה של החוברת, ייעודה והעומדים מאחוריה, וטעות זו שוללת את המחשבה הפלילי. הערעור הוא כנגד ההרשעה והעונש.

**שאלה משפטית:** מהי משמעות המושג עצימת עיניים? מהי רמת החשד הדרושה כדי לענות על דרישת עצימת העיניים?

**הלכה: השופט בייסקי:**

עצימת עיניים או עיוורון מכוון הינם חריג לידיעה ממשית של רכיב הכוונה הפלילית, ודרך חלופית להוכחת הידיעה הממשית. מצב נפשי של עצימת עיניים כמוהו, בעיני החוק, כידיעה ממשית. **הוא נעוץ בהימנעות מלבחון ולבדוק מצב דברים, שלגביו עשוי להיות חשד כי אסור הוא. הוא מתקיים כאשר הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה, אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל ולא רצה לדעת, פן תתאשר העובדה ואז לא יוכל להכחיש לאחר מעשה שידע עליה. בנסיבות כאלה, ניתן כמעט לומר כי הנאשם באמת ידע. משמע כי עצימת העיניים מהווה תחליף לידיעה בפועל על קיומן של עובדה או של נסיבה שהן מיסודות העבירה, ודרך הוכחה זו מושרשת היטב בפסיקה עקבית מקום שמתקיימים התנאים המתאימים. כשהנסיבות מעלות חשד לגבי מצב דברים אסור, שומה על הפרט לוודא את המצב לאשורו בטרם יבצע את המעשה, ואין הוא יכול להישען על אי הידיעה הפורמאלית ולהסתתר מאחוריה, אפילו אם הוא מתקשה לערוך את הבירור עובר למעשה. **עצימת עיניים משמעותה, אי אכפתיות או התעלמות מאפשרות קרובה לוודאי, כי אדם נמצא בתחום הסיכון. החשד צריך להיות מעשי – רציונאלי ובדרגה גבוהה, בהתחשב בגורמים סובייקטיביים העשויים לעורר אצלו חשד. חשד סביר ע"י האדם הסביר, עשוי שלא למצות את כל הסיטואציות, משום שהחשיבות היא, מה הוא החשד הרציונאלי הצריך להיווצר אצל אדם מהישוב בנסיבות העניין. ייתכנו מקרים בהם האדם חייב להיות מודע לחשד ספציפי מעבר לאדם מהישוב. השאלה המכרעת היא האם האדם היה מודע לכך שבמעשהו הוא עלול ללכת לקראת ביצוע עבירה פלילית, ולא בירר את המצב לאשורו. הלכה למעשה, המערער קיבל להדפסה חומר שהובא ע"י מאן דהוא, בלי לטרוח ולבדוק את מהות החומר, תוכנו ומי עומד מאחוריו. לעצם הצורך בזהירות, המערערים היו מודעים, אלא שבפועל שום מנגנוני בקרה לא נקבעו, והיתה התעלמות מודעת מהצורך בכל בדיקה שהיא, בין ע"י המערער ובין ע"י העובדים. היתה עצימת עיניים מודעת, אם לא מעבר לכך.** הש' בייסקי דוחה את הטענה בדבר היעדר מחשבה על הסף. המערער לא הוטעה מאחר ולא טרח לבדוק ולכן מדובר ב"עצימת עיניים" מודעת מקום שקיים חשד, אך לא טעות. ערעור על הטענה בדבר השלמת העבירה נדחית. כל פעולה מבין הפעולות כגון הכנה, הדפסה וכו' אסורות כשלעצמן. העונש – המערערים טוענים שהעונש שניתן הוא חמור גם בבתי משפט צבאיים. אין למערער עבר פלילי, למרות שהוא כבר 20 שנה פועל "בקצה המפה הפוליטית". המקרה קרה לפני 3 שנים, ומאז לא עסק בפעילות זו. יש להתחשב בטענות – העונש יהיה 20 חודשי מאסר, מתוכם 8 חודשי מאסר בפועל ו- 12 חודשי מאסר על תנאי.**

**החלטה:** הערעור לגבי ההרשעה נדחה והערעור על העונש התקבל.

**ע"פ 3417/99 הר שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 735**

**עובדות:** המערערת הורשעה בבימ"ש השלום בעבירה של אי מניעת פשע, על כך שידעה שיגאל עמיר זומם לרצוח את ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל, אך לא פעלה למנוע את הרצח ולכן נגזר עליה העונש המרבי של שנתיים בפועל. המערערת ערערה למחוזי וערעורה נדחה, וכעת מערערת לביהמ"ש העליון (ערעור רשות) הן על ההרשעה והן על העונש.

**שאלה משפטית:** האם הרשעה בעבירת אי מניעת פשע דורשת מודעות אמיתית לכוונתו של מבצע הפשע העיקרי או שמא מספיק בשימוש עקרון "עצימת העיניים"?

**הלכה:** עבירת אי מניעת פשע היא עבירת מחדל- אדם היודע כי פלוני זומם לבצע פשע ומוטלת עליו החובה למנוע פשע זה, ואם לא ינקוט בכל האמצעים הסבירים למניעתו יחויב בפלילים. לרוב, די בדיווח לרשויות על מנת לעמוד בחובה במוטלת בחוק.

עבירות המחדל הן עבירות המענישות על אי קיום חובה שהחוק מטיל. עבירות אלה הן מעטות וייחודיות, וכל אחת מהן היא עבירה עצמאית. חובה העשה מחייבת טעם מיוחד, חזק במיוחד, התומך ומאשש את קיומן. זאת משום שעבירות אלה פוגעות בחופש הפרט יותר מאשר האיסור לעשות מעשה. מטעם זה, עבירות המחדל מעטות וענישה בגינן צריכה להיות בזהירות יתרה.

לכאורה, לאור סעיף 20 לחוק העונשין, המגדיר מחשבה פלילית, ניתן להסתפק בעצימת עיניים לצורך הוכחת היסוד הנפשי. דעתו של ביהמ"ש המחוזי לא נחה עם מסקנה זו ולכן סיווג את הידיעה על כוונת הפשע כחלק מהיסוד העובדתי של העבירה. אולם גישה זו אינה מקובלת על בית המשפט העליון. בדרך כלל, כמו במקרה זה, המודעות מהווה חלק מהיסוד הנפשי ולא העובדתי של העבירה.

לא ניתן לקבל את המסקנה לפיה בעבירת אי מניעת פשע ניתן להסתפק בחשד בלבד לזממו של מבצע העבירה. המסקנה הנדרשת היא כי הוראת סעיף 20 היא הוראה כללית של הדין ואילו סעיף 262 (אי מניעת פשע) מהווה הוראת דין ספציפית וייחודית, הדוחה מעליה את הגדרת סעיף 20. אופייה המיוחד של עבירת אי מניעת פשע מחייב את ביהמ"ש לנקוט בזהירות ולצמצם את הגדרת מושג הידיעה ל"ידיעה" בלבד, פשוטה כמשמעה.

רק במקרה בו אדם מתרשם ברצינות ועל יסוד ראיות של ממש כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע, נוכל לומר כי אותו אדם "יודע". לא נדרשת ידיעה על הפשע כהגדרתו המשפטית אלא ידיעה על הכוונה לבצע מעשה המנוגד באורח קיצוני לטובת הכלל והפרט. עם זאת, הדין דורש שהאדם ידע ויאמין כי כוונתו של מבצע הפשע רציניות על מנת ליצור את חובת הזהירות.

אדם לומד על כוונתו של אחר מתוך גילויים חיצוניים הנתפסים בחושי. לא ניתן לקבוע אמת מידה אחת ויחידה לשאלה מהם וכמה גילויים חיצוניים מתגבשים לידי "ידיעה" על כוונתו של האחר, ועל כן יש לאמץ את **המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר**. בית המשפט ישאל בכל מקרה ונסיבותיו, האם המידע שנצבר אצל פלוני על פי כללי ההיגיון והשכל הישר מוביל לגיבוש ידיעה.

מצבור ראיות שהוצגו בביהמ"ש, כמותן ואיכותן מובילות למסקנה כי המערערת ידעה והאמינה ברצינות כוונתו של עמיר לרצוח את ראש הממשלה. על אף ידיעה זו, לא פעלה על מנת למנוע את הרצח.

**החלטה-** הערעור נדחה.

**המישור החפצי**

**ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (2) 145**

**עובדות :** לבית המשפט העליון הוגש ערעור וערעור שכנגד בגין החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב. המערער הורשע בעבירת הריגה לפי סעיף 298 ונדון ל-15 חודשי מאסר בפועל וכן למאסר שנתיים על תנאי למשך שלוש שנים. המערער החנה את רכבו בחנייה פרטית ליד בנין מגוריו של המנוח יצחק יקותיאל. האחרון פנה אל המערער בדרישה להזיז את רכבו ולאחר שהמערער סרב, נוצר ריב בין השניים, במהלכו אמר המערער למנוח כי יכה אותו וישכיבו על הרצפה. במהלך הריב הגיע למקום שכן של המנוח, אשר העיר בקול רם לחברו של המערער שנכח עמו כי למנוח יש בעיות בלב. בלהט הריב דחף המנוח את המערער ובתגובה הכה המערער במכת אגרוף את המנוח במצחו. המנוח הופל ארצה, ועל פי עדות הפתולוג, כתוצאה ממכה זו נגרם למנוח שבר בעצם המצח, וראשו נחבל מהאספלט במגרש החניה עליו נפל. עקב אלה נגרמו למנוח דימומים קשים במוח, שמהם נפטר. בית המשפט המחוזי התרשם יותר מעדותו של השכן מאשר עדותיהם של המערער עצמו וחברו, לדבריהם המערער רק דחף את המנוח.

**שאלה משפטית :** האם קיימת מודעות לתוצאה הקטלנית?

**הלכה :** השופט אור מציין כי על פי העובדות האמורות לא עומד למערער סייג ההגנה העצמית (34"י) מפני שהוא צעיר באופן משמעותי מהמנוח, חזק יותר, לא היה לו כל קושי להדוף את המנוח בלי להזדקק למכה קטלנית. על כן אין לומר כי מכת האגרוף הייתה דרושה באופן מיידי כדי להדוף את התקיפה מעליו, כפי שמתבקש מהסייג הנדון. המכה חרגה בבירור מהסביר גם לצורך מניעת פגיעה במערער. אור מוסיף כי הדרישה בסעיף ההריגה (298) דורשת (בסוף הסעיף) צפייה מראש את אפשרות התפתחות הדברים. המערער השיג גבול, הבין שהרוחות מתלהטות, איים על המנוח, ולמרות כל אלה בחר להתעמת עמו, כך צפה שהוא עלול להגיע לעימות פיזי עם המנוח. הדיון המרכזי הוא סביב עבירת ההריגה שבה הורשע המערער, שבה נדרשת המחשבה הפלילית כתנאי לקיומה של העבירה ולהוכחת האשמה.

השופט אור מסביר כי עבירת ההריגה הינה עבירה תוצאתית, ולכן צריכה להתקיים מודעות לתוצאה, דהיינו תוצאה קטלנית, ולא די במודעות של פגיעה, גם אם חמורה, בקורבן. השופט אור מזכיר את העובדות לפיהן המערער אדם צעיר, גבוה וחזק, וכבר בחילופי הדברים בינו ובין המנוח איים עליו כי יוכל להשכיבו במכה – משמע, ידע והעריך את כוחו כמסוגל לעשות כן. כמו כן ניתן להניח כי שמע את צעקותיו של השכן לפיהן למנוח יש בעיות לב, וזאת על פי פסיקת בית המשפט המחוזי לפיה המערער היה בטווח הצעקות. השופט אור קובע כי בנסיבות הללו, ניתן היה להניח שהמנוח ייפגע במוחו לאחר המכה או שעלול ליפול ממנה, על כל קשת האפשרויות הקשורות בכך, לרבות התוצאה הקטלנית. תוצאה כזו הינה אפשרית ממכת אגרוף ונפילה כאשר הראש מוטח במשטח האספלט.

על פי סעיף 20 (המחשבה הפלילית) יש להוכיח כי התקיימה גם פזיזות מצדו, וזו הוכחה משום שהמערער היה ער לתוצאה של מכת אגרוף, ובכל זאת החליט להכותו. בכך הראה אדישות לתוצאה הצפויה מהמכה. בנוגע לערעור שכנגד, הסכים השופט אור כי העונש אשר הוטל על המערער הינו קל ומצדיק התערבות. השופט אור הטיל על המערער עונש של 30 חודשי מאסר בפועל (במקום 15 שפסק המחוזי), ואילו המאסר על תנאי נותר בעינו.

השופט אנגלרד הוסיף כי בהיבט המחשבה הפלילית אצל המערער התקיימה קלות דעת (דרגה פחותה של פזיזות)

**הכרעה** - דחיית הערעור על שני חלקיו.

**ע"פ 2569/00 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (2) 613**

**עובדות :** המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בהריגה, לאחר שעלה עם רכבו על פסי רכבת בזמן הגעת רכבת וכתוצאה מכך נהרג חברו אשר ישב במושב האחורי, בעוד המערער וחבר נוסף שישב במושב הקדמי נפצעו קשה.

על פי החלטת בית המשפט המחוזי, המערער עצר את רכבו כ-3.8 מטרים מקו מסילת הרכבת, במקום בו הופיע תמרור עצור (בעוד תמרור כזה צריך להיות כ-10 מטרים מקו המסילה), ומשום ששדה הראייה שלו היה מוגבל לכ-50 מטרים בלבד, גלש והמשיך בנסיעה. המערער אמר בעדותו כי ראה את הרכבת מגיעה רק כאשר כבר היה על הפסים.

בית המשפט המחוזי הניח כי המערער אכן עצר על יד תמרור העצור, וששדה הראייה שלו אכן היה מוגבל, אך לנוכח עדות שני מומחים (בוחר תנועה משטרתי מטעם התביעה ומהנדס מטעם ההגנה) לא הייתה מניעה שיבחין ברכבת המתקרבת אילו היה ממשיך מעט בנסיעה ועוצר לפני המפגש עם פסי הרכבת. בית המשפט הניח כי המערער אכן לא הבחין ברכבת, אך זה נבע כתוצאה ממחדל שבו לקתה נהיגתו. בית המשפט ראה בהתנהגותו פזיזה במובן של קלות דעת.

על כל אלה החליט בית המשפט המחוזי להרשיע את המערער בעבירת ההריגה וגזר עליו 10 חודשי מאסר בפועל, שנתיים מאסר על תנאי וכן נפסל המערער מלהחזיק רישיון נהיגה במשך 6 שנים. המערער טען בערעור :

(א) שאין להאשימו באשמת ההריגה.

(ב) שביצע את כל שהיה חייב בנסיבות.

(ג) מחדלי הרשות הממונה שלא הציבה תמרורים היוו הגורם לתאונה.

בנוגע לעונש, טען המערער כי בית המשפט המחוזי החמיר עמו.

**שאלה משפטית:** האם התרשלות חמורה מספיקה על מנת לבסס הרשעה בעבירת הריגה?

**הלכה :** בדיון בבית המשפט העליון הציג בא כוחו של המערער טענות לפיהן מחדלי של הרשות הממונה בדבר אי הצבת התמרורים הרלוונטים היו כה רבים, עד שרשלנותו של המערער, בהנחה שדרך נהיגתו לקתה בה, בטלה בשישים. בנוגע לדברים הללו אמר השופט לוי כי לאור עדותו של המערער, ידע כי במקום מסילת רכבת ואף ציית לתמרור עצור, ובעדותו כלל לא העלה את אי ידיעתו לגבי מסילת הרכבת או אי הבנתו את המקום בו הוא נמצא.

גם בנוגע לעניין שדה הראייה, מציין השופט לוי כי אין מחלוקת ממשית, ועל פי דעתם של שני העדים, יכול היה המערער להגדיל את שדה ראייתו בצורה משמעותית בהתקרבו מתמרור העצור לקו המסילה מרחק של כ-1.5-2 מטרים. השופט לוי מסביר את הדברים בכך **שמקורו של המחדל מצד המערער הינו שלא נתן דעתו לנעשה מימינו** (הצד ממנו הגיעה הרכבת).

השופט לוי מציין כי המשיבה הוכיחה שהמערער היה מודע לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ואף למודעות לתוצאות המעשה.

בנוגע להרשעתו של המערער בעבירת ההריגה (298), היה על המשיבה להוכיח קיום פזיזות בצורת אדישות או קלות דעת. השופט לוי מציין כי המחוקק מניח שהשכל הישר ידריך את הנהגים המבקשים למנוע נזק מעצמם ולנהוג אמצעי זהירות מוגברים במקום שתנאי הדרך מחייבים זאת. לעיתים, בחר המחוקק שלא להותיר זאת לשיקול דעתו של הנהג והכתיב כללי התנהגות במקרים מסויימים. על פי תקנות התעבורה, על נהג המתקרב

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

לפסי רכבת לעצור בראותו רכבת מתקרב, ובמקרה של תמרור עצור, עליו להסתכל לשני הכיוונים לאורך המסילה ולא להמשיך בנהיגה אלא לאחר שנוכח שאין רכבת מתקרבת. לאור שאינו מילא אחר הוראות אלה, ניתן להגדיר את הנהג כמי שלקח על עצמו סיכון להתרחשות תאונה. אם היה הנהג מנסה להקדים את הרכבת בטענה כי יספיק לחצות את פסי הרכבת לפני הגעתה, אזי ניתן היה לקבוע כי התקיים יסוד הפזיזות בדרך של קלות דעת. אך בית המשפט המחוזי קבע כי המערער אכן עצר בתמרור העצור והחל בגלישה לעבר המסילה. **התנהגות זו אמנם אינה ממלאת אחר התקנות במלואה, אך עדיין ניתן לומר כי לא נהג בקלות דעת ביחס לתוצאה ולא התייחס אליה באדישות, שהרי אם כן – כלל לא היה טורח לעצור.** בהחלטתו קובע השופט לוי כי לא ניתן להוכיח את המחשבה הפלילית הנדרשת בהרשעת אדם בעבירת ההריגה, אך ניתן להרשיעו בגרימת מוות ברשלנות (סעיף 304).

בהחלטתם, קבעו השופטים כי הם מקבלים את הערעור ופסקו כי המערער יורשע בעבירת גרימת מוות ברשלנות (304). על כן הקלו בעונשו וגזרו עליו 6 חודשי מאסר, שיוכלו, בהינתן חוות דעת מתאימה, להפוך לעבודות שירות.

**החלטה** - קבלת הערעור על הכרעת הדין, זיכוי המערער מעבירת ההריגה לעבירה של גרימת מוות ברשלנות. כמו-כן, בהתאם לשינוי סעיף האשמה משתנה העונש בהתאם.

#### כוונה תחילה

#### ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל

**העובדות:** אזואלוס רצח את אשתו והשכן, מאהבה, כאשר אלה התנשקו לידו, זאת לאחר שקודם לכן הבין כי השניים נאהבים. בפעם הראשונה איים אזואלוס על השכן אך שלט בעצמו, אולם בפעם השנייה הופתע מראות אשתו מתנשקת עם השכן והודאה רשמית מפי השכן כי זוהי האמת, משכך ירה המערער בשניהם **השאלה המשפטית** - האם אדם שירה למוות באשתו ובשכנו יכול להיזקק להגנת הקנטור ולשאת באחריות פלילית בגין הריגה, או שמא אין הוא יכול להיזקק להגנה זו, ולפיכך עליו לשאת באחריות פלילית בגין רצח? **ההלכה: ברק:** למרות הביקורת על ההחלה של מבחן האובייקטיביות בשאלת הקנטור, אין זה המקרה להתעלם ממנה, שכן במקרה זה חלו הן המבחן האובייקטיבי והן הסובייקטיבי והוכח קיומו של קנטור. התקיים **המבחן הסובייקטיבי של הקנטור**, דהיינו, שהוא איבד שליטה בעצמו, וכוונת הקטילה שלו הייתה **ספונטאנית וללא יישוב הדעת**. הוכחה לכך היא השתלשלות האירועים: בהיתקלות הראשונה לא הייתה פעילות אלימה, רק במפגש השני בו התגרה השכן והאמת חדרה לתודעתו של המערער פעל מיידית ללא יישוב דעת ושליטה = מבחן סובייקטיבי.

התקיים גם **המבחן האובייקטיבי של הקנטור**, דהיינו, שמדובר בצירוף נסיבות שהוא "כה קשה, עד כי אדם מן היישוב בישראל היה מתקשה שלא להיכנע להשפעתן, והיה עלול להגיב בצורה הקטלנית שבה הגיב הנאשם." "דמו של הישראלי המצוי ודמה של הישראלית המצויה עלול לרתוח, כאשר הוא רואה את בת הזוג או את בן הזוג בבגידה, וכאשר מעשה הבגידה מכוון כל כולו ללמוד על מעשה הבגידה,". בקביעה זו הפעיל השופט ברק **שכל-ישר נורמטיבי**.

**התוצאה:** הערעור מתקבל בפה מלא ע"י כל שלושת השופטים והמערער זוכה מאישום הרצח ומורשע בהריגה בלבד.

**ע"פ 3126196 יגאל עמיר נ' מדינת ישראל פ"ד נ (3) 638**

**עובדות:** ביהמ"ש גזר על המערער מאסר עולם ומאסר מצטבר של עוד 6 שנים בגין הרשתו בפציעה בנסיבות מחמירות של מאבטחו של ראש הממשלה. המערער טוען כי לא הוכח במידה הדרושה כי היריות שנורו מאקדחו הן אלו אשר פגעו בראש הממשלה ובמאבטחו. זאת בשל "אי התאמות" כביכול בין טווח הירייה המשוער לבין ממצאי בדיקות המעבדה. כמו כן, טענה נוספת היא כי לא הוכחו, כנדרש, כי הקליעים שהוצאו מגופו של ראש הממשלה אכן נורו מאקדחו של המערער. טענה שלישית היא כי לא הייתה כוונה להמית וללא כוונה זה המערער לא עבר את סעיף 300 לחוק העונשין- רצח, אף אם הוכחו אי אכפתיות או אדישות לאפשרות מותו של המנוח. המערער טוען כי כוונתו הייתה לשתק את המנוח ולא להמיתו.

**השאלה המשפטית:** האם התקיימה החלטה להמית?

**הלכה:** מדובר ביסוד נפשי שבתוכו גלומים הבנה מראש של אפשרות התרחשות התוצאה הקטלנית ורצונו של הנאשם בתוצאה זו:

1. הנאשם הגיע לזירה חמוש באקדח.
2. ארב לקורבנו.
3. המתין לקורבנו.
4. טווח הירי היה קצר.
5. הנאשם לא הרפה והמשיך לירות גם לאחר שהמנוח נפל לרצפה.

כל המבחנים להלן התקיימו, ומכאן התביעה הוכיחה מעל לכל ספק סביר כוונה תחילה:

1. החלטה להמית
2. הכנה
3. היעדר קנטור

החלטה להמית- שילוב של חזות וצפייה של התוצאה הקטלנית ורצון להתגשמותה. "הילכת הצפיות"- כאשר אדם לא נהג מתוך כוונה אך היה מודע כי קיימת סבירות גבוהה שהתנהגותו עשויה להוביל לאותן תוצאות, זהו תחליף לכוונה. ההבדל בין הנחת הכוונה לבין הלכה צפיות: הנחת כוונה- לא מדובר בתהליך כוונה מדובר בחזקה ראייתית לפיה ניתן להניח כי אדם מודע לתוצאות הנובעות באופן טבעי ובהסתברות גבוהה ממעשיו. זוהי חזקה עובדתית המתבססת על ניסיון החיים וככזו היא ניתנת לסתירה על ידי ראיות אחרות. **תוצאה-** הערער נדחה

**דנ"פ 04/1042 ביטון נ' מ"י**

**רקע:** ביהמ"ש המחוזי מצא את העותר אשם בעבירת רצח והגיע למסקנה כי התקיימו יסודות הכוונה תחילה האמורים. נקבע כי יסודות ה"החלטה להמית" וה"הכנה, התקיימו גם הם. באשר ליסוד השלישי- העדר קנטור נקבע כי המבין הסובייקטיבי מתקיים אך לא המבחן האובייקטיבי ולכן ביהמ"ש פסק כי התקיים יסוד העדר הקנטור והעותר הורשע ברצח ונידון למאסר עולם, ובעקבות כך הערעור.

**השאלה המשפטית:** האם בקביעות התקיימותו של רכיב היעדר הקנטור כאחד ממרכיבי יסוד הכוונה תחילה בעבירת רצח יש הצדקה להזדקק גם למבחן האובייקטיבי?

**הלכה: (ברק)**

המבחן האובייקטיבי- האם הקנטור, שהופנה כלפי המערער, היה כה רציני עד שיש להסיק כי רוב האנשים במדינה היו מתקשים מאד שלא להיכנס להשפעתו ולפיכך היה עלולים להגיב בצורה הקטלנית? מחשבה פלילית: יסוד נפשי אשר נדרש בעבירת ההריגה. מודעות למעשה או למחדל האסורים אשר מהווים את העבירה ולאפשרות גרימת מותו של אדם תוך כוונה, פיזיות או בקלות דעת כלומר בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת מותו של אדם.

**כוונה תחילה-** הגדרה זו מבוססת על שלושה יסודות מצטברים: ההחלטה להמית

**היעדר התגרות**

כל יסוד עומד בפני עצמו באופן עצמאי. היעדרו של אחד, קיומו של אחר אינו משפיע על קיומו או היעדרו של יסוד אחר. אבל היעדרו של אחד מיסודות אלו שולל את גיבושה של עבירת הרצח.

