

מטרת המשפט הפלילי:

המשפט הפלילי בא להגדיר נורמות התנהגות כדי לשמור על האינטרסים הבסיסיים של החברה באמצעות כללי התנהגות מוגדרים מראש.

כיצד אוכפים נורמות התנהגות? מגדירים כללים של **התנהגות** ולצידם קבועה הסנקציה- **העונש**. הטלת אחריות פלילית פוגעת בזכויות בסיסיות ולכן, לא כל עוולה ומעשה יצדיקו הפללה, גם אם הם לא ראויים ו / או לא מוסריים. **אין חפיפה בין מוסר למשפט הפלילי**. המוסר רחב יותר ממשפט פלילי.

חלק א- מבוא

1. דיני עונשין (הדין המהותי)

ייחודו של המשפט הפלילי ומטרותיו:

המטרה המרכזית של המשפט הפלילי היא להגן על ערכים חברתיים שהחברה מצאה לנכון להטיל אחריות פלילית שמלווה בסנקציה בגין הפגיעה בהם. ("ערכים חברתיים מוגנים").

מדוע אנו זקוקים למשפט הפלילי?

תיאוריית האמנה החברתית של הובס מציגה את ההיסטוריה האנושית ככזו הסובבת סביב צבירת כוח והישרדות. על פי תיאוריה זו, כל האנשים מפקידים את הזכויות שלהם ללא יוצא מן הכלל בידי גוף מרכזי – הריבון – אשר לו הסמכות להסדיר את כללי ההתנהגות בחברה. על פי תיאוריה זו, המשפט הפלילי הוא דרך ליצירת הסטאטוס קוו החברתי. הטכניקה היא באמצעות **עבירות פליליות**.

עבירה פלילית מגדירה התנהגות אנטי-חברתית המעמידה בסכנה "ערך חברתי מוגן".

כאשר אדם פוגע בערך חברתי **המדינה היא התובעת** ולא הקורבן וזאת גם אם הפגיעה בוצעה בהסכמה. פגיעת הנאשם בחברה כולה היא המאפיין המייחד את המשפט הפלילי מיתר ענפי המשפט והסיבה שבגינה דיני עונשין הם חלק מהמשפט הציבורי.

ההשלכות הנובעות מהיות המשפט הפלילי חלק מהמשפט הציבורי ולא חלק מהמשפט האזרחי:

1. **סטיגמה** – נאשם בפלילים "זוכה" לאות קלון וגינוי. עצם חווית ההליך הפלילי, אפילו ללא תלות בתוצאתו מהווה סוג של עונש, מביישת ופוגענית.
עיקרון השיוריות במשפט הפלילי: יש לנקוט בחיזוק עבירות פליליות רק כאשר מוצו כל האמצעים האחרים וזאת בשל תפיסת המשפט הפלילי כ"כלי דרקוני".
2. **אחריות פלילית מותנית בקיומה של אשמה** – עיקרון האשמה הינו עיקרון מפתח במשפט הפלילי. הוא מבוסס על התפיסה שאין להטיל על אדם אחריות פלילית אם ביצע את העבירה שלא באשמתו.
3. **מבנה ההליך הפלילי והצדדים להליך** – המדינה היא התובעת וזאת מתוך תפיסה שהעבירה פוגעת בכל החברה (גישה זו הפקיעה לחלוטין את השליטה מידי של הקורבן).
4. **מידת ההוכחה** – במשפט הפלילי נדרשת הוכחה **מעבר לספק סביר** בעוד במשפט האזרחי נדרשת הוכחה של 50%+1.

תפקידי הנורמה הפלילית (העבירה) כוללים שלושה מישורים:

1. **כלל התנהגות** – העברת מסר לאזרח – מהי התנהגות אסורה וכיצד יש לנהוג (מפאת הכבוד לחוק).
2. **איום בעונש** – יצירת איום ברור לעונש במטרה להבטיח ציות לחוק. (הרתעה)
3. **כלל הכרעה** – הדרכת השופטים, לאחר שאדם ביצע עבירה פלילית, מהו העונש הראוי שיש להשית עליו.
ניסוח העבירה כולל בד"כ את שלושת המישורים. דוגמא: סעיף 448 - הצתה: "המשלח אש במזיד בדבר לא לו, דינו – מאסר חמש עשרה שנים" – שילוב שלושת המישורים (כלל התנהגות – אסור לשלח אש במזיד, **איום בעונש** – מאסר, **כלל הכרעה** – תקופת מאסר של 15 שנים).

למה לא משתמשים בדיני העונשין לכל שקר למשל?

1. בגלל **עיקרון השיוריות** (מוזכר לעיל).
2. בגלל **עקרון הנזק** – הפללה מבלי שנגרם נזק היא מצב בעייתי וקשה להגן על עמדה כזו.

בסיסי ההפללה

מהן ההצדקות (בסיסי ההפללה) העיקריות להטיל על אדם התנהגות פלילית:

1. **"עיקרון הנזק"** – ישנו קונצנזוס כי ניתן להגביל חירויות בכדי למנוע נזקים של אדם בחברו או של אדם במוסדות החברה או עקרונות חברתיים.
2. **אכיפת המוסר** – עיגון נורמה פלילית על התנהגות שלא גורמת נזק לאף אחד, רק כיוון והיא מנוגדת למוסר. (לדוג' איסור על קיום יחסים הומוסקסואליים בעבר).
3. **עקרון הפטרנליזם** – מטרתו להגן על אדם שלא יגרום נזק לעצמו.
4. **פגיעה ברגשות** – התנהגות פרובוקטיבית בקרב סביבה דתית (למשל סעיף 172 לחוק).
[דוג' - שותף לעבודה (פרטנר) זרק כיסא על שותפו ופצע אותו (מעשה לא מוסרי), בביהמ"ש תבע פיצויים על נזק שנגרם לו (נזק) ופגיעה ברגשותיו (רגשות)].

שיקולים נוספים טרם השימוש במשפט הפלילי:

- א. עקרון המינימליות - המשפט הפלילי צריך להישמר לפגיעות החמורות יותר.
- ב. יעילות ההפלה - פרקטיות - לבדוק אם הרווח מחקיקה פלילית עולה על ההפסד. (כיבוד אב ואם)
- ג. לא ניצור עבירות שרחוקות בהגדרתן מהתפיסה המקובלת בחברה. (חוקי היובש)

שתי גישות לגבי מהות האיסורים הפליליים

גישה דאונטולוגית גמולית (מבוססת על קאנט) מבקשת להטיל אחריות פלילית על מעשה שבעצם טיבו הוא פסול ללא קשר לתוצאותיו.

גישה תועלתנית: מנסה לבדוק איזה הסדר יביא למקסימום תועלת ומניעת נזקים.



החלק המשותף נקרא כאמור **Mala per se** (=רע כשלעצמו). עבירות לא מוסריות כמו רצח, אונס וגניבה, אך בסיס ההפלה הוא לרוב לא משום שהמעשה איננו מוסרי, אלא כיוון שהוא גורם נזק. עבירות שמכונות **Mala prohibita** (=רע מכוח איסור) ששואפות לשמור על הסדר הציבורי ומניעת נזקים ואין משום פגיעה מוסרית. לדוג' **סעיף 493** - עיבוד אדמה בסמוך לדרך ציבורית: "הזורע... השפה החיצונית של דרך ציבורית, ואין לו הרשאה, דינו - מאסר חודש ימים".

ביקורת על קיומן של נורמות פליליות מסוג **Mala prohibita**: הציבור עלול לסבור כי האיסורים הפליליים נובעים מהחלטות שרירותיות והדבר יוביל לפגיעה ברמת הכבוד והציות לחוק (לדוג' חוקי יובש בארה"ב - כמו איסור בשתיית אלכוהול) הציבור לא יציית לאיסור הפלילי.

פטרנליזם - האם ראוי ומותר להשתמש במשפט הפלילי כדי לאסור על אנשים לגרום נזק לעצמם? (לדוג' הימורים). ניתן לטעון כי מעשים אלו מסבים גם נזק לחברה. הימורים -- נטל על רשויות הרווחה. **פרופסור הארט** סבר שפטרנליזם הוא בסיס הפלה הולם בגלל שהוא כולל את עיקרון הנזק.

משפט ותרבות - תוכן של הנורמות הפליליות תלוי תרבות ותקופה. כך ניתן לראות איסורים פליליים שנעלמים מהחקיקה או איסורים ה"נולדים" עם הזמן. **נדגים**:

1. **הימורים** - בארץ-אסור בחו"ל-מותר.
2. **שינויים בתוך ישראל עצמה** - קיום יחסים הומוסקסואליים בעבר-אסור, היום-מותר.
3. עבירות "מודרניות"- הלבנת הון, עבירות מחשבים, חוק מאבק בארגוני פשיעה.

הצדקות הענישה (מטרות הענישה)

תורות מוסר שונות המנסות להצדיק מבחינה ערכית את הענישה:

1. תורת הגמול Retribution - מטרת הענישה היא לעשות צדק במבט צופה פני עבר (מזכיר את הרעיון של "עין תחת עין"). **קאנט** טוען כי גם במצב שבו מדינה עומדת לסגור שעריה בעוד מספר שעות, עדיין יש לגמול לרוצח על מעשיו מתוך רעיון הצדק. על פי תיאוריית הגמול, יש להתאים את העונש לחומרת הפגיעה ולרמת האשמה של הנאשם. -מה שנקרא שיהיה FER.

חסרונות התיאוריה:

- לא מקיפה - נותנת מענה רק לעבירות מוסריות ולא לעבירות שבאות מכוח האיסור (Mala Prohibita).
- נקמה גרידא - לא מונעת את ביצוע העבירה בעתיד ואינה מאפשרת שיקום של העבריין. גישה נקמנית. ע"פ גישה זו כאשר אדם נוקם ברעהו זה לא תקין, אך כשהמדינה נוקמת זה בסדר! כיוון שבנקמה של אנשים פרטיים, אין התאמה בין העונש לבין חומרת הפגיעה ורמת האשמה של הנאשם. תיאוריית הגמול מסבירה כי במנגנון שיפוטי מסודר, כל אדם מקבל כגמולו, ע"י הליך משפטי הוגן.

2. תיאוריית התועלתנות Utility - בחברה מודרנית מטרת המדינה למקסם את התועלת והאושר לפרטים בחברה. עם זאת, הסבל יהיה מוצדק כאשר הוא יגרום בטווח הרחב יותר להפחתת סבל אחר על ידי הרתעה ועל ידי מניעת ביצוע עבירות נוספות.

גישה זו מכירה במספר טכניקות למניעת עבירות:

- **הרתעה ספציפית** - מצדיקה את העונש על מנת להרתיע את הנאשם הספציפי שביצע את העבירה מלחזור על מעשיו האסורים (קושי: עבריינים שחוזרים על עבירתם)
- **שיקום** - מוצדק להטיל על אדם עונש מתוך תקווה שדווקא העונש עצמו יגרום לעבריין להשתקם. [תורת משפט טיפולי - התרופה לעבירה, איננה חייבת להיות בדמות עונש. תורת המשפט הטיפולי גורסת כי עבריינים מסוג מסוים נדרשים לעבור תהליך כדי להשתקם (נדגים: עברייני משפחה).
- **מניעה** - המטרה למנוע מהעבריין לחזור פיסית על מעשיו (קושי: אם הוא לא יעשה זאת שוב)

הרתעת הכלל – להעביר מסר לכלל הפרטים בחברה שאל להם לנהוג כמו הנאשם, כי אז סופם יהיה זהה. (קושי : אשמת אדם חף מפשע)

תיקון 113 - הבניית שיקול דעת שיפוטי בענישה

השיקול הגמולי הוא שיקול עליון ורק אז התועלתנות כנוסחא מאזנת. העקרון הבולט בתיקון הוא **עקרון ההלימה**, שמטרתו לנסות למצוא הלימה בין המעשה לבין העונש.

נקבע את מתחם ההלימה לפי ס' 40 ג' (א) שמפנה לס' 40 ט'.

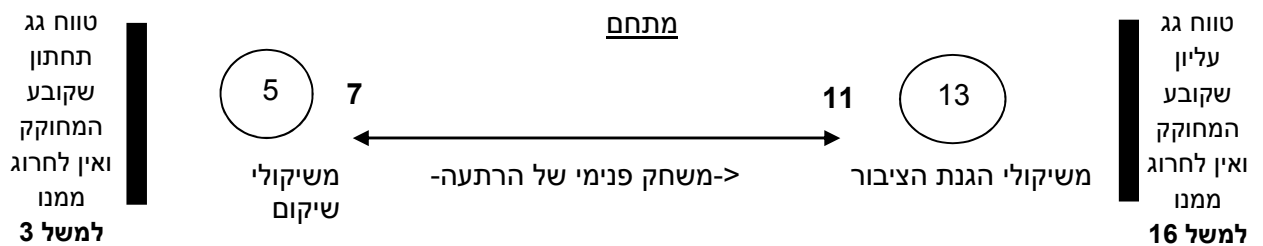
ס' 40 ב' - העיקרון המנחה הוא יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמתו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו. חריגים לסטייה מעקרון ההלימה : **מניעה ושיקום**. בסעיף קטן (ב) נאמר שביהמ"ש רשאי לחרוג ממתחם ההלימה מתחת למינימום (עקב שיקום) או מעל למקסימום (עקב הגנה על שלום הציבור). **שיקולי הרתעה לא מצדיקים לסטות מעקרון ההלימה.**

ס' 40 ו' ג' - על ביהמ"ש להתחשב בערך החברתי שנפגע, ובמידת הפגיעה. (מיליון ₪ או 1 ₪)

הצעה ס' 40 ז' - נסיבות שלא קשורות למעשה העבירה עצמו כמו העבר הפלילי שלו.

בעקבות הצעת החוק הושמט לחלוטין הרעיון של עונשי מוצא. חומרת העבירה ומידת האשמה יקבעו ע"י ביהמ"ש במקרה הקונקרטי וחומרה לא תקבע מראש.

ס' 40 ט' - פירוט מדיניות הענישה הנוהגת ונסיבות המופיעות בצורת רשימה של נסיבות שחובה להתחשב בהן אך משקלן ייקבע ע"י ביהמ"ש.



3. עיקרון החוקיות

מעיקרון החוקיות אנו לומדים שלושה עקרונות משמעותיים:

1. התנהגות מוגדרת כעבירה פלילית רק בחוק (ולא בפסיקה).
2. החוק חייב להיות בתוקף בזמן הביצוע (לא רטרואקטיבי).
3. החוק חייב להיות בתוקף במקום הביצוע (טריטוריאלי).

הרציונאליים שעומדים בבסיס עיקרון החוקיות:

1. **הגינות** – הריבון לא יכול לצפות מן הפרט לכלכל את צעדיו, מבלי שהכריז ע"י חוק מה אסור ומותר.
2. **יעילות וקידום הרתעה** – אדם ידע מראש איזו התנהגות מוגדרת כעבירה פלילית ומה העונש בגינה ובכך הדבר יהווה איום על הפרט,
3. **שמירה על התכלית המניעתית והחינוכית של דיני העונשין בהכוונת התנהגות** – כדי להכווין התנהגות, יש להגדיר מראש (ולא בדיעבד) איזו התנהגות נחשבת עבירה פלילית.
4. **שמירה על שלטון החוק** – כשהמחוקק הוא היחיד שקובע את העבירות בדיני העונשין וביהמ"ש אחראי רק על יישומן, יוצרים מחד גבול ברור בין הרשויות ומאידך מצב של בקרה ואיזון.
5. **מניעת חשש מפני שרירותיות, "שוויון בפני החוק"** – למנוע מצב של יישום הדין לפי ראות השופט, אשר עלול ליצור זילות, חוסר אמון ומצב של איפה ואיפה, קיים צורך שהמחוקק יתווה כללים אחידים וברורים לכל השופטים בדבר הנורמות הפליליות האסורות.
6. **העיקרון המגוון (Fletcher פ')** – הגנה על זכויות הפרט - אם חוק פלילי לא היה נקבע בהכרח ע"י המחוקק, היה יכול להיווצר מצב שבו בתי המשפט יכולים להפליל בגין עבירות פליליות כל אדם מבלי לדאוג להבטחה מינימאלית של זכויות הפרט. **דוגמאות:** גרמניה הנאצית, ברית המועצות.

מעמדו של עיקרון החוקיות: עיקרון בעל מעמד חוקתי בישראל המעוגן בתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3.1 היבטים של עיקרון החוקיות:

1. **עבירה תיקבע בחוק בלבד (איסור על "חקיקה שיפוטית")** – עיקרון זה הוכר תחילה בפסיקה (פס"ד אש"ד). ולאחר התיקון, **בסעיף 1** לחוק העונשין. מתוך כלל זה נגזרים שני כללי משנה:
 - א. אם אין עבירה בחוק, אז כל מה שלא מוגדר בחוק – מותר.
 - ב. לביהמ"ש אסור ליצור "עבירות מהדין" – אסור לו לבצע חקיקה שיפוטית. אומנם ידוע שביהמ"ש יכול להשלים חוסר (חקיקה שיפוטית) במשפט האזרחי אך במשפט הפלילי אין הוא יכול.
- לפיכך, עבירות ועונשים – נקבעים רק בחיקוק, סייגים – יכולים להיקבע ע"י ביהמ"ש (בניגוד לתיקון).

הביטוי "על פיו" בסעיף 1 מדבר על חקיקת משנה (ממשלה)-דבר זה נובע משיקולי יעילות.

2. **בהירות בניסוח החוק** – הגדרה מפורשת, מדויקת וחד משמעית של העבירה, כך שלא תהיה עמימות. דוג' לחוסר בהירות- "מתנהג באופן פרוץ או מגונה במקום ציבורי", מה זה פרוץ?

עבירות מעורפלות ועמומות אינן הוגנות ואינן מרתיעות. הן מאפשרות לשופט לקבוע את היקף העבירה ופריסתה ונותנות בכך לגיטימציה לפרשנות שיפוטית, המכרסמת בעיקרון החוקיות.

פס"ד רלוונטים:

פס"ד אש"ד [1954] – אש"ד (כיום אגד) הואשמה בכך שהשביתה ללא הצדקה את תנועת האוטובוסים, הוחלט להעמידה לדין בגין "נזק ציבורי". הסעיף שבגינו הואשמה אש"ד היה לא ברור ובכך פגע בעקרון החוקיות. השופטים ריסנו את עצמם ולא הגדירו את החוק. הבעיות בעבירות לא ברורות הינן:

1. **חשין**: עיקרון פרוטקטיבי – פגיעה בזכות היסוד של האדם, לעשות כאוות נפשו, כל עוד לא אסרו עליו לעשות זאת. 2. פגיעה בעיקרון הוודאות – אם אנשים לא ידעו מראש מה מותר ומה אסור, יפגע עיקרון הוודאות. 3. נפגע הרעיון של הכוונת התנהגות והאיסור הפלילי מוחל רטרואקטיבית על הנאשם שלא ידע בזמן הקיום כיצד עליו להתנהג. **זילברג (מיעוט)**: כאשר המחוקק שכח לאסור התנהגות מסוימת כעבירה, נעדיף לתת לעבריין לחמוק וליהנות מההפקר, משום שאסור להעניש אדם לאחר מעשה מבלי שהזרנו אותו טרם לכן.

הפיתרונות שחשין וזילברג הציעו לבעייתיות של עבירת התקלה הציבורית **בפס"ד אש"ד**:

כיום אם הסעיף היה קיים ונחקק לאחר 1992 אז חשין וזילברג היו מבטלים אותו כיוון שהוא פוגע בעקרון החוקיות אך ברק אומר שכיום לא צריך וביהמ"ש יכול לבצע פרשנות.

חשין: מסרב לצקת פרשנות אחת דווקנית לעבירה, כיוון ורק המחוקק רשאי לכך. הוא מציע כי בכל מקרה ומקרה יחליטו השופטים כיצד לפרש את העבירה. (חיסרון- פגיעה בשוויון בפני החוק). כאשר יש סעיף לא ברור נפגעים כלל ההתנהגות (לאזרח) וכלל הכרעה (לשופטים).

זילברג: נוקט בפשרה. הוא מעדיף לקבוע פרשנות קבועה שתחול על כולם, אך כדי לרכך את הפגיעה באזרח הוא מחליט לאמץ את העיקרון של "פרשנות מצמצמת" כך שהמונח העמום יפורש באופן שיצמצם את היקף האיסור הפלילי. במקרה שלנו תקלה הציבורית-רק מרשות ציבורית.

המרצה: היה ניתן לקבוע פרשנות שתחול מכאן ואילך (ולא על המקרה הנוכחי). בכך היו מושגים הגינות, שוויון בפני החוק והכוונת האזרח. עם זאת, עדיין היה נפגע שלטון החוק.

פס"ד שבס [2003] – אחרי פס"ד אש"ד, הגיע פרשת שבס, מנכ"ל משרד ראש הממשלה-

שבס הועמד לדין בשל עבירת מרמה והפרת אמונים הקובעת כי "אסור לעובד ציבור לעשות במילוי תפקידו מעשה של מרמה והפרת אמונים הפוגע בציבור". שבס טען כי ליבת מעשיו הייתה ניגוד עניינים. כיוון שמעשיו יכולים להיות יעילים לכל הצדדים- זה לא פוגע בציבור. בגלל חוסר הבהירות נערך דיון נוסף שעסק ביסודות עבירת מרמה והפרת אמונים. **אהרון ברק** – הפרשנות לא צריכה להיות מרחיבה מדי וגם לא מצומצמת מדי. כלומר יש החלה רטרואקטיבית של הנורמה האוסרת מה שפוגע בעיקרון החוקיות.

חשין מאידך אומר שהעבירה הזו ממילא מצומצמת מאוד להיקף צר של אנשים (עובדי ציבור) ולכן העמימות שלה פוגעת בעיקרון החוקיות פחות מאשר עבירות אחרות. (בניגוד לאש"ד)

סוגיית הפרשנות בפלילים

אז מה עושים עם עבירה שפוגעת בעיקרון החוקיות? באופן עקרוני, ככל שביהמ"ש נותן פרשנות רחבה יותר כך הוא פוגע בעיקרון החוקיות. במצב של ספק להקל או להחמיר הלכו לטובת הנאשם.

פס"ד בר שלום ששם היה שלט חנייה לא ברור. עיקרון החוקיות נכנס פה כי הנורמה לא יכולה להיות כזו שמשמעת לשת פנים [מי שישלם את המחיר זו הרשות ולא הנאשם].

פס"ד אהובה לוי נ' מ"י נהגה עם אוזניה אחת באוזנה שהסעיף שבגינו הואשמה דיבר על 2 אוזניים. **השופט קדמי** הסביר שלשיטתו – מטרת המחוקק היתה למנוע "התנתקות" של הנהוג ולא "כרסום" בריכוז שלו ע"י אוזניה אחת. ניתן לפרש את ההוראה בשתי הפרשנויות ולכן להקל על הנאשמת. **תמיהה**: הפס"ד קרה לאחר התיקון הקבוע **בס' 34א** שהולכים לפרשנות מקלה- לא הזכר בפס"ד.

המעבר מתפיסה דווקנית לפרשנות גמישה (השופט ברק) באמצע שנות ה-80 בפס"ד מזרחי שם המערער, אסיר שקיבל חופשה קצרה, לא שב לבית הכלא בתום חופשתו. **ברק** פסק כי "יש לפרש על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה" ולפיכך מרשיע אותו בבריחה.

חלק ב- פרקטיקה

4. יסודות העבירה – מבוא

סעיף 34(כד) הוא סעיף כללי של הגדרות הכולל רשימת ביטויים ומונחים שרלוונטיים לכל העבירות הספציפיות, לכן עבירה הכוללת ביטוי שמופיע בסעיף 34(כד) נפנה גם אליו-מומלץ תמיד לבדוק.

עם זאת, נדגיש כי נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית ולכן אם קיימת הגדרה של המונח בנורמה האוסרת עצמה, היא זו שתקבל את הבכורה.

סיווג העבירה - סעיף 24 הנמצא בחלק הכללי מחלק את העבירות הפליליות לפשע < עוון < חטא.

