**דיני עונשין- מבואות**

**ענפי המשפט הפלילי**

**(1) דיני עונשין**

דיני העונשין הוא ענף המייצג את הדין המהותי, אוסף הכללים המחייבים המסדירים את כללי האחריות הפלילית. הכללים מסדירים את שאלת המה והאחריות הפלילית: מה צריך להוכיח בכדי לחייב אדם באחריות פלילית, איזה עונש יהיה אפשר להטיל על הנאשם בעקבות הוכחה שאכן הוא ביצע את העבירה, איזה הוכחות המדינה תצטרך להוכיח. מה צריך להוכיח, מה היא המהות, מה הם התנאים שבהגשמתם, מתקיימת אחריות פלילית.

בדיני העונשין יש כמה קטגוריות שלכללים שונים:

1. כללים הקובעים את ההגדרות של עבירות פליליות, מהי ההתנהגות שאדם צריך לבצע כדי שנוכל לייחס לו משמעות פלילית לאותה עבירה.
2. כללים הקובעים מהי הסנקציה הצפויה למי שמבצע התנהגות שמוגדרת כעבירה פלילית. יש כללים שקובעים מהי ההתנהגות ובחלק השני של ניסוח העבירה, יש את העונש שצפוי לאדם שביצע את ההתנהגות. לדוגמא: מאסר שלוש שנים בעקבות פציעה שלא כדין- תקופת המאסר הנדונה היא המקסימלית.
מעבר לסנקציות הספציפיות, שלכל עבירה יש תג מחיר על העבירה, יש שורה של כללים בחוק העונשין שהם כלליים, הם קובעים באופן כללי ובאופן שמפעילים ענישה לא לכל עבירה מסוימת, אלא בכלליות. לדוגמא: יש כלל הקובע כי אם לא נאמר אחרת, העונש הקבוע לכל עבירה הוא העונש המקסימלי.
3. כללים הקובעים תנאים כלליים שצריכים לחול על אדם כדי שיישא באחריות פלילית, הסדרה של היקף האחריות הפלילית. יש תנאים מסוימים עקרוניים, שאם הם לא חלים, האדם עצמו לא יכול לשאת באחריות. אלו לא כללים ספציפיים החלים רק על עבירה אחת, אלא הם חלים על כל דיני החוזים.
לדוגמא: סייגי הכשירות: קובע את הכשירות האפריורית של אדם לשאת באחריות פלילית.
* גיל\ קטינות- כלל הקובע את רף הכניסה לעולם האחריות הפלילית (הגיל הוא 12). החוק מניח שהוא לא יכול להיות כשיר, לא יכול לשאת באחריות פלילית, תוך הבנה שאדם תחת עולם פלילי צריך להבין מהו ההבדל בין טוב לרע, וההנחה היא שהיכולת הזו לא הגיעה למלואה מתחת לגיל 12.
* חוסר שפיות- אדם שביצע לכאורה עבירה, יוכל לקבל פטור מלשאת באחריות פלילית, אם בשעת המעשה הוא לא יכל להבין את המעשה מתוך סייג השפיות. המחוקק פוטר את הלא שפוי בשל הסיבה שהוא לא מבין את ההשלכות ואת האבחנה בין טוב לרע, האדם לא מודע, ולכן, עונש לא מהווה פתרון מתאים לנאשם. המשפט הפלילי הוא לא הכלי להתמודדות עם אותו אדם.
* היעדר שליטה- הסייג בא ואומר, אם אדם מבצע מעשה הנחשב כעבירה פלילית, אך לא היה בידו לבחור בין ההימנעות לבין העשייה בגלל מצב בריאותי- כמו עיוותיות, אותו אדם יהיה פטור מאחריות פלילית. המחוקק מניח שאין טעם במקרה כזה להטיל אחריות פלילית על אדם, כאשר ביצע את המעשה ללא יכולת לבחור בכלל.
* הגנה עצמית- הסעיף מציג את סייג ההגנה העצמית, אך מיד באותו סעיף מציג את הסייג מהסייג עצמו- מה לא יחשב תחת הגנה עצמית. הרציונל אומר שאם האדם חשוף לתקיפה, יש ביכולתו להגן על עצמו, מתוך הנחה שהקורבן הוא תמים. אבל מקום שהאדם התגרה מראש ויצר סיטואציה מסוימת, הקורבן הוא כבר לא תמים ולכן הוא ישא באחריות הפלילית.
* שכרות- כאשר אדם היה תחת חומר אלכוהולי\ מסמם, במידה והאדם לא בחר להיות תחת השפעת החומר, הוא לא יישא באחריות הפלילית בשל הסיבה שלא הייתה היכולת הראשונית לבחור להימנע מההתנהגות. המחוקק הטיל אחריות פלילית מתוך הרעיון שהאדם הוא זה שבחר והייתה לו את היכולת הראשונית לבחור לבצע את העבירה, במקרה של שכרות ללא בחירה של העובר, זה מבטל את הרעיון בבסיס דיני העונשין, ולכן הוא לא יישא באחריות פלילית.
1. כללים הקובעים דרכי ענישה ואופן הפעלתן. שורה של כללים החוסים תחת דיני העונשין והם כללים עקרונות שלא קשורים רק לעבירה מסוימת, אלא לכלל העבירות.

לחוק העונשין שני חלקים: החלק הכללי והחלק הספציפי. חוק העונשין נפתח בחלק המקדמי, חלק א' הוא הכללי וחלק ב' מגדיר את העבירות הספציפיות. הוראות החלק הכללי חלות יחדיו על הוראות החלק הספציפי(למשל, ההוראה הנוגעת לגיל האחריות הפלילית נוגעת לכל אחת מהעבירות הספציפיות המוגדרות בחלק ב' של החוק).

חשוב להדגיש, אף שלא נעסוק בכך הרבה בקורס, שעבירות פליליות יכולות להיות חלק מחוקים שאינם עונשיים במהותם(למשל, פקודת מס הכנסה) והוראות החלק הכללי תקפות גם אליהן. כלומר, ההוראות תקפות לעבירות פליליות אף אם הן אינן חלק מחוק העונשין.

**(2) סדר דין פלילי- דין פרוצדורלי**

זהו אוסף הכללים והוראות המסדירות את הליך הפלילי עצמו ואת סמכויות האכיפה של גורמי אכיפת החוק. סדר דין פלילי לא עונה על שאלת המה- מה קובע את האחריות הפלילית, אלא לשאלת האיך- כדי לברר את שאלת המה יש צורך בהליך וכללים מוגדרים מראש, כל זה הסדר הדין הפלילי שהוא הסדר הדין הפרוצדורלי, מסדיר. קובע את הגבולות של הכוח, מהם השלבים של ההליך הפלילי, באיזה מקרים משתמשים בכלי אכיפה וכו'. את כל המהות מבררים בתוך מסגרת דיונית מסודרת שזהו ההליך הלילי, זה הקשר לדין המהותי. מתאר את המסגרת של ההליך הפלילי עצמו.

דוגמאות:

* חוק הסד"פ (סדר דין פלילי)- מגדיר את סדר הדין הפלילי והדרך שיש לעבור בצורה ברורה ובחקיקה ראשית. סדר הדין הפלילי מורכב מאוד ויש עליו קורס שלם במהלך התואר(ידע אישי שלי).
* חוק המעצרים
* חקיקה בנוגע לחיפוש בגוף החשוד
* חקיקה שנוגעת לחקירת חשודים

הקשר לענף המהותי- הענף המהותי משתלב בסדרי החקירה וסדרי הדין, כאשר סד"פ הוא המסגרת הדיונית לטיפול בדין המהותי.

**(3) דיני הראיות הפליליים**

אוסף של כללים שמסדירים את האופן שבו נוכיח את הטענות המהותיות, דיני העונשין, במסגרת ההליך הדיוני. יש צורך להשתמש באמצעי הוכחה של הדין המהותי. דרכי הוכחה שבאמצעותן מתבררות העובדות השנויות במחלוקת בין הצדדים, דיני הראיות זה הכלי שבאמצעותו מוכיחים את הדין המהותי. דיני הראיות מסדירים שורה של כללים הקובעים איך להוכיח ראיות מהותיות. הענף של דיני הראיות כולל שורה של הכללי הקובעים איזה ראיות ניתן לבסס בהעמדה לדין של הנאשם.

דוגמאות: הוראות שונות בפקודת הראיות.

חשוב להדגיש: ענף דיני הראיות עוסק באילו ראיות קבילות לשימוש בבית המשפט, אילו אינן קבילות, מה משקלן של אותן ראיות וכו'. בנוסף, אמנם "החתך" בין ענפי דיני העונשין ברור למדי בשיעור, "במציאות" ענפי הדין עשויים להתערבב זה בזה ויש, כמובן, להתייחס לכולם.
לדוגמא: כלל ההתיישנות "יושב על התפר"- יש שיגידו שהוא נורמה שיושבת על הדין המהותי, ויש שיגידו שהוא דווקא חלק מסד"פ. הנושא במחלוקת, ובעל משמעות: ככל שמדובר בדין מהותי, אין ענישה למפרע וככל שמדובר בהוראה פרוצדורלית ניתן להחיל את הכלל למפרע(הרציונל הוא שלאדם אין זכות קנויה להליך כלשהו!).

בקורס זה נעסוק בדין המהותי בלבד! בשנים הבאות נלמד את ענפי הסד"פ והראיות.

**מטרת המשפט הפלילי**

מטרת המשפט הפלילי להגן על ערכים חברתיים מוגנים שנתפסים חיוניים לקיומה של חברה מאורגנת

הצורך בהסדרה- החשש שאם לא יהיה סדר וכללי התנהגות ברורים, תהיה אנרכיה, אנדרלמוסיה- אנשים לא יהססו לפגוע על מנת למקסם את האינטרסים שלהם. חייב להיות שיווי משקל, סדר מסוים, ובלמים מסוימים לתושבים על מנת שהחברה תוכל להתקיים. זהו ניסיון של המדינה להכיל גבולות אדומים- בתוך הגבולות ניתן לעשות הכל, אך לא ניתן לעבור את הגבול. החברה רוצה להגן על ערכים חשובים, וכל שיטת משפט, מדינות קובעות מהם ערכים חברתיים חשובים מספיק בשביל שדיני העונשין יגנו עליהם.

העבירות הפליליות מייצגות ערך מגן בבסיס כל עבירה פלילית. דיני העונשין באים להגן על ערך חברתי מסוים, שהחברה רואה בו כערך יסוד. פרקים בדיני העונשין "מסגירים" את הערכים שהמדינה רוצה להגן. כמו פרק: פגיעות בגוף, רכוש, וכו) המשפט הפלילי באמצעות העבירות הפליליות, באמצעות אותם איסורים מנסים להגן על ערכים חברתיים מסוימים.

רציונל תיאוריית האמנה החברתית: הפרט יוותר על החירות לפעול כרצונו בידיעה שגם אחרים מחויבים

במהלך ההיסטוריה פילוסופים ניסו להגן ולהצדיק את המשפט הפלילי על פי מספר תיאוריות. המרכזית שביניהן היא תיאורית האמנה החברתית, מפי הובס- התיאוריה קובעת שלמעשה, המצב הטבעי של האדם מייצג מאבק בלתי פוסק בין אנשים על יצירת מעמד וכוח. האנשים יעשו כל מה שניתן על מנת להגן ולרווח את האינטרסים. בשביל לצאת מהמצב של מלחמת כל וכל ולחיות אחד עם השני, הפתרון הוא ליצור אמנה חברתית, שבבסיסה כולם מוכנים להפקיד את חלק מזכויותיהם בגוף מרכזי מיוחד, הריבון, והגוף הריבון הזה תהיה לו הסמכות להסדיר את כללי ההתנהגות בחברה. יש פה הגבלה מסוימת של החירות, אך מהצד השני גם אנשים אחרים מוגבלים, מה שיוצר סטטוס קוו המאפשר לחיות אחד לצד השני בצורה מסודרת. שורה של פילוסופים מתארים את ההתאפסות של בני האדם כקהילה על מנת לשמור אחד על השני. המדינה משתמשת בעונש ככלי במורה לשמור על אותה קהילה, אותה תחושת הדדיות. עבירות פליליות מגדירות התנהגויות אנטי-חברתיות שמעמידות בסכנה רכים חברתיים מוגנים.