1. **החלטה להמית-** חזות מראש של התוצאה הקטלנית והרצון שהיא תתקיים.
2. **הכנה-** מבחן הבחון האם הנאשם החליט להרוג מתוך שליטה ויישוב דעת. האם עשה איזושהי פעולה קודמת להכנת הרצח, משמע חשב ושקל לפני שהחליט להרוג. גישתו של **אגרנט-** יסוד פיזי טהור (אמצעים פיזיים בלבד) גישתו של **פלר-** מישור מנטלי ונפשי. אדם "הכין" עצמו מבחינה נפשית ושכלית לקראת קבלת ההחלטה.
3. **היעדר התגרות-** היסוד המרכזי של הכוונה תחילה כיון שעיקר המעמסה בהבחנה בין כוונה רגילה לבים כוונה תחילה מוטל על יסוד זה. מבחן סובייקטיבי: מוסכם על כולם שזהו הכרח.



מבחן זה קובע כי אין כוונה תחילה במקרה בו התנהגות המתגרה השפיעה על הנאשם עד לידי איבוד השליטה העצמית, ביצוע המעשה ללא מחשבה על התוצאה הקטלנית מתייחס למצב הנפשי בו אדם היה שרוע באותה של ביצוע העבירה.

קיומה של התגרות מצביע על מצב שבסמוך ובהשפעתה של ההתגרות התגבשה הכוונת קטילה כתגובה ספונטנית רגעית ללא שליטה עצמית וקור רוח.

מבחן אובייקטיבי: בוחר את התגובות הספונטניות של אדם הגורם למוות ושואל האדם אדם סביר, רגיל, ממוצע היה עלול להגיב כמוהו, אם התשובה חיובית אזי מתקיימת התגרות. תכונותיו של האדם (גזע, דת, מין, לאום, אופי וכ"ו...) אינן נלקחות בחשבון. במחלוקת בין שני המבחנים ידו של המבחן האובייקטיבי על העליונה.

בדרך זו של המבחן האובייקטיבי על אדם דמיוני בית המשפט קובע ומכתיב נורמות התנהגות על ידם הוא מעצב את דמותו ותגובתו של האדם הסביר בישראל.

המבחן מבוסס על תפיסה ערכית באשר לרצוי וראוי בחברה הישראלית.

עצם ההתנהגות נבחנת בצורה אובייקטיבית- לא מחשבתו של הממית היא הקובעת האם התקיימה התגרות אלא תפיסתה של שיטת המשפט את המושג "התגרות" היא הקובעת.

**הכרעה**- הערעור נדחה.

**הלכת הצפיות**

**ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205**

**העובדות:**

בעקבות פרסום כתבות בעיתון הגיש המערער, בורוכוב, קובלנה פרטית בגין הפרת סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. בבית"ש השלום זוכה המשיב (יפת) ובמחוזי נדחה גם כן ערעורו של המערער, כי לא הוכחה "כוונה לפגוע" במערער (חזות מראש והרצון לגרום לתוצאה האסורה). בערעור ברשות גורס המערער, כי בנסיבות העניין הוכח היסוד הנפשי של המשיב ויש מקום להפעלת החזקה, כי אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו - "הנחת כוונה". לחלופין מבקש הוא להיזקק להלכת "הצפיות", לפיה צפיית התרחשות התוצאה בהסתברות גבוהה שקולה כנגד הכוונה, שזו תתרחש. בא כוחו של המשיב טוען שלא הייתה "כוונה לפגוע" ואילו המשיב רק מילא את תפקידו כעיתונאי.

**השאלה משפטית:** האם התרחשה "כוונה" לפגוע עפ"י חוק איסור לשון הרע?

ומהו הגבול בין "לשון הרע" לבין הזכות לחופש ביטוי?

**הלכה:**

**גולדברג: הנחת כוונה**- על פיו, חזקה על אדם כי התכוון לתוצאות הטבעיות של התנהגותו. כמו כן, יש מקום, לטענת בא כוח המערער, כי ניתן להיזקק לתחליף לכוונה הפלילית אשר מכונה "הלכת הצפיות." על פיה, צפיית התרחשות התוצאה בהסתברות גבוהה שווה כנגד כוונה כי התוצאה תתרחש. השופט גולדברג שולל את תחולת הלכת הצפיות. אין כוונה מצד המשיב לפגוע במערער, אלא מילא את תפקידו כעיתונאי בלבד. כלומר, אין יסוד נפשי להתגבשות העבירה.

**השופט גולדברג** עושה הבחנה בין "מניע" ל"כוונה". **כוונה**- שאיפה להשגת המטרה ע"י עשיית המעשה. **מניע**- הסיבה שהביאה את החופץ לחפץ באותה תוצאה. לעניין "הלכת הצפיות" גולדברג **שולל את תחולתה במקרה זה** וטוען יש הבחנה בין מודעות המפרסם לכך שהפרסום רק עלול לפגוע לבין צפייתו בהסתברות גבוהה את התרחשותה של הפגיעה.

השופט גולדברג דוחה את הערעור בטענה כי המשיב לא ביקש בפרסומו לפגוע במערער, אלא למלא את תפקידו כעיתונאי ולכן לא הוכח היסוד הנפשי. בנוסף הוא מחייב את המערער לשלם הוצאות משפט למשיב.

**ברק-** סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע קובע, כי לשם קיום העבירה יש צורך ב"כוונה". למונח "כוונה" מספר פרשנויות: (1) ראיית הנולד של התרחשות התוצאה והרצון להשיג (מזימה ישירה). (2) הסתברות קרובה לודאי כי התוצאה תושג (מזימה עקיפה). במישור הלשוני ניתן לפרש את הביטוי "כוונה" לעניין תוצאה החל לא רק על תוצאות שהעושה חפץ בהתרחשותן, אלא גם על תוצאות שלא קיים רצון בהתרחשותן אך קיימת מודעות להסתברות הקרובה לודאי כי הן תתרחשנה, זוהי "גישה פרשנית", יש לאמץ את המשמעות המתאימה, המגשימה את מטרת החקיקה, כאשר מטרת החקיקה אינה ברורה דייה, ולכן יש לפנות אל העקרונות הכלליים (היגיון, צדק, מוסר וכו') שהיוו את המטרה החקיקתית אותה ביקש המחוקק להגשים.

**במקרה שלפנינו יש להביא בחשבון 4 עקרונות יסוד:** אשר לפיהם יש לפרש את ס' 6 לחוק. הזכות לשם הטוב של האדם הנפגע, חופש הביטוי של הפוגע, חופש אישי של הפוגע ושלומו הציבור. במקרה זה המטרה החקיקתית היא אינטרס ציבורי (מצד אחד נתינת חופש ביטוי וחופש אישי ומצד שני הכרה ראויה לשמו הטוב של האדם). לכן יש לפרש "בכוונה לפגוע" כמשתרע על הרצון/המטרה/המניע לפגוע באחר, תוך שלילת פגיעה שאינה רצונית, אך המסתברת במידת וודאות רבה.

המערער לא הוכיח כי המשיב פרסם את הכתבה מתוך רצון/מטרה/מניע לפגוע במערער ולכן אין להטיל עליו אחריות פלילית בגין לשון הרע.

**החלטה:** הערער נדחה ברוב דעות.

#### **ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל**

**עובדות:** הרב עידו אלבה כתב מאמר והפיץ אותו בין תלמידיו. באותו מאמר תיאר את עמדת ההלכה היהודית כפי שהוא מבין אותה לגבי יחס לגויים, ובעיקר שאלת המעמד של הריגתם. הוא כתב (בהסתמך על מקורות מן המשפט העברי) כי יש מקרים מסוימים בהם יש חובה להרוג את אלה שאינם יהודים.

כתב האישום שהוגש נגד המערער מנה חמישה אישומים שהראשון ביניהם הוא בהסתה לגזענות על פי עבירה 144 ב (א)

**השאלה המשפטית:** מהו המעשה הנדרש על מנת שיתקיים היסוד העובדתי ב"המפרסם דבר"?

#### **הלכה:**

**השופט מצא: (דעת רוב):** מתחבט בדילמה הבאה: העבירה נגזרת ממעשה שהוא עצמו אינו עבירה. יש כאן הסתה לגזענות שהיא עבירה, בעוד הגזענות עצמה אינה עבירה. השופט מצא מסביר כי המחוקק הגיע למסקנה שאינו רוצה להפוך את ההתנהגויות הגזעניות לעבירה החוק אוסר רק פרסום שנעשה במטרה להסית לגזענות. לדעתו של מצא, לא מדובר בעבירה תוצאתית כיוון ואין דרישה לגזענות כתוצאה מן ההסתה. האם זאת עבירת סיכון? המעשה שבעבירה נראה מוגדר ופשוט והוא פרסום. האם בביטוי "דבר" (שמבחינה אנליטית נראה כמו הנסיבה) כולל בתוכו יסוד של סיכון. בתוך רכיב המעשה מסתתרים רכיבים עובדתיים. לא כל השמעה של מילים היא פרסום. המחוקק דורש נסיבות מסוימות: השמעה של מילים במקום ציבורי. אם מדובר בדיבור בבית פרטי השאלה אם שומעים בחוץ את המילים לא נבחנת בתוצאה, אם שמעו בפועל, אלא בסיכון, ביכולת לשמוע את המילים. בהגדרה רחבה יותר המעשה הוא פרסום. אם נשאלת השאלה באיזה נסיבות צריך לעשות את הפרסום כדי שתתרחש העבירה 144 (ב) התשובה, על פי השופט מצא היא **כל דבר**, אפילו הכי תמים, הוא "דבר" על פי סעיף 144 (ב). זאת לא עבירה של סיכון. אין הדבר צריך לכלול תוכן גזעני על מנת למלא את היסוד העובדתי. עבירה זו נשענת על היסוד הנפשי. היסוד העובדתי תלוי בקיומה של כוונה/מטרה להסית לגזענות ותוכן הפרסום אינו רלוונטי.

דומה למאורעות בפס"ד בורוכוב נ' יפת. כאשר נשאלה השאלה האם גם כאשר הנאשם לא רצה בתוצאה חלה עליו העבירה. השופט מצא אומר שלפי סעיף 20 (ב) גם אדם שצפה שהאפשרות שבתוצאה תקרה, כמוהו כמי שרצה את התוצאה וכיוון אליה.

**השופט ברק: (דעת רוב)**

"הדבר שפורסם", על פי מובנו לשומע, צריך לבטא הסתה לגזענות. אין להסתפק במטרה להסית לגזענות, אם הטקסט עצמו, על פי פירושו התכליתי על רקע הקשרו, אינו מסית לגזענות. הטלת אחריות פלילית בגין פרסום הסתה לגזענות היא מעבר למידה הדרושה (סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו), כאשר הפרסום הוא תמים לחלוטין וההסתה לגזענות היא רק במחשבתו של המפרסם. במצב דברים זה, אין חברה דמוקרטית מענישה על ביטוי גזעני. כל ביטוי, לרבות הביטוי הגזעני, נכלל במהותו הפנימית של חופש הביטוי. "חופש הביטוי כולל בחובו, מבחינתו "הפנימית" גם את החופש של הביטוי הגזעני". הטלת אחריות פלילית על דיבור שעל פי מובנו לשומע אינו מעביר כל מסר גזעני, רק משום שבמחשבתו של הדובר התגבשה מטרה להסית לגזענות, פוגעת בחופש הביטוי של הדובר מעבר למידה הדרושה. יש לפרש את הדיבור "דבר" בסעיף 144ב(א) לחוק העונשין, באופן שיאזן בצורה ראויה בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי. איזון זה מופר אם כל דבר - יהא תמים ככל שיהא - נופל לגדר האיסור ובלבד שהוא מלווה במטרה להסית לגזענות.

**השופט גולדברג: (דעת רוב)**

לא רואה מקום למסקנה כי אדם שפרסם טקסט אשר לכל הדעות הוא תמים ואין בו אף לא אבק גזענות, יורשע בדין בעבירה לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין, רק משום שמטרתו בפרסום הייתה להסית לגזענות. על מנת להרשיע בעבירה לפי סעיף 144 ב(א) נדרש גם ביטוי חיצוני שנועד להגשים את המטרה להסית לגזענות, הוא פרסום ה"דבר". ביטוי חיצוני זה לא די בו שיתקיים מן הבחינה הטכנית בלבד. צריך שתהא בו גם משמעות תוכנית כלשהי הקשורה לגזענות, ולו בדרך רמז או דרש, שבלעדיה לא קיימת סכנה, אף לא מינימלית, לציבור. אין העבירה של "איסור פרסום הסתה לגזענות" כוללת בין מרכיביה העובדתיים רכיב תוצאתי של הסתה לגזענות, ואף לא תוצאה פוטנציאלית. יסודותיה העובדתיים של העבירה מתמצים אך ברכיב התנהגותי (פרסום) וברכיב נסיבתי, שהינו אובייקט הפרסום ("דבר"). איזון האינטרסים במקרה בו הפרסום חף מגזענות, נוטה לטובת העדפתם הן של חופש הביטוי, הזכות לשם טוב והן של החופש מפני סנקציה פלילית. הסתמכות על סעיף 34כא לחוק העונשין בנקיטה בגישת הפרשנות התכליתית- כאשר ניתן דיד לפירושים אחדים יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית.

**החלטה:** זיכוי המערער מן האישומים בעבירות של הסתה לגזענות ושל עידוד למעשה אלימות.

**רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטון, פ"ד נט (6), 554**

**עובדות:** הפס"ד עוסק בשני ערעורים בגין תביעות בנושא לשון הרע.

**המקרה הראשון** – המערערים הורשעו בבית משפט השלום בעבירות לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, האוסר על פרסום בכוונה לפגוע. העותרים הינם עיתונאי ועורך העיתון, אשר פרסמו כתבה כנגד גנת בעיר אשדוד, אשר לדבריהם ביצעה מעשים לא ראויים בילדים (טיפול כינים ארכאי ופגיעה בילדים). הערעור לבית המשפט המחוזי נדחה והוגשה בקשת ערעור לבית המשפט העליון – שהתקבלה.

**המקרה השני** – המערער, עורך עיתון בעיר בית שמש. המשיב, עורך עיתון אחר בבית שמש. ערעורו של המערער ניסב על פרסום מצדו של המשיב לגבי התנהלותו של המערער, בזמן מערכת הבחירות בבית שמש, בה סיקר בצורה שלילית את ראשות המועצה המכהנת. בבחירות המדוברות נבחר המערער למועצה, ותוך כדי פעילותו שם, טוען כי המשיב הכפיש אותו השכם וערב. בימ"ש השלום זיכה את המשיב מהאישומים, בהימ"ש המחוזי החזיר התיק לבית משפט השלום לאור ראייתו כי כל הכתבות פוגעות ומטרתם הייתה לפגוע ולהשפיל את

המערער. בימ"ש השלום דחה בשנית את הבקשה והמשיב זוכה בשנית. המערער ערער שוב לביהמ"ש המחוזי, וזה קיבל את החלטת בית משפט השלום בנסיבות הקיימות ומשלא הוכחה כוונת המשיב לפגוע. המערער פנה לבית המשפט העליון לבקשת ערעור ברשות – וזו התקבלה.

**שאלה משפטית:** האם זו העת לסטות מן ההלכה שניתנה בפס"ד בורוכוב ולהורות שכיום יש מקום לתחולת כלל הצפיות על העבירה שבסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע? באם נענתה הראשונה בשלילה, האם די בקיומו של פרסום בעל תוכן פוגעני כדי להביא למסקנה, ברמת ההוכחה הנדרשת, שנתקיימה במפרסם כוונה לפגוע?  
**הלכה:** בראשית דבריו אומר השופט ברק כי הדיון יעסוק בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, הקובע אחריות פלילית בגין לשון הרע אם הפרסום נעשה "בכוונה לפגוע".

"הכוונה לפגוע" בגינה ניסוב הדיון, אינה אותה הכוונה המוגדרת בסעיף 1א20 לחוק העונשין, שכן אין מדובר כאן בעבירה תוצאתית. מדובר כיום בסעיף 2א90 לחוק העונשין, ושם נכתב כי הכוונה לפגוע הינה דרישה לקיומו של יסוד נפשי מיוחד אצל העושה בעת ההתנהגות האסורה. המפרסם לשון הרע בלי שהתכוון לכך, לא יהיה אחראי לפלילים אך ניתן יהיה להרשיעו בגין עוולה אזרחית.

**הלכת הצפיות** – היסוד הנפשי של כוונה מתקיים בעושה אף אם זה לא רצה להשיג תוצאה כלשהי בהתנהגותו, אך נתקיימה אצלו צפייה ברמת הסתברות גבוהה כי התוצאה אכן תושג מהתנהגותו. נקבע כי אין להחיל את כלל הצפיות באופן גורף ואוטומטי על כל עבירות המטרה, ויש לבדוק התאמתו לכל עבירה בנפרד. בעניין זה נמתחה ביקורת על פרשנות בית המשפט.

ברק מציין כי בתיקון 39 לחוק העונשין, מצא לנכון המחוקק לעגן בחוק את כלל הצפיות בכל העבירות התוצאתיות, אך לא עשה כן בנוגע לעבירות ההתנהגותיות בעלות היסוד הנפשי של מטרה או מניע. אף בסעיף 2א90 נמנע המחוקק מלהורות כי כלל הצפיות יחול על עבירות ההתנהגות בתחולה כללית. בפרשו זאת מציין ברק כי ייתכן וקבע כך המחוקק על מנת לבטא עמדה עקרונית כי ראוי להחמיר בהיקף האחריות הפלילית כאשר לכוונה להשיג תוצאה שלילית מצטרף מימושה של אותה התוצאה.

**הלכת הצפיות בעבירות לשון הרע** – האם די בצפייה בהסתברות גבוהה לוודאות של אפשרות הפגיעה עקב הפרסום כדי לקיים את דרישת הכוונה. כזכור, בפס"ד בורוכוב נ' יפת הוכרע שלא. שם נקבע כי ניתן יהיה להאשים אדם בפלילים רק כאשר לפרסום הפוגעני נלווית כוונה ממשית ולא די בצפייה גבוהה לכך. השופט גולדברג מציין באותו פס"ד כי הטשטוש בין העוולה האזרחית לעבירה הפלילית עלול להביא לפגיעה בחופש הביטוי לאור חשש שיעלה בליבם של המפרסמים מסנקציות פליליות.

לדעת היועץ המשפטי לממשלה, מערכת אכיפת החוק זקוקה לאמצעים ממשיים להתמודדות עם הביטויים האלימים והתוקפניים של אמצעי התקשורת, ואחד מאמצעים אלה הוא הטלת אחריות פלילית. לדבריו אלה של היועץ משיב ברק באומרו כי מאז התקבל פס"ד בורוכוב, נחקק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, המגביר את ההגנה החוקתית על הזכות לחופש ביטוי ועל הזכות לשם טוב, ואלה אמצעים אשר ננקטו להתמודד עם הרשום מעלה. ברק מציין שהחלת כלל הצפיות על עבירות לשון הרע מהווה הגבלה חריפה של חופש הביטוי פרסום לשון הרע בלא כוונה לפגוע מקבל התייחסות בדיון האזרחי, ואין בו כדי להיות חלק מהעבירות הפליליות הפוגעות בשלום הציבור.

בהכרעתו מציין השופט ברק כי במקרה הראשון – בית המשפט המחוזי טעה בקביעתו כי המערערים התכוונו לפגוע במשיבה. הסתמכותו על תוכן הכתבה בלבד, וגם שזה בוטה וגס, אין בו ראיות על יחסם של המערערים כלפי המשיבה. השופט ברק מציין כי יש לזכות את המערערים מעבירת לשון הרע במקרה דנן, לאור העובדה כלל הצפיות אינו חל.

**במקרה השני** – מקבל השופט ברק את קביעת בית משפט השלום כי לא הוכחה הכוונה לפגוע ברמת ההוכחה הנדרשת, מכאן, ומשום שכלל הצפיות אינו חל במקרה דנן, יש לדחות ערעור זה ולהשאיר ולהותיר את זיכוי המשיב על כנו.

לדברי ברק, בעניין פרסום תצלום העלול לבזות או להשפיל ניתן לפרש החוק בשני פירושים:

- 1) עבודה תחול כאשר נסיבות הפרסום של התצלום עלולות להשפיל את האדם ולבזותו. פירוש זה מתמקד בתצלום והאחריות הפלילית נובעת מתוכנו של הצילום.
- 2) האיסור הפלילי חל על כל תצלום, בלי התחשבות בתוכנו, ודי אם התצלום עצמו כולל פוטנציאל של השפלה ולעג.

לדעתו של ברק, יש לקבל את הפירוש הראשון, כיוון והפירוש השני מגן לא רק על פרטיותו של האדם, אלא על ערכים נוספים בראשם שמו הטוב של האדם, אך שזהו לא תכליתו של החוק הזה, אלא של החוק לאיסור לשון הרע, ומכאן אין לקבל את הפירוש הזה.

**החלטה** – במקרה הראשון, יש לקבל את הערעור ולזכות את עורך וכתב העיתון.

במקרה השני, דינו של הערעור להידחות.

**א' לוי – אין מקום לשנות את ההלכה שנפסקה בפס"ד בורוכוב**, אך עם זאת סבור כי הוכחה הכוונה לפגוע **במקרה הראשון**, ומכאן שיש לדחות את הערעור (ולהאשים את העיתון).

**מ' חשין** – מעביר ביקורת על המחוקק על כך שלא החיל את הילכת הצפיות על עבירות ההתנהגות כשם שהחיל על עבירות התוצאה. מציין כי אין הבדל מהותי בין עבירות התנהגות ועבירות תוצאתיות בשאיפה לבער את הרע מקרב החברה. **חשין חולק על עמדתו של השופט ברק**. בעיניו, עבירות תוצאתיות ועבירות התנהגותיות שוכנות אלה לצד אלה בדיני העונשין, ועצם החלת הילכת הצפיות בסעיף 20ב לאחר תיקון 39, יש בכך על מנת להקרין גם על עבירות ההתנהגות. לדעתו, יש בהוראת סעיף 20ב להחיל את כלל הצפיות גם על עבירת לשון הרע. חשין מפרש את עבירת לשון הרע כעבירה התנהגותית הטומנת בחובה, גם אם לא כלפי חוץ, תוצאה מסוימת, המצויה בתוך "נשמתה" של העבירה. נותן כדוגמא את עבירת החבלה בכוונה מחמירה, ושואל כיצד יכול לקרות מצב בו ניתן יהיה להאשים אדם אם ראה כאפשרות קרובה לוודאי כי יוטל בקורבן מום או תיגרם לו חבלה חמורה (פיזית), בעוד שכאשר פוגעים בנפשו של אדם, ולמרות שראה האדם באפשרות קרובה לוודאי שתוצאה זו תתרחש, אין מענישים אותו. "האמנם שמו וכבודו של אדם נחותים מגופו?" חשין מסייג את דבריו בכך שלא משווה לחלוטין את שתי העבירות, ומציין כי החובל בחברו לא יישמע בטענות של זכות או חופש (למעט הסייגים המוכרים בחוק) בעוד המוציא לשון הרע, יוכל לטעון לחופש הביטוי. כך, אין עומד הטוען לפגיעה בשמו הטוב כשווה בין שווים לעיתונאי המפרסם כתבה, שכן, לדבריו, "בכוונה לפגוע" מצמצם עצמו לכוונה ממש וידו של חופש הביטוי תהא ברוב המקרים על העליונה. חשין מציין כי מצב דברים זה חייב להשתנות, כך שאדם הטוען לשמו הטוב ייכנס לזירה כשווה בין שווים – דבר המצריך הרחבת פירוש "הכוונה לפגוע" בהתווסף לו הלכת הצפיות.

השופט חשין לא מקבל את דברי השופט ברק לעניין "שלום הציבור" בהסבירו כי על הפרק עומדים שניים – וביניהם זה הניזוק מהעובדה שמישהו פגע בשמו הטוב, דבר שלדעתו אין לו ממש עם שלום הציבור. הוא מוסיף ואומר כי השופט ברק יצר מצב בו אין איזון ראוי בין שני האינטרסים של חופש הביטוי וחופש האדם לשם טוב, וכי הראשון זוכה למשקל יתר ביחס לשני. מוסיף ואומר חשין כי מעשיו של ברק דוחקים כמעט לגמרי את כבוד האדם ומותירים את חופש הביטוי לבדו כערך חשוב יותר. חשין מציין כי דוקטרינה זו של ברק מביא לפתרון של "הכל או כלום" כך שחופש הביטוי לוקח "הכל", בעוד הדוקטרינה שמציע הוא, לפיה יש להכליל את הילכת הצפיות במקרי לשון הרע, יוצרת איזון וגמישות ראויים ושקולה בין שני האינטרסים.

**בנוגע למקרה הראשון** מציין השופט חשין כי כפי שנקבע בבית משפט השלום והמחוזי, בו לא עמדה למערערים טענת "אמת הפרסום" משום שלא הוכיחו את מרבית מהדברים, נראה כי יכלו לצפות ברמה גבוהה כי ז'קלין (הגנת) תיפגע מהפרסום, ולכן, **לדעת השופט חשין – המערערים חייבים בדין ויורשעו בעבירה של פרסום לשון הרע.**

**בנוגע למקרה השני** – מסכים עם דעתו של ברק בדבר **דחיית ערעורו של שמעון (המערער) וזיכויו של ציון (המשיב).**

**ד' ביניש** – דעתה כדעת הנשיא ברק- יש להשאיר את הילכת בורוכוב על כנה. מסכימה עם השופט חשין בדבריו לגבי חשיבותה ומרכזיותה הזכות לשם טוב אך לדבריה, אין מתחייבת מכך המסקנה כי יש להרחיב היקפה של העבירה באמצעות החלתה של הילכת הצפיות. לדעת ביניש יש להוכיח אצל נאשם "כוונה לפגוע" ורק כך ניתן יהיה להטיל עליו אחריות פלילית. **להכרעתה – דין שני הערעורים להידחות.**

**א' מצא** – מסכים עם דעתו של השופט חשין. לדעתו, **יש להחיל את הילכת הצפיות על כל עבירות ההתנהגות** (ולא כפי שהתייחס השופט חשין במקרה שלנו רק לעבירת לשון הרע ולא התייחס לעבירות נוספות). לדעתו אין להבחין בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות, ושנית לדעתו על פי העיקרון שהילכת הצפיות תיבחן בכל עבירה בצורה פרטנית פוגעת בעיקרון החוקיות.