[סימן "כד". לשבור על הראש של מישהו(פשע), לגנוב את הכד(עוון), לקלל את הכד(חטא)]

מקובל לומר שבכל עבירה פלילית יש ארבעה רכיבים:

1. **עושה העבירה** – אדם חייב להיות בעל כשרות פלילית – **בגיר** (מעל גיל 12), **שפוי בדעתו** (=בעל יכולת להבין את משמעות מעשיו) ו**בעל שליטה על מעשיו**.
2. **אובייקט העבירה** – ערך מוגן שהעבירה נוצרה כדי לשמור עליו. ישנן דרגות שונות לערכים מוגנים, לדוג' הערך של חיי אדם נתפס כערך עליון- ולכן אפילו על מעשה ברשלנות הנאשם ישלם על כך.
3. **יסוד עובדתי (Actus Reus)** – רכיב התנהגותי (מעשה / מחדל), נסיבות, תוצאה. היסוד העובדתי משקף את הביטוי החיצוני / האובייקטיבי של **ההתנהגות** שהנאשם ביצע. **הנסיבות** הנלוות להתנהגות הפלילית – אלו הן נסיבות שצריכות להתקיים במציאות לשכלול העבירה.
4. **יסוד נפשי (Mens Rea)** – הלך הנפש שמלווה את התנהגות הנאשם. היסוד הנפשי הוא **המצב התודעתי** בו היה שרוי מבצע העבירה בעת ביצוע העבירה.
*האדם נמצא בחזקת חפות וכדי להרשיעו על התביעה להוכיח את קיומם של יסודות העבירה.

עיקרון הסימולטניות (מזיגה / בו-זמניות):

רק הצירוף של **יסוד עובדתי + יסוד נפשי = עבירה**.

- דוגמא:** כאשר אדם נטל רכוש באמונה שהבעלים הרשה לו. אך בפועל הבעלים לא הרשה שלו. המשפט הפלילי לא מאשים על מקרים בהם אדם פעל בשגגה (יסוד עובדתי-יש, יסוד נפשי-אין).
- ברוב העבירות, היסוד הנפשי הוא מודעות כיוון שזה מעיד על כך שהוא מתנכר לערך החברתי המוגן. [חוץ מרשלנות ששם האדם אינו מודע אך יורשע בפלילים]. כמו כן היסוד הנפשי הוא אינדיקאטור המשמש לדירוג ואפיון של חומרת העבירה: **ברצח – כוונה תחילה, בהריגה – פזיזות, בגרימת מוות ברשלנות – רשלנות**. היסוד הנפשי מתייחס רק לנאשם, בעת ביצוע המעשה. מצב נפש הקורבן הם בגדר נסיבות.
- העיקרון הבסיסי קובע שהעבירה תתגבש רק כשהנאשם מקיים בו-זמנית את שני יסודות העבירה. הדרישה איננה רק טכנית (שהיסודות יתקיימו באותו זמן), אלא גם שהיסוד העובדתי והיסוד הנפשי יתקיימו בו-זמנית מבחינה מהותית (בזיקה אחד לשני) [הדוג' במחברת של דני שדורס את שונאו שמעון].
- *השילוב בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי הוא זה שיוצר את מגוון העבירות הספציפיות הקיימות.

4.1 יסודות העבירה – יסוד עובדתי

לפי סעיף 18, היסוד העובדתי כולל 3 מאפיינים שחייבים להתקיים לשם הגדרת נורמה אסורה:

- **המעשה בהתאם להגדרת העבירה (לרבות מחדל)** – הרעיון הוא שהמשפט הפלילי לא מכיר בסיטואציה שבה אדם יופלל בלי שביצע התנהגות חיצונית. הכלל אומר שתמיד חייב להופיע מעשה או מחדל (רכיב התנהגותי). הנסיבות והתוצאה יכולים שלא להופיע. קיימות עבירות שבהן המעשה לא מוגדר (גרימת מוות).
- **נסיבה, מקום שהיא נמנית עם הגדרת אותה העבירה** – נסיבות הן יסוד אובייקטיבי חיצוני להתנהגות שיכול לתת למעשה את הגוון השלילי. רק הנסיבות המוגדרות בעבירה, נחוצות לשם הפללה. לנאשם לא צריכה להיות שליטה על הנסיבות. שליטת הנאשם חייבת להיות רק על ההתנהגות.
- **תוצאה שנגרמה עקב המעשה, מקום שהיא נמנית עם הגדרת אותה העבירה** – התוצאה נפרדת מההתנהגות, באה בעקבותיה ולאחריה (קש"ס כפול). כאשר יש להוכיח רכיב תוצאתי לשם שכלול העבירה, ההפללה הופכת לקשה יותר, אך לעיתים בהגדרת העבירה לא נכלל רכיב תוצאתי שיש להוכיח את קיומו.

מדוע הרכיב ההתנהגותי חייב להופיע ו-"אין עונשין על מחשבה שבלב"?

1. **הכוונת התנהגות** – המטרה הראשית של המשפט הפלילי היא להכווין התנהגות.
2. **שמירה על זכויות הפרט** – יש תחומים שצריכים להיות חסינים מפני התערבות המשפט.
3. **חוסר יכולת אכיפה** – לא קיימת יכולת לאכוף מחשבות מבחינה ראייתית.
4. **מידת מסוכנות** – גם כשאדם חושב לעצמו מחשבות, קשה להעריך את מידת המסוכנות שלהן.
5. **בתי הכלא ייתמלאו** – אין אדם שלא חושב מחשבות שליליות. יוביל לזילות של המשפט הפלילי ותוביל להכנסת כמעט כל אדם לכלא.

מאיר דן כהן אומר שמכיוון שההתנהגות היא הדבר היחיד שיש לאדם שליטה עליו, הדבר המתקבל על הדעת הוא

שהנורמה הפלילית תהיה מבוססת על התנהגות אסורה, שלאדם יש יכולת להימנע ממנה (וזאת בניגוד למחשבות מהן לא ניתן להימנע). מכיוון שהבסיס המוסרי של המשפט הפלילי נשען על בחירה ושליטה, כאשר הוא פוגע ב"ערך החברתי". לא מתקבל על הדעת שאדם יענש על מצב דברים (נסיבות) או מחשבות, מבלי שהוציא לפועל את מחשבותיו [חריג: עבירת קשירת קשר].

מקובל לסווג את העבירות לשתי קבוצות:

1. **עבירות התנהגותיות** (רכיב התנהגותי + נסיבות) השתכללות העבירה לא מחייבת קיום של תוצאה.
2. **עבירות תוצאתיות** (=רכיב התנהגותי + נסיבות + תוצאה) עבירות הכוללות בהגדרה שלהן פרט של תוצאה ביסוד העובדתי. נוסף על המעשה (או המחדל) והנסיבות המוגדרים בעבירה, על התביעה להוכיח גם שהתוצאה נגרמה עקב המעשה (**דרישת**

הקשר הסיבתי. בעבירות תוצאתיות נדרש קיומו של **יסוד נפשי נוסף גם ביחס לתוצאה** מלבד אותו יסוד נפשי הנדרש כלפי ההתנהגות (וכלפי קיומן של הנסיבות).

*תכלית הרכיב ההתנהגותי (מעשה / מחדל) היא למקד את האחריות הפלילית לאדם ספציפי שביצע את המעשה. **דוגמא**
ס' 451 "ההורג חיה, הניתנת להיגנב או חובל בה, פצעה או מפעיל עליה רעל במזיד ושלא כדין..."
מעשה + תוצאה נסיבה מעשה + תוצאה רכיב התנהגותי יסוד נפשי נסיבה

שתי עבירות שהגדרת המעשה באקט קונקרטי מסויים היא מעורפלת:

עבירות החזקה – איסור החזקה של חפץ כלשהו, כדי לעבור עבירת החזקה לא נדרשת פעולה פיסית של אדם בחפץ. **ביקורת על עבירות החזקה** היא שהן מרחיבות מאוד את המעגל הפלילי. בסעיף **כד34** נקבעה הגדרה להחזקה: "שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין אם לאו". לפיכך, אדם יכול להסתיר חפץ במקום ציבורי ועדיין הוא יחשב למחזיק.

פס"ד הוכשטט נ' מ"י שם הואשם בהחזקת סמים כיוון שהיתה לו שליטה על החפץ. ברק טוען ששליטה, משמעותה שאדם יכול להגיע על פי מהלך העניינים הרגיל והטבעי לעשייה פיזית בחפץ וקביעת גורלו, גם אם החפץ לא ברשותו הפיזית. גם אם אדם המשתיך לחבורה כלשהי, יודע ומסכים לכך שלאחד מבני החברה תהיה החזקה ממשית בחפץ, רואים בו כמי שמחזיק. ברק קבע שצריך שיהיה לבן אדם עניין בכך. **ביקורת-רכיב המעשה לא משחק תפקיד.**

עבירות סטאטוס – עבירות שהיסוד העובדתי שלהן מתבטא בהימצאותו של אדם במקום / מצב מסוים, מבלי פעולה כלשהי מצידו. "מי שנכנס למקום מוגבל, ניסה לחדור לתוכו, שהה בו...". הרעיון הנובע מכך הוא שההימצאות במקום מבטאת את הרצון של אדם שלא להימנע ממצב אסור. דרישת המעשה נובעת מהצורה שהאדם הגיע למקום או שלא דאג לצאת ממנו אם הגיע ללא כוונה תחילה.

דוגמאות:

- סעיף 199(א)(1):** "אלה דינם מאסר חמש שנים: מי שמחיתתו, כולה או מקצתה, דרך קבע או בתקופה כלשהי, על רווחי אדם העוסק בזנות". הכוונה היא כמובן לסרסור ולא לבעל או לילדים של הזונה, ולכן החוק הזה בעייתי.
- בפס"ד Robinson**, אדם הועמד לדין על עצם העובדה שהוא מכור לסמים. להגנתו טען שלא הייתה לו שליטה על העניין. ביהמ"ש קבע שהעבירה הזו איננה חוקתית כיוון שהשליטה והיכולת של הנאשם להימנע מהמעשה שהן ההצדקות להפללה, אינן קיימות.

הרכיב הנסיבתי (בתוך ניתוח העבירה):

בכדי להרשיע אדם בעבירה מסוימת, על התביעה להוכיח שהנסיבה התקיימה באירוע הספציפי הזה ובזיקה לעבירה. **סוגים שונים של נסיבות:**

- נסיבות שאינן נדרשות להוכחת העבירה אך הן עשויות להשפיע על חומרת העונש.
- נסיבות שיכולות להיות רלוונטיות לשכלול של עבירה אחת אך לא לשכלול של עבירה אחרת. (דוג': עובד ציבור)
- נסיבות שליליות. בעבירת האונס ישנה נסיבה שצריך שזה יהיה ללא הסכמה - התביעה צריכה להוכיח זאת. ואילו בעבירת איסור פירסום אין צורך שהתביעה תוכיח אי הסכמה כי זו אינה נסיבה הנדרשת לשכלול העבירה. עניין ההסכמה בעבירת האונס=נסיבה, עניין ההסכמה בעבירת איסור פרסום=סייג הגנה.

צורות מוחמרות ומוקלות של העבירה

לעיתים אדם יכול לבצע התנהגות המקיימת את כל היסודות של שתי עבירות שונות (גרימת נזק לרכוש+חבלה). לפעמים, אותו מעשה פיזי יכול להצמיח שתי עבירות שונות (תקיפה+פגיעה ברכוש).

מתי נרשיע בשתייהן ומתי נרשיע רק באחת מהן? מהם כללי הרשעה?

כאשר מתקיים בין שתי עבירות יחס שנקרא "נורמה רגילה" ו"נורמה מיוחדת", נרשיע רק בגין הנורמה המיוחדת. (דוג' עבירה 1: הגונב דבר. עבירה 2: הגונב דבר ממעבידו).

מקרה שבו שתי העבירות יש יסוד משותף אבל היחס של נורמה כללית ונורמה מיוחדת לא מתקיים:
נדגים: 1: הגונב דבר ממעבידו. עבירה 2: הפרץ למפעל וגונב דבר.

אין חפיפה מלאה בין שתי העבירות ולכן אין עבירה ש"בולעת" לגמרי את העבירה השנייה.
כאשר עבירה אחת לא "טורפת" אחרת, ניתן להעמיד לדין בגין שתי העבירות.

4.3 המחדל הפלילי

במחדל ההבדל הוא בין יצירת נזק לאי-מניעת נזק. במקרה רגיל, פלוני יוצר את הסיכון, בעוד במקרה של מחדל אלמוני רק נמנע מלהתערב בשרשרת נסיבות קיימת. במקרה שפלוני לא היה קיים – הנזק לא היה נגרם, בעוד שאם אלמוני לא היה קיים – הנזק כן היה נגרם.

השיקולים שמסבירים כי מעשה הוא חמור יותר ממחדל:

- מידת הפגיעה בחירות של הפרט – צו "עשה" כרוך בהגבלת חירות גדולה יותר וככזה הוא מכביד יותר. בפס"ד הר-שפי נטען כי **סעיף 262** מטיל נטל כבד על האזרחים ונודף ממנו "ריח" של מלשנות. **Fletcher** אומר שבצו "לא תעשה" יש פגיעה פחותה בהגבלת חירויות הפרט (יש לו חלופות) ואם אדם מחליט לנקוט במעשה אקטיבי המפר את הצו, ראוי שהחומרה של מעשה זה תהיה גבוהה יותר.

2. עיקרון החוקיות – צו "עשה" פוגע יותר בעיקרון החוקיות וברצון לתחום בצורה ברורה את האחריות הפלילית. מכיוון שלא מגדירים לו מה בדיוק עליו לעשות, הוא לא יכול לדעת אילו צעדים עליו לנקוט כדי לצאת ידי חובה.
3. צו עשה נתפס כעמדה של סולידריות חברתית – כולנו מסכימים שזה מוסרי שאדם יפעל להצלת חברו, אך השאלה היא האם ראוי לכפות זאת על אדם ולקבוע כי אם לא יעשה זאת, הוא יישא באחריות פלילית?
4. עוצמת הזיקה בין התנהגות בפועל לבין הפגיעה בערך המוגן – מעשה, לעומת הימנעות מעשייה, מאופיין בזיקה חזקה יותר לפגיעה בערך המוגן משני היבטים:
 - השליטה במהלך העניינים ומידת האנרגיה העבריינית המושקעת – מידת האנרגיה העבריינית שמשקיע יוצר הנזק גדולה מזו שמשקיע החודל בלמנוע נזק. האנרגיה העבריינית מלמדת על נחישות גבוהה יותר לפגוע בערך החברתי המוגן ועל שליטה בהתפתחות הדברים.
 - שאלת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לתוצאה המזיקה – במקרה של מעשה- האדם הוא שיוצר מהלך סיבתי שמוביל להתרחשות נזק. במקרה של הימנעות מעשייה – הנאשם לא יצר את הנזק אלא פשוט לא עצר את המשך התרחשותו ולא ניתק מהלך סיבתי קיים. (פס"ד קסטנר)

סעיף 18 לחוק העונשין, מציב את המעשה והמחדל באותה רמה נורמטיבית. אך מבחינת הענישה רואים שבעלי המחדלים נענשים פחות בחומרה.

תנאי הכרחי להטלת אחריות פלילית בגין מחדל – קיום ספציפי של חובה לפעול.
רק כאשר אדם מפר את החובה לפעול ובעקבות ההפרה נגרמת תוצאה אסורה, ניתן יהיה לייחס לו אחריות פלילית.
כדי להוכיח עבירה על דרך של מחדל נדרשים שלושה תנאים מצטברים:

1. קיומה של נורמה אוסרת (עבירה פלילית) שניתן לפי הגדרתה לעבור אותה על דרך של מחדל.
2. קיומה של חובה על הנאשם לפעול (החובה המעוגנת ב"דין" או בחוזה).
3. הפרת החובה לפעול על ידי הימנעות הנאשם מעשייה.

סוגי ניסוחים של עבירות שניתן לעבור במחדל:

1. עבירות מחדל פשוטות ("מחדל ישיר") – שניתן לעבור את העבירה רק על דרך של מחדל. הן כוללות בתוך הגדרת העבירה גם חובת "עשה" ויש עונש בגין אי עשייה. לדוג' סעיף 262.
סעיף 262 – אי-מניעת פשע: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים".
2. עבירות גרימה במחדל (עבירות מחדל מורכבות) – גרימת תוצאה X בלא לנקוב בהתנהגות ספציפית (בפס"ד פרג' בו האב השאיר את בנו בכביש).
סעיף 298 – הריגה: "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יואשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים" – בין אם במעשה ובין אם במחדל, הוא נושא באחריות הפלילית. מהיכן מופיעה חובת "עשה"? לדוג' הורה הואשם בגרימת מוות ברשלנות בגין השארת ילדו ברכב, כיוון והיה יכול להיות מודע לתוצאה שעלול להביא המחדל שלו (האדם הסביר יצפה ששיכחה של תינוק ברכב עשוייה להביא למותו). מקור החובה נשען על נורמה מחוץ לסעיף הנורמה האוסרת. בחוק העונשין יש רשימת מקורות אחריות (סעיפים 322, 323, 325, 326).
3. עבירות שהרכיב ההתנהגותי בהן מנוסח כמעשה אקטיבי, אך לפי סעיף 18(ב) ניתן לבצען במחדל – סעיף 18(ב): "מעשה" – רבבות מחדל, אם לא נאמר אחרת. בפס"ד מזרחי, בו הואשם הנאשם בעבירה של בריחה על אי-חזרה מחופשה אל הכלא.

המחלוקת בספרות בין מלומדים:

- קרמניצר:** קרמניצר ופולר שניסחו את סעיף 18(ב), טען שהם התכוונו במקור שהפללה בגין מחדל תחול רק במקרים בהם הנורמה האוסרת מכילה את המילה "מעשה". מי שנתן לסעיף פרשנות מרחיבה הייתה הפסיקה.
- קוגלר:** ניתן יהיה לפרש גם כעבירה פאסיבית רק רשימה מסוימת של פעולות אקטיביות.
- דוגמאות:** "ההורס" (פאסיבי: לא מתקן). משום שהדבר פוגע בעיקרון החוקיות. **סעיף 368**: "העורך טקס המרת דתו של קטיין... דינו – מאסר שישה חודשים". לא ניתן לערוך טקס המרת דת ללא מעשה אקטיבי.
- פולר:** עבירות שניתן לעבור במחדל כוללות כל עבירה המנוסחת בלשון אקטיבית אך יכולה מבחינה פרשנית להיעבר במחדל. נדגים: **סעיף 257** – בריחה: "הבורח ממשמורת חוקית שהוא נתון בה...".

18(ג) - "הימנעות מעשייה": כיצד נבחין בין "עשייה" לבין "הימנעות מעשייה":

לשאלת סיווג העבירה כמעשה או כמחדל יש השלכות משמעותיות. אם העבירה מסווגת כמעשה, אין צורך להוכיח חובת "עשה". לכן, חשוב לאבחן האם מדובר בהתנהגות אקטיבית או פאסיבית.

דוגמאות בעיתיות:

1. רופא נותן לחולה תרופה ניטרלית, במקום תרופה שיש בה כדי לרפא את מחלתו ועקב כך, החולה מת. כיצד יש לסווג את התנהגות הרופא? האם כמעשה אקטיבי (מתן תרופה לא מתאימה) או כמחדל (הימנעות ממתן התרופה המועילה)?
 2. אי-שמירת מרחק מהרכב שלפניך – מעשה או מחדל?
 3. נהיגה ללא רישיון – מעשה או מחדל?
- בהתנהגויות אלו יש אלמנט שהוא פאסיבי ואלמנט אקטיבי. **פולר** סבור כי יש לנתח את שתי הדוגמאות האחרונות כמעשה אקטיבי. נדגים: "נהיגה" זה מעשה, "ללא רישיון" זו נסיבה.

מהו המבחן המשפטי הראוי בין "מעשה" ל"הימנעות מעשייה"?

1. **מבחן "התנועה הגופנית"** – מעשה = תנועת גוף או הוצאת אנרגיה פיזית. מחדל = אי ביצוע פעולה כלשהי. **קוגלה** טוען שאם הפעולה הראשונית שהניעה את התהליך הפלילי, היא הזזת שרירים, מדובר במעשה.
2. **"מבחן הדומיננטיות"** – כדי לזהות את ההתנהגות הדומיננטית יש לבחון את האירוע בכללותו, תוך התחשבות בסך השיקולים המהווים את הבסיס להבחנה בין מעשה למחדל. מבחן זה בעייתי, כי כל שופט עשוי להגיע למסקנה אחרת.

***כשקיימת אפשרות להרשיע במעשה או במחדל – נעדיף להרשיע במעשה.**

בפס"ד פרידמן אשתו תקפה אותו עם סכין והוא הצליח להשתלט עליה ולדקור אותה, היה עליו להישאר ולעזור לה ולא לצאת מהבית כפי שעשה. ביהמ"ש הרשיע את פרידמן **במעשה** ולא נדרש לסוגיית המחדל. עם זאת וזה המעניין, אם ביהמ"ש היה מקבל את טענת ההגנה העצמית של הנאשם, הוא עדיין היה יכול להרשיע אותו על הריגה במחדל, כיוון ולא סייע לאשתו שהתבוססה בדמה, ע"י הזמנת אמבולנס לכל הפחות.

מהם מקורות החובה לפעול? –

ביקורת מלומדים: קליטת מקורות מדינים שונים וללא סלקציה פוגעת **בעיקרון החוקיות וחוטאת לאופיו של המשפט הפלילי ככלי שיורי** בעל תכליות המובחנות מאלו העומדות בבסיס דינים חוץ-פליליים. לכאורה, לפי **סעיף 18**, ניתן לקלוט מקורות חובה מכל דין.

קרמניצר: סבור כי הדבר **פוגע בעיקרון החוקיות**. לדבריו, קליטה גורפת של חובות עשה מדינים לא-פליליים מעוררת קשיים רבים. **דוגמאות:**

1. שמרטף שלא התייצב לשמרטפות, וההורים יצאו לאירוע והילד שנותר לבד ונפצע. לכאורה, לשמרטף יש **חובה פלילית מכוו חוזה** להתייצב לעבודה וכיוון ולא התייצב- גרם נזק. כאשר רציונאליים שונים, אין להביא מקור חובה מבחוץ.
2. מועצה מקומית מטילה על אזרחיה חובה להצטייד במכלי מים לשתיה. פלוני לא מציית לחובה שמטילה המועצה. פורצת שריפה, ופלוני לא יכול לכבות את השריפה. לדעתו של **קרמניצר**, לא ניתן יהיה להרשיע את פלוני, בגין רציונלים של חובה אחרת. לדבריו, חייבת להיות זהות אינטרסים מוגנים (במקרה זה המים היו לשתיה, לא לדלקות).

השין: **בפס"ד וייצמן-באופן** פורמאלי אפשר לשאוב מקורות חובה מכל דין, כולל פסיקה. עם זאת, לא בטוח שמבחינה נורמטיבית ראוי לעשות כך וקיימות גישות שונות לנושא.

פלר: הרחבת האחריות הפלילית, ע"י קליטת מקורות חובה נוספים, אינה כה משמעותית, כי קיימות מסננות אחרות. טיעון לא משכנע מכיוון שבפלילים צריך תמיד להצר את היקף החובה כמה שניתן.

***לסיכום:** **פלר** קובע כי ניתן לבסס חובת "עשה" על פי כל מקור, כולל המשפט האזרחי. **קרמניצר** לעומתו מסייג ואומר שיש דינים במשפט האזרחי שהם זרים למשפט הפלילי ולכן לא צריכים להוות מקור חובה. **לדעת המרצה** בהחלטה האם ראוי או לא ראוי לאמץ מקורות חובה מדינים זרים, יש להביא בחשבון את מידת הזיקה בין החודל לבין יצירת הנזק או בין החודל לבין הנפגע: ככל שהזיקה בין החודל לבין יצירת הנזק או בין החודל לבין הנפגע חזקה יותר - ראוי יותר מבחינה מוסרית לבסס אחריות במחדל גם כשהפרת החובה היא לא בחוק הפלילי. **לפיכך, הכל תלוי בתוכן.**

"גישת המסננות": יש להתאים בין מטרות החובה לבין מטרות האיסור, כך שתהא זהות אינטרסים מוגנים. **שיקול נוסף-** מידת הזיקה בין החודל לקורבן או למקור הסכנה. ככל שהזיקה חזקה יותר, ניטה לבסס אחריות במחדל גם על הפרת חובות חוץ-פליליות.