תומס הובס המזוהה עם התיאוריה השמרנית הרואה את יצר האדם כרע מנעוריו, יש מלחמת כל בכל- אנשים מנסים למקסם את האינטרסים שלהם אחד על פני השני, כדי שחברה תוכל להתקיים הפרטים יצטרכו להפקיד את חירותם בגורם מרכזי אחד- הריבון, והם ידעו שלמעשה למרות שהם מפקידים את חירותם, הם יקבלו דבר מזה. האמנה החברתית רואה כחוזה מרכזי בו המדינה והפרטים מצהירים על ערכים חברתיים מסוימים, ושהפרט מתחייב לשמור על אותם פרטים בתמורה לחירות האישית של כל פרט.

עבירות פליליות מגדירות התנהגויות אנטי- חברתיות שמעמידות בסכנה ערכים חברתיים מוגנים

המשפט הפלילי בהקשר הזה, הוא כלי חזק במיוחד, ואף הקיצוני ביותר שיש למדינה לנסות להפעיל את כוחה מול האזרחים ולייצר את אותו סטטוס קוו לאפשר לאנשים בעלי אינטרסים שונים, לחיות יחד. הדרך של המשפט הפלילי לעשות זו היא על ידי לחוקק עבירות פליליות המגדירות התנהגויות מסוימות שקורות בנסיבות מסוימות, למדינה יש את הזכאות והיכולת לפגוע בחירויות הפרט שפגע בערכים החברתיים המוגנים. זה העיקרון של דיני העונשין, שורה של עבירות שאסור לעשות בנסיבות מסוימות, ומצמידים לכל עבירה יש תג מחיר- סנקציה, עונש. יש את ההתנהגות, הנורמה האוסרת והעונש.

אחריות פלילית מבטאת קונפליקט בין הפרט לחברה בכללותה

מה שייחודי במשפט הפלילי זה האחריות הפלילית לעומת הדין האזרחי- גם בדין האזרחי יש הסדרה של סכסוך בין אדם לחברו, אך במשפט הפלילי יש סכסוך בין הפרט לחברה כולה. נכון שאדם עובר עבירה בראש ובראשונה הוא פוגע באדם הנגדי והספציפי. זה הנזק הישיר, אך המשפט הפלילי בא ואומר ברגע שהאדם מבצע עבירה פלילית, החזית שהוא פותח זה לא מול הקורבן הקונקרטי אלא שהוא קורא תיגר על החברה בכללותה. מה שמחזיק את החברה ביחד הוא הכבוד וההבנה שיש חובה לציית למשפט הפלילי וערכים מוגנים הנתפסים בחברה כחשובים ביותר, אדם העובר על ערכים אלו, נחשב כמסכן את שלום המרקם החברתי עידן ולן החברה תבוא בחשבון. ולכן אנחנו לא רואים את המשפט הפלילי כסכסוך פרטי, ולכן המדינה מנהלת את התהליך. הנאשם הפר את האמנה החברתית המחייבת את הכלל. בשל כך המשפט בפלילי מעניש בגין עבירות שאין מאחוריהן נפגע ספציפי, למשל פגיעה בביטחון המדינה או עבירות מס- אין קורבן מסוים אחד, הפגיעה היא בחברה כולה. יש כל מיני בעירות בסוף אין אדם אחד אינדיבידואל שנפגע, אלא החברה כולה נפגעת, זה הרעיון של סכסוך שמעבר לסכסוך פרטי. המשפט הפלילי מפלילים בגין עבירות של יצירת סיכון, יש שורה של עבירות שבהן גם שאין נפגע ספציפי ומדובר בהתנהגות מסכנת, בעלת פוטנציאל לפגוע, המשפט הפלילי מפקיע אותה, גם אם מבצע העבירה לא יצר נזק. גם במקרה שהאדם יוצר סיכון לערכים המוגנים, עדיין המשפט הפלילי רואה את הנאשם כמי שמאיים על הסדר הציבורי, שהוא הבסיס לקיום החברתי. וזו הוכחה לרעיון של סכסוך בין הפרט למדינה, ללא צורך להראות שיש נפגע בצד השני.

השימוש ברעיון בא לידי ביטוי בזה שהרבה פעמים הסכמת הנפגע, ככלל לא מעלה ולא מורידה, הסכמת הפרט השני לא תהיה טענת הגנה. הנפגע לא יכול לוותר על זכותו, לתת הסכמה שפוטרת את הנאשם מהמחויבות שלו להגן על הערך החברתי המוגן, בשל התפיסה שלא מדובר בסכסוך ביניהם, אלא זו פגיעה בחסרה כולה, הנאשם מערער על הערך החברתי, האדם עצמו הוא רק האמצעי.

עבירת גניבה או עבירת האינוס- הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית, אם מתבצעת בהסכמה המעשה הוא נורמטיבי, ולכן לא בכל המקרים, רכיב אי ההסכמה מפיל את העבירה. אלו עבירות חריגות, שבהם אם הנפגע מסכים אז אין עבירה. זה משקף רעיון עמוק שהקורבן לא יכול לוותר על הפגיעה בערך החברתי המוגן, הערך החברתי שייך לחברה כולה ולא לפרט.

**ייחודיות המשפט הפלילי (לעומת ענפי משפט אזרחיים):**

המאפיין של הזיהוי הקונפליקט הפלילי כעניין של בין המדינה לבין הפוגע הוא אחד הרכיבים שהכי מייחדים אתה משפט הפלילי, לעומת המשפט האזרחי. במשפט האזרחי כשאדם גורם לאחר נזק, הסכסוך נתפס כעניין פרטי, למדינה אין עניין או התערבות. אך הסכסוך נתפס כעניין של הפרטים. לעומת זאת, המדינה נכנסת לנעליים של המאשימה, הציבוריות של המשפט הפלילי משפיע על שורה של עקרונות וכללים, באופן שהדינים עצמם בנויים. אין סכסוך פרטי אלא סכסוך ציבורי. ולהבדלים האלו בין המשפט הפלילי ולאזרחי נלוות כמה השלכות:

1. **האחריות הפלילית גוררת תיוג (סטיגמה) וגינוי-** במובן הסמלי, מי שמורשע פלילים מוצמד לו אות קלון, כתם. מושג הביוש הוא מושג שבולט והופך להיות מרכזי במשפט הפלילי. יש משהו מתייג ומבייש בהליך, ההרשעה מדביקה לנאשם את התווית של הרשע. ניתן לראות את ההשלכות והאפקט של תפיסת המעשים של כאלה העולים לעבירות פליליות, ואף רק בחיבור של ה'אולי', זה משפיע על האופן שאנחנו תופסים את האנשים. האסוציאציה שיש והקישור, לעבירות פליליות עושה את האפקט הציבורי. הסנקציות האלו יכולות לזלוג ולחלחל גם לחיים הציבורים כלל, וגם האשם נאשם בחיים האזרחיים ולא רק בהליך הפלילי.
לכן להרשעה במשפט הפלילי יש תפקיד חשוב מאוד בהליך הפלילי, בתיאוריה של המשפט הפלילי, ההרשעה לא מתפקדת רק כמבוא לקביעת העונש, אלא יש לה תפקיד עצמאי של גינוי, שלב ההרשעה הוא השלב שמצמידים לאדם את הסטיגמה הזו. התפקיד של המשפט הפלילי הוא תפקיד שבא לשקף אמירה ערכית על מעשי הנאשם, כשמרשיעים אדם יש מסר, החומרה היא לא רק בעונש אלא משתקפת גם בשם ובסוג העבירה. המסר לא עובר רק מהמדינה לנאשם אלא גם לאזרחים הרואים את ההליך וצופים בו. לדוגמא: חוק למניעת הטרדה מינית קובע כי הפצת תמונה בעלת אופן מיני מהווה פגיעה מינית, זו אמירה ערכית המבדילה את הנאשם בהטרדה מינית לבין נאשם בפרטיות. המסר הוא ערכי בין המדינה לנאשם כפרט וחברה ככלל.
מה המסר הערכי שמעבירים בתו העולם בין החברה לבין הפרטים השונים בה?
2. **תחולת עיקרון השיוריות במשפט הפלילי: השימוש במשפט הפלילי יעשה כמוצא האחרון-** הכל נובע מאותו רעיון, בגלל חוסר הסימטריה של ההליך הפלילי, ותפיסת הסכסוך של עניין בין המדינה לנאשם, והטלת סנקציות קיצוניות, האחריות הפלילית נתפסת כסוג האחריות החמור במיוחד או לכל הפחות חמור מאוד. הדבר משתקף בקיומו של עיקרון הנקרא עקרון השיוריות במשפט הפלילי- עקרון זה בא ואומר בגלל החומרה המיוחדת שנלוות לאחריות הפלילית המדינה צריכה, וראוי שהיא תשמש בכלי הפלילי כמוצא אחרון בלבד. אם יש אמצעים אחרים שהמדינה יכולה להשתמש בהם, היא לא תשמש בכלים פליליים. אם יש כלים משפטיים רכים יותר, יש למצות אותם. יש לנסות להפעיל את הכוח הדרמטי רק למקרים שאין ברירה, רק במיצוי כל הכלים האחרים.
לדוגמא: הבטת הבטחות, שדיני החוזים מגנים עליהם, על הפרת הבטחה הצד יכול לתבוע סעד. הפרת הבטחות במשפט הפלילי ככל לא מופללת, זה שזה אינטרס חברתי בעל ערך מסוים, לזה יש את דיני החוזים. אם שני פרטים כרוכים באיזשהו הסכם שמטרתו להבטיח הבטחה מסוימת תתקיים, לצד השני יש את הענף של דיני חוזים ששם יקבל את סעדו. לעומת זאת, יש סוג של ערכים שהמדינה מרגישה שהמשפט הפלילי זה המקום להתערב- ערך חיי אדם.ולכן במקרים כאלו אנו נפליל. יש דוגמאות למקרים שהמשפט מתלבט לאיזה תחום הוא קשור- האם לשון הרע מצריך שימוש במשפט פלילי או אזרחי. יש שיטות משפט שמעדיפות את הצד הנזיקי בהליך אזרחי, ללא התערבות המדינה. שיטת המשפט הישראלי הסדירה גם בהליך אזרחי וגם בהליך הפלילי, יש עוולה נזיקית שנקראת לשון הרע, ויש עבירה פלילית של לשון הרע. במשפט פלילי בישראל בחרו לעצב את לשון הרע כעבירה הפלילית רק שזה ב מתוך מודעות וכוונה ראשונית. המחוקק קובע שבהופעת כוונה זה מצדיק את ההליך הפלילי, יש סיכון לאלימות ולפגיעה בערכים מרכזיים. אך יש המבקרים שטוענים כי יש להיזהר בהפללת יתר, ויש צורך לשמור על המשפט הפלילי כמוצא האחרון ללא שחיקתו ושימוש לא הכרחי בו.
3. **אחריות פלילית מותנית בקיומה של אשמה-** עקרון חשוב שמייחד ומלווה את המשפט הפלילי מדינים אזרחיים, הוא שאחריות הפלילית מבוססת על אשמה, לא ראוי או צודק לגנות אדם והטיל עליו את הסבל שכרוך בעונש ללא אשמה, אם הייתה לו יכולת לברוח מהמעשה שעשה. לדוגמא: סייג השליטה לאחריות פלילית. אין אשמה במובן הרחב והעמוק ולכן לא נרצה להטיל עליו אחריות פלילית.
או היסוד הנפשי- כדי לייחס לאדם אחריות פלילית התביעה תצטרך להוכיח שהוא פעל ביסוד נפשי מסוים, הלך רוח מסוים, ובדרך כלל היסוד הנפשי הטיפוסי והקלאסי הוא מודעות, האדם עצמו שביצע את המעשים המוגדרים בעבירה, הוא צריך להיות מודע להשלכות העבירה. לא נרשיע ללא יסוד נפשי מסוים. עקרון האשמה, הצורך באשמה על מנת להטיל אחריות פלילית, משתקף גם בדרישה של יסוד נפשי ובסייגים אחרים.
כל הנושא של מתי אחריות פלילית, הכל משקף את הרעיון של אשמה, הכל מבטא ונועד לוודא שנייחס אחריות פלילית רק כשיש אשמה. כל הזמן העיקרון ירחף מעל דיני העונשין.
4. **מבנה ההליך והצדדים לו:**
* הליך ציבורי
* מדינה נ' נאשם בהליך הפלילי אנו מדברים על המדינה מול הנאשם- המדינה היא התובעת, ולא הקורבן הספציפי על אף שיכול להיות שמדובר על עבירה בעלת הקורבן הספציפי
בהליך האזרחי הפרט הוא זה שמנהל ומשפיע על המשפט, מול הפלילי שזו המדינה.
* נפגע העבירה אינו צד להליך- מה המעמד של נפגעי העבירה? אם המדינה והאנשם הם מרכז ההלך, מה תפקיד נפגע העבירה? זה מעניין לראות שהמפשט הפלילי עשה שינוי במאתיים שנים האחרונות. עד תחילת המאה ה19 היה מקובל לתפוס את הסכסוך הפלילי כעניין פרטי בין העבריין לבין הנפגעים, אפילו משפט קהילתי. והמחיר של הפגיעה היא ניתן להסדיר על ידי תשלום פיצויים, גאולת דם, המקור ש המושגים מתכתב על איך שפעם משפט פלילי היה נתפס. ההליך המשפטי היה בין הנפגע לעבריין ללא התערבות המדינה. המפנה חל כאשר המודל הציבורי דחק את המודל האזרחי, בשל הסברים היסטוריים, בעקבות כל מיני תפיסות תועלתניות, הטיפול בפשע הופקע מידיים פרטיות למוסד הציבורי. המדינה נכנסת לנעלי הנפגע והתובע הציבורי הוא היחידי שמוסמך לפתוח בהליכים פליליים. היום, עד שנות האלפיים המודל היה מודל ציבורי מוחלט, המדינה היה צד להליך, לנפגע העבירה לא היה מעמד מיוחד או יתרון לשאר העדים. והסיפור, המצב הזה עורר הרבה ביקורת. לקחו מודל משפט פרטי של משפט קהילתי למודל ציבורי, עשה עוול לנפגעי העבירה, לא ניתן לבטל את מעמדו, הוא זה שסופג וסובל את השלכות העבירה באופן עמוק. ארגוני של נפגעי העבירה דרשו מעמד מיוחד ותפקיד בהליך. בישראל נחקק חוק זכויות נפגעי העבירה, והחוק לא הופך את נפגעי העבירה כצד להליך אך הוא כן מקנה לנפגעי העבירה זכויות מסוימות שלא ניתנות לכל עד בהליך הפלילי. יש כתיבה מעניינת, המראה שאם פעם היה מודל ציבורי טהור, היום מדובר במודל ציבורי מרוכך.
* כללי סדר דין שנועדו למזער חשש מפני הרשעות שווא- בניגוד למשפט אזרחי שעילת ההוכחה הוא מאזן ההסתברויות- הצד שמצליח לשכנע את המשפט יותר הוא המנצח. בפלילים מדובר על המדינה שצריכה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר. קשה לציין מהו המספר הברור של הספק, אבל מה שבטוח שזה אחוז מאוד גדול. כלומר כדי שבסופו של דבר ספק יוביל לזיכוי, הוא צריך להיות ספק סביר, של ממש, שהמשפט חייב לזכות את הנאשם. מושג הספק הסביר הוא מושג ייחודי המאפיין את ההליך הפלילי, הנגזר מחוסר השיוויון של המדינה מול הפרט, עקרון השיריות וכו. מאותה ייחודיות שההליך הפלילי הוא כלי ציבורי. הייחודיות של המשפט הפלילי תשפיע על דוקטרינות השונות.
* הקפדה על זכויות חשודים ונאשמים

