**מחברת מצטברת בקורס דיני עונשין- אילנה טולדנו**

**שיעור ראשון:**

דרישות הקורס: בוחן בסמסטר א'+ עבודה+ מבחן סופי.

מהו משפט פלילי?

ענף 1: **הדין המהותי:** מתייחס לשאלה ה"מה?". כל הכלים, החוקים והנורמות המגדירים את גבולות האחריות הפלילית (מתי יהיה ניתן להטיל על אדם את האשמה, הדינים שואלים ומראים מה על האדם לעשות על מנת שיישא באחריות פלילית). הענף המסדיר את תום האחריות הפלילית. הענף מגדיר את מהות ההתנהגות האסורה והתנאים שעל ידם יוכל אדם לשאת באחריות פלילית. לכל התנהגות אסורה יש הגדרה בה מוגדרים התנאים לקיומה, לדוגמא: גנב= "הנוטל חפץ...".

בתוך דיני העונשין קיימות מספר קטגוריות: **1.** רשימת מכולת הכוללת את כלל העבירות הפליליות: איזה התנהגויות אסורות ומהוות עבירה. **2.** סנקציות: כמה שנות מאסר/ עונש לכל עבירה. לדוגמא: מאסר, מאסר על תנאי, קנס, עבודות שירות... **3.** תנאים כלליים לאחריות הפלילית: כללים על מנת שאדם יוכל בכלל לשאת באחריות פלילית+ סייגים לאחריות הפלילית הקובעים את הגבולות והתנאים- סייגים שבעזרתם אדם יוכל לצאת מלשאת באחריות פלילית. לדוגמא: הגנה עצמית, קורח (שאומרים למישהו: " אם אתה לא הורג את ג' אני יהרוג אותך"), צורך (לדוגמא: כשיש שריפה וחייבים לעבור עבירה בשביל להינצל) ועוד.... נוגע גם לקטינות, שפיות, שכרות, שליטה וכו'...

כל הוראות אלו קובעות מתי אדם יישא באחריות הפלילית. הסייגים יכולים לפטור אדם לחלוטים מאחריות פלילית.

\*בכללי- אם לא כתוב על משהו שהוא אסור= מותר.

ענף 2: **הענף הדיוני/ פרוצדורלי:** מתייחס לשאלת ה"איך?" איך להוכיח שאדם עשה א, ב, ג.. איך תתברר האשמה, איך מבררים את שאלת ה"מה?", התוך איזו מסגרת ארגונית?... (לדוגמא: חקירת משטרה שמבררת ולפיה יש החלטה אם החומר מועבר הלאה או לא, אם כן אז לפרקליט שמחליט אם להעמיד את הנאשם לדין, אם החליט שכן יש להגיש כתב אישום לבית המשפט ושם מתנהל ההליך הפלילי, כלומר ישנה השתלשלות מוגדרת ע"י החוקים). גם כל נושא החיפושים בגוף החשוד, לכמה זמן ניתן לעצור וכו'... שייך לענף זה.

ענף 3: **דיני ראיות:** יש קשר בין פרוצדורה לראיות. אוסף הכללים המגדירים לי את כלי ההוכחה של הטענות המהותיות בתוך מסגרת הדיונים (ההליך הפלילי). איך מוכיחים שנאשם ביצע עבירת גניבה? יש להוכיח שעשה מתוך מודעות/ כוונה/..., שנשא את החפץ, תביעות אצבעות על החפץ.. דיני הראיות מסבירים איך נוכל מבחינה משפטית לתרגם את העבירות לצורה כזו שנוכל להשתמש בה בפני בית המשפט. איך מוכיחים יסוד נפשי? אם מוכיחים עובדה מסוימת, בית המשפט יכול להסיק מזה חזקה. לדוגמא: 50 יריות בלב מראות באופן ברור שאת הלך הנפש של הנאשם ואת כוונתו להרוג את האדם בו הוא ירה. הוכחה כזאת לא גורמת להרשעה אוטומטית אלא הנאשם יכול להוכיח חפותו בעזרת נימוקים הגיוניים. בית המשפט מסיק מסקנות מהשכל הישר.

הודאה- יש אנשים שבנסיבות מסוימות יודו גם אם הם לא אלו שפשעו ולכן אין להרשיע רק על בסיס הודאה.

כבילות מול משקל: האזנת סתר לדוגמא: לפי ההאזנה אדם מודה שהוא רצח אך תיעוד ההאזנה הושג באופן לא חוקי. לפי האמריקאים, גם כל מה שהוסק מן ההקלטה הלא חוקית אינו מהווה ראיה (לדוגמא: אדם אומר שהוא רצח ואומר שהחביא את הסכין איתה רצח מתחת לאיזה עץ- אי אפשר להשתמש בראיית הסכין כי היא הושגה מן ההקלטה הלא חוקית). בארץ, ההקלטה גם לא יכולה ליצור הרשעה. בגלל זכויות נאשמים וחשודים וכוח המדינה שגובר על כוח החשודים, לפעמים הגרם זיכוי נאשמים. המדינה מעדיפה נאשמים משוחררים מחפים מפשע בכלא.

עדות כבושה- מדובר על עדות שכבושה בלב הנפגע. הנפגע כובש את העדות בליבו ופותח אותה ומגלה אותה רק מספר שנים אחר כך. נשאלות השאלות: כבילות- האם הראיה כבילה, משקל- כמה ניתן להסתמך על ראיה זו. בפגיעות מיניות- דווקא תלונות ישר לאחר ביצוע המעשה יכולות להראות לבית המשפט כחריגות משום שבפגיעות כאלו, לנפגעים קשה להקל את מה שחוו ולכן מסוגלים לדבר על כך רק זמן מה לאחר מכן.

\*שאלות מהדין המהותי- מהן העבירות הרלוונטיות? למי ניתן לייחסן? מה היחסים בין שותפי העבירה? מה תהיה האחריות הפלילית? ....

\*שאלות מהדין הפרוצדוראלי- האם יש לבצע מאסר?...

\*\* הסיווג/ ההבחנה בין דין מהותי לדין פרוצדוראלי הינה משמעותית ויכולה להוות ענין עבור החקיקה: דין/ חוק חדש יכול לחול למפרע (אחורה) רק אם הוא דיוני. אם הוא מהותי הוא יחול רק מכאן והלאה. לדוגמא: אדם שבזמן שעשה X. בזמן הביצוע, X לא היה מוגדר כעבירה. לאדם אין זכות קנויה על הדרך בה תתברר אשמתו אך השאלה של אשם/ לא אשם נוגעת לזכויות יסוד ולכן נותנים הגנה מוגברת. בהוראה מהותית המעשה לא היה אסור בזמנו ולכן אין להאשים אדם על כך שעשה את המעשה. אך אם יש חוק הנוגע לאופן הוכחת הביצוע- ניתן להשתמש בכך כל אדם שפשע גם לפני שיצא החוק כי לאדם אין זכות קנויה על אופן כבירור אשמתו, כאמור. באופן כללי יש לציין שיחול החוק המקל- כאשר כיום קבוע עונש חמור יותר על משהו, יש מדיניות להקל כמה שאפשר.

**ייחודיות המשפט הפלילי ומטרותיו:**

מטרת המשפט הפלילי לעשות סדר חברתי. המשפט הפלילי מבקש להגן על ערכים חברתיים שנחשבים חשובים ויש להטיל עליהם אחריות. מדובר בערכים שהחברה חרטה על דגלה. מי שפושע קורא תיגר על אותם ערכים מוסכמים.

**תיאוריית האמנה החברתית:** בני אדם חיו כפרטים יחידים כאשר כל אחד מנסה למקסם את טובותיו ואת האינטרסים שלו. כלומר: יצר האדם רע מנעוריו. הובס- הדרך הכי טובה של האדם לצאת ממצב זה היא באמצעות אמנה חברתית בה מפקידים את החירות לעשות כרצוננו בידי הגוף הריבון שהוא בעל הסמכות להסדיר את כללי החברה והסדר. כל אחד מתבקש לוותר על זכויותיו אך זה משתלם משום שאמנם אנו מוותרים על זכויותינו לפעול כפי שאנו רוצים אך זה גם מגן עלינו מפני התנהגות לא ראויה של אנשים אחרים. אחד הכלים של הריבון לעשות זאת זה דיני העונשין והמשפט הפלילי. האחריות הפלילית מבטאת את הקונפליקט שבין הפרט לחברה. כלומר, לפי המשפט הפלילי מדובר לא מדובר בסכסוך פרטי בים הפוגע לנפגע אלא בסכסוך ציבורי- מדינה ונאשם. לכן, מענישם גם על עבירות שאין מאחוריהן נפגע ספציפי, כמו: נהיגה פרועה ללא נפגע, עבירות מס, עבירות ניסיון (ניסיון לא מוצלח לפגוע במישהו).... יש לציין שבקשת הנפגע לא תקפה- אם מישהו מבקש שיפגעו בו אין לעשות זאת. הסכמת הקורבן לא נתפסת כרלוונטית. (שונה מבעבירות אינוס בהן הסכמה כן יכולה להיות רלוונטית).

במשפט הפלילי כל עבירה מורכבת מ-4 רכיבים:

1. עושה העבירה.
2. היסוד העובדתי. (הנסיבות- המעשים החיצוניים וההתנהגות האסורה).
3. היסוד הנפשי. (הלך הרוח שמתקיים בנאשם בעת ביצוע המעשה העובדתי, האם מודע למעשיו וכו'...).
4. אובייקט העבירה. (הערך המוגן שעומד בבסיס העבירה. לדוגמא: עבירת הרצח באה להגן על חיי אדם, עבירת הגניבה על קניין, עדות שקר על ערך תקינות ההליך הפלילי, עבירות מין על חירות וכבוד האדם וכו'..).

למה במשפט הפלילי זה מדינה נ' פרט? משום שהאדם שביצע את העבירה, מראה וויתור על האמנה החברתית. למרות שיש קורבן ספציפי, העבריין מהווה סכנה לחברה כולה כי הוא מראה שהוא לא כפוף לאמנה החברתית. יש גם עבירות שאין מאחוריהן מישהו ספציפי שנפגע- עבירות מס, נסיעה פרועה מבלי לפגוע באף אחד, למרות שאין נפגע ספציפי מאשימים כי זה מהווה ויתור על האמנה החברתית.

**ייחודו של המשפט הפלילי וההבדל בינו לבין אזרחי:**

במשפט הפלילי הכל סובב סביב הקונפליקט בין הפרט למדינה, מה שלא מאפיין משפט אזרחי.

1. האופן שבו באחריות הפלילית נתפסת לעומת האחריות האזרחית: האחריות הפלילית יוצרת סטיגמה, תיוג, גינוי וכתם על האדם וזאת, לעומת האחריות האזרחית שהתביעות נוגעות יותר לכסף וזה פחות מגנה. בפלילי לא משנה רק מה העונש הסופי אלא עצם העמדת האדם לדין בפלילי מהווה מימד קלון שנפרד מהעונש הסופי. האחריות הפלילית נתפסת כאחריות החמורה והגבוהה ביותר. **עקרון השיוריות:** בגלל הגינוי, נשתמש במשפט הפלילי רק אם אין ברירה וככלי המשפט האחרון אחרי שאר הכלים. לא נפעיל את התותח הכבד ביותר מההתחלה. קודם ממצים את שאר ההליכים וענפי המשפט ורק אם הם לא נותנים מענה מספק, נעבור למשפט הפלילי.

לדוגמא: לשון הרע. לפעמים הוא נחשב לאזרחי ולפעמים לפלילי. במשפט הישראלי מפלילים רק אם הלשון הרע נעשה במטרה לפגוע, כאשר מזהים גרעין אנטי חברתי ולא לדוגמא עבודה עיתונאית שאין כאן מטרה לפגוע אלא סיפוק ידע לציבור. רק במקרה של לשון הרע חמור שאי אפשר למצות במשפט האזרחי כי יש כאן כבר סכסוך מסוכן שעלול להוביל לפגיעה ולכן עוברים למשפט הפלילי. מכניסים משפט פלילי לתמונה רק כשיש הצדקה ומשהו מעבר.

1. האחריות הפלילית מותנית בקיום אשמה: מושג האשמה לא קיים בתחומים אזרחיים. במשפט הפלילי חייבת להיות אשמה שכרוכה במעשה כי מדביקים על אדם תג. לפעמים אין אשמה- אדם נופל על מישהו וגורם לו לנזק ולכן הוא לא אשם ולא היה מודע לאפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה שקרתה. רשלנות גם נחשבת אשמה ורלוונטית רק לעבירות מועטות. כמעט ואין עבירות שרשלנות רלוונטית בהן. רשלנות היא סוג ייחודי של אשמה. אם עבירה בוצעה בשגגה, אין לנו אחריות פלילית לא משנה עד כמה הנזק חמור. פלילי יכול להיות גם דבר קטן כל עוד יש אשמה.
2. מבנה ההליך הפלילי ודיני הראיות המיוחדים: המאפיינם את ההליך הפלילי והצדדים להליך (סכסוך מדינה לנאשם. לכן תמיד כתב אישום זה מדינה נ' פלוני. מודל ציבורי זה של המשפט הפלילי לא היה קיים תמיד אלא פעם היו חמולות ונקמות דם. בעבר, המשפט הפלילי היה פרטי וטופל ע"י חברים ומשפחה של הנפגע. אנשים טיפלו בהכל בינם לבין עצמם ולכן לנפגעי העבירה היה הרבה יותר כוח כי הם היו צד להליך. כיום, הם רק משמשים כעדים. באנגליה ריכזו את הסמכויות בידי הריבון- מהמודל הפרטי הטהור למודל ציבורי טהור בו נפגע העבירה הופך לכלי ויוצא מן התמונה. ב-20 שנה האחרונות נוצר שינוי נוסף מארה"ב- לפיו, ממודל פרטי הגענו לצד ההפוך, הציבורי- נפגעי העבירה נדחק לצדדים ולכן חייבים להחזיר להם מעמד וכוח. לכן, פותחו זכויות נפגעי עבירה, לפיהן נפגעי העבירה עדיין לא צד להליך אך עדים חשובים מעדים אחרים. בנוסף, הם בעלי זכויות בהליך הפלילי: קבלת מידע, זכות שההליך יתקיים בזמן סביר, זכות הגנה מן הנתבע. בפגיעות מיניות גם קיבלו זכות להשמיע את קולן: בהסדרי טיעון לדוגמא: הן יכולות להשמיע את קולן בקשר להחלטה לגבי סגירת התיק אך זאת רק עמדה שלא בטוח שתשנה את עמדת השופט בכל הנוגע להחלטתו. הן יכולות גם לתת עמדה לגבי חנינה ושחרור ממעצר.
3. מידת ההוכחה: במשפט הפלילי, בניגוד לאזרחי שבו כדי לזכות בתביעה צריך רק להביא גרסה משכנעת יותר, כדי להרשיע בית המשפט צריך להכריע שמה שאמרת נכון מעבר לכל ספר סביר. כלומר, מעל 95%.

\*\*לפעמים התובע צריך להמשיך בהליך הפלילי לשם הגנת הציבור וזאת גם אם הנפגע חוזר בו מן התביעה. לדוגמא: אישה שבאה להתלונן שבעלה מכה אותה והשוטר רואה שזה אכן נכון מסימנים על גופה וכדומה.. אם אחרי מספר ימים היא באה ומבקשת לסגור את התביעה, הוא עדיין צריך להמשיך עם התביעה משום שיכול להיות שבאה לסגור את התביעה רק כי בעלה איים עליה.

**ענישה וצדק מאחה:**

הצדקות הענישה: **תיאוריה גמולית** שאומרת שמגיע לנאשם, לא מסתכלים למה הענישה תגרום ותוביל אלא הענישה עצמה כגמול למי שפגע שאמנה החברתית. לא מודדים את הענישה לפי התוצאה אלא הענישה נעשית על מנת להשיב ולגמול לאדם על מה שעשה ולהשיב את האיזון שהופר על קנו. בעצם, זה הצדק לפי התיאוריה הגמולית: מן מאזניים, עבריין גרם לסבל ונאזן זאת על ידי כך שנחזיר לו. במשפט המודרני הפכו את זה לקצת יותר מתורבת: הענישה צריכה להיות לפי תורת הגמול אך פרופורציונלית לעבירתו של הפושע. הביקורת המרכזית על תורת הגמול היא שהיא נעשית רק לשם נקמה וסגירת חשבון ולא על מנת ליצור משהו חיובי כמו הרתעה שיקום, הרחקה וכו'... כלומר, לא על מנת ליצור תוצאות טובות.

קנט- יש קבוצת אנשים על אי שעומד להישרף. אדם אחד רצח מישהו, אנחנו נלך ונרצח אותו למרות שגם ככה הוא עוד מעט ימות מהשריפה וזאת לפי תורת הגמול.

**התיאוריה התועלתנית:** הענישה מוסיפה סבל לעולם ע"י גרימת סבל לנאשם.. התיאוריה התועלתנית אומרת שענישה זה פסול משום שמוסיפה סבל לעולם למרות שמטרתה אמורה להיות מקסום האושר. יש לציין שלפעמים הוספת סבל ע"י הענשת הנאשם, תחסוך סבל של קורבנות פוטנציאליים וכך בעצם יש מקסום של האושר. לכן, במקרים כאלו, הענישה טובה ורצויה. הגישה התועלתנית היא צופת פני עתיד: האם יצא לי משהו טוב מהענישה?. משהו טוב שיכול לצאת מענישה זאת הרתעה שבתוכה הרתעה אישית של לא לשוב ולבצע את העבירות וגם/ או **הרתעה** כללית שיראו מה קורה לבן אדם שמבצע עבירות ויפחדו לבצען. גם **הרחקה** הינה תועלת שיכולה לצמוח מענישה: הרחקת האדם מן החברה מונעת פוטנציאל של סבל של קורבנות אחרים. הרחקה= גם מניעה. גם שיקום הוא תועלת היכולה לצמוח מענישה. **שיקום** ומטרותיו: ענישה יכולה לפעמים להיות משקמת ע"י כך שבעת המאסר העבריין יחשוב על מעשיו, ירכוש מקצוע וכו'... ובעצם זה ישקם אותו והוא לא ישוב לבצע פשעים בעתיד. יש דעות שמאסר לפעמים לא משקמים אלא בדיוק להפך משום שבמאסר נדבקים לפושעים דפוסי התנהגות עברייניים ואז קשה להם לחזור להתנהג כרגיל, בנוסף, אדם שנכנס לכלא על רצח יכול ללמוד מחברו לתא גם על סמים ואז בעצם לא רק שזה לא משקם אותו, אלא פותח לו חלון לביצוע עבירות נוספות. הגמול ו- 3 מטרות אלו (הרתעה, שיקום, הרחקה), הולכים על מישורים הפוכים כי את הגמולנים לא מעניינת התוצאה אלא רק הגמול וסגירת חשבון. לעומת זאת, התועלתנים באים ואמרים שלא מעניין אותם להסתכל אחורה. גם אם אדם אשם, ענישה מוצדקת רק כשהיא מביאה עימה תועלת. רוב הפילוסופים מאמינים שהתיאוריות הנכונות לענישה משלבות גם יסודות גמולניות וגם תועלתניות. בעצם מערבות את 2 התיאוריות יחדיו. איך ניתן ליישם מודלים שמשלבים בין המטרות?

**בית משפט קהילתי** בקצרה:בבית משפט זה תופרים לכל אדם שביצע עבירה תכנית שמותאמת במיוחד עבורו (שנוגעת לסיבה שממנה פשע) וזאת על מנת למנוע ממנו לחזור לאותו פשע בעתיד. העונשים הם לדוגמא: השבת שעות לקהילה. זהו בעצם מודל טיפולי.

**צדק מאחה:** הוא לא בתוך בית המשפט, ללא סנגורים או תובעים אלא הוא סוג שיקומי אחר שלא שם דגש על ענישה. הליך זה מתנהל לחלוטין מחוץ לבית המשפט. לפיו יש להפגיש בין התובע וקרוביו לנפגע וקרוביו ולתת להם את האפשרות לדון ביניהם על מה שקרה, על הפגיעה ועל השלכותיה. בעיקר על הנפגע כמובן. הדיבור, בסופו של דבר יביא להסכם ואיחוי. בסופו של דבר, הפוגע לוקח על עצמו לנקוט בצעדי פיצוי לנפגע העבירה. לדוגמא: תשלום לנפגע, התנדבות בקהילה... בעצם נותנים לצדדים את המושכות בידיים. ההליך נעשה בנוכחות נציג מדינתי והכניסה להליך מותנית ב-2 תנאים:

1. הפוגע חייב לקחת אחריות. אם הוא מכחיש אין אופציה אמיתית לשיקום ואיחוי.
2. הסכמת 2 הצדדים להליך.

ההליך משולב בתוך ההליך הפלילי ושם אם יש על מה לדבר והעניין מתאים לצדדים, בית המשפט שולח אותם להליך המאחה. הדבר קורה בדרך כלל בעבירות פשוטות. לאחר שמתקיים ההליך, המדינה מאמצת את הליך האיחוי ונותנת לו תוקף של פסק דין. השיקום בהליך הפלילי הוא דרך עונש ואילו בהליך המאחה, השיקום הוא דרך קבלת הפוגע חזרה לקהילה. הבעיה כאן היא שלפעמים זה לא מספיק מרתיע.

מטרות המשפט המאחה(בניגוד להליך העונשי):

1. חיזוק הקהילה. ע"י כך שרותמים את הקהילה הקרובה לעזרה משותפת.
2. העצמת הנפגע. (ההליך שם דגש על נפגע העבירה וצרכיו ונותן להם מענה).

ההבדלים בין ההליך המאחה לעונשי:

1. להליך המאחה 2 מטרות נוספות (חיזוק הקהילה והעצמת הנפגע).
2. ההליך עצמו: פוגע, נפגע ותומכים לעומת נאשם ומדינה. ההליך המאחה הוא יותר פורמלי עם דיאלוג.
3. המקום שניתן לנפגע העבירה (הרבה יותר גדול במאחה).
4. ההבדלים בתפיסת הפשע. (בעונשי תופסים את הנאשם והפשע כאחד ואילו המאחה מגנים רק את הפשע ולא את האדם עצמו).

**שיעור שני:**

דו"ח ועדת דורנר: ועדה שהתכנסה במיוחד על מנת לדון מחדש במדיניות ההענשה ולאן מועדות פנינו כמדינה בה המאסרים ארוכים יחסית וניתן לראות שהכליאה אינה משקמת. היה חשש שישראל תחכה את האמריקאים בכליאת המונים ונגיע למשבר אליו הם הגיעו. הועדה מתייחסת לתיקון 113 שהחמירה את מדיניות הענישה בסופו של דבר (לעומת המטרה ההתחלתית).

גמול= התאמה בין חומרת העונש לאשם- עונש הולם ולא כמו שחלק מן האנשים חושבים: גמול לא שווה עונש חמור יותר. לכן, תיקון 113 גרם לתיקון שחוטא לגמול האמיתי שמתכוון לעונש הולם.

לפי ועדת דורנר יש להפחית את תקופת המאסרים ולהגביר את האכיפה (במקום להגביר ענישה שמתבררת כלא מועילה). בעצם, יש לתת אלטרנטיבות משקמות וזולות יותר כמו לדוגמא: עבודות שירות, בתי מעבר ( בכלא אדם מאבד את ה"קודים" הרגילים וקשה לו לחזור לחברה ולהתנהג כראוי. לכן, יש בתי מעבר- מקומות סגורים ומפוקחים שמהם אסירים יוצאים לעבודה וחוזרים וכך בעצם משתקמים ועושים דריכת רגל לחיים האזרחיים בחוץ), בתי משפט קהילתיים וכו'...

דו"ח ועדת דורנר מהווה חישוב מסלול מחדש במשפט הישראלי.

לפי הדו"ח יש לעשות מחקר לפיו יבנו את מדיניות הענישה- צריך להוכיח דברים מנתונים שנחקרו ולא לקבוע חוקים לפי אינטואיציה. בעצם הועדה אומר להקים גוף מחקר: אסור לקבל החלטות לפי תחושת בטן או דעות קדומות אלא לפי נתונים עובדתיים. מאז אנו רואים כניסה של הליכים אלטרנטיביים שעולים בקנה אחד עם דו"ח ועדת דורנר. הכלים (חלקם) היו עוד לפני הועדה אך המטרה הייתה להפכם לפופולריים.

**בתי משפט קהילתיים=** נוגע לתפישת העבריינות, נקרא גם "בית משפט פותר בעיות". מודל שבא ואומר שהמטרה הסופית של ההליך הפלילי היא לא רק לטפל בסימפטום אלא גם בשורש הבעיה. (לטפל בתופעת הדלת המסתובבת- לדוגמא: אדם נכנס ויוצא מהכלא כי ההתמכרות לסמים עדיין נמצאת שם ולכן הוא חייב לשוב ולגנוב בשביל שיהיה לו כסף לקנות סמים. לכן, צריך לטפל בהתמכרות שלו לסמים וכך תטופל גם בעיית הגניבות שלו). בתי המשפט הקהילתיים, תפקידם לבדוק ולזהות את שורש הבעיה ולתת לה פתרון הולם ואליסטי וכך לפתור באופן עקיף את הבעיה. (בא מארה"ב). בנוסף, תפקידם למנוע את תופעת הדלת המסתובבת. יש לבנות תכנית שיקום הולמת לכל נאשם אשר "תפורה" לפי מידותיו ולפי המקרה הספציפי שלו וכל היבטי חייו- משפחה, בריאות וכו'... בארה"ב יש בתי משפט לחולי נפש/ מכורים לסמים/ אנשים עם פוסט טראומה מהצבא וכו'...- בעצם מקרים שלהם יש בעיה שורשית שגורמת לפשיעה, הרעיון לטפל בעבירות שמהוות מטרד לקהילה כמו עבירות רכוש קלות, סכסוכי שכנים ועוד... מתן מענה לפי שורש הבעיה. האלמנט הנוסף של בתי המשפט הקהילתיים הוא שילוב הקהילה שתקלוט את הנאשם ( לכן יש גם שילוב של הרשויות המקומיות), לשתף את הנאשמים כך שיועילו ויתרמו גם הם לקהילה. שונה מההליך הרגיל בו מטרות עומק יותר בנוגע לשיקום ובאופן הפרוצדורלי, לעומת ההליך הרגיל בו זה מדינה נ' נאשם, בקהילתיים מדברים על צוות שללם של אנשי מקצוע: סנגור, קצין מבחן, רכז, עובד סוציאלי, תובע ושופט שמנצח על הצוות. כולם פועלים בסינרגיה על מנת לתפור לעבריין שיקום "לפי מידותיו". העתיקו את המודל האמריקאי עם שינויים, הרעיון היה להביא לבתי משפט אלו אנשים שמגיעים לביצוע עבירות מתוך נסיבות חיים קשות ולא לדוגמא אנשים ממשפחות פשע שעושים פשיעה לשמה. בבתי המשפט הקהילתיים, הנאשמים מכונים משתתפים וקריאת השמות מכונית קבלת פנים וזאת במטרה לרתום את האדם להליך משקם ארוך וממשוך. ההליך בבתי המשפט הקהילתיים הינו קשה ומחייב ודורש הגעה שבועית לישיבות פיקוח- הליך לא פשוט בכלל ולכן הוא אינו באמת מתנה. ( עושים שם בדיקות ניקיון מסמים וכו'..). בתי המשפט הקהילתיים לא מתאימים לכולם אלא מתאים למקרים של עבירות קלות יותר ולא לעבירות מין, רצח ושאר העבירות הקשות. בבית המשפט הקהילתי משוחחים עם הנאשם ובודקים אם יש סיכוי שההליך ישקם אותו, אנשים שסיפור חייהם הקשה הוא זה שגרם להם לפשוע יתאימו יותר וגם אנשים שמראים נכונות לנוכחות בהליך. בשביל להיכנס להליך זה. בשביל להיכנס להליך של בתי המשפט הקהילתיים הנאשם חייב להודות בפשע שעשה וכך מדלגים על שלב ההוכחות והראיות. המטרה היא שבסוף ההליך, האנשים יעבדו ויחיו שאופן נורמטיבי. הם בדרך כלל מקבלים עונש קל של עבודות שירות במטרה למנוע מאסרים ואת תופעת הלוואי של הדלת המסתובבת. הביקורת הקשה ביותר על הליך זה הוא תפקיד הסנגור- אנו כל כך דוחפים את הנאשם לשיקום שאולי אנו פוגעים בזכויותיו, אין ניגוד עניינים והסנגור פועל יחד עם כולם, גם עם התובע. זה יכול לעלות במחיר פגיעה בנאשם- אנשים שלדוגמא לא רוצים להודות, זה יכול לגורם להאשמה של חפים מפשע. בגלל שזה כלי פחות חמור, אנו משתמשים בו באופן קל יותר- אם פעם לא היינו תובעים את האנשים האלו בפלילי ומעמידים אותם לדין, עכשיו נכניס אותם להליך הפלילי בקלות יותר כי הכלי הוא קל יותר. בעיה נוספת היא שאחרי שנאשם הודה במעשיו- אם הוא רוצה לחזור להליך הפלילי הרגיל זה כבר לא רלוונטי כי הוא כבר הודה ולא יוכל להתכחש למעשיו ולנסות להוכיח חפותו. תיקי עוני- פעם היו מאשימים עניים מרודים והיה מודבק עליהם אשם למרות שהם באמת מסכנים ולכן יש יתרון לבתי המשפט הקהילתיים שלא מאשימים אותם ומבינים ששורש הבעיה הוא נסיבות החיים.

יש 6 מחוזות בהם יש בתי משפט קהילתיים.

מחקר הערכה- לא רק לאפיין את המודל אלא גם לבדוק עלויות ותועלת- האם בתי המשפט הקהילתיים אכן מפחיתים את הרצידיביזם? והאם אכן ישנה סבירות גבוהה יותר שאנשים אלו לא יחזרו לפשוע? בנוסף, יבחנו את היעילות הכלכלית. האשלה האם המודל מוצלח- מהי ההצלחה? הקטנת רצידיביזם? האם הנאשם חזר לעבוד? האם אנשים שבעקבות ההליך הפכו להורים טובים יותר / אנשי משפחה מתפקדים יותר/ חידשו קשר עם בני משפחה? השאלה היא מהם הפרמטרים שמודדים הצלחה? מחקר מראה שמערכת היחסים שהכי התגברה מכולם זה עם הילדים ואילו מערכת היחסים שהכי הדרדרה היא עם החברים (נראה שהסיבה לכך היא שחבריהם גם היו קשורים לפשיעה). יכול להיות שההליך יקר אך פחות יקר מהמקביל לו (ממאסרים). בתי המשפט הקהילתיים משתמשים בכלים טיפוליים, בית המשפט נותן צ'ופרים ומעלה שלב מהר יותר אם הנאשם מראה נכונות והשתפרות. בבתי המשפט הקהילתיים הנאשם דומיננטי, השופט מכיר אותו ואת סיפור החיים שלו. התובע יכול לשבח את הנאשם, הסנגור יכול לכעוס על הנאשם כאשר הוא לא משתף פעולה. העצם, לפעמים כל התפקידים מתהפכים. רכז= מקשר בין הנאשם לצוות המקצועי. יש יצירת אמון ומחויבות מצד בית המשפט לנאשם שיוצרת את זה גם מטעם הנאשם שלפעמים מגיע על מנת לא לאכזב את השופט ש"ראה אותו". המטרה היא ליצור את מערכת המשפט כטובה יותר בעיני הציבור וכ"כדאית".

לפעמים זה לא טוב כשהשופט נכנס טוב מידי לתפקיד המטפל למרות שהוא לא מוסמך לכך- יישום לא טוב של ההליך).

עולה שאלה האם נבחן לפי סוג וחומרת העבירה או סיפור חייו של הנאשם שכנראה הוביל אותו לפשוע?

האם יש הצעת חוק שאמורה להסדיר את זה? האם צריך לשעות רשימה סגורה של עבירות או להשאיר את זה פתוח?

כשמדברים על "קהילתי", הכוונה לשלב את תכנית השיקום של הנאשם עם הקהילה ולהכניס את הנאשם לחיי הקהילה בה הם חיים וגם מצד הקהילה שלפעמים מזמינה נאשמים לפעילויות מיוחדות כמו הדלקת נרות לדוגמא.

מקום הקורבן- בתי המשפט הקהילתיים הם ממוקדי נאשם ולא ממוקדי קורבן וכאן באה ביקורת מצד הצדק המאחה. מנסים להכניס גם את נפגעי העבירה להליך זה וגם את המשפחה (כי בסופו של דבר מדובר בקהילה). בן אדם שזקוק לעזרת שירותי הרווחה לא יקבל אותם אלא אם כן ייכנס להליך הפלילי אז למה לא לטפל בכך מלכתחילה ולחסוך את הצורך בהליך פלילי (זו טענה מהספרות כנגד כך) כי בכל זאת יש כאן עבירה פלילית שבוצעה. שאלה נוספת היא האם בכלל מתאים ששופט ינהל את ההליך הזה? והתשובה היא כן כי בכל זאת מועיל העניין שזה הליך פלילי והליך פלילי דורש שופט. (קצין מבחן עושה את הריאיון אם ההליך מתאים לנאשם הספציפי). בשלבי הסינון- בית המשפט חייב להפעיל את החלק המאיים שלו על מנת שהאדם ישתף פעולה עם ההליך ויראה לו שאם לא יעמוד בתכנית השיקומית, יחזור להליך הפלילי (איום טוב). "שיקום בצל משפט". ביקורת נוספת היא שלאחר שמודים באשמה ונכנסים להליך אי אפשר לחזור להליך הרגיל ופתאום לא להודות באשמה ולכן עכשיו ההודאה נכנסת באמצע ההליך כאשר הנאשם כבר מגוייס לתהליך. מכניסים לקהילתי רק כשיש סיכוי אמיתי לשיקום. לבנות מודל מנבא שינבא איזה סוג אנשים יסיימו את ההליך על בסיס כל הידע שנוצר עד כה. שאלה נוספת הי אמה קורה ביום שאחרי: האם מערכת היחסים ההדוקה שנוצר פשוט תפסק בבת אחת? יש קבוצה בוגרים שנפגשת פעם ב... יש רעיון שבוגרי התכנית יהפכו לחונכים של אנשים חדשים בהליך- זאת על מנת ליצור פיקוח נוסף.

**צדק מאחה:**

מתנהל מחוץ לכותלי בית המשפט אך עדיים כחלק מן ההליך הפלילי- לפעמים משולב בתוכו, ניתן להגיע אליו לפני מתן גזר הדין וכו'...

הליכי צדק מאחה שמשתלבים בהליך הפלילי (לפעמים יש יוזמות פרטיות שלא קשורות להליך הפלילי):

יש לציין כי ההליך מחזיר את הפשע לבעלי העניין: הפוגע והנפגע. להכניס חזרה את נפגעי העבירה לתמונה ולא לעשות זאת על חשבון הנאשם: להעצים את 2 הצדדים כאשר המוטיבציה הראשונית היא להיטיב עם נפגעי העבירה. מפגישים בין הצדדים ונותנים להם לדבר (יחד עם חבריהם, משפחותיהם...), הכנסת המימד האישי והאנושי. מבט- על על פגיעה שפגעה ביחסים אנושיים ולא באמנה חברתית. לפני ההליך עצמו שי פגישות הכנה עם מתאם שגם עורך פגישות הכנה עם כל אחד מן הצדדים. ההליך מותנה בהודאה של הנאשם, לקיחת אחריות מצידו (פה קוראים לצדדים פוגע ונפגע ולא נאשם) והסכמת 2 הצדדים שיסכימו בסופו של דבר להליך. בונים תכנית איחוי כמו פיצויים, מתן שעות לקהילה וכו'... לפעמים בני המשפחה והחברים לוקחים על עצמם לתמוך הנאשם בהליך. בתיקי נוער זו ברירת מחדל לפנות להליכים האלו קודם כל. אפשרות סגירת תיק בהסדר מותנה ואז לא מוגש כתב אישום ואין כיתוב פלילי. לדוגמא: בהסדר יכול להיות כתוב לפנות לצדק מאחה. (תלוי בהודאת הנאשם שזה חובה). לא מגנים את הנאשם אלא את המעשה.

**עקרון החוקיות:** עקרון שקובע שאין עבירה ואין עונש עליה מבלי שהדבר עמד בחוק, בתוקף, בזמן הביצוע ובמקום הביצוע. 3 אספקטים:

1. העבירה עצמה והעונש צריכים להיות מוסדרים וקבועים בחוק.
2. החוק צריך להיות תקף (לא חל רטרואקטיבית).
3. החור המגדיר את ההתנהגות כעבירה חייב להיות בתוקף במקום הביצעו (משפט בינלאומי, לדוגמא: ישראלי שעשה עבירה בניוזילנד).

פסיקה ושופט לא יכולים לקבוע עונשים.

**פס"ד אשד-** השופטים מדברים על חשיבות השמירה על עקרון החוקיות והרציונאלים העומדים תחתיו- "אין עונשין אם לא מזהירין". זאת משום חוסר הגינות- הריבון לא יכול לצפות מן הפרטים לחשב צעדיהם בנוגע לחוקים שלא היו קיימים בעת ביצוע העבירה.

מבחינה תועלתנית- אם מענישים מבלי להרתיע (מבלי שידעו שמבצעים עבירה), אין כאן יעילות כי אז האדם לא ידע שזאת עבירה ולכן לא הורתע מכך. מפספסים את כל עניין ההדרכה והכוונת ההתנהגות.

שרירות- אם רק בדיעבד מעדכנים אדם על כך שהמעשה שעשה נחשב לעבירה, אנו יוצרים שרירות וחוסר שוויון.

בית המשפט פוסק על דברים שחלים אחורה- יכול להיות מצב בו שופט מסוים ישפוט אחורה שהאדם עבר עבירה ושופט אחר יגיד אחרת.

חקיקה היא עיוורת וחלה על כולם לעומת פסיקה שנעשית על צדדים ספציפיים ולא עיוורת.

הרציונל הפרודקטיבי (הגנה על זכויות הפרט)- תקופה בה היה בחר כי למדינה כוח רב ויכולת לפגוע בפרט. אז הפתרון הזה צמח.

סעיפי החוק היו מנוסחים בצורה פרוצה ובית המשפט יכול היה לצקת כל כך הרבה דברים אל תוך הסעיף וכך היה נראה כאילו אין בכלל חוק.

הרעיון היה לנסות למצוא עקרון שיגביל את הכוח של בתי המשפט.

**פסקות ההגבלה:**

אומר שניתן יהיה לפגוע בזכויות אך בהתאם לתנאים. הפגיעה בעצם חייבת להיקבע בחוק. שיהיה עיגון חוקתי לפגיעה. עקרון החוקיות קיבל עיגון מסודר, בסעיף 1 לחוק העונשין- "אין עבירה או עונש עליה...". פעם היה מקובל (בארה"ב) שהשופטים יוצרים את החוק עד שיצאה התפיסה שיוצרים עונשים ועבירות בחוק שמפורט לכך. לבית המשפט כבר אין את החירות להיכנס לשדה הזה.

**בפס"ד אש"ד-** בית המשפט מדבר ומכבד את עקרון החוקיות כשהוא נדרש לדון בעבירה מסוימת.

**עקרון החוקיות:**

1. כל מה שלא נאסר בחוק- מותר.
2. מהדרישה שהעבירה תקבע רק ע"י המחוקק, משתמע שלבית המשפט אסור לייצר עבירות מהדין- חקיקה שיפוטית. לא יכול לדון במקרים מסוימים ולקבוע שאלו עבירות- אסור לו לייצר עבירות חדשות. בית המשפט לא אמור לעשות חקיקה שיפוטית. בגלל חקיקה והסברה רחבה של סעיפים, ביתה משפט יכול להפוך בטעות למחוקק. היום החוק לא אומר דבר על קביעת הגנות (סייגים לאחריות פלילית) ולכן בית המשפט יכול לקבוע אותם משום שהגנות אלו הם לטובת הנאשם ובאות להגן עליו כמו עקרון החוקיות שבסופו של דבר בא להגן על הנאשם. מה שהכי מטריד מבחינת עקרון החוקיות זה הפגיעה בנאשם ולכן אם אין פגיעה בנאשם, מותר לבית המשפט לעשות זאת.

מה קורה כאשר עבירה אינה מנוסחת בצורה ברורה? בית המשפט יכול לפרש את הסעיף בצורה מסוימת וליצוק לתוכו תוכן ואז יכולה להיות חקיקה שיפוטית. לדוגמא: "התנהגות בלתי הולמת"- מהי התנהגות בלתי הולמת? המטרה הייתה לאפשר לדרגים הגבוהים יותר לקבוע זאת.

סעיף השוטטות 216א (5) לחוק העונשין- קשה להבין מה קורה ולכן רואים שהמטרה הייתה לתת לרשויות האכיפה את השיקול הזה.

**בפס"ד אש"ד-** כל אחד מדבר על עקרון החוקיות ומנסה להציע גישה אחרת על מנת לטפל בבעיה הזאת: רחב מידי, אוטונומיית הפרט, שמירה על הפרדת רשויות, הגינות, שוויון מפני החוק, שרירותיות- כשאין עקרון חוקיות יש פגיעה בכל הדברים הנ"ל וגם פגיעה בעקרון הוודאיות של המשפט הפלילי. אין עונשין מן הדין (זילברג).

**חוק יסודות המשפט-** אם יש חסר בחוק או מקום בו לא ברור בדיוק מה הדין, בית המשפט צריך להיעזר בכל מיני פתרונות וכלים (כמו: הקשת גזרות ממקרים וחוקים אחרים) בשביל להכריע במקרה זה ועקרון החוקיות אומר שזה אסור.

לדוגמא: גניבת חשמל. גניבת חשמל לא הייתה כתובה בחוק והנאשם שהשתמש בחשמל על חשבון מישהו אחר יצא זכאי מתוך כבוד לעקרון החוקיות ורק אחרי המקרה, המחוקק הכניס את זה לחוק שגם גניבת חשמל אסורה.

לפעמים המחוקק לא מספיק להדביק את הקידמה והעבריינים הרבה פעמים יקדימו אותו ולכן עקרון החוקיות גורם לעבודה רבה יותר (גם קשה יותר). כשיודעים שהשופט עובד לפי חוק ולא לפי דעות וכו'... זה מגביר את האמון במערכת המשפט.

דילמה- האם להשאיר הכל רק למחוקק שיצפה הכל מראש ואם מגיע מקרה שלא נצפה מראש- האשם יזוכה. או להשאיר את החוק רחב ובית המשפט ייצוק לתוכו?

**שיעור שלישי:**

**בפס"ד אש"ד-** 2 שופטים מסכימים שקיומה של עבירה כזו בספר החוקים אינו ראוי אך זה לא אומר שהם יבטלו אותה/ יתעלמו מקיומה כי רק המחוקק יכול לעשות זאת.

-עבירה פלילית שסותרת את חוקי היסוד או עקרון החוקיות= פסולה.

-לעקרון החוקיות תוקף עליון ולכן ניתן לפסול דברים על בסיס פגיעה או סתירה של עקרון החוקיות.

הפתרון הנותנים **בפס"ד אש"ד:** חשין- אומר להשאיר פתוח, אם נאשם הגיע לבית המשפט, בית המשפט ייצוק דבר מצומצם. אומר שעדיף שהעבירה תבוטל או שהמחוקק ייצוק לתוכה תוכן ראוי. בגלל שהוא לא המחוקק הוא לא יכול לצקת לעבירה דבר רחב שבעצם יסביר את העבירה. זה נקרא אקטיביזם שיפוטי (חקיקה שיפוטית). אחת הפונקציות של עקרון החוקיות היא מתן וודאות לאזרח. עצם השארת המקרה פתוח ומתן פירוש מצומצם מבית המשפט, פוגע בעקרון הוודאיות. זילברג לעומת זאת אומר שהוא מעדיף את הוודאות ושבית המשפט, על מנת להדריך את האזרח ולתת לו כיוון, יצטרך ליצוק תוכן ופרשנות לעבירה שתחול מכאן והלאה כי המחוקק לא עושה זאת. המונח יפורש באופן מצומצם כי עד עכשיו הנאשמים לא ידעו את הפירוש הרחב. (קובע שאגד אינה רשות ציבורית). כדי שהנאשם הספציפי בתיק הזה לא ישלם את המחיר.

50 שנה לאחר מכן רואים שינוי ביחס של בית המשפט לעקרון החוקיות.

דיון נוסף-הליך שמתקיים בעליון בהרכב מורחב והרעיון הוא שבית המשפט מקבל על עצמו לדון בעיון על מקרה מיוחד. כמו לדוגמא שאלת חשיבה ולא רוצה שידונו בזה רק 3 שופטים.

**פס"ד שמעון שבס-** הואשם בעבירות מרמה והפרת אמונים (ס' 284) הפוגע בציבור. בתוך כך יש 2 פרשיות: פרשת שטרן ופשרת שולדנפריי. הוא הועמד לדין והורשע במחוזי. לאחר מכן, ערער וזוכה ע"י העליון בגלל ניסוח הסעיף שאינו ברור ורחב מדי. הפרקליטות מערערת והתיק מגיע לדיון נוסף בפני 9 שופטים ועולה השאלה מהם יסודות מרמה והפרת אמונים? בית המשפט מתכנס ודן איך לפרש את זה ואיזה תוכן לצקת לתוך עבירה זו. ברק מסכים שהעבירה מעורפלת אך אומר שהתרופה לכך היא לפרש את העבירה (שואל את עצמו מהי תכלית העבירה ועל מה היא באה להגן). הוא בעצם אומר שהכל תלוי בתכלית- לפי התכלית נחליט על הפרשנות. בעצם נוטש את גישת הפרשנות המצומצמת. העבירה חוקקה לשם שמירה על משהו, צריך פירוש שיקדם את השמירה של הערך עליו באה העבירה להגן. לא לתת לעבירה פירוש מצמצם בהכרח אלא פירוש שיתאים לתכלית.

**ברק בשבס לעומת זילברג באשד:** הפסיקה הסופית כמעט הפוכה: באשד חותרים להגיע לפרשנות מצמצמת ובשבס חותרים להגיע לפירוש שיהלום את התכלית, גם אם הפירוש רחב (התכלית היא החשובה ובית המשפט לא מתבייש להגיד זאת). חשין הבן מתייחס לדעת חשין האב ומשווה בין תקנה ציבורית למרמה והפרת אמונים. הוא אומר שמרמה והפרת אמונים צרה יותר וחלה על פחות מקרים לעומת תקנה ציבורית. העמימות שלה פחות פוגעת בעקרון החוקיות מאשר תקנה ציבורית שחלה על הרבה יותר דברים ופוגעת ממש בעקרון החוקיות. זאת משום שכל אחד יכול להיכנס תחת הגדרת העבירה. במרמה והפרת אמונים, מספיק שאתה לא עובד ציבור ואתה לא יכול להיכנס תחת הגדרת העבירה. בתכלית של מרמה והפרת אמונים היא להלחם בשחיתות ולכן העבירה צריכה להיות רחבה (גם ככה הצרו אותה עם העובדה שרק עובד ציבור יכול להכנס לתוכה) ואין לבטלה כי יווצר פער רע. אך צריך להיזהר לא לעשות אותה רחבה מידי.

**פס"ד בר שלום-** בית המשפט אומר שבגלל שניתן לפרש ל-2 הכיוונים, מאמצים את הפרשנות המצמצמת שמיטיבה עם הנאשם. ברגע ש-2 הפרשנויות סבירות, זורמים עם הנאשם.

**פס"ד מזרחי-** ברק שואל האם בריחה ממשמורת חוקית היא בריחה פיזית או משפטית. שואל את עצמו מהי תכלית העבירה- לשמור על המסגרת הנורמטיבית. אין לדבוק אוטומטית בפרשנות המצמצמת אלא לבחור פרשנות לפי התכלית.

נטל הבנת התכלית לא צריך להיות על האזרח כי זה מפספס את עקרון ההכוונה. בספרות נותנים לכך דוגמא: חוק האוסר להכניס רכב לגן ציבורי. הרציונל ברור- בטיחות, שמירה על הסביבה. אם העמידו פסל של רכב בתוך הגן, לכאורה זה אסור מבחינת החוק אך זו לא המטרה שמאחוריה עומד החוק ולכן לא צריך להצמד רק לפרשנות המצמצמת אלא גם לתכלית (לכן ברור שפסל של רכב מותר להכניס לגן ציבורי). השאלה היא איפה שמים את הקו. היום, בעולם המערבי, הפרשנות התכליתית היא המקובלת יותר אך יש גם רגישות לפרשנות מצמצמת ולעקרון החוקיות. בסופו של דבר, הויכוח בין ברק למבקריו הוכרע בסעיף 34 כא.