ניתן, על פי חוק, לאמץ מקורות חובה מכל דין (ע"פ סעיף 18 לחוק העונשין).

1. **חובות עשה הקבועות בדיני העונשין –**

(א) "חובות עשה" המעוגנות בלשון עבירות מחדל פשוטות (לדוג' **סעיף 368 ד** "חובה על האדם לדווח על כך...העובר על הוראה").

(ב) חובות עשה מכוח **זיקה מיוחדת** של החודל לקורבן או למקור הסכנה (**סעיפים 322-326**).

סעיף 322 – אחריות לחסרי ישע. **סעיף 323** – חובת הורה או אחראי לקטין – **בפס"ד פרג'.**

סעיף 326 – חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה.

2. **חובות "עשה" הקבועות בדין האזרחי –** חובות המופיעות בדינים אזרחיים שונים ומשמשות כבסיס להפללה בפלילים.

[דוגמת השבת אבידה בדין אזרחי- האם אפשר לגזור מכך עבירת גניבה? **פלר**-אם קיימת חובה אזרחית ניתן לבסס בגינה חובת "עשה" למשפט הפלילי ולכן יש להעמיד לדין את פלוני. **קרמניצר**-סבור כי הרחבת האחריות הפלילית במקרה כזה תהיה פרועה מדי. **השופט לוי** **בפס"ד לורנס** – (משחק עם אקדח – הרשיעו על מעשה אך הרחיבו על מחדל באוביטר) אחת החובות הבולטות בדין האזרחי שהוכרו כחובות עשה היא **"חובת הזהירות" הקבועה בעולות הרשלנות בדיני הנזיקין**. **השופט לוי** **בחר להתייחס לאפשרות שההתנהגות של לורנס הייתה מחדלית**. הוא קבע כי חובת ה"עשה" קמה לכל מי שיוצר מצב מסוכן. לדבריו, לורנס לא הציל את יאיר ובכך התרשל והפר את חובת הזהירות שלו. היה עליו לקרוא לו שלא יבצע את המעשה.

3. **חובות "עשה" פסיקתיות** – הפסיקה קבעה שאם אדם **יוצר מצב מסוכן**, קמה עליו חובה לפעול להסרת הסיכון, גם בלי

להיתלות בחובת הזהירות הנזיקית (בס' 35 בפקני"ז שהיא חוק אזרחי) וזאת ע"י הכרה בכך בפסיקה הפלילית. (**פס"ד לורנס-השופט לוי**) (**פס"ד פרידמן**) – דקירת גבר את אשתו ואי-הסיוע לה, יצירת המצב המסוכן).

*הסיטואציה של יוצר מצב מסוכן מקימה חובה לפעול למניעת הסכנה, בין אם בהפרת חובת הזהירות ובין אם לפי הכרה פסיקתית של יצירת מצב מסוכן.

4. **חובת ההצלה הכללית: חוק "לא תעמוד על דם רעד".**

פרשת קיטי ג'נוביס – אלמוני אנס ורצח את קיטי, ואיש לו סייע לה...

חוק "לא תעמוד על דם רעד" עיגן חובה להציל. **סעיף 1** לחוק מטיל חובת "הצלה קלה", כיוון והוא מצמצם את החובה רק למקרים הבאים: (א) אדם הנמצא לנגד עיניו; (ב) אירוע פתאומי; (ג) כאשר לאל-ידו (ביכולתו) להושיט את העזרה; (ד) מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.

האם ניתן להרשיע בעבירת מחדל עקיפה ע"ב(על בסיס) מקור החובה בחוק "לא תעמוד" (ואי מניעת פשע)?

הבעייתיות בצעד כזה היא שיש בכך יצירת "שדרוג" של האחריות הפלילית על בסיס חובה שהמחוקק חשב שהעונש בגינה צריך להיות קנס בלבד (לפי ס' 4 לחוק לא תעמוד על דם רעד).

הפסיקה בארץ לא הטילה עד היום אחריות גורפת, על בסיס אי מניעת פשע או חוק לא תעמוד על דם רעד (דוג' מחברת טל).

5. **חובות "עשה" הקבועות בחוזה** – חוזה יכול להטיל אחריות כבדה על צדדים (לרבות אחריות לחיי אדם). **קיים ויכוח**

מלומדים באשר לחוזה אחריות בלתי מפורשים ("חוזה מכללא"): הראוי כי הפרת חיוב בלתי מפורש תכונן אחריות פלילית במחדל?

האם הפרת "החוזה מכללא" היא חמורה דיה עד כדי העמדת אחריות פלילית במחדל?

התפיסה היא כי ב"חוזה מכללא" קו הגבול הוא מאוד לא ברור. אדם ייחשב כמי שהפר את חובתו - רק אם לא עשה מאמץ אמיתי ורציני כדי למלא את החובה..

לסיכום – (1) חובות הקבועות בחוק העונשין; (2) חובות הקבועות בדין האזרחי; (3) חובות הקבועות בפסיקה; (4) חובת

הצלה כללית – השומרוני הטוב; (5) חובות הקבועות בחוזה.

4.6 קשר סיבתי בעבירות תוצאתיות (לא בהתנהגותיות)

דרישת הקשר הסיבתי בעבירות תוצאתיות מטרתה להוכיח כי אותה תוצאה שמנויה בהגדרת העבירה, נגרמה בעקבות ההתנהגות של הנאשם. עבירות תוצאתיות קשות יותר להוכחה. **קיימים שני מבחנים לקיום קשר סיבתי:**

1. **קש"ס עובדתי** – הזיקה העובדתית-פיזית בין המעשים של הנאשם לבין התוצאה שמעשיו גרמו לה(מבחן ה"אלמלא").

בעיתיות במבחן האלמלא: בסיטואציות של גורמים מצטברים, מבחן הקשר הסיבתי-עובדתי לא יחול. אי מותקף ע"י שני גורמים בלתי-תלויים הדוקרים אותו. נתיחת הגופה מראה כי כל אחת מהדקירות לבדה, הייתה מביאה למותו. מקרה זה נדון בפס"ד ברדריאן.

כיצד פותרים בעיתיות זו?

מבחן הדיות – די בכך שכל אחד מהגורמים היה יכול להוביל לתוצאה כדי שיתקיים קשר סיבתי בינו לבין התוצאה. חריג למבחן האלמלא, במקרה של גורמים מצטברים (פס"ד ברדריאן ופחימה).

מבחן הקונקרטיזציה – לפי מבחן הקונקרטיזציה, המבקש לברר באיזו דרך ספציפית אירעה התוצאה, במקרה זה הדרך והאופי של התוצאה שונה ולכן הקשר הסיבתי איננו מתנתק. הדבר מביא כמובן להרחבת האחריות של הנאשמים.

2. **קש"ס משפטי** – מטרת הקשר הסיבתי-משפטי היא לסנן מבין שלל הרכיבים שמבחינה עובדתית מקיימים קשר סיבתי-

עובדתי עם התוצאה, רק את אלה שראוי לייחס להם את האחריות מבחינה משפטית, כי קיימת להם זיקה חזקה עם התוצאה. המבחן העיקרי המשמש לבדיקת הקשר הסיבתי-משפטי הוא **מבחן הצפייות הסבירה**. מבחן הצפייות הסבירה שואל האם אדם מן היישוב, בנעליו של הנאשם, היה יכול וצריך לצפות בזמן פעולתו, את התוצאה שקרתה. מבחן הקשר הסיבתי-משפטי הם מבחנים אובייקטיביים, הנקבעים על ידי ביהמ"ש.

פס"ד יעקובוב – גבר שהתעלל באשתו, אשתו המוכה קפצה מהחלון והתאבדה. טענת הסנגור התמקדה בקשר הסיבתי-משפטי

והייתה **שאדם סביר**, בנעליו של הנאשם, **לא היה יכול לצפות** (מבחן הצפייות) שהתנהגותו תביא להתאבדותה. הטענה היא

שגורם הזר (אשתו) לנאשם, הוא שגרם לתוצאה ולפיכך מתנתק הקשר הסיבתי המשפטי. **השי דורנר** קבעה שגבר אלים

שמתעלל באשתו, יכול וצריך לצפות שעקב התנהגותו המתעללת הקורבן יאבד טעם לחיים ותבקש לשלוח יד בחייה. במבחן הצפייות לעולם לא בודקים אם הנאשם אכן צפה בפועל או לא, אלא **האם אדם מן היישוב היה צופה**. **ביסוד הנפשי** המבחן

הוא סובייקטיבי- האם צריך ויכול היה הנאשם לצפות.

הפסיקה קובעת שהצפייות צריכה להתייחס למאפיינים האיכותיים של התוצאה. כלומר, על האדם לצפות את האפשרות שהתוצאה תקרה ואת סוג התוצאה, בקווים כלליים.

פס"ד פטרומיליו: מקרה של גנב אשר חטף ארנקים מנשים. אחת הנשים נפטרה מהתרגשות שנבעה ככל הנראה ממצב

בריאותי לקוי. הנאשם טען שאדם מן היישוב, בנעליו, לא יכול היה לצפות שמעשה של גניבת ארנק ללא הפעלת כוח, יגרום לנזק של מוות או אף לנזק בשלמות הגוף. ביהמ"ש קבע שמספיק שהנאשם יכול וצריך היה לצפות את **סוג התוצאה**, כדי שלא

יתנתק הקשר הסיבתי. **עם זאת**, כיוון והנאשם סובייקטיבית (יסוד נפשי) לא צפה את סוג התוצאה, ביהמ"ש זיכה אותו מהריגה-ברשלנות כן.

לעומת זאת, **פס"ד מ"י נ' בלזר**, (נהג האוטובוס שהוכה) הנאשם דווקא כן צפה את סוג התוצאה ולכן הורשע. הפסיקה קבעה כי הנאשם לא יוכל ליהנות מהטענה שלא ידע שלקורבן שלו יש רגישות מסוימת וכי עליו להביא בחשבון מצב של

גולגולת זקה.

סעיף 309 לחוק העונשין, נותן פתרונות לשאלות בסוגיית הקשר הסיבתי-משפטי שבהן למשל בדיקות רפואיות הוכיחו כי

דום הלב שאירע לנהג נבע מהכשל המערכתי שהיה לו בגוף ובלזר טען שלפיכך ניתק הקשר הסיבתי אולם ביהמ"ש פסק כי אין

משמעות לקביעה האם המוות נגרם בשל התקף הלב, כיוון והנאשם יכול היה לצפות שכתוצאה מהאלימות הקשה שהפעיל כנגד נהג האוטובוס. כאשר היקף התוצאה כל כך שונה בגלל הגולגולת הדקה אין תשובה חד-משמעית בפסיקה. **סעיף זה בעצם מרחיב את האחריות הפלילית של הנאשם.**

בפס"ד מלכה זילברג קבע חריג לסיטואציה של גולגולת דקה, אותה כינה **גולגולת זקיקה**, אשר במסגרתה מתנתק הקשר הסיבתי, כאשר הרגישות כל כך גדולה ומשפיעה כבר על סוג הנזק. אם **סוג הנזק לא היה ניתן לצפייה**, הרי שמתנתק הקשר הסיבתי.

פס"ד בלקר – בני הזוג היו מסוכסכים ובתהליכי גירושין כיוון שהגבר חשד בבגידה. בליל שימוע הגירושין הם רבו, הוא שפך עליה נפט, הצית אותה וזרק אותה מהחלון מקומה 4. המערער למעשה טוען בערעור כי לא הוא זה שהרג אותה אלא הרופאים שניתקו את המכשירים בתה"ש. **הבעיה העולה אם כן היא השאלה המשפטית האם האדם נחשב כמת גם כשיש מוות מוחי ללא הפסקת מחזור הדם והריאות או רק כשאלה מפסיקים?** לסיכום נקבע שמוות מוחי יהווה גם מוות "משפטי" ולכן דין הערעור להידחות. **השופט שטרסברג כהן** – לדעתה גם מבלי להתייחס לשאלת המוות המוחי, קיים ועומד קש"ס בין הצורך לנתק מהמכשירים למעשיו של בלקר והוא מספיק כדי להרשעו היא מצטטת את **פרופ' פלר** שקובע כי לא צריך שיתקיים **יסוד נפשי** לגבי אופן המוות הספציפי אלא **רק לתוצאה** הוא המוות עצמו.

מקרים נוספים שבהם הנאשם טוען לניתוק קש"ס לכאורה וביהמ"ש לא מסכים:

- 1. תיק של ת"ד קטלנית שאירעה באחד מכבישי הצפון** – אוטובוס שנסע במהירות גבוהה על כביש ונפל לתיחום. בוחני התנועה מצאו שהיה על הכביש חומר שחור סמיך שבלעדיו כנראה לא הייתה מתרחשת התאונה. הנהג טען לניתוק קש"ס שכן אדם מן הישוב לא היה צריך לצפות שיהיה חומר כזה שישפיע. **אף אחד לא דיבר על ס' 309 (5) שיכול להתאים כאן.**
- 2. מקרה נוסף** – מורה שיצאה עם תלמידים לטיול שנתי לכנרת. המורה טוענת שהתנתק הקש"ס כיוון שהילדה בעצמה שקפצה למים שימשה כגורם זר מתערב. **אף אחד לא דיבר על ס' 309 (5) שגם כאן יכול להתאים.**
- 3. מקרה אחרון** – פרשת ורסאי והתמוטטות אולם האירועים. היו ליקויים רבים אצל כמה גורמים וכל אחד טוען שהליקויים של האחר הם אלה שהביאו לנזק. ביהמ"ש משתמש **במבחן הדיות** (די בהתנהגות כל אחד כדי לגרום לנזק) שנטבע **בפס"ד ברדריאן** ומרשיע את כולם.

5. היסוד הנפשי

5.1 – הרציונאל שבדרישת היסוד הנפשי:

הכוונה הפלילית- היסוד המנטאלי והלך הרוח של הנאשם שמפגין את התנכרותו לערך החברתי המוגן – **המחשבה הפלילית. לעיקרון האשם (הדרישה ליסוד נפשי) שני ביטויים:**

1. **"אין עבירה ללא אשם"** – אין עבירה בלי דרישה ליסוד נפשי אסור או בהתקיים סייג לאחריות פלילית ששולל את האשמה. ניתן להבחין בין שתי צורות של אשמה:

אשם סובייקטיבי (מחשבה פלילית, כוונה).

אשם אובייקטיבי (רשלנות) – מקום שבו הנאשם לא היה מודע לטיב המעשה ולאפשרות שיגרמו התוצאות שנגרמו, אך אדם סביר שנעליו היה יכול להיות מודע.

כאשר ערכים חברתיים מוגנים מרכזיים וחשובים יותר, בסיס ההפלה בגינם רחב יותר וקיים גם כאשר הפגיעה בערך החברתי המוגן נעשית שלא בודעין (בשל אשם אובייקטיבי - רשלנות).

כאשר לאדם אין מודעות, אבל יש אשם אובייקטיבי, האופציה היחידה להפלה תהיה רשלנות.

כאשר נגרם נזק אך אין אשם סובייקטיבי ואין אשם אובייקטיבי, מדובר בשגגה-לא ניתן להפיל.

2. **אין להטיל על אדם אחריות פלילית / עונש מעבר למידת אשמתו (עיקרון ההלימה)** – כדי לשמור על עיקרון האשמה, צריך שהאחריות הפלילית והעונש יהיו פרופורציונאליים למידת האשמה של הנאשם (לדוג' **רצח מול גרימת מוות ברשלנות**).

מודע יש צורך ביסוד נפשי לשם שכלול עבירה פלילית?

Ashworth –קודת המוצא של המשפט הפלילי היא **הנחת הבחירה של האדם**. הבחירה הזו מחייבת שהעושה יהיה מודע ויצפה את התרחשות התוצאה. הגישה הליברלית דוחה במישור הפילוסופי גישות דטרמיניסטיות הטוענות שלאדם אין יכולת בחירה אמיתית.

הגישה הליברלית מצדיקה הפלה על בסיס של בחירה – אדם מורשע כי בחר בודעין לפגוע בערכים חברתיים מוגנים ולפיכך כמו שהוא בחר, כך החירות תישלל ממנו. לעומת זאת, הבסיס להפלה ע"פ הגישה התועלתנית הוא הרתעה ולכן ניתן להרשיע גם את החף מפשע, לשם השגת המטרה.

אם אדם בועל אישה שלא בהסכמתה, אולם הוא טועה לחשוב שהיא הסכימה, הוא לא יורשע באינוס משום שהחוק הישראלי מכיר בעבירת האינוס רק כאשר היא נעשית במודעות. אם כן, ניתן לקבוע כי הגישה הליברלית של Ashwort היא

סובייקטיבית משום שהיא דורשת מודעות סובייקטיבית כתנאי להפלה. היחס בין היסוד הנפשי לעובדתי הוא **יחס של השתלבות**. לפיכך, היסוד הנפשי צריך להשתלב ביסוד העובדתי והוא צריך להיות **כלפי כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי**.

האדם צריך להיות מודע לטיב המעשה (או המחזל) שלו, לנסיבות שמכוננות את העבירה ולאפשרות לגרימת התוצאות, במידה והעבירה תוצאתית.

*פעמים רבות סנגורים טוענים כי אכן התקיימו יחסי מין אך לא התקיים היסוד הנפשי עקב טעות סובייקטיבית. בשלב זה, המשפט הופך להיות למלחמה בנוסח "מילה נגד מילה" והתביעה ניצבת בפני קושי רב יותר.

Mens rea (יסוד נפשי) – **במובן הצר** – מחשבה פלילית – מודעות נפשית של נאשם למעשיו. כדי להטיל אחריות על אדם, בגין פגיעה בערך חברתי מוגן, יש להוכיח שהייתה לו מודעות למעשה שלו, לנסיבות ולתוצאות האפשריות של מעשיו. **במובן הרחב** – עשויים להיות ביטויים של אשמה, החורגים מיסוד נפשי גרידא. גם כאשר אדם פועל ללא יסוד נפשי, עדיין ניתן לטעון שהוא אשם. המבחן במובן הרחב הוא האם לאדם יש יכולת להימנע מהתנהגותו? רק אם אדם יכול היה להימנע מהתנהגותו הפלילית ובכל זאת ביצע אותה, הייתה לו מחשבה פלילית. * ס' 34א הוא הוכחה נוספת כי רעיון האשמה איננו מבוסס רק על יסוד נפשי. עם זאת, רוב הסיטואציות בהן אנו ניתקל יהיו של אשמה במובן הצר.

Kadish & Schulhofer סבורים שיכולה להיות לאדם מחשבה פלילית, אך עדיין תהיה לו הגנה במובן הרחב, לעומת

Ashwort. הם טוענים שטרם הטלת האחריות הפלילית יש לבדוק אם קיימת הגנה אשר שוללת את אשמת האדם.

Kadish & Schulhofer סבורים כי בגדר היסוד הנפשי הנדרש כתנאי לאחריות פלילית יש לכלול את המודעות, אך לא מצביע רוח כמו להיטות, רוגז, חשש וכדומה. **התפיסה המקובלת** גורסת כי לשם הטלת אחריות פלילית חשוב רק היסוד ההכרתי של האדם ובעצם שהוא הבין את משמעות מעשיו. לפעמים המחוקק עבירות ספציפיות בהן הוא מציב את המניע כתנאי ביסודות העבירה. נדגים: "העובר עבירה מתוך מניע של גזענות...". יודגש כי גם כאשר המחוקק מתייחס למניע לביצוע העבירה, הרלוונטיות היא רק לעניין העונש והדבר משמש בגדר נסיבה מחמירה בלבד.

Kadish & Schulhofer טוענים שהיסוד הנפשי- **נותן אופי פלילי למידת החומרה של המעשה (זה מראה עד כמה הוא אנטי חברתי)**. אם התפקיד של היסוד הנפשי היה לשקף בחירה, לא הייתה משמעות להבדל בין רצח להריגה. היסוד הנפשי מראה לנו את מידת העוצמה של האנטי-חברתיות של האדם. הם גם טוענים כי גם כאשר יש בחירה, יכול להיות שעדיין לא תוטל על אדם אחריות פלילית על מעשיו.

לעיתים, האשמה יכולה להיגזר מהמצב הנסיבתי ולא מהיסוד הנפשי. לדוג' עבירה שונה או נוספת. אדם שחבר לפעילות עבריינית, יוכל להיות מואשם ברצח גם אם לא רצה בו (מטרה-הרתעה). **קרמניצר** טוען כי במקרה כזה לאדם יש יסוד נפשי מיוחד ומוטלת עליו אחריות פלילית משום שידע שרצח יכול לקרות, אך בחר להתעלם מכך.

בפס"ד סילגדו ביהמ"ש קובע שהאשמה נולדה מתוך הסיטואציה של השותפות העבריינית. ביהמ"ש **יוצק מובן רחב ממודעות**.

אם מודעות משקפת בחירה, מדוע אדם מואשם בגין רשלנות? **תשובה**: רשלנות היא סוג של בחירה – בחירה לא להיות זהיר במקום שבו אדם מן הישוב יכול היה להיות זהיר.

סעיף 19 – זרישת מחשבה פלילית:

סעיף 19 קובע ברירת מחדל והיא שמחשבה פלילית היא **תנאי להרשעה בעבירה**, אך קובע **שני חריגים – רשלנות ואחריות קפידה**. הכלל אומר שאם **עבירה "שותקת"** לגבי היסוד הנפשי שלה, היא דורשת מחשבה פלילית.

סעיף 20 – מחשבה פלילית

הסעיף קובע שמחשבה פלילית היא מודעות. **המודעות צריכה להיות לשלושה דברים** (מצטברים):
(1) טיב המעשה; (2) קיום הנסיבות; (3) אפשרות גרימת התוצאה.

■ **כאשר מדובר בעבירה התנהגותית (מעשה / מחדל) – נדרשת מודעות לטיב המעשה. אם יש נסיבות – קיימת דרישה למודעות לקיומן.**

לדוג' עבירה התנהגותית (עבירת הפוליגמיה). היסוד הנפשי בסעיף "שותק" ולכן היסוד הנפשי הנדרש הוא מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות.

סעיף 34 יח – טעות במצב דברים: זוהי התחנות אחר מצב הדברים שאדם דימה – אחר המודעות הסובייקטיבית של האדם. אין פה עניין באדם הסביר ורשלנות לא רלוונטית גם. ישא באחריות רק אם היה נושא באחריות במצב שהוא סבר.

שאלה: מתי הגנת היסוד הנפשי החסר לא תעמוד לאדם אבל סעיף 34 יח? מה מייחד את 34 יח כפונקציה אחרת?

כדי להרשיע אדם בעבירה של הריגה צריך להוכיח מודעות לכל יסודות העבירה. **בפס"ד אסלה**: (לא בסילבוס) אישה ירתה בבעלה כי חשבה שהוא פורץ. היסודות העובדתיים לעברת הרצח התקיימו במקרה זה- הייתה כוונה לרצוח אדם, אך הטענה שלה היא טענת הגנה שבמידה והוא פורץ / אנס היא יכולה להגן על עצמה. במקרה שלה הוא לא היה פורץ ולכן אין זה יכול להיות טענת הגנה אך **הטעות במצב הדברים היא טענת ההגנה**.

דוג' נוספת: אדם שכב עם ילדה בת 15 והיא הייתה בת 17 (עונשים שונים, סעיף 20 מול ס' 34 יח).

כאשר העבירה תוצאתית – נדרשת גם **מודעות לאפשרות גרימת התוצאה**.

נדגים: **סעיף 333 – חבלה חמורה**: יש להוכיח כי האדם גם צפה את התוצאה. המבחן הוא סובייקטיבי – האם הוא ספציפית צפה את גרימת התוצאה (המוגדרת בעבירה) כתוצאה מהתנהגותו?

יסוד נפשי חפצי – סעיף 20 קובע גם כי רק לעניין התוצאות נדרשת הוכחת יסוד נפשי נוסף – יסוד נפשי חפצי, המבטא את מידת הרצון של העבריין לקרות התוצאות.

1. **כוונה** – יחס נפשי חפצי חיובי להתרחשות התוצאות (**יחס חיובי**). הוא מורכב מכוונה ונסיבות נוספות אשר צריכות להתקיים ("המיתו בדם קר...").

2. **פזיזות** – יסוד נפשי חפצי אשר לו שתי פנים:

(א) **אדישות** – שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות – לאדם אין העדפה אם הוא חפץ שהתוצאה תקרה או לא (**יחס ניטרלי**).