**הצדקות ההפללה: על איזה ערכים ראוי שהמשפט הפלילי יגן? על אילו ערכים ראוי שהמשפט הפלילי יגן ומה מידת ההגנה שניתן להם?** (למשל, אם החלטנו שערך חשוב לנו, מה מידת ההוכחה שנדרוש? האם נדרשת מודעות או שגם רשלנות תספיק? מה יהיה היקף העבירה? האם נרחיב את היסוד הנפשי או שנקטין אותו? איך נגדיר את העבירה? מה חשיבות הערך המוגן?)אחת השאלות הנשאלות, מה היא הצדקה להפלילי? מתי נגיע למסקנה שמוצדק להפלילי? על איזה ערכים ראוי שהמשפט הפלילי יגן?

יש דילמה- גם אם יש ערך חשוב, מוצדק שהמדינה תגן עליו לא בהליך הפלילי, אבל למה שנפליל אם ניתן להגיע לכלי אחר, שהא אזרחי? וגם אם מחליטים גם אך הערך חשוב, נשאל מהו היקף ההגנה שמקנים לערך המוגן? איך נעצב את העבירות הפוגעות באותו הערך?

* עקרון הנזק- עקרון שיש לגביו קונצנזוס- במקרים הקלאסיים שנרצה להפליל, הוא מקרה בהם הנאשם מבצע נזק ברור לפרט אחר בחברה.
* פגיעה ברגשות- האם פגיעה ברגשות תספיק כדי להפליל? בסיס הפללה השנוי במחלוקת. כשהנזק הוא בפגיעה ברגשות לא בטוח שמשפט פלילי יוכל להיכנס. יש כאלו שסבורים שזה סוג של נזק מאוד חשוב ולכן מוצדק להתערב.
* אכיפת מוסר- מה קורה שיש התנהגות שאנו מרגישים שלא פוגעת באדם עצמו, אך מבחינה מוסרית היא מנוגדת למוסר המקובל? האם המוסר המקובל צריך להיות ערך מוגן במשפט הפלילי. לדוגמא: יחסים הומוסקסואליים בין בגירים בהסכמה, הנורמה המוסרית תפסה את היחסים האלו כלא מוסריים, אך אין פגיעה או נזק לאדם. כלומר יש קונפליקט- היחסים פוגעים בתפיסות המוסריות המקובלות אך עם זאת אין פגיעה בחברה.

הייתה ועדה ממלכתית שהממשלה הבריטית מינתה, שפרסמה את מסקנותיה בשנות החמישים, וברוב מכריע הוועדה המליצה שיחסים כאלו, שהיו עד אז עבירה פלילית לא יעמדו. לפי תפיסתו של הארט, התפיסה הייתה להגביל את המשפט הפלילי, יש הבדל בין משפט פלילי למוסר, כאשר לא תמד השניים הולכים ביחד. לא כל צו מוסרי יוגן תחת המשפט הפלילי. המשפט הפלילי הוא כלי למניעת נזק ולא כלי לאכיפת נורמות מוסר. נורמות מוסר יישארו תחת התחום החינוכי והלימודי ולא הפלילי. לעומת זאת הלורד דבלין, בא ומציג עמדה אחרת: זכותה של מדינה זה לקיים או לקבוע אמות מוסריות ולאכוף אותן דרך המשפט הפלילי. החוסן של הבחרה מתבטא דרך הנורמות המוסריות ולכן לגיטימי לאכוף את אותן הנורמות. הגישה המקובלת במשפט ברחבי העולם היא הגישה של הארט.

אבחנה בין העבירות:

* עבירות mala per-sa - סוג של אבחנה, עבירות שהרע בהן הוא רע כשלעצמו- המעשה עצמו מדיף ריח רע, העבירות עצמן מתאחדות עם הנורמה המוסרית. יש חפיפה בין הנורמה המוסרית לפלילית. מול עבירות שהרע שבהן הוא חוסר מוסריותן- חפיפה בין הנורמה המוסרית לנורמה הפלילית (רצח).
* עבירות mala prohbita- שהרע בהן לא טבוע מהמעשה עצמו, המעשה עצמו ניטרלי אך הוא אסור משיקולים אחרים שלא מהווים מוסר- כמו יעילות, סיכון, וכו. עבירות ש"הבעיה" שבהן אינה המוסר אלא שיקולים חברתיים(עניין של סיכון/יעילות- איסור מכירת מוצרים פגומים). ככל שנרבה בעבירות מהסוג של Mala prohibita כך עולה החשש מאי-ציות (הקורלציה בין מוסריות לאיסור מובנת יותר, בעוד שהקורלציה בין סיכון או יעילות לאיסור קשה יותר להבנה- למשל תקופת היובש בארה"ב).

הרבה מאוד מהעבירות נצמדות למוסר, אך יש טענה שמציינות שיש צורך להימנע מעבירות , אם הציבור לא מבין למה הוא פלילי כך עלול להיווצר איזושהי נכונות שלא לציית, יש חפיפה בין רצון להיענות לחוק לבין התפיסה המסורית לגביו. ככל שיש הרחקה מהחוק הפלילי לנורמות המוסריות, כך תפחת נכונות הציבור הרחב. גם בשיקולים של המחוקק בעבירות הפליליות, צריך להיזהר מלהפליל התנהגויות שהאזרח לא מבין את המהות ולמה הוא פלילי.

פטרנליזם- יש ויכוח בשאלה האם מוצדק להשתמש במשפט הפלילי בשביל לכפות על אנשים לא לגרום נזק לעצמם, כשההנחה היא שהמדינה יודעת מה יותר טוב לפרט. הדוגמאות יכולות להיות: איסור על שימוש עצמי בסמים, ההנחה היא שאין נזק, למה המדינה צריכה להתערב אם האדם לקח על עצמו? או ניסיון התאבדות, בעבר התאבדות הייתה מופללת, על ניסיון התאבדות. למה אנחנו מפלילים אדם לניסיון התאבדות? התשובה היא ערך חיי אדם, אם אד מחליט שחייו לא שווים לו, וטוב יותר לוותר על חיים לעומת להיות, כמה נכון להתערב בפטרנליזם?
פטרנליזם כבסיס להפללה? וויכוח בשאלה האם מוצדק להשתמש במשפט הפלילי כדי לכפות על אנשים לא לגרום לעצמם נזק (איסור התאבדות?)- האם ניתן לומר שהמדינה יודעת יותר טוב מהפרט מה טוב עבורו?. דווקא כאן, הארט תמך בפטרנליזם בעוד שמיל התנגד לו.

**הצדקות הענישה**

התגובה המדינית להשתת הרע על ידי האדם היא להשית עליו רע בחזרה. מכאן מגיעים למוסד הענישה, המשפט הפלילי בהתפתחותו מבוסס על הרעיון שהמדינה באה בחשבון עם אותם אלו שבאים להתנכר לערכים המוגנים. רק שבמהלך ההיסטוריה דרכי הענישה עברו תמורות והשתנו. המשפט הפלילי המודרני המיר את עונשי הביוש (העמדה של האדם מול קהל) בעונשים ממוסדים. בתי הכלא נוצרו מתוך רצון לשדר תפיסה של נאורות, היה קשה לאנשים להעמיד את האנשים בכיכר העיר ולבייש אותם, ולכן הם יצרו מנגנון בו הם מענישים את האדם, אך הכאב והסבל הוא רחוק מעיניהם. ולכן מביוש והשתת הכאב- העונש הפך והומר לשלילת החירות.

