

## דיני עונשין

הנוסחה הכללית של המשפט הפלילי (הוכחת עבירה): "התנהגות בשליטה המלווה אשם (או מחשבה פלילית) הגורמת תוצאה מזיקה שלא כדין".

### "אינו כדין" – עקרון החוקיות

כל עבירה פלילית צריכה להיות כתובה בספר החוקים. אין עבירה אם אין לה אסמכתא בחוק. היכן תמצאנה עבירות ? בראש ובראשונה **בחוק העונשין תשל"ז 1977**-, אך החקיקה הפלילית משתרעת על-פני כל החקיקה האזרחית במדינת ישראל, ובד"כ נמצא בסופו של כל חוק סעיף עונשין. חוק פלילי איננו רטרואקטיבי, הוא תופס מיום פרסומו והלאה (קיים חריג והוא **החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם**).

החוק הפלילי חייב להיות מנוסח בצורה ברורה ולעמוד בקריטריונים של חוקי היסוד הקיימים, שהרי הגבלת החירות הוא כלי אשר יש צורך לרסנו. אם החוק הוא מעורפל, אזי הוא אינו מספק את האזהרה הנחוצה לאנשים, אך גם כאן קיימים חריגים כגון "התנהגות הולמת" **בחוק השיפוט הצבאי**, או עניינים של "מרמה והפרת אמונים".

תחת הנושא של **עקרון החוקיות**, נדון בהיבטים שונים כגון כיצד הכנסת מחוקקת חוקים פליליים, וכיצד בתי המשפט מחליטים האם מעשה כלשהו מפר את ההוראה הפלילית. זוהי פעולת **פרשנות**, והיא לכשעצמה "מפרה" את עקרון החוקיות ואותה בהירות הנדרשת מחוק פלילי, כי אותו אדם שנשפט אינו מודע לפרשנות אשר תצא מבית היוצר של ביהמ"ש.

התפיסה במשפט הפלילי, בעידן הפורמאליסטי, היתה להקל עם הנאשם, כלומר הפרשנות תהיה "לטובתו". כיום התפיסה משתנה ואומרת כי יש לנסות להבין מה עומד מאחורי החוק הפלילי ומה מטרתו, ולתת לו משמעות העולה בקנה אחד עם המטרה.

**פ"ד מזרחי נ' מ"י**: מדובר באסיר ברשיון (לא ריצה את כל תקופת המאסר, אך נתנו לו לצאת לחופשה) אשר לא חזר לבית הכלא. בספר החוקים אין עבירה שכזו הנוגעת לאסיר ברשיון שלא חוזר לכלא. כתב האישום שהוגש נגע לבריחה ממשמורת. מזרחי טען כי לא כך, שהרי ניתנה לו חופשה, ולכן לא ברח לשום מקום. ביהמ"ש תהה על השאלה מהי "בריחה ממשמורת". האם להקל עם הנאשם ולהתמקד בפרשנות מילולית גרידא או שמא לבחון את מטרת החוק ? השופט ברק מדגיש שיש צורך לתת פרשנות אשר מתיישבת עם תכליתו של החוק. **השופט ברק** קבע כי חוק פלילי הוא כמו כל חוק אחר הנתון לפרשנותו של ביהמ"ש.

**פקודת החוק הפלילי, 1936** היא ירושה מימי הבריטים והיא תורגמה מאנגלית לעברית וקיבלה את השם "חוק העונשין". בשנת 1995 נכנס לתוקף **תיקון 39** לחוק העונשין המהווה פשרה בין **פרשנות המתיישבת עם תכליתו של החוק לבין פרשנות המקלה עם הנאשם**.

## התנהגות

התנהגות (*Actus Reus*) ואשם/מחשבה פלילית (*Mens Reus*) הם שני הרכיבים העיקריים בעבירה פלילית. הכלל הוא שאין מענישים על מחשבות שלא קיבלו ביטוי חיצוני. בסעיף 19 נאמר כי ישנה ענישה על מעשה לרבות **מחדל**, דהיינו לא תמיד ישנו צורך בביטוי חיצוני-אקטיבי. כמובן שבמצבים כאלה קיים קושי להוכיח מחדל. קושי נוסף קיים כאשר אדם אינו מממש את העבירה, כגון שאדם יורה באדם אחר אך מחטיא, אזי העבירה היא "נסיון".

## "בשליטה"

אחת הדרישות שיש מן ההתנהגות, מעבר לצורך שתהיה גלויה וברורה, היא שתתקיים איזושהי שליטה. ישנן שתי קטגוריות של **חוסר שליטה** שחוק העונשין מכיר בהם **בסעיפים 34 ו-34ח** הם:

א. **אי-שפיות** – אי-שפיות בעת המעשה או אי שפיות בזמן העמדה לדין.

ב. **העדר שליטה** – כגון מצבים של היפנוזה, אדם שהוזרק לו סמים וכדומה.

## היסוד הנפשי – המחשבה הפלילית

מחשבה פלילית היא הדרישה הבסיסית להרשעה בעבירה פלילית. קיים לעיתים קושי בהוכחת מחשבה פלילית, כגון אנשים כאשר רמתם השכלית היא פחות מן הממוצע והם אינם מודעים להשלכות של מעשיהם מבצעים עבירה. הדרך הפשוטה להוכיח מחשבה פלילית היא **הודאה** ("מלכת הראיות").

ישנן התנהגויות לפני ואחרי המעשה המעידות על מחשבה פלילית, כגון אדם שרוצח מישהי, רץ מחוץ לחדר וצועק "רצחתי אותה!". חשוב לציין כי **אסור** לפני שלב ההרשעה להביא ראיות ממעשים קודמים של הנאשם בפני ביהמ"ש, ע"מ שדעתו של השופט לא תושפע מכך. מחשבה פלילית נחלקת לשניים:

א. **אשם סובייקטיבי** – כדי להוכיח אשם סובייקטיבי יש צורך להוכיח **מודעות לרכיבי היסוד העובדתי** (התנהגות, נסיבות ותוצאה).

ב. **אשם אובייקטיבי**.

רצוי שכל עבירה פלילית תהיה מלווה באשם סובייקטיבי, דהיינו מחשבה פלילית הנמצאת אצל הנאשם והיא מסוג של פזיזות, כוונה וכו'. אשם אובייקטיבי איננה נמצאת אצל הנאשם עצמו אלא אנו אומרים עליו שהוא היה צריך להתנהג כמו **אדם סביר**. בניגוד לדיני הנזיקין, מחשבה פלילית בדין הפלילי מכונה "**רשלנות**".

## אשם סובייקטיבי

**מודעות (יסוד הכרתי)** – לרכיבי היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות, תוצאה).

**תוצאה (יסוד שאיפתי)** אם היא קיימת בהגדרת העבירה, יש צורך להוכיח אחד משלושה אלמנטים (מן החמור ביותר לקל ביותר, **סעיפים 19 ו-20**):

א) **כוונה** – מתכוון לגרום את הנזק.

- (ב) **אדישות** – לא אכפת לו אם יקרה נזק.  
(ג) **קלות דעת** – מתכוון למנוע את הנזק.
- פזיזות

חשוב לציין כי לא לכל עבירה יש גם אלמנט של מודעות ליסוד התוצאתי וגם אלמנט של תוצאה, כמו כן לא כל עבירה דורשת "כוונה", אלא לעיתים מספיקה הוכחה של היסוד הקל ביותר – "קלות דעת", ע"מ להגיע להרשעה. ישנן עבירות מן הצד השני אשר בהן מצויין במפורש כי יש צורך ב"כוונה". ניקח לדוגמה דרגות המתה שונות:

- א. **רצח** – מודעות + כוונה תחילה.  
ב. **הריגה** – מודעות + פזיזות.  
ג. **גרם מוות ברשלנות** – יש צורך להוכיח כי האדם הסביר היה נוהג אחרת.  
ד. **אחריות קפידה** (מוחלטת) – אחריות על בסיס יסוד עובדתי בלבד. מדובר בד"כ בעבירות מאד קלות, כגון עבירות תעבורה. אלו הן עבירות שאם היינו דורשים מן התביעה להוכיח גם יסוד שאיפתי ובכך לנהל משפט ארוך בנושא, ביהמ"ש היו נסתמים. **בתיקון 39** הכניסו את **סעיף 22** בו קבעו כי אין יותר עבירות של אחריות מוחלטת והמינימום מעתה יהיה אחריות קפידה. משמעותה **העברת הנטל לנאשם** (הוכחה לפי מאזן ההסתברויות ולא מעל לכל ספק סביר) להוכיח כי הוא לא אשם, לאחר שהתביעה הוכיחה את היסוד העובדתי. סייג נוסף הוא שאם לא הוכחה מחשבה פלילית, אי אפשר להטיל עונש של מאסר.

**קשר** – קמה קבוצת אנשים אשר מתכננים יחד לעבור עבירה. המעשה הוא הקשר, לא ביצוע העבירה. גם אם לאחר מכן אחד מן הנוכחים מתחרט, עדיין עבירות הקשר הושלמה מעצם ההתכנסות.

### "מלווה"

מדובר **בעקרון המזיגה/סימולטניות**. הרעיון הוא שהיסוד העובדתי והיסוד הנפשי צריכים לנבוע זה מזה.

**בפרשת פייגן** באנגליה דובר באדם אשר לא חיבב שוטרים. יום אחד הוא נעצר ע"י שוטר בזמן נהיגה וכשהשוטר ביקש ממנו לעצור הוא עצר במקרה על רגלו, ויצא מן המכונית. פייגן הואשם בתקיפת שוטר, דעת הרוב מצאה אותו אשם.

"הגורמת" – מדובר בקשר סיבתי עובדתי ומשפטי.

## מטרות המשפט הפלילי

מהם מטרות המשפט הפלילי ?

א. הרתעת היחיד (ע"י שיקום)

ב. הרתעת הרבים

ג. גמול

ד. הרחקה/מניעה

### גמול – הגישה הדאונטולוגית

גמול היא אחת מהגישות שנקראות **גישות דאונטולוגיות**. הגישות הדאונטולוגיות גורסות שישנו ציווי קטגורי, משהו ראשוני-תחילי שכל הנורמות נובעות ממנו. לכן, כאשר מופר אחד החוקים אשר נובע מאותו ציווי קטגורי, ישנה הפרת איזון בעולם. מטרת הענישה, היא להחזיר את אותו איזון ערכי בעולם – להשיב לעברין כגמולו.

גמול עושה בדיוק מה שנקמה אסור שתעשה, הוא לוקח את כל הלחצים אשר יש לקרבנות ובני משפחותיהם, ומתעל אותם לטובת המדינה, אשר היא נושאת הכח, והינה אורגן היחיד אשר מותר לו להפעיל סנקציה פלילית.

שיטת הגמול בתחום המשפט מביאה להדגשה של כמה נושאים, למשל הדגשת הרעיון של מחשבה פלילית. כל התפיסה של מחשבה פלילית נובע מהתפיסה הדאונטולוגית. התפיסה המנוגדת בד"כ לא מדגישה את הנושא של מחשבה פלילית. ומדוע היא חשובה ? מכיוון שאנו מתמקדים בעברין ומשיבים לו כגמולו. נאשם שעשה מעשה ללא שום כוונה (רשע או אף אדם סביר), לא מוצדק להענישו, אין מה לגמול לו למרות שגרם לנזק. נאשם אשר מעשה נפגע עם כוונה, נענישו בחומרה.

התפיסה הדאונטולוגית "תעדיף" עבירות שנעשו עם מחשבה פלילית (סובייקטיבי). מטרתה להוריד ככל האפשר את העברות הרשליות והקפידה (אובייקטיבי).

בתיקון 39 סודרו **סעיפים 19 ו-20** והם מדברים על נושא **המחשבה הפלילית**. כעת, לאחר התיקון ישנו פרק שלם שכותרתו היסוד הנפשי.

הגישה הדאונטולוגית מנסה לנטרל ככל הניתן את אלמנט **המזל** בדיני העונשין. לא תמיד רצונו של אדם להרוג אדם אחר, תלויה אך ורק בו, לעיתים הוא יצליח ולעיתים לא. אחת השאלות הקשות אשר מנסים להתמודד איתם היא כיצד ניתן להעניש את חסרי המזל ? היוצאים מנקודת התפיסה של גמול, קשה לו עוד יותר להתמודד עם שאלה זו. התפיסה הגמולית תנסה להשוות בין **דין הנסיון** לבין **דין העבירה המושלמת**. לפני תיקון 39, העונש על עבירות נסיון היה מחצית מן העונש על עבירה מושלמת. לאחר התיקון, הסעיף הני"ל בוטל, דהיינו השוו את העונש בפועל.

ביקורת: ישנה פגיעה בזכויות אדם בסיסיות ובחירות האנושית, מכיוון שמתמקדים בשיפוט מחשבות ולא בשיפוט מעשים. מתנגדי התפיסה הדאונטולוגית יבקשו להזכיר כי מדובר בתפיסת ממשל, המשפט הפלילי מופעל ע"י המדינה ונועד לתכליות מאד מסויימות, ואין הם מוכנים כי המשפט הזה יתערב בחיי האדם כדי לשפוט אותו ערכית על מחשבותיו.

### **הרתעת הרבים – הגישה התועלתנית**

זוהי הגישה המנוגדת לתפיסת הגמול, שנתפסת כבלתי רציונאלית ע"י המתנגדים לה, כיצד ניתן לשפוט את כל אדם ואדם עפ"י אותו עקרון ערכי? הוגי השיטה מעוניינים לנטרל את העקרון הערכי וליצור כלל אחד ויחיד לגבי עבירות פליליות והוא "מקסימום אושר לכלל בני-האדם". מעשה שמעלה את ס"כ כל האושר הוא מעשה טוב, מעשה שמוריד את ס"כ כל האושר הוא מעשה רע – פלילי, ונעניש עליו.

לכל אדם יש "סולם" אושר פרטי, הוא קובע לעצמו מה גורם לו אושר ומה לא, עפ"י הערכים שהוא מחזיק בהם. חיבור כל הסולמות הוא "סך-הכל האושר בעולם". לפי השיטה הזו תפקידה של המדינה הוא להעלות את ס"כ כל האושר. הנקודה התחתונה היא שמטרתה של השיטה התועלתנית היא לנטרל את הרכיב הערכי מן המשפט הפלילי.

**הגישה הכלכלית של המשפט** היא זרם של השיטה התועלתנית, מטרתה להחליף את ה"אושר" ב"עושר". הכסף הוא אמצעי לדעת מהו סולם ההעדפות הפרטיות של כל אדם. כיצד? נשאל כל אדם כמה כסף הוא מוכן לשלם בתמורה לכל פריט בסולם שלו. הפריט היקר ביותר יהווה את הגורם אשר מסב לו אושר מירבי.

יש לציין כי תיקון 39 לא ביטל את האפשרות להטיל אחריות ללא קיומה של מחשבה פלילית, כגון אחריות קפידה. זוהי השפעה תועלתנית רצינית.

### **הרתעת היחיד – שיקום**

הרעיון של שיקום העבריין והחזרתו לחברה נחשב לרעיון מתקדם. בארה"ב ניסו לעבור לשיטה של עונש בלתי קבוע, השופט היה קובע טווח של עונשים וועדות מנהליות שנמצאות בכלא היו נותנות חו"ד על מצבו של האסיר. ככל שחו"ד אמרה שהוא יותר משוקם וראוי שהוא יחזור לחברה, כך היה מקבל את העונש המועט יותר שהשופט קבע.

**"תווית ה-Dangerness"** – באה להבחין באילו מצבים אנשים בלתי ניתנים לשיקום ואילו אנשים קל יותר לשקמם.

### **הפרדה אקוסטית**

זהו רעיון שתבע פרופ' מאירדן-כהן מאוני' ברקלי. הרעיון המרכזי שלו אומר שלמעשה יש הגיון במיזוג תאוריית הגמול ותאוריית ההרתעה בענישה ובכך משיגים את שתי התכליות יחד. כיצד? הפרדה אקוסטית פירושה שלא מגלים את כל האמת לציבור במה שמתרחש בהליך הפלילי. כנגד אדם מוגש כתב אישום בעבירה חמורה, וכתוב על כך בעיתון שהוא צפוי ל-15 שנות מאסר. רמת העונש שיגזור השופט תהיה מתאימה לנסיבות המקרה. אך הפרסום בעיתון זה היה על סך כל העונש שיכול היה לקבל. נאמר והפרסום ממשיך ופורסם שנגזר על אותו עבריין 8 שנות מאסר. המשך ההליך אינו פתוח לעיני הציבור.

לאור הדוגמא לעיל אפשר לומר כי בעצם הפרסום ישנה **הרתעת רבים**, והציבור הרחב לא יבחין לאחר מכן בהקלות כלפי העבריין (אם זה ניקוי תקופת מאסרו בשל התנהגות טובה או חנינה). ההפרדה האקוסטית מתחשבת בהליך הפומבי בביהמ"ש בו מדגישים את חומרת המעשה ומצד שני בנסיבות המקרה ואופיו של העבריין והדרכים להקל עליו.

## הגישה הכלכלית למשפט

הגישה התועלתנית מתמקדת במקסום האושר. הגישה קשה לביצוע מכיוון שלא ניתן לערוך ניסויי שדה שיצדיקו אותה. ניסויי שדה אפשריים בד"כ בעבירות קלות (תעבורה, העתקה בבחינות), אך לא בעבירות קשות. נתמקד בהצדקות הכלכליות לעניין. בשנת 1939 כתבו **קאלדור** ו-**היקס** מאמר הקובע עקרון כלכלי הגורס כי יש להחליף את ה"אושר" ב"עושר" ומעתה יקרא הכלל "**סך-כל הכסף לסך-כל בני האדם**". נבקש כל אדם לכמת את הדברים אשר מסבים לו אושר. כשנעשית פעולה כלשהי, נבחן האם היא מחסירה כסף מן הקופה הכללית או האם היא מוסיפה כסף, ובכך נפריד בין מעשים חיוביים ומעשים שליליים – עבירות. תפקידו של המשפט הפלילי ילחם באותן פעולות שמפחיתות את ס"כ הכסף בעולם.

הבעיה היא נקודת המוצא של אדישות לכסף, ההתייחסות היא **לאדישות לסיכון**. לכסף יש **תועלת שולית פוחתת**, כלל שיש יותר כסף תועלת עולה, אך בשיעורים יותר קטנים. בני-אדם הם **שונאי סיכון** לגבי רווחים, הם מעדיפים שקודם כל יהיה להם כסף לצרכים בסיסיים. לכל אדם יש סכום כסף מינימאלי אותו הוא לא מעוניין לסכן. ככל שלאדם יש יותר כסף, כך יוכל לקחת על עצמו יותר סיכונים.

עקרון **קאלדור-היקס** אינו יכול לעבוד מכיוון שאנשי העולם המערבי נמצאים בד"כ בפוזיציה יותר טובה מאשר אנשים במדינות מתפתחות אשר נאבקים עדיין על אותו הסכום המינימאלי ומוכנים לסכן פחות.

ב-1945 קבע **Hand** את הכלל שלו לגבי תוחלת נזק לעומת תוחלת תועלת. **כל מקום שתוחלת הנזק עולה על תוחלת התועלת, הפעולה בלתי יעילה ונתערב מבחינה משפטית**. המשפט הפלילי יפעיל במקרה זה סנקציה פלילית (דיני הנזיקין יטילו סנקציה אזרחית). הרעיון של **Hand** הוא שמטרתו של המשפט הפלילי הוא להפנים הוצאות חיצוניות. מדוע המשפט מתערב? המשפט צריך לגרום להפנמת הוצאות חיצוניות. רק אם הפעולה היא יעילה, מבחינה זו שתוחלת התועלת שלה עולה על תוחלת הנזק, רק אז הפעולה היא יעילה.

ב-1961 חיבר **Coase** את התאוריה שלו וקבע כי המשפט לא צריך להתערב בתנאים של **Hand**. השוק מסתדר לבד, ללא המשפט. אם לא יהיה משפט, אנשים יבדקו ויעשו חישוב טוב יותר בסכסוכים בינם לבין שכניהם. השוק יגורם למו"מ בין המעוניין להפיק תועלת ממעשה מסויים לבין הניזוק הפוטנציאלי. קוז סבור כי צריך את המשפט בגלל בעיה של "**כשל שוק**", כלומר צריך התערבות משפטית רק במקומות שהשוק אינו יעיל ולא יביא למקסום התועלת. נקודת הכשל העיקרית היא הוצאות העסקה. **בהעדר הוצאות עסקה, השוק יגיע למקסום תועלת בעצמו**. מה הן הוצאות עסקה? אלו הם דברים הקשורים למו"מ שתואר לעיל, זהו מו"מ אידיאלי שלא יכול להתקיים במציאות, מכיוון שלפעמים הנזק יכול להתפרס על-פני הרבה אנשים. כגון, מפעל המזהם את הסביבה – לכל אדם יש נזק קטן, והוא לא ירצה להכנס למו"מ עם המפעל כי יגרמו לו הוצאות שאף אחד לא יפצה אותו עליהם. **המשפט מתערב רק במצבים בהם יש הוצאות עסקה, כדי לתקן את כשלי השוק האלו**.

## אילו שלושה כשלים רלוונטים למשפט פלילי?

א. **נזק מבוזר** – מצב בו יש מזיק עיקרי הגורם נזק להרבה מאד אנשים. כדי שכל אחד יתקומם כנגד הנזק, הוא צריך לבזבז יותר משאבים מכפי שכדאי לו (כדוגמת: נהיגה מסוכנת, או דיני

ניירות ערך, דיני איכות הסביבה). כאן צריך את עזרת המשפט. המשפט האזרחי מתמודד בד"כ עם קטגוריה זו בעזרת **תובענה ייצוגית**.

ב. **דילמת אסיר** – ישנם שני אסירים אשר שותפים בפשע ושניהם נעצרו ע"י המשטרה. המשטרה חוקרת אותם, כל אחד לא יודע מה השני אומר. לאיזו מסקנה כל אסיר יגיע ?

עציר א'	עציר ב'	תוצאה משפטית לאסיר א'	תוצאה משפטית לאסיר ב'
מודה	מודה	5	5
לא מודה	לא מודה	0	0
עסקת-טיעון	לא מודה	0	10
לא מודה	עסקת-טיעון	10	0

הטבלה מתייחסת לעבירה אשר עונשה 10 שנים. בגלל החשש מן השני, שהוא לא יעמוד בשתיקה וימהר לעשות עסקת טיעון עם התביעה, ויפליל את השני, כל אחד יגיע להחלטה של הרע במיעוטו ויודה בעבירה. כאשר יש לנו שני שחקנים או יותר, כל המידע פתוח אך אין זרימת מידע בין השחקנים. זהו סוג של כשל שוק שקורה בכל המצבים בהם יש הרבה מאד אנשים שנקלעים להחלטה מן הסוג הזה. כגון, איסור השלכת פסולת ברחוב, מדוע צריך שתהיה עבירה פלילית כזו? מכיוון שכל אחד חושש להיות ה"פראיר", שהוא לא ישליך פסולת ואחרים כן, לכן מה שקורה שכולם משליכים – זה המצב של 5:5 בטבלה. חייבים כאן את הכוח הריכוזי שיגרום לכל האנשים לצאת מן הכשל הזה, ויאמר לכולם ש"אם תשליך אשפה תהיה נתון לסנקציה פלילית". דילמת האסיר גורמת לכולנו להשליך אשפה ברחוב.

ג. **הבדלים ביחס לסיכונים** – כאשר בחברה אחת ישנם אנשים שיחסם לכסף שונה (חלקם מחבבי סיכון, חלקם שונאי סיכון) צריכים התערבות של המשפט כי השוק לא יצליח לתפקד. אנו זקוקים לכח כלשהו שישנה את השוק ויתחשב יותר ב"עוגה" הקטנה שיש לכל אדם. ההשלכות על המשפט הפלילי קטנות יותר בקטגוריה זו.

### הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies)

תחילתה של גישה זו בעידן המרקסיסטי. האירופאים קוראים לגישה הזו נאו-מרקסיזם, אך בארה"ב שמה CLS. הגישה זו מתחלקת לשניים:

א. Critical Race Studies

ב. Critical Family Studies

הבעיה מתעוררת כשנשמעת הטענה שעקרונות המשפט הפלילי נוסחו ע"י אנשים לבנים, ע"מ לדכא את בני המיעוטים. החשיבה הליבראלית גורסת כי לכל פרט יש רצון חופשי ושליטה (סעיף 34 לחוק העונשין) על מעשיו וזהו המקור להטלת אחריות. **ללא שליטה ובחירה חופשית, אין מקום למשפט פלילי**. מטרת המשפט הפלילי היא רצון להשיג צדק אינדיבידואלי.

אנשי ה-CLS סבורים כי המשפט מתערבים רק כאשר הפרט חוצה את הגבול. הרצון להגיע לצדק אינדיבידואלי זו הנחה מופרכת. החוק אמנם מתהדר בשוויון פורמאלי, אך במהותו יש אפליה כנגד קבוצות מסויימות.

באנגליה קיימת עבירה על לינה תחת גשרים. אמנם הסעיף הנ"ל מנוסח באופן שוויוני, אך הוא נועד להלחם בתופעה זו בקרב הומלסים ועניים. **סעיף 216 לחוק העונשין** בעניין קיבוץ נדבות במרמה, גם כן פונה לציבור מסויים.

ישנן מדינות בהן הצרכים הבסיסיים ביותר של אנשים, אינם מעוגנים במסגרת זכויות האדם. לעומת חירויות יסוד אחרות כגון הביטוי, הקניין וכדומה אשר תופסות מקום גבוהה ברשימת הזכויות אשר להם זכאים בני-האדם. הרי זכות הקניין באה להגן על קניינו של אדם אשר יכול להרשות לעצמו להחזיק בקניין מידיו של אדם אשר אין לו כלום. טענתם המרכזית של אנשי ה-CLS היא כי **החוק הליבראלי המנוסח ע"י קבוצת האנשים המחזיקים את מרכזי הכח, מנוסח לכאורה באופן שוויוני ונטראלי, אך בפועל היא נותנת הגנות למי שנמצא במעמד הבינוני-גבוה מפני הקבוצות החלשות.**

נקודה נוספת היא הצורך להסתכל על אדם לא כעל אינדיבידואל אלא כעל חלק מקבוצה, הטענה היא שההתנהגות היא לא פועל יוצא של רצון חופשי אלא התנהגות המוכתבת לרוב עפ"י שיוכו הקבוצתי של אדם. אם אין שליטה אמיתית אז אין צידוק להטיל עונש. לכן אם אומרים שההתנהגותם של בני-האדם מוכתבת ע"י הקהילה, אזי יש בעיה עם החלת המשפט הפלילי. קבלה של טענה זו עד הסוף, סותמת את הגולל על המשפט הפלילי. אנשי ה-CLS סבורים כי המשפט הוא תוצאה של מאבק בין קבוצות שונות (שחורים, לבנים, נשים, גברים, מיעוטים), ולכן אסור להסתכל על הפרט בתור היחידה הבסיסית, מכיוון שלפטר יש חופש מאד מוגבל ויש צורך להסתכל על הקבוצה. צריך להלחם בשיטת המשפט בכללותה, להביא לשבירת השיטה ופרוקה, ולהתחיל מן היסוד – לגבש מחדש שיטת משפט אחרת שתצא מנקודת הנחה שאין דבר שכזה שיטה אובייקטיבית ושיפוט נטראלי.

### **הגישה הפמיניסטית**

ניתן לחלק גישה זו לשלוש קבוצות: **ליבראלי, תרבותי ורדיקאלי** (Critical Feminist Studies). **הפמיניזם הליבראלי** היא הגישה המסורתית, התפיסה הזו דוגלת בשוויון זכויות פורמאלי לנשים וצריך לבוא מכל הבחינות – כלכלית, דיני אישות ומשפט פלילי. תפיסת עולם זו יוצאת מנקודת הנחה שאישה שווה לגבר בקישוריה הבסיסיים ומכאן נובעת זכותה לשוויון משפטי.

**הפמיניזם הרדיקלי** יוצא מתפיסת עולם של ה-CLS וסבורה כי המשפט נועד לשעבד את האישה לצרכי הגבר. ההנחה היא שלגברים יש אינטרס להשאיר נשים במעמד חברתי נמוך, כשהן תלויות בגבר מבחינה כלכלית. משום כך, יש צורך להשתמש במשפט הפלילי כדי לתקן את הקיפוח כלפי הנשים. אחד הכלים שהפמיניסטיות הרדיקליות דוגלות בו הוא להנמיך את הסף להרשעה פלילית מ"ספק סביר" למשהו שהוא פחות מזה, כגון מאזן הסתברויות, ולא נורא אם במקרים נדירים יכנס אדם חף מפשע לכלא.

עבירת האונס התפתחה ממצב שבו אונס בין זוגות נשואים לא היה נחשב כאונס, למצב שבו זה אסור כיום. הפמיניזם הליבראלי יתגאה בהצלחה לעומת הפמיניזם הרדיקאלי הסבור כי יחסי הנישואין בעצמם נוטלים מן האישה את חופש הבחירה שלה, ולכן זה אונס ! התפתחות נוספת בעניין הפטור מאונס קבעה כי הסכמה של אישה לעניין קיום יחסי-מין יכולה לנבוע מאהבה, הבטחת נישואין וכסף. הזרם הרדיקלי יאמר כי הסכמה תופסת רק כאשר שני הצדדים שווים מבחינה כלכלית וחברתית. בכל מקרה אחר, סבורים הרדיקלים, זה יחשב לאונס. בכלל,



הפניסטים הראדיקלים סבורים כי יש לבטל את יסוד ההסכמה העבירה האונס. כיצד יתכן, טוענים הראדיקלים, שעבירה האונס היא היחידה אשר לוקחת החשבון את הסכמתו של הקרבן. דוגמא נוספת, הראדיקלים יוצאים כנגד הגנת הקנטור בעבירה רצח מכיוון שבבדיקת ההסטוריה של הגנה זו יוצא כי כמעט תמיד השתמשו בהגנה זו כדי לגונן על גברים שרצחו את בנות-זוגן.

**הפמיניזם התרבותי** מצביע על השוני בין גברים ונשים, בזמן שהם סבורים כי השוני הוא גנטי. הנשים, ע"פ הגישה התרבותית פחות נוטות ל אלימות, מלאות חלמה ועדינות. השפעתן של נשים על המשפט צריך שיבוא לידי ביטוי בכך שהמשפט יאמץ את נקודת המבט הנשית. חוקים צריך שינוסחו לפי הראיה הנשית (כגון [חוק לא תעמוד על דם רעד](#)).

## **עקרון החוקיות**

כנזכר, התנאי לכך שעבירה תהיה עבירה פלילית הוא שיהיה לכך איזכור מפורש בחוק. **סעיף 1** לחוק העונשין (לאחר תיקון 39) קובע במפורש שאין עבירה ואין עונש, אלא אם כן נקבע בחוק שמעשה מסויים הינו עבירה. **עקרון חוקיות המנהל** קובע שהמנהל מוסמך לעשות אך ורק בפעולות שהוסמך לכך בחוק. לגקבי אזרחים, הכלל הוא הפוך, מותר להם לעשות הכל אלא אם כן יש איסור לכך בחוק.

### **אבחנה בין הוראה פלילית לאזרחית**

ראשית יש לברר מתי מותר למחוקק לחוקק עבירות פליליות. אך לא בכל מקרה בו מקובל על המחוקק כי התנהגות מסויימת היא התנהגות פסולה, יפעיל המחוקק את ה"נשק" של עבירה פלילית כי קיימים בידיו כלים בתחום המשפט האזרחי (חוזים, נזיקין). כיצד אם כן מבחינים בין עבירה פלילית לאזרחית? סדרי הדין וההשלכות בין שני סוגי העבירות שונות לגמרי.

**ע"פ 401/79 למדן נ' מ"י**: אדם הואשם בעבירה על **סעיף 20 לחוק המכס**. סוכן מכס צריך לפעול בצורה הולמת את תפקידו – ביושר. אין לצד הסעיף סעיף ענישה, אך בסוף החוק ישנה הוראה כללית המטילה קנס על כל עבירה של הוראות הפקודה שלא נקבע לה עונש אחר. הוגש כתב אישום כנגדו. סוכן המכס טען כי כתב האישום ניתן שלא בסמכות, ואם המדינה סבורה כי לא נהג בהתאם לקוד ההתנהגות ניתן לפטרו או לנזוף בו, אך לא להגיש כנגדו כתב אישום כי זו עבירה אזרחית, ולא פלילית. בנוסף טען למדן כי עקרון החוקיות בא להצביע במפורש על התנהגות מסויימת כאסורה, ולא "סעיף סל" אשר פוסל התנהגות באופן כללי. מהי "פעולה ביושר"? שואל למדן.

**עקרון החוקיות אינו טכני, אלא הוא דורש שתהיה ספציפיקציה**. העקרון אמור להדריך את מי שנתון למרות החוק בשאלה מה מותר לו או מה אסור לו לעשות לפי החוק. **הוראת סל** פוגעת בעקרון. שאיפתו של ביהמ"ש היא לצמצם את תחולתם של סעיפי הסל.

**בפ"ד למדן** השאלה אשר עמדה בפני השופטים האם סעיף 20 לחוק המכס הינה עבירה פלילית. **השופט בכור**, בדעת רוב, קובע כי מדובר בהוראה נורמטיבית אשר קובעת צורת התנהגות ראויה והיא רחבת היקף ויכולה לחבוק בתוכה דברים רבים שקשה להגדירם – ולתחום להם תחום ברור. אין זה מקובל, אומר בכור, לעשות עבירה פלילית מאי מילוי הגדרה כזו. אך מדובר בהוראה עונשית, וזו מצוות המחוקק ולכן קבע בכור שזוהי עבירה פלילית שלצידה סנקציה.