- (ב) **קלות דעת** – מדובר בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען – האדם לא חפץ שהתוצאה תקרה – יסוד נפשי חפצי שלילי (**יחס שלילי**).
3. **רשלנות** (אין מודעות לגרימת התוצאה ולכן אין גם יסוד חפצי ולכן זה נבחן בצורה אובייקטיבית).

*רשלנות היא יסוד נפשי אובייקטיבי בעוד מודעות היא יסוד נפשי סובייקטיבי.

הדוג' האולטימטיבית: אסיר מתכנן לברוח מהכלא ולבצע בריחה ממשמורת חוקית ותוך כדי לפוצץ קיר ולפגוע באסירים אחרים (כוונה, אדישות, קלות דעת, רשלנות).

אם יש עבירה שותקת והיא עבירה תוצאתית, איזה יסוד נפשי חפצי יחול?

ברירת המחדל היא שהיסוד הנפשי החפצי שיידרש הוא פזיזות מהסוג הקל יותר – קלות דעת. להלן הדרישות להוכחת יסוד נפשי בעבירות המתה:

רצח – כוונה תחילה.

הריגה – כוונה ספונטנית / אדישות / קלות דעת. עונש נמוך יותר יהיה בגין קלות דעת.

גרימת מוות ברשלנות – רשלנות (היעדר יסוד נפשי חפצי כלפי התוצאה).

רשלנות: *נראה לפי ס' 19 שכדי להרשיע בגין רשלנות או אחריות קפידה, יש לקבוע זאת במפורש בחוק. כך גם אם יש צורך ביסוד נפשי חמור יותר מקלות דעת, יש לציין זאת במפורש בחוק. בעיה קטנה: הינה שחלק העבירות הספציפיות נחקקו טרם התיקון (כלומר התיקון אינו חל עליהן) וחלק מהן דורשות יסוד נפשי של רשלנות אך נתון זה אינו כתוב אלא רמוז (כפי הדרוש ע"פ התיקון). לדוג' ס' 340.

***סעיף 90 (א)** – סעיף שנחקק במסגרת התיקון והוא סעיף המרה (מעין מקרא). במקומות שבהם כתוב "בזדון" זה לא אמור להוסיף על היסוד הנפשי אלא משמעו **כמחשבה פלילית**, אלה הן **עבירות שותקות**. יש להתעלם מהמילה "בזדון" ולהתייחס אליה כאל מודעות. כנ"ל במקרה של "ביודעין".

בעייתיות בניסוח – העושה אחת מאלה בדרך **נמרת או רשלנית**... " , נסיבה או יסוד נפשי רשלנות?

אחריות קפידה – מושג המתייחס לעבירות שנקראו בעבר אחריות מוחלטת. המשמעות היא שכדי שהתביעה תרשיע בעבירות האלה, היא לא הייתה צריך להוכיח יסוד נפשי. מספיק היה להראות שפלוני קיים את **היסוד העובדתי** שבעבירה כדי להרשיעו. לדוג' נסיעה בכביש ללא אורות.

מה ההבדל בין אחריות קפידה שאומרת שכדי להרשיע את הנאשם לא צריך להוכיח יסוד נפשי לבין אחריות מוחלטת? ההבדל הוא שאם הנאשם יוכיח שהוא פעל ללא רשלנות ובלי מחשבה פלילית (=בשגגה) והוא עשה כל מה שניתן היה לעשות – הוא יהיה זכאי.

איך נדע שעבירה מסוימת היא אחריות קפידה?

אחרי תיקון 39, יהיה צריך לכתוב במפורש. ובעבירות שבעבר היו אחריות קפידה נלך ע"פ הפסיקה.

עבירות מטרה / עבירות כוונה מיוחדת – סוג נוסף של עבירות עם יסוד נפשי חפצי מיוחד (לא מתייחס לתוצאה אלא לסוג של יעד עתידי שהעברין היה רוצה שיקרה אך התנאי שהוא באמת יקרה לא מתחייב על מנת להפיל בעבירה) **דוגמא**: סעיף 192 – **איומים**: "המאיים על אדם... **בכוונה להפחיד**..." **בכוונה להפחיד** (או להקניט) – יסוד נפשי חפצי של עבירת מטרה. בעבירות מטרה, קיים יסוד נפשי חפצי, על אף שמדובר בעבירה התנהגותית ולא נדרשת הוכחת תוצאה (בדוג' אפילו שהשני לא פחד).
רואים כאן יסוד נפשי חפצי גם בעבירות התנהגותיות (עבירות מטרה).

דוגמאות לסייגים לאחריות פלילית:

1. **סעיף 34ב** – כורח: "לא יישא אדם... תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית.. בחייו..."
2. **סעיף 34א** – צורך: "לא יישא אדם... למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו..."

מה בעניין מודעות?

המושג מודעות הינו מושג עמום שיכול להתפרש בצורות רבות ומגוונות ורמות שונות. על אף כל האמור, ככל הנראה כוונת המחוקק במושג מודעות הייתה **לידיעה** (knowledge) ולא **להכרה** (awareness). מה ההבדל? **ידיעה** מתייחסת למצב בו אדם חושב באותו רגע על עובדה מסוימת. לעומת זאת, **הכרה** מתייחסת לעיתים למידע **החבוי** ביחס לאותה עובדה, גם אם אינו חושב עליה באותו רגע. אם כן, **המחוקק התכוון לידע זמין הנמצא אצל הנאשם - ידיעה**.

לאחר התיקון היתה בעייתיות בכך שהוא חל מכאן והילך וישנם הרבה חוקים ספציפיים שאינם מחילים את עניין המודעות, ולכן הגיע **סעיף 90(א)** שהחליף מושגים ישנים במושגים חדשים (מזיד=מודעות).

דוגמא: סעיף 238 – "הבודה ראייה... **ביודעין**..." – יודעין=מחשבה פלילית, ובעצם אין בו צורך כיום (כי בין כה וכה עבירה "שותקת" מצריכה קיום מודעות).

***בכל פעם שפוגשים מושגים המביעים יסוד נפשי אשר אינם מופיעים בסעיף 20, ניתן להתעלם מהם והמשמעות היא שהיסוד הנפשי הדרוש הוא מחשבה פלילית.**

דוגמא לניתוח עבירה שהמרצה המציאה (עבירת מטרה תוצאתית):

"**הגורם (מעשה) בכוונה (יסוד נפשי – העבירה לא שותקת) לחבלת אדם (תוצאה) במטרה להורגו (מטרה)**" - מקרה זה נופל תחת קטגוריה של מודעות (מחשבה פלילית). צריך להוכיח מודעות כלפי טיב ההתנהגות, מודעות כלפי קיום הנסיבות (עד כאן בעבירות התנהגותיות) וגם מודעות כלפי אפשרות גרימת התוצאה (בעבירות תוצאתיות). במקביל, בגלל שהעבירה מדברת על כוונה, אם לא נוכיח ביסוד החפצי ביחס לתוצאה כוונה (יחס חיובי) לא נוכל להרשיע את הנאשם בעבירה זו בכלל!

עבירת הרצח – עבירה תוצאתית בכוונה תחילה

סעיף 300א – רצח: "העושה אחת מאלה ייאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:

(1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו"

היסוד הנפשי הדרוש הוא מחשבה פלילית (כאמור, מזיד = מחשבה פלילית). לעניין התוצאה, מספיק יסוד נפשי חפצי של קלות דעת. מדוע? כי כאשר מדובר בעבירה תוצאתית "שותקת", היסוד הנפשי החפצי הדרוש הוא קלות דעת. בין סעיף 298 לבין סעיף 300א אין הבדל ביסוד הנפשי החפצי! אז מה ההבדל? בסעיף 300א קיימות נסיבות מחמירות.

סעיף 300א – רצח:

בעצם, מרבית החלופות של רצח דורשות (כמו בעבירת ההריגה) הוכחת יסוד נפשי חפצי של קלות דעת. רק סעיף (2): "גורם בכוונה תחילה למותו של אדם" דורשת יסוד נפשי חפצי של כוונה תחילה.

הוכחת מחשבה פלילית –

בתי המשפט פיתחו אמצעים הנקראים חזקות עובדתיות ככלי ראייה. כדי לגלות את מחשבות הפוגע. קיימת הבחנה בין חזקות עובדתיות לחזקות משפטיות. חזקות משפטיות קבועות בחוק. הן מעבירות את נטל ההוכחה מצד אחד לצד השני.

דוגמאות: 1. חזקת החפות – חזקה על נאשם שהוא חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו.

2. אחריות קפידה – אם נאשם ביצע את היסוד העובדתי, החזקה היא שהיה לפחות רשן.

חזקות עובדתיות אינן קבועות בחוק. החזקה העובדתית, חזקת המודעות – על התביעה להוכיח שאם אדם מתנהג בצורה מסוימת, טבעי שהתוצאה שקרתה תתרחש. אם הנאשם יעורר ספק, חזקת המודעות תופרך. חזקות עובדתיות עוזרות לביהמ"ש להגיע למסקנה ולהוכיח את קיום המחשבה הפלילית. נדגים: אם נאשם נהג שלא בזהירות, תוך עקיפת פסים לבנים, טבעי שאם התנהג כך עשויה לקרות תוצאה של תאונה קטלנית. מספיק שהתביעה תוכיח רק שהאדם היה מודע למעשיו, גם אם לא רצה בקרות התוצאה.

5.2 דרישת המודעות במישור ההכרתי – סעיף 20(ג)1 - עצימת עיניים

אם אדם חושד, ואין לו ידיעה וודאית בדבר טיב ההתנהגות או קיום הנסיבות והוא נמנע מלברר את החשד שיש לו, הוא ייחשב כמי כשהייתה לו מודעות. בדברי ההסבר לחוק, נכתב כי "עצימת עיניים" פירושה שאדם "בוחר לא לראות". ההגיון בסעיף שאנשים לא יטענו "לא ידענו".

מדוע דוקטרינת עצימת העיניים מתייחסת רק למעשה ולנסיבות ולא מתייחסת לתוצאה? בעוד נסיבה מתקיימת בעת ההתנהגות, תוצאה היא אירוע עתידי שיכול להתקיים או לא להתקיים. בעת ביצוע העבירה, אדם לא יכול להיות מודע לתוצאה.

דוגמא לעצימת עיניים: נהג משאית שהבריה נשק בשביל הבוס שלו כאשר היה לו חשד יורשע בגין ס' 144. החשד הוא סובייקטיבי – אם הנאשם חשד בפועל ונמנע מלברר, הוא יורשע בעבירה מכוח דוקטרינת עצימת העיניים. בעצימת עיניים, המחשבה הפלילית חלפה בראשו של הנאשם, בעוד שברשלנות לנאשם לא חלפה מחשבה פלילית בראשו. רמת החשד הנדרשת לצורך יישום הדוקטרינה: החוק אינו קובע איזו רמת חשד. לפני תיקון 39, רמת החשד היתה צריכה להיות ברמה גבוהה.

פלר טען בספרו כי החשד צריך להיות רציונאלי ובעל אחיזה במציאות (לא מובן). רות קנאי סבורה שרמת החשד צריכה להיות נמוכה. כיוון ואין דרישה פוזיטיבית שרמת החשד תהיה גבוהה.

לאחר התיקון, נדמה שנדרש רמת חשד ממשית.

באילו מקרים לא תיחוס עצימת עיניים:

כאשר אין לאדם אפשרות לברר, לא נייחס לו עצימת עיניים. נדגים: חפץ מהשוק שיש חשד שהוא גנוב, והבירור כרוך בעלויות גבוהות מאוד. כמו כן, משך הזמן שמצריך בירור עשוי להיות ארוך ולהוביל לכך שהמעשה כבר לא יהיה רלוונטי יותר.

שיטת קוגלר, יש מקרים בהם לא ניתן לברר אך לדעתו, ואם אדם רוצה להישאר על "הצד הבטוח" הוא חייב להימנע מלבצע את המעשה החשוד (ולכן אין גם פגיעה בעקרון החוקיות). לדבריו, השאלה הרלוונטית איננה בירור החשד אלא האם האדם שחשד לקח סיכון בלתי סביר במעשה שביצע. שאלת הסיכון הסביר הינה שאלה נורמטיבית [ביהמ"ש מחליט] - מידת הסיכון. בחפץ חשוד שהוא גנוב, החוק יקבע כי אדם יכול היה לברר ולא בירר - יישא באחריות למעשיו בכל מקרה פלילי, קוגלר מציע כי אם אדם לא בירר אך לקח סיכון סביר, הוא לא יישא באחריות.

נבחין בין החוק לבין גישתו של קוגלר:

חוק: חשדת -> לא ביררת -> אחראי.

קוגלר: חשדת -> ביררת / לא -> האם הסיכון שנטלת סביר? -> כן -> לא אחראי. לא -> כן אחראי.

לפיכך, קיימות שלוש אפשרויות בהנחה שקיימת היכולת לברר:

1. **בירר – עדיין חושד – לא פועל** – אם אדם בירר את חשדו, אך הבירור לא הסיר את החשד, אסור לו לפעול. במקרה של החפץ ביריד, כל עוד האדם לא הסיר את החשד לגבי היות החפץ גנוב, אסור לו לקנות אותו.
2. **בירר – החשד מוצדק – פועל / לא פועל** – אדם בירר את חשדו והתברר לו שהחשד היה מוצדק – כעת, אם יעשה את המעשה, ייחשב כמי שהיה מודע למעשהו ועשוי להיות מורשע ואם לא יעשה את המעשה יהיה נקי מאשמה, כמובן.
3. **בירר – אין חשד – יכול לפעול** – אדם בירר את חשדו וגילה שהחשד היה מופרך. לפיכך, יוכל לפעול. אם החשד הופרך ואדם ביצע את המעשה, אך למעשה החדש היה נכון, הוא יהיה פטור מאחריות כיוון ולא ניתן יהיה לייחס לו מודעות.

סעיף 34כג, הוראות החלק הכללי חלות על כל העבירות הספציפיות, הן בחוק העונשין והן **מחוזה לו**, אלא אם נקבע אחרת. חריג בחוק איסור הלבנת הון – **"העושה .. בידיעה .. ידיעה למעט עצימת עיניים"** – כלומר, רק מי שידע ידיעה מלאה שהרכוש הוא אסור עבר את העבירה.

עצימת עיניים - מהמודעות הסובייקטיבית, רשלנות- מודעות אובייקטיבית.

פרשת הר שפי: מרגלית הר שפי הורשעה בגין ס' 262 **"מי שידע שפלוגי זומם..."**. עיקר הדיון בפרשת הר-שפי עסק סביב היסוד הנפשי כלפי אותה נסיבה – האם הר שפי הייתה מודעת לקיומה? הר שפי טענה שהיא הייתה בטוחה שיגאל עמיר לא באמת מתכוון לרצוח את רבין. ביהמ"ש דחה את טענות ההגנה וקבע כי הר שפי ידעה בצורה וודאית שיגאל עמיר מתכוון לרצוח את רבין.

ס' 262 הוא עבירה מחדלית ולכן יש להשתמש בהן במשורה. הסנגור טען שסעיף 262 שלא שותק כותב **"מי שידע"** ולפיכך המחוקק לא דורש סתם עצימת עיניים אלא גם ידיעה. **התביעה** הזכירה את **סעיף 90א** המחליף את משמעות "ידיעה" למחשבה פלילית. מחשבה פלילית, כוללת עצימת עיניים **[20ג(1)]** ולכן מספיקה עצימת עיניים, כדי להרשיע בגין סעיף 262. **ביהמ"ש מתמקד בשורה של טעמים ובעיות שמאפיינים את העבירה הזאת:**

1. **עבירה מחדלית** – כרסום חריף יותר בחירויות הפרט.
 2. **שיקולי מדיניות** – העבירה עשויה לעודד מלשנות, פלישה לאוטונומיה, אנשים יחיו בפחד שאחרים ידווחו על מחשבותיהם.
 3. **שיקולים שקשורים לקרבה בין הזומם לבין החושד** – הדבר עשוי להעמיד בקונפליקט אדם שיצטרך להסגיר קרוב משפחה
 4. **אנשים נוטים להתרחק ממשטרה ועיסוק בפשעים** – יש לגלות התחשבות במי שרק חשד ולא ידע.
- ביהמ"ש המחוזי הסכים שסעיף 262 כולל עצימת עיניים. אך משיקולי מדיניות, קבע שלא ראוי שהעבירה תשתכלל. לכן קבעו ש"ידע" בסעיף 262 איננו יסוד נפשי אלא רכיב נסיבתי ביסוד ההתנהגותי ולכן אין להרשיע את הר שפי בגין עבירה זו.
- הבעיה בפירוש ביהמ"ש הוּא** שידיעה היא הלך נפש שמשקף את ההכרה של הנאשם לגבי העולם שמסביבו. זוהי ההגדרה של יסוד נפשי ולכן לא הגיוני להתייחס לידיעה כאל רכיב נסיבתי.
- בערעור לעליון, חשין** סירב לקבל את ההסבר של ביהמ"ש המחוזי וקבע כי ידיעה היא יסוד נפשי. הוא התמודד עם העובדה שהוראת סעיף 20, ככזו המצויה בחלק הכללי, חלה על כל העבירות הספציפיות, בהסבירו כי יכול להיות **חריג לכלל**. טענתו היתה שהחרגה המצמצמת את האחריות הפלילית ומקלה על נאשמים היא מתקבלת. מנגד ניתן לטעון כי הדבר יוצר חוסר שוויון בין נאשמים ופוגע בעיקרון הודאות שלהם. -אין להחיל את עצימת העיניים על עבירת אי-מניעת פשע.

- חשין** קובע שכדי להטיל אחריות על אי-מניעת פשע יש להוכיח "ידיעה ברורה ונקייה". נימוקים:
1. **האופי המיוחד של העבירה** – הרכיב "מי שידע" הוא היסוד שמקים את החובה לפעול. לכן, התפקיד המיוחד של הידיעה מחייב לצמצם את היסוד הנפשי לידיעה בלבד.
 2. **הסתפקות בעצימת עיניים במקרה של מחדל לא מובנת מאליה**.
 3. **קושי פרקטי בבירור** – קיים קושי מעשי לברר מה זומם אדם אחר.
 4. **המחירים החברתיים** – לחובת פעולה לברר ייתכן מחיר חברתי כבד. למשל אי קבלת עדות של אשה על בעלה

קרמניצ'ו סבר כי יש להחיל את עצימת העיניים על אי מניעת פשע והעלה את הטענות הבאות:

- א. **עיקרון החוקיות** – ביהמ"ש לא יכול ליצור חרחה של סעיפים מהחלק הכללי בהחלטה שיפוטית.
- ב. **בד"כ אין ידיעה אלא רק חשד** – המצבים הטיפוסיים שמתעורר חשד (ריקון הסעיף מתוכנו).
- ג. **הצלת חיים** – החלת דוקטרינת עצימת העיניים על ס' 262 עשויה להציל חיים.
- ד. **הנתון הרלוונטי הוא קיום אפשרות ממשית לביצוע פשע** – בין אם ברור שהאדם **עומד לפעול** ובין אם בשל חשד שהוא **עומד לבצע פשע**. הוא סבור שיש להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים רק במקרה של פשעים חמורים.

5.3 – כוונה והלכת הצפיות

ביסוד הנפשי החפצי הראשון – **כוונה** משמעותו יחס חיובי לקרות התוצאה. הינו הרצון פוזיטיבי לפגוע בערך מוגן, כוונה חמורה יותר מפזיזות.

הנוסח של עבירות מטרה: העושה X בכוונה ל-Y. לשם השתכללות עבירה כזו נדרש להוכיח שהנאשם ביצע את ההתנהגות עם כוונה לגרום למטרה מסוימת והתוצאה (Y) אינה חייבת להתממש.

דוגמא לעבירות מטרה: סעיף 456 – ניסיון להרוס נכס בחומר נפיץ: "המניח שלא כדן חומר נפיץ במקום כלשהו, בכוונה להרוס נכס או להזיק לו, דינו – מאסר חמש עשרה שנים" – העבירה אינה דורשת תוצאה (שהנכס ייהרס), אלא רק שהייתה לנאשם כוונה ורצון בקרות התוצאה. אם לנאשם הייתה קלות דעת או אדישות לגבי הריסת הנכס, לא ניתן יהיה להרשיעו.

עבירות מטרה יופיעו בשני הקשרים:

1. **צורות מוחמרות של עבירות פזיזות קיימות** – תהיה עבירת בסיס שהיסוד הנפשי הדרוש לה הוא **פזיזות (הכוונה מודעות)**: ותהיה עבירה חמורה יותר, הדרושת **כוונה נדגים: 113 – ריגול חמור**: (ג) "מי שהשיג... מאסר שבע שנים. התכוון... דינו – מאסר חמש עשרה שנים". ההבדל ביניהן הוא ביסוד הנפשי.
2. **עבירות בסיס בפני עצמן** – אם לא יתקיים היסוד הנפשי של כוונה לקרות התוצאה, לא תשתכלל שום עבירה. דוג': "המאיים... **בכוונה להפחיד את האדם... דינו – מאסר שלוש שנים**". עבירת האיומים לא קיימת ללא יסוד הכוונה. לכן, אם אדם מאיים ללא כוונה, לא ניתן להרשיעו.
מה הרציונאל בקיומן של עבירות בסיס מסוג מטרה כך שמי שהיה מודע "סתם" אך לא היתה לו כוונה יהיה פטור (=קיום יסוד מוחמר של כוונה)? הספרות מציעה מספר הסברים:
 - א. המחוקק התכוון לכך שרק כאשר מתלווה יסוד נפשי של כוונה מתגבשת האשמה
 - ב. כשמדובר בעבירות שביסוד המעשה הקבוע בהן עומד ערך חברתי "פודה" (לדוג' חופש הביטוי).
מילים נרדפות: סעיף 2(א90): "בכוונה" – מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה, יתפרש המונח כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשר".נדגים: סעיף 348 – מעשה מגונה: "ה) בסימן זה, "מעשה מגונה" – מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". המעשה נעשה במטרה מסוימת ולכן זוהי עבירת מטרה.
חריג: לעיתים, המילה "כדי" בצירוף המילה "לפגוע" מופיעה שלא במשמעות של כוונה, אלא במשמעות של נסיבה. נדגים: סעיף 173 – פגיעה ברגשי דת: "מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים... דינו – מאסר שנה אחת". לכן, אין לפרש את המילה "כדי" באופן אוטומטי ככוונה ויש לבחון את ההקשר בו היא נמצאת (במקרה זה נסיבה). כמו כן ראה ס' 173 – פגיעה ברגשי דת

מהן ההצדקות ביצירת עבירות שדרישת הסף המינימאלית שלהן היא כוונה ולא פזיזות?

הצדקה ראשונה – לעיתים המחוקק סבור שכאשר מדובר בפזיזות רמת האשמה אינה מספיק גבוהה כדי להצדיק הטלת אחריות פלילית. או שהיסוד העובדתי מכליל מדי (ס' 144[ב]).

לדוג' בלשון הרע, אם אדם לא רצה (פזיז) שהפרסום יפגע באחר – לא ניתן להפלילו והעבירה הפלילית תתגבש רק כאשר מדובר בכוונה. כמובן שיוכל להיתבע בנויקין.

מדוע קבע המחוקק כי הפזיז יהיה פטור מאחריות פלילית?

1. הערך החברתי אינו מספיק חשוב

2. ביצוע המעשה נעשה בשם זכות חברתית – לשון הרע והסתה לגזענות מול חופש הביטוי.

[בפס"ד אלבה ופס"ד כהנא ביהמ"ש מפרש את החוקים בצורה ספציפית ובכך מצמצם את החוק...]

בעבירת ההסתה לגזענות, בסעיף 144(ב) היסוד העובדתי מוגדר בצורה רחבה: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות". כל דבר שמתפרסם נכנס בגדר הסעיף. לכן, זה לא מפתיע שכדי לצמצם את ההגדרה הרחבה, המחוקק בחר בצמצום היסוד הנפשי ע"י הדרשה לכוונה. יש פה בעצם צמצום של דבר אחד (יסוד נפשי של כוונה) על חשבון ההרחבה של אחר (יסוד עובדתי).