**לעניין המקרה הראשון (פרשת ז'קלין)** – לדעתו של השופט מצא כי **דין הערעור להידחות** וכי המסקנה שלו היא שאכן צפו העורך והכתב ברמה קרבה לוודאות, כי המשיבה תיפגע מהפרסום.

**לעניין המקרה השני (פרשת ביטון)** – **מסכים עם הכרעתם של ברק וחשין**, אך לא עם נימוקיהם. מציין כי במקרה הזה אין לקבל את עמדת בית משפט השלום וקביעתו כי לא ניתן להוכיח שהמשיב אכן התכוון לפגוע במערער, ומכך לא ניתן להסיק כי המשיב אף לא צפה את הפגיעה במערער. **השופט מצא מציין כי דינו של זה להידחות** רק משום הגלגולים הרבים שעבר המקרה ומרצונו שלא לנקוט צעד בעניין.

**א' פרוקצ'יה** – מסכימה עם דעתו של הנשיא ברק.

**מ' נאור** – מסכימה עם דעתו של השופט מצא, הן לעניין ההנמקה והן להכרעת הדין. **(ערעור 1 – להידחות, ערעור 2 – להידחות).**

**א' ריבלין** – מסכים עם דעת הנשיא ברק, ומציין כי אין להחיל את הילכת הצפיות בסעיף 6 לעבירות לשון הרע. גם לדעתו אין הדברים מהווים עבירה על החוק הפלילי. מצטרף לדעה שיש להחיל בחוק הפלילי את עבירות לשון הרע רק כאשר קיימת כוונה להרע לאחר.

**בנוגע למקרה הראשון** (הגנת) – לא הובאו בפני בית המשפט המחוזי ראיות המבססות יחס מיוחד של המערערים כלפי המשיבה שמתוכו ניתן לאשש קיום כוונה לפגוע בה. מציין גם השופט ריבלין כי בכתבה יש עניין של ממש לציבור ולתועלתו. על כן, **אין להרשיע את המערערים** בעבירת לשון הרע שיוחסה להם. **בהתייחסו למקרה השני** – מציין השופט ריבלין כי דווקא בתחום הציבורי יש לתת משקל מרבי לחופש הביטוי. לאור היותו של המערער בתפקיד פוליטי, איש ציבור, נהנה הוא מבמה ציבורית ואף ידוע כי נהג לפרסם, כעורך עיתון, דברים כנגד המשיב. לדעת השופט ריבלין, **דין ערעור זה להידחות.**

**ז' טירקל** – לדבריו יש לאמץ גישה הגורסת חופש ביטוי כמעט מוחלט. לכן, לא היה מחמיר עם המפרסם על ידי החלתו של כלל הצפיות בעבירות לשון הרע, ואין צורך בהרחבת תחולתה של הסנקציה הפלילית, כאשר עניינים במהותם אזרחיים. לכן מצטרף לדעת הנשיא ברק **(מקרה 1 – לקבל את הערעור, מקרה 2 – לדחות את הערעור).**

**החלטה** – הוחלט ברוב דעות כי אין לסטות מהילכת בורוכוב ולפיה כלל הצפיות אינו חל על עבירות לשון הרע, ולכן הוחלט לדחות את ערעור המקרה הראשון.

הוחלט פה אחד לקבל את ערעור המקרה הראשון לעניין עבירת הפרטיות (הצילומים).

הוחלט פה אחד לדחות את הערעור בעניין השני.

### **7. רשלנות**

<b>רשלנות</b> [תיקון התשנ"ד (מס' 3)]	21. (א) רשלנות - אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות העניין, 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 שתקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשיע.
--	--

רשלנות היא אחת מ-2 החריגים היחידים (בצירוף אחריות קפידה) לס' 19 הקובע, כי אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית.

**היסוד העובדתי:** רשלנות היא עבירה שמוגדרת ככל העבירות מבחינת היסוד עובדתי. התנהגות רשלנית מבטאת חוסר זהירות בשמירה על ערך חברתי מסוים.

**היסוד הנפשי:** בעבירת רשלנות אין מחשבה פלילית, אלא ישנה התנהגות השונה מהתנהגות האדם הסביר. ישנם 2 יסודות להתקיימות רשלנות:

- **אי מודעות לאחד מפרטי העבירה** – טיב המעשה, קיום הנסיבות ואם מדובר בעבירה תוצאתית, לאפשרות גרימת התוצאה.
- **אדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין להיות מודע** – אי מודעות כשלעצמה אינה מבססת עבירת רשלנות. יש להראות שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאותו פרט שהנאשם לא היה מודע אליו.

**פס"ד יעקובוב:**

**עובדות:** אשת המערער התאבדה בקפיצה מהחלון, בשל התעללות מתמשכת מצד בעלה שהואשם בגרימת מוות ברשלנות.

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

השאלה המשפטית: האם התאבדות שוללת אחריות נאשם למוות ע"י רשלנות והאם ניתן לצפות תוצאה קטלנית מסוג זה?

ע"פ – הש' דורנר:

- במישור העובדתי, הקשר הסיבתי אינו מתנתק גם אם הגורם הישיר למוות היה מעשהו של אחר שנעשה ברשלנות חמורה, בפזיזות או אף במתכוון, אם המעשה היה בגדר צפייתו של העושה. לכן, התאבדות כשלעצמה אינה מנתקת את הקשר הסיבתי אם העושה היה חייב לחזות כי התנהגותו בנסיבות המקרה עשויה להביא לתוצאה זאת.
- ההערכה של מה מחייבת הצפיות הסבירה חייבת להיות של ביהמ"ש ולא של אחרים, לכן, אין נפקא מינה אם שורה ארוכה של עדים יעידו כי לא היו צופים תוצאה זאת.
- לאדם מן הישוב בתקופתנו ישנה יכולת לצפות כי התנהגותו האלימה והתעללותו בבת זוגו, עשויות להביא להתאבדותה.

דנ"פ – הש' חשין:

- התערבות גורם זר, לרבות התאבדות, אינה מנתקת, קשר סיבתי בין מעשה לבין תוצאה פוגעת, במקום שבו היה אדם מן הישוב יכול לצפות מראש, התערבותו של אותו גורם זר.
- השאלה בכל מקרה היא שאלת נסיבות. יש נסיבות בהן התאבדות תנתק קשר סיבתי, ויש נסיבות בהן לא תנתק. השאלה בכל מקרה, תחזור לשאלת הצפיות של האדם הסביר.
- מבחן הגדרת הרשלנות: קיומה של חובה המוטלת על פלוני, הפרת החובה וגרימת נזק עקב ההפרה. אשמו המוסרי של המערער כה חמור כי לא קשה לקבוע, ולו בדיעבד – חובה (=חובת זהירות) שהיתה מוטלת עליו מראש, שבהפרתה חייב עצמו.
- **לענין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות** – יכולה להיות רשלנות (=אי מודעות) ליותר מאחד מפרטי העבירה, ויכולה להיות רשלנות (=אי מודעות) לאחד מפרטי העבירה, ומודעות (=יותר מרשלנות, כפי שכוונה תחילה היא יותר ממחשבה פלילית) ליתר הפרטים.
- **אפשרות גרימת התוצאה לא היתה בגדר סיכון סביר**.

פס"ד לוי:

עובדות: המנוחה רכשה סם ונכנסה למונית. צוות המעקב עצר את המונית וראש הצוות הורה למנוחה לפתוח את פיה מחשד שהטמינה בו את הסם שקנתה. היא סרבה והשוטרים ניסו להוציא הסם מפיה בכח תוך כדי ניסיון למנוע ממנה לבלוע אותו ע"י לחיצות על פיה וגרונה, דבר שהוביל למותה.

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות פלילית בגין רשלנות מכח דיני השותפות וכן האם יש להוכיח קשר סיבתי בעבירות רשלנות?

הש' גולדברג:



### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

- אין להרשיע נאשמים שחלקם מצומצם יותר מכח דיני השותפות, אלא כעבירה שונה או נוספת. יש לבחון האם ביצע כל אחד מהנאשמים עבירת רשלנות עצמאית.
- יש לבחון זיקה סיבתית בין ההתנהגות לתוצאה. לביסוס הזיקה, די בכך שפעולה של אחד, כשהיא מצטברת ליתר הפעולות, גרמה למוות.

#### פס"ד לורנס:

עובדות: המערער שיחק עם המנוח באקדח משחק "רולטה רוסית". כשהגיע תורו של המנוח נפלט מהאקדח כדור והמיתו במקום. זאת, לאחר שהמערער, בתורו, וידא כי הכדור אינו נמצא בתא שמול הנוקר, הצמיד האקדח לרקתו ואז כיוון אותו לעבר הואדי ולחץ על ההדק.

השאלה המשפטית: מהם יסודות עבירת הרשלנות לפי ס' 304?

#### הש' ליון:

- להוכחת עבירת הרשלנות לפי ס' 304 (החופפת לעולת הרשלנות בנויקין) נדרשים 3 יסודות:
- חובת זהירות – מבחנה הינו מבחן הצפיות של האדם הסביר, הכולל 2 רבדים:
  - (iii) חובת זהירות מושגית – האם הסוג הכללי אליו משתייכים המזיק, הניזוק, הפעולה והנזק, עשוי להקים חובת זהירות. (למשל: חובת מעביד לעובדיו, נהג להולכי רגל וכד').
  - מבחנה: האם יכול האדם הסביר לחזות מראש את שיקרה וכן, האם ראוי שלאור חזותו מראש זו ינהג או לא ינהג אחת.
  - (iv) חובת זהירות קונקרטיית – האם כלפי ניזוק, בנסיבות אירוע מסוים קיימת חובת זהירות. בגין סיכון בלתי סביר בלבד, מוטלת חובת זהירות קונקרטיית.
  - מבחנה: האם אדם סביר, יכול היה לצפות, בנסיבות המקרה, את התרחשות הנזק. אין הכרח לראיה מדויקת של כל פרטי העניין, אלא לראייתו בקווים כללים בלבד.
- התרשלות – הפרת חובת הזהירות ע"י:
  - (iii) מעשה – ע"מ שייחשב המערער כמי שלא התרשל, עליו לנקוט באמצעי זהירות, כתולדה של הסיכון הצפוי. ככל שהסיכון גדול יותר, כך יש להרבות באמצעי זהירות.
  - (iv) מחדל – אי מניעת המצב המסוכן ע"י אדם שתהיה ליצירתו. במדינתנו, אין חובת הצלה, פרט למקרים בהם ישנן נסיבות מיוחדות היוצרות 'קרבה' במובן המשפטי, למשל: הורה לילדו, מעורב בתאונת דרכים לנפגע, וכד'.
- גרימת נזק – קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההתרשלות לנזק. רשלנות תורמת של אחר, אינה משמשת טענת הגנה במשפט הפלילי.

#### הש' בד:

- יש להשאיר בצריך עיון השאלה האם ניתן לייחס אשמה בשל המחדל שבאי הצלת המנוח.

**פס"ד יערי נ' בורנשטיין:**

עובדות: עומדים לדין 2 נהגי קטר על דריסת ילד שחצה פסי רכבת בהיותו מסיג גבול.

השאלה המשפטית: האם יש אחריות לבעל מקרקעין שלא להתרשל כלפי מסיגי גבול? האם יש לו חובת זהירות כלפי מסיגי גבול באותה מידה שיש לו חובת זהירות כלפי מי שהורשה בקרקע?

**הש' ברק:**

- יש חובת זהירות מושגית לבעל מקרקעין גם כלפי מסיגי גבול.

יש הטוענים כי תיקון 39 ביטל את רעיון החסינות ההמושגית (=סוגים ספציפיים אליהם משתייכים המזיק, הניזוק, הפעולה והנזק, שלהם חסינות מהעמדה לדין בשל התרשלות – הפרת חובת זהירות). כיוון שלא הזכיר נושא זה, מאמינים כי הוא מחייב את כולם בחובת זהירות כלפי כולם, ובכל מקרה לכשעצמו יש לבחון את המחשבה הפלילית בתחום הרשלנות לפי ס' 21. אולם, ניוכח כי בפועל החברה הישראלית מאמינה כי ישנם אנשים שיש להם חסינות מושגית מפני העמדה לדין באחריות פלילית, למשל: אלוף פיקוד על חייליו. כיצד יחליטו השופטים האם החלטה מבצעית היתה רשלנית או לא? שאלה זו נותרה פתוחה.

**דמותו של האדם הסביר:**

בתי המשפט טוענים שדמותו של האדם הסביר היא אחת ויחידה: הישראלי המצוי על תחלואיו ופגמיו בצירוף שמץ מהרצוי. תפקיד השופטים הוא לבחון את התנהגות הנאשם ולהחליט האם התנהגותו היתה ראויה, כלומר, האם האדם הסביר היה מתנהג כך ואם התשובה שלילית יש להרשיע. אם כן, בסופו של דבר האדם הסביר הוא מה שהשופט טוען שאינו ראוי בנסיבות הספציפיות של המקרה.

ישנם 2 מקרים בהם אחדות זו נשברת:

- **גיל** – לקטינים חובת זהירות שונה מאשר בגירים.
- **אחריות מקצועית בפלילים** – כאשר מהנדס יוצר גג בשיטה שונה ממה שרצוי והגג קורס על אנשים (=אסון ורסאי), רופאים שמטופליהם נפטרו המואשמים בהריגה רשלנית וכד'. במקרים אלה, מחלק ביהמ"ש את בעלי המקצוע לפי מקצועותיהם ותתי המקצועות של התמחויותיהם ואף לפי מידת הותק שלהם, בוחן את אחריותם לפי אמת המידה של אנשים שעבדו בשיטת עבודתם ובודק האם פעלו כראוי.

<b>דרישת מחשבה פלילית</b> [תיקון התשנ"ד (מס' 3)]	19. אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם - (1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או (2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.
--	---

#### סיכום:

**זיהוי עבירת הרשלנות:** לפי ס' 19 (1) נדרשת אמירה מפורשת בס' המגדירה אותו כעבירה הדורשת מחשבה פלילית של רשלנות בלבד.

**היסוד העובדתי:** מוגדרת ככל העבירות מבחינת היסוד עובדתי. התנהגות רשלנית מבטאת חוסר זהירות בשמירה על ערך חברתי מסוים (/ חובת זהירות קונקרטית ומושגית).

**קשר סיבתי:** קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההתרשלנות לנזק.

**היסוד הנפשי:** ישנם 2 יסודות להתקיימות רשלנות:

- **אי מודעות לאחד מפרטי העבירה** – טיב המעשה, קיום הנסיבות ואם מדובר בעבירה תוצאתית, לאפשרות גרימת התוצאה.
- **אדם מן הישוב יכול היה בנסיבות העניין להיות מודע** – אי מודעות כשלעצמה אינה מבססת עבירת רשלנות. יש להראות שאדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאותו פרט שהנאשם לא היה מודע אליו.

**מבחן האדם הסביר:** האם האדם הסביר היה מתנהג כך ואם התשובה שלילית יש להרשיע. אם כן, בסופו של דבר האדם הסביר הוא מה שהשופט טוען שאינו ראוי בנסיבות הספציפיות של המקרה.

**ענישה:** בס' 90 ב קובע המחוקק עונש מקסימלי של 3 שנות מאסר על עבירות שחוקקו קודם לתיקון 39, אף אם העונש המצויין בס' גבוה יותר. ס' 21 (ב) שחוקק לאחר; נקבע כי רשלנות יכולה לחול על עבירה מסוג פשע בלבד (=עבירה שעונשה המקסימלי הוא 3 שנות מאסר). אם כן, העונש המקסימלי על כל העבירות מסוג רשלנות הינו 3 שנים.

**סעיף 22: אחריות קפידה (מוגדרת כעבירה בסעיף 19)**

- (א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק והיקפה 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.

"אחריות מוחלטת" – בהגדרתה לפי סעיף 22 הישן לפני תיקון 39, ברגע שביצעת את היסוד העובדתי של העבירה – היית מואשם בה. לא ניתן להתגונן כלפיה. אלה הן עבירות קלות או עבירות שיש להגיע לפתרון מהיר בהן – כדי שלא ייווצר עודף לחץ על בתי המשפט – למשל: **עבירות תעבורה**. אין צורך בהוכחת יסוד נפשי – רק עובדתי. לפני תיקון 39, גם אנשים ללא אשם מוסרי הואשמו! אם יהיה צורך להוכיח יסוד נפשי בכל עבירת תעבורה משפטים יתארכו שלא לצורך, בהמ"ש יוצף בתביעות תעבורה וכן מרבית הנאשמים יזוכו. הרציונל ליצור סטנדרט התנהגותי מינימאלי בכביש, כנ"ל לגבי מיסים ואיכות הסביבה.

מבחינה רעיונית, עבירות אלו נוגדות את העקרונות הבסיסיים של המשפט הפלילי, המעניש אך ורק על מעשים שאדם התכוון לגרום להם/היה רשך וגרם להם. לכן, הענשה ללא אלמנט של כוונה או ידיעה סותרות את בסיסו של הדין הפלילי.

פס"ד גדיסי הוא דוגמא טובה לכך. המערער נהג בטרקטור לאחר שהזמין מכונאי אשר תיקן את פנסיו. במהלך נסיעתו בשדה נפגע הפנס ע"י אבן וגדיסי נעצר בעליותו על הכביש. גדיסי טען לגורם זר מתערב וחוסר רצייה. הוא עשה הכל כדי להימנע – האם אנחנו רוצים להטיל עליו באמת אחריות פלילית? **אגרנט**: אין לבחון חוסר רצייה במצבים של אחריות קפידה. אגרנט מציע להעביר את נטל הראייה לנאשם על מנת שיוכיח כי עשה כל שביכולתו. חפץ דומם אינו יכול להיחשב כגורם זר מתערב במקרה זה, היות והמחוקק התחשב בו בעת החקיקה. **אמנם הוא הורשע** אבל אגרנט קורא לשנות את החוק – אם יש לאדם טענה חזקה, האם אנחנו רוצים להטיל עליו אחריות פלילית?

**הקריאה מקבלת ביטוי בתיקון 39 – סעיף 22ב'.**

סעיף 22א' אומר – ברגע שביצעת את היסוד העובדתי – קמה אחריות פלילית – אם הנאשם רוצה לטעון אחרת – עליו נטל ההוכחה.

**רמת סתירת הטיעונים ע"י הנאשם:**

- רמת ההוכחה הנדרשת על הנאשם – רמה אזרחית!! (51% ולא יותר).
- לתביעה, שנדרשת להוכיח מעל כל ספק סביר, יש כסף ומשאבים גבוהים.
- לאזרח אין גישה למשאבים אלה תמיד – לכן נדרש להוכחה אזרחית בלבד.
- הנאשם צריך להראות שעשה כל מה שניתן כדי למנוע את העבירה על מנת לזכותו (רף מעט גבוה יותר מרשלנות).

**שאלה פרשנית – "כל שניתן" – מה הייתה כוונת המחוקק?**

**1) גישת פרופ' מרים גור אריה: - כמו עבירת רשלנות!**

לדעתה אי אפשר לקרוא את המונח "כל שניתן" בפרשנות מילולית צרה – הרי הוא לעולם לא יצליח לעשות את הכל – אם הוא היה עושה את הכל כולל הכל, זה לא היה קורה הרי. תיקון 39 בא לתת אפשרות להתגונן, בא לעשות שינוי. זוהי פרשנות מקלה. – גדיסי עשה הרי הכל והשופטים הביעו מורת רוחם שלא היה ניתן לזכותו.

**2) פרופ' קרמניצר (מיוצרי התיקון): דורש רף קצת יותר גבוה מרשלנות!**

מציג גישה בה, בעבירות של אחריות קפידה - נדרש רף טיפה יותר גבוה מהאדם הסביר. כאן, שלא כמו ברשלנות – מדובר בכל מה שאדם סביר יכול היה לעשות – והוא מצפה לקצת יותר ממנו. אולי זה ההבדל שבין אדם מן היישוב לאדם הסביר – האדם הסביר הוא מעט יותר מורס ואידיאלי מהאדם מן היישוב. פרשנות מחמירה - הנאשם צריך להוכיח שהוא עשה כל מה שהיה ניתן לעשות.

**פס"ד בן עטר – תזכורת:** המערער הינו בעלים של תחנת דלק, בבדיקה נמצא שהדלק במשאבה היה מדולל מואשם במהילה של הדלק בתחנה שלו- עבירת תקני השימוש בדלק - מי שנתפס כמשתמש בדלק מהול עבר את העבירה. המערער טען כי לא פעל במחשבה פלילית, לא היה רשולן ועשה כל שביכולתו. בהמ"ש טוען כי הוא לא עבר שום רף מבחינת ביצוע פעולות למניעת העבירה ולא הכריעו מי מבין המלומדים צודק – לא הגיעו בכלל לנקודה הזאת מכיוון שהנאשם שם לא ניסה למנוע את העבירה. אין צורך בהוכחת מודעות-המערער לא הצליח להוכיח שנהג ללא רשלנות( פיקוח, בודקים ועוד - לא עשה ככל שניתן) ולכן הואשם באחריות קפידה. זהו הפס"ד האחרון בנושא ולכן אין קביעה הלכתית מי צודק. יש אפוא, ללמוד את 2 הגישות. נשאר בצ"ע.

**לאילו עבירות להתייחס?**

היום 22' קובע כללים. אם המחוקק רוצה לחוקק חוקים שיהיו באחריות קפידה – זה צריך להיות ברור **בנוסח הסעיף!** לגבי חוקים שהיו עד היום – כל מה שנקבע בפסקי דין - בהלכה הכתובה(שמירת דינים לעבר). הבעיה שלכאורה הסעיף אינו פותר, היא מה קורה לגבי עבירות שנחקקו לפני התיקון אך לא עלו בבהמ"ש ולא נקבע אם מדובר בסעיפי אחריות קפידה. **קדמי** בפרשת לכס- היא אפשר לקבוע היום לגביהן שהן עבירות מסוג קפידה. לעומתו **ברק**- אין לגבי עבירות אלו הסדר שלילי- בהמ"ש יכול להחליט לגביהן שהן אחריות קפידה באותה מידה שהיה ניתן להכריע פעם( מתיר חופש לבהמ"ש).

אין מאסר בעבירות של אחריות קפידה – מאסר זה רק אם הוכח מחש"פ! – 22ג'  
לעניין סעיף זה – באם התביעה החליטה ללכת על עניין של אחריות קפידה – היא מראש מוותרת על עונש  
מאסר. אחרת, היא תצטרך להוכיח מחש"פ ולא לטעון לאחריות קפידה.

**פס"ד לוי - תזכורת:** המבקש נתן לעובדת במקום עבודתו, לנהוג ברכבו, שעה שזו לא החזיקה ברישיון נהיגה  
בר-תוקף - עבירה לפי הוראת סעיף 10(ב) לפקודת התעבורה. המבקש האמין בתום-לב כי העובדת אכן מחזיקה  
ברישיון נהיגה. אולם הוא לא ביקש כי תציג בפניו את רישיונה. בדיעבד התברר, כי לעובדת אין רישיון נהיגה  
בר-תוקף. טען כי עשה את כל שניתן על-מנת למנוע את העבירה. **ריבלין:** סעיף 10(ב) לפקודת התעבורה, הינו  
סעיף עבירה של אחריות קפידה עפ"י הלכת דויטש. לאור הוראת סעיף 22(א) לחוק העונשין, נשמר כוחה של  
הלכה זו והיא תקפה גם היום. טענותיו של המבקש, כי הלכה זו נקבעה בלא תשתית מספקת של "משפט ראוי",  
ונסמכה בעיקרה על לשון החוק, **איננה מדויקת, ומכל מקום - אין בה כדי להעלות או להוריד לעניין זה.**  
המבקש לא עשה כל שביכולתו - הוא היה חייב לטרוח ולברר האם אכן מחזיקה העובדת ברישיון נהיגה כדין.

**פס"ד אורן בנגב - תזכורת:** החברה ומנהליה הורשעו עפ"י הודאתם, בעבירות של אי הגשת דוחות תקופתיים  
לרשויות המס. **הש' ברק:** עבירות אלו אינן עבירות אחריות קפידה. במקרה דנן, צוין במפורש המצב הנפשי  
ובזאת די כדי לקבוע כי העבירות נעשו במחשבה הפלילית הנדרשת לצורך ההרשעה. המערער לא מעל באופן  
אישי, המעילה לא בוצעה על ידו ולא הייתה לו מחשבה פלילית אבל סעיף 22ב דורש שהמערער עשה ככל שניתן  
כדי למנוע את העבירה ועליו נטל ההוכחה. המערער לא הביא ראיה לכך שעשה ככל שניתן כדי למנוע מעילה  
ולכן אין הוא יכול להשתחרר מהאחריות לפי סעיף זה. ערעור נדחה.

**לסיכום** – ההבדל בין רשלנות לבין אחריות קפידה הוא בחובת ההוכחה. עבירות הרשלנות הן יותר חמורות  
ולכן חובת ההוכחה היא על התביעה ומכאן ניתן גם להיכנס למאסר, ואילו עבירות מסוג אחריות קפידה הן  
העבירות הפשוטות ביותר בחוק, אין עליהם עונש מאסר וחובת ההוכחה חלה על הנאשם! עליו להוכיח 51%  
ולא מעל לכל ספק סביר כמו שהתביעה מוכיחה.

**9. עקרון המזיגה**

על פי עקרון זה נדרשת חפיפה בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי. לא מדובר רק על חפיפת זמנים טכנית אלא שהמעשה (היסוד העובדתי) ינבע מן המחשבה הפלילית (היסוד הנפשי).  
בסעיפי החוק אין דרישה לעקרון זה, אך הוא מקובל ומבוסס במשפט הפלילי.