**השופט לנדוי** סבור כי אין מדובר בסעיף אשר יוצר עבירה פלילית, ואין להרשיע אדם בפלילים אלא אם כן כוונת המחוקק ליצור עבירה פלילית עולה ברורות מלשון החוק. כל ספק, סבור לנדוי, צריך להתפרש לטובת הנאשם. עפ"י גישתו של לנדוי, לא מדובר בעבירה עונשית.

**ר"ע נירוסטה נ' מ"י**: חברת נירוסטה לא העבירה מס אשר נוכה מעובדיה והועמדה לדין בביהמ"ש שלום. לאחר תשלום קנס ע"י החברה והחזרת המס, עירערה המדינה לביהמ"ש המחוזי שם נקבע כי למרות תשלום הקנס ("קנס אזרחי"), לא מוצה עם החברה הדין הפלילי ("קנס פלילי"). מכאן הערעור. **השופט ברק** קובע כלל לפיו אם הקנס משמר ראלית את ערך הכסף, אזי הוא פלילי. אם הקנס משפה את המדינה על האובדן הכספי שנוצר לה, אזי הקנס אזרחי. אך לעיתים, גם לקנס אזרחי יש סממנים עונשיים כגון במקרים בהם הקנס גבוה בהרבה מן הנזק שנגרם.

### **מה נכלל בתחום העבירה הפלילית**

ישנה סוגיה ידועה השואלת האם המשפט הפלילי יכול למנוע מאדם לפגוע בעצמו (**הוראות פטרנליסטיות**) כגון חובת חגירת חגורות בטיחות, איסור שימוש בסמים. שיטת המשפט צריכה להכריע האם בכלל ועד כמה היא מוכנה להכניס לתחום המשפט הפלילי, הוראות פטרנליסטיות – שהרי ברור שישנה פגיעה בסיסית בזכויות יסוד.

הגבלה נוספת אשר נכנסת אט אט למשפט הפלילי היא **ההגבלה החוקתית**. כמעט כל **חוק יסוד**: **כבוד האדם וחירותו** קשור למשפט הפלילי, בייחוד **סעיף 8**. במקומות המתאימים ניתן לומר שפגיעה מסויימת עוברת על מבחן המידתיות הקבוע בסעיף. **להלן שני עקרונות הדוגלים בהגבלת המשפט הפלילי**:

**"המדרון החלקלק"** – הרחבת יתר של גבולות הנורמה הפלילית עלולה להביא לאובדן שליטה. המשפט הפלילי עלול להתפשט באופן מסוכן לטפל בכל צורות ההתנהגות. ולכן מן הטעם של מניעת אותו מדרון חלקלק, יש צורך להגביל את המשפט הפלילי. ניתן להביא לדוגמא את **חוק לא תעמוד על דם רעך**. החוק מנפץ את התפיסה לפיה אדם יכול לא לעשות מה שאינו רוצה. הטענה בכנסת היתה שיש גבול לדברים שניתן להפוך אותם לעבירה פלילית. בנוסף, **החוק למניעת הטרדות מיניות** – ניתן להבחין שהחוק מנוסח בצורה מאד גורפת. חלק מן הביקורת הנמתחת על החוק היא שהוא צובע חלק מן ההתנהגויות אשר ספק הן הטרדה מינית, להטרדה מינית.

**"גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה"** – אם המדינה מחוקקת עבירה פלילית שתופר באופן שיטתי ע"י כל האוכלוסיה, אז הסנקציה הפלילית תאבד את האפקטיביות שלה. האכיפה תהפוך לסלקטיבית ולא הוגנת. מעבר לכך, אין טעם בסנקציה פלילית שכל הציבור אינו מעוניין בה. תפקידו של המשפט הפלילי אינו להנחית ערכים על כל הציבור. דוגמא לכך הם **דיני היובש** בארה"ב, האיסור על מכירת אלכוהול. הדין בוטל מן הטעם שהמשפט הפלילי לא יכול רק להלחם בתופעה הזו אלא גרם נזק בכך שעודד פעולות עברייניות נוספות (פשע מאורגן).

**ע"פ 51/88 דון נ' מ"י:** דון הואשם בעבירה של גניבת דבר ממורשה. השאלה היא הגבול<sup>1</sup> בין ניהול כושל, כינוס נכסים ותביעות חוזיות לבין המשפט הפלילי שמאשים אותו במרמה. האם היתה לדון כוונת מרמה בשעה שהוא קיבל את הכספים לצורך רכישת כרטיסי טיסה ללקוחות? לצורך העבירה הפלילית הזו צריך להראות כוונה לשלול את הכספים **שלילת קבע**. יש להדגיש כי עסקים רבים מתנהלים בשיטה של גלגול חובות, מטרתה של שיטה זו היא לעבור את התקופה הקשה שהעסק נתון בו עד לימים טובים יותר מבחינה עסקית. השופטים היו רגישים כדי לשים לב שצריך להגביל את המשפט הפלילי, ולכן דרשו להביא ראיות מסויימות שבמקרים אחרים ספק אם היו מבקשים זאת.

**השופט אור** אומר כי קיים קושי לקבוע את קו הגבול בין ניהול כושל לבין הסתבכות בפלילים. קושי זה קיים במיוחד כאשר מנהלים עסק בשיטה של גלגול חובות. השופט אור שואל האם בזמן נטילת הכספים היה לדון יסוד סביר להניח שהוא יעמוד בהתחייבויותיו. **המבחן לקביעת קו הגבול הוא יסוד סביר לעמוד בהתחייבויות** – וכיצד בודקים זאת? ע"י הבאת ראיות, כגון ניהול מ"מ לצירוף משקיעים לעסק והכנסת הכספים לחשבון הבנק של המשרד ולא לכיסו הפרטי.

#### **האם עקרון החוקיות נובע מן הגישה הדאונטולוגית או התועלתנית?**

לכאורה, עקרון החוקיות נובע מתפיסת עולם דאונטולוגית עם "גמישות", כלומר תפיסת עולם היוצאת מנימוקים של גמול והסבורה שיש לתת הדרכה לאדם כיצד לנהוג ולהזהיר אותו, כי אחרת אין זה צודק להענישו. הכלל לפני 1995 היתה "אי ידיעת הדין אינה פותרת", אך כיום זה אינו נכון:

א. תיקון 39 הכניס את **עקרון החוקיות בסעיף 1** לחוק העונשין.

ב. תיקון 39 הכניס את **סעיף 34** לפיו בד"כ לא תהיה זו הגנה אם אדם טועה ולא יודע שקיים איסור פלילי, אך במצב בו **הטעות היא בלתי נמנעת באופן סביר** – זו תהיה הגנה.

שילוב שני הסעיפים מראה את **התפיסה הדאונטולוגית הגמישה** לגבי עקרון החוקיות, לפיה אסור להעניש אף אחד אם לא אומרים לו מה אסור, ובכל-זאת קביעת הגנה מסויימת לאי-ידיעת החוק.

**למעשה, עקרון החוקיות נולד בגישה התועלתנית, הוא היסוד המרכזי בתפיסת העולם של ה-COMMON LAW.** בתפיסה האנגלית, מטרתה של המדינה הוא לתעל את הרצונות הפרטיים של כל התושבים לכדי פעולה משותפת – ע"י פחד (השימוש בסנקציה פלילית). מכאן נובעת התפיסה האנגלית "תפיסה של זכויות וחובות", דהיינו המדינה רק שומרת שלא תהיה פגיעה באזרחים, ואסור לה להתערב בחיי התושבים לצרכים אחרים. מה הם הגבולות של הפעלת הסנקציה? עקרון החוקיות. העקרון שקובע מתי מותר להטיל סנקציה ומתי מותר לה לפעול. התפיסה האנגלית נוקשה מאד, אין ערך למחשבה פלילית וכדומה, אלא רק אם אדם גרם לנזק. נגרם נזק – יבוא עליו עונש. בתפיסה האנגלית אין מקום לחובת ההצלה או בכלל התערבות ע"מ לסייע לאחרים, מכיוון שמטרתה של המדינה לא לחנך אנשים ובטח לא ע"י הטלת סנקציה.

<sup>1</sup> לעניין פרשנות, ע"ע סעיף 1 לפקודת הפרשנות. הסעיף אינו מועיל במיוחד, אך מנסה להגדיר עבירה ועונש.

לכן בארץ, עוד לפני תיקון 39 עקרון החוקיות קיים, מכיוון שהוא שאוב מן הפסיקה האנגלית (ע"פ פ"ד אש"ד, עקרון החוקיות מוכר אך קשה להשתמש בו).

### **בהירות החוק ושאלת חוקתיותו**

כמעט כל הסעיפים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, רלוונטים למשפט הפלילי. למשה ניתן לומר שעצם הפעלתו של משפט פלילי פוגעת בחירותו של אדם. למרות התחולה הגדולה של חוק היסוד במשפט הפלילי, חסר בו הרבה דברים אשר אנחנו מוצאים בחוקות אחרות, כגון של ארה"ב וקנדה – זכות השתיקה ו-חזקת החפות.

הנשיא ברק במאמרו 'הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)' מביע את דעתו שניתן להכניס זכויות אלו כזכויות-על חוקתיות במסגרת חוק היסוד.

בשני פסקי הדין גנור ו-אש"ד, השופטים עומדים על עקרון החוקיות. השופטים בפ"ד אש"ד קובעים כי סעיף 198 "תקלה לציבור" (סעיף 105 לפח"פ – דאז) לחנ"ש פוגע בעקרון החוקיות. מדוע? זוהי עבירת סל, מעין הטלת כתם על סוג פעולות אשר בדיעבד יחשבו כגורמות נזק לציבור.

ע"פ 53/54 אש"ד נ' היועמ"ש: מדובר בחברת אוטובוסים אשר פתחה בשביתה בת 5 שעות, היא הואשמה בגרימת תקלה לציבור. השופט חשין מביע ביקורת קשה על הסעיף בקובעו כי הוא פוגע בעקרון החוקיות, ובכ"ז מרשיע מכיוון שאי אפשר להתעלם מהחוק. השופט זילברג, בדעת מיעוט, סבור כי יש לפרש את הסעיף בצורה מצמצמת – לטובת הנאשם. זילברג מציב מבחן (שאינו קבוע בסעיף) לפיו "תקלה לציבור" תהא ע"י "גוף ציבורי".

ע"פ 208/53 גנור נ' היועמ"ש: מדובר בנישואין בין כהן לגרושה הנערכים ע"י עו"ד גנור. הקידושין, משעה שנערכו – תופסים. הגישו כתב אישום נגד גנור בגין סעיף 198 "תקלה לציבור", אותו סעיף סל מפ"ד אש"ד. השופט חשין מרשיע את גנור וקובע כי מדובר ברמיסה של הרגל מכובד הנתון בסמכותו של הרבנות.

השופט גויטיין מזכה וסבור כי הנזק צריך שיהא כלפי ציבור בלתי מסויים, ולא כפי שקרה כאן. השופט זילברג מרשיע את גנור גם כן, מכיוון שכאן עלול להגרם מצב בו רשות ציבורית תאלץ לתת תעודות נישואין למי שאינם ראויים לכך – וזוהי תקלה לציבור ע"י רשויות הציבור.

בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון: זוהי הפעם הראשונה בה מבוטל חוק פלילי ע"י חוק-יסוד. סעיף 239א לחוק השיפוט הצבאי מבוטל. בעבר הסעיף אפשר "מעצר ימים" עד 35 ימים לפני שהחשוד מובא בפני שופט. אחרי חוק היסוד הסעיף מתחיל לאט לאט להצטמצם עד למצב בו מותר לצבא לעצור אדם 96- שעות. על התיקון הני"ל מגישים בג"צ. הצבא מתחייב לשנות את הסעיף 48- שעות, אך ביהמ"ש סבור שזה לא מספיק ומבטל אותו. השופט זמיר קובע כי אין הבדל בין חוק מתקן-מיטיב לחוק הפוגע ושניהם כפופים לביקורת חוקתית. הוראות התיקון פוגעות בסעיף 5 לחוק היסוד במידה העולה הנדרש ממהותו ואופיו של

השירות הצבאי, ולכן הוראת התיקון בטלה. ביהמ"ש מקציב לצבא 6 חודשים ע"מ לשנות את החוק, והצבא אכן מוריד את תקופת המעצר ל-48 שעות. ניתן להשליך את הקביעה בפ"ד צמח על פסקי הדין המוקדמים יותר ולומר שסעיפי הסל אינם עומדים במבחן המידתיות של חוק-היסוד. יש לציין כי סעיף 198 הינו סעיף ישן החוסה תחת מטריית שמירת הדינים. יש להניח כי אם בפני זילברג ו-חשין היה עומד חוק היסוד הזה, הם לא היו מסכימים להרשעה לפי סעיף 198.

**בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות: השופט זמיר**, באמרת אגב, שואל האם הוראת חוק התקציב השנתי שסותרת את סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, בטלה? זמיר טוען כי גם באותה משבצת של פירמידת החוקים, ישנה היררכיה. יתכן כי שני חוקים הנמצאים באותה משבצת, לא עומדים על אותה מדרגה, וכך – למרות שחוק יסודות התקציב הוא מוקדם וחוק הקציב השנתי הוא מאוחר, הוא מצביע על כמה הבדלים:

- חוק התקציב הוא חוק שנתי והוא עובר בפרוצדורה מזוהת.
  - חוק אמור להיות כללי אשר פונה לאכלוסיה כולה, ולא ספציפי כמו חוק התקציב – אשר יש לו אופי יותר מנהלי.
  - חוק יסודות התקציב אמור להתוות את הכללים לחקיקת חוקי תקציב.
- לכן, הוראה סותרת כזו צריכה להפסל, אומר זמיר. עד עתה אף אחד עדיין לא ניסה להחיל את דעתו של זמיר במשפט הפלילי.

**תיקון 39** מתיימר לחול על כל קביעה של עבירה פלילית לעתיד. המחוקק מנסה "לכבול" את עצמו ולקבוע שבעתיד אותו המחוקק לא יוכל לקבוע סנקציות אחרות. השאלה הנשאלת, האם נוכל כעת לפסול סעיפים בתוך ומחוץ לחוק העונשין? פתיחת פתח כזה מאפשרת אף לתקוף חוקים ישנים כמו **סעיף 198** לחנ"ש, הטענה תהא שהסעיף אינו עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות הקבוע ב**סעיף 1**.

**הנשיא ברק** במאמרו מפרט שורה של תחומים בהם הוא מצביע על התערבות חוקתית של ביהמ"ש העליון בקנדה בתחום המשפט הפלילי. ביהמ"ש הקנדי ביטל את האפשרות להרשיע ברצח אנשים שלא התכוונתו לרצוח אלא עשו כך אגב עבירה שהיו מעורבים בה (Fellony Murder). בארץ ניתן להרשיע אדם בעבירה זו. השופט ברק שואל האם ביהמ"ש העליון בישראל יתערב ויקבע כי חייבים מחשבה פלילית סובייקטיבית לעניין הרצח ולא לעניין אחר? ישנה כיום יותר פתיחות להתערב גם במשפט המהותי וגם במשפט הפרוצדורלי בעילות חוקתיות.

### **עד כמה המשפט החוקתי יכול להתערב במשפט הפלילי?**

כיצד ניתן לפתור את בעיית ה-Counter Majority Difficulty (טענת ביקל)? פעמים רבות טוענים כנגד הנשיא ברק וביהמ"ש העליון כי קביעותיהם הינן בלתי דמוקרטיות. מי אמר שהרוב מסכים לאותם כבלים חוקתיים שביהמ"ש העליון מטיל על יכולת החקיקה שלו? לעניין "אשם", האם ביהמ"ש העליון יכול להתערב במקרים בהם המחוקק קבע אשם אובייקטיבי כגון רשלנות

ואחריות מוחלטת. האם ביהמ"ש יכול לפסול דרישה זו בעילות חוקתיות – האם הדרישה האובייקטיבית פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכויות הבסיסיות של נאשם, כאשר מרשיעים אותו על-סמך מה האדם הסביר במקומו היה יודע ? לדעתה של **שפירא-אטינגר** כאשר המשפט הפלילי פוגע בזכויות בסיסיות, ראוי שביהמ"ש יגביל את הכח של הרוב ובכך נפתרת בעיית ה-Counter Majority. כשמדובר בסוגיות של המשפט המהותי, צריך להשאיר את הכח בידי הרוב. דרך נוספת היא לומר שכאשר ביהמ"ש העליון מגביל את כוחו של הרוב, במקרים מסויימים אפשר להצדיק זאת בצידוקים המשמשים להצדקת פטרנאליזם-ציבורי (יש במשפט הפלילי תחומים רבים המגנים על אנשים מפני עצמם). אחת ההנמקות לכך היא שבני-האדם אינם רציונאליים עד הסוף, הם סובלים ממצב של הכשלה עצמית (Self Deception). כך במשפט החוקתי, מוצדק שהרוב יחליט שבתחומים מסויימים הוא רוצה לכבול את עצמו ולהטיל על עצמו מגבלות, כך שבעתיד הוא לא יצליח לשנות אותם ברגע של חולשה. מי ששומר על ההגבלה הזו הוא ביהמ"ש העליון.

## **פרשנות**

כל הפרשנות מטבעה נובעת מעקרון החוקיות. השופט זקוק לפרשנות בבואו לישים כל הוראת דין על נסיבות המקרה שלפניו. אחד ממאפייני החוק בשיטות המשפט המערבי מבתטא הבכך שהוא מנוסח באופן כללי. תפקיד הרשות השופטת הוא להתאים את הנורמה לסיטואציה העובדתית, ע"י שימוש בכלי הפרשנות. ברור אם כן מדוע עקרון הפרשנות פוגע בהתסכלות מאד דווקנית בעקרון החוקיות.

מה הם הכללים שצריכים להנחות את ביהמ"ש שהוא בא לפרש עבירה פלילית ? מלכתחילה היתה מקובלת פרשנות מילולית, בפסקי דין מוקדמים (**פ"ד ברנבלט**) השופט נצרך למידה מסויימת של אקטיביזם כשישנם פגמים באופן בו החוק מנוסח בספר החוקים. לעיתים יש טעויות של ממש בחוק, לעיתים קשה להבין את משמעות הביטויים בחקיקה – למשל כאשר אותו ביטוי מופיע במספר חוקים, והתחושה היא שבכל מקום הכוונה היא לדבר אחר. בעבר היה מקובל מאד האמצעי של פניה למילונים.

בעבר וגם כיום, **ככל שמרחיבים את טכניקות הפרשנות – חייב להיות לכך תמיד עיגון מסויי** **בטקסט**. ההבחנה שיש לביהמ"ש במשפט הפלילי היא האם לבחור תמיד בפירוש המצמצם המקל עם הנאשם, או שמא ללכת תמיד לפרשנות התכליתית. אחרי תיקון 39, הוסף **סעיף 34כא לחוק העונשין** הקובע כי יש לבחור בפרשנות המקלה עם הנאשם. נדון בסעיף זה בהמשך.

**ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת**: פ"ד זה מדגים יפה את שלבי הפרשנות. **השופט ברק** קובע כי ראשית פונים לכללים הרגילים של **פרשנות החוק מתוכו (פרשנות מילולית)**, היינו פירוש המילה לפי שימושה הטבעי. בהנחה שאין פרשנות אחת אפשרית עוברים לשלב השני. השלב השני בוחן את **ההסטוריה החקיקתית**, המסמכים ההסטוריים עצמם – אם זה חוק מנדטורי, נבחן את מקורותיו. אם זו חקיקה של הכנסת – יבחנו דברי הכנסת. הכוונה היא כאן, לא לפנות לכוונה ההסטורית של המסמך, או כוונת המחוקק ההסטורית, אלא לכוונת המסמך כיוון שיכולים להיות

שינויים שמקורם בתהליכים הסטוריים מאז שהחוק נחקק, וכן יתכנו מצבים שלחוק יש משמעויות שהמחוקק עצמו לא נתן את דעתו עליהם.

המלומד **דבורקין** קובע את המונחים "פרשנות שיחתית" ו-"פרשנות יצירתית" – פרקטיקות חברתיות תלויות בכוונת הפרשן ולא בכוונת המחבר. כאשר פונים למסמכים המקוריים, לא תמיד עוזר לראות מה נאמר בכנסת באותה השנה שנחקק החוק.

השלב השלישי, עפ"י השופט ברק, היא **יצירת הרמוניה חקיקתית**. הרעיון הוא יצירת עקביות והתאמה לפרשנות חוקים אחרים. האם פרשנות אפשרית מסויימת לא סותרת דוקטרינות אחרות, מדיניות משפטית. נבדוק אף האם הפרשנות מתיישבת עם האופן בו פורשו סעיפים אחרים באותו החוק. כאשר עוברים את השלב השלישי ועדיין אין מענה, עוברים לשלב הרביעי.

השלב הרביעי הוא "**המטרייה הנורמטיבית**" – פניה לאותם מקורות כלליים של המערכת המשפטית, ומחליטים ע"פ האפרות שמתיישבת טוב יותר עם דוקטרינות העולות בקנה אחד עם מטרתה של השיטה, ונמצאות מבחינה נורמטיבית מעל כל דבר חקיקה (כגון שוויון).

עקרון החוקיות הוא עקרון-על של השיטה, כך שבעניין זה, ביהמ"ש יהא חייב להתחשב בפגיעה מינימלית בעקרון החוקיות. עקרון נוסף שהיה חלק **מעקרונות השיטה** היה פרשנות מצמצמת.

**ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועמ"ש**: פ"ד זה קובע את פירוש המילה "**מסירה**". על ברנבלט החילו חוק שחוקק במדינת ישראל עם מעשים שהוא עשה בתקופת הכיבוש הנאצי – זוהי פגיעה חמורה בעקרון החוקיות (איסור תחולה רטרואקטיבית). נשאלה השאלה האם ברנבלט מסר יהודים לידי הנאצים. ביהמ"ש בוחר ב**פרשנות מצמצמת** המקלה עימו. השופט חיים כהן קובע כי מסירה יכולה להיות מסירה פיזית או מסירת ידיעה, אך לא מניעת בריחה. מניעת בריחה, בלשון בני-האדם, איננה מסירה לאויב.

**ע"פ 787/79 מזרחי נ' מ"י**: השאלה העולה היא מהיא בריחה ממשמורת חוקית. אסיר בחופשה שמחליט לא לחזור לכלא – האם בריחה ממשמורת חוקית חלה גם על מי שלא חוזר לכלא מחופשה? לפי גישת ביהמ"ש **בע"פ ברנבלט** היינו אומרים כי פרשנות מילולית דורשת בריחה אמיתית. **השופט ברק** קובע לגבי בריחה ממשמורת חוקית שלא רק היסוד הפיזי של המצאות בפקוח ובשליטה עונה על המשמעות של משמורת חוקית, אלא היסוד הנורמטיבי של שלילת חופש התנועה.

זוהי פרשנות מרחיבה המזיקה לנאשם. ברק קובע כי לפירוש המצמצם אין תימוכין בלשון החוק וגם לא בפרשנות מילולית. בורח אינו דוקא מי שנמלט פיזית אלא מי שמשתחרר מכבלי נורמה. "**יחוק פלילי כמו חוק אחר אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה אלא על-דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה**".

פ"ד זה ניתן לפני תיקון 39 והוא מדגים את השיטה של הנשיא ברק לגבי פרשנות חקיקה בכלל, ופרשנות פלילית בפרט. יש כאן נסיגה מ**פ"ד ברנבלט** של פרשנות מצמצמת המקלה עם הנאשם וצידוד בשלבים של **פ"ד בורוכוב**.

**ע"פ 3027/97 פ"ד מודיעים בינוי ופיתוח:** מדובר בפירוש סעיף 69(ב) לפקודת התעבורה הנוגע ל"בעל רכב". לאחר צמד המילים הללו מופיע מקף והמשכו של הסעיף. השאלה היא האם מטרתו של המקף להדגים סוג מסויים של בעלי רכבים או האם זוהי הגדרת בעל רכב בלעדית? האם נובע מן החוק שהמחוקק רצה להרחיב את ההגדרה שתחול גם על תאגידים? **הנשיא ברק** מתייחס להסטוריה החקיקתית של הסעיף כאשר המגמה היא להרחיב את מעגל האחראים ולא לצמצם. פ"ד זה הוא דוגמא לכך שיש פרשנות בפלילים שלא רק שלא מקלה עם הנאשם אלא נבחרת הפרשנות שמתיישבת באמת עם תכלית החוק, למרות שמעוגנת בצורה מינימלית – אם בכלל – בהבנה המילולית של הניסוח (מקף = "גם").

**ע"פ 2940/94 לוי נ' מ"י:** עלתה השאלה הפרשנית של מה היא "טעינה ופריקה". האם לוי שביקש למסור מסמכים לעורך-דינו ועמד במקום שבו יש תמרור של עצירה לפריקה וטעינה בלבד – יכול להחשב כמי שפרק מסמכים? ביהמ"ש קובע כי שלמרות שמדובר באפשרות כשרה מבחינה מילולית, זה לא הפירוש שנבחר, אלא ביהמ"ש בוחר את האפשרות הפרשנית שמתיישבת עם תכלית החוק. במקרה זה, הפירוש שמתיישב עם תכלית הגדרת החניה. מה שמכריע בסופו של דבר הוא שביהמ"ש נותן את האפשרות שמקובלת בחברה.

**רע"פ 3237/99 לוי נ' מ"י:** פ"ד שניתן במסגרת המלחמה של המשטרה להלחם במי שלא משתמשים בדיבורית. גברת לוי חיברה אוזניה אחת למכשיר הסלולרי שלה. השאלה היא האם זה מנוגד לתקנות? ישנן שתי אפשרויות שונות לפי תכלית החקיקה וביהמ"ש בוחר באפשרות שמקלה עם הנאשמת.

**דנ"פ 8613/96 ג'אברין נ' מ"י:** מדובר בסעיף 4(א) **בפקודה למניעת טרור**. ישנן שתי שאלות מרכזיות בפסק-הדין:

- האם להוסיף יסוד הסתברותי להגדרת העבירה?
- האם הגדרת סעיף 4(א) האוסרת על דברי שבח למעשי אלימות – האם מדובר על מעשי אלימות בכלל או דברי שבח לאלימות של ארגוני טרור או האם מדובר בדברי שבח למעשים המאפיינים פעילות טרוריסטית?

**שופטי הרוב:**

מתחילים **מבדיקת הלשון** וסבורים כי הסעיף לא כולל שום הגדרת אלימות של ארגוני טרור, אלא מעשי שבח ואלימות בכלל. לכאורה, גם הרשעתו של מי שמעודד סתם דברי אלימות מוצדקת מבחינה מילולית.

בשלב השני בוחנים את **ההרמוניה החקיקתית** – אם נבדוק את סעיפי החוק הקרובים לסעיף 4(א), המילים "ארגון טרור" מופיעים סביבו לאורך כל הפקודה. **השופט אור** סבור כי כל הפקודה מתייחסת למעשים של ארגוני טרור.

השלב הבא, **תכלית הפקודה** – לפגוע בתשתיות של ארגוני הטרור. מטרתה המקורית של הפקודה למנוע מצב שבנוסף לצה"ל יפעלו ארגונים נוספים האוחזים בנשק. אך כיום זהו האמצעי העיקרי להלחם בארגוני הטרור פלסטינים. התכלית מקרינה על הפירוש הנכון של סעיף 4(א). אם הרעון



של כל הפקודה הוא להלחם בארגוני טרור, גם את סעיף 4(א) צריך לפרש ברוח תכלית החוק – קרי, מעשים שנועדו לעודד פעילות ארגוני טרור.

בשלב הבא, בוחן השופט אור את **אמצעי הפרשנות** העומדים לרשותו, כגון כותרת השוליים של הסעיף. השופט אור בוחן את הדמיון של הגדרת ארגון טרור בסעיף 1 לפקודה, ומעמיד לידו סעיף 4 ומצביע על כך שהמילים כמעט זהות. הדמיון הנ"ל, אומר אור, מצביע על כך שמדובר בעידוד מעשי אלימות של ארגון טרור.

השלב הבא הוא פניה **להסטוריה החקיקתית**, והכוונה ברורה – מדובר בחוק שנועד להלחם בארגוני טרור, ולא בחוק שנועד לטפל בכלל בנושאים של הסתה.

השלב האחרון הוא **בחינת הפגיעה בערכי יסוד**. במקרה זה, פגיעה בחופש הביטוי, מה שעקרונות השיטה מחייבים אותנו לשמור עליו. יש לציין כי ג'אברין הינו עיתונאי. ישנה התנגשות בין המשפט הפלילי לבין ערכי יסוד שמעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הרעיון הוא שכל עבירה שפוגעת בחופש הביטוי, היא עבירה שראוי לפרשה בצמצום – ע"י הוספת רכיבים נסיבתיים ליסוד העבירה.

**מה הוא הגבול?** כיצד ניתן להגביל את תחולת הסעיף? ישנה אפשרות לפרשו בצורה כזו שרק עידוד למעשי אלימות של ארגון טרור קיים יענה על הדרישות שבסעיף. לעמדת הרוב מצטרפים **השופטים ברק, דורנר וטירקל**, ומזכים את ג'אברין בקביעתם כי **סעיף 4(א) מתייחס למעשי אלימות של ארגון טרור קיים בלבד**.

שופטי המיעוט:

**השופט קדמי** סבור כי דברי שבח ואלימות שמאפיינים פעולות טרוריסטיות הם אלה שהסעיף מתייחס אליהם, ללא קשר לזהות מבצע הפעולה (ארגון טרור או משהו אחר) – עמדת **השופט מצא בפ"ד אלבה**.

השופט קדמי מתחיל מן **הפרשנות הלשונית** וסבור כי ברור שאין בסעיף איזכור מפורש לארגוני טרור, אך דוקא בגלל שבתתי-הסעיפים מזכירים את ארגוני הטרור ובסעיף 4(א), הרי שלפי דעתו של קדמי אין כאן טעות אלא דיוק – סעיף 4(א) לא מתייחס לארגוני טרור.

טיעון נוסף הוא השוואה בין נוסח סעיף 4(א) לבין סעיף 1, סעיף ההגדרה של ארגון טרור. קדמי מסיק מהיפך מן השופט אור – ישנה חזרה מדויקת של המחוקק על מעשים שמאפיינים ארגוני טרור, היינו הנה התימוכין הלשוניים למעשים שמאפיינים ארגוני טרור – לאו דוקא ארגוני טרור בעצמם.

ממשיך השופט קדמי ואומר כי מכיוון שמבחינה לשונית, לשון הסעיף ברורה – אין כשל (שלא כמו בפ"ד **מודיעים** לעניין טעות סופר או משהו דומה), ולכן **הוספת דרישה שמצמצמת את האיסור היא חקיקה שיפוטית ולא פרשנות**. זוהי ביקורתו של השופט קדמי על המגמה של פרשנות רחבה מידי.

השופט קדמי מסביר התוצאה אליה הגיעה, הוא אומר כי מתיישבת עם תכלית החוק וההסטוריה החקיקתית – מלחמה בפעילות טרוריסטית. השתנו הנסיבות מאז חוקקה הפקודה והתכלית של מלחמה במחתרות היהודיות כבר לא קיימת ויש לאמץ פירוש המתיישב עם הנסיבות העכשוויות. קדמי מכיר בכך כי תוצאתו פוגעת בזכויות היסוד ואומר כי הזכות אינה מוחלטת.

**השופט לוין** מצביע על "מעגל שוטה" שנוצר בבחינת תכלית החוק. לוין מבצע על שתי אפשרויות פרשניות – ארגון טרור או פעילות המאפיינת ארגון טרור – והוא מבקש להצביע על כך ששני השופטים, אור וקדמי, בוחרים אחת מן התכליות בהתאם לדעתם בנושא. לוין במקרה זה מצטרף לדעת המיעוט.

השימוש באצמעים הפרשניים של השופטים הוא שימוש שלא מקדם את הדיון. השאלה היחידה בנושא זה היא שאלת הפגיעה בחופש הביטוי – מרכזיותו והאיזון הראוי בעניינו. בסופו של דבר, ג'אברין יוצא זכאי וישנה כעת כוונה לשנות את החוק שיכלול גם עידוד למעשים המאפיינים ארגוני טרור.

## **חובת הפרסום**

לולא חובת פרסום, לא היה טעם לדבר על עקרון החוקיות. **סעיף 10 לפקודת סדרי שלטון ומשפט קובע כי "כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה שתקבל תוקף מוקדם ומאוחר מיום הפרסום". סעיף 17 לפקודת הפרשנות קובע כי "תקנות בנות פועל תחקתי יפורסמו ברשומות ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה".** מאותו רגע פרסום כולם מוחזקים כיודעים את הדין לפי **סעיף 34 לזכרון חוק העונשין**.

**תקנה בעלת פועל תחקתי** מורכבת משני אלמנטים – **כלליות ו-נורמטיביות**. כלומר, מופנית לכלל הציבור וכן שינוי המשפט הנוהג עד חיקוקה.

**רע"פ 1127/93 מ"י נ' קליין**: עיתון חדשות לא הגיש לצנזורה את פירסומיו וצילומיו לגבי פרשת קו 300. הוגשו כתבי אישום בטענה שיש צו של הצנזור שמוצא מכח **תקנות ההגנה לשעת-חירום**. האם הצנזור היה צריך לפרסם את הצו ברשומות או שמא מספיק שהוא מגיש זאת לעורכי העיתון? הצו לא נוסח כאל עורך העיתון, אלא מפורסם בנוסח כללי לכל עורכי העיתונים ומוציאי ידיעות. השאלה העולה היא מתי מדובר בצו אישי ומתי מדובר בצו כללי, קרי תקנה בעלת פועל תחקתי ?