בפס"ד אלבה התעוררה השאלה מה פירוש המונח "דבר". האם מדובר בכל דבר או שיש לדרוש שיהיה מדובר בדבר שבאופן אובייקטיבי הוא בעל פוטנציאל להסתה? ברק קבע שיש לפרש את המושג דבר ככזה שמבחינה אובייקטיבית הוא בעל פוטנציאל להסתה ובכך צמצם את ההגדרה. לדבריו, אם נרשע רק בשל הכוונה שהייתה למפרסם, תהיה פה הרשעה בשל מחשבות.

עם זאת, קיימות שתי בעיות עם קביעתו של ברק:

1. **עבירת הניסיון** – בדיני העונשין קיימות עבירות אשר ניתן להרשיע בגינן גם אם אדם עשה מעשה מתוך כוונה לקרות תוצאה כלשהי, גם אם התוצאה לא התממשה. לכן, הטענה שאין מקום להרשעה כאשר מבחינה אובייקטיבית אין חשש לסכנה היא לא נימוק משכנע.

2. **פגיעה בעיקרון החוקיות** – מדובר באקטיביזם שיפוטי. הרי החוק אינו מצמצם את המילה דבר לכוונה הטומן בחובו פוטנציאל אובייקטיבי של סכנה בלבד. לעומת ברק, השופט מצא הולך לכיוון ההפוך והדווקני של החוק.

בפס"ד כהנא, נדונה עבירת ההמרדה המופיעה בסעיף 133: "העושה מעשה לשם המרדה... דינו – מאסר חמש שנים". ברק קבע שלמרות שבסעיף העבירה מדובר על כל מעשה, יש לקרוא לתוך הסעיף נסיבה הקובעת כי יש להפליל רק בשל מעשה שיוצא מפוטנציאל אובייקטיבי להמרדה.

הצדקה שנייה – נשענת על הכוונה והרצון שלא לפגוע יתר על המידה בזכויות האזרח. המטרה היא לאפשר לאנשים לנהל את חייהם בצורה רגילה. מכיוון שרק כאשר אדם מחבל בכוונה בהליך שיפוטי, הוא פוגע בערך חברתי מוגן.

הצדקה שלישית – יש עבירות שבהן הערך החברתי המוגן נפגע רק כאשר האדם פועל בכוונה. לדוג' סעיף 174(א) – מתן הטבות כפיתוי להמרת דת [מסחור הדת-פגיעה ערך חברתי].

הלכת הצפיות (נתפס כשקול לכוונה)

הלכת הצפיות נוצרה מפסיקה משפטית. הלכת הצפיות קבעה כי היסוד הנפשי "כוונה" יכול להתפרש או כרצון או כצפייה של אפשרות קרובה לוודאי. בתיקון 39, המחוקק עיגן את הלכת הצפיות בסעיף 20(ב). כלל הצפיות הוא כלל סובייקטיבי. כדי שכלל הצפיות יחול על אדם יש להוכיח שהוא עצמו באופן סובייקטיבי צפה בפועל את קרות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי ולא מספיק להוכיח שאדם מן היישוב היה יכול לצפות את התוצאה (כמו רשלנות, צפיות אובייקטיבית). הרציונאל מאחורי השקילות בין שני המצבים הללו הינו:

קוגלר טוען שיש מכנה נפשי משותף לכוונה וצפייה בהסתברות גבוהה למדי שהוא הבחירה או החלטה לגרום לתוצאה (ע"פ קוגלר צפייה בהסתברות נמוכה=פזיזות).

פלר טוען כי אין מכנה נפשי משותף. והוא מסביר כי השקילות הנורמטיבית מבוססת על השוואת המטען הערכי (=רמת האשמה המוסרית). כאשר אדם פועל עם כוונה – החומרה נובעת מהרצון. כאשר אדם פועל עם צפייה – החומרה נובעת

מהסתברות הצפייה הגבוהה. כל אחד שואב את החומרה מגורם שונה ולכן, למרות שהם שונים, הם צריכים להיות בעלי מדרג נורמטיבי שווה.

מקור החומרה	כוונה	צפייה בוודאות מעשית
רצון	+	-
צפייה בהסתברות גבוהה למדי	-	+

קושיית קוגלר לפלר: לדברך, כאשר אדם רוצה בקרות תוצאה, הוא גם לרוב צופה שהדבר יקרה. לפיכך, בהתאם להסבר זה, כוונה תיתפס לרוב כחמורה יותר מוודאות מעשית.

תירוץ פלר: צריך לערוך עם הגבול התחתון של מצב הכוונה. כלומר, עם אותם מצבי הכוונה בהם התוצאה נצפתה בהסתברות נמוכה (כאשר יש רצון).

קושיית פלר לקוגלר: ישנו הבדל מהותי בין כוונה לצפיית התוצאה, בראשון התוצאה היא מטרה ואילו בשני התוצאה היא אמצעי. ולכן לא צריך להיות ביניהם מכנה משותף.

תירוץ קוגלר: משיב על טענה זו שאין משמעות לשאלה האם הבחירה הייתה באמצעי או במטרה. בשני הלכי הנפש הללו הייתה בחירה מצד הנאשם.

בתיקון 39, בסעיף 20(ב) אומצה גישתו של פלר (יש רמזים מניסוח הסעיף).

תחולת כלל הצפיות בעבירות מטרה

"המאיים על אדם... בכוונה להפחיד את האדם...". עבירת מטרה מכיוון שהתקיימות תוצאות ההפחדה אינה חייבת להתקיים אלה היא יעד שהנאשם רוצה להגיע אליה.

כדי להמיר את רכיב הכוונה לרכיב תוצאתי, יש לנסח את הסעיף בצורה הבאה: "המאיים על אדם... ומפחידו בכוונה". במקרה הראשון, ההפחדה היא יעד שאליו האדם חותר אך איננה צריכה להתקיים בפועל לשם השתכללות העבירה. זאת לעומת המקרה השני בו התוצאה הכרחית לשם שכלול העבירה והכוונה היא יסוד נפשי חפצי כלפי התוצאה (הפחדת האדם).

האם הלכת הצפיות [סעיף 20(ב)] חלה על עבירות מטרה התנהגותיות ואם כן, באיזו מידה?

סעיף 90(א)(2) קובע כי כאשר המושג "כוונה" מופיע בעבירות שאינן עבירות תוצאה הוא יתפרש באחת משתי הדרכים הבאות:

(1) כמניע שמתוכו נעשה המעשה; (2) כמטרה להשיג יעד עתידי.

האם תיקון 39 מקרין גם על עבירות מטרה שאינן תוצאתיות או לא?

פרשת אלבה העמדה לדין באשמת הסתה לגזענות של הרב אלבה. הרב טען כי הוא לא התכוון להסית לגזענות. השופטים מצא ובך נקטו ב"גישה המכלילה" הקובעת כי מהרגע שהחוק קבע תחולה גורפת על עבירות כוונה תוצאתיות היא תחול

בצורה גורפת גם על עבירות מטרה התנהגותיות וזאת כיוון שמבחינת היסוד הנפשי, אין הבדל בין שתי העבירות וההבדל מתבטא רק ביסוד העובדתי (אם ההסתה נגרמה או לא נגרמה בפועל). לעומתם, חמשת שופטי הרוב נקטו ב"גישה הגמישה"

– שיש להחיל את הלכת הצפיות בהתאם לתכלית של כל עבירה ועבירה ובהתאם לשיקולי מדיניות ולא באופן גורף [סעיף 20(ב)] אינו מהווה הסדר שלילי באשר לתחולת "כלל הצפיות".

פס"ד אלגד מפקד תחנה שנפצע במהלך קטטה במועדון... בפסק הדין נקבע שמטרתו של אלגד לא הייתה להכשיל ולשבש את הליך החקירה, אלא רק להבטיח שלא יתגלה שעבד ללא היתר (ויש צפיות קרובה לודאי שהתהליך ישתבש). **בייניש** אימצה את הגישה הגמישה (הלכת הצפיות הפסיקתית).

פס"ד ביטון נ' סולטן: איחוד של שני מקרים. בפס"ד זה ברק השתמש גם הוא בגישה הגמישה וקבע כי הלכת הצפיות תחול על עבירות מטרה התנהגותיות בהתאם לתכלית האיסור. ברק אישרר כי במקרה של עבירת לשון הרע, לא נכון להחיל את

הלכת הצפיות, מבחינת שיקולים של מדיניות ואיזון בין הזכויות שעומדות מנגד (שם טוב מול חופש הביטוי). כיוון וחומרת העבירה בעבירות תוצאה גבוהה יותר, מבחינה אובייקטיבית, ניתן להוריד את הרף של היסוד הנפשי ולהחיל את הלכת

הצפיות (כפי שעשה המחוקק). זאת, בעוד שבמקרה של עבירות התנהגות, חומרת העבירה נמוכה יותר מבחינה אובייקטיבית ולכן לא ראוי להחיל את הלכת הצפיות.

השאלה נדונה גם בספרות המשפטית: **פלר** הבחין בין מניע לבין מטרה. כאשר משמעות המילה כוונה בעבירות מטרה הינה מניע – אין להחיל את הלכת הצפיות. לעומת זאת כאשר משמעות המילה כוונה הינה מטרה – יש להחיל את הלכת הצפיות.

המניע צופה פני עבר והוא קיים טרם ביצוע העבירה. לעומת המניע, המטרה הינה יעד עתידי. לכן, כאשר מדובר על דבר עתידי זה כן רלוונטי לדבר על הלכת הצפיות.

קוגלר וקרמניצ'ר טענו כי אין הבדל בין מניע למטרה. לדבריהם, אם אדם רוצח מישהו, המניע שלו הוא הרצון להרוג והמטרה היא שהוא יהרג ואין הבדל- מניע ומטרה מתייחסים לטווח זהה של מקרים.

מה לשאלה של הגישות (המכלילה והגמישה) ולעיקרון החוקיות? **השיין** בפס"ד ביטון טוען שלדעתו יש להחיל בצורה גורפת את הלכת הצפיות. אך לדידו, המחוקק הגביל זאת בסעיף 20 (ב) וזו המשמעות של עיקרון החוקיות וקשה להתנגד לכך. זהו

הנימוק שלו לפסוק ע"פ הגישה הגמישה. **הכוונה תחילה** – והוא החמור ביותר – כוונה תחילה. יש נסיבות נוספות אשר צריכות להתקיים ("המיתו בדם קר", "בלי

שקדמה התגרות בתכוף למעשה...")

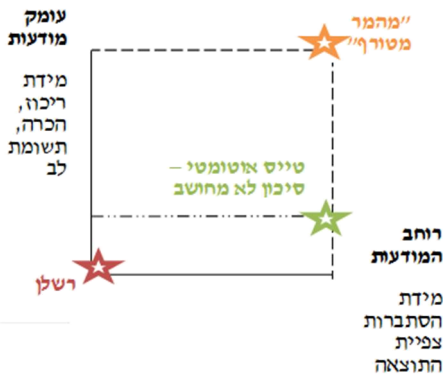
5.4 פיזיות (אדישות + קלות דעת)

פיזיות מתחלק ל-2: 1. אדישות(יחס נטראלי), 2. קלות דעת(יחס שלילי).
אדישות וקלות דעת. המשותף לשני הסוגים הוא **לקיחת סיכון בלתי סביר ביוזעין**. ההבדל נעוץ במישור החפצי – ביחס הרצוני כלפי התממשות הסיכון. במקרה של אדישות, לאדם לא אכפת אם התוצאה תקרה, במקרה של קלות דעת הוא אינו מעוניין שהתוצאה תתרחש.

פס"ד דויטש מצב של קלות דעת כיוון והוא לא רצה במות פועליו, ובכל זאת נטל סיכון בלתי סביר.

דובר בו על אדריכל שיצא עם פועליו לחצוב אבנים מצלע של גבעה. הוא הוזהר ע"י פקחי מע"צ שהמקום מאוד מסוכן ויכולה להתרחש מפולת, אך הוא לא הקשיב לאזהרות משיקולים כלכליים. בעת הימצאות הפועלים במקום, אירעה מפולת ושניים מהם נהרגו. דויטש הורשע בעבירת הריגה במחוזי לאחר שביהמ"ש שלום זיכה. המשפט נוהל טרם תיקון 39, כאשר עוד לא הייתה אבחנה בין קלות דעת לאדישות (היה רק כוונה < פיזיות > רשלנות) ולכן נקבע בפסה"ד שדויטש פעל עם יסוד נפשי מסוג פיזיות. עם זאת, ברור שמדובר במצב קלאסי של קלות דעת כיוון שהוא לא רצה במות פועליו, אך בכל זאת נטל סיכון בלתי סביר. לאחר מכן בעליון זיכו אותו כיוון שהסיכון כן היה סביר. כי אם בכל טיול אפשרי יפחדו מסכנות כאלה ואחרות אנשים לא יטיילו. הערך של טיולים בארץ הוא ערך חשוב במידה כזו שהפכה את הסיכון לסביר, קלוש, נמוך.

מדוע שאדם ייטול סיכון בלתי סביר? קרן שפירא אטינגר מכנה מקרים של קלות דעת כ"הימור מטורף" (האדם אומר לעצמו לי זה לא יקרה). **שפירא אטינגר** מבקשת להסביר כי מושג המודעות הינו רב-מימדי הכולל שני צירים: רוחב המודעות ועומק המודעות, בעוד החוק הפלילי הישראלי מתייחס רק לציר אחד – רוחב המודעות. סעיף 20 מגדיר את מושג הידיעה לפי רוחב המודעות של נוטל הסיכון – עד כמה אדם מודע לאפשרות שסכנה תקרה. עם זאת, הוא מתעלם משאלת עומק המודעות – באיזו עוצמה של ריכוז האדם מודע לזה שסכנה יכול לקרות.



קרמניצר – אתה משכנע את עצמך שהסיפור הזה ייגמר טוב למרות שאין לך שום נתונים לבסס עליהם את האמונה.

בסיטואציה של קלות דעת, מבצע העבירה נוטל סיכון בלתי סביר כאשר הוא מודע לאפשרות שהתוצאה תתרחש, בעוד בסיטואציה של רשלנות האדם נוטל סיכון בלתי סביר שלא במודע.

	קלות דעת	רשלנות
דומה	נטילת סיכון בלתי סביר	
שונה	מודעות לסיכון (והדחקתו)	חוסר מודעות לסיכון

המבחן שיוצר את קו הגבול בין קלות דעת לרשלנות הוא מבחן המודעות לסיכון.
חשוב: ההבדל בין עצימת עיניים לקלות דעת: **עצימת עיניים** היא דוקטרינה שמדברת על יחס נפשי כלפי הרכיב ההתנהגותי והנסיבות (היסוד העובדתי) – יש לך חשד אך אתה מתעלם ממנו ולכן "משדרגים" לך את האחריות כאילו היה לך מודעות. **קלות הדעת** מתייחסת לרכיב התוצאתי – היא סוג של **יחס נפשי חפצי** לגבי תוצאות.

אטינגר מבקשת להסביר כי מושג המודעות הוא רב-מימדי וכולל שני צירים: **רוחב המודעות ועומק המודעות**, סעיף 20 מגדיר את מושג הידיעה לפי רוחב המודעות של נוטל הסיכון – מידת הסתברות צפיית התוצאה. עם זאת, הוא מתעלם משאלת העומק – באיזו עוצמה של ריכוז האדם מודע לזה שסכנה יכולה לקרות.
לדבריה, במקרים בהם יש **רוחב מודעות מלא**, אך חסר **עומק של מודעות (ריכוז)**, קשה לדעת האם מדובר במחשבה פלילית או רשלנות.

קיימות מספר אופציות לסיווג מקרים בהם קיים רק רוחב מודעות:

1. להגדירם כקלות דעת (כפי שעושה החוק הישראלי).
 2. להגדירם כרשלנות.
 3. ליצור קטגוריה נוספת בין מחשבה פלילית לבין רשלנות שתיקרא קלות דעת.
- אטינגר** סבורה כי כאשר יש לאדם רק רוחב מודעות יש לסווג זאת כקלות דעת. זאת משום שעצם זה שהאדם לא דאג להתרכז ולממש את הפוטנציאל שיש לו להבנת המידע מעידה על אנטי-חברתיות.

דוקטרינת הסיכון הסביר – ההגדרה של קלות דעת בסעיף 20 דורשת שהסיכון שאדם נוטל יהיה בלתי סביר. הקביעה אם מדובר בסיכון סביר או בלתי סביר היא שאלה שבדין, קביעה נורמטיבית של ביהמ"ש. בהכרעתו, ביהמ"ש עורך שקלול של אינטרסים ומביא בחשבון שלושה פרמטרים:

1. **התועלת שבמעשה**.
2. **חומרת הנזק / הפגיעה בערך המוגן** (מבחינה איכותית – עד כמה הערך חשוב ומבחינה כמותית – מהי רמת הפגיעה).
3. **מידת הסתברות ההתרחשות**.

נטילת סיכון בלתי סביר במקרה של אדישות וכוונה –

מרבית המלומדים מסכימים שדרישת הסיכון הבלתי סביר קיימת גם בהלך הנפש אדישות, על אף שזה לא מצוין בחוק. עם זאת, לגבי כוונה קיימת מחלוקת.

קרמניצה סבור כי גם במקרה של כוונה על הסיכון שאדם נוקט להיות בלתי סביר. כיוון שבאופן מעשי כאשר אדם פועל מתוך מודעות ורצון לפגוע בערך חברתי, מטבע הדברים הסיכון שהוא נוטל הינו בלתי סביר, אך אם נכניס את הדרישה הזאת לסעיף הכוונה – ייגדל הנטל על התביעה.

בפס"ד צור 364/78 חבורת מטיילים שיצאו לטייל בנחל... המדריכים הוזהרו שעלול להיות שיטפון, אך צפו שהסיכון יתממש בדרגת הסתברות לא גבוהה ויצאו... השיטפון אכן קרה וכמה מטיילים מתו... **בימ"ש השלום** סבר שבכניסה לנחל האדם הסביר בכלל לא היה צופה שיהיה שיטפון ולכן זיכה. **ביהמ"ש המחוזי** קבע כי אדם סביר יכול היה לצפות את השיטפון, נוכח האזהרה. ביהמ"ש העליון קבע כי כאשר שוקלים את הדוקטרינה של סיכון סביר חייבים לקחת בחשבון את התועלת החברתית שמביאה עימה ההתנהגות. יש להותיר ביצוע מעשים שנקיטתם כרוכה בסיכון סביר.

ס' 21 – רשלנות, למעשה מדבר על שתי דרישות מצטברות:

1. אדם מן היישוב היה צריך לצפות.
2. נטילת סיכון בלתי סביר.

לסיכום: הסיכון הסביר הוא מבחן אובייקטיבי נורמטיבי המוכרע ע"י ביהמ"ש. הרשעה ברשלנות, קלות דעת ואדישות מצריכה הוכחת קיומו של סיכון בלתי סביר. לגבי כוונה, קיימת מחלוקת.

הדגם הישראלי (מולבש על האנגלי)

<p>מחשבה פלילית</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ כוונה ישירה / עקיפה ▪ פזיזות - אדישות ▪ פזיזות - קלות דעת 	<p>רשלנות</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ רשלנות
---	---

הדגם הגרמני

<p>מחשבה פלילית</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ כוונה ישירה / עקיפה (=צפיות) ▪ אדישות 	<p>רשלנות</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ קלות דעת ▪ רשלנות
---	--

מדוע יש יחס כה שונה למונח קלות הדעת? הדבר נובע מההגדרה העמומה שלו. לכן **שפירא אטינגר** מציעה לשנות את ההגדרה של קלות הדעת כך שתשים דגש גם על **עומק המודעות** (עד כמה אני מרוכז ועיבדתי את המידע שנחשפתי אליו?) ולא רק על **רוחב המודעות** (עד כמה אני חשוף למידע?). **ההבדל בין שפירא לגרמניה:** בגרמניה הוציאו את קלות הדעת מהמחשבה הפלילית ושמו אותה תחת רשלנות כאשר שפירא אומרת שצריך להשאיר את קלות הדעת תחת המחשבה הפלילית אבל יש לחדד את ההגדרה.

5.5 - רשלנות

אין יסוד נפשי חפצי לקרות המטרה. המבחן הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.

סיבות למה לא להכניס את הרשלנות למשפט הפלילי:

1. **אין בחירה** לנקוט במעשה האנטי-חברתי משום לא מודע שהוא פוגע בערך מוגן.
2. **נטל כבד על הפרט** – מתחבר עם הרתעה
3. **היסוד הנפשי הוא זה שנותן להתנהגות את הגוון השלילי שלה.**

בכל זאת, למה הרשלנות חונה תחת היסוד הנפשי?

1. **קיימם של ערכים היקרים יותר מחירויות הפרט** – החברה לא יכולה להשלים עם מצב שבו קיימת חירות אשר בשמה ניתן שלא לשים לב לערכים מוגנים כמו חיי אדם
2. **יש בחירה ברשלנות** – פלטשר טוען שיש בחירה שלא להיות מספיק זהיר ולשים לב.
3. **פן חינוכי** – המשפט הפלילי רוצה להעביר מסרים שתפקידם לאשרר ערכים מוגנים קיימים

חשוב להבין שכשנרצה לנתח את היסוד הנפשי יש בעצם שני אלמנטים:

1. **שאלה שבדין** = רכיב נורמטיבי = האם אדם לקח סיכון סביר או שלקח סיכון בלתי סביר?
 2. **שאלה שבעובדה** = רכיב עובדתי = היסוד הנפשי המחדלי (של רשלנות).
- יסוד נפשי הוא שאלה של עובדות שהתביעה נדרשת להוכיח, בעוד עניין של סבירות (סטנדרט זהירות) נתון להכרעת ביהמ"ש. הפסיקה הגדירה רשלנות כחוסר מודעות לפחות לאחד מפרטי היסוד העובדתי וכיוון שאדם סביר יכול היה להיות מודע (נורמטיבית) - ניתן היה להרשיעו.

אבחנה ברורה בין שני רכיבים מצטברים שצריך להוכיח ברשלנות:

1. **סיכון בלתי סביר** – שאלה שבדין, הכרעה נורמטיבית הקובעת את סטנדרט הזהירות.
 2. **היעדר מודעות** – להוכיח שהנאשם הספציפי לא היה מודע בפועל לאחד מפרטי היסוד העובדתי, בעוד אדם מן היישוב יכול היה לדעת בנסיבות העניין. כדי שתהיה הרשעה ברשלנות חייבים לוודא שהיסוד הנפשי, לגבי כל אחד מפרטי היסוד העובדתי, הוא לכל הפחות רשלנות. **אם מדובר בשגגה ולו באחד מהם – מדובר בזיכוי!**
- בסעיף 21 החליפו את המונח "אדם סביר" למונח "אדם מן היישוב" כדי למנוע בלבול. **סבירות היא שאלה נורמטיבית שיפוטית**, בעוד **אדם מן היישוב מתייחס לאחד העם וזו סוג של הוכחה שבעובדה**. **האבחנה נולדה על רקע פסי"ד בש...** השאיר מקרר בגינה וילדים נחנקו ממנו תוך משחק. בש הועמד לדין בגין גרימת מוות ברשלנות. נטען שאדם סביר יכול היה להיות

נערך ע"י יצחק כהן (על בסיס שנים קודמות)

מודע שהמקרה שהונח בחצר עשוי לגרום למוות. **ניתוח המקרה**: בציר השאלה שבדין (זהירות נורמטיבית) – היה צריך לשאול האם ההתנהגות של בן היתח סיכון סביר? התשובה לכך היתה צריכה להיות לא. בציר השאלה שבעובדה (זהירות קונקרטיבית) – היו צריכים לקבוע בשאלת הצפייה שבש לא צפה את הסיכון הבלתי סביר, מקום שאדם מן היישוב היה צופה ולכן היה צריך לזכותו.

במקור, היו שתי גישות לניסוח החוק לסעיף 21:

הגירסה הראשונה – לפי המודל הגרמני – **רשלנות סובייקטיבית** – הרעיון הוא שהנאשם לא היה מודע לאותו מעשה, מקום בו אדם ספציפי כמוהו על כל כישוריו היה יכול לצפות את כל אחד מפרטי היסוד העובדתי. גישה זו עומדת בהלימה לעיקרון האשמה.