**פס"ד טל** עסק במקרה בו מדען חוקר רצה לקבל מימון למחקר שערך ופנה לכל מיני גופים על מנת לקבלו. אותו מדען קיבל מימון מקרן מחקר ציבורית. מאוחר יותר החליטה גם המדינה, מקרן שונה, לממן את המחקר אך ללא ידיעה שהוא כבר קיבל ממקור אחר את כל הוצאות המחקר. הבעייתיות היא שאם מקבלים מימון משני גופים שונים יש להחזיר אחד. למרות זאת, החוקר הפקיד את הכסף לחשבוננו הפרטי ולכן הוגש נגדו כתב אישום בגין עבירה של "קבלת דבר במרמה" על פי סעיף 415 לחוק. זוהי עבירה תוצאתית, שהמעשה האסור בה הוא "קבלה", הנסיבות הן "במרמה", התוצאה היא שניתן דבר, והיסוד הנפשי הוא של כוונה.

טל טען להגנתו כי עקרון המזיגה הוא עקרון מקובל במשפט הישראלי והוא לא התקיים, ולכן מאחר כשקיבל את הכסף לא הייתה מחשבה פלילית, וכשהפקיד את הכסף לא היה יסוד עובדתי לא ניתן להאשימו. אכן טל מזוכה.

לאור מקרה זה החל בית המשפט לפתח חריגים שונים למצבים מסוג זה:

**עבירות מתמשכות** - עבירה שיש לה אורח חיים על פני ציר הזמן. כשהנאשם התחיל בביצוע העבירה התנהגותו לא הייתה מלווה במחשבה פלילית, אלא התווספה מאוחר יותר.

**פס"ד מחרבי** - מחרבי הורשע בהסתרת ראיות על ידי החלפת חלקי נשק, אשר גרמו לשיבוש מהלכי משפט. להגנתו טען כי בעת החלפת חלקי הנשק לא הייתה לו כוונה או מודעות פלילית אשר הובילה למעשה. ביהמ"ש קבע כי לפחות יום וחצי לאחר ההחלפה מרחבי ידע, או לפחות חשד כי הוא מסתיר ראיות. לכן, כיון ומדובר בעבירה מתמשכת, גם אם בתחילתה לא הייתה מחשבה פלילית, כלומר הפעולה לא נבעה ממחשבה פלילית, אבל באיזשהו שלב של ההחזקה מתלווה מחשבה פלילית, היסוד הנפשי מיוחס לכל אורך ציר הזמן של העבירה.

**סדרת פעולות עם מטרה אחת** - הנאשם החל בביצוע העבירה אבל בעקבות "טעות" - (רק חשב שהצליח לממש את העבירה) לא מתקיים עקרון המזיגה. לכן, במקום בו ההתנהגות היא חלק מסדרת פעולות עם מטרה אחת - מספיק שהמחשבה הפלילית הצטרפה רק לחלק מן המעשים על מנת שהעיקרון יתקיים.

**פס"ד ג'מאעמה** - הנאשם מחליט לשים קץ לחייה של ארוסתו ולצורך כך הוא מכה אותה באלה. כשהוא טועה וחושב שהיא מתה, כלומר הצליח להגשים את מטרתו, הוא מחביא אותה מתחת למיטתו ולבסוף על מנת להסתיר ראיות הוא משליך אותך לבאר. בנתיחה שלאחר המוות התברר שהמוות נגרם כתוצאה מהטביעה בבאר - כלומר כשהיא נזרקה לבאר היא עוד הייתה בחיים. היסוד הנפשי מתקיים - יש מחשבה פלילית לרצח אבל היסוד העובדתי לא מושלם. לעומת זאת, מבחינתו היסוד העובדתי הושלם טרם השלכתה לבאר, וכעת הוא רק מעלים ראיות, ולכן כאן לא מתקיים היסוד הנפשי. על פי פס"ד זה, כשיש סדרת פעולות שנועדו כולן למטרה אחת ברורה ניתן "למתוח" את המחשבה הפלילית, שהתחילה ולא התקיים בה היסוד העובדתי, לנקודה בה מתקיים היסוד העובדתי המושלם. **השופט לנדוי** קבע כי הייתה מטרה אחרת והיא להרוג, והיה

רצף פעולות בכדי להגיע לתוצאה הרצויה. אם קיימת שרשרת פעולות אשר הובילה לתוצאה של העבירה, ניתן להטיל אחריות פלילית גם אם בחלק מן הפעולות לא התקיים היסוד הנפשי.

**פעולה חופשית במקור** - זהו החריג היחיד אשר מעוגן בחוק (סעיף 34 יד) על פיו אם אדם היה מודע לסיטואציה טרם כניסתו אליה, או לחילופין אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע, הסייג לא חל. אם העבירה היא התנהגותית רואים בה כאילו הייתה מחשבה פלילית בזמן המעשה, ואילו בעבירה תוצאתית האחריות הפלילית מוטלת מתוקף אדישות.

**דוגמא**: אדם אשר הכניס את עצמו למצב של שכרות בכוונה, בעת השכרות אין לו כוונה לבצע עבירה, אך נכנס לסיטואציית השכרות ביודעין ולכן אינו פטור מאחריות פלילית.

### **פסקי דין**

#### **אחמד עיד אסעד ג'מאמה נ' מדינת ישראל**

**עובדות**: המערער הורשע בבית המשפט המחוזי ברצח של בת דודתו (=ארוסתו) על ידי הטבעתה במי הבאר שבחצר הבית בו גרו. המערער הודה באשמה בחקירת המשטרה, אך בעדותו בבית המשפט התכחש לאמיתות ההודאה בטענה שמסר אותה עקב לחץ ואיומים מצד מהמשטרה. בית המשפט המחוזי לא קיבלה טענה זו והרשיע אותו.

**שאלה משפטית**: האם יש חשיבות לסדר הפעולות כאשר יש כוונת קטילה בכל מקרה?

**הלכה: לנדוי**:

מספר טענות בפי המערער:

1. המערער חשב שהמנוחה מתה בטעות לאחר שהמם אותה במכת המקל בצווארה ולחץ על צווארה על מנת שלא תצעק, והשליך אותה לבאר בכוונה לסלק את מה שחשב לגוויתה. אך למעשה, הוכח על פי הבדיקות כי המנוחה מתה בעקבות טביעה לאחר מאבק על חייה במי הבאר.
2. המערער קיבל את האשמה על עצמו והדגיש שוב ושוב כי בני משפחתו לא ידעו ולא לקחו חלק במתרחש.
3. כוונת הקטילה לא הייתה קיימת כי הוא חשב שהמנוחה מתה עוד לפני שהסתיר אותה תחת מיטתו. אך לפי העדויות המנוחה הייתה עדיין בחיים בשעה שהושלכה לבאר ורק שם מתה מטביעה.

טענות אלו לא מתקבלות כיוון **והכוונה להרוג הייתה, ולכן סדרת הפעולות השיגה את מטרתה, ואין זה משנה שבפועל השיג המערער את מטרתו מאוחר יותר מאשר האמין.**

**החלטה** - דחיית הערעור.

#### **ע"פ 867/85 פנחס מרחבי נ' מדינת ישראל**

**עובדות**: שני נאשמים אחרים היו אחראים למעורבות ברצח בשכם. אחד מהנאשמים (הרנוי) ביקש לאחר המקרה להחליף חלקים מהנשק עם המערער, שבאקראי נקלע לסיטואציה, וכך למעשה קשר עצמו לפרשה. התירוץ אותו נתן הרנוי הוא שעליו לעבור מסדר נשק ונשקו מלוכלך, פנייתו מוזרה ובנוסף ביקש לא לספר על החילופים. המערער הורשע בעבירה של שיבוש הליכי משפט וזהו ערעור על כך.

**שאלה משפטית**: האם מכיוון ומדובר בעבירה מתמשכת ניתן להאשים את המערער בשיבוש הליכי משפט?

**הלכה: שמגר**: באשר להסכמה לביצוע החילופים אינו חושב שכוונת המערער הייתה לסייע להרנוי להשמיד ראיייה ולברוח מאחריות על מעשיו בשכם. הוא נכשל בחוסר זהירות ואולי אף בטיפשות אך לא על כך ייענש בפלילים. מצד שני עולה אשמתו של המערער מנתונים אחרים בפרשה: החשד למעורבות בפרשה בשכם התגבש



אצל המערער כבר למחרת האירוע אך המשיך להתעלם מחשדות אלו במשך שבועות רבים. בוודאי הוא סבר שאי הידיעה תגן עליו בבוא העת אך דינה כעצימת עיניים, כלומר כדין מי שידע את העובדה שיש חלק בין החלקים המוחזקים על ידו לבין חקירת הרצח. המערער ידע שיש קשר בין הרנוי לאותו רצח ולכן מעשיו סייעו לו להימלט מעונשו, וזאת על ידי העלמת ראיה, כקנה הנשק, שלא יכול להיות ספק בחשיבותה לחקירה. **א' שטרוזמן**: גם אם החזקת החלקים החלה בתום לב, נמשכה בידעו את מטרתה והחזקה נמשכה בכוונה להכשיל חקירה פלילית.

בא כוח המערער טען כי מדובר במחדל ולכן לא היה מקום להטיל אחריות פלילית על הנאשם. על שמגר לא מקובלת הנחה זו כיוון שמעשיו של המערער אינם מסתכמים רק באי הודעה על הימצאותם בידי של חלקי הנשק, אלא במעשה שהיה בגדר הסתרה תחת ידיו של הראיות שאותן חיפשו החוקרים אצל הרנוי. מכיוון שזהו מעשה הדבר תואם בנסיבות העובדתיות את היסוד של העלמת הראיות. יתרה מכך, אין הבדל בין החבאת ראיה בארון או כספת לבין שילוב ראיה לשם הסתרה בכלי נשק אחר.

הכוונה הפלילית לא בוטאה בהבעת דברים גלויים מפני המערער, אלא בעצימת עיניים ביחס למשמעות המעשה. המערער היה ער לפרסומים, חשד שיש קשר בין הרנוי, חלקי הנשק והרצח, אך בחר להתעלם מחשדו ולא לעשות דבר, ולכן הנסיבות מצביעות על התנהגות רצונית ומודעת, כלומר קיומה של כוונה פלילית לבצע מעשה של שיבוש הליכי משפט.

**החלטה** - דחיית הערעור.

**10. נסיון לדבר עבירה**

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

נסיון מהו  
[תיקון התשנ"ד  
(מס' 3)]

נסיון לדבר עבירה הינה עבירה לכל דבר המכילה יסוד עובדתי ויסוד נפשי.

**בעבירות חטא לפי ס' 34 ג לא ניתן להאשים בנסיון.**

**היסוד העובדתי:** נסיון הוא פעולה החורגת משלב ההכנה ומגיעה לשלב הביצוע. נסיון יכול להיות גם במחדל.

היכן מסתיימת ההכנה ומתחיל הנסיון לביצוע העבירה?

ישנם 2 מבחנים חלופיים (לא מצטברים) לבדיקה:

- **מבחן הסרט האילום/מבחן הכוונה הניגלית מתוך המעשה** – זהו המבחן המקובל בישראל. הפעולה הראשונה הנעשית המראה את המטרה לביצוע העבירה באופן חד משמעי. זהו מעין סרט אילום שלא ניתן לדעת בו מה קורה בלב העבריין. (לדוגמא: אם בסרט האילום נראה עבריין הקונה כובע גרב ועושה בו 2 חורים, זוהי אינה פעולה המראה באופן חד משמעי את מטרתו. אולם, אם נראה פתק שעליו כתוב "זהו שוד" זה לא יותר ספק).
- **מבחן קרבת המקום והמעשה** – אם המעשה ממש קרוב במקום ובזמן, אזי הנאשם חרג מה
- 
- (מבחן פסיקה לפי פס"ד ברויאר).

**פס"ד ברויאר:**

עובדות: גמלה החלטה בלב המערער לשדוד סניף בנק. באחד הימים הגיע לסניף, ע"מ לבדוק אם מיקומו של הסניף מתאים לביצוע זממו. מס' ימים לאחר מכן, שב לשם והתכוון לממש תכניתו. הוא נשא על גופו סכין וכן פתק שהכין, חבש כובע וכד'. בהגיעו הבחין בקהל רב ולכן עזב המקום. לאחר כמה דקות שב בכוונה לבצע השוד, אולם טרם הספיק לבצע זממו, נעצר.

השאלה המשפטית: היש במעשיו בכדי לכונן את יסודות עבירת הנסיון או שמא לא חרגו מגדר הכנה?

הש' לוי:

- ניתן להטיל אחריות בגין נסיון באחת מ-2 דרכים חלופיות:

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

- (i) מבחן הקרבה להשלמת הביצוע – בחינה עד כמה המבצע היה רחוק מהגשמת תכניתו העבריינית. ככל שהיה קרוב יותר להשלמת העבירה, כך גוברת הנטייה לראות במעשיו ככאלה שחדרו ל"מתחם הנסיון".
- (ii) ביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונת העושה – נסיון לבצע עבירה קורה מהרגע בו המבצע ניגש לביצוע בפועל. מדובר בחוליה בשרשרת חוליות התנהגותיות שהיו מוליכות להשלמת היסוד ההתנהגותי אלמלא הופסקו. רציפות המעשים חשובה: ככל שהספיק לבצע סדרת פעולות ארוכה יותר טרם נתפס, או ככל שהקשר בין הפעולות שנעשו הדוק יותר, גדלה הנטייה לראותו כמי שהחל בביצוע. בנוסף, יש לבחון שמעשיו משקפים באופן חד משמעי את כוונתו. כלומר, מהנק' בה מתגלית באופן חד משמעי כוונתו לבצע את העבירה הקונקרטי, אז חצו את הגבול שבין הכנה לנסיון (=מבחן החד משמעות).

#### **פס"ד סריס:**

עובדות: המערער תפס את המתלוננת ומשכה בשערותיה אל עבר הסלעים בדרך עפר שוממה במטרה לקיים עמה יחסי מין אולם משהתקרבה מכונית למקום נאלץ לעזובה ולברוח בטרם נגע באבריה האינטימיים או הפשיטה.

השאלה המשפטית: האם מעשי הנאשם מגיעים כדי 'מעשה גלוי לעין' למימוש עבירת האונס כל עוד לא נגע באבריה האינטימיים של המתלוננת או ניסה להפשיטה, או שמדובר בתקיפה בלבד?

#### **הש' ברק:**

- נסיון לעבור עבירה הוא פעולתו של אדם המתחיל להוציא כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה, אולם אינו מגשים כוונתו עד כדי עשיית העבירה.
- עבירת הנסיון מורכבת מיסוד עובדתי ויסוד נפשי. היסוד הנפשי הוא היסוד הנפשי הנדרש לעבירה המוגמרת, בצירוף היסוד הנפשי לעבירת הנסיון עצמה – המטרה להשלים את העבירה המוגמרת.

#### **הש' קדמי:**

- בעבירת הנסיון, לא "תחילת המעשה האסור" נדרשת, אלא "תחילת הגשמת הכוונה", כלומר, רואים כמנסה מי ש"מתחיל להוציא את כוונתו לפועל".
- כאשר מוכחת הכוונה יש לבחון האם המעשה שנעשה הינו שלב משלבי הגשמתה – נסיון, להבדיל מהכנה - מעשה המכשיר את הקרקע בלבד להגשמה שתבוא מאוחר יותר.

#### **פס"ד סרור**

העובדות: המערער יצא לחפש את המנוח כשבידיו רימון אותו גנב מצה"ל. הוא מצאו בבית חבר משותף ולאחר התפתחות הסכימו לרדת מן הדירה ע"מ לישב הסכסוך בדרך אלימות. במטרה הודה הנאשם כי התכוון "לגמור אותו". בעודם בחדר המדרגות הנאשם הוציא הרימון מכיסו, שלף הנצרה, והחזיקו כך, שכל עוד לפות הרימון בידיו לא יתפוצץ. לפתע, הסתובב המנוח והנחית אגרוף על הנאשם, שגרמה לרימון להשמט ולהתפוצץ, ארוע שגרם לפציעת 4 בני אדם ביניהם הנאשם.

**השאלה המשפטית:** האם פעולות הוצאת הרימון ושליפת הנצרה מהוות 'מעשה גלוי' אשר בצירופו לכוונה, מקיים את עבירת הנסיון, או שמדובר בפעולת הכנה בלבד?

**הש' בן פורת:**

- כלל "המעשה האחרון" לא נקלט בארץ שכן אינו תואם את נוסח החוק. המעשה המהווה התחלת ביצוע אינו חייב להיות השלב האחרון של הביצוע. גם שלבים ראשונים של הביצוע יכולים להיות בגדר נסיון ובלבד שהם קרובים קרבה מספקת להשלמת המעשה הפלילי.
- אין יסוד לטענה כאילו נבלעה עבירת הפציעה (334) בנסיון לרצח. לצורך בדיקה אם נעברה עבירת הנסיון לרצח, אירוע ההתפוצצות כלל אינו רלוונטי ויש להתעלם ממנו.

**היסוד הנפשי:** עבירת הנסיון היא עבירה התנהגותית מסוג מטרה (המבצע שואף למטרה מסוימת ואינו מצליח להשיגה אותה) אם כך, יש להוכיח את היסוד הנפשי של העבירה המוגמרת + מטרה (= יחס שאיפת חיובי) לביצועה. לא ברור האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות הפסוקה כתחליף למטרה, ניתן להעלות אפשרות זו, כפי שמשמע בפס"ד אלבה (מצא בדעת מיעוט: ניתן, ברק בדעת רוב: יש לבחון כל עבירה בנפרד).

26. לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מוחמת מצב דברים שהמונסה לא היה מודע לו או טעה לגביו.

**חוסר אפשרות לעשיית העבירה**  
[תיקון התשנ"ד (מס' 3)]

**שאלת הצליחות:**

מה דינו של אדם המבצע עבירה שאין לו סיכוי להצליח בה (למשל: אדם היורה באקדח לעבר חיפה מת"א, ברור כי אין שום סיכוי להצלחה)?

- **מבין כי אין סיכוי להצליח** – לא ניתן להאשים. אם יודע שאין סיכוי להתגשמות העבירה => אין לו מטרה להגשימה => לא מתקיים היסוד הנפשי.
- **אינו מבין כי אין סיכוי להצליח** – ס' 26 אינו מקבל את עניין הצליחות כהגנה.

**פטור עקב חרטה:**

זהו עקרון המעניק לאדם שחצה את גבול הנסיון, אך התחרט ולא השלים את העבירה פטור מהעונש על עבירה זו ובלבד שההמנעות היא "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה".

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושיירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

כלומר, המנעות מסיבות חיצוניות דוגמת עבריו שאיננו יכול להמשיך בביצוע העבירה (למשל: עבריו שכבר נתפס ע"י המשטרה) – לא תעניק פטור עקב חרטה. ס' 28 דן באנשים המסוגלים להשלים את העבירה ומחליטים שלא לעשות זאת מרצונם החופשי.

ניתן לפרש את "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה" ב- 2 דרכים:

- **ריקון המילים "מתוך חרטה" מתוכן** - המילים הם חזרה על המילים "מחפץ נפשו בלבד", ולכן, כפי שהוחלט בפס"ד נחושתי, כל עוד ההמנעות היא מרצונו החופשי בלבד, אין זה משנה אם החרטה נעשית ממניעים מוסריים או כלכליים וכד'.

#### פס"ד נחושתי:

**עובדות:** חב' נחושתי הייתה מעוניינת בחתימה על הסכם כובל עם חברות אחרות, אולם המנכ"ל נסוג מההסכם מסיבות כלכליות.

**השאלה המשפטית:** האם חב' נחושתי זכאית לפטור עקב חרטה, בשל הפסקת ההסכם?

#### הש' קדמי:

- כל שיקול הגורם לאדם לעצור הוא שיקול ראוי, ואין זה משנה האם הוא שיקול מוסרי או לא. לכן גם אם חב' נחושתי התחרטה מסיבות כלכליות, כל עוד לא השלימה את ביצוע העבירה - זכאית לפטור עקב חרטה.
- **חרטה אמיתית** – בפס"ד מצראווה החליט ביהמ"ש כי המילים חשובות ולכן, התהפכה לחלוטין ההלכה מפס"ד נחושתי וכיום זוהי הגישה הרווחת. פטור עקב חרטה ינתן רק כאשר מדובר בחרטה אמיתית המהווה מעין "חזרה בתשובה" המובילה לכך שהעבריו כבר לא יהיה מסוכן לציבור.

#### פס"ד מצראווה:

**עובדות:** המערער שהסיע את המתלוננת ברכבו, סטה לדרך צדדית והביע רצונו לקיים עמה יחסי מין. היא הצליחה להתנגד לנסיונותיו לגעת בה, וכשרדף אחריה התפתח ביניהם מאבק שמהלכו נקרעו שמלתה ותחתונייה. המתלוננת הצליחה להכות את המערער כך שלבסוף עזב את המקום.

**השאלה המשפטית:** האם בטענת "פטור עקב חרטה" יש חשיבות לשאלה מדוע הופסק הנסיון, לאחר שכבר החל? ועל מי חלה חובת ההוכחה לקיום החרטה בתנאים הקבועים בחוק?

#### הש' אילן:

- בטענת פטור עקב חרטה נטל ההוכחה הינו על הנאשם. מידת ההוכחה היא המידה הנהוגת במשפט אזרחי. (ספק כשלעצמו אינו מספיק, וכן לא נדרשת הוכחה מעל כל ספק סביר).

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

- על חרטה להיות "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה". על הנאשם להוכיח 2 תנאים מצטברים:
  - (i) חדל מהנסיון מחפץ נפשו בלבד, ולא בגלל נסיבות חיצוניות.
  - (ii) החדילה נובעת מחרטה.
- במקרה זה, גם אם הפסיק הנאשם מחפץ נפשו, הרי שלא מחפץ נפשו בלבד, אלא מפני שנתקל בהתנגדות בלתי צפויה ולא מחרטה על מעשיו. ס' 28 דן ב"בעל תשובה" ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות.
- כאשר מדובר בעבירה תוצאתית והנאשם השלים הפעולות הדרושות לכך שהתוצאה האסורה תקרה - עשה מתוך חרטה 'תרומה של ממש' שנועדה למניעת התוצאה.
- סייג לפטור – כל עבירה אחרת שהושלמה תוך כדי הנסיון לביצוע עבירה – אינה פטורה.

המשך ס' 28: "אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלת אחרת שבמעשה".

כל עבירה אחרת שהושלמה בדרך אינה פטורה. (למשל: אדם שמכה מישהי מכות נמרצות במטרה לאנוס אותה ומתחרט באמצע, פטור עקב חרטה, יעניק לו פטור מהנסיון לאנוס, אך הוא עדיין יואשם בתקיפה)

#### **11. צדדים לעבירה**

(1) מבצע, משדל, מסייע

חוק העונשין - סעיפים 29 - 34 ד'

\* דנ"פ 1365/96 משולם נ' מ"י, פ"ד נב(5) 1

\* ע"פ 4693/01 מ"י נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580

\*ע"פ 8469/99 אסקין נ' מ"י, פ"ד נה(2) 65

\* ע"פ 320/99 פלונית נ' מ"י, פ"ד נה(3) 22

\* רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מ"י, פ"ד נו(3) 187

\* ע"פ 2111/99 חיירו נ' מ"י

### 1.1 הקדמה

סעיפים 29-34 מדברים על הטלת אחריות פלילית לשותפים לדבר עבירה-עוזרים, מסייעים, משדלים ומבצעים (באמצעות אחר). הרציונל הינו כי מי שנכון לתרום להגשמת מטרה משותפת, כשהוא מודע לפחות לאפשרות שהגשמת אותה מטרה כרוכה בפגיעה בערך חברתי כלשהו, ראוי להענישו. התנאי להפעלת דיני השותפות הינו קיומם של מס' אנשים אשר התלכדו סביב פעולה בלתי חוקית כשהם "מצוידים" במחשבה הפלילית הנדרשת לאותה פעולה.

1. מבצע בצוותא: כל אחד מהמבצעים בצוותא נחשב לשותף עיקרי ושיר. (ס' 29)
  2. משדל: **נחשב לצד עיקרי**(המוח), אבל צורת השותפות שלו היא עקיפה. ברוב המקרים המשדל לא נוכח במקום ביצוע העבירה ולא עושה את הפעולות הפיזיות ולכן רואים אותו כצד עקיף. (ס' 30) – זוכה לעונש מלא!
  3. מסייע: המסייע הוא שותף/צד משני ותרומו לעבירה היא משנית. השותפות של היא עקיפה. (עד שנת 95 היה עונשו של המסייע כמו המבצע העיקרי) (ס' 31) – עונשו לאחר התיקון חצי מהמבצע העיקרי.
- סעיף 34 ג-** אין ענישה בגין סיוע ושידול לעבירות שהן חטא.

### 1.2 המבצע

#### סעיף 29א: מבצע

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

סעיף 29 מגדיר שלושה סוגי מבצעים - מבצע יחיד, מבצע בצוותא ומבצע באמצעות אחר:

#### 1.2.1 מבצע יחיד-

אינו מוזכר בשמו אך ניתן ללמוד עליו מלשון הסעיף. אצלו חייבים להתקיים כל היסודות העובדתיים והנפשיים הרגילים של העבירה. זה שהוא מבצע יחיד לא אומר שאין לו שותפים (מסייע ומשדל).

#### 1.2.2 מבצע בצוותא-

#### סעיף 29ב: מבצע באמצעות אחר

(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.

**היסוד העובדתי** - מדובר על פעילות הנעשית בו זמנית ובצוותא על ידי כמה מעורבים כאשר אלה נוטלים בו חלק מכוח תכנית משותפת ויחד הם מקיימים את כל היסוד העובדתי. כל אחד מהמבצעים נושא במלוא האחריות על העבירה כאילו היה מבצע יחיד. המבצעים בצוותא משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית כולם עבריינים ראשיים. לעניין הביצוע, תיתכן חלוקת עבודה באופן שיפעלו במקומות שונים ובזמנים שונים אך חלקו של כל אחד מהותי להגשמת התכנית המשותפת (**הש' מצא** - ישנו **קו** שלפניו כל המעשים נחשבים

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

הכנה ואחריו כל המעשים נחשבים ניסיון). בנוסף, למבצע בצוותא שליטה פונקציונאלית יחד עם האחרים על העשייה העבריינית והתפתחותה. מבחינת היסוד העובדתי- לא נדרש שכל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה אלא שהתכנון חייב להיות משותף- כלומר קשר רגשי חזק בין השותפים.