טענה שאיננה בעלת פועל תחקתי היא עובדה, ניתן להתגונן מפניה בטענה של **טעות בעובדה** לפי **סעיף 34 יח** – אדם יבקש כי ישפטו אותו על סמך טעותו, קרי על סמך הדברים הוא חשבם לנכונים. האם מחפשים את **כנותו** של אדם או האם דורשים גם **סבירות** ? סבירות תדרש דוקא כדי לא לתת לחריגים, מעוותים וסוטים פתח להתחמק. כנות נותנת לאנשים רגילים אשר טעו אפשרות להזדכות. עולה הטענה שאם יוסף אלמנט של סבירות, תהפוך העבירה לעבירת **רשלנות**. **בתיקון 39 מורדת דרישת הסבירות מסעיף 34 יח**.

אם מדובר בטענה בעלת פועל תחקתי, ולכן צריכה להיות מפורסמת, ההגנה היחידה היא רק למי שמצליח להכנס לחריג המצומצם של **טעות בדין** – **סעיף 34 יט**. **ע"פ 213/56 היועמ"ש נ' אלכסנדרוביץ** דן בשאלת חובת פרסום לגבי תמרור חניה.

בחקיקת משנה ישנם מקומות בהם מתעורר קושי בהבחנה בין דין ועובדה. ההשלכה במשפט הפלילי נוגעת לסוג ההגנה שתחול.

## **איסור רטרואקטיביות**

איסור חקיקה רטרואקטיבית הוא בעיה קשה ומורכבת בעקרון החוקיות. מה גם, נושא זה חוצה את גבולות המשפט הפלילי ועולה לדרגה של בעיה חוקתית. החלה של נורמה על פעולות שכבר הסתיימו – משמע אין אזהרה ופוגעין בשורשו של עקרון החוקיות. סעיפיו הראשונים של חוק העונשין קובעים נורמה מעין חקיקתית הנפרשים על-פני כל החקיקה.

גם לפני **תיקון 39** קבעה הפסיקה שישנה חזקה נגד רטרואקטיביות, וחזקה זו טובה גם לצרכי פרשנות. עם הזמן נעשה ניסיון להבחין בין שני סוגי דין. **בד"נ קטשוילי** (הכלל שעדות שותף יכולה לסייע לעדות שותף אחר תוקן ופסלו את הכלל הנ"ל וקטשוילי הורשע) ניסו להבין בין דין מהותי לבין דין דיוני.

**דין מהותי (חל מפרסום החוק והלאה)** מקנה זכויות לנאשם, קרי מה מותר ומה אסור למדינה לעשות לו.

**דין דיוני (חל רטרואקטיבית, ראיות, פרוצדורה)** מתחקה אחרי חקר האמת. הרעיון בפרוצדורה הוא לאפשר לבתי המשפט להגיע לאמת, ולכן שינוי בפרוצדורה משמעותו שביהמ"ש/מחוקק משפר את הדרכים להגיע לאמת.

המסקנה היא שההבחנה, אם בכלל קיימת, היא מאד קשה. קשה לומר מתי דין מסויים הוא מהותי או דיוני, מתי הוא מתכוון להעניק זכויות ומתי לא. **לדוגמא**, הכלל ב**דיני ראיות** הוא שאין **בני-זוג** מעידים זה על זה, יכול להיות שאנשים באמת סומכים על כלל זה. אך קשה לומר שכלל זה שייך לדיני הפרוצדורה – נאמר ויום למחרת עובר תיקון לחוק ובו בני-זוג צריכים להעיד זה על זה – מה אז ?

**דוגמא** נוספת, בעבר לא היה ניתן להרשיע על סמך עדות אחת אלא אם כן קיימת ראיה מסייעת. הכלל הוביל לעובדה שהרבה תיקי אונס נסגרו והחשודים זוכו. הכלל שונה ועלתה השאלה האם אפשר להחילו על תיקי אונס, שהמעשים נעשו בעבר אך טרם נסגרו והוחלט שכן.

כפי שראינו, ההבחנה מאד מפקפקת, אם הדין אינו נמצא בחוק העונשין או דיני הראיות, קשה לדעת האם הוא דיוני או מהותי. **בפ"ד מזרחי**, לפני תיקון 39, נקבע בו חריג, **תיקון מקל – חל רטרואקטיבית**. כיום ה"חריג" מופיע בחוק. כלל יציר פסיקה רחב יותר ממה שמופיע בחוק, קרי כל דבר מקל עם הנאשם חל רטרואקטיבית. כיום רק הגנה שעונה על הסעיפים, חלה רטרואקטיבית.

**ע"א 1613/91 ארביב נ' מ"י: הנשיא ברק** מציב לראשונה קלסיפיקציה משולשת. כלומר, לא מסתכלים יותר על השאלה האם חוק חל רטרואקטיבית או כלפי העתיד, אלא יש חלוקה נוספת והיא ה"תחולה האקטיבית".

ארביב, אסירה ברשיון, ריצתה חלק מן המאסר שהוטל עליה, ועדת השחרורים החליטה לשחררה בתנאים – היא איננה חופשית לגמרי, היא כפופה לתנאים שנקובים ברשיון. בתקופה זו נתפסה

ארביב בעבירה של החזקת נשק. ראשית מגישים נגדה כתב אישום על העבירה הנוספת. בנוסף לכך נשאלת השאלה האם היא תוחזר לכלא גם לרצות את המשך תקופת המאסר שנגזרה עליה? הכלל בעבר היה שועדת השחרורים יכולה לבטל רשיון אך ורק אם היא עושה זאת בתקופת הרשיון – הטיל עומס בירוקרטי רב ואנשים נמלטו מן הדין. החוק תוקן וביטל את הכלל הנ"ל. ארביב הגיעה בדיוק בתקופת הביניים. השאלה שעלתה האם מדובר בהחלה רטרואקטיבית של הדין.

הנשיא ברק, בפ"ד מאד חריג לאופיו, קובע את הקלסיפיקציה המשלושת המביאה עליו ביקורת מרובה:

**החלה רטרואקטיבית נתונה לפרשנות, היא נעשית עפ"י תכלית החוק.** אחד מעקרונות היסוד שעל-פיו מפרשים חוקים הוא שתכליתו של חוק היא מכאן והלאה – פרוספקטיבית. ברק קובע כי חוק הינו רטרואקטיבי אם הוא משנה מצב משפטי של פעולה שנסתיימה. ברק נותן דוגמאות למינהן, כגון: שינוי החוק והוספת חובות לדירטוריונים בחברה – אם החוק שונה כל עוד אותו אדם כיהן בדירקטוריון – החוק חל עליו. זהו חוק בעל תחולה אקטיבית ולא רטרואקטיבית. דגומא נוספת מדיני המיסים, נניח ועובר חוק המטיל מיסי רכוש חדשים, האלה האם החוק יטיל על מי שמחזיק כעת ברכוש או רק מי שרכש את הרכוש אחרי כניסת החוק לתוקפו? ברק קובע כי זו איננה החלה רטרואקטיבית – ומתקן ואומר כי החלה רטרואקטיבית כן תהא שילקח מס ממי שהיה לו בעבר רכוש ומכרו טרם כניסת החוק לתוקפו.

סדר הדברים נראה כך (מן המוקדם למאוחר):

- א. אסירה ברשיון.
  - ב. עבירה במהלך תקופת הרשיון.
  - ג. תיקון לחוק – ועדת השחרורים רשאית מעתה לבטל את הרשיון אחרי סיום תקופת הרשיון.
  - ד. סיום תקופת הרשיון.
  - ה. החלטת ועדת השחרורים.
- הנשיא ברק קובע שהתיקון עבר תוך כדי תקופת הרשיון, ולכן ההחלה היא **אקטיבית** ואין בעיה עם החלטתה של ועדת השחרורים. ברק בוחר בתור הקריטריון הרלוונטי לבחינת הרטרואקטיביות את מועד תיקון החוק. **שפירא-אטינגר** סבורה כי הבחירה הזו הינה שרירותית. לקלסיפיקציה של ברק ישנה תחושה של נכונות אינטואיטיבית, כלומר אחרי החלוקה לשלוש תכונות לתחולה נוצר הרושם שהגיוני להחיל את התיקון תוך כדי תקופת הרשיון. יש לציין שלא תמיד זה יעבוד כך ונדע באיזו תקופה בדיוק לבחור – וזו נקודת הביקורת.

**ע"פ 4912/91 תלמי נ' מ"י:** באיזו נקודה מהותית מתחיל משפט פלילי – עם הקראת כתב האישום לנאשם או מועד מאוחר יותר, כגון הצגת הראיות? לעיתים כל מטרת ההקראה הוא הליך מקדמי שנועד לבאר את כל נקודות המחלוקת. הדיון היה בפני שלושה שופטים ועבר תיקון שמתיר למשפט להתנהל בפני דן אחד. **השופט חשין** נותן ביקורת רצינית על עצם ההבחנה בין דין מהותי לבין פרוצדורה וראיות. הוא מערער את כל הרעיון ששואל מתי נאשם "קונה" זכויות, הוא מראה שמדובר במעגל שוטה והמבחן שהוא מציע במקומו את **מבחן הציפיות הראיות** – במקום כל ההבחנה הזו תבדק הציפיות של מי שהשינוי חל עליו. זוהי מבחינתו האלטרנטיבה היחידה

שעומדת בפנינו כי כל מה שנעשה עד כה נדון לכשלון מכיוון אין הבחנה מהותית בין עניינים דיוניים למהותיים. חשין מוציא עצמו מן הכלל שקבע ברק בפ"ד ארביב.

**בבג"צ לשכת מנהלי השקעות**, ברק מדבר על כך שבהעדר הוראת מעבר (7 שנים), תחולת החוק היתה אקטיבית כמשמעותה בפ"ד ארביב. תחולה אקטיבית, אומר ברק, היא פגיעה שלא עומדת במבחן המידתיות! תחולתו האקטיבית של החוק לא מספיקה (=הינה אסורה), כי גם כך בודקים את המידתיות – התיקון חל על מי שכיום הלכה למעשה מנהל השקעות, ולא רק על אנשים שמתעדים להיות מנהלי השקעות. אם התיקון היה צופה פני עתיד, לא היתה בעיה. אי לכך, אם ברק היה עקבי בעניין החלה אקטיבית של תיקון לחוק, כפי שקבע בפ"ד ארביב, הוא לא היה מגיע לתוצאה בה הגיע בפ"ד מנהלי השקעות.

**ע"פ 3025/00 הרוש נ' מ"י**: עד 1978 לא היתה הגבלה בחוק על הסגרת אזרחים בגלל עבירות שהם ביצעו בחו"ל. החל משנה זו תוקן **סעיף 1א' לחוק ההסגרה** וקבע שיוסגרו אזרחים רק על עבירות שביצעו לפני שהם הפכו לאזרחים. מי שלא הוסגר נדון בארץ על העבירה שהוא ביצע בחו"ל (אין סמכות לרשויות לגבות עדויות בחו"ל, לכן זה כמעט בלתי אפשרי – אך זה יפה על הנייר). פ"ד מעלה שאלות לגבי סמכותם של בתי-משפט בישראל לדון על עבירות (**סעיפים 17-7 לחוק העונשין**). **בסעיף 12** נקבע הכלל לפיו דיני העונשין חלים על **עבירות פנים** (מוגדר בסעיף 7, עבירה שלפחות חלק ממנה מבוצע בתחום המדינה). לעניין פ"ד רלוונטי **סעיף 15**.

אחרי פרשת "שיינבין", שלא הוסגר, ע"פ החוק כנוסחו מאז 1978, תוקן **סעיף 1א'** כך שמי שעובר עבירת הסגרה וכשמוגשת בקשה להסגיר אותו, הוא אזרח ותושב של המדינה, יוסגר בכפוף לשני תנאים – ההסגרה היא כדי להעמידו לדין במדינה המבקשת, ונדרשת התחייבות של אותה מדינה שאת העונש הוא ירצה בארץ. כך שאין הגבלה על הסגרת אדם שאינו תושב מדינת ישראל.

במקרה דנן מדובר באזרח ישראלי שעבר לארה"ב והתחתן עם בעלת אזרחות אמריקאית, בשנת 1996 קיבל תושבות קבע בארה"ב וב-1998 נפתחת נגדו חקירה פלילית על מעשי מרמה למיניהן ומאז חזר עם משפחתו לארץ וגר כאן. ב-1999 האמריקאים מבקשים את הסגרתו. היועמ"ש צריך לעתור לביהמ"ש כדי להכריז על אדם כבר-הסגרה. היועמ"ש חיכה עד לתיקון חוק ההסגרה, והגיש לאישור את בקשת ההסגרה. יש לציין כי ממשלת ארה"ב לא נתנה התחייבות שהרוש ירצה את העונש בארץ. הרוש ביקש להחיל את התיקון על אנשים שביצעו את העבירות רק אחרי קבלתו. מדוע להחיל את הוראות התיקון עליו ולא את הדין הקודם?

לגבי העקרון לפיו **מקלים עם הנאשם בדין הפלילי**, יש לציין כי מדובר בדין לבר-פלילי (זה אינו דין העומד במרכז הדין הפלילי). ולמרות שההשלכות הינן כנגד הנאשם, וההשלכות הינן פליליות, העובדה כי זהו דין לבר-פלילי מקלה על השופטים להתעלם מן הכלל הפרשני הזה.

**הנשיא ברק** קובע כי התיקון יהיה רטרואקטיבי אם נחיל אותו על הליכי הסגרה שנסיימו כבר, כמו למשל אם המדינה תבקש לפתוח מחדש את ההליכים כנגד שיינבין. לעומת זאת, על הרוש, ההחלה היא אקטיבית ולכן גם לא משנה אם החוק הינו דיוני או מהותי. נקודת הבחירה של ברק היא השאלה מתי מתחילים ההליכים – בקשת ההסגרה של היועמ"ש – זוהי הנקודה הרלוונטית לנקודת האקטיביות. **חזקת האי-רקוראקטיביות** איננה עולה על הפרק כלל, מבחינת ברק, ולכן החזקה הזו אינה נשללת.

מדוע הליכי ההסגרה לא מתחילים כאשר מגיעה בקשת ההסגרה מן האמריקאים ? הנקודה היא שרירותית !

ההבחנה בין **דין מהותי** ל**דיוני** ספגה ביקורת רבה לאחר פ"ד ארביב. ההבחנה איננה הבחנה ברורה וחדה, ולכן ברק מנסה לפתח גישה אחרת.

ברק נותן דוגמא בפסק-הדין לגבי סעיף עבירה מסויים שבעבר קבע כי העבירה מתיישנת לאחר שנתיים, וכעת נכנס תיקון המיישן את העבירה לאחר 4 שנים. מה דינו אדם אשר עבר על עבירת סעיף זה לפני יותר משנתיים וכעת נאמר כי ההארכה תחול עליו ? ההארכה היא כמובן רטרופקטיבית. אך לסעיף תהיה תחולה אקטיבית אם עברו פחות משנתיים ממועד ביצוע העבירה. במקרה האחרון, החוק החדש רק מאריך את תקופת ההתיישנות.

ברק מסכם את שני השיקולים שגוברים על הזכות המוקנית של הרוש לא להיות מוסגר :

- תכליתו האקטיבית של החוק.
- חוק דיוני אינו מקנה זכויות (להבדיל מחוק המקנה זכויות שהוא מהותי).

לאחר **תיקון 39** נחקקו **סעיפים 1-6 בחוק העונשין** האמורים להכריע, לפחות בפלילים, בדיון בשאלה האם תיקון מסויים לחוק יחול רקוראקטיבית או לא. מה הבעיה אם כך ? העקרון שבעבר היה יציר פסיקה – הקלה עם נאשם – כיום חקוק עלי ספר. סעיף 5 קובע הקלות בעניין סוג העונש או מידתו. להלן דוגמא לבעיה שהתעוררה בנושא :

**בג"צ 1618/97 סצ"י נ' עיריית ת"א** : עיריית ת"א לא טרחה להתחיל בהליכי גביה של קנסות חניה, מכיוון שהיא יודעת שמדובר בעבירה מסוג עוון (התיישנות אחרי 10 שנים). נכנס תיקון וקיצר את ההתיישנות על אותה סוג עבירה מ-10 שנים ל-3. אין שינוי בהגדרת העבירה אלא בסיווגה בלבד – **חטא**, ולא עוון. סצ"י, אדם עם הרבה עבירות, טוען כי כל עבירת חניה שהוא עבר, ועברו 3 שנים מביצוע – התיישנה, ולכן עיריית ת"א לא יכולה לגבות את הקנס. טענותיו של סצ"י :

- מדובר בחוק דיוני ולכן צריך לחול רטרואקטיבית.
  - מדובר בחוק מקל ולכן ממילא פועל רטרואקטיבית.
- השופטים קובעים כי ההכרעה בשאלה האם מדובר בתיקון דיוני או מהותי איננה משנה. **השופט טירקל** קובע כי ככלל חל **סעיף 5 לחוק העונשין**, וגם אם הוא לא חל באופן מילולי מדויק, אזי **סעיפים 4 ו-5** קובעים את הרעיון הכללי של החלת דין מקל בדיעבד. כלומר, **השופט טירקל** הוא שופט מקל. השופטים לוין ודורנר מצטרפים לדעתו.
- השופט מצא**, דעת מיעוט, אומר שמדובר בשינוי מושגי, שיש לו השלכות שהן חלקן דיוניות וחלקן מהותיות, ונותן דוגמא מדיני השותפות לעבירה – שותפות חלה רק על עוונות ופשעים, קרי אם עבירה היתה בעבר עוון וכעת היא חטא, לא ניתן להעמיד את השותף לדין כלל.
- נחזור לבדיקת תכלית ההוראה – מה מטרתה ? השופט מצא אומר כי בהעדר הוראה מפורשת בחוק שמחילה את ההתיישנות על עונשים שהוטלו בעבר, ההוראה תחול רק על עונשים שהוטלו אחרי כניסת החוק לתוקף. כלומר, מצא דורש הוראה מפורשת בחוק, אחרת, לטענתו, תכלית החוק חותכת לכיוון אי-ההחלה הרטרואקטיבית.

**השופט גולדברג** סבור שאין הסתמכות לגיטימית על התיישנות. לפיו, אף אדם לא צריך להסתמך על התיישנות. תפיסתו אומרת שככלל, אף אדם לא צריך להסתמך על זה שהמדינה בשלב מסוים תפסיק "לרדוף" אחריו.

**השופט קדמי** מכריע את העניין במשפט אחד, "אין רשע וטוב לו, וצדיק המשלם קנסות במועדן לא יוחזק כאויל".

**השופט אור** מתלבט, מצד אחד העירייה מסתמכת על גביית הקנסות כחלק מתקציבה ומצד שני האם יש לבוא לקראת הנאשם? בסופו של דבר, הוא קובע כי החוק נחקק בכנסת באוגוסט 1994, ונכנס לתוקף אחרי שנה. יכלו אנשי המחלקה המשפטית בעיריית ת"א ולהבין את השלכותיו והפעיל אמצעי גביה מהירה. לכן דעתו של אור היא לכיוון דעת הרוב, מחיקת כל הקנסות.

## **מבנה היסוד העובדתי של העבירה**

עד עתה הזכרנו רק את חלקה הסופי של נוסחת האחריות הפלילית. מעתה והלאה ננתח את רכיבי האחריות הפלילית וניתוח עבירות. ראשית נבחן מהו המעשה האסור. הכלל הבסיסי הוא שאין עונשין על עבירות שבלב. המדינה לא אומרה לפקח על מחשבותינו, אלא רק כאשר הן באות לידי ביטוי בהתנהגות גלויה-חיצונית, שניתן להצביע עליה.

סעיף 18 לחוק העונשין הוא הסעיף היחיד כמעט שמסביר מה המחוקק הישראלי רוצה כשהוא מדבר על דרישת מעשה – **מעשה, נסיבות ותוצאה**. מעשה, ככלל חייב להיות ע"מ לבסס אחריות פלילית.

**מעשה – לרבות מחדל**. ראשית יש לברר מהו המעשה האסור. לאחר מכן יכולות להיות נסיבות ותוצאה אסורה. כיצד מבחינים מהו מעשה? ומהו ההבדל בין מעשה לנסיבות? נסיבות, אינן תלויות במבצע, הם רק תנאים לקיום האחריות, הן חיצוניות למבצע מכיוון שאין לו השפעה עליהן.

**"יתקיפת שוטר הגורמת חבלה דינה מאסר 5 שנים":**

- התקיפה היא **המעשה**.
  - העובדה שנתקף היא שוטר לא תלויה במבצע, זו **נסיבה**.
  - חבלה היא **תוצאה**.
- המעשה אמור להיות הסיבה שגורמת לתוצאה ואי אפשר לנתקו מן המבצע. התוצאה, לעומת-זאת אמורה להיות מצב הדברים בעולם החיצוני-פיזיקלי **שקשור סיבתית** להתנהגות, שנגרם כתוצאה מן המעשה. **סעיף 18** (נקרא "רציה" בעבר) אמור להקרא יחד עם **סעיף 34ז'** ("העדר שליטה") המגדירים יחד מהו מעשה. הצירוף מביא להגדרה כי מעשה הוא אקט הנעשה בשליטה, קרי **אין מעשה, אלא אם כן השולט בחר לעשות אותו**. אדם אשר עשה מעשה **בעבירה תוצאתית**, ולא "משיג" את התוצאה – מזוכה. דהיינו, אדם אשר תוקף שוטר ולא גורם לו חבלה, לא ימצא אשם.

בעבירות מסוג **אחריות מוחלטת ואחריות קפידה**, עדיין עומדת לנאשם האפשרות להתגונן לפי סעיף 34ז' – העדר שליטה וניתוק הקשר-הסיבתי.

## מהו מעשה ?

**פרופ' פלר** אומר כי מעשה הוא התרומה גופנית-מוטורית של האדם להתנהויות העבירה. נהוג לכנות גישה זו כ-"Willed Bodily Movement". תפיסת המעשה, אם כן, זו הבאה גם לידי ביטוי ב**סעיף 18**, היא תפיסה הרואה במעשה **אירוע אמיתי בעולם** שהוא תוצאה של **אירוע אמיתי אחר**, **השליטה**. תפיסה זו היא המקובלת, לאור הניסוח הלאקוני ביותר של סעיף 18. עולה מתפיסה זו קריטריון המאפשר לתחום את ה"מעשה" משלוש הבחינות – **מרחב, זמן ואינדיבידואציה**. אם לא היה כך, היה קיים חשש שתוטל אחריות על סמך פגמים באופי הנאשם. המשפט הפלילי בראש ובראשונה מבקש לדעת בדיוק היכן למקם את המעשה הפלילי – היכן הוא מתחיל, מסתיים והיכן הוא מתרחש. יש לכך השלכות על נושאים שונים, למשל התיישנות. חובה עלינו לדעת מתי המעשה מסתיים כדי לדעת מתי ישנה התיישנות על העבירה.

כשמדובר ב**סדרה של פעולות**, כל פעולה יכולה להחשב לעבירה פלילית בפני עצמה. אך הסדרה המתוארת היא מבטאת את סוג הפשע – "**עבירות שרשרת**". לדוגמא, כדי לזייף מטבע, על העבריין לאיים על האיש שמחזיק במכונת הדפוס, להכין גלופות ולבסוף לזייף. אם נראה בכל אחת מן העבירות עבירה נפרדת, יכול להיות שחלקן יתשיינו עד הגשת כתב האישום. אם נראה זאת כפעולה אחת, מרוץ ההתיישנות יתחיל רק בסיום הפעולה האחרונה בשרשרת. בעיה נוספת עלולה להתעורר כשמדובר ב**עבירה נמשכת**.

כל הנושא של **מעשה בית דין** דורש הגדרה של מהו "מעשה". האם ניתן להגיש כתב אישום על אותה עבירה בפעם השניה ? הכלל הוא שלא מענישים פעמיים על אותו מעשה, כלומר אם הוגש כתב אישום על מעשה מסוים והוא הסתיים בהרשעה או בזיכוי, ככלל עומדת לאדם טענה שהוא כבר זוכה/הורשע **ולא יוגש כתב אישום על אותו מעשה** (לא אותה עבירה!) **בפעם השניה**.

לעת עתה, ראינו כי דרושה הגדרה טובה יותר למונח "מעשה". אנו זקוקים לאינדיבידואציה של המעשה – מקום המעשים בזמן ובמרחב. כיצד נעשה זאת ? הדרישה לפעולה חיצונית היתה אמורה להוביל למסקנה שאסור שתהיינה "**עבירות מצב**" (כגון, עבירת שוטטות), אך אין זה כך.

בעיה נוספת המתעוררת מהגדרה זו, כמו ב**פ"ד הרוש**, לגבי סמכות השיפוט המקומית. ככלל, תחולת דיני העונשין היא על עבירות פנים (למעט חריגים). לפי **סעיף 7**, עבירות פנים הן עבירות שנעשו כולן או מקצתן בתוך שטח ישראל, אחרת אין סמכות שיפוט. דוגמאות רלוונטיות הן ביצוע עבירה באינטרנט, שידול לעבירה דרך הטלפון כאשר המשדל אינו נמצא בארץ אך העבירה עתידה להתרחש בארץ.

**סיכום:** מדוע אם כך חשוב לדייק בהגדרת "מעשה" ? להלן שלוש סיבות:

א. חשוב למקם את המעשה בזמן – תחילתו וסופו, לצורך דיונים שונים כגון התיישנות ותחולה רטרואקטיבית.



ב. חשוב למקם את המעשה במרחב – היכן הוא התרחש ? בעיקר לצורך סמכות השיפוט של ביהמ"ש.

ג. אינדיבידואציה של מעשים – הבחנה בין מעשים. האם מדובר במעשה אחד או הרבה מעשי עבירה ? חשוב לצורך ענישה – האם מותר להעניש פעם אחת או שמא מותר להעניש על סך כל עבירה ועבירה שהאדם ביצע ? האם ניתן להגיש כתב אישום נוסף כנגד אדם שזוכה על עבירה אחת, על עבירה אחרת הנופלת להגדרת המעשה שביצע ?

**סעיף 34ז'** גורר המסקנה כי "מעשה" נובע מיכולת הבחירה של העושה, בין עשייתו לבין המנעות ממנו. העדר שליטה, כפי שנכתב לעיל, שולל אחריות פלילית.

### **הבעיות העולות מהגדרת ה"מעשה" כאירוע פיזיקלי-מוטורי (הגדרת פלר)**

כיצד נבחין בין הרציה לבין הפעולה עצמה בלי ליצור מעגליות ? האם מעשים נובעים בהכרח מרציה ? הקושי המושגי בהגדרה דו-שלבית שלא ניתן להפריד בינה, הוא בכך שההגדרה לא מוסיפה מאומה. ההגדרה הדו-שלבית טובה לפעולות פשוטות, כגון גניבה. אך המשפט הפלילי מכיר בפעולות סבוכות אשר קשה לענות עליהם במונחים פיזיים – כגון עבירות הריגה, מרמה, אחזקה – איזו פעולה פיזית ממוקדת יש בפעולת הריגה או מרמה ? בד"כ במעשים כאלה הפעולה מורכבת מהרבה פעולות פיזיות.

ניקח לדוגמא אדם אשר הורג באמצעות אקדח – מהי הפעולה ? הלחיצה על ההדק ? הפעלת השריר ? **מייקל מור**, "חסיד" התנועה הרצונית נוטים לומר כי בפעולות מורכבות מן הסוג הזה, ההגדרה הרגילה לא נותנת תשובה. כיצד בוחרים משלל הפעולות ? באמצעות הצבעה על **הפעולה הבסיסית**, כאשר ההנחיה היא שיש ללכת לפעולה הראשונית ביותר הנובעת מרציה.

הכלל הוא, שהפעולה הבסיסית, חייבת להשאר בתחום המעשה, להבדיל מן המחשבה הפלילית. כלומר, פעולה היא הדבר שתוחם את גבולות חופש הרצון ומבדיל לאותו מהעולם החומרי-דטרמניסטי, שם נקבעים הדברים ע"פ שרשרת סיבתית.

כעת יש לענות על השאלה מה ההבדל בין הלחיצה על ההדק לבין שחרור הכדור מהקנה ? הרעיון הוא שפעולת מעשה נובעת מרצון חופשי. "תוצאה" היא חלק מן העולם החיצוני, עליו חלים חוקי הפיסיקה, ולא השפעת רצונו של האדם.

אם כן, ברגע שפעולה "עברה" את שלב המעשה ונכנסה לתוך העולם החיצוני-פיזיקלי, ניתן לבחון אותה רק במונחים של "קשר-סיבתי" (גולגולת דקה, התערבות גורם זר וכדומה). **על מעשים אסור לשאול שאלות של קשר-סיבתי. מעשה הוא דבר הנטול זיקה-סיבתית ונשלט ע"י חופש הרצון בלבד**, ולכן ב"עבירה התנהגותית" לא ניתן לטעון להעדר קשר-סיבתי – אלא רק לעלות טענות של העדר שליטה. **מכאן שישנה חשיבות עצומה להבחנה בין מעשים לבין תוצאות.**

## מהי תוצאה ?

**פרופ' פלר** סבור כי תוצאה היא פגיעה בשלמות האובייקט הפיזי של התוצאה. כלומר, רק מקום שבו בהגדרת העבירה מופיע במפורש **מעשה שגורם לפגיעה במי שהעבירה מתכוונת להגן עליו**, רק אז נקרא לכך עבירה שיש בה "תוצאה" – **"עבירה תוצאתית"**. הגדרה זו מוציאה כל אותן תוצאות שהן לא חלק מן המעשה אבל הן לא פוגעות באובייקט הפיזי של העבירה. ניקח לדוגמא את **סעיף 380 לחני"ש** הקובע **"התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה של ממש..."**. **"התוקף" – מעשה. "חברו" – נסיבה.** "וגורם לו..." – **תוצאה.** זוהי **עבירה תוצאתית** מובהקת. התוצאה, צריכה לנבוע מן המעשה, קרי צריך להיות קשר-סיבתי ביניהם.

**סעיפים 144ב ("איסור פרסום הסתה לגזענות")** ו-111 – **"(מסירת ידיעה לאויב)"** הם **"עבירות התנהגותיות"** – אין בהן צורך בתוצאה אסורה, לכן אסור לטעון כנגדן טענות של קשר-סיבתי.

החלוקה ל"מעשה" ו"תוצאה" היא חלוקה מלאכותית. ניקח מעשים שנעשו לפי אחד הסעיפים לעיל, ונעלה על דעתנו האפשרות כי יכול שכל הפעולות הפיזיות להשלמת המעשה נעשו, והמעשה תם, מה שלא קרה זו התוצאה של הפעולה. באופן טבעי היינו אומרים כי כל העבירות לעיל הן תוצאתיות, ואז היה פשוט יותר לטעון כנגדן טענות של ניתוק קשר-סיבתי. **לדוגמא**, אדם מבקש לפרסם דברי הסתה לגזענות, אך מערכת הכריזה שלו שובקת והקהל לא מצליח לשמוע את דבריו – מה היה פשוט יותר מאשר לטעון לניתוק קשר סיבתי ע"י התערבות גורם זר ? ישנה חוסר עקביות. עדיף היה לו כל העבירות היו מסווגות כעבירות תוצאתיות והיה ניתן לטעון כנגדן טענות קשר-סיבתי.

## השלכות ההבחנה לעניין טענות קשר-סיבתי

**פ"ד Burns vs. Bidder [אנגליה]**: מדובר במי שלא בלם במעבר חציה והואשם בהמנעות מעצירה במעבר חציה בשעה שהולכי רגל הולכים בו. נאמר והנאשם טוען שמערכת הבלמים ברכב התקלקלה. מבחינת החוק מספיק שהוא עבר את העבירה, היא התנהגותית – אין צורך בתוצאה. מה עושים עם טענתו בדבר קלקול במערכת הבלמים ? להבדיל מן המשפט הפלילי בארץ, את Bidder זיכו.

בישראל, אין מקום לטענות לניתוק קשר סיבתי אם מנתחים את העבירות האלה כעבירות **התנהגות**. במקרה דומה בארץ, **השופטת בן-פורת בפ"ד גדיסי** העלתה את האפשרות לבחון מקרים שכאלה בהיבט של העדר שליטה לפי **סעיף 34ז'** (על כך בפרק אחריות קפידה ואיסורים מוחלטים). גדיסי טען כי אמנם היה בשליטה מלאה על מעשיו, אך גורם חיצוני שהתערב.

חשוב להבין כי כל הבעיה ממוקדת בסווג עבירה שכזו כעבירה התנהגותית. ההרגשה היא שזה לא הוגן להרשיע, ולא הוגן לא לתת לנאשם לטעון את טענותיו.

## השלכות ההבחנה על המחשבה הפלילית

דרישות המחשבה פלילית שונה בכל אחד מן העבירות שהוזכרו להלן :

- מחשבה פלילית בעבירות התנהגותיות משמעותה מודעות לכל רכיבי העבירה (יסוד הכרתי), קרי למעשה, נסיבות ותוצאה – סעיף 20(א).
- לגבי עבירה תוצאתית צריך קודם כל מודעות, ובנוסף צריך יסוד חפצי לגבי התוצאה, שהוא מסוג של כוונה או פזיזות (אדישות, קלות דעת).  
כלומר חייבים להבחין בין עבירה התנהגותית לתוצאתית מן הסיבה שרק בעבירה תוצאתית יש צורך ביסוד חפצי (קרי, האם מי שביצע את העבירה התכוון לכך ?).

**תקיפת שוטר** מסווגת כעבירה התנהגותית, עפ"י המבחנים של פרופ' פלר. במישור המחשבה הפלילית יש צורך להוכיח מודעות לתקיפה ומודעות לעובדה שהנתקף הוא שוטר. אין צורך לעלות שאלות בנוגע לכוונת התוקף. אך האם אין הבדל בין מי שתקף שוטר בכוונה (שוטרים) לבין מי שתקף שוטר מתוך קלות דעת (הנאשם תקף שוטר מבלי לדעת שהוא שוטר) ? התשובה מאד ברורה, וודאי שישנו הבדל.