**תיקון 39:**  הבעיה בחוק העונשין היא שהוא בנוי בתלאים מהמנדט הבריטי. החוק הוא ישן וחלקו מייבא את המשפט האוטמני שהיה בארץ. המחוקק מאמץ את פקודת החוק הפלילי כפי שהיא וב-77 לקחו אותה ופירשו אותה לשפה העברית. עד 77 זה היה באנגלית. בפירוש לא תיקנו טעויות וזה נשאר עד שנות ה-90. בשנות ה-90, 2 פרופסורים ישב בראש ועדה שתפקידה לחוקק פרק חדש ישראלי שנשען על יסודות תיאורטיים וזה יהיה החלק המקדמי. כל ההוראות הכלליות שאינן ספציפיות על עבירה אחת זה החלק הכללי. החוק נחקק באוגוסט 94 ונכנס לתוקף שנה לאחר מכן, באוגוסט 95. זה נקרא תיקון 39 כי הוא היה משמעותי וגדול. כל החלק הכללי והמקדמי בחוק העונשין, עד סע' 34 כ"ג, נקרא תיקון 39. (כל ההוראות הכלליות החלות על כל עבירה באשר היא עד הפרק של דרכי הענישה אשר מטמיע בתוכו את תיקון 113). עם החלק הספציפי של העבירות לא עשו כלום חוץ מבכמה עבירות ספציפיות כמו: עבירות המין, ההמתה, הפריצה לרכב. אך לא היה שינוי וניסוח מחדש של כל חלק זה. בגלל ההפרש בין החלק הכללי שכתוב בשפה יפה, לחלק השני שלא ברור איך מתפרש בהתאם לחלק החדש, עושה המון בעיות.

\*\* דברי ההסבר לא מחייבים פרשנות מסוימת אלא מראים דברים כמו לדוגמא השיקולים בחקיקה. הרבה פעמים שבית המשפט דן בשאלת התכלית הוא הולך לדברי ההסבר.

כל פעם שרוצים להחיל שינוי ברוח התקופה על החוק, הנאשם שזה ייפול עליו ישאל למה דווקא הוא צריך לסבול את השינוי (במידה והוא לרעה) וכי הוא לא היה מודע לכך ויכול להיות שלא היה עושה אתת אשר עשה אם היה מודע לשינוי, בעצם מן טענה לפגיעה בעקרון החוקיות.

**סע' 34 כא-** אפשר להכריע על פי כמה פירושים סבירים לפי תכלית החוק. הבכורה ניתנת לתכלית אך אפשר ללכת לפי הפירוש המקל ביותר שתואם את התכלית. קודם מחפשים את התכלית, אם מוצאים כמה פירושים סבירים שמשרתים את התכלית- הולכים עם הפירוש המצמצם והמקל ביותר באחריות הנאשם. קודם צריך להגדיר מהי תכליתה של העבירה. עולה השאלה מהם פירושים סבירים?

אלו שדבקים בעקרון החוקיות אומרים – אם המחוקק לא חוקק, הנאשם צריך לצאת זכאי והחברה תסבול מכך.

**פס"ד אהובה לוי-** מדגים בצורה יפה את כלל הפרשנות שבסעיף 34 כא. יחיד כולל רבים אלא אם נאמר אחרת לפי חוק הפרשנות. בית המשפט חוזר לשאלת התכלית: תכלית החוק היא למנוע מצב בו הנהג מתנתק מסביבתו: גם כששמים אוזניה אחת זה מנתק אותו באופן מסוים מהסביבה אך אהובה לוי אומרת שמותר לשמוע רדיו, שזה גם מנתק מהסביבה באופן מסוים. היא אומרת שזה מסוכן יותר ושהמטרה היא פשוט לא להתנתק מהסביבה. בית המשפט לא מזכיר את סעיף 34 כא אך זה מה שהוא עושה. יש 2 פירושים סבירים, ובית המשפט בוחר בפרשנות המקלה ומזכה את אהובה לוי למרות שדעת המדינה מתיישבת טוב יותר עם תכלית החוק. השאלה היא האם בעבירות חמורות יותר גם היו בוחרים בפרשנות שמקלה עם הנאשם.

\*פינל קוד- מודל כללי לחוק העונשין בארצות הברית, כל מדינה בוחרת אילו מן הסעיפים לאמץ לעצמה.

**יסודות העבירה:** תנאי מקדמי לעבירה הוא קיומה של נורמה אוסרת (סעיף חוק). מבחינה טכנית, כשרוצים להפנות לנורמה אוסרת מסוימת צרי לאתר את כלל סעיפי החוק שרלוונטים לאותה עבירה לה אנו רוצים להפנות. לפעמים העבירה והעונש נמצאים באותו סעיף אך לפעמים הם נמצאים בסעיפים שונים. לדוגמא: עבירת הגניבה נמצאת בסע' 383 והעונש שלה בסעיף 384. לכן, אם רוצים להעמיד מישהו לדין על גניבה יש לציין את 2 הסעיפים. לפעמים גם יש צורך בסעיף הגדרות. בקיצור, יש לציין את כלל הסעיפים הנוגעים לעבירה אותה אני רוצה לייחס לנאשם.

**העבירות וההגדרות למונחים הנמצאים בהן**

נפתח בשאלה טכנית – איפה נמצאות העבירות ואיפה נמצאות ההגדרות למונחים שנמצאים בהן?

**עבירות ללא הגדרות:**

* 1. קיימות עבירות שכל המידע הקיים לגביהן הוא נוסח העבירה עצמה. דוגמה לכך ניתן למצוא בס' 169 לחוק העונשין – קובע כי העושה מעשה של שוד ים דינו מאסר 20 שנה. ככל שמדובר בשוד ים, אין מקום בחוק הישראלי בו יש הגדרה למונח שוד ים. מכאן שיש לעשות פרשנות עפ"י לשון המונחים ותכליתם, ומכיוון ומדובר בהלכה פלילית יש לבחור בפרשנות המקלה עם הנאשם מבין הפרשנויות השונות.
  2. במקרה זה קיימת הגדרה למונח במשפט הבינ"ל, ומתוקף חזקת ההתאמה במשפט הישראלי, על ביהמ"ש להשתמש בהגדרה זו בפרשנותו את המונח.

**עבירות המכילות הגדרה**

* 1. קיימים מקרים בהם סעיף העבירה, מלבד קביעת העבירה, כולל גם הגדרות של מונחים.
  2. למשל – סעיף 345 מגדיר את עבירת האינוס. סעיף 345(א) קובע שהבועל אישה בהתקיים התנאים הקיימים בסעיפים קטנים 1-5, הרי הוא אונס, ודינו מאסר 16 שנים.
  3. מקום בו יש הגדרה מפורשת בחוק (כמו הגדרת הבעילה המופיעה בחוק זה), היא תגבר על הגדרות אינטואיטיביות למונח. למשל, אישה המחדירה חפץ לאיבר מין של אישה אחרת מבצעת פעולה של בעילה. לעומת זאת, לא ניתן לפי החוק לבצע פעולה של בעילה כלפי גבר.

1. **עבירות שהמונחים בה מוגדרים בנפרד**
   1. לעיתים העבירה מצד אחד וההגדרות למונחים שבעבירה מהצד השני לא נמצאים באותו הסעיף.
   2. הגדרות מונחים אלו תופענה בתחילת הפרק הרלוונטי בחוק העונשין, או של הסימן הרלוונטי בחוק העונשין. למשל, סימן ט' לפרק ח' לחוק העונשין (העוסק בעבירות בריונות ותקלות הציבור) מתחיל בסעיף 184 לחוק העונשין הכולל שלוש הגדרות – סכין, אולר ומשקה משכר.
   3. לפעמים ההגדרה לא תהיה בתחילת הפרק או הסימן, אלא תהיה באחד מהסעיפים של החלק הכללי של חוק העונשין. בעיקר סעיף 34כד הכולל רשימת הגדרות של מונחים וסעיף 90א.
   4. מקום נוסף שייתכן ויהיו בו הגדרות רלוונטיות הוא בחוק אחר. אחד מהחוקים העיקריים בה נמצא הגדרות למונחים הוא חוק הפרשנות.
   5. ככלל, מקום בו תהיינה מספר הגדרות סותרות, ההגדרה הספציפית יותר תגבר על ההגדרה הכללית יותר. לעיתים, מתכלית העבירה יהיה ניתן להבין כי הכוונה אחרת, ולכן יש להעדיף הגדרה המופיעה במקום הכללי. בנוסף, לפעמים יפעלו בביהמ"ש לפי כלל "מאוחר גובר על מוקדם".
   6. במקרה בו מאשימים אדם על עבירה שביצע, על המאשים לציין את סעיף העבירה וכן את כל הסעיפים הרלוונטיים המכילים את ההגדרות הרלוונטיות לאותה העבירה.

**סיווג העבירה**

1. ס' 24 בחלק הכללי של חוק העונשין מחלק את העבירות לשלוש קטגוריות:
   1. חטא – עבירה שעונש המאסר שלה עד שלושה חודשים (כולל).
   2. עוון – עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים.
   3. פשע– עבירה שעונש המאסר שלה חמור משלוש שנים.
2. **השלכות סיווג העבירה**
   1. ס' 260-261 לחוק העונשין עוסקים בעבירה של סיוע לאחר המעשה. ס' 260 אוסר על אדם, שיודע שפלוני עבר עבירה, לעזור לאותו פלוני בכוונה שימלט מעונש. עבירה זו אינה חלה כאשר פלוני ביצע עבירה מסוג חטא.
   2. ס' 261 אומר שיש הבדל משמעותי בעונש המוטל על המסייע לאחר מעשה כתלות בשאלה אם הפלוני ביצע עוון או פשע. אם הפלוני ביצע פשע העונש המוטל על המסייע יהיה עד שלוש שנות מאסר. אם הפלוני ביצע עוון העונש המוטל על המסייע יהיה מחצית מהעונש המקסימאלי שקיים לעוון שביצע הפלוני.
   3. קיימות דוגמאות נוספות להשלכות הסיווג.

**מבנה העבירה**

מקובל לפרק עבירות ליסוד נפשי ויסוד עובדתי, כשבהשתלמותן מהווים את היסודות המרכיבים את העבירה. בכל עבירה יש שני מאפיינים:

1. יסוד עובדתי- אקטוס ראוס.
2. יסוד נפשי- מנז ראה.

בכל עבירה יש 2 אלמנטים נוספים:

1. הערך המוגן (אובייקט העבירה): הערך העומד בבסיס האיסור. הערך המוגן משפיע על איך תראה העבירה. לדוגמא: ערך שלמות הגוף הוא ערך חשוב שיכול להעמיד בסיכון. ברכוש אין העמדה בסיכון. הערך המוגן ישפיע על מידת פריסת העבירה. היסוד הנפשי גם מושפע מן הערך המוגן. כשהערך המוגן פחות חשוב, אין עבירות רשלנות קשורות- אין רשלנות בגניבה אך יש רשלנות בהריגה.
2. עושה העבירה- בשביל שהעבירה תקום צריך אדם כשיר שיעשה אותה. פלר בספריו אומר שהעבירה מורכבת מ-4 יסודות: העושה, הערך המוגן, היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. יש שאומרים אחרת אך תמיד ארבעתם נמצאים ברקע.

ניתן לפרק כל עבירה ל-2 יסודות: יסוד שמתאר את הביטוי הפיזי של הפעילויות ויסוד נפשי שמתאר את עולמו הפנימי של הנאשם והלך רוחו בעת ביצוע העבירה החיצונית שלו. היסוד הנפשי מתאר את היחס השלילי והאנטי חברתי לכל אחד מיסודות היסוד העובדתי. יש כל מיני סוגים של יסוד נפשי. יסוד נפשי הכרתי (מודע/ לא מודע), יסוד נפשי חפצי (כמה הוא רצה/ התכוון שהתוצאה תקרה)...

היסודות הנפשיים מדורגים לפי דרגת חומרתם. אם אין יסוד נפשי אין התנכרות לערך מוגן ולאמנה החברתית- אם משיהו "גנב" כי היה בטוח שהחפץ שלו, אין יסוד נפשי. אם אדם פוגע באדם אחר מבלי היסוד הנפשי הקבוע בעבירה, אז הוא לא יישא באחריות פלילית גם אם ביצע עבירה פלילית באופן אובייקטיבי חיצוני. היסוד הנפשי והעובדתי חייבים לבוא יחד- הם מצטברים. לא מספיק שרק אחד מן היסודות יתקיים- צריך להוכיח את כל אחד ואחד מן היסודות. יש אפשרות גם שיהיה יסוד נפשי ולא עובדתי: מישהו ניסה לירות במישהו אך פספס. אי קיום יסוד אחד לא אומר שהאדם ייצא נקי לגמרי. היסוד הנפשי המינימלי בו מסתפקים הוא מודעות לקיום הנסיבות הקיימות בעבירה, מודעות לטיב המעשה, לאפשרות שהמעשה יגרום לתוצאה מסוימת... יש עבירות בהן יסוד נפשי של מודעות לא מספיק ויש להראות יסודות נפשיים מוגברים יותר, כגון: כוונה. במשפט הפלילי לא מסתכלים רק על מבחן התוצאה אלא גם על היסוד הנפשי שלפעמים מבדיל בין העבירות השונות שהיסוד העובדתי שלהן זהה. מוות ברשלנות שונה למוות שצפה אותו אך קיווה שלא יקרה ששונה ממות שצפה ורצה שיקרה. הבדלים ביסוד הנפשי מבדילים בין חומרת המעשים.

**דיני עונשין- 4.11.19**

**מידת ההוכחה:**

בגלל המבנה של המשפט הפלילי בו המדינה היא נגד הנאשם, יש זכויות רבות יותר לנאשם בעקבות כוחה הרב יותר של המדינה מולו. בגלל חוסר השוויון נוצר הליך שנותן "פור" לנאשם ומקשה על המדינה שצריכה לעבור שלבים רבים עד להגשת כתב האישום. לכן המדינה צריכה להוכיח מעבר לספק סביר את אשמתו של הנאשם. כאשר היא לא מצליחה הנאשם יוצא זכאי.

בגלל מה שההליך הפלילי עושה לנאשם (בושה, "אות קין") רף ההוכחה גבוה יותר- עדיף לשחרר אשם מאשר להרשיע אדם חף מפשע.

הבעיה כאן היא שכאשר בתום ההליך יש זיכוי חושבים שהנאשם לא עשה דבר רע- יכול להיות שהוא עשה אך זה פשוט לא הוכח מעל ספק סביר- לא הצלחנו להוכיח מעל 90 ומשהו אחוז שהוא באמת פשע. גם לפעמים חושבים במקרה של זיכוי שהעדים שהעידו נגד הנאשם שקרנים. אך שוב, זה א תמיד נכון. יכול להיות שהנפגעת צודקת אך לא הצליחו להוכיח זאת מעל ספק סביר.

מידת ההוכחה הגבוהה נובעת מהקריטריונים עליהם דיברנו.

בהליך האזרחי נוגעים במאזן ההסתברויות- לאיזה צד מאמינים יותר ומספיק כאן רוב של 51% בלבד על מנת שהתביעה תתקבל וזאת לעומת ההליך הפלילי. לדוגמא **או ג'יי סיבסון** שזוכה בהליך הפלילי אך הפסיד בהליך האזרחי.

העיגון למידת ההוכחה הגבוהה נמצא בסעיף 34 כ"ב רבתי לחוק העונשין.

בגלל שפרקליטות מבינה שמידת ההוכחה גבוהה הם לא מגישים תיקים בהן אין מידת ראיות חזקה ולכן הרבה תיקים שנופלים בשלב החקירה. הם שואלים את עצמם האם יש סיכוי של 51% שבית המשפט יכריע שיש הוכחה של מעל כל ספק סביר. לכן לדוגמא הרבה מתיקי האונס לא מגיעים בכלל לכתב האישום- כי זאת מילה מול מילה וקשה להוכיח זאת.

לכן הרבה חושפים את פגיעתם המינית בפייסבוק או ברשתות החברתיות ולא פונים למערכת המשפט. לפי השאלון שהפיצו הצורך הכי חשוב עבורם הוא x ושמערכת המשפט בישראל לא יכולה לתת לכך מענה לעומת הרשתות החברתיות שעונות על צורך זה "ביג טיים".

מערכת המשפט הפלילי סומנה לנותנת מענה טוב יותר רק ב3 דברים כמו הרחקה, פיצויים ולעומת זאת פייסבוק ושאר הרשתות החברתית ענו על 14 צרכים ולא פחות חשובים אלא אפילו יותר..

עולה השאלה האם תפקיד המשפט הפלילי הוא רק לברר חפות או תפקיד רחב יותר. וזה נשאל בעקבות חוסר שביעות רצון של הצדדים בהליך הפלילי- הציבור שמשלם הרבה למרות שלא מצליח לשקם, נפגעי העבירה והנאשמים.

מנסים לבנות הליך פלילי טוב יותר לנפגעי התקיפה המינית כי הם הערוץ המרכזי שדרכו ההליכים הפליליים נפתחים ולכן צריך להפוך אותו לידידותי יותר כדי שיהיה קל לאכוף את החוק בתחומים האלו.

המשפט הפלילי הוא הכלי הכי חריף ומתייג שיש על מנת להעריך התנהגויות של אנשים. ישנה אפשרות להעריך התנהגויות בהליכים אחרים – ציבוריים. אנשים יכולים לא לבצע עבירות פליליות אך עדיין לא להתנהג יפה ולכן יש כלים אחרים שדרכם ניתן לאריך אנשים אלו. יש שיגידו שכל מה שלא פלילי מתנהג בסדר אך זה לא נכון תמיד.

**הצדק העונשי:**

נקודת ההשוואה שאליה נשווה את הגישות האחרות.

איך פילוסופים שונים תופסים את הצדקות הענישה?

בשמך השנים התפתחו תיאוריות רבות בקשר לשאלה זו אך איך תשובה מוסכמת.

מודע מוצדק להעניש ומה הרציונל לענישה- 2 תיאוריות:

**תורת הגמול**- תורה קלאסית יותר שאיתה מזדהה קנט ועגל. תורה זו מבוססת על הערכה של הערך הפנימי לפי המעשה לא לפי התוצאה אלא מכוח המעשה עצמו. האם מעשה טוב או לא לפי מה שאליו הוא מוביל או לפי מה שהוא. התורה אומרת שהענישה היא דבר טוב וראוי מבחנה מוסרית משום שהיא באה כגמול למעשים לא מוסריים שמבצע אדם אחר ויותר מזה היא גם הכרחית. כאשר אדם פוגע במישהו הוא מפר את האיזון המוסרי ולכן הענישה באה להחזיר את האיזון ולכן מגיע עונש מי שפגע. יש כאלה שאומרים שלכן למדינה יש זכות להעניש ויש שאומרים שאף חובה על המדינה להעניש משום שלנו- הפרטים אין את היכולת לעשות זאת. (קנט אומר שזאת חובה). קנט מספר את הסיפור על האנשים על האי. המטרה לפי תורה זו היא לעשות צדק שצופה פני עבר. לפעמים לתורה זו ניתנו שמות כמו עין תחת עין, שן תחת שן (בחברות פרימיטיביות). שיטות משפט מודרניות לקחו את התורה הזו והפכו אותה למתוחכמת יותר- העונש וחומרתו צריכים להיות תואמים לחומרת המעשה ולאשמת הנאשם וזאת על מנת שתהיה פרופורציה ומידתיות בענישה. השאלה שעולה כאן היא למה מועילה גישה זו? ושתורה זו היא קצת ילדותית, נקמנית, פרימיטיבית ולא באה לקדם דבר רציונלי. ולמה למדינה מותר להפעיל כוח זה?

ביקורת נוספת שנוגעת לתורת הגמול\*- כשנותנים למדינה את היכולת להעניש זה מפחית את תחושת הנקם הפרטית יש כאלה שטוענים שהקורבן כבר סבל וכאשר נעניש משיהו אחר זה מוסיף סבל נוסף לעולם ולא באמת מוריד את הסבל שכבר יש או מאזן אותו. הגמולנים אומרים הנאשם גרם x יחידות סבל בעולם ולכן צריך להחזיר לו את x יחידות הסבל האלו. בשחכת ילד באוטו העונש קורה מעצמו ולא נגרם מהמדינה או מסמכות חיצונית, העונש כבר נגרם לאדם ונחרב עליו עולמו ולכן העונים הם שיקומיים יותר כמו מאסר על תנאי.

הגישה ההפוכה- התורה התועלתנית: תורה זו נשענת על התורה הטיאולוגית ולעמת הדיאומטולוגית עליהם נשענים הגמולנים. הם מסתכלים איזה תולדות נובעות מהענישה. הענישה כשלעצמה תמיד תהיה דבר רע ושלילי משום שהיא מעלה את יחידות הבל בעולם. הנחתם היא מקסום האושר ושזהו תפקיד החברה- למקסם את סך האושר הכללי של כלל האנשים אבל בניגוד לתורת הגמול שמתארת את הענישה כשלעצמה כדבר טוב, הענישה בכל זאת מוצדקת כי היא יכולה לחסוך סבל נוסף גדול יותר בעתיד על ידי הרתעה ולכן מוצדק להעניש ולגרום זבל לעבריין כאשר רואים שזה יחסך סבל בעתיד על ידי עבירות פוטנציאליים. מצדיקה את הענישה במבט צופה פני עתיד. בסיפור עם האי הם לא חושבים שצריך להרוג את האדם כי זה סתם יוסיף סבל לעולם ולאדם שבכל מקרה עומד למות בעוד רגע.

**מטרות הענישה:**

1. הרתעה ספציפית- מטילים עונש על נאשם מסויים על מנת להרתיע אותו מלחזור על מעשיו הרעים שוב.
2. הרתעה כללית- לא מתסכלים על ההשפעה על הנאשם עצמו אלא על הרתעת העבריינים הפוטנציאליים שיראו את העונש שנעשה למבצע העבירה- שידעו שלא שווה להם לעשות את המעשים האלו גם.
3. שיקום- ימנע סבל עתידי, חוסכים יחידות סבל בעולם כי העבריין יתקן דרכיו- ענישה מוצדקת כי למרות הסבל שנגרם לו בתווך הקצר, לתווך הארוך זה ישקם אותו וימנע סבל בעולם.
4. הרחקה ומניעה- הרעיון הוא להרחיק על ידי מאסר את הנאשם מהחברה (מתאים לנאשם לא בר שיקום או שלא יורתע כי לדוגמא הוא ממשחת פשע), כך אני מונעת מנפגעי עבירה פוטנציאליים מלהיפגע על ידו.

מטרות אלו נוגעות לשיטה התועלתנית שצופה פני עתיד.

היום הנתונים מראים בית סוהר לא יעיל מספיק בהרתעה אישית וכללית משום שהם לומדים שם יותר סוגי פשיעות ודרך לעשות את הפשיעות האלו. ועל ידי כך שמבודדים אותו מהאוכלוסיה הנורמטיבית ולאוכלוסיה של פושעים- דפוסי ההתנהגות העבריינית נדבקת בו ולאחר מספר שנים שהיה כך קשה לו לחזור ונורמה ולהתנהגות רגילה. (הקטע על קליפורניה ושיעור הכליאה הגבוה ביותר).

אחת התיאוריות לגבי הרתעה היא הנוסחא של גרי בייקר- בתועלתנים מניחים שהעבריינים הם רציונלים וחושבים כמה ירוויחו וכמה יענשו מהעבירה ואז יחליטו שלא שווה להם. המחקרים מראים שההנחה הרציונלית הזו היא לא נכונה כי מה שמרתיע יותר הוא לא העונש אלא הסיכוי להיתפס כי הם פשוט בונים על זה שהם לא ייתפסו. הביקורת הזו היא הביקורת שהגמולנים והאחרים מניחים על התיאוריה התועלתנית. ואז תועלתנות או גמולנות לבד זה בעיה ולכן מנסים דרך שתשלב ביניהן ותביא לפתרון סביר והגיוני. צריך להזהר מתועלתנות טהורה כי אפשר להרשיע חפים מפשע משום כך שירתיע עבריינים אחרים. כלומר כל תורה כשלעצמה כטהורה לא טובה מספיק. לדוגמא גישה שמשלבת את שיניהן: האם תצמח תועלת מענישה? אם כן אז את גובה האשמה נתאים לעונש (קודם כל בסיס תועלתני ואז את שיקולי העונש לפי תורת הגמול). יש אנשים שאומרים שהצדקת הענישה היא גמולית- מחפשים תווך שיהיה פרופורציונלי לעבירה ואז את העונש לפי התועלתנים- מה ישקם יותר? מה ירתיע יותר?

המשפט הישראלי עושה את העונש לפי הגמולנים ואת האשמה לפי התועלתנים. (העניין עם השנים הרבות של הענישה לדוגמא 127 שנה למרות שהוא כבר ימות, האלמנט פה הוא שיקול הגמול).

**תיקון 113 לחוק העונשין:** לפני התיקון שיקול הדעת השיפוטי בישראל לא היה מוסדר- לשופטים היה ניתן לתת כל עונש (עד העונש המקסימלי המצויין) אין הכוונה ברמת השיקולים – יכול להיות שאנשים עם מקרים זהים היו מקבלים עונשים שונים ואז הייתה על כך המון ביקורת ותחושה של אפליה ופגיעה בעקרון החוקיות. על רקע זה נולדה הצעת חוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי במדינת ישראל. התיקון הזה התקבל לאחר שהעיסוק בתחום נעשה הרבה קודם לכן, לדוגמא בוועדת גולדברג שישבה וניסתה לתת פתרון לשיקול הדעת החוסר מובנה במשפט הישראלי- לנסות לבנות שיקולים מנחים במתן העונש והסמיך וועדה מקצועית שתקבע עונשי מוצא לעבירות השונות כך שלשופט יהיה עונש ממוצע ומקסימלי לכל עבירה ואז לפי נסיבות המקרה אם המקרה יותר גבוה מהתיר הטיפוסי העונש יהיה גבוה מעונש המוצא. סופו של דבר נחקק רק החלק הקובע את השיקולים המנחים והיחס ביניהם (מה משני ופחות חשוב ומה יותר) וסוגיות פרוצדורליות שונות ולא עונשי המוצא.. השיקול לו ניתנה הבכורה פה הוא עקרון ההלימה. כלומר מאמץ עמדה גמולית בבסיסו. פרופורציה בין התגובה העונשית לחומרת האשמה. סעיף 40 ט רבתי עצם אומר איזה מתחם עונש ההולם- צריך להסתכל על חומרת העבירה, על אשמת הנאשם ולהתחשב בערך החברתי שנפגע וכו'... כפי שכתוב בדוח הועדה.

השופט צריך לקבוע מתחם ולקחת בחשבון את מידת הפגיעה בערך ואת הערך עצמו שנפגע וכו'... לדוגמא בין 4 שנים ל8 (את המקסימום קובע המחוקק). והשופט קובע מתחת העונש מקסימלי מתחם עם ערך גבוה (שקבע המחוקק) וערך נמוך ולהסביר מדוע קבע את מתחם זה. לקבוע מתחם שיהלום את חומרת המעשה של הנאשם.

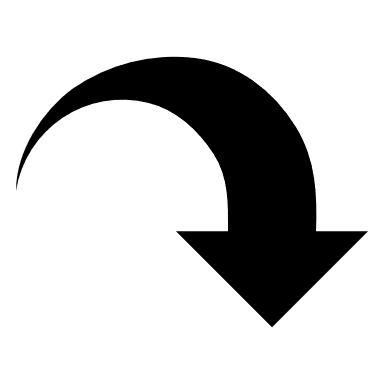
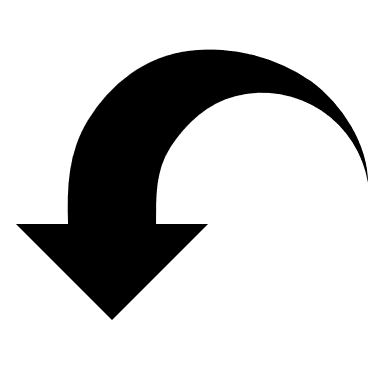
בתוך המתחם יתחשב השופט ... (סעיף 40 יא). אלו נסיבות שילקחו בחשבון בתוך המתחם.

עם משפחתו נפגעה מאוד אז יותר קרוב ל6, אם לא מביע התנצלות ופחות סיכוי שישתקם אז יותק קרוב ל-8. ניתן לצאת מהמתחם לפי סעיף 40 ג רבתי ב קטן ולהגיע אפילו ל3 שנים וליציאה הזו מהמתחם אין שום הגבלה. אך שיקול שאיתו מרחיבים את העונש ההולם יש הגבלה- לא יציאה ניכרת מהמתחם לכיוון עונש גבוה יותר. (זאת לדוגמא בשיקולי הגנה על הציבור בה היציאה מהמתחם מוגבלת). "בלבד שלא תהה החמרתה ניכרת". השיקול המרכזי שקובע את התווך הוא הגמולי את השיקולים התועלתנים הם אלו שיכולים ומאפשרים לי לצאת מהתווך.

**הרתעה אישית והרתעת הרבים-** שיקול תועלתני שאי אפשר לחרוג בגינו ממתחם הענישה אלא רק יכול לקרב אותי לעונש המקסימלי במתחם הענישה. שיקולי ההרתעה דומים לנסיבות אישיות שקשורות לנאשם- נסיבות ביצוע העבירה קובעות את המתחם והנסיבות הקשורות לנאשם עצמו קובעות לי את העונש בתוך המתחם כמו שיקול ההרתעה.

**השלב הראשון-** קביעת המתחם שנקשר לנסיבות המקרה בנסיבותיו. (40 ג רבתי). פעם כל שופט החליט לאיזה שיקול להתייחס אם בכלל ואיזה משקל לתת לכל שיקול ( פעם יכלו לייחס או לא לייחס חשיבות לקריטריון מסוים), אך היום יש סדר- קודם כל קובעים מתחם לפי עקרון ההלימה- לפי נסיבות האישיות של הנאשם ולנסיבות הפשיעה\*.

מניעה שיקום (יציאה מטה מן התחום)

 הגנה על הציבור (מעל התחום)

שיקולים: 1. הרתעה

2. נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה

8------------------------------------------------------6

**השלב השני**- \* להשלים.

**צדק מאחה-** הצדק המאחה שונה מתפיסת הצדק העונשי בכך שקודם כל הוא פילוסופיה שאומרת שנפגע העבירה צריך לקחת חלק בהליך משום שירפה ויאחה , בתפיסה העונשית רואים עבירה כפגיעה באמנה החברתית לעומת הצדק המאחה שקודם כל רואה את הפגיעה יותר באופן אנושי, בנפגעי העבירה עצמם, כלומר תפיסה שונה שאומרת שהריפוי והאיחוי הנכון יקרה על ידי איחוי מערכת היחסים על ידי פגישה בין הפוגע הנפגע ומשפחותיהם וחבריהם בנוכחות מתאם על מנת לגשר ולדון בפגיעה והשלכותיה על כל אחד מהצדדים. הפוגע יראה את הדמות שבה פגע וישמע איך פגיעתו "הרסה למשהו את החיים" ויספר מדוע פגע כך. בסופו של דבר הצדדים יקבעו הסדר איחוי בו הפוגע ייקח על עצמו דברים לשיקום, לדוגמא מתן פיצויים, התנדבות בקהילה וכו'... החברה והמשפחה יעזרו לו לקיים את ההסכם. הצדק המאחה לא רואה את הצדדים כאחד נגד השני , מגנים את מה שעשה ומגנים את מעשהו אך מפרידים בין גינוי העבירה לגינוי האדם בניגוד לתפיסה העונשית שמגנה את האדם ומעשהו כאחד.

**דיני עונשין- 02.12.19 היסוד העובדתי:**

תפקיד היסוד העובדתי- הוא להצביע על הביטוי החיצוני של העבירה, מגלם את הביטוי החיצוני של העבירה בעולם. היסוד העובדתי כולל גם את התוצאות שנגרמו עקב מעשי הנאשם. היסוד העובדתי נקרא אקטוס ראוס. מלבד היסוד העבדתי, על מנת לייחס לנאשם עבירה פלילית צריך לייחס לו גם יסוד נפשי, יחס נפשי שמוגדר שלילי על פי החוק. האדם צריך להיות מודע לטיב מעשיו ולנסיבות מסוימות שמתקיימות והופכות את המעשה לאסור, מודע לאפשרות שמעשיו עלולים לגרום לתוצאה הרעה. היסוד הנפשי בעצם נוגע למודעות, כוונה, פזיזות וכו'... היסוד הנפשי בעצם "מתלבש על היסוד העובדתי".

כל עבירה מוגדרת בחוק, בלשון החוק (כולל המעשה, הנסיבות שאמורות להתקיים והיסוד הנפשי), ואחרי הגדרה זו אנו עוקבים ופועלים לפיה על בסיס המקרה הספציפי שארע ובודקים אם הנאשם קיים את היסוד הנפשי והעובדתי. (לא ממציאים משום מקום).

**היסוד העובדתי (סעיף 18 לחוק העונשין)-**

**יסוד עובדתי**

מעשה/ מחדל נסיבות תוצאה שנגרמה ע"י התנהגות

(התנהגות)

בסעיף בעצם יש פרטי עבירה, מהם פרטי היסוד העובדתי?

1. "המעשה בהתאם להגדרתה"- המעשה בהתאם להגדרת העבירה.
2. נסיבות.
3. מחדל- הימנעות מעשיה, לפרט זה נקרא הרכיב ההתנהגותי. סעיף זה בעצם אומר שאדם יכול לעשות עבירה גם אם אינו עושה כלום.

* בנזיקין "רשלנות" מתארת עשיה (כאילו מתארת את היסוד העובדתי העונשין, בדיוק הפוך מהיסוד הנפשי בעונשין). לעומת זאת, בעונשין, "רשלנות" מתארת יסוד נפשי ולא מתארת התנהגות אלא יחס מנטלי שבו האדם לא היה מודע לטיב מעשיו/ לאפשרות שמעשיו יגרמו לתוצאה מסוימת שהוגדרו בעבירה מקום שאדם מן היישוב היה מודע לכך.

**בסעיף 18(א)**- "וכן נסיבה... מקום שהן נמנות...". צריכות להיות נסיבות ותוצאות שנגרמו בעקבות המעשה (קשר סיבתי). מקום שהם נמנות- יכול להיות שהן לא ימנו נסיבות ותוצאה ויכול להיות שכן לעומת המעשה שתמיד כולל נסיבות ותוצאה. כלומר: אין עבירה/ הגדרה של עבירה שאין בה התנהגות ואין בה מעשה/ מחדל.

ביסוד העובדתי צריכה להיות לנאשם שליטה על מעשהו על מנת שאני ייחס לו אחריות פלילית.

**מהן בעצם נסיבות?** נסיבה לא מוגדרת על פי החוק והשאלה היא מה זה אומר. נסיבה היא בדרך כלל סוג של נתון שהוא לא התנהגות, לא עולה כדי התנהגות וגם לא עולה כדי תוצאה. הרבה פעמים מגדירים נסיבות בצורה אילנימטיבית- אם זה לא התנהגות ולא תוצאה זה מה שנשאר. בדרך כלל נסיבה היא סוג של מצב דברים אובייקטיבי שמופיע בהגדרת העבירה ומתלווה לרכיב ההתנהגותי- הנאשם אמור לבצע מעשה מסוים ותוך כדי אמורות להתקיים נסיבות מסוימות מסביבו , ללא נסיבות הרבה פעמים נסיבות הן אלו שמקנות למעשה את הרכיב הפלילי והאנטי חברתי, מהוות את רקע המעשה. לדוגמא: אדם שנוטל דבר ששייך לו- זה לא פלילי, אדם שנטל משהו של אדם אחר ברשות- לא פלילי. אך אם אדם נוטל דבר של אחר ולא בהסכמתו- זה פלילי (גניבה). בכל הדוגמאות האדם עשה אותו מעשה אך הנסיבות הן אלו שגורמות למעשה להיות פלילי/ לא פלילי. גם העדר הסכמה לדוגמא הוא נסיבה. הנסיבות יכולות להתייחס לזמן, מקום, כלים בהם האדם משתמש, גיל, תפקיד, תנאים מסוימים שצריכים להתקיים ועוד... אין רשימה סגורה.

במעשה/ מחדל מניחים שלנאשם יש שליטה. לעומת זאת, בנסיבות, לנאשם אין בהכרח שליטה על הנסיבות. במעשה אם אין לאדם שליטה זה יכול לפתור אותו מעבירה פלילית אך בנסיבות זה לא יפתור אותו.

**רק אם אדם מקיים את כל היסוד הנפשי וכל היסוד העובדתי- רק אז יוכל לשאת באשמה פלילית.**

**גם לתוצאה אין הגדרה בחוק**- מקובל לומר שהתוצאה היא תולדה מאוחרת בזמן להתנהגות. מגיעה כרונולוגית לאחר ההתנהגות. והיא צריכה להגרם על ידי ההתנהגות וזהו הקשר הסיבתי. לא מספיק שאדם מבצע התנהגות מסוימת ובמקרה נגרמת תוצאה מאדם שלישי. צריך שהתוצאה תגרם בעקבות המעשה ויש מספר מבחנים שהפסיקה גיבשה לגבי בדיקת הקשר הסיבתי בין המעשה לתוצאה. (מבחני הקשר הסיבתי דומים מאוד לנזיקין). אין על התוצאה להיות בזמן המעשה או לפניו אלא רק לאחריו ויש מקרים בהם קשה להבחין.

**מה הרציונל לדרישה הנוגעת לכך שאין עבירה ללא מעשה?** מה ההבדל בין אדם שחושב בראש דברים רעים לבין אדם שמדבר על התכנונים שלו. (דיבור נחשב מעשה). דיבור יכול לגרום להרבה דברים: הסתה, הוצאת שם רע וכו'... (עבירות ביטוי) ולכן, בגלל הדברים הרעים שיכולים להגרם בעקבות דיבור- דיבור נחשב מעשה. עבירות ביטוי יהיו צרות יותר משום שמול ערך האדם- יש ערך אחר לא פחות חשוב שהוא חופש הביטוי. (אך חופש הביטוי לא יגבר תמיד). ההבדל בין מי שרק חושב בראש לבין מי שמתרגם את מחשבותיו לדיבור- יכול להיות הבדל עצום ומשמעותי. הנחת המחוקק היא שמילים יכולות להיות מאוד הרסניות.

**מסוכנות-** מחשבות לבד לא באמת מסוכנות, לעומת מילים ודיבור. מחשבות יכולות להיות מסוכנות כי הן מחשבות שבעתיד יבואו לידי ביטוי ומחשבות יכולות להיות לא מסוכנות כי הן לא יתבצעו בסופו של דבר, בכל מקרה אין דרך לגלות מה במוחו של אדם. המשפט הפלילי וג'ף סי ג'ף\* אומר שהמשפט הפלילי לא יכול להתחקות אחרי מוחו של האדם ולגלות על מחשבותיו ומידת הרצינות שבהן. בלקסטון- אומר ששום דבר לא יכול לסרוק לנו את המוח ולכן אי אפשר להעניש על דבר שאף פעם לא נדע אותו.\* אומר שאם נדע כולם יחשבו עבריינים כי כולם לפעמים חושבים על דברים רעים. ויש כאן גם קושי ראייתי לגלות.

**בעצם יש מחשבות (תופעה בלתי נשלטת), מסוכנות, קושי ראייתי, חשש מהרחבת יתר של המשפט הפלילי over criminaliztion. (כל אלו נימוקים לכלל שלפיו אין ענישה/הפללה ללא התנהגות).**

יש יגידו שיש קושי ראייתי לדעת ויש שאומרים שגם אם הייתה דרך לדעת אין לאסור על כך כי כולם חושבים לפעמים על דברים רעים מתוך סוג של אוורור הנפש והאגרסיות והרבה פעמים זה קורה בלי שליטה. (לכן אי אפשר להפליל כי כל הבסיס המוסרי להפללה הוא שאדם בוחר לנהוג בצורה מסוימת ויש לו אפשרות להימנע מאותה התנהגות- ארט אומר זאת). זה בעצם נימוק נוסף שמקשר מחשבות לתופעה בלתי נשלטת ולכן לא ניתן ולא נכון להפלילה.

מאיר דן כהן- מדבר בדיוק על הנקודה הזאת- כל הרעיון להפללה היא שהתנהגות היא פרי של בחירה. ברגע שמחשבות הן לא משהו שניתן להימנע מהן, הבסיס המוסרי לא מאפשר להפלילן.

דן כהן- עבירות של סיטואציה או מרחב- במקום שנאשם יבצע מעשה מסוים די בכך שהוא נמצא במצב מסוים בשביל להפליל אותו בנוגע לעבירות שדורשות מעשה פיזי. ולכן זה דומה לעניין המחשבות בהן אין שליטה\*.

המסוכנות קשורה לאין ענישה ללא התנהגות- רואים בחלק של וויליאמס (יותר קשור למסוכנות ולהפללת יתר)- המחשבות יכולות להיות כל כך רחוקות מהביצוע ולכן הן אינן באמת מסוכנות כי אין בהן באמת כוונה לבצע את המעשה. בעצם מחשבות יכולות להיות לא מסוכנות כלל ולכן אין להעניש בגינן. בלקסטון (יותר קשור לקושי הראייתי) מוסיף שאין יכולת להעניש על דב שאנו לא יודעים- גם אם מחשבות כן מסוכנות, אין דרך לדעת אותן.

* התנהגות= מעשה לרבות מחדל.

**עבירות התנהגותיות מול עבירות תוצאותיות-** מקובל לסווג את העבירות הליליות הקיימות בחוק העונשים ומחוצה לו. נהוג לחלק את העבירות ל2 קבוצות: עבירות התנהגות ועבירות תוצאה.

**עבירות התנהגות-** בהן לא מנויה בהגדרת העבירה תוצאה, פרט התוצאה לא קבוע בהגדרת העבירה. כלומר, העבירה מכילה רק התנהגות ויכולה להכיל גם נסיבות. לא קיימת תוצאה שחייבת להתקיים על מנת שהנאשם יופלל. לדוגמא: 413 ג רבתי- נוהג/ משתמש/ מעביר ונוטש= מעשה. ללא רשות/ רכב (ולא חפץ אחר)= נסיבות. "ונוטש" לא מתכוון לתוצאה, הנטישה לא נגרמת בעקבות המעשה הראשון אלא זה חלק מהמעשה עצמו- מעשה מצטבר.- זו דוגמא לעבירה התנהגותית- אין תולדה מאוחרת יותר של ההתנהגות- אין תוצאה. בעבירות הנהגות- בהגדרת העבירה אין תוצאה- לא צריך שנאשם יבצע מעשה שגרם לתוצאה אלא מספיק שביצע את המעשה בשביל שיפלילו אותו. דוגמא נוספת היא בריחה ממשמורת חוקית- 257- בורח – מעשה , משמורת חוקית= נסיבה, נתון בה בשל עבירה פלילית= נסיבה (הנסיבה לא מתקיימת אם הוא לא נמצא שם בשל משהו שהוא לא עבירה פלילית לדוגמא). דוגמא נוספת: תקיפה- 379 שמפנה ל378( קודם מנתחים את הגדרת העבירה): 379. התוקף(מעשה- נבדוק לפי 378 אם באמת מעשה) שלא כדין (נסיבה) את חברו (נסיבה), דינו - מאסר שנתיים, והוא אם לא נקבע בחוק זה עונש אחר לעבירה זו מחמת נסיבותיה.

קיים קושי בהפרדה בין מעשה לתוצאה משום שבעולם- כל דבר שאני עושה גורם לתוצאה. המשפט לא מתייחס למושג תוצאה כפי שאנו מגדירים אותה ביום יום אלא כתולדה מאוחרת בזמן שנגרמה ע"י התנהגות והחוק מניח שבכל עבירה תמיד תהיה התנהגות. צריך לשאול את עצמי ולנסות לבודד מעשה מוקדם יותר בזמן שהוא אחר מהתוצאה, כיוון שהחוק מחייב תמיד מעשה סימן שהחדרה לדוגמא זה מעשה. אם אין לי הפרדה כזו- זה מעשה. אם דוחף זו תוצאה- מה המעשה שגרם לזה? אי אפשר להפריד ולכן זה מעשה.

192. המאיים (מעשה) על אדם(נסיבה) בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו (יסוד נפשי), דינו - מאסר שלוש שנים. אם בעקבות האיום האדם פחד אז זו היית התוצאה אך כשהוא עושה זאת מתוך מטרה ורצון לגרום לאדם השני לפחד זה יסוד נפשי. כל דבר שבא לתאר את הכוונה / הרצון הוא היסוד הנפשי. כתוצאה מהאיום לא צריך לקרות כלום על מנת שהעבירה תשתכלל, גם אם לאדם השני לא הזיז האיום העבירה משתכללת.

333. החובל (מעשה) בחברו(נסיבה) חבלה חמורה (תוצאה- בעקבות החבלה שעשיתי נגרמה לאדם אחר חבלה חמורה) שלא כדין (נסיבה), דינו – מאסר שבע שנים.

**\* בסעיף 34 כ"ד קיימות הגדרות לכל מיני מושגים.**

הגורם (התנהגות כלשהי) למותו(תוצאה) של אדם(נסיבה בפסד חורי נשאל עם עובר נחשב אדם).(פס"ד חורי).

**ברק קובע בפס"ד כהנא** שלא מספיק שאדם יגיד איום אלא מישהו אחר צריך לקלוט את האיום הזה. לפי ברק: מאיים= מעשה. עצם העובדה שהאיום מגיע לאוזנו של האחר לא מראה על תוצאה.

"הפוצע (התנהגות +תוצאה- הגורם פציעה- על מנת שיהיה פצע הוא צריך לעשות לו משהו קודם אך הפצע הוא גם התוצאה) את חברו(נסיבה) שלא כדין(נסיבה)" לעומת "החובל(התנהגות) בחברו(נסיבה) חבלה חמורה(תוצאה) שלא כדין(נסיבה)" לעומת "הבועל(התנהגות) אישה(נסיבה) שלא בהסכמתה החופשית(נסיבה)".

צריך לעשות מבחן מהותי- האם אפשר לאתר מעשה קודם שגרם לתוצאה ולא ללכת רק אחרי הניסוח התחבירי. לעשות מבחן כרונולוגי בציר הזמן.

**לשיעור הבא: לנתח את העבירות הבאות:** 302 רישא (החלק הראשון), 415, 375 א (א), 376 ב(א), 349, 467, 451, 307, 457,428. לנתח לפי התנהגות, נסיבות, תוצאה אם כן או לא ואם מזהים רכיב בהגדרה של יסוד נפשי. בנוסף, לקרוא אחזקה וסטטוס. לדלג על מחדל.

תשובות לשיעורי הבית:

302. המביא (התנהגות) אדם (נסיבה) לידי התאבדות (תוצאה), בשידול או בעצה (התנהגות) או מסייע אדם להתאבד(התנהגות), דינו - מאסר עשרים שנים. צריך להראות שיש גם קשר סיבתי בין התוצאה- עשה זאת בעקבות העצה או השידול. שידול או עצה זה התנהגות אז מה המעשה? נלמד בהמשך: כאשר העבירה שותקת, כלומר לא כוללת בתוכה שום מינוח או מונח שמרמזים על יסוד נפשי. הכלל אומר שברירת המחדל היא מודעות, מחשבה פלילית. מודעות לנסיבות, לטיב המעשה ולתוצאות שעלולות לקרות.

415. המקבל(תוצאה) דבר (נסיבה) במרמה(התנהגות), דינו - מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה (התנהגות) בנסיבות מחמירות (נסיבות), דינו - מאסר חמש שנים.

375א. (א) המחזיק(התנהגות) אדם(נסיבה) בתנאי עבדות (נסיבות) לצורכי עבודה או שירותים לרבות שירותי מין (נסיבות), דינו – מאסר שש עשרה שנים.

376ב. (א) הגורם (התנהגות) לאדם(נסיבות) לעזוב את המדינה שבה הוא מתגורר (תוצאה) לשם העסקתו בזנות או החזקתו בתנאי עבדות (יסוד נפשי כי מתאר את התכלית), דינו – מאסר עשר שנים.

349. (א)  העושה מעשה מגונה (התנהגות) בפומבי(נסיבות) בפני אדם אחר(נסיבות), ללא הסכמתו (נסיבות), או העושה מעשה כאמור (התנהגות) בכל מקום שהוא (נסיבות) תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות (נסיבות), דינו - מאסר שנה.

          (ב)  העושה (התנהגות), בכל מקום שהוא (נסיבות), מעשה מגונה בפני אדם (נסיבות) שטרם מלאו לו שש עשרה שנים (נסיבות), דינו - מאסר שלוש שנים.

451. ההורג (התנהגות+ תוצאה) חיה (נסיבות) הניתנת להיגנב (נסיבות) או חובל בה (התנהגות+ תוצאה), פוצעה (התנהגות +תוצאה) או מפעיל עליה רעל (התנהגות), במזיד (יסוד נפשי) ושלא כדין (נסיבה), דינו - מאסר שלוש שנים.

467. העושה או מנפק (התנהגות) דבר שאינו שטר מטבע (נסיבות) והוא דומה בעיקרו לשטר מטבע שהוא הילך חוקי בישראל(נסיבות), דינו - קנס חמש מאות לירות.