**הצדקות הענישה**

מה מצדיק מבחינה מוסרית להעניש? מהן ההצדקות שיש למדינה לבוא ולהטיל על העבריין עונש?

השיח הוא שיח שהפילוסופים של המשפט הפלילי מתווכחים עליו שנים, עד היום הוא ממשיך להיות רלוונטי. יש עיסוק תמידי סביב השאלה, מה בעצם ובאיזה זכות המדינה יכולה להעניש, ובתחום הפילוסופי והאתי התפתחו תיאוריות וגישות המנסות להצדיק את הענישה מבחינה מוסרית, שעד היום אין הסכמה גורמת לתשובה, יש את הגישות הרווחות יותר אך אין תשובה אחת נכונה.

שתי משפחות גדולות של תיאוריות שכל אחת מושכת לכיוון אחר, הרציונל בבסיס כל אחת מהן שונה:

**הצדקות גמוליות**

יש את ההצדקות הגמוליות, החוסות תחת תורת הגמול. תורת הגמול היא שם קיבוצי לקבוצה של תיאוריות המבוססות על תורת המוסר הדיאותולוגית שמה שמשותף בהן מדגישות את הערך הפנימי של המעשה, ובוחנות בעצם האם מעשה מוסרי או לפי הערך תוכן הפנימי שלו, במנותק משיקולים של תועלת, לאיזה תוצאות המעשה יוביל. במנותק מחישובים של מה בבחינת פעולה האם היא מוסרית, אני בוחנת את הפעולה כשלעצמה ולא את השלכותיה, מנסה להעריך את הפעולה מתוך עצמה.

קאנט והגל, פילוסופים חשובים אשר זרעו את הגרעין להתפתחות התיאוריות הגמוליות. התורה, תורת הגמול כמשפחה, התורה מניחה שענישה היא דבר טוב מבחינה מוסרית. משום שאנחנו מדברות על גמול שמטילים על אדם שביצע מעשים לא מוסריים. לכן, אם אדם מבצע מעשים לא מוסרים ושליליים, והתגובה העונשית היא להשית עליו רע בגלל זה, הענישה היא לא רק טובה אלא נכונה והכרחית. זה צודק שהמדינה תעשה זו. הצדק דורש שמי שעשה רע לאנשים אחרים, הוא פוגע בחברה כולה. ולכן התפיסה באה ואומרת שמי שעשה רע לחברה הוא צריך להיענש ולסבול בשל הדבר שעשה, מתוך תפיסה שצריך לגמול לרשע על מעשיו. התפיסה מדברת על מאזניים- מצד אחד האדם מפר את האיזון והצדק החברתי, בכדי לנסות ולתקן את הפרת האיזון והעיוות הזה, המדינה צריכה לפעול על מנת להעניש את האדם. איזון כפות המאזניים יקרה רק באמצעות עונש. רק בעזרת הענשה, המאזניים ישוו. מטרת העונש היא להחזיר את האיזון הקוסמי של הצדק על כנו.

**הצדקות גמוליות**

**V**

**העונש הוא טוב מבחינה מוסרית**

**V**

**השתת רע כתגובה לרע**

**V**

**עשיית צדק במבט צופה פני עבר**

**V**

**ביקורות**

וגם בתוך תורת הגמול יש כל מיני גרסאות: מצד אחד, יש כאלו שאמרים כ למדינה יש את הזכות להעניש אך לא חייבת. מהצד השני, יש כאלו המחמירים ואומרים כי המדינה חייבת להעניש ולא רק זכאית- זו החובה המוסרית שלה, על ידי זה שהאדם הפר את שיווי המשקל המוסרי הזה, המדינה חייבת לבוא ולתקן, וזה יהיה רק בעזרת הענשה.

קאנט דיבר שזו החובה המוסרית של החברה להעניש. הוא היה הקבוצה שטוענת שזה לא רק זכותה של המדינה להעניש את הפוגע אלא גם חובה מוסרית שלה. הוא נותן סוג של דוגמא שמשתמשים בה כשמנסים להבין את הרציונל של התיאוריות הגמוליות:

קאנט נותן בספרו, דוגמא של מצב כזה: נניח ויש מדינת אי, חברה אנושית שחיה על אי בודד והחברה הזו מחליטה להתפרק. באיזשהו שלב להתפרק והחברה מסיימת לפעול יחדיו. אלא שחמש דקות לפני הפיזור של אותה קבוצה, תופסים רוצח שכולם חיפשו אותו הרבה זמן. וזאת שבעוד חמש דקות החברה מתפזרת. קאנט שואל האם יהיה מוצדק להעניש את הרוצח? . לכאורה נגיד, שמבחינה תועלתנית אין שום השלכה ותועלת להעמיד לדין את הרוצח, כי החברה עומדת להתפרק. למרות זאת קאנט בא ואומר כי צריך להעניש אותו, אלא שזו חובה. והסיבה לשעליה הוא משעין את המסקנה זה בדיוק הרעיון של התיאוריה הגמולית. המטרה של הענישה היא לעשות דין צדק במבט צופה פני עבר- הרעיון הוא שאם אדם הפר את האיזון יש להענישו, ללא הסתכלות קדימה על ההשלכות. עצם ,הענישה כהשתת הרע כתגובה לרע. היא הדבר הנכון.

אם מסתכלים אחורה, הביטוי הקלאסי של תורת הגמול בחברות פרימיטיביות- הוא "עין תחת עין, שן תחת שן". כללים הסוברים כי כשאדם עשה רע נחזיר לו בדיוק באותו כאב ומטבע. בחברות המודרניות שיטת הגמול השתנתה והומרה היום דרישת הגמול בדרישת המידתיות- עיקרון הלימה- יש דרישה שהעונש יהיה הולם\ תואם לחומרת הפגיעה ולאשמה של בנאשם. הגמול מדבר על השתת הרע בפרופורציה.

ביקורת

* כל הביקורות על תורת הגמול באות מנקודת מבט תועלתניות. רק להעניש כדי להעניש? תורת הגמול נראית ונתפסת כנקמה וכדבר לא רציונלי. מה המטרה הגדולה שאנחנו רוצים להגיע אליה?
* האם זה דבר מוסרי? הדרך להשיב את הצדק על כנו, הוא לעשות מעשים נפסדים גם. האם הדרך שלנו לתקן היא להרוס? תומכי גישת הצדק המאחה הולכים על הקו הזה.
* הלימה- הקושי לעמוד ולהחליט מהו העונש המדויק למעשה. לפי תיאוריות תועלתניות שכל ההצדקה שלהן זה להשיג משהו, ניתן לבדוק ולקבוע את רמת העונש כמשיגת המטרה. בגמול המטרה היא להשתית עונש המדויק למעשה, קשה להעריך כמה יחידות סבל זה כל העבירה.
* מניעת רצידיביזם- הגמולנים לא מעניין הרתעה, הענישה באה כי זה הדבר הנכון וזה מה שיחזיר את הצדק הקוסמי על כנו. אבל איפה ההסתכלות המעשית על המה שבסופו של דבר גורם למעגל שלא שנדבר- זה זורע את הזרעים שאדם יגרום לסבל בעתיד ונצטרך לתת עליו את הגמול.

הטענה הנגדית שהגמולנים מעמידים לטענת התועלתנים (שלפי גישתם השתת כאב זה דבר לא מוסרי ופרימיטיבי): נקם הוא דבר פסול כשהוא בא בצורה לא מבוקרת, כדבר רגשי שאין בו שום רציונל. אלא בשביל למנוע מצב נגדי בו אנשים נוקמים אחד בשני והגעה למצב של סכסוכים ואיבוד שליטה, לזה יש חשיבות \ שהמדינה תיכנס לנעליים ולתפקיד הענישה והיא ממסדת את העונש בצורה מסודרת, דבר שיחליש את תחושת הנקם. דבר שיאפשר להשיב על אדם בגמולו בצורה הוגנת, מתוך ראיה שקולה ופרופורציונאלית ולא רגשית. המדינה ממתנת את הרצון של הנפגע לנקום. ברגע שהמדינה מעבירה לידיה את הענישה, היא מחלישה את תחושת הנקם של החברה עצמה.

**הגישה התועלתנית**

התורה התועלתנית שהיא משפחה של תתי תיאוריות, שמה שמשותף ביניהם הוא רעיון תיאותולוגית, הרעיון הוא של תורת מוסר תכליתית, שמסתכלת על התוצאות. אנו מודדים את הערך המוסרי של פעולה מסוימת ומעשה המסוים, רק על פי הערך שלו, כלומר אך ורק על ידי התבוננות על ההשלכות התוצאות שלו. מי שמזוהה עם הגישה התועלתנית הוא אריסטו, הוא מצדיק את הגישה התועלתנית בכך שהוא מתאר את כל העשייה האנושית כעשייה תכליתית, היא מכוונת להשיג תוצאות. מתוך ראיה תכליתית, בסוף המעשה הוא רק האמצעי בשביל להשיג מטרה, להשיג את התכלית הגדולה יותר.

במאה ה19 התפיסה האריסטוטלית הזו התפתחה לגרסה מודרנית, שהיא תורת המוסר התועלתנית. שהרעיון הוא שאנחנו מסתכלים על התוצאות שנגרמו בעקבות הפעולה. בהקשר של ענישה, הגישה התועלתנית מסתכלת ומניחה כי ענישה היא דבר רע, ביסודה דבר רע, משום שהענישה מוסיפה סבל לעולם. אבל, כיוון שבסופו של דבר בחברה האנושית, המטרה שלה באופן כללי היא למקסם את האושר והתועלת לכלל הפרטים בחברה, אנחנו מסתכלים על מה יהיו האפקטים של הענישה, ואם בסופו של דבר נגלה שהענישה תחסוך יחידות סבל בטווח הארוך, הענישה היא דבר טוב. ענישה לבד היא דבר רע כי היא מוסיפה סבל. אבל עדיין ניתן להצדיק אותה, רק במקרים בהם נראה כי הענישה מונעת סבל נוסף בעולם. אם נראה שהשתת עונש על אדם אנו יוצרים אפקט של הרתעה אישית, ובכך יש חיסכון בנפגעי עבירה עתידיים של עבירות נוספות, בכך חסכנו סבל לעולם. וכן הרתעה כללית- אם יצרתי מצב בו חסכתי לא מהאדם עצמו אלא יוצרת אפקט מצנן של נכונות החברה לבצע את העבירה, הצלחנו לחסוך סבל מהעולם. לכן, בסופו של דבר התועלתנים באים ואמרים כי אם במאזן הכללי אנחנו נגלה שהענישה בסופו של דבר חוסכת סבל עתידי בעולם, אז הרווחה המצרפית תגדל בעקבות העונש ולכן מבחינה מסורית העונש היא מוצדק. זה לא אומר שהעונש כשלעצמו הוא דבר טוב, אלא הופך להיות מוצדק רק כשאנו משוכנעים שהשתתן תמנע סבל. ולכן בסופו של דבר התועלתנים באים ואומרים כי אם במאזן הכללי אנחנו נגלה שהענישה בסופו של דבר חוסכת סבל עתידי בעולם, העונש יהיה במבחינה מוסרית מוצדק. העונש שלעצמו דבר רע אבל הוא הופך להיות מוצדק כאשר אנחנו משוכנעים שהענישה תחסוך סבל עתידי שתאזן את הסבל של העבריין.