פרופ' פלר כותב בספרו כי אין אפשרות אחרת אלא לומר שכאשר אנחנו מסתכלים על התנהגות ונסיבות, אפשר רק לשאול אם האדם היה מודע להן או לא היה מודע להן. זה בלתי אפשרי, הוא טוען, לשאול האם האדם רצה/התכוון בכך או לא. **בתיקון 39** מכניסים את התפיסה הזו, בניגוד לרוב הקודים המקבילים במדינות השונות.

### השלכות ההבחנה לעניין עבירות הנסיון

**סעיף 25 לחנ"ש** מבחין בין שלוש נקודות על ציר הזמן : הכנה – נסיון – עבירה מושלמת.

שלב ההכנה הוא שלב לא עניש.

השלב הבא ישנו **נסיון** לבצע עבירה וכאן נתפס העבריין.

השלב האחרון הוא **השלמת העבירה**.

מהו נסיון ? מה לא הצליח לעשות מי שעבר עבירה התנהגותית ? כיצד נגדיר "נסיון לפרסם" (ראה ההתלבטות לעיל) ? אם העבירה מוגדרת כעבירה התנהגותית, יהיה קשה מאד להגיד מהו נסיון.

עבירת הנסיון, כהגדרתה ב**סעיף 25**, דורשת **יסוד חפצי** – "במטרה לבצעה". אם כן, כיצד נאשים אדם הרוצה לעבור **עבירה התנהגותית** ולא מצליח בעבירת נסיון הדורשת יסוד חפצי, בזמן שהעבירה המושלמת איננה דורשת יסוד חפצי כלל ?! נסיון היה צריך להיות מוגדר כמעשה שלא "הצליח" להוביל לתוצאה. התוספת "במטרה לבצעה" נועדה לפצות על החסר ביסוד העובדתי, שהרי חלק מן היסוד העובדתי בעבירת נסיון, אינו דרוש לצורך הרשעה. יש כאן אלמנט של איזון – יסוד עובדתי "מקוצץ" ו-יסוד נפשי "מוגבר". **נסיון לכשעצמו איננו עבירה, אלא רק כאשר מצרפים לו עבירה אחרת.**

הסיבה לערפול היא הרצון לשמור על עקביות עם ההבחנה בין עבירות התנהגותיות לעבירות תוצאתיות. אם, כפי שהוצע לעיל, בכל עבירה התנהגותית היינו רואים את תוצאת ההתנהגות כרכיב התוצאה, היה ניתן לטעון שעבירת הנסיון היא מעשה שלא הצליח.

**רע"פ 1178/97 גדליהו כהנא נ' מ"י**: מדובר באישום על עבירות איומים שנעשו בשיחת טלפון מגרמניה לישראל. נגד כהנא הוגש כתב אישום. לאחר ההרשעה הוא טען שאין סמכות טריטוריאלית לשפוט אותו מן הטעם שהוא השלים את ביצוע העבירה מחוץ לשטח הטריטוריאלי של מדינת ישראל. הדרישה ב**סעיף 7** היא שלפחות חלק מן היסוד העובדתי יבוצע בתחום שטח השיפוט של המדינה. נבדוק את **סעיף 192** לחנ"ש, **עבירה התנהגותית**:

"המאיים" – מעשה.

"על אדם" – נסיבה.

"בכל דרך שהיא" – מעשה.

"שלא כדין" – נסיבה.

כהנא טוען שהשלים את פעולתו בגרמניה, ולפי ה-WBM, אין דרך לומר שהיא הושלמה איכשהו בארץ. רק התוצאה "הגיעה" ארצה.

**הנשיא ברק** אומר כי לא מסתכלים על רכיב ההתנהגות, אלא על הרכיב הנסיבתי – "על אדם" – כך שגם אם המעשה הושלם מחוץ לתחום השיפוט, הנסיבה כן נעשתה בתחום השיפוט. מכאן, זה מחייב שדברי האיום לא רק יונו כלפי אדם, אלא גם שהאדם קלט את האיום. ברק קובע כי "כל עוד לא נקלטו דברי האיום, לא מתקיים הרכיב הנסיבתי האמור, והעבירה טרם הושלמה".

**ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י**: מדובר בפרשת ויסות מניות וניפוח השוק ע"י מנהלי בנקים. פ"ד ניתן אחרי תיקון 39, אך בסמוך לו. ניתן לראות כי חלק מהשלכות התיקון לא שקעו, כשההגנה ניסתה לטעון לפרשנות המקלה עם הנאשם, צוטט פ"ד מזרחי. **השופט שטרסברג-כהן** עושה את סיווג העבירות:



השאלה בפ"ד היא כיצד לססוג את **סעיף 14 לפקודת הבנקאות** – "חבר דרקיטוריון או מנהל עסקים של בנק אשר ביוזעין... עשה בעסקי הבנק בדרך שפגעה ביכולתו לקיים את התחייבויותיו". האם העבירה הינה התנהגותית או תוצאתית? **שטרסברג-כהן** סבורה כי מדובר ב**עבירה התנהגותית**, וכי המחקק ניסח זאת באופן מיוחד כדי לאזכר את האינטרס המוגן, בגוף העבירה. כתוצאה מכך, לא נדרשת כוונה. בהמשך, **שטרסברג-כהן** מוכנה להקל עם הנאשם, וטוענת כי זו **עבירת תוצאה בכח**.

ישנם שלושה מצבים בהם ההתנהגות איננה זו של המעשה האקטיבי, והן עבירות **מחדל**, **החזקה** ו-**סטטוס**.

## מחדל

מחדלים מתאפיינים באפס מעשה, כאשר ההגדרה על בסיס התנועה הרצונית נגרוס שאלו מצבים שבהם היתה חובה לעשות מעשה אקטיבי מכח דין או חוזה, וחובה הזו הופרה. הרשעה על בסיס מחדל יוצרת קשיים:

- **קושי במיקום המחדל** – מחדל, קשה יותר למיקום, קשה לשאול היכן לא נעשה מה שהיה צריך להעשות? כיצד מבדילים בין מחדל למעשה?
- **קושי מן הצורך למצוא קשר-סיבתי במחדלים** – זוהי שאלה מורכבת יותר מן השאלה של מציאת קשר-סיבתי במעשים (ע"ע פ"פ 232/55 היועמ"ש נ' גרינוולד "פרשת קסטנר"). מדוע הקושי? כשמדובר במעשה, אנו מעוניינים שהמעשה יביא לתוצאה מסויימת. במחדל, איננו יכולים להצביע על מעשה שכזה, וישנו הצורך להצביע על אי-מעשה שיוביל לתוצאה המסויימת.
- **קושי ראיתי** – כשמדובר במחדל, הקושי הוא עקרוני. מחשבה ( = מחדל ), קשה להוכיח בראיות פיזיות, לעומת מעשה אותו קל להוכיח בראיות פיזיות. ביהמ"ש במצבים כאלה משתמש בחזקה הנקראת "**חזקה שאדם מודע לתוצאות הטבעיות של מעשיו**". אך במחדל, החזקה הזו לא עובדת טוב – כיצד ניתן להצביע על מודעות לתוצאות של מחדלו?

בחזרה ל**סעיף 18**, הגדרת "מעשה" כוללת "מחדל". החוק לכאורה, יוצר שוויון מלא בין מעשים ומחדלים, ובלבד שנמצא מקור לחובה, קרי **דין או חוזה**. כל סעיף המגדיר עבירה כלשהי, יכול להתבצע בדרך של מעשה או מחדל. התנאי לקיומו של מחדל קבוע ב**סעיף 18(ג)**, צריך להראות מקור חובה.

עבירות מחדל קרויות "**עבירות עשה**". עבירות הדורשות עשייה אקטיבית קרויות "**עבירות לא-תעשה**". רוב העבירות מנוסחות בדרך של עבירות לא תעשה. המגמה בעולם היא לצמצם את מספרן של **עבירות המחדל** מן הסיבה שהן פוגעות באוטונומיה של הפרט וביכולת הבחירה החופשית הרבה יותר מעבירות המעשה. טענו משכבר כי עבירות המעשה אוסרות על סוג פעולה מסויים, שאר מרחב החלופות – מותר.

ע"פ 119/93 לורנס נ' מ"י: לורנס הואשם בגרימת מוות ברשלנות במהלך משחק של רולטה רוסית (לורנס הוא השחקן ש"ניצח"). לורנס עצמו, לאחר שהסביר לנוכחים כיצד לשחק, אינו משתתף במשחק בפועל. נשאלה השאלה האם ניתן להטיל אחריות על לורנס על כך שלא מנע מן המנוח לירות בעצמו? לורנס הואשם בגרימת מוות ברשלנות בדרך של מחדל. ביהמ"ש קבע כי ניתן להאשים את לורנס רק אם נמצא מקור חובה על לורנס להציל את המנוח.

האם כל חובה ע"פ דין או חוזה היא בסיס להקמת אחריות במחדל?

## חוזה

בפרשת "גשר שפירים" בו נפלה קורה וגרמה למוות הוגש כתב אישום כנגד המהנדס של חברת הבנייה הקבלנית, עלתה השאלה האם חוזה אשר אדם כלשהו אינו צד לו, יכול בכ"ז להוות בסיס

להטלת אחריות במחדל על אותו אדם ? בפרשה זו, הפרקליטות חזרה בה מכתב האישום, יתכן כי מתוך החשש שבהעמדת שאלה זו לדין. לא קיימת כיום פסיקה המפרשת מהי "חובה מכח חוזה".

### כל דין

בעבר נושא זה היה שנוי במחלוקת. היתה נטייה שלא להרחיב את המשפט הפלילי בכך שהוא יחול על הוראות מן הדין האזרחי. החשש היה שכל חקיקת משנה באשר היא תהווה בסיס להטלת אחריות (ביחוד אנשי מקצוע, כגון אדריכלים וקבלנים) – הכח שיהא בידי השלטון יהיה עצום.

**רע"פ 7519/97 שכטר נ' מ"י**: מדובר בבריכה אשר נער נשאב לצינור היניקה שלה. מי שהואשם בחבלה ברשלנות הוא מנהל מרכז הספורט, כאשר מנסים להאשים אותו צריך להצביע על מקור חובה, מוצאים סעיף בחנ"ש – **סעיף 326** – (בעבר פורש כלא חל על בריכות, אך שונה). אך בהנחה שאין מקור חובה מתוך חנ"ש, מה היה קורה אז ? **השופט קדמי והשופט שטרסברג-כהן** אומרים כי **סעיף 18** מכיר בקיומן של חובות מחוץ לחוק העונשין כבסיס לעבירה מחדלית, ובכך נפתרה המחלוקת מן העבר.

יש לציין כי הקביעה הזו מעוררת קשיים רבים. האם נרחיב את המשפט הפלילי עד כדי כך שניצור צינורות בינו לבין תקנות משנה או דינים של מעמד אישי (כגון, אחריות יהודית-הלכתית שקיימת לאישה בנישואין) ? אין ספק שאי אפשר לקחת חובות מכל מקור, אך ישנם סעיפים שנכנסו לחנ"ש וכל מטרתם להוות מקור ליצירת חובות עשה כתשתית להרשעה בעבירה, **דוגמא**:

- **סעיפים 322-326 "אחריות לשלום אדם"** – **אינם סעיפים עבירות**, אלו רק סעיפי מקור חובה ונועדו ע"מ שיהיה אפשרי להרשיע, את האחראי לפיהם, בעבירות אחרות בחוק העונשין.
- **סעיף 262 "אי מניעת מעשה פשע"** – זהו סעיף הקובע כי מי שידע ולא סיפר על הפשע, עונשו שנתיים. האם בנוסף לעבירה המוגדרת כאן, אפשר לראות בסעיף זה כיוצר מקור חובה במחדל לתוצאה הסופית ? נאמר ואדם יודע שעומד להתבצע שוד אך לא עושה דבר. ראשית ניתן להאשימו באי-מניעה של מעשה הפשע. שנית, עולה השאלה האם ניתן להאשימו בשוד עצמו, בדרך של מחדל (ובכך נטען **סעיף 262** יוצר מקור חבות) ? זה נראה לא צודק ! אין תשובה לשאלה סבוכה זו.
- **חוק לא תעמוד על דם רעך** – החוק יוצר חובת הצלה כללית ומכריע את הויכוח רב השנים האם להכליל חובה כזו במשפט הישראלי. **בסעיף 4** נקבע קנס, כך שהעבירה מוגדרת כ"פלילית", אך **פעוטה**.

### ההבחנה בין מעשים ומחדלים בכלל

חוק העונשין קובע כי דינו של מעשה ודינו של מחדל – שווים. בפועל, המצב אינו כך מכיוון שקשה להטיל אחריות מכח מחדל. לדוגמא, ניתוק ממכונות החייאה – האם אי חיבור למכשירי החייאה, דינו כדין ניתוק ממכשירי החייאה ? התיקים שמגיעים לביהמ"ש הם דוקא בעילה של ניתוק ממכשירי החייאה (קרי, הריגה במעשה, ולא במחדל).

**ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מ"י**: מדובר באדם שדקר את אשתו בעורק הראשי בירך. האישה, לאחר הצעת עזרה, אמרה לו שהיא יכולה להסתדר לבד. לאחר שפרידמן הלך, היא נפטרה. בהנחה שמעשה הדקירה נעשה מתוך הגנה עצמית (כך אכן היה), האם העובדה שהוא הלך ולא סייע לה בזמן שדיממה, הוא מעשה או מחדל ?

### **פסק-דין אלבה (ע"פ 2831/95)**

**סעיף 144** לחנ"ש קובע "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות...". העבירה היא התנהגותית.

המפרסם – רכיב התנהגותי.

דבר – נסיבה.

מתוך מטרה להסית לגזענות – מטרה מיוחדת.

העבירה דורשת מטרה להסית לגזענות, זהו משהו שהוא "מעבר" ליסודות העובדתיים של העבירה. לכך נקרא "מטרה" או "כוונה מיוחדת". מטרת המפרסם, היא להסית לגזענות.

**סעיף 20 ("מחשבה פלילית")** לא מתייחס במפורש ל"כוונה מיוחדת". לפי הסעיף, כאשר מדובר בעבירה תוצאתית שבה נדרשים מבחינת היסוד החפצי להוכיח כוונה, אך אין ראיות להוכחת כוונה, אלא יש בנמצא מודעות ברמה של "אפשרות" – זה מספיק. כלומר, אדם שידע שהתוצאה תקרה, אין זה משנה אם הוא היה חפץ בכך או לא, **דין המודעות כדין הכוונה**.

בפ"ד אלבה דובר על הרב עידו אלבה, רב הכולל שליד מערת המכפלה, אשר פרסם מאמר בשם "הלכות הריגת גוי" בו הוא מרצה את דעתו לגבי ההלכה בשאלה האם היא מתירה להרוג גויים, אלא שכמובן פרסום המאמר נעשה בסמוך לאחר הרצח של המבצע גולדשטיין. מוגש כנגדו כתב אישום על עבירות שונות. בביהמ"ש העליון מתרכזים **בסעיף 144** לחנ"ש. האם פרסום כדבר הזה מהווה מטרה להסית לגזענות ? ההתלבטות הקשה נגעה לחופש האקדמי, חופש הביטוי וכדומה.

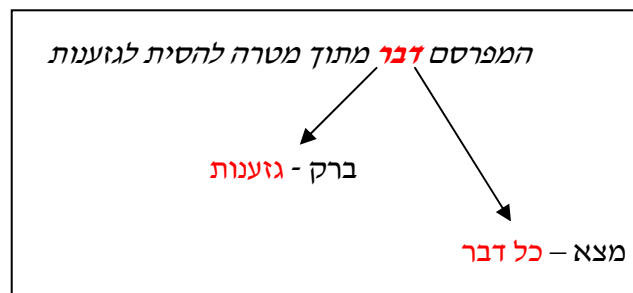
4 שופטים (בראשם השופט **מצא**) מסווגים את העבירה כעבירה התנהגותית. 2 שופטים (השופטים **בן ו-טירקל**) מביעים את הרגישות שבהבחנה בין עבירות התנגותיות ותוצאתיות. הכרעת הרוב היא שמדובר בעבירה התנהגותית. אך בכך לא תם הדיון ביסוד העובדתי. השאלה העקרית היא מה פירוש "המפרסם דבר" – האם מה שאלבה עשה הוא אכן "פרסום"<sup>2</sup> ? האם כל פרסום של כל דבר, גם אם לקורא החיצוני לא נראה בו שום דבר שיכול לרמז על גזענות, משהו תמים, יענה על היסודות העובדתיים של העבירה הזו אם נלווה לפרסום – היסוד הנפשי המיוחד (**מתוך כוונה להסית לגזענות**), או שמא יש צורך במסר גזעני ברור ?

**השופט מצא (גישה מרחיבה)**: כל דבר יכול להיות בסיס להרשעה בעבירה זו, והראיה היא האיזון בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי. מן היסוד הנפשי יש **מטרה מיוחדת**, של מטרה. כך שאם היסוד

<sup>2</sup> יש לבדוק בסעיפים הכלליים בתחילת החוק.

הנפשי מורחב – הגיוני שהיסוד העובדתי יהא מצומצם. כך שכל פרסום, גם אם הוא לא בעל תוכן גזעני, ובלבד שהוספה לו מטרה של הסתה לגזענות, ימלא את תוכן הסעיף.

**הנשיא ברק (גישה מצמצמת + יסוד הסתברותי):** לא מספיק שהביטוי יהיה תמים, ההסתה לגזענות צריכה לבוא לידי ביטוי בטקסט. זאת כדי לצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי. בעיני ברק, הכללת כל הפרסומים התמימים לעניין העבירה, יש בה משום פגיעה חמורה בחופש הביטוי. ברק מצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי באופן מובהק, עד כדי שאם יבוא נאשם ויודה בכך שרצונו היה להסית לגזענות, אך מקריאת המאמר לא עולה שמץ של גזענות – הוא לא יורשע.



הנשיא ברק מעלה את פרשת "קול העם", הוא מנסה להכניס פרשה זו למשפט הפלילי דרך היסוד העובדתי, אך משאיר זאת בצריך עיון. אמרת האגב בעניין זו היא השאלה **האם אפשר להכניס בדרך של פרשנות שיפוטית דרישה של איזשהי הסתברות לעבירה**? האם אפשר לקרוא לתוך הסעיף הזה, נסיבה נוספת אשר דורשת להוכיח הסתברות, במקרה זה ברמה של "וודאות קרובה שדבר ההסתה יפגע בציבור"?

מכיוון שהעבירה פוגעת בחופש הביטוי, עפ"י ברק, יש לעשות איזון אינטרסים. רק אם מבחינה אובייקטיבית קיים חשש (וודאות קרובה) שמישהו יפגע מדברי ההסתה.

**השופט מצא**, כנגד זאת טוען על כך כי העבירה היא התנהגותית ולא תוצאתית, אם יוכנס מבחן הוודאות הקרובה – זהו מבחן קשר סיבתי שאין לו מקום בעבירה התנהגותית [אטינגר-שפירא סבורה כי זוהי טעות, כי זהו לא מבחן סיבתי אלא מבחן נסיבתי].

**הנשיא ברק** סבור כי לא מדובר בכוונה רגילה לפי סעיף 20(ב) מכיוון שזו עבירה התנהגותית. לפיכך, מדובר ב"עבירת מטרה" (לפני התיקון נקראו "עבירות כוונה מיוחדת"), הלכת הצפיות בסעיף 20(ב) לא חל כאן – בסעיף 144. לפני תיקון 39, הלכת הצפיות חלה כל פעם שהפסיקה חשבה שיש צורך להחיל אותה על כוונה, בין אם זו כוונה רגילה ובין אם זו כוונה מיוחדת. לאחר תיקון 39, הלכת הצפיות מקבל עיגון בחוק. אך, סעיף 20(ב) מגביל את עצמו לעבירות תוצאתיות, ואינו נותן מענה לעניין עבירות מטרה. **השופט ברק** סבור כי לא ניתן ללמוד כי המחוקק מתכוון רק ל"כוונה", ולא ל"עבירות מטרה". לפי **ברק**, במקרה זה, מכח הצורך לשמור על חופש הביטוי, כנראה שבעבירה מסוג זה לא צריך להחיל את הלכת הצפיות, אלא לדרוש כוונה ממש. אך כפי שכתבתי לעיל, סוגיה זו נשארה בצריך עיון.



**השופט מצא**, בחלקו הראשון של פסק-הדין אינו מתייחס לתיקון 39, וטוען שהלכת הצפיות חלה בעבירת מטרה. לאחר שקרא את דעתו של הנשיא ברק, הוא שם לב שתיקון 39 אכן מתייחס לעבירת הצפיות אך רק בעבירות כוונה ! ואז מתקן עצמו ושואב את התימוכין לכך מתוך **סעיף 90א**.

דבר נוסף, בשאלת הפגיעה בחופש הביטוי. לכאורה, אין ספק כי סעיף 144 פוגע בחופש הביטוי. **השופט מצא**, בגישה שחופש הביטוי לא חל כאשר מדובר בביטוי גזעני. לדידו, אין כאן כלל עניין של איזון, כאשר מדובר בביטוי גזעני – חופש הביטוי מתבטל, ולכן אין פגיעה בזכויות יסוד. **הנשיא ברק** סבור שמדובר באיזשהו איזון, ויש לשמור כי הפגיעה בחופש הביטוי לא תעשה מעל הפגיעה הראויה.

**השופט בך** : עמדתו בעניין הפרסום היא כדעת השופט מצא. לעומת זאת, בעניין הפגיעה בחופש הביטוי, הוא מצטרף לדעתו של הנשיא ברק. עקרונית, ראוי להגביל את הפגיעה בחופש הביטוי, אך הוא אינו קובע כיצד. **השופט בך** מוסיף וטוען שדרושה הוכחת כוונה מיוחדת. החלכת הצפיות חלה, עקרונית, אלא שבמקרה זה סבור בך, החלת הלכת הצפיות פסולה מטעמים של רטרואקטיביות (המעשה נעשה ב-1994, וחנ"ש המתוקן נכנס לתוקף רק אחרי כן).

**השופט גולדברג** : לעניין משמעותו של הפרסום, סבור גולדברג שתוכן הפרסום חייב להכיל זיקה לדברי גזענות. לדעתו אין מקום למבחן הסתברותי מן ההנמקה שהמבחן הנ"ל בוחן את הקשר בין הפרסום לתוצאה – וזו הרי עבירה התנהגותית, ולא תוצאתית (כמו השופט מצא). לעניין הפגיעה בחופש הביטוי, סבור גולדברג שיש לערוך איזון אינטרסים.

**השופט דורנר** : מבחינתה, כל פרסום טהור לא צריך שיכיל גזענות אמיתית, אלא מספיקה הכוונה להסית. בעניין הפגיעה בחופש הביטוי, טוענת דורנר שהיא איננה עולה על הנדרש. דורנר גם כן שוללת את המבחן ההסתברותי. לגבי הלכת הצפיות היא טוענת כי ההלכה לא חלה מכח **סעיף 20(ב)** (דעת ברק), אלא יכולה לחול עקרונית מכח הפסיקה *"אם הגשמת המטרה הינה תוצאה הצומחת בדרך הטבע מן ההתנהגות"*. מדוע מקרה זה לא מתאים להחלת הלכת הצפיות ? מכיוון שהגשמת המטרה כאן תלויה ברצונם של אנשים אחרים, ולכן היא דבר הצומח בדרך הטבע מרצונו של אותו מפרסם. אי לכך, דורשת דורנר **הוכחת כוונה של ממש**.

**השופטים טל ו-טירקל** : "דבר" צריך להיות אלמנט של גזענות מבחינה אובייקטיבית. כלומר, לא כל פרסום גם אם הוא תמים לחלוטין אך מלווה בכוונה להסית לגזענות, עונה על דרישות העבירה. שניהם סבורים שאיסור ההסתה פוגע בחופש הביטוי – קרי, חופש הביטוי חל גם על מאמרים גזעניים, אלא שיש לערוך איזון. בנוסף, מעלים שני השופטים טענה של פגיעה בחופש האקדמי.

**השופט טל** סבור שצריך להכניס מבחן נסיבתי, דוגמת המבחן של הנשיא ברק. לדידו, צריך להראות כי הפרסום עלול בהסתברות גבוהה להסית לגזענות, וכי ישנה מודעות של הנאשם לכך.

**השופט טירקל** מתעלם מנושא הרכיב הנסיבתי. מבחינת המחשבה הפלילית, טירקל סבור כי מדובר בעבירת מטרה ולכן הלכת הצפיות תחול לא דרך **סעיף 20(ב)** אלא דרך הפסיקה (דעת ברק).

**דנ"פ 1789/98 מדנית ישראל נ' כהנא**: המחלוקת היתה סביב **סעיפים 133-134** לחנ"ש (**המרדה**). גם כאן עלתה השאלה האם ניתן להכניס את החידוש של המשפט החוקתי (קול העם) למשפט הפלילי. במקרה זה גם כן נחלקות דעות השופטים – **קדמי, מצא, גולדברג ודורנר** לא מסכימים לשימוש במבחן הסתברותי, לעומת השופטים **אור וברק** הסבורים ההיפך.

### **בידול המעשה ומיקומו בזמן ובמרחב**

**חוק סדר הדין הפלילי בסעיף 5** קובע את הכלל כי אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו. זוהי טענת "**כבר הורשעתי/זוכיתי**". כלומר, התביעה לא יכולה להגיש תביעה פעם אחר פעם, סופיות-הדין היא עקרון חשוב.

**סעיף 149(6)** לסד"פ מדבר על טענה מקדמית שיכול נאשם לעלות, וביניהן – משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נשוא כתב האישום.

**סעיף 186** לסד"פ קובע כי ביהמ"ש רשאי להרשיע נאשם, אך לא יעניש את הנאשם יותר מפעם אחת בכל מעשה. כלומר, בכתב אישום אחד ניתן לכלול כמה עבירות על אותו מעשה, אך אי אפשר להעניש פעמיים. על מעשה אחד – יוטל עונש אחד.

טענת "**כבר הורשעתי**" היא חלק מ-"**תורת מעשה בית-דין**". מונח זה הוא אלמנט שחוצה את גבולות המשפט הפלילי. הרעיון נובע מתוך עקרון העל הנקרא "**האיסור על סיכון כפול**". מכח כלל העל הזה, האוסר על העמדתו של נאשם בסיכון של הרשעה יותר מפעם אחת, נגזרים כל הסעיפים המוזכרים מעלה. אלו הם יישומים של עקרון-על זה. הרעיון של סיכון כפול רחב יותר מן העקרונות הקבועים בסעיפים אלו, מכיוון שהכלל שב**סעיף 5** מצריך **פסק-דין סופי** אך סיכון-כפול לא דורש פסק-דין כלל.

הכלל הנ"ל מקובל בבתי המשפט, אך מעולם לא התקבלה טענת נאשם בדבר סיכון כפול, קרי, לא בוטלו כתבי אישום. מדוע בפועל אין יישומים מעשיים לכלל העל הזה ?

**דנג"צ 4757/93 פדרמן נ' היועמ"ש**: במקרה זה בג"צ הופנה כנגד היועמ"ש בשאלה מדוע הוא לא יפתח שוב בחקירת דמיניוק באשמת רצח לאחר הזיכוי של הנאשם כאשר עלה גם מהכרעת הדין שדמיניוק לא אשם בהאשמות שיוחסו לו, אך הוא כן אשם ברצח יהודים במחנה מסויים. המשפט לא התבסס על האשמת רצח. הבג"צ עוסק בשיקול הדעת של היועמ"ש שהחליט לשחרר את דמיניוק. ישנה אפשרות להרשיע נאשם בסעיפים שלא נכללו במסגרת כתב האישום שהוגש מלכתחילה, בשני תנאים:

- אם העובדות הוכחו במהלך המשפט.
- אם ניתנה לנאשם אפשרות סבירה להתגונן (**סעיף 184 לסד"פ**).

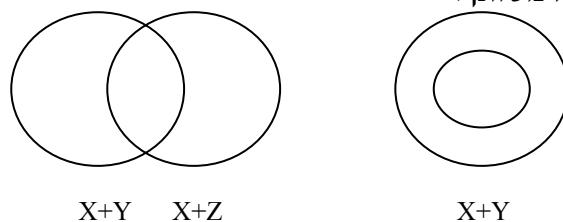
במקרה זה, התביעה לא מיקדה את הטיעון באישומים החדשים האלו, ולכן ביהמ"ש באותו הליך של משפט דמיניוק החליט לא להרשיע מכיוון שלא ניתנה לו אפשרות סבירה להתגונן. זאת למרות שעלו ראיות המאפשרות כנראה להרשיע אותו. אחד מהשיקולים לא לפתוח את התיק ע"י היועמ"ש הוא שעלולה להתקבל טענתו של דמיניוק על **העמדתו בסיכון-כפול**. מדוע? כי הראיות עמדו בפני ביהמ"ש בהליך הקודם, וביהמ"ש לא הרשיע אותו באותו ההליך.

ביהמ"ש קובע כי החלטתו של היועמ"ש "לא היתה מופרכת" עד כדי כך שהיוותה עילה להתערב בו.

מתי אם כן מדובר באותו מעשה?

הקושי הנ"ל מתעורר לעיתים קרובות, בין בכוונה או ללא כוונה מצד התביעה. ישנם שני מבחנים מצטברים הקבועים בפסיקה:

**ע"פ 244/73 רבר נ' מ"י – המבחן המשפטי** – כדי שאדם יוכל לטעון כבר הורשעתי, הוא צריך להראות כי יש לו פסק דין סופי. אך חשוב כי יסודות העבירה בה הוא הורשע צריכים להיות מכילים או מוחלים ביסודות העבירה החדשה בה הוא מואשם כעת. אם יסודות העבירה הראשונה הם  $Y+X$ . כעת מוגש כתב אישום חדש, יסודות העבירה כעת הם  $X+Y+Z$ . במקרה זה הוא יכול לטעון "כבר הורשעתי/זוכתי" – כי יש **מכנה משותף**.



ברגע שהקבוצות "חותכות" ניתן להגיש כמה כתבי אישום. הבדיקה הראשונית נעשית על פי יחסן של העבירות בספר החוקים, ולא עפ"י בדיקת המעשה עצמו (**ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מ"י**) אך צריך לנתח את החוקים עפ"י תוכנם המהותי ולא עפ"י ניסוחם (**ע"פ פרומר נ' מ"י**) – קצין השאיר נשק ומסמכים ברכבו, הוגשו נגדו כתבי אישום בגין אי שמירה על רכוש, ואי-שמירת נשק; ביהמ"ש קבע כי נשק הוא סוג של רכוש, ולכן מדובר בעבירה בעלת יסודות מוחלים).

**ע"פ 132/57 נכט נ' מ"י** דובר על עבירת עקיפה מימין וגם עקיפה של פחות מ-30 מטר מצומת. נשאלה השאלה שמדובר להגיש שני כתבי אישום על אותו המעשה. ביהמ"ש החליט שכן. אין מחלוקת על כך שפיזית מדובר באותו מעשה, אך מבחינה משפטית אלו הם שני מעשים שונים.

**ע"פ 104/89 דרורי נ' מ"י – המבחן העובדתי** – האם מדובר פיזית באותו מעשה או שניתן לפצלו למרכיבים מסויימים? הבדיקה היא בחינת המעשה עצמו.

דוגמאות: אדם יורה בנשק אוטומטי וצרור אחד הורג כמה אנשים, האם מדובר ברצח אחד או כמה עבירות רצח?

כשאדם מנצל מינית במשך תקופה ארוכה בן משפחה, האם ניתן לראות את כל המסכת הזו כמעשה אחד או האם ניתן לפצל זאת לכמה מעשים?

בפ"ד דרורי מדובר בפריצה לכספת שמחולקת להרבה תאים. נשאלה השאלה האם גניבת כל אחת מן הכספות הפרטיות היא מעשה פריצה, או שמא מדובר במעשה פריצה אחד לכל הכספות? ביהמ"ש, להבדיל **מהלכת נכט ו-רב**, מעלה מספר מבחנים אשר אמורים לתת אינדיקציה האם ניתן לפצל מעשה לכמה מעשים:

- האם הנטילה היא מכלי קיבול אחד או מכלים שונים?
- האם לאחר שהתחילו בביצוע הפיזי, יכול הנאשם לבצע רק חלק מן המעשה כך שיואשם במקצת העבירות?
- מבחן האינטרסים הנפגעים או ריבוי נפגעים – ריבוי נפגעים שאין בהם קשר מקרי הוא אינדיקציה לפיצול למספר עבירות. בד"כ בעבירות אלימות הנטייה תהיה לפצל. ביהמ"ש באופן עקבי, עד לאחרונה (**פ"ד אזואלס**), קבעו שבעבירות אלימות, מספר העבירות כמספר הקורבנות. כגון, **פ"ד פופר** – נדחתה טענתו שמדובר ברצף אחד של יריות שגרם למותם של כמה אנשים. **השופט דורנר** קבעה כי ניתן להטיל עליו שבעה עונשי מאסר עולם, כשהיא מתחשבת בניתוח האירוע ומהות האינטרס הנפגע (שמירה על שלמותו הפיזי של האדם). **השופט חשין** מבחין באותו מקרה בין **פגיעה ברכוש** (נטייה לראות במעשה רצף) ו**פגיעה בנפש** (נטייה לפיצול).

