**דיני עונשין:**

***מבוא- מה זה משפט פלילי?***

**המשפט הפלילי נחלק ל3 קטגוריות:**

1. הדין המהותי- דיני העונשין. עונים על שאלת- מה עשה הנאשם? כולל את כלל החוקים, הכללים וההלכות המסדירים את היקף האחריות הפלילית.
2. סדר הדין הפלילי- עונה על שאלת האיך? מה השלבים? מסדיר את המסגרת הדיונית בה יתבררו השאלות הדיוניות.
3. דיני ראיות- עונים על שאלת האיך? באילו כלים? ההוראות שקובעות מהן דרכי ההוכחה ואמצעי ההוכחה של הדין המהותי בתוך המסגרת הדיונית.

**ייחודיות המשפט הפלילי ומטרותיו:**

* **מטרת** המשפט הפלילי היא **יצירת סדר חברתי**. **הובס** טוען כי הדרך הטובה ביותר לצאת ממצב מלחמה היא לחתום על אמנה חברתית. לפי **תאוריית האמנה החברתית**, כלל האנשים יפקידו את זכויותיהם בידי גוף ראשי, אשר לו תהיה הסמכות להסדיר את כללי ההתנהגות בחברה.
* **משפט פלילי** הוא **כלי** של המדינה **להגן על ערכים חברתיים** שנתפסים חיוניים לקיום חברה יציבה, **ע"י קביעת** שורות **התנהגויות אסורות** (עבירות פליליות) כדי להגן על ערכים אלו, וקביעת **סנקציות** למצב בו נוהגים באופן אסור. הסנקציות יוצרות גם **הרתעה**.
* **האחריות הפלילית** משקפת **קונפליקט** בין **המדינה לנאשם**- לעיתים הנאשם פוגע באדם אחד, אך **התפיסה היא כי החברה כולה נפגעה.** הנאשם קורא תיגר על הערך החברתי המוגן שנפגע בעת ביצוע העבירה. המשפט הפלילי יכול **להפליל גם התנהגויות שאין בסופן נזק, כניסיון לביצוע עבירה,** שכן הניסיון מבטא את נכונות הנאשם לקרוא תיגר על ערכים חברתיים.

**ההשלכות בהבדלים בין משפט פלילי למשפט אזרחי?**

1. האופן בו נתפסת האחריות הפלילית לעומת האזרחית: **במשפט הפלילי** מדובר על **סטיגמה, גינוי ותיוג.** האדם נפגע באופן עמוק, מדובר בדיני נפשות, אות קלון. בשל כך שהאחריות הפלילית נתפסת כאחריות דרמטית ופוגענית, השימוש בה צריך להיות במשורה. לכן, יש לוודא קודם שניתן למצותה בענפי משפט אחרים- **עקרון השיוריות של המשפט הפלילי- הוא המוצא האחרון.** לא נשתמש בו כל עוד ענפי משפט אחרים יכולים לפתור את הבעיה.
2. אשם: במשפט הפלילי יש דרישה להראות אשם, במשפט האזרחי אין דרישה שכזו.
3. מבנה ההליך הפלילי והצדדים לו: במשפט הפלילי הצדדים הם המדינה מול הנאשם, הנפגע הוא לא צד להליך. במשפט האזרחי מדובר בפרט מול פרט.
4. מידת ההוכחה: במשפט הפלילי נדרשת הוכחה מעל ספק סביר, משמע, רמת הוכחה גבוהה מאוד, כמעט וודאית- 97%-98%. במשפט האזרחי ישנה דרישה למאזן הסתברויות, מעל 50%.

***פרק 1 – הענישה הפלילית:***

1. **גישת הצדק העונשי:**

2 תורות עיקריות להצדקת ענישה מבחינה מוסרית:

1. תורת הגמול- נשענת על תורת המוסר הדאונטולוגית:

לפיה, **הדרך למדוד ערך של מעשה מסוים הוא לא להסתכל על התוצאה, אלא על המעשה/ תופעה עצמה.** משמע, ענישה היא אקט חיובי מבחינה מוסרית, כי היא גומלת לאדם הרע על "המעשה הרע" שעשה, מידה כנגד מידה. לפי תורה זו, גמול הוא לא נקמה, הגמול ניתן בשיטת עין תחת עין, בהלימה לחומרת העבירה שנעשתה. **הביקורת-** גמול הוא נקמה, הקורבן כבר סבל. תורה זו מוסיפה סבל לפוגע ולא מתקנת את שקרה. **התשובה-** הענישה חייבת להעשות במידתיות. סבל העבריין הוא מעין תיקון/ איזון לסיטואציה.

1. התורה התועלתנית- נשענת על תורת המוסר הטלאולוגית (תכליתית):

תורה **שמעריכה מעשים מבחינה מוסרית לפי התוצאה שלהם, לא לפי המעשה עצמו.** לפיה, **הענישה עצמה אינה מועילה, אך השלכותיה כן-** ענישה של אדם אחד, יכולה למנוע בעתיד ביצוע עבירות נוספות וקירבון של נפגעי עבירה פוטנציאלים אחרים. הענישה תמנע יותר סבל ותוסיף הרתעה, לכן היא מוצדקת. ההצדקות לגישה- הרתעה אישית, הרתעה כללית ושיקום העבריין שיעבור מעין תיקון בכלא. **הביקורת-**  אם ענישה תוריד את רמת הסבל בעולם, ניתן להעניש גם אדם חף מפשע כדי להרתיע.

כל תאוריה לבדה אינה מושלמת, לכן, מרבית המלומדים מסכימים כי יש לשלב בין הרציונלים של התאוריות:

1. הגישה של פרופ' הארט: ההצדקה לענישה תועלתנית, רק אם היא תועלתנית יקבע העונש לפי שיקולי גמול- מידתיות.
2. הגישה ההפוכה: ההצדקה לענישה היא גמול- הענשת האדם כי מגיע לו. מידת העונש תושפע משיקולים תועלתניים (למען הרתעה? למען שיקום)- **הגישה הנהוגה בישראל- עקרון ההלימה, והשפעת שיקולי תועלת על העונש.**

**תיקון 113- סימן א'1: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה תשע"ב (חוק העונשין סעיפים 40א-40יד:**

1. מטרה- תיקון שנוצר להגבלת שק"ד השופטים. עד לתיקון זה היה אי-שיוויון בין הנאשמים.
2. ס' 40ב- **עקרון ההלימה:** התיקון מתווה כי **העקרון המנחה בענישה הוא הלימה**, זוהי הכרה בכך שהבסיס לענישה הוא גמול. יחס הולם בין חומרת המעשה, העבירה ואשמו של הנאשם.
3. ס' 40ג- **קביעת מתחם ענישה הולם** נעשה לפי הערך החברתי שנפגע, מידת הפגיעה בו ומידת אשמו של הנאשם. אלו **נסיבות הקשורות בעבירה.**
4. ס' 40ד-40ה- ניתן לחרוג ממתחם הענישה לחומרא (מתוך צורך של הגנה על שלום הציבור) או לקולא (מתוך הוכחה של שיקום הנאשם).
5. ס' 40יא- **בתוך מתחם העונש**, ביהמ"ש יקבע את העונש לפי **נסיבות שלא קשורות לביצוע העבירה**.

**פס"ד סעד:** המערער הורשע בגרימת חבלה בכוונה מחמירה, בהחזקת נשק שלא כדין ובנשיאה והובלת נשק. מערער על הרשעתו ועל חומרת העונש, מנגד- המדינה מערערת על קלות עונשו. **סולברג** מספר על הסיבות לתיקון 113 בעקבות המלצת וועדת גולדברג שהוקמה ב1996. הוא מפרט על גישות לענישה ועל תיקון 113. סולברג מונה 3 שלבים לגזירת עונש:

1. בדיקה- האם הנאשם הורשע בעבירה אחת או בכמה עבירות? במידה ויותר מאחת – גוזר עונש על כל אחת מהעבירות. במידה ואחת- עובר לשלב 2.
2. קביעת מתחם ענישה הולם בהתחשב בעבירה ובנסיבות הקשורות אליה.
3. גזירת עונש בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות לעבירה.

**דו"ח ועדת דורנר:**

מסקנת הדו"ח- תיקון 113 גרם להחמרת רף הענישה. לפי הדו"ח ההרתעה אינה אפקטיבית, השיקום במאסר פחות אפקטיבי מאשר בקהילה, המאסר מעודד נטייה לעבריינות ועלויות הכליאה גבוהות. בדו"ח הוועדה המליצו על מספר פתרונות: התוויות עקרונות ביחס לחקיקת עבירות ועונשים, מחקר, מעקב ושקיפות, בתי משפט קהילתיים ועוד.

1. **צדק מאחה**

מודל שצמח מתוך הרצון להטיב עם נפגעי העבירה, לתת להם מקום ובו זמנית לשקם את מבצע העבירה. ההליך מבוסס על מפגש בין הפוגע לנפגע והסביבה של השניים. לאחר פגיעה פרטנית של כל אחד מהצדדים עם מתאם, הצדדים ישבו עמו ויפתרו יחד את הנושא. צדק מאחה מחייב לקיחת אחריות. המטרה- הצדדים יסכמו יחד תוכנית איחוי (סנקציה רכה) למבצע העבירה- פיצוי, השבת שעות לקהילה. יש פה הבחנה ברורה בין גינוי העושה בהליך הפלילי הרגיל, לבין גינוי המעשה בצדק המאחה. **הכניסה להליך מחייבת לקיחת אחריות של הפוגע.**

**טלי גל והדר דנציג רוזנברג, "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי"** משפטים מג(2) 779 (2013):

**מטרת המאמר** להראות כי הצדק המאחה צריך להכלל במע' המשפט הפלילי יחד עם התפיסה העונשית.

* ההבדלים בין הגישה העונשית לבין הצדק המאחה:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **צדק מאחה** | **גישה עונשית** |
| **תפיסת העבירה** | התמקדות בפגיעה האישית של נפגע העבירה וסביבתו. | התמקדות בפגיעה בערך החברתי. |
| **התגובות לעבירה**  | מתמקדים בשאלות- 1. מיהם הנפגעים?
2. מהם הצרכים העולים מהפגיעה?
3. מי אחראי למילוי הצרכים הללו?
 | מתמקדים בשאלות- 1. מי ביצע את העבירה?
2. האם התקיימו יסודות העבירה?
3. מהו העונש הראוי לעבירה זו?
 |
| **ההליך** | כולל כמה מודלים- גישור פוגע-נפגע, היוודעות (עם הסביבה הקרובה) ומעגל (כלל הקהילה). שלושת המודלים מועברים ע"י גורם ניטרלי ומקצועי, דנים בעבירה ובהשלכותיה. ניתן לעצור את ההליך אם אחד הצדדים לא מעוניין. | חקירה, הליך משפטי וכתב אישום, הוכחות וגזירת עונש. |
| **יתרונות** | 1. אותנטיות של העמדות.
2. יש מקום לשני הצדדים בהליך.
3. תהליך גמיש וייחודי.
4. חוויה מעצימה.
5. מימוש התכלית לאיחוי הפגיעה והטבת מצב הנפגע והקהילה.
 | 1. מסר של גינוי והרתעה.
2. הקפדה על זכויות והליך הוגן.
3. העונש יכול לסייע לנפגעי העבירה מבחינת החלמה.
 |
| **חסרונות** | 1. הרעיונות לא תמיד מתכתבים על הזכות להליך הוגן.
2. חשש מהודאות שווא של חשודים.
 | 1. נפגע העבירה לא צד בהליך.
2. הליך קבוע ונוקשה.
 |

* מטרות משותפות לגישה העונשית ולגישת הצדק המאחה:
1. הרתעה אישית- מבחינת הצדק המאחה, ענישה למען הרתעה היא לא אפקטיבית, אלא תחושת הבושה של הפוגע. הגישה המאחה יוצרת ביוש משקם של הפוגע, שמביא לתחושת חרטה.
2. הרתעה כללית- הצדק המאחה משפיע גם על הקהילה אשר מדווחת יותר על פשעים.
3. שיקום העבריין- הליכי הצדק המאחה אפקטיבי בשיקום מבצעי העבירה
4. מניעת עבריינות חוזרת- בני המשפחה וקהילת התומכים בעלי יכולות פיקוח, מניעה והשגחה גבוהות מאלו של רשויות החוק.
5. גינוי חברתי- ההבחנה שנעשית בהליכי צדק מאחה בין גינוי לבין קבלת העושה מאפשרות גם למבצע העבירה ולתומכיו לגנות בפה מלא את המעשה. זאת בניגוד להליך העונשי בו מתכנסים הנאשם ותומכיו לעמדה הממזערת את אחריותו.
6. גמול- לא ברור האם גישת הצדק המאחה תצליח להגשים מטרה זו, ע"י שיקום ואיחוי לעומת הצד העונשי שמגשים מטרה זו ע"י ענישה לפי עיקרון ההלימה.
* מטרות ייחודיות לגישת הצדק המאחה:
1. איחוי הפגיעות- נפגעי העבירה נמצאים במרכז גישה זו ואיחוי הפגיעה בהם זוהי אחת מהמטרות הראשיות של הגישה.
2. העצמת הקהילה- איחוי קשרי הקהילה וחיזוקם. השפעת הפשע אינה מוגבלת רק לפגיעה בנפגע הישיר, אלא בסביבתו וקהילתו.
* המודל המוצע- השילוב בין הגישה העונשית לגישת הצדק המאחה:

הביקורת המושמעת על הגישה העונשית הינה על חוסר ביצירת שיח רגשי בין הצדדים על הפגיעה והשלכותיה. צדק עונשי משתמש בעונש להשגת מטרותיו ואילו צדק מאחה משתמש בהון האנושי (הצדדים לסכסוך וסביבתם).

1. **המשגה דואליסטית של היחס בין מטרות הגישות-**
2. מעגלים חופפים בחלקם. החופף ביניהם- המטרות המשותפות ואילו השונה- לצדק המאחה איחוי פגיעות והעצמת הקהילה, לעונשית- גמול.
3. מעגלים נבלעים- העונשית בתוך הצדק המאחה. הצדק המאחה יכול להגשים את מטרות הצדק העונשי, לרבות הגמול במשמעותו הרחבה.
4. **היבטים ישומיים**- הצדק המאחה יכול להתרחש רק בתנאי שהפוגע הודה במעשיו ושני הצדדים הסכימו להיפגש להליך. ככל שהעבירה חמורה יותר ואכזרית יותר, כך פוחתים הסיכויים לשימוש בגישה זו בלבד. ניתן לשלב בין הגישות ע"מ לענות על כמה שיותר מטרות.
5. **בתי משפט קהילתיים**
* הרעיון בבסיס המודל- איתור שורש הבעיה שמובילה את האדם לבצע עבירות חוזרות, ולא טיפול רק בסימפטום.
* מניעת תופעת "הדלת המסתובבת".
* לקיחת אחריות.
* צוות שפועל יחד- עו"ס, תובע, סנגור, שופט, קצין מבחן, רכז. מכינים תוכנית שיקום שנותנת מענה לחיי הנאשם.
* סנקציה "רכה": אם האדם צולח את התוכנית, הוא משתלב בקהילה/ תורם לקהילה במקום מאסר. הקהילה שותפה לתהליך השיקום של המשתתף.
* ההליך: התיקים מגיעים לביהמ"ש שמחליט לאן לנתב אותם. במידה והשופט מאמין כי זהו תיק המתאים לבימ"ש קהילתי, הוא מנתב אותו לשם. הנאשם צריך לעבור פגישת הערכה עם קצין מבחן, שתעריך האם הוא מתאים לפרויקט. בהמשך, קצין המבחן תופר תוכנית שיקום רחהבה. תהליך בין 12-14 חודשים.
* חזרה למע' הרגילה במידה והנאשם לא צולח את תוכנית השיקום.

**ביקורת:**

1. קיפוח זכויות הנאשם להליך הוגן בשל כך שהצוותים פועלים בצוות אחד. שבירת המודל האדוורסרי (הרגיל).
2. המדינה משתמשת בהליך הרווחה ככלי פיקוח- למה אדם צריך לבצע עבירה פלילית כדי לזכות בתוכנית שיקום מהמדינה?
3. פטרנליזם- הקטנת הנאשם, חשש שיכפו עליו את התוכנית.
4. אין פוקוס על נפגעי העבירה.
5. השופט כמטפל- השופט משתמש בכלים טיפוליים במודל, דבר המעורר חשש לטשטוש ההפרדה בין תפקיד השופט לתפקיד המטפל. הוא לא בעל הכשרה טיפולית.

***פרק 2- עקרון החוקיות:***

1. **בהירות האסור והמותר:**

משמעות עקרון החוקיות- עבירות צריכות להיות מוגדרות בחוק. לא מענישים אם לא מזהירים. 3 תנאים שצריכים להתקיים:

1. הגדרה של העבירה והעונש עליה צריכים להיות מעוגנים בחוק.
2. החוק תקף בזמן העבירה.
3. החוק תקף במקום בו נעשתה העבירה.

**הרציונאלים בבסיס עקרון החוקיות:**

* הגינות- לא ניתן להעניש אדם על עבירה שלא ידעו שהיא אסורה.
* הכוונת התנהגות- חינוך הציבור, הסברה לאזרחים כיצד נכון להתנהג.
* הימנעות מחוסר שוויון- חקיקה קובעת תוכנית כללית ויוצרת מצב שוויוני יותר.
* הרתעה יעילה- אין דרך להרתיע אנשים מפני דבר שהם לא יודעים שהוא אסור.
* הגנה על זכויות אדם- מניעת היתר כוח שרירותי למדינה לקבוע עונשים לעבירה פר מקרה.

**קשיים הנובעים מעקרון החוקיות:**

* חסרים בחוק- כשיש חסר/ לקונה בחוק העונשין, השופט לא יכול להשלים את החסר. עפ"י חוק יסודות השפיטה השופט יפנה לפסיקה ואם אין תשובה פונים להיקש או קל וחומר.
* חוקים לא ברורים- המחוקק צריך לנקוט בלשון ברורה, שהאיסור יהיה ברור.

**עקרון החוקיות ומשפט חוקתי:**

ס' 1 מאפשר פגיעה בזכויות יסוד של נאשמים, אשר מחויבת להיות בחוק (פסקת ההגבלה).

* חומרי קריאה:

ס' 1-3, 34כא לחוק העונשין.

**פס"ד אשד:** חברה לתחבורה אשר השביתה במשך חמש שעות את תנועת האוטובוסים שבשירותיהם. בביהמ"ש נקבע כי הם מורשעים בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום להיזק ציבורי. **חשין** מבהיר כי העבירה בס' זה לא מוגדרת ולא תחומה, נראה כי המחוקק נותן לביהמ"ש לפרש את הסעיף ולהחליט מה נחשב לעבירה. מהווה פגיעה בשלטון החוק, פגיעה בחופש הפעולה של האזרח שלא יודע מה נחשב לעבירה ומה לא, משמע עומד על עקרון החוקיות עוד לפני חקיקתו. **זילברג** מסכים עמו ומבהיר כי הפתרון הוא למחוק את החוק או לצמצם את תחולתו.

**פס"ד מד"י נ' שבס:** נגד מנכ"ל משרד רה"מ, הוגש כתב אישום על עבירות של מרמה והפרת אמונים.  **ברק** מבהיר כי מצד אחד זוהי עבירה רחבה, פתוחה, שגבולותיה ויסודותיה אינם מוגדרים. מצד שני, הוא לא רוצה שתהיה לה פרשנות מצמצמת, שכן היא כלי חשוב להלחם בשחיתות שלטונית. יש לפרשנות הרחבה גם ערך חיובי.

1. **פרשנות:**

**איך מפרשים איסור פלילי?**

1. לשון האיסור.
2. תכלית החוק- אם יש ללשון האיסור משמעויות שונות פונים לתכלית, מנסים להבין מה הפרשנות שמשלימה את התכלית.
3. הפרשנות המקלה- אם לתכלית יש מספר פרשנויות מתאימות, נפנה לפרשנות המקלה.

חומרי קריאה:

ס' 34כא לחוק העונשין

**פס"ד מזרחי:** אסיר יצא לחופשה ולא חזר. רצו לבדוק האם עדיין חלה עליו "משמורת חוקית", האם הוא פיזית ברח או אם עצם זה שלא חזר נחשב בריחה גם. בנוסף, נשאל גם אם משמורת חוקית משמעה להיות פיזית במעצר או אם יש גם איסור חוקי- מרגע שנגמרה חופשתו הוא חייב לחזור לכלא ויש עליו איסור לברוח. **ברק** קובע כי בריחה משמעה שחרור שלא גדין מכבלי הנורמה הכובלת ולאו דווקא בריחה פיזית.

**פס"ד בר-שלום:** היו שתי פרשנויות שונות לשלט 19-7 או 7-19 מותר לחנות באיזור מסוים. **אגרנט** מבהיר כי על הרשות להציב תמרורים המבהירים את כוונתה באופן שאינו משתמש לשתי פנים.

**פס"ד אהובה לוי**: אהובה לוי הואשמה על נהיגה עם אוזניה אחת, כשבפועל החוק אוסר על נהיגה עם שתי אוזניות. השופט קבע כי יש הבדל בין לשים שתי אוזניות הגורמות לניתוק מוחלט, לעומת אוזניה אחת שמותירה קשר לסביבה. המדינה התבססה על חוק הפרשנות, לפיו כשכתוב משהו בחוק ברבים, היחס הוא גם ליחיד ולהפך. מכיוון שיש שתי פרשנויות ללשון האיסור, עוברים לתכלית החוק ולכן- מניעת הסחות דעת בנהיגה. ביהמ"ש מקבל את שתי הטענות, לכן נבחרה הפרשנות המקלה.

**פס"ד קרופצקי**: פלוני יושב ברכב מונע בהיותו שיעור כלוט ושרוי בשינה עמוקה. הוא הורשע בנהיגה בשכרות ומערער על כך. **השופט שוהם** מבהיר כי היקף יסוד הנהיגה הוא מושג עמום, לכן יש לפנות לתכלית- התכלית היא מניעת נהיגה ברכב, כל עוד כושר הנהיגה של הנהג מוגבל. הוא מציג את המבחן לפרשנות יסוד הנהיגה- מבחן השליטה האפקטיבית, יכולתו של אדם לשלוט במנגנוני התפעול, הבקרה והשליטה ברכב. הנסיבות שישקלו הינן- האם הרכב מונע, הנאשם יושב במושב הנהג, הרכב עומד בנתיב נסיעה ומידת הפרעתו לתנועה. במקרה זה הייתה למערער שליטה אפקטיבית על רכבו בעת שהיה שיכור.

***פרק 3- היסוד העובדתי:***

1. **כללי**

**מבוא:**

תנאי מקדמי לקיום עבירה- נורמה המגדירה בחוק כי התנהגות מסוימת, בליווי מצב נפשי מסוים היא אסורה וגוררת עונש. על שופט להסתכל על כלל הסעיפים העוסקים בעבירה הנדונה במשפט. מדוע? אומנם לרוב העבירה והעונש עליה יהיו באותו סעיף בחוק, אך לעיתים הגדרות של ביטויים בחוק יהיו בסעיף הגדרות נפרד.

היכן נמצא את ההגדרות?

1. ס' 34כ"ד- ס' ההגדרות הכללי בחוק העונשין.
2. ס' 24- מסווג את סוגי העבירות.
3. בסעיף הפותח סימן חדש- הגדרה רלוונטית לכל סעיפי הסימן המדובר, תתכן פרשנות אחרת בסימן אחר. בנוסף, יתכנו תתי- הגדרות בסעיפי הסימן, למשל עדות ותחיתיה עדות שקר. במקרה ופרקליט יצטרך להגדיר מהי הנורמה האסורה, יהיה עליו לציין גם את סעיף ההגדרה שיכול לסייע להבין את כוונתו. אם מדובר בעבירה שבולעת עבירה אחרת לא צריך לציין את שתיהן (תקיפה ותקיפה שגרמה לחבלה חמורה).
4. יתכן וסעיף ההגדרה יהיה חלק מהסעיף עצמו.
5. כשאין הגדרה בסעיף או בחוק- הפרשנות בידי ביהמ"ש.

**היסטוריית חוק העונשין:**

חוק העונשין היה בעברו פקודה מנדטורית שאימצה המון חלקים מהחוק העות'מני והייתה בקולוניות בהן שלט המנדט הבריטי. כשהוקמה המדינה הפקודה אומצה כמו שהיא וב1977 נחקק חוק העונשין. החוק כולל את סעיפי הפקודה עם מעט שינויים. תיקון **39** שנעשה ב94 ונכנס לתוקף ב95, יצר 3 חלקים:

1. חלק מקדמי. חוקק מחדש.
2. חלק כללי- הוראות וסייגים שחלים על כלל העבירות. חוקק מחדש.
3. חלק ספציפי- פירוט העבירות השונות. ללא שינוי.

כתוצאה מהתיקון, נגרם חוסר התאמה מבחינה מינוחית.

****

**4 יסודות/ מרכיבי עבירה:**

1. המבצע- חייב להיות אדם כשיר שמבצע את העבירה.
2. ערך מוגן- שנפגע בשל ביצוע העבירה.
3. היסוד העובדתי- הביטוי החיצוני והאובייקטיבי של מעשי הנאשם- המעשה, הנסיבות שליוו את ההתנהגות ויתכן גם התוצאות שנגרמו. רק אם כלל הרכיבים הללו זהים ליסוד העובדתי של העבירה המדוברת- ניתן לייחס לו עבירות פלילית.
4. היסוד הנפשי- החלק בהגדרת העבירה שמתאר את הלך הנפש והמצב המנטלי שמלווה את התנהגות הנאשם בעת ביצוע העבירה.

**עקרון הסימולטניות:** הוכחה כי הנאשם ביצע את שני יסודות העבירה מעל לספק סביר. הן את היסוד העובדתי והן את היסוד הנפשי. זוהי דרישה טכנית (קיום בו"ז של שני היסודות) ומהותית. יסודות מצטברים.

* חומרי קריאה:

**Meir Dan Cohen, "The *'Actus-Reus'* and Offences of Situation" –**

**החוק הפלילי הינו אבן דרך שנועדה לכוון את התנהגות האדם לדרכים מקובלות ונסבלות ע"י החברה.** האיום שנוצר כתוצאה מהענישה, נועד להיות אחד משיקולי הפרט בבואו לבחור דרך התנהגות מתוך מס' אפשרויות, ע"מ שיבחר בדרך שאינה מתנגשת עם החוק הפלילי. התנהגות רצונית היא האלמנט המרכזי של היסוד העובדתי- כשההתנהגות אינה רצונית, אין יסוד עובדתי. עם זאת**, במקרים מסוימים לא מספיקה ההתנהגות הרצונית ויש צורך גם בנסיבות מסוימות/ תוצאות מסוימות על מנת שהפעולה תחשב לעבירה. המבחן לבחינת הנסיבות הוא** **מבחן הידע**- האדם שקל את התנהגותו לאור הנסיבות, ואלו נסיבות שהיו ידועות בזמן המעשה. **המבחן לבחינת התוצאות הוא** **מבחן הצפיות**. אלו הם רכיבי היסוד העובדתי ומבחניו, הם נועדו לשרת את מטרת החוק הפלילי ואת תפקוד החברה- בנוסף לנורמות האסורות. ציות לחוק הקיים במקום וזמן מסוימים, מאפשר לכל אדם להימנע ממעשה פלילי בנסיבות מסוימות תוך צפיית התוצאות השליליות האפשריות. זהו הבסיס החברתי- מוסרי של החוק הפלילי והענישה.

**Kadish & Schulhofer, Criminal Law and its process: Cases and Materials**

**מדוע לא ניתן להטיל אחריות פלילית בלי הרכיב ההתנהגותי?**

1. הטבע האנושי- סטפן: מחשבה היא תופעה אנושית ובלתי נשלטת שקורית לכולם. מפלילים אדם כאשר הוא היה בשליטה ובעל אפשרות בחירה האם לפגוע בערך החברתי. על מעשה יש שליטה, על מחשבה אין.
2. הנסיבות- מאיר דן כהן: לא ניתן להאשים אדם על הימצאותם במצב מסוים לכן הרכיב ההתנהגותי הוא קריטי.
3. קושי ראייתי- בלקסטון: לא ניתן להוכיח או לאתר מחשבות. אין מסוכנות מספיקה: מחשבות הן לעיתים לא מסוכנות, לפעמים הן כלי לאוורור אגרסיות. מחשבות הן לא יציבות. יש פער עצום בין מחשבה לבין הוצאה לפועל.
4. חשש להרחבת יתר של המשפט הפלילי- ויליאמס: אם נפליל על מחשבות כולם יהפכו לפושעים.
5. **פרטי היסוד העובדתי:**

**מספר יסודות (חלקם הכרחי שיתקיימו, חלקם אופציונליים):**

1. **מעשה/ מחדל- רכיב התנהגותי:** הכרחי. עשיית או אי עשיית מעשה. ההנחה- לאדם יש שליטה על הרכיב ההתנהגותי, הוא בחר לבצע אותו.
2. **נסיבות:** כאשר הן נמנות בהגדרת העבירה. אופציונלי. יסודות/ אלמנטים/ תנאים המתלווים לרכיב ההתנהגותי. צריכים להתרחש בסיטואציה. לרוב, הנסיבות מקנות למעשה את אופיו הפלילי (שלא כדין=נסיבות). תנאי שחייב לקרות כדי שהמעשה יהפוך לפלילי. ההנחה- לאדם אין בהכרח שליטה על הנסיבות.
3. **תוצאה שנגרמת ע"י המעשה (קש"ס)-** אופציונלי**.** מקובל להגדיר כתולדה מאוחרת בזמן, מגיעה אחרי ההתנהגות באופן כרונולוגית ובעלת קש"ס להתנהגות. התוצאה תמיד תוגדר בנפרד מההתנהגות, יש צורך להפריד בין המעשה לתוצאה.

**עבירות הכוללות רק רכיב התנהגותי ונסיבות נקראות עבירות התנהגותיות. לעומת זאת, עבירות שכוללות תוצאה נקראות עבירות תוצאתיות.**

* **בעבירות תוצאתיות יש להראות:**
1. תוצאה.
2. קש"ס בין התנהגות לתוצאה.
3. יסוד נפשי כלפי התוצאה- מודעות +יסוד נפשי חפצי.
* **רכיב הנסיבות:** כשיש עבירות שאין ביניהן יחס של נורמה כללית ונורמה מיוחדת/ ספציפית, הן לא חופפות, נייחס אחריות בגין שתיהן גם יחד. כל אחת מגינה על ערך חברתי אחר.
* חומרי קריאה:

**פס"ד אלבה:** המערער הוא רב ומורה הלכה בכולל ליד מערת המכפלה בחברון. הוא הורשע בפרסום הסתה לגזענות, בעידוד אלימות ועוד. נגזר עליו מאסר לארבע שנים. הערעור הינו על ההרשעות ועל חומרת גזר הדין. **מצא** בוחן את התקיימות היסוד העובדתי בעבירת פרסום הסתה לגזענות. מתעוררת מחלוקת בנוגע להגדרת "דבר" ולתוכנו. מצא מאמין כי מרכז הכובד הוא על המטרה/ הכוונה של המפרסם להסית. **ברק** מתנגד וטוען כי מרכז הכובד הוא על התוכן, שזה יבטא הסתה. מצא מעביר את מרכז העבירה מהיסוד העובדתי ליסוד הנפשי. לטענתו, יש לבחון את לפי מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה באינטרס הציבור. **גולדברג** מוסיף כי תוכן הפרסום מעיד על כוונת המפרסם.