הגירסה השנייה – לפי המודל האנגלי – "אדם מן היישוב". **זוהי הגישה שהתקבלה בסוף** – לקחו מהמשפט האנגלי את אמת המידה של אדם סביר חיזוני אובייקטיבי אך הוסיפו סייג של "בנסיבות העניין" עבור הפן הסובייקטיבי לפי הצעה של

קרמניצר

תיקון של ועדת קרמניצר לעבירות ההמתה

את הוועדה הנחו שני עקרונות יסוד:

1. היחס המיוחד לערך של חיי אדם.
2. עיקרון האשמה – לנסות לדרג את עבירות ההמתה כמה שיותר קרוב לאשמה.

הצעה מבקשת לחלק את עבירת הרצח לשתי עבירות:

עבירת רצח בסיסית: מאסר עולם כעונש מרבי (ניתן לסטות ולתת עונש נמוך יותר). לגבי היסוד הנפשי בעבירה זו: **דעת הרוב** מעוניינת בכוונה או אדישות **ודעת המיעוט** מעוניינת בכוונה בלבד. יצויין כי כיום, יסוד נפשי של אדישות קיים רק בעבירת ההריגה. הרציונאל של דעת הרוב הוא לגרום לאנשים ש"אדישים: כלפי ערך חיי האדם להיענש בדרגה חמורה יותר. אלו אנשים שהאנטי-חברתיות שלהם מספיק גבוהה ע"מ לקרוא להם רוצחים. עבירת רצח בנסיבות מחמירות: מאסר עולם כעונש מרבי (מבלי אופציה לסטייה והנמכת העונש) זו תהיה העבירה החמורה ביותר. כאן, היסוד הנפשי החפצי יכול להיות גם אדישות (או כוונה) ומה שמקפץ את דרגת החומרה הן הנסיבות. אילו נסיבות יכולות להיות רלוונטיות? הוועדה מציעה רשימת מכולת של 13 נסיבות שיכולות לשרג את רמת החומרה. **נמנה את חלקן**:

1. כשהמעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך משמעותי של גיבוש, שקילה והחלטה להמית (זוהי הנסיבה היחידה שמתגבש בה צורך של כוונה).
 2. מעשה טרור – שנעשה במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור.
 3. מעשה שנעשה מתוך מניע של גזענות או עוינות לציבור.
 4. מעשה שנעשה תוך נקיטה באכזריות מסויימת או התעללות בקורבן.
 5. הקורבן הוא חסר ישע.
 6. הקורבן הוא עובד ציבור הממלא תפקיד באכיפת החוק והמעשה נעשה במילוי תפקידו.
 7. מעשה שנעשה תוך יצירת סכנה לאדם נוסף.
 8. מעשה שבוצע ממניעים מיוחדים של סיפוק יצר המין או תאוה להמית (המרצה **מדגישה** – למה דווקא סיפוק מיני ולא תאוות בצע למשל? קו הגבול קצת בעייתי).
- חברי הוועדה התלבטו האם ללכת למודל של רצח שיוצר שתי דרגות או ליצור מודל שמשמר את עבירת הרצח כעבירה אחת וליצור שתי צורות – עבירת בסיס ועבירה בנסיבות מוחמרות.

הוועדה מציעה גם לבטל את עבירת ההריגה ולהמיר אותה בשלוש עבירות חדשות:

א. **המתה בנסיבות של אחריות מופחתת**. העונש יהיה 15 שנה (כיום בהריגה זה 20).

¹

- המתה בנסיבות של **קינטור**.
 - מעשה שנעשה עקב התעללות ממושכת מצד הקורבן.
 - מעשה שנעשה ע"י מי שיכולתו להבין את המעשה או להימנע ממנו הוגבלה בשל הפרעה נפשית או לקות שכלית.
 - מעשה שנעשה תוך חריגה מן הסביר.
 - ⊕ **בנסיבות הללו ההמתה היא בנסיבות של אחריות מופחתת.**
- ב. **המתה בקלות דעת** – מתחבר לדעתה של קרן שפירא-אטינגר. עונש עד 9 שנים. ההצדקה להוסיף את העבירה היא הפער בין מידת האשמה לבין מי שממית באדישות למי שממית בקלות דעת. (נשאב מהגרמנים).
 - ג. **עבירת המתה בעקבות בקשת הקורבן** (=המתת חסד). עונש עד 5 שנים. מדובר בסיטואציה של מצב רפואי קשה. יצויין כי לפי החוק הקיים כיום, אדם שמורשע בעבירה זו מורשע ברצח.

ישנה הצעה לשינוי גם בעבירות הרשלנות: הכוונה ליצור דרגת ביניים בין המקרים של קלות דעת לבין גרימת מוות ברשלנות. עבירה זו תיקרא **גרימת מוות ברשלנות רבתי** (סטייה קיצונית מההתנהגות הזהירה הנורמלית – זה קל מדי שזה יהיה רשלנות אבל זה לא קלות דעת כי האדם לא היה מודע). הוועדה מציעה לעשות רפורמה גם **למונח רשלנות עצמו**. עיקר ההמלצה הוא ללכת לגיוון של המשפט הגרמני וללכת למבחן אינדיבידואלי שמתחשב במאפיינים האישיים של הנאשם ומשקף בצורה טובה יותר את יכולת הצפייה של העושה. **החיסרון בהצעה** הוא שזה הופך להיות מסורבל מאוד. מאידך, **היתרון הוא** שניתן לכוון למונח רשלנות טובה יותר את רמת האשמה. נק' בולטת נוספת היא שהיסוד הנפשי הוא כבר לא המקום היחיד שמבחין בין קטגוריות העבירה כי הנסיבות מוסיפות חומרה (דוג' – המתת חסד).

7. צורות אחריות נגזרות

סוג נגזר ראשון שנדון בו הוא הניסיון הפלילי (נגזר מהעבירה המושלמת).
הסוג הנגזר השני שנדון בו הוא שותפות לעבירה (נגזר מהמבצע העיקרי).
לעבירות אלה אין קיום עצמאי – אדם לא יכול להיות מסייע לעבירה ללא עבירה שהוא סייע בה.

הניסיון הפלילי

¹ ההתנהגות מתגרה, אשר שוללת מן הנאשם את היכולת לשליטה עצמית

מנסה הוא אדם שמתחיל לבצע מעשים כלשהם לקראת ביצוע העבירה, אולם היסוד העובדתי שקבוע בהגדרת העבירה אינו מושלם. יכולים להיות מקרים בהם החסר הוא ברכיב ההתנהגותי (נסיון לא מושלם) ויכולים להיות מקרים בהם החסר הוא ברכיב הנסיבתי (נסיון מושלם).

מדוע המשפט הפלילי בוחר להרחיב את האחריות הפלילית למקרים שבהם אדם לא ביצע את כל היסוד העובדתי והיסוד הנפשי (נסיון)?

שיקולים המצדיקים את הענשת המנסה :

- **שיקולי אשמה** (דאונטלוגי) – הרצון להסיט את המשקל מן התוצאה אל עבר האשם המוסרי ולנטרל את אלמנט המזל (Moral luck). אם רוצים להעריך מבחינה נורמטיבית מעשים של אדם, יש לנתק אותם משיקולים חיצוניים למעשיו של האדם. גם כאשר במזל תוצאת העבירה לא נגרמה, הדבר אינו מוריד ממידת האנטי חברתיות של האדם. הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי. Duff משתמש במונח "התקפה" וטוען כי מי שהתכוון לבצע עבירה והתחיל בביצועה, כמו פתח בהתקפה על הערך המוגן והתקפה אינה מצריכה בהכרח קיומם של נפגעים.
- **שיקולי תועלת (תועלתני)** – קיים חשש כי אדם שלא הצליח לבצע עבירה, ינסה ואולי אף יצליח לבצעה בעתיד. לכן, יש תועלת בהפלתו כדי למנוע ממנו הזדמנות נוספת לביצוע העבירה.

מה היה הרציונאל של מחצית העונש של העבירה המושלמת בגין נסיון לפני תיקון 39 :

1. מידת הנזק נמוכה יותר – לא לתת משקל רק ליסוד הנפשי אלא גם למידת הנזק שנגרם וכיוון ובניסיון לא נגרם בסוף הנזק, יש להקל במידת העונש.
2. תמריץ-הטענה הייתה שאם נטיל על ניסיון, עונש הזהה לעבירה המושלמת זה לא יתמרץ את המבצע להתחרט.

סוגי הניסיון נחלקים לשניים :

- **ניסיון מושלם / מוגמר** – הנאשם השלים את ההתנהגות והעבירה לא הושלמה רק כי התוצאה לא נגרמה. דוגמה קלאסית: ירייה לעבר אדם, תוך החטאה.
- **ניסיון לא מושלם / לא מוגמר** – הנאשם עדיין לא השלים את ההתנהגות. לדוגמה: אדם שרצה להרוג את אדם אחר בירי, ועדיין לא ביצע את הירי ורק קנה אקדח.

ההבדל בין סוגי הניסיון: בניסיון לא מושלם – יש סיכוי שהמנסה היה מתחרט ולכן האנטי-חברתיות שלו לא בהכרח זהה (לבעל הניסיון המושלם) ומכאן שההצדקה להפלתו נמוכה יותר.

הויכוח התיאורטי על תפיסת האחריות בגין ניסיון פלילי – תפיסה אובייקטיבית או סובייקטיבית של דיני הניסיון?

- **לפי התפיסה האובייקטיבית**: האחריות בגין ניסיון מוטלת בשל הסיכנה הטמונה בהתנהגות של העושה
- **לפי התפיסה הסובייקטיבית**: האחריות בגין ניסיון מוטלת בשל מסוכנותו של העושה.

תיקון 39 השווה את העונש בגין ניסיון לעונש בגין העבירה המושלמת. הוא הדגיש בכך את **הבסיס הסובייקטיבי** (המחוקק הרואה את המנסה כאנטי-חברתי במידה זהה למבצע). של האשמה הפלילית.

פרופסור ביין: הציבור מתרשם יותר כאשר התוצאה משמעותית יותר ונותן משקל כבד יותר כאשר אירעה תוצאה לעומת מקרה בו רק היה פוטנציאל לכך. (ניסויים: פאול רונינסון וג'ון דארלי-הציבור מקנה משמעות בלתי-מבוטלת למזל המוסרי.

לפיכך, אולי כדאי שהמשפט הפלילי ישקף את נקודת המבט של החברה).

סעיף 234 קובע שהעונש בגין ניסיון יהיה זהה לביצוע עבירה, אלא אם נאמר אחרת. **בסעיף 234** נקבע כי הניסיון לעבירה שהיא חטא אינו בר ענישה (כיוון שניסיון מרחיב מספיק את האחריות הפלילית).

ההבחנה העונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון :

החוק אימץ הגדרה "שליטת": מעשה ייחשב לניסיון כאשר מצד אחד, יצא מגדר התנהגות מכינה בלבד ומצד שני, היסוד העובדתי לא הושלם. קו הגבול בין ניסיון לעבירה מושלמת ברור מאוד. אך קשה להגדיר את המעשים שכאשר מבצעם אדם הוא יוצא משלב ההכנה (שאינו עניש) ונכנס אל מתחם הניסיון (שהינו עניש).
שלב ההכנה כולל סידורים מוקדמים לקראת ביצוע העבירה. מעשים כאלו אינם מסוכנים לכשעצמם ואינם יוצרים איום ממשי על הערך החברתי המוגן. **מרים גור אריה** טוענת שמעשי הכנה מלווים בהתלבטות כאשר האדם עוד לא גיבש החלטה סופית אם לבצע את העבירה או שלא, כמו כן במהלכם יכול אדם לחזור בו מהחלטתו ולהתחרט. וכאשר אדם עובר ל"מתחם הניסיון" היא מלווה בהתגבשות יסוד נפשי חזק וההתנהגות הופכת להיות בעלת מטען אנטי-חברתי גבוה יותר המצדיק הפללה.

חריגים: **עבירות הכנה מושלמות שביצוען יגרור הפללה**.

סעיף 497 – הכנת עבירה בחומרים מסוכנים: עצם ההצטיידות בחומרים מסוכנים מסוכנת דיה ומצדיקה הפללה.

סעיף 499 – קשר לפשע או לעוון: עצם קשירת הקשר בין מספר אנשים משקפת מסוכנות המספיקה להפללה.

ביצוע העבירה – אדם נכנס לשלב **ביצוע העבירה** עם הכניסה ל"מתחם הניסיון" (רחב יותר מהגדרת היסוד העובדתי המצומצם).

מידת ההתנהגות: מהם הגבולות המשרטטים את "מתחם הניסיון"?

שאלת תיחום קו הגבול בין ניסיון להכנה מתעורר רק בניסיון בלתי מושלם. בניסיון מושלם בו האדם ביצע את כל המעשים שתלויים בו, אין שאלה אם האדם ביצע את הניסיון. אין אפשרות להגדיר מראש מתי מתחיל "מתחם הניסיון" בכל עבירה. זאת משום שאופן הביצוע יכול להשתנות מעבירה לעבירה.

מרים גור אריה נותנת דוגמה לאדם המוהל כוס יין ברעל ומניח אותה במזווה. 1. אם התוכנית המקורית שלו היא להשאיר את הבקבוק שם עד להזדמנות להביא אותה לקורבן=מעשי הכנה. 2. אם הקורבן המיועד אמור להוציא את היין מהמזווה בארוחת הערב=ניסיון ואולי אף ניסיון מושלם כי הנאשם עשה מבחינתו את כל המעשים הדרושים להשלמת העבירה. **מבחני עזר להבחנה בין מעשי הכנה לניסיון:**

שיטות משפט שותפות כיום למסקנה כי לא ניתן להגדיר מראש במדויק את נקודת הגבול המפרידה בין הכנה לניסיון. לכן, גם בפסיקה וגם בכתיבה המשפטית נקבעו מבחנים שמטרתם להקל על הבחירה.

- **מבחן המעשה האחרון** – פעולה שביצע אדם נכנסת לגדר ניסיון רק כאשר עשה את המעשה האחרון הנדרש מצידו לפני ביצוע העבירה המושלמת. משמעות המבחן: הארכת שלב ההכנה וצמצום מתחם הניסיון. על פי מבחן זה, בכל מקרה בו אדם לא השלים את כל המעשים התלויים בו, יחשבו מעשיו כמעשי הכנה-מבחן זה טוב לנאשמים (**פס"ד רובינסון** מוכר יהלומים).
- **מבחן הקרבה להשלמה** – דורש כי תהליך ביצוע העבירה התקרב קרבה מספקת ומוחשית להשלמת העבירה. נקודת המוצא היא העבירה המושלמת וממנה בודקים אחורנית את כמות ואיכות הפעולות שנתרו לשם השלמתה. מבחן זה פותח במשפט המקובל, ואומץ בפסיקה הישראלית. **מרים גור אריה** נותנת מבחני עזר, בדמות **זמן לקרוב** מבחינת זמן אל ביצוע העבירה) **ומקום** (קרוב לקורבן) שנועדו לעמוד על הקרבה.
- **המשפט הגרמני**: מודד את הקרבה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה (הולכים אחורנית ובודקים כמה מעשים עוד נותרו עד לתחילת התנהגות זו). מבחן הקרבה הגרמני מרחיב את היקף הניסיון בהשוואה למבחן הקרבה במשפט המקובל.
- **מבחן החד-משמעות (מבחן "הסרט האילום")** – כאשר החל המבצע בביצוע התחלתי המגלה בצורה חד-משמעית את כוונותיו. **מין** מדמה את המבחן ל"סרט אילום": הניסיון יתחיל בשלב בו יהיה ברור לצופה, חד משמעית, כי העושה בסרט מתכוון לבצע עבירה. ע"פ מבחן זה ניסיון יכול להיות אפילו פעולה התחלתית. **פרופסור ויליאמס** טוען שמבחן זה יכול להוות כלי עבור נאשמים פוטנציאליים להסוות את מעשיהם עד שלב מאוחר על מנת לעשות מניפולציות כדי שההתנהגות שלהם לא תסגיר את הכוונה. מבחן ה-model penal code (הקוד הפלילי האמריקאי לדוגמה). הדרשה הניכרת, בקוד הפלילי האמריקאי, להפלה בניסיון היא שההתנהגות של הנאשם תהווה צעד משמעותי בדרך לביצוע העבירה ותשקף את הכוונה של הנאשם. בקוד הפלילי האמריקאי הצעד המשמעותי אמור להיעד על כוונת המנסה.
- **מבחן תחילת הביצוע (מבחן הצעד האפקטיבי)** – על מנת שמעשה יחסה תחת "מתחם הניסיון" וישתייך לשלב "ביצוע העבירה" עליו להוות חוליה בשרשרת שמובילה באופן טבעי למימוש היסוד העובדתי (גם אם חוליה בתחילתה של שרשרת). **פס"ד סריס** (אנס שצריך לסרס אותו) בית המשפט אימץ את מבחן תחילת הביצוע וטען שאין דרישה שהמעשה של הנאשם יהיה המעשה האחרון או המכריע בביצוע העבירה, כדי שירשע בעבירת הניסיון והסביר כי כבר מתחילת שלב הביצוע, הנאשם נכנס לגדר "מתחם הניסיון". הדיון במבחני העזר יתקיים רק כאשר החסר ביסוד העובדתי הוא ברכיב ההתנהגותי. אז מבחני העזר יעזרו לנו להחליט האם מדובר במעשי הכנה או ניסיון.

ניסיון צליח וניסיון בלתי צליח (כזה שלא יכול היה מלכתחילה להצליח):

- **ניסיון צליח** – מצב בו השלמת העבירה יכולה הייתה להצליח (מבחינה טכנית) אך נכשלה.
- **ניסיון בלתי-צליח** – מצב בו הביצוע נועד לכישלון מראש מחמת חוסר אפשרות אובייקטיבית להשלים את העבירה. **סעיף 26 לחוק העונשין** קובע כי ניסיון משתכלל גם אם עשיית העבירה בלתי אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. הרעיון העומד מאחורי סעיף זה הוא שיש לראות את מצב העובדות כפי שהאמין המנסה. במקרה של ניסיון בלתי-צליח לא נגרם נזק, אך התפיסה היא שיש להתחקות אחר האנטי-חברתיות של האדם לא רק לפי הגילוי החיצוני של פעולותיו אלא על פי הנחישות שלו והמסוכנות החברתית שלו. דוקטרינת הניסיון מעגנת בכך את החשיבה הסובייקטיבית של הנאשם. ✓ **חריגים: אמצעים אבסורדיים, טעות במצב המשפטי.**

דוגמאות לניסיונות בלתי-צליחים:

1. **אורי יורה בגופה מתוך כוונה לרצוח אדם** – חוסר צליחות עובדתית הנובע מהיעדר נסיבה.
2. **אורן מנסה להמית אדם בכמות רעל שאינה מספקת** – חוסר צליחות עובדתית. החוק קובע שיש להעריך את המעשים לפי מצב הדברים בהם האמין המנסה.
3. **יואב מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר, מתוך אמונה שמדובר ברעל** – חוסר צליחות עובדתית.
4. **נעמה מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר, מתוך אמונה כי בכך ניתן יהיה לגרום למות הקורבן** – חוסר צליחות עובדתית הנובע מטעות בתפיסת המציאות- כאן ישנה מחלוקת בנוגע להפלה

ניתן לטעון כי אם דוקטרינת הניסיון מתחקה אחר כוונה, ולכן יש להפיל אדם העושה שימוש באמצעים אבסורדים וזאת משום שיש לו כוונה אנטי חברתית בדיוק כמו במקרים האחרים- כך גם נראית כוונת המחוקק. עם זאת, התפיסה הרווחת היא כי במקרים של שימוש באמצעים אבסורדים אין מקום להרשעה (הסיבה **פלה**): אין סיכון ריאלי, אינו מפחיד את הציבור). הרציונאל העומד מאחורי נימוק זה הינו השיקול התועלתני (אין בכך צורך) ולא השיקול הגמולי ("מיגיע לוי") **הדר** **דנציג רוזנברג-מתאים לעקרון השירות**.

עבירות הניסיון הספציפיות (כמו ניסיון לרצח-ס' 305) מיותרות כיום, נוכח קיומו של סעיף 25. טרם תיקון 39 החוק קבע שהעונש על ניסיון יהיה מחצית מהעבירה המושלמת והמחוקק ביקש לתת עונש מיוחד לעבירה הספציפית (גבוה יותר). כיום, העונש על ניסיון זהה לעונש על עבירה מושלמת ולכן יצא סעיפים אלה דווקא מפחיתים מהעונש. אם גם הרכיב ההתנהגותי וגם הרכיב הנפשי התקיימו בניסיון (אך העבירה לא קרתה), יוצא בעצם שאפשר להרשע אדם בניסיון. עם זאת, הנאשם יוכל לטעון לחרטה. הטענה לחרטה יעלה רק לאחר שהוכחה כוונתו של הנאשם וכניסתו למתחם הניסיון. לא יוכל לטעון אדם כי גם לא ניסה לבצע את העבירה וגם התחרט.

היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בניסיון לבצע עבירה הוא כפול:

- **היסוד הנפשי הקבוע בהגדרת העבירה המוגמרת.** לדוגמא: במקרה של ניסיון אינוס, יש להוכיח שהייתה לאדם מחשבה פלילית (מודעות).
- יסוד נפשי מיוחד של **מטרה** לבצע את העבירה. כלומר: **רצון** להשלים את העבירה המוגמרת.

במידה מסוימת הדבר דומה לעבירות מטרה. אך בעוד בעבירות מטרה, היסוד הנפשי החפצי מתייחס ליעד / מטרה כלפי **תוצאה** מסוימת, בעבירות ניסיון הרצון אינו כלפי רכיב מסוים אלא כלפי **שאיפה כללית להשלים את העבירה** בכללותה.

בעבירות הניסיון, גם כאשר העבירה התנהגותית וגם כאשר העבירה תוצאתית, יש להוכיח מטרה כלפי השלמת העבירה. זאת בעוד בעבירה המוגמרת הרגילה יש הסתפקות במרבית העבירות (וזו גם ברירת המחדל) בקלות דעת (ואדישות). אם כן, **מדוע נדרשת הוכחת מטרה בעבירות ניסיון?** כיוון והעבירה המושלמת לא התממשה, ולא נגרם נזק קונקרטי לערך המוגן אלא רק בוצעה התקפה על הערך המוגן האבסטרקטי ויש חסר ברכיב העובדתי, קיימת החמרה ביסוד הנפשי ורק מי שפעל מתוך כוונה יכול להיות מופלל בעבירת הניסיון. **[שחר אלדר]** טוען שהמרה בין רכיבים עובדתיים לרכיבים נפשיים אינה אחידה וזאת משום שיש סוגי ניסיון (נסיון מושלם לעומת ניסיון לא מושלם) שונים זה מזה. **פרשת קובקוק** – קובקוב טען שכלל עוד לא גיבש תוכנית קונקרטית מה לעשות עם בקבוקי התבערה ולכן מעשיו לא עברו את שלב ההכנה **והיסוד הנפשי** טרם התגבש. בית המשפט זיכה את קובקוק.

התביעה נדרשת להוכיח כוונה, שהיא הרף הנפשי הגבוה ביותר (מלבד כוונה תחילה) וזאת בעוד שבעבירות מוגמרות, דרישת היסוד הנפשי הינה לרוב רק פזיזות.

האם נכון להמיר את דרישת המטרה בהלכת הצפיות?

ניתן אך לא כדאי. הייחוד של עבירות הניסיון הוא שהן משקפות אנטי-חברתיות מוגברת הבאה לידי ביטוי בפן הסובייקטיבי של הנאשם. הפחתת הדרישה מ"כוונה" ל"צפייה באפשרות קרובה לוודאי" מרוקנת מתוכן את התפיסה שהצדקה להפללה בניסיון היא הכוונה שבלב. **עבירת הניסיון במחדל:** לדוג' אם שהרעיבה (מחדל) את ילדה, אומנם יש קושי מבחינת מבחני העזר של "מתחם הניסיון" אך ניתן להפיל בגין ניסיון להמתה.

פטור עקב חרטה –

טענת החרטה לעולם תעלה רק לאחר שהנאשם כבר מקיים את רכיבי הניסיון. טענת פטור עקב חרטה הינה טענת הגנה של נאשם. נטל ההוכחה על התביעה הינו מעל לכל ספק סביר, בעוד את טענת ההגנה על הנאשם להוכיח במאזן הסתברות (רף נמוך יותר).