428. המאיים (התנהגות) על אדם (נסיבות) בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם (הכול נסיבות), או מאיים (התנהגות) על אדם (נסיבה) לפרסם או להימנע מפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או (או = חלופה) מטיל אימה (רכיבים התנהגותיים חלופיים) על אדם (נסיבה) בדרך אחרת (?), הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו (יסוד נפשי כי זאת המטרה שלו כאשר איים על אותו האדם), דינו - מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם (תוצאה- אם באמת הקורבן הקשיב לו בפועל וביצע את המעשה, העונש עולה והעבירה הופכת לתוצאתית והעונש עולה בהתאם- במקרים בהם האדם באמת מצליח במעשהו שרצה לעשות לקרובן- העבירה חמורה יותר. ), דינו - מאסר תשע שנים. לא צריך שהאדם השני יפחד אלא רק צריך שמי שעשה, עשה זאת על מנת לאיים.

457. הגורם (התנהגות) במזיד (יסוד נפשי) ושלא כדין (נסיבות) שחיה (נסיבות) הניתנת להיגנב תידבק במחלה מידבקת (נסיבות), דינו - מאסר חמש שנים.

* לפי **פס"ד שבס** בסעיף 284 של עובד ציבור- "הפוגע בציבור" = נסיבה.

**דיני עונשין 9.12.19:**

לסיווג בין הגדרות התנהגותיות לתוצאתיות יש השלכה מעשית ברורה שהיא: בעבירות תוצאותיות העבירה צריכה להוכיח עוד **מספר אלמנטים** שלא הייתה צריכה להוכיח בעבירות התנהגותיות:

1. את פרט התוצאה
2. קשר סיבתי
3. יסוד נפשי כלפי הרכיב התוצאתי. היסוד הנפשי כפול: יסוד של מודעות שהתוצאה תקרה ויסוד נפשי המתאר את הרצון שהתוצאה תקרה. (האם צפיתי והייתי אדישה, צפיתי ולא רציתי שתקרה או שצפיתי ורציתי שהיא תקרה).

לא רק אם היה מודע לתוצאה אלא גם אם רצה שהתוצאה תקרה.

**מעשה=** מושג חשוב מאוד המפריד את האשמה בביצוע העבירה בין פלוני לאלמוני. הבעיה מתחילה במקרים בהם המעשה שהוגדר בעבירה, מוגדר בצורה רחבה או לא ברורה ואז המיקוד לפעולה שהיא אסורה בנקודת זמן ומקום ברורה- פתאום הולך לאיבוד. הגדרת המעשה הופך את האיסור לקונקרטי ומוגדר. כאשר הוא לא מוגדר מתחילה להתעורר בעיתיות שמוגדרת בכמה סוגי עבירות בחוק העונשין בהן המעשה מתאר הימצאות במצב/ מקום/ סטטוס ממוקם ולא פעולה ממוקדת בזמן. סוגי העבירות הן:

1. **עבירות סטטוס/ מיצב-** ביסוד העובדתי/ ברכיב התנהגותי שלהם מתבטא בהמצאות של אדם מסוים במקום מסוים או מצב מסוים וזה מה שמשכלל את הרכיב ההתנהגותי. לדוגמא: סעיף 215 (ג): מה הרכיב ההתנהגותי? "הנמצא" עצם ההמצאות במקום כלשהו מתוך מטרה לעסוק בזנות באותן נסיבות שיש בהן מטרד מהווה המטרד. עצם ההמצאות זה המעשה. 115 (א): "מי ששהה במקום מוגבל"- מי ששוהה ללא הסבר סביר מבצע עבירה. הפעולה זה ההמצאות שלו במקום מוגבל. הימצאות במצב נראית בסעיף 199 (א) (1): "מי שמחייתו..." כלומר המחוקק מתכוון לסרסורים. ההגדרה הרחבה של המצאות במצב יכולה לחבוק הרבה אנשים שלא התכוונו אליהם. לדוגמא: כל המשפחה נחשבת לחלק מאותו האדם". המחוקק מניח שלכך שאדם נמצא במקום מסוים או במצב מסוים – קדם לזה מעשה אקטיבי ולכן יש להעניש על זה. המעשה תמיד צריכה להיות לאדם שליטה לעומת מצב דברים בהם לא בהכרח יש לנאשם שליטה בו (**דן כהן?**). **הפס"ד של הסמים בקליפורניה** מתאר הבעייתיות בייחוס אחריות פלילית רק על בסיס סטטוס. הבעיה המרכזית פה זה שהאשימו אדם רק בגלל המצב בו הוא היה מתוך הנחה כי האדם הכניס את עצמו למצב, הייתה פעולה אקטיבית קודמת. העבירה לא הייתה שימוש בסם אלא היות האדם מכור לסם.

**לדוגמא:** מקרה של תינוק שנולד מכור לסמים כי אימו הייתה נרקומנית, הוא בעצם נמצא במצב מסוים שלא הייתה לו שליטה על זה. הקושי עם עבירות הסטטוס נובע מהרציונל עליו מדבר **מאיר דן כהן**: שליטה ויכולת להימנע ממעשה הן ההצדקות לענישה. דוגמא נוספת לעבירה שבעייתית במישור של הרכיב ההתנהגותי:( זה קשור לכך שבמקום שיהיה רכיב התנהגותי קונקרטי הרכיב מתבטא בהחזקה של משהו, לא נדרשת פעולה פיזית באותו חפץ אלא שליטה או זיקה פיזית של אדם לדבר מסוים כמו אחזקת סמים לדוגמא). **(פס"ד הוכשטט**- קשור לעניין**).** האם אפשר לראות באחזקה מעשה קונקרטי / מסוים , שיש לאדם שליטה עליו. עבירות האחזקה יכולות ללכוד ברשתן גם אנשים שלא ביצעו פעולה פיזית או מעשית בחפץ. החוק אומר שיש **2 סוגי אחזקה (34 (כד)):**

1. **החזקה ממשית:** יש לאדם יכולת להגיע במהלך העניינים הרגיל לעשיה כלשהי בחפץ. יש צורך בבלעדיות השליטה.
2. **החזקה קונסטרוקטיבית-** מספיק שלמישהו אחר יש שליטה ממשית ואני יודעת ומסכימה כדי לייחס גם לי החזקה. זו בעצם הרחבה גדולה לאחריות הפלילית. וזו אחת הביקורות על עבירות ההחזקה כי הן מרחיבות את רכיב המעשה ולא מנוסחות בצורה ממוקדת. ולכן אלו עבירות שראוי למעט בהן, עבירות שמפספס את הפואנטה בעקרון החוקיות. עוד ביקורת זה שלפעמים אין לאדם שליטה על כך שהוא שרוי במצב דברים/ במצב מסוים.

**נסיבות:**

החוק יכול לשחק עם חומרה של עבירות. לדוגמא: דני מבצע עבירת התפרצות לרכב של דינה וחובל/ מכה בה. גם מקיים עבירה של התפרצות וגם חובל בה. מסכת אירועים שלמה שכוללת 2 עבירות. מה קורה כשדני גונב דבר מהמעסיק שלו? יש עבירה של גניבה ובחוק יש עבירה של גניבה ממעביד. האם גם כאן אני יעמיד אותו על 2 עבירות? במקרה הקודם כל עבירה עומדת בפני עצמה. כאן היסודות נבלעים אחד בשנייה והחוק אומר שתמיד מייחסים אחריות לעבירה הספציפית והחמורה יותר. נורמה כללית ונורמה מאוחרת או עבירה כללית ועבירה ספציפית. הנורה הכללית זה הגונב דבר והנורמה המאוחרת זה הגונב דבר מחברו. העבירה רוצה להגן על ערך הקניין. גניבה ממעביד- יש פגיעה גם בקניין וגם ביחסי אמון. זה בעצם פגיעה בערך חברתי נוסף שראוי להגנה.

**דוגמא נוספת:** דני עובד בבית חרושת, מתפרץ למקום באישון לילה וגונב ציוד. איזה עבירה נייחס לו? גניבה ממעביד קשורה לקניין ויחסי אמון. מתפרץ לבי חרושת מגן על קניין והשגת גבול. הכלל הוא שמאשימים בשניהם- כאשר עבירה אחת בולעת בשלמותה עבירה אחרת נייחס אחריות לעבירה החמורה אך כאשר מדובר ב2 עבירות שיש להן יסוד משותף אך אחת לא בולעת את השנייה- אין יחס של ככלית ומיוחדת- יש 2 עבירות שיש להן מכנה משותף אך יש להן גם שוני ולכן נייחס לנאשם את 2 העבירות גם יחד. אם אני רוצה לבוא איתו בחשבון גם על יחסי אמון, גם בהשגת גבול וגם בגניבה אני ייחס אחריות ל2 העבירות גם יחד. תמיד ננסה להרשיע לייחס אחריות לכל אחת מהן אלא אם כן מתקיימת בין אחת לאחרת היחס של רגילה ומיוחדת (נורמה). לדוגמא סעיף 384 ו- 391: יש החמרה של העונש בגלל ערך חברתי נוסף שנוסף לתמונה. סעיף 390: מה קורה עובד ציבור גונב ממעבידו ציוד בשווי 800 שקלים: 384. הנסיבה החסרה לגניבה מעובד ציבור היא ערכו עולה על 1000 ולכן יורדים להבא בתור- גניבה ממעביד- הבעיה היא שגם כאן יש תנאי של 1000 שקלים ולכן יורדים לנורמה הכי בסיסית שאין בה הגבלה- גניבה סתם. דני לא עובד ציבור וגונב רכוש בשווי 1001 שקלים- 391. תמיד ללכת לנורמה הגבוהה שכוללת את המקרה הספציפי ואם הנסיבות לא מתקיימות הולכים לנורמות שמתחת לפי הסדר.

סעיף 379 ו- 380: 380 מוסיף רכיב של תוצאה וזה הופך להיות עבירה בפני עצמה שהיא חמורה יותר. היחס בין הסעיפים זה נורמה כללית ונורמה מיוחדת כי כל הרכיבים שנמצאים לי בנורמה 379 נמצאים לי ב380 ועוד... אם לא הצלחתי להוכיח חבלה ארד לעבירת הבסיס- 379. אם הצלחתי להוכיח אלך ל380. השוני בדוגמאות זה שמה שהחמיר זה רכיבי תוצאות ושם ? והדומה זה ששניהם זה יחס של כללית ומיוחדת. חשוב לדעת לזהות נורמה בסיסית ונרומה מיוחדת.

**דיני עונשין- 16.12.19- מחדל פלילי:**

נוטים לחשוב שמעשה חמור ממחדל ושהאחריות הפלילית פחות מתאימה למחדל.

**טיעונים בקשר לכך:**

1. מהות המשפט הפלילי- במשפט הפלילי יש פגיעה בחירותם של אנשים והטלת סטיגמה על הנאשם. על כן, נרצה לשמור אותו למקרים קיצוניים ביותר הנוגעים לערך חברתי מוגן שחשוב לכולם כחברה. ברגע שאומרים אסור לרצוח/ לגנוב... יודעים מה אסור ומה מותר באופן ספציפי אך כשנותנים הוראות בנוגע לסיטואציה נתונה פחות ברור מה יש לעשות ומה הם האמצעים הסבירים אותם יש לנקוט. בעצם זה מושג מאוד רחב.
2. פגיעה בעקרון החוקיות- עקרון הקובע שיש להגדיר לאנשים בצורה ברורה מהו איסור פלילי על מנת שיוכלו להכווין התנהגותם באופן נכון וחוקי. ברגע שקובעים עבירות מחדל רחבות ( בהן לא יודעים מהו השלב בו הידיעה מצריכה פעולה? מהם האמצעים הסבירים אותם יש לנקוט? ומה גבולות החובה?) זה מעורר קשיים בקשר לעיקרון החוקיות כי לא יודעים בוודאות מה לעשות ומתי לעשות.
3. המשפט הפלילי נועד להגן על ערכים מוגנים בסיסיים- אשר על פגיעה בהם ניתן להכניס לכלא. העניין של מחדל מעלה את השאלה מה הנימוק? למה שנעשה זאת? בגלל אחריות חברתית אחד כלפי השני. זה דבר ראוי יותר. עולה השאלה עד כמה המשפט הפלילי בא להגן על מוסר- מה מוסרי או לא מוסרי לעשות. עד כמה הערך הזה קריטי ובסיסי שנטיל בגינו אחריות פלילית.
4. בהקשר למעשה עצמו- מידת האנרגיה העבריינית שיש במעשה היא מאוד ניכרת. אדם שמבצע מחדל לעומת זאת לא תמיד מפגין התנגדות לערך חברתי כל שהוא אלא פשוט לא התערב. מידת האנרגיה המושקעת במחדל נמוכה משמעותית וזה מראה פחות על הרצון לפגוע במישהו ולכן יותר קשה להטיל על זה אחריות פלילית.
5. שאלת הסיבתיות- עבירות שנחוצה בשבילן תוצאה- צריך שיהיה קשר סיבתי בין המעשה לתוצאה. במעשה, זה מאוד ברור- אם לא הייתי דוחפת למים- לא היה תובע. אך במחדל לעומת זאת, האדם לא גורם להשתלשלות האירועים אלא היא הייתה קורית גם בלי אי ההתערבות- בעצם החובל לא תורם להשתלשלות העניינים בצורה ישירה וזה מעלה קושי בגין השאלה של הרשעה בשל מחדל.

* הגישה הרווחת היא- נרשיע רק במקרים בהם על אדם חובה לפעול ויש זיקה מיוחדת להתרחשות בה היה צריך להתערב.
* יש מחדלים חמורים ממעשים- והיא נוגעת לקשר בין המעשה לניזוק/ למעשה: לדוגמא אמא שמרעיבה את בנה וגורמת למוות שלו- במקרה זה יש זיקה חזקה בין המעשה/ אי המעשה לניזוק.
* נראה שהחוק קובע שקילות נורמטיבית למעשה ומחדל- כאילו אין הבדל ביניהם. בסעיף 18 ג'- מחדל מוגדר כהימנעות מעשיה שהיא חובה.

**יש דרישות ייחודיות (ומצטברות) להרשעה במחדל-**

1. נורמה אוסרת- עבירה שמגדירה איסור כלשהו או התנהגות מסוימת ועונש בצידה.
2. חובה- לפי כל דין או חוזה כמו שכתוב בסעיף 18 ג'.
3. הימנעות מעשייה- תמיד צריכה להיות התנהגות. במחדל המעשה הוא דווקא הימנעות מעשייה.

**יש כמה סוגים של עבירות מחדל –**

1. **עבירות מחדל פשוטות-** עבירות מחדל בורות ומנוסחות בדרך של מחדל. לדוגמא סעיף 262, עצם העבירה היא "לא נקט אמצעים סבירים". העבירה מנוסחת בצורה מחדלית ברורה וברור איך להרשיע על פיה. סוג נוסף של עבירות מחדל פשוטות זה עבירות של חובת דיווח: אם אדם יודע על פגיעה בקטין ולא מדווח על כך... מכוח הידיעה נוצרת חובה וזיקה ביני לבין הסיטואציה ולכן עליי לדווח.
2. **עבירות גרימה-** חלק מהעבירות התוצאותיות מנוסחות בדרך של גרימה- עצם הגרימה לתוצאה גורמת לי להיות מורשעת בעונשין. איך גורמים? בכל דרך שהיא. סעיף 268-נוקט בלשון ברורה: "הנוקט במעשה או במחדל". על כל סעיף שמנוסח בצורה אקטיבית נוכל להרשיע אדם גם בגרימה במחדל\* (לפי סעיף 18 שאומר שמעשה זה לרבות מחדל).
3. **כל יתר העבירות שהרכיב ההתנהגותי מנוסח בדרך של מעשה**- לדוגמא: "חובל". זה נשמע מאוד אקטיבי ופעיל. לפי סעיף 18 ב' – מעשה הוא לרבות מחדל ולכן גם אם אני פוגעת באחר בדרך של מחדל ניתן להרשיע בגין מחדל אך יש צורך להוכיח גם חובה, כלומר, לא כל אדם יורשע. ככה ניתן לראות שניתן להרשיע במחדל על עבירות שמנוסחות בצורה אקטיבית. **פרופסור קלמניצר** אומר שכאשר ניסחו את החוק לא התכוונו ש"מעשה לרבות מחדל" יהיה גם בעבירות שמנוסחות בצורה אקטיבית- לא כל עבירה שמנוסחת בצורה אקטיבית תנוסח גם כמחדל. בנוסף, הוא אומר שזה פגיעה בעקרון החוקיות כי זו פרשנות מאולצת, לא ישירה וברורה ואף רחבה של הנורמה. הוא אומר שרק כאשר החוק נוקט במילה "מעשה" זה יכלול מחדל ולא כל עבירה שמנוסחת בצורה מעשית/ אקטיבית.

עבירות גרימה הן: "הגורם לתוצאה מסוימת" - אין מעשה אסור- אפשר לגרום בכמה דרכים. העבירות האקטיביות לעומת זאת, מנוסחות בצורה שניתן להבין מה אסור- אסור לברוח ממשמורת חוקית.

**איך מבדילים בין מעשה לבין מחדל? בין עשיה לבין הימנעות מעשייה?-**

יש מעשים שהם לא כל כך ברורים- "על התפר". לדוגמא: אם אדם מגיע לרופא והוא נותן לו (בידיעה) תרופה שלא עושה משהו ובסופו של דבר אדם מת ממחלה. האם זה מעשה או מחדל? אפשר לחשוב שזה מעשה כי הוא נתן לחולה תרופה שאינה מתאימה והחולה הסתמך עליו ולא חיפש תרופות אחרות. דוגמא נוספת היא נהיגה ללא רישיון: מצד אחד אני נוהגת ומותר לנהוג, מצד שני אי נוהגת בצורה שאינה חוקית.

**למה זה חשוב אם זה מעשה או מחדל?**

1. מבחינת ההוכחה- צריך רכיב נוסף להרשעה במחדל- צריך חובה ויש לזה משמעות נרחבת: יכול להיות שהפרט הזה יבדיל בין הרשעה לאי הרשעה.

**יש שני מבחנים:**

1. מבחן התנועה הגופנית (פלר, קרוגלר)- מבחן הנעת השרירים- אם אני הנעתי את השרירים ועשיתי תנועה פיזית או גופנית זה ייחשב כמעשה. אם לא הזזת י שרירים זה יחשב למחדל. קלמניצר אומר שלא תמיד אי הנעת שרירים היא מחדל. לפעמים גם עמידה בלי לזוז דורשת השקעת מאמץ.
2. מבחן הדומיננטיות (קלמניצר, שגב)- מבחן משולב- מבחן מהותי יותר שבוחן את ההתרחשות עצמה: נסתכל על ההתרחשות העבריינית שעומדת בפני בית המשפט וננסה לראות מה הרכיב הדומיננטי בה- מעשה או מחדל? האם עיקר העניין הוא עשיה או הימנעות מעשיה? האם העיקר הוא גרימת נזק או מניעת הטבה? במקרה כזה בו הוא מונע הטבה זה מחדל\*.

**יש מקרים בהם יש גם מעשה וגם מחדל:**

לדוגמא: חפרתי בור באמצע הרחוב וגם לא גידרתי את הבור. עשיתי גם מעשה וגם מחדל. האם ירשיעו אותי בשניהם? הגישה היא שככל שיש אפשרות להרשיע במעשה ירשיעו במעשה ופחות במחדל כי קיימת דרישה של הוכחת חובה. דוגמא לכך היא **פס"ד פרידמן**. הענישה בגין מעשה לרוב תהיה חמורה יותר ו"תבלע" את המחדל. ב**פס"ד פרידמן** השאלה עלתה באופן יותר משמעותי משום שלגבי המעשה- הבעל טען להגנה עצמית ואם הטענה הייתה מתקבלת היה אפשר לזכותו ממעשה אך המחדל ברור שלא היה בגלל הגנה עצמת. מעדיפים כאן ללכת ל"מעשה" כי יצר סיטואציה מאוד מסוכנת וגרם למותה. לכאורה היה אפשר להרשיע גם במחדל בגלל הסיטואציה המסוכנת שיצר וגם בגלל שיש כאן גם חובה: עצם זה שדקר אותה והכניס אותה למצב מסוכן מטיל עליו את החובה לעזור לה והוא פשוט הלך. בסופו של דבר החליטו שלא הייתה הגנה עצמית והרשיעו במעשה.

**חובה-** מקורות החובה שמטילים על אנשים ובגללם אנשים חייבים לפעול. מקורות אלו נובעים מציפייה חברתית שאנשים יפעלו בסיטואציות מסוימות. "חובה לכל דין או חוזה" (סעיף 18)- עולה השאלה האם דין כולל גם פסיקה? לפי גישה מסוימת פסיקה יותרת יציבות מסוימת ולכן נכללת. גישה אחרת אומרת שעקרון החוקיות יפגע אם יצרו מקורות חובה בפסיקה משום שפסיקה מדברת על מקרים ספציפיים וזה תמיד בדיעבד- לאחר שנעשה המעשה. יש גישות שפסיקה שיוצרת מקורות חובה תוכל להיכלל רק מכאן והלאה- בעצם לרכך את הפגיעה האופציונלית בעקרון החוקיות. שאלה נוספת היא האם "דין" כולל גם דין אזרחי? האם נכללים גם דברים מדיני חוזים/ פקודת הנזיקן שנוכל להרשיע על פיהם בפלילים? (לדוגמא בייביסיטר שיש לו חובה לשמור על הילד מכוח חוזה). בעצם האם ניתן לקחת חובה שהתכלית שלה שונה ולהכיל אותה כחובה פלילית? פרופסור קלמניצר- ננקוט בגישה תכליתית ו"מסננת"- נתקשה להכיל הוראה מסוימת שהתכלית שלה היא ספציפית על הוראה פלילית שהתכלית שלה היא אחרת. (נכיל רק במקרים בהם מקור החובה האזרחי/ החוזי/... יהיה בעל אותה תכלית של האיסור הפלילי עליו אנחנו "מלבישים" את החובה הזו). קושי נוסף שעולה בנוגע להכלת די אזרחי/ חוזי זאת הפגיעה המסוימת שיכולה להיות בעקרון החוקיות בקשר להכלה של הוראות אזרחיות- למרות שכתוב ב**סעיף 18** "מכל דין"- זה לא אינטואטיבי להבין זאת בצורה שניתן לכלול הוראות אזרחיות/ חוזיות וכו'... **פרופסור פלר** תומך בכלילת הוראות אזרחיות משום שעל מנת להוכיח חובה צריך להוכיח גם תוצאה, קשר סיבתי, מחשבה פלילית...

**יש חובות מעוגנות בחוק:**

חובות עשה- (מוגדרות בסעיפים 322-326 לחוק העונשין) מגדירים רשימה של חובות של אנשים כלפי אנשים/ כלפי סיטואציות מסוימות.

סעיף 322: אחראי על חסר ישע- מכוח האחריות של הגורם כלפי אותו חסר ישע נוכל להטיל עליו אחריות פלילית. **פס"ד מדינת ישראל נ' מוסזדי:** מלמד על היישום של סעיף 322.

סעיף 323: מטיל חובה של הורה כלפי הילד שלו או של אחראי לקטין כלפי קטין (לדוגמא: מורה). התפיסה היא שהורים מחליטים להביא ילד לעולם ולכן נוצרת חובה/ תלות של הילדים בהם.

סעיף 325: חובת עשה על ממונה על מעשה שיש בו סכנה / דבר שיש בו סכנה. למישהו שאחראי על דבר מסוכן (כמו בריכה) יש חובה כלפי האנשים המשתמשים/ נמצאים באותו דבר מסוכן.

מקור חובה נוסף מחוץ לדיני העונשין: עוולת הרשלנות והאינטרסים הגלומים בה: השתמשו בה כמקור חובה על מי שיוצר דבר מסוכן. (דוגמא: **הפס"ד עם הרולטה**- לוין אומר שניתן להסתכל על זה כמחדל ושמקור החובה של לורנס הוא בעצם מפקודת הנזיקין שמדברת על אינטרסים של צפיות- אפשרות לצפות תוצאה מסוכנת ואומר שלורנס יצר את המצב המסוכן הזה ויצר את הבטחון בכך שלקח את הרובה וירה על מנת להראות שהמשחק בטוח ועצם יצירת המצב המסוכן מצידו מטילה עליו את האחריות למנוע את התממשות הסיכון ולכן זה נקרא מחדל כי יש לו חובה למנוע מאותו צעיר להפסיק לשחק במשחק הזה. בעצם הפס"ד מראה את האפשרות להרשיע בפלילי על פי פקודת הנזיקין). לעומת זאת, **קוגלר** אומר שעוולת הרשלנות מופשטת, רחבה ולא ברורה ולכן לא ניתן להטיל בגינה אחריות פלילית. את אותה חובה בדיוק אפשר להביא מהדין הפלילי על ידי פסיקה: מ**פס"ד פרידמן** בו לא מוזכרת פקודת הנזיקין עולה שמקימים מקור חובה פסיקתי על יוצר מצב מסוכן וזה פותר לנו את הבעיה של לייבא חובות מהדין האזרחי.

**קרמליצר** אומר שצריך להבחין האם יוצר המצב המסוכן יצר אותו בכוונה ובמודעות או בטעות/ רשלנות- נרצה להטיל חובה רק על מי שיצר מצב מסוכן מתוך מודעות כי הספירה הפלילית עוסקת באשמה. עוולת הרשלנות (בנזיקין\*) נוגעת לחוסר מודעות. הגישה הרווחת היא שמטילים חובה על יוצר מצב מסוכן בין אם זה במודעות ובין אם לא.

**חוק לא תעמוד על דם רעך:**

קשור לחובת הצלה כללית. **פס"ד קייטי ג'נוביס** קשור ומעורר את השאלה האם קיימת חובה מוסרים/ חובה כלפי הסביבה והאם להטיל בכך חובה לפי חוק? בסופו של דבר חוקק חוק לא תעמוד על דם רעך שקובע חובת סולידריות חברתית מסוימת של לסייע ולעזור.

סעיף 1א' לחוק- קובע מקור של חובה מסוימת שבצידה- מי שלא מבצע אותה מוטל עליו קנס. החובה מאוד ספציפית ומוגדרת בסעיף.

לפי חוק זה לא נצפה מאנשים לסכן את עצמם בשביל להציל אדם אחר.

עולה השאלה האם ניתן להשתמש במקור החובה של החוק ולהכיל את החוק הזה על עבירות חמורות יותר? ככל שמדובר בחוקים שהם גם עבירות קנס זה נראה במדרג דומה וזה יהיה יותר פשוט אך כאשר העבירות נוגעות למאסר מתעורר קושי. הקושי מתעורר גם בסעיפים נוספים כמו סעיף של אי מניעת פשע. קרמליצר ושגב אומרים שזה כמו הסדר שלילי. גישה שניה- **פס"ד ויצמן** אומר שזו הרחבה יתרה של חוק לא תעמוד על דם רעך ולא סתם קבעו שם רק קנס ולכן אי אפשר להכיל את זה על עבירות חמורות יותר. גישה נוספת: סעיף 18 ג' המדבר על "כל דין" כולל גם חוק לא תעמוד על דם רעך וזה אפילו חוק פלילי. קוגלר סובר שניתן להשתמש במקור החובה הזאת. ניתן לראות שזה בעצם מאוד רחב ולהסתכל על דברים אחרים כמו מה הזיקה בין האדם שחדל לאובייקט שנפגע? מה מידת הנזק שנגרם בסופו של דבר? ולפי זה להחליט עד כמה אנו רוצים להכיל את זה או לא. ברוב המקרים כאשר זה מגיע לבית משפט זה ידבר על זיקה מיוחדת. כרגע אין פסיקה על כך.

**הימנעות מעשייה-**

מתי אדם יחשב כמי שהפר את חובתו? עד כמה אנו מצפים ממנו לפעול? האם חייב שיצליח המעשה או בעזרה שלו? **קרמליצר** אומר שמצופה להראות מאמץ רציני וזה מספיק. בעבירות מחדל מסוימות מוגדר מה צריך לעשות. לדוגמא סעיף 262 אומר לנקוט בכל האמצעים הסבירים.

**יסוד נפשי-**

ברוב העבירות הדרישה היא למודעות למעשה, לנסיבות ולתוצאה. בעבירות מחדל נשאלת השאלה מה צריכה להיות המודעות? המודעות צריכה להיות לעובדות, לנסיבות העניין, לתוצאה ולא למחוק כי אי ידיעה של החוק לא פותרת מעבירה. המודעות צריכה להיות לנסיבות שמרכיבות את מקור החובה- לדוגמא צריך לדעת שיש לו חובה כלפי קטין מסוים וכו'...

**לעניין הנושא הקודם (שיעור קודם):** חוזים מפורשים יכולים להוות מקור חובה כמו מציל כלפי שוחים בבריכה כי עצם התפקידו זה להציל אנשים. בנוסף, גם חוזים לא כתובים יכולים להוות מקור חובה במקרים מסוימים.

עבירות מחדל פשוטות/ ישירות: אפשר לעבור אותם רק במחדל, עבירות שמנוסחות אוטומטית בדרך של מחדל. עבירות מחדל מורכבות/ עקיפה: ההבדל הוא שעבירות אלו מנוסחות בצורה אקטיבית- פשר לעבור במעשה או במחדל. מקור החובה לא נמצא בחובה אלא צריך לייבא אותו ממקור/ סעיף אחר. ("לפי כל דין או חוזה"). צריך לאתר חובה פלילית, מקור חובה שהופר ואז להלביש את שניהם יחד ולטעון שהעבירה נעברה במחדל. חשוב להבין שכדי שהעבירה תתקיים במחדל- לא חייב להראות שהניסוח שלה הוא ניסוח מחדלי. כל ניסוח אקטיבי- היום אפשר לעבור אותו בצורה פסיבית כל עוד מוצאים מקור חובה שהופר. מעשה- אפשר לקרוא אותו כמחדל. סוג ראשון- עבירות פשוטות- מקור החובה נמצא בעבירה ומנוסחות כמחדל. בשני הסוגים השניים צריך לייבא את מקור החובה מבחוץ.

כדי להגיד שאדם נמנע מעשייה- האם צריך להראות שהוא עשה מאמץ וניסה וזה העיקר גם אם זה עזר או לא או שצריך להראות שבפועל הצליח ומנע את הפגיעה. הנטייה בפסיקה היא ללכת על בפרשנות של עשה כל מה שיכול היה לעשות. אין ציפייה או דרישה בפועל שמעשיו יצילו/ ימנעו וכו'... בדרך כלל יספיק לעשות את המעשים הטובים ביותר שיכולת לעשות. מהם המעשים הטובים ביותר? יש עבירות שמנסחות עשה את כל המאמצים הסבירים וגם נשאלת השאלה מהם מעשים סבירים? זה נתון לפרשנות של בית המשפט. יש סעיפים שכן כתוב מה לעשות כמו סעיף 292\* בו כתוב שמספיק להרים טלפון למשטרה. דרך המלך היא אם התביעה רואה מצב דברים שמתוכו ניתן לייחס לאדם גם מעשה וגם מחדל- הכלל אומר תמיד לייחס לאדם אחריות המעשה- נעדיף את זה כי זה חוסך את כל בעיות המחדל שצריך למצוא בו מקור חובה. **פס"ד פרידמן** מראה סיטואציה של מעשה ומחדל של הפקרה. יש שאלה אם לייחס אחריות המעשה או במחדל וייחסו לו המעשה כי עולה הנושא של הגנה עצמית על ידו ובית המשפט אומר שתנאי ההגנה העצמית לא התקיימו כי תגובתו לא הייתה סבירה- זה לא היה המעשה שהיה נחוץ על מנת לנטרל את האיום. אפשר ללמוד מפסק הדין הזה שללכת על מה היה קורה אילו פרידמן כן היה זוכה בטענתו של ההגנה העצמית- היה נאשם במחדל כי יצר מצב מסוכן- קמה לו החובה להציל ולא עשה זאת.

במקרים של מחדל- הקשר הסיבתי הוא יותר ספקולטיבי ולכן הקשר הסיבתי רופף יותר כי לא בטוח שגם אם הייתי מזעיקה עזרה- הבן אדם לא היה מת. יכול להיות שהיה מת אם הייתי מזעיקה עזרה וגם אם לא הייתי מזעיקה עזרה.

**דיני עונשין- 23.12.19- קשר סיבתי:**

* קשר סיבתי רלוונטי רק במקרה של עבירות תוצאותיות ולא התנהגותיות בהן לא צריך להוכיח תוצאה.
* קשר סיבתי הוא אחד הנושאים היחידים בפלילי שקשורים לקשר סיבתי בנזיקין.

יש מקרים בהם סוגיית הסיבתיות תתעורר ואף תהיה המוקד המרכזי התיק. סוגיית הסיבתיות תתעורר בכל המקרים בהם התוצאה האסורה המוגדרת בעבירה מתרחשת על רקע מספר גורמים אפשריים (עוקבים או תלויים או לא תלויים אחד בשני). מתעורר קושי לזהות את אותה זיקה סיבתית בין העושה לתוצאה כי גם הגורמים ברקע יכולים להיות אלו שגרמו לתוצאה. לדוגמא: פלוני מכה את הקורבן והקורבן מובהל לבית חולים- האמבולנס עושה תאונה והקורבן מת- האם נייחס לפלוני שבגללו בכלל הקורבן נכנס לאמבולנס את התוצאה? דוגמא נוספת: מישהו הכה מישהו וגרם לו לזיהום והאדם לא הלך לבית החולים לטפל בזיהום ומת- האם ניתן לייחס את התוצאה למכה או שזו אשמתו של הנפגע שלא הלך לבית החולים לטפל בזיהום.

**את סוגיית הסיבתיות מקובל לחלק לשני מבחנים מצטברים מרכזיים:**

1. **קשר סיבתי עובדתי:** אפשר לאמץ את מבחן האלמלא, מבחן הסיבה שבלעדיה אין. מבחן שעוסק בקיום קשר פיזי עובדתי בין הפעולות של הנאשם לבין התוצאה שבסוף קרתה. האם מבחינה אובייקטיבית עובדתית הייתה נגרמת התוצאה בעקבות מעשי הנאשם? אם כן סימן שלא הוא זה שגרם. אם לא סימן שהוא הגורם.
2. **קשר סיבתי משפטי-**ניתן לקרא גם מבחן ייחוס אחריות. עוסק בייחוס התרחשות התוצאה המזיקה לגורם מסוים. מי מבין אותם גורמים שמקיימים את הקשר הסיבתי העובדתי- ראוי לייחס לו את האחריות? מבחן שמפעיל שיקולים של "מה נכון?" "מה ראוי?". על מנת שתהיה זיקת סיבתיות בין המעשים לתוצאה התביעה צריכה להוכיח את התקיימותם של שני המבחנים גם יחד- צריך להראות שהתקיים גם קשר סיבתי עובדתי וגם קשר סיבתי משפטי.

**קשר סיבתי עובדתי-**

**צריך לשאול את השאלה: האם אלמלא המעשה של הנאשם הייתה נגרמת התוצאה? אם כן- לא גורם. אם לא- כן גורם.** שואלים בו מה היה קורה אלמלא מעשי הנאשם. בדרך כלל יש גורם אחד ותוצאה אחת ולא תהיה בעיה. יש בעיה במקרים בהם יש כמה גורמים שפועלים. לדוגמא מה קורה אם אדם נהרג משתי דקירות סכין שלא קשורות אחת לשנייה? כאר כל אחת בנפרד לא הייתה גורמת למוות. אלמלא מעשה הראשון לא הייתה נגרמת התוצאה וגם אלמלא מעשי השני לא הייתה נגרמת התוצאה. לשניהם מיוחסת האחריות. האם בלי מעשה הנאשם זה היה נגרם? אם כן אז הוא לא הגורם. אם לא הוא כן הגורם. יש מקרים בהם מבחן האלמלא לא עובד. למשל **בפס"ד דורמיאן** כל דקירה לבד- המוות היה מתרחש ממילא. יש שני גורמים בלתי תלויים שפועלים במקביל אחד אם השני וגורמים לתוצאה מסוימת בו זמנית. בדיעבד מסתבר שהתוצאה הייתה נגרמת מכל דקירה בנפרד. האם אלמלא המעשה של הנאשם הייתה נגרמת התוצאה? אם כן הוא לא הגורם. אם לא- הוא כן הגורם. היה נכון יותר בפס"ד זה לנתח לפי דיני השותפות. (בפס"ד דורמיאן).

**גישת הפסיקה- מבחן הדיות מלשון "די"- חריג: מבחן הדיות ("מצטברים")** לפיו יש לבודד את כל אחד מהגורמים ולבדוק מה הייתה השפעתו על התוצאה תוך התעלמות ממה שעשה הגורם האחר. יש גם מבחן מהספרות (מבחן הקונקרטיזציה של מבחן האלמלא) של פלר- מבחן תיאורטי ופחות מקובל- האם אלמלא עשי הנאשם הייתה מתקיימת התוצאה המאוד קונקרטית וברורה שקרתה. מבחן הדיות החריג הוא של הפסיקה. ברוב המקרים מבחן האלמלא עובד. מבחן האלמלא הוא מבחן של דרך המלך. אך במקרים בהם כל אחד היה יכול לגרום לתוצאה לבד מפעילים את מבחן הדיות ששאלתו היא האם די במעשי הנאשם כדי לגרום לקשר הסיבתי העובדתי כי מבחן האלמלא היה מוביל לתוצאה האבסורדית שאף אחד לא אשם ושאין קשר סיבתי עובדתי לתוצאה.

**קשר סיבתי משפטי:**

פונים גם לקשר סיבתי משפטי כי אם היינו נסמכים רק על הקשר הסיבתי עובדתי- היינו מגיעים למצב בו היינו כוללים אין סוף גורמים לכל תוצאה- שרשרת אין סופית של אירועים שקרו המציאות אובייקטיבית וגרמו לתוצאה. לדוגמא: פלוני ירה באלמוני- לא הגיוני להטיל קשר סיבתי גם על אמא של פלוני כי אם לא הייתה יולדת אותו לא היה יורה באלמוני. אם נפעיל אלמלא בצורה גורפת נגיע לתוצאות בלתי צודקות ורחוקות ממה שנגרם בסופו שלדבר. לכן השאלה האם ראוי מבחינת הזיקה לקרוא לאדם גורם? – זאת השאלה של הקשר הסיבתי משפטי שנוגע לגורמים שיש להם זיקה מספיק חזקה לתוצאה. הקשר הסיבתי המשפטי בה לבצע סינון משלל הרכיבים שמבחינה עובדתית מקיימים קשר פיזי עם התוצאה את אלו שמחינת משפטית רואי לייחס להם את התוצאה. יש כאן את **מבחן הצפיות הסבירה** ששואל האם האדם הסביר היה יכול וצריך לצפות את תוצאות מעשיו. האם אדם מן היישוב (סביר) בנעלי נאשם יכול וצריך לצפות בזמן הפעולה את תוצאות מעשיו? יכול זה יכולת טכנית- האם עובדתית/ טכנית היה אפשר לצפות תוצאה כזאת. צריך קשור לצפיות נורמטיבית- לא מספיק שרק יכולת ברמה הטכנית- האם גם היה נכון וצריך שתצפה? השאלה בעצם נוגעת לא לנאשם הספציפי אם היה יכול וצריך לצפות אלא לאדם סביר, אובייקטיבי- אם יכול והיה צריך לצפות. השאלה היא בעצם שאלה נורמטיבית שבית המשפט ממלא את התשובה לה לפי ניסיון חיים/ שכל ישר וכו'... פס"ד במגדיר זאת בצורה טובה זה **פס"ד יעקובוב** שמראה איך בית המשפט משתמש בקשר הסיבתי משפטי כדי לצקת ערכים. **בפס"ד יעקובוב** השאלה הנשאלת היא האם הבחירה האוטונומית שלה לקפוץ מהחלום מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי לכך שאדם נורמטיבי היה צופה תתאבד בגלל מסכת האלימות? בית המשפט יצא בהצהרה שההתאבדות בוודאי שהייתה בגדר הצפיות הסבירה של הבעל המתעלל- היה צריך לצפות שבעקבות אלימותו הקשה אשתו תתאבד. יש הבדל בין מבחן הצפיות שמופעל כחלק מייחוס האחריות של הקשר הסיבתי המשפטי לבין הרכיב הנפשי של מודעות שנבחן כחלק מהיסוד הנפשי. מבחן הקשר הסיבתי שואל האם הנאשם יכול וצרי לצפות את התוצאה- מבחן היסוד הנפשי שואל האם הנאשם הספציפי צפה בפועל את האפשרות שהתוצאה תקרה. מה ההבדל בין יכול וצריך לבין צפה בפועל? הראשון הוא מבחן אובייקטיבי והשני מבחן סובייקטיבי. באופן תאורטי יכול להיות שמסגרת הדיון בשאלת הקש הסיבתי משפטי בית המשפט יכריע שהנאשם יכול וצריך היה לצפות אך במבחן היסוד הנפשי הנאשם הספציפי לא צפה. כל בדיקה שעושים במסגרת הדיון באחריות הפלילית היא בדיקה מצטברת. מספיק רכיב אחד שלא מתקיים ומגדל הקלפים קרס. **בפס"ד מרוץ המכוניות**- עומד על ההבחנה בין מבחן הציפות הסבירה- מבחן אובייקטיבי הקושר לקשר סיבתי משפטי לבין מבחני הצפיות של היסוד הנפשי שהם סובייקטיביים. בפס"ד זה הדיון התעורר ביחס לטענה של הקשר הסיבתי המשפטי- האם יכול וצריך לצפות שכתוצאה מהשתתפות במירוץ- שניים ימצאו מותם בדרך שלא קשורה לפעולות שלא. פלוני מוצא עצמו נאשם בהריגה של חבריו כאשר הם באופן אוטונומי בחרו להשתתף במירוץ וכשהם נהגו ברכב משלהם. האם אדם סביר יכול וצריך היה לצפות את זה והאם הוא ספציפית יכול היה לצפות? דומה ל**פס"ד לורנס** שגם הוא נוגע למשחקים מסוכנים. אך כאן התוצאה היא תוצר לוואי לעומת פס"ד לורנס שם התוצאה היא תוצר צפוי כי הכל נוגע ליריות. התביעה טענה שברגע שמוכיחים שפלוני צפה את האפשרות שזה יקרה זה ממילא בולע את מבחן הצפיות הסבירה של הקשר הסיבתי המשפטי. מספיק להראות שהנאשם הפועל צפה את התוצאה- ממילא הוכחנו את הקשר הסיבתי המשפטי. **בפס"ד מירוץ המכוניות** ארבל אומרת על זה שזה לא בולע את מבחן הקשר הסיבתי המשפטי כי יכול להיות שמה שפלוני צפה- לא היה יכול לצפות או לא היה צריך לצפות שבן אדם מן היישוב לא יכול היה לצפות. בעצם אומרת שיש שוני בין השאלות. ארבל אומרת ששני המבחנים לא חופפים ולכן אי אפשר להסיק מכך שהוכחה מודעות בפועל- שהתקיים קשר סיבתי משפטי. השאלות לא מחייבות וצריכות להיבדק לפי הראיות. בפסק הדין קבעו שפלוני אחראי לעביר ההריגה של שני חבריו. בדיון הנוסף זיכו אותו כמו במחוזי.

**האם מדברים רק על התוצאה עצמה או גם על המאפיינים שלה. האם דורשים מהנאשם לצפות את הפרטים הספציפיים של התוצאה או רק את השורה התחתונה?** הפסיקה קובעת שהצפייה צריכה להתייחס למאפיינים האיכותיים של התוצאה- סוג התוצאה ועצם הצפייה שתקרה התוצאה. הצפיות לא נדרשת ככלל לגיבוש הצפיות לממדי התוצאה ל דרך המדויקת בה התממשה. הצורך לצפות את הסוג בה לידי ביטוי בהבחנה שהפסיקה עושה בין הנזקים- נזקי גוף/ נזקי רכוש/... הצפיות צריכה להשתרע על נזק מסוג מאוד מסוים לדוגמא תוצאה של פגיעה בגוף וכו'... וזאת להבדיל מממדי הנזק או האופן המסוים בו הנזק נגרם. **פס"ד פטרומיליו** פטרומיליו עומד לדין על עבירה של שוד והריגה. על השוד אין שאלה. אך על ההריגה כן. פטרומיליו מערער משום שלא התקיים קשר סיבתי עובדתי בין חטיפת האנק למות הקשישה. כי אדם סביר לא היה צופה שחטיפת ארנק ללא אלימות לא היה גורם לנזק כה גדול כמו מוות. בית המשפט עומד בפסק הדין על הצורך לצפות מראש את סוג הנזק. במקרה הזה בית המשפט אומר שפטרומיליו עבר עבירת רכוש ומזכים אותו כי לא צריך ויכול היה לצפות על פי אופן המעשה שהיה עבירת רכוש- עבירה של פגיעה בחיים. הצפייה של סוג הנזק הכרחית על מנת לייחס לו קשר סיבתי משפטי. **פס"ד גמעמה** – הבעל טוען- שאין קשר סיבתי משפטי כי אדם מן היישוב לא יכול והיה צריך לצפות שלא תמות מהדקירה ותמות רק מהתביעה בבאר. בית המשפט זורק אותו מכל המדרגות משום שמה שחשוב שצפה את סוג התוצאה- מה זה משנה מתי המוות קרה ואיך קרה- לא דורשים צפיה של הדרך הספציפי. ב**פס"ד עם האיש שזרק את אשתו מן החלון**- הבעל אומר שהיא מתה בגלל שניתקו אותה מהמכשירים ולא בגללו ואז נתנתק הקשר הסיבתי המשפטי וייחוס המוות שלה למעשים שלו. אומרים שמוות מוחי הוא מוות בפסק דין זה. אך גם אם לא- אז ברור שהקשר הסיבתי לא מתנתק כי לא משנה הדרך הספציפית בה זה קרה כי צפה מראש את אפשרות המוות. שטרסברג כהן אומרת שרק במקרים בהם הדרך הייתה כה נדירה זה יכול היה לנתק את הקשר הסיבתי אך בגדול לא צריך לצפות את הדרך עצמה אלא רק את הסוג.

**מה קורה במקרים בהם גורם זר גורם לתוצאה לאחר שגורם קודם כבר הכין לו את הקרקע?**- הפסיקה אומרת שמטפלים בגורם זר מתערב במסגרת מבחן הצפיות הסבירה- השאלה שתהיה היא האם אדם מן היישוב יכול והיה צריך לצפות את התוצאה על אף הגורם הזר המתערב? לדוגמא: פלוני הכה את אלמוני וגרם לו לפציעה קלה. אחרי כמה זמן ברק פגע באלמוני והוא מת. במקרה זה לא היה ניתן לצפות את הברק (צפה פגיעה בגוף והייתה פגיעה בחיים). בגדול גורם מתערב לא משנה את הכללים- צריך לצפות סוג והעניין הוא מבחן הצפיות הסבירה. **פלר** אומר שכאשר אדם פועל מתוך יסוד נפשי מוגבר של כוונה גם אם לא צפה שהסוג יהיה אחר בגלל הגורם הזר המתערב- עדיין נייחס לו אחריות- דעה זו היא פחות מקובלת.

**מה לגבי היקף התוצאה וממדיה?** הפסיקה אומרת שלא צריך לצפות את ההיקף והממדים המדויקים- גם אם שונה ממה שהיה צפוי זה בגדר הסיכון שהאדם לקח על עצמו. אם צפה נזק קל לגוף והיה נזק חמור זה נקרא כי עדיין צפה את הסוג.

**עולה הנושא של גולגולת דקה-** נתונים פיזיים או נפשיים מיוחדים שיש לאדם. דבר היכול לגרום לנזק הרבה יותר חמור מן הצפוי. מה קורה במקרים בהם נזק צפוי מתפתח להיקפים בלתי צפויים בגלל פגם או מום נסתר שיש בקורבן והנאשם לא יודע על קיומם? הפסיקה אומרת שהגולגולת הדקה לא מנתקת בגדול את הקשר הסיבתי המשפטי גם באותם מקרים בהם בגלל הגולגולת הדקה של האדם קורית תוצאה שונה ממה שהיה ניתן לצפות. בעצם אומרים שנאשם לא יכול לצפות את תכונות קורבנו- הוא צריך לקבל אותו על כלל חסרונותיו ויתרונותיו. כלומר, מראש צריך להניח שהאדם מולו הוא האדם הרגיש ביותר בעולם.

**בפס"ד על ההוא שדרס ילד עם טנדר** נאמר שגולגולת דקה הוא דבר שהוא בגדר הצפיות אך אם מדובר על מקרים כל כך חריגים בהם מדובר על אפיון אישי שהוא נדיר של הנדיר זה נקרא **גולגולת דקיקה** וזה כבר לא דבר שצריך לצפות. ה לפעמים גורם לא לכך שמנזק קטן נגרם נזק גדול אלא הסוג משתנה לגמרי ולכן הקשר הסיבתי מתנתק כי הסוג התשנה.