**פס"ד כהנא:** המבקש הואשם בעבירת איומים בגין איומים בטלפון כלפי המתלונן. לטענתו, העבירה המיוחסת לו בוצעה בגרמניה, לכן אין תחולה טריטוריאלית לחוק העונשין. ביהמ"ש קבע כי האיומים נקלטו ע"י המתלונן שהיה בישראל, ולכן העבירה הושלמה בישראל. מכאן הערעור. **ברק** מבהיר כי עבירת פנים הינה עבירה שנעברה כולה/ מקצתה בשטח ישראל. המבחן להגדרת מקצת העבירה- חלק מהיסוד העובדתי של העבירה אירע בישראל. קליטת דברי האיום בישראל מהווה חלק מהיסוד העובדתי של עבירת האיומים. היסוד העובדתי מורכב מ"המאיים בכל דרך שהיא.." "על אדם". הרכיב הנסיבתי "על אדם", מתקיים בישראל. התביעה נדחית.

**פס"ד מד"י נ' חורי:** המשיב גרם לתאונה שפגעה באישה הרה. יילדו את האישה בעקבות התאונה והעובר נולד ללא רוח חיים. הצליחו להחיות אותו ולאחר מכן הוא נפטר. המשיב הורשע בבימ"ש השלום בגרימת מוות ברשלנות. בערעור למחוזי הוא זוכה. האם ניתן להרשיע את המשיב בגרימת מוות ברשלנות, כאשר העבירה נעשתה במי שעדיין לא היה מוגדר כאדם בעת המעשה? **השופט ג'בראן** דן ברכיב "אדם" וברכיב הנסיבתי. לפיו, הגדרתו של פלר לרכיב הנסיבות כנתונים שהיו קיימים בזמן ההתנהגות, פוגעת בהתגבשות עבירות ובהגנה על ערכים חברתיים. ג'בראן מבהיר כי לעיתים המציאות אינה מצדיקה דרישה של זיקת עיתוי בין הנסיבה להתנהגות. הדבר יבחן עפ"י 3 אמות מידה- הערך החברתי המוגן, האם מדובר בעבירה התנהגותית/ תוצאתית ותפקיד הנסיבה בעבירה (מתווה אופי פלילי? אם בהעדר זיקה של עיתוי נשלל האופי הפלילי, יש לדרוש זיקה זו). במקרה זה, ג'בראן סבור כי אין דרישה לזיקה של עיתוי בין הנסיבה אדם לבין ההתנהגות בעבירה של גרימת מוות ברשלנות. ראשית, מדובר בעבירה תוצאתית ולכן יש פער זמן בין ההתנהגות לתוצאה. שנית, הנסיבה "אדם" מאפיינת את התוצאה המזיקה להתגבשות העבירה, לכן אין דרישה שהיא תתקיים בזמן ההתנהגות. שלישית, הערך המוגן בעבירה הוא הגנה על חיי אדם- דבר השולל צורך בדרישת זיקה של עיתוי. ג'בראן פונה לס' 34כא, לפיו כשיש מספר פרשנויות ביהמ"ש יבחן את תכלית החוק ובשלב השני יבחר בפרשנות המקלה עם הנאשם. הוא עוצר בשלב הראשון ומבהיר כי דרישת זיקה שכזו אינה עומדת בקנה אחד עם תכלית החוק. לכן, לא ממשיך לשלב השני. הערעור מתקבל.

1. **המחדל הפלילי:**

**ביצוע מעשה הוא חומר יותר מבחינה מוסרית מאשר ביצוע מחדל.**

**למה אין להפליל מחדלים?**

1. חשש מהמציל המקלקל- אדם שמנסה לבצע ולמעשה פועל בצורה שמזיקה.
2. עבירות אל תעשה פחות מגבילות את חירות האדם מאשר חובת עשה.
3. המשפט הפלילי הוא כלי הרסני כלפי אנשים שעושים מעשים לא מוסריים- יוצר אות קלון, פוגע במוניטין. לא רוצים "לדפוק" אדם בעבירות מחדל, כי הוא לא עשה גבר.
4. חובת עשה היא עמומה לעומת דרישת אל תעשה, בה ברור מה לא לעשות.
5. תפקיד הדין הפלילי אינו לחנך את האדם להגיע לסולידריות חברתית. המשפט חייב להבחין בין התנהגויות חשובות ומשקפות סולידריות חברתית, לבין מקום בו ההתנהגויות נכנסות תחת אחריות פלילית.
6. קשה לומר שאי-עשייה גרמה לנזק. בהימנעותו, אותו אדם מאפשר את התפתחות מהלך הדברים, אך הוא לא מחולל אותם.

עם זאת, הדוקטרינה שאומצה הינה **הטלת אחריות בשני המקרים ללא הבחנה.** חייב להיות עיגון של החובה והמחדל כעבירה בחוק. ישנה שקילות מוסרית בין מחדל לבין מעשה. כמו כן, ישנן חובות בחוק שאי-עשייתן תחשב למחדל. למשל כשהערך המוגן חשוב ביותר, כשיש זיקה בין החדל לקורבן.

**יסודות המחדל: כדי להטיל אחריות על מחדל-**

1. מציאת נורמה אוסרת- עבירה פלילית בחוק, שניתן לפי ההגדרה שלה לעבור בדרך של מחדל.
2. קיומה של חובת עשה- ס' 18ג' לחוק העונשין, 322-326 לחוק העונשין, 35-36 בפקנ"ז.
3. הפרה- הימנעות מקיום חובת העשה.

**סוגי עבירות מחדל:**

1. עבירות מחדל פשוטות/ ישירות- אפשר לעבור אותן רק במחדל: העבירה עצמה מנוסחת בצורה לפיה כל העבירה היא אי העשייה. אין צורך בס' אחרים שכן חובת העשייה מעוגנת בסעיף. למשל, ס' 368ד(א)- הפרת חובת דיווח, 262- עבירת אי מניעת פשע (מרגלית הר-שפי).
2. עבירות מחדל מורכבות/ עקיפות- אפשר לעבור אותן גם במחדל וגם במעשה: לא כוללות בהגדרת העבירה את הרכיב של חובת העשייה. היא מעוגנת מחוץ להגדרת העבירה עצמה. לכן, כדי לייחס לאדם את חובת העשייה, יש לחפש עבירה חיצונית על העבירה עצמה, שמתאימה לנסיבות, ולהוכיח שהנאשם לא קיים אותה. למשל, חובת הורה או אחראי לקטין בס' 323. . **סעיפים 322- 326 הינם חובות עשה בתנאים מסוימים דיני עונשין העוסקות באחריות לשלום האדם- בכתב אישום יהיה צורך לצרף את סעיף חובת העשה לסעיף העבירה**.
3. עבירות שהמילה מחדל מצויינת בהן (הגורם במעשה/ במחדל).
4. עבירות שמנוסחות בצורה אקטיבית ולא כתוב בהן מחדל, אך ניתן לעבור אותן במחדל.

**ייחוס אחריות פלילית בדרך של מחדל:** נפנה לנורמה האוסרת ונוסיף מקור חובה שהופר. אם מדובר בעבירת מחדל פשוטה, היא כולל בתוכה את מקור החובה. אם היא מורכבת, חובת העשה נמצאת מחוץ לעבירה ונכתוב את שתיהן.

**איך מבחינים בין גרימה במעשה לגרימה במחדל? הגישה הרווחת במשפט- אם אפשר לייחס אחריות במעשה, נעדיף לייחס אחריות במעשה ולא במחדל. גם בעת התלבטות, נבחר במעשה.** 2 מבחנים תיאורטיים:

1. המבחן של קרמניצר- *מבחן הדומיננטיות* לפיו בוחנים האם הייתה יותר יצירת נזק או האם הייתה יותר אי מניעת נזק- הראשון זהו מעשה, השני הוא מחדל. לקרמניצר מבחן נוסף לפיו הימנעות מהטבה של נזק קיים יהיה מחדל, הרעת מצבו של אדם יהיה מעשה. רופא שנמנע מלהגיע לטיפול בפצועים מפיגוע- נמנע מלהטיב את המצב ולכן זהו מחדל.
2. המבחן של פלר וקוגלר- מבחן פיזי- *מבחן הנעת השרירים/ מבחן התנועה הגופנית.* כל עוד עשית משהו אקטיבי, לא יהיה ניתן להאשים אותך במחדל.

**סעיף 18ג- הימנעות מעשיה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה. איפה החובות קבועות?**

* דין= חקיקה / פסיקה/ חוזה. הכוונה לכל דין- לא רק דין פלילי. יש התנגדויות לכך ולכן ישנה הצעה לנקוט בגישה מסננת, רק כאשר יש זהות בין האינטרסים המוגנים ע"י הנורמה שמטילה חובה וע"י העבירה- רק אז יהיה ביסוס הגיוני לשימוש בחובה. עם זאת, הסינון נעשה על ידי היסוד הנפשי.
* חובות עשה שקבועות בדין- 322-326 הם המקורות הקלאסיים.
* חובות עשה פסיקתיות- כמו פס"ד פרידמן, כשאדם יוצר סכנה לחברו, קמה עליו החובה להצילו.
* חובת הצלה כללית- חוק לא תעמוד על דם רעך: בחוק זה יש דרישה להצלה בעת סכנה חמורה ומידית, אך ללא סיכון עצמי. אם לא מקיימים חובה זו הדין הוא קנס. מה קורה אם נגרם מוות? שאלה די פתוחה.
* דוגמה לחובה מהדין האזרחי- חובת הזהירות בסעיף 35 לפקודת הנזיקין – ניתן להשתמש בחובה זו עם מלבישים זאת על עבירה פלילית.
* חובות בחוזה- כל אדם שיש לו אחריות מכוח חוזה- מציל/ כבאי. מה קורה בחוזים לא מפורשים/ הסכמים? 2 מטפסים על ההימלאיה- אחד עם מחלת גבהים ואחד ממשיך. האם אפשר ליחס לזה שהמשיך גרימת מוות במחדל? שאלה פתוחה.
* חומרי קריאה:

ס' 18, 95, 262, 263, 337, 361, 322-326, 368ד, 491 לחוק העונשין. חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח – 1998.

**לורנס:** שני חברים החליטו לשחק רולטה רוסית. המבוגר ביותר, לורנס, עודד את חברו לעשות זאת. לבסוף החבר ירה בעצמו. ביהמ"ש דן בשאלה האם אפשר לייחס אחריות ללורנס בגין גרימת מות חברו. **לוין** דן בהצדקות לאי-הטלת חובת הצלה כללית, כדי לצמצם את מידת ההתערבות בחופש הפרט ובשיקוליו, המציל המקלקל והבעייתיות בקביעת אמת. עם זאת, *כאשר ישנה רמת מעורבות רבה בין אדם לחברו- כך גוברת הנטייה להטיל עליו חובת הצלה שנובעת מהנסיבות.* משמע, לוין מטיל עליו אחריות על אי הצלה, אשר נגזרת מחובת הזהירות בעוולת הרשלנות- *אדם היוצר סכנה לחברו, קמה לו חובת הצלה לחברו.* **בך בדעת רוב** משאיר את ההרשעה במחדל בצ"ע, וקובע כי לורנס היה אחראי במעשה כי הייתה כאן התנהגות אקטיבית לחלוטין- השתתפות ועידוד.

**פרידמן:** הגבר הגיע לדירה ומצא את אשתו שיכורה עם גבר זר שברח. השניים החלו להתווכח, האישה איימה על הגבר עם סכין. הגבר ניסה לקחת מאשתו את הסכין ופצע אותה בירח. הוא הציע לה עזרה, אך היא סירבה, לכן עזב עם בנם הקטן. כשחזר לאחר מס' שעות, היא נפטרה מדימום. בביהמ"ש טען כי מדובר בהגנה עצמית. ביהמ"ש, בראשות **השופט קדמי**  קבע כי הבעל היה יכול להסית את היד ולקחת את הסכין, לכן הפגיעה בירך אינה חלק מהגנה עצמית. הוא הורשע בגרימת מוות ברשלנות. הפר את החובה- על היוצר לחברו סכנה, חלה החובה להסיר את הסכנה.

**ויצמן:** ויקטור זרגריאן נסע בפראות, שוטר סימן לו לעצור. הוא פגע בו והשוטר נהרג. ויקטור נמלט מהזירה עם שלושת חבריו ששהו איתו במכונית- המערערים. הם הורשעו בסיוע להפקרה ואי-דיווח. **חשין** קבע כי בשל כך שהעבירה של ויקטור נעשתה במחדל, גם הסיוע שלהם הוא במחדל לעבירת מחדל.

**שלום ימיני:** נהג רכב לא ציית לאור אדום ופגע ב2 בנות- אחת נהרגה והשניה נפצעה קשה. הוא הפקיר את השתיים והואשם בהריגה והפקרה. הנוסע שלידו הואשם כשותף לעבירת ההפקרה. **השופט עמית**  מציג את הטעמים העומדים בבסיס ההבחנה המושגית בין מעשה למחדל:

1. חירות הפעולה של האזרח.
2. דרגת האשם- גרימה במעשה נושאת אשם מוסרי גבוה יותר.
3. דרגת ההתנהגות האנטי חברתית במעשה גבוה יותר.
4. תוצאות מעשיות מסוכנות- המציל המקלקל.
5. קושי להבחיין בין מחדל לבין מחשבה.
6. קושי להגדיר את היקף החובה.

כמו כן, מציין כי המבחן להבחנה בין מעשה למחדל הוא **מבחן התנועה הגופנית/ תנועת השרירים** לפיו המעשה מתבטא בהפעלת גוף האדם. בשל כך שהמבחן לא עונה על כלל השאלות, יש הדוגלים ב**מבחן הדומיננטיות** לפיו, בוחנים את כל האירוע על רקע הרציונאלים שעומדים בבסיס ההבחנה- התנהגות אקטיבית- גורמת לתוצאה, פוגעת באינטרס חברתי מוגן ויוצרת מצב מסוכן. התנהגות מחדלית- מתבטאת באי-מניעת תוצאה, הימנעות משיפור המצב והימנעות מהגנה על האינטרס החברתי שנמצא בסכנה.

1. **עבירות בהן ההתנהגות אינה במעשה אקטיבי/ קונקרטי:**
2. **עבירות סטטוס (מיצב):** בהן הרכיב ההתנהגותי מתבטא בהמצאות האדם במקום מסוים, ללא פעולה נוספת מצידו. למשלס' 215ג' הנמצא..../ 199(א)(1)- מי שמחייתו היא מרווחי אדם העוסק בזנות.

**Robinson v California :** העותר הורשע בשל התמכרותו לסמים, למרות שבעת מעצרו לא השתמש בסמים. התבססו על צלקות שהופיעו על גופו. דעת הרוב קבעה כי זוהי מחלת נפש, יש צורך בשיקום ולא בענישה- לכן לא ניתן להרשיעו. נקבע כי החוק לפיו ניתן להרשיע על התמכרות לסמים אינו חוקתי ויש לשנותו. השופט **סטיוארט** מסביר כי *התמכרות לסמים נחשבת למצב ולא למעשה.*

1. **עבירות החזקה:** האיסור מתבטא בהחזקה ממשית בדבר כלשהו. לא בכוונה להחזקה פיזית אלא בכוונה לשליטה בדבר (יודע היכן הוא). כדי לעבור את העבירה לא מתחייבת פעולה אלא החזקה של הנאשם בחפץ/ דבר מה. לדוג'; החזקת סמים.

**הוכשטט נ' מד"י:** חבר של המערער שלח על שמו וכתובתו חבילה מחו"ל שהכילה סמים. החבר החזיק בידיו את שטר המטען של החבילה והוציאה מהמכס, לאחר זיוף חתימת המערער על ייפוי כוח, בזמן שהמערער היה בחו"ל על חשבון החבר. למערער נודע על החבילה מפי חברו לאחר שהיא הגיעה לארץ ולפני שהוצאה מהמכס. הוא כעס על חברו שסיבך אותו אך לא פנה למשטרה. המערער מערער על הרשעתו בהחזקת סם מסוכן. **ברק בדעת מיעוט** מבחין בין החזקה ממשית בה קיים יסוד השליטה להחזקה קונסטרוקטיבית, פיקציה, החזקה עם הסכמה ידיעה. לטענתו, למערער לא הייתה החזקה ממשית בסם, לא הייתה לו שליטה עליו כי שטר המטען היה אצל החבר. **בן-פורת** בדעת רוב, קובעת כי למערער היו שתי אפשרויות שבכל אחת ניתן לראות ביטוי לשליטה שיש לו בחבילה- לתת יפוי כוח לחברו/ למנוע מחברו להוציא את החבילה מהמכס ולהודיע למשטרה. התקיים הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי. המערער בחר לנסוע לחו"ל על חשבון חברו, תוך הנחה שחברו יזייף את חתימתו ויוציא את החבילה.

1. **סוגיות בקש"ס וייחוס האחריות:**

**קשר סיבתי מחולק לשני מבחנים מצטברים:**

1. **קשר סיבתי עובדתי:** בודק האם קיימת זיקה/ קשר פיזי אובייקטיבי בין מעשי הנאשם לבין התוצאה.

**מבחן האלמלא-** אלמלא הנאשם ביצע את ההתנהגות, האם התוצאה הייתה נגרמת? במידה והתשובה שלילית- יש קשר סיבתי, שכן זה מראה כי התוצאה נגרמה בשל התנהגות הנאשם בלבד. במידה והתשובה חיובית- אין קשר סיבתי, שכן זה מראה שהתוצאה הייתה נגרמת בכל מקרה. **ישנו מבחן החריג למבחן האלמלא, בו משתמשים כאשר מבחן האלמלא מוביל לתוצאה שלא נראה כי היא נכונה-מבחן הדיות**: די בכך שפעולה/ התנהגות מסוימת הייתה יכולה להוביל לתוצאה כדי שנראה בה גורם.(לרוב במקרים של השתלבות גורמים שהובילו לתוצאה. נפנה לדיני השותפות). האחריות הפלילית היא לעולם אינדיווידואלית, גם כשאנשים מבצעים עבירה בשותפות לשניהם תיוחס אחריות בהתאם למידת אשמם.

1. **קשר סיבתי משפטי:** למי ראוי לייחס את האחריות, מי מאותם גורמים ראוי במישור הנורמטיבי להיחשב מבחינה משפטית הגורם לתוצאה. זהו מבחן "מסנן"- **מבחן הצפיות הסבירה.**

מבחן זה בוחן **האם האדם הסביר (מן הישוב) יכול (טכנית) וצריך (נורמטיבית) לצפות את התוצאה בעקבות מעשיו?** ביהמ"ש קובע את התשובות לשאלות הללו. בשונה מן היסוד הנפשי, כאן זו שאלה אובייקטיבית ולא סובייקטיבית.

**היקף הממדים של גולגולת דקה:** הנחת המוצא היא שהיקף הנזק שנגרם בפועל, גם אם הוא שונה מהיקף הנזק שהנאשם צפה קונקרטית, הוא חלק מהסיכון שהנאשם לוקח על עצמו. ביהמ"ש אומר בגדול כי גולגולת דקה לא מנתקת קש"ס, היא בגדר הצפיות הסבירה. גולגולת דקיקה- מקרים נדירים שלא ניתן לנחשם, אינה בגדר הצפיות ויכולה לנתק את הקש"ס.

**"גורם זר מתערב"-** פלוני יצר מצב מסוכן, גורם זר (אנושי/ לא אנושי-ברק, שיטפון, מחלה, בע"ח) התערב וגרם לתוצאה במישרין. הגישה במקרה זה הינה אותה גישה של מבחני הקש"ס הרגילים – מבחן הצפיות הסבירה. דוג'; פולני יורה באדם ושניה לפני שהכדור פוגע בו, אותו אדם נפגע מברק ומת. האם זה מנתק את הקשר הסיבתי? במקרה זה לא- עפ"י מבחן הצפיות ומבחן האלמלא- הייתה נגרמת אותה תוצאה. **למי מייחסים את האחריות במקרה של גורם זר מתערב?** **סעיף 309** לחוק העונשין- גרימת מוות מהי. הרשימה בסעיף זה נוגעת לגורם זר מתערב, אך זו לא רשימה סגורה. נכריע במקרים של גורם זר מתערב מכוח סעיף זה **או** **מכוח מבחני הפסיקה הרגילים**.

* חומרי קריאה:

ס' 309 לחוק העונשין:

**בלקר**: בני הזוג בלקר היו בהליך גירושין, מסוכסכים מהחשד שהאישה בגדה. ביום בו נפתח תיק הגירושין הזוג רב והגבר ניסה להצית את האישה. לאחר שלא הצליח, השליך אותה מהחלון בדירתם שבקומה הרביעית. היא ניסתה להיאחז בעדן החלון אך הבעל שחרר את ידיה. בעקבות זאת, נגרם לאישה מוות מוחי. היא הושארה בקומה עד שקיבלו אישור לתרום את איבריה, ולאחר מכן נותקה מהמכשירים. הנאשם טען להתערבות גורם זר- ביה"ח ניתן את האישה מהמכונות. **בייסקי** קבע כי מוות מוחי מהווה מוות. כמו כן, **שטרסברג כהן** מציינת כי ניתן להראות קש"ס משפטי- הוא צפה שיגרם לאשתו נזק גופני ובפרט מוות.

**הקשר הסיבתי עומד בפני מקרים בהם התוצאה נגרמה ע"י גורם שלישי (הרופאים) כתוצאה מהגורם הראשון (פעולת המערער).**

**ג'מאמעה**: גופת ארוסתו של המערער נמצאה בבאר בחצר ביתו. הוא הכה אותה והשליכה לבאר. נקבע כי היא מתה בשל טביעה במי הבאר. המערער הורשע ברצח וטען כי אדם מהישוב לא יכול והיה צריך לצפות את הדרך המדויקת בה היא מתה. עצם זה שהיא מתה מטביעה מנתק את הקש"ס. **לנדוי** קובע כי הייתה כוונה להרוג, זו המטרה שהושגה והדרך לא משנה. אפשר להראות כאן את הצפייה של סוג הנזק.

**כוונת הנאשם משמעותית ומכרעת ע"מ לייחס קש"ס ואחריות.**

**פטרומיליו**: מואשם ב3 עבירות שוד. הוא אינו תוקף אלא רק חוטף תיקים. אחת הנשים ממנה חטף את התיק, נפטרה מרוב התרגשות ולחץ. כתוצאה מכך, מורשע גם בהריגה. הוא מערער על הרשעתו וטוען כי המוות אינו צפוי. **ביהמ"ש** מסכים וקובע כי התוצאה אינה צפויה, הקש"ס המשפטי מתנתק. מזכים אותו מעבירת ההריגה.

**יעקובוב**: בעל התעלל באשתו והכה אותה. היא התלוננה על כך ובאותו יום חזרה בה מהפחד. בהמשך, בעת מריבה ביניהם הלכה לחדר של בנם. הבן אמר לו כי היא יושבת על החלון. הבעל התקרב לחדר והאישה התאבדה בקפיצה. ביהמ"ש קובע כי מתקיים כאן קש"ס עובדתי. מה לגבי קש"ס משפטי? האם הבעל היה צריך לצפות את הקפיצה? נקבע שכן. **דורנר** מבהירה כי לאחר התעללות כה קשה, הבעל היה צריך ויכול לצפות את התאבדותה.

**הצפיות הסבירה משקפת הן את הנורמות המוסריות והן את מציאות החיים.**

**חסין**: המערער הורשע ברצח אחותו. הוא דקר אותה בכוונה תחילה לגרום למותה, גם כאשר ניסתה לברוח. המערער טען כי ביה"ח שטיפל בה נהג ברשלנות, ובכך מתנתק הקש"ס בין מעשיו למותה. כמו כן, טען כי לא התכוון לרצוח אותה. **ביהמ"ש** קבע כי אין כאן התערבות של גורם זר. מעשי הנאשם הובילו ישירות למות אחותו.

**בלזר**: המערער הוא נהג מונית, שלאחר ויכוח בכביש עם נהג אוטובוס, עלה לאוטובוס והחל לתקוף אותו. בעת החקירה במשטרה נהג האוטובוס חש ברע ונפטר. בדו"ח הפתולוגי נקבע כי הוא נפטר משילוב של מחלת טרשת עורקים בה היה חולה ובהסתברות גבוה גם בשל השילוב עם ההתרגשות והתקיפה באירוע. המערער הורשע בהריגה. נקבע כי זהו נזק שהמערער היה יכול לצפות- מוות בשל מעשיו האלימים. נהג המונית טען כי מחלת טרשת העורקים בה לקה הנהג מנתקת את הקש"ס.  **ביהמ"ש פעל על פי עקרון הגולגולת הדקה** וטען כי מחלת לב של נהג אוטובוס היא חלק מהסיכון שנהג המונית היה צריך לצפות.

**פלוני- פרשת מרוץ המכוניות**: פלוני, פאדל ועמאר עורכים מרוץ מכוניות ביוזמת פלוני – הוא במכונית אחת והם באחרת. פאדל ועמאר מאבדים שליטה, נתקעים בתמרור ונהרגים. בביהמ"ש המחוזי ייחסו לפלוני אחריות בגין סיכון בנתיב תחב"צ. בערעור של המדינה לעליון, דורשים לייחס לו אחריות גם לעבירת ההריגה. יש קש"ס עובדתי- אלמלא הוא היה משדל את השניים לעשות מירוץ מכוניות הם לא היו נהרגים. התעוררה שאלה סביב הקש"ס המשפטי. פלוני טען כי החלטת השניים להשתתף במרוץ מנתקת את הקש"ס ואילו הפרקליטות טענה כי זהו נזק שהנאשם היה יכול וצריך לצפות. **ארבל** קובעת כי מבחן המודעות הסובייקטיבית, משמע מבחן היסוד הנפשי, אינו מייתר את המבחן האובייקטיבי של קש"ס משפטי. יש להוכיח את שניהם בנפרד. **ארבל ורובינשטיין** מייחסים לפלוני אחריות להריגה. בד"נ פלוני זוכה בעיקר בשל סיבות של אוטונומיה.

**סיכום סמסטר א'- שו"ת:**

1. **איזה הליך הוא הידידותי ביותר לנפגעי העבירה?** הצדק המאחה, דיאלוג בין הנפגע לפוגע. ההליך נולד מתוך ביקורת על התעלמות ההליך הפלילי הרגיל מנפגעי העבירה. מנגד, יש את ההליך הפלילי (הנפגע הוא לא צד), הליך בבית המשפט קהילתי (גם הנפגע אינו צד) והסדר מותנה (לפוגע לא נפתח הליך פלילי. הנפגע הוא לא העיקר של הפתרון).
2. **מהן מטרות הענישה הקלאסיות?** הרתעה, גמול , מניעה ושיקום. גמול צופה פני עבר, השאר צופות פני עתיד, חלק מהתאוריה התועלתנית. יתכן ויפסקו פיצויים עונשיים (מהנאשם לנפגע) בגזר הדין אך זו לא המטרה של המשפט הפלילי- זהו סכום סמלי שאינו פיצוי אמיתי לנאשם. גם חלק מהפיצויים הם עבור המדינה. ברוב התיקים לא נפסקים פיצויים.
3. **מהם האלמנטים העיקריים שמייחדים (ייחודיים) את המשפט הפלילי מענפי משפט אחרים?** תיוג וגינוי. כל המבנה עצמו בנוי בהתאם- כדי לוודא שמי שיספוג את התיוג והגינוי הללו, יהיה אדם שבאמת עשה את המעשה.

עונשים וסנקציות קיימים בכל ענפי המשפט, לכן אין זה מייחד את המשפט הפלילי. גם איסורים על התנהגויות מסוימות קיימים בכל ענפי המשפט (כללים קוגנטים ודיספוזיטיבים).

1. **סיווג עבירה 330 לחוק העונשין- "המניח בכל מקום שהוא חומר נפיץ שלא כדין, בכוונה לגרום חבלה לזולתו..."?** עבירה התנהגותית. המניח= התנהגותי, בכל מקום שהוא חומר נפיץ שלא כדין = נסיבות, בכוונה לגרום.. =יסוד נפשי. עצם ההנחה של החומר הנפיץ מהווה את העבירה- הדרישה היא לכוונה, רצון לגרום חבלה תוך כדי ביצוע המעשה.
2. **איזה מטרה מייחדת את הליכי הצדק המאחה בהשוואה להליך הפלילי הרגיל?** העצמת הקהילה. הצדק המאחה מטרתו להרחיב את הסכסוך מעבר לצדדים עצמם, ראיית הסכסוך כפגיעה באנשים ובמע' יחסים. כחלק מזה, הקהילה נתפסת כגורם משני לכך שהעבירה בוצעה. מצד שני, התאוריה הנ"ל אומרת כי הקהילה נפגעת אישית. כי נפגם הביטחון הכללי בקהילה והיחסים בתוכה. מטרת הצדק המאחה לשים את הזרקור על הנפגע ועל הקהילה- לשקם אותה מתוך המשבר. שיקום הנאשם- גם ההליך הרגיל מכיר בשיקום הנאשם, לכן זה לא מייחד את ההליך של הצדק המאחה.
3. **איזו מטרה דורגה הכי נמוך בתיקון 113 (המסדיר את הבניית שק"ד בענישה)?** הרתעה. תיקון זה נחקק כדי להסדיר את שיקול הדעת השיפוטי בענישה. בראש ובראשונה הוא קובע שהעיקרון המנחה הוא עיקרון ההלימה- בין חומרת המעשה, נסיבותיו ואשמת הנאשם לסוג העונש וחומרתו. נוטים לראות את עקרון ההלימה כביטוי למטרת הגמול- הגמול משקף את רעיון המידתיות, לכן הוא מקבל בכורה. החוק אומר שניתן לחרוג ממתחם ההלימה ל2 צדדים: לקולה- למטרות שיקום- כשנראה שהנאשם עשוי להשתקם, או לחומרה- משיקולים של מניעה/ הגנה על הציבור. לכן, המטרה האחרונה הינה הרתעה- נאמר שהיא בתוך מתחם ההלימה. ההרתעה לא מהווה הצדקה לצאת ממתחם ההלימה, אלא תוכל לסייע להחליט מהו העונש המדויק והמתאים בתוך מתחם ההלימה. נסיבות שאינן קשורות לנאשם הן שיקול נוסף במקרה זה.
4. **עקרון ההלימה פירושו קיום של מידתיות:** בין חומרת העונש וסוגו לבין חומרת העבירה בנסיבותיה (משפיעות על קביעת המתחם) ואשמת הנאשם. נסיבות הקשורות לנאשם עצמו משפיעות בתוך המתחם על בחירת העונש הספציפי.
5. **מתי נפגע עקרון החוקיות?** כשעבירה מוגדרת בצורה עמומה. עקרון זה אומר כי עבירה ועונשה צריכים להיות מוגדרים בחוק. חקיקה מכאן להבא אינה פוגעת בעקרון בחוקיות, להפך- חקיקה רטרואקטיבית פוגעת בעקרון זה.
6. **איזה היגד אינו נכון לגבי קביעת השופטים בפס"ד אש"ד?** עבירת היזק לציבור פוגעת בעקרון החוקיות ולכן על ביהמ"ש לבטלה. ההיגדים הנכונים:
* יש ליצוק לתוך עבירת היזק הציבור פרשנות מצומצמת- זה היה אחד מהפתרונות שהשופטים הציגו. רק המחוקק יכול לבטל את העבירה, לכן אחת הדרכים לרכך את הפגיעה היא לנקוט בפרשנות מצמצמת.
* אין לתת פירוש קבוע ולהכנס לדרכי המחוקק- דברי חשין. לא מתפקידו להכנס לנעלי המחוקק.
* חשין וזילברג סבורים שעל המחוקק לבטל את העבירה- הם חושבים שהמחוקק צריך לעשות זאת ולא ביהמ"ש.
1. **תיקון 113 שמסדיר את שיקול הדעת השיפוטי בענישה קובע כי הנסיבות האישיות של הנאשם:** יהוו שיקול לקביעת העונש הספציפי בתוך מתחם הענישה ההולם. לא יהוו שיקול בהחלטה לסטות ממתחם הענישה- לסטייה לחומרה/ קולה.
2. **איזה רציונאל עומד בבסיס עקרון החוקיות?** כל התשובות נכונות-
3. שלטון החוק והפרדת הרשויות.
4. הדרכה של האזרח והכוונת התנהגויות.
5. למנוע שרירותיות ואפליה- מרגע שעבירה נחקקת, היא חלה מכאן והלאה על כולם.
6. **מהו המשותף בין ההליך בבית המשפט הקהילתי להליך הצדק המאחה?** שניהם חורגים מהמבנה של ההליך הפלילי האדוורסרי. שני ההליכים הללו שוברים את המבנה של המדינה מול הנאשם (הליך אדוורסרי). בהליך הצדק המאחה הצדדים הם הנפגע והנאשם ואילו בהליך בבית המשפט הקהילתי המדינה והנאשם שותפים, משתפים פעולה. השופט הוא ראש הצוות שרוצה להוביל את הנאשם לצלוח את הליך השיקום.
7. **בפס"ד בר שלום נקבע כי:** אי בהירות בנוגע לקריאת שלט החניה. על הרשות לדאוג ששלט החניה יהיה קריא וברור. אם יש 2 דרכים לקרוא שלט- נבחר בדרך שמצמצמת את האחריות .
8. **מה הרציונל שאיסור פלילי יקבע רק בחוק ולא בפסיקה?** החוק חל על כולם וקובע מראש מהי ההתנהגות העולה כדי עבירה.
9. **ברכיבי העבירה ניתן למצוא:** יסוד עובדתי ויסוד נפשי.
10. **בעבירה בסעיף 275- העושה מעשה בכוונה להפריע לשוטר כשהוא ממלא תפקידו כחוק" – הרכיב "בכוונה להפריע לשוטר" הוא-** יסוד נפשי.
11. **בעבירת מחדל פשוטה:** ניתן לעבור את העבירה רק במחדל. כך היא מנוסחת מלכתחילה. למשל – הפרת חובת דיווח. מקור החובה בתוך העבירה עצמה.
12. **בסעיף 108 לחוק העונשין: "מי שגרם בזדון נזק לרכוש שהוא בשימוש כוח מזויין, דינו...". הרכיב נזק הוא?** רכיב תוצאתי. מי שגרם- רכיב התנהגותי, בזדון- נפשי, נזק- תוצאתי, לרכוש...- נסיבות.
13. **המבחן לקיומו של קשר סיבתי משפטי הוא?** מבחן הצפיות הסביר- האם אדם מהישוב יכול וצריך היה לצפות את התוצאה? מבחן האלמלא- המבחן לקשר סיבתי עובדתי.