**דנ"פ 3371/98 אזואלס נ' מ"י**: מדובר באדם שמקנא באשתו וחושד שהיא מתעסקת עם השכן. בסופו של דבר אשתו נפרדת ממנו והם עומדים בפני גירושין. יום אחד אזואלס חיפש את אשתו כשהוא נושא נשק, הוא הולך לבית השכן ומחכה לה. כשהוא רואה מכונית, הוא מבחין כי אשתו והשכן נמצאים בה. אזואלס סיפר כי התחילה ביניהם תיגרה מילולית והרכב של השכן התרחק, ולאחר מכן חוזר והשכן נישק את אשתו ואמר "הנה את יודע עכשיו" (כל זאת מפי אזואלס). דמו רתח והוא ירה בהם. ביהמ"ש המחוזי גזר עליו שני מאסרי עולם. ביהמ"ש העליון משנה את ההרשעה מרצח להריגה, מסיבה של **קנטור**. אחרי שביהמ"ש העליון ממיר את ההרשעה, הוא מחזיר את התיק לביהמ"ש המחוזי לקבוע את העונש, וכן היה. 25 שנות מאסר על שני מעשי הריגה (העונש המקסימלי על עבירת הריגה הוא 20 שנה). אזואלס מגיש ערעור נוסף לביהמ"ש העליון על העונש וערעורו נדחה. בקשתו לדיון נוסף מתקבלת, ובמסגרתו נקבע כי **מדובר במעשה אחד של הריגה, נעשה מתוך קנטור אחד, ואי אפשר על כן לתת ענישה על שני מעשי הריגה. השופט דורנר** משתכנעת ע"י הטענה שמדובר בהריגה מתוך קנטור אחד. בסופו של דבר נגזר על אזואלס 15 שנות מאסר.

בכל מקרה נראה עד כמה המבחנים ש**בהלכת דרורי** מתקיימים, ובד"כ ככל שיותר מהם מתקיימים כך נטה לפצל את המעשה. אך ישנן עוד כמה הבחנות. ראשית, הבחנה בין סוגי עבירות מבחינת ההתמשכות שלהם. לכך **4 הבחנות בפסיקה**:

- **עבירה רגעית** – העבירה מתגבשת בנקודת זמן מסויימת.
- **עבירה נמשכת** – עבירה שהזמן הוא יסוד קונסטיטוטיובי בהגדרתה, היא יכולה להמשך על-פני פרק זמן ממושך מבלי שיהיה אפשר לחלק אותה לעבירות רבות לפי פרקי זמן מסויימים עד להפסקתה. השינוי שחל בעיברה שחל בעבירה ככל שהזמן נשמך, הוא כמותי, ועניינו

בהיקף העבירה ובחומרתה. לדוגמא – אי הגשת דו"ח למס-הכנסה, יש תאריך מסויים שעד הגיעו צריכים להגישו. כל יום שעובר והדו"ח לא מוגש, זהו המשכה של העבירה.

- **עבירה מתחדשת** – בתחום התחדשות מתבצעת עבירה חדשה בכל רגע בזמן. דוגמא – עבירות חניה, לכאורה פקח עצל יכול לעבור כל משך המשמרת שלו ליד מכונית אחת ולרשום לה כמה וכמה דו"חות. דוגמא נוספת היא נסיעה במהירות מעל המותר במשך זמן רב, כל רגע ורגע ניתן לראות בכך עבירה מתחדשת.
- **עבירות שרשרת / עבירה רבת פריטים** – מדובר במעשה שמתבצע בשלבים שונים ובזמנים שונים לפי תכנית כוללת אחת, כאשר כל אחת מחוליות עבירת השרשרת יכולה להחשב כעבירה בפני עצמה אך התכנית הכוללת מאחדת אותם לכלל אירוע אחד.

**דנ"פ 4603/97 משולם נ' מ"י:** משולם הואשם בסחיטה באיומים, כאשר פ"ד כולו נובע משורה של טעויות של התביעה. מרבית האיומים בוצעו בארה"ב וחלקם בישראל. התביעה מתמקדת באיומים שנעשו בארה"ב. בנוסף, התביעה לא ביקשה הסכמת היועמ"ש בעניין עבירות חוץ. הבעיה היא כיצד ניתן לקרוא לעבירה כזו ש"כולה או מקצתה נעשתה בארץ"? התביעה מנסה להשתמש ברעיון של עבירת שרשרת, אשר שורשיה במשפט הקונטיננטלי. קרי, המעשים כולם נבעו מכתנית כוללת כלשהי. על עבירת שרשרת קונטיננטלית ישנם דינים שונים. כגון, מירוף ההתיישנות מתחיל רק עם סיום ביצוע החוליה האחרונה בשרשרת. בנוסף, אם ניתנת חנינה באמצע השרשרת, אין בה כדי להשפיע כלל. העונש הוא אחד, אין הצטברות עונשים ומבחינת הסמכות האקס-טריטוריאלי מספיק כי חוליה אחת בלבד תתקיים בתחום המדינה כדי שהסמכות תחול על כל המכלול.

**הנשיא ברק** קובע כי הדוקטרינה של עבירת השרשרת הקונטיננטלית, לא חלה בישראל כי לכאורה דרושה חקיקה כדי להחיל אותה ומכיוון שהתאוריה עצמה לא מתיישבת עם מוסדות מקובלים בחוק הישראלי. אך מאידך, בהבחנה בין **עבירה רגעית לעבירה נמשכת**, קובע **ברק** כי גם **עבירה רגעית דורשת משך זמן לעשייתה ולכן היא ניתנת לחלוקה** בין החלק המתבצע בישראל לבין החלק שמתבצע מחוץ לישראל.

כיצד אם כן ניתן **לפצל עבירה רגעית**? **ברק** קובע כי "כאשר הפריטים השונים מהווים רצף אחד הנעשה בגדריה של תכנית עבריינית אחת, ניתן להשקיף עליהן לא רק כעל עבירות רגעיות ונפרדות אלא גם כעל עבירה רגעית אחת המתבצעת ברצף של זמן בעלת ריבוי של פריטים". עיננו רואות כי יש כאן "שיפור" של הנוסחה הקונטיננטלית. **הנשיא ברק** קובע שהחוליות לא מאבדות את אופיין כעבירות בפני עצמן – ניתן לראות אותן כעבירות נפרדות או כ**עבירה אחת בעלת הרבה פריטים**. העבירה יכולה להשתרע על פני רצף של זמן, ובלבד שהזמן איננו מרכיב קונסטיטוטיובי. פרקי זמן ארוכים מנתקים את הקשר בין הפריטים.

תנאי להכרה בעבירה רבת פריטים הוא אינטרס חברתי המוגן שבעבירה – יש לבדוק מהו. הנשיא **ברק** מזכיר את ההלכה שכאשר מדובר ב**עבירות אלימות**, הנטייה תהיה לפצל את הרכיבים העובדתיים לעבירות נפרדות. כאשר **העבירה היא רכושית** (גניבות, איומים) אפשר עקרונית להשקיף על המכלול כמעשה אחד. בסופו של דבר קובע הנשיא **ברק** את התנאים:

- ראשית ננתח את האירוע – האם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות שניתן לפצל ביניהם למרות שהן בוצעו ברצף ?
- מהות האינטרס של הקרבן – ריבוי נפגעים הוא אינדיקציה למעשים נפרדים.
- **החידוש** : כל הרעיון של פיצול עובדתי הוא לא נוקשה כמו "מבחן המעגלים" של **נכט ורבר**, היא גישה שיכולה להשתנות לפי כל ענפי המשפט. יכול להיות שלצורך מסויים יכירו בעבירה מסויימת כעבירה רבת פרטים, ולצורך אחר לא.

לכאורה, היו צריכים להרשיע את משולם, אך לדעתו של ברק לא ניתנה לנאשם **אפשרות סבירה להתגונן** (כתב האישום לא פירט את החלקים שבוצעו בישראל). **השופט בייניש** מסכימה לקביעתו של ברק, וסבורה כי זו אכן ההלכה. אך לדעתה של בייניש כן ניתנה למשולם אפשרות סבירה להתגונן. **השופטים אור ומצא** לא מכירים בקיומה של עבירה רבת פרטים, ובנוסף סבורים כי לא ניתן למשולם זמן להתגונן. **השופט חשין** ממציא מונח חדש בשם "**עבירת שרשרת ישראלית**", ומשמעותו עבירה לא נוקשה **שאפשר לפרקה לרכיביה** ולהגיש כתבי אישום רבים. עבירה זו לא תחול על דברים כמו רצח, וכנראה לא במעשי אונס והטרדה. חשין מגיע לתוצאה של הרשעה וסבור כי כן ניתנה לו אפשרות סבירה להתגונן.

**ע"פ 2213/00 מ"י נ' פלוני** : **השופט דורנר** דוחה את הרעיון הקונטיננטלי של עבירת שרשרת ומקבלת את עמדתו של הנשיא ברק.

### **מצב דברים – החזקה**

יסוד ההחזקה שכיח בהרבה מאד עבירות. החזקה הוא חריג בנוסף הפלילי, ביסודו העובדתי לא נדרש מעשה אקטיבי/פוזיטיבי כפי שהגדרנו אותו לפי ה-WBM, למעשה אנשים נענשים הנמצאים במצב כזה שבאחזקתם חפץ אשר נאסר על קיומו אצלם. דוגמאות, איסור על החזקת סמים גם אם לא נעשה בהם שימוש; איסור החזקת נשק; איסור החזקת סכין שאינו אולר ואגרופן מחוץ לבית; מדובר בענישה על **שלב ההכנה** (כזכור, מקובל כי בשלב זה אין ענישה).

מה קורה כאשר אדם מחזיק במקום מסויים בחפץ מסויים ואין לו ידיעה ספציפית לגבי מה נמצא באותו מקום באותו החפץ ? האם ניתן להאשים אותו בהחזקת החפץ ?

**ע"פ 509/79 לוזיה נ' מ"י** : מדובר בזוג גנבים אשר גנבו ממכונית עומדת, חטפוהו וברחו. בתיק היה מצוי אקדח. נשאל האם ניתן להרשיעם באחזקת האקדח ? דעתו של **השופט חיים כהן** מאמצת את דעת המיעוט של הלורד ריד בפ"ד אנגלי הקרוי Warner, לפיה צריך לדעת את תוכן התיק לצורך הרשעה בעבירת החזקה – כך גם במקרה שלפנינו – יש צורך להראות מבחינת היסוד העובדתי שהאדם ידע על תוכנו של הדבר המוחזק.

**השופט שמגר** הרשיע באותו מקרה. **השופט בייסקי** מזכה גם הוא, אך מנימוק שלצורך עבירת החזקה (סעיף 144) צריכים להוכיח כוונה אשר ממילא דורשת ידיעה אותו הנשק המוחזק.

מבחינת הרכיב העובדתי, **השופט חיים כהן דורש גם מודעות לגבי תוכן הדבר המוחזק**. אם אי פעם תהיה עבירה שהיא עבירת החזקה והפסיקה תקבע לגביה שהיא מן הסוג של **אחריות קפידה**, עדיין יהיה איזשהו רכיב ביסוד העובדתי שידרוש ידיעה מינימלית.

עבירת ההחזקה כהגדרתה ב**סעיף 34כד** לחוק העונשין היא חלק מן **היסוד העובדתי** בכל עבירת החזקה נפרדת. ההגדרה מחלוקת לשתי אפשרויות – **החזקה פרטית ו-החזקה קונסטרוקטיבית** (כאשר מדובר בחבורה של אנשים והחפץ/סם נמצא בהחזקת אחד מהם, כיצד ניתן להאשים את כל החבורה בהחזקה, קרי, אישום ללא החזקה ממשית). ב**סעיף 8 לפקודת הסמים המסוכנים** מוגדרת עבירה של החזקת סם. **סעיף 8** מגדיר באופן נרחב מהי החזקה, ובהגדרה זו משתמשים גם בעבירות החזקה אחרות, כגון החזקת נשק.

**ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מ"י**: מדובר במעסיק ששלח לכתובתו של עובדו חבילה המכילה סמים. **השופט ברק**, בדעת מיעוט, מנסה לעשות סדר בשאלה מהי החזקה. ראשית, החזקה כוללת **יסוד פיזי ויסוד נפשי**. היסוד הפיזי הוא **שליטה**, היסוד הנפשי הוא **ידיעה**. ישנם כמה תנאים לקיומה של עבירת ההחזקה, **עפ"י משנתו**:

- **שליטה** – היא היכולת ע"פ מהלך העניינים הרגיל להגיע לעשייה פיזית בחפץ, או שבידו לקבוע את גורלו של החפץ (למשל, ע"י מתן הוראות לאחר).

כאשר מדובר **בהחזקה כיסוד הנפשי של העבירה**, נדרשת ידיעה נרחבת על הדבר המוחזק ממש. אין כך כאשר **החזקה היא האובייקט המוגן בעבירה** (למשל, הסגת גבול למקרקעין וקריאת תיגר על החזקה של הבעלים).

- **בלעדיות** – מדובר בתנאי מורכב. מצד אחד, אין החזקה אם החפץ הוא ברשות הרבים אך אם הוא הוחבא ברשות הרבים, רק המחזיק יודע היכן הוא הוסתר, ובכך מתקיימת הבלעדיות. מצד שני, צריך שתהיה איזשהי גישה לחפץ.

**השופט ברק** מחבין בין שני סוגי בלעדיות.

- **בלעדיות בצוותא** – כגון בני-זוג המחזיקים במשותף חפץ בביתם ושניהם מודעים לכך. שניהם יחשבו כמחזיקים ממש, למרות שכל אחד מהם יכול להגיע לעשייה פיזית בחפץ לבד.

- **בלעדיות אנכית** – א' מפקיד חפץ בידי ב'. ב' מחזיק בו פיזית אך א' יכול לתת הוראות ל-ב', ולכן א' מקיים את תנאי הבלעדיות.

ניקח לדוגמא כספת אשר כדי לפתוח אותה צריכים שני מפתחות. במקרה זה מה קורה לגבי כל אחד מן המחזיקים במפתח? במקרה של הוכשטט, אלמלא **שיתוף הפעולה** שלו לא היה ניתן לשחרר את החבילה מן המכס. לפי **השופט ברק**, אם אין שיתוף פעולה בין שני מחזיקי "המפתח", אזי אין לאף אחד מהם שליטה בגורלו של החפץ – ולכן הוא מחליט על **זיכוי**.

**השופט בן-פורת** מתייחסת למקרה הכספת למעין עניין של שליטה שלילית, כלומר המבחן הוא בשאלה האם כל אחד יש לו את הכח למנוע מן האחר את פתיחת הכספת ? במקרה של הוכשטט היה לו הכח למנוע את הבאת הסמים ארצה, ולכן הוא מורשע עפ"י גישת הרוב.

מה קורה כאשר ישנה כספת ששני אנשים יכולים לפתוח אותה במקביל ? אין לכך תשובה, אך יש להניח כי התשובה כמותית. כלומר, כאשר מדובר במספר קטן של "שולטים" יהיה ניתן להרשיע, וככל שיגדל מספרם – נאבד את אלמנט הבלעדיות.

### **החזקה קונסטרוקטיבית**

בחלקה השני של ההגדרה ב**סעיף 34כד**, ע"מ להאשים בחזקה קונסטרוקטיבית נדרש :

- חבורה.
- החפץ האסור בהחזקה נתפס פיזית אצל אחד מחברי החבורה.
- נדרשת **ידיעה והסכמה** של כל אחד מחברי החבורה.

אחת השאלות שעולות היא מה קורה כאשר אדם מעשן סמים אגב שיחה עם אדם אחר. האם ניתן להרשיע את האחר בהחזקת הסם ? אם מדובר על אדם שישנה חובה כלפיו (הורה-ילד, מפקד-חייל), אזי צריך למנוע ממנו את העישון – אם לא נעשה זאת, ישנה אפשרות לאישום בגין **מחדל**. כשמדובר בחבר, יסודות הידיעה וההסכמה דורשים איזשהי **מודעות מוקדמת**. אין מקרה ספציפי שכזה בפסיקה.

**ע"פ 1478/91 מ"י רובבשי** : שלושה נתפסים בפשיטה של המשטרה על חדר בבית מלון, כאשר ברשותם כמות נכבדה של הרואין וכלי שימוש. אחד מן השלושה נוטל על עצמו את האחריות ומנסה להציל את חבריו.

**השופט דב לוין** מקבל את גישת **ברק בפ"ד הוכשטט**, כלומר שליטה היא שליטה פיזית או האפשרות לקבוע את גורלו של חפץ. בנוסף, בלעדיות, אומר **לוין**, יכולה להתקיים גם לתקופה קצרה. השופט לוין מוסיף כי אם מוכחת החזקה פיזית או שליטה נוצרת חזקה עובדתית נולדת "**חזקה עובדתית לרעת הנאשם**" – ועל הנאשם לתת הסבר סביר והנטל יהיה על התביעה רק להסיר את הספק. כלומר, כאשר ישנה חזקה או שליטה כזו, נולדת חזקה עובדתית לרעת הנאשם בתחום דיני הראיות – הנאשם צריך לסתור את החזקה, מדוע החפץ לא היתה בשליטתו. הנשיא שמגר מצטרף לקביעתו של השופט דב לוין. לעומת זאת, **השופט שלמה לוין** אשר מקבל גם כן את גישת **ברק בפ"ד הוכשטט**, אך ספציפית במקרה זה הוא מפריד בין שמעון (המחזיק) לבין דוד (האורח בחדר, שלא התקיימו לגביו יסודות החזקה הקונסטרוקטיבית, לדעתו).



## נסיבות

נסיבות הן חלק מן היסוד העובדתי של העבירה. הנסיבות קיימות בעת ביצוע העבירה אך אינן נמצאות בשליטתו של מבצע העבירה.

הנסיבה שחוזרת בהרבה מאד מסעיפי העבירות היא הנסיבה **"שלא כדין"**. **סעיף 379** ("תקיפה"), **סעיף 192** ("איום") הם דוגמאות טובות לעניין זה. מה פירוש של "שלא כדין"? ישנה חוסר עקביות מצד המחוקק הישראלי והמנדטורי בעניין זה ולכן מתעוררות בעיות פרשניות רבות. הבעיה היא מציאת הסבר למושג "שלא כדין" שיתאים גם לכל העבירות האחרות.

גם אם ניתן לתת הסבר ספציפי לעבירת התקיפה, זה לא יתיישב עם ההסבר לעבירת האיומים.

ישנם כמה הסברים לכל העניין:

- יש צורך להתעלם מן המילים "שלא כדין" מכיוון שאין להם משמעות מעשית.
- **פרופ' פלר** סבור כי בחלקן של העבירות אין להגדרת "שלא כדין" משמעות, ובחלק אחר יש.
- בכל העבירות צריכים הסבר אחד.

אלו סוגי הסברים קיימים לאפשרות השניה והשלישית לעניין משמעות "שלא כדין"?

- **פרופ' פלר** סבור כי צריך שההצדק יהיה פוזיטיבי בדיון, כלומר שאי-אפשר יהיה להסתמך על הגנות או סייגים אלא צריכים שההתנהגות עצמה תהיה מוצדקת ממש בדיון אחר.
- כל הצדקה בכל דין (נזיקין, חוזים ופלילי).

**ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מ"י**: מדובר בעבירת איומים. עלתה השאלה מה הכוונה ל"שלא כדין". **השופט גולדברג**, בדעת מיעוט, סבור שהביטוי הוא מיותר. **השופט ברק**, בדעת רוב, מוצא מקור בדיון הפלילי להצדקת האיסור – **חוק איסור לשון הרע**. לפיכך, השופט ברק מרשיע את ליטמן.

**ע"פ 3779/94 חמדני נ' מ"י**: **השופטת בייניש** טוענת שגם בהנחה שהביטוי שלא כדין מחייבת מציאת איסור בדיון אחר, גם אז הנאשם יורשע. השופטת בייניש מוצאת איסורים **בחוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות**.

עבירת האיומים קשה להסברה. **בפ"ד חמדני** מדובר במתלוננת שנפרדה מן הנאשם, כאשר הוא שמע שיש לה חבר שלימים הפך לבעלה, הוא לא אהב את המצב. הנאשם שלח לבני משפחתה ("אדוקים") צילומים שלה ושל בוגדים-ים, ואף צירף משפט שהראיות ישלחו לבית-הדין (איום בפניה לערכאות). המתלוננת הוכיחה את בתוליה וקו המשפט הלך עימה לאורך כל הדרך. השאלה שמתעוררת היא האם אפשר להרשיע במקרה זה בעבירה של איומים כאשר אין איום לפגיעה פיזית בה, אלא נסיון לחבל בסיכויה לנישואין.

**פרופ' ג'ורג' פלטשר** מאוני' קולומביה נתן את דוגמא לגבי איסור פלילי על זנות. לפטשר שואל כיצד אפשר להצדיק עבירה פלילית מסוג של זנות, כאשר כל אחד מרכיבי העבירה בנפרד מותר (יחסי מין, קבלת כסף). מכאן, נעשה הקשה לעבירת האיומים. אם נאמר שאין משמעות למילים "שלא

כדין", כיצד אם כן ניתן להצדיק קיום של עבירה מן הסוג של איומים, מאותה הצדקה (חופש ביטוי, פניה לערכאות) ? אמנם יש הגיון למנוע איומים כאשר הרעיון הוא למנוע דבר בלתי חוקי (אדם המאיים לשרוף בית). אך לכאורה, גם **איום בשימוש באמצעי לגיטימי יכול, כיום, להיות עבירה פלילית** – זוהי תהייתו של פלטשר.

**ע"פ 2/73 סלע נ' מ"י**: מדובר במקרה של עשיית-דין עצמית. "שלא כדין" פורש כנסיון למצוא הגנה בדין האנגלי הישן, ב-COMMON LAW ממש. איכר אשר הכבשים של חברו פלשו לחלקתו וגרמו לנזקים, תפס ביום אחד כמה כבשים והרג אותן. **השופט זוסמן** מצא הגנה נידחת ב-Common Law המאפשר לאנשים להתגונן גם במקרה של פגיעה ברכוש, וסלע זוכה. העדרה של הגנה בחוק הישראלי, מאפשרת לפי פ"ד סלע, מציאת הגנה במשפט המקובל.

**ע"פ 5224/97 מ"י נ' שדה-אור**: פ"ד זה נותן מספר אפשרויות פרשניות ל"שלא כדין" – ובניהם את גישתו של **פלר**, והגישה כי המושג כלל מיותר. אך ביהמ"ש לא מגיע לכלל הכרעה.

בסיכומו של דבר ישנם כמה הצעות לפירוש המושג "שלא כדין", הפסיקה מתקשה להגיע להכריע, והשופטים בוחרים ללכת בדרך המקלה ביותר עם הנאשם.

**ע"פ 156/58 היועמ"ש נ' חכם**: לחכם ניתן היתר לייבא חומר גלם, בתנאי ש-50% מן הבדים שיעובדו על-ידו, הוא ייצא לחו"ל. חכם מכר את כל הכמות בארץ, והואשם בייבוא סחורות שלא בהיתר. טענתו היא שבזמן הייבוא היה לו היתר לכך. נשאלת השאלה מתי הושלם היסוד העובדתי של העבירה. ההחלטה בסופו של דבר היא כי נקבע **יסוד שלילי בהגדרת העבירה** לעניין ההיתר (כגון: יבוא סחורות – בניגוד לצו, נהיגה – ללא רשיון). הנסיבה השלילית יכולה להתרחש לאחר השלמת ההתנהגות, לכן אין זה נכון לומר שהנסיבה פסקה מלהתקיים עם השלמת הייבוא ארצה, אלא רק המעשה הסתיים.

קיימות נסיבות שליליות בהגדרת העבירה, נסיבות שיכולות להיות מוקדמות או מאוחרות בזמן, והיסוד העובדתי נמשך עד אשר כל רכיביו מסתיימים, לרבות הנסיבות. גם מבחינה ראייתית, כאשר מדובר בעבירות שיש בהן נסיבות שליליות בהגדרת העבירה, הנטל עובר לנאשם לשלול את קיומה של הנסיבה, כי ההנחה היא שבמקרים כאלה – העובדות בד"כ בידיעת הנאשם.

## עקרון המזיגה (סימולטניות)

כיצד ניתן לחבר בין רכיביה השונים של העבירה ? האם עקרון המזיגה הוא עקרון-על ? אחריות פלילית מוטלת רק כאשר קיימת מחשבה פלילית. אך הנחה זו אינה מספיקה, צריך גם שהמחשבה הפלילית היא זו ש"תוליד" את ההתנהגות האסורה. הדרישה היא הוכחת **קשר בין היסוד העובדתי, לבין היסוד המנטלי**. נטל ההוכחה, על התביעה כמובן.

**ע"פ 742/78 טל נ' מ"י :** השופט אשר אומר כי מעשה תמים הופך למעשה פלילי רק כאשר קיימת כוונה פלילית בעת ביצוע המעשית. הדגש הוא על מימיד הזמן – צריך שיתקומו בו-זמנית.

גישה מאוחרת ביטלה את הצורך ששני היסודות יתקיימו בו-זמנית. כגון, אדם א', בזמן נסיעה במכונית מתכנן לרצוח את אדם ב', ואז לפתע הוא דורס את ב' במעבר חציה. על אף שהדרישה המקורית היתה נענית באירועון הזה (קשר בזמן). הגישה המאוחרת גורסת כי **לא מספיק קשר בזמן, צריך שיהיה קשר ענייני-עקורני ("נביעה") בין הידיעה לבין המעשה**.

**פרופ' לוי ופרופ' לדרמן** בגישה שעקרון המזיגה הוא עקרון הכרחי במשפט הפלילי, ולמרות שאין דרישה לבו-זמניות, יש דרישה לקשר איכותי – המחשבה הפלילית אכן גרמה להתנהגות. לעומת זאת, **פרופ' פלר** סבור כי לא מדובר כלל בדוקטרינה של משפט פלילי, הוא מתנגד לראות בכך כלל-על של המשפט הפלילי. הפסיקה לא קיבלה את גישתו של פרופ' פלר. בכל זאת, פרופ' פלר שהיה אחד ממנסחי **תיקון 39**, **מתעלם מן הרעיון של מזיגה**. אין סעיף שמדבר על הכלל הזה. לדעתו מדובר בעניין **פרשנות של כל עבירה בפני עצמה**, כאשר במקרים רבים נדרוש מעין קשר כזה של נביעה – כעניין של פרשנות עבירות. כלומר, לגבי עבירות מסויימות, נאמר שהן לא מתקיימות בהעדר קשר של מזיגה. אך בשום פנים, זה אינו כלל-על. מנגד, הפסיקה כן מתייחסת לעקרון כאל עקרון-על.

קשר הנביעה, למעשה, נדרש בין **היסוד המנטלי לבין רכיב ההתנהגות**, לעיתים אף ל**נסיבות מאוחרות, אך אף פעם לא לתוצאה**. למשל, אדם א' פוצע את אדם ב' מתוך רשלנות, ואח"כ כאשר אדם ב' שוכב בביה"ח, אדם א' מייחל למותו. במצב כזה, אין להאשים את אדם א' ברצח. קשר הנביעה אמנם מתקיים בין המחשבה הפלילית לבין התוצאה, אך הוא איננו מספיק. מן העבר השני, אדם א' כן יואשם ברצח אם הוא תוקף את אדם ב' מתוך כוונה להורגו, אך אותו אדם ב' לא מת במקום ובזמן שהוא שוכב בביה"ח, אדם א' מתחרט ומייחל להחלמתו.

השאלה היא באילו מקרים, ביהמ"ש יסכים שהם מקרים המתאימים להגמשת **עקרון המזיגה** – השאלה באיזו קונסטרוקציה-רטורית הוא יעשה זאת, פחות חשובה. נבחין בין שני מצבים המתאימים המתאימים להגמשת העקרון :

א. **המחשבה הפלילית קודמת להתנהגות.**

ב. **ההתנהגות קודמת למחשבה הפלילית.**

אלו הם שני מצבים שבהם יכולה להתעורר בעיה ביישום עקרון המזיגה. אין בעיה אם אלמנט אחד מקדים מעט את השני, שהרי מספיק שתהיה איזשהי נקודת מפגש.

### התנהגות הקודמת למחשבה פלילית

ישנם קפדני של העקרון, חייב להביא במצבים אלה לתוצאה של זיכוי. המעשה האסור מתבצע, ורק אחריו העושה שמח – איך ניתן להסביר זאת ?

**פ"ד Fagen v. Metropolitan Police** (התמשכות מעשים כבסיס להרשעה): פייגן עצר עם מכוניתו באקראי על רגלו של שוטר, ורק אח"כ שמח על כך שעשה זאת. מוגש כנגדו כתב-אישום על תקיפה (assault). פסק-הדין דן בעניין של מעשה נמשך, כאשר נדחית הבקשה לראות בכל המצב הזה – סיטואציה שניתן לפתור על בסיס של מחדל. המחדל הוא בכך שהוא נשאר עם הגלגל על הרגל של השוטר, ולא ירד ממנה. למחדל מתווספת מחשבה פלילית, אותה פייגן ביטא במילות השמחה. דעת הרוב בביהמ"ש גרסה כי עבירת התקיפה איננה יכולה להיות מבוצעת על דרך של מחדל, והם דוחים את הקונסטרוקציה הזו (לא נכון לגבי המשפט הישראלי). עם התמשכות העבירה, קובעת דעת הרוב בביהמ"ש, התגבש אצל הנאשם המנס-ראה [אטינגר-שפירא: יש להניח כי אם הוא לא היה מביע צהלה על אשר קרה, הוא לא היה מורשע].

**ע"פ 2588/90 ורטור נ' מ"י**: מתקבלת טענת העדר מזיגה. מוגש כתב אישום על קבלת דבר בתחבולה (סעיף 416 לחוק העונשין). ורטור הפנה סניגורית לשירותיו של צלם כדי להעתיק תמונות שהן חלק מחומר חקירה בתיק מסויים. ורטור השתמש בהעתיקים מן התמונות כדי לפרסמם בעיתון. התנהגות התביעה מרגיזה עד מאד את ביהמ"ש, בין היתר על כך שהתביעה לא מנעה את מעבר התשלילים לעיתונות (אם באמת היה עומד תובע בנוכחות הסניגורית והצלם), וקובע כי לא הוכח כי בעת השיחה עם הסניגורית, היתה לורטר יסוד המחשבה הפלילית – ולכן הוא מזוכה. פסק-הדין זה הוא אחד מן המקרים היחידים מן הטעם שהתנהגות הסתיימה בטרם התגבשה המחשבה הפלילית.

### מחשבה פלילית קודמת להתנהגות

במקרים אלו, העלאת הטענה היא יותר נסיון להתחמק ממצבים המובילים להרשעה, באמצעים טכניים.

**ע"פ 334/74 ג'מאמעה נ' מ"י**: מדובר בנאשם אשר היכה בראשה של ארוסתו, ומשחשב שהיא מתה, השליך את גופתה לבאר. מסתבר שהמנוחה, מתה מטביעה. הנאשם מצידו ניסה להעלות טענה של בעיה בעקרון המזיגה, כלומר כאשר זרק אותה לבאר לא היתה לו כוונה לרצוח אותה, כי חשב שהיא כבר מתה. ביהמ"ש מסרב לפצל את העבירה לחלקים וקובע כי לא יתכן שבשלב הרצון להפטר מהגופה, הנאשם התחרט.

**פ"ד [1954] Thabo Meli**: מדובר בארבעה אנשים שתכננו לרצוח את קרבנם, וכחלק מן התכנון הם ביקשו לדמות לרצח אופי של תאונה ולזרוק אותו מצוק. הקרבן מת מן הזריקה, ולא מן המכות אשר חטף. בית הלורדים פוסק בצורה יותר ברורה, וקובע כי המעשה מהווה תכנית פעולה

אחת, המתוות מראש ע"י הנאשמים. תכליתה להביא למותו של הקרבן, ואת התכלית הזו הם משיגים. לכן, התכנית כולה מלווה במחשבה פלילית, ואין בעיה עם ההרשעה ברצח. ההנקה במקרה זה היא מסודרת יותר מאשר בפ"ד ג'מאמעה. המסקנה היא, שלפחות במקרים אלו שבהם המחשבה הפלילית נראה שהיא מקדימה את ההתנהגות, בתי המשפט מסלקים בקלות טענות של העדר מזיגה ומוצאים לכך הנמקה שיכולה להתבסס על משהו כמעין מעשה-נמשך, ובמצבים אלו נראה תוצאות של הרשעה.

**פ"ד R. v. Miller [1982] 2 All E.R 386**: מדובר בנאשם אשר שוטט בביתו של אחר. הדליק סיגריה והלך לישון ולפני שסיים אותה, היא נפלה והציתה את המזרון. בלשם מסויים מילר מתעורר ורואה כי המזרון מעלה עשן, אך לא עושה כלום ועובר לישון בחדר אחר. הבית עולה באש, מצילים אותו ומגישים נגדו כתב אישום על הצתה. מילר טוען להעדר סימולטניות. ב-Court of Appeal נקבע כי מחדל כשלעצמו אינו נושא לאחריות פלילית, אלא אם כן ישנה חובה (או במשפט המקובל, או בחוק). במקרה זה, אין מקור חובה כללי שיטיל אחריות על מילר בגלל שהוא לא קם וכיבה את האש. השופטים פונים להגדרה של מעשה ההצתה ואמורים שישנם מעשים אשר תופסים פרק זמן ארוך יותר מאחרים, אפשר להאריך את הגדרת המעשה עד שבנקודה מסוימת היא תתאחד עם המאנס-ראה (מחשבה). למעשה מדובר בהסתכלות חדשה על **Fagen**. במקרים אלו, צריכים להסתכל על המעשה בכללותו, ולקבוע כי המעשה והמחשבה מתקיימים יחד.