**דיני עונשין- 30.12.19:**

2 סיפורים על קשר סיבתי מהפרקליטות:

1. סיפור על אוטובוס שהחליק לתהום וכתוצאה מכך נהרגו כלל הנוסעים. לאחר מכן גילו כי לא הנסיעה (של 20 קמ"ש יותר מן המותר) היא זו שגרמה להחלקה אלא החומר השחור והמוזר שהיה על הכביש גרם לכך ולכן קבעו כי נותק הקשר הסיבתי. (לא הצליחו להבין את ההסבר הכימי של החומר, לא בארץ ולא במעבדות מומחים בחו"ל). התיק נסגר בהסדר טיעון של עונש מאוד נמוך.
2. אסון אולמות ורסאי- מקרה בו בנו אולם שמחות שתקרתו קרסה. מצאו שכל אחד מהמהנדסים, בנאים וכו'... (כל מי שלקח חלק בבניה/ בתכנון של האולמות) נהגו לא כשורה ו"עיגלו פינות" בעבודתם ולכן היה קשה לייחס למישהו אחד את האשמה על הקריסה. בתיק זה, אחת הטענות המרכזיות היו ניתוק הקשר הסיבתי- 'אלמלא מחדלי האנשים האחרים התקרה לא הייתה קורסת'. בעצם כל אחד האשים את השני וטען שהתקרה לא קרסה בגלל התקלה הקטנה לה הוא גרם אלא קרסה בגלל התקלות להן גרמו שאר האנשים. בית המשפט אמר שישנה דרישה שיצפו שגם אחרים יעגלו פינות כמוהם ולכן צריכים לנהוג כראוי ולכן לא מתנתק הקשר הסיבתי ויוחסה אחריות פלילית.

* מהקהוט: המטרה שדורגה הכי נמוך בתיקון 113 היא הרתעה כי היא לא מאפשרת לחרוג או להקטין ממתחם הענישה בגללה אלא רק שיקום ומניעה מאפשרים זאת ולכן ההרתעה פחות חשובה.

היסוד הנפשי:

בעבר היה מקובל שדי שאדם מבצע מעשה על מנת שנייחס לו עונש. טענות של "ללא כוונה" וכו'... לא היו עומדת לזכותו של נאשם. בעצם, פעם היה מקובל "עקרון האחריות המוחלטת"- מספיק שהתביעה מוכיחה את ביצוע המעשה על ידי הנאשם ואת הקשר הסיבתי לתוצאה (אם יש תוצאה)-זה היה מספיק ולא היו מסתכלים על ההיבט הנפשי. שיטת המשפט העברי והפרשה של ערי המקלט ששמרה על כאלו שפשעו בשגגה הביאה את העניין לפיו אי אפשר להטיל אחריות על אדם ללא יסוד נפשי.

**ביטויים לעקרון האשמה:**

* **אין עבירה ללא אשמה-** אין עבירה בלא יסוד נפשי אסור שמלווה את הנאשם במעשהו או בהתקיים תנאים מסוימים ששוללים את אשמת העושה. (דרישת האשמה נקראת menz rea. האקטוס ריאוס לבד לא הופך את האדם לנאשם).
* **מידתיות בין היקף האחריות המוטלת על האדם לבין האשמה שלו-** אין לייחס היקף אחריות גדול לאדם שאשמתו נמוכה.

**קיימים 2 סוגי אשמה:**

1. **אשם סובייקטיבי-** מחשבה פלילית.
2. **אשם אובייקטיבי-** משתקף מבחינה דוקטרינרית ברשלנות.

**קטעי הקריאה באנגלית:**

**הקטע על בחירה ועקרונות סובייקטיביים:**

לדעת אשוורד הסיבה המרכזית שמחייבת להתנות את האחריות הפלילית ביסוד נפשי היא בחירה. בכדי להטיל אחריות פלילית על אדם- התנאי לעשות זאת היא רק כאשר אדם בחר. בעצם ההנחה עליה הוא נשען היא אוטונומיה: כל בני האדם הם יצורים אוטונומיים (הנחה פילוסופית). בנוסף, גם המשפט הפלילי מניח שלאדם יש בחירה בין קווי התנהגות שונים/ בין חלופות שונות. זאת לעומת תיאוריות דטרמיניסטיות שאומרות שהאדם הוא תוצר של גורמים חברתיים/ כלכליים וכו'... ואין לו בחירה אמיתית. ניתן להבין מאשוורד שבלי בחירה לא נכון יהיה להטיל אחריות פלילית ועונש על האדם עצמו. בנוסף, הוא מדבר על הגישה הליברלית ואומר שתמיד צריכים לשפוט את האדם דרך נקודת המבט שלו/ מה שהנאשם עצמו באמת חשב או האמין שהוא מבצע או מסכן. צריך להעריך מוסרית את מעשיו דרך נקודת המבט שלו. לכן תמיד המשפט הפלילי ינסה להתחקות אחרי המצב הנפשי הסובייקטיבי של האדם.

**הקטע של שול עופר:**

קיידיש ושול עופר מדברים על 2 מושגים של יסוד נפשי: יש לנו **מנז ראה במובן הכללי/ הרחב** ויש **מנז ראה במובן צר/ מיוחד**. לא כל ביטוי נפש יהווה ביטוי נפש שמספיק להפללה. המנז ראה הצר נוגע ליכולת לדעת. בעצם, אותו הלך נפש שאם הוא מתקיים הוא מלמד אותנו על האשם והוא מספיק להפללה. היסוד הנפשי הזה לא זהה ליסוד הנפשי שאשוורד מדבר עליו- שניהם מסכימים שטבע האדם הוא אוטונומי וחופשי ושלאדם יש בחירה שמתוכה נובעת דרישת האשם. אך קיידיש ושול עופר מוסיפים ואומרים שזה רק סוג אחד של מנז ריאה (מנז ראה צר). אומרים שהמנז ראה הרחב משקף גם מצבים של אשמה (יכול להיות מנז ראה במובן הרחב ולא בצר וזה עדיין יחשיב את האדם לאשם).

דוגמא שבה אין חפיפה בין המנז ראה במובן הרחב לצר- כשמכריחים מישהו לעשות משהו: יש מנז ראה במובן הצר (יודעת מה יקרה ממה שתעשה ולטיב התוצאה) אך אין את הבחירה/ המנז ראה במובן הרחב. יש מקרים שבהם לאדם יש יסוד נפשי מלא כפי שמוגדר בעבירה אבל בגלל נסיבות חיצוניות בהן הוא נתון- בחירתו מנוטרלת ואין לא בחירה במובן העמוק והאמיתי. החוק מקים סייג לאחריות הפלילית לא בגלל שאין יסוד נפשי אלא בגלל שמובן הרחב אין בחירה במובן העמוק וזה מה שקיידיש ועופר אומרים- לא תמיד הבחירה הרחבה תשתקף ותתמצא רק על ידי היסוד הנפשי הצר המוגדר בעבירה. החוק נותן פטור לפעמים גם אם יש מנז ראה במובן הצר כי אין מנז ראה במובן העמוק והרחב. בעצם האדם שאין לו את המנז ראה הרחב לא באמת מתנגד ולא מראה אנטי לערכים החברתיים ולאמנה החברתית ולכן אין להאשימו והטיל עליו אחריות פלילית.

מנז ריאה נוגע לבחירה העמוקה יותר ולנסיבות ששוללות מהאדם לנהוג בדרך אחרת על אף שהוא מודע למעשהו וטיבו. זה בעצם נוגע לשאלה האם הייתה לאדם יכולת להימנע מההתנהגות. לא תמיד תהיה חפיפה בין המנז ראה במובן הצר לרחב.

רשלנות זו דוגמא למקרה בו יש אדם אך אין מודעות. רשלנות מרחיבה את המנז ראה במובן הקלאסי הצר ומאפשרת בגלל תנאים חיצוניים לנאשם להרחיב את האחריות. זה מקרה ייחודי כי ברשלנות נייחס לאדם עבירת רשלנות ולא מודעות ולכן העבירה תישאר במידה ולא תרחיב יותר מידי את המושג.

דוגמאות הפוכות- שאין בצר ויש ברחב\* זה שכרות/ סמים. סייג השכרות יוצר חריג במקרה. הדוגמא היא לסעיף ב של השכרות. נכנס למצב שכרות בתוך בחירה ומודעות ואז עשה איזה פשע. למרות שלא היה במודעות בזמן ביצוע העבירה מותחים את המודעות שהייתה לו בהתחלה של הכניסה למצב שכרות לזמן בו עשה את העבירה עצמה ונייחס לו את האחריות.

**דיני עונשין- 6.1.19 המשך היסוד הנפשי:**

הדרישה ליסוד נפשי נובעת מתוך תפיסה שדורשת בחירה- מניחים שאדם בחר לפגוע בערך המוגן.

בעוד שהמובן הצר מתייחס ליסוד הנפשי עצמו- אם הייתה מודעות או לא, המובן הרחב מתייחס ליכולת להימנע מההתנהגות שהמבחן כאן הוא רחב יותר.

כאשר אדם פועל תחת השפעת חומר משכר במונע ממנו את ההבנה לטיב מעשיו- פטור מאחריות פלילית אך החוק אומר שאם האדם נכנס למצב ביודעין ומתוך שליטה ולאחר מכן ביצע את העבירות הפליליות, נשאב את המודעות מן השלב המוקדם בזמן ונייחס לו באופן פיקטיבי את הידיעה לשלב המאוחר יותר.

כאשר התנהגות האדם במקור הייתה חופשית ורצונית- גם אם מאוחר יותר ביצע את העבירה ללא מודעות- נשאב את האשמה מן הרגע המוקדם. הרציונל הוא שכשאדם משתכר עליו לדעת שהוא עלול לבצע מעשים מסוכנים ועבירות פליליות מבלי לשים לב לכך. יש לו 2 אופציות: או לא להשתכר כלל או שאם את המשתכר תישאר בבית.

* יש לכך גם תוקף בסייג ההגנה העצמית: אם פועלים תחת הגנה עצמית מקבלים פטור אך אם אדם ביים את ההגנה העצמית בכוונה לדוגמא על ידי הכעסה של האדם אחר בשביל שיתקוף אותו- הסייג לא יהיה תקף כי נכנס למצב הזה ביודעין.
* את דוקטרינת "הכניסה למצב" ניתן לראות גם בסייגים אחרים (**ס' 34 יד**): אם אדם נכנס למצב שלאחר מכן אמור להוות לו סייג לאחריות פלילית ביודעין הוא לא ייהנה מהסייג.

דוגמא נוספת לדוקטרינה היא המקרה שמעוגן ב**ס' 34 א** – מקרה מורכב שעוסק בסיטואציה הבאה: שני אנשים יוצאים בצוותא לביצוע עבירה של שוד, הם שמים אקדחים על גופם ומסכמים שהם לא יהיו טעונים ושלא יעשה בהם שימוש. הם מגיעים לזירת העבירה ותוך כדי ביצוע עבירת השוד הקופאי מתנגד ומתפתח עימות בינו לבין אחד מבצעי השוד. בשלב מסוים השותף שולף את האקדח וירה בקופאי. המבצע שהרג את הקופאי- אין התלבטות אם נייחס לו עבירת רצח, אך מה לגבי שותפו? לכאורה הוא לא השתתף פיזית בביצוע הרצח ולא צפה את האפשרות שחברו יעשה זאת כי סיכמו את זה. אדם מן היישוב היה יודע שדברים כאלו יכולים לקרות. לשותף היה יסוד נפשי של רשלנות- הוא לא צפה שזה יקרה אך אדם מן היישוב יכול היה לצפות. החוק קובע שבמקרה כזה- נייחס לו אחריות אפילו ברמה של עבירת רצח/ המתה חמורה שדורשת בדרך כלל יסוד נפשי גבוה מאוד. (למרות שאין תרומה במישור הפיזי ואין יסוד נפשי גבוה). הדוקטרינה מאוד מחמירה.

יסוד נפשי במובן הצר כלפי עבירת ההמתה אין אך יסוד נפשי במובן הרחב יש לו. החוק מניח שכן. החוק אומר שכאשר אדם חובר לאדם אחר לבצע עבירות בשותפות, עליו לדעת שהוא נכנס להרפתקה שאין לדעת איך היא תסתיים. אדם , כשהוא חובר לאדם נוסף, צריך לקחת בחשבון שהוא מוותר על שליטתו לגבי מהלך העניינים הרגיל. בגלל בחירת האדם במובן העמוק בשלב הראשון בו הוא חבר לאדם נוסף לביצוע השוד- נטיל עליו בנקודת הזמן המאוחרת יותר- את האשם מנקודת הזמן המוקדמת וכך בדרך פיקטיבית נייחס לו אחריות לאותה עבירה. האחריות נובעת מהתפיסה שהייתה לאדם יכולת להימנע על ידי כך שלא ייכנס לביצוע עבירות בשותפות מראש.

* אין חפיפה מלאה בין המובן הצר לרחב ולפעמים לא מספיק שיש רק אחד מהם. ברגע שיש יכולת להימנע בין לפני ובין תוך כדי יש אחריות פלילית.
* קיידיש ושול עופר אומרים שהיסוד הנפשי לא נותן ביטוי רק לרעיון הבחירה אלא הכרחי לנתינת אופי פלילי למעשה. לא מספיק שסתם תהיה בחירה.
* בחירה היא אלמנט שבלעדיו לא תהיה אחריות פלילית אך אם כן מתקיימת בחירה זה תנאי הכרחי שלא תמיד מספיק- לא אומר שתמיד תהיה הפללה אם רק הוא קיים.

**סעיף 19:**

הסעיף מבחין וכולל 3 מושגים: מחשבה פלילית, רשלנות ואחריות קפידה.

**סעיף 20** מסביר מהי מחשבה פלילית ומהם סוגיה ורמותיה השונות. **סעיף 21** מגדיר מהי רשלנות. **סעיף 22** מגדיר מהי אחריות קפידה.

**סעיף 19** קובע ברירת מחדל: אדם מבצע עבירה רק אם עשה אותה במחשבה פלילית. משמעות המשפט הזה היא שבדרך כלל היסוד הנפשי שיידרש בשביל הפללה בכל עבירה ועבירה זה מחשבה פלילית (-היסוד הנפשי שצריך להיות באדם על מנת שנייחס לו את האשמה). מחשבה פלילית לפי **סעיף 20=** מודעות (יסוד הכרתי- מודע/לא מודע) עדיין לא מלמד כלום על היסוד החפצי (רוצה או לא רוצה). הכוונה למודעות לפרטי היסוד העובדתי: טיב המעשה, קיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה בעבירות תוצאותיות.

**סעיף 20 (א)-** החוק אומר שלעניין התוצאות יש עוד משמעות: רק לעניין התוצאות יש עוד סוג של יסוד נפשי מיוחד- יסוד נפשי חפצי שמשקף את מידת חפיצות האדם בקרות התוצאה.

**ישנם מספר סוגים ליסודות נפשיים חפציים:**

1. החמור ביותר- **כוונה:** רצון לגרום לתוצאות. היחס כלפי התוצאה הוא חיובי.
2. חמור פחות- **פזיזות:** יש 2 צורות: 1. אדישות: חוסר אכפתיות- אין רצון אך גם אין אי רצון. מן שיווין נפש לרצון שהתוצאה תגרם. יחס נטרלי עבור קרות התוצאה. 2. קלות דעת: אדם צופה את האפשרות לקרות התוצאה השלילית אך לא רוצה שהיא תקרה. יחס נשי שלילי כלפי התוצאה. אדם שבונה על "לי זה לא יקרה".

* הכלל אומר שאם העבירה שותקת- אם רואים עבירה שבהגדרתה לא כתוב שום דבר שקשור ליסוד נפשי נלך לפי ברירית המחדל של **ס' 19**. אם העבירה תרצה לדרוש יסוד נפשי חמור יותר כמו כוונה/ אדישות, זה צריך להיות כתוב בה במפורש. בעבירה תוצאתית קלות הדעת היא ברירת המחדל. בעבירת התנהגות- מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות. עם תוצאתית אז גם מודעות לאפשרות גרימת התוצאה. בנוסף לכל זה יש יסוד נפשי חפצי שקיים רק בעבירות תוצאותיות- אם העבירה שותקת ולא קובעת דבר- היסוד הנפשי המינימלי זה קלות הדעת.
* "החובל בחברו חבלה חמורה בכוונה"- העבירה לא שותקת. כתוב בכוונה ולכן נצטרך להראות שהוא צפה את התוצאה ו**רצה** אותה.

**המשך סעיף 19:**

חריגים למחשבה פלילית\* (לברירת המחדל) ("זולת אם"):

1. **רשלנות:** עבירת רשלנות - צריך להיות כתוב בעבירה שמדובר בעבירת רשלנות. לפי **ס' 21** היא העדר מודעות. **ס' 21(א)-** אם המחשבה הפלילית הייתה מודעות סובייקטיבית של הנאשם אז רשלנות היא אי מודעות **או** לטיב המעשה **או** לתוצאה **או**... המבחן הוא לפי האדם האובייקטיבי- מן היישוב אם יכול היה לדעת. המבחן דומה למבחן הקשר הסיבתי המשפטי. מספיק להראות שהנאשם לא היה מודע או לטיב המעשה או לנסיבות או לתוצאה בעבירות תוצאותיות זה מספיק.
2. **אחריות קפידה: ס' 22(א):** מספיק שהתביעה מוכיחה שהנאשם ביצע את היסוד העובדתי והיא יצאה ידי חובתה וניתן להטיל את האחריות על הנאשם. אם הנאשם בא ומוכיח שנהג ללא מחשבה פלילית, ללא רשלנות ועשה כל מה שיכול למניעת העבירה הוא פטור.זה בדרך כלל נוגע לעבירות טכניות כמו נסיעה עם נורה דולקת. בעצם מדובר על מצב שגגה- הוא עצמו לא מודע וגם אדם מן היישוב בנעליו לא היה יכול להיות מודע- זה מצב לא פלילי ונורמטיבי**.** זה יסוד נפשי שמכונה שגגה.

* רשלנות- אין מודעות בכלל לאפשרות שתקרה התוצאה מקום שאדם מן היישוב יכול היה לצפות ולכן אין כאן בחירה. קלות דעת- מקרה בו צופית את האפשרות שתקרה התוצאה ואני עושה אותו בכל זאת ומקווה שהתוצאה לא תגרם ולכן יש כאן בחירה. יש כאלה שאומרים שגם ברשלנות יש בחירה- בחירה לא לדעת (מחדל מחשבתי) עצם זה שאדם מן היישוב יכול היה לדעת ואני לו מראה על כך שאני בוחרת כאילו לא לשים לב לדברים האלה. ההבדל פה הוא הבדל הכרתי: קל הדעת מודע והרשלן לא מודע. וגם ההבדל שיש בחירה או אין בחירה.
* המדרג הוא בעבירות התוצאותיות: 1. כוונה – 2. אדישות- 3. קלות דעת- 4. רשלנות.

**עבירות מטרה / עבירות כוונה מיוחדת:**

עבירות התנהגותיות ועדיין נמצא בהן רכיב של מטרה/ כוונה אך רכיב זה לא יתייחס להשגת תוצאה כלשהי אלא להשגת יעד מסוים שלא קבוע ביסוד העובדתי והוא לא תנאי להתהוות העבירה. למשל **סעיף 192** הנוגע לאיומים: יש את המושג כוונה אך הוא לא מתייחס להשגת תוצאה. **סעיף 144 ב**- יש כוונה שלא מתייחסת לתוצאה כי העבירה לא תוצאתית. **סעיף 238**- עבירה התנהגותית שלא שותקת. "ביודעין". בדיית ראיה לבד כל עוד רק צופים היא לא מספיקה כי אין רצון להטעות.

* יש עבירות שכוללות כוונה- רק אם גם רציתי ניתן להפליל אותי ויש את דרישת הכוונה שמצירה את הסעיף בעבירות שיש ערך מוגן נגדי. לדוגמא באיומים- צריך כוונה כי יש חופש הביטוי שעומד ממול.
* אם צופים משהו ברמת סבירות גבוהה זה גם ייחשב לכוונה.

מה עושים עם מונחים שלא כלולים בסעיף 20 ונוגעים ליסוד נפשי כמו: ביודעין, בידיעה, בכוונה, במזיד: **סעיף 90 א:** מתווך בין החלק החדש לישן ולכן כולל כל מיני מינוחים שהופיעו בחלק הישן ואשר את חלקם היום אני לא בהכרח צריכה. בעצם המילים מיותרות ולא צריך אותן. בכל מקום שניתקלים במינוח לא מוכר לפי המושגיות הרגילה של סעיף 20, הולכים לסעיף 90א. בכוונה שלא מתייחס לתוצאה- לפי 90א2 – מטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה ולכן הרכיב של הכוונה להפחידו הוא יסוד נפשי מיוחד של מטרה שלא חייבת באמת להתרחש בפועל כי היא לא מוגדרת כתוצאה/ רכיב תוצאתי. צריך לאיים על אדם מתוך רצון התחלתי להפחיד אותו אך לא צריך שהוא באמת יופחד בפועל בסופו של דבר. רצון להשיג יעד שלא חייב להתממש.

לקרוא את החומר תחת עצימת עיניים ולחזור על השיעור+ לנתח את העבירות שתשלח באתר.

**תרגול דיני עונשין 09.01.2020:**

**ניתוח עבירות:**

**יס"ע**

**התנהגות נסיבות תוצאה**

**\*** מעשה  **\*** קש"ס סיבתי

**\*** מחדל **\*** קש"ס משפטי

**\*** עבירות סטאטוס/החזקה

**\*** תוצאה- בעבירות תוצאה

**איתור סעיפי חוק:**

תנאי מקדמי לקיומה של עבירה: **נורמה אוסרת שקבועה בחוק**. בעצם, בכל פעם שרוצים לייחס אדם אחריות פלילית יש לאתר את כל סעיפי החוק הרלוונטיים לאותה נורמה אוסרת.

קיימים 4 מצבים לאיתור סעיפי החוק- מופיע במצגת.

* לפעמים צריך להפנות לסעיף ההגדרות 34 כד.
* כותרת ודין העבודה- לא מנתחים: לדוגמא כותרת של הסעיף או את הדין.
* הבוחן יהיה בעיקר על ניתוח עבירות ועל הלכות של פסקי דין+ לדעת את הסיפור הכללי של הפסק דין כי בדרך כלל יינתנו מקרים דומים אך לשים לב בעיקר על הלכת פסקי הדין.

**רכיב ההתנהגות:**

רכיב התנהגותי= מעשה לרבות מחדל (הימנעות מעשייה).

לדוגמא: בסעיף 333 הרכיב ההתנהגותי הוא "החובל". דוגמאות נוספות: הפוצע, הבועל, העושה....

**מעשה או מחדל?** תמיד לנתח לפי כלל המבחנים:

1. מבחן התנועה הגופנית של קוגלר- הזזת שרירים. (לפעמים גם עמידה במקום דורשת כוח מסוים כהזזת שרירים כמו חיילי הממלכה הבריטית). אם לא הזיז שרירים אז לכתוב את זה בבוחן.
2. מבחן הדומיננטיות- דומיננטיות ההתנהגות באירוע: גרימת נזק או אי הטבה.

**תנאים מצטברים למחדל:**

1. נורמה אוסרת/ עבירה פלילית: לפי ס' 18 ניתן לעבור כל עבירה במחדלאלא אם נאמר אחרת. למשל: ניתן לחבול באדם פסיביתבאמצעות אי כיסוי בור.
2. חובת עשייה- בדין/פסיקה/חוזה/חובת הצלה כללית.
3. הפרת חובת עשייה- ע"י הימנעות מעשייה ומקיום החובה**.**

**מקורות החובה:**

1. **חובות עשה הקבועות בדין:**
   * בדין הפלילי: לדוגמא חובות שמקורן בסעיפים 322-326. או עבירות מחדל פשוטות או ישירות כגון אי מניעת פשע.
   * בדין האזרחי: חוב"ז.
2. **חובות עשה פסיקתיות-** פס"ד לורנס. התנהגות מחדלית באי עשייה.
3. **חובת הצלה כללית-** לא תעמוד על דם רעך.
4. **חובות עשה הקבועות בחוזה-** שירותי הצלה, כבאות וכו'...

**אירועון:**

האירועון במצגת. ניתוח האירועון להלן:

קודם כל לדון אם מעשה או מחדל לפי 2 המבחנים. לפי קוגלר לכתוב שאין הזזת שרירים. לפי המבחן השני לדון אם הוא יצר את הנזק או רק לא היטיב אותו ולהכריע לפי הדעה האישית. במקרה זה, זה מחדל ולכן נלך לדון ב-3 התנאים המצטברים: נורמה אוסרת, חובר עשייה והפרת חובת העשייה. לנתח וליישם את 3 התנאים המצטברים. כאן יש את חובת האחריות לחסר ישע ובגלל שיש כאן מן חוזה אז גם לדון מבחינת חובה חוזית (חובת זהירות מכוח דיני החוזים). מבחינת נפרת החוזה פשוט נגיד שהפר את החובה בכך שישב ולא קם, נמנע מעשייה, לא שמר על התינוק כמו שצריך.

**עבירות סטטוס והחזקה-**

(הדיפולט זה מעשה או מחדל אך יש מקרים גם של האופציות האחרות):

1. **עבירת החזקה-** מתבטאת באיסור על החזקה של חפץ כלשהו (פיזית או קונסטרוקטיבית- **פס"ד הוכשטט**). למשל: החזקת סם, החזקת פרסום גזעני ועוד...
2. **עבירת סטטוס-** מתבטאת בהמצאות של אדם במקום או מצב מסוים. למשל: כניסה למקום צבאי או שטח חקלאי.

אין צורך במעשה אלא די בהמצאות במקום מסוים/ מצב מסוים או להחזיק דבר אסור בכדי לשכלל עבירה. זהו בעצם הרכיב ההתנהגותי.

**נסיבות:**

הנסיבות מעניקות להתנהגות את האופי הפלילי שלה.

* מדובר ברכיב ביסוד העובדתי שהוא לא התנהגות ולא תוצאה.
* בדרך כלל בעבירות שאינן תוצאותיות (עבירות התנהגות) יהיה רכיב התנהגותי+ נסיבות.

**תוצאה:**

הרכיב האחרון שמופיע רק בעבירות תוצאותיות.

* עבירות התנהגות הן עבירות ללא תוצאה כגון: ריגול (ס' 112(א)), תגרה (ס' 191) וכו'...

לצורך התגבשותן של עבירות תוצאה נדרשת תוצאה:

דוגמא: הריגה (ס' 298): הריגה זה גם מעשה וגם תוצאה\*, פציעה (ס' 334): הפוצע זה גם התנהגות וגם תוצאה, התפרעות שסופה נזק (ס' 157) שפה יש שינוי במצב דברים לאחר ההתנהגות ועוד...

* בתוצאה צריך פגיעה או שינוי במשהו מסוים כאשר אותו שינוי/ פגיעה נגרמו בשל אותה התנהגות (קש"ס) בשלב מאוחר יותר של הזמן.
* בעיקר עבירות המתה/ חבלה בגוף/ היזק לרכוש... אך לא רק.

**בתוצאה צריך להוכיח 2 אלמנטים של קש"ס: עובדתי ומשפטי:**

1. **מבחן עובדתי-** אלמלא ביצע הנאשם את ההתנהגות, האם הייתה נגרמת התוצאה?

לא- יש קש"ס, כן- אין קש"ס.

* + האם יש לי מספר גורמים מצטברים? מבחן הדיות (די בכך שאחד הגורמים יוביל לתוצאה בכדי שיואשם.

1. **מבחן משפטי-** מבחן הצפיות הסבירה.

האם אדם מן היישוב בנעליו של הנאשם יכול וצריך היה לצפות את התוצאה שנגרמה? **פס"ד בלקר**- על אדם לצפות את האפשרות שהתוצאה תקרה ואת סוג התוצאה בקווים כלליים- בעצם את אפשרות קרות התוצאה+ את סוגה.

# **במבחן צריך לבחון גם גולגולת דקיקה (פס"ד פטרומיליו) או גורם זר מתערב המנתקים קש"ס.**

אם לדוגמא יש מקרה שעקב גניבת תיק מישהו מת ואני חושבת שזה לא סביר אז עליי לכתוב: מוות בגין גניבה אינו נחשב לסביר ונוגע לגולגולת דקיקה ולכן מתנתק הקשר הסיבתי.

**נבחן קש"ס:**

1. מבחן האלמלא
2. מבחן הצפיות הסבירה.

צריך לדון **בהכל** כי הכל מצטבר.

**מקרים של התנהגות + תוצאה:**

לדוגמא: "הפוצע".

**השלכות בהבחנה בין עבירה התנהגותית לתוצאתית:**

1. יסוד עובדתי- הוכחת תוצאה (בעבירה תוצאתית).
2. יסוד עובדתי: קש"ס בין המעשה לבין התוצאה.
3. יסוד נפשי- יסוד נפשי כלפי תהוצאה. להוכיח מודעות (יסוד נפשי הכרתי)+ יסוד נפשי חפצי כלפי התוצאה.

* ההבחנה בין בעבירה ההתנהגותית לתוצאתית אינה מתודית בלבד ונדרש להוכיח 3 רכיבים נוספים.

**בבוחן צריך הכל (פסיקה, מאמרים וכו'..) עד היסוד הנפשי- בבוחן אין יסוד נפשי.**

**דיני עונשין 13.01.2020 (עצימת עיניים):**

**סעיף 19** קובע את ברירת המחדל: אדם מבצע עבירה רק אם עשה אותה עם מחשבה פלילית. (=התנאי להרשעה בעבירה פלילית היא קיומה של מודעות/ מחשבה פלילית). המודעות שנדרשת היא כלפי ההתנהגות, הנסיבות וכלפי התוצאה בעבירות תוצאותיות. מודעות הינה בעצם הכרה (היסוד ההכרתי). מלבד זאת, סעיף 19 קובע חריגים: רשלנות ואחריות קפידה. גם רשלנות וגם מחשבה פלילית הם סוגים של מחשבה פלילית אך הם סוגים חריגים, לא הסוגים שחלים בדרך כלל.

**סעיף 20א.** אומר שבקשר לתוצאה- יש יסוד נפשי מיוחד, יסוד חפצי: כוונה ופזיזות שמתחלקת לשני סוגים: אדישות וקלות דעת. בהנחה שהעבירה שותקת, היסוד החפצי שיהיה ברירת המחדל הוא קלות דעת. אם המחוקק ירצה לדרוש יסוד נפשי מוגבר יותר הוא יצטרך לכתוב זאת בהגדרת העבירה.

לכאורה, היינו אמורים לצפות לראות בעבירות רק את המינוחים האלה אך כשמסתכלים על החלק הספציפי יש מונחים שלא מופיעים בסעיף 19, 20, 21 ולכן יש את סעיף 90 א שנותן פירושים למינוחים של היסוד הנפשי שלא מתורגמים בתיקון 39. הצורך הזה בסעיף 90א נבע מכך שלא נעשתה התאמה בין החלק הכללי לספציפי.

**עבירות מטרה/ כוונה מיוחדת:**

**בסעיף 90א(2)** קיים מינוח: "בכוונה" וכוונה זו אינה מתייחסת לתוצאה. (זה בדרך כלל יבוא בעבירות התנהגותיות). לפעמים יש דרישה לכוונה אך מהגדרת העבירה רואים שהכוונה לא מיוחסת לתוצאה אלא ליעד מסוים שאינו חלק מן היסוד העובדתי של העבירה. לדוגמא: באיומים- "המאיים על אדם בכוונה להפחידו" (עבירה התנהגותית)- הבכוונה להפחיד היא ליעד שהאחר הופחד. בפועל, האדם לא צריך להיות מופחד על מנת שהעבירה תשתכלל אלא מספיק שהוא התכוון להפחידו וזה השונה מעבירות תוצאה שבהן, התוצאה אליה התכוונו חייבת להתקיים במישור העובדתי. בעבירות כאלו, היסוד הנפשי בנדרש הוא מחשבה פלילית: מודעות לטיב המעשה (איום), לנסיבות (אדם) ולאפשרות שהאיום יגרום להפחדה. בנוסף, לגבי הרכיב התוצאתי- גם כוונה שההפחדה בפועל תקרה. אם היה כתוב:" המאיים על אדם וגורם להפחדתו בכוונה" (עבירת כוונה תוצאתית)- התנאי להשתכללות העבירה היה שהאדם באמת פחד.

* השוני בין עבירות מטרה לבין עבירות תוצאותיות זה שבעבירות תוצאותיות נדרשת התממשות של הכוונה בפועל\*.
* "המאיים (התנהגות) על אדם (נסיבה) בכוונה להפחידו (מטרה 20א) וגורם למותו (תוצאה)" (עבירה תוצאתית עם רכיב של מטרה או כוונה מיוחדת) זה דוגמא לעבירת מטרה שהינה תוצאתית. מספיקה כאן קלות דעת ביחס לתוצאה- מספיק שהוא יודע שהאיומים עלולים לגרום למוות\*.

**סיכום קצר:** **סעיפים 19 – 21** כוללים סוגים שונים של יסוד נפשי כאשר סעיף 19 אומר שהכלל הוא שצריך להוכיח מחשבה פלילית כדי לייחס אחריות על העבירה לאדם מסוים (למעט עבירות של אחריות קפידה). המודעות צריכה להיות לכמה דברים (כמו שנאמר לעיל). בסעיף 20 קבוע יסוד נפשי של קלות דעת שהוא ברירת המחדל ולכן כאשר נדרש יסוד נפשי אחר, העבירה צריכה לכתוב את זה. מה עושים כאשר נתקלים במונחים שלא מופיעים בסעיפים 19-21? פה מגיע סעיף 90 א שהוא סעיף ההמרה שאומר שבכל מקום בהם מוזכרים המונחים האלה והאלה- נתרגם אותם כך. הסעיף בעצם מתרגם מונחים של יסוד נפשי שלא כתובים סעיפים 19-21. עבירת מטרה= עבירה שהרכיב המטרתי\* מתייחס להשגת יעד מסוים, העבירות האלו יהיו בדרך כלל התנהגותיות אך לא בהכרח, יכול להיות שעדיין רכיב המטרה יתייחס ליעד מסוים אך גם תידרש תוצאה מסוימת\*. רש כאשר הכוננה היא לגבי יעד כלשהו צריך את 90א. המטרה של עבירות המטרה זה לצמצם את האחריות הפלילית רק לאלה שבאמת היו אנטי חברתיים. ככל שמסתפקים ביסוד נפשי חמור יותר זה מצמצם את העבירה ולהפך.

**דיני עונשין 20.01.20:**

* להביא לבוחן את חוק העונשין. הבוחן יהיה שעה ורבע. יהיה ניתוח עבירות. חלק שיבדוק על בקיאות בחומרי קריאה- מאמרים, עמדות, דעות במאמרים- להכיר היטב את חומרי הקריאה. חלק שדורש יישום- אירועון עם סיפורים שמתבקשים ליישם אותו על החומר עצמו. בדרך האירועון יהיה על עבירה. המיקוד לא יהיה על היסוד הנפשי. להכיר יסוד נפשי ברמה הכללית: לדוגמא- בזדון= יסוד נפשי. אם יש במטרה ל- בכוונה ל- בזדון- לסמן יסוד נפשי. להכיר את ההבדלים בין המטרות של הצדק המאחה למטרות של הצדק העונשי.

**עצימת עיניים:**

סעיף 19 קובע את ברירת המחדל.

**סעיף 34 יח:**

**טעות במצב דברים**

34יח. (א)  העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

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

הסעיף אומר שאם אדם טועה בהבנת המציאות/ קריאת הסיטואציה העובדתית שקוראת מולו- נעריך את מעשיו לפי המציאות שהוא עצמו דימה בעת הביצוע. כלומר, אם אדם טועה לחשוב שהייתה הסכמה, לפי סעיף זה הוא לא יישא באחריות כי נשפוט אותו לפי האופן בו הוא דימה את הדברים. הסעיף בעצם אומר שמתחקים אחרי האופן בו הנאשם מפרש את המציאות.

* עולה השאלה מה החידוש של הסעיף אם ממילא לפי הכללים של המחשבה הפלילית אי אפשר לייחס תוצאות מבלי מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות? יש מקרים בהם הסעיף לא יוסיף כלום כי זה הצד השני של המטבע של דרישת מחשבה פלילית. בכל זאת, יש מקרים בהם הסעיף כן מוסיף: הסעיף מוסיף במצבים בהם לדוגמא אדם בטוח שיש תקיפה אך אין תקיפה- מדמה מצב מסוים שלא באמת קיים. לפי הכלל של מחשבה פלילית- הוא תוקף כרגע ולכן הוא מודע לכך אך הוא עושה זאת כי הוא בטוח שבאים לתקוף אותו. לפי דרישת המחשבה הפלילית הרגילה הוא יהיה אשם אך סעיף 34 י"ח יכול להציל אותו כי הוא היה בטוח שהוא נמצא במצב של הגנה עצמית (למרות שהוא לא).
* הבעיה היא שכל אחד יכול להגיד שהוא חשב ודימה מצב אחר. לשם כך יש את דיני הראיות שמעריכים את אמיתות הדברים. במקרים בהם הטעות הייתה טעות כנה יהיה פטור מאחריות פלילית. הרציונל פה זה שאין לאדם בחירה לפגוע בערך חברתי מוגן כי הוא היה בטוח ומשוכנע בכנות שהוא עושה משהו תקין ובסדר.
* הגנה עצמית מדומה- יש מנז ריאה במובן הצר ואין מנז ריאה במובן הרחב. משום שהאדם חושב שהוא נמצא בסיטואציה של הגנה עצמית אך הוא לא באמת נמצא בה.
* הסעיף הזה עולה בקנה אחד עם עקרון האשמה- אפילו אם זה שנוטה לחשוב שהוא בהגנה עצמית הוא התוקפן (כי הוא בעצם זה שתוקף למרות שלא עשו לו כלום) בא החוק ואומר שאם הטעות כנה ואמיתית- נפטור אותו מאחריות כי הולכים אחרי מה שהנאשם חשב ואיך שהוא תפס את הדברים.
* זה גם שונה מנזיקין כי בנזיקין מאשימם גם אם הבן אדם לא התכוון. מספיק שמישהו גרם נזק והא צריך לשלם ולתת פיצוי.
* לכאורה שקוראים את הסעיף ניתן לחשוב כי ניתן להפליל אדם שעשה בכוונה משהו שנראה לו כעבירה (הוא חושב שזה עבירה) אך זה לא באמת עבירה. אך אי אפשר לעשות זאת באמת כי האקטוס ראוס לא מתקיים.

האם יכול להיות מצב בו אם מיישמים את סעיף 34 יח הוא לא מביא לפטור מלא אך מביא להפללה בעבירה אחרת? מה עושים במקרה כזה?

לדוגמא: נגיד שיש סעיף : " הבועל אישה שלא בהסכמה החופשית כשגילה בין 16-18, דינו 15 שנים". וסעיף נוסף: " הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית כשגילה 14-16, דינו 19 שנה".

מקרה: פלוני בועל אישה שגילה בפועל הוא 15 אבל הוא נוטה לחשוב שהיא בת 17. מה קורה במקרה הזה? בעצם, יש פה עבירה בכל מקרה אך השאלה היא מה לייחס לו אם בכלל?

במקרה השני- היסוד העובדתי מתקיים לחלוטין. זה לא מספיק וצריך להראות גם יסוד נפשי אך כאן אין יסוד נפשי כי אין לו מודעות לגבי הגיל שלה. כאן נכנס הסייג של הטעות. לכאורה, לפי סעיף 34 י"ח- אין יסוד נפשי ולכן לא נוכל להאשימו. במקרה הראשון החוסר הוא ביסוד העובדתי. על כן, באף אחד מהמקרים אי אפשר להפליל אותו. ברור שלא יכול להיות שהוא לא יופלל בכלל וכאן נכנס פרק חדש- דוקטרינת הניסיון הפלילי – כשאדם בא לבצע עבירה פלילית והיסוד העובדתי לא הושלם מסיבה כלשהי- ניתן לייחס לו את העבירה רק על הניסיון. זה פרק חדש שנלמד בהמשך. הוא יישא באחריות לעבירת הניסיון אך לא בנוגע לאחד משני הסעיפים שכתבנו.

**סעיף 34 יט:**

ההבדל בינו לבין סעיף 34 י"ח זה שהוא מדבר על מצב בו הטעות הייתה במצב המשפטי- טעיתי לחשוב שלעשות פרסה זה מותר בעוד שבפועל היה אסור לעשות פרסה. החוק אומר שטעות כזו לא תעזור לנאשם כי אדם צריך להבין את הסיטואציה העובדתית שהוא עושה וההנחה היא שחזקה על אדם שהוא מכיר את האיסורים בחוק. ככלל אם אדם עושה משהו פלילי- גם אם הוא לא יודע שזה פלילי זה לא יעזור לו. אם היו מאפשרים- לאנשים היה תמריץ לא לדעת את החוק ואז היו אומרים על כל דבר שהם לא ידעו שזה אסור.

**בחזרה לעצימת עיניים:**

**ס' 20(ג)(1)** מבינים מהסעיף שהוא מסדיר את עניין המחשבה הפלילית ביחס להתנהגות ולנסיבות. החוק מניח שקילות נורמטיבית בין מקרה בו הייתי ממש מודעת לבין מקרה בו חשדתי אך לא ביררתי. החוק אומר שאם אדם חושד שהיא בת 15 ולא בירר- מניחים שהוא ידע שהיא בת 15. הדוקטרינה הזו נקראת עצימת עיניים משום שכאשר אדם חושד ולא מברר זה כי נוח לו, היה לו נוח להגיד שהוא לא ידע. אלמלא הדוקטרינה הזו- נאשמים בכוונה לא היו מבררים דברים ואז היו אומרים שאין להם אחריות פלילית כי לא ידעו ואף לא חשדו. אם אדם חושד ולא רוצה לברר- שפשוט לא יעשה את העבירה אבל שלא יבוא אחר כך ויגיד- לא ידעתי שהיא בת 15 ולכן לא ביררתי. לא יכול להיות שאנשים ייקחו את חוסר המודעות וישתמשו בה כפטור.

לגבי התוצאות- מה רף המינימום שנדרש לעבירה פלילית בעבירה תוצאתית? מודעות לאפשרות שהתוצאה תקרה. עצימת עיניים מיישר קו בין הרף המינימלי של היסוד הנפשי ליסוד הנפשי ולנסיבות לבין הר המינימלי של היסוד שהנפשי ....????? ביחד לכל פרטי היסוד העובדתי- מספיק שאדם רק חושד/ צופה.

אחת הבעיות הכי קשות במשפט הפלילי זה להוכיח מחשבה פלילית כי זה אלמנט שמצוי בלב/ במוח ואין דרך באמת לדעת מה יש בליבו של אדם. כשמדובר בעבירה של כוונה קל יותר להוכיח את הרכיב הזה מאשר במודעות. בתחום הפלילי בתי משפט פיתחו חזקות עובדתיות ככלי ראיה- מה זה אומר? **יש שני סוגי חזקות- חזקות עובדתיות וחזקות משפטיות:**

1. **חזקות עובדתיות:** חזקות שלא קובעות בחוק אלא מבוססות על עובדות שאם הן מוכחות בבית המשפט- בית המשפט מסיק מהן מסקנה מסוימת. ניסיון החיים מלמד שעובדות מסוימות מצמיחות מסקנות מסוימות ולכן המבנה של החזקות העובדתיות זה שאם יש חזקה מסוימת שהוכחה בבית המשפט- על סמך הוכחה זה בית המשפט יסיק מסקנות\*. למשל: חזקת המודעות- הטענה היא שבנסיבות המקרה התוצאה הייתה טבעית להתנהגות (לפי חוקי הפיזיקה, כוח המשכה וכו'...)- אם אדם עושה מעשים מסוימים שמהם מאוד מסתבר שיקרה משהו מסוים- חזקה שאם עשה זאת הוא צפה את התוצאה שקרתה. לדוגמא: גופה שיש בה 20 דקירות בלב, אי אפשר לחשוב שלא התכוונו לרצוח אותו. מהיסוד העובדתי אפשר להסיק דברים ליסוד הנפשי.
2. **חזקות משפטיות:** חזקות שקבועות בחוק והרעיון שעומד מאחוריהן זה שהן הופכות את נטל ההוכחה במקרים מסוימים. יש חזקות משפטיות מוחלטות שאי אפשר לצאת נגדן ויש כאלה שניתנות לסתירה- מראים משהו שיכול לסתור אותן. כמו חזקת החפות- כל עוד לא הוכחה אשמתו של אדם הוא בגדר חף מפשע. אפשר להפריך חזקה זו על ידי כך שנראה שהוא פשע. בעצם מעבירים את נטל ההוכחה למדינה. גם אחריות קפידה היא חזקה משפטית- לפי סעיף ב ניתן להפריך את החזקה.

* מייחסים לאדם אחריות גם אם הוא רק חשד לקיום נסיבות כי מניחים שאם הוא לא בירר הוא השלים עם האופציה שהנסיבות כן התקיימו. רואים באדם כאילו השלים עם האפשרות שתהיה פגיעה בערך מוגן.

**ההבדל בין טעות במצב דברים לעצימת עיניים:** טעות במצב דברים זה כשאין בכלל חשד- אין מחשבה פלילית. לעומת זאת- עצימת עיניים זה כשיש חדש/ מחשבה פלילית. חשד הוא מקרה בו כן מתגנבת לי לראש המחשבה שמשהו קורה. אלו בעצם ממש הפכים.

**גם רשלנות שונה מעצימת עיניים:** ברשלנות אין מודעות לכך שמשהו יקרה ולכן זה גם הפוך מעצימת עיניים.

**יש שאלה אם החשד צריך להיות מעשי/ מבוסס? מהי מידת החשד שצריך?** לפני תיקון 39, הדעה שהובעה היא שהחשד צריך להיות רציונלי וצריך להיות דרגה גבוהה על מנת שאדם יצטרך לברר ועל מנת שיחשב כאשם אם לא יברר. אחרי התיקון העמדה היא שדי בכל חשד סובייקטיבי ממשי ולאו דווקא בדרגה גבוהה, על מנת שנפליל אותו. אם נפרש את הסעיף כדורש רמה גבוהה של חשד זה ייתן תמריץ לאנשים לא לברר ולא לשים לב ולכן כל חשד סובייקטיבי ממשי יספיק על מנת להכניס אדם לסעיף (ג)(1).

* מלשון החוק משתמע שלא נייחס אחריות אם לאדם לא הייתה אפשרות לברר. לדוגמא: אם צריך לבצע עבירה פלילית על מנת לאשש את החשד. לדוגמא: האזנת סתר על מנת לדעת אם משהו נכון באמת או מקרים של סיכון וכו'... החוק שותק במקרים האלו והשורה התחתונה היא שאין הכרעה במקרי גבול כאלה. לפי ההבנה שלה במקרים שבהם אין אפשרות לברר או שיש אפשרות וזה כרוך בסיכון/ ביצוע עבירה- אי אפשר להכיל עצימת עיניים אבל יש מי שסבורים שבשביל להגן על ערכים מסוימים צריך לבקש מאנשים לברר\*???. קוגלר נותן סוג של אפשרות אחרת לחלוטין להבין את הדוקטרינה ואומר שהדוקטרינה הייתה צריכה להיות בנויה באופן שונה לגמרי. קוגלר שם את הזרקור על השאלה: האם אדם לקח סיכון בלתי סביר? קוגלר מסכים עם כך שיש מקרים בהם אי אפשר לברר אך לדעתו אם אדם רוצה להישאר בצד הבטוח עליו פשוט להימנע מהתנהגות. מדבריו של קוגלר הוא בעצם אומר שחובת הבירור בחוק היא מיותרת כי אין לה משמעות עצמאית, לדעתו מה שרלוונטי זה אם האדם שחשד לקח סיכון בלתי סביר בהתנהגותו (סיכון בלתי סביר שהחשד מתקיים). קוגלר נותן את דוגמת החנוכיה. קוגלר אומר שהשאלה אם אדם לקח סיכון סביר או לא סביר זה עניין של הכרעה נורמטיבית\*. אם הסתבר בדיעבד שהסיכון היה לא סביר- אכלת אותה. הבירור עצמו הוא לא תנאי לבד שהוא חשוב אלא משתלב עם עוד דברים כמו חומרת העבירה ועוד.. ( בירור הוא אחד התנאים שיכול לעזור להראות אם הבירור היה סביר או לא\*). הצעתו של קוגלר לא התקבלה בתיקון 39. הביקורת על קוגלר – זה שלא הגיוני להגיד לבן אדם רק בדיעבד מה היה סביר או לא סביר.
* לסעיף 20 (ג)(1) יש תחולה כללית ולכן חל על כל העבירות בחלק הספציפי. לפי סעיף 34 כתוב שיכול לחול גם על דברים אחרים אם נקבע אחרת. יכול להיות מצב בו דבר חקיקה מסוים מחריג את סעיף 20 (ג)(1) כמו בהלבנת הון. ויש חוק שדין ספציפי קודם לחוק כללי ולכן צריך להתחשב גם בזה. השאלה אם הפסיקה יכולה לחדש החרגות כאלו. אין לי מושג מה היא בכלל.