**הצדקות תועלתניות**

**V**

**העונש הוא רע משום שמוסיף סבל בעולם אך מוצדק להטילו רק אם הטלתו תחסוך סבל עתידי רב יותר בעולם (הרווחה המצרפית תגדל)**

**V**

**עשיית צדק במבט צופה פני עתיד**

**V**

**ביקורות**

בהשוואה בין הגישות נראה כי נקודת המבט היא אחרת במובן הזה ש:

* גמול- מסתכלת על העבר, השתת רע על רע.
* לעומת זאת, תועלתנות- מחפשת בעצם לעשות צדק במבט צופה עתיד, אנו מנסים להסתכל קדימה, מה יצא מזה? אם מבחינת הרווחה והאושר העולמי הוא יגדל באמצעות השתת העונש, אז נגיד שיהיה שווה להעניש במקרה הפרטי הזה.

תחת ההצדקות התועלתניות, בעצם יש מספר שיקולים שכל אחד מהם הוא שיקול עצמאי:

1. הרתעה ספציפית\ אישית- הרעיון הוא להטיל על הנאשם עונש מתוך מטרה להרתיע אותו להמשיך ולבצע עבירות. החישוב הוא שנטיל עליו יותר סבל מהרווח שהרוויח. בפועל ההנחה היא בעייתית, יש הנחה בעייתית של רציונאליות. זו תפיסה תמימה הרואה בעבריינים כתופסים את העולם וחושבים באופן רציונאלי. זה בעיה שהתועלתנים צריכים להתמודד איתה.
2. הרתעה כללית- הצדקת הענישה לא בכדי להרתיע את האדם עצמו, אלא להרתיע את האנשים העתידים מלבצע עבירה. למען יראו ויראו. הרתעה כללית היא נקודה מרכזית בתוך ההצדקות התועלתניות.
3. מניעה- הרחקה ומניעה, הגנה על שלום הציבור. יש רצון להעניש את האדם לא בכדי להרתיע, אלא מתוך ידיעה שהאדם הוא חסר תקנה, שאין מה לעשת איתו ולא ניתן לתקן את הבעיה, ולכן יש רצון להרחיקו מהציבור במטרה למנוע את הסיכון שהאדם יפגע באנשים אחרים.
4. שיקום- בסופו של דבר עונש הוא במטרה לשקם, לנסות ולייצר מצב שאם אדם יכנס לכלא, תהיה לו הזדמנות לעשות חשבון נפש ולתקן את דרכיו. אמפירית הענישה בכלא לא מצליחה לשקם את העבריינים. בסופו של דבר בית כלא הוא בית ספר לעבריינות- הרחקה מאוכלוסייה של אנשים נורמטיביים לתוך חברה של פושעים, הגורמים לפעול על פי קודים עברייניים.

**ביקורות**

חשוב לציין כי הדוגמא של מאסר היא הדוגמא המרכזית שהפילוסופים צריכים להתמודד איתה. הדיון הוא סביב עונש המאסר שהוא העונש המאתגר יותר מבחינה של פילוסופים להתמודד להצדיק אותו. רצות הברית זכתה מכינוי של כליאת ההמונים, מדינה שכולאת אחוזים גדולים של אנשים. השיח סביב הכליאה הפך להיות למשמעותי ביותר.

* כדי שתועלתנים הנימוק שלהם יחזיק, יש צורך להראות אמפירית שהענישה מצליחה לשקם, מנוע להרתיע. ואם רואים שבפועל שהענישה לא באמת משיגה את אותן מטרות, וגורמת לסינדרום הדלת המסתובבת. ברגע שאם לא מוצאי דיווחים אמפיריים שזה מצליח להשיג הרתעת הרבים, אז בשביל מה? הדבר היחידי שזה באמת מצליח זה מניעה. אך זה גורם לא מוריד את סך העבירות בעולם- גם עבריינים שמרחיקים אותם מהחברה, הם יוצרים עבירות בכלא. כלומר שבסך הכל, אין תוצאות. זו ביקורת אחת שלא בטוח שבכדי להצדיק את התועלתנים אני חייבת להראות שזה עובד, אמפירית מראים שלא בטוח שכליאה תעשה את העבודה.
* הנחת הרציונאליות- מניחים שהעבריין חושב באופן רציונאלי בו הוא מחשב את התועלת מול הנזק לעבירה שהוא עתיד לבצע, אלא שעבריינים פועלים מתוך דחפים ומכל מיני סיבות לא רציונאליות ולכן גם אם נטיל עונשים מאוד חמורים זה לא ימנע מהעבריין לבצע את העבירות.
* יש ביקורת נוספת חזקה שמושמעת על ידי הגמולנים נגד התועלתניים. אם התועלתניים באמת באים ואומרים שמה שחשוב זה רק הסיפור של חישובים תועלתניים, אז למה שלא ניקח אדם שהוא חף מפשע, יהיה השעיר לעזאזל נפיל עליו את האשמה ואז נשיג אפקט מטורף של הרתעה. הרבה פעמים נותנים בספרות את הדוגמא שיש עייריה מסוימת בעלת מאבק בלתי פוסק של שתי קבוצות על רקע אתני שונה, והמשטרה לא מצליחה לאסור את הנאשמים. באיזשהו שלב קצין המשטרה מיואש ורוצה לפתור את הבעיה בכך שהוא תופס חף משפע ותופר לו תיק ותיווצר התרעה כללית. לכאורה אם נראה כי באמת ההתרעה תהיה כל כך גדולה שאנשים לא יבצעו עבירות, מבחינה תועלתנית זו המטרה הגדולה- הטלנו סבל גדול על אדם אחד אבל מצד שני מנענו סבל על אנשים רבים. והגמלונים שואלים האם התועלתניים מסכימים עם זה? כי מבחינה תיאורטית זה הדבר הנכון. כלומר, שאם התועלתניים עונים בשלילה, ביסוד של הגישה יש בעיה- יש שם דבר אחר, עובדה שיש חוסר נוחות לחצות קווים מסוימים גם אם התועלת גדולה. ברור שבלי קשר לתחשיבי תועלת יש דבר לא הוגן להעניש אדם חף מפשע ולהתייחס אל אדם כאמצעי להשגת מטרה גדולה יותר שזה כשלעצמו כל כך פוגע בכבוד האדם, שגם התועלתנים לא מסכימים. ולכן המסקנה היא שבסוף מרבית הפילוסופים חושבים שלא נכון ללכת לפי שיטה אחת, קשה להצדיק את הענישה רק על פי גישה אחת טהורה. הגישה הנכונה היא המעורבת והמשולבת- שיש גם רעיונות גמולים המשולבים יחד על רעיונות תועלתניים.

**מהתיאוריה לשטח: תיקון 113 לחוק העונשין**

לפני שהחוק נכנס לתוקף, הביקורת הגדולה היא לא הייתה הסדרה של שיקול הדעת השיפוטי, המחוקק לא נתן שום הנחיה לשופטים באשר לחומרת העונש ואפילו השיקולים הכלליים שאמורים להנחות את השופטים לא הופיעו בחקיקה, לא היה מדרג בין הרתעה, גמול, שיקום, מניעה, וכו. לא הייתה היררכיה ברורה שהשופט יכל לבנות באופן נוסחתי את העונש. זה יצר מצב זו כל שופט פסק לפי תפיסת עולמו, הרעיון היה שכל אחד יכל לקבוע את גזר הדין עד העונש המקסימלי, לפי ראותו בהתחשב לשיקולי הענישה הרלוונטים למקרה. לא היה שום סדר, כשאחת הביקורת החזקות היו שאנחנו פוגעים בעקרון השיוויון בענישה: נאשמים שביצעו עבירות דומות, יכולים להגיע לבית המשפט לשני שופטים שונים כשכל אחד מהם בהיעדר הנחיה ברורה בדבר ההיררכיה בשיקולי הענישה, יכולים לצאת עם עונשים לגמרי שונים. הרעיון של שיוויון בענישה וששפוטים לא יכולים להמציא ולמצוא את עצמם קובעים ענישה שונה מאוד על עבירות דומות. זה היה הרקע להתעסקות של איך נכון היה לשנות את זה.

בשנת 97' הייתה ועדה בראשות גולדברג, שניסתה לחשוב על השאלה איך ניתן להביא את שיקול הדעת השיפוטי בגזר הדין, מה שיוביל לאחידות ופחות פגיעה בשוויון. הועדה המליצה לקבוע בחקיקה קריטריונים שהם יותר ברורים. דעת הרוב דיברה על שני חלקים:

1. צריך להגדיר שיקולים מנחים בקביעת העונש
2. החלק השני היה שצריך להסמיך ועדה והיא תקבע ענשי מוצא לעבירות שונות- לכל עבירה יהיה עונש מוצע למקרה הביניים, שלא חמור מידי ולא חמור- למקרה הממוצע, וזה יהיה העונש שהשופט יוכל לצאת לקביעת העונש. מכך השופט יצא לנסיבות המקרה, יהיה לשופט עוגן להטלת העונש הספציפי.

מה שקרה בפועל, זה שהמלצות הועדה לא התקבלו. הדיון הציבורי והתקשורתי סביב המלצות הועדה, הכנסת בחרה לאמת רק את אותו החלק שממליץ לקביעת שיקולי ענישה ואת אותו הרעיון של קביעת עונש מוצא החליטו להשאיר בצד.

**מתחם הלימה**

החוק עצמו מעגן באופן מרוכז את שיקולי הענישה והיחס ביניהם. כשהמשקל הכבד ביותר ניתן להלימה, שהוא מבטא את התפיסה הגמולית. החוק קבוע כי השיקול החשוב הוא מידתיות, הרעיון הוא להטיל על האדם את סוג העונש ומידת העונש, כך שהם יהיו פרופורציוניים לחומרת המעשה ונסיבותיו, ובשקלול האשמה של הנאשם. זה בית המשפט צריך לקחת בחשבון כשהוא עושה את השקילה בין סוג ומידת העונש לבין החורה ואשמת הנאשם. חוק העונשין הישראלי בחר לתת סוג של בכורה לשיקול הגמולי, זה מתחבר לייחודיות של המשפט הפלילי- לתפיסה הגמולית שלא מתקיימת בענפים שונים. אנחנו לא רק מחשבים ומשקללים על המעשים והתוצאות.

*40ג.   (א)  בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.*

הכלל הוא כזה: כשבית המשפט מקבל מולו מקרה, הוא צריך להבין על איזה עבירה מדובר, נסיבות המקרה, מה הערך החברתי, מידת הפגיעה וכלי, אחרי שהוא מעריך את כל זה, הוא צריך לקבוע איזשהו מתחם- טווח, שהוא נקרא טווח העונש ההולם, מתחם ההלימה. מתחם הענישה לפי טווח העונש ההולם.

הסעיף קופץ לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, ולכן סעיף 40ט, נותן רשימה של נסיבות שהן בעצם משפיעות על קביעת המתחם עצמו, על הקביעה שכמה בעצם העבירה הייתה חמורה. היא משפיעה על האופן שבון אני מעריכה את העבירה עצמה.

*40ט.  (א)  בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם:*

אחרי בית המשפט שואל את עצמו מהי העבירה ואילו נסיבות אופפות אותה אז הוא בודק את אשמת הנאשם. זה מאפשר לו עכשיו לקבוע את מתחם ההלימה, המתחם שהולם את עוצמת המעשה ואשמת הנאשם. אחרי שבית המשפט קבע שיש מתחם בו יש את העונש המינימלי מול המקסימלי, בתוך מתחם זה בית המשפט יכול לקבוע את העונש לפי נסיבות שלא קשורות לעבירה. נסיבות שקשורות לנאשם עצמו. בתוך המתחם נקבע את העונש לפי נסיבות שקשורות לנאשם. השיקולים יכולים להשפיע רק בתוך מתחם ההלימה ולא על המתחם עצמו.