הכלל החדש הוא שמעשה ללא כוונה שלאחריו ישנו מחדל מכוון מלתקן את המעשה או תוצאותיו יכולים להחשב כמעשה מכוון אחד. כלומר, מצד אחד השופטים אומרים שאין מקור חובה (לעניין חובת ההצלחה), ומצד שני הם לא אומרים כי המעשה נמשך כל הזמן. אך הם קובעים את הכלל החדש לפיו, **לפעמים מעשים ניתנים לפיצול ומספיקה מחשבה פלילית מאוחרת לביסוס קיומו של עקרון המזיגה**.

פסק הדין של מילר עולה לערכאה נוספת. **בית הלורדים** מוצא מקור חובה, וקובע כי על מי שיוצר מצב מסוכן ישנה החובה לפעול לסילוק הסכנה. ולכן ההרשעה בערכאה זו היא על בסיס מחדל. הנה לנו אסמכתא נוספת לפתור את נושא בעיית המזיגה ע"י מציאת מקור חובה והרשעה על בסיס מחדל.

דרך נוספת שניתן להשתמש בה כדי לפתור מעשים שהיו עלולים להביא לזיכוי כתוצאה משימוש בעקרון מצויה ברטוריקה חקוקה, ע"י שימוש בכלל של **כניסה למצב מרצון** (סעיף 34 **יד לחוק העונשין "כניסה למצב בהתנהגות פסולה"**). למשל, מדובר במצב בהם אנשים נוטלים במכוון סמים ע"מ להכניס את עצמם ליכולת ביצוע עבירה. אלמלא הכלל הזה, התוצאה היתה זיכוי בהעדר מזיגה !

לסיכום, להלן ארבעה טכניקות לביטול טענות בדבר העדר מזיגה :

- מעשה נמשך.
- הרשעה על בסיס מחדל.
- פיצול המעשה.
- כניסה למצב מרצון.

### **פרשת סוקולובסקי ופרשת טל**

בעיית המזיגה נובעת מראייה שונה של הרכיב הנסיבתי בעבירה. בשני פסקי הדין מדובר בשליחת יד בפקדון כספי. השאלה היא מה משמעותו של הפקדון הכספי – האם הוא נושא אופי של חיוב או אופי קנייני ? למעשה, מדובר בנסיבה מבחינת העבירות.

**ע"פ 293/88 סוקולובסקי נ' מ"י** : מדובר על פרופ' סוקולובסקי שקיבל כרטיסי טיסה שנקנו ע"י האוניברסיטה לצורך נסיעה. סוקולובסקי לא עושה שימוש בכרטיסים, והפדיון שלהם נשאר אצלו. האם ניתן להרשיע אותו על סמך שהשתמש בפקדון?

**הנשיא שמגר**, בדעת מיעוט, טוען כי הכספים נשארים בבעלות האוניברסיטה כל הזמן, וזו רק "מפקידה" אותם בידו של סוקולובסקי, והוא מעין זרוע-ארוכה של האוניברסיטה (שהרי, היא היתה יכולה לשלם ישירות לספק הכרטיסים, אך לא עשתה זאת). לעניות שמגר, המקרה נסוב סביב ההגנה על קניינה של האוניברסיטה, ויש להרשיעו.

**השופט ש' לוי** אומר כי הבעלות בכספים עברה לידי סוקולובסקי. עד אשר הוא קיבל את הכספים מדובר בחוב של האוניברסיטה לעובד (לפי הסכם ההעסקה שלו), ומרגע שיקבל את הכסף – הוא בעליו. אלא שהוא מקבל את הכסף בכפוף בתנייה חוזית, להשתמש בכסף למטרות של השתלמות, ואם לא עושה זאת, עליו להשיבו. לכן, ממילא אין כאן, לעניות לוי, פקדון – ולכן אין להאשימו בגניבה.

**השופט ברק** גם כן מזכה מגניבה ומדגיש כי הבעלות בנכס היא של העובד. **השופטים ברק ו-לוי** מחזירים את הגישה הותיקה של הסתכלות על עקרון המזיגה כעל עקרון טכני, שאם הוא לא מתקיים, אזי מזכים.

## **סיבתיות**

ישנו דמיון עד קרבה לזהות בין דהין הפלילי ודיני הנזיקין בהיבט הקשר הסיבתי. הקשר הסיבתי נחלק ל**סיבתיות עובדתית** ו**סיבתיות משפטית**.

סיבתיות עובדתית מנסה להתחקות אחרי קשר פיזי בעולם. הרעיון הוא ליצור מבחן שהוא חסר תלות נורמטיבית-ערכית בהעלאת השאלה **"מה גרם לתוצאה?"** בעניין שבעובדה. הסיבתיות המשפטית מנסה לשאול "מה מבין כל הגורמים לתוצאה, הוא רלוונטי מבחינה משפטית?". דוקא כאן ישנם הבדלים בין הדין הפלילי ובין הדין הנזיקי.

### **סיבתיות עובדתית**

למבחן של סיבתיות עובדתית יש הרבה מאד ניסוחים, לעיתים הוא נקרא **"מבחן האלמלא"**.

**לוי ולדרמן** מציגים את השאלה כך **"האם התוצאה היתה מתרחשת אלמלא הסיבה?"**. הניסוחים מעט שונים, אך המטרה זהה – הכוונה היא למצוא גורם בשרשרת העובדתית שהוא הסיבה לתוצאה.

### **סיבתיות משפטית**

המבחן המשפטי אמור להוות "מסננת", הוא אמור לתחום את הגורמים הלוונטיים להטלת אחריות. מבין כל אחלה של התנאים ההכרחיים העומדים במבחן העובדתי – על מי מוצדק להטיל גם אחריות משפטית?

אין נוסח אחיד למבחן המשפטי. מקובלת אמות בחינה שונות, משתמשים במונחים שונים כגון "סיבה מכרעת", "סיבה מיידית". עם הזמן התגבש מבחן דומיננטי אחד והוא **"מבחן הצפיות"**. ניתן לנסח את מבחן הצפיות כך – **בהנתן דבר קיומה של סיבה, התוצאה היא צפויה**. האם מנקודת מבט אובייקטיבית, מי שרואה את המעשה שהתרחש, יכול היה לדעת מה תהיה התוצאה?

הקושי העיקרי שמתעורר עם מבחן הצפיות מכונה "חכמה שלאחר מעשה", כלומר – כל אירוע לאחר שהוא התרחש, הוא כבר צפוי. קשה להתנתק מידיעת העובדות ולשים עצמנו במצב שלפני קרות התוצאה ולנסות להחליט אם התוצאה היתה צפויה או לא.

### **קשיים בסיבתיות העובדתית**

קשיים נוספים מתעוררים בשלל דוגמאות – כגון שני אנשים אשר בנפרד מרעילים אדם, כל אחד בכמות המספיקה לגרום למוות. ועוד, אדם אשר הולך במדבר עם מימייה ושניים זוממים להורגו, האחד מרעיל את המימייה שלו, והשני מנקב אותה – בסופו של דבר הוא מת מצמא, על מי האחריות?

יכולים להיות מצבים שבהם שני אנשים שונים, באופן בלתי תלוי, גורמים לאותו הנזק באותו הזמן – במקרים כאלה קיים קושי לעורר את מבחן האלמלא.

### **כיצד המשפט מתמודד עם הבעיות של גורמים מצטברים המביאים לתוצאה**

**סעיף 309 לחוק העונשין** בא להתגבר על מצבים בהם לכאורה מתנתק הקשר הסיבתי. הוא נובע מתפיסת עולם שגורסת שיש דבר הנקרא "סיבתיות עובדתית", כלומר שהסיבה היא תנאי הכרחי לתוצאה.

- **ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מ"י**: מדובר בשני אנשים שדקרו אדם אחר – מי מהם הביא למוותו של הקרבן? **השופט שמגר** קובע כי מבחן האלמלא אינו רלוונטי כאשר מדובר בגורמים חלופיים – ומרשיע את שניהם ברצח. לעניות דעתו של שמגר, מבחן האלמלא אכן מתקיים, אך מדובר בחריג.

**ביקורת:** יוצא מכך שהסיבתיות העובדתית לא עובדת כאשר מדובר בגורמים חלופיים. מדוע לא לפסול את המבחן הנ"ל או לשנותו ?

- **פרופ' פלר** סבור שיש להפריד בין שרשראות סיבתיות, יכול להיות שישנן כמה שרשראות סיבתיות שכל אחת מהן לחוד מביאה למוות, ובזמן ומקום מסויים הם יפגשו. אך בכל מקרה **חובה עלינו ללכת לאורך שרשרת סיבתית אחת**, ולבחון רק אותה, בהתעלם מהשרשראות הסיבתיות האחרות. לכן לפי **פלר**, בדוגמא לעיל, מנקב המיימיה אחראי למוות, ואין זה מעניין אם ישנה שרשרת אחרת, המרעיל, שיכול היה להביא לאותה תוצאה.

**ביקורת:** המבחן של פרופ' פלר רחב מדי. תמיד נוכל לקשור כל אחד הגורמים למוות. יוצא, כי החריג שמציע פרופ' פלר, "בולע" את הכלל.

- **לוי-לדרמן** מציעים את "**מבחן הדיוק בתוצאה**". כלומר, צריך לומר בדיוק לאיזו תוצאה הסיבה גרמה. לענייננו, האם נושא המיימיה מת מצמא או מהרעלה ?

שלושת הפתרונות לעיל אומרים כי ככלל נאמץ את **מבחן האלמלא**, אך לגבי הבעיה של **גורמים מצטברים/חלופיים** – ניצור חריג, כדברי השופט שמגר.

כעת, נבחן שיטה נוספת כאשר ישנו כשל בהצעת טיעונים לקשר סיבתי עובדתי, ע"י התביעה.

#### **מבחן הסתברותי כנסיון לתת מענה לקשיים במבחן העובדתי**

בקשר סיבתי-עובדתי הרעיון הוא למצוא קשר סיבתי על סמך **ראיות הסתברותיות**, ראיות שמראות שהסיבה הגדילה את הסתברות התרחשות התוצאה. קשר סיבתי הסתברותי הוא מבחן שמתחילים להכיר בו אט אט. **כביקורת** ניתן לומר שיש כאן משום פגיעה בעקרון של הרשעה מעל לכל ספק סביר.

**ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית-שמש:** ילד קופץ למים רדודים במקום שאין שלטי אזהרה, כאשר הילד ידע שהמים רדודים באותו מקום. לא נתון כי אם אכן היו שלטי אזהרה – הילד לא היה קופץ. **השופט ברק** אומר שהוא מסתפק בכך שמאזן ההסתברויות צריך להראות **שקיים סיכוי סביר יותר שהנזק היה נמנע** אם היו שלטים מוצבים. כלומר, לא מבחן האלמלא, אלא האם היה סיכוי גבוהה יותר שהילד לא היה קופץ אילו היו מוצבים שלטים. יש כאן הכנסת שיקולים ערכיים והסתברותיים למבחן האלמלא הרגיל.

**ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מ"י:** מדובר בפיצוץ גלגל רכב באופן לא צפוי, אשר גרם לסטיית רכב והריגת הולך-רגל כתוצאה מכך. **השופט נתניהו** מרשיעה אותו בגרם מוות (סעיף 304) מכיוון שהוא נסע במהירות מופרזת. כלומר, יש כאן חיזוק של **הלכת ועקנין** – ככל שהנאשם נסע במהירות גבוהה יותר, כך גדל הסיכוי שיתרחש תקר בגלגל אשר יגרום בסופו של דבר למוות.



ניתן לסכם ולומר על שימוש בקשר הסתברותי-עובדתי כך – **"דבר הוא סיבה, אם שכיחות התוצאה בקבוצת המקרים שבה קיימת הסיבה עולה על שכיחות התוצאה באוכלוסיה הכללית"**. בכל-זאת ישנן שתי בעיות כשמשווים בין מבחן הקשר הסיבתי-עובדתי הרגיל, לבין מבחן הקשר הסיבתי עובדתי-הסתברותי.

### **בעית הסימטריה**

קשר סיבתי, הוא חד-כיווני לאורך הזמן. ההנחה היא כי בעולם, דברים תמיד מתגלגלים. אם חשיפה לעישון מעלה את הסיכוי לסרטן, ניתן לומר כי לאוכלוסיית המעשנים יש סיכוי גבוהה יותר לחלות בסרטן, וכן בקרב אוכלוסיית חולי הסרטן מצויין יותר מעשנים. ישנה סימטריה.

### **בעית הטרוניזיטיות**

טרנזיטיביות היא יחס מועבר בין גדלים (**אם א' גדול מ-ב', ו-ב' גדול מ-ג', אז א' גדול מ-ג'**). בקשר סיבתי רגיל, זה נראה פשוט, כלומר ישנה שרשרת של גורמים – הנפת היד גרמה לזריקת האבן, זריקת האבן גרמה לשבירת הכד, אי לכך הנפת היד היא זו שגרמה לשבירת הכד. קשר עובדתי-הסתברותי הוא אינו טרוניזיטיבי – אם א' הוא גורם אשר מעלה את ההסתברות ל-ב', ו-ב' הוא גורם אשר מעלה את ההסתברות ל-ג', לא ניתן לומר שום דבר על הקשר בין א' ל-ג'. הסיבה לכך היא שאיננו תמיד יכולים לומר מהי התכונה הרלוונטית, יכול להיות שבמעבר מקבוצה לקבוצה, לא לקחנו בחשבון את התכונה הנכונה, מכיוון שיכולות להיות תכונות נסתרות אשר יביאו לכדי שינויים משמעותיים.

### **גורם זר מתערב**

**ע"פ 707/83 פטרומיליו נ מ"י** הוא פסק-הדין היחיד אשר פותח פתח קטן לטענת ה"גולגולת דקה" במשפט הפלילי. במקרה זה דובר באדם אשר חטף ארנק מידיה של אישה זקנה, וזו נבהלה, קיבלה התקף לב ונפטרה. נשאלה השאלה האם להאשימו בגרימת מוות.

יש להבחין בין שני סוגים של גורמים מתערבים :

- גורמים אנושיים (**'תחרות בין סוכני אחריות'**).
- גורמים טבעיים.

**דוגמא:** נניח ש-א' רוצה להרוג את ב' ומנסה הכל כדי לעשות זאת. יכולים להיות שני גורמים שיפריעו לו. האחד, גורם שבטבע – אז תהיה נטייה לא להרשיע גם את הנאשם שפעל מתוך כוונה, מכיוון שהקשר הסיבתי נותק, המוות נגרם ע"י מצב טבעי בעולם. לעומת זאת, אדם ג' מעוניין גם כן להרוג את ב' באותו הרגע (אין קשר בין א' ל-ג'). במקרה זה, לא נאמר שהאחד ננתק את הקשר הסיבתי של האחר, ניטה להרשיע את שניהם ברצח. **מבחן האלמלא**, לא עובד בסיטואציה כזו.

נבחן כלל נוסף אשר לא תמיד עובד והינו חסר בסיס דיוני. א' רוצה לרצוח את ב', אך ג' הורג אותו מתוך רשלנות. בתי המשפט נוטים יותר לייחס קשר סיבתי לגורמים מכוונים, ולא לגורמים

רשלניים. דהיינו, הגורם המכוון נוטה לנתק את הקשר הסיבתי בין הרשלן לתוצאה. הרשלן, כמי שבד"כ לא אחראי לתוצאה, אינו מנתק את הקשר הסיבתי בין הגורם המכוון לתוצאה.

**סעיף 309** מדבר על גורם זר מתערב. בשונה מבגורם זר מתערב, יציר הפסיקה, **סעיף 309** קובע רשימת מקרים בהם אין ניתוק של קשר סיבתי. כאשר מתקיים אחד הסייגים, יש לייחס את התוצאה לנאשם. כיצד **סעיף 309** מסתדר עם הדרישה למחשבה פלילית ב**סעיף 20** ?

## שליטה

יסוד השליטה מחולק לכאורה לשני תתי-חלקים:

- אי-שפיות.
- העדר שליטה.

נושא העדר השליטה מקובל בכל שיטות המשפט בעולם. אם אין שליטה, אין חבות באחריות פלילית. עקרון זה הולך אחורה עד לימי הגמרא, במסכת חגיגה. אילו מוסכמות יש בנושא השליטה שרלוונטיות בכלל למשפט הפלילי ?

**האם נכונה הקביעה כי יסוד השליטה משקף הנחות יסוד ועקרונות המנחים את המשפט הפלילי בכללותו ?**

יש לעשות ההבחנה בין האסכולה הגורסת בכך שלאדם יש היכולת לבחור בין קווי פעולה חלופיים (א-דטרמניסטית), לבין האסכולה הגורסת כי לאדם אין יכולת בחירה (דטרמניסטית). **Mala Per se** – דבר האסור בפני עצמו, גם ללא איזכור מפורש בקוד. כגון, רצח ואונס. **Mala Prohibita** – דברים שהחברה מבקשת לעשות, גם אם הם לא ממש אסורים בהתבוננות מן הצד. כגון, הגבלה לנסוע 90 קמ"ש בכביש בינעירוני.

שלושת הטעמים בגינם פותרים אדם שאי לו יכולת שליטה מן העונש:

- א. הנימוק המשפטי – פעולה שאיננה פרי של פעולה חופשית.
- ב. הנימוק המוסרי – אין זה צודק להעניש אדם על מעשה שלא היה בשליטתו.
- ג. הנימוק התכליתי – ענישת אדם שלא היה אחראי למעשיו היא ענישה שאין בה טעם, תכלית.

### **הנימוק התכליתי**

הטלת עונש על אדם מוצאת רציונאליזם כגון **הרתעת הרבים, הרתעת היחיד ושיקומו, הגנה על החברה, גמול**. נבחן כעת כיצד כל אחד מן הרציונאליזם מסתדר עם עניין העדר השליטה.

האם יסוד השליטה הוא חלק מן המעשה הפלילי, Actus Reus, או חלק מן המחשבה הפלילית, Mans Rea ? מה קורה בעבירות בהן יסוד של מחשבה פלילית ?

**דוגמא:** כניסה לצומת כאשר הרמזור אדום, היא איסור מוחלט – ואין נפקא מינה אם האדם רצה לעשות את זה או לא. נניח כי אדם נכנס לצומת באדום בגלל שהבלמים ברכבו התקלקלו לפתע. התשובה היא, שלאחר שנים רבות של מחלוקות, הוכרע ע"י **תיקון 39** (גישת פרופ' פלר) ונקבע כי התנהגות או מעשה, היא **פעולה רצונית-פיזית של שרירים** שנעשית **תוך יכולת לבחור** בין קווי פעולה חלופיים.

אם כן, האם מדובר בסייג לאחריות פלילית, בהגנה שהמשפט נותן, או שמא מדובר ביסוד שבלעדיו אין ? כלומר, אם היסוד אינו מתקיים – אין כלל אחריות פלילית. התשובה היא כי זהו **תנאי מקדמי לאחריות פלילית**. במסגרת השאלה אם הנאשם עשה כלל את המעשה, אנו נבחן את השליטה.

מתי מתעוררת השאלה האם הנאשם שפוי ?

- דיונית.
- מהותית.
- שיקולים לעונש.

**רע"פ 2111/93 אבנרי נ' מ"י: השופט לוין**, מציין את שלושת ההקשרים בהם יכולה השאלה להתעורר. ההקשר הראשון הוא האם הנאשם כלל כשיר לעמוד לדין פלילי – ישנם מצבים בהם הנאשם לא שפוי, ואינו יכול לשתף פעולה עם סנגורו והצדק שביסוד הדין הפלילי מתרוקן. שנית, השאלה מתעוררת גם בכל הנוגע לשלב ביצוע המעשה. שלישית, השאלה מתעוררת בשלב ריצוי העונש – נידונים יכולים להכנס לכלא ולאבד את שפיותם.

### חולה נפש

כיצד נגדיר מושג זה ?

- **השופט לוין** להגדרת "חולה נפש" אומר כי אין די בהפרעות נפשיות קלות. אלא, **נדרשת הוכחה לכך שהנאשם לוקה בסטייה חמורה מן הנורמה**.
- **סעיף 34ח – שפיות דעת** – גם כן שופך אור על העניין.

### סעיף 34ז – העדר שליטה

הסעיף מנוסח באופן תמוהה, מכיוון שהוא פרטני ביותר, לרבות הבאת דוגמאות להעדר שליטה, כגון רפלקס, היפנוזה, תגובה עוויתית. הנופל לגדר סעיף זה, מזוכה לחלוטין. לעומת, אדם הלוקה באי-שפיות הדעת, כהגדרת **סעיף 170 לסד"פ**, ניתן להכניסו לאשפוז (ואף אשפוז כפוי). האשפוז נתון לשיקול דעתו והחלטתו של בית המשפט. **סעיף 15(ג) לחוק טיפול בחולי נפש** קובע כי ביהמ"ש צריך לקבל חוות דעת פסיכיאטרית לפני החלטתו, אך הוא אינו כפוף לה.

## אי-שפיות

### רקע

"כללי מקנוטן" שנקבעו בפ"ד מקנוטן באנגליה היוו את הכללים אשר הגדירו אנשים לא שפויים. הכללים הוגבלו לדפקטים קוגניטיביים, ולא אמוציונאליים. דרישת הכללים, היתה אחת משני מצבים. ראשון, דרשו שהאדם לא יבין מה הוא עושה. שנית, לחילופין, שהאדם לא היה מודע כלל שמה הוא עושה אסור לפי החוק.

על כללי מקנוטן נמתחה ביקורת רבה ומהותית, ונבעה מכך שמדע הפסיכיאטריה התקדם מאז המאה ה-19, אך הכללים לא שונו.

סעיף 19 לחוק העונשין, לפני תיקון 39, אימץ את כללי מקנוטן ושתי האפשרויות הנמנות בו.

**ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועמ"ש :** מנדלברוט לקה בפראנויה. הוא הגיע למקום עבודתו, וירה במנהל העבודה שלו ורצח אותו, ועמיתה נוספת לעבודה שהיו לו איתה בעבר קשרים רומנטיים. אין ספק, שגם מנהל העבודה וגם האישה רצו בטובתו, ובכל-זאת הוא החליט לירות בהם. השופטים אגרנט, זילברג ו-גויטיין, דנו בשאלה מה לעשות עם מנדלברוט, שהרי ברור להם שהוא "לא בסדר", ושהוא חולה. אך באותה מידה, ברור כי לא נכנס לגדר כללי מקנוטן, מכיוון שהוא לא היה עד כדי כך הלום שהוא לא הבין שמה שהוא עושה זה אסור.

ביהמ"ש פיתח במקרה זה את הדוקטרינה של דחף לאו בר-כיבוש, הטוענת כי אם לאדם היה דחף, והוא לא יכול היה לכבוש אותו – אזי הוא פטור. כיצד זה מתיישב עם כללי מקנוטן ?

השופט	להוסיף חלופות פטור (דחף לאו בר כיבוש)	הרחבת כללי מקנוטן
אגרנט	השגי המדע לימדו אותנו כי יש מצבים בהם הדחף אינו ניתן לכיבוש. אותם אנשי המדע יכולים להצביע על מתי אדם פעל מדחף אשר נבע ממחלת נפש, ולפיכך לתת לו פטור.	אין להרחיב את כללי מקנוטן, אלא ליצור פרשנות חדשה ולהוסיף חלופת פטור.
זילברג	אין להוסיף חלופות פטור.	מכיוון שמנדלברוט נמצא במצב עדין, יש להרחיב את כללי מקנוטן. זילברג מגדיר את מנדלברוט כמי שלא הבין מה הוא עושה.
גויטיין (הרשעה)	אין להוסיף חלופות פטור. אם המחוקק היה רוצה להוסיף חלופות פטור, הוא היה עושה את זה בעצמו.	אין להרחיב את כללי מקנוטן, ישנו חוק ויש ללכת על-פיו.

**תוצאה:** **השופטים** **אגרנט** **וזילברג** **פוטרס** **את** **מנדלברוט** **מאחריות.**  
**בחינת התוצאה:** דעת הרוב, שלא קיבלה את דעתו של **אגרנט** לגבי הוספת חלופת פטור של דחף לאו בר כיבוש, לפיכך היה צורך להרשיע את מנדלברוט. לשופטים שיקול דעת רחב בדרך ההגעה לתוצאה, אליה הם הגיעו בסופו של דבר במשותף (פטור), אך הדרך היתה שונה.

השופט לוין בפ"ד אבנרי מתן הגדרה מדויקת למונח מחלת נפש הינו משימה קשה, וכמעט בלתי אפשרית. גם המדע הפסיכיאטרי מתקשה לתת הגדרות.

### **מעגלי ההשפעה של פסיקתו של השופט אגרנט**

ישנם שני מעגלים:

- **המעגל הקרוב** – השופט אגרנט לוקח את **סעיף 14** לפקודה (כללי מקנוטן), ומשלב אותה עם הוראת **סעיף 11(א)** לפקודה (מעשה שלא היה מרצון), וממציא חלופה נוספת לפיה: **בהנתן מחלת נפש, ובהנתן מעשה שנעשה תחת דחף שלא היה ניתן לכבוש אותו, ובהנתן שהדברים נובעים אחד מן השני נוצר פטור חדש, חלופי לכללי מקנוטן, שבעצם מרחיב את יריעת ההגנה מאחריות. עד היום, לא ניתן פסק-דין מרכזי נוסף בנושא הבוחן את הדברים לעומק או משנה את ההלכה. בתיקון 39, יש זכר להכרעתו של אגרנט.**
- **המעגל הרחוק** – השופט אגרנט "הרשה לעצמו" להכתיב כלל אשר אינו מצוי בחוק. בנוסף, החלטתו של אגרנט מצא לנכון שלא להצמד למשפט האנגלי. זוהי תחילתה של מגמה, אשר ניתקה את החוק הישראלי מן החוק האנגלי. השופט אגרנט, בפסקי הדין שלו, סטה מן ההלכה האנגלית והמציא כללים חדשים אשר אינם מצויים כלל באנגליה, כגון פרשנותו למונח "זדון", או כל מה שקשור להיגד **שוא רשלני (וינשטיין נ' קדימה)**. השופט אגרנט נוטה לבוא לקראת אנשים קשים, וספג על כך ביקורת מארגונים שונים, כגון תנועת הקורבנות, והאגודה האנטי-פסיכיאטרית.

### **סעיף 34ח**

הסעיף קובע, **בסעיף קטן 2** מאמץ למעשה את הדוקטרינה של **הנשיא אגרנט**, לפיה ישנה חלופה לכללי מקנוטן (סעיף קטן 1), וחלופה זו היא **דחף לאו בר כיבוש** – "להימנע מעשיית המעשה".

דחף לאו בר כיבוש, לכאורה מרמז על משהו **רגעי**. מכיוון שהמשפט הפלילי כן מבקש להגן על מי שעשה את המעשה, אף אם תוכנן זמן רב, ולבלד שהמעשה נעשה מתוך מחלת נפש. **בע"פ 317/83 גודמן נ' מ"י**, נקבע כהלכה כי **תכנון מראש אין בו כדי לשלול את האפשרות שהנאשם פטור מאחריות פלילית** בגין מחלת נפש. כלומר, המחוקק לא השתמש במונח "דחף לאו בר כיבוש" כדי שלכאורה לא יגרסו כי מדובר אך ורק במשהו זמני.

מה נכנס לגדר מחלת נפש שבגינה ניתן להנות מהגנה של דחף לאו בר כיבוש ?

**השופט לוין בפ"ד אבנרי** קובע כי נאשים אשר מצויים בתחום הביניים שבין חולה נפש לאדם רגיל, לא יכולו לזכות בשל כך בהפסקת ההליכים נגדם. ההתייחסות לאדם שכזה, בעל הפרעת אישיות ולא מחלת נפש, הינה כאל כל נאשם אחר.

בתיקון 44, שונה סעיף 300א(א) לחוק העונשין, ונקבע כי אם אדם רצח, אך יש לו הפרעת אישיות שלא עולה כדי אי-שפיות, ניתן להפחית מעונשו (ולא לפטור אותו לגמרי, מכיוון שעבירת רצח מחוייבת בענישה). בע"פ 5951/98 מליסה נ' מ"י מדובר על אדם אשר היה גרוש מאשתו, ובהסכם הגירושין נקבע כי ילדתם המשותפת תהיה בחזקת האם, והוא יכול לפגשה בשעות מסויימות. יום אחד, נלווה לאם בן-זוג בהביאה את הבת לאביה, וזו אמרה לו "דע לך כי הבת בכלל לא שלך". מליסה, שולף סכין והגברים מתחילים להתקוטט. מליסה דקר את גרושתו והואשם ברצח.

האם הסייג שבסעיף 300א(2) חל על מליסה? הסייג רחב יותר מסעיף 34ח בכמה נקודות:

- מדובר הפרעה נפשית חמורה או ליקוי המגבילה במידה ניכרת, אך לא כדי חוסר יכולת.
  - מספיק שתוגבל יכולתו של הנאשם במידה ניכרת להמנע מעשיית המעשה.
- **השופט קדמי:** סבור כי הפרעה זמנית (קודם לכן היה בריא, ולאחר מכן סבל מן ההפרעה) ומזדמנת (ההפרעה קשורה בנסיבות המקרה) מקנה לנאשם הגנה.
  - **השופט מצא:** סבור שהפרעה זמנית ומזדמנת לא מקנה הגנה.
  - **השופט טירקל:** סבור שאם ההפרעה היא מזדמנת, זה אינו מספיק לצורך ההגנה, אך אם ההפרעה זמנית בלבד, זה כן מספיק לצורך ההגנה. כלומר, לגישת טירקל, הנאשם חייב בגלל שהוכח שההכבדה/הפרעה/שיבוש היה זמני.

### העדר שליטה

ע"פ 382/75 חמיש נ' מ"י: דובר באדם אשר הגיעו לשכונתו כדי להרוס בית, והוא איבד עשתונותו והחל פוגע בשוטרים וברכושם. השופט אגרנט קובע כי כדי להוכיח אוטומטיזם, יש צורך להוכיח איבוד הכרה והעדר שליטה פיזית.

### **סעיף 34יז – כניסה למצב בהתנהגות פסולה**

הסעיף נותן סייג לכל ההגנות, במקרים בהם אדם נכנס מרצונו לסיטואציה. כגון, אדם הולך במכוון לעשות היפנוזה ע"מ שזה יסייע לו לעבור את העבירה.

## המחשבה הפלילית

### מבוא

הגישה הדאונטולוגית היא אחראית על החדרת הרעיון של מחשבה פלילית לתוך המשפט הפלילי. הגישה התועלתנית לעומת זאת, מתיישבת בהחלט עם משפט המבוסס על אחריות מוחלטת. כיום, כל שיטות המשפט המערביות דורשות הוכחת מחשבה פלילית לצורך הרשעה.

**במשפט העברי** הוגדרו ארבע דרגות של ידיעה – **מזיד, קרוב למזיד, שגגה ואונס**. המשפט הקנוני הושפע מכך, ועם התפשטותו ברחבי העולם והתפתחות הגישה הדאונטולוגית, הפך למקובל בעולם. המעגל נסגר עם חיקוק **תיקון 39**, בו לראשונה הופיעה בחוק הדרישה בצורך בהרשעה על בסיס עקרון האשמה.

המילה "מודעות", היא מילה צעירה יחסית בטרמינולוגיה העולמית, בת כ-300 שנה. ההוגה ג'ון לוק לקח את המושג הנ"ל והגדיר אותו **כמה שאדם יודע על עצמו**. המילה נכנסה לשפה, כולם משתמשים בה, אך כמעט והיא איננה נדונה בספרות המשפטית, וזאת למרות שהקודים המערביים דורשים מודעות כתנאי להרשעה. הדיונים אשר מתקיימים הם חוץ-משפטיים, כגון דיונים פסיכולוגיים, רפואיים וכדומה.

המשפט הישראלי, **בסעיף 20 לחוק העונשין**, קובע כי צריך להחליט אם אדם היה מודע למעשהו ע"מ להרשיעו. מעבר לכך, אין פירוט.

כיצד מתמודדים עם מצבים של **הרגל**? אדם הנוהג אותה דרך מתוך הרגל שנים ע"ג שנים, חשוף לתופעה הנקראת "נהיגה מתוך הרגל", בה הוא יודע שהוא נהג וצייט לכל הכללים שבכביש, אך לא זוכר כיצד עברה הדרך כלל. ישנה בעיה בהוכחת המחשבה פלילית, אשר שייכת טכנית ל**דיני הראיות**, אך מהותית מהווה את לב ליבה של הבעיה.

## מבנה המחשבה הפלילית

### **סעיף 20 לחוק העונשין**

הדרישה הבסיסית (להלן – **מחשבה פלילית בסיסית**) היא מודעות למעשה, **נסיבות ואפשרות למודעות לתוצאה**. רכיב התוצאה דורש מודעות ברמה פחותה יותר. רק מקום שיש תוצאה בהגדרת העבירה (עבירה תוצאתית), נוסף אלמנט שאיפתי – **כוונה, אדישות או קלות דעת** (ומתחת לזה בהרכיה נמצאת **רשלנות**).

### **מהי קלות דעת**

קל הדעת הוא אדם אשר נוטל סיכון שאינו סביר, תוך שהוא מקווה שהתוצאה תמנע.

## **דוגמא: סעיף 191 – תגרה**

המשתתף שלא כדין בתגרה במקום ציבורי, דינו – מאסר שנה אחת.  
"המשתתף שלא כדין בתגרה" – מעשה; "במקום ציבורי" – נסיבה.  
זוהי עבירה התנהגותית, יש צורך להוכיח מודעות לכל רכיבי העבירה.

### **היסוד החפצי והתייחסותו לתוצאה בלבד**

מדוע יש יחס חפצי אך ורק לתוצאה ולא גם לנסיבות ולמעשה? ברוב הקודים בעולם זה אחרת, והמשפט הישראלי הוא יוצא דופן בתפיסה הזו. קודים מערביים רבים משלבים יסוד חפצי בבואם לבחון את הנסיבות, הוויכוח שישנו הוא לגבי התוצאה – רוב הקודים אינם מיחסים אלמנט חפצי לתוצאה.