לפני **תיקון 39**, התמריץ לעבריינים שלא להשלים את העבירה היה שהעונש על עבירת הניסיון עמד על מחצית העונש של העבירה המוגמרת. אך לאחר תיקון 39 בו השווה העונש בגין עבירות ניסיון לעונש הקבוע בעבירות המוגמרות, **סעיף 28** יוצר את התמריץ עבור העבריין שלא להשלים את העבירה.

השיקולים העומדים ביסודו של מתן הפטור:

1. **שיקול תועלתני** – לתמרץ עבריינים לחזור בהם ממעשיהם.
2. **שיקול מוסרי** – מנסה שהתחרט עבר מפנה נפשי-חברתי והוא בבחינת "בעל תשובה".
3. **שיקול פנולוגי (עונשי)** – אין תועלת בהענשה של "בעל תשובה" שהתחרט בעיצומו של המעשה.

הלך הנפש הנדרש לצורך חרטה לפי סעיף 28:

- הפטור מותנה, בהקשר להלך הנפש, בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים:
1. המנסה חדל ממעשיו **מחפץ נפשו בלבד** – חזר בו מרצונו ולא עקב לחץ של גורם חיצוני אחר. הכוונה היא שהחזרה היא רצונית ולא עקב לחץ חיצוני.
 2. המניע לכך הוא **חרטה**.

דן ביי טוען שיש לבכר כל חרטה שמביאה לתוצאה **האופטימאלית** [=פס"ד נחשתן, הגישה המקובלת באירופה]. **בפס"ד מצראווה**, בית המשפט פסק שרק חרטה הנובעת משיקול **אתי מוסרי** (שכנוע פנימי של הנאשם כי המעשה הוא מעשה רע / שלילי ושהנאשם הבין את הפסול בדבר) תתקבל כטענת ההגנה.

המעשה שנדרש לצורך חרטה

טיב המעשה תלוי בשלב אליו הגיע הניסיון:

1. אם מדובר בניסיון **בלתי מושלם** – **יחדל** מהשלמת המעשה.
2. אם מדובר בניסיון **מושלם** – נדרש הנאשם לתרום **"תרומה של ממש למניעת התוצאות..."**.

מהי "תרומה של ממש"?

האם תרומתו של הנאשם צריכה **בפועל למנוע** את השלמת העבירה או שדי בכך שהיא תהא **בעלת פוטנציאל למנוע** את העבירה? הדעות בנושא חלוקות. אם מה שמנחה אותנו זה הכוונה שבלב, ראוי שהנאשם לא יופלל. אם מה שמנחה אותנו זה התוצאה בפועל, יש להפיל את הנאשם. לפי הגישה שמבקשת לנטרל את אלמנט המזל (כפי שמבקש הניסיון לעשות ומחמיר עם הנאשם), מן הראוי להתעלם מאלמנט המזל גם לכיוון ההפוך (המקל עם הנאשם) ולהתייחס רק לכוונתו לתרום תרומה של ממש.

סעיף 27 – כאשר מדובר בנורמה פלילית אשר העונש שנקבע לה הוא עונש חובה או עונש מזערי (ולא עונש מקסימום כמו ברוב העבירות) – במקרה של עבירת ניסיון, לא תחול הגבלה זאת ושיקול הדעת של בית המשפט לא יהיה כבול לעונשים אלה. **האם ניתן להרשיע בניסיון לעבירה המוגמרת?**

לדוגמא: אדם רצה לגנוב מהמעביד שלו, אך לבסוף גנב מעובד אחר. האם האדם יוכל להיות מורשע בגניבה רגילה ובניסיון לגניבה ממעביד? באופן תיאורטי ניתן להרשיע בניסיון לעבירה המוחמרת, אך בפועל לא עושים זאת. אדם יורשע בד"כ רק על העבירה המושלמת.

עבירות ניסיון עצמאיות: בחלק הספציפי של חוק העונשין פזורות עבירות ניסיון עצמאיות המוגדרות כעבירות ספציפיות (דוגמאות: סעיף 329(א)(2), סעיף 294(א), סעיף 403 לחוק העונשין).

כאשר יש עבירת ניסיון עצמאית (כמו ניסיון לרצח), נפנה להוכחה דרך עבירה עצמאית זו ולא דרך העבירה המושלמת + סעיף 25. זאת משום שדין ספציפי גובר על דין כללי.

שחר אלדר טוען כי יש להמיר את עבירת הניסיון הכללית לעבירות ניסיון ספציפיות ולכתוב בכל עבירה: העושה X מתוך מטרה ל- Y. יתרון עבירות המטרה הספציפיות על פני דוקטרינת הניסיון הכללית הוא יכולתן של עבירות המטרה **לנסח בדיק רב יותר את גבולות האיסור הפלילי** ובכך לממש בצורה ראויה יותר את עיקרון החוקיות.

דוקטרינת הניסיון עלולה גם ליצור "הרתעת יתר" כפועל יוצא מחוסר הוודאות שהאיסור הכוללני והגס יוצר. **מצד שני:** יתרון דוקטרינת הניסיון הכללית הוא ביעילותה: יצירת "סדרה כפולה" של עבירות (בצד כל עבירה מושלמת גם ניסיון לבצעה) בלא צורך לנסח באופן סזיפי לכל עבירה ועבירה. במילים אחרות, **יתרונה הוא בכלליותה**.

שותפים לעבירה

ישנם 4 צורות אחריות בעבירות רבות משותפים: **סיוע, שידול, ביצוע בצוותא, ביצוע באמצעות אחר**.

✓ הרציונאליים להפלת שותפים:

1. ביצוע בשותפות נחשב מסוכן יותר חברתית שכן דברים עלולים לצאת משליטה.
2. השותף מחוייב יותר למזימה (לחץ חברתי) ופחות מתאפשרת חרטה.
3. רציונאליים גמוליים (של אשם):
 - **סיבתיות:** אם לא היה משתתף לא הייתה מתבצעת העבירה.
 - **יצירת סיכון:** תורם להגברת ההסברות שהעבירה תבצע.
 - השותף מפגין הסכמה והזדהות עם הפגיעה בערך המוגן.

2 גישות לאופי הנגזר של אחריות שותפים עקיפים (משדל ומסייע):

1. אחריות השותף נגזרת מאחריות המבצע העיקרי. גישה זו נתמכת ע"י **פלה** והתקבלה בפסיקה הישראלית.
2. אחריות השותף נגזרת מעצם ביצוע העבירה (לאו דווקא מאחריות מבצעה)
 - ✓ הנפק"מ תהיה כאשר המבצע העיקרי ביצע את יסודות העבירה אך אינו נושא באחריות פלילית עקב סייג העומד לו. --> לגישה 1 – השותף לא יישא בא"פ, לגישה 2 – השותף כן יישא בא"פ.
 - ✓ לפי **פלה** אין לשידול/סיוע משמעות פלילית בלי אחריות המבצע! ולפחות התחלת ביצוע (כניסה למתחם הניסיון). זהו **עקרון אחדות העבירה** לפיו הסיוע/שידול מולבשים על העבירה המקורית (יש פה ניתוק מהסובייקטיביות של השותף עצמו והפניה למבצע העבירה).
- ✓ **המרצה והמשפט הגרמני** חולקים על פלה, לדעתם אחריות צריכה להגזר מהמעשה שבוצע בעצמו ולא מאחריות המבצע (אפשרות להפליל את השותף גם בהיעדר מבצע עיקרי אשם). יתרון גישה זו בהתאמת אחריות השותף ליס"נ שלו בצורה טובה.

המסייע

- **סעי' 31:** הסיוע מהווה:
 - ✓ **תרומה עקיפה** – כי אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי.
 - ✓ **תרומה משנית** – שותפות זוטרה, המעשה של המבצע העיקרי לא "יתמוטט" בלעדיה.
- גישת **פלה** שולטת במשפט הישראלי ולצורך הפללה בסיוע יש צורך שיהיה ניתן להפליל את המסייע לכל הפחות בניסיון. זה מתבטא בדרישת הסעיף - "נעברה עבירה".
- נסיון לסיוע אינו עניש!

סיוע - יסוד עובדתי

- אין צורך שיתקיים קש"ס בין הסיוע לביצוע, די להוכיח שההתנהגות מבחינה אובייקטיבית **בעלת פוטנציאל לסייע** למימוש העבירה.
- ✓ בחוק אמנם כתוב "עשה מעשה" אך **קרמינצור** טוען שנפלה טעות והיה צריך לכתוב: "מעשה שהיה בו כדי לאפשר". הפסיקה אכן מפרשת את החוק כך!
- סיוע לאחר כאשר העבירה כבר בוצעה אינו בר הפללה! אך כאשר אדם מבטיח לעבריין בטרם הביצוע שיסייע לו לאחר הביצוע – הוא כן ייחשב כמסייע.

- סיוע יכול להיות פיזי או רוחני. ההבדל בין סיוע רוחני לשידול: שידול = במקרה והעברייך עוד לא החליט אם לבצע ואני נוטע ההחלטה לבצע בראשו. סיוע = ניתן לאחר שהעברייך כבר החליט לבצע העבירה.
- ישנה עבירה ספציפית של "מסייע לאחר מעשה", ואינה קשורה לסעי' 31. זוהי עבירת סעי' 260.
- נוכחות גרידא עלולה להוות סיוע, כפי שרואים בפס"ד יוספוב (החברה של המחבל שהטמין מטען בדולפינריום), שעצם נוכחותה הפחיתה החשדות כלפיו. נק' נוספת שעלתה בפס"ד: נקבע כי בשביל שההתנהגות תחשב כסיוע במישור העובדתי צריך שההתנהגות תופנה כלפי עבירה בעלת ייעוד מוחשי ספציפי.
- נוכחות בזירה – סעי' 31 לא דורש נוכחות. הפסיקה אומרת שנוכחות לא מחייבת לראות אדם כמסייע, אך יוצרת חזקה (ריבלין פס"ד ירחי – הצתת ביכ"ג, השגיח מבחוח – הורשע).
- גם כאשר המבצע העיקרי אינו מודע לסיוע הניתן לו – ניתן להרשיע בסיוע.
- ניתן לבצע סיוע גם במחדל! פס"ד וייצמן (4 ברכב, דרסו שוטר והמשיכו בנסיעה, אפחד לא אמר לחזור) = אי מניעת עבירה (כשניתן למונעה) עשויה להיחשב כסיוע.
- האם סיוע על דרך מחדל מחייב להראות על מקור חובה שהופר? השיון מצייג 3 גישות:
 1. פלר – אין צורך במקור חובה שכן סיוע זו צורה נגזרת מהעבירה המושלמת, ואם היא מחדלית ממילא נשענים על מקור חובה לפעול (מתבסס על עקרון אחדות העבירה). ביקורת: פרדוקסליות שעל מחדל נדרש מקור חובה, וסיוע שאחריותו עקיפה ומשנית לא נדרש!! – פגיעה בעקרון החוקיות.
 2. קרמינצ'ר – צריך מקור חובה ע"מ להרשיע בסיוע מחדלי. שכן מחדל כשלעצמו הוא הרחבה (נדרש איזון).
 3. גישת ביניים של חשין – איתור חובה ע"ב זיקה ספציפית בין המסייע לסכנה או בין המסייע לקרבן העבירה, אף אם אינה קבועה בחוק.

סיוע – יסוד נפשי

- בהצעת החוק הגדירו סיוע כ-"עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע", אך הניסוח הסופי הוא "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע" – כל' הכניס רכיב חפצי! ← מה עושים בפועל? 3 גישות:

הערות	י"ג הנדרש לגבי טיב ההתנהגות המסייעת והאפשרות שתתרום לביצוע העבירה	י"ג הנדרש לגבי ביצוע העבירה העיקרית בידי העברייך העיקרי	
הרחבת גבולות הסיוע. - יש פה איזון: כי תיקון 39 הפחית עונש המסייע (ממלא לחצי) וכאן נבצע הרחבה. -ביקורת: התעלמות מהמילה "כדי" בחוק.	מודעות	מודעות	1. מצא וטירקל (דעת רוב בפס"ד פוליאקוב)
✓ עקרון החוקיות ✓ רציו: ממילא סיוע הינו מרחיב א"פ בהיותו צורה נגזרת, דרישת הכוונה מצמצמת ומאזנת. ✓ פרשנות מיטיבה עם הנאשם	מודעות+ כוונה לסייע (לרבות הלכת צפיות)	מודעות+ כוונה שתבוצע (לרבות הלכת צפיות)	2. אנגלרד (דעת מיעוט בפוליאקוב)
✓ גישה מאזנת ✓ משמעותה: נדרשת כוונה לסייע למבצע העיקרי, אך אין צורך להוכיח כוונתו של המסייע לכך שהעבירה תצא לפועל	מודעות+ כוונה לסייע (לרבות הלכת צפיות)	מודעות	3. גישת ביניים - ברק

- הגישה של ברק התקבלה בפסיקה כהלכה מחייבת!
- פס"ד פלונית (חברה סייעה לחבר לרצוח מדריך פנימיה) ע"פ גישת ברק הורשעה, שכן אע"פ שלא רצתה במות המדריך, כן רצתה לסייע לחבר.
- זה אכן ייתכן שמסייע לא רוצה שהעבירה תתממש: דוג' X רוצה לרצוח את Y. אביו של X מנסה להניאו, ומשרואה כי הוא להוט – מספק לו אקדח משתיק קול ע"מ שלא יתפסו אותו. הרי שאינו חפץ במות Y, כל'ו אינו חפץ בקרות העבירה.
- סיוע ליעד מוחשי- בפס"ד יוספוב (חברת המחבל שסייעה לו) קבעו שכדי שמעשה ייחשב כסיוע – חייב להיות מופנה כלפי עבירה ספציפית – תוכנית ממשית. לא הרחיבו על דרישה זו ועודנה עמומה.
- קבע כי די בכך שלמסייע יסוד נפשי כלפי סוג העבירה. לנדוי

שאלת הזהות

- כשהעבירה המושלמת דורשת י"ג מיוחד לשם הרשעה (מטרה/ כוונה תחילה) – האם יש לדרוש התקיימותו גם אצל המסייע?

- יש המצדדים בדרישה **קוגלה** אומר שלפחות בחלק מהמקרים האלו נתנה הרשעת המסייע ב"י"נ (זה). **והרצין**: אם מהמבצע העיקרי זה נדרש, קל וחומר שממסייע שהאחריות הפלילית שלו נמוכה יותר – יש לדרוש זאת.
- ויש המתנגדים, **ברק בפס"ד פלונית**, קובע שגישת הביניים שלו תחול גם על עבירות הדורשות י"נ מיוחד. ולכן גם כאן נדרוש כוונה לעניין הסיוע בלבד ולא לקרות העבירה. **הרצין**: הבדלי העונש בין מבצע (שלם) למסייע (חצי) מצדיקים הורדת רף י"נ הנדרש להרשעת המסייע. **ההלכה בפסיקה הישראלית כברק – אין דרישה מהמסייע ל"נ מיוחד!**

סיכום: ראינו 3 רציונאלים לביסוס אחריות שותפים, ונראה שהדין הישראלי מבוסס:

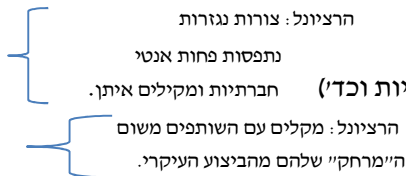
- לא על הסכמה והזדהות עם פגיעה בערך המוגן (אביו של X אינו מזדהה עם הרצח ומופלל בכ"ז).
- לא על רציונאל סיבתי (שכן מסתפקים בהתנהגות שיש בה פוטנציאל לסייע אף אם לא תרמה בפועל. לדוג' X נתן ל-Y סכין, בסוף Y רצח עם אקדח - X עדיין יורשע בסיוע).
- כן על רציונאל יצירת הסיכון. די בתרומה שיש לה סבירות שתסייע ותיצור סיכון בליווי כוונה לסייע (אך לא להתממשות העבירה).

סעי' 34 – פטור עקב חרטה

- סעיף 34 קובע כי: "משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לניסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, **אין אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת.** ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

חל על משדל, מסייע ומנסה לשדל. לא חל על מנסה לסייע (שאינו מופלל)

- ההבדלים בין סעי' 34 (פטור לשותפים) לסעי' 28 (פטור למנסה)**:
 - 28 – ברגע שהעבירה הושלמה, אין פטור (למנסה)
 - 34 – גם אם העבירה הושלמה, ניתן לזכות בפטור (ע"י הודעה לרשויות וכד')
- הבדל נוסף: ב-28 נדרשת חרטה מחפץ נפשו ומתוך חרטה, ב-34 אין דרישה לחרטה מוסרית איתת וכנה



סעי' 30 - המשדל

- השידול הינו: **תרומה עקיפה** - שכן המשדל אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי.
- תרומה ראשית** - תרומתו מכרעת והינה "אביה הרוחני" של העבירה.
- הדרישה מהשידול: שיהיה בעל **אפקטיביות פוטנציאלית** העשויה להשפיע על המשדל לבצע את העבירה נושא השידול. **וממילא יש דרישה לקש"ס** בין ההתנהגות המשדלת לתחילת ביצוע העבירה.
- המשדל יותר אנטי-חברתי מהמסייע. זה מתבטא בכך **שעונשו שווה למבצע** (בעוד שמסייע חצי), וכן בכך **שניסיון לשידול מופלל (חצי עונש) וניסיון לסיוע לא מופלל כלל.**

היסוד העובדתי בשידול

- הדעה הרווחת היא כי נדרש **מעשה אקטיבי** כתנאי הכרחי להתגבשות שידול. **ואינו יכול להתבצע במחדל!**
- לא נדרשת מודעות של המבצע העיקרי לפעולת השידול, לשם הרשעת המשדל! (ב-inseption הם היו מופללים לפי"ז...).
- ההבדל בין משדל למבצע באמצעות אחר: משדל מניע אדם בעל אחריות פלילית לפעולה עבריינית. מבצע באמצעות אחר מניע קטיף/חסר שפיות שאינו נושא בא"פ לפעולה עבריינית.**
- אם המשדל ביצע רק ניסיון לעבירה, לצורך העניין רצח – הדעה המקובלת היא שהמשדל ייחשב **משדל לניסיון** לרצח.
- X שידל את Y לבצע רצח, Y נעצר עוד בשלב ההכנה. X יורשע **בניסיון לשידול**.
- לפי **פלה** הדוגל בעקרון **אחדות העבירה** אם המבצע העיקרי ביצע עבירה של ניסיון לרצח – ניתן יהיה להרשיע את המשדל רק בשידול לניסיון לרצח. וזו הדעה המקובלת **במשפט האנגלי והגרמני והישראלי!** מנגד יש דעות שייחשב **משדל לרצח**, דעה זו מסתמכת על דוקטרינת הניסיון בה ניתן להפליל אדם בניסיון לרצח במקרה של ניסיון מושלם, גם כאשר הנאשם פספס. (נטרול המזל המוסרי והדגשת אשמתו של המנסה). וכן דעתה (בדעת מיעוט) של **דורנר בפס"ד סוגאקר**.
- נפק"מ של הסיווג למבצע, משדל ומסייע: תיגו חברתי, מידת ענישה (מסייע=חצי, משדל ומבצע=שלם), תחולת פטור עקב חרטה (מסייע ומשדל אין צורך בחרטה איתת, מבצע= צריך חרטה איתת). **סעי' 34 א** (מסייע ומשדל יישאו באחריות על עבירה שונה/נוספת כעבירה של רשלנות).
- שרשור משדלים** – **פס"ד סוגאקר**: א' שידל את ב' ששידל את ג' לפגוע במתחרה עסקי. ג' נכנס למתחם הניסיון והורשע בניסיון לחבלה חמורה. **דורנר** הכירה בדוקטרינת שרשור משדלים, וקובעת ש-א' יורשע בשידול לחבלה חמורה בכוונה. בכך סתתה מעקרון אחדות העבירה של **פלה**. לדעת **המרצה** סתתה בלי כוונה. על כל פנים זהו הפס"ד היחיד עד היום שבו הורשע אדם בשידול בשרשור של משדלים.

קש"ס בין התנהגות המשדל לביצוע העבירה ע"י המשדל

• "המביא אחר לידי" ייתכן ב-2 מקרים:

1. המשדל נטע את הרעיון במוח המבצע (שלא חשב על הרעיון מעולם).
 2. "הטיית כפת המאזניים" – הרעיון כבר היה בראש המשדל, אלא שהמשדל הכריע את הכף למען הביצוע.
- דגש:** אם המבצע כבר קיבל ההחלטה לבצע העבירה, ואחר מעודדו לבצעה = זה סיוע רוחני ולא שידול.
- הקושי בהטלת אחריות על משדל: זה נשמע כאילו מניחים שבני אדם אינם יצורים אוטונומים. **הארט** סבור כי אדם לא יכול להיות הגורם לביצוע פעולותיו של אחר, **KADISH** מסכים וגורס שלא נטיל אחריות פלילית על משדל בשל רציונל סיבתי, אלא אחר הוא במשדל שותף לביצוע העבירה ומתנה הרשתו ביס"נ חזק: המשדל צריך להתכוון שהעבירה תקרה – וכך התקבל בפסיקה האמריקאית.. לעומתם **robinson** ו **moore** טוענים שניתן לגרום לפעולות אנושיות.

היסוד הנפשי בשידול

- סעי' 30 לא מציין מהו היס"נ הנדרש להוכחה בשידול, לכאוי נדרשת רק מחשבה פלילית (מודעות לרכיבי היס"ע+פזיזות כלפי התוצאה). אך **ביניש** בפס"ד אסקין דורשת יסוד נפשי כפול = מודעות לטיב ההתנהגות וקיום אחר הזקוק להנעה מנטאלית + שאיפה-מטרה שהעבירה תבוצע על כל יסודותיה בידי המשדל.
- הצידוקים לדרישה זאת:
1. אפיו התכליתי של השידול.
 2. הרשעת אדם רק בשל השפעה על זולתו היא הרחבה, ולכן נצמצם ע"י דרישה מחמירה ביס"נ.
 3. עונש השידול הושווה לביצוע (בתיקון 39) וע"כ ראוי לצמצם ע"י דרישת רף גבוה של יס"נ.
 4. להבדיל בין משדל למסייע.
- אחריות המשדל מתבססת על 2 רציונלים:
1. הזדהות והסכמה. זוהי הכוונה שהעבירה תקרה.
 2. רציונל סיבתי.
- ההבדל בין מסייע ומשדל:

שידול	סיוע	יס"נ נדרש לגבי הסיוע/שידול עצמו
מודעות	כוונה (גם הלכת הצפיות)	יס"נ הנדרש לגבי ביצוע העבירה
מודעות	מודעות	העיקרית

נסיון לשידול

- נסיון לשידול מופלל ועונשו מחצית מעונש המבצע. (בניגוד לנסיון לסיוע שלא מופלל כלל).
- זהו חריג הואיל ומפלילים את המנסה לשדל בעוד שהמבצע העיקרי לא מופלל כלל שכן לא נכנס למתחם הנסיון!
- דוג' לנסיון לשידול:**
- ✓ א' משכנע את ב' לשדוד. ב' כלל לא ניגש לביצוע/נעצר בשלב ההכנה.
 - ✓ א' ניסה לשכנע את ב', אך ב' סירב להשתכנע.
 - ✓ א' החל בביצוע מעשים לשכנוע ב', אך הם לא פעלו על ב' הואיל ולא הושלמו (אך יצאו מגדר הכנה).
 - ✓ **דוג' חריגה:** א' מנסה לשכנע את ב' לבצע עבירה. ב' כבר החליט קודם לכן לבצע העבירה, אך מעמיד פנים כאילו א' משכנעו. א' בעצם טועה לחשוב שהוא משדל את ב' ולכן מדובר בנסיון בלתי צליח (כי לא ניתן לשכנע את ב') שמקוורו בטעות במצב הדברים ולכן נתייחס לכך כסיוע רוחני.
- ישנן עבירות שידול ספציפיות (לזנות ולהתאבדות) הואיל וההתנהגות עצמה אינה אסורה ולא ניתן להלביש עליה את עבירת השידול הכללית.
- כשמעשיו של אדם מהווים הן סיוע והן שידול - יש 2 גישות:
1. יואשם בצורה של האחריות המוחמרת = שידול.
 2. גישת פלה: רמת המעורבות כה גדולה עד שייחשב כמבצע עיקרי! (לדוג' ברק מתייחס כך לטל בפס"ד פלוניס – הנערים והרימון בשוק הערבי).
- ✓ בשתי האפשרויות העונש זהה. אך יש נפק"מ לסיווג לנושאים אחרים (פטור עקב חרטה וכד')
- נזרת שנייה של א"פ: האם ניתן לגזור? (שידול לסיוע וכד'). דורנר ניתנה זאת כשידול עקיף והרשיע בשידול. י"א שזו הרחבת יתר. כי מלשון החוק משמע שא"א לגזור. גישת ברק נצריך יס"נ של כוונה לסיוע + מודעות לאפשרות שהעבירה תתבצע. הפסיקה עוד לא הכריעה בכך.