באשר לנוכחות במקום העבירה קובע השופט מצא כי בעידן המודרני אין צידוק לדרישת נוכחות שכן אדם יכול לשלוט בנעשה גם אם לא התקרב למקום הביצוע בעצמו.

**לעניין ההבחנה בין המבצע למשדל – ההלכה נקבעה בפס"ד משולם –** המבצע שייך למעגל הפנימי, המשדל שייך לחיצוני – למשדל אין שליטה בשטח, הוא נשאר בבית. משולם שלא היה באותו יום – נחשב למבצע – בשל התקיימות שלל המבחנים של הש' מצא. הפסיקה מבלבלת מעט בין המבצע למשדל, היא מרחיבה את מעגל האחריות ופוגעת בעקרון החוקיות. לחקיקה יש תשובה פשוטה הרבה יותר – המשדל, לפי 34א' ולפי 34ג' – זכאי ליותר מאשר המבצע.

**המבחן המשולב- הש' מצא מתייחס למבחנים של ברק (בפס"ד לוי ופלוניס) בפס"ד משולם:**

**פס"ד משולם-תזכורת:** עוזי משולם עמד בראש עמותה, שמטרתה המוצהרת הייתה חשיפת סיבת העלמם בראשית ימיה של המדינה, של ילדים מעדת בני תימן. משולם וחסידיו התבצרו בביתו והתחמשו בנשק. המגעים עימם נמשכו שבעה שבועות, בסופם נלכדו משולם ועוזרו בפגישה עם מפכ"ל המשטרה, לאחר שמשולם איים, כי אם לא יחזור אל חסידיו, יפתחו באש "כדי לירות לשוטרים בין העיניים, לפי ההלכה". לאחר מכן, לאחר עימותים בנשק חם עם המשטרה וירי לעבר מסוק משטרתי, ומשאו כי משולם נתפס, הסגירו חסידיו משולם עצמם גם.

השופט מצא קבע כי בכל מקרה שבו מס' אנשים קשורים לעבירה אחת, כדי לקבוע האם הם מבצעים עיקריים יש לבדוק את הדברים הבאים:

1. **מבחן הקרבה(מבחן המעגלים):** האם הם שייכים כולם למעגל אחד שבתוכו לכל אחד יש תפקידים שונים? אם הם פועלים כמעגל חבורה ותכננו יחדיו את המהלכים המשותפים הרי הם נחשבים מבצעים בצוותא.

2. **מבחן השליטה:** באיזו מידה, זה שלא תכנן ולא היה שייך למעגל קרוב, היתה לו שליטה או יכולת להניא את חבריו מהעבירה. אם יכל הוא מבצע בצוותא.

**יש להפעיל מבחן משולב:**

(1) במשולם, המבחן החשוב הוא **מבחן השליטה** – על המעשה או על הביצוע. אם אתה יכול למנוע אותו אז אתה מבצע.

(2) המבחן השני הוא **מבחן המעגלים של ברק** – ככל שאתה יותר קרוב, אתה תהיה מבצע.

(3) **מבחן הנוכחות** – היעדר הנחיצות של להיות במקום – משולם- קבעו שהוא ביצע את העבירה!  
**המבחן המשולב-** לא ניתן בעזרתו לקבוע בוודאות מי מבצע בצוותא ומי מסייע. זהו אך ורק קו מחשבה. כמה שיש קשר נפשי / רגשי / שאיפתי בין אנשים העושים משהו ביחד – אפשר לוותר על שותפות עובדתית. ולהיפך, כאשר בין אנשים יש שותפות עובדתית מאוד חזקה (באמת עובדים ביחד) הרי ניתן לוותר על מנות של קשר רגשי / נפשי / שאיפתי.

בית המשפט העליון רוצה לראות בעיקר האם הם תכננו ביחד את העבירה בשלב קודם.



**איך מבחינים בין מבצע בצוותא (סעיף 29 ב) לבין מסייע (סעיף 31):**

- **מבצע בצוותא: היסוד הנפשי** - הס' אינו מציין דבר בקשר ליסוד הנפשי הנדרש. היסוד הנפשי של המבצעים בצוותא הינו היסוד הנפשי של העבירה. "נדרש, כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהא היסוד הנפשי של העבירה שאותה הם מבצעים. כן נדרש כי הם יהיו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא" (פס"ד חיירו). כמו כן יש להוכיח גם מודעות של השותפים לעצם הביצוע בצוותא, מהטעם שבעבירה הדורשת מחשבה פלילית יש להוכיח מודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי באשר הם. לא ייתכן ביצוע בצוותא ברשלנות כי מחויבת מודעות.
- **מסייע: היסוד הנפשי** - "אך מבחינת היסוד הנפשי הדרוש למסייע, הרי שצריכה הנתונה להיות מלווה בכוונה לסייע לאותה עבירה שבוצעה, ולא לעבירה כלשהי. ההבחנה יכולה לבוא ביחס החפצי כלפי ביצוע העבירה. יחסו הנפשי של המסייע חלש מזה של המבצע העיקרי" (פס"ד חיירו).  
האם תיתכן שותפות ספונטנית לביצוע עבירה? כן אך עדיין יש להוכיח יסוד נפשי-  
**פס"ד בביזאיב תזכורת:** המשיב הועמד לדין בגין עבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות. ביהמ"ש זיכה אותו מעבירה זו והרשיע אותו בעבירה של תקיפה. הזיכוי נבע מן הטעם שהמתלונן לא זיהה את המשיב ולפיכך לא ניתן היה להרשיע אותו אלא רק בעבירת תקיפה.  
המדינה טענה כי אפילו שלא הכיר המשיב את התוקפים ולא נועד אתם מראש לתקוף את המתלונן, ברגע שהצטרף אליהם יש לראותו כמי שחבר אתם לביצוע המעשה. חבירה יחד אינה דורשת "היוועדות, או תכנון מוקדמים". השאלה המשפטית: האם השתתפותו של המשיב בהכאתו של המתלונן עושה אותו למבצע בצוותא? השופט ד' ביניש: במסגרת היסוד העובדתי של הנסיבה המחמירה נדרש להוכיח כי שניים או יותר חברו יחדיו לשם ביצוע העבירה. במסגרת היסוד הנפשי-על הנאשם להיות מודע לכך שהוא חובר לאחד או אחרים לשם תקיפת קורבן העבירה, וכך מודעות לאפשרות כי ייגרמו לו חבלה חמורה או פציעה. המונח "חברו יחד"- מבחינה לשונית טמונה בהצטרפות האיחוד. הפרשנות המשפטית מורכבת מקשר פנימי- החוברים יחדיו הם הלכה למעשה מבצעים בצוותא וקשר חיצוני- קיימים שני סייגים: ביצוע בצוותא אינו מהווה נסיבה מחמירה בעונש. שנית, נוכחות פיזית בזירת העבירה אינה תנאי לנשיאה באחריות כמבצע בצוותא. על כן- הצטרפות אפילו שהייתה ספונטאנית, תוך נטילת חלק בתקיפת הקורבן ומודעות לאפשרות של גרימת חבלה חמורה שנתממשה יש בה כדי להטיל אחריות פלילית.

**1.2.3 מבצע באמצעות אחר-**

**סעיף 29ג: מבצע באמצעות אחר**

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

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

אדם המשתמש באדם אחר ככלי לביצוע העבירה, על מנת שהאחר יהיה פטור מאחריות פלילית עליו להיות נתון במצב שמגדיר ס' 29(ג). במקרה של מבצע באמצעות אחר יש רק אדם אחד שיהיה אחראי בפלילים- המפעיל וזה בשונה ליתר השותפויות שבהם יש קשר בין כמה אנשים ולכן תוטל עליהם אחריות בפלילים. מאם האחר לא היה נתון באחד מאותם מצבים אין הוא "סוכן תמים" שכן הוא בעל מחשבה פלילית ועל כן מדובר ב"שידולי".

**היסוד הנפשי**- יש להוכיח כי המבצע באמצעות אחר בעל דרגת מחשבה פלילית נדרשת לביצוע העבירה ובעל מודעות לכך שהאחר הינו "כלי בידיו".

#### **הרכיב ההתנהגותי של האחר:**

**קטין** – אדם שטרם מלאו לו 12. מהרגע שמלאו לו 12 הוא אחראי בפלילים. **אי שפיות** – סעיף 34ח – כהגנה מאחריות פלילית נשאלת השאלה האם היה בלת שפוי בעת שביצע את העבירה. אי השפיות מתבטאת בשלושה רבדים : הרובד הראשון – מי שטוען שאיננו שפוי צריך לשכנע את בית המשפט שהיה חולה במחלה שפגעה בנפשו. הרובד הראשון יכול להתקיים רק ביחד עם הרובד השני. הרובד השני – האדם לא הבין את מה שהוא עושה ואת הפסול במעשהו. הרובד השלישי – הקשר הסיבתי בין מחלת הנפש לבין הרובד השני- העשייה צריכה לנבוע ממחלת הנפש. אדם שיימצא פטור מאחריות פלילית בשל אי שפיות (לפי סעיף 34ח) יישלח בעל כורחו לבית חולים לחולי נפש עד ששם יחליטו שהוא בריא ואיננו מסוכן יותר לציבור.

**היעדר שליטה**- סעיף 34ז – כפייה גופנית – אדם א' לוקח את ידו של ב' ומבצע באמצעותה עבירה באמצעות כוח. במקרה כזה, אם א' באמת כפה על ב' בכוח לבצע את העבירה, יראו את ב' כפטור ואת א' כאחראי. **כורח** – סעיף 34יב- א' אדם רע. מכוון אקדח ל-ב' – איש טוב. א' מצווה על ב' לבצע עבירה על ג'. ג' איש טוב. האם מגיע ל ב' פטור מאחריות פלילית על שהרג את ג' בגלל שאוים על ידי א'?

כשמתקיימים התנאים המופיעים שם, ב' יהיה פטור ו-א' יהיה חייב.

**סעיף 29(ד)** קובע כי לא בכל העבירות יכול הביצוע באמצעות אחר לבוא בחשבון.

#### **סעיף 29ד:**

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

**דוגמא**- נניח שיש עבירות שרק עובד ציבור אסור לו לבצע. שוחד למשל, אפשר לבצע רק מול עובד ציבור, רק הוא יכול להיות מורשע בקבלת שוחד. סעיף זה עונה על מה הדין כאשר אדם (למשל עובד ציבור) מקבל לידי דבר (שוחד) מאדם אחר שמותר לו כביכול לבצע את העבירה. תכונתו של הכלי (עובד הציבור) עוברת אל המפעיל שלו. המפעיל שלו הופך להיות עובד ציבור.

#### **1.3 המשדל-**

"תמצית השידול היא בהבאת אחר לידי ביצוע העבירה, קרי בתרומת המשדל ליצירת ההחלטה או לגיבושה לבצע את העבירה" **(בייניש בפס"ד אסקין)**.

#### **סעיף 30: משדל**

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

גם המשדל הוא עבריין עיקרי ולאחר תיקון 39 צפוי לאותו עונש כמו מי שביצע את העבירה בעצמו. בסעיף 30 מדובר בתרומה עקיפה של המשדל להתממשות האירוע העבריני, כאשר התרומה היא במישור הנפשי "המביא אחר" – צריך שיהיה מופנה כלפי קבוצה מסוימת אם מופנה הוא כלפי קהל בלתי מוגדר נחשב הדבר להסתה ולא לשידול.

**פס"ד אסקין-תזכורת:** המערער הואשם בשני אישומים: שידול להנחת ראש חזיר כרות על קבר בבית קברות מוסלמי. שידול להצית את סניף תנועת דור שלם דורש שלום בירושלים. הרקע להרשעתו של המערער ב"שידול" הוא "יחסי הכפירות" שנהגו בין המערער-שהיה מודע למעמדו הדומיננטי מול פקוביץ. השאלה המשפטית: האם התנהגותו של המערער עולה עד כדי שידול? השופטת ד' ביניש: במעשיו של המערער קיימים יסודות ה"שידול". תמצית השידול הפלילי היא בהבאת אחר לביצוע העבירה, בתרומת המשדל ליצירת ההחלטה או לגיבוש לבצע את העבירה. השידול עשוי לבוא במגוון דרכים והתנהגויות ועיקרה בעלת "אפקטיביות פוטנציאלית", כך שמתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לתחילת ביצוע העבירה יחסי הכפירות מעידים כי התנהגותו של המערער עולה לכל הפחות כדי "עידוד" לעשיית עבירה.

### **1.3.1 היסוד העובדתי:**

**רכיב התנהגותי-** התנהגות בעלת "אפקטיביות פוטנציאלית" להבאת אדם לבצע פשע כך שיתקיים קשר סיבתי. שידול יכול להיעשות על דרך של מחדל (לפי סעיף 18ב) אך הדעה הרווחת היא שנדרש מעשה אקטיבי כתנאי הכרחי להתגבשות השידול הפלילי ויש הגורסים כי השידול אינו אפשרי על דרך למחדל. **רכיב נסיבתי-** קיומו של "משודל" – השידול להבדיל מביצוע באמצעות אחר מניח משודל האחראי בפלילים והמודע למשמעות הפלילית של המעשה שלעשייתו משדלים אותו. קיומו של אחר הדרוש ה**נעה מנטאלית** לצורך קבלת ההחלטה לבצע את העבירה – עשוי להתקיים גם במצבים בהם הרעיון העבריני עלה לראשונה במחשבתו של ה"משודל", אך טרם גובשה אצלו ההחלטה לבצעו. אם ההתנהגות המשדלת היא שהביאה לגיבוש החלטתו הסופית של ה"משודל" הרי נתקיים היסוד העובדתי הנדרש בעבירת השידול (אסקין).

**רכיב תוצאתי-** ביצוע העבירה ע"י המשודל – עבירת השידול היא עבירה תוצאתית. נאמר "עבירה" ולא "העבירה" היא צריכה להיות נגזרת לעבירה מושא השידול. **צריך להתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה ע"י המשודל-** יש להוכיח כי ההתנהגות של המשדל היא זו שגרמה למשודל לבצע את העבירה והבדיקה תעשה בהתאם למבחנים הרגילים של הקשר הסיבתי-המבחן העובדתי (אלמלא) והמבחן המשפטי (מבחן הצפיות). אין צורך שעבירת השידול תהיה מושלמת, אלא רק שתעבור את גדר ההכנה בלבד.

### **למה חשוב להבדיל בין מבצע בצוותא ומשדל?**

אחת ההשלכות נמצאת בסעיף 34א: המבצעים בצוותא אחראים כולם לעבירות נוספות, אבל המשדל (לפי סעיף 34א(א)(2)) אינו אחראי לעבירות נוספות. המשדל ישא באחריות לעבירה הנוספת או השונה רק כעבירה של רשלנות. היסוד הנפשי הוא יחס שאיפתי לתוצאה שתוכננה.

**ההבחנה בין מבצע למשדל – "שליטה ארגונית ורב עבריינים":** רב עבריינים הינו ה"מושך בחוטים" לכיוון ביצוע העבירה, אולם אינו עושה פעולות פוזיטיביות לביצועה. בפס"ד משולם הייתה מחלוקת לגבי חלקו המשפטי של רב עבריינים:

א. **דורנר** טענה שאם ניטול מן הביצוע בצוותא את התרומה הפיסית-מתן הנחיות בעת ביצוע העבירה יוותר שידול גרידא-הדבר מתחייב מעקרון החוקיות.

ב. **מצא, קדמי, חשין וברק** סברו כי יש לראות ברב עבריינים מבצע בצוותא או כמבצע באמצעות אחר אם כי האחרון לא אידיאלי.

חשיבות הסיווג הינה לעניין "עבירה שונה או נוספת" שכן אם ייחשב כמבצע בצוותא יישא באחריות לעבירה הנוספת – אם נעברה בכוונה- באדישות לעומת אם יסווג כמשדל או מסייע יישא באחריות לה כרשלנות וההבדל כאמור הוא בעניין העונש.

### **1.3.2 היסוד הנפשי:**

שידול יכול להיות גם בשתיקה – אי הבעת הסתייגות.

ביניש קבעה בפרשת אסקין כי לרכיב התוצאתי של עבירת השידול לא ניתן להסתפק בפזיזות **ויש להוכיח כוונה**- והתקיימותן של שתי דרישות:

א. על המשדל להיות מודע לכך שש בהתנהגותו כדי להביא את האחר לידי ביצוע העבירה (מודעות לטיב ההתנהגות ומודעות לקיומו של האחר הזקוק הנעה מנטלית).

ב. על המשדל להתכוון להביא את המשדל לידי ביצוע העבירה יעד השידול. **השידול צריך להיות מלווה בשאיפה**- מטרה מצד המשדל כי העבירה אכן תבוצע. דרישה זו אינה מתחייבת מסעיף 30 אך ביניש קובעת אותה על סמך שלושה טעמים: (1) היא מתחייבת מאופיו התכליתי של השידול (2) הטלת אחריות על אדם רק בגלל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אדם אחר היא בעייתית במיוחד כאשר עונשו זהה לשל המבצע העיקרי (3) על טיבו של היסוד הנפשי אפשר ללמוד מהשוואה לדינו של המסיע בסעיף 31- בעוד שעונשו הפך להיות מחצית עונשו של המשדל זהה לשל המבצע העיקרי.

המשדל צריך שיהיה לו **יחס שאיפתי חיובי** לכך שהעבירה העיקרית תבוצע. ניתן להוכיח את הכוונה לשדל באמצעות "הלכת הצפיות" כיוון שהיא **עבירת כוונה תוצאתית** (ביניש באסקין).

### **1.3.3 ניסיון לשידול-**

#### **סעיף 33: ניסיון לשידול**

"הניסיון לשדל אדם לבצע עבירה, עונשו-מחצית העונש שנקבע לביצועה העיקרי ואולם אם נקבע לה (1) עונש מיתה או מאס עולם חובה-עונשו מאסר עשרים שנה; (2) מאסר עולם-עונשו מאסר עשר שנים; (3) עונש מזערי-עונשו לא יפחת ממחצית העונש המזערי; (4) עונש חובה כלשהו-הוא יהיה עונש מרבי, ומחציתו תהא עונש מזערי".

**אדם מנסה לשדל כשהוא מנסה לשדל ולא מצליח. שתי צורות אחרות בהן שידול יכול להיכשל:**

1. האדם שעליו הופעל השידול לא שוכנע מלכתחילה: א' מנסה לשכנע את ב' לשדוד אבל ב' אומר שזה לא רעיון טוב. א' מנסה לשדל. מלכתחילה לא הצליח השידול.
2. ב' שוכנע אבל לא עשה שום דבר. אם נשוא הפנייה השתכנע ברעיון אז ניתן לראות את זה כהצלחה. אבל זה לא כך- זה ניסיון לשידול. א' ניסה לשכנע את ב'. ב' אמר שזה רעיון מצוין. לאחר שיחה קצרה ב' השתכנע. אם 5 דקות אחרי השיחה, ב' מת, או נניח ש-ב' מחליט לעשות דבר אחר. האם מדובר בניסיון לשידול מצידו של א'?

? כן. אם ב' לא יצא אפילו לניסיון לשוד, הרי שמדובר בניסיון לשידול לשוד. אם ב' היה יוצא לניסיון – הרי שהיה מדובר בשידול לניסיון. (הפכים).

#### **1.3.4 שידול לניסיון-**

המשדל לא שידל לניסיון אלא להצלחה. אך יכול להיות שאדם שידל לניסיון (כאשר העבירה לא באמת הצליחה)? הפתרון טמון בכך שניסיון הוא עבירה כשלעצמה.

#### **1.3.5 אבחנה בין מבצע באמצעות אחר למשדל-**

כאשר משדל פועל תוך כדי איום, הסיטואציה דומה למבצע באמצעות אחר בכורח, כדי להבחין בין השניים יש לבדוק האם התקיימו יסודות הגנת הכורח, אם לא- מדובר בשידול וה"אחר" חייב בפלילים.

#### **1.4 המסייע-**

ההתנהגות המסייעת, בכוחה לתרום בצורה עקיפה לביצוע העבירה העיקרית, עונשה מחצית העונש שנקבע בחיקוק המקורי מלבד 4 חריגים (המפורטים בסעיף 32). אין ענישה על סיוע לעבירות חטא.

##### **1.4.1 היסוד העובדתי-**

עבירת הסיוע היא עבירה התנהגותית

**רכיב התנהגותי-** מאפיין את ההתנהגות המסייעת הוא שיש בה כדי ליצור את התנאים להגשמתו של היסוד העובדתי ע"י המבצע העיקרי. ההתנהגות המסייעת- בין במעשה ובין במחדל מתאפיינת בכך שיש בה לאפשר, להקל או לאבטח את ביצוע העבירה העיקרית (ברק בפס"ד פלונית). **לא נדרש קשר סיבתי חזק בין מעשה הסיוע והעבירה העיקרית** היא יכולה להתקיים גם בלי הסיוע. התרומה לא חייבת להיות חיונית, לא נדרשת תרומה בפועל, אלא זו יכולה להיות פוטנציאלית, התביעה לא צריכה לשכנע את בית המשפט מעל ספק סביר כי התרומה אכן עזרה לעבירה ("יצירת תנאים").

**פס"ד פלונית תזכורת:** המערערת וחברה שהו בפנימייה המנוח היה מדריכם החברתי ובין השלושה התגלעו מחלוקות על רקע משמעותי. חברה של המערערת תכנן לרצוח את המדריך החברתי וסיפר לה כיצד הוא מתכנן לבצע את הרצח ובתגובה היא **הציעה לו דרך אחרת, מועילה יותר**. המערערת עזרה לו להתכונן וזה הצהיר בפניה כי הדבר נועד **"כדי להרוג את תומר"**. בלילה של המקרה אמרה לו המערערת שאולי לא כדאי לעשות זאת, אך מעבר לכך לא עשתה דבר **על מנת למנוע את יציאתו**.

ביהמ"ש קמא החליט כי אין להרשיעה בעבירת רצח ודעת הרוב הייתה להרשיעה בסיוע לרצח. **הנשיא א' ברק:** הסיוע הוא עבירה בפני עצמה-המאפיין את ההתנהגות המסייעת הוא שהיא מהווה תרומה עקיפה ומשנית לביצועה של העבירה העיקרית, והמסייע הוא אינו אלא שותף זוטור למבצע העיקרי. **עבירת הסיוע היא עבירה התנהגותית**. מעשה הסיוע צריך להיות "מסוגל" לסייע להגשמתה של העבירה העיקרית-אין דרישה שיהיה אפקטיבי. בפס"ד פוליאקוב קבעו השופטים כי היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הסיוע הוא המודעות בלבד. השופט ברק קובע שלדעתו **נוסף על המודעות נדרש גם מצב נפשי של מטרה או תכלית לסייע לעבריין העיקרי**- ("כדי") המערערת פעלה במטרה לסייע לדי להגשים את מזימתו. במקרה דנן הוכח היסוד הנפשי אצל המערערת ואין לשחררה מאחריותה כמסייעת לרציחתו של תומר.

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

- האם דיבור או הבטחה הינם בגדר "מעשה" שייחשב סיוע? כן ע"פ דברי ההסבר להצ"ח.
- האם ניתן לבצע סיוע על דרך של מחדל? סעיף 18 קובע כי מעשה הוא לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת.
- האם ניתן לסייע בדרך של מחדל לעבירה שהיא מעצמה עבירת מחדל? כן, ע"פ פס"ד ויצמן (ראה ניתוח תחת מחדלים).

#### **רכיב נסיבתי-**

עיתוי הסיוע- יכול שיהיה לפני עשיית העבירה העיקרית או בשעת עשייתה. תחילת ביצוע ע"י העבריין העיקרי- בפס"ד פלונית נקבע כי אין דרישה שהעבירה העיקרית הושלמה אלא בכך שהעבריין העיקרי ניגש לביצועה.  
אין צורך להוכיח קשר סיבתי (להבדיל מהמשדל).

#### **1.4.2 היסוד הנפשי-**

עבירת הסיוע הינה עבירה שותקת ולכן נדרשת מחשבה פלילית המוגדרת בסעיף 20(א):  
(1) מודעות לכך שההתנהגות מסייעת. (2) מודעות לפליליות המעשה.  
המחוקק משתמש בביטוי "כדי" והסיוע צריך להיות כדי להשיג משהו- חייב להיות יחס שאיפתי חיובי. הדילמה של ביהמ"ש היא האם היחס השאיפתי החיובי צריך להיות לעבירה העיקרית (האם פלונית צריכה לרצות שהקורבן ימות בעת שעושה את מהלכי הסיוע) או שהיחס השאיפתי החיובי צריך להיות לעצם הסיוע (ולא לעבירה העיקרית)? פלונית רצתה לעזור לאהובה, היא עזרה לו בהשגת כלי הרצח ועשתה זאת מרצון לעזור לו. האם היא רצתה שהמדריך ימות? התשובה היא, במקרה הנוכחי, לא. הש' ברק קובע (פס"ד פלונית) כי נוסף למודעות נדרש מצב נפשי של מטרה או תכלית לסייע לעבריין העיקרי. לעיתים המסייע אינו מעמיד לנגד עיניו את מטרת הסיוע אף שזו מתבקשת. במצב כזה יש מקום להחיל את הלכת הצפיות-שקולה כנגד המטרה לסייע.

**בעבירה תוצאתית המסייע לא צריך להתכוון לכך שהמבצע אכן יגיע לתוצאה הסופית**, אלא רק להתכוון לסייע-אין דרישה כי המחשבה הפלילית של המסייע תהא זהה עם זו של העבריין העיקרי ואין לדרוש כוונה מצידו.