***פרק 4- היסוד הנפשי:***

1. **הרציונל שבדרישת היסוד הנפשי ועקרון המזיגה:**

בעבר, לפני שהמשפט הפלילי המודרני התגבש, הענישה הייתה רק על מעשים. משמע, מספיק שהיסוד העובדתי בוצע- על האדם תוטל אחריות מוחלטת. עם התפתחות המשפט המודרני, החלו להתקבל תפיסות שיש לכלול רכיב נפשי סובייקטיבי כתנאי להטלת אחריות. **הבינו כי לא מספיק להטיל אחריות על אדם שביצע עבירה ללא אשמה.** שיטת המשפט הראשונה שדרשה אשם עבור הטלת אחריות פלילית היא המשפט העברי.

**לעקרון האשם 2 ביטויים מרכזיים:**

1. **אין עבירה בלא אשמה:** אי אפשר להטיל אחריות פלילית אם לא מתקיים איזשהו יסוד נפשי אסור/ הנאשם נמצא בסיטואציה השוללת את אשמתו. שני סוגי אשם:
2. אשם סובייקטיבי: אדם מודע לטיב מעשיו, לנסיבות ולתוצאה האפשרית. משתקף במחשבה הפלילית.
3. אשם אובייקטיבי: החריג. משתקף במצב בו לאדם אין מודעות. האדם עצמו אשם, כי הוא לא היה מודע לטיב המעשה, לנסיבות ולתוצאה המתאפשרת, בזמן שאדם מהישוב בנסיבות אלו היה אמור להיות מודע. משתקף ברשלנות.
4. **לא מספיק שאין עבירה ללא אשמה:** **נדרשת מידתיות בין היקף האחריות שמטילים לבין האשמה של הנאשם עצמו. ההלימה צריכה להיות בין ההיקף שמייחסים (סוג העבירה), לבין אשמת אותו אדם.** הטלת האחריות הפלילית תהיה שונה על 2 אנשים שפועלים ממקום נפשי שונה, על אף שהמעשה הפיזי זהה. אשם חמור יותר משתקף ביסוד האשם הסובייקטיבי ואשם קל יותר משתקף ביסוד האשם הסובייקטיבי- רשלנות.



**Ashworth, Principles of Criminal Law**

Mens rea= יסוד נפשי.

בקטע זה, הכותב מציג את **הגישה** **לפיה** **בני האדם במהותם הם יצורים אוטונומיים שיש להם יכולת לבחור בין חלופות שונות, בין טוב לרע**. הבחירה הזו מונחת ביסוד כל התפיסה של המשפט הפלילי – **כל התפיסה של אשם, נגזרת מהתפיסה שלאדם יש בחירה. ביכולתו לבחור בדרכי פעולה חלופיות**.

**הגישה המתחרה אומרת כי האדם אינו מסוגל לבחור, מעשיו הם מכוח הנסיבות.** גישה דטרמיניסטית/ פוזיטיבית בקרימינולוגיה. מעשי האדם הם תוצאת הסביבה, הנסיבות והביולוגיה שלו. לכן, **אם נאמץ גישה זו- נגיע למצב בו לא ניתן להטיל אשם.**

כותב הקטע טוען כי יש לנטוש את הגישות הדטרמיניסטיות ולבחור בגישה האוטונומית (שמאומצת בפסיקה). תמיד יש בסיס של אוטונומיה, רצון וחופש.

דרישת האשם הסובייקטיבית: הכותב טוען כי **יש לנקוט בשיפוט מוסרי של האדם על פי אמונותיו בזמן הביצוע** (המודעות שהייתה לו בפועל). אם אדם מבצע מעשה מסוים והוא טועה לחשוב שנסיבות אחרות מתקיימות- נשפוט אותו מוסרית, לפי האופן בו האדם דימה את המציאות. למשל במקרה בו האדם עצמו טועה לחשוב שיש הסכמה (במקרה של אינוס). **יש לשפוט את האדם לפי המודעות שהייתה לו בפועל.**

הכותב מסביר כי **היסוד הנפשי צריך להשתלב בפרטי היסוד העובדתי, הוא צריך לחול על כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי->עקרון המזיגה. מודעות לכל אחת מפריטי היסוד- טיב המעשה, קיום הנסיבות, ואם מדובר בעבירה תוצאתית- גם לתוצאה האפשרית**.

**Kadish & Schulhofer, Criminal Law and its Process**

קדיש ושולפר מדברים על שני סוגים של יסוד נפשי:

1. Mens Rea במובן הכללי: מסתכל על סיטואציה רחבה יותר, חורג מהיסוד הנפשי שקבוע בעבירה, האם היא הייתה כבחירה עבור הנאשם? יסוד נפשי שונה. הכותבים מדברים על מצב בו יש לאדם את היסוד הנפשי בהגדרת העבירה, אך באופן כללי לא תהיה לו אשמה- למשל מקרה של הגנה עצמית- אתה לא פוגע בערך חיי אדם, אלא רק תוקף אדם בחזרה כדי לשמור על חייך שלך. כמו כן, רופא בניתוח אשר לולא הסיטואציה מעשיו היו נחשבים כתקיפה, שוטר, העדר שליטה, אי-שפיות המוביל לדחף לא בר-כיבוש. לא תוטל על אותו אשמה בגלל הסיטואציה הכללית בה הוא נתון- לאדם לא הייתה בחירה במובן העמוק, ויהיה לו פטור מאשמה. האדם מודע לטיב המעשה, לנסיבות ולתוצאה האפשרית- אך אין אשמה, כי הסיטואציה הייתה סיטואציה כזו שלא מאפשרת לבחור באופן עמוק. נשאלת כאן השאלה **האם הייתה לנאשם בחירה במובן העמוק?**
2. Mens Rea במובן המיוחד- הספציפי: היסוד הנפשי שקבוע בהגדרת העבירה עצמה. היסוד שאשוורת מדבר עליו.

**מה קורה כאשר אין מנס ראה במובן הצר, אבל יש במובן הרחב? כלומר כאשר אדם מכניס את עצמו למצב בו אחר כך יבצע מעשה שפטור לכאורה מאחריות פלילית. מכאן נגיע לדוקטרינת כניסה למצב של התנהגות פסולה.** מצב בו הנאשם מבצע את היסוד העובדתי, אין לו מודעות בעת ביצוע המעשה, אך נייחס לו אחריות פלילית לגרימת העבירה בגלל אשמה עמוקה יותר בבסיס המעשים שלו. למשל, מעשה שבוצע תחת שיכרות. נייחס לו אחריות בגלל האשם בנק' זמן מוקדמת יותר- הכניסה למצב השכרות. **יש אשם בשלב מוקדם יותר, שמצדיק ייחוס אחריות בשלב מאוחר יותר.**

**היסוד הנפשי**

* ס' 19-21 לחוק הם סעיפים הנמצאים תחת היסוד הנפשי בעבירה.
* בסעיף 19- **הכלל הינו שהיסוד הנפשי יהיה מחשבה פלילית, מודעות. זהו תנאי להטלת אחריות בגין ביצוע עבירה פלילית.** **זוהי ברירת המחדל, אלא אם כן נכתב סייג מבין 2 סוגי יסוד נפשי נוספים:**
1. **רשלנות** (ס' 21)- אי מודעות סובייקטיבית במקום בו אדם סביר היה אמור להיות מודע.
2. **אחריות קפידה** (ס' 22)- עוסק בסיטואציה בה די בכך שהתביעה תוכיח את היסוד העובדתי כדי לצאת ידי חובה, אין צורך להוכיח קיום יסוד נפשי. נובע מכך שבעבר הייתה אחריות מוחלטת, ללא יסוד נפשי. זהו מושג מרוכך יותר, שמאפשר שעבירות שנקבע לגביהן בעבר שהן עבירות של אחריות מוחלטת, יחשבו לאחר התיקון כעבירות של אחריות קפידה. עם זאת, הנאשם יכול לטעון מנגד כי פעל ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ואף עשה כל שביכולתו למנוע את העבירה (נקיטת כל האמצעים הסבירים). אם יוכיח זאת- יהיה פטור מאחריות. התביעה לא תורשה לטעון למאסר אם היא לא תוכיח יסוד נפשי, אלא רק עונש אחר.
* **בס' 20- נאמר כי המודעות צריכה להיות לטיב המעשה, לנסיבות שמוגדרות בעבירה ולאפשרות גרימת התוצאה (כשמדובר בעבירה תוצאתית). ס' 20 כולל גם את היסוד הנפשי החפצי- לעניין התוצאות:**
1. **כוונה-** המטרה היא לגרום לתוצאה.
2. **פזיזות:**
3. **אדישות-** יש אפשרות שהמעשה יגרום לתוצאה, אבל האדם בשוויון נפש בנוגע לכך.
4. **קלות דעת-** לוקחים את הסיכון שהתוצאות יקרו, אך לא רוצים שהן יקרו, מקווים שהתוצאה תמנע. "לי זה לא יקרה". הכי פחות חמור. **הכלל- רף הכניסה ליסוד הנפשי החפצי הוא קלות דעת.**
* **כאשר מדובר בעבירה התנהגותית- רך הכניסה הוא מודעות. בתוצאתית- קלות דעת לעניין התוצאה (כולל מודעות).** עבירה תוצאתית שותקת- מודעות וקלות דעת. אלא אם נקבע משהו אחר בחוק.
* **היסוד הנפשי המשתנה ישפיע על קביעת העונש במתחם הענישה** שכן העונש נקבע עפ"י חומרת העבירה ואשמת הנאשם. מתי יהיה הבדל ממשי בין הרשעות בשל רכיב חפצי שונה? כאשר נקבע רף הכניסה בעבירה עצמה.
* **ס' 90א כולל את פרשנות הדין בדבר היסוד הנפשי שבעבירה- פירוש מינוחים שנמצאים בחלק הספציפי ולא שונו לאחר תיקון 39.**

400. מי שבמזיד (נפשי) או במרמה (נסיבות) נוטל או צורך (התנהגותי) חשמל או מים או גז שאינו זכאי להם (נסיבות), או משתמש בהם או גורם (התנהגותי +תוצאה) להטייתם או לבזבוזם, דינו - מאסר שלוש שנים.

**\*\* יסוד נפשי הוא רק מה שמנוי בחוק. מרמה היא לא יסוד נפשי. המילה גורם היא בעייתית. יכולה להוות הרבה פעמים התנהגות+תוצאה.**

**עבירות מטרה:**

ישנן עבירות בהן המינוח "בכוונה" יופיע, אך לא בקשר לתוצאה, אלא ביחס לרצון להשיג יעד שהוא אינו תוצאה ואינו חייב להתממש באופן מעשי כחלק מהיסוד העובדתי. יש להראות רצון חפץ של הנאשם להגשים את אותו היעד, מבלי שמדובר בתוצאה. למשל עבירת איום- בכוונה להפחיד/ כוונה מיוחדת.

מה מייחד עבירת מטרה מעבירה תוצאתית? לרוב ההבדל יהיה במישור היסוד העובדתי. במישור היסוד הנפשי- בשתיהן יהיה צורך להוכיח כוונה. יכולה להיות עבירת מטרה תוצאתית.

דוג'; החובל (רכיב התנהגותי) בחברו (נסיבות) חבלה חמורה (תוצאה) במטרה להטיל עליו אימה (יסוד נפשי מסוג מטרה).

מבצע העבירה צריך להיות מודע להתנהגותו, מודע לנסיבות, מודע לכך שישנה אפשרות לגרימת חבלה חמורה ביסוד נפשי של לפחות קלות דעת (שהתוצאה תגרם).

באילו מקרים יופיעו עבירות מטרה?

1. **כצורה מוחמרת של עבירת מודעות קיימת.** דוג'- ס' 113 (ג) "מי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו -  מאסר שבע שנים; **התכוון** בכך לפגוע בבטחון המדינה, דינו -  מאסר חמש-עשרה שנים. הרישא זו העבירה ההתנהגותית. הצורה המוחמרת זו עבירה התנהגותית עם דרישה של מטרה.
2. **כעבירת בסיס.** עבירה שאין מתחתיה עבירה נמוכה יותר. דוג' ס' 260(א) "היודע שפלוני עבר עבירה ומקבל אותו... בכוונה שימלט מעונש".

**מה הרציונל לדרישת כוונה בעבירות בסיס? קוגלר דן על כך במאמרו:**

* נזקים שמצדיקים התערבות המשפט הפלילי אך הם קלים יחסית; לכן, תנאי להפללה (כדי שנרגיש נוח עם עצמנו), הוא בוחר יסוד נפשי חזק של כוונה (רף גבוה) ומצר את העבירה. כל מי שלא התכוון- יוצא זכאי. לדוג'- לשון הרע. דבר שמצדיק הפעלה של דין נזיקי. עפ"י החוק מי שמפרסם לשון הרע ללא כוונה לפגוע- לא עובר עבירה פלילית, אך ניתן לתבוע אותו בתביעה נזיקית.
* כשמדובר בעברות שבבסיס המעשה שקבוע בהן עומד ערך חברתי חיובי. (עבירות ביטוי- הסתה, המרדה) לדוג'- גם לשון הרע, חופש הביטוי (הביטוי מותר, כשהוא נעשה בכוונה להפחיד- זוהי עבירה). ניתן לקחת כדוג' גם הסתה (פס"ד אלבה). ברק טוען כי הנסיבה של דבר בס' 144, חייב להיות דבר שבטבעו יש לו את היכולת לגרום להסתה לגזענות.
* כשהערך שעליו באה להגן העבירה נפגע רק שההתנהגות מלווה בכוונה ולא בפזיזות. ניתן לתת גם כאן כדוג' את לשון הרע. למשל המרת דת, עבור רווחים כספיים.

**סיכום- עבירות מטרה: היסוד הנפשי החפצי של רצון יכול לבוא לביטוי ב2 מופעים:**

1. כוונה להשיג תוצאה שמנויה בהגדרות העבירה.
2. כוונה להשיג יעד/ מטרה מסויימת שאינה קשורה לתוצאה שמנויה בהגדרות העבירה.

**טעות במצב דברים ס' 34יח:**

מקרה בו אדם מפרש את מצב הדברים אחרת מהמציאות. אם אדם מבצע מעשה מסוים והוא מדמה מצב דברים עובדתי שאינו קיים, אנו נשפוט אותו עפ"י המציאות שהוא דימה.

* דוג'; הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית. אדם בועל אישה שלא מסכימה- אבל הוא טועה לחשוב שהיא מסכימה. הוא מפרש את מצב הדברים אחרת, טעות כנה. לכן אין לו אחריות פלילית מכוח סעיף 20. אם האדם דימה שהאישה הסכימה- נלך לפי המציאות שהוא דימה ולכן אין לו אחריות פלילית. **אין הבדל מתוצאת ס' 20. אז מה סעיף זה נותן?**

במצבים בהם כללי המחשבה הפלילית הרגילים לא עוזרים לנו (תוטל עליו אחריות פלילית) וסעיף 34יח יוריד ממנו את האחריות הפלילית.

* דוג'; החובל בחברו חבלה חמורה. אדם מאמין שהוא במצב מסוכן, חושב שתוקפים אותו- לכן תוקף חזרה – מודע למעשה, מודע לכך שהוא תוקף אדם, מודע לתוצאה האפשרית. סעיף 20 מתקיים- יש יסוד עובדתי ויסוד נפשי במלואם. עם זאת, הוא ראה את המציאות אחרת, לא ניסו לתקוף אותו. בעיני רוחו של אותו תוקף הוא נמצא במצב של הגנה עצמית מבחינתו. יש כאן מנס ראה במובן הצר אך לא במובן הרחב.

34יח מתלבש כאן על סייג ההגנה עצמית- הגנה עצמית מדומה. אדם חושב שהוא נמצא במצב של הסייג אך הוא לא באמת נמצא במצב זה. לכן הוא לא ישא באחריות פלילית אלא אם היה נושא באחריות במצב שאותו דימה. לא מטילים עליו אחריות פלילית, כי הוא טעה טעות **כנה יש להוכיח שהטעות כנה- גם אם היא לא סבירה. לא מסתכלים על אדם מהישוב, אלא על האדם עצמו, זה שביצע את העבירה.** גם במקרים שבהם מתקיים יסוד נפשי מלא של הנאשם, הוא יכול לזכות לפטור כי הוא דימה שהוא נמצא במצב של סייג. מלבישים את סייג הטעות על הסייג המקורי (לדוג' זו- הגנה עצמית).

האם יכול להיות מקרה שעקב ס' 34יח הנאשם עדיין ישא באחריות פלילית ולא יצא זכאי? במקרים בהם יש חוסר ביסוד העובדתי אך מבחינת היסוד הנפשי לאדם הייתה כוונה מלאה לבצע את העבירה, נוכל לייחס לו אחריות ל**ניסיון** ביצוע העבירה.

במקרים בהם המנסה דימה מצב דברים שהוא פלילי וגם התקיים היסוד העובדתי, אז אפשר לייחס לו אחריות. במקרים בהם הוא דימה משהו אך לא מתקיים היסוד העובדתי- לא נוכל ליחס אחריות. 34יח תמיד יחול לקולה, בא להקל.

**טעות במצב משפטי ס' 34יט:**

מה קורה כאשר אדם חושב שביצע עבירה, אך אין עבירה כזו, או להפך- לא חושב שביצע עבירה ויש עבירה כזו? מדובר בטעות במצב משפטי. במקרה בו לא ידעתי שמה שאני עושה זו עבירה פלילית, לא אוכל לקבל פטור. ישנה חזקה- הנחה שאנשים מכירים את ספר החוקים. **התפיסה- טעות במצב משפטי לא פוטרת מאחריות.** אם הטעות בלתי נמנעת, ביהמ"ש יקבל זאת.

דוג'; אדם יוצא להפלגה להביא סחורה. אין לו אמצעי תקשורת. שעה לפני שהוא מגיע לנמל יוצא חוק חדש לפיו אי אפשר לפרוק סחורה בנמל. לא הייתה דרך להתעדכן, עשית כל שביכולתך = תקבל פטור.

**חזקות משפטיות ועובדתיות:**

* חזקה משפטית היא הנחה שקבועה בחוק שמטרתה לקבוע נטלי הוכחה- מסבירה מי צריך להוכיח מה. דוג'; חזקת החפות- כל עוד לא הוכחה אשמתו של אדם, הוא חף מפשע. זה אומר שנטל ההוכחת האשם הוא על התביעה.
* חזקה עובדתית- לא קבועה בחוק. מתבססת על הרעיון שאם עובדה היא מבוססת ומוכחת, ניסיון החיים- ביהמ"ש מסיק מהן הנחות/ מסקנות. בדרך כלל מדובר בחזקות שניתנות לסתירה (הנאשם יכול להפריך). מוכיחים עובדות ומתוכן מסיקים מסקנות על מצבו הנפשי של הנאשם. למשל גופה ירויה 50 פעם ליד איזור הבטן והלב- חזקה מניסיון החיים היא שהנאשם התכוון לרצוח. דוג'; חזקת המודעות- חזקה על אדם שהוא מודע לתוצאות מעשיו.
* בפועל- גם על היסוד הנפשי לומדים דרך העובדות. לכן צריך להוכיח מעל לספק סביר.
1. **עצימת עיניים:**

**20 (ג)   לענין סעיף זה –**

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

* **בדוקטרינה זו מספיק להראות שהאדם חשד, משמע עברה במוחו האפשרות, והוא נמנע מלברר את חשדו. במצב כזה, רואים בו כמודע.** מדובר בחשד לגבי נסיבות או התנהגות. החוק מניח שקילות ערכית בין עצימת עיניים למודעות. לפני תיקון 39, ביהמ"ש הכיר בדוקטרינה ויישם אותה, ובתיקון חוקקו אותה במסודר – ס' 20(ג).
* **בבואנו להטיל אחריות פלילית על עצימת עיניים**, אין צורך להראות מודעות מלאה של הנאשם לטיב המעשה/ הנסיבות- מספיק להראות חשד, כלומר גם מודעות חלקית. החוק לא דורש רף מסוים של חשד- **מדובר בחשד ממשי, לא תיאורטי.**
* **באיזה מצב לא יהיה ניתן לייחס עצימת עיניים בגלל נושא הבירור?** בפסיקה אין הכרעה חדמ"ש. להבנת הדר, כשאין יכולת אמיתית לברר, נראה בעייתי להטיל אחריות על אדם.
* **גישת קוגלר במאמרו לעצימת עיניים- נטילת סיכון בלתי סביר:** אם האדם חושד, הוא יכול לקחת סיכון- אם הוא לוקח סיכון בלתי סביר עפ"י דעת ביהמ"ש- יטילו עליו אחריות. איך יחליטו אם הסיכון הוא בלתי סביר? עפ"י מידת החשד, התועלת בביצוע המעשה ומידת הפגיעה בערך המוגן- עושים עלות מול תועלת. בעיני קוגלר, הבירור לא קריטי.
* **ההבדל בין 34יח לעצימת עיניים?** ב34יח יש מודעות מלאה.
* **ההבדל בין עצימת עיניים לרשלנות?** ברשלנות אין מודעות כלל.
* רשלנות ומחשבה פלילית מהווים סוגים שונים של יסוד נפשי- אך הם שונים לחלוטין במהותם.
* חומרי קריאה:

**פס"ד הר- שפי:** המערערת הורשעה בבימ"ש השלום בעבירה של אי-מניעת פשע בדין אי- נקיטת אמצעים כלשהם למניעת רציחתו של רה"מ יצחק רבין ז"ל ע"י יגאל עמיר, לאחר שידעה על כוונתו לבצע פשע זה. ערעורה למחוזי נדחה. לטענתה, לא ידעה על כוונתו של עמיר לבצע את הרצח. מכאן הערעור. **חשין** מבהיר כי עבירת אי-מניעת פשע, יהא עבירת התנהגות. בס' 20(ג)(1) רואים גם בחשד לטיב המעשה ולקיום הנסיבות כמודעות, אם אותו אדם נמנע מלבררם. **עצימת עיניים שקולה ומהווה תחליף למודעות.** חשין מבהיר כי מושג הידיעה שבס' 262- אי-מניעת פשע, הוא יסוד נפשי של מחשבה פלילית- מודעות. על אף שלפי ס' 20(ג) מודעות כוללת גם חשד, כאן אין להחילו- חוק מיוחד דוחה חוק כללי. לדעת חשין, חובת הבירור היא נטל כבד וחובה קשה. הוכח מעל לספק סביר כי המערערת הייתה מודעת לכוונת עמיר. הערעור נדחה.

1. **כוונה והלכת צפיות:**

**מה קורה כשאדם לא פועל מתוך כוונה או רצון אבל הוא פועל מתוך צפייה שמעשיו יגרמו לתוצאה כאפשרות קרובה לוודאי? וודאות מעשית.**

**ס' 20ב: "לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן".**

**צפייה קרובה לוודאי של התרחשות התוצאה, גם ללא רצון שתתרחש= כוונה.**

פרשת ע"פ 45/61 קורט סיטה, פרופ' באוניברסיטה ששוחד ע"י סוכנים צ'כים. הואשם בריגול חמור.

**החוק מניח שקילות ערכית בין צפייה בדרגה כלשהי+ רצון שהתוצאה תתרחש, לבין צפייה בוודאות מעשית +בלא דרישה של רצון שהתוצאה תתרחש.** **במקרים בהם התוצאה נצפית כאפשרות קרובה לוודאי יראו זאת כמו רצון לגרימת התוצאה.** סעיף זה מעוגן תחת סעיף מחשבה פלילית, **במחשבה פלילית מדובר תמיד ביסוד נפשי סובייקטיבי**. אם הוא לא צפה את הנושא, אבל אדם סביר היה יכול לצפות- עוברים לעולם הרשלנות. סעיף זה מקל מבחינה ראייתית על נטל ההוכחה.

למה החוק מניח את אותה שקילות ערכית בין מצב בו אדם רוצה לבין מצב בו אדם לא רוצה אבל צופה כאפשרות קרובה לוודאי? מהו המכנה המשותף בין המקרים שאין במקרים של פזיזות? ישנן שתי דעות בספרות (סיכום מפורט בנפרד):

1. **קוגלר**: גם במקרים 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. **פרופ' פלר:** אין מכנה משותף בין כוונה לצפייה בהסתברות קרובה לוודאי. בכוונה יש חפץ, בצפיה קרובה לוודאי אין חפץ. מדובר במצבי נפש שונים. למרות זאת הם שקולים מבחינה ערכית. זהו מצב של אחד מקזז את השני- מידת הרצון ומידת הצפיה מחפים אחד על חסרון השני. כשציר הכוונה גבוה והצפיה נמוכה, זה זהה למקרה בו מידת הכוונה נמוכה ומידת הצפייה גבוהה.

\*פלר וקרמניצר ניסחו את תיקון 39, על כן התיקון יותר מאמץ את גישתו של פלר. אחת הביקורות על פלר, זה שהוא לא לוקח בחשבון שיש מצבים בהם כשאדם פועל בכוונה הוא צופה בהסתברות גבוהה שהדבר יקרה. תשובת פלר- יש לערוך השוואה זו תמיד עם הגבול התחתון של מצבי כוונה, בהם הצפיות בהסתברות נמוכה. אין דרישה להסתברות מסוימת, מדובר על מודעות כלשהי, בכל הסתברות.

**לפני תיקון 39 כלל הצפיות בס' 20ב לא היה קיים. הייתה קיימת הלכה פסיקתית שלא הייתה מעוגנת בחקיקה אלא רק חודשה מפעם לפעם.** **ביהמ"ש פיתח את הלכת הצפיות על בסיס העמדה שיש שקילות ערכית והיה מחיל זאת על עבירות כוונה תוצאתיות וגם על עבירות מטרה.** ההחלטה אם להחילה בכל מקרה ומקרה הייתה תלויה בגופו של עניין. ברגע שתיקון 39 נחקק, הכניסו את מושג הכוונה ל20א ככזה שדורש רצון. נטלו את שיקול הדעת מביהמ"ש וקבעו שהכלל יוחל באופן גורף על כל עבירות הכוונה התוצאתיות, אוטומטית. לא אמרו דבר בנוגע לעבירות התנהגותיות הכוללות רכיב של מטרה. האם אפשר להחיל עליהם את ההלכה הישנה?

דוגמאות (מומצאות):

1. המאיים (התנהגות) על אדם (נסיבה) וגורם להפחדתו (תוצאה) בכוונה (יסוד נפשי) עליי להראות מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות שאיומיו יגרמו לתוצאת ההפחדה. בפועל עליו לגרום להפחדה. ביחס לתוצאה עליו לפעול בכוונה. זוהי עבירה תוצאתית עם יסוד נפשי של כוונה.
2. המאיים (התנהגות) על אדם (נסיבה) בכוונה להפחידו (יסוד נפשי של מטרה, היעד לא חייב להתממש בפועל). עבירה התנהגותית עם יסוד נפשי של מטרה. עליו להיות מודע לטיב המעשה ולנסיבות ולהיות עם יעד. נפרש את בכוונה עפ"י ס' 90א- המניע שמסביר את הסיבה בגללה האדם פועל או כיעד שהאדם רוצה להשיג.

**באיזה מישור העבירות שונות? יסוד עובדתי או נפשי? במישור היסוד העובדתי**, מפני שאחת עבירה תוצאתית והשנייה התנהגותית. במישור הנפשי אין הבדל משמעותי כי בשני המקרים העושה צריך להיות מודע למעשה ולנסיבות, והוא צריך לרצות לגרום להפחדה- בעבירה השנייה לא חייב שהתוצאה תתממש.

**האם הלכת הצפיות תחול גם על עבירות מטרה (בהן דרישת החפץ אינה מתייחסת לרכיב תוצאתי אלא להשגת יעד או מניע שאינם חלק מהיסוד העובדתי)?**

**גישת הפסיקה:**

1. **הגישה המכלילה/ הגורפת- הכלל חל על הכל.** מהרגע שהחוק קובע תחולה גורפת של כלל הצפיות על כל העבירות התוצאתיות, יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירות המטרה באופן גורף- אין סיבה להבחין, שכן ההבדל הוא רק ביסוד העובדתי. יתרון הגישה- פחות פגיעה בעקרון החוקיות. חסרון- החמרה עם הנאשמים.
2. **הגישה הבררנית/ גמישה/ החלקית- בחינת כל מקרה לגופו ומתן שק"ד לביהמ"ש.** לפי ס' 20ב כלל הצפיות חל באופן גורף על כל עבירות הכוונה התוצאתיות. אין זה הסדר שלילי לגבי הלכת הצפיות ועבירות התנהגותיות עם מטרה. יש להמשיך עם ההלכה הישנה, שנתנה שק"ד לביהמ"ש לבחור האם להחיל את הלכת הצפיות או לא. כל עבירה שנקבע בהלכה כי חלה עליה הלכת הצפיות- ההנחה היא כי תחול עליה הלכת הצפיות.
* השאלה הנ"ל התעוררה בלא מעט פסיקות:

**אלבה**: עבירת פרסום הסתה לגזענות- עבירת מטרה התנהגותית- המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות. השאלה באלבה הייתה מה קורה כשאדם מפרסם דבר לא מתוך רצון להסית לגזענות אלא מתוך צפיה שזה יסית לגזענות? האם להחיל על זה את עניין הצפיות? השאלה מתעוררת כשקשה להוכיח כוונה. יש מחלוקת בין השופטים: בך ומצא ועוד, נוקטים ב**גישה גורפת**, כלומר- מרגע שהחוק קובע תחולה גורפת של כלל הצפיות על כל העבירות התוצאתיות, יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירות המטרה באופן גורף. כי אין סיבה להבחין (ההבדל בין עבירות מטרה תוצאתיות לעבירות התנהגות תוצאתיות הוא רק ביסוד העובדתי). יתרון גישה זו- פחות פגיעה בעקרון החוקיות ומצד שני, יותר החמרה עם הנאשמים. שאר השופטים, בוחרים **בגישה הבררנית** לפיה לפי ס' 20ב, כלל הצפיות חל באופן גורף על כל עבירות הכוונה התוצאתיות, אך אין זה הסדר שלילי לגבי הלכת הצפיות ועבירות התנהגותיות עם מטרה. ימשיכו עם ההלכה הישנה שנתנה את שיקול הדעת לביהמ"ש לבחור האם להחיל את הלכת הצפיות או לא. כל עבירה שנקבע בהלכה כי חלה עליה הלכת הצפיות- ההנחה היא כי תחול עליהן הלכת הצפיות.