*40ג.  (ב)  בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ד ו-40ה.*

1. בית המשפט מעריך את חומרת המעשה לפי נסיבתיות המנויות בסעיף 40ט. נסיבות המשפיעות על העבירה עצמה ועל מידת אשמת הנאשם
2. בית המשפט קובע טווח ששם כל עונש יהיה הולם, שם נקבע את העונש המדויק, לפי נסיבות חיי הנאשם.

**שיקום והגנה על הציבור**

החוק אומר כי אחרי שקבעת את העונש ההולם יש לקבוע את העונש המותאם לפי נסיבות שלא קשורות לביצוע העבירה, אבל יש אפשרות לחרוג לגמרי מהמתחם, לצאת ממנו ולהרחיב או לצמצם בשל שיקולים של שיקום והגנה על שלום הציבור. לכאן נכנסים שיקולי ענישה נוספים וההיררכיה ביניהם.

**שיקום (תיקון מס' 113) תשע"ב-2012**

40ד.  (א)  קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו.

אם אני משוכנעת במקרה שלפני שיש פה באמת יכולת לשקם את הנאשם או שהוא כבר השתקם, שיש סיכוי אמיתי לכך, אז גם מבחינת העבירה עצמה, גגם מבחינת הטווח, מותר יהיה לחרוג מהמתחם למטה בשל שיקולי השיקום. זה מראה כי שיקול השיקום מדורג בהיררכיה גבוה. נכון ששיקול ההלימה הוא זה שקובע את המתחם, אבל עדיין אם שיקול השיקום באמת מתקיים במקרה הנידון, בית המשפט יכול לחרוג לגמרי מהמתחם ההולם ולהקל בעונש של הנאשם.

**הגנה על שלום הציבור (תיקון מס' 113) תשע"ב-2012**

40ה.  קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם; בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית.

לעומת זאת, השיקול ההפוך שהוא יציאה והחמרת העונש הוא הגנה על שלום הציבור- אחרי שבית המשפט קובע את מתחם ההלימה, הוא יכול להחליט לחרוג מהמתחם החוצה לחומרה, להחליט בגלל שיש סיכון מיוחד וחשש מיוחד לפגיעה בציבור, יש צורך לחרוג מהעונש שניתן לו, להחמיר איתו, אך יש הגבלה. וזאת בניגוד לשיקול השיקום. בהגנה על הציבור היכולת שלו לחרוג מהמתחם למעלה מוגבלת. זאת לא יכולה להיות החמרה שהיא ניכרת ומאוד רחוקה ממתחם ההלימה.

נראה ששני השיקולים בעלי חשיבות בכך שהם מאפשרים יציאה ממתחם ההלימה, אך השיקום אין הגבלות ודבר המרסן וזה בניגוד להגנה על הציבור.

**הרתעה**

**הרתעה אישית (תיקון מס' 113) תשע"ב-2012**

40ו.   מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

**הרתעת הרבים (תיקון מס' 113) תשע"ב-2012**

40ז.   מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

נשאל איפה שיקול ההרתעה? ניקח בחשבון הרתעה בתוך המתחם של הגמול. משיקולי הרתעה לא ניתן לצאת מהמתחם אלא נוכל לקבוע רק בתוך המתחם.

40 ג' (א) בית המשפט מעריך את חומרת המעשה לפי נסיבתיות המנויות בסעיף 40ט ואת אשמת הנאשם. נסיבות המשפיעות על העבירה עצמה ועל מידת אשמת הנאשם.

40 ג' (ב) לאחר מכן, בית המשפט קובע מתחם הלימה, בו עונש מינימלי ועונש מקסימלי.

**לסיכום:**

לאחר שבית המשפט קובע מתחם הלימה, ניתן לקבוע את העונש המדויק רק בתוך המתחם, **ללא יכולת חריגה.**

לחרוג מהמתחם ולהקל בגין שיקול השיקום (40 ד')

לחרוג מהמתחם ולהחמיר בגין הגנה על שלום הציבור, אך עם מגבלה (40 ה')

כל השיקולים שקשורים לנאשם עצמו (40 יא)

שיקולים הקושרים להתרעה קבועים בתוך המתחם עצמו מה יהיה העונש המדויק (40 ו'- 40 ז')

אחרי שבית המשפט קובע מתחם הלימה יש **אפשרות לחרוג ממנו**

בישראל הייתה תחושה כי המשפט הישראלי מחקה את המשפט האמריקאי- כליאה המונית, חלו שינויים ותמורות, שבין היתר תיקון 113 תרם. יש פתיחות גדולה יותר לנסות לדבר על חלופות של כליאה, לדוגמא: בתי משפט קהילתיים, תהליכי צדק מאחה. ניתן לראות כל מיני דברים המתרחשים במקביל המרחיקים מההתקרבות לאמריקאים.

**חלופות להליך הענישה הקלאסי**

**חלופה ראשונה: צדק מאחה**

**רקע**

הגישה מתפתחת בשני העשורים האחרונים בעולם, בעקבות תחושה של אכזבה מההליך הפלילי שמתקיים היום. התחושה הייתה שההליך הפלילי המצוי לא מביא לתוצאה הרצויה. מצד אחד ההליך הפלילי לא יעיל, והופך לסינדרום הדלת המסתובבת, והתחושה שההליך עצמו לא מכבד ורומס את הכבוד של החשוד ודוחק הצידה את נפגעי העבירה, שלא מקבלים מענה במקרים רבים. התחושה היא שההליך הפלילי לא באמת עובד ומשרת, ולא הומני, אנושי ועלה הרבה כסף למשלם המיסים. ואז מתעוררת השאלה, אז למה? למה להמשיך בהליך הפלילי באותה הצורה?

* דוח דורנר הוא דוח שניתן לראות בו את ההתייחסות לאכזבה שיש להליך העונשי, והחשש שאם נמשיך באותו הכיוון זה יוביל לאותה הבעיה האמריקאית- לכליאת המונים. דוח דורנר מדבר על בעיית הדלת המסובבת, העלות היקרה של הכליאה, כל זה מהווה רקע שמביא למסקנות הדוח. הדוח ממליץ בגלל ההליך הפלילי שלא עושה את העבודה, מעבר וליישם הליכים אחרים שלא מבוססים על מאסר.
* פס"ד סייג מסכם ומיישם מאוד יפה את הרעיון של תיקון 113, אין בו איזושהי הלכה חדשה ומיוחדת אלא שהוא מסכם את תיקון 113 בצורה ויזואליות.

מתוך הביקורת הזו על ההליך הפלילי העונשי החלו לצמוח כל מיני תנועות אידיאולוגיות וארגונים שביקשו לנסות ולמצוא פתרונות אחרים. מבין הפתרונות השונים, אחד הפתרונות שהוצעו היא גישת הצדק המאחה (שקראנו בצורה מורחבת במאמר "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי"). הגישה הזו מציעה סוג של פרדיגמה אחרת, איך להסתכל על עבירה, איך להסתכל על התגובה המדינית הראויה לעבירה. הגישה באה ואומרת כי במקום לראות את עבירה כפגיעה בערך חברתי שהוא מופשט והמורפי ולשים את נפגעי העבירה בצד, הרעיון הוא בעצם להסתכל על עבירה כפגיעה ביחידים ומערכות יחסים, להחזיר את הפן האנושי והאינדיבידואלי. המחשבה שהאדם פוגע בחברו, בראש ובראשונה העבירה פוגעת באנשים עצמם, בקהילה ובחברה, גם מהצד הנפגע וגם הפוגע. הפגיעה הזו יוצרת מחויבות לאחות את הנזקים. הדרך לאחות ולטפל בנזק ופצע הוא לתת מענה.

צדק מאחה

* צדק מאחה מתייחס למעשה עבירה כאל פגיעה ביחידים ובמערכות יחסים, הפגיעה יוצרת מחויבות לאחות את הנזקים, כפי שמוגדרים ע"י הנפגע והאחרים שהושפעו ממנה.
* האחריות המרכזית מוטלת על מבצע העבירה, תוך שותפות קהילות התמיכה בהסדרת התנהגותו, בפיקוח עליה ובמתן תמיכה לו ולנפגע העבירה לצורך שיקומם.
* ההליך מותנה בהסכמת הפוגע והנפגע ובלקיחת אחריות מצד הפוגע.
* ההליך מבוסס על מפגש בין הפוגע והנפגע, ותומכיהם, ונערך לאחר פגישות הכנה בנפרד שעורך מתאם ההליך עם כל אחד מהצדדים.
* הצדדים קובעים בעצמם את תוכנית האיחוי.
* ההפניה להליך יכולה להיעשות בשלבים שונים של ההליך הפלילי.

**ההליך של צדק מאחה**

קודם כל צריך להחזיר את הכוח לבעלי הסכסוך עצמם, ולא המדינה שבאה ונוטלת מונופול על הסכסוך ומלאימה את הסכסוך מבעליו. הרעיון של הגישה הוא לייצר מצב בו מפגשים את הפוגע ואת הנפגע לשיחה, למפגש איחוד. ובמפגש הזה הפוגע והנפגע ידברו ביניהם, ברמה האישית והאנושית על הפגיעה עצמה, על השלכותיה ועל הנזקים שהיא גרמה.
הנפגע יתחיל בעצם את המפגש שיספר איך הפגיעה השפיעה על חייו, איך היא פגיעה ואילו צרכים היא הולידה. לאחר מכן הפוגע עצמו יקבל את זכות הדיבור ויוכל להשיב לשאלות הנפגע, יצטרך להסביר ולספר מה עמד מאחורי המעשים שלו ויכול לספר איך הפגיעה השפיעה עליו. יהיה סוג של שיח ודיאלוג. וגם הסובבים והשוהים בחדר יכולים לספר את דעתם, ועל החוויות שלהם בתור המעטפת התומכת.
בסופו של דבר הרעיון הוא שהצדדים עצמם צריכים להחליט על תוכנית איחוי- תכנית שתיקח בחשבון את הצרכים של הנפגע ומתן מענה לצרכי הנפגע. הגישה נותנת מקום רב לנפגעי העבירה, זו גישה שהתפתחה במקור מתוך הצורך להטיב עם נפגעי העבירה. אבל בניגוד למחשבה הבינארית שנפגע והפוגע הוא משחק סכום אפס, שהצדדים פוגעים בשני, הגישה המאחה שוללת הנחה זו, אפשר להטיב עם הנפגע וגם בעת ובעונה אחת להטיב עם הפוגע- ובאה לעזור לשני הצדדים. לנסות ולבדוק איך הקהילה עצמה יכולה לעזור לפוגע, לעזור בשיקום וחזרה לחיים נורמטיביים. הרעיון הוא שמצד אחד החברה וחברי הקהילה במפגש, מגנים מוקיעים את המעשה אבל לא את העושה, הם מצליחים להבדיל בין העושה למעשה, הם מוכנים לקבל את העושה החברה ורצון להחזיר את העושה לחיים נורמליים. שזה עומד בניגוד לענישה- בדרך כלל בענישה, התגובה המדינית לעבירה היא דרך הוקעה של העושה מהחברה, אין הפרדה בין העושה למעשה, ולכן יש הדבקה של אות הקלון המקשה את החזרה לחברה הנורמטיבית.