**פרופ' פלר** סבור שמטבע הדברים **אדם יכול להיות רק מודע להתנהגות שלו, או לא מודע להתנהגות שלו, ואין אפשרויות ביניים**. עפ"י עמדה זו, אדם לא יכול לפתח יחס חפצי להתנהגות, ולכן אם עקרונית לא ניתן לעשות כן – כמובן שאין טעם שהחוק יתייחס לזה, ולכן נשארנו עם השאלה אשר החוק מעלה לגבי מודעותו של אדם או חוסר מודעותו, ותו לא.  
זוהי העמדה אשר התקבלה ב**תיקון 39**, ויש לציין כי היא מנוגדת כמעט לכל דעותיהם של המשפטנים בארץ.

ישנם שני כללים נוספים המופיעים ב**סעיף 20** לעניין הוכחת המחשבה הפלילית:

- **סעיף 20(ג)(1) "עצימת עיניים"**

ההתייחסות היא לאנשים אשר אומרים "אל תספרו לי, כי אני לא רוצה לדעת", וזאת בהבנה כי אם הם ידעו, הם יעברו עבירה. המשפט קובע כי אדם אשר חשד ונמנע מלברר, יחשב כאדם שהיה מודע למעשיו.

- **סעיף 20(ב)**

מכונה גם "**הלכת הצפיות**"<sup>3</sup>, עוזר לנו במישור הוכחת הכוונה. כאשר מדובר בעבירה תוצאתית אשר יש להוכיח בה כוונה לגבי התוצאה, אומר החוק שבמקום להוכיח כוונה – ניתן להוכיח מודעות ברמה של "**קרבה לוודאי**".

ישנם מעשים אשר התוצאה ידועה לנאשם ברמה וודאית (מי שמשליך אדם מקומה עשירית, יודע שהאיש ינהרג – זוהי לא אפשרות). אך ורק במצבים כאלה, בהם היסוד ההכרתי לגבי התוצאה הוא ברמה מאד גבוהה, אומר המשפט הפלילי שאין צורך להוכיח יסוד חפצי.

### **היסוד ההכרתי – מהי מודעות**

מודעות היא דרישת היסוד הקיימת בכל עבירה של מחשבה פלילית, וכנאמר מעלה, רק בעבירות תוצאתיות נזקקים אנו ליסוד החפצי. הדרישה הזו מוצגת בברירור אך ורק מ-1995, מתיקון 39 ואילך.

<sup>3</sup> ראה בעניין **פ"ד אלבה** לעניין הלכת הצפיות ותחולתה **בעבירות מטרה**.



ביהמ"ש בע"פ 5046/93 מ"י נ' הוכמן, קובע כי סעיף 284 (מרמה והפרת אמונים) הינו עבירה **תוצאתית**, שתוצאתה היא פגיעה בציבור. לשם כך, על התביעה להוכיח מודעות לכל רכיבי העבירה ויסוד נפשי של לפחות קלות דעת.

במקרה זה, כשדובר בשאלה מהי המחשבה הפלילית אשר צריך להוכיח, ביהמ"ש אמר כי צריך להוכיח מודעות בלבד, ולא נדרשת הוכחת יסוד חפצי. עניין תמוהה לכשעצמו, ניתן לתרץ ולומר כי תיקון 39 טרם הוטמע בפסיקה אז.

הוכמן, ראש עיריית אילת, מתעתד לנסוע עם אישתו ליפן ע"ח חברה יפאנית. בו בזמן מגישה החברה הגשה להרחבת בניה במפעל אשר ברשותה. טרום נסיעתו, הוא מציע למועצת העיר כי היא זו שתממן את נסיעתו, כדי שלא תתעוררנה בעיות. הממונה על המחוז, אישר כי אין בעיה עם הנסיעה. בסופו של דבר מוגש נגדו כתב אישום על מרמה והפרת אמונים. הוכמן טוען להגנתו שנועץ עם מי שצריך להתייעץ.

- למה מודעותו של הוכמן צריכה להתייחס ? הקושי הוא שהיסוד העובדתי מעורב ביסוד של מחשבה פלילית.

- האם טעותו של הוכמן היא בלתי נמנעת באופן סביר, לפי סעיף 34יט ? האם הסתמך הוכמן על דברי הממונה על המחוז ?

ביהמ"ש, אינו פונה להגנה הקיימת בסעיף 34יט אלא מקדיש את הדיון לעניין המחשבה הפלילית, וקובע כי במקרה זה הוכמן **נעדר מודעות**, בין היתר בגלל הבירורים וההתייעצויות שערך הוכמן.

**ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מ"י** : מדובר על רצח אגב ביצוע העבירה (Fellony Murder) לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין. נשאלת השאלה מהי המחשבה הפלילית הנדרשת ? מה הפירוש של המילה "במזיד" אשר איננה נכללת בחוק העונשין לאחר תיקון 39 ?

**סעיף 90א(1)** קובע כי המילים "בזדון" או "במזיד" תתפרשנה כ"**מודעות**". ביהמ"ש קובע כי לגבי רצח אגב ביצוע, דורש מודעות ברמה של **אדישות**. ביהמ"ש משאיר בצריך עיון את השאלה האם די ביסוד נפשי של **קלות דעת** לעניין עבירה זו.

הרעיון כי ניתן לייחס לאדם מחשבה פלילית גבוהה יותר ממה שיש לו בגלל שהוא מבצע עבירה אחרת, הוא רעיון שזכה לביקורת עצומה בארה"ב, ולאחרונה גם בקנדה, בטענה שהם נוגדים את החוקה. **פרופ' ברק** מזכיר במאמריו מעלה את שאלת ההתערבות של ביהמ"ש העליון במשפט הפלילי הישראלי ממניעים חוקתיים.

### **מודעות ועצימת עיניים**

**סעיף 20(א)** : מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, וטיב הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות...

**סעיף 20(ג)(1)** : ...רואים אדם שחשד בדבר טיב התנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם אם נמנע מלבררם.

**סעיף 20(ג)(1) ומשמעותו**

נושא עצימת העיניים, נולד במשפט המקובל. פסק הדין הראשון שבו המשפט האנגלי מכיר באפשרות של עצמית עיניים כתחליף להוכחת מודעות, קרוי **פ"ד Sleep**. פסק הדין הראשון האמריקאי הראשון בעניין בשנת 1899, **Spurr**, דובר בפקיד בנק שלא בודק את מצבו הכספי של לקוח שיש לו חשבון בבנק, ומאשר צ'קים שלו. הפקיד טוען כי לא היה מודע למצבו של הלקוח. ביהמ"ש אמר לפקיד כי הוא היה תחת חובה לבדוק, ובעצם אי הבדיקה, הוא עצם עיניו – ודינו כמי שהיה מודע.

**סעיף 20(ג)(1)** מדבר על **"חשד"**. חושד הוא מישהו שמודע לאפשרות שמשהו קיים, ולא מברר. אדם אשר טועה בעובדה, הינו טועה, ואינו נכנס לגדר **"חשד"**. הסעיף מדבר על התנהגות ונסיבות, אשר לגביהן מספיק מודעות לאפשרות שהם קיימים. שני הסעיפים יחד אומרים כי המחשבה הפלילית בארץ היא מודעות לאפשרות שהמעשה יתרחש, שהנסיבות קיימות ושהתוצאה עלולה להתקיים. **שפירא-אטינגר**: יש בכך כדי להסיק כי הסעיף אשר מדבר על המחשבה הפלילית בשיטת המשפט בארץ הוא **סעיף 20(ג)(1)**, ולא **סעיף 20(א)**. בתי המשפט עדיין מפנים ל**סעיף 20(א)** לשאלת המחשבה הפלילית, עד אשר בית המשפט העליון נדרש לעימות עם העניין הנ"ל ב**פרשת מרגלית הר-שפי**.

**פרופ' פלר** אומר כי רמת החשד לא צריכה להיות גבוהה. וכן, החשד אינו יכול להיות חשד בעלמא, אלא **חשד רציונאלי** ומבוסס.

**פרופ' מ' קרמניצר** אומר כי לא צריך להחיל אוטומטית את החלק הכללי על החלק הספציפי. לא תמיד החלק הכללי יתאים לחלק הספציפי שבעבירה, בייחוד אם החלק הספציפי לא תוקן. אך דרך המלך היא שונה מדעתו של קרמניצר, עקרונות דיני העונשין בחלקו הכללי של החוק, חלים על כלל העבירות.

**ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מ"י**: **השופט חשין** התייחס ל**סעיף 262 (אי מניעת פשע)**. מדובר בסעיף ישן, אשר לא תוקן בתיקון 39, אך למעשה נעשה בו שינוי עקיף כתוצאה מחקיקת **המחשבה הפלילית** לראשונה ב**סעיף 20**. לכאורה ישנה בעיה, מכיוון ש**סעיף 262** הוא סעיף קשה מאד, מכיוון שלכתחילה מטרתו היתה עידוד הלשנה כנגד מחתרות בארץ, ע"י הבריטים. בערכאה הראשונה, הר-שפי הורשעה, כאשר לא ברור מהי רמת המחשבה הפלילית אשר מיוחסת לה. בביהמ"ש המחוזי, השופטים מתעמתים חזיתית עם הטענה הזו, בזמן שהם לא רוצים לקבוע שעבור **סעיף 262** רמת המחשבה הפלילית צריכה להיות **"חשד"**. השופטים מייחסים את הידיעה שבסעיף ליסוד העובדתי, כלל.

**השופט חשין**, מבטל את הנמקת המחוזי באמרו כי **"ידע"** הוא חלק מן המחשבה הפלילית, ולא היסוד העובדתי. **חשין** קובע **סעיף 262** הוא מיוחד ("לקס-ספציאלי", חוק ספציפי אשר גובר על חוק כללי – "לקס ג'נרליס"), ודרישת הידיעה שבו גוברת על **סעיף 20**. לפי **חשין**, לא יתכן כי רמת המחשבה הפלילית תהיה **"חשד"** כי עצימת העיניים לא חלה עליו.

בשנת 2000 חוקק חוק איסור הלבנת הון בארץ. בסעיפים הפליליים בחוק זה מוצעת מפורשות האפשרות של עצימת עיניים, ודרישת מודעות אמיתית. קרי, המחוקק מודע לבעיות שבסעיף 20(ג), ומבטל אותו. אך זה נכון לגבי חוקים חדשים, ולא ישנים כמו חוק העונשין עצמו.

**ע"פ 5734/91 מ"י נ' לאומי ושות'**: ביהמ"ש לא מוכן לפרש את המילה "ביודעין" בהגדרת העבירה ברמה שהיא מעבר ל"חשד".

### **מצב בו אדם אינו חושד**

זהו מצב הנקרא **"חלל תודעתי"**. תודעתו של אדם חלולה לגבי אחד מרכיבי היסוד העובדתי, הוא אינו נותן דעתו לשאלה – מה דינו ?

בד"כ שאלה זו מתעוררת במקרי אונס, עבירות הקשורות לגיל, עבירות לפי שווי הרכוש, וכדומה. מדובר על נסיבה בהגדרת העבירה, ויכולה להשמע טענתו של הנאשם **"לא חשבתי על זה"**, הוא לא חשב שערך הרכוש עולה על 10,000 ש"ח, הוא לא חשב שהיא מסכימה או לא, ועוד.

**ע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי**: האונס בשמרת. מדובר בין היתר על ה"פסיכופט" אשר לא האמין שמישהו מסוגלת לסרב לו, ואם כן זה בגלל שנשים אוהבות את זה.

לכאורה, צריך לזכות אנשים אלו. אך מדוע הם לא יזוכו ? **דיני הראיות** לעיתים "מתקנים" את הדין המהותי. **בפרשת Morgan** (הבעל השיכור ששכנע את חבריו שאשתו אוהבת לקיים יחסי מין בקבוצה, ולהראות כמסרבת) הורשע הנאשם, וביהמ"ש קבע כי "טעות כנה" צריכה להבחן במשקפי הסבירות.

### **אפשרויות פתרון**

**פרופ' פלר** סבורים כי במקרים כגון אלו, שמדובר בנרקסיסט שבטוח שלא ניתן לסרב לו, יש לומר לגביו כי לא מדובר בטעות במצב דברים, אלא **טעות במצב המשפטי** (סעיף 34יט), טעות שהיא איננה בלתי נמנעת באורח סביר – וכך יש להרשיע.

פתרון נוסף למצב זה הוא לחזור למושג "החלל התודעתי", בו אנשים מתגוננים באומרם כי לא חשבו על התוצאה. מה דינו של חלל תודעתי לאחר תיקון 39 ?

**פ"ד Caldwell** הוא פסק הדין המרכזי בעניין החלל התודעתי. ביהמ"ש קבע כי אדם יחשב לפזוי לא רק במקרה שבו היה ער לקיומו של סיכון, אלא אף אם לא הקדיש כל מחשבה לאפשרות שיווצר סיכון כלשהו, בנסיבות בהן עה מעשה היוצר בפועל סיכון ברור. הביקורת שנמתחה על פסק-דין זה גרסה שביהמ"ש מכניס אלמנט של פזיזות אובייקטיבית.

### **המצב בארץ**

קודם לתיקון 39 היו סימנים לכך שהלכת החלל התודעתי תתקבל בפסיקה הישראלית. **בע"פ 5424/91 פלוני נ' מ"י** דובר על מעשה סדום בקטינה, והשופט **בך** קובע כי די בפזיזות הנאשם ואי-אכפתיות מצידו, ואין הנאשם יכול להמלט מעבירה זו אף אם יטען כי לא ידע דבר על גילה של המתלוננת, ולא חשב על כך. לפי **השופט בך**, מי שהיה חייב לשאול שאלות מסויימות, לגבי

הסכמה, גיל או שווי נכס, ולא עשה זאת, מקבל על עצמו סיכון בחוסר ההתעניינות, ואם אובייקטיבית נוכח שהוא לא עונה לדרישות החוק, הוא יורשע.

אחרי תיקון 39, לכאורה היה ברור שאין מקום לחלל תודעתי במשפט הישראלי. ד"ר קוגלר, במאמרו, מציין כי הלכת החלל התודעתי לא יכולה להתיישב עם תיקון 39. לאחרונה, בע"פ 115/00 טייב נ' מ"י השופט אנגלרד קובע כי דוקטרינת עצימת העיניים בסעיף 20(ג)(1) מתפרשת גם על החלל התודעתי. לכאורה, דבר והיפוכו !

## היסוד החפצי

ישנן שלוש דרגות של חומרה, כאמור : כוונה, אדישות וקלות-דעת. ראשית, ברור לנו כי "כוונה" הוא האלמנט החמור ביותר, על התביעה להוכיחה או להסתפק במינימום, שהוא קלות-דעת. כשאין דרישה בסעיף העבירה המפורש כי נדרשת הוכחת כוונה, יש להוכיח קלות-דעת.

מה מטרת אלמנט ה"אדישות" ? הרי לא קיימת עבירה אשר נדרש לגבי היסוד התוצאתי שלה אדישות. נקח לדוגמא את ה-Fellony Murder, לפני תיקון 39 נדרש לגביו הוכחה של אדישות.

מהו הגבול בין קלות-דעת לרשלנות ? לא כל העבירות יש להן עבירות מקבילות בעלת יסוד עובדתי של רשלנות, כגון אונס – עבירה הדורשת מחשבה פלילית.

ראשית, תפיסת קלות-הדעת איננה פשוטה. קלות הדעת מאפיינת סוג התנהגות של מהמר מטורף. דוגמא : כגון רופאה הנגשת לארון תרופות ובו 10 בקבוקים ללא תווית, באחד מעשרת הבקבוקים ישנו רעל שיהרוג את החולה שלה.

- במקרה ובו היא רוצה להרוג את החולה, והיא בוחרת בקבוק אחד באקראי והחולה מת – היא תורשע ברצח בכוונה תחילה.
- במקרה בו הרופאה נותנת לחולה את הבקבוק ללא אכפתיות לגבי התוצאות, היא תורשע בהריגה מתוך אדישות.
- במקרה בו הרופאה אכן רוצה לרפא את החולה, והוא מת, היא תורשע בהריגה מתוך קלות-דעת.

הדוגמא ממחישה כי קלות-דעת מאפיינת אנשים רציונאליים, הנוטלים על עצמם סיכון לא רציונאלי. להלן דוגמאות מן הפסיקה :

ע"פ 3289/90 מ"י נ' בראונר : מדובר באדם שנוהג כשהוא מבושם קלות, ובמהלך פניה במהירות גבוהה הוא נתקל בעמוד, והאישה שלידו נהרגת. ביהמ"ש המחוזי קובע כי באותה מידה שנהיגתו של בראונר הרגה את היושבת לצידו, הוא היה יכול להרוג גם את עצמו, ואי-לכך מסרב להרשיע אותו בעבירה הדורשת מחשבה פלילית, אלא רק רשלנות. לא ניתן לומר עליו שהוא מודע לסכנה שיכולה להביא למותו עצמו.

ביהמ"ש העליון לא התמודד עם השאלה שעורר המחוזי, אלא

**ע"פ 1100/93 סובאח נ' מ"י:** סובאח הורשע בהריגה (רכבו סטה למסלול הנגדי, והרכב באותו הנהג הנגדי סטה לשוליים, וחזר לתוך מסלולו של סובאח והתנגש במכונית שנסעה מאחוריו והנוסע בה נהרג).

**השופט דורנר** קובעת כי סובאח לא חצה את קו ההפרדה במודע, מכיוון שנסע בדרך פנויה והמסלול הנגדי היה חסום במכונית שהיתה נראית בשדה הראייה שלו. לדידה, קיים ספק סביר לכך שסובאח אכן רצה לסטות לנהג הנגדי ולקחת על עצמו סיכון שכזה.

**השופט מצא, בדעת רוב,** מרשיע בהריגה, וקובע שישנם נהגים עבריינים אשר 'משחקים' על הכביש ונוטלים על עצמם את הסיכון בכוונה.

[פ"ד חגיזי, פ"ד מגידש – מתאר מצב עובדתי פשוט, אך יש לתת תשומת לב כמה פסקאות מוקדשות למצב העובדתי, כמה למצב המשפטי וכמה להכרעה].

### **ההיבט החפצי של כוונה**

נושא המודעות חשוב כל זמן שאנו מדברים על היסוד החפצי, ההנחה היא שלא יתכן שישנו יסוד חפצי ללא התקיים מודעות גם כן. היחס החפצי החמור ביותר שהמשפט מכיר בו, הוא היחס של **כוונה**, כאשר העבירה החמורה ביותר – רצח – היא עבירת כוונה שיש לה רכיבים נוספים.

לא נתמקד כעת בשאלה מהי כוונה, אלא נדון בקושי המתעורר כאשר אנו יודעים באופן פוזיטיבי שהמטרה שמדריכה את מבצע העבירה היא לא ה"כוונה" המצויה בהגדרת הסעיף, אלא יש לו מטרה אחרת. או לחילופין, בבעיה המתעוררת כאשר אין ראיות ישירות ל"כוונה" (כגון הודאה, עדים), וצריך להסיקה מתוך מהלך האירועים הרגיל (כגון, "**חזקת כוונה**").

בתי המשפט יכולים להסיק כי היתה כוונה מתוך התנהגותו של הנאשם בלבד. **החוק בסעיף 20(ב)** קובע כי **ידיעה ברמה גבוהה מאד, שקולה כנגד כוונה**.

### **ההבחנה בין מניע ל-מטרה**

מקור ההבחנה בין השניים הוא מלפני התיקון. טרום התיקון, **סעיף 16** בנוסחו דאז, קבע כי המשפט הפלילי אינו מתייחס למניע ולמטרה, למעט סעיפים ספציפיים הדורשים אחד מהם. מתוך הבחנה זו, ניסו להכניס תוכן להבחנה זו. הפסיקה ניסתה להבחין בין מקרים בהם אדם פועל מתוך מניע מסויים, לבין מקרים בהם הוא פועל מתוך מטרה להשיג איזשהו יעד.

**פרופ' פלר** היה האיש שעמד על חשיבות ההבחנה בין מניע ומטרה, וניסה להנחיל זאת לפסיקה באומרו כי בכל עבירה המחייבת התחשבות במניע או במטרה, חייבים להבחין מתי הסעיף מדבר על מניע ומתי על מטרה. **עפ"י פרופ' פלר** יש לפחות שתי השלכות להבחנה הזו:

- על מניע, אין להחיל את הלכת הצפיות. כלומר, כשישנה עבירת מניע, צריך להוכיח את המניע בדיוק, ולהביא ראיות להוכחת התקיימותו. אי לכך, הלכת הצפיות איננה תחליף ראוי לראיות במקרה זה.

- מטרה, כמו כוונה, דורשת מודעות ויחס חפצי. לעומת זאת, מניע איננו דורש יחס חפצי, אלא מספיקה מודעות למניע.

פרופ' פלר אומר כי צריך לדמיין מכונית (הנאשם). המניע, הוא מנוע המכונית. המטרה זהו היעד אליו המכונית נוסעת. המניע הוא דבר סובייקטיבי, פנימי, ומסביר מדוע הנאשם פועל. לעומת זאת, למטרה יש היבט חיצוני אובייקטיבי בדמות יעד העבירה. כלומר, אדם יכול לפעול מתוך מניע מסויים. מניע זה יגרום לו לעבור עבירה, כאשר לעבירה זו יכולה להיות איזשהי מטרה, ולכן יש הבדל בין השניים.

**ד"ר 6/68 המטפרסט נ' היועמ"ש :** מה פירוש "מי שלא מתייצב מתוך כוונה להשתמט משירות בטחון"? האם מדובר במניע או במטרה? ביהמ"ש במקרה זה אינו עושה הבחנה בין מטרה למניע.

פרופ' פלר נותן דוגמאות לסעיפים שונים הממחישים את ההבחנה, וביניהם **סעיף 406(ב)** לחוק העונשין המדבר על אדם "הפורץ למקום במטרה לבצע עבירה או פשע". זוהי דוגמא לעבירת מטרה, מכיוון שישנה מטרה להשיג דבר מה מעבר לפריצה עצמה.

מנגד, **ד"ר קוגלר** מסביר כי מדובר למעשה בתיאורים שונים לאירוע אחד. ניתן אולי לתאר אותו האירוע מנקודות זמן שונות, כאשר "מניע" מתאר נקודת זמן קודמת להתרחשות העבירה, ו"מטרה" מתארת נקודת זמן מאוחרת להתרחשות העבירה.

### ההבחנה בין מניע למטרה בפסיקה

**ע"פ 172/88 וענונו נ' מ"י :** השופטים לכאורה מקבלים את עמדתו של פרופ' פלר, אך אינם מיישמים דבר מדבריו. וענונו טוען כי מטרתו לא היתה לפגוע בבטחון המדינה (כמאמר **סעיף 113(ב) לחוק העונשין**), להיפך, הוא אזרח נאמן אשר רצה להביא לשלום. פרסום הידיעות על כוחה הגרעיני של מדינת ישראל, מבחינתו של וענונו, טובות למדינה.

**הנשיא שמגר** קובע כי מעשה יכול שיהיו לו תוצאות שונות. אדם, יכול לפעול מכמה מניעים, מניעים לטווח קרוב (מכירת סודות האטום), ומניעים לטווח רחוק (השגת שלום בעולם). החוק, לא מתחשב במניעים רחוקים. אם ישנו יעד קרוב שמושג באופן בלתי-חוקי, רואים את האדם כאילו התכוון להשיגו גם אם הוא בכלל התכוון להשיג באמצעותו יעד אחר.

מכירת סודות האטום, היעד הקרוב של וענונו, כן עונה על דרישת **סעיף 113(ב)**, פגיעה בבטחון המדינה. קרי, **החוק מתמודד רק אם היעדים המיידיים הנובעים מן היסוד העובדתי, ולא יעדים רחוקים.**

**רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מ"י :** מדבר בסעיף 53(א)(4) **לחוק ניירות ערך**. השאלה שעלתה היא מה זה "כדי להטעות משקיע סביר", לעניין פרסום פרט מטעה בתשקיף? **הנשיא ברק** מחיל את הלכת הצפיות על המטרה שבסעיף, כלומר, גם אם פרסום הפרט המטעה נעשה למטרה אחרת, עדיין מספיק שהיתה מודעות ברמה גבוהה לכך שגם הציבור יוטעה (לא היה צריך להוכיח באופן ישיר כי המעשה נעשה כדי להטעות את הציבור).

**הנשיא ברק** מקבל את הבחנתו של פלר, וקובע כי להבחנה זו יש חשיבות בסוגיות שונות בדיני העונשין, ויש "רגליים" לסברה, כי הלכת הצפיות חלה על מחשבה מיוחדת מסוג מטרר, ולא מניע.

לעומת זאת בע"פ 5640/97 רייד נ' מ"י, **השופט אילן** מתנח באופן יותר עמוק של הסוגיה, ומבכר את דעתו של ד"ר קוגלר, על-פני דעתו של פרופ' פלר. לדידו, אין הבדל בין מניע לבין מטרר.

### **תחולת הלכת הצפיות על עבירות מטרר**

רעיון הלכת הצפיות, הוא רעיון יציר פסיקה. אחד מפסקי-הדין המרכזיים אשר שימשו כבסיס להנחה זו, הוא **בורוכוב נ' יפת**. **השופט ברק** יפתח את הרעיון שניתן להוכיח כוונה, גם באמצעות הלכת הצפיות, קרי, ישנן עבירות בהן על אף שכתוב בעבירה שמדובר על עבירת **כוונה מיוחדת** או **עבירת מטרר**, לא נצטרך להוכיח כוונה מיוחדת זו, אלא מספיק שנראה מודעות ברמה גבוהה.

תחולת הלכת הצפיות איננה אוטומטית, אלא יש צורך לבדוק כל עבירה ועבירה, וביהמ"ש חייב לקבוע האם מתאים להחיל בעניינה את הלכת הצפיות, אם לאו. גישה זו, אשר זכתה לכינוי "הגישה הגמישה" החזיקה מעמד עד לתיקון 39, כאשר בתיקון 39 הוכנס **סעיף 20(ב) לחוק העונשין**. סעיף זה קובע את הלכת הצפיות אך ורק לגבי **יסוד הכוונה בעבירות תוצאתיות**.

המחוקק עצמו שם לב לקושי הנובע כי החלק הספציפי לא תוקן, וישנן עבירות בהן מופיע המונח "כוונה" ללא שישנן תוצאות כלשהן בהגדרת העבירה. בתיקון 43 הוסף **סעיף 90א(2)** הקובע כי נפרש עבירות כאלה, כעבירות **כוונה מיוחדת**.

נבחן כעת שוב את הגישות המרכזיות בפ"ד **אלבה** :

**השופט מצא** : **סעיף 20(ב)**, שחל לכאורה רק על עבירה תוצאתית, יחול גם על עבירות מטרר. החלה זו תהיה אוטומטית. **השופט אנגלרד** חזר על דעתו זו של **השופט מצא** ב**פרשת פוליאקוב**.

**השופט ברק** : הלכת הצפיות צריכה לחול אוטומטית מכח **סעיף 20(ב)** על כוונה המתייחסת לתוצאות העבירה. הלכת הצפיות תחול מכח הפסיקה בעבירות מטרר, בהתאם לכללים של **בורוכוב נ' יפת** (בדיקת ההקשר של העבירה ובדיקה האם מתאים להחיל את הלכת הצפיות). **השופט דורנר** : מעוניינת להחיל את הלכת הצפיות מכח פסיקה על עבירות מטרר, אך רק מקום שבו המטרר צומחת בדרך הטבע מן ההתנהגות.

### **הלכת הצפיות ועבירת רצח**

כוונה תחילה היא דרישה אשר ישנה אך ורק בעבירת רצח. עבירה זו מחולקת לשלושה חלקים, והם : **העדר קנטור, הכנה והחלטה להמית**.

טרומ תיקון 39, נאמר כי עבירת הרצח היא עבירה חמורה שאין להחיל לגביה את הלכת הצפיות (פרשת **אילוז נ' מ"י**). אחרי תיקון 39, הלכת הצפיות עוגנה בחוק ונראה כי תחולתה על עבירת הרצח צריכה להיות אוטומטית. בנוסף, באותו הזמן התקבלה בכנסת ביקורתם של השופטים בדבר גזרת עונש חובה של מאסר עולם למורשעים ברצח, מכיוון שישנם מקרים לקולא **(סעיף**

**300א לחוק העונשין** מונה שלושה מקרים בהם ניתן להטיל עונש קל ממאסר עולם למורשע בעבירת רצח).

הכלל עד לאחרונה היה אכן שהלכת הצפיות איננה חלה על עבירת הרצח. לאור השינויים לעיל, החל מתעורר הספק בעניין זה. **השופט אנגלרד בע"פ 6327/97 פוליאקוב נ' מ"י** מעלה שאלה זו, ועמדתו היא לכיוון החלת הלכת הצפיות ברצח, ובכך מקבל אנגלרד את גישתו של **פרופ' פלר**, שתמיד סבר שהלכת הצפיות צריכה לחול בעבירת רצח, כאשר ההגיון הוא שכאשר אדם יודע שהוא הורג אדם אחר, לא חשוב למשפט האם הוא מתכוון להרוג אותו, או אם המוות הוא מין "אפקט לוואי" למעשה אחר. השאלה עודנה בצריך עיון.

### כוונה מותנית

זוהי "**כוונה על תנאי**", כאשר היא מכוונת בעיקר למקרים בהם התקיימות התנאי היא **מחוץ לשליטתו** של עושה המעשה. מדוע ההדגשה על "מחוץ לשליטתו" ?

אם התנאי היה בשליטתו של מבצע העבירה, לא היה מתעורר כלל קושי, מכיוון שברגע ההרגיה מתקיימת כוונה ממש.

בין תנאי עבירת הגניבה **בסעיף 383 לחוק העונשין** מופיע התנאי של "שלילת קבע מן הבעלים". במקרים של גניבות רכב, עלתה הטענה מצד הגנבים שהם לקחו את הרכב לסיבוב ולהחזירו – קרי, לא היתה כוונה לשלול אותו לצמיתות. עקב כך, התעורר קושי. אחת הדרכים להתמודד עם מצב זה היתה להביא את הדוקטרינה של "כוונה על תנאי", ולומר לגנבים שאין נפקא מינה אם התכוונו לשלול את החפץ מבעליו אם לאו, מכיוון שבנסיבות אחרות (נאמר אם הגנבים לא היו רואים את המשטרה) ניתן להניח שלא היו מחזירים את החפץ. במציאות, ובעקבות הקושי, נחקק **סימן ה 1 לחוק העונשין** – "עבירות בקשר לרכב".

### כוונה מועתקת

הרעיון של כוונה מועתקת נכנס לאחר תיקון 39 **בסעיף 20(ג)(2)**. "אין נפקא מינה אם המעשה נעשה באדם אחר או בנכס אחר". ישנו נסיון להתגבר על הקושי עם מצבים בהם הנאשם התכוון להרוג אדם אחד, אך בפועל הוא פגע והרג אדם אחר – מישחו שלא היתה לנאשם כלל כוונה כלפיו. קשיים שונים עולים מתוך ניסוח הסעיף, מה דינו של אדם המתכוון לפגוע באדם ופוגע בנכס ? מה דינו של אדם אשר מתכוון דוקא לפגוע בנכס אך פוגע באדם ?

- עקרון הכוונה המועתקת גורס כי ניתן לייחס להורג את הכוונה שהיתה לו כלפי אדם א', כאילו היא כוונה כלפי אדם ב' – פעולת "העתקה" – ובכך להרשיע אותו. אותו הדבר כלפי חפץ, אם אדם ביקש להצית שדה א', ובפועל הצית שדה ב' – יראו אותו כבעל כוונה לעשות זאת.
- המתנגדים לעקרון הכוונה המועתקת גורסים כי ניתן להגיע לאותה התוצאה בהרשעה בנסיון לרצח (של אדם א') יחד עם גרס מוות ברשלנות (של אדם ב').



## רשלנות

**סעיף 21 לחוק העונשין** משנה מאד את המצב של עבירות הרשלנות לפני תיקון 39. אדם הוא רשלן אם אנו רואים שהוא לא היה מודע לאחד הרכיבים של היסוד העובדתי של העבירה, בנסיבות שבהן אדם מן היישוב (להבדיל מן האדם הסביר בדיני הנזיקין) יכול היה בנסיבות העניין להיות מודע לאותו פרט.

החוק מתיר לקחת סיכונים סבירים, סעיף קטן (א)(2) מדגיש כי כדי להכנס לגדר רשלנות יש צורך בכך שאפשרות גרימת התוצאות "לא היתה בגדר סיכון סביר".

**סעיף 21** תוחם את גדר הרשלנות אך ורק לעבירות קלות, **בסעיף קטן (ב)**. מה לגבי עבירות ישנות? בתיקון 43 הוסיפו את **סעיף 190** אשר מתקן חקיקה אחרת, וקובע כי עונש המאסר על סעיפים וחוקים ישנים בעניין רשלנות – יהא שלוש שנים בלבד.

**סעיף 19** קובע כי אדם מבצע עבירה רק אם עשה במחשבה פלילית, אלא אם כן נקבע בהגדרת העבירה עצמה כי "רשלנות" היא היסוד הנפשי לשם התהוותה. לכאורה, כיום, לבתי המשפט אין את הסמכות לקבוע לגבי עבירה "שותקת" שהיא עבירה של רשלנות, אלא רק עבירת מחשבה או איסור מוחלט.

ישנן עבירות שעפ"י טיבן ברור שהן עבירות רשלנות (בין היתר, עבירות קלות; עבירות שהסיטואציות בהן העבירות עולות, הן סיטואציות של רשלנות).