**אלגד**- שוטר מועמד לדין על עבירה לפי ס' 244 (שיבוש מהלכי משפט- העושה דבר למנוע או להכשיל הליך שיפוטי). אלגד נפצע במועדון, פחד שיגלו שהוא עובד שם ללא היתר. שיקר על כך שלא היה שם. אלגד טוען כי שיקר מהפחד שיעיפו אותו מהמשטרה, לא בשל כך שרצה לפגום בהליך שיפוטי. ביהמ"ש שואל מה קורה כשאדם משקר לא מתוך רצון לשבש, אלא תוך צפיה כי ישבש את ההליך השיפוטי? **דורנר נתנה את פסה"ד המרכזי ואימצה את הגישה הנוקשה/ בררנית-** ביהמ"ש יקבע בכל מקרה ומקרה האם ההלכה תחול. זו שאלה פרשנית שתקבע לפי תכלית האיסור, מידת חשיבות הערך המוגן ועוד. בייניש קובעת כי במקרה זה אין ערך נגדי לשמירת סדרי השלטון שמוגן כאן.

**ביטון נ' סולטן-** המשיב פרסם בעיתונו בבית שמש 4 כתבות התוקפות את המערער, עורך מקומון אחר, בגין מעורבותו בפעילות הפוליטית המקומית. בגלל שמדובר בעבירה של לשון הרע, זוהי למעשה קובלנה פלילית פרטית. בעבירות בהן הסכסוך אישי יותר, החוק מאפשר לאדם פרטי לתבוע אדם פרטי אחר במקומות בהם המדינה לא רצתה לנהל את ההליך. כאן עלתה השאלה האם הלכת הצפיות תחול על לשון הרע? **ברק בחר לאמץ את הגישה הנוקשה (בררנית). בלשון הרע, בשל כך שמדובר בעבירת ביטוי, הוא בחר לא להחיל את ההלכה. ההצדקה להשארת הפן הפלילי היא רק למצבים קיצוניים.** כאן נקבעת החרגה- הלכת הצפיות לא תחול. יש פה ערך מוגן חשוב אל מול ערך השם הטוב. **ברק** **מבהיר כי הגישה הנוקשה היא הנכונה ולא הגורפת, שכן אין זה נכון שאין הבדל בין עבירות מטרה תוצאתיות לבין עבירות מטרה התנהגותיות.** בעבירות התוצאה היסוד העובדתי מותנה בכך שנגרמת תוצאה מזיקה, לכן מתווספת חומרה אובייקטיבית. בשל צמצום היסוד העובדתי, זה הגיוני שהיסוד הנפשי מורחב ע"י הלכת הצפיות. **בעבירות מטרה התנהגותיות אין תוצאה מזיקה במישור העובדתי, עיקר החומרה נשאב מהיסוד הנפשי, לכן יש מקום להותיר לביהמ"ש את שיקול הדעת לוותר על דרישת הכוונה ולהחליט האם להחיל את הלכת הצפיות. צמצום העבירה יהיה ע"י קביעת יסוד נפשי גבוה של כוונה.**

**גישתו של פלר:** **מבחין בין עבירות מטרה שעליהן תחול הלכת הצפיות לבין עבירות מניע שעליהן לא תחול ביקורת**. לפיו, כאשר אלו עבירות מניע (עבר)- לא תחול ההלכה, כי הלכת הצפיות היא עתידית. מנגד, כאשר אלו עבירות מטרה(עתידיות)- תחול ההלכה. הביקורת- אין הבדל מעשי בין מניע למטרה, האבחנה קשה.

1. **פזיזות- אדישות וקלות דעת:**

**עד לתיקון 39 לא הייתה הבחנה בין סוגי הפזיזות. בתיקון 39 נקבעו שני סוגים של פזיזות:**

* **אדישות-** פעולה מתוך שוויון נפש לגרימת התוצאה.
* **קלות דעת-** פעולה מתוך תקווה להצליח למנוע את התוצאה.

**במאמרה של קרן שפירא**-**אטינגר**, **היא דנה על קלות דעת ועל כך שלא מוגדרת טיב המודעות הדרושה בקלות דעת** (רוחב מודעות מול עומק מודעות). בנוסף, **היא מכנה מקרים בהם אדם מעוניין בכנות בשמירת ערך חברתי מסוים אך בו-בזמן מסכן אותו באופן בלתי סביר באורח שקול ומודע כ"הימור מטורף" או "איוולות מוחלטת"- דוג' הרופאה ו10 המבחנות**. כמו כן, דנה על קלות דעת ורשלנות כשני עולמות נפרדים לחלוטין. **קל הדעת** מודע לאפשרות שהתוצאה עלולה להתרחש, יש בראשו את כלל האינפורמציה ואם הוא יעבד אותה הוא יבין את הסיכון. לעומת זאת, **הרשלן** הוא מי שנוטל סיכון בלתי סביר ועושה זאת לא במודע. במשפט האנגלו-אמריקני אין הבחנה בין אדיש לקל דעת- עבירות הרשלנות הן חריגות ומגינות על ערכים חברתיים מאוד ספציפיים. אדם ייחשב לרשלן רק אם אדם מן הישוב כן היה מודע. במקרה שגם אדם מן היישוב לא היה אמור לדעת- מדובר לרוב בשגגה= חוסר מודעות ללא מחשבה פלילית. במקרה בו אדם לא מודע להעדר ההסכמה מאישה, במקום בו אדם מן הישוב היה אמור להיות מודע- הוא לא יורשע עפ"י המשפט הישראלי, כי אין עבירת אינוס ברשלנות.

פרשת דויטש- משנות החמישים (עוד לפני תיקון 39). אדריכל יצא עם פועליו למחצבה, פקחים מתנגדים לכך בשל הסכנה. דויטש מחליט להמשיך לעבוד, ישנה מפולת ושני פועלים נהרגים. אם ננתח זאת כיום- זהו מצב קלאסי של קלות דעת, הוא מודע למתרחש ולסיכון ובכל זאת ממשיך לפעול תוך תקווה שהמפולת לא תקרה.

**סיכון בלתי סביר:**

**קלות דעת מוגדרת כנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות, בנוסף לצפיית התוצאה. סיכון בלתי סביר זוהי שאלה נורמטיבית** **שביהמ"ש מעריך וקובע אותה, עפ"י** **תועלת מול נזק**. **כאשר הנזק עולה על התועלת- מדובר בסיכון בלתי סביר.**

דרישת הסיכון הבלתי סביר מופיעה רק בהגדרת קלות הדעת ואינה מופעה בהגדרות האדישות והכוונה- האם היא אינה קיימת במקרים אלה?

1. לגבי **אדישות**- מלומדים מסכימים כי **נדרש סיכון בלתי סביר גם באדישות**.
2. לגבי **כוונה** קיימת **מחלוקת**:
* **קרמניצר**: **הדרישה קיימת מכללא גם בכוונה**. עם זאת, הורידו מהניסוח את הדרישה לכך כדי להוריד את נטל ההוכחה מהתביעה.
* **קוגלר**: **הדרישה לא קיימת.** כשאדם פועל בכוונה אין צורך להוכיח שנטל סיכון בלתי סביר.

פס"ד צור- חבורת מטיילים היוצאת לטיול בנחל דרגות. הנאשמים צפו בהסתברות נמוכה שיהיה שיטפון ומחליטים לצאת על אף העניין. לבסוף חלקם נהרגו. הנקודה שהעליון מעלה שם הינה שיש לראות את הנזק בסיכון אל מול התועלת- במקרה זה ערך של הכרת הארץ ואהבת הארץ. נפסק כי הסיכון סביר, ישנם דברים שאין דרך לבצע אותם ללא סיכון כלל.

פס"ד מזרחי- אדם נוסע במהירות המותרת, רואה שני מסלולים לצידו שהילדים הולך על הכביש- מאט את המהירות. משאית עוברת ומסתירה את שדה הראיה ובזמן זה הילדים קופצים לכביש והוא דורס אותם. השופט זוסמן בדעת מיעוט קבע כי מילדים יש לצפות הכל, אך עם זאת במקרה זה הוא לקח סיכון סביר- הוא האט והשתדל.



* **השיטה הגרמנית** מרחיבה יותר את הרשלנות מפני שהיא כוללת נטילת סיכונים בלתי סבירים מדעת ולא מדעת (כלומר גם את קלות הדעת כפי שהיא מוגדרת אצלנו). **השיטה הישראלית** מחמירה יותר עם רשלנות בשל כך שכמות עבירות הרשלנות היא מעטה ולכן רשלנים פחות מורשעים לרוב. עפ"י השיטה הגרמנית קל הדעת הוא מחוץ למחשבה הפלילית ולכן לרוב לא יורשע. מנגד, **במשפט האנגלו-אמריקני** מתייחסים לפזיזות באופן כללי (ללא הבחנה בין קלות דעת לאדישות).
* **השיטה הישראלית לקחה משתי השיטות-** **אימצו מהשיטה האנגלו-אמריקנית את החתך בין מחשבה פלילית לרשלנות עפ"י המודעות.** מהצד השני**, בתוך עולם המחשבה הפלילית הפזיזות פוצלה ל2 מושגים הלקוחים מעולם היסוד הנפשי הגרמני**.
* מה למעשה נותנת לנו ההבחנה בין אדישות לקלות דעת?
1. מה שקובע את מתחם הענישה זה בין היתר חומרת העבירה ואשמת הנאשם (יסוד נפשי). לאותה עבירה בקלות דעת או באדישות מתחם הענישה יהיה שונה.
2. ההבחנה בין אדישות לקלות דעת מאפשרת למחוקק לחוקק עבירות שהוא יקבע לכל אחת מהן יסוד נפשי מינימלי אחר. זה מה שקרה בעבירות ההמתה לאחר הרפורמה- היו עבירות כוונה או עבירות שותקות (קלות דעת) והייתה לזה משמעות בעונש בלבד. ברפורמה בוטלו עבירות ההמתה הישנות ונקבעו חדשות- למשל לרצח (300) אדם יכול להיכנס ביסוד נפשי של אדישות- קל דעת יכנס לעבירת ההמתה בקלות דעת (301ג). למעשה זה מסייע לתייג אנשים בצורה יותר נכונה.

המאמר של קרן שפירא-אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי- האם יש משקל לדעת?" (מפורט בקובץ נפרד).

מציגה כי **יש יותר מצבי מודעות מאשר ההגדרה בחוק**. במצבים בהם הנאשמים מגיעים עם מצב מודעות חלקית, ביהמ"ש נקלע למבוכה. כדי להרשיע במחשבה פלילית יש להראות מודעות- אז מה עושים כאשר המודעות חלקית? היא מספיקה או לא? יורשע ברשלנות או יורשע בעבירה עם המחשבה הפלילית? במאמר היא מנסה להסביר את המצב ע"י הצגת הטיפוס "המהמר המטורף" / "האיוול המוחלט"– מבין לחלוטין את הסיטואציה ואת אפשרות גרימת התוצאה ועדיין בוחר לפעול. עם זאת, מרבית האנשים לא פועלים כך, הם יותר רציונליים. לשם כך, שפירא-אטינגר מבהירה כי יש למצוא פתרון חלופי ומציגה את האופציה לבחון את **עומק** **המודעות.** היא מציגההסבר אחר- מצב של מודעות חלקית. אדם פועל אמנם כשיש לו את המידע הדרוש להסיק שפעולתו יוצרת סיכון בהסתברות ממשית, אך הוא אינו מעבד את המידע ולא מבצע את ההערכה הזו משום שהוא פועל במצב של חוסר ריכוז, היסח דעת, חוסר תשומת לב. (פס"ד זיסרמן- משחק בנשק) למעשה היא מנסה לתאר את המודעות עפ"י 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.**

לטענתה, חוק העונשין מתעלם כיום מעומק המודעות.

**שורה תחתונה- קלות דעת היא מצב די נדיר. מרבית האנשים הם לא מהמרים מטורפים אלא יותר רציונליים. שפירא-אטינגר מספקת לכך הסבר אחר- מצב של מודעות חלקית. לכן, יש לבחון את עומק המודעות בנוסף לרוחב המודעות.**



ציר הX מתאר את רוחב המודעות (מידת ההסתברות). ציר הY מתאר את עומק המודעות (מידת הריכוז).

* טיפוס 1 נמצא בעומק מודעות גבוה ורוחב מודעות גבוה (לא רוצה שהתוצאה תקרה), הוא מייצג את "המהמר המטורף"/ "האיוול המוחלט". יש בידיו את כל האינפורמציה והוא מרוכז לחלוטין (דויטש).
* טיפוס 2 בעל כל האינפורמציה אך הוא לא מרוכז, הוא דומה לזיסרמן. לטענת שפירא-אטינגר החוק מתעלם מטיפוסים כאלו.
* הטיפוס הרשלן הוא 4, אין לו את האינפורמציה והוא לא מרוכז כלל- אין לו מודעות כלל.
* כל הטיפוסים שנמצאים באמצע- הם טיפוסים שונים של קלות דעת. כולם כאן לוקחים סיכון בלתי סביר.
1. **רשלנות:**

**רשלנות (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

21.  (א)  רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –

(1)   שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;

**(תיקון מס' 126) תשע"ו-2016**

(2)   שבעבירה שעם פרטיה נמנית תוצאה שנגרמה על ידי המעשה או סכנה העלולה להיגרם בשלו – העושה נטל סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה או לגרימת הסכנה כאמור.

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

**הרציונאלים- למה להפליל את הרשלן?**

בעבר דיברנו על כך שהאחריות הפלילית מבוססת על אשמה ואשמה מבוססת על בחירה.

* **קיימת אשמה ברשלנות (אף שהיא פחותה בהשוואה לפעולה במודעות)-** יש הסבורים כי גם רשלנות מגלמת בחירה: בחירה לא לתת תשומת לב.
* **ניתן להרתיע אנשים שפועלים ברשלנות-** אם אנשים ידעו כי רשלנות גוררת אחריות פלילית, הם יתומרצו לשים לב, לחדד את החושים, לבדוק מסביב.
* **עבירות רשלנות הופכות את האחריות הפלילית למשתנה רציף יותר ופחות בינארי-** במקרים של קשיי הוכחה ביהמ"ש יכולה להפליל ברשלנות במקום לזכות לגמרי או להרשיע בעבירת מחשבה פלילית.

בגדול- אין היום מחוקק שמוציא את הרשלנות הפלילית מעולם היסוד הנפשי הפלילי, עם זאת ישנם ויכוחים בספרות על השאלה האם נכון להפליל ברשלנות. מרבית המלומדים סבורים כי זה ראוי.

**מהו ההבדל בין עצימת עיניים לרשלנות?** בעצימת עיניים, האדם בעל חשד לקיום עבירה, יש לו סוג של מודעות, יתכן לא מודעות מלאה. ברשלנות מדברים על מקרים בהם האדם עצמו לא שם לב, לא חשד כלל ולא העלה בדעתו. רשלנות היא מצב בו אין בכלל חשד, המצב התודעתי הוא אפסי. אשמת הנאשם נגזרת מכך שאדם סביר היה יכול להיות מודע ואילו הנאשם לא.

**יסודות הרשלנות:**

1. **אי מודעות לטיב ההתנהגות, הנסיבות או אפשרות גרימת התוצאה.**

כשמדברים על מחשבה פלילית יש צורך במודעות לכל אחד מהם. ברשלנות מספיק שיש אי מודעות לגבי אחד מרכיבי היסוד העובדתי. לגבי שאר הרכיבים יכולה להיות רשלנות ומעלה.

1. **אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע בנסיבות העניין.**

זהו מבחן אובייקטיבי הקובע מודעות בכוח. עד כמה המבחן הזה הוא מחמיר במובן הזה שהוא קובע סטנדרט התנהגות גבוה או עד כמה הוא יהיה מקל ויבחן את מידת הצפייה של האנשים בפועל? הכל טמון בפירוש המושג "אדם מן הישוב".

* **אדם מן הישוב מול אדם סביר >> האם יש הבדל?**

**פס"ד בש-** אדם השליך מקרר עם דלת טריקה ננעלת מבפנים לחצר ביתו. שני ילדים נכנסים לחצר, משחקים במקרר וננעלים בו. הם נחנקו למוות ובש הועמד לדין על גרימת מוות ברשלנות. נטען כי אולי הוא לא צפה את המקרה, אך אדם סביר יכול היה לצפות זאת. בש טען כי גם אדם סביר לא היה יכול להיות מודע בנסיבות העניין. הסנגור הביא רשימת עדים שטענו כי לא היו צופים את האפשרות שכתוצאה מזריקת המקרר בחוץ ילדים ימותו. בש מתייחס לכך כאל שאלה אמפירית. ביהמ"ש דוחה טיעון זה ומרשיע את בש בגרימת מוות ברשלנות. הדגש הינו על כיצד לפרש את המושג אדם סביר? נקבע כי זוהי שאלה נורמטיבית שצריכה להקבע על סמך מה ראוי ולא על סמך מה בפועל אנשים חושבים. הרציונל של ביהמ"ש היה לעודד אנשים לא ליצור סכנות מיותרות במרחב, התווית נורמות זהירות.

**לפני תיקון 39 לשון החוק הייתה אדם סביר, השינוי הלשוני נעשה במסגרת התיקון עצמו.** **מדוע?** אדם מן היישוב מתייחס יותר למצב המצוי ולא לרצוי כמו אדם סביר. עם זאת, כשמסתכלים על הפסיקה לאחר התיקון, **קשה לראות שינוי בהתייחסות**. ראינו ניסוח דומה גם בדוקטרינת הקש"ס המשפטי ומבחן הצפיות – אדם מן הישוב יכול וצריך. כאן מאמצים רק את המינוח יכול. **בפס"ד יעקובוב נדונה השאלה האם בוריס צפה את אפשרות מותה של אשתו בעקבות מעשיו ונאמר כי אדם מן היישוב הוא האדם הסביר והוא ביהמ"ש.** הכוונה הייתה לנסות לייצר מושג מחובר לשאלה עובדתית, שמצריכה בירור מעשי. "אדם מן הישוב יכול" – ניסוח זה מרמז לנו על היכולת בפועל, המטרה הייתה להוריד את זה קצת לקרקע. דוקטרינת הרשלנות היא מבין הדוקטרינות היחידות במשפט הפלילי בהן ביהמ"ש יכול להזרים נורמות לציבור.

* **רשלנות סובייקטיבית מול רשלנות אובייקטיבית>> מה פירוש "בנסיבות העניין"?**

האם מדברים על נסיבות חיצוניות של המקרה או גם לנסיבות אישיות שלו- תכונות, כישורים, מאפיינים שלו. יש לכך שתי תפיסות:

1. **רשלנות אובייקטיבית- דמות ממוצעת.** כשמדברים על אדם סביר בנסיבות העניין, מניחים דמות ממוצעת הנמצאת בנסיבות החיצוניות שהנאשם נמצא בהן. ללא השוואה לתכונות. המשפט האמריקאי תומך בגישה זו. יש בכך היגיון ויתרון- התהליך מקוצר יותר. המסר שנשלח לאנשים הוא חד- מהי התנהגות פסולה.
2. **רשלנות סובייקטיבית- משווים לאדם המאופיין לאותן תכונות,** כישורים ויכולות של הנאשם עצמו. דוג' לתכונות- אינטיליגציה נמוכה. במודל הסובייקטיבי, האדם הסביר יהיה שונה ממקרה למקרה. היתרון במודל הוא שהוא מתאים את עצמו לנאשם עצמו. גישה זו אומצה במשפט הגרמני- הנאשם עצמו לא צפה, מקום שהוא עצמו היה יכול לצפות= מודל הרשלנות הגרמני. מודל זה יכול להיות מקל ומחמיר- תלוי בנאשם עצמו. אם מדובר באדם מן השורה, משכיל וחכם – יחמירו איתו.

**\*\* קרמניצר הציע לפרש את המונח "בנסיבות העניין" כנסיבות חיצוניות ואינדיבידואליות. בישראל, הפסיקה לא אימצה את גישתו של קרמניצר (לא אימצה לחלוטין את מודל הרשלנות הגרמני). רואים בפסיקה הישנה את המודל האובייקטיבי, אך לאט לאט בפסיקה החלו לדבר על התאמה של סוג האדם/ המקצוע וההשכלה שלו לנסיבות.**

1. **לעניין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנותן. (נדון ביסוד הראשון).**
2. **דרישת סיכון בלתי סביר (בדומה לדרישה שמופיעה בקלות הדעת).**

עולה תהיה, **האם דרישת האדם הסביר לא מייתרת את הדרישה לסיכון בלתי סביר? שכן אדם סביר היה יכול לצפות כשמדובר בסיכון בלתי סביר.** יש הטוענים שדרישת הסיכון סביר נבלעת בדרישת האדם הסביר. לכן, דרישת האדם הסביר מייתרת את הדרישה לסיכון בלתי סביר. מנגד, לדעת ד"ר דנציג-רוזנברג, באופן אידיאלי ראוי היה להבחין בין השאלה של מהו סיכון סביר (שאלה נורמטיבית לחלוטין) לבין השאלה מה האדם הסביר היה צריך לצפות (אם ביהמ"ש היה נאמן לכוונות המחוקק, זו הייתה צריכה להיות שאלה עובדתית- אמפירית). בפועל, בתי המשפט ערבבו בין השאלות האלו- הם הפכו את שאלת הצפיות בכוח, שהייתה אמורה להיות עובדתית, לשאלה נורמטיבית- מה ראוי ונכון. לכן, בפועל, לפי הדין הנוהג, קשה לחשוב על מקרים בהם ביהמ"ש יקבע שמדובר בסיכון לא סביר וגם שהנאשם לא היה יכול לצפות.

**לסיכום- איך נזהה עבירות רשלנות?**

1. **ס' 19-** לאחר תיקון 39, כל עבירות הרשלנות החדשות צריכות לכלול בהגדרתן את המילה רשלנות.
2. **מה לגבי עבירות רשלנות ישנות?** 90א כולל מונחים שמשמעם רשלנות, כמו התרשלות. יכולים להיות גם ביטויים המשתמשים בקריטריונים אובייקטיבים- 340 לחוק העונשין "סכנה לילדים" – "יסוד סביר להניח"=אדם סביר. לא לבלבל זאת עם המונח "יש לו יסוד להניח"- זהו מושג המתאר מחשבה פלילית **.**
* חומרי קריאה:

**צור נ' מד"י:** מות 6 נערים מגרעין של"ת בשיטפון בנחל דרגות. השופט ויתקון מסכים עם גישת שופט בימ"ש השלום, שעד לשעת היציאה לטיול, אי אפשר היה באופן סביר ולאור המידע שהיה בידי המערערים לצפות מראש את הסכנה- זה מספיק לזכותם."כדי להיות רשלן בעיני החוק, לא די בכך ש"אפשר היה לצפות את הסכנה"; אפילו לגבי סכנה כזאת, עדיין יש לשאול, אם סביר היה, בכל הנסיבות, להימנע מפעולה היוצרת את הסכנה. עלינו לזכור שהרבה פעולות, שהן חיוניות או רצויות לאדם כמפרט או כחלק מהחברה, יוצרות סכנות הידועות לנו היטב, ואף על פי כן אין אנו גורסים שלמען שלמות הגוף והנפש צריך או אפשר לוותר עליהן. " במקרה זה, מדובר בפעולה חשובה- עריכת טיולים לשם הכרת הארץ. אפשר לומר כי המערערים טעו בשק"ד- אך זה לא מגיע לידי הרשעה ברשלנות במילוי תפקידם.

**יעקובוב נ' מד"י:** בעל התעלל באשתו והכה אותה. היא התלוננה על כך ובאותו יום חזרה בה מהפחד. בהמשך, בעת מריבה ביניהם הלכה לחדר של בנם. הבן אמר לו כי היא יושבת על החלון. הבעל התקרב לחדר והאישה התאבדה בקפיצה. **דורנר** מבהירה כי הרשלנות מוגדרת כיסוד נפשי ואומצה בגדרה הגישה בדבר צפיות סבירה. הצפיות הסבירה משקפת את יכולת הצפייה של האדם הסביר, להבדיל ממודעותו. ההנחה המשפטית בבסיס- אדם מן היישוב יכול לחזות את הסיכון הנגרם מהתנהגותו ולהיות מודע לצורך להימנע מהתנהגות זו. במקרה זה, הנאשם התרשל כי התוצאה הקטלנית הייתה בגדר הצפיות הסבירה של מעשיו והוא אחראי לתוצאה. במישור העובדתי, הקש"ס אינו מתנתק גם כאשר הגורם הישיר למוות הוא מעשהו של אחר שנעשה ברשלנות חמורה/ פזיזות/ במתכוון אם זה היה בגדר צפייתו הסבירה של העושה. כלומר, ההתאבדות של גלינה במקרה זה אינה מנתקת את הקש"ס

**רות קנאי "רשלנות כבסיס לאחריות פלילית: האם חל שינוי בעקבות תיקון 30?":**

1. **מבוא:**

לפני תיקון 39, לא הייתה הגדרה לרשלנות בחוק העונשין (ס' 15 הזכיר את קיומה), כיום, רשלנות מוגדרת בס' 21 לחוק העונשין 39. סעיף זה מצוי תחת בימן ב' של פרק ד' לחוק, העוסק ביסוד הנפשי שבעבירה. ייחוד הרשלנות כיסוד נפשי הוא בהיותה ללא מודעות. בפס"דים יעקובוביץ' ודויטש (טרם הגדרת רשלנות בחוק העונשין), השופט אגרנט הגדיר והבחין בין 3 משמעויות של מושג הרשלנות:

1. רשלנות כמצב נפשי של אי-ראיית הנולד.
2. רשלנות כאי-שמירה על רמה אובייקטיבית של זהירות.
3. עוולת הנזיקין של רשלנות.

למעשה, אגרנט מבחין בין האספקט הנפשי של היעדר מודעות, לבין האספקט העובדתי של אי-נקיטת אמצעי זהירות. בכך הוא קובע עיקרון להמשך- היסוד הנפשי של היעדר מודעות הוא לא ניתן לדירוג- או שיש, או שאין מודעות. מנגד, היסוד העובדתי ניתן לדירוג, בהתאם לכמות אמצעי הזהירות שננקטו.

**החידוש בתיקון 39 נמצא כבר בס' 19 של החוק, שקובע כי כדי שיסוד נפשי של רשלנות יהיה מספיק להיכנס לעבירה, יש לקבוע זאת בהגדרת העבירה (לא במפורש). משמע, רק בעבירה בה נאמר כי היסוד הנפשי הנדרש הוא רשלנות- די ביסוד נפשי של רשלנות. עבירה שותקת אינה מתאימה.** ישנם סעיפים ישנים, שלא נאמר בהם במפורש כי העבירה הינה רשלנות והן עדיין יפורשו כעבירות בהן היסוד הנפשי הוא רשלנות. לפרשנות ס' אלו, נעזר בס' 90א לחוק, ס' המתאם בין החלק הכללי החדש לחלק הספציפי הישן. לפי ס' זה, כשנאמר "יש לו יסוד להניח" הכוונה לחשד, דרישה של מחשבה פלילית. הכותבת מסיקה מכך כי כשנאמר "יש יסוד סביר להניח"- מדובר ברשלנות.

1. **האם חלו שינויים בעקבות תיקון 39?**

בחינת השינויים במצב המשפטי לפני ולאחר התיקון.

1. **המדד לקביעת הרשלנות:** האם תיקון 39 הביא לשינוי בקנה מידה לבדיקת הרשלנות?

במקרה זה, יש להבחין בין שתי שאלות- האם אדם מהישוב הוא האדם הסביר? או שהביטוי השונה מראה כי מדובר במדד אובייקטיבי ולא נורמטיבי? מדד של אדם סביר, כולל גם קביעה נורמטיבית של מה ראוי שאדם יצפה- יכול לחרוג מנתונים של האדם הממוצע. שאלה זו מובילה לשאלה- באיזו מידה מתחשבים בתכונות האישיות של הפועל? השאלות נובעות ממתן החשיבות לעקרון האשמה- מהי מידת ההקפדה על כך שהנאשם יכול היה מודע לסכנה ויכול היה לנקוט את אמצעי הזהירות? מפורט ביסוד 2 ביסודות הרשלנות מעלה.

1. **גרם מוות ברשלנות:**

במהלך השנים, פסיקה שעסקה בעבירת גרימת מוות ברשלנות השוותה אותה לעוולת הרשלנות, משמע בדקה האם הייתה חובת זהירות, האם היא הופרה והאם בשל כך נגרם המוות. האקדמיה מתחה על כך ביקורת רבה וטענה כי אין להשוות ביניהם- בעבירה הרשלנות הינה הרכיב הנפשי בלבד ולא חלק מהרכיב העובדתי (שאלו הם המעשה/ מחדל המביאים למוות). לאחר התיקון, עולה מהפסיקה כי ישנה הסכמה שההגדרה המחודשת מנתקת את העבירה מהעוולה- אך בפועל לא רואים זאת, הניתוח זהה לזה שהיה קיים בעבר. רואים לכך דוגמאות בפרשת יעקובוב, בר אילן (גשר המכביה) ובן חקון.

1. **ההבחנה בין הסיכון למודעות:**

מרים גור-אריה טענה כי ס' 21 מבחין בין 2 שאלות- האם אדם מהישוב יכול וצריך היה להיות מודע לסיכון והאם הסיכון שיצר הנאשם אינו סביר. הרישא של ס' 21 דן בשאלה העובדתית של מודעות ואילו ס' קטן (א)(2) דן בסבירות הסיכון- שאלה נורמטיבית. לטענתה, סיכון סביר הוא סיכון שהחברה מוכנה לקבל והיא רואה בו סיכון מוצדק. בחינת הסבירות תעשה ע"י שיקלול התועלת החברתית בהתנהגות אל מול הסכנה בהתנהגות, תוך התחשבות בחומרת הסכנה והסתברות התממשותה. כך, ביהמ"ש יכול להעלות את רמת הזהירות הנדרשת (החלטה על סבירות הסיכון) ובו"ז להקפיד על עקרון האשמה (אם אדם מן הישוב לא היה יכול להיות מודע, לא תוטל עליו אחריות פלילית). ניתן לראות ב*פסיקה* התייחסות לשאלות אלו, אך לרוב הן נבחנות בנפרד ולא משמשות לקביעה שהסיכוי אינו סביר אך בשל הנסיבות אין אשמה.

לדעת גור-אריה, ההבחנה בין השאלות תביא לתוצאות צודקות, ללא הרשעת אנשים שלא היו מודעים לאפשרות המוות (בזמן שגם אדם מן היישוב לא היה יכול להיות מודע לה), ללא פגיעה בהעלאת רמת הזהירות. עם זאת, כדי להשיג מטרה זו, אין לקבוע את סבירות הסיכון עפ"י מבחן הצפיות. הרי קביעה שסיכון בלתי סביר הוא סיכון שצריך לצפות מטשטשת את ההבחנה בין השאלות. שאלה זו צריכה להבחן לפי שלושה קריטריונים: תועלת הסכנה מצד אחד אל מול חומרתה וסבירות התממשותה. יש לדרך זו עדות בפרשות בר אילן וויינריך.

1. **האשמה הקיימת ברשלנות:**
2. **הבסיס לאשמה ברשלנות:**

מפורט ברציונלים לרשלנות מעלה.