המבצע בצוותא

- סקיצת המבצעים: סיוע- סיוע רוחני – שידול – ביצוע באמצעות אחר – ביצוע.
- המבצעים בצוותא מוגדרים בסעי' 29(ב). ומתייחסים אליהם כאורגן אחד, תמנון בעל מספר זרועות. היתרון בכך: יכולת הרשעה לפי האופי האמיתי של העבירה (יחס פרטני לכל אחד היה חוטא למכלול שבוצע כאן).

- **מבצעים בצוותא במחדל:** אפשרי כשכולם במחדל (שני ההורים לא מאכילים את ילדם), ואפשרי שחלק במחדל וחלק אקטיביים (סוהרים, אחד פותח לאסיר את הדלת והשני פשוט לא עוצר אותו).
- **חלוקת תפקידים בין מבצעים בצוותא:** כאשר החלוקה שווה ומאוזנת ברור שהם "בצוותא", אך כאשר חלוקת התפקידים אינה שווה תתעורר שאלה אם זה שקיבל חלק פחות הינו מבצע בצוותא או שמא הינו מסייע.
- ✓ **לדוג':** א' ובי' מבצעים שוד. א' נכנס לבנק ובי' מחכה ברכב בחוץ ומתריע ממשטרה. **אם תיכננו הכל ביחד והתפקידים חולקו בהטלת מטבע – ברור שהם מבצעים בצוותא** (הסיבה שבי' בחוץ היא טכנית-עניין של מזל). לעומת מקרה בו א' מתכנן את השוד ורק מבקש מבי' לתצפת לו בקטנה תמורת תשלום – אזי תרומתו של בי' היא מינורית ובי' שוליים" של העבירה ויחשב **כמסייע**. כלומר: הקביעה אינה מתבססת רק על הסיפור הטכני, אלא גם על התכנון המקדים, החלוקה ביניהם וכו'.

המבחנים להבחנה בין מסייע (31) למבצע בצוותא (29ב):

- החוק לא מספק כלי להבחין. הגישה בדברי החסבר להצעת החוק דורשת 2 תנאים מצטברים:
 1. מעשה השותף יהיה **חיוני לביצוע העבירה** (מרחיב הסיוע על חשבון הביצוע)
 2. מעשה השותף אינו בעל אופי מקדמי-הכנתי בלבד.

הספרות והפסיקה פיתחו מבחני עזר לשם ההבחנה:

מבחן 1 – השליטה הפונקציונאלית

- המבצע בצוותא הינו אדון הפעילות העבריינית ובידיו השליטה המהותית על העשייה העבריינית. שותף ייחשב כמבצע בצוותא כאשר הפונקציה שלו בביצוע מהותית ונמצאת בליבה של הפעילות העבריינית. – מבחן זה אומץ בפסיקה הישראלית לאחר תיקון 39 כמבחן המרכזי בפסיקה.
- **פס"ד פלוניס** (4 הנערים – רימון בשוק הערבי) – טל, הבחור שלא בא איתם הורשע גם ע"י ברק כמבצע בצוותא! כי היווה אחת מזרועות הגוף העברייני והוא איש פנים שתרומתו פנימית.
 - ✓ טענתו של טל לחרטה נדחתה כי אי-השתתפות שאינו עולה כדי חרטה = אינו מנתק מהביצוע!
 - האם נוכחות בזירת האירוע הכרחית לסיווג מבצע בצוותא? הנוכחות הנדרשת הינה נוכחות קונסטרוקטיבית (=במהות), טל לא היה נוכח פיזית.
 - ✓ הדיון הראשון בהבחנה בין מסייע למבצע בצוותא הוא ביסוד העובדתי-פיזי, ואעפ"כ טל סווג כמבצע בצוותא. בכך נחשף פער בין הרטוריקה של ביהמ"ש לבין מצב שבו מרחיב מבצע בצוותא אף למקרים בהם לא מתקיים היסוד העובדתי אפי' בחלקו.
- לפני תיקון 39 שלטה **זוקטרינת האחריות הסולידרית של הקושרים** לפיה מספר קושרים שקיבלו החלטה לבצע עבירה וחילקה ביניהם – כ"א יהיה אחראי לכל העבירה! הרציו היה הרתעתי, אך הייתה ביקורת שזו הרחבה דרקונית הנוגדת את עקרון האשמה.
- תיקון 39 בא וקבע כי תוטל א"פ על קושר בגין עבירה שלשמה נקשר הקשר רק אם היה צד לעשייתה לפי דיני השותפות.
- **פס"ד פלוניס** ביצע ברק הרחבה דרמטית של מושג המבצע בצוותא. שכן **קרמינר ופולר** דימו לעצמם את המבצע בצוותא ככזה החורג מהכנה, וברק מכניס גם אחד שמעשיו רק בגדר הכנה (טל)! פגיעה בעקרון החוקיות! **פרופסור אנקר** תומך בהרחבה של ברק.
- נציין כי כיום הפסיקה מאפשרת להרשיע אדם שהיה שותף בתכנון במסגרת קשירת קשר – **כמבצע** העבירה שהתבצעה.

מבחן 2 – המבחן המשולב

- שילוב בין פרמטרים המצביעים הן על התרומה במישור העובדתי והן על המעורבות והיחס הנפשי, צירופם למסה אחת שתכריע אם מדובר בסיוע או בביצוע בצוותא. (לא ניתן לבחון רק דרך שאלת השליטה).
- **מבחן 1 מתייחס רק ליסוד העובדתי** וזה יכול להוציא מכלל המבצעים בצוותא משתתפים שאולי לא תרמו הרבה אבל האנטי-חברתיות שלהם גדולה כמו של המבצע. מבחן 2 מערב גם יס"י. זה קצת בלבול מושגים.
- **מצא** משתמש במבחן זה **בפס"ד משולם** (המתבצרים בבית) והסביר ששליטה בביצוע אמנם מהווה **ראייה נחרצת** לסיווג כמבצע בצוותא, אך היעדר שליטה לא שולל סיווג זה.
- **אדם שהשתתף בתכנון אך לא השתתף בביצוע בצוותא:** **מרים גור אריה** טוענת שבעקבות תיקון 39 יש לראות רק במעשה פיזי דבר העונה ל"עשיית מעשים לביצוע העבירה" (לשון החוק). לעומתה **פרופסור אנקור** מכליל גם מתכנן בסיווג משיקולים מהותיים (שכן המתכנן משפיע על האופן בו תצא העבירה לפועל ומתווה אותה ויש לו משקל רב) **עכ"פ גם ע"פ מבחן 1 וגם ע"פ מבחן 2 נראה במתכנן שלא נכח בזירת האירוע כמבצע בצוותא!!!**
- לדעת **פרופסור אנקר** כשנעשית סטייה מן העבירה המתוכננת ובוצעה עבירה נוספת – אין להפליא את המתכנן עליה כי לא הייתה חלק מהתכנון (צמצום אחריות המתכנן).

אחריות לעבירה שונה או נוספת – סעיף 34א

- הסעי' קובע שכשנעשית עבירה שונה/נוספת מהתכנון – ניתן להטיל אחריות גם על השותפים האחרים לעבירה המתוכננת. אע"פ שלפי דיני השותפות הם אינם מקיימים את התנאים הנדרשים להפלה.
- הפסיקה הבחינה בין 4 מצבים:

מאפיין העבירה	הדין
חלק מהתכנון המקורי	אין תחולה לסעי' 34א. האחריות תקבע ע"פ דיני השותפות.

אינה חלק מהתכנון המקורי אך השותפים היו מודעים בפועל לאפשרות עשייתה	כני"ל
אינה חלק מהתכנון המקורי והשותפים היו רשלנים כלפי אפשרות עשייתה.	יחול סעי' 34א
אינה חלק מהתכנון המקורי והשותפים אינם מודעים בפועל לאפשרות ביצועה וגם אינם רשלנים ביחס לכך	אין תחולה לסעי' 34א. בהיעדר מקור אחר, לא תוטל א"פ על השותפים בגין העבירה השונה/נוספת.

- סעיף זה פוגע ב:
 1. **עקרון ההתנהגות** – לפיו לא יישא אדם בהתנהגות אא"כ תרם לה פיזית.
 2. **עקרון האשמה** – יש כאן סטייה מהמובן הצר של עקרון זה.
- **ריכוך בסעיף**: אם העבירה הנוספת נעשתה בכוונה, המבצע בצוותא יישא בה כעבירה של רשלנות בלבד. א"כ, כשמדובר בעבירת התנהגות לא יהיה ריכוך כי העבירה לא נעשתה בכוונה. לגבי עבירות תוצאתיות כן יכול הריכוך, אלא אם מדובר בעבירת מטרה התנהגותית.
- **ריכוך נוסף**: רשאי ביהמ"ש לקבוע עונש נמוך יותר מלמבצע העיקרי.

היקף האחריות מכח סעיף 34

- 34א(א)(2) - נעברה עבירה נוספת/ שונה שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לעשייתה – **המשדל/מסייע** ישא באחריות לה כעבירה של **רשלנות**.
- 34א(א)(1) - נעברה עבירה נוספת/ שונה שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לעשייתה – **המבצעים בצוותא** ישא באחריות לה. אך אם היא נעברה **בכוונה**, ישא לה כעל **אדישות** בלבד.
- **יודגש** – אם תו"כ ביצוע עבירה, עובר המבצע עבירת מחשבה פלילית שאין לה מקבילה של רשלנות באותו יסוד עובדתי (למשל אינוס, תקיפה) - המשדל / מסייע לא יישא באחריות לעבירה נגזרת זו.

התנאים להטלת אחריות מכוח סעיף 34א

- **"עבר מבצע"** – הסעיף מוגבל רק למקרים שבהם המבצע העיקרי הוא זה שחרג מהתוכנית. אם המשדל או המסייע עשו זאת, לא תוטל האחריות מכוח סעיף זה
- **"אגב עשיית העבירה"** – **"אגב"** האם מדובר במובן של סמיכות בזמן לביצוע העבירה או שמדובר בדרישה מהותית יותר – שהעבירה הנגררת תהיה בעלת זיקה לעבירה המקורית?
- **יש כאלו שחושבים שהדרישה היא של סמיכות בזמן, יש הסבורים כי הדרישה היא מהותית ויש אף כאלו שמצמצמים את האחריות הפלילית** שיש להטיל כתוצאה מסעיף 34א **וטוענים כי מדובר בדרישות מצטברות**.
- הפסיקה קבעה כי סעיף 34א יחול רק במקרים שהשותף היה רשלן לאפשרות שהעבירה תתבצע. כאשר הנאשם ידע על האפשרות שהעבירה תתבצע, הוא יישא באחריות על פי דיני השותפות. עם זאת, כדי לשאת באחריות כשותף, אתה צריך להיות שותף גם מבחינת היסוד העובדתי ובמקרה זה, אין יסוד עובדתי לנאשם עליו מוטלת האחריות הפלילית לעבירה הנגררת. הנושא נדון ב**פס"ד מרדכי** והשופטים התעלמו מהסוגיה המשפטית הבעייתית. כיום, בתי המשפט ממשיכים לנהוג בדרך זו, אף על פי שיש הטוענים שמדובר בטעות משפטית.
- כיום נדמה שהפסיקה מכריעה לפי המבחן של **אנקר** ובכך מתרחקת מההגדרה של מנסחי החוק שהגדירו בצורה מצמצמת את המבצע בצוותא. **כיום בתי המשפט מרשיעים גם מתכננים כמבצעים בצוותא**. ייתכן שברק בחן את המקרה בפלונים על פי גישתו של **פלר** הסבור כי כאשר אדם גם סייע וגם שידל יש לסווגו כמבצע. כך ביקש לראות את טל אשר גם סייע (סיוע פיזי – קניית הציד, סיוע רוחני – "תעשוי") וגם שידל (בהיותו ה"מוח" מאחורי העבירה) כמי שנקט מספיק מעשים כדי להרשיעו כמבצע עיקרי של העבירה.
- לדוקטרינת 34א אין אח ורע בעולם בהיקף הזה ובישראל ההרחבה היא גבוהה ביותר.
- **למה הזכרנו בכלל את ס' 34א? כי יש חשיבות משמעותית לסיווג של הנאשם – ייתכן ולא תהיה יכולת להרשיע בעבירה נגזרת רק בגלל עצם הסיווג.**
- כאמור, **אנקר אומר** שביחס לעבירה הנגררת, המתכנן לא נכח במקום ולכן אין רציונל להשית עליו עונש כמבצע בצוותא לעבירה הנגררת.

מבחן #3 - חבות העונש

- המבחן מעריך את מעשיו של השותף מבחינת הסנקציה הפלילית הראויה לו. זהו מבחן שהוצע ע"י **חשין** והוא בעייתי כי נוגד את עקרון החוקיות. נקרא גם "מבחן הבטן".
- כיום, העונש על מסייע הוגבל למחצית העונש בגין העבירה העיקרית וחשין מבקש להחזיר את המצב לקדמותו. הוא אינו מבין מדוע ניטל מביהמ"ש שיקול הדעת לגזור עונש לרשע כרשתו.
- מבחן זה אינו עוזר באמת בסיווג, אלא רק משקף את הדרך שבה חשין מקבל את החלטותיו.

מבחן #4 - האנלוגיה מדיני הניסיון

- נבודד את חלקו של כל שותף ונבחן במישור היסוד העובדתי בלבד, האם מעשיו נכנסים למתחם הניסיון. אם כן – מדובר במבצע בצוותא, אם לא – השותף יסווג כמסייע. את המבחן הזה הציעה **מרים גור אריה**.

- במקרים של ביצוע יחיד: מתגבשת אצל האדם הכוונה, הוא זה שעושה את פעולת ההכנה, הוא המסייע והוא המשדל את עצמו.
- לעומת זאת, במקרים של שותפות:
 - הכוונה מתגבשת ע"י המבצע אחרי שהמשדל נוטע אותה במוחו.
 - את פעולות ההכנה עושה המסייע והוא מכשיר את הקרקע למבצע העיקרי.
- יש להסתכל ולבחון רק במישור היסוד העובדתי-פיזי האם ניתן לומר על מעשיו של השותף כי הם נכנסים למתחם הניסיון. אם התשובה היא כן – נסווג אותו כמבצע בצוותא. אם התשובה היא לא (ומעשיו נחשבים כמעשי הכנה בלבד) – מדובר במסייע.
- הקושי במבחן זה הוא שאין בכוחו כדי לסייע במקרים בעייתיים. אבל ניתן לראות בו מבחן עזר במקרים רבים.
- בפסיקה, ניתן למצוא מבחני עזר נוספים, למשל הבחנה בין מעגל פנימי למעגל חיצוני.

היסוד הנפשי של המבצע בצוותא - דרישה כפולה:

1. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה המושלמת אותה הם מבצעים.
2. מודעות לפעולה בצוותא – כל אחד מהמבצעים בצוותא צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים ולמזימה העבריינית בכללותה.

שותפות ספונטאנית - "עבירת ההמון"

- פס"ד עזיזיאן (מאה שערים ונדלזים בדירה של מסיונרים) באת כוח המדינה הסבירה כי כאשר מדובר בעבירת המון, עניין לנו במאורע שמבוצע ע"י ההמון ואשר לא היה מתבצע אלמלא ההמון. האירוע כולו מבוצע ע"י אנשים שזרים זה לזה אך כולם שואבים עידוד מהנוכחות של האחרים בהמון. לפיכך, יש לראות בכל אחד מההמון כמבצע בצוותא.
- הקושי התעורר סביב היסוד הנפשי והרי לעזיזיאן לא הייתה מודעות לפעולה בצוותא. ביהמ"ש קיבל את הערעור של המדינה וקבע כי בהחלט ייתכן מצב שבו שותפות ספונטנית תהפוך אדם למבצע בצוותא, אבל עדיין צריך שיהיה לאדם מחשבה פלילית כלפי העבירה. בפס"ד עזיזיאן, ביהמ"ש הכיר לראשונה בשותפות ספונטנית במסגרת עבירת המון. לבסוף, עזיזיאן הורשע בעבירות גניבה והסגת גבול וזוכה מהשאר.
- שותפות ספונטאנית היא בעצם חריג לדרישה של "מודעות לשותפות".
- לסיכום:
- למבצעים בצוותא חייבת להיות מודעות מלאה לכל פרט ברכיב העובדתי + מודעות לשותפות (חריג לכך: שותפות ספונטנית).
- מבחינת היסוד העובדתי, המבצעים בצוותא אינם חייבים למלא את כל רכיבי היסוד העובדתי אלא רק את חלקם (חריג: בפס"ד פלונים טל הוכר כמבצע בצוותא על אף שלא קיים אף אחד מרכיבי היסוד העובדתי).

7.2.4 המבצע באמצעות אחר סע' 29(ג)

- המשותף למצבים השונים שבהם שרוי האחר: ה"אחר" פטור מאחריות פלילית לאותה עבירה שבה ניתן להרשיע את המבצע באמצעותו. ייתכנו מצבים נוספים שיחסו תחת הסעיף הזה, אף שאינם רשומים בו.
- כ"אדם שתרם לעשיית המעשה" – מה צריך להיות אופי התרומה? הדעה הרווחת היא כי הפעולה יכולה להיות מכל סוג שהוא. הפצרה או סוג של סיוע.
- ביצוע באמצעות אחר הוא כלי טוב להרשיע שותפים עקיפים במקרה שהמבצע העיקרי איננו אחראי
- היסוד הנפשי של המבצע באמצעות אחר (דרישה כפולה):
- 1. היסוד הנפשי הקבוע בעבירה אותה מבצע ה"אחר".
- 2. מודעות (או למצער עצימת עיניים) לנסיבת היות ה"אחר" במצב מן המצבים המצוינים בס' 29(ג).
- לא בכל מקרה שאדם משדל "אחר" שאיננו יצור אוטונומי אחראי, ניתן להרשיע אותו כמבצע באמצעות אחר. יש להראות סוג של מעורבות ותרומה לעשיית המעשה.

המצבים המנויים בסעיף 29(ג) בהם מצוי ה"אחר":

- סעיף קטן 1 – קטינות / אי שפיות בעת ביצוע המעשה.
- נדגים: חן שכנע את רוני, ילד בן 11 או אדם בלתי שפוי, להכות את גלעד. רוני יהיה פטור, חן יישא באחריות לביצוע תקיפה באמצעות אחר.
- פלר מגדיר סייגים אלו כ"כשירויות" ומסביר כי במקרים אלו האדם כלל לא ייכנס לעולם דיני העונשין, בעוד בסייגים האחרים (כמו הגנה עצמית), מתקיים הליך פלילי שבסופו אדם כשיר נקבע כפטור מאחריות פלילית.
- סעיף קטן 2 – היעדר שליטה. סייג: אם האדם הכניס עצמו מרצון למצב של היעדר שליטה (גם שכרות למשל) הוא כן יישא באחריות הפלילית על אף היותו חסר שליטה.
- סעיף קטן 3 – בלא מחשבה פלילית (זהו המקרה היחיד בו המבצע עצמו יכול לחוב במידה ויש רמת רשלנות לאותה עבירה ולכן הוא חריג ברשימה).

- סעיף קטן 4 – **טעות במצב דברים** (דנו בזה כבר בעבר). אם אדם טעה בכנות וסבר שהוא נמצא במצב של סייג לאחריות פלילית, הוא יישא באחריות רק לפי המצב שאותו דימה.
- נזכיר גם את **פס"ד אסלה** (אשה חשבה שפורצים לה לבית – יורה – הורגת את בעלה).
- סעיף קטן 5 – **(1) כורח**
- **(2) צידוק** – נדגים: אביעד מפקדו של אליאב נותן לו פקודה "בלתי חוקית סתם" לבצע מעשה העולה כדי עבירה פלילית. אליאב יהיה פטור, אך אביעד יישא באחריות כמבצע באמצעות אחר.
- **סעיף 29(ד)**: "לעניין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד".
- נדגים: עבירת הביגמיה: א' הרווק מטעה את ב' לחשוב שאשתו נפטרה ומשכנע אותו לשאת אישה אחרת. ב' – יהיה פטור מאחריות לעבירה הביגמיה. א' – יישא באחריות פלילית לעבירת הביגמיה למרות היותו רווק.
- מתי ב' יהיה אחראי לעבירה וא' יהיה פטור: **בניסיון לשידול** (ס' 33) שמהווה דוגמא נוספת לסטייה מהרעיון של פלר בנושא.

ההבחנה בין שידול, ביצוא בצוותא וביצוע באמצעות אחר

- **שחר אלדר** מראה שבארגוני פשיעה גדולים נהוגים מודלים של ניהול מבוזר, ויוצא ששליט ארגוני / רב עבריינים – נופל בין הכיסאות לגבי כל דוקטרינת האחריות הפלילית.
- **פרשת מרואן ברגותי – מידור של שליטים ארגוניים**: הואשם ב-37 פעולות טרור, אבל לא היה לו מושג מי / מה / מתי ואיפה יבוצעו הפיגועים. ביהמ"ש זיכה אותו בכל המקרים, פרט לארבע פעולות, לגביהן הובאו ראיות בדבר מודעותו כלפיהן.
- **כיצד נסווגו?**
- **משדל**: תיוג רב עבריינים כמשדל נראה קל מדי. במקרים של משדל ומשודל יש הנחה סמויה של שוויון כוחות. במקרה של רב עבריינים, לעומת זאת, יש סוג של **כפיפות אינהרנטית**.
- **ביצוע בצוותא**: בניגוד לביצוע בצוותא, בשליטה ארגונית יש עליונות מובהקת בין בעל השליטה הארגונית לכפופים לו והסרים למרותו. מעבר לכך, הוא לא לוקח חלק בביצוע העבירה.
- **מבצע באמצעות אחר**: רעיון זה נשמע המתאים ביותר על אף שמדברים על **חייליים אוטונומיים שנושאים באחריות פלילית**.
- **פס"ד משולם (המתבצרים בבית)**: בערעור לעליון, **דעת הרוב** הייתה שמשולם הינו **משדל** כי הוא לא נכח ולא היה חלק בהתרחשות. כך גם קבעה **דורנר** בדיון הנוסף.
- **שופטי הרוב בדיון הנוסף** (מצא, קדמי, חשין וברק) קבעו שמשולם אחראי **כמבצע בצוותא**. ברק, נימק את השינוי בעמדתו, במעמד של משולם בפני מאמיניו ובכך שאדם במעמדו לא יכול להיחשב כמשדל אלא רק כמבצע בצוותא.
- **חשין** מדמה את המקרה למנהיג שמחלק תפקידים ולפיכך הוא מבצע בצוותא. אמירותיו של משולם ("דם שוטרים יישפך על המדרכה") משמעותיות ולכן נכון להתייחס אליו כמבצע בצוותא.
- **הביקורת שנמתחה על פסק הדין** חשפה את חוסר ההתאמה בין האחריות של המנהיג הארגוני והאחריות שמיוחסת לו לבין האחריות המוטלת על מבצע בצוותא. ביהמ"ש מוותר בפרשת משולם על דרישת היעד המוחשי.
- לכאורה אפשר היה להוסיף את השליטה הארגונית לס' 29 (ג) כי הרשימה לא סגורה.
- **הפתרון הוא פשוט**: לנסות לתקן את החוק או על ידי הרחבה של ס' 29 (ג) או להוסיף עבירה מיוחדת של ביצוע עבירה מכוח שליטה ארגונית.
- המחוקק לא שעה להצעת ביהמ"ש אבל חוקק את חוק "המאבק בארגוני פשיעה" שבסיו הוא להבין **ששליט ארגוני הוא "בכיר בארגון פשיעה" ולא מבצע מן המניין**. פתרון מאוד גס בשל הניתוק בין העבירות הקונקרטיות לעונש שיקבל הבכיר.