**פס"ד הר-שפי:**

הייתה טענה האם היא ידעה שיגאל אמיר זומם לעשות פשע. השאלה המשפטית היא במישור היסוד הנפשי כי היא ידעה. בגלל שהיה מדובר בסיטואציה רגשית (הייתה מאוהבת בו) היא שכנעה את עצמה , למרות כל העובדות, שהוא לא הולך לבצע פשע. חשין קובע שהיא ידעה. עולה השאלה איך אפשר לדעת שהיא ידעה? הביאו ראיות ומידע רב שמהם החזקה הייתה שהיא ידעה. השאלה היא מה קורה כשמישהו רק חושד ולא בודק? האם כלל עצימת העניים חל על 2.6.2? בית המשפט הכריע שהיא ידעה ממש ולכן כל הדיון על נושא החשד הוא אוביטר בפסק הדין. לגופו של פסק הדין לא היה צריך להגיע לנושא הזה כי הכריעו שהיא ידעה. **לכן צריך לדעת ולכתוב שהלכת הר שפי היא אוביטר!!** בהר שפי אחת הטענות שנטענו בגלגולים הקודמים הייתה שבגלל שכתוב "מי שידע כי פלוני זומם" צריך לפרש את "מי שידע" כיסוד נפשי של ביודעין אך פירשו את זה בבית המשפט כנסיבה. בעבירות מחדל- מה שמייצר את החובה לפעול זה נסיבות חיצוניות שמתעוררות. פה הייתה הטענה שלא צריכות להתקיים שום נסיבות חיצוניות בחוץ חוץ מהידיעה של האדם. פה אין אפשרות של פשוט לא לפעול אם יש חשד. מספיק שמקיימות הנסיבות החיצוניות שמקימות את החובה, אני יודעת ואני חייבת לקום ולברר\*. אחת הטענות בערכאה הנמוכה זה שידיעה זה לא יסוד נפשי אלא נסיבה ואז אם זאת נסיבה ולא יסוד נפשי אפשר להגיד שאין עצימת עיניים כי הוא חל על היסוד הנפשי ועל דרישת המודעות. בית המשפט המחוזי הלך לכיוון הזה. כמובן שהביקורת היא שנסיבות הן משהו שחייב להתקיים מחוץ לעולם הפנימי של החושד (קשה להגיד שידיעה היא נסיבה). בית המשפט הוביל בדרך הזויה לכך. בית המשפט אמר שמי שידע זה נסחבה ואז לא יצטרכו להוכיח את הבירור?. בעליון, חשין הרגיש שהדבר הנכון הוא לצמצם על כלל עצימת העיניים במקרה כזה כי היא מחדלית (ולכן מצמצמת חירות), היא יכולה לעודד מלשנות (כי אנשים כל הזמן יבדקו בשביל להגן על עצמם). באנגליה העבירה לא קיימת (של אי מניעת פשע), בגרמניה רק על עבירות מאוד מסוימות. אצלנו זה בכללי לכל פשע- אם אתה יודע אתה נושא באחריות לעבירה עצמה. חשין הרגיש שצריך לצמצם את העבירה לפחות ביסוד הנפשי כי היא מאוד רחבה ולכן ידרשו ידיעה מלאה, ממשית ולא רק חשד ולכן לא רצה להכיל על זה את כלל עצימת העיניים. בעצם אומר שמה שבית המשפט המחוזי עשה זה מופרך כי מי שידע זה לא נסיבה ולכן הלך על הכלל שהכלל הספציפי שגובר על הכללי- בגלל שמדובר על עבירה מאוד מסוימת, מחדלית, בעלת אופי מיוחד, לאדם יש קושי לברר מה אדם אחר זומם (מונה הרבה מאוד נימוקים) ולכן נכון להחריג וצריך לעשות חקיקה שיפוטית- במשתמע, להחריג את ההגדרה. לפי חשין זה לא צריך להיעשות רק בחוק ממש אלא יכול גם בדרך של פסיקה. טוען כמו המחוזי אך מדרך אחרת\*. מקרים בהם סייגים מסוימים לא יחולו על חלק ההגנות\* זה הולך לחומרה. חשין הולך לקולא. השאלה המעניינת היא מה היה קורה אם היה מדובר על סעיף שלא מקל עם הנאשם אלא מחמיר איתו. לפי דעתה לא היה עושה את זה אם היה מדובר בסעיף שמחמיר עם נאשמים. המשמעות של פסק דין זה, זה שייתכן שית המשפט גם בעתיד יחריג את תחולת החלק הכללי ??? (להשלים 5 מילים שהיא אמרה) אבל ככל הנראה זה יקרה רק במקרים בהם המהלך יוביל לצמצום האחריות הפלילית.

**דיני עונשין, 16.03.2020, כוונה:**

**לגבי קלות הדעת-** כאשר העבירה שותקת (לא כוללת שום מילה או מושג שמרמז על יסוד נפשי ויש רק רכיב עובדתי). בעבירות כאלו היסוד הנפשי המינימלי שנדרש הוא קלות דעת. כלומר, אם העבירה למשל "החובל בחברו חבלה חמורה" אז המשמעות היא (מכיוון שהעבירה שותקת) שצריך להוכיח מודעות הנאשם לטיב המעשה, לקיום הנסיבה (שמולו נמצא אדם) ומודעות לכך שהוא יכול לגרום לחבלה חמורה ובנוסף גם לפי **20א2** צריך להוכיח גם רכיב חפצי- קלות דעת. אם הנאשם היה מאופיין באדישות אז קל וחומר שניתן להרשיע אותו.

**עצימת עיניים=** מקרה שבו אני חושדת שנסיבה מסוימת מתקיימת אך אני נמנעת מלברר. (**ס' 20ג (1)**). דרישת הבירור נוגעת כמובן למקרים בהם האדם יכול היה לברר.

**\*\*לא יכול להיות יסוד נפשי של אדישות בעבירה התנהגותית. (קלות דעת, אדישות וכו'... קשורים רק לעבירות תוצאה). אין תוצאה ולכן לא צריך יסוד נפשי שמייחס לתוצאה.**

**עבירות מטרה=** סוג של עבירות שכן דורשות רכיב של רצון, אך הרצון הוא לא השגת תוצאה שקבועה ברכיב העובדתי אלא רצון ליעד מסוים. לדוגמא: "המאיים על אדם בכוונה להפחידו"- צריך להראות רצון להפחיד אך לא צריך להראות שהאדם אכן הופחד. (תוצאת ההפחדה לא קבועה ביסוד העובדתי של העבירה). עבירות מטרה יופיעו ב-2 מקרים:

1. **כצורה מוחמרת של עבירת פזיזות קיימת-** כלומר, כשהיא מחמירה עבירת מודעות קיימת. לדוגמא: ס' 113(ג) שהוא עבירה התנהגותית. במקרה כזה לא מספיק שהאדם הוא קל דעת משום שכתוב "התכוון". על מנת להיות בחלק השני של העבירה (הסיפא, לאחר ה-; ), צריך להראות שהאדם עצמו לא רק קיים את החלק הראשון אלא שהוא גם רצה לפגוע בביטחון המדינה. הסיפא נותן בעצם חלופה התנהגותית שמאפשרת לדרוש מטרה/ כוונה. (זה הפורמט של עבירות מטרה- כשיש רצון של הנאשם ליצור משהו אך לא חייב שהמשהו אכן יתקיים בפועל במישור העובדתי).

דוגמא נוספת: "הגורם לחברו חבלה חמורה בכוונה להפחידו". יש כאן עבירת מטרה תוצאתית. ביחס לחבלה חמורה החוק שותק ולא מדבר על דרישת כוונה לגרימת החבלה החמורה. הכוונה מתייחסת להפחדה. היסוד הנפשי שנדרש לחבלה החמורה הוא קלות דעת משום שהחוק לא נוקב בשום מושג אחר.

1. **כעבירת בסיס-**מקרים שבהם אין עבירת בסיס שמסתפקת ביסוד נפשי נמוך מכוונה. כלומר, היסוד הנפשי המינימלי על מנת להיכנס להגדרת עבירה מסוימת הוא כוונה (אין עבירה מקבילה עם יסוד נפשי נמוך יותר). לדוגמא: **ס' 260 (א):** "היודע שפלוני עבר עבירה ומקבל אותו.... בכוונה שיימלט מעונש...". אם אין את הכוונה שימלט מעונש, אין עבירה. אם יש עבירה מקבילה שמסתפקת ביסוד נפשי נמוך יותר זה הגיוני. הקושי מתעורר במקרים שבהם דרישת הכוונה באה ללא עבירות בסיס שדורשות יסוד נפשי נמוך יותר לאותה העבירה.

מהו הרציונל לדרישת כוונה בעבירות בסיס (יצחק קוגלר)?

1. נזקים שמצדיקים התערבות של המשפט הפלילי אך הם קלים יחסית. לכן, תנאי להפללה הוא דרישה של יסוד נפשי חזק של כוונה. מצירים את העבירה על ידי כך שדורשים בה יסוד נפשי חזק של כוונה וזה מצמצם את גדרי העבירה בין השאר מן הסיבות שהמשפט הפלילי צריך להיות כלי המשפט האחרון. כן חושבים שהעבירה צריכה להיכנס למשפט פלילי אך רק בידה והתקיים יסוד נפשי חזק של כוונה. לדוגמא: חוק איסור לשון הרע. ס' 6 לחוק אומר שמי שמפרסם לשון הרע בלי להתכוון לפגוע במישהו לא ייכנס למשפט הפלילי (אם הוא צפה שזה יכול לפגוע אך לא התכוון לכך זה גם לא נכנס להגדרת העבירה. זה רק במקרים בהם המפרסם רצה לפגוע).
2. כשמדובר בעבירות שבבסיס המעשה שקבוע בהן עומד ערך חברתי חיובי שיש בו תועלת או רעיון של הגנה על זכויות. לדוגמא: עבירת הסתה לגזענות- מדוע המחוקק הישראלי דורש דווקא מטרה לעורר שנאה גזענית ולא מודעות? זה מאפיין הרבה פעמים עבירות ביטוי. יש חשש בהקשר של העבירות האלו שאם נפליל כל בן אדם שרק היה מודע לכך שהפרסום יכול להוביל לתפיסה גזענית, זה יוביל להרשעה של רבים ויפגע בחופש הביטוי. האופן בה מנוסחת העבירה הוא רחב ביותר: "המפרסם דבר"- דבר זה משהו מאוד רחב. אומרים שיש לפרש את המושג דבר כמשהו שבא על בסיס גזעני\*. ברק אומר שיש הרחבה מוגזמת של היסוד העובדתי. בפס"ד אלבה מצא חולק על עמדתו של ברק טלפי דעתו מפרשים "דבר" ככל דבר כי זו לשון החוק ולא ניתן להתערב. ויכוח דומה התעורר גם **בפסק דין כהנא** (6696/96 ע"פ). גם פה ברק אומר שחייבים לצמצם את "דבר" למשהו שיש לו פוטנציאל להמריד לגזענות הוא גם אומר שלא מספיקה ההצרה ע"י דרישת "כוונה" כי העבירה עדיין נשארת רחבה ויכולה לפגוע בחופש הביטוי.
3. כשהערך שעליו באה להגן העבירה נפגע רק כשההתנהגות מלווה בכוונה ולא בפזיזות. כלומר, כשהעבירה מלווה בפזיזות אין שום בעיה. אחת הטענות נטענות על עבירת לשון הרע: הערך המוגן בעבירת לשון הרע הוא השם הטוב והיא מגבילה את חופש הביוטי (העבירה). כשמפלילים על לשון הרע בסופו של דבר זה על מנת למנוע אלימות. כלומר, הערך החברתי המוגן הוא שמירה על הסדר החברתי ולאו דווקא על השם הטוב. כאשר יש כוונה לפגוע בשם הטוב יש יותר סיכוי לתגובה אלימה מצד הנפגע ולכן נכנס כאן גם העניין של סדר חברתי. דוגמא נוספת: המרות דת. למה אין הפללה במידה ואין כוונה? ("כדי" מסמן כוונה). ההנחה היא שמדינה דמוקרטית אנו לא רוצים לאסור על אנשים להמיר דעת אך המחוקק רואה בעין רעה מקרים בהם ממסחרים את הדת.

**הלכת הצפיות:** מהו הדין בהם אדם לא פועל מתוך כוונה אך הוא צופה שיש סיכוי גבוה שמשהו יקרה? דוגמא: **הלכת סיטה\*:** ביקשו מפרופסור חומרים סודיים תמורת כסף. הפרופסור אמר שהוא לא התכוון לפגוע בביטחון המדינה אלא רק רצה כסף ולכן אין להרשיע אותו. בית המשפט אומר שאם לנאשם יש צפיה ודאית שמסירת המידע תביא לפגיעה בביטחון המדינה זה נחשב ככוונה. לאחר מכן נוצרה הלכת הצפיות- כשאדם צופה בוודאות שמשהו יקרה רואים אותו כאילו התכוון לכך. הרעיון היה שכשאדם צופה כאשפרות קרובה לוודאי לתוצאות מסוימות יקרו, הוא משלים עם קרות התוצאות. עיגנו את הלכת הצפיות בתיקון 39 בסעיף **20 ב.** לפעמים קוראים למצב הזה ודאות מעשית כי באופן מעשי האדם ידע שבטוח הדבר יקרה. (סיכום: החוק מניח שקילות ערכית בדרגה כלשהי+ רצון שהתוצאה תתרחש, לבין הצפייה בוודאות מעשית+ בלא דרישה של רצון שהתוצאה תתרחש).

לשיעור הבא: לקרוא את המאמר של קרן שפירא ואת פס"ד ביטון נ' סולטאן על הלכת הצפיות.

**דיני עונשין, 23.03.2020:**

**הלכת הצפיות- ס' 20ב:**

החוק אומר שאנו מניחים שיש שקילות ערכית בין רצון לכך שהתוצאה תקרה לבין צפיית התוצאות לאפשרות קרובה לוודאי. אם ניתן להוכיח שהנאשם צפה את התוצאות כאשפרות קרובה לוודאי זה כאילו הוכחתי שהוא התכוון לכך שהתוצאות יקרו.

נימוקים לכך:

1. קוגלר- במקרים של כוונה ושל צפיה שהסתברות קרובה לוודאי קיימת בחירה. יש מכנה משותף ושניהם מייצגים מצב של בחירה. ( במקרה של כוונה ובמקרה של צפייה בהסתברות קרובה לוודאי קיימת בחירה, החלטה לגרום לתוצאה. יש מכנה משותף בין המצבים ולכן הם בעצם מצבי נפש זהים).
2. פלר- שני המצבים של צפיה קרובה לוודאי ורצון הם דברים שונים ללא מכונה משותף. בכוונה יש רצון ובצפייה קרובה לוודאי אין רצון. מבחינה ערכית החוק אומר ששמים על אותה מדרגה נורמטיבית של אנטי חברתיות. (אין מכנה משותף בבין כוונה לצפייה בהסתברות קרובה לוודאי. בכוונה- יש חפץ. קרובה לוודאי- אין חפץ. מדובר במצבי נפש שונים. למרות זאת, הם שקולים מבחינה ערכית.).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מידת הרצון** | **מידת הצפייה** |
| **כוונה** | גבוהה | יכולה להיות נמוכה |
| **צפייה באפשרות קרובה לוודאי** | נמוכה | חייבת להיות גבוהה |

תיקון 39 אימץ את הגישה של פלר.

ביקורת על פלר- מקרים של כוונה יכולים לבוא גם עם מידת צפייה גבוהה. להשלים את הביקורת המלאה. שיעור זום 23.03.2020. (כנראה שהשיעור נמחק עקב נפילת אינטרנט).

**החלטה ובחירה:**

קוגלר אומר שבחירה זה שאני עושה משהו שהמשמעות שלו היא שיש לי אלטרנטיבה ואני נוהגת בדרך אחרת למרות שיש לי אופציה לנהוג אחרת.

פלר אומר שמבחינה ערכית מתייחסים לזה בצורה זהה.

**יש שאומרים שבחירה והחלטה הם אותו דבר ויש כאלו שאומרים שאלו מצבים שונים.**

**תחולת כלל הצפיות על עבירות מטרה:**

* **כלל הצפיות שבסעיף 20 (ב) חל אוטומטית על כל עבירות הכוונה התוצאותיות.**

"לעניין כוונה" (בסעיף 20ב, מפנה אותנו לסעיף 20 א (1)\*). הכלל של סעיף 20 ב אוטומטית חל על כל עבירות הכוונה התוצאותיות. השאלה שעלתה בפסיקה היא מה באשר לעבירות מטרה שהן התנהגותיות (רכיב הכוונה מתייחס לא לרכיב תוצאתי אלא להשגת יעד או מניע שהם לא חלק מהמישור העובדתי), האם ניתן גם כאן להכיל את סעיף 20ב? כלומר, האם הלכת הצפיות תחול גם על עבירות מטרה (שבהן דרישת החפץ אינה מתייחסת לרכיב תוצאתי אלא להשגת יעד או מניע שאינם חלק מהיסוד העובדתי?)? ההבדל הוא במישור העובדתי כי ביסוד הנפשי של שניהם יש חפץ להשיג משהו\*. גם בעבירת מטרה התנהגותית יש חפץ להשיג יעד כלשהו ולכן לא מספיק רק מודעות לטיב המעשה וקיום הנסיבות אלא גם כוונה להשיג משהו.

בגלל שההבדל בין עבירות כוונה תוצאותיות ועבירות מטרה התנהגותיות הוא עובדתי כי בשניהם צריך צפיה/ רצון להשיג משהו.

גישת הפסיקה: הגישה המכלילה/ הגורפת אל מול הגישה הגמישה/ החלקית.

פס"ד אלבה. הגישה המכלילה אומרת שברגע שהחוק קובע תחולה גורפת של אז הכלל חל באופן גורף גם על עבירות התנהגותיות כי אין הבדל עקרוני בין היסוד הנפשי בעבירות מטרה התנהגותיות לתוצאותיות (מצא). אין סיבה להבחין בין עבירות כוונה תוצאותיות לעבירות מטרה התנהגותיות כי הלכת הצפיות מתייחסת ליסוד הנפשי ואם אין הבדל ביסוד הנפשי אז זה לא משנה. (להשליםםם).

גישת הרוב באלבה: לא. יש בעיה לקחת את סעיף 20 ב ולהחילו באופן גורף על עבירות מטרה התנהגותיות. הם אומרים לאמץ גישה חלקית לפיה סעיף 20 ב יחול רק על עבירות כוונה תוצאותיות אך לא יהווה הסדר שלילי על הלכת הצפיות הפסיקתית. בית המשפט יידרש כל פעם לבדוק איזה עבירת מטרה עומדת לפניו.

פס"ד אלגד:

הסיפור על השוטר שמגיע למועדון בזמן קטטה ואז נפצע מרסיס זכוכית ופוחד שנוכחותו במועדון תיוודע לממונים עליו שיחשבו שעבד שם ללא היתר. משקר בחקירה המשפטית ואמר שהוא לא היה למועדון. בסוף זה נחשף ומתעוררת השאלה האם העבירה של 244 היא עבירה שמתקיימת גם במקרה שהוא רק צפה כאפשרות קרובה לוודאי שאמירת השקר תפגע בהליך השיפוטי? הוא הרי שיקר רק בשביל שלא יחשפו שהוא עבד במועדון ללא היתר. אומר שמספיק שצפה שאמירת השקר תפגע בהליך השיפוטי הרי שזה כאילו הוכחנו שהוא התכוון. כלומר, האם הלכת הצפיות תחול על עבירת המטרה הזאת? כאן רואים את הגישה הגמישה: בייניש מאמצת את הגישה הזאת ואמרת שבכל מקרה ומקרה בית המשפט משאיר לעצמו את האפשרות לבחון את עבירת המטרה הרלוונטית ולבדוק האם מוצדק במקרה הזה להחיל עליה את הלכת הצפיות. כאן היא אומרת שאין שום ערך חברתי שעומד מנגד לרצון למנוע הליך שיפוטי. יש אדם שמשקר וצופה כאפשרות קרובה לוודאי שתגרם הכשלה של הליך שיפוטי ולכן אין שום סיבה לא להחיל עליו את הלכת הצפיות.

יכול להיות שזה פוגע בעקרון החוקיות כי משאיר חוסר וודאות. הגישה הגמישה אפילו לא אומרת מתי כן ומתי לא אלא שבית המשפט יחליט בעצמו בכל מקרה. כבר היה עדיף את הגישה המכלילה או להכליל ולהגיד שעל כל העבירות גם ההתנהגותיות חלה הלכת הצפיות.

ביטון נגד סולטאן- ברק מאמץ את הגישה הגמישה. אם יש עבירת התנהגות שדורת רכיב של מטרה או כוונה קודם בודקים את תכלית האיסור ולאחר מכן אם יש להחיל את הלכת הצפיות. הנימוק שברק נותן הוא למה בכל זאת נכון לא לאמץ גישה גורפת . הוא אומר שאי אפשר להתעלם מהבדל שכן קיים בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה. בעבירות תוצאה, היסוד העובדתי בפועל מותנה בזה שהתוצאה תקרה. בעבירות התנהגות מספיק שהאדם רוצה לגרום לנזק ולא חייב שהנזק יתממש בפועל. לדעתו יש להפחית את היסוד הנפשי בעבירות התוצאה לא נורא שנרחיב את היסוד הנפשי ונקל על ההרשעה כי יש מקדם בטחון ביסוד העובדתי שודרש שהתוצאה תקרה. בעבירות התנהגותיות האנטי חברתיות פחות באות לידי ביטוי במובן הפיזי ולכן גם כשהמוקד הוא ביסוד הנפשי שם דווקא בעייתי לפעמים להכיל את הלכת הצפיות ולהרחיב את תחולת העבירה . זה מביא אותו לתוצאה שיש מקום להשאיר שיקול דעת לבית המשפט..........זה מה שברק עושה בעבירת לשון הרע- כל הרעיון הוא – יש עוולה נזיקית שפותרת את הבעיות הרגילות. יש שני סוגי טיעונים: מצא: אין הבדל בין עבירות כוונה תוצאותיות לעבירות מטרה התנהגויות, רק ביסוד העובדתי. ברק אומר הפוך- יש הבדל ביסוד העובדתי ולכן בגלל שעבירות הכוונה התוצאתיות הן יותר ......... עבירות הכוונה המטרתיות האנטי חברתיות שלהם נשאבת מן היסוד הנפשי ולא חייבת לקרות תוצאה בפועל.

**לפי קרמלינצר-** הלכת הצפיות צריכה לחול על כל עבירות המטרה או הכוונה. הם פשוט שחכו.

**גישתו של פלר:** מבחין בין עבירות מטרה שעליהן תחול הלכת הצפיות לבין עבירות מניע שעליה לא תחול ביקורת- אין הבדל מעשי בין מניע למטרה. האבחנה קשה. מניע זה הסיבה הפנימית שגורמת לדם להתנהג בצורה מסוימת. מטרה לעומת זאת היא משהו עתידי- עושה את המעשה מתוך רצון שמשהו יקרה בעתיד. ההבדל חשוב כי בעבירות שבהם המושג בכוונה מתקשר למניע אז זה משהו שקורה בעבר. בעבירות מטרה בהם אדם פועל מתוך מטרה שזה פני עתיד הלכת הצפיות כן יכולה לחול כי זה עושה שכל שהלכת הצפיות תחול כשאדם עושה משהו שצופה פני עתיד. מבקרים את ואומרים שאין באמת הבדל מעשי בין מטרה למניע כי גם מניע יכול להתכוון למשהו עתידי ולכן גישתו של פלר היא מאוד בעייתית. משתמשים בפלר כדי להגיד כן/ לא כשלא מספיק ברור. הגישה לא מאוד עוזרת לנו.

1. המאיים על אדם בכוונה להפחידו.
2. המאיים על אדם וגורם להפחדתו בכוונה.

ההבדל היחיד הוא שב3 ההפחדה לא צריכה להתממש בפועל ואילו ב4 ההפחדה היא רכיב תוצאתי שחייב להתקיים בפועל. נשאלת שאלת הצפיות שבסעיף 20 ב ביחס לעבירות הדומות לעבירה 1. 20 ב חל לכאורה רק על עבירות תוצאותיות (כמו עבירה 2).

**דיני עונשין, 30.03.2020:**

המשך פזיזות:

עד לתיקון 30 לא הייתה הבחנה בין סוגי הפזיזות.

בתיקון 39 נקבעו 2 סוגי פזיזות:

1. **אדישות=** פולה מתוך שוויון נפש לגרימת התוצאה..
2. **קלות דעת=** פעולה מתוך תקווה להצליח למנוע תוצאה. יודע שעלולה לקרות תוצאה אך מנסה לשכנע את עצמו או לדחוק לפינה את האפשרות שהתוצאה תקרה. היא קוראת להם או המהמר המטורף או האיוול המוחלט. (קרן שפירא קוראת להם ככה). ההבדל לעומת רשלנות: ברשלנות האדם בכלל לא מודע לתוצאה האפשרות אך בקלות דעת הוא מודע לה אך דוחק אותה ומקווה שהיא לא תקרה. הקפיצה מקלות דעת לרשלנות היא קפיצה מעבירות מחשבה פלילית לרשלנות.

פעולה במצב נפשי של קלות דעת: **פס"ד דויטש-** מקרה שמדגים את הרעיון של סיטואציה בה אדם שוהה במצב של קלות דעת. בפסק הדין אין אזכור של המושג "קלות דעת" כי באותו זמן עוד לא הייתה את ההבחנה הזאת שנוצרה בתיקון 39. דויטש היה אדריכל שיצא עם הפועלים שלו למחצבה. כשהוא מגיע למקום, מגיעים פקחים ומזהירים אותו שעלולה להיות שם מפולת אם הוא יחפור שם. הוא מחכה שהם ילכו, חופר, חוצב אבנים ומתרחשת מפולת. בעקבות כך, 2 מהפועלים שלו נהרגים. הוא מורשע בעבירת הריגה. ברור שדויטש פעל פה במצב של קלות דעת מהטיפוס של המהמר המטורף- הוא מבין לחלוטין שהתוצאות הקטלניות יכולות להתרחש ובכל זאת הוא הולך וממשיך לחפור שם. קלות הדעת זו פעולה שמערבת נטילת סיכונים.

התפיסה לפי המחוקק היא שהסיכון שהוא נוטל הוא סיכון בלתי סביר. איך נקבע אם סיכון הוא סביר או בלתי סביר? המונח סיכון סביר נוגע לשאלה נורמטיבית שבית המשפט הוא זה שמעריך אותה. בית המשפט עושה זאת ע"י כך שהוא מסתכל על כלל הנסיבות- נזק, תועלת, ההסתברות לנזק... אם ניקח את הדוגמא של דויטש- הוא לקח סיכון של פגיעה בערך חיי אדם עבור תועלת כלכלית. ברור שזה לא הדבר הכי הכרחי בעולם ולכן התועלת בטלה בשישים. בשביל להראות מצב של קלות דעת צריך קודם כל להראות שהסיכון שנלקח הינו סיכון בלתי סביר. באדישות לעומת זאת, לא מופיעה הדרישה של סיכון בלתי סביר. האם היא לא קיימת? יש ויכוח בספרות לגבי כך. יש שהחליטו שנדרש סיכון בלתי סביר גם באדישות. לגבי כוונה- יש מחלוקת, יש כאלה שחושבים (כמו קרלינצר) שדרישה זו קיימת במשתמע מכוונה ולעומת זאת יש כאלה (כמו קוגלר) שבכוונה יש יסוד נפשי מיוחד. האדם עושה משהו שהוא כל כך אנטי חברתי בכוונה ולכן לא צריך לבדוק כאן סיכון בלתי סביר.

כאמור, באדישות לא נאמר אם הסיכון הוא סביר או לא סביר- אם נקבע שהסיכון צריך להיות לא סביר ניתן להגיד שזה פוגע בעקרון החוקיות כי בעצם בית המשפט הוא זה שצריך להחליט שהסיכון הוא אינו סביר.

איך בנוי המשפט הקונינטלי? ברשלנות- על מנת להרשיע אדם צריך להראות מחשבה פלילית. מספר עבירות הרשלנות הוא הרבה יותר קטן (כי אין הרבה עבירות רשלנות בחוק העונשין, הרוב מסתפקות במודעות). בנוסף, העונש של עבירות רשלנות הוא רק עד 3 שנים משום שתופסים את עבירות רשלנות כפחות חמורות.

**המשפט הישראלי VS המשפט הגרמני**

|  |  |
| --- | --- |
| **עולם המחשבה הפלילית** | **עולם הרשלנות (נחשב יוצא דופן)** |
| **כוונה (**נטילת סיכון בלתי סביר מדעת תוך רצון לגרום לתוצאה) + הלכת הצפיות (צפיה בהסתברות קרובה לוודאי) |  |
| **אדישות** (נטילת סיכון בלתי סביר מדעת תוך שוויון נפש ביחס לקרות התוצאה) | נטילת סיכון בלתי סביר שלא מדעת בנסיבות בהן אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע. |
| **קלות דעת** (=נטילת סיכון בלתי סביר מדעת תוך תקווה שהתוצאה לא תתרחש). |  |

|  |  |
| --- | --- |
| **עולם המחשבה הפלילית** | **עולם הרשלנות (נחשב יוצא דופן)** |
| **כוונה ישירה** (מקביל לכוונה אצלנו) |  |
| **כוונה עקיפה** (מקביל להלכת הצפיות אצלנו, כלומר צפייה בהסתברות קרובה לוודאי) | נטילת סיכון בלתי סביר:   1. מדעת (מקביל אצלנו לקלות דעת). 2. שלא מדעת (מקביל אצלנו לרשלנות) |
| **אדישות** |  |

אצל הגרמנים, אם אדם קיווה שהתוצאה לא תקרה הם רואים זאת כפחות חריף כי אין באמת רצון אמיתי לפגוע בער מוגן. אצל הגרמנים, מי שפעל בקלות דעת בדרך כלל לא יישא באחריות פלילית. השיטה הישראלית יותר מחמירה כי מכניסה את קלות דעת לאחריות פלילית. בעצם מכניסה יותר נאשים למעגל לעומת גרמניה שקלות דעת נכנסת לרשלנות שלה כמות עבירות דעת נמוכה יותר ולכן בגרמניה רוב האנשים שפועלים בקלות דעת לא יישאו באחריות פלילית.

במשפט הישראלי- החיתוך בין מחשבה פלילית לרשלנות זה מדעת/ לא מדעת כמו במשפט האנגלו אמריקאי. אך שונה מהמשפט האנגלו אמריקאי ...??? לא חשוב אך בכל זאת להשלים.

בתיקון 113 חלק מהאפשרות לקבוע את העונש תלויה במידת האשמה של הנאשם. אשמת הנאשם היא בעצם היסוד הנפשי שלו.

המאמר של קרן שפירא: היא באה ושואלת איך אפשר להסביר את תופעת קלות הדעת? יש מקרים בהם אדם מודע באופן מלא לסיכון הבלתי סביר אך הולך אליו בעיניים פתוחות ובתקווה שהתוצאה לא תקרה (זה המהמר המטורף). העובדה שהרבה אנשים מודעים לכך שמשהו יקרה ולמרות זאת פועלים, מראה שהמקרה של המהמר המטורף הוא לא זה שקיים תמיד. היא מכניסה את המצב של רוחב המודעות- לעומת המקרים של המהמר המטורף (שזהו מקרה חריג), יש מקרים בהם האדם פועל, יש לו את האינפורמציה שממנה הוא יכול להבין שהתוצאה תקרה בהסתברות ממשית אך הוא לא שם לב לאינפורמציה הזו משום שהוא פועל בחוסר ריכוז. באותו רגע שבו הוא פועל, הראש שלו נמצא במקום אחר. שפירא אומרת שזה מקרה פרדיגמטי של קל הדעת. אותו קל דעת שהוא לא מהמר מטורף, זה בדיוק אותו מקרה של חוסר ריכוז. חוק העונשים מגדיר קל דעת באופן חד ממדי. יש ציר של רוחב המודעות שמתאר את מידת ההסתברות שבה אדם צופה שהתוצאה תקרה. שפירא אומרת שיש הרבה מאוד מקרים בהם ברור שרוחב המודעות של הפועל הוא גבוה (יש לו מידע בהסתברות שתוצאה תקרה היא גבוהה) ועדיין ברור שהסיכון הוא לא מחושב . לכן היא מציעה להוסיף ציר נוסף של מידת הריכוז בה אדם ניחן בזמן ביצוע הפעולה. קל הדעת, במקרים בהם הוא לא מהמר מטורף, הוא בעצם אדם שלא מפנים את המידע שבידיו. עומק המודעות שלו לא מלא. למרות זאת, קל הדעת עדיין נמצא בעולם המחשבה הפלילית .

**המאמר של קרן שפירא כפי שכתוב במצגת:**

כיצד ניתן להסביר את התופעה של קלות דעת?

הסבר 1: מקרים של המהמר המטורף או האיוול המוחלט= אדם מודע באופן מלא לסיכון הבלתי סביר, מקווה שלא יתממש אך עדיין בוחר ללכת אליו בעיניים פקוחות אבל מקרים אלה הם פחות נפוצים, לכן צריך הסבר חלופי.

הסבר 2: אדם פועל אמנם כשיש לו את המידע הדרוש להסיק שפועלתו יוצרת סיכון בהסתברות ממשית, אך הוא אינו מעבד את המידע ולא מבצע את ההערכה הזאת משום שפועל במצב של חוסר ריכוז, היסח דעת, חוסר תשומת לב.

שפירא-אטינגר מציעה לתאר את המודעות על פני 2 צירים:

1. רוחב המודעות= מידת ההסתברות שבה אדם צופה את האפשרות שהתוצאה תתרחש.
2. עומק המודעות= מידת הריכוז ותשומת הלב שבה אדם ניחן בעת הפעולה.

שפירא חושבת שיש לשנות את הגדרת קלות הדעת מכזאת ששמה דגש על ברוחב לכזאת ששמה דגש על העומק. לטענתה, כיום חוק העונשין מתעלם מהציר של עומק המודעות.



**דיני עונשין 20.04.20- רפורמה עבירות ההמתה:**

**התהליך שהוביל לרפורמה:**

ב2007 שר המשפטים דאז, דניאל פרידמן, ממנה צוות בראשות פרופ' קרמניצר להצעת רפורמה בעבירות ההמתה (בעקבות דנ"פ ביטון). באוגוסט 2011 דוח הצוות מפורסם. ביולי 2014- הצעת החוק הראשונה מפורסמת ברשומות, לא נדונה. בנובמבר 2015 הצעת החוק השניה מפורסמת ברשומות. יולי 2016- דצמבר 2018- דיונים בוועדת החוקה. 10.01.19- פרסום חוק העונשין (תיקון מס' 137) התשע"ט 2019- ברשומות. 10.07.19- כניסה לתוקף.

**הדין הישן :**

היו 3 עבירות מרכזיות- עבירת הרצח שכללה מספר נסיבות (גורם במזיד למותו של ....) וכללה גם עונש חובה, עבירת ההריגה שהייתה רחבה מאוד ולכן בעייתית ועבירת גרימת מוות ברשלנות (ס' 304). בעצם היו מקרים רבים של עבירות המתה ואת כולם היו צריכים להכניס לעבירות הנ"ל, דבר שיצר מצב שאינו רצוי.

**המדרג ברפורמה:**

* רצח בנסיבות מחמירות- מאסר עולם חובה+ פתח מילוט.
* רצח- יסוד נפשי של כוונה ואדישות- מאסר עולם כעונש מרבי.
* המתה בנסיבות של אחריות מופחתת- מאסר עשרים שנה / חמש עשרה שנה.
* המתה בקלות דעת- מאסר 12 שנים.
* גרימת מוות ברשלנות- מאסר 3 שנים.

התאמה לעקרון האשמה.

**עבירת הרצח הבסיסית:**

עד לרפורמה- כוונה\* ואדישות נכנסו לקטגוריה אחת שנקראה פזיזות.

* משמעות מאסר עולם- סעיף 311 א- "מאסר עולם בלתי קצוב או מאסר לתקופה שלא תעלה על 30 שנה".
* דוגמאות- סכינאות? חזקות ראייתיות. (סכינאות- כאלה שלוקחים סכין ודוקרים אנשים, רוב הפעמים חושבים שהיסוד הנפשי הקיים במבצעי מעשים אלו זה אדישות).
* בתי המשפט הבחינו בפסיקה בין כוונה לאדישות לעניין העונש כשהם הרשיעו בעבירת הרצח הבסיסית.

תיק המגב- בעל שהיכה את אשתו עם מגב והיא נפטרה. בבית המשפט הוא טען שתמיד היה מכה אותה והיא לא הייתה מתה ולכן זה שהיא מתה זה היה חריג. בית המשפט הרשיע אותו בהמתה (עבירת הרצח הבסיסית).

**רצח בנסיבות מחמירות- תכנון או שקילה:**

עבירה זו דורשת יסוד נפשי של אדישות.

* לעומת כוונה תחילה- הפסיקה הרחיבה את יסודות הכוונה תחילה: הכנה, החלטה להמית והיעדר קינטור. הכנה היא הכנה פיזית ויכולה להתלבש תוך כדי המעשה, אין מדובר בהכנה נפשית לביצוע המעשה. קינטור= התגרות, בעבירת הרצח הישנה (ס' 300 א' 2) התביעה הייתה צריכה להוכיח העדר קנטור על מנת להרשיע ברצח. הנושא של התגרות פורש ע"י 2 מבחנים: האדם איבד את השליטה העצמית עקב התגרות חמורה, יסוד אובייקטיבי שהכניסה הפסיקה- אדם סביר בנעליו של העושה היה מתקנטר מאותה התנהגות. (העדר קנטור= התביעה הייתה צריכה להוכיח שהאדם פעל שלא בנסיבות של תגובה להתגרות. כלומר לא היה מישהו שהתגרה בו כך שהוא גרם למוות תוך אבדן עשתונות, בלהט הרגע, אלא הוא פעל בקור רוח). הרפורמה למעשה ביטלה את המושג "כוונה תחילה" ובכך ביקשה לעקוף את הקשיים הפרשניים שהתעוררו סביב הרכיב של "הכנה", "החלטה להמית" ו"העדר קנטור". בחלופה של כוונה תחילה בעבירת הרצח לפני התיקון היו 3 רכיבים: החלטה להמית, הכנה, העדר קנטור. (ס' 300 (א) (2) לפני הרפורמה.
* דו"ח צוות קרמניצר- "יודגש כי לא מדובר אך במקרים של התנקשות מתוכננת זמן מה מראש (מבחינה מוסרית היה לו את הפנאי לשאול האם הוא רוצה במות הקורבן או לא, לא מדובר על מקרה בו האדם בה , בודק איפה נמצא החלון, איפה המיטה וכל מיני דברים כאלה שמכינים אותו לרצח\*), אלא במקרים בהם הממית גיבש החלטה שקולה לקטול את קורבנו, להבדיל ממקרים בהם הרצון נוצר בצורה ספונטאנית ובלהט הרגע".

נאשם הלך למועדון- התחיל לריב אם אדם אחר, הלך לביתו מתוך עצבים, עלה על כסא, לקח סכין שהיה מוחבא לו בתקרה (כל הזמן יש שותף בדירתו שרואה הכל). אותו אדם בא למועדון, התחיל לריב עם האדם השני, בעל במועדון הוציא אותם החוצה ושם הוא דקר אותו 8 דקירות עמוקות. הנדקר ברח, הדוקר לא רדף אחריו ושם הנדקר מת. השאלה מה עושים במקרה כזה? ההליכה להצטייד בסכין זה פרק זמן משמעותי שהיה לו כדי לחשוב על הרצח, מצד שני הוא לא דקר אותו ישר כשהוא הגיע למועדון, מצד שלישי אולי הוא חיכה להזדמנות מספיק טובה מצד רביעי הוא לא רדף אחריו שוב, מצד חמישי הוא היה בטוח שאחרי 8 דקירות כאלו האדם ימות. בסוף בית המשפט הרשיע ברצח בנסיבות מחמירות.

**רצח אב או סב- נסיבה שבוטלה:**

מניע לביטול- תפיסת עולם פטריארכלית, משפחה אידילית.

במקום הנסיבה הזאת יש נסיבות אחרות של רצח בנסיבות מחמירות שמתייחסות לפגיעה בקטין או באדם לו יש לך חובה מוסרית או משפטית לדאוג. ברצח בנסיבות מחמירות צריך להראות את הפגיעה בערך המוגן הנוסף. ברצח אב או סב לא סברו שיש פגיעה נוספת בערך מוגן נוסף.

**רצח בנסיבות מחמירות- רצח תוך ביצוע עבירה:**

אדם שמצבע עבירה ולו קלה ומוכן בשביל זה להרוג אדם אחר- למשל מישהו שנוסע בלי רישיון שזה לא כל כך חמור, הוא מוכן לדרוס את השוטר ולהרוג אותו כדי שלא יעצרו אותו, על עבירה יחסית פעוטה הוא עושה מעשה מאוד מאוד חמור. הכנסת לא קיבלה את הצעה זו. היא קיבלה רק עבירות חמורות שמעבירות מהרצח הבסיסי לרצח בנסיבות מחמירות כי אלו מקרים מובהקים (שוד, אונס...).

דוגמא: **דאהר וזעתרה (**מחוזי נצרת**)**- תיק ניסיון שוד שהסתבך : הנאשמים חברו יחד לאדם 3 לבצע שוד בדירה בה מתבצעים הימורים. דאהר והאחר הצטיידו בסכינים והיו רעולי פנים. תפקידו של זעאתרה היה להסיע את השותפים לשוד. לאחר שהסתיר את לוחיות הזיהוי ברכב וחלקו בשלל היה אמור לעמוד על 20 אחוז. לאחר הכניסה לזירה דקר דהאר את אחד המשתתפים בידו והאחר דקר את המנוח בגבו, השניים נמלטו מהדירה ללא שביצעו את השוד. בית המשפט זיכה את ההוא שדקר את האדם בידו. \*\* להשלים מה קרה פה.

יסוד נפשי כלפי גרימת המוות- אדישות או רשלנות?

**נסיבות מחמירות חדשות:**

סעיפים 300 (3)-(7). נסיבה 5: עוצבה למשהו שמכונה רצח על כבוד המשפחה- אנו סבורים שיכולים להיות לזה אפקטים נוספים גם בהקשר של כתות כמו גואל רצון אך בראש ובראשונה זה עבירה שנתפסת עונשית כי היא סוטה מן המקובל. הפגיעה בערך המוגן הנוסף היא לא רק ההמתה של הקורבן אלא משדרת גם מסר של הגבלת החירות בציבור גדול יותר. לדוגמא: אם אישה נוקטת בהתנהגות שנחשבת עצמאית: הולכת לעבודה וכו'... וההתנהגות שלה גורמת להתנהגות של משפחתה לבצע בה מעשה המתה, המסר עובר לכלל הנשים באותו ציבור, שאם הן יתנהגו כמוה, החרב תלויה להן מעל הראש. יש מדינות בהן יש הגנה תרבותית, אצלנו אין הגנה תרבותית ואף מעשים כאלו נחשבים למעשים הנכנסים למדרג נסיבות החומרה הגבוהה ביותר.

מקרה נוסף שנכנס לנסיבה הזו: ארגון פשיעה שאחד מאנשיו הופך להיות עד מדינה. לאחר שהוא העיד והמשפט נגמר (הוא לא נכנס לנסיבה 3). בגלל שהוא דיבר על הארגון, רצחו אותו. לכן זה גם עונה על נסיבות העבירה- הטלת מורא כלפי מי שמצטרף או בשייך לאותו ארגון פשיעה.

נסיבה 6: תיק המגב נכנס לנסיבה זו. הנושא של רצח במשפחה הוא נושא מורכב. עצם הקשר המשפטי עצמו לא ביטא פגיעה בערך מוגן נוסף. מדובר על התעללות שנמשכת עד גרימת המוות של בן הזוג. בניגוד ליתר הנסיבות המחמירות אנו מתייחסים למעשים לא כחלק מן המעשה עצמו. העבר הפלילי שלמעשה מהווה עבירה נפרדת- לא מוכנים לצבור אותם על מנת שיהוו נסיבות מחמירות לעבירת ההמתה. כאן זה חריג. משום שמדובר על מערכת יחסים של שליטה ואלימות זה מהווה כמעשה אחד\* ולא רואים את המעשים כנפרדים. אי אפשר להבין את המעשה וחומרתו במנותק מהתמונה כולה.

**רצח בנסיבות מחמירות – אכזריות:**

כל רצח מעצם טבעו הוא מעשה אכזרי. בכל זאת יש הפרדה בין מעשה אכזרי למעשה אכזרי עוד יותר:

* אונס ורצח (מחוזי באר שבע- ערעור תלוי ועומד בעליון).
* חטיפה ורצח. (מחוזי נצרת).
* רצח לעיני הילדים. (יש כאן גם פגיעה בילדים עצמם וגם פגיעה בנרצחת כי נגרם לה סבל עוד יותר רב ועודף מכך שהיא יודעת שילדיה רואים אותה נרצחת).
* המתה בהצתה- רצח האחות טובה קררו. (מחוזי ת"א).
* רצח במכות ובסקילה, (מחוזי באר שבע). הצתת המנוח אינה מהווה אכזריות כי לא ברור אם היה בחיים בעת ההצתה.
* רצח המנוח במיטתו לנגד עיני הילדים (מחוזי חיפה).
* ריבוי דקירות. (מחוזי תל אביב).

לא מרשיעים בעבירות נפרדות- עבירת המתה ועבירת אלימות כי עבירת ההמתה בולעת את עברית האלימות. אונס לא נבלע בעבירת המתה אך הוא מאפר להחמיר את עבירת הרצח בגלל האונס\*.

**רצח בנסיבות מחמירות- סכנה ממשית לחיי אחר:**

* במקור כוונה הנסיבה להנחת מטענים , הצתות ובכנסת עלתה גם הדוגמא של ירי חסר הבחנה.
* מדיניות הפרקליטות- הפרשנות של הנסיבה מאפשרת יישומה גם במקרה בו הנאשם ירה לעבר פלוני בכוונה לגרום למותו וסיכן בכך אדם אחר שנמצא בזירה בין אם פגע בו ובין אם לאו.
* לא ניתן לעשות שימוש שנסיבה כאשר הירי כלפי האדם האחר היה מכוון.

**פתח המילוט:**

301 (א) קובע את רשימת הנסיבות המחמירות אך אנו לעולם לא נצפה את כל הנסיבות בהם אדם יבצע עבירה לכן השאירו פתח צר שמאפשר לבית המשפט לבחון את מידת האשמה שבמעשה ולראות האם יש במקרה הקונקרטי נסיבות שמאפשרות לבית המשט לא להרשיע בגין רצח בנסיבות מחמירות אלא בעבירת הרצח הבסיסית ואז העונש הוא כמובן לא עונש חובה. הסנגוריה רצתה שזה יחול גם בנסיבות שקשורות לנאשם, הכוונה לנסיבות מיוחדות שמתקיימות במעשה ומאפשרות להקל איתו בעונש ולא בנסיבות שהתקיימו שבנאשם ולכן לא קיבלו את דעת הסנגוריה. דוגמאות: המתת חסד, שידול לרצח בנסיבות מחמירות.

* דעת המיעוט של הסנגוריה בצוות קרמניצר- אלא אם מצא בית המשפט כי קיימות נסיבות מיוחדות במצדיקות הקלה בעונש.

חשין אומר שלא בטוח שכל מקרי השידול לרצח בנסיבות מחמירות, מתאים להם מאסר עולם כי בכל זאת זה לא שהאדם עצמו ביצע את הרצח ולכן במקרים כאלו בהם חושבים כמו חשין, אפשר לגשת לפתח המילוט.

**המתה בנסיבות של אחריות מופחתת:**

1. **מצוקה נפשית קשה עקב התעללות:**

הסיפור של כרמלה בוחבוט. כשהנאשם היה נתון במצוקה נפשית עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו. אין שינוי נוסח למרות הצעות שעלו להרחבה. שינוי הענישה בעקבות הדיונים בכנסת לחמש עשרה שנות מאסר. הגנה עצמית נרחבת עדיין לא אומצה.

1. **קינטור- דין ישן:**

* יסוד שלילי- נטל על התביעה. בתכלס גם הנאשם היה צריך להעלות את טענת הקינטור אך רוב הפעמים בית המשפט לא קיבל אותה.
* הנאשם פעל "בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות המעשה".
* הצדקות: 1. התחשבות בחולשת הטבע האנושי. 2. אדם אשר מגיב באופן ספונטאני, במצב של זעם עז הנובע מהתגרות, עלול להתקשות מאוד לשקול את התוצאה המוסרית של מעשיו.
* מבחן נורמטיבי (מפ"ד סגל ועד דנ"פ ביטון).
* ממד נורמטיבי גם ב"התגרות" (פרופ' פלר).
* ביקורת.

**קינטור:**

ההמתה בוצעה בתכוף אחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות והתקיימו 2 התנאים הנ"ל:

1. בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו.
2. יש בקושי כאמור בפסקה א כדי למתן אשמתו בשים לב למכלול נסיבות המקרה.