1. **רמות של רשלנות:**

עפ"י הגדרת אגרנט בפרשת דויטש (ראה מבוא) לא ניתן לדרג יסוד נפשי של רשלנות אלא רק את היסוד העובדתי. **ויליאמס והארט רואים ביסוד העובדתי של רשלנות (סטיה מנורמת התנהגות סבירה) את עיקר הרשלנות.** למשל, בהריגה נדרשת רשלנות רבתי, כלומר סטייה גדולה מרמת הזהירות. הארט טען כי הביטוי העיקרי של הרשלנות הוא אי-נקיטת אמצעי זהירות סבירים, כלומר **דירוג הרשלנות אצל הארט מתייחס לאמצעי הזהירות- ככל שהיה יותר קל לנקוט באמצעים אלו כך עולה רמת הרשלנות.** בשאלת העונש, נראה כי בתיהמ"ש מדרגים את הרשלנות – קלה או חמורה, נראה כי בחלק מהמקרים מדובר בדירוג של היסוד הנפשי (שאגרנט קבע כי אין לדרגו), רואים לכך עדות בפרשות הילף, סורפין (לביא) ובר-אילן.

ישנן 2 מסקנות העולות מן הפסיקה- קשה להבחין בין היסוד הנפשי וליסוד העובדתי, הם קשורים זה בזה. שנית, בתיהמ"ש אכן מדרגים את היסוד הנפשי, שכן לא ניתן להשוות בין אדם שלא היה מודע לרגע, לבין אדם שלא היה מודע לאורך זמן. כותבת המאמר תומכת בהכרה בדרגות שונות של רשלנות ביסוד הנפשי, כך למעשה תדורג האשמה. ככל שהסיכון בולט יותר- חוסר המודעות מבטא מידה גדולה יותר של אשמה.

1. **רשלנות כלפי הנסיבות:**

הגדרותיו של אגרנט נוגעות רק לרשלנות כלפי תוצאות, אך ס' 21 לחוק העונשין מתייחס לכל הרכיבים העובדתיים בעבירה. פלר הינו הראשון שדן ברשלנות לנסיבה במובנים של טעות. ס' 34יח דן בסייג של טעות במצב דברים, לפיו טעות (לגבי קיומה של נסיבה) בעבירת רשלנות צריכה להיות סבירה.

פלטשר טען כי אין לדבר על רשלנות כלפי נסיבות, אלא על מודעות וטעות בלבד. לדעתו, רשלנות נוגעת לתוצאות בלבד שכן רק בנוגע אליהן ניתן להבחין בין אלו שקרו במקרה לבין אלו שקרו בשל הרשלנות. גם אלו המכירים ברשלנות כלפי נסיבות מסכימים עם פלטשר- מדובר בטעות בלתי סבירה בלבד.

חוק העונשין מכיר ביסוד נפשי של רשלנות כלפי הנסיבות. עם זאת, הדרישה לסיכון לא סביר נוגעת לתוצאות בלבד ולא לנסיבות. לכן, משמעות הרשלנות כלפי הנסיבות נוגעת להעדר מודעות כלפי נסיבות, כאשר אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע להן. [לדעת כותבת המאמר, הדרישה לסיכון בלתי סביר נוגעת גם לגבי עבירות סיכון, עבירות של תוצאה בכוח, אשר אין ליחס יסוד נפשי של רשלנות בהן כל עוד הסיכון סביר]. גם בקלות דעת, הדרישה לסיכון לא סביר מתייחסת לתוצאות בלבד, בדומה לרשלנות.

לפני תיקון 39, הוכרה בפסיקה האפשרות של פזיזות כלפי נסיבות. בתיקון הוגדרה הפזיזות כיסוד נפשי חפצי הנוגע לתוצאות בלבד. בשל כך, המחשבה הפלילית ביחס לנסיבות היא מודעות, תוך חשד שהעושה נמנע מלברר את יקום הנסיבות. הבסיס לכך הינו ההשקפה כי יש לדבר על נסיבות רק במובן הכרתי והוא לא ניתן לדירוג.

לדעת הכותבת, יש מקום לטענה כי יש לדרוש סיכון בלתי סביר גם בנוגע לנסיבות. שכן, לא ראוי להרשיע אדם שלא מודע לקיום נסיבה, גם כשאדם מן הישוב היה יכול להיות מודע לה, כאשר ההסתברות להתקיימות הנסיבה אינה גדולה. אלו מקרים נדירים, אך אין להתעלם מהם.

הגישות המתמקדות ביסוד חפצי של אדישות (דאף, פילסברי וכד'), מכירות באפשרות של אדישות כלפי נסיבות. עפ"י פילסבורי, האשמה ביסוד נפשי של רשלנות טמונה בכך שהנאשם לא היה מודע לרכיבי העבירה בשל חוסר אכפתיות.

1. **סיכום ומסקנות:**

במאמר זה ניתן לראות ברשלנות בסיס לאחריות פלילית ואילו ברשלנות רבתי הצדקה לאשמה חמורה יותר מהמקובל בנוגע לרשלנות כיום. לדעת כותבת המאמר, עבירות חמורות של רשלנות רבתי ימנעו שימוש מלאכותי בחזקת המודעות. גישה זו תוודא שאחריות פלילית תוטל רק בהתקיים מחשבה פלילית. בנוסף לכך יקבעו במשורה עבירות של רשלנות רבתי.

**שיעור סיכום- יסוד נפשי:**

* **מודעות:** היסוד הנפשי הבסיסי ביותר שיש לנו.
* מודעות צריכה להיות ביחס למעשה, לנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאות (כשמדובר בעבירה תוצאתית).
* ברירת המחדל מקום שלשון החוק שותקת.
* **עצימת עיניים:** נחשיב אדם כאילו היה מודע ונתייחס אליו כמי שעצם עיניים.
* מעשה ונסיבות בלבד. לא לאפשרות גרימת התוצאה. שכן היא תמיד עתידית- המודעות אף פעם לא מלאה לגביה.
* קריטריונים:
* חשד ממשי+ הימנעות מבירור.
* קוגלר: לא גישת שקבועה בחוק. מתייחס לשאלה האם ניטל סיכון בלתי סביר- דבר הנבחן ע"י הערך המוגן שנפגע, עוצמת הפגיעה, עלות בירור ועד כמה ביצוע העבירה בעל ערך/ או מביא לידי ביטוי ערך חשוב (למשל כמו חופש הביטוי).
* **רשלנות**
* זיהוי היסוד הנפשי: לשון החוק או פרשנות הפסיקה.
* קריטריונים:
* עובדתי- העדר מודעות +אדם מן הישוב (במובן נורמטיבי ולא סטטיסטי. למעשה די דומה לאדם סביר).
* נורמטיבי- האדם שפעל ברשלנות גם נטל סיכון בלתי סביר.
* יסוד נפשי ביחס ליתר רכיבי היסוד העובדתי. מספיק רשלנות לגבי אחד מהרכיבים.

**בעבירות תוצאתיות יש להוכיח לגבי התוצאה גם מודעות וגם יסוד נפשי חפצי- האם הוא רצה בתוצאה, לא רצה בה או היה שווה נפש בנוגע אליה?**

* **כוונה:** היסוד הנפשי החפצי החמור ביותר. מתכוון ורוצה שהתוצאה תקרה.
* ביצוע מעשה מתוך רצון לגרימת התוצאה
* עבירות תוצאתיות בלבד.
* ס' 20(ב) לחוק העונשין: די בצפיות גבוהה של התרחשות התוצאה להוכיח כוונה. נתייחס לנאשם כאילו רצה שהתוצאה תקרה במידה והצפיות להתרחשות התוצאה הייתה גבוה.
* **מטרה:**
* ביצוע מעשה מתוך מטרה אשר התגשמותה אינה מתחייבת מיסודות העבירה.
* עבירות התנהגותיות ותוצאתיות. יש לשים לב לאיזה רכיב מרכיבי העבירה מכוונת מילת המטרה.
* הלכת הצפיות: בנסיבות המתאימות, די בצפיות גבוהה של התרחשות המטרה. מכוח הפסיקה ולא מכוח החוק. ישנו שק"ד במקרה זה.
* **אדישות**:
* קריטריונים:
* נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה.
* שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה.
* **קלות דעת:** "לי זה לא יקרה".
* ברירת המחדל מקום שלשון החוק שותקת.
* קריטריונים:
* נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה.
* תקווה להצליח במניעת התוצאה.

**לזכור תמיד- לגשת לס' 90א לחוק העונשין. מילון למילים המבטאות יסוד נפשי.**

**כיצד נפתור אירועון?**

1. **ננתח את הרכיבים של העבירה.**
2. **נחיל את יסודות העבירה על המעשה הקונקרטי.**
3. **רפורמה בעבירות ההמתה:**

**בדין הישן** **היו 3 עבירות המתה:**

* **עבירת הרצח** (ס' 300, 301 לחוק העונשין), שכללה 4 נסיבות מיוחדות בהן ניתן לחרוג מעונש של מאסר עולם, אך הן היו מאוד כלליות.
* **עבירת ההריגה (**הייתה בסעיף 298) הוגדרה בצורה רחבה מאוד. נכנסו גם מקרים הגובלים ברשלנות (תאונות דרכים/ בניה רשלנית) וגם מקרים חמורים הגובלים ברצח (הריגה ספונטנית, קינטור= התגרות). הייתה בעיה עם ההרחבה, התיוג והעונש.
* **עבירת גרימת המוות ברשלנות-** (ס' 304 לחוק). הרפורמה יצרה לכך תיקון מסוים, נלמד בהמשך.

**תיקון מס' 137 [הרפורמה]** נכנס לתוקף ב10/07/2019. **התכלית המרכזית של הרפורמה- התאמת המעשה לעקרון האשמה, לרוב יבוא לידי ביטוי באשמה הפלילית, ביסוד הנפשי אבל לא רק. התאמת העונש והתיוג.**

**המדרג** :

במדרג שהוצע אמורות להיות 6 עבירות. החשובה ביותר- עבירת הרצח הבסיסית. ממנה יוצאים למעלה ולמטה. הצעת החוק כללה מדרג נוסף, של גרימת מוות ברשלנות בנסיבות מחמירות- יש על כך מחלוקת.

* **עבירת הרצח הבסיסית-** ס' 300.

300. (א)  **הגורם בכוונה או באדישות** למותו של אדם, דינו – מאסר עולם.

     (ב)  מי שהורשע ברצח לפי סעיף 2(ו) לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י-1950, דינו – מיתה.

**יסוד נפשי של כוונה ואדישות- מאסר עולם כעונש מרבי לא כעונש חובה.** העבירה הכי חשובה כי ממנה יוצאים למעלה (לרצח בנסיבות מחמירות) ולמטה (2 עבירות ההמתה וגרימת מוות ברשלנות). ס' 298 שהיה עבירת ההריגה הקודמת היה מותנה בלפחות קלות דעת. **זוהי העבירה הראשונה בה המחוקק הישראלי משתמש ביסוד נפשי של אדישות כרף מינימום**. עד הרפורמה לא היה שימוש באדישות כרף מינימום, אלא רק בקלות דעת או כוונה. בעבירה זו נעשה ניתוח דק בתוך המחשבה הפלילית, רצו שיהיה ברור ומובן מהם היסודות הנפשיים הרלוונטיים (הרי היו יכולים לכתוב אדישות בלבד וברור כי כוונה נכנסת בפנים).

דוג' לרצח באדישות- סכינאות: דקירות במועדונים. במצבים כאלו הוגש לעיתים כתב אישום על רצח ולעיתים על הריגה. ההבחנה הייתה קשה. הוא לאו דווקא התכוון לגרום למות המנוח, אך הוא נהג באדישות.

* **רצח בנסיבות מחמירות-** 301א. מאסר עולם חובה +פתח מילוט. **תכנון או שקילה?**

**301א. (א) הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד: (הנסיבות מפורטות בהמשך).**

בעבר, הייתה דרישה לכוונה תחילה וכן נסיבה הנוגעת לרצח הורים או סבים. הנסיבה הנוגעת לרצח אב/אם/ סבא/ סבתא בוטלה, בשל העובדה שהרקע לחקיקה הינה תפיסת עולם פטריארכלית, משפחה אידילית (עקרונות של כיבוד אב ואם, ראיית האב כראש המשפחה). אין חובה חוקית לילדים לדאוג להוריהם, החובה המוסרית מוגבלת (במקרה של התעללות מצד ההורים), בשל כך נקבע כי זה לא מספיק. ברפורמה החליטו לעשות מהלך הפוך, קביעת נסיבות לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, במידה ויש חובה מוסרית וחוקית לאחריות על חסר ישע או קטין. מקרים כאלו, אם אין נסיבה אחרת, יכללו בעבירת הרצח הבסיסית.

**הרפורמה יצרה כ11 נסיבות:**

1. **"המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית".** תחליף לכוונה תחילה מהסעיף בעבר. לכוונה תחילה בסעיף הרצח בדין הישן, היו 3 יסודות- החלטה להמית הכוללת כוונה ורציה, הכנה פיזית והעדר קינטור (התגרות פיזית לפני מעשה). לקינטור היה מבחן אובייקטיבי- לא די בכך שהאדם עצמו התקנטר, יש לבחון האם גם אדם סביר בנעלי העושה היה מתקנטר באותה סיטואציה. המבחן נוסף מסיבות מוסריות- כדי שלא ישתווה מצבם של חמי מזג וכאלו שלא.

כאן, הפסיקה הרחיבה את יסודות הכוונה התחילה- הכנה, החלטה להמית והיעדר קינטור.

* היילמיקאל טספאי זרנסאי (מחוזי ב"ש)- סכסוך במועדון בין הנאשם למנוח, הנאשם הלך לביתו במרחק 10 דק מהמועדון, הצטייד בסכין, חזר, נכנס למועדון והמשיך להתווכח עם המנוח. בעל המועדון הוציאם החוצה ומחוץ למועדון דקר הנאשם את המנוח שמונה דקירות עמוקות. המנוח נמלט לגרם מדרגות סמוך והתמוטט. מצד אחד, ישנם כאן אלמנטים המעידים על שקילה ותכנון ומנגד ישנם אלמנטים שלא מעידים על כך. *ביהמ"ש קבע כאן כי התכנון אשר דנים עליו בס' זה אינו חייב להיות תכנון מדוקדק, אלא יש לראות כי מבחינה מוסרית הייתה לו את האפשרות לקבל את ההחלטה המושכלת האם לגרום למוות או לא.* השהות מהרגע שהוא עזב את המועדון ועד שחזר, מעידה על כך. ביהמ"ש הרשיע אותו ברצח.
1. **"המעשה נעשה במטרה לאפשר ביצוע עבירה אחרת, או להקל את ביצועה, או במטרה להסתיר ביצועה של עבירה אחרת, או לאפשר הימלטות מן הדין, לאחר ביצוע העבירה האחרת. לעניין זה, "עבירה אחרת" – עבירה שעונשה שבע שנות מאסר או יותר".** תחליף לנסיבות (3) (4) לסעיף 300(א) לפני התיקון. בעבר לא היה בניסוח דרישה לקש"ס בין העבירה לבין גרימת המוות, כאן הניסוח מעיד על קשר סיבתי של מטרה ביניהם. הכנסת הכניסה דרישה כי העבירה האחרת תהיה עבירה של 7 שנות מאסר או יותר. ניתן לטעון כי דווקא, כאשר העניין מתרחש בעבירות פחותות יותר, זה מראה על עוצמת ניכור רבה יותר לערך חיי האדם, אך עמדה זו לא התקבלה.
* דאהר וזעתארה (מחוזי נצרת)- תיק ניסיון שוד שהסתבך. הנאשמים חברו יחד לאדם שלישי לבצע שוד בדירה בה מתבצעים הימורים. דאהר והאחר הצטיידו בסכינים והיו רעולי פנים. תפקידו של זעתארה היה להסיע את השותפים לשוד, לאחר שהסתיר את לוחיות הזיהוי ברכב וחלקו בשלל היה אמור לעמוד על 20%. לאחר הכניסה לדירה, דקר דאהר את אחד המשתתפים בידו והאחר דקר את המנוח בגבו, השניים נמלטו מהדירה ללא ביצוע השוד. נשאלו כאן שאלות קשות של אחריות כלפי גרימת המוות- אדישות או רשלנות? מדגים את הקושי ליישם את הנסיבות במקרים הקונרטיים.
1. "הקורבן היה עד במשפט פלילי או היה צפוי למסור עדות במשפט פלילי או שופט במשפט פלילי והמעשה נעשה במטרה למנוע או להכשיל חקירה או הליך משפטי"
2. "המעשה נעשה מתוך מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור, כאמור בסעיף 144ו"
3. **"המעשה נעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור".** נסיבה זו עוררה פולמוס רציני. הרקע ליצירת הנסיבה הוא רצח במשפחה שנעשה כפעולה עונשית. יכול להתאים גם למשטרת צניעות או ארגון פשיעה אשר רוצח מודיע מתוך הארגון להעברת מסר.
4. **"הקורבן הוא בן-זוגו והמעשה נעשה לאחר התעללות שיטתית או מתמשכת בו, גופנית או נפשית**". נוספה ע"י הכנסת. ח"כ גרמן דרשה שיהיה מדובר ברצח על רקע מגדרי, אך עמדה זו לא התקבלה.
5. **"המעשה נעשה באכזריות מיוחדת או תוך התעללות גופנית או נפשית בקורבן**". וגנר מציעה מבחן של גרימת סבל עודף לקורבן.
* אונס ורצח
* חטיפה ורצח
* המתנה בהצתה – רצח האחות טובה קררו (מחוזי ת"א).
* רצח במכות ובסקילה.
* רצח המנוחה במיטתה לנגד עיני הילדים.
* ריבוי דקירות.
1. "הקורבן הוא חסר ישע, קטין שטרם מלאו לו 14 שנים או קטין שעובר העבירה אחראי עליו...".
2. "המעשה בוצע תוך יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחר נוסף על הקורבן".
3. "המעשה הוא מעשה טרור..".
4. "המעשה בוצע במסגרת פעילותו של ארגון פשיעה/ טרור ולשם מטרות הארגון..".
* **המתה בנסיבות של אחריות מופחתת-** 301ב.

**מעבר מענישה מופחתת לאחריות מופחתת**, **תיוג יותר נכון של המעשה ועונש הולם.** **אחד מהחידושים המרכזיים של הרפורמה.** **כוללת חמש נסיבות**. על אחת מהן העונש הוא 15 שנה ועל היתר 20 שנה. 3 מהנסיבות היו פעם בס' 300א.

* **מצוקה נפשית קשה עקב התעללות-**

 אין כאן שינוי נוסח מ300א, אך שינוי הענישה והתיוג רב (15 שנים במקום מאסר עולם במקור). הגנה עצמית מורחבת עדיין לא אומצה.

* **קינטור**

**בדין הישן כדי להוכיח כוונה תחילה, התביעה הייתה צריכה להוכיח שהמעשה נעשה ללא קינטור ושגם האדם הסביר לא היה חש בקינטור.** יסוד שלילי, נטל על התביעה, הנאשם פעל "בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות בהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו".

* **הצדקות**: (1) התחשבות בחולשת הטבע האנושי. (2) אדם שמגיב באופן ספונטני, במצב של זעם עז הנובע מהתגרות, עלול להתקשות מאוד לשקול את התוצאה המוסרית של מעשיו.
* מבחן נורמטיבי
* ממד נורמטיבי גם בהתגרות
* **ביקורת**: מקרה אזואלוס- אדם נוסע ברכב עם נשק, מחפש את בת-זוגו, מוצא אותה ברכבה של השכן ואלו התנשקו מולה בכוונה. שלף את האקדח וירה בשניהם. ברק, בפס"ד שנוי במחלוקת קובע כי גם האדם הסביר היה מתקנטר. פס"ד זה נהפך מאז ונקבע כי בגידה איננה קינטור, אך הוא הדגים את בעייתיות המבחן הסביר- נותן לגיטימציה למעשה. הרפורמה ניסתה להחזיר את הקנטור לממדיו הנכונים.

**הקינטור לאחר הרפורמה -** מה מאפיין אותו? **קרבה גדולה לסייג השליטה והעדר השליטה**, התגרות ומבחן נורמטיבי שהולך בכיוון הרפורמה (מבחן לפיו יש בקושי האמור כדי למתן את אשמתו). מבחן האדם הסביר נזנח, וי**שנם 3 מבחנים בקינטור:**

1. מבחן ההתגרות בעל מימד אובייקטיבי.
2. המבחן הסובייקטיבי- האדם היה קרוב לאיבוד שליטה.
3. המבחן הנורמטיבי- יש בקושי כדי למתן את אשמתו. לפני כן- המבחן היה תוצאה של פסיקה. המבחן הנ"ל עדיין משאיר שק"ד רב לביהמ"ש.

קינטור מצטבר – פס"ד היילו (הרג את האנס שלו)- במפגש בו היילו הרג את האנס, לא היה אונס, אך ביהמ"ש קבע כי מדובר בקינטור בשל הקינטור המצטבר. לביהמ"ש היה קשה לתייג את היילו כרוצח. הורשע בהריגה. מבחן זה אינו קיים לאחר הרפורמה.

* **הפרעה נפשית חמורה**

אין שינוי נוסח מס' 300א. לבתי המשפט ולמשפחות הנרצחים קשה לקבל זאת. גם במקרים בהם הדבר נקבע בביהמ"ש- נגזרו עונשים חמורים. בעקבות הוראות המעבר של הרפורמה, נוצר מצב בו אסירים שקיבלו עונש גבוה מהמרבי- זוכים למעין הקלה. למשל, סוהר שסבל ממחלת נפש ורצח את אשתו בעריפת ראש נידון ל30 שנה. לאחר הרפורמה, המשמעות שעונשו יעמוד על 20 שנה- זוהי הקלה משמעותית (והמקרה הקיצוני ביותר). זה עורר כעס וביקורת ממשפחת הקורבן ומארגון משפחות נרצחים ונרצחות. הארגון הגיש בג"צ כנגד הוראות המעבר של הרפורמה והעתירה נדחתה. ביהמ"ש קבע כי הרפורמה מיישמת סעיפים כלליים שנמצאים בחוק העונשין (ס' 5ב).

* **סטייה מסייגים לאחריות פלילית- סטייה מועטה מהגנות:**

סטייה מועטה מסייגי הצורך, הכורח או ההגנה העצמית. לפני הרפורמה הייתה דרישה לסטייה מתחום הסבירות, הנוסח שונה מעט לתחום הסבירות לפי ס' 34טז. הנסיבה הזו לא נקבעה מעולם.

* **חזקות של אדישות**

חלק שלא היה בסעיף 300א הקודם והתווסף בעקבות הרפורמה. מדוע? המחוקק קבע פיקציות של אדישות- למשל, אם לנאשם היה יסוד נפשי שהוא לא אדישות, החוק מייחס לו יסוד נפשי של אדישות, גם כאשר זו רשלנות. אלו מקרים נדירים, אך הנסיבה נקבעה על מנת שאותו אדם לא יכנס לעבירת הרצח הבסיסית. שלושה מצבים נכנסים לכאן:

1. עבירה שונה נוספת. קבוצת אנשים מבצעת עבירה יחד. אחד מפתיע ומבצע עבירה נוספת שלא תוכננה (רצח), אך אדם מן היישוב היה יכול לחזות אותה. במצב שכזה- שאר הקבוצה רשלנים, לא ראוי להרשיעם בעבירת הרצח הבסיסית- לכן ייחסו להם אדישות בלבד, במקום בו אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשייתה. ע"פ דהן- תיק אונס בהרי אילת של תיירת- חלק החזיקו בתיירת וחלק אנסו אותה. אחד מהאנשים זרק אבן על ראשה במטרה לגרום למותה. התעוררה שאלה, באיזו אחריות יישאו השאר שאנסו, על אף שלא ידעו על כוונתו של זורק האבן לגרום לתוצאה? ביהמ"ש קבע כי אדם מן הישוב לא היה צופה את ההתנהגות הזו, לכן לא ניתן להרשיע אותם בעבירת חבלה חמורה בנסיבות חמורות אלא בעבירת האונס. לא ניתן לייחס להם את העבירה הנוספת.
2. שכרות: אדם עושה עברה במצב של שכרות, נכנס אל המצב מדעת- למשל אדם רוצה לרצוח את אשתו ומחליט להשתכר על מנת שיהיה לו קל יותר לעשות כן- לא ייחסו לו אדישות. במקרה בו אדם שותה עם חבריו, עולה על ההגה והורג אדם- ייחסו לו אדישות. בשל רמת השכרות הגבוהה, הוא לא מצליח לגבש מודעות, לכן ייחסו לו יסוד נפשי של אדישות.
3. כניסה למצב בהתנהגות פסולה.
* **המתה בקלות דעת-** 301ג.מאסר 12 שנים.

הייתה מחלוקת בנוגע לענישה. בכנסת רצו להחמיר את העונש, אך לבסוף קיבלו את ההצעה הממשלתית. קל הדעת הוא אדם שבהתנהגותו יוצר סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה, צופה אותה ומקווה שהיא לא תתרחש.

דוגמאות לקלות דעת:

1. נהיגה מסוכנת- למשל אדם שחושב שיספיק לבצע את העקיפה.

קלות דעת או אדישות? ע"פ כאמל דיאב- נדון לפני הרפורמה, הערעור הגיעה לעליון לאחר הרפורמה. נהג סמיטריילר חצה צומת בניגוד לרמזור אדום, היה תחת השפעת סמים. התנגש במכונית פרטית שחצתה את הצומת- נהרגו 3 נוסעים ברכב הפרטי. ביהמ"ש קבע לפני הרפורמה כי הוא היה אדיש לחיי הנוסעים. לאחר הרפורמה, בערעור, הנאשם טען כי יש להאשימו בהמתה בקלות דעת. ערעורו נדחה, נקבע כי במקרה זה הוא היה אדיש, ככה'נ מהצטברות האלמנטים.

1. משחק בנשק.
2. קריסות מבנים- בניה בחומרים בלתי מתאימים, קלות הדעת של המתכנן/ הבונה- לקח סיכון בלתי סביר כדי שהאפשרות הקטלנית לא תתממש.
3. מסיעי מחבלים
4. אסון צפית.
* **גרימת מוות ברשלנות-** 304. מאסר שלוש שנים.

***פרק 5- צורות נגזרות של אחריות פלילית-***

**עד כה, דיברנו על סיטואציות בהם מטילים אחריות על נאשם, כאשר מתקיימים כל רכיבי היסוד העובדתי וכל רכיבי היסוד הנפשי בעבירה.** בפרק הזה, ננגוס במנטרה זו והיא תהפוך לפחות גורפת. **המנטרה נכונה ככלל – למצב בו אדם מבצע עבירה מושלמת ומייחסים לו את האחריות לעבירה. אבל, החוק הפלילי מכיר גם במקרים חריגים, בהם אדם עדיין ישא באחריות פלילית, על אף שלא קיים את כל היסוד העובדתי/ הנפשי במלואם. שני פרקים עיקריים-**

* הניסיון: צורה שנגזרת מתוך העבירה השלמה. אדם מתחיל לקיים את היסוד העובדתי אך לא משלים אותו.
* הצדדים לעבירה: הנאשם חובר לאנשים נוספים, יחד הם פועלים לביצוע העבירה. יתכן ומעשי האדם עצמו כלל לא יכסו את היסוד העובדתי בעבירה ובכל זאת החוק מאפשר לראות בו צד לביצוע אותה עבירה (משדל/ מסייע/ מבצע בצוותא).

**החריגים הללו מורידים את רף הכניסה לעולם הפלילי נמוך יותר ומאפשרות להפליל גם את מי שלא ביצע את היסוד העובדתי/ הנפשי בעבירה בשלמותו.**

1. **עבירות הכנה והניסיון הפלילי**

ס' 25-28 עוסקים בניסיון.

**דוגמאות:**

1. אדם מסתתר מאחורי שיח ומכוון את אקדחו לעבר קורבן פוטנציאלי ויורה. ברגע האחרון הקורבן זז והכדור מחטיא. עד כמה ניתן למזל מקום כששופטים את מוסריות של בן אדם?
2. אדם מסתתר מאחורי שיח ומכוון את אקדחו לעבר קורבן פוטנציאלי, רגע לפני היריה תופס אותו שוטר ומונע ממנו את הירי. האם יש הבדל בין המקרים?
3. אדם מסתתר מאחורי שיח ומכוון את אקדחו לעבר קורבן פוטנציאלי, רגע לפני היריה מתחרט.
4. מה קורה במידה ושוטר תפס אותו לאחר קניית הנשק?
5. מה קורה במידה והחליפו את הכדור באקדח לכדור גומי?

למעשה- מתי המשפט הפלילי יכנס ויפליל? איפה קו הגבול לפיו מספיק להפליל את המחשבות הפליליות המתחילות להפוך למעשים.

**מהם הרציונלים מאחורי 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:**

1. **שיקולי אשמה:** במרבית המקרים של ניסיון, הסיבה שבסופו של דבר אדם לא מצליח להשלים את משימתו זה עניין של מזל. אם נעריך את מעשיו רק על בסיס התוצאה של מעשיו, ניתן המון משקל למזל. **ישנו רצון להסיט את המשקל מהתוצאה אל עבר האשם המוסרי וניטרול אלמנט המזל** (MORAL LUCK). **הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי.**

תאוריה של המלומד רובין דאף- לפיו, כדי להבין זאת, יש להתייחס לניסיון כהתקפה. מי שמתחיל ביצוע- פותח התקפה על הערך המוגן. כשאדם מבצע פיגוע, אם אין נפגעים אין זה אומר שלא בוצע פיגוע. יש חסך ביסוד העובדתי, לכן ישנה דרישה ליסוד נפשי מוחמר. היסוד הנפשי הוא המרכז. זה מתבטא בכך שאדם צריך לפעול מתוך רצון/ מטרה להשלים את העבירה.

1. **שיקולי תועלת:** **האדם עצמו מסוכן ואנו רוצים להרתיע אנשים מסוכנים**. 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. למה שנמתין שהוא ינסה שוב?

**איך נכון להעניש?** להשוות את הניסיון לעונש של העבירה המושלמת, או שמא לתת משקל לכך שהתוצאה לא התקיימה (למזל המוסרי)?

* לפני התיקון- מחצית מהעונש המלא: הכלל היה שהעונש על ניסיון עומד על מחצית מהעונש בגין עבירה מושלמת מכמה שיקולים- אין נזק אמיתי, עונש זה יכול להקנות תמריץ לא להמשיך הלאה בביצוע העבירה, מתאים לניסיונות לא מוגברים- ללא השלמת כל הרכיב ההתנהגותי, כשאדם עוד יכול להתחרט. החרטה הייתה רק לקולא בעונש.
* לאחר התיקון- עונש זהה ס' 34ד: נקבע כי רוצים למזער את המשקל של המזל המוסרי ולתת יותר משקל לאשם (לכוונה שבלב). לכן, הוחלט לסגת מהגישה האנגלו-אמריקנית הקלאסית שנתנה משקל לתוצאה, והרעיון היה לעבור למשטר המשווה בין ענישת הניסיון לענישת העבירה המושלמת. **בכך, הסיתו את הדגש מהתוצאה בפועל להתנהגות ולכוונה.** עפ"י ס' 27 אם העבירה המושלמת קובעת עונש חובה/עונש מזערי, בניסיון- ביהמ"ש לא יהיה כבול לכך ויכול לחרוג מכלל העונש הזהה. בפועל, ברוב פסיקות ביהמ"ש יהיה הבדל בין מקרי ניסיון לבין עבירות מושלמות ואין להתעלם מקרות התוצאה. עפ"י ס' 34ג כשמדובר בעבירה של חטא (שהעונש שלה פחות מ3 חודשי מאסר) אין ענישה בגינה. התיקון מצד אחד החמיר את העונש אך יצר תמריץ להתחרט (ס' 28).