### **משמעותו של התיקון בחוק – "אדם מן היישוב"**

האדם הסביר החל בפסיקה, כמעין "איש ממוצע". אט אט החלה הפסיקה מתרחקת מן ההגדרה הזו. **בע"פ 196/64 ב"ש נ' מ"י** דובר על מקרר שננטש וילדים נכנסים לאותו מקרר ולא מצליחים לצאת. הוגש כתב אישום כנגד בעליו של המקרר. בנסיבות אותם ימים, נטישת מקררים היתה מקובלת. בש טען כי הוא אדם סביר, מכיוון שגם אדם ממוצע היה נוהג כמותו. ביהמ"ש קבע כי סבירות נקבעת עפ"י נסיון החיים והידע של השופט. בנוסף, ביהמ"ש קבע כי אין לו ספק כי כניסת ילדים למקרר נטוש לא עלתה אי פעם על דעתו של ב"ש, אך חייב הוא בחובת זהירות כלפיהם.

**בד"נ 15/64 ב"ש נ' מ"י** קובע השופט **אגרנט** כי ביהמ"ש יכול להעזר ב"מומחים" כדי לקבוע את רמת המסוכנות של מעשים כלשהם. בש הורשע ע"י **השופט אגרנט**, בקובעו כי היה צריך להתנהג באחריות רבה יותר מן האדם הממוצע.

**פרופ' יורם שחר**, המאמרו, מבקר את החלטת ביהמ"ש וגורס כי ישנה בכך יצירת פער בין האדם הרצוי, לבין האדם המצוי. הדרישה הזו, של להיות יוצר מן האדם הממוצע, מובילה לדידו לחוסר צודק. **לוי ולדרמן** (עמוד 512) מסיקים עם ביקורתו של שחר, ומסיקים כי ה"סבירות" הפכה מכשיר ליצירת כלי התנהגות נורמטיביים, הרחוקים מכללי ההתנהגות של האדם הממוצע. ולראיה נזכיר את **ע"פ 385/89 אבנת נ' מ"י**, בו נאמר כי הסבירות תקבע עפ"י מדיניות משפטית, אשר תשכלל את כל הערכים והאינטרסים שקיימים בסוגיה מסויימת.

תיקון 39 ביטל את האדם הסביר במשפט הפלילי, ומציג את דמותו של **האדם מן היישוב**. האם כלל יש הבדל בין האדם מן היישוב לבין האדם הסביר? אין ספק כי הכוונה היתה לנסות להחזיר

את הפסיקה למצב בו מדמים את האדם מן הישוב לאדם הממוצע, ושלא יוצר מצב בו אדם מורשע ברשלנות בזמן שעשה מה שנהוג בחברה, כדוגמת **בש**.

המצדדים ברעיון מחשבה פלילית והתנהגות **סובייקטיבית** (דאונטולוגיה) המתחוללת בראשו של הנאשם, מנסים להוריד מאד את השפעתן של עבירות הרשלנות, בטענה שמקומן הוא בדיני הנזיקין, ולא בתחום הפלילי. אלו הם האנשים אשר עומדים מאחורי תיקון 39 ! מאידך, המאמינים בניתוח כלכלי של משפט פלילי, תועלתנות, דוקא יהיו מעוניינים לבסס את המשפט הפלילי על רשלנות. מבחינתם, מחשבה פלילית איננה רלוונטית.

חסידי השיטה הדאונטולוגית, מציעים את מודל **הרשלנות הסובייקטיבית**. בדיקת התכונות המסויימות של הנאשם, תכונות האישיות שלו, האם הוא סובל מליקוי נפשי שלא מאפשר לו לעמוד בסטנדרט של אדם מן הישוב. מבחינת **קונקרטיזציה**, במצב בו מועמדים לדין אנשי מקצוע, על ביהמ"ש לבחון אותו בנעליים של איש מקצוע ממוצע, מן הישוב, ולא ביחס לאדם מן הישוב.

**סעיף 21(2)**, כנאמר לעיל, מכיר באפשרות של **נטילת סיכונים סבירים** אף אם הם מביאים לתוצאות קשות. המדובר באדם שלא מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי, בזמן שהאדם מן הישוב כן מודע אליהם, ובכל-זאת הוא יזוכה מכיוון שהסיכון שהוא נטל הוא סיכון סביר. נהיגה ברכב, שוטרים הנמצאים בפיזור הפגנות – אלו הן דוגמאות לסיכונים סבירים.

**ע"פ 364/78 צור נ' מ"י**: מדובר באנשים שיצאו לטייל בעזרת מדריך. בעקבות שטפון, שישה מהם נהרגו. השאלה שעלתה היא האם יציאה לטיול בתנאי מזג האוויר הנ"ל, יש בה משום להרשיע את מדריך הטיולים. ביהמ"ש קובע כי קיים אינטרס לצאת לטיולים בארץ, ויש לבחון האם הסיכון אשר נטל המדריך היה סביר. עצם הסיכון, קובע ביהמ"ש, מוכר, ולגיטימי. המדריך מזוכה.

כיצד נבחין בין סיכון סביר לבין סיכון בלתי סביר ? עפ"י הניתוח הכלכלי של המשפט (נוסחת Hand, תאוריית קוז וכו') סיכון יהיה סביר אם תוחלת התועלת עולה על תוחלת הנזק שבו.

לעניין רמת האחריות הנדרשת במשפט הפלילי לעומת דיני הנזיקין, עיין-ערך **פ"ד אבנת. השופטים מלץ ו-לוי** סבורים כי רמת האחריות במשפט הפלילי צריכה להיות גבוהה יותר.

### **האם הפרת חובה חקוקה עולה כדי רשלנות ?**

ישנם הרבה מאד חוקים, בעיקר בחקיקת משנה, הקובעים סטנדרטים להתנהגות ובצידן סנקציות על הפרתן. האם הפרת אותן הוראות, כשלעצמה, מהווה רשלנות ? היו הרבה מאד נסיונות להרשיע על סמך הפרת חובה חקוקה. פסק-הדין המרכזי בעניין הזה הוא פ"ד ליכטנשטיין, שם נקבע כי הסטנדרט שבחוק עשוי לשמש אמת מידה לעניין התנהגות סבירה, ההתנהגות הסבירה נחבנת לפי נסיבות כל מקרה, וישנם מקרים בהם דוקא אי-ציות להוראות מסויימות – היא ההתנהגות הסבירה. הטלת אחריות על הפרת חובה חקוקה, כמוה כהטלת אחריות ללא אשם.

סופם של דברים, שעצם הפרת החובה החקוקה היא אינדיקציה לרשלנות, אך עדיין הנאשם יכול להתגונן ולטעון שאין המדובר בהוראה הקובעת את סטנדרט ההתנהגות של האדם מן הישוב.

## **אחריות קפידה ואיסורים מוחלטים**

### **סעיף 22 לחוק העונשין.**

הסעיף נועד להסדיר את המצב אשר היה עד לתיקון 39. טרום התיקון, מבחינת דירוג העבירות, היו שלוש רמות – עבירות מחשבה פלילית, עבירות רשלנות, ועבירות איסור מוחלט. בעבירות של איסור מוחלט על התביעה להוכיח רק את היסוד העובדתי של העבירה, משזה הוכח, יורשע הנאשם – הוא איננו יכול להתגונן בטענות של העדר מחשבה פלילית. סוג הטענות אשר היו פתוחות לנאשמים היו טענות הקשורות ליסוד העובדתי, כגון **העדר שליטה** (העדר רציה), וטענות **קשר סיבתי** (בעבירות תוצאתיות).

מקור האיסורים המוחלטים הוא במשפט המקובל הפלילי באנגליה. כנאמר בתחילה, איסורים מוחלטים מקבלים צידוק בגישה התועלתנית, השמה דגש על מניעת הנזק. קרי, האזרח יכול לעשות ככל העולה על רוחו אך אסור שמעשיו יגיעו כדי עשיית נזק. עם החדירה של רעיונות דאונטולוגיים, המשפט הפלילי עובר מעקרון האחריות המוחלטת לעקרון האשם – הצורך להוכיח מחשבה פלילית סובייקטיבית אשר חייבת להתקיים בליבו של מבצע העבירה, בעת ביצועה. הדגש הוסת ממניעת נזק, למניעת התנהגות המלווה מחשבה פלילית. תיקון 39 מגלם את התפיסה של עקרון האשם.

תיקון 39 מביא את הגישה הזו לשיא בכך שהוא סוגר את הגולל על האפשרות ליצור עבירות אחריות מוחלטת חדשות. כוונת התיקון היתה לומר כי אין יותר אחריות מוחלטת, זו חלפה מן העולם ופינתה מקומה לאחריות הקפידה – זוהי דרגת המינימום להרשעה בפלילים, מכח **סעיף 22 לחוק. סעיפים קטנים (ב) ו-(ג)** מסבירים את ההבדל בין אחריות קפידה למוחלטת.

אחריות קפידה, משמעותה שהתביעה צריכה להוכיח את היסוד העובדתי של הנאשם, ואז עובר נטל הראיה אליו להוכיח כי לא נהג ברשלנות ועשה כמיטב יכולתו כדי למנוע את העבירה.

**ד"נ 11/65 גדיסי נ' היועמ"ש**: אדם אשר הבחין בתקלה בבלם הטרקטור שלו, הזמין תיקון לאותו פנס בלם. בהמשך היום כאשר נהג בטרקטור, התקלקל הפנס שוב (כנראה תוך כדי נסיעה) והוא נתפס והואשם בעבירה של אחריות מוחלטת (**סעיפים 142 ו-351 - לתקנות התעבורה**). גדיסי טען שפעל מעבר לאדם הממוצע, ובבוקרו של יום בדק את פנסיו האחוריים לפני הנסיעה! גדיסי טען להעדר רציה (העדר שליטה), מכיוון שכנראה קפצה אבן מן הכביש לפנס ושברה אותו. שנית טוען גדיסי, נותק הקשר הסיבתי בגלל התערבות גורם זר – האבן.

ביהמ"ש קבע כי הנהיגה היא מתוך רציה. בנוסף, ביהמ"ש קבע כי מדובר בעבירה התנהגותית, ואין מקום לטענות של קשר סיבתי, ומוסיף כי טענות של התערבות גורם זר לא תופסת כלפי פעולת טבע רגילה (האבן פוגעת בפנס).

גם כיום, בעבירה של אחריות מוחלטת, אם העבירה היא התנהגותית, אין מקום לטענות קשר סיבתי, אלא רק בעבירות תוצאתיות.

### "נקבע בדין"

"נקבע בדין" – לשון עבר או לשון עתיד ? הניתן להשתמש בפסק-דין או דין מן העבר ?

- בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין נאמר כי ההחלה תהא פרוספקטיבית בלבד.
- **פרופ' מרים גור-אריה** גורסת כי ההצעה שוללת מביהמ"ש האפשרות לקבוע בדרך פסיקתית את תנאי האחריות של העבירה.
- **רע"פ 26/97 לקס נ' מ"י**: השופט קדמי קובע כי לשונו של **סעיף 219 בפקודת מס-הכנסה**, אינו מאפשר להבין אם זו עבירה של מחשבה פלילית אם לאו. **השופטים קדמי ובייניש** מביעים את הדעה כי "**נקבע בדין**" **בחוק העונשין** משמעותו "נקבע לפני התיקון", אי-לכך יש להביא אסמכתא לכך **מלפני התיקון** שהאחריות בפקודת מס-הכנסה היא כזו או אחרת. מה ההגיון לכך שההגנה ביקשה להכיר בעבירה כעבירות אחריות קפידה ? התשובה מצויה **בסעיף קטן (ג) בסעיף 22 לחוק העונשין**, לפיו אף אם יורשע הנאשם, הוא **לא ישלח למאסר** (בהנחה שלא הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות).
- **רע"פ 1875/98 אורן בנגב מתכות נ' מ"י**: בתחילת הדיון, העבירות בהן הואשם הנאשם סווגו כעבירות של מחשבה פלילית. **השופט ברק**, באמרת אגב, סבור כי "נקבע בדין" משמעותו לרבות הלכה פסוקה המתחדשת מעת לעת. יש כאן משום סתירה **לפ"ד לקס**.

### סיכום

האם "**נקבע בדין**" יהיה כמאמר **השופט קדמי**, או **השופט ברק** ? ראשית, אין לשכוח את השיקול הפרקטי, לפיו אם לא נשאיר שיקול דעת לביהמ"ש, יהיה צורך לסרוק את כל החקיקה ולעבור עבירה עבירה ולקבוע לגביהן האם אלו עבירות אחריות קפידה, אם לאו. מאידך, עומד עקרון החוקיות, וברור שהעקרון העומד מאחורי **סעיף 22** היה לצלם את המצב החוקי ולהקפיא אותו, ובכך ליצור סדר וקטגוריות ברורות – במקרה זה, הוודאות תהא גדולה יותר אם ישלל שיקול דעתו של ביהמ"ש.

### מאפייני עבירות האחריות הקפידה

ההבחנה הבסיסית העושים בעניין זה היא בין עבירות **Mala prohibita** (עבירות הסדר – דיני מס) לבין **Mala in se** (עבירות האסורות גם בלעדי הדין הפלילי – רצח, אונס).

- סביר להניח שבעבירות **prohibita** נזניח את הדרישה לקיומה של אחריות קפידה, וכן בעבירות **in se** ניתן לגיטימיות לעבירות אחריות קפידה.
- שיקול נוסף לקביעת עבירות כעבירות אחריות קפידה יהא בעבירות חוזרות ונשנות, כגון עבירות תעבורה, ובכך להקל על מלאכת התביעה.

- השיקול התועלתני גורס כי בעבירות prohibita, הסטיגמה הקשורה בהרשעה היא נמוכה, אך עדיין יכול להיות שעבירות אלה הסכנה הכרוכה בהן היא סכנה גדולה. השיקול של מניעת תאונות שקול במקרים רבים כנגד העקרון של פגיעה בנאשם ע"י אי-הוכחת היסוד הנפשי. קרי, במקרים אלו המשפט יכול לומר כי מה שמעניין אותו באמת הוא – מניעת הנזק.

### **"הלכה פסוקה"**

האם כל פסק-דין של כל ערכאה הוא בגדר "הלכה פסוקה"? רוב העבירות שנקבעו בהלכה כעבירות של אחריות מוחלטת הן של ערכאות נמוכות. אם כך, האם ביהמ"ש העליון לא יכול לקבוע מה יהא מצבן של עבירות ישנות, כפי שגרס השופט קדמי? האם הלכה פסוקה של ערכאה נמוכה יחייב כיום את ביהמ"ש העליון?

## **אחריות נגזרת - שותפות**

הרעיון מאחורי אחריות נגזרת הוא להגיע להרשעה מקום שבו לא מתקיימים כל מאפייני האחריות הפלילית. להבדיל מאחריות נגזרת, **ביצוע עיקרי** משמעותו מי שבאמת מבצע את הרכיב של היסוד העובדתי וגם את הרכיב של היסוד הנפשי של העבירה.

לעיתים המחוקק רצה לחרוג מכללי האחריות הנגזרת, ולכן קובע עבירות ספציפיות, כגון "הסתה", אשר למעשה היא עבירת שידול. אך לעיתים נמצא עבירות ספציפיות בנוגע להסתה, אשר הן עבירות עצמאיות ואין להחיל עליהן את כללי האחריות הנגזרת.

- האחריות הנגזרת לא דורשת ביצוע כל היסודות הנפשיים והעובדתיים של העבירה.
- אחריות נגזרת תלויה בביצוע העבירה, היא איננה קיימת כאשר העבירה לא מתבצעת. יש צורך בלפחות התחלת ביצוע של העבירה העקרית.

מה הדין כאשר ישנו ביצוע עיקרי מבחינה אובייקטיבית, אך יש מניעה מהרשעת המבצע העיקרי? אחת ההבחנות המרכזיות בדין האנגלו-אמריקאי, היא בין **הצדק ל-פטור**. נקודת ההנחה של החוק אומרת שמי שמגן על עצמו – מותר לו לנהוג כך, זהו צידוק. הגנות מסוג פטור, משמעותן היא שאנו חושבים כי המעשה אסור אך יש טעם לא להעניש בגינו, כגון ההגנה של אי-שפיות. יתכן כי ה"ויכוח" הזה רלוונטי גם לעניין מסייע, קרי, ניתן לומר כי המסייע למבצע שנהנה מהגנה מסוג פטור – יש הגיון להעמידו לדין. מאידך, המסייע למבצע שנהנה מהגנת הצידוק, אין להעמידו לדין.

### **עבירות שידול לזנות ו-סיוע להתאבדות**

אין בחוק עבירת התאבדות, אלא שהמחוקק קבע שישנה עבירה ספציפית של סיוע להתאבדות. אותו הכנ"ל לגבי זנות אשר איננה עבירה, אך שידול לזנות היא עבירה עצמאית.

- אחריות נגזרת מאפשרת "סיבוב" אחד, אין לגזור נגזרת שניה כגון סיוע לסיוע. יש לציין כי גם לכך ישנו סייג, כגון "נסיון לשידול".

## אפשרות לחרטה

סעיפי פטור עקב חרטה הוספו בתיקון 39, הם בעלי אופי קונטיננטלי מובהק. הסעיפים שונים לגבי נסיון ולגבי סיוע נגזר אחר, יש הבדל בתנאים, אך הרעיון הוא אחד – עידוד האנשים הנמצאים ב"פריפריה" של האחריות הפלילית, למנוע את ביצוע העבירה ע"י כך שיובטח להם שאם הם פועלים כדי למונעה, לא תוטל עליהם אחריות.

**בפרשת משולם** דובר על כך שניתנה הוראה לחסידיו של משולם להתחיל לירות לכיוון השוטרים באם הוא לא ישוב מפגישתו עם מפכ"ל המשטרה. לאחר קרב יריות בין חסידי משולם לבין המשטרה, נהרג אחד מן החסידים. חסידי משולם הואשמו בגרימת מוות, ומשולם הואשם גם כן כמבצע עיקרי לעבירה – וזאת למרות ה"אליבי" המושלם שלו.

**בדיון הנוסף בפרשת משולם**, כל שופט מרשיע את משולם כמבצע עיקרי, בהנמקות שונות.

מדוע אם כן לא להחיל את החרטה גם על המבצע העיקרי? כשמשולם נעצר ע"י המשטרה, העבירה טרם בוצעה. חלקו של משולם בכל העניין הסתיים עם הכניסו מאחורי סוגר וברית. מדוע החוק הפלילי מעניש אותו כמבצע עיקרי?

**ע"פ 401/99 מצראווה נ' מ"י**: מדובר באדם שלוקח בחורה שעומדת בתחנת אוטובוס ומבקשת לעצור טרמפ, הוא נוסע איתה וסוטה לשביל צדדי ומבקש ממנה לקיים יחסי מין. לאחר התנגדותה, הוא מנסה בכוח, למורת רוחו מסתבר כי הבחורה היא אתלטית מקצועית וזו מרביצה לו עד כדי שהוא בורח מן המקום. מצראווה מואשם בנסיון לאונס, והוא טוען לפטור עקב חרטה. מצראווה מביא ראיות כי הוא חזק מן הבחורה, ואם אכן היה רוצה, היה יכול לגבור עליה. ביהמ"ש קובע כי בכך אין **"אם הוכיח שמחפץ נפשו..."** כמאמר **סעיף 28 לחוק העונשין**.

בעבר, דינו של המסייע ודינו של המבצע היו זהים. כיום החוק מבדיל בין ביצוע עיקרי לבין סיוע, ולכן ישנו קושי בפסיקה הנובע מכך שאחרי תיקון 39, **בתי המשפט נדרשים לדייק ולהגדיר במפורש את מעמדו של כל צד לעבירה**. אחד הקשיים הנובעים מכך הוא שאם כל אחד מן השותפים יוכרו כמסייעים, לא יהיה ניתן להרשיע אף אחד מהם, כנאמר לעיל – חייבת להיות עבירה, ע"מ שהמסייעים לה יורשעו.

## העונש

העונש בנסיון, משוות לאחר תיקון 39, לענישה שבביצוע מושלם. המשמעות היא נטרול גורם המזל בדיני העונשין.

## צדדים לעבירה

### סעיף 29(א) - מבצע

הכלל הוא שכל אחד מן המבצעים בצוותא צריך לבצע חלק מן האקטוס ראוס של העבירה, אך לא את כולו.

החריג הוא כמובן מקרים כמו **משולם**, קרי, יתכנו מקרים שאנשים אשר לא נטלו חלק ביסוד העובדתי של העבירה יחשבו כמבצעים. אותו הדבר לגבי "טל" **בפרשת פלוני** (זריקת הרימון בשוק הקצבים). הפסיקה כיום נוטה לראות באותו "רב עבריינים" כמבצע במשותף.

### סעיף 34(א) – עבירה שונה או נוספת

כאשר עבירה נוספת מתבצעת אגב ביצוע עבירה אחרת:

- אם היתה **צפויה ע"י האדם מן הישוב**, שאר המבצעים ישאו אחריות בגינה. יש לציין כי אם העבירה היתה צפויה ע"י המבצעים בצוותא **עצמם**, ולא האדם מן הישוב, הם כלל לא נכנסים לגדר סעיף זה, אלא הם ימצאו כאחראים ישירים לעבירה, כאילו ביצעו אותה בעצמם.
- אם נעברה עבירה מסוג כוונה, שאר המבצעים ישאו אחריות בגינה ברמה של "אדישות", אם קיימת עבירה כזו כלל. כלומר, אם העבירה היא רצח (כוונה), המבצעים בצוותא יורשעו בהריגה (אדישות). כללו של דבר, יש צורך שבאותה העבירה תהיה אפשרות גם להרשעה באדישות, כי אם אין – המבצעים האחרים לא ישאו באחריות.

על פניו, המבצעים בצוותא הם **רשלניים** בלבד, אך החוק "משדרג" את המאנס-ראה שלהם ומעלה זאת לרמה של אדישות. אותם מבצעים בצוותא לא נטלו ולו חלק קטן ביסוד העובדתי של העבירה נוספת, ובכ"ז מורשעים. יש כאן מעין הרתעה כללית כלפי מבצעים בצוותא.

### מסייע - קשיים

- מבחינה אובייקטיבית אין צורך בתרומה לביצוע העבירה (ע"ע **פ"ד פוליאקוב**). המשמעות היא למעשה הכרה בנסיון לסייע, הכרה שעפ"י הכללים היא אסורה (נגזרת שניה).
- למילים "כדי לאפשר"<sup>4</sup> יש משמעות של **יחס תכליתי**. בע"פ **6327/97 פוליאקוב נ' מ"י, השופטים מצא וטירקל** מודעים לקושי שבסעיף, וקובעים כי המחשבה הפלילית הנדרשת מן המסייע היא מסוג **מודעות** בלבד, ללא יחס תכליתי. **השופט אנגלרד** מבקש לפרש את הסעיף עפ"י מילותיו הברורות, קרי נדרשת מודעות יחד עם יחס תכליתי. עם זאת, מוסיף **אנגלרד**, כדי להוציא את היחס התכליתי לפועל – העבירה חייבת להתבצע. עפ"י אנגלרד, **הלכת הצפיות** חלה במקרה זה, קרי, מי שידע כאפשרות קרובה לוודאי שמעשהו יסייע לביצוע העבירה – יורשע.

### מבחני הפסיקה להבדלה בין מבצע ל-מסייע

- החוק איננו נותן הגדרה או רשימה למצבים אשר יחשבו לביצוע או סיוע, מה שמאפשר לבתי המשפט לקבוע מבחנים בכוחות עצמם. **השופט חשין**, מביע עמדה לפיה המחוקק מכריח את ביהמ"ש להבחין בין המבצע למסייע, אך לא נותן כלים לעשות כן.
- מעגל פנימי (מבצע), מעגל חיצוני (מסייע).

<sup>4</sup> נוסחו המקורי של הסעיף מכיל את המילים "...שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע...", המילים "שהיה בו" הושטו ע"י יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט בטעות. בכך, ההלכה הקודמת לא שונתה, וכוונתם של מנסחי הסעיף לא יצאה לפועל, כוונה אשר דרשה מודעות בלבד.

- תרומה משנית, תרומה עיקרית.
- עקרון חלוקת העבודה.
- המבחן המשולב של **השופט מצא**.
- מבחן השליטה הפונקציונאלית – מבחנו של **פרופ' קרמניצר**, לפיו מי ששולט בפועל על ההתרחשות, הוא מבצע בצוותא.
- מבחן הגרימה – מבחנה של **פרופ' גור-אריה**, המבקשת לראות קשר סיבתי לתוצאה.

**ע"פ 6366/98 סולטאן נ' מ"י**: מלבד העובדה שמדובר מבחינה עובדתית במקרה יוצא דופן, רצח של נערה בדואית כאשר בפסק-הדין השופטים לא מגיעים למסקנה מוחלטת מי רצח אותה. השופטים קובעים כי גם מי שנותן הסכמה לרצח, שבה מבצע ההמתה זקוק להסכמה – יורשע כמבצע העיקרי, ולא כמסייע.

#### **ביצוע באמצעות אחר**

העקרון מאחורי ביצוע באמצעות אחר **בסעיף 29(ג) לחוק העונשין** הוא הרצון להרשיע אדם אשר השתמש בסוכן תמים לביצוע עבירה. החוק המבקש להרשיע את אותו המבצע באמצעות אחר, כמבצע, ולא כמשדל.

**פרופ' גור-אריה** מעוניינת להשתמש בסעיף זה כדי לפתור את הבעיה הקשורה ל"**רב עבריינים**". לדידה, אין כיום כלי פרשני המאפשר להתמודד עם אדם שכזה, השולט בשטח אך משאיר ידיו נקיות. בתי המשפט, כדי להמנע מלסווג את אותו רב עבריינים כמשדל, עושים מאמץ כדי להכניסו לגדר מבצע בצוותא.

#### **משדל**

שידול איננה עבירה בפני עצמה, אלא צורה של אחריות נגזרת. **בסעיף 30 לחוק העונשין** אין דרישה ליחס תכליתי. לכאורה, שידול דורש רק מודעות. בפסיקה הקודמת לתיקון 39, ישנה דרישה ליחס תכליתי מצד המשדל, קרי, שהוא התכוון לכך. מנסחי תיקון 39 ביקשו בעצם להכיר בשידול על-סמך **מודעות בלבד**, ללא יחס תכליתי.

יש לציין כי נדרשת **זיקה סיבתית** (מעין קשר סיבתי, אך לא אותם המבחנים) בין דברי השידול לבין ביצוע העבירה, מלשון הסעיף – "**המביא אחר לידי עשיית עבירה**".

#### **עבירת הקשר – האם חל שינוי בעקבות תיקון 39 ?**

**סעיפים 499 ו-500** – הם סעיפי הקשר. עבירת הקשר היא מסוג אותן עבירות שאינן נגזרות אלא עבירה העומדת בפני עצמה.

טרם תיקון 39, לעבירת הקשר היו **שני יסודות**:

- **יסוד ההתקשרות** – היסוד העובדתי היחיד, "**הקושר קשר עם אדם**".
- **כוונה להתקשר ולהגשים את מטרות הקשר** – יסוד נפשי מוגבר מאד. ישנה 'החמרה' עם היסוד הנפשי מכיוון שהיסוד העובדתי הוא קל מאד.



הקשר מתייחס לשלב בו קבוצת אנשים יושבים ומתכננים לעשות את העבירה. בשלב זה, העבירה מושלמת, אף אם הקושרים עזבו זה את זה ולא ביצעו את אותה העבירה המתוכננת. אי-לכך, אין חרטה על עבירה זו, מכיוון שאין חרטה על ביצוע מושלם.

בעקבות תיקון 39, בוטלה "האחריות הסולידרית" של קושרים. הכלל לפני תיקון 39 היה שכל אחד מן הקושרים אחראי לכל עבירה שנעברה בידי קושר אחר בזמן קיום הקשר ולשם קידומו, אפילו נעברה בלי השתתפותו ובלי ידיעתו. התנאי היחיד הוא שאותה עבירה היא תוצאה אפשרית וטבעית מן הקשר. הפסיקה, השתמשה בכלל זה כדי להרשיע מי מחברי הקבוצה בגין עבירות שלא עשו.

כיום, לאחר התיקון 39, בוטל הסעיף המאפשר כלל זה. במקומו, הוסף **סעיף 499(ב)** הקובע כי הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה.

על-פניו, כוונת התיקון היתה פשוטה, אך הבעיה היא שהפסיקה עדיין לא מסוגלת להשתחרר לגמרי מן ההגבלה האוסרת עליה להשתמש בכלל האחריות הסולידרית (ע"ע **פ"פ 1300/98 סיריצקי נ' מ"י**; פרשת שוק הקצבים).

## **נסיון**

עיקר השינוי מאז התיקון 39, בוטל העונש הספציפי על עבירת נסיון. בנוסף, בוטל גורם המזל. היינו, המואשם בנסיון יוענש כמואשם בעבירה.

**סעיף 27**, בכל-זאת קובע עונש מיוחד על נסיון.

**סעיף 28** מאפשר פטור עקב חרטה. **בפ"ד מצרוואה** נקבע כי חרטה תהא רק מתוך מניעים פליליים – "מחפץ נפשו".

**שלבי העבירה: הכנה; נסיון; ביצוע מושלם.**

השאלה העולה תמיד היא היכן קו הגבול? מתי מעשה חורג מגדר הכנה ונכנס לתוך ה"ביצוע"?

נקודת המוצא מורכבת משני מבחנים, **בפ"ד רובינזון** (1915) נקבע כי **כלל המעשה האחרון ומבחן הסרט האילם**.

- **כלל המעשה האחרון** – נבדוק את המעשה הדרוש לביצוע העבירה המושלמת. נסיון יהיה ביצוע מושלם, פחות צעד אחד אחורה. מעט החסר מן העבירה.
- **כלל הסרט האילם** – מתי הצופה הרואה את התרחשות הארועים יוכל לאמר שנעשה מעשה מגמתי להגשמת העבירה.

**ע"פ 115/77 לב נ' מ"י :** מנהלי חברה הואשמו בקבלת דבר במרמה. השופטת בן פורת מצטטת את מבחני פס"ד רובינסון. קובעת שיש נסיון לקבל דבר במרמה גם אם תעודה לא הגיעה ליעד סופי.

**ע"פ 180/83 סרור נ' מ"י :** הרשעה בנסיון לרצח באמצעות רימון. הודה במשטרה על רצונו "לגמור אותו". נשא עימו שני רימונים. קבעו להיפגש. נגרם פיצוץ עקב תקיפת האדם השני, בהיות הרימון ללא ניצרה. הכלל מפס"ד רובינסון נדחה. גם אם צריך עוד מעשה לביצוע זריקת הרימון – נקבע בנסיון ולא כהכנה. לכן הורשע בנסיון לרצח.

**ע"פ 400/88 עיסא עית' נ' מ"י :** השופט מצא סבור כי האקטוס ראוס של נסיון צריך להתבטא בעשיית חולייה בשרשרת מעשים המרכיבים את הנסיון הפיזי של העבירה אחרת זו הכנה בלבד.

**ע"פ 5150/93 פאיז סריי נ' מ"י :** הנאשם תופס מתלוננת מנסה לאונסה. היא נאבקה בו. מכונית המגיעה מברחה אותה. טענתו היא ניתן להרשיעו בנסיון לתקיפה, אך לא אונס, שכן לא הופשטה. **השופט ברק** סבור כי אין צורך שהמעשה יהיה המעשה האחרון, הסופי או המכריע. צריך שתהיה תנועה מעבר להכנה, חלק מביצוע המקדם לקראת ביצוע העבירה.

**פ"ד נחושתן :** נסיון להשתלט על שוק המעליות ע"י יצירת הסדר כובל. לגבי אחת החברות המתלוננות, מציעים מנהלים בנח' להתקשר בהסדר כובל. השיחות מוקלטות ע"י המשטרה. **העבירה :** יצירת הסדר כובל. האם ההצעה מהווה נסיון ? **השופט קדמי** סבור כי בהצעת העבירה יש נסיון, במיוחד שהתוספו לו דברי שידול. בנסיון יש להראות מעשה המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך לגלות בצורה חד-משמעית את כוונת העבריין (מצטט מפ"ד לוי). צריך שהחברה האחרת תסכים – שיתוף פעולה מחוייב כאן.

#### מהי דרישת המחשבה הפלילית לגבי נסיון ?

"אם במטרה לבצעה" – **סעיף 25. השופט ברק בפ"ד סריס** קובע כי הנדרש הוא בעלי היסוד הנפשי הדרוש לעבירה המושלמת + מטרה להשלמת העבירה. האם כל החל על עבירת מטרה חל כאן ? מה לגבי הדרישה לחלק את העבירות להתנהגותיות ותוצאתיות ? לעבירה התנהגותית לא צריך יסוד חפצי, מספיקה התנהגות. נסיון יש לכל עבירות. **סעיף 25** קובע "כדי להרשיע... בעבירה התנהגותית" – מהי מטרה לבצע עבירה התנהגותית ? אדם היוצא לבצע עבירה לא יודע את סופה. **פרופ' פלר** מודע לקושי ואומר בספרו שלא נדרוש יסוד חפצי לכוונה בעבירה התנהגותית. בעבירה תוצאתית נדרוש שמבצע העבירה יתכוון לתוצאה. **הסתייגותו לא באה לידי ביטוי בניסוח הסעיף.**

**ע"פ 675/88 גרציאנו נ' מ"י :** אדם חושב שהוא מבצע עבירה, אך לא כך היא. המשטרה החליפה חבילת סם לחבילה בעלת כמות מזערית, לא כמות מסחרית. הוא הורשע בהחזקת כל הכמות. **סעיף 26** נועד להתגבר על מצבים מסוג זה. לכן גרציאנו הורשע בנסיון.