* זניחת מבחן האדם הסביר.
* הותרת מבחן נורמטיבי.
* קינטור מצטבר- פס"ד היילו.
* המבחן הראשון הוא סובייקטיבי.
* פלר\* אומר שקללות וגידופים ותקיפות קלות לא עוברים את רף ההתגרות. רק דברים ממשים ומורים שלעיתים הם נוגדים את הדין.
* קנטור מצטבר היילו- המית בצורה אכזרית בן אדם שאנס אותו. בית הפשט המחוזי והעליון נחלקו בשאלת סיווג המקרה- המחוזי אמר התעללות מתוך מצב נפשי קשה ב היה היילו. העליון אמר שלא נראה להם ענישה מופחתת ומתאים תיוג אחר- עבירת ההריגה שאליה צריך להגיע ע"י קנטור אך הקנטור לא היה באותו רגע אלא קודם לכן ולכן יצרו דוקטרינה של קנטור מצטבר- בעצם דברים מטברים שיחד שברו את הקש שעל גב הגמל. ההתעללות. להשלים עוד כמה משפטים. את היילו בסוף האשימו בהריגה.

\*\* יש כתיבה מעניינת ורבה בספרות שמבקרת את "הנחת הרציונאליות" – אותה הנחה שלפיה עבריין יושב ושוקל לפני הביצוע האם כדאי לו לבצע את המעשה בהינתן העונש שקבוע לו. ואכן, חלק מהביקורות גורסות כי ההנחה הזאת אינה מגובה אמפירית ולכן יש בעיה קשה איתה. (אין לי מושג למה זה קשור).

\*\* עונש על רצח בנסיבות מחמירות מאשר להטיל מאסר עולם חובה ובנוסף לכך גם תיוג.

\*\*רשימת עבירות ההמתה שנחקקו במסגרת הרפורמה נמצאת בסעיפים 300 עד 301 ג.

1. **הפרעה נפשית חמורה.**

* **הפרעה נפשית:**

במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבל היכולתו של הנאשם במידה ניכרת אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 ח:

1. להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשיו, או :
2. להמנע מעשיית המעשה.

* אין שינוי נוסח.
* הוראות מעבר: ביקורת ארגון משפחות נרצחים ונרצחות.

1. **סטייה מסייגים לאחריות פלילית.**

**דיני עונשין- 27.04.2020:**

**פתח המילוט:**

מה דרגת השכנוע שמוטלת על הנאשם כדי לגרום לכך שבית המשפט יקבל את זה שהנסיבות המיוחדות שלו ת?

הנטל שמוטל על הנאשם הוא להעלות ספק בהתקיימות הסייג ואם הספק לא הוסר זה זיכוי.

ספק זה פחות מ50 אחוז.

רלוונטי גם לנטלים ולאחריות מופחתת.

* פס"ד בנושא בני משפחת אצי שהורשעו בשוד ורצח של בעל כרם ובנושא הזה בית המשפט העלה את הסיפור של מאזן הסתברויות. בית המשפט קבע שהנאשם לא הצליח להעלות ספק בפתח המילוט אז הכל היה באמרות אגב.

לגבי קינטור- עד התיקון קינטור היה יסוד שלילי שהתביעה צריכה להוכיח בשביל להרשיע ברצח בכוונה תחילה- להוכיח העדר קינטור. במציאות היו מחכים שהנאשם יטען לקינטור ואז היו אוספים ראיות להתמודדות עם הטענה שלו. היום זה יסוד חיובי שנמצא בתוך האחריות המופחתת. מה הנטל שצריך להיות על הנאשם כדי שיוכל להכנס לשער של האחריות המופחתת ומה בית המשפט צריך להשתכנע כדי שיגיד שמתקיימת לו נסיבה של אחריות מופחתת? די בכך שהנאשם מעלה ספק והוא לא הוסר. אין לנו עוד מבחנים חוץ ממאזן הסצברויות וספק. בסייג לרוב יהיה מאזן הסתברויות\*. מבחן הסבר מתאים רק לסייגים שהמשמעות שלהם הוא זיכוי מאחריות פלילית.

**הפרעה נפשית:**

כשמדברים על נסיבה מפחיתת אשמה אנו לא מסתפקים בכל שהנאשם היה קרוב לסייג. מעטים מאוד הנאשמים שנקבע לגביהם שהם נכנסים ל300 א א . כשמדובר על ענישה מופחתת, בית המשפט קבע חד משמעית שהנטל על הנאשם במאזן הסתברויות. די בכך שהנאשם יעלה ספק של הפרעה נפשית. מאוד חוששים ממניפולציות והפרעות אישיות שיעצים הנאשם עד כדי הפרעה נפשית. אישות אנטי סוציאלית זה מבנה אישיות ולא הפרעה נפשית והחשש שיווצר בלבול בין מבני אישות כאלו להפרעות נפשיות.

הוראות מעבר:

כלל הגיליוטינה- סעיף ב לחור העונשין- אם מוטל על נאשם עונש שלאחר מכן קוצץ ע"י המחוקק- יחול עליו העונש המרבי החדש. היו אנשים שהורשעו ברצח לפי 300 א א בדר"כ בהסדרי טיעון. נאשמים כאלו שנגזר עליהם מעל 20 שנה. הרפורמה נותנת הקלה משמעותית. ארגון משפחי נרצחים ונרצחות הגישו עתירה בגלל הסיפור הזה והיא נדחתה. כרגע 9 אנשים.

סטייה מועטה מהגנות:

גם בנוסח של היה סעף שאפשר ענישה מופחתת אבל הרפורמה עשתה בכך שינוי מסויים. כאן לגבי הסייגים יש 2 מבחנים- יתון האשמה ומבחן נורמטיבי???

כדי שבית המשפט יקבע שרצח הוא מעשה סביר הוא צריך להוכיח שזה לא היה בלתי סביר? כמו בקינטור החלטנו להתנתק ממבחן הסבירות ולא להשוות את ההתנהגות להתנהגות של מבחן סביר. ללכת למבחן של מיתון אשמה ואז לבדוק אם יש או אין מיתון אשמה. אדם סביר הרי לעולם לא יבצע מעשה המתה. נראה שיהיו יותר מקרים שייכנסו לנסיבה מפחיתת אשמה זו מאשר בעבר.

סומך- בית המשפט הסכל על התיק כ-0 או 100. בחרו לא לתייגוו גרוצח או כהורג אלא פשוט לזכות אותו. זה נותן מיקוד אשמה יותר מדויק שמאפשר לבית המשפט שיקול דעת יותר ריב.

**חזקות של אדישות:**

הסביבה להווספות הסעיף יש מוקומות בהם המחוקק קובע חזקה של יסוד נפשי של אדישות- גם אם הנאשם הקונקרטי לא היה אדיש, החוק כן מתייחס אליו ככזה. מצבים כאלו סברנו לשא ראוי להחליף לעבירת הרצח הבסיסית כי אמרנו שאדישות זה יסוד נפשי שמבטא זלזול מופגן בערך של חיי אדם. אך אם זה מה שהנאשם יוצר זה לא?

פס"ד ע"פ דהן- אונס קבוצתי של תיירת בהרי אילת. אחד האונסים לקח אבן וזרק על ראשה של הנאנסת, היא עשתה כאילו היא מתה והם ברחו מהמקום. בית המשפט החליט ש-? הורשעו בהמתה בחזקות של אדישות- אחריות מופחתת.

סייג שכרות- קוראים לזה סייג אך יש פה גם הרחבת אחריות. במצב כזה של שכרות מודעת- מייחסים לו יסוד נפשי של אדישות, בדרך כלל זה קורא בתאונות דרכים. ביתה משפט נדרש לשאלת רמת השכרות מה שבעבר היה פחות רלוונטי.

לדוגמא: אדם שיכור שרצח בגלל שכרותו בתאונת דרכים. בית המשפט נותן הקלה ביסוד הנפשי או הפחתת אחריות? כי לא היה יסוד נפשי לרצוח. אך כן מייחסים לו יסוד נפשי אחר. בדרך כלל בן אדם משתכר לא כדי לבצע עבירה.

**להשלים את הסיכום של כל השיעור הזה.**

המתה בקלות דעת:

הרפורמה פיצלה את עבירת ההריגה בין אדישות לקלות דעת.

המקרים שנכנסים להמתה בקלות דעת:

נהיגה מסוכנת- היום נכנס להמתה בקלות דעת. אדם שנכנס לרכב מסכן בראש ובראשונה את עצמו.

משחק בנשק- פס"ד מיררו- אדם שמשחק בנשק ונפלט כדור שגורם למוות. בעבר הרשעה בעבירת ההריגה כי כאילן היה מודע לסכנה. היום המתה

קריסות מבנים- אסון המכביה.

מסיעי מחבלים-אדם שהסיע אדם שחשד שהוא מחבל הוא קל דעת כי חשב אבל קיווה שלא. בדרך כלל שזה ממש בולט בעין. נגיד ביום חם להיות עם מעיל דובון.

אסון צפית-הוציאו את החניכים על אף תחזית לגשם באותו יום מתוך תקווה שזה לא יתממש. המתח הוא בין רשלנות לקלות הדעת.

פס"ד צור-גם קשור ליטיולים ושטפונות.

אצלנו בשביל להרשיע על תוצאה קטלנית צריך להראות יסוד נפשי לתוצאה הקטלנית

פס"S הקסדה איתי סגן שחבט בקסדה של מישהו אחר. בסוף האדם מת. לפני הרפורמה הורשע בהריגה של 9 שנים. לאחר מכן רצו להעלות ל12 שנה מ9 ובפסיקה עכשיו נחלקו הדעות,.. יש כאלו שחושבים שהרפורמה גרמה להקלה בקלות דעת. אבל בתכלס התכוונו לבטא את הענישה הקיימת בקטגוריות אחרות.בעצם היום המושג הריגה הוא מושג שעבר עיו הקלח. היום עבירת ההריגה התצלה בין שלל העבירות האחרות שמופעיות ברפורמה. העובדה שעבירת ההריגה הייתה רחבה מידי שלא יוצרת תיוג ועונש הולם גרמה לכך. בתיקי תאונות דרכים לא היו פסיקות שהטילו עונשים של יותר מ12 שנה.

**פס"ד כאמל דיאב=** במשקרה שלאדם נוהג ברכב יש את החזקה שהוא לא רוצה להתאבד ולכן מייחסים לרוב קלות דעת?. מקרה שאתגר את הנושא הזה. סיימי טריילר שנהג בכביש ראשי, חצה צומת מרכזית על ף רמזור אדום ולא כגניבת רמזור אלא זמן ממושך לאחר שהרמזור התחלף לאדום. התנגש באוטו ונהרגו 3 אנשים. במחוזי קבעו שהיסוד הנפשי של הנהג הוא של אדישות. לפני הרפורמה לא הי...? היסוד הנפשי היה קלות דעת והרפורמה הקלה עליו? צריך להיות מורשע בהתה בקלות דעת ולא בהריגה. העליון דחה את הטענה- האם הדחיה היא קבלת המקרים שגורמים למוות יכולים להכנס לעבירת הרצח הבסיסית או שהעליון לא רצה לסטות ממה שקבע המחוזי בקשר ל? ? לכן, הוא דחה את הטענה. הפרקליטות אמרה שיהיו מקרים חמורים מאוד בהם גם בנהיגה היוד הנפשי של הנהג שגרם למוות של אחרים יהיה אדישות. היסוד הנפשי של קלות דעת- קיווה שהתוצאה הקטלנית לא תמות.

מאסר עולם זה מאסר עולם ממש- להיות בכלא כל החיים. על זה מתלבש מנגנון החנינה.

**רשלנות:**

מדובר ביסוד נפשי שהוא לא מאוד חמור הגם שהוא עדיין פליליץ יש דיון שלם בספרות לגבי רשלנות.

הטענה היא שברשלנות לא קיימת בחירה. המלומדים מתווכחים ומי שתומך בהפללת הרשלנות? האדם עצמו לא מחדד את חושיו ובכך בעצם בוחר להתנכר לערך המוגן כי בעצם נותן לעצמו לא לשים לב ולא להיות מחובר מספיק לסיטואציה. יש כאלו אומרים שלא נכון להפליל רשלנים כי לא ניתן להרתיע אותם- מי שלא ורצה לגרום לתוצאה איך אפשר להרתיע אותו? ברגע שאנשים ידעו שרשלנות היא יסוד נפשי פלילי אז אם יתומרצו לשים יותר לב, לחדד את החושים, להיות ערניים יותר וכך בעצם רשלנות בסוף תרתיע. טיעון נוסף- סכנה של הרתעת יתר כי כולנו רשלנים כל הזמן, זה מצב טבעי. נימוק נוסף: אם לא היו עבירות רשלנות יהו או מחשבה פלילית או כלום ואז מה שהיה קורה זה שבמקרים גבוליים או שהיו מפלילים או מזכים. הרשלנות הופכת את האחריות הפלילית למשתנה שהוא יותר רציף. גם מי שמתנגד להפללה על רשלנות זה כי נכון לעשות שימוש בכלים אחרים כמו תביעו אזרחיות, .. מעטים האנשים שתומכים בזה. רוב שיטות המשפט מכירות ביסוד הנפשי הזה כיסוד נפשי פלילי.

לקרוא מתוך הנושא של ניסיון את המאמר של מירי גור אריה. ואת פסדים: שריס, ברואיר, וקובקוב.

אם אין סייגים- יסודות העבירה מתקיימים.

**דיני עונשין- שיעור תרגול- 04.05.2020:**

**סיכום היסוד הנפשי:**

מחשבה פלילית ביסודה היא מודעות. מודעות למעשה, נסיבות ואפשרות גרימת התוצאה. ככל שיש עבירה ששותקת ולא מציינת בפורש שיש בה יסוד נפשי של כוננה או רשלנות, ברירת המחדל היא שהיסוד הנפשי הוא מודעות. ידיעה ברמה הבסיסית שאני למשל תוקפת מישהו, שעומד מולי אדם ושאם אכה אותו אגרום לו לחבלה. יש גם תחליפים, לפעמים המחוקק נותן סיטואציות בהן אין מודעות אך בכל זאת נתחשב ליסוד הנפשי של האדם ונתייחס לפעמים למשהו כאילו אדם היה מודע אליו. לדוגמא: ככל שאדם חושד באופן ממשי לגבי משהו, נתייחס לאדם שחשד ונמנע מלברר כאדם שידע. עצימת עיניים נוגעת למעשה ונסיבות ולא לתוצאה כי התוצאה היא תמיד עתידית. הקריטריונים של עצימת עיניים הינם: חשד ממשי+ הימנעות מבירור, קוגלר: סיכון בלתי סביר, הרעיון שלו לא נכלל בסופו של דבר בחוק. הוא אומר שדוקטרינת עצימת עיניים היא בעייתית לפעמים כי היא לפעמים מקלה אם האנשים- יש אנשים שלא ניתן להם לברר ואז בעצם מקלים עם האדם שעשה מעשה ולא הייתה לו אפשרות לברר- ואז מקלים איתו ולא מרשיעים אותו\*. לפעמים גם להפך, זה מקשה עם נאשמים כי לפעמים יכול להידרש מנאשם לברר יתר על המידה וזה יכול לפגוע בו. עצימת עיניים לא חלה על תוצאה כי למעשה תמיד מודעות לגרימת התוצאה היא חשד מסוים. לכן, אדם שמבצע מעשה בעצימת עיניים יכול להיות מודע. התפיסה היא שרוצים לתמרץ אנשים לא להקטין ראש אלא לברר חשדות וגם בסופו של דבר, כאשר יש חשד ממשי ואדם פועל ונמנע מלברר, עוצם עיניים וכו'... התפיסה היא שאדם בחר לקחת סיכום מסוים לעשיית מעשה אסור.

להשלים כמה שורות

ככל שיש אפשרות לברר והבירור לא כרוך בעלויות והוא פשוט ולא בררתי, לקחתי סיכון בלתי סביר ולהפך\*. היום החוק לא נוקט בגישה הזאת ומתייחס לחשד ממשי ולהימנעות מבירור. (בעקבות תיקון 39).

**אחריות בהעדר מחשבה פלילית:**

**רשלנות:**

* זיהוי היסוד הנפשי: לשון החוק או פרשנות הפסיקה.
* קריטריונים:
* עובדתי- העדר מודעות+ אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע.
* נורמטיבי- סיכון בלתי סביר. האדם שביצע את המעשה אומנם לא היה מודע אך נקט בסיכון בלתי סביר. בסופו של דבר, הבחינה היא לא של אדם מן היישוב אלא של הסבירות/ אדם סביר ולא של אלמנט סטטיסטי של איך אנשים היו נוהגים, לדוגמא בפס"ד גש (עם המקרר), הוא הביא שורה של שכנים וגם הם אמרו שלא היו מתארים לעצמם שילדים היו נכנסים למקרר ובכל זאת בית המשפט לא קיבל את זה.
* יסוד נפשי ביחס ליתר רכיבי היסוד העובדתי- לפחות רשלנות**.** יש כמה רכיבים בעבירה- מעשה , נסיבות תוצאה. רשלנות ככלל הוא רף גבוה. בעבירות מסוימות בהן יש ערך מוגן חשוב נסתפק ברשלנות גם אם לא הייתה מודעות. בגרימת מוות ברשלנות נרשיע אדם גם אם הוא לא היה מודע לאשפרות של גרימת מוות ואדם מן היישוב היה יודע. החובל באדם וגורם למותו ברשלנות- לגבי התוצאה צריך רשלנות אך גם לשאר הרכיבים צריך להוכיח יסוד נפשי כלשהן- לפחות רשלנות אך או רשלנות או מודעות. לא יעזור אם לגבי הרכיבים האחרים של העבירה אין שום יסוד נפשי ולא יהיה ניתן להרשיע אותי.לגבי אחד מהרכיבים צריך להוכיח רשלנות ולגבי יתר הרכיבים רשלנות או מודעות.

\*\*מודעות או רשלנות רלוונטי גם לעבירות התנהגות וגם לעבירות תוצאה. עצימת עיניים היא רק למעשה ונסיבות.

\*\*מבחן האדם הסביר יכול לפגוע בעקרון החוקיות כי בעצם מדובר בנורמות שנקבעות בדיעבד.

לשון החוק מתייחסת לאדם מן היישוב בנסיבות העניין. קרמניצר חושב שניתן להחיל על זה אלמנטים סובייקטיביים כמו גיל הנאשם (אדם צעיר / מבוגר מן היישוב, אדם בעל מקצוע מן היישוב...) וכו'... יש כאלה שאמרו להחיל נסיבות חיצוניות כגון איך אותו אדם פועל בנסיבות שהוא ליד משפחה / ליד חברים / לבד וכו'..... (לא בטוח שהבנתי נכון את הגישה השניה של האלמנטים החיצוניים).

**אחריות קפידה- להשלים- היא אמרה שנדיר ולכן לא לימדה.**

**יסוד נפשי חפצי:**

* **כוונה (היסוד החפצי הגבוה ביותר):**
* ביצוע המעשה מתוך רצון לגרימת התוצאה.
* עבירות תוצאותיות בלבד.
* **ס' 20(ב) לחוק העונשין-**  די בצפיות גבוהה של התרחשות התוצאה וזה נחשב לכוונה\*.
* **מטרה:**
* ביצוע מעשה מתוך מטרה אשר התגשמותה אינה מתחייבת מיסודות העבירה.
* עבירות התנהגותיות ותוצאותיות. לדוגמא: באיום זה עבירה התנהגותית כי לא חייבת לקרות תוצאה – לא חייב להוכיח שהוא נגרם בפועל אבל צריך להוכיח רצון לכך שהוא יקרה. זה מוסיף חומרה למעשה. במקרים בהם יש מטרה כלשהי לפגוע, גם ם הפגיעה לא התקיימה- ככל שיש את היסוד הנפשי של כוונה לפגוע זה הופך את זה לעבירה פלילית ומוסיף חומרה לעבירה. מטרה עתידית שלא בהכרח צריכה לקרות.
* **הלכת הצפיות:** בנסיבות המתאימות, די בצפיות גבוהה של התרחשות המטרה.

להשלים משפט בנוגע להלכת הצפיות- משהו אחרי תיקון 39. ערך מוגן, ערך פודה....

בעבירות ביטוי צריך לבדוק מה התפקיד של הכוונה בעבירה- האם היא זו שיוצרת את העבירה כמו בלשון הרע.

**אדישות:**

קריטריונים:

* נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה.
* שיוויון נפש ביחס לאפשרות גרימת התוצאה.

**קלות דעת:**

ברירת המחדל מקום שלשון החוק שותקת.

קריטריונים:

* נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה.
* תקווה להצליח במניעת התוצאה.
* פזיזות זה השם הכללי לאדישות וקלות דעת. ככל שהעבירה לא כותבת אם צריך ךהוכיח אדישות/ ... צריך להוכיח קלות דעת.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **רצון** | **מודעות לאפשרות גרימת התוצאה (צפיות)** | **סוג העבירות** |
| **כוונה וכוונה תחילה** | V | צפיות רגילה | תוצאתית |
| **הלכת הצפיות** | X | צפיות קרובה לוודאות | תוצאותיות או עבירות מטרה |
| **מטרה** | V | - | התנהגותיות ותוצאותיות |
| **אדישות** | = | צפיות רגילה | תוצאותיות |
| **קלות דעת** | X | צפיות רגילה | תוצאותיות |

\*\* עצימת עיניים מחליפה מודעות\*.

**אירועון:**

העושה (מעשה) בהתרשלות (יסוד נפשי רשלנות) מעשה העלול להפיץ מחלה (נסיבות) שיש בה סכנת נפשות (נסיבות), דינו- מאסר 3 שנים, עשה את המעשה במזיד (יסוד נפשי- מודעות), דינו- מאסר 7 שנים. (עבירה התנהגותית).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **יסוד נפשי** | **יסוד נפשי חפצי** |
| **חלופה א'** | רשלנות | - |
| **חלופה ב'** | מודעות (כולל עצימת עיניים) | - |

האם ניתן להרשיע את ליה במעשה הזה? ליה עשתה מעשה, הגישה אוכל לסועדים. זה מעשה שעלול להפיץ מחלה- הגשת גבינה מלפני המון זמן. רכיבי היסוד העובדתי קוימו. האם ליה הייתה מודעת למעשה שביצעה? האם הייתה מודעת לכך שהגישה אוכל ושמה שהגישה עלול לגרום לסכנת נפשות? פה היא יכולה להגיד שהיא לא הייתה מודעת שפג תוקפה של הגבינה לפני שנה. לכאורה ניתן להגיד שלא הייתה מודעות, הייתה נקודות אבל אולי חשבה שחלק מרכיב הגבינה זה שיש עליה עובש. נתון שהיא אכן חשדה וזה הזכיר לה שראתה משהו בספר שגבינה עם נקודות עלולה להיות מקולקלת. היא לא הלכה ובדקה וחשבה שהגבינה עם עובד בבסיסה. צריך לשאול לפי לשון החוק האם זה עצימת העיניים? צריך גם חשד ממשי וגם הימנעות מבירור. במקרה זה, הבירור היה מאוד פשוט ולמרות זאת היא נמנעה מלברר לכן זה נחשב כמודעות ולכן אפשר להרשיע אותה בחלופה השנייה כאילו עשתה זאת במזיד. עצמה עיניים לגבי הנסיבות של המעשה ולכן נתייחס אליה כמי שהייתה מודעת ונרשיע אותה בחלופה השנייה. גם יוסי הורשע באותה עבירה, רכיבי היסוד הנפשי טיפה שונים- נתן לליה גבינה, לכאורה זה מעשה שיכול להפיץ מחלה ברמה העובדתית נראה שגם הוא קיים את רכיבי עבירה. נעבור לבדיקת היסוד הנפשי- האם היה מודע שעושה מעשה ושמגיש לליה גבינה שתגיש לסועדים? כן. האם היה מודע לכך שהעברת הגבינה לסועדים עלולה להפיץ מחלה? לא בטוח כי הוא רק סו שף מתחיל ולכן נראה שלא ידע שזה עלול לגרום לסכנה. גם יוסי לא חשד ברמה הסובייקטיבית בניגוד לליה. לכאורה אין לו שום מודעות ואפילו לא של עצימת עיניים אך החלופה הראשונה מאפשרת הרשעה גם בהעדר מודעות- ברשלנות. צריך להוכיח גם שאדם מן היישוב לא היה מודע. אפשר להגיד שעל גבינת פטה כנראה אין נקודות שחורות , ניתן להגיד כי אדם מן היישוב שהיה רואה על גבינה נקודות היה יודע שהיא מקולקלת, ניתן גם להגיד שאדם מן היישוב לא היה חושב שזה עלול לגרום לסכנת נפשות, ניתן גם להגיד שהוא נקט בסיכון בלתי סביר. ככל שנחליט שאדם מן היישוב לא היה נוהג כך- ניתן להגיד שיוסי נהג באופן לא סביר.

**דיני עונשין, 04.05.2020, שיעור נוסף:**

**יסודות הרשלנות:**

1. **אי מודעות לטיב ההתנהגות, או הנסיבות או אפשרות גרימת התוצאה.**
2. **אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע בנסיבות העניין.** (מניחים שהוא לא ידע אך אדם אחר כן יכול היה לדעת). שי שאלה עד כמה המבחן יהיה מחמיר? להשוות לאדם מושלם מן היישוב או מתן פרשנות מקלה, צפיה של אנשים בפועל?

* **אדם מן היישוב מול אדם סביר- האם יש הבדל?** היום סעיף 21 לא נוקט בלשון אדם סביר ויש שאלה מה ההבדל אם בכלל? פרשת **בש**- משליח מקרר עם דלת טריקה ננעלת מבפנים לחצר הפתוחה שלו. 2 ילדים נכנסים לחצר, משחקים עם המקרר, ננעלים בפנים ומתים. מעמידים אותו על גרימת מוות ברשלנות (פס"ד עוד הרבה לפני תיקון 39). הוא אומר שלא רק שהוא לא צפה את התוצאה אלא גם אדם מן היישוב לא היה מעלה את זה בדעתו. בפסק הדין, התביעה מביאה כעדים שורה רחבה של אנשים, שכנים וחברים ומעלה אותם אחד אחד וכולם אומרים אחד אחרי השני שהם לא היו מעלים על דעתם מקרה כזה. בש אומר שאדם סביר, כמו האנשים האלו, לא היה חושב על זה. הדין לפני תיקון 39 נקט בלשון "אדם סביר". בית המשפט שומע את העדים ובסופו של דבר מכריע לחובתו של בש, מרשיע אותו בגרימת מוות ברשלנות. הדגש שביתה משפט שם זה על מידת הזהירות שראו שאנשים הפגינו. לא שואלים שאלה אמפירית אם סטטיסטית אנשים מהרחוב היו צופים את זה, הקהל לא יכול להוות אבן בוחן לסבירות. בית המשפט אומר שזהו מבחן אובייקטיבי- האדם הסביר הוא לא האדם הממוצע אלא יציר פסיקה מושלם, אדם ששואף לטוב. ביהמ"ש אומר שהרצון לעודד אנשים לא ליצור סכנות במרחב מכריח אותם לקבוע שהוא נהג לא כראוי. בעקבות פסק הדין נחקקו סעיפים שאוסרים על השלכת מקררים כאלו. עולה השאלה האם בעצם סעיף 21 שבחר לוותר על המונח "אדם סביר" ולאמץ תחתיו את המושג "אדם מן היישוב" בעצם שינה משהו בפסיקת בית המשפט? למרות שהמינוח השתנה והרצון להוריד את הרף למשהו אנושי, רואים שבפועל, בתי המשפט אוהבים את הדין הרצוי, אדם סביר שמגלם את הדרכים הראויות ולא על התכלס- הדרך בה אנשים היו נוהגים. בית המשפט מעדיך להשאיר לעצמו כוח משמעותי בידיים. קשה לבדוק את האדם הסביר אמפירית וגם דרך הדוקטרינות של אדם סביר, בית המשפט יכול לחלחל ערכים ראויים מה שהוא בדרך כלל לא יכול לעשות בשאלות רגילות של מחשבה פלילית בהן שואלים אם אדם צפה ולא מה היה ראוי שיצפה. אז ברור שבית המשפט מעדיך להשאיר אצלו את הכוח הזה ובטח שלא לבדוק אמפירית וסטטיסטית את מה שקורה בפועל. יש כאן פגיעה בעקרון החוקיות.
* **רשלנות סובייקטיבית מול רשלנות אובייקטיבית- מה פירוש "בנסיבות העניין"?** זה בעצם ריכוך במבחן האובייקטיבי. אמנם מסתכלים על אדם מן היישוב אך אנחנו לא מתנקים לגמרי את הנתונים בהם הנאשם היה. מה ההבדל בין אדם מן היישוב בנסיבות העניין לאדם מן היישוב בנסיבותיו של הנאשם? האם הייתה כוונה לרכך את המבחן האובייקטיבי ע"י הנסיבות החיצוניות בהן היה הנאשם? בלי קשר לנתונים האישיים או שמפרשים את בנסיבות העניין לפי הנסיבות הפנימיות של הנאשם עצמו- ניסיונו המקצועי, גילו, מינו וכו'...? יש 2 גישות בעולם- גישה אחת היא שאיפה לאמת מידה אובייקטיבית, סטנדרט אחיד לכולם שחל על כולם ותמיד משווים אליו. (מסרטט את קווי הגבול בין מה מותר למה אסור בצורה ברורה). הבעיה פה היא כשיש נאשמים עם תכונות מתחת לממוצע. ברור שאם מדברים על אדם מן היישוב מבלי לקחת את הנסיבות של הנאשם הספציפי זה יכול להחמיר/ להקל איתו. גישה שניה- סובייקטיבית. האדם שמשווים אליו הוא אדם בעל תכונות אישות של הנאשם עצמו**.** משווים לאדם ממוצע אחר עם אותן תכונות ושואלים אם הוא יכול היה לצפות. המבחן הופך את הרשלנות ליותר סובייקטיבית- בודק מה היה עושה אד מן היישוב אך הופך את האדם מן היישוב לאדם בעל תכונות דומות לנאשם. שיטת המשפט הגרמנית נוקטת בשיטה הזאת. הם קוראים לה רשלנות אינדיבידואלית- האם הנאשם לא צפה מקום שאדם מן היישוב עם התכונות המדויקות של הנאשם יכו היה לצפות. משווים את חוסר הצפייה של הנאשם לאותו היכולת של אותו נאשם ותכונותיו לצפות. זה נאמן לעקרון האשמה- מותאם לנאשם עצמו. יסוד נפשי בא לבדוק מה הנאשם עצמו ולכן זה נאמן לנאשם עצמו. אצלנו, אחרי תיקון 39, לא ברור בדיוק מה זה אומר "בנסיבות העניין"- נסיבות חיצוניות או כולל גם נסיבות אישיות. קרמניצר הציע לפרש את זה כך שהן יתפרשו כנסיבות אינדיבידואליות- הציע לקרב את הרשלנות הישראלית לגרמנית. בפועל, לא רואים שהפסיקה אימצה את זה. היא מדבר על רשלנות אובייקטיבית אך לוקחת החשבון נסיבות חיצוניות. יש פסדים שעושים התאמות של הנאשם לאדם בעל מקצוע או השכלה דומים כך שהם בודקים התנהגות של רופא סביר אך לא תכונות פנימיות של הנאשם. **פס"ד יעקובוב**- ניתן לראות שכשבית המשפט מדבר על הרשלנות של בוריס, הוא מעלה את זה שצפיה סבירה לא מנותקת לחלוטין מצפיית העושה- מה הנאשם עצמו יכול היה לצפות. לא סתם מזכירים את המילה יכולת, זה חייב להיות משהו שמאפיין את הנאשם. אבל אין כמעט פסיקה שלוקחת עד הסף את הרשלנות האינדיבידואלית.

1. **לעניין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות.**  ברגע שיש עבירת רשלנות, היסוד הנפשי מתנמך לרשלנות וזה תנאי הכרחי להרשעה ביחס לכלל רכיבי העבירה. צריך מינימום אחריות לגבי כל חלק מן היסוד העובדתי. האם יכול להיות שלגבי פרט אחד יהיה רשלנות ולשאר מחשבה פלילית? כן. מה שצריך להראות זה לפחות רשלנות לגבי אחד מן הרכיבים וכמובן שאם יש רשלנות לגבי יותר מרכיב אחד זה בסדר גמור.
2. **דרישת סיכון בלתי סביר (בדוה לדרישה שמופיעה בקלות דעת).**  רוצים להראות שאותה התנהגות של הנאשם הייתה בבחינת סיכון בלתי סביר שהוא לקח.

הרשלן בדרך כלל לא יופלל כי לא היה מודע לאפשרות הפגיעה בערך המוגן. בדרך כלל רוצים להרשיע רק אדם שידע. יש גישות שאומרות שגם ברשלנות יש אלמנט אנטי חברתי כי אמנם האדם לא היה מודע אבל אדם מן היישוב כן היה מודע אז זה מראה על התנכרות/ התעלמות מצידו. אחת הטענות נגד הפללת הרשלנות היא שאי אפשר להרתיע את הרשלן כי לא צפה את זה שמעשיו יובילו לפגיעה בערך מוגן, התשובה לכך היא שאנשים ידעו שרשלנות היא יסוד נפשי מופלל- הם יחדדו את חושיהם וינסו להיות יותר מודעים למתרחש סביבם.

אם בן אדם צפה משהו ואדם מן הסביר לא היה צופה מה קורה? מירי גור אריה אומרת שבפס"ד בש, הגיוני שהאדם הסביר לא צפה ולכן לא היה צריך להרשיע?. הדרישה של סיכון בלתי סביר והדרישה של יסוד נפשי של אדם סביר לא בולעות אחת את השניה אלא מתייחסות לדברים שונים במישור הדין הראוי. שאלת היסוד הנפשי היא נורמטיבית- מדברת על מה האדם עצמו יכול היה, יכולה להיות אמפירית. השאלה של סיכון סביר היא עובדתית. בית המשפט ערבב בין השאלות. במקום לבדוק למה אנשים באמת היו מודעים, הם שואלים מה האדם המלאך היה עושה. לפי הדין הנוהג, בפעול קשה לחשוב על מקרים בהם ביתה משפט יקבע שגם מדובר בסיכון בלתי סביר וגם שהנאשם לא יכול היה לצפות. ברמת הדין הנורמטיבי- מה נכון היה, ד"ר הדר חושבת שכן יש 2 שאלות שלא חופפות בהכרח: יכול להיות שיקבעו שיש סיכון בלתי סביר ברמה הנורמטיבית אבל אדם מן היישוב לא היה צריך לצפות כי בדקו הרבה אנשים ואמרו שלא היו צופים. בית המשפט לא בודק אמפירית אלא הפך את זה לשאלה נורמטיבית של מדיניות. לכן תשובותיו מנותקות מהאנשים בפועל.

**פס"ד פדרסון:** זיהוי עבירות רשלנות. סעיף 19, אחרי תיקון 39 חייב להיות כתוב שמדובר על עבירות רשלנות. מה קורה עם העבירות שלא תוקנו בתיקון 39 בהן לא הייתה חובה שהמילה רשלנות תכתב בהן. סעיף 90 א אומר שכל ניסוח של התרשלות, התרשל.... נבין כרשלנות. ב90א (4)- יש לו יסוד להניח- יתפרש כאדם שחשד, סוג של מחשבה פלילית. זה לעומת מקרים בהם כתוב יש יסוד סביר להניח. כשיש סעיפים שנוקבים בנתונים אובייקטיבים "יש יסוד סביר להניח" מדברים על סטנדרט אובייקטיבי ולכן מה שנשאר כאן זה רשלנות. "יש לו יסוד להניח" נוגע למבחן סובייקטיבי.

**עבירות אחריות קפידה-**  עבירות שלקחו מינוח ישן של אחריות מוחלטת. אחריות מוחלטת בעבר, הרעיון היה שלא צריך לבדוק מה היסוד הנפשי, מספיק שביצעו את היסוד העובדתי ומניחים כחזקה שהיה יסוד נפשי . קשור לעבירות יותר של איכות הסביבה, מפגעים, בטיחות ועוד... לפי תיקון 39, יש בעיה עם המושג של אחריות מוחלטת כי זה נוגד את עקרון האשם. לכן, תיקון 39 בסעיף 22 מרכך את מושג אחריות מוחלטת והופך אותו לאחיות קפידה. קפידה מלשון קפדנות. עבירות בהן מספיק שהתביעה מוכיחה בהן את היסוד העובדתי והיא יצאה ידי חובתה ואפשר לייחס לנאשם אחריות פלילית. אך אם הנאשם בא מוכיח שלא התקיימה בו מחשבה פלילית וגם שלא היה רשלן וגם שנקט בכל שניתן על מנת למנוע את העבירה- הוא פטור. נטל ההוכחה הוא על הנאשם בניגוד לתביעות אחרות בהן התביעה צריכה להוכיח גם את היסוד העובדתי וגם את היסוד הנפשי. נוגע יותר לעבירות טכניות שאי אפשר להרשות לעמינו סיכונים כאלו ולכן יוצרים תחומים מסוימים שמאפשרים אכיפה פשוטה ויעילה. תחומים כמו: מוצרים פגומים, מפגעים, איכות הסביבה וכו'... יש שאלה איך מזהים את העבירות האלו? העבירות אחרי התיקון יהיה כתוב. לפני התיקון- עבירות שהיו של אחריות מוחלטת יהיו אחריות קפידה אך מה עם העבירות שזה לא כתוב בהן? יש מחלוקות. עשה כל שניתן על מנת למנוע את העבירה – התפיסה המקובלת שלא מקובל על כל המעשים אלא מספיקה נקיטת אמצעים סבירים. בית המשפט שואל את עצמו מה סביר לצפות שאדם יעשה במקרה שקרה.

לפי סע' (ג)22: אם כן רוצים לייחס לאדם מאסר בעונש, בתביעה צריכה להוכיח פוזיטיבית מחשבה פלילית או רשלנות. אפ היא מוכיחה רק יסוד עובדתי ומקבלת הרשעה על פי זה היא לא תוכל לטעון למאסר. כדי לקבל מאסר צריך להפוך את זה ל"עבירה רגילה" ולהוכיח מחשבה פלילית. בפועל, עבירות כאלו לא דורשות מאסר ולכן זה בקושי קורה.

**דיני עונשין, 11.05.2020, דוקטרינת הניסיון:**

להשלים 13 דקות ראשונות.

כמה לוקחים את העבירה אחורה- עד מתי אנו יכולים לקחת את המקרה אחורה ולהגיד שידענו את כוונות האדם ואנו יכולים להרשיע אותו. תמיד יכול להיות שאדם יחזור בו ברגע האחרון. אולי בכלל לא נקבל חרטה כזאת וכן נייחס אחריות לאדם. דוגמא אחרונה- פלוני עורב מאחורי השיח לאחר כל ההכנות לפשע, מכוון אל הקורבן הפוטנציאלי, הכדור פוגע בו ואז מסתבר שזה סוג של דמה. המשפחת פשע ידעה שרוצים לחסל את ראש הארגון והציבה בובה בדמות אותו אדם. האם נתפוס את המקרה מבחינה מוסרית, שקילות נורמטיבית כמרה שזהה למקרי של רצח ממש? איך נכון שהמשפט יתייחס ברמה הנורמטיבית לסוג של מקרים כאלו? איך נכון להסדיר את האחריות? האם העונש צריך להיות זהה? דוקטרינת הניסיון מטפלת במקרים האלו וקובעת את כל הקשור אליהם.

**דוקטרינת הנסיון, רציונלים:**

הצדקות להפללת הניסיון: דיני העונשין מאפשרים לייחס אחריות פלילית גם בגין מעשה עבירה שלא הושלם. בבסיס גישה זו, עומד הצורך לנקוט אמצעים עונשיים כנגד המבצע, לפני השלמת העבירה ובטרם מימוש זממו.

שיקולים המצדיקים את הענשת המנסה:

* **שיקול האשמה-** הרצון להסיט את המשקל מן התוצאה אל עבר האשם המוסרי ולנטרל את אלמנט המזל (סוגיית ה- moral luck). הרבה פעמים- כאשר אדם לא מבצע את זממו – הסיבה היא שמשהו התפספס לו (מזל לקורבן). הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי. תחושת הבטן היא שאין הבדל אמיתי בין אדם שהתפספס לו לבין אדם שפגע באמת. דוקטרינת הניסיון אומרת שמבחינת שיקולי האשמה, אין מקום להקל עם אדם שבמקרה נכשל במימוש העבירה כי אז מקימים חשיבות עונשית למקריות. בעצם, המקריות אינה פקטור שמשפיע. דוקטרינת הניסיון באה לנתק את המזל המוסרי- טענת פילוסופי לפיה הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם הנזק הקונקרטי שהיה רצוי. הנכונות של אדם לפגוע בערך מוגן מופשט מראה לנו על האנטי סוציאליות שקיימת בו. התפיסה היא שגם כאשר פלוני מכוון את האקדח שלו ומפספס- הוא פתח בתקיפה על ערך מוגן. יש איזה פילוסוף שמראה מדוע לא צריך לחכות לפגיעה בערך הקונקרטי וניתן להסתפק בהתקפה שלא מותנית בנפגעים בפועל. (אנטוני דף אומר את זה). הוא אומר גם שמי במתכוון לבצע עבירה ומבצע מספיק מעשים שמתקרבים לביצוע (וכאן עולה השאלה כמה הוא צריך לעשות) הוא בעצם פותח בהתקפה על הערך המוגן ולכן זה מצדיק מבחינת האשם להפליל במקרים של ניסיון.

\*\* בגלל החוזר שקיים ביסוד העובדתי של העבירה, כאשר מדובר בניסיון, ידרשו יסוד נפשי חמור יותר של כוונה (גם בעבירות שלא דורשות כוונה) על מנת לכפר על זה ועל מנת להראות שהאדם אכן התכוון לבצע את העבירה.

* **שיקול תועלת-** גם מעשים הבאים בגדר ניסיון בלבד מצביעים על נחישותו הפלילית של המנסה להוציא לפועל את מזימתו העבריינית. קיים חשש כי מנסה שלא הצליח להגשים את מזימתו פעם אחת, ישוב וינסה להגשים אותה בהזדמנות נוספת.

\*\*אלו שתומכים בהפללה של הניסיון אומרים שהם רוצים לנטרל את המזל. שופטים את האנטי חברתיות עם נטרול מקסימלי של המזל. רוצים להתחקות אחרי האנטי סוציאליות שלו ולא על המזל שלו. זו תפיסה מאוד יוצאת דופן מן המשפט האזרחי. בנזיקין אי אפשר לתבוע אדם על זה שהוא התכוון לפגוע בי ובסוף הוא לא פגע. בנזיקין חייב להראות נזק. מצד אחד אנו לא יכולים להפליל רק את האדם שניסה והצליח. גם אי אפשר להפליל רק על מחשבה פלילית. מה הגבול? כאן נכנסת דוקטרינת הניסיון. לא מספיק רק לחשוב ושיש לאדם מחשבות פליליות אם הוא לא מוציא אותן לפועל. הניסיון בא לנסות לסרטט סוג של מרחב או תווך מסוים של התנהגות שרק שנגיע למסה הקריטית שלה ונתחיל לבצע מעשים מקדימים ניתן להפליל.

**היסוד העובדתי של הנסיון:**

**ההבחנה העונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון:**

סעיף 25 לחוק העונשין: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". בעצם ניתן להבין מן הסעיף כי לא כתוב אילו מעשים בדיוק על האדם לעשות, הסעיף מנוסח בדרך השלילה- לא אומרים מה הוא עשה אלא מה הוא לא עשה.

סעיף 25 מבחין בין מעשים המהווים "הכנה", "ניסיון" ו- "עבירה מושלמת". החוק אימץ הגדרה שלילית: מעשה יחשב לניסיון כאשר מצד אחד, יצא מגדר התנהגות מכינה בלבד ומצד שני, היסוד העובדתי לא הושלם.

את 3 התקופות שעל פני הציר העברייני, המתוארות בסעיף 25, ניתן לתאר בתרשים הבא:

שלב ההכנה- ככלל אינו עניש למעט חריגים

מתחם הניסיון- עניש.

השלמת העבירה- גיבוש העבירה המושלמת.

איך מבחינים בין סוגי ניסיון שונים? האם דינו של המנסה המושלם זהה לדינו של המנסה הלא מושלם (זה שלא הספיק להשלים את כל המעשים שתלויים בו)?

בשלב מסוים אדם חוצה את שלב ההכנה ונכנס למצב הניסיון. שלב ההכנה אינו נחשב כמעשה פלילי ולכן אינו עניש. לעומת זאת, כל הניסיונות הינם פליליים. הרגע בו העבירה מתממשת זה לא תווך אלא נקודה ספציפית בה כל היסוד העבודתי התממש- המעשה, הנסיבות והתוצאה.

מהם אותם מעשים שאדם צריך לעשות והם נחשבים למעבר להכנה?

איך נכון שנעניש את המנסה? האם לנסות לנטרל את המזל המוסרי או לבוא ולהגיד שבחיים יש שיקולי מזל ואי אפשר להתייחס לכך שהוא כאילו הרג בן אדם ולא להתייחס למזל שקרה.

עד כמה נכון להעניש את הניסיון כמו את העבירה המושלמת? האם נכון יהיה מחינה דוקטרינרית לעשות זאת? גם פחות ראוי להעניש כי בביצוע אמיתי יש משפחה שמתאבלת ובניסיון לא. עד תיקון 39 הדין היה להטיל בגין ניסיון מחצית מעונשו של מי שהשלים את העבירה משום שיש חשיבות לא רק לכוונות אלא גם לתוצאות- לא ניתן להתעלם מנזק שקרה או לא. נימוק נוסף הוא שאם נטיל על ניסיון עונש שהוא מחצית מעונשה של העבירה המושלמת- ניתן לאנשים תמריץ לא לבצע את העבירה עד הסוף. לעומת זאת, אם אנשים ידעו שע"י ניסיון בכל מקרה יקבלו עונש שלם, זה יתמרץ אותם כן לעשות את הפשע- גם ככה אדם כבר התחיל אז שיבצע עד הסוף אם העונש זהה. נימוק נוסף קשור לאותם ניסיונות לא מושלמים- תמיד יכול להיות שהנאשם היה מתחרט. כדי לתת לנאשם להנות מהספק /שאולי הוא יתחרט נתנו רק חצי מהעונש. מה שקרה בתיקון 39 זה שהפכו את המצב המשפטי הזה- הולכים עד הסוף עם עקרון האשמה ומשווים את העונש בגין ניסיון לעונש בגין עבירה מושלמת ובכך מדגישים את הבסיס הסובייקטיבי של האשם הפלילי. מדגישים שמה שחשוב הוא לא המזל אלא התנהגות העושה והכוונה שעומדת מאחוריה. רוצים לשדר מסר שהמזל המוסרי הוא לא זה יקבע את מוסריות האדם. לא יכול להיות שבזכות מזל טוב אדם יזכה לחצי מהעונש. במשפט האנגלו אמריקאי הקלאסי, דוקטרינת הניסיון אמרה באופן גורף שעונש יהיה חצי. עד היום , גם אחרי התיקון, היו מי שביקרו את המהלך הזה. גון דרלי ורובינסון- עשו סדרת מחקרים שבוחנים מה תפיסות הציבור לגבי כל מיני סוגיות עונשיות שמוסדרות בקודקס הפלילי. הם בדקו את האופן בו אנשים תופסים את דוקטרינת הניסיון ע"י תיאור סיטואציות שונות. מה שהם מראים זה שהמשתתפים אמרו שהיו נותנים לזה הצית 10 חודשים\* ולזה שניסה להצית 4 חודשים. בעצם פחות מחצי מעונש העבירה המושלמת. גם במאמר של יורם שחר- הוא מדבר על שני סוגי מוסר- יש סוג מוסר כשהאדם הוא ילד ומשהו משתנה בו מהילדות אל הבגרות. הוא נותן שצעירים מייחסים יותר משמעות לתוצאה וכשאדם מתבגר הוא מייחס יותר משמעות לכוונה. יורם שחר מדבר על המוסר הילדי שבו ילדים נותנים יותר משקל לשאלה אם משהו קרה או לא ולכן יגידו שיש הבדל ענק בין המנסה לבין המבצע. מבוגרים לעומת זאת יגידו שאין הבדל בשיפוט המוסרי של המבצע ושל המנסה. העיקר הכוונה- לא העיקר הוא רק מה שקרה או לא קרה כי לפעמים זה עניין של מזל. נרצה להעריך אדם לפי הכוונות שלו. יורם שחר אומר שלא סתם אנשים אומרים שהתוצאה חשובה כי זה מוסר ילדי ואינטואטיבי. בפלילי- יסוד הכוונה מאוד חשוב ואף הכי חשוב, בלי הכוונות אין. זה בידוק המשמעות של פלילי. כל דוקטרינת הניסיון מורכבת מכמה סעיפים. המחוקק בחר לעגן פטור לאדם שמתחרט ופה זה בעצם משהו שאזן את הבחירה שלו להטיל עונש מלא. מצד אחד השתנה המצב שלפני 39 אך אם אדם יתחרט – המחוקק השווה את העונש לעבירה המושלמת אך מצד שני אם אדם מתחרט המחוקק קבע פטור למי שמתחרט (בניגוד ללפני 309 שחרטה רק הייתה שיקול לקביעת העונש ולא הייתה נותנת פטור מוחלט). הפטור מאפשר לקבל סייג מלא מאחריות פלילית. החמירו בעונש אך אם אדם באמת ויכוח שהתחרט הוא פטור לחלוטין יש נתיב מילוט מהיר מהעולם הפלילי החוצה ולכן עדיין יש את התמריץ להתחרט ואף מגביר את התמריץ הזה כי ניתן לקבל פטור ולא רק הקלה העונש. בנו פה מנגנון מאוד חכם. לא מספיק שאדם יגיד שהוא מתחרט אלא צריך לראות את זה ממעשיו וזה קורה- רואים מקרים כאלו בפסיקה. זה לא קל אך אנו גם לא רוצים שזה יהיה קל. רוצים לשמור את זה למקרים בהם רואים נתונים שמלמדים אותנו על חרטה. נטל ההוכחה לגבי הפטור הזה הוא על הנאשם, זה כמו סייג, מניחים שאין לו את הסייג הזה ברגיל ואם הוא רוצה להנות מהפטור הזה הוא בעצמו צריך להוכיח שתנאי הפטור מתקיימים. עבירות ניסיון הן גם על עבירות תוצאה וגם על עבירות התנהגות.