סעיף 34ד קובע כלל- ענישה בניסיון שווה לענישה של עבירה מושלמת. ס' 27 הוא חריג לכלל, ומאפשר לביהמ"ש לחרוג מהעונש בנורמות שבהם מוגדר עונש מזערי/חובה. הסעיף חשוב, משום שלמרות שהענישה שווה לענישת העבירה המקורית בברירת מחדל, ס' 27 מאפשר שק"ד לביהמ"ש במקרים מסוימים.

* **עבירות ניסיון לא גורעות מהטלת עונש ואחריות פלילית על עבירות מושלמות שנעשו בזמן הניסיון (לא מצליח לבצע רצח אבל מבצע תקיפה חמורה) כל עוד אין חפיפה מוחלטת.**

במחקר של רובינסון ודארלי, השניים בדקו מה אנשים חושבים שהעונש המתאימים על עבירות מסוימות. בנוגע לניסיון (לקחו דוג' של הצתה) האנשים חשבו באופן גורף כי העונש של המנסה צריך להיות פחות ממחצית מהעבירה השלמה.

 במאמר של יורם שחר, הוא מדבר על שני סוגים של תפיסות מוסריות- המוסר הילדי מול המוסר הבוגר- ככל שאנשים צעירים יותר הם מייחסים יותר משמעות לתוצאות וככל שמתבגרים, אנשים מעבירים את המשקל לכיוון של כוונה. על כן, תיקון 39 ביגר את החוק שלו- נטש את התפיסה הילדית ואימץ את התפיסה של המוסר הבוגר- להסתכל גם על הפוטנציאל ולא רק על מה קרה.

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



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

**ככלל- מעשי הכנה אינם ענישים. מדוע?** (מאמר של מירי גור-אריה)

* ההנחה היא שמעשים מוקדמים כאלה עדיין אינם מסוכנים כשלעצמם. כיון שנפרדים מעצם ביצוע העבירה, הם לא יוצרים איום ממשי על הערך המוגן. כמו כן, הם הרבה פעמים משמשים להוצאת אגרסיות.
* חציית הפער שבין מעשי הכנה לבין הביצוע מהווה בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר. החלטה כזו הופכת את ההתנהגות של מי שניגש לבצע עבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי-חברתי שמצדיק תגובה עונשית.
* החריג: עבירות הכנה מושלמות שביצוען יגרור הפללה, כמו: ס' 472/487/497/ 499 (עבירת הקשר) לחוק העונשין. במקרים הללו ההנחה היא כי אף שמדובר בסידורים מוקדים, עצם ההצטיידות בחומרים מסוכנים (כמו חומרי נפץ) כאמצעי לביצוע עבירה היא מסוכנת דיה ומצדיקה הפללה.

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

* הבחנה בין שלב ה"ניסיון" 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 ה"ניסיון" לשלב ה"הכנה":

שאלת תיחום קו הגבול בין הכנה לניסיון מחייבת להבחין בין שני סוגי ניסיון:

* **"ניסיון מושלם/ מוגמר**"- העושה ביצע את כל הפעולות התלויות בו ושנדרשות להשלמת העבירה, אך העבירה לא הושלמה מסיבה שאינה תלויה בו. דוגמה לכך- פס"ד מור יוסף: הנאשם חשב כי הוא משתמש בסם אסור על פי חוק, אך בפועל הוא לא היה אסור. ניסיון כזה, כמו במקרה מור יוסף מוגדר כ**"ניסיון בלתי צליח"-** מראש לא ניתן להצליח בו. (יפורט בהמשך, תחת ס' 26).
* **"ניסיון בלתי מושלם/ בלתי מוגמר"** – העושה לא סיים לבצע את הפעולות הנדרשות להשלמת העבירה, מרצונו או עקב נסיבות שאינן תלויות בו.

**שאלת תיחום קו הגבול בין מעשה הכנה ל"ניסיון" מתעוררת רק כשמדובר בניסיון בלתי מושלם- קו הגבול עמום ומטושטש.** רק אם הניסיונות לא מושלמים, זה אומר שהנאשם לא ביצע את כל המעשים הנדרשים ממנו.

**דוג'** - אני רוצה לבצע שוד, השלבים:

**איזה שלב מסמל את תחילת הביצוע?** יש להתחיל מהגדרת העבירה בחוק- ס' 402. עבירת השוד כוללת גניבה תוך ביצוע עבירת אלימות/ איום לבצע עבירת אלימות.

1. מקדישה חודש לסריקה ולחיפוש אחר המקום בו אבצע את השוד. בוחרת לבסוף בסטרבקס ליד הבית.
2. שבוע לפני המועד, מתצפתת על הסניף ולומדת את שיגרת יומו- תנועת הלקוחות, שעות העומס, מועד החלפת משמרות וכו'.
3. בבוקר יום השוד, יוצאת מהבית וקונה אקדח. **ניתן לטעון שזו פעולת הכנה קלאסית**.
4. חובשת פאה בלונדינית, יוצאת לעבר הסניף. **על פי מבחן החד-משמעות, ניתן לבחור בס' זה/ בס' הבא.**
5. 5 דק לפני שעת הסגירה, נכנסת לסניף כשאקדח בכיסי. **על פי מבחן הקרבה להשלמה, ניתן לבחור בסעיף זה או בסעיף ו.**
6. ניגשת לקופאית, שולפת אקדח ומגישה פתק המכריז כי מדובר בשוד.
7. הקופאית מרוקנת את הקופה ומעבירה את הכסף לידי. **שלב זה קרוב מאוד לביצוע העבירה המושלמת.**

כבר במאמרה של מירי גור-אריה קראנו כי קשה להבחין בין שלב ההכנה לניסיון בכל עבירה ועבירה. במאמר, ניתנת דוגמה לאדם המוהל יין ברעל- הדבר ישתנה, אם אותו הנאשם מאחסן את היין במזווה והוא מתכוון להגיש לקורבן המיועד את הרעל, זהו מעשה הכנה קלאסי. אם הבקבוק מונח במזווה על מנת שהקורבן יוציא את הבקבוק וישתה לבדו, זהו מעשה ניסיון, יתכן שאף ניסיון מושלם.

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

1. **מבחן המעשה האחרון:** פעולה שביצע אדם נכנסת לגדר ניסיון רק כאשר עשה את המעשה האחרון הנדרש מצידו לפני ביצוע העבירה המושלמת. משמעות המבחן: הארכת שלב ההכנה וצמצום מתחם הניסיון, כך שייכלל בו רק ניסיון מושלם.משיקולי מדיניות מבחן זה נדחה- תחושה שמקלים עם אנשים שהיו קרובים להשלמת הרכיב ההתנהגותי.
2. **מבחן הקרבה להשלמה:** דורש כי תהליך ביצוע העבירה התקרב קרבה מספקת ומוחשית להשלמת העבירה. בודקים מהסוף להתחלה. נקודת המוצא היא העבירה המושלמת, וממנה בודקים אחורנית את כמות ואיכות הפעולות שנותרו לשם השלמתה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקה הישראלית. מנגד, מבחן הקרבה הגרמני לא בודק כמה התנהגות הנאשם קרובה להשלמת העבירה אלא כמה התנהגות הנאשם קרובה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה. מבחן זה מרחיב את מתחם הניסיון.
3. **מבחן החד-משמעות:** מבחן שהתפתח במשפט המקובל שאומץ בפסיקה הישראלית. אוזכר בפס"ד ברואיר. לפי המבחן, ההתנהגות נכללת בגדר ניסיון במקום בו החל המבצע בביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונתו. ניסיון עשוי להיות גם הפעולה הראשונה בתנאי שמדובר במעשה גלוי שמלמד על כוונת העושה לבצע את העבירה. פלר מדמה את המבחן ל"סרט אילם" הניסיון יתחיל בשלב בו יהיה ברור לצופה, חד-משמעית, כי העושה בסרט מתכוון לבצע עבירה.
4. **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 בתחילת השרשרת). ככל שהמבצע הספיק יותר וככל שישנה זיקה הדוקה יותר בין הפעולות- כך תתחזק הקביעה כי החל בביצוע. מעט דומה למבחן הקרבה הגרמני (ס' 2 בסוף).

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

**פס"ד סריס-** ניסיון לאונס- המערערת חזרה לביתה בדרך עפר, המערער הבחין בה, גרר אותה לסלעים בצידי הדרך. היא ניסתה להשתחרר. התקרבה מכונית והנאשם ברח בטרם ביצע מעשה אינטימי כלשהו. סריס טען כי הוא היה רחוק מהשלמת העבירה ולכן לא ניתן להאשימו באונס. בין המאבק שהתפתח לבעילה יש מרחק רב. **ברק מנתח את המקרה לפי מבחן תחילת הביצוע- לא צריך שהחוליה ההתנהגותית תהיה המעשה האחרון/ הסופי / המכריע. מספיק לאתר התנהגות שבמידה והיא תמשיך מגיעים למימוש היסוד העובדתי בעבירה, ניתן לומר כי נכנסנו למתחם הניסיון**. יש דרישה לתנועה לעבר ביצוע. מפרט גם על **היסוד הנפשי של עבירת ניסיון- היסוד הנפשי הנדרש בעבירה עצמה + יסוד נפשי של מטרה להשלים את ביצוע העבירה.**

**בפס"ד ברויאר-** ניסיון לשוד בנק דואר. הגיע מספר פעמים לבנק ועזב. בפעם בה בא לבצע את השוד- נעצר ע"י המשטרה לפני כן. במחוזי זיכו אותו מעבירת הניסיון, נקבע כי מעשיו היו בגדר הכנה. השתמשו במבחן הקרבה להשלמת הביצוע אל מול מבחן החד-משמעות. **לוי** בחר במבחן החד-משמעות, המרחיב יותר והרשיע אותו בעבירת השוד.

**טיב ההתנהגות- סוגיית הניסיון הבלתי-צליח:**

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

* **ניסיון צליח-** מצב בו השלמת העבירה יכולה הייתה להצליח אך נכשלה. 3 מצבים:
* "הניסיון שלא הצליח"- העושה ביצע את כל הפעולות הנדרשות מצידו להשלמת העבירה, אך נכשל בגלל ביצוע כושל שנובע מהתנהגותו.
* לפני שהספיק להשלים את העבירה התחרט העושה ונסוג מהביצוע.
* ניסיון שסוכל ע"י גורם חיצוני לעבריין שמנע/ הפריע/ הפסיק את ביצועה.
* **ניסיון בלתי צליח**- מצב בו הביצוע נועד לכישלון מראש מחמת חוסר אפשרות אובייקטיבית להשלים את העבירה. (פס"ד מור-יוסף).

**פס"ד מור-יוסף:** חייל עישן "נייס גאי" מתוך אמונה שמדובר בסם בלתי חוקי. החומר אותו עישן החייל לא אותר, ובזמן האירוע חלק מהתרכובות הנושאות את השם לא נאסרו בפקודת הסמים המסוכנים. לכן, לא הוכח שהחומר אותו עישן החייק היה בלתי חוקי. האם ניתן להרשיעו בגין ניסיון בלתי צליח? **השופטת נאור** קובעת כי מדובר בטעות במצב משפטי, לא ניתן להרשיעו על כך.

דוגמאות:

1. אורי יורה בגופה מתוך כוונה לרצוח אדם. זהו חוסר צליחות **עובדתית** הנובע מהעדר נסיבה הרלוונטית להגדרת העבירה.
2. אורן מנסה להמית אדם באמצעות אקדח מקולקל (שחשב 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.

\*\* הטעות במצב הדברים מונעת את השלמת העבירה. זהו ניסיון בלתי-צליח. מהו ההבדל בין זה לבין ניסיון מוגמר? ניסיון מוגמר עוסק במקרים בהם העושה עשה את כל התלוי בו להשלמת העבירה. בדוגמה 3, אם יואב לא היה מספיק לשים את הרעל- היה זה ניסיון בלתי צליח ובלתי מושלם (יכול להיות שזו תהיה עדיין הכנה). עפ"י פס"ד מור-יוסף, **ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית אינו בר הרשעה, שכן אין זה תואם את עיקרון החוקיות. ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית הוא בר הרשעה, שכן בבסיס ההרשעה אותם הרציונלים של הרשעה בגין ניסיון.** גם בפס"ד אלדד בן גיא (פדופיל שנתפס בתחקיר של ערוץ 10) מדובר בניסיון בלתי צליח ובלתי מוגמר.

**פס"ד אלדד בן-גיא:** הנאשם הורשע בעבירות של ניסיון למעשה מגונה וניסיון להטרדה מינית בעקבות תחקיר ערוץ 10, שבחן את הסכנה הטמונה לקטינים וקטינות ברשת. תחקירן ערוץ 10 התחזה לילדה בת 13 באתר תפוז, הנאשם פנה אליה וניהל עמה שיחות בעלות אופי מיני. הוא אף קבע עמה פגישה בדירה בת"א, שם שחקנית בת 18 שיחקה את הילדה, אך זו הפסיקה את המפגש. **השופט שאול שוחט** מתחשב בנסיבות האישיות של הנאשם בענישה.

ס' 26- **אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו.**

**לא משנה אם הניסיון הוא צליח/ בלתי צליח מבחינה עובדתית (טעות במצב הדברים)- מתייחסים מבחינה נורמטיבית לכל המקרים הללו כמקשה אחת (דוגמאות 1-3). מה הרציונל מאחורי זה?**

דוג';

1. נעמה מנסה להרעיל אדם באמצע' סוכר, מתוך אמונה כי בכך יהיה ניתן לגרום למות הקורבן (שאינו סוכרתי). חוסר צליחות **עובדתית** הנובע משימוש באמצעים אבסורדיים. טעותו של המנסה היא בתפיסת המציאות ולא טעות במצב הדברים. למקרים הללו הספרות קוראת- "**הניסיון האבסורדי".** שם קוד לקבוצת מקרים בהם אדם משתמש באמצעים אבסורדיים, שאדם מן הישוב היה יודע כי אין אפשרות להשלים את העבירה בנסיבות הללו. איך מתייחסים לניסיון כזה?
2. אסף מסתיר סחורה במעבר גבול כדי להשתמט מתשלום מכס, בלא יודע כי בינתיים בוטל המכס על סחורה זו. חוסר צליחות **משפטית**. העושה סבור שמבצע דבר אסור, אך הלכה למעשה אין כל איסור לעשות כן ("עבירה מדומה").

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

* לפי התפיסה האובייקטיבית: האחריות בגין הניסיון מוטלת בשל הסכנה הטמונה בהתנהגות. היסוד העובדתי חייב לבטא סכנה של גרימת נזק. לפי גישה זו, לא נפליל בגין הניסיון האבסורדי למשל. המשפט המקובל מזוהה עם גישה זו.
* לפי התפיסה הסובייקטיבית: האחריות בגין ניסיון מוטלת בגין מסוכנות העושה, הנובעת מהנחישות לבצעה.
* שלוש הדוג' הראשונות מאופיינות בחוסר יכולת עובדתית להשלים את העבירה-> שיטות משפט מסכימות כי מקרים אלה מצדיקים הפללה.
* הדוגמה הרביעית (עבירה אבסורדית) -> שנויה במחלוקת.
* הדוגמא החמישית מאופיינת בחוסר אפשרות חוקית להשלים את העבירה. שיטות משפט מסכימות כי במקרה זה אין הצדקה להפללה. **אדם ייתן את הדין רק אם הערך שהחוק מגן עליו הוא ערך חברתי מוגן.**

**יסוד נפשי בדוקטרינת הניסיון:**

שחר אלדר במאמרו מעביר ביקורת על כך שדוקטרינת הניסיון רחבה מאוד וכוללת מגוון רחב של אירועים- זוהי הרחבה ענקית של תחום האחריות הפלילית. היא משתמשת במילה "ניסיון" כדי לקבוצות שונות של מקרים ומעוניינת להתייחס אליהם באופן זהה. איך הדוקטרינה מנסה לרכך את הבעיה? בס' 25 יש דרישה ליסוד נפשי מוחמר במיוחד- כוונה להשלים את העבירה.

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

**היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בניסיון** לבצע עבירה 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 הרציונאל לדרישת המטרה המתווספת לדרישת היסוד הנפשי הקבוע בעבירה? לפי תפיסה מקובלת דרישת המטרה נועדה "לפצות" את החסר הקיים במישור העובדתי.

* ביקורת מחשבתית- האם יסוד עובדתי ויסוד נפשי יכולים לקזז זה את זה? הם שונים בתכלית. שחר אלדר במאמרו מבקר את העמדה לפיה עודף היסוד הנפשי ממלא את החסר ביסוד העובדתי. דוגמת עוגה- יש מתכון מסוים, צריך 2 כוסות קמח וכוס סוכר אך יש לי רק כוס קמח אחת. האם אפשר לפצות על החוסר הקמח בעודף סוכר? בנוסף, כשהעבירה המושלמת היא עבירת מטרה- הדרישה הייחודית למטרה אינה מסייעת.

**פס"ד קובקוב-** דוגמה ליישום של דרישת היסוד הנפשי של מטרה. בקובקוב דובר על הפיגוע בדולפינריום שהיה בזמנו, קובקוב רצה לבצע פעולת תגמול שמטרתה לפגוע באזרחים ערבים עם בקתב (בקבוק תבערה), יוצא לכיוון מסגד, ראה הרבה שוטרים ועזב את המקום. לבסוף, נעצר ע"י המשטרה. לטענתו, לא גיבש את הכוונה להשלים את העבירה, לא הייתה לו תוכנית קונקרטית מה לעשות עם בקבוקי התבערה. לכן, לא ניתן לקבוע כי יש לו רצון להשלים עבירה מסוימת. **בייניש** קיבלה את טענתו. קשה לקבוע כי גיבש את הכוונה באופן מוגמר. הוא זוכה מהאישומים בגין ניסיון לחבלה חמורה/ הצתה והורשע רק בעבירת "הכנת חומר מסוכן".

**תחולת הלכות כלליות: האם הלכת הצפיות יכולה לחול על דרישת המטרה של היסוד הנפשי בניסיון? הפסיקה קובעת שכן. אם מוכיחים צפייה ודאית, הדבר יספיק גם אם לא מצליחים להוכיח רצון נטו.**

**פטור עקב חרטה:**

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

נטל ההוכחה על הנאשם עצמו.

לפני תיקון 39- חרטת המנסה הוכרה רק כנסיבה היכולה לתרום להקל בעונש. כיום, בעקבות התיקון- בהתמלא תנאי סעיף 28, המנסה פטור מאחריות פלילית. יש לזכור כי לפני התיקון, העונש על הניסיון היה מחצית מהעונש על העבירה המושלמת ותיקון 39 השווה את העונש לעונשה של העבירה המושלמת. משמע- החמירו בעונש על עבירת ניסיון, אך נותנים אופציה לקבלת פטור. מתן הפטור עקב חרטה, יוצר תמריץ לחזור ממעשיהם.

**השיקולים העומדים ביסודו של מתן הפטור:**

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

**"אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה.."- מהו הלך הנפש הנדרש לצורך חרטה לפי סעיף 28?**

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

1. **המנסה חדל ממעשיו מחפץ נפשו בלבד-** חוזר בו מרצונו ולא עקב לחץ של גורם חיצוני אחר.
2. **המניע לכך הוא חרטה**. מהי אותה חרטה?
* גישת פס"ד מצרוואה: נדרשת חרטה אתית. מדובר ב"בעל תשובה" ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות. גישה זו רווחת בפסיקה שלאחר התיקון. נדרשת חרטה פנימית, מוסרית, המעידה על שינוי משמעותי שהנאשם עבר.

**פס"ד מצרוואה:** הנאשם ניסה לאנוס מתלוננת, ספורטאית, שיצאה מהרכב והכתה אותו עד שעזב את המקום. הנאשם טען כי התחרט. ביהמ"ש לא מקבל את הטענה- אי השלמת העבירה לא באה מחפץ נפשו.

* גישת **פס"ד נחושתן**: יש לבכר כל סוג של חרטה שתצמיח בפועל תוצאות אופטימליות ושתביא לסיכול העבירה. גישה זו מקובלת במשפט האירופאי.
* בשנת 2015, **פס"ד פלוני-** האב מנסה להרוג את בתו בחניקה. התחרט לאחר שחשב שאיבדה את ההכרה ומזמין אמבולנס. ביהמ"ש מחזיר את הלכת נחושתן וקובע כי מספיק שהאדם עצמו חזר בו מביצוע העבירה. **ביהמ"ש מבהיר כי רוצים ליצר תמריץ להפסיק את כלל העבירות, לכן יש לפרש את ס' 28 בצורה רחבה יותר ולהעניק את הפטור גם למי שמתחרט מסיבות אחרות.** **זו אימרת אוביטר שנועדה לשנות הלכה בעתיד, לבסוף הפטור לא מתקבל בשל ניתוח היסוד העובדתי במקרה**.
* **שורה תחתונה: ההלכה לפי פס"ד מצראווה. נדרשת חרטה אתית.**
* **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 מהשלמת המעשה**.
2. **אם מדובר בניסיון מושלם- נדרש הנאשם לתרום "תרומה של ממש למניעת התוצאות בהן מותנית השלמת העבירה".** מהי "תרומה של ממש"? האם תרומתו של הנאשם צריכה בפועל למנוע את השלמת העבירה, או שדי בכך שהיא תהא בעלת פוטנציאל למנוע את העבירה? הדעות חלוקות. ג'בראן אמר כי לא צריך להראות שהיא בפועל מנעה, אלא שמדובר במעשה שהיה בעל פוטנציאל של מניעה. כך הקל עם פרשנות הפטור.

**עבירות ניסיון עצמאיות:**

בחלקו הספציפי של חוק העונשין פזורות עבירות ניסיון עצמאיות המוגדרות כעבירות ספציפיות (קיומן אינו נגזר מקיומה של עבירה מושלמת+הלבשת דוקטרינת הניסיון שבס' 25). דוג'- ס' 329(א)(2); 294(ר); 403.

1. למה יש עבירות כאלו כאשר ניתן לקחת את העבירה השלמה ולהלביש עליה את דוקטרינת הנסיון? בעבר העונש על ניסיון היה מחצית מעונש העבירה המושלמת. המחוקק האנגלי חשב כי יש עבירות ספציפיות שיש להענישן בחומרה יותר. בתיקון 39 הושווה העונש- לכן, כעת יוצא לעיתים שהעבירות הספציפיות יותר מקלות והמטרה לא מתקיימת. חייבים ללכת לפי העבירה הספציפית- דין ספציפי גובר על דין כללי.
2. איך מתייחסים אליהן? הפסיקה קבעה כי מחילים את דיני הניסיון הכלליים, גם על העבירות הספציפיות/ עצמאיות.
3. **צדדים לעבירה:**

**הפרק עוסק במקרים בהם מייחסים אחריות פלילית גם לאנשים שלא ביצעו בעצמם את העבירה העיקרית. הם היו צד לה אך לא ביצעו בעצמם.**

* היכן הדמיון לניסיון? גם פה, אחריות השותפים היא נגזרת מביצוע עבירה מסוימת, ע"י מבצע עיקרי. אין עבירת סיוע או שידול כללית- ישנה סיוע לגניבה/ לפריצה/ לשוד או שידול לפריצה/ אינוס. מלבישים את הצדדים לעבירה על עבירה מסוימת. צורות נגזרות של אחריות שלא עומדות בפני עצמן אלא מתלבשות על עבירה עיקרית מסוימת.

**מה מייחד את הפרק? הרחבת האחריות הפלילית על שותפים לעבירה.**

**מהם הרציונלים להרחבת האחריות הפלילית על שותפים לעבירה**?

* **רציונל מרכזי (תועלתני) נשען על הסיכון המוגבר הטמון בביצוע משותף, בהשוואה לסיכון הטמון בביצוע בידי יחיד:**
1. **ביצוע משותף שולל מכל שותף את השליטה הבלעדית על דרך הביצוע ועל השתלשלות העניינים ובכך מעצים הסיכון לחברה**: מספר המעורבים הרב מגביר סיכון להתקלות עם גורמים בלתי רצויים 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 לתוכנית העבריינית ולחלקו בה (לחץ חברתי), לעומת ביצוע ביחידות, המאפשר חרטה בכל עת.
* **רציונל הנשען על שיקולי אשם (גמול):**

בספרות הפילוסופית של המשפט הפלילי מוצעים בסיסים תאורטיים אפשריים, המצדיקים להפליל סוגי שותפים שונים מנק' מבט גמולית:

1. **רציונל סיבתי**- תרומתו הסיבתית של השותף לביצוע העבירה.
2. **רציונל של יצירת סיכון-** השותף תרם בהתנהגותו להגברת ההסתברות כי תבוצע העבירה (אף אם בפועל לא תרם לה סיבתית).
3. **רציונל הסכמה והזדהות עם הפגיעה בערך המוגן-** השותף הפגין בהתנהגותו נכונות לפגוע בערך המוגן.

**אופייה הנגזר של אחריות השותפים:**

ממה גוזרים את אחריות המשדל והמסייע? **שתי גישות להתבוננות על אופייה הנגזר של אחריות שותפים עקיפים** (כמשדל ומסייע):

1. **אחריות השותף נגזרת מאחריות המבצע העיקרי**. משה מבצע את עבירת ההתפרצות, יוסי נותן למשה כלי התפרצות- יוסי יישא באחריות לסיוע. **הגישה של פלר שאומצה במשפט הישראלי.** אחריות השותף נגזרת לעולם מהמבצע העיקרי.
2. **אחריות השותף נגזרת מעצם ביצוע העבירה ולאו דווקא מאחריותו של מבצעה**. האחריות נובעת מקיומו של המעשה הפסול. הגישה שנכונה יותר לדעת הדר, מאומצת במשפט הגרמני.

הנפקות בין הגישות יכולה להתעורר במקרים בהם המבצע העיקרי ביצע את יסודות העבירה אך לא נושא באחריות פלילית מחמת סייג העומד לו (למשל, טעות במצב דברים)- לפי גישה 1, שותפו לא ישא באחריות ולפי גישה 2 כן.

**המסייע**:

* **מיהו המסייע?**

**ס' 31 לחוק העונשין- "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה- הוא מסייע".**

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

1. עקיפה- המסייע אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי.
2. משנית- המסייע מהווה שותף זוטר למבצע העיקרי.

**תנאי מקדמי להטלת אחריות בגין סיוע לעבירה הוא תחילת ביצוע של עבירה ע"י העבריין העיקרי. משמע, העבריין העיקרי צריך לבצע לפחות ניסיון של אותה עבירה.**

1. אורי ביצע שוד -> אני אורשע בסיוע לשוד.
2. אורי ביצע ניסיון שוד -> אני אורשע בסיוע לניסיון שוד.
3. אורי ביצע רק מעשי הכנה לקראת ביצוע שוד -> לא אורשע כלל. לא התקיים התנאי המקדמי לפיו "נעברה עבירה". לשים לב- למרות שבמקרה האחרון עשיתי מצידי את המעשה האחרון הדרוש להשלמת סיוע לשוד- לא אורשע ב"ניסיון סיוע לשוד". **הדין בישראל קובע כי ניסיון לסיוע אינו עניש.**
* **מה צריך להיות טיב ההתנהגות שעולה לכדי סיוע? היסוד העובדתי**

ס' 31 נוקב בהגדרה כללית: "עשה מעשה...". מהו היחס שבין ההתנהגות המסייעת לבין ביצוע העבירה העיקרית? **אין הכרח שיתקיים קש"ס בין התנהגות המסייע לבין ביצוע העבירה**- **די** **בהתנהגות בעלת פוטנציאל לסייע,** אף אם בפועל לא תרמה תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה.

בהצעת תיקון 39, הנוסח שהוצע לסעיף: "עשיית מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע.." הושמטו בטעות המילים "שהיה בו".

יצר בעייתיות- הבנת "כדי" כיסוד נפשי של מטרה דבר המשאיר את תיאור המעשה מאוד כללי. בפועל, המילה כדי באה לתאר את הפוטנציאל הטמון במעשה- לצמצום המעשים שיכולים להיכנס לעבירת הסיוע. לכן, הפסיקה באה ופעלה לפי תכלית החוק וההצעה המקורית והבהירה כי **לא מדובר בכל מעשה אלא רק במעשים שיש בהם פוטנציאל לסייע-** כמו מתן אינפורמציה, מתן דברים מסייעים (כלי נשק), עצות/ המלצות. **הפסיקה כוללת גם סיוע רוחני-** תרומה המעודדת/ מחזקת את רוחו של המבצע, רוח גבית.

אז מה ההבדל מול שידול? ההבדל הוא שבאותם מקרים בהם המבצע העיקרי כבר החליט לבצע את העבירה, העידוד וחיזוק הרוח שלו יהיו רק סיוע. במקרים בהם המבצע העיקרי טרם החליט לבצע את העבירה והעידוד הוא הנוטע באדם את ההחלטה לבצע את העבירה- זה השידול. ההבדל הוא מצב המשודל/ המבצע העיקרי. **בסיוע רוחני אין צורך להוכיח קש"ס ואילו בשידול כן**.

**פס"ד פלונית**: פלונית תמכה בהחלטת חברה לרצוח את המדריך שלו בפנימייה. פסק הדין מגולל את הסיוע הלוגיסטי שהיא נתנה למבצע. היא נתנה לו אמצעים שהוא משתמש בהם לביצוע העבירה, למשל: גייסה כסף, כיוונה את השעון המעורר, הלכה עמו לקנות את הסכין, משלמת בפועל, נותנת המלצות או עצות איך לשסף את גרונו של הקורבן בצורה הכי יעילה, עוזרת לו למצוא תירוץ להיכנס לחדר של המדריך לפנות בוקר. היא מבצעת כל מיני התנהגויות שתורמות ליצירת תנאים שהקלו על הביצוע. **ברק** **משנה בפס"ד זה את הלכת פוליאקוב בנוגע ליסוד הנפשי-** הוא מוסיף למודעות, יסוד נפשי של מטרה לסייע למבצע העיקרי. במקרה זה, ערעורה של פלונית נדחה והרשעתה על סיוע לרצח נשארת על כנה.

* **איך מבינים נוכחות? האם נוכחות של אדם יכולה כשלעצמה להוות התנהגות מסייעת?**

**פס"ד יוסופוב:** המערערת ניהלה קשר רומנטי עם זייד, פלסטיני מהשטחים, אשר ביצע 2 פיגועים ו2 ניסיונות פיגוע (במסעדה ובחוף הדולפינריום), תוך סיוע מהמערערת. נקודה חשובה- יוסופוב טענה שחוץ מזה שהיא רק הלכה ליד הנאשם, היא לא עשתה מעשה אקטיבי. ביהמ"ש (**ריבלין**) דחה את טענתה ואמר כי עצם הנוכחות ליד זייד שהלך וניסה להניח את המטען במקומות שונים- היא ניסתה לעזור לו להיטמע בסביבה. אדם עם בגדים חמים שהולך בים לא היה נטמע ללא בחורה לצידו.

**לעיתים אדם יכול לבצע מעשה שבנסיבות מסוימות יחשב למסייע ולעיתים למבצע בצוותא**- למשל תכנון שוד, שני אנשים מתכננים את המקרה יחדיו, עורכים כל הסידורים לפני יחד- ביום השוד, מוחלט לחלק תפקידים ע"י הטלת מטבע. אחד מבטח מבחוץ ואחד פועל בבנק. איך תסווג התנהלות המאבטחת? מאחר שהשניים שותפים לגמרי בכל- שתיהן שותפות בצוותא. במידה ואותו אדם היה רק מאבטח אך לא שותף לכל- מסייע.

* **נסיבות- יסוד עובדתי:**

**ס' 31 מגדיר את נסיבת עיתוי הסיוע: " לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה".**

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

מה קורה במצב בו אני מבטיחה לאדם שמתכוון לבצע עבירה, שאסייע לו לאחר הביצוע? הדבר ייחשב כסיוע. למה? כי הרעיון הוא שמה שנחשב לסיוע זו אותה הבטחה שתומכת בו ומעודדת את רוחו- זה סיוע רוחני. הרציונל- המבצע הסתמך עליה והיא נסכה בו ביטחון בעת ביצוע העבירה ובמהלכה.