**למה אדם עושה משהו לעזור לאדם אחר בלי אכפתיות למה האדם האחר יעשה? – אהבה.** אהבה היא כמובן לא הסיבה היחידה לסייע. (א' רוצה לקנות אקדח מ-ב' מהעולם התחתון ובי' עזר ל-א' תמורת כסף. ל-ב' לא אכפת אם הנשק יהרוג את ג', או ד' או אף אחד – תשובתו היא לא, ועדיין ייחשב כמסייע). **האם יכול להיות נתק נפשי גמור בין מעשה הסיוע לבין העבירה העיקרית?** לא, נדרש שלפחות הוא יהיה מודע שעבירה פחות או יותר ספציפית תבצע בחסות או בעזרת הסיוע הזה (שמשהו קונקרטי יבוצע).

#### **השאלה הגדולה היא מה הגבול העליון והתחתון:**

סיוע לא צריך שיהיה לו קשר סיבתי חזק לעבירה המתרחשת בפועל - להפך, אם יש קשר סיבתי חזק כנראה מדובר במבצע בצוותא. לכן סיוע יכול להיות גם כאשר זו תרומה שאיננה הכרחית. כל שצריך לעשות זה לתרום תרומה כלשהי. ביהמ"ש מדבר על היחס הנפשי הנדרש לעצם הסיוע. האם זה צריך להיות יחס שאיפתי? כאשר העליון עונה בפרשת פלונית כי סעיף 31 הוא בעצם עבירת מטרה הוא אומר דבר בעל השלכה גדולה:

**האדם שעוזר צריך לרצות לעזור ולא מספיק שהוא אכן מבין את אפשרות קרות התוצאה.**

השופט ברק אומר שסעיף 31 משתמש במילה "כדי". אי אפשר להתעלם מהמילה הזו, כלומר צריך להיות יחסי שאיפתי חיובי לעזור ולסייע.

**1.4.3 שילוב של שידול וסיוע-**

מעשיו של אדם מהווים הן סיוע והן שידול. האם יואשם בשניהם? הפתרון- שתי אפשרויות:  
א. לא יואשם בשתי עבירות אלא רק בעבירה החמורה, שהיא עבירת השידול.  
ב. המשדל מסייע ברמה מעורבותו כה גבוהה עד שהיא מאפשרת לצרף את השידול והסיוע ולהתייחס אליו כאל מבצע עיקרי.  
העונש המקסימאלי בשני המקרים זהה אך יש לכך נפקות במישורים אחרים.

**1.4.4 סיוע לניסיון-**

ניסיון מוגדר בחוק כעבירה לכשעצמה- אדם נתן כלי ירייה לאדם אחר ומה שעשה זה שנתן את כלי הירייה – עומד בעקרונות הסיוע. התקיים בו היסוד הנפשי, היה לו יחס שאיפתי חיובי לעזור וכו'. אם האדם שקיבל את הסיוע לא הצליח בעבירה, מי שסייע לו יהיה מסייע לניסיון.

**1.4.5 ניסיון לסיוע-**

אדם שניסה לסייע ולא הצליח לו, מפני שלא הייתה לפעולתו יכולת לסייע בעולם המציאות. השאלה העקרונית היא האם בכלל אפשר לגזור מנגזרת? הוא ניסה לסייע ולא הצליח, האם זו עבירה? התשובה היא לא.

**פס"ד ויצמן (ראה מחדלים)**

**סיכום: ההבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע.**

- א. **מעגל פנימי וחיצוני** - מעגל פנימי = מי שהוא חלק מן העבירה ומקדם אותה-מבצע. מעגל חיצוני = מי שמקבל את ביצוע העבירה וניתן היה לבצע בלעדיו- מסייע (פס"ד רוש).
- ב. **מבחן השליטה הפונקציונאלית**- המבצעים בצוותא יכולים לפעול רק ביחד שכן בידי כל אחד נתון גורלו של הביצוע כולו. המסייע לא יוזם או שולט (**פס"ד משולם**). על-פי הלכת משולם, מבחן זה הינו מבחן עזר חיוני בלבד- באם מתקיים, מדובר במבצע בצוותא אולם באם לא, הוא לאו דווקא מסייע ולא מבצע בצוותא.
- ג. **מבחן הנוכחות**- המציאות המודרנית מאפשרת לבצע עבירה גם בלי להיות נוכח בזירה (דנ"פ משולם- בניגוד לדורנר, במשולם, שקבעה כי על העבריין להיות נוכח במקום כדי להיות מבצע בצוותא).
- ד. **מבחן התכנון המוקדם**- השתייכות השותף לביצוע בצוותא או לסיוע נעוצה בהשתתפותו בתכנון המוקדם של ביצוע הפיסי של העבירה. השתתף ב"תכנון מוקדם" = מבצע בצוותא, לא השתתף = מסייע.
- ה. **מבחן הניסיון** - (הוצע ע"י פרופ' גור אריה והפסיקה ראתה אותו כמבחן עזר בלבד- יש לבדוד את חלקו של כל משותף בהתרחשות העבריינית. לאחר הבידוד יש לבחון במישור היסוד העובדתי בלבד אם מעשיו נכנסים לתחום הניסיון לדבר עבירה, שאז מדובר בביצוע בצוותא.
- ו. **המבחן המשולב**- החלתו של מבחן אחד מעוררת קשיים ואין בנמצא מבחן מכריע. שני סוגים של מבחנים משולבים: (1) **ככל שהיסוד הנפשי חזק יותר הדרישה נמוכה יותר לקיום היסוד העובדתי**. (2) בודקים את כל המבחנים הקודמים ומתמקדים במבחן השליטה.

1.4.6 פטור עקב חרטה סעיף 34-

**סעיף 34: פטור עקב חרטה**

"(א) משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לניסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.  
(ב) "רשויות", לעניין סעיף זה- משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך ע"פ דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה".

משדל או מסייע לא יישאו באחריות פלילית באחד משני המקרים: (1) מנע עשיית העבירה או השלמתה. (2) הודיע לרשויות לשם מניעה. הפטור דומה לפטור עקב חרטה לניסיון אולם ישנם מס' הבדלים מהותיים:  
א. סעיף 34 אינו דורש חרטה של ממש אלא הפסקת פעולה.  
ב. בסעיף 28 (חרטה לניסיון) האדם צריך להוכיח (נטל ההוכחה על ההגנה) שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מביצוע המעשה. מילים אלה אינן מופיעות בסעיף 34- התוכן שונה.  
ג. סעיף 34 מדבר על פעולות קונקרטיות שעל המסייע או המשדל לבצע כדי להשיג את הפטור עקב חרטה- איננו מדבר על חרטה נפשית. נראה שסעיף 34 לא דורש "תשובה רוחנית".

**(2) אחריות לעבירה שונה או נוספת**

\* ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מ"י, פ"ד נו(5) 529

\* ע"פ 3390/98 רוש נ' מ"י, פ"ד נג(5) 871

\* ע"פ 1639/98 דהן נ' מ"י, פ"ד נה(4) 501

**סעיף 34 א'** עוסק באחריותו של שותף (אחד או רבים) לעבירה שלא הוא ביצע ולא היה שותף לה (מבצעים בצוותא בלבד). העבירה האחרת יכולה להיות שונה-כאשר העבירה המתוכננת לא בוצעה ובמקומה בוצעה עבירה אחרת, או נוספת- בוצעה העבירה המתוכננת ובוצעה עבירה נוספת. לא מדובר על אלה שביצעו בפועל את העבירה אלא אלה שלא ביצעו בכלל את העבירה האחרת. השאלה היא לגבי אלה שלא היו שותפים לדבר העבירה האחרת או הנוספת אך כן לדבר העבירה המקורית.

**סעיף 34א: עבירה שונה או נוספת**

"(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, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד; (2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.  
(ב) הרשיע בית המשפט נאשם ע"פ סעיף קטן א(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, ראי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

אדם שיצא בצוותא עם אדם אחר **ואגב ביצועה של העבירה X** האחר ביצע עבירה שונה (אם הם עדיין בשלב ההכנה של העבירה המקורית אין לראות בעבירה השונה או הנוספת כעבירת אגב ולכן לא יורשעו), או ביצע עבירה נוספת – יורשע המבצע ע"פ היסוד הנפשי ושותף די בכך שהיה רשלין בביצוע העבירה כדי להיות מורשע. למרות שלעבירה הנוספת מבחינת השותף המבצע צריך להוכיח את יסודות העבירה – **על השותף הלא מבצע**



יש להוכיח רשלנות בלבד כדי להרשיעו בעבירה של מחש"פ. החוק אומר שבעבירות כוונה אכן יואשם השותף בעבירה אך לא בעבירת כוונה אלא בעבירת אדישות. אם אין עבירת אדישות המתאימה בחוק - יזוכה. הרעיון הוא להגיד לעבריינים שהם ישלמו לא רק על מה שהם מתכננים ועושים, אלא גם על מה שחבריהם לביצוע עושים, גם על דברים שהם אינם העלו על הדעת. בגלל הבעייתיות לסעיף יש גבולות- אם אחד מהמבצעים עשה משהו לקידום העבירה המתוכננת אך זה לא נעשה אגב ביצוע העבירה – סעיף 34א אינו מטיל עליו אחריות.

**האם משעברו את תהליך ההכנה, ויוצאים לניסיון, האם בשלב הניסיון ניתן לראות מבצעים כעושים פעולה?**  
בעיה: "אגב ביצוע העבירה". **האם ניסיון הוא תחילת ביצוע עבירה?** קשה מאוד להגיד מתי אדם חרג מן הניסיון והוא מתחיל לבצע את העבירה. בעבירות התנהגותיות קשה מאוד לזהות מתי מתחילה העבירה.

**פס"ד סילגדו תזכורת:** שלושת המערערים תכננו ויצאו לשדוד חנות, ביחד עם עוד שני שותפים כאשר לכל אחד מהם תפקיד מוגדר. המערער הראשון החזיק ברשותו אקדח, עשה בו שימוש והביא למותו של אחד מבעלי החנות ופצע קשה את אחיו של בעל החנות. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את זה שירה בפועל במספר עבירות ביניהן רצח וחבלה ופציעה בנסיבות מחמירות. את השניים האחרים הרשיע במספר עבירות, ביניהן ניסיון שוד, אך עיקר המשפט שהתנהל נגדם סב סביב ההאשמה ברצח. השאלה המשפטית: האם ניתן היה להרשיע את שני המערערים האחרונים על פי סעיף 34א(א)(1), לאור טענתם כי הסעיף נוגד את חוק יסוד כבוד האדם משום שהוא מטיל אחריות על אדם מעבר למידת אשמתו? **הנשיא א' ברק:** הוראת סעיף 34א(א)(1) מטילה על אדם אחריות פלילית בגין עבירה שונה או נוספת אף שאין מתקיימים היסוד העובדתי בעבירה השונה או הנוספת ולא היסוד הנפשי שבה: משרת את המטרה החקיקתית במניעת ביצוען של עבירות על ידי חברות עברייניות. והאפשרות שניתנה לשופטים להקל על עונשי חובה במקרים שהעבירה היא על פי סעיף זה, הופכת את הפגיעה בזכויות למידתית ושאינה עולה על הנדרש. **מטרת הסעיף להגן על אינטרס הציבור והקורבנות הפוטנציאליים.** השופט ברק מציין כי כל חוק צריך להיבדק לגופו על מנת לבחון את חוקיותו. **השופט שטרסברג – כהן** מציין כי אין כל פגיעה בזכות אדם מפני שהחוק בא להגן על החברה והציבור וכך הוא מגן עליו. התוצאה היא שיש לדחות את שלושת הערעורים ולהותיר את העונשים על כנם.

**בעייתיות סעיף 34א מבחינת עקרון החוקיות-** טענת ההגנה הייתה כי הסעיף פוגע בחוק יסוד כבוד האדם- הטלת אחריות פלילית על אדם שלא ביצע את העבירה, קרי- אין יסוד עובדתי (ולא התקיימה אצלו מחשבה פלילית) הפגיעה אינה מידתית ולכן אינה חוקית-לא עומדת בפסקת ההגבלה של חוק יסוד כבוד האדם. הנשיא ברק קובע כי הוראת ס' 34 היא מידתית. מטרת ההוראה היא לעודד עבריינים הפועלים בצוותא למנוע מאחד מהם ביצוע של עבירה שונה או נוספת שהיו יכולים להיות מודעים לאפשרות עשייתה.  
**מתי העבירה הופכת להיות לא מה שתוכנן או עבירה נוספת?** אין תשובה טובה לזה. צריכה להיות מסוימות פחות או יותר. כשמתוכננת עבירה הם צריכים לתכנן משהו מסוים פחות או יותר- את הפחות או יותר מפרש בית המשפט.

#### **4.2 התנאים להטלת אחריות מכוח סעיף 34 א-**

- א. "עבר מבצע" – לא חל על משדל או מסייע.**
- ב. "אגב עשיית העבירה"-** על העבירה השונה או הנוספת להיעבר תוך כדי ביצוע של העבירה העיקרית. נדרשת זיקה לעבירה הראשונה כדי שזו תחשב כנגררת.
- ג. "עבירה שונה ממנה או נוספת לה"-** עבירה היא "שונה/נוספת" רק כאשר זו לא נצפתה בתכנון המקורי אך אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות התרחשותה.

ד. "כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה"-  
**פס"ד דהן תזכורת:** המערערים הם אחים (משה וישראל) שהגיעו מארה"ב לאילת. שם פגשו את המתלוננת (תיירת) והציעו לה להתלוות אליהם לטיול בהרים. כשהגיעו למקום ניסה אורן לנשק את המתלוננת וביקש ממנה להתפשט אך זו סירבה ואיימה כי תתלונן במשטרה. השלושה תפסו אותה בכוח, השכיבו אותה על הרצפה, קרעו את בגדיה ובעלו אותה אחד אחרי השני. כשהשלישי סיים השניים האחרים התרחקו מהמקום בשלב זה חבט משה בראשה של המתלוננת באמצעות קרש עץ שנמצא במקום, כיסה אותה ביריעת פלסטיק ודרדר אותה במדרון. **השופט ד' ביניש:** ההבחנה בין המבצע העיקרי למסייע עומדת על חלקם ואופי תרומתם בהתהוותה של העבירה שבוצעה. יש להגדיר מהי מידת המעורבות של המשתתפים ולהסיק ממנה את מעמדו של המשתתף. במקרה דנן, אין כל קושי שכן ישראל הוא מבצע עיקרי בשל היותו שייך למעגל הפנימי של מבצעי העבירה. העבירה הנוספת בוצעה ע"י משה, זמן שהשניים האחרים מתרחקים מהמקום, אכן לא הוכח כי היה תכנון מוקדם לעבירה של ניסיון לרצח ולא הוכח כי אורן וישראל ידעו כי בשטח מצוי מכשיר-בגדר נשק קר-ואף לא התעורר מצב שיחייב הפעלת אלימות כדי להתגבר על המתלוננת לאחר אינוסה. בנסיבות העניין, אין לקבוע ברמת הוודאות הנדרשת כי אדם מן היישוב, בנעליו של ישראל, היה יכול לצפות שהעברין הנותר בזירה יחליט לרצוח את המתלוננת. אין להטיל על ישראל "עבירה" נוספת ויש לזכותו מעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות.

**הנשיא ברק סיכם את הנושא בהבחנה בין ארבעה מצבים:**

1. **מקום שעבירה פלונית היא חלק מתכנון מקורי-האחריות בגינה תקבע ע"פ דיני שותפות רגילים.**
2. **עבירה פלונית אינה חלק מהתכנון המקורי אך העבריינים מודעים לאפשרות עשייתה- האחריות בגינה תקבע ע"פ דיני השותפות הרגילים.**
3. **עבירה פלונית אינה חלק מהתכנון המקורי ואף אין לגביה מודעות (בפועל) אם זאת אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה- סעיף 34 מרחיב את האחריות במקרה כזה.**
4. **העבירה הנוספת אינה חלק מהתכנון המקורי, אין לגביה מודעות באשר לאפשרות עשייתה ואדם מן היישוב לא יכולה היה להיות מודע לאפשרות עשייתה- לא תוטל אחריות על השותפים בגין עבירה שונה או נוספת זו.**

#### **4.3 יסוד נפשי-**

היסוד הנפשי הנדרש לגבי השותפים האחרים, אלא שלא ביצעו את העבירה הנוספת/השונה, נקבע **בפס"ד דהן-** "צפיות בכוח" – **צפיות פוטנציאלית.** אין מדובר בצפייה או צפיות בפועל. לא שואלים אם השותפים האחרים, אלה שלא ביצעו את העבירה, האם הם צפו אותה בפועל שהרי אם כך אחריותם הייתה גדולה יותר (על פי דיני השותפות). אם לא עלה על דעתם שאחד או כמה מהשותפים שאיתם הם מבצעים בצוותא יבצעו עבירה אחרת. מה בכל זאת נדרש? **הצפיות בכוח- צפייה אפשרית:** האם אדם מן היישוב, בנסיבות אלה, יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה של העבירה האחרת? להגיד על אדם מן היישוב שהוא יכול היה לצפות, זה כמו לומר על הנאשם שהוא היה צריך לצפות, גם אם הנאשם לא צפה את העניין (ומאמינים לו) – הוא יצטרך לשלם את חובו.

ביהמ"ש קבע כי יש אמנם לשפוט את הצפיות בכוח על ידי הנאשם אבל לא באופן ערטילאי כי מדובר בדוקטרינה מאוד מחמירה נסיבות העניין כוללת מידע סובייקטיבי לנאשם הקונקרטי. סייג קל לסעיף 34 נמצא **בסעיף קטן (ב),** יצאו כמה לשדוד ואחד רצח בכוונה תחילה, בהינתן התנאים של 34א, לא יורשעו ברצח בכוונה תחילה אלא ייחסו להם רק אדישות למוות של הקורבן. כיוון שסעיף הרצח שלנו

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

בנוי כמו שהוא ייתכן שהמבצעים האחרים של העבירה המתוכננת לא יורשעו ברצח ע"פ ס' 300א(2) אלא ברצח ע"פ ס' אחר.

**שלא כמו בעבר, כיום אין דרישה לנוכחות השותף** בעת ביצוע של העבירה השונה או הנוספת. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה לפיה נוכחות בזירה אינה תנאי לאחריות פלילית על המבצעים בצוותא בעבירה המקורית (דהן ומשולם).

**פס"ד רוש תזכורת-** האחים חנניה ואיציק קשרו קשר לבצע שוד בחנות תכשיטים. איציק שנטל על עצמו את ביצוע השוד נשא עימו פגיון (חנניה לא ידע על קיומו של הפגיון) אגב ניסיונו לבצע את השוד דקר איציק את המנוח בפגיון וגרם למותו-על כך הורשע בעבירת רצח. כדי לקבוע כי חנניה נושא באחריות גם לעבירת הרצח מספיק שתקיים צפיות בכוח של אפשרות סטייה מהתוכנית. האם בנסיבות העניין חלה על חנניה **חובת צפיות?** לא. יש לבחון לאור הנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנתון- **הבחינה היא לעולם בדיעבד**. משלא נמצא יסוד לקבוע כי חנניה היה מודע שאיציק נושא עימו פגיון אין לייחס לו אחריות לרצח שבוצע תוך שימוש פגיון (אגב עבירת השוד).

**12. סייגים לאחריות פלילית**

הסייגים מחלוקים ל-2: הגנות סולחות/פוטרות והגנות מצדיקות (מאחריות פלילית):

**הגנות מצדיקות:** בא לטפל במקרים שבהם התועלת שהושגה במעשה הנאשם לחברה עולה על הנזק שלה. הגנה עצמית היא הגנה מצדיקה קלאסית.

**הגנות פוטרות** (או הגנות סולחות): בא לטפל במצב שבו מעשה הנאשם לא עשה טוב לחברה אך אין טעם בענישתו ולכן מוחלים לו. לא מצפים מאנשים שיהיו "גיבורים" וכן לעונש אין אלמנט התרעה מאחר והאדם יעדיף לחיות בכלא מאשר למות.

**החברה רואה את האדם ה"טוב" שעבר עבירה כנגד ה"רע" – כאילו עבר עבירה צודקת.** אותו אדם יקבל פטור מעונש. זוהי הגנה עצמית. החברה מרוויחה ממותו של אותו אדם "רע" ע"י האדם ה"טוב" ולכן מצדיקה את מעשיו. (הגנה מצדיקה)

מקרה שבו אדם "רע" ניגש לאדם "טוב" ואומר לו לעשות עבירה כנגד אדם שלישי גם הוא "טוב". הוא מאיים על חייו של האדם ה"טוב" שאם לא יעשה את דברו דמו בראשו. אותו אדם "טוב" החושש לחייו, הולך ופוגע באותו אדם שלישי, גם הוא "טוב". במקרה זה החברה לא מרוויחה כלום מעשיית העבירה שלא כמו במקרה הראשון. לאותו אדם יש ברירה אחרת מעשיית העבירה והיא למות. גם במקרה כזה שהחברה לא מרוויחה מפטירתו של אדם מעונש, הוא מקבל פטור – סולחים לו (הגנה פוטרת או הגנה סולחת).

**הגנה עצמית – ההגנה הצודקת – תיתן הגנה הרבה יותר חזקה מאשר ההגנה הפוטרת ובהמ"ש ינהג כלפיהם בסלחנות רבה יותר מאשר הגנה פוטרת,** בגלל שהחברה מרוויחה מהמעשה. התנאים של ההגנה העצמית טובים יותר לנאשם ובעצם באים לקראתו הרבה יותר מהכורח. למה? מאחר וכורח לא מרוויח לחברה.

**קטינות- הגנה סולחת!**

**134. קטינות**

**לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו שנים עשרה שנים.**

**קטין** – איננו אחראי בפלילים בכלל! נמדד בעת ביצוע העבירה – מי שבעת ביצוע העבירה היה קטין – איננו אחראי. הקטינות לצורך הסייג, 134' לחוק – גבולה 12 שנים. פה פטור מלא! עדיין, בפועל – בין גיל 12 לגיל 18 – הילדים אחראים בפלילים אבל יש המון הסדרות פרוצדוראליות המסדירות עניינים אלה – בית דין לנוער. עונש מאסר עולם למשל, הצפוי לפי ס' 300 לרצח – איננו חל על קטינים למשל! בכל מקרה, קטינות היא מצב כללי ואינה חלק מהמעשה עצמו!

**הגנה עצמית-הגנה מצדיקה! האיום, מייד!**

חוק העונשין – סעיפים 34 י(הגנה עצמית), 34 יד(כניסה למצב בהתנהגות פסולה- לא פועל פה!), 34 טו (חריג כוחות הבטחון), 34 טז (חריגה מן הסביר – הגנה מוגזמת)

**34. הגנה עצמית**

**לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.**

**גרמניה- ליברליזם חסר גבולות – דוגמה להגנות.**

בגרמניה המניע חשוב!! אם רצית להגשים ערך חברתי, כמו למשל – להגן על המדינה – המעשה שלך יסלח! מותר לאנשים לטעות!! אדם אחד מגן על עצמו, האם לצד ג' מותר לעזור לו? בגרמניה זה מבורך! הצידוק שלו חל גם עליך – רק כאשר זו הגנה עצמית! אבל לגבי כורח- אסור לצד ג' לעזור – הרי שג' לא פוחד. לב' סולחים כי הוא פוחד, אבל לג' אין מה לסלוח – הרי שאין סכנה מוחשית לחייו. (בישראל מותר לצד ג' לעזור). לשם איזה אינטרסים מותר לאדם להשתמש בהגנה עצמית? **חיים, חירות, גוף, רכוש** בלבד! עד שנת 94' מותר היה לאדם להגן גם על כבודו. מתיקון 39 כבוד אינו אינטרס שאפשר להגן עליו. על אינטרסים אלה ניתן להגן רק כנגד תקיפה שלא כדין. למה המחוקק לא כתב שניתן להגן רק כנגד תקיפה פלילית? אילו התנאי להגנה העצמית היא שהתוקף עברין הרי שאם קטין אינו בר בפלילים ומכאן שאינו עברין, אסור היה להורג קטין שמאיים עליכם. אותו כנ"ל לגבי חולה נפש ולגבי כל אלה שהאחריות הפלילית אינה חלה עליהם.

**שוב, תשובת הגרמנים:**

יש לגרמנים 2 סוגי הגנה עצמית: 1) פותרת 2) צודקת: כאשר אדם הורג תינוק בסיטואציה הזאת – יש לו הגנה עצמית פוטרת. כאשר ההגנה היא בפני עברין של אמת – זהו צידוק, כמו שיש לנו.

**משמעות הביטוי "מיידי"** – ההגנה העצמית היא אמצעי חירום! נניח שכל שאר הדרישות של סעיף 34(י) מתקיימות, אם האיום אינו מיידי, לא יחול סעיף זה על הנאשם. פסד ועדת העינויים: דו"ח לנדוי עסק בחקירה של נאשם ע"י השב"כ. דו"ח לנדוי השאיר את כל סמכויות השימוש בכוח גם כשהאיום אינו מיידי. המחוקק בניגוד לדו"ח הכניס לחוק את הביטוי – מיידי במפורש ובכך סתם את הגולל על הדו"ח והחלטתו. החל משנת 94' אין אישור לשימוש בכוח לשם הגנה עצמית אלא אם כן האיום הוא מיידי.

**הורוביץ:** התפתח ריב בין המערער לאדם אחר ביים..לאחר מכן, המערער יזם להעביר את קרב לחצר ביתו כאשר ברשותו אקדח. עם תחילת העימות הגיע האדם עם בקבוק שבור והמערער שלף אקדחו ואיים שלא יתקרב אליו פן יהרגו. האדם ניסה לתקפו עם הבקבוק והמערער ירה והרג.