איך לומדים על כך שהעונש על העבירה המושלמת לאחר התיקון זהה לעונש של הניסיון? סעיף 34 ד רבתי\* שאומר שאם אין הוראה אחרת מיוחדת העונש זהה. סעיף 27 גם נוגע לכך שאם אין משהו אחר הענישה זהה. סעיף 34 ג רבתי אומר שהניסיון לעבירת חטא אינו עניש- למה? בכל זאת המחוקק בא ואומר שדוקטרינת הניסיון גם ככה מהווה הרחבה של האחריות הפלילית הטיפוסית ולכן אומרים בואו נגביל את זה. לתת מידתיות להרחבה.

אם אדם מבצע ניסיון אינוס ופוצע את הקורבן, הוא יכול לשאת באחריות מלאה לעבירת התקיפה אך ניתן להעניש אותו גם על אינוס. נטיל עליו גם אינוס וגם תקיפה. זה מצוין בסעיף 28\*. כתבו את זה בתוך הפטור כי א אדם פטור מניסיון אונס כי התחרט זה לא אומר שלא ניתן להרשיע אותו על מעשים שהוא כבר כן השלים- התקיפה.

נירי גור אריה- עוסקת בקו הגבול בין הכנה לניסיון. לא מפלילית על הכנה כי כשאדם מבצע מעשה הכנה , במישור המסוכנות לפעמים שאדם מבצע מעשים מוקדמים הם עדיין לא יוצרים איום ממשי על הערך המוגן. במקרים כאלו זה לא מספיק- יש פער איכותי ולא רק כמותי בין מעשים מאוד ראשוניים שאדם עושה לבין מעשים שמרגישים כהכנה איכותית לשלב הביצוע\*? היא אומרת שהפער שמפריד בין הכנה לביצוע משפיע גם על העמדה הנפשית של העושה. במעשי הכנה רוב הפעמים מתלבטים. במהלך ההכנה יכולים לפרוק אנרגיות וכעסים ואז בשלב של התקדמות התכנית מרגישים שאין טעם. היא אומרת ששלב הסידורים בלבד עדיין לא מסכן מספיק את הערך המוגן וכדאי לתת לאדם שזומם לשחרר כעסים. חציית הפער להתחלת הביצוע – בדרך כלל זה מלמד על החלטה מגובשת יותר שהופכת את ההתנהגות של אותו מצבע להתנהגות בעלת מטען אנטי חברתי.

**מדוע מעשי הכנה אינם ענישים כלל?**

-ההנחה היא שמעשים מוקדמים כאלה עדיין אינם מסוכנים כשלעצמם. כיוון שנפרדים מעצם ביצוע העבירה, הם לא יוצרים איום ממשי על הערך המוגן.

-חציית הפער שבים מעשי ההכנה לבין הביצוע מהווה בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר. החלטה כזאת הופכת את ההתנהגות של מי שניגש לבצע עבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי חברתי שמצדיק

-החריג: עבירות הכנה מושלמות שביצוען יגרור הפללה. דוגמאות: ס' 427, 487, 497 לחוק העונשין.

במקרים הללו ההנחה היא כי אף שמדובר בסידורים מוקדמים, עצם ההצטיידות בחומרים מסוכנים כמו חומרי נפץ כאמצעי לביצוע עבירה היא מסוכנת דיה ומצדיקה הפללה.

**מידת ההתנהגות:**

**מהם הגבולות המשרטטים את מתחם הניסיון?**

* ההבחנה בין שלב הניסיון לשלב השלמת העבירה: קו הגבול חד וברור, ברגע שמתמלאים כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, מדובר בעבירה מושלמת. רק כשאחד מפרטי היסוד העובדתי של העבירה (או יותר) לא התקיימו- מדובר בניסיון.
* ההבחנה בין שלב הניסיון לשלב ההכנה.
* שאלת תיחום קו הגבול בין ההכנה לניסיון מחייבת להבחין בין שני סוגי ניסיון:

1. ניסיון מושלם/ מוגמר- העושה ביצע את כל הפעולות התלויות בו ושנדרשות להשלמת העבירה, אך העבירה לא הושלמה מסיבה שאינה תלויה בו.
2. ניסיון בלתי מושלם / בלתי מוגמר- העושה לא סיים לבצע את הפעולות הנדרשו להשלמת העבירה, מרצונו או עקב נסיבות שאינן תלויות בו.

שאלת תיחום קו הגבול בין עשה הכנה לניסיון מתעוררת רק כשמדובר בניסיום בלתי מושלם- קו הגבול עמום ומטושטש.

**עבירת הקשר**- סעיף 499- עוסק במקרים בהם 2 אנשים קושרים ביחד לביצוע עבירה. מספיק שאדם קושר קשר עם אדם אחר לביצוע מעשה פשע. למעשה זה סופר הכנה. החוק אומר שעצם הקשר זו עבירה מושלמת. עצם הקשר מספיר להפליל בעבירה פלילית. על אף שמדובר בשלב מקדמי – לא רכשו כלים, לא התחילו בביצוע ורק דיברו ותכננו בכל זאת המחוקק אומר שבמקרים כאלה רוצים להפליל. כל עוד אדם חושב בראש זה בסדר. כאשר הוא מתחיל לבטא את מחשבותיו בדיבור זה כבר מעשה וזה כבר התנהגות מאוד מסוכנת כשלעצמה- האדם מוותר על השליטה שלו עצמו בעת קשירה עם אדם אחר. במקרים כאלו מרשיעים על עבירת קשר.

**דיני עונשין, 18.05.2020:**

ניסיון מושלם הוא מקרה שבו אותו סוג של מקרים שבה העושה מבצע את כל הפעולות שתלויות בו ונדרשות להשלים את העבירה אך בסופו של דבר העבירה לא מושלמת מסיבה שלא תלויה בו.

ניסיון בלתי מושלם זה מקרה בו העושה לא מסיים את הפעולות שנדרשות להשלמת העבירה מרצונו או מנסיבות שלא תלויות בו א הוא עדיין לא השלים את הרכיב ההתנהגותי.

שאלת קו הגבול מתעוררת בניסיונות לא מוגמרים כי האדם עצמו לא מיצה את הכל ויכול להיות שמה שהוא עשה זה רק בבחינת הכנה.

"בכוונתי לבצע שוד (ס' 402 לחוק העונשין) שימלא את קופת המזומנים הריקה שלי":

1. מקדישה חודש לסריקה ולחיפוש אחר המקום בו אבצע את השוד. לבסוף בוחרת בסניף הסטאר-באקס הקרוב לביתי.
2. שבוע לפני המועד המתוכנן, מתצפתת על הסניף ולומדת את שיגרת יומו: תנועת לקוחות, שעות עומס, החלפת משמרות...
3. בבוקר יום השוד המתוכנן, יוצאת מהבית וקונה אקדח.
4. חובשת פאה בלונדינית ויוצאת לעבר הסניף.
5. 5 דקות לפני שעת הסגירה, נכנסת לסניף כשאקדח בכיסי.
6. ניגשת לקופאית, שולפת אקדח ומגישה פתק המכריז כי מדובר בשוד.
7. הקופאית מרוקנת את הקופה ומעבירה את הכסף לידי.

באילו מבין השלבים הבאים ההתנהגות תחשב כניסיון לביצוע שוד? איתור קו הגבול אינו פשוט. אי אפשר באמת לבחון את השאלה מתי עבר הגבול מהכנה לניסיון רק ע"י מעשים. אופן הביצוע יכול להשתנות ממקרה למקרה והנסיבות גם יכולות לשנות הכל לגמרי. הקריאה שלנו את הסיטואציה יכולה להשתנות בהתאם לנסיבות ולא רק בהתאם למעשים- לדוגמא: אדם שבא לפרוץ לחנות בבוקר לעומת אדם שבא לפרוץ לבנק באישון לילה ומסתכל לצדדים. הנסיבות מאוד משנות, במקרה של הבנק זה נראה כבר יותר ניסיון מהכנה לעומת המקרה של פריצה לחנות בבוקר.

מירי גור אריה נותנת דוגמא- אדם מוהל רעל בבקבוק יין. מה שקובע זה לא עשיתי נטו אלא גם מה ההקשר הכללי. אם יתברר שהתוכנה היא להשאיר את הבקבוק במזווה עד שתיגע הזדמנות להגיש לקורבן את היין המורעל זה נראה רק כהכנה. לעומת זאת, אם נשנה את הנתונים והתוכנית הייתה שבאותו ערב הוא הולך להוציא את היין מהמקרר זו לא רק הכנה אלא זה כבר ניסיון מוגמר.

להשלים כמה שורות.

ברגע שיש חסר ברכיב התנהגותי/ תוצאתי/ עובדתי\* אין עבירה מושלמת.

צריך תמיד לעבוד עם הגדרת החוק- הרכיב העובדתי של עבירת השוד לפי החוק. ניסיון- סעיף 25, שוד- 402. כשאנו רוצים לייחס לאדם אחריות בגין עבירה מסוימת מייחסים בגין אותה עבירה בחלק הספציפי. אם רוצים להטיל אחריות על אדם על אינוס זו העבירה שאני ייחס לו. אם בשוד אז בשוד לפי 402. הבעיה היא שבאותם מקרים בהם לא מתקיים כל היסוד העובדתי הנוגע לעבירה הספציפית- יש חסר ביסוד העובדתי. אם רואים שהאדם עצמו עבר את מעשה ההכנה לגניבה נייחס לפי 25 ועוד 403. אם רוצים להטיל אחריות פלילית לשוד- 402. המשמעות היא שמלבישים דוקטרינה שמעודנת בחלק הכללי על עבירה ספציפית מסוימת.

במקרה של השוד בסטאר בקס- בכל מקרה יש כאן עבירות מושלמות אחרות כמו איומים. אם יש אפשרות לייחס אחריות חמורה יותר משל עבירת האיומים והיא בולעת בתוכה את עבירת האיומים נעדיף להרשיע באותה עבירה. בסעיף 402: הגונב דבר זה חלק מהרכיב ההתנהגותי. הרכבי ההתנהגותי של עבירת השוד זה בעצם גניבה תוך כדי איומים. כדי שהרכיב ההתנהגותי של עבירת השוד יתקיים אני צריכה להראות שאדם גנב משהו וגם שביצע עבירת אלימות או איים לבצע עבירת אלימות. שלב ז'- נטלתי ולקחתי לאחר איום. הרכיב ההתנהגותי התקיים וזאת עבירה מושלמת. בשלב ו'- עדיין אין הגניבה כי אני עיין לא נוטלת ונושאת. בעצם של ב ו' קרוב מאוד לניסיון המושלם אך עדיים אל עשיתי כל מה שתלוי בי להשלמת השוד. הוספה של סעיף נוסף- ח' – יוצאת מהחנות. במקום לצאת בשלב ז'. בעצם בשלב ח' נטלתי ולקחתי ורק אז העבירה מושלמת ואז בעצם שלב ז' לא נחשב לגניבה כי עדיין לא נשאתי את הכסף אלא רק לקחתי אותו. בגדול, ג' זה שלב הכנה קלאסי- עדיין לא נכנס לשלב הניסיון כי עוד מאוד רחוקים מזירת העבירה ויש מקום לחרטה. המאמר של מירי גור אריה משתמש במבחני עזר שניתן לעשות בהם שימוש כדי לבחון עד כמה אנו קרובים לעבירה- זמן, מרחק גיאוגרפי\* וכו'.. ולספירה של הקורבן. בשלב ג' זה עוד רחוק והרבה דברים יכולים לקרות.

פס"ד ברויר עוסק בשוד.

הפסיקה גם פיתחה מבחנים:

החוק לא נותן לנו מבחן אמיתי שאיתו ניתן לעשות שימוש כדי לנתח את המקרה.

**מבחני עזר להבחנה בין מעשי הכנה לניסיון:**

שיטות משפט שותפות כיום למסקה כי לא ניתן להגדיר מראש במדוייק את נקודת הגבול המפרידה בין הכנה לניסיון.

בפסיקה ובספרות הוצעו מספר מבחני עזר:

1. **מבחן המעשה האחרון-** פעולה שביצע אדם נכנסת לגדר הניסיון רק כאשר עשה את המעשה האחרון הנדרש מצידו לפני ביצוע העבירה המושלמת. משמעות המבחן: הארכת שלב ההכנה וצמצום מתחם הניסיון. כך שייכלל בו ניסיון מושלם. הבעיה שהמבחן הזה מחכה יותר מיד לרגע האחרון וזה גורם למסוכנות. המשחן הזה לעולם לא נקלט בישראל כי אם נחכה לרגע שרק המזל יוכל לעזור והאדם עשה את כל מה שתלוי בו וזה בעייתי. זה בא יותר מידי לקראת המנסים שהם בעלי אנטי חברתיות גבוהה אם הכין את כל מה שתלוי בו לביצוע העבירה.
2. **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 שנותרו להשלמתה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ הפסיקה הישראלית. מסמנים מה הנקודה שהעבירה מושלמת בה ויסוד העובדתי יתקיים במלואו ואז בודקים אחרוה כאמור. כלומר, לפי מירי גור על מנת לבדוק עד כמה אנו קרובים לביצוע העבירה ניתן לבדוק זאת לפי סמיכות במקום ובזמן שיכולים ללמד על קרבה מספקת לביצוע העבירה. זה מדדים כלליים שיכולים לעזור אך אין חובה בהם. פס"ד סריס מדבר על הנושא הזה. נשאלת השאלה עד כמה ההתנהגות צריכה להיות קרובה ליסוד העבודתי שמוגדר בעבירה.

אצל הגרמנים (שמרחיבים את מתחם הניסיון) יש את מבחן הקרבה והם מודדים עד כמה ההתנהגות קרובה להתנהגות האופיינית לביצוע העבירה ולא ליסוד העובדתי המשולם אלא כמה ההתנהגות קרובה להתנהגות האופיינת. בסריס הוא רק רודף אחריה אך זה כן התנהגות אופיינת שיש לפני ביצוע אונס. גם לפי גור אריה יש סמיכות וזמן מאוד קרובים לספירה של הקורבן. במבחן האנגלי מסתכלים מה צריך להיות כדי שהעבירה תהייה מושלמת ואז שואלים איפה ההתנהגות מספיק קרובה.

בישראל המחוקק השאיר את זה לשיקול דעתו של בית המשפט שיכריע בכל מקרה לגופו בגלל הקושי לקבוע. המבחנים רק נותנים קריאת כיוון שתעזור לבית המשפט להכריע.

במקרה של השוד- אחרי שנכנסים זה נראה מספיק קרוב מבחינת הסמיכות בזמן ובמרחק. אפילו קצת יותר מידי קרוב לסיום היסוד העבודתי.

1. **מבחן החד משמעות (מבחן "הסרט האילם")-** פותח בניו זילנד ובא ואומר שההתנהגות עצמה תכנס לניסיון מקום שהמבצע מתחיל בביצוע התחלתי שמגלה חד משמעית את הכוונות שלו. ההתנהגות נכללת בגדר ניסיון מקום בו החל המבצע בביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונותיו. ניסיון עשוי להיות גם הפעולה הראשונה בתנאי שמדובר במעשה גלוי שמלמד על כוונת העושה לבצע את העבירה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקתינו. פלר מדמה את המבחן לסרט אילם: הניסיון יתחיל בשלב בו יהיה ברור לצופה חד משמעית כי העושה בסרט מתכוון לביצוע העבירה.

פלר מדמה את המבחן לסרט אילם- מסתכלים על התנהגות העושה ולא מקבלים שום הסברים על הכוונות שלו או על דברים אחרים. פלר אומר שהנקודה בה נגיד שמעשה הוא ניסיון היא הנקודה בה נבין חד משמעית את הכוונות של המבצע. כמו בסרטי פנטומימה שבחונים רק לפי מעשים. המבחן הזה יכול להפליל גם דברים ממש מאוחרים אך גם דברים ממש מוקדמים.

המבחן שם את הדגש על החזות ולא על המהות לפי וויליאמס. לפיו זה יכול לדרבן עבריינים להתנהג באופן שלא מראה את הכוונה האמיתית שלה. הדגש על החזות בעייתי כי יכול לגרום גם להפללת אדם שנראה ערס יותר מאשר אדם שלא נראה כזה.

1. **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 השרשרת). אומץ בפס"ד סריס. בעצם צריך לבדוק כמה המעשים בסופו של דבר מהווים חוליה בשרשרת פעולות שבאופן טבעי אם היא הייתה מתמשכת היא הייתה מובילה להשלמת היסוד העבודתי. ה דומה למבחן ההשלמה הגרמני\*.

מבין מבחני העזר נראה שהמבחן התואם ביותר את רוח הגדרת סעיף 25 הוא **מבחן תחילת הביצוע**. סעיף 25 מתמקד בגבול התחתון של הביצוע, לפיו די בתחילת ביצוע אשר יצא מכלל הכנה.

במודל פינל קוד- מין קודקס שהמכון האמריקאי לענייני חקיקה ניסח כקודקס פלילי לדוגמא שהמדינות השונות בארצות הברית יכולות לאמץ. הקוד עצמו הוא לא מחייב במדינה מסוימת אך בפועל, הרבה מדינות בארצות הברית אימצו את הקודקס ממש ככה כקודקס הפלילי שלהן. הקודקס הזה מאמץ את המבחן של צעד מספיק משמעותי – הנאשם עשה צעד מספיק משמעותי שממנו לומדים על הכוונה, זה המקום בו נגיד שבוצע ניסיון. הם נותנים שם הרבה דוגמאות שלכאורה נראות כהכנה קלאסית כמו- סריקה וחיפוש במקום המתוכנן לביצוע העבירה. אין שורה חד משמעית ביישום אלא זה עניין של שיקול דעת.

**דיני עונשין- 25.05.2020:**

תיק נועה אייל- בשנת 1998- נאנסה ונרצחה נועה אייל בת 17 ביער רמות בירושלים. ב2014 , ערב יום כיפור, פענחו את התיק לאחר 16 שנים. התיק פוענח בעקבות התפתחות טכנולוגית וע"י ראיה של דנ"א שמצאו בזירה. ב98 נטלו את הדנ"א מהזירה עוד כשטכנולוגיית הדנ"א רק התחילה להתפתח. דניאל לחמני לא היה במאגר הארצי ולכן הדנ"א שלו לא פוענח. בשנת 2014, בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית של חיפוש משפחתי ( אמנם לא ניתן למצוא את הדנ"א של דניאל לחמני אבל אפשר למצוא של קרוב משפחה שלו ואם יש דמיון זה מקרב אליו). לגברים באותה משפחה יש את אותו פרופיל זכרי (פרופיל Y) ולכן כאשר הוא מצא פרופיל Y דומה לפרופיל שמצאו בזירה של נועה אייל זה קירב למציאת הרוצח. הלכו לאח שלו, לקחו רקיקה שלו והביאו למטה הארצי. עד גיל 22 וגם כנער הוא אסף עבירות מין רבות בנערות, האם ניתן להרשיע אותו על אונס ורצח על פי העובדה הזאת? זה נקרא עדות שיטה- מנסים לזהות את מבצע העבירה על פי תעודת הזהות של העבריין. עבירות מין בקטינות זה לא אונס ולכן השיטתיות איננה טבעית בהקשר הזה. דילמה שניה היא סיפור ההתיישנות.

\*פירות העת המורעל זה הדוקטרינה בארצות הברית שכל ראיה לא כבילה ומה שנבע ממנה לא יתקבל בפני בית המשפט. ביניש קובעת את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שלפיה אין פסילה אוטומטית אלא יחסית וקשורה לעוצמת הפגיעה וכו'...

**דיני עונשין, 01.06.2020, ניסיון:**

ניתן למיין את הניסיונות לבצע עבירה ל-2 סוגים, תוך הבחנה בין ניסיון צליח לבין ניסיון בלתי צליח:

* **ניסיון צליח-** זה מקרה בו העבירה לא הושלמה אבל הסיבה שהיא לא הושלמה היא פספוס/ חרטה/ סיכול וכו'...:
* "הניסיון שלא הצליח"- העושה ביצע את כל הפעולות הנדרשות מצידו להשלמת העבירה אך נכשל בגלל ביצוע כושל שנובע מהתנהגותו.
* לפני השספיק להשלים את העבירה התחרט העושה ונסוג מהביצוע.
* ניסיון שסוכל ע"י גורם חיצוני לעבריין שמנע/ הפריע/ הפסיק את ביצועה.
* **ניסיון בלתי צליח (סע' 26)-** מקרים בהם הביצוע עצמו נועד לכישלון מראש מחמת חוסר אפשרות אובייקטיבית להשלים את העבירה משום שאי אפשר היה להשלים את העבירה לא משנה כמה האדם היה מנסה. חוקי הפיזיקה הרגילים לא היו מאפשרים לו לבצע את אותה עבירה.

**לדוגמא:**

1. אורי יורה בגופה מתוך כוונה לרצוח אדם- ניסיון בלתי צליח שחוסר הצליחות בו היא עובדתית. אי אפשר לעולם לרצוח אדם מת כי העבירה היא "גורם למות אדם" וגופה זה אדם מת ממילא.
2. אורן מנסה להמית אדם באמצעות אקדח מקולקל (שחושב שהוא תקין)- חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת המידה / הכמות.
3. יואב מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר מתוך אמונה שמדובר ברעל- חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת טיבם/ מהותם.
4. נעמה מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר מתוך אמונה כי בכך ניתן יהיה לגרום למות הקורבן- חוסר צליחות עובדתית הנובעת משימוש באמצעים אבסורדיים. טעותו של המנסה היא בתפיסת המציאות ולא טעות במצב דברים. ההבדל בין 4 ל-3 זה שכאן היא יודעת שזה סוכר וחושבת שתוכל להמית בעזרתו ואילו ב-3 האדם לא חשב שזה סוכר אלא חשב שבידיו נמצא רעל. בעצם כאן ב-4 היא מודעת לתנאי המציאות האמיתיים- מנסה להרוג באמצעות סוכר שיודעת שהוא סוכר וחושבת שהוא יכול להרוג. זה מכונה בספרות- "הנסיון האבסורדי" (גם כאן מדובר על חוסר צליחות עובדתית)- זה מצב בו אדם טועה לא בעובדות אלא באופן בו הוא תופס את המציאות. (צריך גם לתת את הדעת אם מדובר באדם עם סוכרת או לא). בכל השאר זה טעות בעובדות- אורן חושב שהאקדח תקין אך הוא מקולקל...).
5. אסף מסתיר סחורה במעבר גבול כדי להשתמט מתשלום מכס, בלא שיודע כי בינתיים בוטל המכס על סחורה זו- לפי המציאות המדומה שלו הוא עובר עבירה מדומה. במקרה של ה-3 הראשונים כולם יודעים שאסור להרוג ומבינים את המצב המשפטי כמו שהוא והסיבה שהם לא מליחים היא סיבה עובדתית. כאן- חוסר הצליחות היא משפטית- הוא לא טועה מבחינה עובדתית. העושה סבור שמבצע דבר אסור אך הלכה למעשה אין כל איסור לעשות כן ("עבירה מדומה"). כאן הטעות במצב המשפטי מולבשת על ניסיון.

**סעיף 26-** לשון סעיף 26 לא אומרת שום דבר על מצב משפטי. הסעיף מדבר על חוסר צליחות מחמת מצב דברים ולא מחמת מצב משפטי. מקרים 1-4 כולם נכנסים תחת חוסר אפשרות מחמת מצב דברים. הסעיף לא מבדיל את הניסיון האבסורדי- בעצם אין הבחנה בין מקרים 1-3 לבין מקרה 4.

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

* לפי התפיסה האובייקטיבית- האחריות בגין ניסיון מוטלת בשל הסכנה הטמונה בהתנהגות. ("dangerous of the actor's conduct"), היסוד העובדתי חייב להווה סכנה של גרימת נזק. בעצם, לפי השיטה האובייקטיבית, ההצדקה להפליל ניסיון היא בגלל ההתנהגות עצמה שמסוכנת מטבעה וכזו שיכולה לגרום נזק באופו אובייקטיבי (גם אם מפספס את הקורבן בגלל מזל, ההתנהגות עצמה עדיין מאוד מסוכנת).
* לפי התפיסה הסובייקטיבית:האחריות בגין ניסיון מוטלת בגין מסוכנותו של העושה (""dangerous of the actor), הנובעת מנחישותו לבצעה. בעצם, התפיסה הסובייקטיבית, שמה את הדגש על מסוכנות העושה להבדיל מהסכנה בהתנהגות שלו. המסוכנות של העושה נובעת מהנחישות שלו לבצע את העבירה. גם ההתנהגות לא אפשרית בגלל דברים אובייקטיבים ולא מסוכנת, עדיין יש צורך להפליל כי עדיים כי בנאשם מסוכנות. הנחישות שגלומה במבצע היא המסוכנות שבגינה יש את הצורך להפליל.
* 3 הדוגמאות הראשונות מאופיינות בחוסר יכולת עובדתית להשלים את העבירה 🡨 שיטות משפט מסכימות כי מקרים אלו מצדיקים הפללה.
* הדוגמא הרביעית (שימוש באמצעים אבסורדיים) -> שנויה במחלוקת.
* הדוגמא החמישית מאופיינת בחוסר אפשרות חוקית להשלים את העבירה.
* שיטות משפט מסכימות כי במקרה זה אין הצדקה להפללה.
* כל המקרים בהן אדם לא הצליח מחמת חוסר יכולת עובדתית- כל שיטות המשפט חושבות שיש להפליל. הדוגמא ה-4 עם הניסיון האבסורדי היא דוגמא ששנויה במחלוקת. במשפט הישראלי- סעיף 26 לא מחריג את ההפללה על הניסיון האבסורדי. פעם הייתה דרישה שהאמצעים בהם אדם משתמש יהיו מתאימים לביצוע העבירה ולאחר תיקון 39 זה לא קיים ולכן ניתן להבין שעבירות הניסיון הורחבו וכוללים גם ניסיונות אבסורדיים. אין היום הלכה ישראלית בהקשר הזה. רוב המלומדים נוטים לחשוב שניסיונות אבסורדיים לא צריכים להיות מופללים מהתפיסה שבאה ואמרת שבמקרים אלו אין אפילו מסוכנות של העושה בניגוד למקרים האחרים וזאת משום שהאדם שחושב שלדוגמא באמצעות קללה הוא יכול להרוג מישהו אחר הוא אדם שחי בעולם מוזר וניתן לאפשר לו להמשיך לחיות בסרט שלו. אלו אנשים שצריכים לטפל בהם באופן הנפשי ולא בכלי הפלילי. בכלי הפלילי נרצה להפליל אנשים שמבינים מה הם עושים, שיש להם בחירה בין טוב ורע והם בוחרים ברע. הם חושבים שמנסים האבסורדיים לא באמת מבחינים בין טוב ורע. יכול להיות שאנשים אלו הם מסוכנים אך לא מספיקה רק מסוכנות. צריך מסוכנות מהסוג שהמשפט הפלילי יהיה אפקטיבי מולה. זה כמו שיש את הסייג של אי שפיות- אמנם האנשים יכולים להיות מסוכנים אך אין להם הבחנה אמיתי בין טוב ורע ולכן המשפט הפלילי לא יהיה אפקטיבי מולם.
* לגבי הדוגמא ה-5: שיטות המשפט מסכימות שלא מוצדק להפליל כי התפיסה פה היא שבסופו של דבר, האדם לא מבצע עבירה. עבירה מדומה של בן אד לא יכולה לשמש בסיס לאחריות פלילית. אם אין איסור לביצוע העבירה אין יסוד נורמטיבי להפליל על העבירה. המשפט הפלילי לא בא להגן על עצם הפרת החוק, אדם נותן דין על הפרת חוק רק אם הערך שבו האדם רוצה לפגוע הוא ערך מוגן. אם הערך הוא לא מוגן אין בעיה שאדם יפגע בו וזאת גם אם האדם מדמיין שהערך הוא מוגן. לכן, לגבי המקרה ה-5 יש הסכמה שהמקרה לא מצדיק הפללה. זה ניסיון בלתי צליח שהוא לא פלילי וסעיף 26 לא חל עליו.
* **פס"ד בן אלדד גיא-** בחור שחשוד בפדופיליות, תחקירנית של ערוץ 10 מחופשת לילדה ומדברת איתו בצ'אט, מזמינה אותו לביתה והוא מגיע ואז עוצרים אותו. יש שאלה בין הכנה לניסיון- האם זה שהוא נכנס אליה הביתה אומר שזה כבר ניסיון לבצע עבירת מין או לא. טענה נוספת שלו היא שמדובר בניסיון בלתי צליח- לא יכולתי להשלים עבירה של בעילת קטינה כי אין קטינה. בכללי ניסיון בלתי צליח לא מעלה ולא מוריד- הוא מופלל. כל מקרה של ניסיון שחצה את רף ההכנה גם אם הוא לא מושלם- מפלילים עליו.
* **המאמר של שחר אלדר**: אחת הבעיות בדוקטרינת הניסון היא שמכניסים המון סוגי ניסיון תחת הגדרה אחת. שחר אלדר אומר שיש תחושה שדוקטרינת הניסון מכניסה תחת מטריה נורמטיבית אחת מקרים מגוונים מאוד שלפעמים רחוקים במידה עוצמת האנטי חברתיות שלהם. הבעיה כאן שיש עונש כמעט זהה לאדם שהשלים עבירה ולאדם שלא השלים אותה וזאת אחת הביקורות של שחר אלדר על דוקטרינת הניסיון. ( קו הגבול בין ההכנה לניסיון מאוד מעורפל וזה קו הגבול החשוב משום שהוא קובע אם יהיה זיכוי מלא/ הפללה מלאה). בעצם זה חושף ניסיונות לעונש זהה כמו של הבעירה המושלמת.

זו כנראה הסיבה שבניסיון גם דורשים יסוד נפשי מיוחד להשלמת המטרה. צריך להראות אנטי חברתיות מוגברת.

לשיעור הבא- לקרוא מתוך צדדים לעבירה, את המאמר שלה על הפללה של שותפים מקיפים ופסדים שקשורים לסיוע.

**היסוד הנפשי של עבירת הנסיון:**

**סעיף 25:** "אדם מנסה לעבור עבירה אם במטרה לבצעה עשה מעשה...".

היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בניסיון לבצע בעירה הוא כפול:

* היסוד הנפשי הקבוע בהגדרת העבירה המוגמרת (בניסיון בלתי צליח- הכרה מוטעית לגבי מצב הדברים בהם מותנה ביצוע העבירה).
* יסוד נפשי מיוחד של מטרה לבצע את העבירה, כלומר שאיפה/ רצון להשלים את העבירה המוגמרת על יסודותיה.

מהו הרציונל לדרישת המטרה המתווספת לדרישת היסוד הנפשי הקבוע בעבירה? לפי תפיסה מקובלת, דרישת המטרה נועדה "לפצות" את החסר הקיים במישור העובדתי.

ביקורת כחומר למחשבה: האמנם יסוד נפשי ויסוד עובדתי ניתנים לקיזוז? הרי מדובר בשני רכיבים שונים במהותם...

**דיני עונשין, 08.06.2020:**

**המשך היסוד הנפשי של עבירת הניסיון:**

סעיף 25 נוקב בדרישה של מטרה.

אלדר אומר שיש קושי לחשוב שניתן לפצות על חסר ביסוד העובדתי על ידי דרישת יתר ביסוד הנפשי. האם הם יסודות שניתנים להמרה? לא תמיד גורם אחד מפצה על חוסר בגורם אחר.

**בפס"ד קובקוב** ניתן לראות את המשמעות של דרישת הניסיון- מכין עשרה בקבוקי תבערה ומגיע קרוב למסגד על מנת לבצע פיגוע שיפגע בערבים. הוא רואה הרבה שוטרים אך לא אוכלוסיה ערבית. הוא הולך לכיוון יפו והמשטרה עוצרת אותו על כל מיני עבירות. קובקוב אומר שהוא עוד לא גיבש כוונה והוא עוד לא החליט מה לעשות עם בקבוקי התבערה. בית המשפט מזכה אותו מעבירות של ניסיון ומרשיע אותו בעבירה המושלמת של נשיאת נשק. –בעצם רואים פה שלא ניתן להרשיע אדם אם אין לו כוונה להשלים עבירה מסוימת אחת.

האם הלכת הצפיות תחול על הרכיב של "במטרה לבצעה"? כלל הצפיות תמיד חל אוטומטית על עבירות כוונה אך השאלה אם הוא חל על עבירות מטרה? אם אדם צופה באפשרות קרובה לוודאי שמעשיו יובילו להשלמת עבירה אך הוא לא רוצה בכך. בית המשפט אומר שניתן להחיל את הלכת הצפיות גם במקרים האלו. הדוקטרינה עצמה מאפשרת להחיל עליה את ההלכה שחלה על עבירות המטרה הרגילות.

**חרטה:**

חרטה הינה דוקטרינה נוספת תחת דוקטרינת הניסיון.

**פטור עקב חרטה:**

לפני התיקון- חרטה הוכרה רק כנסיבה שיכולה להקל בעונש. אם בן אדם התחרט ועצר לפני ביצוע העבירה, אפשר היה לייחס לו עבירה פלילית של ניסיון והיו מקלים עימו בעונש במידה והתחרט. כיום, בעקבות התיקון, בהתמלא סעיף 28 המנסה פטור מאחריות פלילית. יש כאן מן משחק- יש תמריץ חזק לאנשים להתחרט כי גם אם אנשים יודעים שחצו את רף ההכנה ונכנסו לניסיון הם יכלו להפטר מאחריות פלילית ופעם אדם שהגיע לניסיון בכל מקרה היה מורשע ויכול היה רק לקבל הקלה בעונש\*. יש כאן רציונל תועלתני- לתמרץ אנשים להתחרט. רציונל תיאונטולוגי- אדם שהתחרט הוא אדם שראוי לפטור אותו. שיקול עונשי- אין תועלת להעניש אדם שהתחרט כי מטרת הענישה היא לכוון התנהגות ומי שירד מזה כבר הגיע למסקנה לבד שזה לא שווה.

**השיקולים העומדים ביסודו של מתן פטור (העתק מהמצגת):**

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 מעשה.

**הלך הנפש הנדרש לצורך חרטה לפי ס' 28:**

**הפטור מותנה, בהקשר להלך הנפש, בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים:**

1. המנסה חדל ממעשיו מחפץ נפשו בלבד- חוזר בו מרצונו ולא עקב לחץ של גורם חיצוני אחר.
2. המניע לכך הוא *חרטה*.

**מהי אותה *חרטה*?**

* **גישת פס"ד מצראווה-** נדרשת חרטה אתית. מדובר בבעל תשובה ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות. גישה זו רווחת בפסיקה שלאחר התיקון. (מדובר כאן על מפנה נפשי עמוק).
* **גישת פס"ד נחושתן-** יש לבכר כל סוג של חרטה שתצמיח בפועל תוצאות אופטימליות ושתביא לסיכול העבירה. גישה זו מקובלת במשפט האירופאי. (בעצם כל שיקול שיביא לחרטת הנאשם, גם שיקול תועלתני כמו שיקול של כדאיות יתקבל).

בפסד פלוני השופט ג'וברן דן בהבדלים בין 2 התיבות. איך מבינים את "מתוך חרטה" במקומות שונים בעולם וכו'... בסופו של דבר יש ויכוח לגבי כך. לפי ג'וברן צריך לבטל את הלכת מצרוואה.

בפס"ד פלוני המבצע לא באמת התחרט וחדל ממעשיו. כל הדיון בהלך הנפשי הוא אוביטר בפס"ד זה לפי ד"ר הדר ולא כמו שהרבה שופטי עליון שאמרו שזה לא אוביטר ושהלכת מצרוואה התהפכה. לדעתה פלוני לא הפך את הלכת מצרוואה. פס"ד פלוני כאילו נותן את הבכורה למניע התועלתני.

**דוגמא:** פלוני מצמיד פצצה לבית ספר ובורח. מפעיל מנגנון השעיה של 10 דקות. ב10 דקות האלו מתקשר האחיין שלו ואומר לו שהוא בדרך לאותו בית ספר. פלוני רץ מהר ומנטרל את הפצצה. קשה להבין איזו חרטה זו. (ניסיון מושלם).

**המעשה הנדרש לצורך חרטה:**

הסעיף אינו מסתפק בחרטה פנימית. המנסה נדרש לעשות מעשה.

**טיב המעשה תלוי בשלב אליו הגיע הניסיון:**

1. **אם מדובר בניסיון בלתי מושלם-** די שיחדל מעשיית המעשה.
2. **אם מדובר בניסיון מושלם-** נדרש הנאשם לתרום "תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה".

**מהי "תרומה של ממש"?**

האם תרומתו של הנאשם צריכה בפועל למנוע את השלמת העבירה או שדי בכך שתהא בעלת פוטנציאל למנוע את העבירה? הדעות חלוקות.

**\*\*** עפ"י סיפת הסעיף, אין בהענקת הפטור מאחריות פלילית למנסה שהתחרט "כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

ג'וברן בפלוני אומר שלא צריך קשר סיבתי בין השלמת המעשה לעבירה. צריכה להיות מסוגלות למנוע את התוצאות אך ...?

**עבירות ניסיון עצמאיות:**

בחלק הספציפי של חוק העונשין פזורות עבירות ניסיון עצמאיות המוגדרות כעבירות ספציפיות שמנוסחות כעבירות מושלמות של ממש. (קיומן אינו מגזר מקיומה של עבירה מושלמת+ הלבשת דוקטרינת הניסיון שבסעיף 25).

מדוע צריך את העבירות האלה? הרי אפשר להלביש את סעיף 25 על עבירות מושלמות. החלק הזה הוא ישן- זה עוד בעיה של אי סידור וחידוש של חוק העונשין. בעבר היו את עבירות הניסיון העצמאיות כי במקור העונש עליהן היה חצי מהעבירה המושלמת. המחוקק רצה להחמיר את העונש על עבירות ניסיון מסוימות וקבע עבירות ניסיון עצמאיות עם עונש חמור יותר. לאחר תיקון 39 בו קפץ העונש של חצי לעונש מלא- העונש של העבירות העצמאיות לפעמים נמוך יותר מן העונש על העבירה המלאה. נשאלת השאלה אם יש צורך בעבירות ספציפיות של ניסיון? כשכבר קיימת עבירה ספציפית של ניסיון, איך מתייחסים עליה? לכאורה ניתן להלביש את סעיף 25 על כך עבירה מושלמת ואז יש אבסורד- ניסיון לניסיון. האם כל דיני הניסיון החלק הכללי יחולו גם על העבירות הספציפיות? גם כאן נוצר אבסורד של ניסיון להכנה. הפסיקה אומרת שגם עבירות הניסיון העצמאיות, למרות שמנוסחות כעצמאיות, נפרשן בעזרת הדוקטרינות בחלק הכללי שעוסקות בניסיון ונשתמש במבחנים של הכניסה לביצוע וכו'... ראינו את זה במצרוואה ובקובקוב. הדין הספציפי גובר על הדין הכללי ולכן נעדיף את 305 בניסיון לרצח.

שחר אלדר מתלבט אם עדיף את דוקטרינת הניסיון הכללים עם כל הבעיות שלה או שעדיף היה לבטל את הדוקטרינה וליד כל עבירה, ליצור עבירת מטרה שהייתה פוטרת את הבעיה. יש עליו ביקורות.

**שותפות לעבירה:**

מהם הרציונאלים להרחבת האחריות הפלילית על שותפים לעבירה?

רציונל מרכזי (תועלתני) נשען על הסיכון המוגבר הטמון בביצוע משותף, בהשוואה לסיכון הטמון בביצוע בידי יחיד (יש הנחה שכשא כמה אנשים יוצאים לבצע עבירה זה מסוכן יותר כי המשמעות היא שלא רק אני שולטת במצב. ככל שיש יותר מעורבים יש יותר סיכוי לבלתמים והסיכוי שתבוצע עבירה שונה או נוספת לתכנון גבוהה יותר כמו שיפורט בסעיף 1):

1. ביצוע משותף שולל מכל שותף את השליטה הבלעדית על דרך הביצוע ועל השתלשלות העניינים ובכך מעצים את הסיכוי לחברה: מספר המעורבים הרב מגביר סיכון להיתקלות עם גורמים בלתי רצויים (משטרה וכו'..) ומעלה את החשש לחשיפה ולהיתפסות. הסיכוי שתבוצע עבירה שונה או נוספת החורגת מהתוכנית- גובר.
2. מידת האנרגיה העבריינית עשויה להיות גבוהה יותר לעומת ביצוע בידי יחיד- הביצוע המשותף יוצר רמת מחויבות גבוהה מצד כל שותף לתכנית העבריינית ולחלקו בה ("לחץ חברתי"), לעומת ביצוע ביחידות המאפשר חרטה בכל עת.

לאור תפיסת המסוכנות המוגברת בביצוע רב משתתפים, שיטות משפט מרחיבות את היקף האחריות הפלילית באופן שיחרוג מן התנאים הטיפוסיים המהווים ככלל, רף מחייב להטלתה.

**רציונל נוסף להטלת אחריות על שותפים נשען על שיקולי אשם (גמול):**

בספרות הפילוסופית של המשפט הפלילי מוצעים בסיסים תיאורטיים אפשריים המצדיקים להפליל סוגי שותפים שונים מנקודת מבט גמולית:

1. **רציונאל סיבתי-** תרומתו הסיבתית של השותף לעבירה. לפעמים בלעדי התרומה של פלוני- המבצע לא יכול היה להשלים את העבירה.
2. **רציונאל של יצירת סיכון-** השותף תרם בהתנהגוו להגברת ההסתברות כי תבוצע עבירה (אף אם בפועל לא תרם לה סיבתית). עצם העובדה שהשותף מגביר את ההסתברות לביצוע העבירה, מצדיק הטלת אחריות עליו.
3. **רציונאל הסכמה והזדהות עם הפגיעה בערך מוגן-** השותף הפגין בהתנהגותו נכונות לפגוע בערך המוגן. לפעמים נכון יהיה לקשור את השותף לביצוע העבירה כי הוא מזדהה עם הפגיעה בערך המוגן, הוא מפגין בהתנהגות שלו מנכונות לפגוע בערך המוגן.

**אופיה הנגזר של אחריות השותפים:**

**שתי גישות להתבוננות על אופייה הנגזר של אחריות שופתפים עקיפים (כמשדל וכמסייע):**

1. **גישה 1:** אחריות השותף נגזרת מאחריות המבצע העיקרי. זאת גישה של פלר שאומצה גם במשפט הישראלי. כאשר אדם מבצע עבירה ופלוני מסייע לו ואלמוני משדל אותו- נתבונן על כל הפעילות ל שלושתם כאילו מדובר על עבירה אחת של רבת משתתפים. אין לסיוע ולשידול להראות כאילו עומדים לבד. האחריות של המסיע והמשדל נגזרת מהאחריות של המבצע הכללי. לכן, אם המצבע הכללי לא חצה את שלב ההכנה ולא קמה לו אחריות פלילית, אין אחריות פלילית למסייע ולמשדל.
2. **גישה 2:** אחריות השותף נגזרת מעצם ביצוע העבירה ולאו דווקא מאחריותו של מבצעה. גישה זו מקובלת במשפט הגרמני- זה לא נגזר מאחריות המצבע העיקרי אלא מקיום מעשה מסוים פסול שמבצע אותו מבצע עיקרי. צריך להראות שהמבצע עיקרי עשה מעשה פסול. ברגע שהמבצע נכנס לניסיון, גם אם לא עומדת לא אחריות פלילית, עדיין ניתן לייחס אחריות פלילית למסייע ולמשדל כל עוד היה מעשה פסול מסוים. הגזירה היא לא מהאחריות הפלילית של העושה אלא מן המעשה הפסול.

**הנפקות בין הגישות עשויה להתעורר במקרים בהם המבצע העיקרי ביצע את יסודות העבירה אך לא נושא באחריות פלילית מחמת סייג העומד לו:**

**-לפי גישה 1:** שותפו לא יישא באחריות פלילית.

**-לפי גישה 2:** שותפו יישא באחריות פלילית.

**דיני עונשין, 15.06.2020- שותפים עקיפים, סיוע ושידול:**

**המסייע:**

**תנאי מקדים להטלת אחריות בגין סיוע לעבירה X הוא תחילת ביצוע של עבירה X על ידי העבריין העיקרי.**

דוגמאות:

נתתי לאורי אקדח כדי לסייע לו בביצוע שוד.

אורי ביצע שוד- אני אורשע בסיוע חשוד.

אורי ביצע ניסיון שוד- אני אורשע בסיוע לניסיון שוד.

אורי ביצע רק מעשי הכנה לקראת ביצוע שוד- לא אורשע כלל.

לא התקיים התנאי המקדמי לפיו נעברה עבירה.

**שימו לב-** אף שבמקרה האחרון עשיתי מצידי את המעשה האחרון הדרוש להשלמת סיוע לשוד- לא אורשע לניסיון סיוע לשוד. הדין בישראל קובע כי ניסיון לסיוע אינו עניש.

לפי הפרשנות המקובלת בישראל אחרי התיקון: התנאי "נעברה עבירה" מתקיים רק כשאצל המבצע הישיר התקיימו כל התנאים הדרושים להטלת אחריות פלילית בגין עבירה. פרשנות זו תומכת בתפיסת אחריות השותפים כאחריות הנגזרת מאשמתו של המבצע העחקרי.

**מיהו המסייע?**

למעשה, לפי סעיף 31 לחוק העונשין, סיוע הוא צורת אחריות נגזרת שמגלמת תרומה שההיא מצד אחד עקיפה ( תורם לביצוע אך לא באופן ישיר) וגם שותף משני ( התרומה שלו היא לא תרומת ליבה לעומת המשדל שתרומתו עיקרית ומשמעותית יותר).

כדי שנדבר על סיוע חייבים להראות שהיא לפחות ניסיון לביצוע עבירה עיקרית ע"י מבצע עיקרי. בגלל שהמשפט הישראלי אימץ א גישת פלר אז בלי מבצע אי אפשר...

למרות שבמקרה האחרון אם נותנים לאורי את האקדח והוא מתחיל לבצע פעולות הכנה מסוימות, נכון שעשיתי את המעשה האחרון שנדרש לסיוע. למרות זאת, אין ניסיון לסיוע- ניסיון לסיוע לא עניש בישראל ולכן חייב להראות שהעיקרי לפחות חצה את שלב ההכנה ונכנס לניסיון.

**הסיוע מהווה תרומה עקיפה ומשנית לביצוע העבירה העיקרית:**

עקיפה- המסייע אינו נוטל חלק בייצוע העיקרי.

משנית- המסייע מהווה שותף זוטר למבצע העיקרי.

**הסיוע כיסוד עובדתי:**

מהו טיב ההתנהגות העולה כדי סיוע? ס' 31 נוקב בהגדרה כללית: "עשה מעשה...".

מהו היחס שבין ההתנהגות המסייעת לבין ביצוע העבירה העיקרית?

אין הכרח שיתקיים קשר סיבתי בין התנהגות המסייע לבין ביצוע העבירה. די בהתנהגות בעלת פוטנציאל לסייע אף אם בפועל לא תרמה תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה.

יש דיון שלם בספרות- מה צריך להיות אופי התרומה של השותף כדי שנגיד שזה עולה כדי סיוע?

בהגדרה של 31, ההגדרה היא מאוד רחבה. מה שקרה הוא שבתיקון 39 נחקק- הנוסח שהוצע לסעיף הוא הנוסח: (למטה). הרעיון היה שאחרי התיקון הסיוע הוא כזה שצריכה להיות לו סגולה לסייע גם אם בפועל לא התממש הפוטנציאל הזה. אם למעשה אין אפילו פוטנציאל לסייע זה לא עניש לפי המשפט הישראלי. יש הנחה שבגלל שהסיוע גם ככה מרחיב את המעגל הפלילי ומתרחק מהליבה- אי אפשר להרחיב אותו בלי סוף. שהרי סיוע זה מעגל רחוק יותר. צריך להראות שלמעשה יש פוטנציאל לסייע. המשפט הישראלי אומר שגם אם נתתי לך אקדח ואת בסוף השתמשת בסכין לביצוע העבירה, די בכך שהתרומה שלי יכלה לסייע לך בשביל להטיל עליי אחריות אך אם אין פוטנציאל כלשהו לסיוע אז זה לא עניש.