* **ענישה- ס' 32.**

לפני תיקון 39 עונש הסיוע היה זהה לדין העבירה המושלמת (כמו בדין האנגלי והאמריקני כיום). הדבר השתנה בתיקון לעד מחצית מהעונש המקסימלי. מצד אחד העונש מקל, ומצד שני- הפסיקה בחרה להכניס יותר מקרים (גם כאלו שלא תרמו בפועל) לסיוע.

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

אורן מבצע עבירת שוד. אני מעכבת בכוונה ניידת הנמצאת בדרכה לסיכול השוד, מבלי שאורן יודע שאני מקלה עליו את הביצוע. האם אחשב למסייעת? **כעקרון- אחריות בגין סיוע עשויה לקום גם כשהמבצע אינו מודע לסיוע הניתן לו.**

הרציונאל- מודעות המבצע לעצם הסיוע אינה משליכה על שאלת האשם של המסייע/ מבצע עצמו ולפיכך אין להתחשב בה.

* **צורת ההתנהגות הנדרשת לשם הטלת אחריות בגין סיוע- האם ניתן לסייע במחדל?**

פס"ד ויצמן- 4 חברה שנהגו ברכב ושוטר נדרס- אחד החברים מורה לנהג לנסוע, הבנות שותקות. בפס"ד זה, הנהג הואשם בהפקרה לאחר פגיעה- עבירה של מחדל. בספרות הוסכם שיכול להיות סיוע במחדל.

דוג';

1. שתיקתו של אורן מעודדת את רוחו של אורי לבצע את העבירה שכבר החליט לבצעה.
2. יוסי, אחראי חדר הכספות בבנק, מפר את חובתו לנעול את חדר הכספות, במטרה לסייע לאחרים לפרוץ אל הבנק ולגנוב כספים.
3. ביהמ"ש בפרשת ויצמן: אי מניעת עבירה (כשניתן למנעה) עשוי להיחשב כסיוע במחדל לאותה עבירה. לפי פלר, המסייע לא צריך מקור חובה עצמאית- הוא מתלבש על עבירת המבצע העיקרי. קרצמר התנגד לכך וטען כי יש לדרוש מקור חובה. חשין בחר בפתרון הביניים בפס"ד זה.
* **סיוע- היסוד הנפשי:**

הלכות היסוד הנפשי בסיוע עברו תהפוכות מאז תיקון 39 ובפסיקה שלאחר התיקון הובעו **3 גישות** ביחס ליסוד הנפשי הנדרש כלפי שני מישורים (העבירה העיקרית ועבירת הסיוע):

1. גישת המודעות (דעת הרוב בפוליאקוב): היסוד הנפשי שנדרש בשני המישורים הוא רק מודעות. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית (על יסודותיה העובדתיים והנפשיים) בידי העבריין העיקרי. ומודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית (מודעות לסיוע)- גישה זו הוצעה בהצעת החוק, אך לא נתמכה בלשונו.
2. גישת הכוונה (דעת המיעוט של אנגלרד בפוליאקוב): מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע וכוונה שתבוצע (לרבות הלכת הצפיות) וגם מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית וכוונה לסייע (לרבות הלכת הצפיות).
3. גישת "הביניים" (גישת ברק בפלונית): מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע, מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית וכוונה לסייע (לרבות הלכת הצפיות). זו ההלכה כיום.

ביוסופוב נאמר כי יש להראות שאותו אדם יודע שעתידה להתבצע עבירה מסוימת.

**סיכום:**

* **היסוד העובדתי הנדרש:** לפי **הלכת פוליאקוב** נדרש כי יש בסיוע ליצור את התנאים לביצוע העבירה ע"י המבצע העיקרי. החוק לא דורש כי אלמלא הסיוע, לא הייתה מתגבשת העבירה העיקרית. כמו כן, אין דרישה לתרומה אפקטיבית לביצוע העבירה- אלא כל התנהגות המסוגלת לסייע בביצוע. הסיוע יכול להיות לפני עשיית העבירה או בשעת העבירה, ועליו להיות מופנה כלפי עבירה בעלת ייעוד מוחשי. בנוסף, אין דרישה שהעבירה תושלם לגמרי.
* **היסוד הנפשי הנדרש:** מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע מטרה, וכן עמידת מטרה לסייע לנגד עיני המסייע. המודעות יכולה להיות מוחלפת בחשד, ובמודעות לאפשרות התקיימות הסיבה של ביצוע העבירה ע"י העבריין העיקרי (עצימת עיניים).

**המשדל:**

**ס' 30 לחוק העונשין: "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה".**

**שלושה רכיבים:**

1. **רכיב התנהגותי- פעילות בעלת אופי משדל:**  שכנוע, עידוד, דרישה, הפצרה, או כל דרך שמפעילה לחץ.
2. **רכיב נסיבתי: קיומו של משודל-** אין הכרח שהמשודל יהיה מודע לפעולות השידול שמפעיל עליו המשדל.
3. **רכיב תוצאתי- ביצוע העבירה ע"י המשודל.** האם המשודל חייב לעבור את העבירה המושלמת ע"מ להיות אחראי לשידול לעבירה המושלמת, או שמספיק שינסה לעברה? למשל, פלוני שידל את אלמוני לבצע רצח אך אלמוני פספס וביצע רק ניסיון.

מחלוקת המלומדים: לפי הדעה המקובלת, פלוני ייחשב משדל לניסיון רצח. זוהי העבירה שבוצעה בפועל ועילה מלבישים את צורת האחריות הנגזרת. לפי דעה אחרת, פלוני ייחשב משדל לרצח, יש להוכיח הצלחת השידול ולא הצלחת הגשמת העבירה מושא השידול (דורנר בסוגקאר).

1. **קש"ס בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה ע"י המשודל**- **"המביא אחר לידי..".** יתכן ב2 מקרים:
2. השידול הקלאסי- המשדל נטע את רעיון ביצוע העבירה במוחו של המבצע, המבצע כלל לא חשב על הרעיון.
3. הטיית כפות המאזניים- רעיון הביצוע עלה במוחו של המבצע, והוא אף שקל בדבר, אך השידול הוא שהכריע את הכף למען ביצוע (ביניש בע"פ אסקין).
* **השידול** מהווה **תרומה** **עקיפה** **וראשית** **לביצוע** העבירה העיקרית:
1. עקיפה- המשדל אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה.
2. ראשית- תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא מכרעת והוא מהווה "המוח", "אביה הרוחני של העבירה". ייחודו של השידול הוא בהשפעת המשדל על תודעותו של המבצע. המשדל הוא שגורם למבצע להחליט לבצע העבירה. כך המשדל "מוליד לא רק עבירה אלא גם עבריין". אם יש שתיקה לעניין העונש- השידול חושף את המשדל לעונש מלא. מה ההבדל בין זה לבין סיוע רוחני? המבצע בסיוע רוחני החליט כי הוא מבצע ללא הסיוע.
* **החומרה שבשידול:**

**העונש בשידול זהה לעונש בגין ביצוע- סעיף 34ד. בעוד שניסיון לסיוע אינו עניש, ניסיון לשידול** **עניש** (כאשר המשודל לא שוכנע/ לא יצא מגבול מעשי הכנה)- ס' 33. בניסיון לשידול אין צורך במבצע עיקרי. דבר זה מעיד על חומרת השידול.

* **היסוד הנפשי בשידול:**

בספרות הפילוסופית ישנו ספר על נושא סיבתיות במשפט, של שני הפילוסופים **הארט והונורה**. השניים עסקו בשאלה איך מאפיינים סיבתיות במשפט. אחת הדוקטרינות שעסקו בהן זה שותפות ושידול- איך אפשר להסביר את הטלת האחריות על המשדל בנסיבות שמי שמבצע את העבירה בסופו של דבר זה אדם עצמאי, אוטונומי, בעל בחירה חופשית- המשדל הוא זה שגרם לביצוע העבירה בזמן שמי שביצע את העבירה זה המבצע שיש לו יכולת בחירה. פילוסופיים אלו אומרים שכאשר מתייחסים לשרשרת סיבתית בין משדל למבצע העבירה זה כמו שרשרת סיבתית בטבע שקורים דברים. נותנים דוגמה של שדה חיטה, לפתע יש סופה חזקה ורוח חזקה מעיפה את כל השיבולים לצד אחד. במקרה כזה, ברור שאפשר לדבר על סיבתיות- הרוח גרמה לשיבולים להתכופף ולנטות הצידה, שכן חוקי הפיזיקה בעולם הם כאלה שכאשר כוח מסוים מופעל בנסיבות מסוימות זה מה שקורה.

השניים שואלים מה קורה כאשר אומרים אותו דבר על אדם שמנסה להשפיע על אדם אחר ובאמת מצליח להשפיע עליו במובן שאחר מבצע עבירה, האם גרם באותו סוג של גרימה של הרוח על השיבולים? קשה לדבר על סיבתיות במובן הקשה, הרגיל כי לא נוכל להתייחס לאדם, המבצע עליו מופעלת ההשפעה, כמו לעצם דומם שפעולות הפיזיקה פועלות עליו ואין לו שיקול דעת או יכולת. משהו בהוויה האנושית מבחין מקרים כאלה ממקרים של סיבתיות רגילה שנמצאת בלי גורמי אנוש.

אחד מהסבריהם הינו שבכל אחד מאיתנו נמצא ה' קטן והוא גורם לכך שהאדם יכול להחליט אחרת בכל רגע נתון, יש לו זכות בחירה ולעולם לא יהיה כמו חפץ דומם. לכן, בסיבתיות ושותפות תהיה סיבתיות שונה, רכה ומורכבת יותר.

**ניתן לומר שהמשודל הוא גורם זר מתערב ומנתק קשר סיבתי. בגלל הקושי הזה, הפסיקה הוסיפה יסוד נפשי שלא כתוב בו.**

סעיף 30 לא מציין מפורשות מהו היסוד הנפשי הנדרש להוכחה. לכאורה, משתמע כי נדרשת רק מחשבה פלילית (מודעות). עם זאת, **בייניש בע"פ אסקין קבעה שנדרש יסוד נפשי כפול:**

1. **מודעות לטיב ההתנהגות המשדלת ומודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית.**
2. **שאיפה- מטרה- כוונה מצד המשדל כי העבירה נשוא השידול אכן תבוצע ע"י כל יסודותיה בידי המשודל.**

ביניש מסבירה את ההצדקה ליסוד הנפשי מתוך אופיו התכליתי של השידול, אשר מחייב מבחינת היסוד הנפשי כי יתקיים מתאם בין ההתנהגות המשדלת לבין התכלית לגרום לביצוע עבירה. הטלת אחריות פלילית על אדם רק בגלל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אחר היא בעייתית. לכן העלאת רף ההרשעה באמצע' 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.

**לסיכום-**

**מבין הרציונאלים המוצעים לביסוס אחריות שותפים, דומה כי אחריות המשדל מבוססת על 2 רציונלים: הרציונאל הסיבתי ורציונל ההזדהות וההסכמה. לולא השידול לא היה מבצע המשודל את העבירה, ושאיפתו של המשדל כי העבירה מושא השידול תבוצע מלמדת על הזדהות עם הפגיעה בערך המוגן (אלמנט המשתקף בדרישות היסוד הנפשי).**

* **ניסיון לשידול- ס' 33:**

"הנסיון לשדל אדם לבצע עבירה, עונשו - מחצית העונש שנקבע לביצועה העיקרי**".**

הרכבה של דיני הניסיון על דיני השידול. עונשו של המנסה לשדל- מחצית מעונשו של המבצע העיקרי (בדומה לעונשו של מסייע!).

בניסיון לשידול מדברים על צורה חריגה ויוצאת דופן. החריג משקף את החומרה שבשידול ואת האנטי-חברתיות של המשדל. מהו ניסיון לשידול? מקרים בהם המשודל לא חרג מגבולות ההכנה, אין תחילת ביצוע.

1. פלוני שכנע את ראובן לשדוד, אך ראובן כלל לא ניגש לביצוע/ נעצר בשלבי ההכנה.
2. פלוני ניסה לשכנע את ראובן לשדוד וראובן סרב להשתכנע.
3. פלוני החל בביצוע מעשים שנועדו לשכנע את ראובן, אך הם לא פעלו את פעולתם על ראובן משום שלא הושלמו (אך יצאו מגדר הכנה).
* **פטור עקב חרטה- ס' 34:**

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

ההבדל בין פטור למנסה (28) לבין פטור לשותפים (34)- במישור התרומה העובדתית: ס' 28 קובע כי ברגע שהעבירה הושלמה אין פטור. מנגד, ס' 34 מאפשר פטור גם אם העבירה הושלמה- אם הודיע מבעוד מועד לרשויות לשם מניעת העבירה, ועשה למטרה זו כמיטה יכולתו בדרך אחרת. אין דרישה ליסוד נפשי מסוים (לעומת ס' 28- מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה). הפטור לשותפים מקל בתנאיו יחסית לפטור למנסה, משום ה"מרחק" של השותפים מהביצוע העיקרי.

* חומרי קריאה:

**פס"ד אסקין:** המערער הורשע בשידול למעשה של כניסה ללא רשות למקום קבורה, ובקשירת קשר לביצוע עוון בגין פעולה של הנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי, ובשידול לביצוע מעשה הצתה ובקשירת קשר לביצוע פשע בגינו. בין המערער למבצע הייתה מע' יחסים של כפיפות- המערער היה המנהיג בעוד המבצע העריץ אותו. **בייניש** מפתחת את היסוד הנפשי בעבירת השידול ומציינת כי יש צורך במודעות וכן במטרה/ שאיפה כי העבירה נושא השידול תבוצע על כל יסודותיה. נקבע כי המערער ביצע מעשים מעודדים כתשלום על ראש החזיר, מתן אישור לביצוע ועוד.

**פס"ד סוגקאר:** הנאשם והמתלונן ניהלו עסקים נפרדים להקמת מצבות והיה ביניהם סכסוך עסקי. הנאשם מואשם בעבירת שידול לחבלה בכוונה מחמירה, שכן הציע לאדם אחר לפגוע במתלונן, ע"מ שזה יושבת מעבודתו. אותו אדם שידל שניים אחרים לבצע את המעשה ע"י שפיכת נוזל מסוכן על גוף המתלונן. בבואם לבצע את העבירה, המתלונן ראה אותם וברח מהמקום. במקרה זה, הנאשם מורשע בניסיון לשידול.

**ביצוע בצוותא:**

* **מיהו המבצע בצוותא? ס' 29:**

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

       (ב)  המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.

       (ג)   מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

(1)   קטינות או אי שפיות הדעת;

(2)   העדר שליטה;

(3)   ללא מחשבה פלילית;

(4)   טעות במצב דברים;

(5)   כורח או צידוק.

**החוק קובע כי כל עוד הם פועלים בגוף אחד, לא מעניינת חלוקת התפקידים ביניהם. כולל עשה מעשים לביצוע ועשה מעשים לאפשר את הביצוע. אילו מעשים הם מעשים לביצוע ואילו מעשים מאפשרים את הביצוע?**

* **לסיווג הנאשם כמבצע בצוותא וכמסייע, יש השלכות משמעותיות:**
1. עונש
2. תיוג
3. יסוד נפשי
4. עבירה שונה או נוספת.
5. פטור עקב חרטה.
* **המבחנים לזיהוי המסייע בצוותא:**

פס"ד פלונים, שוק הקצבים- עוסק במבחנים בנושא:

1. **הגישה המופיעה בדברי ההסבר להצעת החוק**- דורשת **שני תנאים מצטברים**:
2. **מעשהו** של השותף יהיה **חיוני** לביצוע העבירה.
3. **מעשהו** של השותף **אינו בעל אופי מקדמי-הכנתי** בלבד.
4. **מבחן השליטה הפונקציונאלית של פס"ד פלונים**- **המבצע בצוותא הוא אדון הפעילות העבריינית.** בידיו השליטה המהותית על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת, מתוכנית כוללת, לביצוע העבירה, ולכן תרומתו פנימית.

**פס"ד פלונים-** חברי תנועת "כהנא חי" זרקו רימון רסס בשוק הקצבים בעיר העתיקה בירושלים, בכוונה להביא למות ערבים כנקמה על מות מאיר כהנא. כתוצאה ממעשם, נהרג אדם אחד ונפצעו שבעה. המערערים הורשעו בעבירות רצח, ניסיון לרצח וקשירת קשר. שלושת המערערים טוענים כי אין הם שותפים לעבירות הרצח וניסיון הרצח- זאב טען כי לא רצה לעשות זאת, ועל אף שתפקידו היה לזרוק את הרימון לבסוף התחרט ומסר לאחר. גרשון הודיע לתקשורת וטל השתתף בתכנון אך לא הופיע לפעולה. התעוררה מחלוקת לגבי אחריותו של טל, שהחליט לא להגיע לביצוע. הפרקליטות העמידה את טל לדין כמשדל. ביהמ"ש (**ברק)** הרחיב את תחום ההתפרסות של הביצוע בצוותא, וקבע שמספיק שאדם שותף מאוד דומיננטי בשלבי התכנון, זה יספיק לראותו כמבצע בצוותא. ישנה ביקורת רבה על פס"ד זה, אך ישנם גם תומכים- אנקר במאמרו תומך בעמדת ברק.

יש כאן מתח- האדם לא חייב לבצע את כל היסוד העובדתי כדי להיחשב כמבצע בצוותא (מספיק שעשה מעשים לביצועה).

1. **המבחן המשולב:** שילוב בין פרמטרים המצביעים הן על התרומה במישור העובדתי והן על המעורבות והיחס הנפשי וצירופם למסה קריטית אחת, שתכריע את הכף האם מדובר בביצוע בצוותא/ בסיוע. **די במעשה לביצוע העבירה החורג מהכנה גרידה, והמלווה ביסוד הנפשי המתאים, כדי למלא את היסוד ההתנהגותי הנדרש לסיווגו של המשתתף כמבצע בצוותא**. המבצע בצוותא ישא באחריות לעבירה המושלמת שנעברה, גם אם הוא עצמו לא השלים את הביצוע. עפ"י מבחן זה, יתכן ואדם לא תרם תרומה פיזית גדולה, אך מעורבותו הנפשית הייתה משמעותית (טל בפלונים)- לכן יורשע כמבצע בצוותא.
2. **מבחן חבות העונש:** (חשין בפלונים). **מבחן ערכי** המבקש להעריך את מעשי השותף מבחינת הסנקציה הפלילית הראויה לו. **לפי מידת המעורבות של השותף יקבע עונשו**, ולפי העונש- הוא יסווג כמסייע/ כמבצע בצוותא.
3. **מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון-** (פרופ' גור אריה). 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.
* המשולב והפונקציונלי הם המקובלים.
* **היסוד הנפשי של המבצע בצוותא:**

***דרישה כפולה:***

**1. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה המושלמת אותה הם מבצעים.**

**2.מודעות לפעולה בצוותא.** כל אחד מהמבצעים בצוותא צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים ולמזימה העבריינית בכללותה.

ביהמ"ש: "המודעות לתלות ההדדית היא נשמת אפו של הביצוע המשותף". מספיק להראות את היסוד הנפשי לעבירה עצמה+ המודעות לעצם הפעולה ביחד.

אם כן, מה דינה של שותפות ספונטנית? סוגיית "עבירת ההמון". מקרה שבו שני אנשים לא מתכננים מראש לבצע עבירה, לפעמים אפילו לא מכירים, אלא נקלעים לזירת האירוע אפילו באופן מקרי ופתאום בזירת העבירה עצמה מלכדים כוחות ופועלים ביחד גם אם לא דיברו ביניהם בראש. למשל: מקרים של לינץ', או אירועי הבזיזה בארה"ב.

* **עבירה שונה או נוספת- ס' 34א**

הסעיף מסדיר סיטואציה בה שותפים לעבירה מתוכננת מגיעים לזירת העבירה ותוך כדי תחילת הביצוע של העבירה המתוכננת, המבצע בצוותא חורג מהתכנון ומבצע עבירה שונה מהמתוכנן או עבירה נוספת למתוכנן. (שוד- אחד הורג מישהו).

* **המבצעים בצוותא הנותרים-**

ישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים. ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת **בכוונה**, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של **אדישות** בלבד. זו הרחבה גדולה מאוד. האדישות זה ריכוך מסוים של היסוד הנפשי. אם היסוד הנפשי המינימלי של העבירה הנוספת/ שונה הוא כוונה- לא ייחסו אחריות למבצע בצוותא. זוהי סטייה משמעותית מעקרון האשמה, אך הכוונה היא שאדם הבוחר לבצע עבירה פלילית צריך לקחת בחשבון שהדברים יכולים להסתבך- "על הדבש ועל העוקץ". הרציונל הוא מושג השליטה- אדם קושר את גורלו עם אדם אחר ובכך הוא מוותר על השליטה, על הזכות להחליט באופן אוטונומי על כל דבר הקשור לעבירה.

* **המשדל או המסייע:**

יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של **רשלנות**, אם קיימת עבירה כזו באותו יסוד עובדתי.

* ביהמ"ש יכול להטיל עונש קל מעונש החובה שנקבע בעבירה השונה או הנוספת, על יתר המבצעים בצוותא.

הדוקטרינה מניחה שאותו שותף לא היה מודע בפועל לאפשרות שהשותף שלו יחרוג מהתוכנית- כי הוא עצמו לא צפה זאת, אך אדם סביר היה יכול לצפות זאת. הס' מתכתב עם האשמה במובן הרחב- ייחוס לאדם אחריות פלילית, גם אם אין לו את אותו היסוד הנפשי, בגלל אשמה הנשאבת בשלב מוקדם יותר בזמן. בשונה מכניסה למצב בהתנהגות פסולה – השותף כאן לא מקיים את היסוד העובדתי. על כן, זוהי הרחבה משמעותית.

חומרי קריאה:

**אהרן אנקר, "על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע":**

לאחר תיקון 39, נוצרו שני הבדלים עיקריים בין המסייע למבצע בצוותא:

1. מבחינת אחריות פלילית: *המבצע בצוותא* הוא *שותף ישיר* ונושא באחריות מלאה לעבירה, גם אם לא ביצע אותה בפועל, כלומר ביצע את מרכיביה הפיזיים וניתן לגזור עליו את אותו עונש שגוזרים על המבצע בפועל. מנגד, *המסייע* הוא *שותף עקיף*, ודינו שונה מדין המבצעים- עד מחצית מהעונש המלא. כמו כן, ישנו שוני בפטור עקב חרטה שותף עקיף יכול להשתחרר מהאחריות הפלילית בגין מעשיו אם הוא ממלא את תנאי פטור עקב חרטה בס' 34. למבצעים לא ניתן הפטור הנ"ל. לכן- מבצע בצוותא לא נהנה מהפטור ומסייע כן.
2. ביצוע עבירה אחרת ושונה מזו שתוכננה: במידה ואחד ממבצעי העבירה סוטה מהתוכנית ומבצע עבירה שונה מזו שתוכננה/ עבירה נוספת בעוד אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות שהיא תבוצע- המבצעים בצוותא האחרים יישאו באחריות לעבירה זו כעבירה של אדישות. מנגד, המסייעים לעבירה המקורית יישאו באחריות לעבירה כעבירה של רשלנות.

**כיצד בוחנים האם שותף פלוני הוא מבצע בצוותא או מסייע? על פי מבחן ההשתתפות.** המבצע בצוותא השתתף בביצוע העבירה ועשה מעשים לביצוע ולעומתו המסייע לא השתתף בביצוע העבירה, אלא עשה מעשים כדי לאפשר את ביצועה/ להקל/ לאבטח. כל עוד אדם לא **משתתף** בעבירה- דינו מסייע בלבד.

**האם מדובר בהשתתפות בביצוע הפיזי? או שיש דרכים אחרות לפיהן נחשבים כמבצע בצוותא?** האם ניתן רק ע"י ביצוע פיזי, או גם ע"י תכנון העבירה צורתה ופרטיה? לדעת הכותב, אין תשובה חד משמעית. הוא מציג מספר שיקולים בנושא:

* לשון החוק- לפי לשון החוק ניתן להסיק כי יש דרישה להשתתפות פיזית. שיקול נוסף התומך בכך הינו כי יש חומרה במעשה פיזי לביצוע העבירה- אך לדעת הכותב גם תכנון מלא של העבירה הוא חמור ואף יכול להיות חמור יותר.
* יכולת השפעה- משתתף פיזי יכול להשפיע בזמן אמת על ביצוע העבירה ודרך ביצועה ומתכנן אינו בעל השפעה בזמן אמת. יתכן ושיקול זה הוא שהניע את אלו שבחרו בהשתתפות הפיזית. לדעת הכותב, יכולת ההשפעה רלוונטית רק במקרים בהם הביצוע סוטה מהתוכנית המקורית.

לכן, **הכותב תומך בגישה הכוללת במבצעים בצוותא גם שותף שלא השתתף פיזית בביצוע העבירה ולא נכח בה, אלא לקח חלק בתכנון העבירה.** חיזוק לכך ניתן לראות בעבירת המשדל- אשר נושא במלוא העונש על העבירה והוא אינו נוכח בעבירה עצמה. בנוסף, הכותב מתנגד לכך שפטור עקב חרטה לא חל על מבצע בצוותא/ מבצע באמצעות אחר- שכן בשל כך שהוא תומך בהרחבת הגדרת המבצע בצוותא (שתכלול גם מתכנן עבירה שלא משתתף פיזית בעבירה), אותו מבצע בצוותא יכול להתחרט ולהתריע לרשויות עוד לפני קיום העבירה.

**מה קורה במקרים בהם הביצוע סוטה מן התוכנית המקורית ואחד מהשותפים מבצע עבירה אחרת או שונה מהמתוכנן?** המבצעים בצוותא יישאו באחריות לעבירה זו כאילו עשו אותה באדישות. מנגד, שותף עקיף (מסייע/ משדל) יישא בעבירה כאילו פעל ברשלנות. לדעת הכותב, הדבר מביא לתוצאה אינה רצויה (למשל כאשר אחד משודדי הבנק רוצח אדם- השותפים יורשעו בעבירת רצח)- במקרים כאלו, שותף מתכנן אינו בעל חומרה פלילית זהה לשותף מבצע. ניתן להשוות שוב למשדל, אשר השפיע על יצירת העבירה המקורית ועיצובה וכאן דינו הוא כאילו עשה את העבירה ברשלנות. כאן המחוקק הבחין בין תרומת המשדל המלאה לביצוע העבירה המקורית לתרומתו החלקית לביצוע העבירה הנוספת. לכן, אותה מסקנה מתבקשת באשר למבצע בצוותא המתכנן. כמו כן, הכותב מאמין כי במקרים כאלה יש לתת משקל ליכולת ההשפעה של השותפים על ביצוע עבירה שונה/ נוספת הסוטה מהמתוכנן.

**פס"ד רון-** רצח רוז פיזם. האם, מארי, הורשעה במחוזי כמשדלת לרצח. עולה השאלה האם יש להרשיעה כמבצעת בצוותא. לשם כך, בחן השופט שוהם את אופי יחסיה עם רוז, ביתה. נקבע כי המערערת לא יכלה לסבול את נוכחותה של רוז בבית ורצתה להוציאה מחייה. כמו כן, היחסים בינה לבין המערער לא היו היררכיים כפי שטענה. הוכח כי המערערת הייתה שותפה ומודעת למעשי המערער, שכן שוחחה עמו בטלפון מספר פעמים במועד בו רוז הושלכה לירקון. נקבע כי המערערת רצתה במותה של רוז אם לא ימצא פתרון אחר שיוציאה מהבית. השופט נותן נימוקים נוספים להרשעתה כמבצעת בצוותא: היא הייתה מעורבת בעבירה עצמה, היא הייתה האחראית על הפעולה, בעלת השליטה עפ"י מבחן השליטה. כמו כן, נקבע כי **בנסיבות מסוימות ביניהן אופי היחסים בין השותפים לעבירה- גם מתן הסכמה לביצוע העבירה עשוי לעלות לכדי "ביצוע בצוותא". תרומה של מבצע בצוותא יכולה להתבטא גם בשתיקה במקום שמשמעותה היא תמיכה.**

**המבצע באמצעות אחר:**

**ס' 29(ג) לחוק העונשין:**

**מבצע באמצעות אחר הוא אדם, שתרם לעשיית המעשה ע"י אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים:**

* קטינות או אי שפיות דעת
* העדר שליטה
* ללא מחשבה פלילית
* טעות במצב דברים
* כורח/ צידוק.

המשותף למצבים השונים-> האחר פטור מאחריות פלילית לאותה עבירה בה ניתן להרשיע את המבצע באמצעותו, בהיותו מצוי במצב מחוסר אשם.

**היסוד הנפשי:**

1. היסוד הנפשי שקבוע בעבירה אותה מבצע האחר.
2. מודעות שאותו אדם שנשלח נמצא תחת אותם מצבים המצוינים בסעיף (מצבים הגורמים לנחיתות).

**שאלת רב-העבריינים:**

כיצד ראוי לסווג רב-עבריינים העומד בראש ארגון פשיעה במארג דיני השותפות? יש חוג מאבק באירגוני פשיעה- ישנה עבירה של עמידה בראש ארגון פשיעה. בכך עקפו מקרים בהם אדם לא היה מודע לפעולות עצמן אך עמד בראש הארגון (ברגותי).

**פס"ד משולם**: העותר עמד בראש עמותה, היו לו מספר חסידים. הוא התבצר עמם בביתו ואלו התעמתו עם המשטרה. לאחר מס' ימים נפגש עם המשטרה והוא ועותר 8 נעצרו. שאר העותרים, שהיו בבית, ירו לאחר כשעה לעבר מסוק משטרתי ולעבר כוחות המשטרה. למחרת- הסגירו עצמם. עלתה השאלה האם להרשיע את משולם ועותר 8 שנעצרו קודם לכן כמבצעים בצוותא- **השופט מצא** קובע כי ביצוע בצוותא לא מבוסס בהכרח על אחידות המקום והזמן. נקבע כי עפ"י מבחן השליטה הפונקציונאלית והמבחן המשולב- משולם ועותר 8 היו בעלי שליטה על המאורע, שלחו את חסידיהם לביצוע הפעולה. לכן, הם אחראים כמבצעים בצוותא. **חשין** הוסיף כי אשמו המוסרי של מנהיג הכנופיה חייב להביאנו למסקנה כי יש לראותו כמבצע בצוותא ולהטיל עליו אחריות ככזה. **גולדברג בדעת יחיד** האמין כי עותר 8 הוא משדל. **דורנר** בדעת מיעוט טענה כי אין להרשיעם כמבצעים בצוותא.

***פרק 6- סייגים לאחריות פלילית:***

1. **הגנה עצמית**

**הגנה עצמית**

**34י.   לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.**

**חריגה מן הסביר**

34טז. הוראות סעיפים 34י, 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה.

**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 היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב).

**להגנה עצמית 6 תנאים:**

1. תקיפה שלא כדין
2. סכנה מוחשית ולא מופשטת.
3. מיידיות- על ההגנה להתבצע רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מידי על מנת להדוף את התקיפה, ועליה להיפסק מרגע שלא נדרש עוד מעשה התגוננות על מנת להדוף את התקיפה.
4. נחיצות- איכותית, משמע אין אלטרנטיבה אחרת לפעולה וכמותית- לא הופעל כוח רב מהדרוש.
5. דרישת הסבירות- חובת המותקף להפסיק את השימוש בכוח לאחר ניטרול יריבו. דרישה אובייקטיבית הלוקחת בחשבון את האינטרסים של המותקף להגנה על חייו, גופו ורכושו (פס"ד קליינר).
6. ללא התנהגות פסולה- 3 תנאים: התנהגות פסולה מצד המותקף, קש"ס בין ההתנהגות הפסולה לתקיפה, יסוד סובייקטיבי של צפייה מראש של התפתחות הדברים.