המערער הואשם בהריגה וערעורו הן על האישום והן על העונש. ערעור המדינה הוא שיש להאשימו ברצח. **השופט לנדוי** – עקרונית, במאבק שאחד מהצדדים חורג מהכללים שהונחו טרם הריב עומדת ההגנה לנאשם. עם זאת, במקרה דנן התגרה פרצה בעקבות הנאשם, והוא החביא על גופו אקדח – הוא לא ציפה שהתגרה תיגמר בצורה הוגנת ולמעשה חזה את האסקלציה. לכן – לא עומדת לו ההגנה. חובת ההוכחה בסייגים הינה על הנאשם. בהמ"ש קבע שלא ניתן לנתק את טענת ההתגוננות מהאירועים שקדמו לרגע ההתגוננות, הגנה עצמית הוא העדפת אדם עצמו על פני זולתו, אולם לא לאדם אשר הכניס עצמו ביודעין לסכנה (המערער הזמין המשך

הריב). ההגנה לא חלה כשהנאשם חזה שהדברים יובילו לתקיפתו שלו. ביהמ"ש מניח כי איומי המערער נאמרו ללא כוונה ממשית ליישם. ערעורי שני הצדדים נדחו.

**פרידמן:** אדם דוקר את אשתו לאחר שזו איימה עליו עם סכין. לאחר הדקירה, היא מסרבת לקבל ממנו טיפול ומתה לאחר מכן מאיבוד דם. קדמי - משעלה בידי המערער להשתלט על ידה של המנוחה שהחזיקה בסכין ולסובבה - הוא לא ניצב בפני סיכון שהצריך את דקירתה בהגנה עצמית עליו, ויכול היה להרחיק את הסכין מידה על-ידי המשך הסיבוב או ניעור היד וכיוצא בזה. הדקירה, בירך לפחות, בעוצמה שבה בוצעה, הגדישה בנסיבות המקרה את סאת ההתגוננות וחרגה מגבול הסביר.

**יחזקל:** לאחר התפרעויות בין כפר יהודי לערבי בירושלים, נעצרו כמה חשודים ע"י הנאשם וחברו (שניהם שוטרי מג"ב). אחיו של העצור, שפעל לשחרור אחיו, נהרג ע"י הנאשם לאחר שהאחרון צעק לו: עצור או שאני יורה" במצב בו הנאשם חשב שאחיו של העצור נוסע לעברו במטרה לדרוס אותו. השופט רובינשטיין – (1) טעות במצב הדברים מאפשרת התייחסות בצורה סובייקטיבית להגנות הצדק האחרות – "משקפיים" שונים לאותם הסייגים וקבלתם עקב אותה הטעות. (2) סייג ההגנה העצמית כולל 6 יסודות: תקיפה שלא כדין, סכנה, מיידיות, כניסה לא בהתנהגות פסולה, נחיצות ופרופורציה. ס'34טז מוסיף דרישה לסבירות ומידתיות שחל עפ"י רובינשטיין גם על הצידוק למרות שלא כתוב שם. יש לזכות ה השופט ג'ובראן – במסגרת המיידיות שנדרשת בהגנה עצמית ובצידוק, יש להכיר ב"התגוננות מונעת". אולם, ככל שהתגובה יותר מיידית, לא היה זמן באמת לנאשם לדעת שהוא באמת צריך למנוע התנהגות שתעמידו בסכנה, ולכן יותר קשה לו ליהנות מההגנות שבסייגים דנן. **בהמ"ש** הניח לשוטר לראות את האיום בעיניו וכן את פרטי האיום. עפ"י "ההלכה המוטעית" – השוטר האמין שהקורבן וחבריו התכוונו להרוג אותו ע"י דריסה. מעבר לכך, בהמ"ש התיר גם דרך עיניו את החלופות האפשריות שלו: השוטר לא הרגיש בטוח לברוח או לירות בפלג הגוף התחתון (הסתכלות אובייקטיבית). מאחר וסעיף 34 יח עוסק בצידוקים הוא יחול על הגנה עצמית ולא על כורח.

### **הבדל בין הגנה עצמית לכורח:**

סעיף 34(ג) (**הגנה עצמית**) לוקח את ההגנה רק ממי שהוא **עצמו היה מודע (סובייקטיבי)** לאפשרות התפתחות הדברים) ולא באופן כללי. רק במצב שהאדם נכנס להתנהגות פסולה מתוך **מודעות**. **בהגנת הכורח** המצב הוא לא כזה. שם ההוכחה היא גם **על בסיס אובייקטיבי** (לפי סעיף 34(ד)) - כניסה למצב בהתנהגות פסולה - שחל עליו כסייג) והסייג הוא הרבה יותר רחב. **בהגנה עצמית עיקרון של התנהגות חופשית במקור, נדיב הרבה יותר מהגנת הכורח**. כל זה מראה לנו על גישת המחוקק ל"טוב" ל"רע". כאשר המחוקק מעדיף מצב של אדם טוב פוגע באדם רע מתוך הגנה על אדם טוב שפוגע באדם טוב אחר כי איום ע"י אדם רע.

**מכאן שהרבה יותר קשה לשלול הגנה עצמית מאשר – כורח – וזאת משום שכורח ניתן לסתור לפי מבחן אובייקטיבי והגנה עצמית לפי מבחן סובייקטיבי בלבד. שוב עולה שסייג ההגנה העצמית הוא "שווה" יותר.**

הגנת הכורח- הגנה סולחת! האיום, מוחשי אך לא מייד

**יב. כורח 34**

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

**הגנת הכורח-**

האינטרסים המוגנים הם אותם אינטרסים של הגנה עצמית - חיים, חירות, גוף, קניין!!! ניח שאדם א' מאיים על ב' לעשות דבר ל ג' ואם לא הוא יהרוג את ב'. למרות שהאיום הוא לא עליו אישית הגנת הכורח חלה עליו. **34 יב** מגן על אותו אדם, סולח לו, למרות שהוא פוגע באנשים אחרים. מסעיף 34(יב) נשמטה הדרישה למיידיות. **יש לשים לב! בכורח, לעומת ההגנה העצמית, אין דרישה למיידיות!** מוזר שאין דרישה למיידיות דווקא בעבירה הזו (שנחשבת פחות לטובת הנאשם מעבירות צודקות). **אנוס היה לעשות עקב כך:** מהווה חזרה מסכמת על כל רעיון הסעיף. תוספת שמבהירה, מעבר למה שנכתב כבר, כי דרוש קשר סיבתי בין האיום לתוצאה-"עקב כך".

**מתי סעיף 34(יב) חל על סעיף 34(יב)? - בכניסה בהתנהגות פסולה.**

**פס"ד חסוס** – שתי נשים מקולומביה העבירו באמתחתן סמים לישראל מתוך אינטרס כלכלי. כשהגיעו לארץ נתקפו חרטה אך המלווה לא התיר להן לסגת מהעסקה. כשנתפסו טענו שעשו את שעשו מחשש לחיי משפחותיהן. הן לא קיבלו הגנה זו משום שהסכימו לעשות את הדבר עוד לפני האיום עבור כסף, ובכך נכנסו למעשה בהתנהגות פסולה. השופט שטרסברג כהן – סייג הכניסה בהתנהגות פסולה (ס' 34 יד) בא ע"מ למנוע את הגנת הכורח באם הנאשם נכנס למצב העברייני מרצון. יש שלושה תנאים שבהתקיימן לא תעמוד הגנת הכורח: 1. הכניסה למצב היא מרצון. 2. ההתנהגות המוקדמת צריכה להיות פסולה מיסודה ועל העושה להיות מודע למשמעות הערכית שלה. 3. די שאדם מן היישוב היה יכול בנסיבות העניין בטרם הכניסה למצב לצפות את המעשה האסור.

חריג הצלת אינטרס הזולת שבסעיף קובע כי הסייג להגנת הכורח – כניסה למצב בהתנהגות פסולה, לא יחול כאשר עניינו של המעשה שנעשה בכורח היה "הגנת אינטרס הזולת". אם נפרש את החריג בצורה רחבה, למעשה נבטל את הסייג הנ"ל – כמעט כל כניסה למצב יכולה להתפרש כרצון להגן על אינטרס הזולת. שטרסברג מפרשת בפרשנות תכליתית ע"מ להגיע לדרך הביניים – לא לבטל הלכה למעשה את הסייג כולו, ומצד שני לתת לו פרשנות שתאפשר הגנה מאחריות פלילית במקרים שלמענן החריג שבסעיף נחקק. עפ"י שטרסברג כהן, יש לפרש את הסייג כחל רק באם **טרם הכניסה** למעשה העברייני, הנאשם פעל לטובת הצלת אינטרס הזולת. אם נפרש אחרת, מצבו של הנכנס בהתנהגות פסולה יהיה קל יותר מהמבקש ליהנות מהגנת הכורח – הס' הרבה פחות מסויג מס' 34 יב'. בכל מקרה, המבקש ליהנות מסייג הגנת אינטרס הזולת, צריך לעמוד במבחני הסבירות והמידיות הנדרשים בכל מקרה.

**פס"ד עשור** – המערער, נהג מונית, הסיע שני מחבלים מתאבדים. לאחר הגעתם התפוצצו וכתוצאה מכך מצאו אזרחים רבים את מותם. הנחת היסוד של ביהמ"ש הייתה שעשור היה יכול לצפות שמאותם שוהים בלתי חוקיים תגיע סכנה בשל לבושם והסיטואציה. על בסיס זה הוא קובע שאילו הנהג היה נהג סביר היה יכול

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

להבין שישנה סכנה. השאלה היא האם ביצע סיוע לרצח? ביהמ"ש המחוזי קובע שהוא ביצע את העבירה ושולח אותו ל 15 שנות מאסר. ביהמ"ש העליון דן רק בעונש אבל נכנס לשאלות פוליטיות האם הוא אדם רע או שעל שולי הדברים הוא איבד את ההגנת הכורח. ביהמ"ש קובע שאיש זה איבד את ההגנה למרות שהיה ברגע הקריטי נתון במצב של כורח, בגלל ההיסטוריה שבגללה הוא הגיע למצב זה. הוא היה אשם בסיטואציה שהביאה אותו למצב זה וסעיף 34(יד) לוקח ממנו את הזכות לכורח. הנסיעה שלו הייתה פסולה מכיוון שהיו שניות שבהן הוא ראה את השניים, וברור היה שהוא מוזמן לקחת אותם, והוא לא מסתלק משם אלא מכניס אותם למונית. הוא יכול היה לדעת לאיזה תוצאות אולי יביאו מעשיו. המצב הנפשי הנדרש בסיוע – יש להוכיח שהנאשם רצה לסייע – שהתכוון לסייע, יחס שאיפתי לקרות התוצאה. האם הנהג רצה לעשות זאת מתוך רצון לסייע? לא! מדובר בנהג מונית תמים, האם הוא אשם בסיוע לרצח? בית המשפט קובע שהאדם אמנם לא היה בעל יחס שאיפתי – אבל הוא היה צריך לדעת – הלכת הצפיות! (זוהי עבירה תוצאתית, יש להזכיר!). המערער לא רצה לסייע למפגעים ואף היו חיו מאוימים באופן ממשי ומיידי, אך הוא העמיד עצמו במצב זה תוך **עצימת עיניים** מההתנהגות המחשידה של הנוסעים, לכן הסכמת המערער להסיעם במונית שוללת הגנת הכורח.

#### כך 34"ד מגדיל את האדישות לכוונה בעבירות תוצאתיות...

בעבירה תוצאתית- רואים את האדם שעשה את העבירה באדישות, כאילו עבר את העבירה בכוונה- אך האם יחס שאיפתי של סיוע יכול לנבוע מאדישות? התשובה היא הלכת הצפיות: ידע אז התכוון. מכאן שעשור היה ביחס שאיפתי לסייע כי הוא ידע שהוא מסייע! אבל הרי צריך להוכיח שהנאשם רצה לעזור! עשור לא רצה! איפה היחס שאיפתי? איך פותרים את הדילמה? ביהמ"ש קבע לבסוף שעשור יקבל רק 10 שנות מאסר על סיוע לרצח. בהמ"ש יכול היה להאשים אותו על סיוע להריגה, בו לא נדרש יחס שאיפתי. העונש היה זהה אך זה היה מעצבן את החברה! לכן אמרו שזה סיוע לרצח ונתנו את אותו העונש.

#### לגבי התערבות של צד ג':

אם מישהו מצמיד אקדח לרקתו של ילד ברחוב ואומר לי לפגוע במישהו אחר- אחרת הילד ימות – בישראל - הגנת הכורח של הילד תכסה אותי. שווה להסתכל על סעיף צידוק – 34"ג – לעניין זה!

מה אומרת הפסיקה אחרי התיקון (פלר וקרמניצר שהציעו את התיקון)?

#### 3 שאלות חשובות (כוח סביר, נסיגה ופרופורציונאליות):

1) **כוח סביר**: אם אדם יכול להתגונן באמצעי פוגע פחות – מהאמצעי בו הוא אוים, יש עליו חובה להשתמש באמצעי התובעני פחות. בכוח סביר! נניח שסכנת החיים יכולה להימנע בדחיפה אבל אני מוציא אקדח ויורה בו. 34"ט"ז אומר – יש להשתמש בכוח סביר.

חיי אדם רע > חיי אדם טוב,

אבל! חיי אדם רע לא = 0!!!

#### **סעיף 34טז. הריגה מן הסביר**

הוראות סעיפים 34, 34א ו-34ב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה.



הפטור לא ניתן אם המעשה היה לא סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה. מעלה גיחוך מול יש פה דרישה לשקילות - רומז לבהמ"ש להפעיל שיקול מול חומרת האיום ומהותו מול מה הוא עשה כדי להציל את הקורבן. מסתרת שקילות קטגורית - בחינת כל מקרה לגופו. השקילות צריכה להימדד ע"י בהמ"ש כל עניין ועניין או לקבוע קטגוריות שמגבילות את הסייגים - דברים שאסור לעשות בכל מקרה ועליהם לא חל הסייג. לדוגמא בעבר המחוקק החליט כי הסייג לא יחול בעבירות המתה ועבירות נגד בטחון המדינה. זו הייתה צורה בוטה להבהיר כי לא ניתן לעשות הכול גם תחת איום. כיום, בהמ"ש ימדוד לפי קטגוריות (עפ"י יורם שחר).

**פס"ד בשיר:** אישה הורגת במקלות ואבנים את אשת אביה וילדיהם יחד עם דודה, זאת לאחר שאביה אמר לה לעשות כן ואיים על חייה אם לא תעשה כן. השופט קדמי – סעיף 34'ב' – הגנת הכורח, שונה בתיקון 39 והורד ממנו הסייג לעבירת הרצח – עד לתיקון, הנאשם בעבירה לא היה יכול לטעון לסייג עקב כורח. יישום סייג הכוח מחייב עמידה בשני התנאים הקבועים בס' 34 לחוק:

א. קיומו של **איום מוחשי** של פגיעה באחד מהערכים הקבועים בחוק: חייו, חירותו, גופו או רכושו של אדם. הסי' חוסה רק על מעשה במצב של חוסר ברירה ("**אנוס** לעשות"). במקום בו נותר למאוי האפשרות לעשות מעשה ולנקוט בדרך אחרת למניעת העבירה כגון פנייה לשלטונות – אין לראותו כאילו היה אנוס לעשות. בשיר לא הייתה "אנוסה" לבצע המעשה, היה בידה חלון זמן ואפשרות להימנע מעשיית המעשה.

ב. **מגבלת הסבירות** – הסי' לא חל אם העשייה הפלילית הייתה בלתי סבירה לשם מניעת הפגיעה. אדם סביר כן היה פונה לעזרת השלטונות. מידת המיידיות של מימוש האיום נמחקה מהסי' בתיקון 39. עם זאת, קדמי פוסק שלעבירות של קיפוח הנפש, יש לראות את הדרישה למיידיות לטובת הגנת הסעיף כעדיין עומדות. **שטרסברג-כהן**: יש להשאיר את השאלה אם יש מקום להשיב את "דרישת המיידיות" בצריך עיון. אין תשובה ברורה לגבי האם דרישת המיידיות בסייג הכורח נכנסת ב"דלת האחורית" אך נראה כי הדרך הפסיקה הדרישה עדיין מתקיימת ובאה לידי ביטוי. קדמי טען כי האיום על באשיר לא היה מיידית מאחר והיא יכלה לברוח ולפנות לרשויות. הוא התעלם מהעובדה שלבאשיר לא היה לאן ללכת - היא לא יצאה מעולם ממתחם משפחתה, היא לא ידעה היכן נמצאים הרשויות והיה לה חשש אמיתי ממשפחתה. קדמי השתמש במלוא משמעות המיידיות.

**2 נסיגה:** מה הדין אם אדם יכול להימנע מהאיום, בלי פגיעה בכלל במאיים אלא ע"י הסתלקות מהמקום?! כאשר הנסיגה לא בטוחה – אין מה לסגת אך **המקרה הבעייתי** – **כשיש אפשרות לסגת...** א' תשוש וזקן מאיים על ב' בסכין. ב' מצויד באקדח, הוא צעיר וזריז – יש לו אפשרות לשימוש באקדח או לברוח בריחה בטוחה.

**האם נסיגה בטוחה, אם קיימת, היא תנאי בישראל להגנה עצמית?**

לפני תיקון 39 (לפני ח"י: כבוד האדם וחירותו) – הדין בפסיקה היה שבישראל חייבים אנשים לסגת, צורה אחרת לומר זאת – כבוד לא שווה אפילו את חייו של המנוול מכולם! יש פה הרי השפלה גדולה בבריחה – פגיעה בחירות, בכבוד. הדין שלפני תיקון 39 אומר שאם אתה יכול לברוח, שומה עליך לברוח! לגבי אדם שיושב בביתו – מאז ומתמיד לא היה צריך לברוח! תמיד היה חריג(מהדין הבריטי). **34"ט** – אחרי תיקון 39 – סעיף סתום ועמום עוד יותר – התשובה מאד כללית – המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה. מכאן שהפרשנות מתרחבת... והופכת למסובכת יותר.

**יורם שחר והקאמרי: נסיגה משיקולי כבוד לעומת אידיאולוגיה של חירות.**

נחלק את ארה"ב ל-2 חלקים: (א) מדינות המערב: המדינות ה"אנגליות" שרואות עצמן כהמשך ישיר של אנגליה – חנוניות...-נותנות שווי גדול לחיים – יתירו את הבריחה ואף יחייבו לברוח – החיים יותר חשובים מהכבוד! (ב) מדינות הדרום של ארה"ב – אלה שרצו לפרוש מהברית – המורדות – הדימוי של ג'נטלמן דרומי – לכל אחד יש את הזכות להגן על עצמו! הוא גבר, COWBOY.

**ובישראל**, שוב – קרמניצר ופלר אומרים שאין חובת נסיגה. אך הסעיף סתום! במדינת ישראל אין תשובה מוסמכת האם קיימת חובת נסיגה קטגורית. עם זאת, ניתן למצוא דרישה כזו מאחר והגנה עצמית חלה רק במידה ולא נמצאה דרך אחרת ונסיגה מהווה דרך אחרת ומכאן נגזרת החובה. כמו כן ניתן לגזור מסעיף 34טז - סבירות - יש לבחון האם ניתן למנוע את האיום בדרך אחרת - למשל ע"י נסיגה. בהמ"ש לא נקט עמדה ברורה. אירוני מול הכבוד והחירות המובטחות בח"י של המדינה.

**3) שאלת הפרופורציונאליות** : כאשר לא ניתן להפעיל כוח סביר אחר – האם אדם, המותקף שלא כדין ומתגונן מפניה, חייב לפגוע פגיעה קטנה יותר מערכו של הערך עליו הוא מגן? (רכוש, גוף...?). אם אין פרופורציה, אין הגנה עצמית! (דוגמת הילד והנכה בפרדס – ילד גונב מפרדס של נכה והדרך היחידה של הנכה לעצור בעדו היא לירות בו. בישראל הנכה לא יוכל לירות בו ואם יירה בו לא תחול עליו ההגנה העצמית כי רכוש הוא פחות ערכי מחיים). אין דרישת פרופורציה בגרמניה. בעולם האנגלו אמריקאית, יש דרישת פרופורציה חזקה. בישראל, הכול עניין של גישה – אין פתרונות ברורים. **עדיין, במקרים רבים אדם לא יוכל להשתמש בזכות ההגנה העצמית כי אין פרופורציה.** מה עם האונס בטרמפ? מה קורה אם קורבן אינו חזק ולא יכול להתנגד – אבל יש לו אקדח! ברשיון! ט"ז דורש פרופורציה... **חיים שונים יותר מהזכות של אדם שלא להיאנס!**

**סעיף 34ד: כניסה למצב בהתנהגות פסולה**

**(א)** הוראות סעיפים 34ז, 34יא ו-34יב לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב; ובלבד שענינו של המעשה שנעשה במצבים האמורים בסעיף 34יא או בסעיף 34יב, לא היה הצלת אינטרס הזולת.

**(ב)** במקרה כאמור בסעיף קטן (א), רואים את האדם כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה; נכנס אדם למצב כדי לעבור את העבירה, והיא מותנית גם בתוצאה, רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה.

**כניסה למצב בהתנהגות פסולה או "עקרון התנהגות חופשית במקור"** (לגבי כורח והגנה עצמית). במילים אחרות – "אדם שהכניס עצמו לצרה – שלא יבוא לבכות". עיקרון זה לא חל על אדם שנדחף לתוך צרה או שלא ידע שהוא נכנס לצרה.

אנשים שהעיקרון חל עליהם, אומר **סעיף 34יד** לא מגיע להם שיחוננו אותם.

**תנאי ראשון לעיקרון** – אם העושה היה מודע או אדם מן הישוב היה יכול להיות מודע לאותן נסיבות – לפני התבצעות המעשה.

**תנאי שני לעיקרון** – אדם העמיד את עצמו באותו מצב בהתנהגות נשלטת – יכול היה לשלוט על הכניסה – כלומר לא להיכנס אליו.

**תנאי שלישי לעיקרון** – ההתנהגות בכניסה לאותו מצב הייתה פסולה.

אם התנאים הנ"ל מתקיימים האדם נכנס מרצונו לעבירה – והוא נושא באחריות!!!

בהגנה עצמית זה כתוב בגוף הסעיף (34י) ולגבי כורח זה כתוב ב – 34יד.

**אם התנאים הנ"ל מתקיימים האדם נכנס מרצונו לעבירה – והוא נושא באחריות!!!**

**האזור הפסול** – הוא האזור השלישי – מי שנכנס לתוכו, לקוח את הסיכון שבתוכו לא תהיה לו הגנה משפטית. וכאן, גם אם יפעל תחת כורח או בחוסר הכרה או בכל אחד מהסייגים לאחריות פלילית, לא תחול עליו הגנה מפני שנכנס למצב מרצונו החופשי. **כניסה לחבורה עבריינית היא התנהגות פסולה.**

כדי שסעיף 34יד יכנס לתוקפו, ע"פ התנאי הראשון יש להוכיח מודעות או יכולת למודעות. **(סובייקטיבי או אובייקטיבי)**. אותו אדם צריך להיכנס למצב **תוך כדי התנהגות פסולה**. נניח שאדם גר בשכונה רעה, הוא אמנם אדם טוב. הוא יודע שמסוכן שם, הוא עלול להיתקף, ועדיין חוזר לביתו תוך מודעות לסכנה והיא מתממשת. תוקף אותו עבריין והשאלה היא האם מותר לו להשתמש בזכות ההגנה העצמית ולהגן על עצמו. אם יחליט בהימ"ש שהכניסה לשכונה היא התנהגות פסולה, בעצם אותו אדם לא יוכל להגן על עצמו ע"י שימוש בהגנה עצמית.

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

תפיסת העולם של פרופ' פלר היא שבעולם יש טובים ורעים. הרעים צריכים להיפגע והטובים צריכים להינצל. בסעי' 34 – אפשר להשיג ממשנתו של פרופ' פלר שאם אדם הולך לרצוח אנס, הוא זכאי – משום שהאנס רע והאדם טוב.

**34"ד- מבחן האדם הסביר (מודעות אובייקטיבית)!** אדם מאבד את ההגנות הכלולות בסעיף זה – למשל, את הגנת הכורח (34"ב) – לא רק אם הוא בעצמו לא היה מודע, אלא אדם סביר במקומו לא היה מודע. – המבחן האובייקטיבי – הוא התרשל! אם אדם סביר היה מודע שהכניסה למצב תביא על עצמו את המעשה האסור – אז אין כורח!

**34"י – מודעות סובייקטיבית בלבד!** לוקח את ההגנה העצמית רק ממי שהוא בפועל היה מודע – לא מערב את היסוד האובייקטיבי. כלומר – אם התביעה תרצה לפסול הגנה עצמית על התנהגות פסולה – התביעה תצטרך להראות, שאותו אדם נכנס מתוך מודעות שלו עצמו לאותו מצב אסור! שהוא צפה=ידע – זה מצמצם מאד את תחולת הסייג!

**פסולה - גם אם אדם היה מודע למצב ונכנס אליו בשליטה, הוא ייהנה מהסייג אם מעשהו היה לא פסול.**  
במילה "פסולה" טמונה אפשרות לבהמ"ש לקבוע 3 תחומי חיים:

1. מותר לעשות הכול ואם אדם נקלע למצב של כורח והגנה עצמית - הוא יהיה פטור מאחריות פלילית.
2. תחום חיים לא חוקי ואם אדם בחר להיכנס אליו - דמו בראשו.
3. אזורים פסולים - מקרים שהמדינה לא לוקחת אחריות ( בר מסוכן שלא נסגר למשל). מצבים ומקומות שלא מוגדרים שלא חוקיים אבל כניסה לשם תמנע הנאה מהסייג.