בהצעת תיקון 39, הנוסח שהוצע לסעיף: "עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר הביצוע...". בעסיף החוק שהתקבל הושמטו 2 מילים והנוסח שהתקבל הוא : " עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע..".

פעם הנוסח הצביע על אותו פוטנציאל. בסעיף החוק שהתקבל, ועדת החורקה עשתה טעות והושמטו 2 המילים- "שהיה בו" ואז קיבלנו את הנוסח העכשווי. ולכן יוצא בלאגן ביסוד הנפשי- הכדי הופך להיות קשור ליסוד הנפשי ולא לעובדתי ובעיה נוספת היא "שעשה מעשה" נוגע לכל מעשה ואף גם למקרים שלא היה בהם כדי לסייע למבצע. זה עיוות את הפרשנות של אופי התרומה המסייעת מצד אחד ומצד שני גם משליך על הפרשנות של היסוד הנפשי. קרמניצר הסביר שזו טעות מצערת שנפלה בועדת החקיקה ונתקענו איתו כמו שהוא.

בפועל, יש את דברי ההסבר- לא יקנו בפועל ומי שקם ונחלץ לעזרתינו זה הפסיקה שאמרה שברוח אותה הבנה שהייתה בהליך החקיקה ובשים לב שמדובר בטעות, נאמץ את הפרשנות שהוצעה שהצעת החוק וזאת ההלכה היום- נדרש מעשה שיש לו פוטנציאל לסייע גם אם הפוטנציאל לא התממש בסופו של דבר.

בפס"ד פלונית – פלונית הולכת לקנות עם משיהו סכין ובגדים לרצח, מגייסת לו כסף כדי לרכוש את הדברים. היא אף משלמת בפועל בדברים ונותנת לו עצות לביצוע הרצח ולתירוץ כניסה לחדרו של הנרצח. זה תורם ליצירת תנאים לביצוע הרצח- זה בעצם סיוע פיזי. גם אבטחה של מקום ביצוע העבירה- גיבוי הרוצח זה סיוע. לפעמים גם נוכחות היא סיוע- הפסיקה אומרת שהנוכחות כשלעצמה היא אינה מקרית, אדם יכול להגיע לזירת עבירה במקרה, יש חזקה של נוכחות של אדם בזירה של עבירה שהיא לא נוכחות מקרין והיא מלמדת שאוותו אדם הוא בגדר של לפחות מסייע ויכול להיות שאף מבצע בצוותא.

פס"ד ? מדגים איך נוכחות יכולה להיות סיוע. אדם שנחשד בניסיונות ביצוע פיגועים. היא אומרת שהיא לא מנעה פשע אבל בית המשפט אומר שעצם העובדה שהיא נכחה ליד אזרח בלתי חוקי, עצם זה שליוותה אותו במונית ומזכה אותו בחופש תנועה. זה גרם לזיעאהד לא למשוך תשומת לב- כשהוא הולך עם בחורה, מחובקים, זה נראה טבעי. בית המשפט אומר שהיא הייתה התשתית הלוגיסטית שלו- היא יצרה לו את התנאים שהקלו עליו את ביצוע העבירה. הסיוע לא מכתיב חלופת התנהגות אחת- כל החלופה נכנסת להגדרות הסעיף ויש לה פוטנציאל לסייע זה פלילי.

סעיף 31 מגדיר את העיטוי- לפני או בשעת עשייתה. מעשה שנעשה רק אחרי העבירה באופן שלא מסייע לעבירה עצמה- לא נחשב. למלט מישהו מהמקום / לכבס את הבגדים – בית המשפט אומר שזה לא סיוע אלא יש לזה עבירה מיוחדת- 260. 260 נקרא מסייע לאחר מעשה. נוגע לסיוע למבצע העבירה לאחר העבירה עצמה. יש פטור לבן משפחה קרוב- המקרה המסוים של סיוע אחרי הוא לא עבירה נגזרת אלא עצמאית ולכן המשמעות היא שלא חייבים להוכיח את המעשה העיקרי. לעומת בהמסייע הרגיל. אם המבצע העיקרי ברח לחול – אפשר להרשיע את המסייע אבל במשפט הזה נצטרך להוכי את האחירות הפלילית של המבצע הכללי גם אם הוא לא נמצא כרגע וגם אם לא הועמד לדין. אם חומר הראיות מאפשר- הקלטה שפלוני מתוודה אפשר להשתמש בזה כדי להפליל את המסייע.

סיוע לאחר מעשה (פעולה שנעשתה לאחר העבירה באופן שלא סייע לביצוע העבירה גופא) מוסדר בעבירה ספציפית (סע' 260-261 לחוק העונשין).

פעולה שעיתויה לאחר ביצוע העבירה אך הובטחה לפני שהעבירה הושלמה- תיכלל בגדר סיוע.

הרציונאל: המבצע הסתמך עליה והיא נסכה בו ביטחון בעת ביצוע העבירה ובמהלכה.

מה קורה אם אדם מבטיח לפני ביצוע העבירה שהוא יסייע למבצע העיקרי אחרי? זה יחשב סיוע לפני או אחרי? זה נחשב לסיוע לפני העברה כי זה נותן לו את התנאים הנפשיים לבצע את העבירה. הפסיקה קראת לזה סיוע רוחני- סיוע שלא בא לידי ביטוי במעשה פיזי אלא בזה שהוא מעודד ומחזק את הנאשם לבצע את העבירה שהוא כבר החליט לבצע אותה. משדל נוטע את הרעיון המוחו של העבריין או גורם לו לבצע. לעומת זאת, סיוע רוחני זה רק אחרי שהעבריין כבר החליט- המסייע לא גורם לעבריין להחליט לבצע את העבירה, המסייע הרוחני רק תומך ומעודד את החלטתו לבצע את העבירה. הפסיקה אומרת שהסיוע הרוחני הוא חיזוק רוח בדברי עידוד אך הוא לא שידול כי זה לא הגורם שבגללו בוצעה העברה, מה שכן נצטרך להראות לגבי שידול. אלמלא המסייע הרוחני היה מעודד, העבירה עדיים הייתה קוראת.

אם אני מעודדת אדם לבצע עבירה ואומרת לו שכשהוא מסיים אני יעזור לו- דברי ההסבר בהצעת החוק אפילו אם המבטיח בסופו של דבר לא מקיים את הבטחתו בדיעבד, זה לא משנה- עצם ההבטחה מראש היא הסיוע הרוחני. הסיוע הרוחני הוא ההבטחה. הכל תלוי בסיפור ובסיטואציה הרחבה יותר.

**האם ניתן לבצע סיוע על דרך של מחדל?**

**דוג':**

* שתיקתו של אורן מעודדת את רוחו של אורי לבצע את העבירה שכבר החליט לבצעה.
* יוסי אחראי חדר הכספות בבנק מפר את חובתו (מכוח חוזה העסקתו) לנעול את חדר הכספות במטרה לסייע לאחרים לפרוץ אל הבנק ולגנוב כספים.
* בית המשפט בפרשת ויצמן: אי מניעת עבירה (כשניתן למנעה) עשויה להיחשב כסיוע במחדל לאותה עבירה.

**בשתיקה- מקלים על המבצע העיקרי לבצע את המחדל שלו. פס"ד ויצמן עורך דיון שלם בשאלה הזו ונשאלת שם השאלה אם כדי להפליל על סיוע למחדל אם צריך?** היו כמה עמדות ולפר אמר שלא צריך להראות מקור חובה עצמאית כדי להרישע במחדל- ברגע שהביצוע העיקרי מתקיים ויש לו מקור חובה , גם המסייע אוטומטית, שבעצם עשה עבירה נגזרת, זה אוטומטי חל עליו והוא נחשב מסייע למחדל.

קרמניצר אומר שכן צריך להראות מקור חובה עצמאי. בסופו של דבר חשין מאמץ עמדת ביניים- מאמץ את פלר אבל אומר שזה יכול להיות לוי בכל מיני דברים כמו הנסיבות.

זה בעצם מראה שניתן שורה תחתונה להיות מסייע למחדל. גם שתיקה יכולה לעודד אדם ולהוות סיוע למחדל. בית המשפט בויצמן חשין אומר שאי מניעת עבירה יכולה להחשב סיוע במחדל לאותה עבירה. בגדול, ניתן לדבר גם על יסוע במחדל. ביוע יסוד נפשי

איך המסייע צריך לפעול- איך הלכות היסוד הנפשי הלכו והתגבשו מאז תיקון 39.

בשני הראונות היה ויכוח. אחת השאלות הפסיקה זה איך מפרשים את היסוד הנפשי לאור הטעות שהשמיטו את ש"שהיה בו". שמראה על כוונה / מטרה רצון ונשאלת השאלה רצון למה- האם המסייע צריך לרצות שהעבירה תקרה או לצפות שהיא יכולה לקרות ובמישור השני- האם אני פועלת כדי ומתוך מטרה לסייע או מתוך צפיית האפשרות שההתנהגות שלי יכולה לסייע. 2 מישורים- היחס הנפשי כלפי העבירה הכללית והיחס הנפשי כלפי ההתנהגות המסייעת. איך יוצקים את היסוד הנפשי שנדרש בסיוע כשלשון החוק אומרת כדי ולא מסבירה אם זה רצון לסייע או רצון שהעבירה תקרה. לפעמים אני ארוצה לסייע אך לא רוצה שהעבירה תקרה.

הדוגמא עם האבא והאפוד- אדם שבנו הוא עבריין כבד והאבא אדם נורמטיבי ועלה לו בשנות חיים זה שבנו ירד לפשע. האבא רוצה שהבן ישתקם אבל הבן מספר לו שהוא הסתבך עם פושעים אחרים וששיש סיכון לחייו. הוא יודע שבצר לו הוא אומר לו לפחות קח איתך אפוד. רוצה להגן עליו. נותן לו את האפוש מתוך תקווה אמיתי שהבן לא יבע עבירה אבל בגללש מבין שזה הולך לקרות כב ר אז הוא עוזר לו. ה קרה בו האב מבצע מעשה ביוצר תנאים מקלים על הבן. הוא פועל מתוך רצון לסייע לבן אך לא מתוך רצון לביצוע עבירה אחרת. הוא צופה שתבוצע עבירה עיקרית אך הוא לא רוצה אותה. אחרי 39 הייתה גישה בפסיקה שיכוון ששדברי ההסבר לחוק – הניסוח המקורי היה שיש בו כדי, המילה כדי הייתה אמורה לתאר את היסוד העובדתי ולא הנפשי ולכן מספיקה רק מודעות של המסייע לכך שהעבירה העיקרית תבוצע וגם מודעות לכך שמה שהא עושה מסייע לעבירה. הם הולכים עם הרציונל הזה וזה מחמר אם נאשמים- כם אם לא התכוונת לבצע, עצם זה שידעת שההתנהגות שלך עשויה לסייע זה מספיק. ההנמקה במקור הייתה שאחרי תיקון 39, סיוע ושידול היה העונש זהה לעבירה העיקרית. במשפט האנגלי- המסייע והמשדל נושאים באחריות כאילו היו מבצעים עיקריים. מי שמסייע או משדל רואים אותו כרוצח וזה מה שהיה אצלנו לפני תיקום 39. לאחר התיקון התאימו את היקף האשם להיקף חומרת ההתנהגות. בגלל שבסיוע זו התנהגות שולית יותר צריך להיות לזה ביטוי גם מבחינה עונשים והעונש בייועד לסיוע הוא חצי. סעיף 32- הסיוע עונשו מחצית. בעונשים שחוסמים את שיקול הדעת של בית המשפט הסיוע יקבל פחות כפי שכתוב בסעיף.

הגישה אחרי התיקון- להסתפק במודעות- מרחיבים את היקף האחריות של המסיע אך תיקון 39 הפחית את העונש. יש דוקטרינה רחבה יותר ויותר מחמירים עם נאשמים אבל העונש קל יותר. לעומת זאת, העמדה ההפוכה- שאצרה לא, הגישה צאיכה להיות של כוונה בשני המישורים. רק אותו אחד שהתכוון בסופו של דבר , גישת הביניים היא- פסד ברק ופלונית. בר קאומר שביתן מענה לכדי שכתוב בחוק, לא ניתן להעתעלם . מצד שני- להגיד לגרום לעבירה לקרות צריך הזדהות של המבע עם העבירה הכללית זה ממש לקרב אותו לביצוע מבחינת האנטי חברתיות\*\*. ברק אומר להפריד בין היסוד הנפשי שיספיק כלפי העבירה העיקרית לעומת היסוד הנפשי שמספיק לעברה המבוצעת. לגבי מישור הסיוע נדרוש כוונה לסייע ומודעות של הנאשם ל ... מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שתגרום לסיוע+ כוונה לבצע. רוצים להראות שרוצה לסייע ולא רק מוגדר לאפשרות. הגישה הראשונה המרחיבה יכולה להפליל אנשים שהם מקיימים את חיי היום יום שלהם, אם

אם בעצם היסוד הנפשי שנסתפק הבו היא רק מודעות ל2 המישורים, המשמעות היא שגם מוכרי נשק חוקיים – יודע שלא כל מי שקונה נשק ישתמש בו באופן חוקי. אדם כזה, אם מודע לאפשרות שוקנים ממנו נשק וכיולים לבצע עם זה עבירה, אם זה יחשב סיוע , אז אי אפשר לעבוד בתחום הזה. זה בעצם מגביר את חירותם של מספר אנשים ושל מספר מקצועות.

\*\* בחוק איסור צריכת זנות- הלקוח הוא העבריין העיקרי והאישה לא מופללת. מתוך הבנה שצריכת זנות היא פוגענית כלפי נשים. ושנשי שהגיעו לכך הן מסכנות ולכן לא מפלילים אותן וזנות היא לא עבירה אלא רק לקוח הוא עבירה. אישה שנמצאת בזנות- אין לה באמת את היכולת לבחור. נשים לא באמת בוחרות אלא נסיבות החיים הובילו אותה לזה.

**פסד יוספוב**- האם צריך מודעות לביצוע בעריה כללי ת או לביצוע העבירה הספציפית שבוצעה. אומרים שהוא צריך להיות מודע שהוא מסייע לביצוע עבירה. צריך בשביל שאדם יהיה מסייע לעבירה איקס- שהוא מודע והתכוון לסייע לעבירה איקס. אם התכוונתי לבצע לעבירה איקס והאדם עשה עבירה וואי אני לא נקראת מסייעת לזה.

כוונה מועתקת או מועברת- 20 ג קטן 2 קטן. אם אדם רוצה מתכנן להרוג את פלוני ואני מסייעת לו ונותנת לו אקדח מתוך כוונה לסייע לו ומודעות לאפשרות שהוא יהרגו. ובסוף הוא הורג את אלמוני וזה נקרא סיוע כי זה סיוע למות אדם, לא משנה איזה אדם. לוקחים את הכוונה הראשונית ומעתיקים אותה על אדם אחר. ברגע שהמסייע צפה שאדם ימות זה לא מנה אם הוא צפה שפלוני או אלמוני ימות.

**שאלת מודעותו של המבצע העיקרי לסיוע הניתן לו:**

דוגמא: אורן מבצע עבירת שוד. אני מעכבת בכוונה ניידת הנמצאת בדרכה לסיכול השוד, מבלי שאורן יודע שאני מקלה עליו את הביצוע. האם אני אחשב כמסייעת לשוד?

כעקרון, אחריות בגין סיוע עשויה לקום גם כשהמבצע אינו מודע לסיוע הניתן לו.

הרציונאל: מודעותו של המבצע לעצם הסיוע אינה משליכה על שאלת האשם של המסייע או של המבצע ולפיכך, אין להתחשב בה.

**סיוע – היסוד הנפשי:**

הלכות היסוד הנפשי בסיוע עברו תהפוכות מאז תיקון 39 ובפסיקה שלאחר התיקון הובאו 3 גישות ביחס ליסוד הנפשי הנדרש כלפי 2 המישורים (העבירה העיקרית ועבירת הסיוע):

1. **גישת המודעות (דעת הרוב בע"פ 4317/97 פוליאקוב):**

* מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית (על יסודותיה העובדתיים והנפשיים) בידי העבריין העיקרי.

וגם:

* מודעות לטיב ההתנהגות ולאפשרות כי תתרום לביצעו העבירה העיקרית (מודעות לסיוע).

גישה זו הוצעה בהצעת החוק אך לא נתמכה בלשונו- מרחיבה את היקף דוקטרינת הסיוע.

1. **גישת הכוונה (דעץ מיעוט בע"פ 4317/97 פוליאקוב):**

* מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע + כוונה שתבוצע (לרבות הלכת הצפיות).

וגם:

* מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע (לרבות הלכת הצפיות).

1. **גיש הביניים (ברק בע"פ 320/99 פלונית):**

* מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע.

וגם:

* מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית+ כוונה לסייע (לרבות הלכת הצפיות).

גישת הביניים התקבלה בפסיקה שלאחר התיקון כהלכה מחייבת.

**המשדל (סע' 30):**

סיוע זו תרומה עקיפה ומשנית. שידול היא תרומה עקיפה וראשית. הוא יוצר עבירה כי בלעדיו העבריין העיקרי לא היה יוצא לביצוע. הוא יוצר עבריין- הוא המקור לכל הרע. הוא זה שגורם להחלטה לבצע בעירה ומכאן נובעת האנטי חברתיות המוגברת שלו. רואים את חומרת השידול עוד בחטא הקדמון עם הנחש- הנחש משדל את האישה והאישה משדלת את האדם. גם האישה וגם הנחש חוטפים עונש. המשדל זורע את זרע הפורענות ולכן עונש המשדל זהה לעונש במבצע. 34 ד רבתי. בדיני השידול אל רואים אמירה לגבי עונש וזה אומר שהעונש הוא כמו העבירה עיקרית- עונש למלא. זה עדו אינדיקטור לגבי חומרת השידול לעומת סיוע- יש ניסיון לשידול ולא לסיוע. המחוקק אומר שאותם מקרים בהם המבצע העיקרי לא נכנס למתחם הניסיון זה ניסיון לשידול. המבצע העיקרי לא התחיל לבצע עבירה ויש הפללה של צד לבעירה. זה מקרה מאוד יוצא דופן. (בעוד שניסיון לסיוע אינו עניש, ניסיון לשידול עניש – סעיף 33).

השידול מהווה תרומה עקיפה וראשית לביצוע העבירה העיקרית:

-עקיפה: המשדל אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה.

- ראשית: תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא מכרעת ומהווה "המחו", "אביה הרוחני של העבירה".

ייחודו של השידול הוא בהשפעת המשדל על תודעתו של המבצע: המשדל הוא זה שגורם למבצע להחליט לבצע עבירה. כך המשדך מוליד לא רק עבירה אלא גם עבריין.

ההבדל בין שידול להסתה זה קהל היעד- שידול הוא לקהל מסוים. הסתה היא לקהל בלתי מסויים. גם הסתה וגם שידול עומדים מול הערך המוגן של חופש הביטוי.

חופש הביטוי היא זכות חוקתית יחסית ולא מוחלטת . אפשר לפגוע בה בהתקיים תנאי פסקת ההגבלה.

**יסוד עובדתי בשידול-**

הצעת החוק לתיקון 39: "אין כל הגבלה בדרכי הבאת המשדל לביצוע העבירה ובלבד שניתן לראות כמי שהביא אחר לביצוע".

הייתכן שידול במחדל? הדעה הרווחת בקרב המלומדים בארץ ובשיטות זרות: נדרש מעשה אקטיבי כתנאי הכרחי להתגבשות השידול. יש הגורסים כי שידול במחדל כלל אינו אפשרי.

בהצעת החוק נאמר שאין שום הגבלה בדרכי הבאת המבצע לביצוע העבירה. לא משנה שאיזה דרך, צריך להראות שהמעשים הם אלו בקשר סיבתי בין מעשי השידול לביצוע העיקרי. צריך להראות שאלמלא השידול, העבירה העיקרית לא הייתה מתבצעת. בסיוע לא צריך\*. יכול להיות שידול במחדל? בעיקרון שידול צריך להיות אקטיבי אך יש דעות שחושבות אחרת.

מה קורה אם אומרים לאדם חולה נפש או קטין או כל אדם שלא נחשב באחריות פלילית- לך תרצח את פלוני והוא עושה זאת. העיקרי לא נושא באחריות פלילית. אם היינו הולכים לפי הכללים הרגילים שאם אין אחריות פלילית אז אין אחריות נגזרת אז המשדל היה יוצא זכאי. היו משתמשים באנשים כאלו בשביל להגיד שאין לי אחריות נגזרת כי אין עיקרי וככה אנשים היו עושים עבירות בלי להיענש.

במקום ללכת לפי הכללים הרגילים- יש דוקטרינה שעוקפת את הבעיה הזאת ואומרת שמי שמשדל או מסייע אדם שלא נושא אריות פלילית ומודע לא כך שהוא לא נושא- הוא מבצע בעצמו את העבירה באמצעות אחר. צריך הראות שהמשודל הוא אדם אוטונומי שנושא באחריות מלאה,\.

אם שידלתי לרצח והיה רק ניסון לרצח זה נקרא ששידלתי לניסיון לרצח. מבחינה דוקטרינת זה שונה אך לא מבחינת העונש.

* רכיב נסיבתי: קיומו של משודל אחראי בפלילים:

שימו לב להבדל בין שידול לבין ביצוע באמצעות אחר.

אין הכרחי שהמשודל יהיה מודע לפעולות השידול שמפעיל עליו מהמשדל.

* רכיב תוצאתי: ביצוע עבירה על ידי המשודל:

האם המשודל חייב לעבור את העבירה המושלמת על מנת להיות אחראי לשידול לעבירה מושלמת? או שמספיק שינסה לעברה?

דוג': פלוני שידל את אלמוני לבצע רצח אך אלמוני פספס וביצע רק ניסיון . האם פלוני ייחשב משדל לרצח או שמא ייחשב משדל לניסיון רצח?

**מחלוקת המלומדים:**

לפי הדעה המקובלת: פלוני ייחשב משדל לניסיון רצח- זוהי העבירה שבוצעה בפועל ועליה מלבישים את צורת האחריות הנגזרת. זוהי הדעה המקובלת.

לפי דעה אחרת: פלוני ייחשב משדל לרצח- יש להוכיח הצלחת השידול ולא הצלחת הגשמת הבעירה מושא השידול. ( דורנר בסוגאקר).

**דיני עונשין- 22.06.2020:**

**היסוד הנפשי בשידול:**

סעיף 30 לא מציין מפורשות מהו היסוד הנפשי הנדרש להוכחה... לכאורה משתמע כי נדרשת רק מחשבה פלילית (מודעות לרכיב היסוד העובדתי + פזיזות כלפי התוצאה). ואולם:

**ביניש בע"פ אסקין:** נדרש יסוד נפשי כפול:

1. מודעות לטיב ההתנהגות המשדלת ומודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית.
2. שאיפה – מטרה- מצד המשדל כי העבירה מושא השידול אכן תבוצע על כל יסודותיה בידי המשודל.

דעה נגד בייניש בע"פ אסקין- מצמצמת את היקף פריסתו של השידול כי יישא באחריות רק מי שרצה שהעבירה נושא השידול תתבצע- מוציא החוצה את אלו שצפו שהעבירה תתבצע אך לא היו מעוניינים בכך. היא אומרת שלמרות שלשון החוק לא כוללת את זה- נכון לעשות זאת כי אופן השידול הוא תכליתי- קשה להעלות על הדעת מקרים בהם משיהו משדל אחר לבצע עבירה אם הוא לא רוצה שהיא תתבצע. מדובר באדם שיש לו עניין שהעבירה תקרה ומדובר באדם אינטליגנט אם הוא מצליח להשפיע על אדם אחר. המשודל הוא אדם אוטונומי שיש לו יכולת לבצע או לא לבצע את מה שאומרים לו. ברגע שהאדם עליו הפעלתי את ההשפעה, אדם אוטונומי, אי אפשר לייחס לי את האחריות על העבירה של אותו אדם כי הוא בחר בכך. בייניש אומרת שלייחס לאדם הפללה בגין השפעה אפשרית היא לא פשוטה ועל מנת להתגבר על כך היא אומרת שצריך לפחות להצר את דוקטרינת השידול, דבר שיפצה על הקושי הפילוסופי הזה.

להשלים ככמה שורות על 2 פילוסופים- חיטה יכולה להתכפף בגלל הרוח- קשר סיבתי בין 2 דוממים. מדוע אי אפשר להחיל את זה גם על שידול- בדיוק כמו שרוח מכופפת את החיטה? המסקנה שלהם היא שכן, בניגוד למקרים בהם יש גרימה סיבתית בין גורמים דוממים, כשמדברים על בן אדם שהוא הגורם עליו משפיעים, לא נוכל לדבר על אותה גרימה של חפץ דומם שהשפיע על חפץ דומם משום שבהוויה האנושית ובחופש הבחירה- גורם לכל אחד להיות מן ה' קטן. לכל אחד יש את היכולת לבחור, דבר שמשנה את הדרך בה עובדת סיבתיות בהקשר האנושי.

ביניש מדברת גם על העונש- היום עונשו של המשדל שווה לעונשו של המבצע ולכן היא אומרת שגם זה מצדיק להרים את הרף של היסוד הנפשי הנדרש. זה גם עוזר לעשות את ההבחנה מן הסיוע.

למה גם משדל וגם מבצע הם שותפים עקיפים? הישרים הם מי שמשתתפים בביצועו העבירה. כאן שיניהם לא שותפים. אך בעוד המסייע- תרומתו שולית ועונשו חצי, המשדל נתפס כשותף עקיף אך ראשי שמחולל את העבירה- יוצר עבירה ועבריין. ביניש אומרת שהביטוי להבדלי החומרה לא ישתקף רק בעונש השונה אלא גם ביסוד הנפשי שיבחין ביניהם. המשדל הוא הרבה יותר אנטי חברתי.

בלעדי המשדל אין עבירה- התביעה תצטרך להוכיח שלולא הפעילות המשדלת, לא הייתה מתבצעת עבירה. לכן, הקשר הסיבתי נתפס כמאוד משמעותי. במסייע- התרומה יכולה להיות רק פוטנציאלית ולא ממשית. התפיסה היא שהגברתי את הסיכון שהעבירה תקרה, תמית ליצירת תאנים שהבעירה תקרה (במסייע). ולכן בגלל האנטי חברתיות הנמוכה יותר, זה נתפס פחות חמור מאשר במשדל.

**פטור עקב חרטה- סעיף 34:**

דוקטרינה שקובעת פטור עקב חרטה ספציפית למשדל ולמסייע:

הפטור של המשדל שונה מן הפטור של המנסה. פה גם אם העבירה הושלמה- המשדל או המסייע שמנסים למנוע את העבירה יכולים לקבל פטור לעומת סעיף 28 בו כאשר התחילו אי אפשר לקבל כבר פטור.

ההבדל בין הפטור למנסה (סע' 28) לבין הפטור לשותפים (סע' 34):

במישור התרומה העובדתית:

* סעיף 28: ברגע שהעבירה הושלמה, אין פטור.
* סעיף 34: גם אם העבירה הושלמה, יכול לזכות בפטור אם הודיע מבעוד מועד לרשויות לשם מניעת הבעירה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת.

במישור היסוד הנפשי:

* סעיף 28: "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה...".
* סעיף 34: אין דרישה לחרטה מוסרית אתית וכנה.

הפטור לשותפים מקל יחסית מן הפטור למנסה משום המרחק של השותפים מן הביצוע העיקרי. התפיסה היא שיש מרחק- גם ככה מרחיבים את המעגל של השותפים ולכן נרצה לתמרץ כמה שיותר את הצדדים האחרים לנסות למנוע.

במובן מסוים, המשדל יכול להיות דומה יותר למבצע ולא למסייע. למה דווקא ב34 מכניסים את המשדל והמסייע יחד? חייב להתחיל מהרציונאל של השותפים ודרך זאת לעצב את הקוהרנטיות.

**סיכום:**

מבין הרציונאלים המוצעים לביסוס אחריות שותפים, דומה כי אחריות המשדל מבוססת על שילוב בין 2 רציונאלים:

הרציונל הסיבתי ורציונל ההזדהות וההסכמה. לולא השידול, לא היה מבצע המשודל את העבירה ושאיפתו של המשדל כי העבירה מושא השידול תבוצע מלמדת על הזדהות עם פגיעה בערך המוגן (אלמנט המשתקף בדרישת היסוד הנפשי).

העונש לניסיון שידול זהה לעונש המסייע. זה מראה שהמחוקק תופס את החומרה היתרה בשידול- גם אם משיהו ניסה לשדל ולא הצליח אפשר לייחס לו אחריות על ניסיון לשידול. האחריות הנגזרת הרגילה מותנית לפחות בתחילת ביצוע של המבצע העיקרי, פה אין את זה ובכל זאת המחוקק אומר שמשום שניסית להשפיע על תודעה של אדם אחר- אתה צריך קבל עונש.

**הטעמים התומכים בדרישת היסוד החפצי הנוסף:**

* אופיו התכליתי של השידול מחייב מבחינת היסוד הנפשי כי יתקיים מתאם בין ההתנהגות המשדלת לבין התכלית לגרום לביצוע העבירה.
* הטלת אחריות פלילית על אדם רק בגלל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אחר היא בעייתית... לכן העלאת רף ההרשעה באמצעות דרישה מוגברת של יסוד נפשי נועדה לרכך את הקושי.
* העונש הנלווה לשידול- לאחר התיקון העונש הושווה עם הביצוע. לפיכך דרישת רף גבוה יותר של יסוד נפשי נראית מוצדקת.
* הרצון לבדל את השידול מן הסיוע- ראיית המשדל, להבדיל מהמסייע, כשותף עקיף ראשי. כמשתקף ברמת העונש, מצדיקה, להחמיר ברמת היסוד הנפשי הנדרש.
* קשר סיבתי בין ההתנהגות המשודלת לבין ביצוע העבירה על ידי המשודל.

"המביא אחר לידי..."- קש"ס בין השידול לבין ההחלטה לבצע עבירה.

יתכן בשני מקרים:

1. המשדל נטע את רעיון ביצוע העבירה במוחו של המבצע. המבצע כלל לא חשב על הרעיון לפני כן...
2. "הטיית כפות המאזניים"- רעיון הביצוע עלה במוחו של המבצע והוא אף שקל בדבר. אך השידול הוא שהכריע את הכף למען ביצוע העבירה. ( ביניש באסקין).

**ביצוע בצוותא:**

בתוך הביצוע, יש כמה סוגים של מבצעים- המבצע היחידני, מבצע בצוותא ומבצע באמצעות אחר. בסעיף 29 (ב) מוגדרים המבצעים בצוותא: מהמילה לרבות מבינים שמתייחסים למבצע שצוותא כמו אל מבצע רגיל והעונש יהיה זהה. כדי שאדם יחשב מבצע בצוותא הוא לא צריך לבצע את כל היסוד העובדתי של העבירה- אנשים מחלקים ביניהם את המעשים וסך כל הפעולות צריכות לקיים את היסוד העובדתי כולו. אם נסתכל בנפרד זה יגרום לכל אחד לשאת בעבירו קלות יותר- היתרון בהתבונן על שניהם כעל גוף אחד זה שאפשר לייחס להם את העבירה היותר חמורה שהם עשו כאחד וכמכלול. יש מקרים בהם התבוננות נפרדת על המעשים של כל אחד לא תיצור עבירה- ואז אנשים יכולים לצאת נקיים גם אם עשו משהו חמור. יש מבחנים שונים שהפסיקה פיתחה. יש הבדל גדול אם 3 אנשים מתכננים עבירה ובהטלת מטבע מחלקים תפקידים לבין 2 אנשים שנכנסים עם שק ואקדח ותכננו מה לעשות מראש ורק קראו למישהו נוסף שיפטרל והוא לא היה חלק מהתכנון ואז יכול להיות שזה סיוע.

**המבחנים להחנה בין מבצע בצוותא למסייע:**

חשין מדמה את זה לכלב זאב ולזאב שהולכים אל עבר השקיעה ואם נסתכל מאחור יהיה לנו קשה ביותר לזהות מיהו הכלב ומיהו הזאב. הסיווג הזה משנה מבחינת העונש, מבחינת הפטור, הגינוי, אחריות בגין עבירה נוספת, ביסוד הנפשי הנדרש... יש סוגים שונים של משמעויות שיכולות לנבוע מן הסיווג הזה.

הגישה המופיעה בדברי ההסבר להצעת החוק דורשת **שני תנאים מצטברים** (להפוך למבצע):

1. מעשהו של השותף יהיה חיוני לביצוע העבירה. שבלעדיו העבירה לא תתבצע, קשר סיבתי.
2. מעשהו של השותף אינו בעל אופי מקדמי הכנתי בלבד. הצעת החוק אמרה שכדי שאדם יהיה מבצע צריך להראות שמעשיו לא רק הכנתיים אלא שהם ממש בגדר ניסיון.

המבחן הזה יחסית מצמצם.

הפסיקה קבעה את **מבחן השליטה הפונקציונאלית:**

המבצע בצוותא הוא אדון הפעילות העבריינית. בידיו השליטה המהותית על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת, מתוכנית כוללת, לביצוע העבירה, ולכן תרומתו פנימית. מבחן מרכזי שאומץ בפסיקה לאחר התיקון וההשראה אליו הגיעה מן המשפט הגרמני. הרעיון הוא שהשליטה משקפת את החלק הפונקציונלי המשמעותי שיש לכל אחד מהמבצעים על הביצוע הקונקרטי ועל התפתחות העניינים- לכל אחד מהמבצעים יש שליטה במה שקורה. צריך להראות שלכל אחד יש משקל במה שקורה- הוא חלק מתוכנית כוללת וכו'...

**פלונים- שוק הקצבים** מזכיר את המבחן הזה. יש קשר בין הניתוח של אנקר לבין סוג התרומה שרואים בשוק הקצבים. 4 אנשים קושרים שקר על מנת לבצע עבירה פלילית של טרור יהודי- לזרוק רימון בשוק ולהרוג ערבים. אחרי כמה ימים הם נפגשים ומחלקים תפקידים בהגרלה. בבוקר היום המיועד, אדם אחד לא מגיע. שואלים אותו איפה הוא והוא אומר שלא יעשו את זה היום. את אותו אדם הם מתארים כאחד שנתן את הרעיון והיה פעיל מאוד בשלבים שהיו עד אותו בוקר. הם אומרים לו שלא יעשו זאת בלעדיו הוא אומר שיעשו. כנראה הוא השתפן והשיחה מסתיימת. הוא בעצם מנתק את עצמו ממה שקורה הלאה וה3 ממשיכים בעצמם. שורה תחתונה- הם מבצעים את הפיגוע- הורגים אדם ופוצעים 7. השאלה מתעוררת לגבי החלק של טל- האחד בהוציא את עצמו מן העבירה. מדובר על אדם שהיה פעיל בשלבים המוקדמים אך מרגע שהסתיים הקשר הוא הולך אחורה ולא עושה צעד למניעה. הוא לא פונה למשטרה ולא מנסה לגרום להם לחדול. השאלה היא איך נכון להתייחס על אדם כזה. הפרקליטות מראש ניסתה להרשיע כמשדל בלבד כי לא עשה מעשים לביצוע העבירה. בית המשפט העליון מסווג את טל כמבצע בצוותא- אי אפשר להעלם מהחלק מהמשעותי של טל שהיה פעיל מאוד בתכנון של העבירה לפרטיה, נפגש עם 4 החברה, חילקו תפקידים גם לו, הוא היה הראש וראשון ורק ברגע הביצוע העצמו הוא פרש. ברק אומר שהייתה לטל שליטה מהותית על הביצוע בדיוק כמו האחרים. הפסיקה מרחיבה את האחריות ולכן הקושי הטמון במהלכו של ברק הוא שהוא מרחיב את גבולות הביצוע בצוותא על חשבון הסיוע במובן שהוא מאפשר להטיל אחריות על בסיס קשר בלבד לעבירה עיקרית אחרת. ההרחבה אינה פשוטה. ממאמרו אנקר- אדם ששותף בתכנון העבירה הוא אדריכל העבירה ואי אפשר להגדיל שאין לו שליטה על ביצוע העבירה. הוא חושב שתכנון זה לא רק קשר במקרה של שותפים. בעצם, גם אנקר חושב שזה הגיוני- אדם כמו טל בקלות יכול היה לסכל את הפיגוע. טל ניסה לטעון לטור עקב חרטה וברק אמר לו שזה לא מספיק אלא צריך גם מעשים אקטיביים אך הוא לא עשה כלום. ברק אומר שטל היווה חלק מחבורה ונטל חלק מרכזי בכל שלבי ביצוע העבירה. ברק אומר שטל היה הראש וראשון ולכן תרומתו הייתה תרומת ליבה. כמו שאנקר אומר- אדריכל התוכנית. מהפסיקה של פלונים מבינים שנוכחות היא לאו דווקא הכרחית לביצוע בצוותא. דבר שבטח נכון גם בעולם הטכנולוגי. הפסיקה קוראת לזה נוכחות קונסטורקטיבית- בעצם נוכחות מרחוק אך עם שליטה. שותפות מאוד משמעותית בתכנון= שליטה.

**המבחן המשולב:** המבחן המשולב הוצא על מנת להתגבר על הקושי במבחן השליטה. שילוב בין פרמטרים המצביעים הן על התרומה במישור העבודתי והן על המעורבות והיחס הנפשי וצירופם למסה קריטית אחת שתכריע את הכף האם מדובר בביצוע בצוותא או בסיוע. המבחן נותן משקל לא פחות גדול ליסוד הנפשי ולמידת ההזדהות שיש לאדם עם ביצוע העבירה.

**מבחן חבות העונש-** מבחן ערכי המבקש להעריך את מעשיו של השותף מבחינת הסנקציה הפלילית הראויה לו. לפי מידת המעורבות של השותף ייקבע עונשו. לפי העונש- הוא יסווג כמסייע או כמבצע בצוותא. אם נרגיש שנכון להטיל עונש כבד יותר נסווג כמבצע בצוותא ואם נרגיש שמגיע עונש מקל יותר נסווג כמסייע. חשין אומר למה שבית המשט לא יכול להטיל על מסייע עונש לפי מידתו? חשין אומר שהדרך להתמודד אם זה היא פשוט להפוך את סדר הפעולות- לפי מידת המעורבות נקבע את העונש ולי זה נקבע את הסיווג. זה פוגע בעקרון החוקיות ומאוד בעייתי ביישום.

**מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון-**  נבודד את חלקו של כל שותף בעבירה רבת המשתתפים ונבחן במישור היסוד העובדתי בלבד- האם מעשיו נכנסים למתחם הניסיון. אם כן- מדובר במבצע בצוותא. אם לא- השותף יסווג כמסייע. פרופ' גור אריה הציע את מבחן זה כאנלוגיה לדיני הניסיון.

**ניסיון לשידול:**

הרכבה של דיני הניסיון על דיני השידול.

עונשו של המנסה לשדל- מחצית מעונשו של המבצע העיקרי.

מהו ניסיון לשידול? מקרים המאופיינים בהעדר כל תחילת ביצוע מטעם המשודל:

1. פלוני אכן שכנע את ראובן לשדוד אך ראובן כלל לא ניגש לביצוע או נעצר בשלבי ההכנה.
2. פלוני ניסה לשכנע את ראובן לשדוד וראובן סירב להשתכנע.
3. פלוני החל בביצוע מעשים שנועדו לשכנע את ראובן אך הם לא פעלו על ראובן משום שלא הושלמו (אך יצאו מגדר הכנה).

**שילוב של שידול ושל סיוע:**

דוגמא: מיכל מדברת אל ליבה של חברתה לבצע רצח ובנוסף, משאילה לה אקדח לצורך ביצוע הרצח.

כיצד נתייחס למקרים בהם מעשיו של אדם מהווים הן סיוע והן שידול?

שתי הצעות לפתרון:

1. מיכל תואשם בצורת האחריות המוחמרת (שידול).
2. גישת פלר- מיכל תחשב כמבצעת- רמת מעורבותה כה גבוהה עד כי היא מאפשרת לצרף את השידול והסיוע ולהתייחס אליה כאל מבצעת עיקרית.

שורה תחתונה: ב-2 האפשרויות עונשה יהיה זהה (עונש הזהה לביצוע העיקרי) אך הסיווג כמשדלת או כמבצעת יכול להיות בעל נפקות במישורים אחרים (פטור עקב חרטה, אחריות לעבירה שונה או נוספת וכו'...).

**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, לחלקת של האחרים ולמזימה העבריינית בכללותה.

ביהמ"ש: המודעות לתלות הדדית היא נשמת אפו של הביצוע המשותף. אז מה דינה של שותפות ספונטאנית? "סוגיית עבירת ההמון".

**דיני עונשין, 29.06.2020:**

המשך ביצוע בצוותא:

הפסיקה אומרת שהמבצע בצוותא הוא כמו כל מבצע אחר ולכן נדרוש כיסוד נפשי גם מודעות. הפסיקה אומרת שכדי לדבר על ביצוע לצוותא צריך להראות מודעות- כל אחד מהמבצעים צריך להיות מודע לחלק שלו במזימה ולחלק של שותפיו. המודעות לתלות ההדדית היא נשמת אפו של הביצוע המשותף. לא מספיק היסוד הנפשי שקבוע בעבירה אלא צריך גם מודעות. יש מקרים של שותפות ספונטנית- אנשים שלא מכירים אחד את השני אך נקלעים לזירת עבירה ושם כל אחד פועל לביצוע עבירה מסוימת כך ששניהם שותפים ספונטניים לביצוע של עבירה בלי תכנון מראש. נשאלת השאלה- האם ניתן לראות בשותפים ספונטניים כמו שותפים בצוותא. הפסיקה אומרת שגם במקרים של שותפות ספונטנית צריך להראות שלכל אחד מהשותפים יש את היסוד הנפשי הקבוע בעבירה הרלוונטית+ להראות שכל אחד מהם, ברגע ביצוע המעשה, מודע לשותפות למרות שאין סוג של תכנון מראש. יש את דוגמת הדיסקוטקים בעניין הזה ( מישהו מנסה לדקור מישהו במועדון ואחר מצטרף ועוזר לו לדקור). דוגמא נוספת: אנשים במאה השערים שמוחים על כך שנוצרים מתגוררים בשכונה. בחור בשם עזיזיאן סקרן לראות מה הולך שם ומצטרף ללינץ. לא צריך להוכיח שהוא קיים את כל היסוד העובדתי. עזיזיאן אומר שלא הייתה לו שום שותפות, הוא לא תכנן כלום מראש וכו'... בית המשפט אומר שזה נקרא עבירת ההמון- שותפות ספונטנית: זה שהוא היה מודע למעשיו ולמעשי האחרים מקשר אותו לשותפות ספונטנית. בסיטואציות כאלו יכולה להתגבש עבירת ביצוע בצוותא למרות שאין תכנון.

אחריות לעבירה שונה או נוספת:

סיטואציה במסגרתה יש שותפים לביצוע עבירה מתוכננת ותוך כדי ביצוע העבירה המתוכננת, המבצע בצוותא חורג מהתוכנית ומבצע עבירה שונה או נוספת שהינה לא מתוכננת. השאלה היא מה יהיה דינו של אותו מבצע ששותפו חרג מן התוכנית. ס' 34א מציע הסדר לכך: המבצע לעבירה המתוכננת יישא באחריות גם של העבירה הלא מתוכננת שביצע שותפו גם אם לא היה מודע לכך, גם אם לא היה שותף פיזי לכך וגם אם לא היה לו יסוד נפשי לכך. אם המבצע בצוותא ביצע את העבירה שיסוד נפשי נמוך מכוונה, שותפו שלא היה שותף לעבירה הלא מתוכננת- יישא גם באחריות. התנאי לתחולת הסעיף זה שהמבצע בצוותא שלא חרג מן התוכנית, יכול היה לצפות את החריגה נייחס לו אדישות???. מה שמאפיין את הסעיף הזה, זה שהמבצע בצוותא נמצא בעולם הרשלנות ולא בעולם המחשבה הפלילית, והסעיף אומר שלמרות זאת ולמרות שהוא לא היה שותף פיזי, ונוסף על כך גם לא צפה אותה- הוא יישא באחריות פלילית.

הסעיף לא מסתפק בזה- אם יש משדל ומסייע לעבירה המקורית- גם הם יישאו בעבירה החורגת אבל האחריות שלהם תוגבל רק לעבירת רשלנות. הסעיף בעצם אומר, שלעניין המשדל והמסייע- מגדילים את ייחוס האחריות רק לגרימת מוות ברשלנות. היסוד הנפשי האמיתי של המשדל והמסייע כלפי ההמתה הינה באמת רשלנות. לגבי המשדל והמסייע, המחוקק לא חורג מעקרון האשם. למה בכל זאת יש כאן הרחבה גדולה של האחריות גם לגביהם? כי מדלגים על היסוד העובדתי- השותף, המשדל והמסייע לא נוטלים חלק בעבירה החורגת, לא מבצעים מעשים לסיוע לה, לא עושים מעשים להקלת הביצוע וכו'... מוותרים על הדרישות האלו ומחמירים את האחריות בגלל תפיסה של אשמה מוגברת שקיימת לשותפים לעבירה המתוכננת. עצם התפיסה היא שכשאנשים יוצאים לעבירה במשותף הם מוותרים על השליטה בכל רגע נתון בהשתלשלות העניינים. בטח במקרים בהם יוצאים עם אקדחים טעונים- למרות שתכננו לא להשתמש בהם אי אפשר לשלוט על התודעה ועל מעשי השותף שמחזיק אותם- ניתן לצפות בבירור כי יהיה שימוש חורג מן העבירה המתוכננת כשיוצאים לביצוע עבירה יחד- שניים קושרים את גורלם יחדיו גם לטוב וגם לרע. המחוקק אומר שגם אם לא צפית ולא היית שותף פיזית- אנחנו מייחסים לך אחריות מוגברת ומגדילים לך את האשמה.

דוקטרינות דומות בהרחבת האחריות: אחריות קפידה (מייחסים לאדם עבירה פלילית בלי שתהיה לו מחשבה פלילית- החוק מניח שיש יסוד נפשי אך לא צריך להוכיח. אם הנאשם עשה ככל יכולתו למנוע ומוכיח שלא היה לו יסוד נפשי אז לא ניתן להרשיע אותו), כניסה למצב בהתנהגות פסולה (לדוגמא: אדם מבצע עבירה פלילית תוך שכרות- אם הוא שיכור במכוון אז ניתן לייחס לו אחריות לעבירה בגלל האשמה שלקוחה לו מנקודת הזמן הראשונה),

אם אין עבירה מקבילה של רשלנות לעבירה החורגת אז אין אשמה למסייע ולמשדל. לדוגמא: אם העבירה החורגת היא אונס- המבצע שלא חרג גם מורשע באונס אך המשדל והמסייע לא יואשמו כי אין עבירת אונס ברשלנות.

מבצע באמצעות אחר:

אדם שתרם לעשיית המעשה ע"י אדם אחר, ידע שהאחר היה באחד המצבים הבאים שמגבירים או שוללים את פטור מאחריות פלילית מאותה עבירה שהוא מבצע באופן ישיר אך ניתן להרשיע את זה שהשתמש באותו אחר אם יש לו את היסוד הנפשי של העבירה עצמה. זה בעצם מקרים של ניצול של ידע או שליטה. לדוגמא: שליחת קטין בן 11 לגנוב לי משהו מחנות. הוא לא נושא באחריות פלילית כי הוא קטין. הסעיף אומר שברגע שאדם עושה אחר ככלי בידיו ויש לו את היסוד הנפשי לעבירה ואת המודעות לכך שאני משתמש בקטין – יישא באחריות של ביצוע באמצעות.

פס"ד משולם עוסק בשאלת רב העבריינים- מה קורה אם יש אדם ששולח אנשים לביצוע עבירות, לא נמצא בזירה עצמה, לפעמים לא מודע לעבירה הספציפית שמתבצעת. לפעמים אפילו לא מתכנן. פס"ד ברגותי עוסק בזה- ברגותי היה התשתית לוגיסטית מאחורי הארגון- אבל לא שותף לתכנון העבירות הספציפיות ואף היו אנשים שמנעו ממנו מלדעת מה קורה בשביל שהוא יוכל להגיד אחר כך "לא ידעתי". יש מקרים שלא נכנסים לאף אחת מהדוקטרינות וקשה להחליט מה לעשות במקרים כאלו. נחקק חוק מאבק בארגוני פשיעה והוא מאפשר לייחס אחריות לאנשי שעומדים בראש ארגון פשיעה רק מכוח היותם כאלו. מייחסים להם אחריות לא לגבי העבירות שמתבצעות ע"י הארגון אלא לעבירה מיוחדת שנקראת עמידה בראש ארגון פשיעה וכך החוק עוקף את הצורך של עבירות השותפים שצריך להוכיח בהן השתתפות כלשהי, יסוד נפשי כלפי עבירה וכו'.... מן עבירת סטאטוס.