תנאים מקדימים:

1. הכניסה להליך המאחה מחייבת בהסכמת הנפגע והפוגע לכל אורך הדרך. אם אחד לא מסכים לא ניתן להיכנס להליך הזה, או ברגע של אי הסכמה גם לצאת ממנו.
2. התנאי מקדים פה שהפוגע לוקח אחריות על המעשים. בגישת האיחוי עצמה אין דיון ושאלה האם הפוגע עשה או לא עשה, תנאי מקדים לכניסה להליך היא הודאה במעשה. מכאן והלאה הדיון הוא על ניסון למצוא איחוי ופתרון לבעיה הזו, והפתרון הוא שתוכנית האיחוי כוללים אלמנטים של פיקוח מחברי הקהילה, תמיכה שנותנים לפוגע ומענה שהפוגע צריך לתת לנפגע, יכול להיות כל מיני סוגים של משימות שהפוגע לוקח על עצמו וחלק מהסעדים שתוכנית האיחוי מכוונת אליה. מה שמאפיין את התוכנית היא הייחודיות- כל תוכנית איחוי יכולה להיראות שונה וייחודית מתוכנית אחרת, וזאת בשל הסיבה שהצדדים עצמם הם אחרים ושונים. התוכנית מנסה להיות כמה שיותר מותאמת לצרכי הצדדים, ולא מהווה תוכנית אוניברסלית. זה נובע מנסיבות וצרכים ספציפיים של כל צד, מה שגורם להתאמה של המערכת לצרכי הצדדים ולא הפוך- לא התאמה של הצדדים למערכת. זה יכול להיות יתרון אך זה נותן פתח לביקורות:

**ביקורות על הגישה**

ביקורת של פגיעה בעקרון השיוויון- פוגעים שונים יפגשו להליכי צדק מאחה שונים. וזה נובע לא רק מהעובדה שכל תוכנית איחוי היא שונה, אלא שכמו שצוין קודם, תנאי מקדים להליך הוא הסכמת הצדדים. יש מקרים שבהם הנפגע לא מסכים, וזה מוביל לאי שיוויון בענישה. וגם אנשים שונים שכן הלכו להליך צדק מאחה, ברור שתוכניות שונות יכולות להיות שונות מאוד כי הצדדים הם שונים. האם זה בסוף גישה שנוגעת בשוויון או לא? בעולם הגישה הזו כבר שנים מאוד רווחת ומקבלת מקום של כבוד באירופה ומחוצה לה. ובישראל, ממש בעשור האחרון יש דיבור מעשי ומשמעותי בנושא. היום בחוק הנוער יש כבר ברירת מחדל שמחייבת את הרשויות לבדוק את האפשרות להעביר נערים פוגעים להליכי צדק מאחה לפני שהם מועברים להליך העונשי הרגיל. לגבי בגירים יש הזדמנויות שונות בהליך הפלילי של תוכניות צדק מאחה.

ביקורת של הפרטה- יש פה הפרטה של המשפט הפלילי, אנו מוציאים את הסמכות מידי המדינה ומעבירים לצדדים עצמם. המדינה מאצילה סמכויות על הקהילה עצמה ויש יכולת לשלב את הצדק המאחה עם ההליך הפלילי של המדינה- את התוכנית בתוך ההליך הפלילי עצמו. יש יכולת לנתב את התיק להליך צדק מאחה, לדוגמא: לפני גזר דין, אחרי הרשעה- זה נעשה על ידי מתאם ולאחר מכן מתחילים את התוכנית לצדק המאחה. הרעיון הוא שניתן לנתב את התיק להליך צדק מאחה ואז הרבה פעמים השופט דורש לראות את התוכנית שהוצאה לצדדים, ולאחר הביקורת השופט יכול להחליט האם יש לתוכנית תוקף של גזר דין. ולא רק בקביעה האם לתוכנית איחוי יש מעמד של גזר דין, אלא השופט יכול לקבוע בתוך תוכנית האיחוי עצמה להכניס אלמנט עונשי קלאסי במטרה לתת מקום לרכיב הגמולי. ולכן, הביקורת של הפרטת ההליך הפלילי נחשלת משום שכל התיקים והתוכניות נתונות תחת ביקורת של המשפט. כלומר, ההפרטה לא מלאה, אלא תחת פיקוח וביקורת.

ביקורת של יעילות והרתעה- נשאלת האם השיטה יעילה? או שהיא מקלה מאוד עם הפוגע? יש הרבה ביקורות האם צדק מאחה באמת מרתיע או לא. מה שמעניין לראות שבספרות יש נתונים אמפיריים על שיעורי הצלחה גבוהים בחברות שבהן צדק מאחה הוא כלי מרכזי בשיטת המשפט. וההסבר נובע מכך שבניגוד להליך העונשי שהוא מתייג, מקטלג ומרחיק את האדם מהחברה עצמה- דבר שמייצר תמריץ לא לשתף פעולה עם רשויות החוק (ברגע שהוא יודה במעשה הוא יורשע, בניגוד לצדק מאחה שברגע שיש הודאה במעשה מתחילה תוכנית האיחוי). צדק מאחה יוצר תמריץ ללקיחת אחריות משום שגם בהודאה של הנאשם אין הרחקה שלו מהחברה, אלא הפוך, התכונית תיצור איזושהי תחושת שייכות וקבלה בתוך החברה, אך שבאותו הזמן החברה תלחץ לתיקון הקרע. בו בעת הקהילה תיתן את התמיכה וקהילה והרבה פעמים תחושת השייכות וקבלה גורמת לרצון האדם לציית ולשתף פעולה עם החוק. מחקרים מראים ששיעור הציות של האנשים עם החוק עולה כאשר יש תחושת שייכות גבוהה. גישת הצדק המאחה מבוססת בדיוק על זה, מגנה את המעשה ולא את העושה. לא מתוך התמריץ החיצוני אלא מתוך תמריץ פנימי עמוק יותר, שהאדם ירצה לשנות את דרכיו.

ביקורת של גמול- הביקורת המרכזית על צדק מאחה הוא מקומו של הגמול, הרכיב הגמולי בצדק מאחה הוא חלש יותר, שהיא בעיקרה גישה תועלתנית (מטרה להוביל לתוצאות טובות: שיקום, להוריד פשיעה, הטבה עם נפגעי העבירה, חיזוק קהילה וכו), ויש כאלו שאומרים כי הצעדים שהפוגע צריך לקחת על עצמו בתוכנית האיחוי היא סוג של הכבדות מסוימות שיכולות להיראות כגמול אבל אין פה גמול בגישה הטהורה שלו, אין השתת כאב על כאב. גישת צדק מאחה סוברת כי לא נשתית רע על רע, כדי לנטרל את הרע שהפוגע גרם לא נעשה רע, הפוך- נדרוש מהפוגע לעשות טוב. ואכן, רוב תומכי הצדק המאחה תומכים שהגישה לא מתאימה לכל סוגי העבירות ויש מחלוקת סביב שאלת ההתאמה של הגישה למקרים קשים. יש תוכניות צדק מאחה בעולם שגם חלות על עבירות קשות: לדוגמא מין. במיוחד שתוכנית האיחוי יכולה לקרות גם מחוץ למערכת המשפטית, נפגעת שלא רוצה להתלונן במשטרה ולהתחיל בהליך פלילי, יכולה לפנות באופן ישיר לתוכניות צדק מאחה. למרות שמתעורר הקושי במקרים כאלו אין תמריץ של הפוגע לפנות להליך.
איחו בעבירות רצח יש תוכניות של צדק מאחה- בין הרוצח לבין משפחת הנרצח. תוכניות צדק מאחה כאלו יעשו בשלב אחרי שהרוצח מרצה חלק ניכר מעונשו. בשלב שבו האסיר יכול להגיש בקשה של שחרור מוקדם, הרבה פעמים ועדות השחרורים רוצם לראות את עמדת הנפגע ולשלוח לתוכנית צדק מאחה. ואז עושים הליכים כאלו עם המשפחה.

**חלופה שנייה: בתי משפט קהילתיים**

כיוון אחר של מודל או מנגנון פלילי שבעצם מבקש לייצר אלטרנטיבה וחלופה למנגנון של ההליך העונשי הרגיל. המנגנון הוא בתי משפט פותרי בעיות: הרעיון הוא בשבתי המשפט האלו במקום להגיב לפשע שאדם מבצע, להגיב על העבירה עצמה על ידי סנקציה של פגיעה, יש לנסות לאתר מה בעיית השורש שגורמת מלכתחילה לאדם לבצע עבירה שוב ושוב.

יש הרבה סוגים של עבירות שאנשים מבצעים עבריינות חוזרת, הרואים את זה בעיקר בעבירות סמים או עבריינות רכוש. בכל מיני סוגים של עבירות שהבסיס של העבריינות יושב על בעיית עומק, כמו התמכרויות, מחלות נפש, בעיות אלימות או שליטה בכעסים. אנשים שצריכים לטפל בבעיית עומק אמיתית, אנשים שצריכים לעבור טיפול אמיתי שלא מבוצע. בית המשפט צריך המקום לתת מענה לסימפטום אלא לתת מענה לבעיה עצמה, לטפל באופן הוליסטי ומעמיק בעיית השורש שתגדע את מעגל השוטה.

בתי משפט קהילתיים

וריאציה של מודל "בית משפט פותר בעיות": המטרה היא זיהוי בעיית השורש שגורמת לפשיעה חוזרת וטיפול בה באופן הוליסטי ומעמיק לעצור את תופעת "הדלת המסתובבת".

המודל חורג מהמבנה הלעומתי הנוהג בהליך הפלילי הנוהג ומאמץ עבודת צוות שבה תובע, סנגור ואנשי טיול בניצוחו של השופט פועלים יחד לקדם הנאשם בתוכנית שיקום.

תכנית אורכת שנה אם הנאשם עמד בה בהצלחה- לא מוטל מאסר. הנאשם מגיע מדי שבועיים לביקורת מול השופט, שמוודא כי הוא עומד בתנאי תכנית השיקום.

ניקח לדוגמא התמכרויות: אנשים שמכורים לסמים ואלכוהול, אנשים אלו מבצעים כל הזמן עושים עבריינות רכוש במטרה לממן סמים. כל עוד לא נטפל בהתמכרות עצמה, כליאת האדם לא תגרום לשינוי דרכיו ולפתור את הבעיה האמיתית. רצידיביזם (עבריינות חוזרת).

הרעיון של בתי משפט פותרי בעיות הוא שבאותם סוגים של עבירות היושבות על בעיית עומק, במקום להגיב בתגובה עונשית של מאסר לביצוע העבירה, אנו נפנה את הנאשם להליך של שיקום עמוק, ארוך טווח. שיקום שיגיע העבריין לפיקוח שבועי בבית המשפט, תיתפר לו תוכנית ייחודית המתאימה לכל אדם ספציפי. להעביר את הפוגע איזשהו סוג של שיקום עמוק שתוך כדי ידאגו לו לבריאות ותעסוקה. הרעיון הוא לתת לו מענה לבעיית העומק, ומעטפת שתאפשר לאדם לעלות על הפס של חיים נורמטיביים.

המודל חורג מהתפיסה הזו של הליך הקלאסי של נאשם ותובע. פה, כל הצוות המשפטי והנאשם עובדים יחד כצוות ודוחפים את הנאשם לעבר התוכנית שיקום שלו. לכל נאשם נתפרת תוכנית אישית המותאמת לבעיות העומק שלו ולצרכיו, שהרעיון הוא לתת לו ליווי ארוך המאפשר הזדמנות אמיתית להירפא מהבעיה השורשית ולחזור לחברה הנורמטיבית. בסופו של דבר התוכנית היא תוכנית קשה מאוד לנאשם, שמצריכה ממנו אנרגיות והשקעה עמוקה בהליך עצמו.

בישראל יש בתי משפט קהילתיים, שהוקמו ב2014 שהראשון נפתח בבאר שבע והשני ברמלה. בזמן האחרון, התקיימה החלטת ממשלה שהראתה את הרצון להרחיב את הפיילוט שיקים 6 בתי משפט קהילתיים, אחד בכל מחוז שיפוט. הפרויקט נמצא בשלב בו מעריכים בנתונים אמפיריים את הפחתת הפשיעה באמצעות ההליך הזה מול ההליך העונשי הקלאסי.