**הגנה עצמית מדומה:**

שילוב בין סעיף 34י לסעיף 34יח. אדם אשר פעל מתוך אמונה מוטעית כי מתקיימים תנאי ההגנה העצמית, יישא באחריות פלילית רק במידה והיה נושא בה אם היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. בהגנה עצמית מדומה, המחשבה המוטעית של העושה, אשר מדמיין לעצמו כי התקיימו היסודות העובדתיים של ההגנה, מהווה תחליף להתקיימות היסוד הנפשי. כיום התייחסות הסבירות השתנה לבחינה האם מדובר בטעות כנה. פרופ' אנקר וד"ר סנג'רו מאמינים כי טעות כנה ביחס לתנאי הנחיצות, מספיקה לשלילת אחריות פלילית בעבירות של מחשבה פלילית. מנגד, פרופ' פלר מאמין כי בנוגע לדרישת הנחיצות יש לדרוש טעות סבירה.

**היועמ"ש נ' עסלה:** המשיבה ביקשה מבעלה שלא יצא מהבית, בשל חששותיה. בתגובה, אמר לה כי האקדח ישאר אצלה- במידה ומישהו דופק בדלת ולא עונה לה כשתשאל מיהו, עליה לירות בו. בלילה התעוררה מדפיקות בדלת, שאלה מי שם אך לא קיבלה תשובה. אותו אדם עבר לדפוק על החלון ושוב לא ענה לה, אלא החל לפתוח את התריס. האישה נבהלה וירתה בו כ3 יריות. אותו אדם מת מהיריות והסתבר כי זהו בעלה. במחוזי נקבע כי היא פעלה מהתגוננות וניתן לה פטור מעונש. זהו ערעור. **השופט זילברג** מבהיר כי כאשר אדם עובר עבירה מתוך טעות כנה והגיונית לגבי מצב הדברים, רואים את המעשה שלו במציאות המדומה ולא במציאות הממשית. משמע- במקרה זה יראו זאת כאילו אכן גבר זר דפק על דלתה וניסה לתקוף אותה. הערעור נדחה.

**אלטגאוז נ' מד"י:** המערער עבד כמאבטח בביה"ס וירה כשלוש פעמים בטכנאי מזגנים שהוזמן לביה"ס וסירב להזדהות (לאחר שהתפתחה קטטה בין השניים). במחוזי הוא הורשע בהריגה. הערעור דן בשאלה האם למערער נתונה אחת ההגנות מחוק העונשין. **ארבל** דנה בשאלה האם מתקיימת במקרה זה הגנה עצמית מדומה וקובעת כי לא התקיימו התנאים.

**היסוד הנפשי:** לפי סנג'רו, היסוד הנפשי המינימלי של סייג ההגנה העצמית הוא מודעות לנסיבות המצדיקות את ביצוע מעשהו של הנאשם. לטעמו, יש צורך גם ביסוד נפשי של מטרה להגן/ להתגונן.

**חובת הנסיגה:**

במקרה בו קיימת אפשרות להימלט מזירת הסכנה, כאשר זו אינה מידית עוד. יש להחריג מקרים בהם אדם בביתו. חובת הנסיגה מתקיימת רק במקרה בו זו דרך אפשרית ואפקטיבית למניעת הרעה.

**זלנצקי נ' מד"י:** המערער דקר את המנוח 46 דקירות בגבו וגרם למותו. הוא הורשע במחוזי בעבירת רצח. ביהמ"ש דחה את טענותיו להגנה עצמית. מכאן הערעור. **ארבל** דנה בחובת הנסיגה, ומציינת כי יש עמים להחרגת מצב בו אדם מותקף בביתו כאוטונומיה ומקום בו הוא נמצא בזכות. מנגד, ישנם טעמים לא להחריג את המצב למשל, במצב בו הסיכוי להיחלץ גבוה יותר בנסיגה. במקרה זה, נדחות הטענות לאוטומטיזם, הכגנה עצמית ואי שפיות הדעת. הערעור נדחה.

* חומרי קריאה:

**קליינר נ' מד"י:** המערער נפגש עם אדם שאיים תקופה ארוכה לפגוע בו, תוך כדי ריב בין השניים, המאיים שלף סכין ואיים לפגוע במערער. בתגובה, המערער שלף אקדח, ירה לעבר גג הרכב ולאחר מכן ירה במאיים והרג אותו. **השופט לוי** סוקר את יסודות ההגנה העצמית ומבהיר כי כשלוש יריות על המאיים במהלך האירוע אינן נכנסות בגדר הגנה עצמית (לא עומדות בדרישת הסבירות).

**אביסדריס נ' מד"י:** קרוב משפחה של המערער הגיע לביתו עם סכין וניסה לדקור אותו. המערער לקח את הסכין מידי המנוח, דקר אותו 4 פעמים והרג אותו. הוא הורשע בהריגה. בערעור זה טוען כי המעשה חוסה תחת הגנה עצמית. **נאור** קובעת כי לא התקיימו תנאי המיידיות, הנחיצות והפרופורציה- מרגע הוצאת הסכין מידי המנוח, עמדו בפני המערער האפשרויות לסגת לביתו או להשליך את הסכין.

**בועז סנג'רו, הגנה עצמית במשפט הפלילי:**

**רציונאל ההגנה הפרטית:**

**ההבחנה בין צידוק לבין פטור:**

* **ההבדל:** ישנה הבחנה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטרות. הגנות מצדיקות, נועדו למקרים בהם החוק לא מגנה את הפעולה אלא מקדם (למשל, מעצר עבריין). הגנות אלו למעשה טוענות כי המעשה שנעשה הוא לא בלתי חוקי. הגנות פוטרות, מבטלות את האחריות הפלילית על בסיס אחר, מתוך הבנת מצבו של העושה (למשל, אי-שפיות), על אף שהחברה תופסת את המעשה עצמו כרע.הגנות אלו עוסקות למעשה בשאלה האם העושה אחראי למעשה הבלתי חוקי. בגרמניה ההבחנה מקובלת ורואים זאת בשיטתם- ראשית, הם בודקים אם התקיימו היסודות הקבועים בהגדרת העבירה. שנית, בודקים את האופי הבלתי חוקי של המעשה, אשר נשלל בשלב זה אם ישנו צידוק. בשלב השלישי, נבדקת אשמת העושה וזו נשללת אם ישנו פטור.
* **השלכות ההבחנה:** רדברוך מנה 4 השלכות של הבחנה זו ומלומדים נוספים הוסיפו את 4 ההשלכות האחרונות:
1. אין זכות להגנה עצמית נגד מעשה מוצדק, אך כנגד מעשה פטור ישנה.
2. טעות בעובדה לגבי צידוק היא הגנה, אך לגבי פטור לא.
3. פטור הוא פרסונלי, צידוק אוניברסלי. כלומר, במקרה של פטור למבצע העיקרי של העבירה, אין זה אומר שלשותפו יהיה פטור.
4. ניתן לתבוע פיצויים אזרחיים רק מאדם בעל פטור, לא מאדם שזכה להגנה מצדיקה.
5. לצד ג' מותר להגן על מי שיש צידוק למעשהו, אך לא על מי שיש לו פטור.
6. אשמה קודמת של עושה שוללת ממנו פטור אך לא צידוק.
7. קיים הבדל בנטל ההוכחה.
8. פטור מצריך לרוב טיפול של החברה בעושה.
* **סיווג ההגנה הפרטית (הגנה עצמית):** אין מחלוקת על כך שההגנה הפרטית הקלאסית הינה צידוק. עם זאת, הגנה פרטית מדומה למשל מסווגת כפטור בשל טעות בעובדה. כמו כן, יש מקרים בהם התוקף נטול אחריות פלילית ואותם יש לכלול בסייג הצורך.
* **עמדת המחבר:** מאמין כי ההבחנה מוצדקת. טוען כי אם מאמצים את ההבחנה (אשר הרוב מסכימים על כך), יש להחליט האם מאמצים את השלכותיה. לטענתו, יש להבחין בזיכויים בין אדם שזוכה מצידוק לבין אדם שזוכה מפטור. על כן, בסיס ההבחנה צריך להיות בעל משמעות חברתית- ערכית ומוסרית. על מנת להראות כי ההגנה הפרטית בעלת אופי מוצדק- יש להוציא מסך המקרים את אלו הנכללים בה בטעות ולהגדיר את גבולותיה.

**דרישת הפרופורציה:**

1. **כללי:**

משמעותה המרכזית של דרישה זו כוללת גם את הביקורת עליה, שכן, לעיתים הנתקף נדרש לא להתגונן (על אף שמתקיים יסוד הנחיצות) מפני שמחיר ההתגוננות גבוה מידי, כלומר ההתגוננות תגרום לנזק רב יותר. לרציונאל מאחורי סייג ההגנה הפרטית יש שתי השלכות על דרישת הפרופורציה:

1. קיומה והכרחיותה של דרישת הפרופורציה- ע"מ לשמור על הסדר החברתי- משפטי. פגיעה מופרזת בתוקף פוגעת בסדר זה ויכולה להגיע לשלילת ההגנה הפרטית. במידה ותוצדק נטילת חיי אדם לשם הדיפת דחיפה קלה- הדבר יתפרש כהעדר סדר חברתי. מישור נוסף הוא השוואה בין הרעות הפיזיות- הסכנה הצפויה לאינטרס הנתקף (אם לא יופעל כח מגן) מול הסכנה הצפויה לתקוף (אם יופעל כוח מגן).
2. אופייה הגמיש של דרישת הפרופורציה- על כפות המאזניים ישנם האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים, אוטונומיית הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי- משפטי, אשר מגמישים את הדרישה. אם היה מדובר באינטרסים בלבד- הייתה זו דרישה קשוחה- צריך להיות פער משמעותי בנזק כדי להצדיק זאת.

בדין הרצוי יש 2 דרכים לקביעת גמישות הפרופורציה- הראשונה לדרוש איזון גמור בין כפות המאזניים. והשנייה להסתפק בשקילת הרעות הפיזיות בלבד. סנג'רו בוחר בדרך השנייה, שכן היא קלה יותר ומספקת יותר הדרכה. לטענתו הניסוח המתאים הינו שלילת כוח מגן שהוא לא פרופורציונלי או מתאם סביר.

1. **תוכן דרישת הפרופורציה:**

כאשר מפעילים את מבחן הפרופורציה, סנג'רו סבור כי יש להתייחס בבחינת הרעות לכוח המגן עצמו ולא לתוצאה (אשר יכולה להיות מקרית. למשל, מתן אגרוף לאדם בעל "גולגולת דקה"). כלומר, **יש להתייחס לתוצאות הצפויות/ ניתנות לצפיה של ההגנה הפרטית וההמנעות ממנה ולא לתוצאות מקריות.** בתוך כך, נסתכל על כוחם היחסי של הצדדים, ריבוי תוקפים, אופי אלים במיוחד של תקיפה ללא נשק, התנהגות אלימה של התוקף בעבר, סוג הכוח שהצדדים מפעילים ועוצמתו ועוד. כאשר מדובר בריבוי תוקפים, לדעת סנג'רו יש לבדוק את התקיימות דרישת הפרופורציה ביחס לפגיעה בכל תוקף בנפרד.

**היסוד הנפשי:**

1. **כללי**

הדרישה המקובלת היא כי בנוסף למודעות מטרת העושה תהיה להתגונן או להגן. בהעדר היסוד הנפשי הנדרש, תקבע אחריות פלילית מלאה. הדרישה ליסוד נפשי מסוים נוספת לדרישות האובייקטיביות ולא מחליפה אותן.

1. **היסוד הנפשי הנדרש לאור רציונל ההגנה הפרטית:**

הסדר החברתי-משפטי הוא מהגורמים להצדקת ההגנה הפרטית. העושה אשר מודע לנסיבות המצדיקות ופועל בתגובה להן מגן למעשה על הסדר החברתי-משפטי. עם זאת, לא ניתן לומר זאת על העושה הלא-מודע. **סנג'רו סבור כי יש להוסיף בנוסף לדרישת המודעות את המטרה המצדיקה להתגונן או להגן.** יש לזכור כי להגנה הפרטית יש הצדקות נוספות מלבד סדר משפטי-חברתי- הגנה על אוטונומיית הנתקף ואשמת התוקף אשר יפעלו גם בהעדר מטרה מצדיקה. לכן, ניתן גם לצדד בעמדה לפיה די במודעות.

1. **תוכנה של דרישת היסוד הנפשי: מודעות מול מטרה**

**דרישת היסוד הנפשי בסייד ההגנה הפרטית הינה מודעות לנסיבות המצדיקות. האם ישנה דרישה גם למטרה (לא למניע)? דרישת המטרה מתיישבת עם גורם הסדר החברתי-משפטי ועם אופי ההגנה הפרטית.** עם זאת, המתנגדים לגישה זו הציבו מס' מכשולים- איזו מטרה, האם עליה להיות בלעדית/ עיקרית/ הכרחית? התשובה לכך הינה **שאין לדרוש שהמטרה המצדיקה תהיה מטרתו הבלעדית של העושה.** חקירת מטרות העושה בכללותן היא קשה, על כן העיקר הוא שלעושה הייתה מטרה להתגונן או להגן (על זולתו/ רכוש).

אפשרות נוספת- הסתפקות במודעות העושה לכך שבמעשה יגן על האובייקט הפיזי המותקף מפני התוקף. דומה להלכת הצפיות. יש כאן שקילות ערכית בין מודעות לקיומה של וודאות לבין שאיפה. גישה זו תצמצם ואף תעלים את ההבדל בין דרישה למטרה לבין דרישה למודעות בלבד.

**ההלכה הישראלית:**

1. **כללי**

בעבר, ס' 22 לחוק העונשין (שהיה כמעט זהה לס' 18 בפקודת החוק הפלילי שקדמה לחוק), דיבר על הגנת הצורך, ורבים טענו כי הוא מעורפל וכולל בתוכו גם את הגנת הצורך וגם את ההגנה הפרטית ללא הבחנה ביניהם.עמדת ביהמ"ש העליון בפסיקה הייתה כי הס' חל על 2 ההגנות. עם זאת, מרבית המקרים היו נוגעים להגנה פרטית ולא בצורך.

1. **רציונאל ההגנה הפרטית**

ביהמ"ש נמנע מלקבוע את הרציונל המדויק להצדקת ההגנה הפרטית ודווקא התמקד בשאלה האם היא צידוק או פטור (לא במושגים אלו בדיוק). הדילמה הנ"ל נבעה מנוסח ס' 18 לפ.ח.פ. בשל נוסח "הסליחה" בפ.ח.פ, ביהמ"ש נטה לאפיין את הסייג כפטור ולא כצידוק. אם היו הולכים עפ"י רציונל ההגנה הפרטית- ככה"נ היו מסווגים אותו כצידוק. גם נוסח ס' 22 התיישב יותר עם פטור, על אף שמהות ההגנה הפרטית היא צידוק. גם הנוסח כיום אינו מספק בעיני סנג'רו, שכן אין בו ביטוי לאופי ההגנה הפרטית כצידוק (במקום לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה, יש לנסח לדעתו במעשה/ מחדל שאינו עבירה).

1. **נחיצות; מיידיות; ונסיגה**

בפסיקה הישראלית, דרישת הנחיצות נתפסה כתנאי בסיסי להתגבשות סייג ההגנה הפרטית, על כן רואים ההתייחסות אליה שכיחה. **דרישת הנחיצות מחולקת ל2 רכיבים- נחיצות איכותית (אין אלטרנטיבה אחרת לפעולה) ונחיצות כמותית (הכוח שהופעל לא היה רב מן הדרוש). אלו רכיבים מצטברים, לא חלופיים.**

בקביעות של הפסיקה ניתן לראות כי יש להתייחס לכוח המגן עצמו ולא לתוצאה המקרית שלו. כמו כן, הנחיצות נבדקת בעת האירוע עצמו, לא בשלב מוקדם יותר. עפ"י הלכת ולדמן, "אין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בעת סכנה". כלומר, לרוב יש לבחון סדרת מעשים תחת ההגנה העצמית כמכלול, אך ישנם מקרים בהם יפוצלו באופן מלאכותי, דוג' פס"ד פרידמן (הבעל דקר את האישה בירך לאחר שתקפה אותו בסכין, דבר שגרם למותה). סנג'רו סבור כי בפס"ד זה יש לראות כהגנה עצמית בחריגה מהתנאים, שמצריך הקלה בעונש.

בנוסח המקורי של ס' 22 לחוק, לא הייתה דרישה מפורשת למיידיות, לכן זו נגזרה מדרישת הנחיצות "תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת". דרישה זו עוגנה בתיקון 39. כמו כן, בראשית הפסיקה לא היה ברור אם קיימת חובת נסיגה , היא נגזרה מדרישת הנחיצות בחוק והפסיקה נוטה לכיוון הטלת חובת נסיגה, לעיתים כחובה כמעט מוחלטת.

1. **עקרון הפרופורציה:**

כשמדובר בהגנה פרטית יש להסתפק בדרישה גמישה של פרופורציה ולא שוויון ממשי בין הרעות (פס"ד עסלה). בפסיקה הייתה מגמה לדון בנחיצות ובפרופורציה כמיקשה אחת, ולפי סנג'רו דבר זה יכול להתחזק של הנוסח החדש של החוק.

**החקיקה הישראלית החדשה:**

1. **שלב הביניים החקיקתי (92'-94') – תיקון 37 לחוק העונשין:** מפורט בסיכום נפרד. פחות רלוונטי.
2. **החוק הישראלי הקיים- תיקון מס' 39 לחוק העונשין**

לאחר תיקון החלק הכללי של חוק העונשין (39) הוסדרו הסייגים בסעיפים 34י (הגנה עצמית) 34טז (חריגה מן הסביר), 34יא (צורך), 34יח (טעות במצב דברים), 34יט (טעות במצב משפטי). נוסח תיקון זה שונה מנוסחו המקורי של חוק העונשין אך דומה לנוסח חוק הביניים. בסייג ההגנה העצמית הנוסח לא מראה על פטור או צידוק. יתרונותיו וחסרונותיו של החוק החדש דומים לאלו שנכתבו בחוק הביניים. שינוי משמעותי בחוק הביניים ובחוק החדש הינו שאין הבחנה בין הגנה על אינטרסים עצמיים לבין הגנה על אינטרסים של הזולת. שיפור בחוק החדש הוא הוספת דרישת המיידיות, שלא הייתה בחוק הביניים. זוהי דרישה מרוככת המתייחסת לנחיצות התגובה ולא לסכנה. המחוקק אפיין את הסכנה כמוחשית (מיותר בעיני סנג'רו), יתכן כדי לכפות על העדר דרישת המיידיות בנוגע לסכנה.

חסרון – בהמשך לדיון בס' (א) על מבחן הסבירות הרחב המופיע בנפרד מהחוק, כאן מוסיף סנג'רו כי הכללת דרישת הסבירות בנוגע לצורך, הגנה פרטית וכורח פוגעת בדרישת הפרופורציה לגבי כל אחד מהסייגים, שכן היא שונה בכל אחד מהם.

יתרון- הוספת טעות במצב משפטי, אשר פוטרת מדרישת סבירות הטעות בעבירות של מחשבה פלילית בהם טוענים להגנה פרטית מדומה.

1. **צורך**

**צורך**

**34יא. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.**

**להגנת הצורך 4 תנאים:**

1. פעולה מיידית למניעת סכנה – דוגמה מהעבודה, הערה של רועי- בראי **הצורך המצדיק** יסוד המיידיות חשוב על מנת לוודא כי לא היה מנוס מפני הכרעה מיידית בין שתי ה"רעות" אשר עמדו בפני שושנה – סכנה מוחשית לרכוש בעל ערך כלכלי רב, למול פגיעה ברכושו של בעל המכונית ובזכות הקניין שלו. לעומת זאת, בראי **הצורך הפוטר**, יש להוכיח כי שושנה היתה מצויה במצוקה קשה נוכח הצורך לפעול באופן מיידי על מנת להגן על התמונות היקרות לה כאמור מפני גשם הזלעפות.
2. סכנה לפגיעה חמורה בחיים או ברכוש.
3. מצב דברים נתון ממנו נובעת הפגיעה.
4. אין דרך אחרת למניעת נזק.
* ישנה גם דרישת הסבירות.
* בעת ניתוח הסייג להתייחס ולשים דגש על ההבחנה בין הצורך המצדיק לצורך הפוטר. לשון החוק לא מכריעה בין הצדק לפטור- יש לדון ברכיבים עפ"י שני הפנים.

**כניסה למצב בהתנהגות פסולה**

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

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

**לסייג זה 3 תנאים (פס"ד פלונית- שטרסברג כהן):**

1. הכניסה למצב הייתה מרצון, תוך אפשרות להימנע ממנה.
2. ההתנהגות המוקדמת הייתה פסולה במהותה.
3. גם אדם מן היישוב היה יכול לצפות בנסיבות אלו את עשיית המעשה האסור.

**חריג אינטרס הזולת:** חריג לסייג הכניסה למצב בהתנהגות פסולה. לפיו, הסייג חל כל עוד המעשה לא נעשה להצלת אינטרס הזולת. . עפ"י ההיסטוריה החקיקתית וגישה נוספת, החריג הנ"ל ממוקם בעת הכניסה למצב- כלומר כניסה למצב כדי למנוע פגיעה בזולת.

**חובה לעמוד בסכנה או באיום**

34טו. הוראות סעיפים 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר היתה מוטלת על האדם חובה על-פי דין או מכוח תפקידו לעמוד בסכנה או באיום. **לציין גם אם לא מתקיים.**

\*\* גם כאן חלים סעיפים 34טז, 34יח.

* חומרי קריאה:

**אהרון אנקר ורות קנאי, הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מס' 3 לחוק העונשין:**

1. **הגנת הצורך; סעיף 22א**

ישנן שתי גישות לגבי מהות הגנת הצורך- האחת מתמקדת במצב הקשה בו הנאשם היה נתון, כלומר בנסיבות שאנסו אותו לפעול כפי שפעל. הגישה השניה רואה בצורך כבחירה בין שתי רעות, כאשר הנאשם בחר באפשרות הרעה פחות. הגישה הראשונה רואה בהגנה פטור, החוק פוטר את הנאשם ממעשהו בשל הנסיבות. הגישה השניה רואה בצורך צידוק, העבירה מוצדקת כי במקרים אלו היא מביאה תועלת. החוק יכול לאמץ את שתי גישות אלו, בהתאם למקרים המתאימים להם, עם זאת ההתאמה חשובה ע"מ להתאים את תנאי ההגנה למקרה. בחוק הגרמני ובגישה האנגלית ישנה הפרדה, אך בישראל המחוקק לא הבחין בין שיקולי הפטור והצדק- הם מעורבבים בסעיף אחד. הכותבים מאמינים כי יש להפריד בין הסעיפים- אחד לכל גישה.

תנאי הגנת הצורך:

1. "מיידיות": בהגנת הצורך ישנה דרישה מפורשת למיידיות, שלא כמו בהגנה עצמית. ההצדקה לתנאי זה, הינה העובדה שמדובר באדם חף מפשע. במקרים של צורך בחירת הרע במיעוטו, צריך להכריע בין הרעות רק כשאין מנוס מבחירה. אך כשהגנת הצורך מבוססת על אינוס ואילוץ, הצורך לפעול במיידיות למניעת הסכנה, מראה על שלילת רצונו החופשי של הנאשם.
2. טיב הסכנה: "סכנה של פגיעה חמורה" באחד האינטרסים המוגנים. אם הפגיעה לא חמורה- אין הגנה, במטרה למנוע מאנשים להתערב ולעשות מעשים אסורים אלא במקרה חמור. בחוק לא מוגדרת מהי פגיעה חמורה. ההגנה חלה גם בסכנה על רכוש, כאשר הסכנה היא לפגיעה חמורה.
3. רשימת האינטרסים המוגנים: כאשר ההגנה מבוססת על אילוץ, היא מוגבלת למס' קטן של אינטרסים חשובים ביותר- פגיעה בגוף וברכוש. פגיעה בכבוד הושמטה.
4. "מצב דברים נתון": זהו ביטוי רחב הקולט גם מצבים בהם מקור האילוץ באדם.
5. "דרך אחרת למנעה": תנאי להגנת הצורך הוא שלא הייתה לנאשם דרך אחרת למנוע את הנזק (שאינה עבירה או שפגיעתה פחותה).
6. שקילות: דרישה המאפיינת את הגנת הצורך. מדובר במצב בו מתנגשים שני אינטרסים לגיטימיים, לכן הפגיעה תותר רק אם היא עומדת בתנאי של שקילות. מידת השקילות הנדרשת נתונה להחלטת ביהמ"ש. כשמדובר בהגנה של בחירת הרע במיעוטו, יש לדרוש שהפגיעה תהיה פחותה, ואף פחותה משמעותית.
7. הסייג להגנת הצורך: גם כאן מדובר בהתנהגות פסולה, האדם העמיד עצמו ברציה במצב שהביא אותו לידי הצורך. התנאי המשמעותי הינו ההתנהגות הפסולה ולדעת הכותבים אין צורך בציון הרציה כתנאי נפרד.
8. **כורח**

**כורח**

**34יב. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך.**

\*\* גם כאן חלים סעיפים 34יד, 34טו, 34טז, 34יח.

**הגנה זו מורכבת מ3 רכיבים:**

1. מעשה שנצטווה לעשותו.
2. האיום המוחשי- איום של ממש. דעת קדמי בבשיר- יש להשתמש בסייד רק כאשר על המאויים לבחור בו במקום בין חייו לבין חיי זולתו- משמע להתייחס למיידיות כשמזכירים עמדה זו, על אף שדרישת המיידיות ירדה בנוסח.
3. הפגיעה החמורה- הפגיעה הצפויה צריכה להיות פגיעה חמורה בחייו, גופו או רכושו של המאוים או זולתו.
4. האונס- המעשה נעשה בחוסר ברירה, עליו לבחור בין עשיית המעשה הנדרש לבין מימוש האיום. מי שלא הייתה לו בעת המעשה ברירה אחרת.
* חומרי קריאה:

**בשיר נ' מד"י:** המערערת הורשעה במחוזי ברצח ע"י אבנים ומקלות את אשת אביה ושלושת ילדי האישה, בשל סכסוך בין הנרצחת לאביה. היא מערערת על ההחלטה וטוענת כי פעלה מכורח איומים מטעם אביה ודודה כי ימיתו אותה אם לא תציית להם. **קדמי** מאמין כי הגנת הכורח אינה מתקיימת. הוא מבהיר כי **מעשה מכורח איומים מדבר על מצב בו על המאוים לבחור במצב של "חוסר ברירה" בין עשיית מעשה לבין מימוש האיום. במקום בו ניתן להימנע מעשיית המעשה ולנקוט בדרך אחרת למניעת האיום (פניה לשלטונות)- אין לראות במאוים כאנוס.** במקרה זה המערערת יכלה להסתלק מהמקום ולהזעיק עזרה, היא העדיפה כניעה מיידית לאיום שאינו בר מימוש מיידי. לכן, לא נראה בה כ"אנוסה".

**פלונית נ' מד"י:** המערערות הן תושבות קולומביה, הורשעו בעבירות סמים ביניהן ייבוא סם מסוכן. הן טוענות כי חלה בעניינן הגנת הכורח- עשו זאת בשל מצב כלכלי קשה, וכן כאשר הגיעו לישראל ורצו להימנע מביצוע המשימה, עשו זאת לבסוף בשל איומים על משפחותיהן. **שטרסברג כהן** קובעת כי **מצוקה כלכלית לא תקים את הגנת הכורח.** כמו כן, עמדה בפניהן אלטרנטיבה של פנייה למשטרה, בה הן לא בחרו ולכן לא מתקיים רכיב האונס. חל על השתיים הסייג "כניסה למצב בהתנהגות פסולה"- מונה את 3 התנאים לחריג. בנוסף, קובעת כי חריג אינטרס הזולת צריך לחול בעת הכניסה למצב.

**אלון נ' מד"י:** ערעורים על פרשת אתי אלון, שהובילה להתמוטטות הבנק למסחר. **השופט לוי** מבהיר כי הגנת הכורח מעניקה פטור למי שהיה נתון לאיום ישיר. במקרה זה, האיומים היו כנגד עופר, אחיה של אתי, ולא כנגדה. כמו כן, מבהיר כי בשיקולי הענישה יש להביא בחשבון את הרקע האישי של מבצע העבירה ונסיבות חייו.

**ש"ז פלר, יסודות בדיני העונשין, כרך ב 373-376:**

**הכורח:** הביטוי עבר גילגולים רבים מבחינת מינוח ואף נקרא **"כורח כפייה", ע"מ להבחין בין סייג זה האומר כי המעשה בוצע מפני שהעושה צווה לעשות זאת באיומים**, לבין "כורח נסיבות" לפיו העושה בחר בעשיית המעשה כדי להיחלץ מסכנה הנובעת מהמצב אליו נקלע. **בנוגע לביטוי "כורח הנסיבות"- נעדיף את המונח "צורך"** כדי לא ליצור בלבול. ביצוע המעשה מכורח נכפה על העושה, לאחר שבירת התנגדותו המנטלית בכך שעמד בפני הדילמה- למלא אחר הדרישה לעשות את המעשה או להסתכן במימוש האיום עליו אם לא יסכים לדרישה.

אין זה מקרה של העדר שליטה על תנועות הגוף (כוח כפייה גופנית), בה לעושה אין אפשרות בחירה אלא ביצוע מעשה מכוח כפייה באיום. במעשה מכורח איום מתבצע תהליך של בחירה בין אם להיכנע לדרישה ובין אם להתנגד ולהסתכן במימוש האיום. הגדרה עקרונית- **מצב בו נתון אדם שמבצע מעשה, בו מתקיימים כל הנתונים הרלוונטיים להתהוות עבירה פלילית, אך המעשה נעשה עפ"י דרישה בלתי צפויה של אדם אחר, תחת איום מצידו עליו בפגיעה חמורה ומידית, והציות לדרישה היה בנסיבות העניין הדרך הסבירה ביותר בה אותו אדם היה יכול למנוע את מימוש האיום.**

**השיקולים לסייג:** עפ"י השיקול התועלתי, אישי וחברתי אין טעם מבחינת מטרות הפלילים להעניש על מעשה שנעשה בשל מצב של כורח, שכן העונש לא ירתיע אדם מלהיכנע לאיומים. לא רק זאת, מטרת החוק הפלילי אינה שאנשים יתנהגו כגיבורים אלא שהציבור יכבד את ערכי החברה. לכן, גם מבחינת אמות-המידה של התנהגות סבירה של הציבור, אין טעם בהטלת אחריות פלילית על מעשה שנעשה מכורח כפייה. כמו כן, אין זה נכון מבחינת "תיוג" לסווג אדם כעבריין, כאשר הוא למעשה אנוס לבצע את המעשה ע"י העבריין האמיתי. סיווג אדם זה כעבריין נוגד את מושג הצדק. בנוסף, אין כאן סכנה לחברה שאותו אדם ישוב ויבצע את המעשה- שכן עשה זאת בעל כורחו, הסכנה הינה שמי שאיים עליו לעשות את המעשה הוא זה שיחזור ויבצע זאת שוב. לכן, בשל סיבות אלו, מעשה שנעשה בכורח הוא מעשה נעדר פליליות.

**הסייג לאור הדין המצוי:** עיקר ניתוח העבירה הוא חשיפת הרקע העקרוני והעיוני של הסייג. את הניתוח עורכים במתכונת המשקפת את מבנה העבירה הכללי, כלומר בחינה שמבצע העבירה היה נתון לתנאים בסייג. כמו כן, במקרים אלו חשובה גם התייחסותו הסובייקטיבית של העושה לנתונים העובדתיים, היא רלוונטית להתהוות הסייג, כצד נפשי. הצד הנפשי מתבטא במצבו הנפשי של העושה כלפי נתוני הצד העובדתי.