שתילת הביטוי נותנת שיקול דעת מוגזם לבהמ"ש. הבעיה היא שבכך שהפעלת שיקול דעת בהמ"ש הינה תמיד לאחר המעשה כתקדים ואין לה את אותה עוצמה תקשורתית כמו לחקיקה. הביטוי מאיים ליצור איזור שלישי שאינו אסור ואינו מותר כאשר כניסת לאזור זה ימנע את הגנת הסייגים. הדבר מהווה פגיעה ב"עקרון החוקתיות" - איך מודדים התנהגות פסולה? מהווה אבסורד - האונס בנמל - ניתן לטעון כי הבחורה שהלכה ב- 4 בבוקר בנמל לבדה נהגה באופן פסול. על המחוקק לקבוע מה מותר ומה אסור באופן ברור ולא להשתמש בביטוי עמום ובעייתי.

#### **הגנת הצידוק-הגנה מצדיקה!**

חוק העונשין – סעיף 34ג – לחיילים, שוטרים, מתאגרפים, מצילי חיי אדם למיניהם או לרופאים, תו"כ טיפול רפואי בהסכמה – שלא התרשלו בו!

**34.ג. צידוק**

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

- (1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו;
- (2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין;
- (3) במעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו, ואם בנסיבות הענין לא היה בידו להשיג את ההסכמה;
- (4) עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת;
- (5) עשהו תוך פעילות ספורטיבית או משחק ספורטיבי, שאינם אסורים לפי דין ואינם נוגדים את תקנת הציבור, ובהתאם לכללים הנהוגים בהם.

**מעין סייגים-בעיקר טעות בעובדה**

חוק העונשין – סעיפים 34 יז(זוטי דברים), 34 יח(טעות במצב דברים), 34 יט(טעות במצב משפטי), 34 כ(הגנה על רשות שופטת)

**נתמקד בטעות במצב דברים – טעות בעובדה**

**34.ח. טעות במצב דברים**

- (א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמתו כפי שדימה אותו.
- (ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות הייתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב).

מצב בו אדם ביצע מעשה שעולה לכדי עבירה פלילית, מתוך טעות עובדתית כלשהיא. למשל כאשר אי מקיים יחסי מין עם נערה בת שתיים עשרה, שנראית ומתנהגת כאישה בת עשרים. לכאורה עבר על עבירה של בעילה אסורה בהסכמה, אלא שהוא עשה כן מתוך טעות. אם תעמוד טעותו במבחני סעיף 34 יח, לא תקום אחריות פלילית. יתרה מכך, בהתקיים טעות, לא מתקיים כלל היסוד הנפשי של העבירה, ומכאן שלא מתגבשת כלל אשמה.

על מה חל הסעיף: האם על העבירות, האם על הסייגים, על שניהם או על אף אחד מהם. הסייגים בעקרון חלים על כל העבירות אבל אם הסעיף הנוכחי היה חל על כל העבירות, היסוד הנפשי-המודעות, היה נשלל מהן והופכת ללא רלוונטית. כמו כן, הסעיף אינו מיותר ועל כן נותר שהוא יחול רק על הסייגים (לא בהכרח הצעה נכונה אך הגיונית) וייקבע את היסוד הנפשי לסייגים. מחד, כך נשלל מהות הסכנה המוחשית אלא אם כן מפרשים סכנה מוחשית לא כסכנה אמיתית אלא כסכנה מיידיית ובטוחה. מדובר בנושא עמום ללא תשובה ברורה. חלק מהטוענים לסייג זה משתמשים בטענה כי לא ידעו את החוק. במקרה זה מטפל סעיף 34 יט -

**טעות במצב משפטי:** העיקרון הוא כי אי ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש. מתייחס רק לאיסורים פליליים ולא לאיסורים אזרחיים (למשל איסור דתי). זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר - רלוונטי במקרה של מהגרים - המדינה לא מלמדת את חוקיה בכניסתם לארץ ולכן אין זה הוגן להענישם במקרה של טעות. כמו כן, במקרה של קבלת עצה משפטית - אין להעניש אדם שקיבל עצה משפטית והיא התבררה כלא נכונה בסופו של דבר. בהמ"ש קבע שבמקום שבו פקיד רישום נתן עצה משפטית שקשורה לסמכותו - אדם שהסתמך על עצה זו יהיה פטור מאחריות פלילית.

#### **פס"ד בארי (האונס בשומרת) - לפני התיקון.**

סוגיית הטעות שבעובדה עלתה בפרשה זו, בה הואשמו מספר נערים בביצוע מספר מעשי אונס בנערה. חלק מקו ההגנה של חלק מהנערים היה מבוסס על עניין הטעות שבעובדה. הנשיא שמגר, אגב קביעתו כי עניין הטעות בעובדה אינו רלוונטי שכן מתקיים כאן העיוורון המכוון = עצימת העיניים, סקר את הסוגיה מתוך שהוא מכיר כי היא מהותית לפרשיות אונס רבות, בהן טוען האנס כי סבר לתומו שהנאנסת הסכימה לקיום יחסי המין. הנשיא שמגר קבע, כי בעבירות שאינן עבירות רשלנות אין רואים במונח "סבירה" (לפני התיקון) יסוד מהותי הראוי להתייחסות, אם כי הסבירות עשויה לשמש כאבן בוחן ראייתית. לכן, ניתן להשתמש בסבירות כדי להוכיח את כנות הטעות או את חוסר הכנות שבה. גם השופט גולדברג ניתלה בסיפא של הסעיף הישן שקדם לתיקון 39, שקבע כי הסעיף יחול כשאינן הוראה אחרת מפורשת או משתמעת, כדי לא להחיל את מבחן הסבירות על עבירה של מחשבה פלילית. לדידו, מדובר בחיבור של מין עם מי שאינו מינו ולכן לא ראוי לעשות זאת. כיום, אין צורך בהלכת בארי בשל נוסח סעיף 34 לחוק, אשר שומר על האופי המקורי של העבירות:

**הטעות בעבירות של מחשבה פלילית – אינה צריכה לעמוד במבחני הסבירות.**

**הטעות בעבירת הרשלנות – תעמוד במבחני הסבירות.**

**הטעות באחריות של עבירות אחריות קפידה – תעמוד במבחני האחריות המוגברת.**

יודגש כי הטעות לא מיוחסת ל"פרט מפרטי העבירה" אלא ל"מצב דברים שאינו קיים". סייג הטעות יחלו לא רק כאשר טעה המבצע ביחס לאחד מפרטים הנמנים בהגדרת העבירה – כי אז הוא ממילא לא ממלא את תנאי היסוד הנפשי של העבירה, אלא גם ביחס למצב דברים, על בסיסו ביצע את מעשיו.

למשל, אם המבצע טועה להאמין כי א' מצמיד אקדח לרקתו, ומכורח מבצע את רצונו של א', יחולו דיני הטעות גם על טעותו ביחס לקיום הגנת הכורח. עמד על כך השופט גולדברג ב"ע"פ לוי נגד מדינת ישראל בקובעו, כי טעות במצב הדברים יכולה להיות מוסבת על יסודותיה העובדתיים של העבירה או על יסודותיו העובדתיים של סייג אחר לפליליות המעשה.

**ח.א. אי שפיות**

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש-  
(א) להבין את אשר הוא עושה את הפסול שבמעשהו, או.  
(ב) להימנע מעשיית המעשה.

אי שפיות –

כדי לזכות בהגנה יש להוכיח: 1) מחלת נפש / פיגור 2) איש להוכיח שלא הייתה לו יכולת ממשית לעצור את העבירה- דחף לאו בר-כיבוש. (ויכוח – פלר אומר שמדובר בחוסר יכולת מוחלט, הפסיקה – מרככת הסייג).  
סי' 300א(א) מקל בעונש רצח. הסייג שם לעומת פטור ממחלת נפש פחות קשיח ויותר קל לעמוד בו – מספיק הפרעה נפשית (לא צריך מחלת נפש), אין להוכיח חוסר יכולת של ממש למנוע המעשה, אלא רק מידה ניכרת.

מי שזוכה בפטור לא נחשב זכאי אלא אינו בר עונשין-פס"ד מאיר: אדם תקף את אשתו ובנותיו והוכח כי הוא סובל מאי-שפיות בעת ביצוע המעשה. שטרסברג כהן – מעמד של נאשם שנקבע שהוא חולה נפש הינו ייחודי – מתוקף סייג אי השפיות, הוא מוכרז כ"אינו-בר-עונשין" – לא זכאי ולא אשם, משפטו מופסק והוא נשלח לאשפוז. הנאשם זכאי לטעון להגנות נוספות בחוק (כורח, הגנה עצמית וכו') ועל בסיסם לקבל מעמד של זכאי, ולא להיות מחויב באשפוז.

קו התיחום שבין היעדר שליטה לבין אי שפיות הוא הבעיה: פס"ד מנדלברוט: המערער הרג אדם ופצע 2 נוספים במהלך יום עבודה במפעל. הוא טען לאי-שפיות. נקבע כי הוא פעל תחת דחף לאו בר כיבוש-פעולה תחת לאו בר כיבוש שפוי. זו בעצם ההוכחה שהוא שפוי אבל פועל עקב היעדר שליטה- בשל אוטומטיזם. ולכן, במקרה זה הפטור הגיע מהגנת היעדר השליטה. דעתו של אגרנט שהייתה מיעוט במנדלברוט הפכה להלכה הקובעת בפס"ד מיזאן ונותרה לכן בשמה. כשאגרנט צירף את הכלל ה-3 להלכה, הוא לא היה מוכר בחוק ועל כן מנדלברוט צריך היה להיות מורשע מאחר והוא הבין את מעשיו(התכוון לכך) ואת הפסול בכך(ברח). אגרנט זיכה אותו בשל דחפו לאו בר כיבוש. הוא השתמש בסעיף 34 - העדר שליטה: אוטומיזם - הוא היה במצב אוטומט. מדובר באקטיביזם שיפוטי מובהק - פרשנות ללא עיגון משפטי בחוק. מדובר במהלך שהמחוקק היה צריך לעשות ולא בהמ"ש. אגרנט קבע את ההלכה והקהילה המשפטית קיבלה אך רק ב-1994 נוסף הסעיף לחוק.

**34. תעות במצב דברים**

- (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו.
- (ב) עשה אדם מעשה במצב של שכרות והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעת, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה.
- (ג) גרם אדם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה, רואים אותו כמי שעבר אותה במחשבה פלילית אם היא עבירה של התנהגות, או בכוונה אם היא מותנית גם בתוצאה.
- (ד) בסעיף זה, "מצב של שכרות" – מצב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמן אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה.
- (ה) סעיפים קטנים (א), (ב) ו-(ג), חלים גם על מי שלא היה חסר יכולת כאמור בסעיף קטן (ד), אך עקב שכרות חלקית לא היה מודע, בשעת המעשה, לפרט מפרטי העבירה.

לשכרות אין ערך חברתית ולכן מטילים אחריות כבדה על כך. אדם, כשהוא שותה, יוצר מצב מסוכן לחברה ולערכים מוגנים ולכן לא רוצים לאפשר לו הגנה.

**ס' 34ט(ד)** מסביר מהי שכרות (מצב שנגרם כתוצאה ממשקאות משכרים וגם מסמים וגם כל גורם מסמם אחר. לפיכך קיימת האפשרות התיאורטית לכך שישנו אדם המסתמם משפינוזה - 20 דקות של שפינוזה, והוא נהיה אלים ומשוגע, בזהה להשפעת סמים אחרים).

**סעיף 34ט(א)** - הסייג המלא. אדם לא נושא לגמרי באחריות פלילית אם לא נעשה בהתנהגותו הנשלטת (קשר אותו והשקו אותו) או שלא מידיעתו (שמו לו חומר במשקה). מדובר ב-2 נתונים חלופיים - די בהוכחת אחד מהם. **ס' 34ט(א)** קובע כי אדם שהיה שיכור מכל סיבה שהיא יקבל הגנה רק אם אכן היה במצב של שכרות ממשית או מצב של העדר שליטה כתוצאה מהשכרות. אלא שסעיף זה אומר שאם השכרות הייתה מְרַצֵּוּן התופשי של הנאשם - הנאשם לא יקבל שום הגנה. ישנן פשרות למצבים בהם השכרות הייתה שלא מדעת - למשל זוג ילדים בני 14 הולכים למסיבה, רואים בחורה וחושבים כי יש להם אינטרס להשתכר כדי שאפשר יהיה לגשת אליה יותר בקלות. אם אותם ילדים שותים משקה אלכוהולי (הפונץ' שמוגש שם, למשל) ולאחר כמה דקות מאבדים לגמרי את השליטה על עצמם ועושים עבירה על מישהו אחר - יתכן כי סייג השכרות יחול עליהם, שכן מה שקורה במצב של שכרות היא שמחה, אלימות ואז רגיעה.

כדי ליהנות מהפטור על הנאשם יש להוכיח שהוא היה תחת השפעת אלכוהול / סם ועקב כך (**קש"ס**) קרו אחד מ-3 המצבים הנ"ל: 1) הנאשם היה חסר יכולת של ממש בשעת מעשה להבין את אשר עשה. 2) היה חסר יכולת להבין את הפסול שבמעשיו. 3) היה חסר יכולת להימנע מהמעשה (**פס"ד נטראשווילי**). לא צריך שלילה מוחלטת אלא היעדר יכולת של ממש (כמו באי שפיות). ס' 34ט(א) מגדיר שכרות שלא במודע (למעשה, סוג השכרות היחיד שמזכה בפטור) – באם לאדם הייתה ידיעה (ואין צורך בהוכחת ידיעה מלאה וממשית – **פס"ד**



**אבלים**) שמדובר בחומר משכר שעלול להביא למצב של שכרות – הוא אינו פטור. סעיפים ב' וג' בחוק קובעים את סייג ההתנהגות החופשית במקור – באם הנאשם הביא את עצמו מבחירתו החופשית למצב בלתי נשלט שבמהלכו ביצע את היסוד העובדתי של העבירה. יתר על כן, הסעיפים קובעים למקרה דן אחריות מוחלטת לביצוע העבירה ללא כל דרישה לצפיות – חזקה מוחלטת. לגבי כניסה לשכרות ברשלנות – יש לפרש בצורה מקלה ולהעניק לו הפטור.

**אבלים:** בין המערער למנוחה התפתח דין ודברים, שבמסגרתו, כינתה אותו המנוחה בכינויים מעליבים והכתה וטלטלה את ראשו. בשלב זה הבחין המערער בסכין שהייתה מונחת על השולחן, ובלי שיש בפיו הסבר לכך, נטל את הסכין, דקר את המנוחה פעמיים וגרם בכך למותה, לדבריו, ביום המקרה, זמן קצר לפני הרצח, שתה עם חבר כמות גדולה של משקאות אלכוהוליים. **אין מחלוקת בין הצדדים, כי היה המערער שתוי. קדמי – ההנאה** מהגנת השכרות – או ביתר דיוק מן ה"סייג לאחריות" מכוחה של שכרות – על-פי ההוראה הקבועה בסעיף 34ט(ב) לחוק העונשין, מותנית בכך שמבצע העבירה עשה את המעשה כשהוא "במצב של שכרות". מצב זה מוגדר בסעיף 34ט(ד) לחוק העונשין, כ"מצב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי... ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה". היכולת "להימנע מעשיית המעשה" מבטאת את "כושר השליטה", קרי: את דרישת ה"רצייה", וכושר זה מהווה, כידוע, תנאי יסוד לנשיאה באחריות פלילית, כמתחייב מן הסייג הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. על-פי הסייג האמור, אדם אינו נושא באחריות פלילית למעשה עבירה, אלא במקום שהייתה לו, בשעה שביצע את מעשה העבירה, היכולת "...לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו...". היעדרה של ה"יכולת" האמורה – קרי: אי-עמידה בקיומה של דרישת ה"רצייה" – משמיטה את הבסיס מתחת לכושרו של אדם לשאת באחריות פלילית להתנהגותו.

הגנת אי-שפיות הדעת והגנת השכרות, ככל שהן נעוצות בפגיעה ב"יכולת הבחירה" – קרי: בכושר הרצייה – אינן דורשות את שלילתה המוחלטת ושתייהן מסתפקות בכך, שהפגיעה בכל אחת מהן מגיעה כדי "חסר יכולת של ממש" לעשות בה שימוש. רמת פגיעה זו משותפת הן לפגיעה ב"יכולת התובנה" והן לפגיעה ב"יכולת הרצייה".

המערער מבקש ליהנות מן ההגנה החלקית הקבועה בסעיף 34ט(ב) לחוק העונשין ולהרשיעו בעבירה של הריגה בלבד, שהיא עבירה תוצאתית של "אדישות". מן ההיבט העיוני, יכול היה אפוא המערער ליהנות מן ההגנה החלקית של שכרות, כאמור בסעיף 34ט(ב), ובלבד שתונח תשתית ראייתית לקביעה כי נותר ספק סביר לפחות שמא בעת שדקר את המנוחה היה המערער "חסר יכולת של ממש... להימנע מעשיית המעשה". תשתית כאמור לא הוקמה. חומר הראיה מלמד כי רמת שכרותו של המערער הייתה גבוהה ועמוקה, ומשהתברר מהתנהגותו ומדבריו שאמר בשעת המעשה, כי לא איבד את כושר התובנה, ממקדות הנסיבות את תשומת-הלב באפשרות של אובדן כושר הרצייה.

**נטרלשווילי:** המערער והמנוח שתו אלכוהול בחצר, כאשר נטל המערער סכין, ניגש מאחורי המנוח וחתך אותו בצווארו. לאחר מכן המשיך ודקר אותו תשע דקירות נוספות בצווארו, בבית החזה, בגבו וברגליו. **תוך מעשיו אלה נשברה הסכין, המערער נטל סכין אחרת** מביתו והמשיך לנעוץ אותה במנוח מה שהביא למותו. **נאָר -** סייג השכרות מצריך תנאים מצטברים. הוכחת "מצב של שכרות" מצריכה, כתנאי הכרחי אך לא מספיק, שהנאשם היה תחת השפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר. הגדרת "מצב של שכרות" דורשת גם קיום סימפטומים חלופיים שיתקיימו עקב השפעת החומר האלכוהולי. סעיף 34ט(ד) מונה שלושה

### מחברת דיני עונשין, יורם שחר ושירי חגואל סידון, תש"ע – 2010-2009, מסלול א-3

סימפטומים חלופיים: האחד – שהנאשם היה חסר יכולת של ממש בשעת מעשה להבין את אשר עשה; השני – שהנאשם היה חסר יכולת של ממש להבין את הפסול שבמעשהו; השלישי – שהנאשם היה חסר יכולת של ממש להימנע מעשיית המעשה. נדרש קשר סיבתי בין השכרות לסימפטומים.

שכרות חלקית: סעיף 34 ט(ה) מתייחס לשכרות חלקית. אין הבחנה בין מצב של שכרות חלקית לשרות מלאה. המחוקק רצה להבהיר שגם שכרות חלקית היא שכרות לכל דבר.

**סעיף 34 ט(ב)(ג) - קובעים אחריות פלילית מוחלטת מבלי צורך להוכיח ציפיות של המעשה טרם כניסתו למצב בשכרות לגבי העבירה שהוא ביצע אחרי הכניסה לשכרות ( בניגוד לסעיף 34 יד).** זאת עקב החזקה החלוטה כי אדם ששותה לשוכרה צפה כי הוא עלול לבצע עבירה.

אם מדובר בעבירה התנהגותית - אז חזקה שהיה לנאשם מחשבה פלילית ואם מדובר בעבירה תוצאתית אז חזקה שהיה לנאשם אדישות. גם במצב שאדם שיכור קשה מאוד להוכיח אדישות. רצח מכוונה תחילה דורש הוכחת כוונה תחילה ולא די בהוכחת אדישות כמו בשאר העבירות.

**סעיף 34 ט(ג) - עוסק במצב שאדם שתה כדי לעבור עבירה.** אם אדם שותה כדי לעבור עבירה אז רואים בו כמי שעבר את אותה העבירה. עם זאת, התביעה תצטרך להוכיח כי האדם שתה במטרה לעבור עבירה.

במידה והאדם שתה ורצה לעבור עבירה מסוימת אך עבר עבירה אחרת, בפועל דינו עפ"י **סעיף 34 ט(ג)** בעייתי בגלל ה' הידיעה שמחייבת עבירה מוגדרת. לכן נחיל את **סעיף 34 ט(ב)** ונייחס לאדם לאדישות. אין הלכה בנושא - מעולם להגיע לידי פסק-דין.

במקרה בו אדם שנכנס למצב שכרות לא מדעתו אך במצב שבו אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע, עדיין יכול עליו סייג המלא. יש כאלה וביניהם פרופסור גור אריה, החושבים שצריכה להיות התייחסות בחוק לכניסה למצב של שכרות ברשלנות. במקרה כזה, יהיה ניתן להרשיעו רק בעבירת רשלנות.

הוראות שכרות מסוימות: יש עבירות המגדירות שכרות כאחת הנסיבות לעבירה. במצב כזה לא ניגשים לסעיף 34 ט אלא קובעים מהי שכרות עפ"י תכלית העבירה או לשונה. לדוגמא: תקנה 169א לתקנות התעבורה - קובעת שאדם שיכור הוא מי שמידת האלכוהול בדמו עולה על אחוז מסוים. אזי די בהוכחת אחוז האלכוהול דמו לשם הרשעה.

היעדר שליטה -

#### **34. העדר שליטה**

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לעניין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוייתית בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה.

מי שאין לו שליטה ממשית על גופו, זכאי מאחריות פלילית. מדובר ביסוד פיזי טהור (פעם היה נקרא "היעדר רצייה" – פלר דאג שיבינו שמדובר בפיזי ולא בנפשי). הטלת אחריות פלילית בנסיבות, שבהן לא הייתה לאדם יכולת בחירה, איננה משרתת את המשפט הפלילי. מדובר בסייג על מי שאין לו שליטה על גופו לא מפני שהוא חולה בנפשו (ס' 34ח') ולא מפני שהוא שיכור (ס' 34ט). המצבים בס' אינם רשימה סגורה. היפנוזה – שידול של המהפנט, שידול זאת עבירה תוצאתית, ולכן יש להוכיח קש"ס. הפטור כולל גם תגובות מרפלקס, הלם, סוכרת, אפילפסיה, כפייה, הפרעות נפשיות שלא מגיעות למחלות נפש זהו סעיף מאד נדיב – מי שהצליח לקבל הגנה מכוח הסעיף הזה הולך הביתה ולא לטיפול ואשפוז כפוי, למרות שיכול להיות שהוא אדם מאד מסוכן. מה ההבדל בין העדר שליטה לבין מחלת נפש? העדר שליטה איננו מחלת נפש.

מה ההבדל בין שכרות להעדר שליטה? בין השכרות להעדר שליטה יש שאלות רבות :  
הרשימה של המצבים המתוארים תחת הכותרת "העדר שליטה" היא רשימה שכוללת מצבים מאד מסובכים - למשל היפנוזה. עוד מתוארת שם למשל כפייה פיזית – אדם העובד במקום שטביעת האצבע שלו יכולה להכניס אותו למקום מוגן, ובא איש חזק ותופס את האצבע שלו בכוח – למרות שהיד שלו הייתה שם פיזית והקנתה לעבריין המיועד גישה למקום המוגן – אדם זה לא ביצע את העבירה, כי הוא זכאי להגנה על סמך ס' 34ז. עוד לדוגמה ניתן לקחת אדם שביצע עבירה מתוך שינה. אדם זה פטור מאחריות פלילית.

#### **אוטומטיזם**

עד תיקון 39 השתמשו בביטוי זה כדי להגיד בלועזית את מה שנקרא "העדר שליטה". בעבר הבדילו בין **אוטומטיזם שפוי** ל**אוטומטיזם בלתי שפוי**. ההנחה בסייג זה היא כי ישנם אנשים שפועלים תחת דחף לא בר-כיבוש: הם לא מסוגלים לעצור את עצמם. אנשים אשר אינם יכולים לעשות זאת מחמת מחלת נפש – מוגנים על פי הסייג הרלוונטי. בעבור אלו שאינם מסוגלים לעצור עצמם שלא בגלל מחלת נפש או שכרות – משמע, מה שהיה מוגדר בעבר אוטומטיזם שפוי – קיים הסייג בס' 34ז – העדר שליטה.

מעשה באדם סניטר בבית חולים בבית חולים גריאטרי. הסניטר הוא אדם חזק (כדי שיוכל לרסן את המטופלים במקרה הצורך), אבל הוא גם חולה סוכרת ומקבל אינסולין. בתחילת היום הסניטר הזריק לעצמו אינסולין, ומאוחר יותר הוא תקף חולה מתוקף פרץ אלימות וזעם. אילו ניתן היה להראות כי פרץ אלימות זה נובע ישירות מהזרקת האינסולין, אז הטענה הייתה יכולה להיות רק שכרות כי הוא סימם את עצמו. אלא שהסניטר אומר שהוא היה נתון במצב של אוטומטיזם: בבוקר הוא הזריק לעצמו אינסולין, כאשר התנאי למי שהזריק לעצמו אינסולין הוא לאכול לאחר הזריקה ולהימנע משתיית אלכוהול. במקרה שלנו, הסניטר הזריק את האינסולין – אך התפרצות האלימות באה 7 שעות מאוחר יותר, כי הוא לא אכל שום דבר ושתה אלכוהול. הוא נתקף בפרץ של אלימות, שלא היה מודע לו ולא היה יכול למנוע אותו. במשפטו השופט יקבע כי הוא יזכה אותו מחמת מחלת נפש. הנאשם הגיש ערעור על הזיכוי – הוא אומר כי הוא לא פעל תחת השפעה של גורם מסמם, ולא האינסולין עשה זאת. הטענה שלו נובעת מהשאלה - מה ניתן לעשות לחולה סוכרת בבית חולים לחולי נפש? הרי לא ניתן לרפא את המחלה. לאור הזיכוי הקודם, בו נקבע כי מדובר במחלת נפש – עולה השאלה האם מדובר באוטומטיזם שפוי. התשובה של בית המשפט האנגלי לכך הוא שאכן מדובר באוטומטיזם שפוי.