התוכנית של בתי משפט קהילתיים מבוססת על ההנחה שכאשר אדם מרגיש שייך ונראה, ולא שקוף מהמערכת, זה יוביל להגדלת הרצון לשיתוף פעולה, השקעת מאמצים עצמיים ולהשתלב בחיים הנורמטיביים. ובנוסף, במקום ההנחה הקודמת שהאדם הוא חולה ויש לטפל בו, ושיטה זו מתקיימת ההנחה הבסיסית שמחלת הנאשם לא נובעת רק ממנו, אלא נובעת מהחברה כולה ולחברה יש חלק מרכזי במחלתו, לנוכח זאת יש חובה של החברה לעזור לנאשם ולטפל בשורש הבעיה. כלומר, למשל עוני, זו בעיה לא אישית של הנאשם, אלא מחלה של החברה כולה, ולכן עומדת החובה והאחריות של החברה לטפל ולתת לנאשם את המעטפת שתעזור לו ותתקן את המחלה.

**עקרון החוקיות**

**תיקון 39 לחוק העונשין**

חוק העונשין הישראלי עצמו, יש לו חלק כללי (הוראות כלליות המסדירות ורלוונטיות לכלל העבירות הפליליות) וחלק ספציפי (רשימת העבירות הפליליות). החלק הכללי עבר שינוי ותיקון משמעותית בשנת 94', שהוא תיקון 39. במסגרת התיקון, נחקק מחדש את כל החלק הכללי. לקחו את חוק העונשין הישן שנלקח מפקודת החוק הבריטית, המנדט הבריטי.

בשנת 94 החליטו לחוקק את כל החלק הכללי מחדש, על פי תיאוריה סדורה. מה שקרה שאת כל החלק הספציפי של העבירות עצמן, השאירו כפי שהוא. אז יש חלק כללי מעודכן וחדשני מול חלק ספציפי מבולגן וישן. לא לקחו אף פעם את כל החוק ועשו איזשהו סוג של ארגון. ולכן יש אי סדר גדול בחוק עצמו. הסיפור הזה יצור הרבה בעיות בהמשך. שכל מיני מושגים מהחלק הכללי נוגד את החלק הספציפי. נדבר על זה במשך.

**סעיף 1 לחוק העונשין**

**אין ענישה אלא לפי חוק (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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

לסעיף הזה אנו קוראים עקרון החוקיות. הרעיון הוא שרק המחוקק עצמו הוא זה שמוסמך להגדיר עבירות פליליות ולא בית המשפט. בית המשפט לא יכול להגדיר וליצור עבירות יש מעין, אלא רק המחוקק מראש בחוק ברור שעומד בתוקף הוא זה שיכול ליצור עבירות. הסעיף מחדד אבחנה בין התפקיד של המחוקק לשופט, אבחנה שהיא מאוד חשובה לעקרון החוקיות.

ההבדל המרכזי בין שופט למחוקק:

* המחוקק מייצר נורמה שתחול מכאן והלאה, הפעולה שלו היא מראש. יש הגדרה של התנהגות אסורה ללא ידיעה על מי תחול, פעולת המחוקק תחול מכאן והלאה על אנשים. פעולת המחוקק עיוור לאדם המסוים.
* הפעולה של השופט הפוכה, התיק מגיע רק בדיעבד- רק אחרי שיש מעשה שנעשה על ידי אדם מסוים. השופט בדיעבד צריך להחליט מה עושים במקרה הזה, כלומר פעולת השיפוט פעולה בדיעבד, השיפוט שלהם חל אחורה על אותו גורם שבא לפניהם. לעומת תוצאת מהחוקק שחל מכאן והלאה ועיוור לקהל בלתי מסוים.

**רציונליים**

עקרון החוקיות בא ואומר, כדי שנאסור על אנשים לבצע התנהגות מסוימת, יש צורך להביא חוק שיגדיר מראש, לפני שהאנשים מבצעים את הפעולה, מהי אותה התנהגות אסורה.

הגינות- יש פה אלמנט של הגינות- לא הגיוני להעניש אדם על עשה שעשה, אם לא נגדיר מראש שהמעשה שעשה הוא אסור.

הכוונת התנהגות- יותר מזה, אם המטרה של המשפט הפלילי היא לכוון התנהגות ולהראות לאנשים מה מותר ומה אסור וכך לכוון את ההתנהגות שלהם, יש צורך להגדיר מראש מה אסור, ולא להשאיר אמירה עמומה שרק בדיעבד בית המשפט יקבע שהאדם עשה מעשה אסור ומכאן האדם יבין כי עבר על התנהגות אסורה. יש צורך לתת חוק מוגדר מראש בכדי שהאדם יוכל לכלכל את התנהגותו ולפעול בהתאם לחוק.

חשש מפני שרירותיות\ מניעת חוסר שיוויון בפני החוק- בנוסף, עקרון החוקיות מכוון למקום של שיוויון, אם ניתן לבית המשפט את היכולת לחוקק וייצר עבירות, זה יוצר מצב ששופטים שונים מחוקקים דבר שונים, או לפרש חוק עמום בצורה מאוד שונה. איפה בעצם השיוויון? הרעיון של החוק שווה בפני כולם וחל על כולם. עקרון החוקיות בא למנוע מצב כזה, מצב של שרירותיות, של החלה רטרואקטיבית, אחרי שאדם מבצע דבר מסוים. אין רצון שהשופט יהיה זה שיגלה לנאשם שמה שביצע הוא אסור, אלא שמראש המחוקק יגדיר מה אסור ומה מותר, וכך בעצם ייצר כללים אחידים שחלים על כולם בפני כולם.

כל הדברים הללו, לא היו מובנים מאליו. לדוגמא ניקח את בריטניה המבוססת על שיטת המשפט המקובל, שהרעיון הבסיסי הוא שהמשפט מתפתח דרך פסיקה- השופטים יצרו ממקרה למקרה, המשפט התפתח דרך שורה של הלכות על גבי הלכות שבתי המשפט פיתחו. אחד הביקורת הגדולות בהקשר של המשפט הפלילי, שבמשפט הפלילי קשה לעשות זאת. דווקא בגלל הייחודית של המשפט הפלילי (כלי כוח מאוד גדול, הפוגע בזכויות אדם הכי בסיסיות וכו), דווקא בגלל זה חשוב מאוד לרסן את הכוח המשפטי והשלטוני ולייצר כללים שיחילו בצורה שווה שלא פוגעים בזכויות הפרט באופן שרירותי. לכן במשפט הפלילי מוסכם היום, שעבירות פליליות חייבות להיות רק בחוק. הן לא יכולות להיות מיוצרות על ידי בית המשפט.

יעילות וקידום התרעה- יש כתיבה מעניינית על עקרון החוקיות המדגישה את הרציונל של יעילות, קידום והרתעה. התפיסה באה ואומרת כי בסופו של דבר החוק הפלילי רוצה להרתיע, אם נייצר עבירות פליליות ונשים סנקציה לצידה, זה ימנע מאנשים לבצע עבירות, בעצם זה מביא להתרעה. הדין הפלילי בא למגר פשיעה על ידי תגובה מדינתית שהיא יכולה הענשה. אבל אם לא נגדיר לאדם מראש מה אסור לו לעשות אז לא נוכל להרתיע אותו, שלא נוכל להרתיע אותו. אם בית המשפט ידווחו בדיעבד לאדם שמועמד לדין, בגין מעשה שעשה שלא ידע שהוא אסור מראש, אלא ידווחו לו רק בדיעבד שהמעשה שעשה הוא עבירה פלילית, אז נשמט כל הרציונל תחת הרעיון של התרעה. כי האדם לא ידע להימנע מראש מהתנהגות שהיא אסורה. גם משיקולים של הרתעה ברור שיש מקום חזק לרעיון של עקרון החוקיות.

הגנה על זכויות הפרט- שוב, הרעיון הוא לשמור את כוח החקיקה של עבירות בידי המחוקק. כמובן שאם מסתכלים אחורה על משטרים טוטליטריים, במשטרים כאלו עקרון החוקיות זה עיקרון שלגמרי התעלמו ממנו. לדוגמא: גרמניה הנאצית, שלאחר התבססות המפלגה בשלטון מלומדים קבעו שעקרון החוקיות מנוגד ליסוד של מדינת הרייך. בית המשפט של הרייך קבע שכל אדם שביצע מעשה שלא מוצא חן בעיני השופט, יכול להית מורשע בעבירה פלילית. אין שום הגדרה מראש, אין שום הפרדה מסודרת בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. הדוגמאות האלו מעלות את החשש של שימוש שרירותי בכלים של המשפט הפלילי במשטרים לא דמוקרטיים.

היום במשפט הישראלי, אחת התובנות "הבנאליות" ביותר זה שחייב להיות חוק. כדי שנגדיר שמעשה מסוים אסור חייב להיות חוק. כלומר ההנחה שכאשר חוק לא אוסר התנהגות מסוימת, אותה התנהגות מותרת, ודוק: מה שלא אסור הוא מותר- מה שלא אסרנו אותו כעבירה פלילית מוסדרת בחוק, הוא מותר. הבעיה מתחילה כשבעצם יש חוק, אבל הוא מנוסח בצורה לא ברורה\ עמומה, יש ניסוח שניתן לצקת לתוכו סוגים של פרשנויות, שמי שאחראי בפועל על יציקת משמעות ולתת פרשנות לחוק הוא בית המשפט. ואז אנחנו חוזרים לאותה בעיה התחלתית: כלומר, אין פגיעה פורמאלית בעיקרון החוקיות, אך אם בפועל העבירה מנוסחת בצורה לא ברורה וכללית, הנתונה למגוון של פרשנויות, האזרח בפועל לא יכול להבין מה מותר ומה אסור, זה גורם לפגיעה קשה מאוד מהותית בעקרון החוקיות, כי בעצם, באופן מעשי בתי משפט יצטרכו להחליט רק בדיעבד האם המעשים שהאדם ביצע נכנסים לגדר ההגדרה העמומה ולא ברורה שהמחוקק נתן- בית המשפט קובע בדיעבד האם האזרח ביצע עבירה על פי החוק או לא.

זו אחת הבעיות המרכזיות בחוק העונשין. בחוק העונשין היום, יש עבירות שמנוסחות בצורה עמומה ולא ברורה, זה חוק מסורבל מאוד והניסוח שלו בדיוק מייצר את הבעיה המעשית בעקרון החוקות.

לדוגמא: סעיף של עבירת מרמה והפרת אמונים. עבירה שמנוסחת בצורה מאוד כללית, ראינו את הבעייתיות שלו בפס"ד שבס. מה ניתן להבין מהסעיף? מה זה אומר? מה אסור באמת לעשות? כל ניגוד עניינים פוטנציאלי הוא מעשה של הפרת אמונים? הניסוח מאוד כללי ולכן אנשים שיעמדו לדין בעבירות כאלו, בית המשפט הוא זה שיצטרך להחליט האם האדם ביצע עבירה כן או לא, ולכן שוב הגענו למצב הזה שמי שמדווח\ מכריז האם המעשה נחשב עבירה או לא הוא בית המשפט ולא המחוקק.

**מרמה והפרת אמונים [א/140]**

284. עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו - מאסר שלוש שנים.

ניתן לראות התפתחות מעניינת במשפט הישראלי ביחס לעקרון החוקיות במשך השנים:

בפס"ד אשל, בית המשפט דן בשאלה איך לפרש עבירה של תקלה ציבורית, עבירה שהיום בוטלה. המחוקק לא מסביר מהי תקלה ציבורית, כשבאותו מקרה העמידו לדין את חברת אשל, שבעיד היא אגד על מעשה שיכול להיחשב כתקלה ציבורית, בכך שהשביתה לא ההצדקה את מערך האוטובוסים. נראה כי בית המשפט לא נחה דעתו ונטרד מהעניין הזה שלא ברור מה זה בעצם תקלה ציבורית. האם מה שאשל עשתה עולה בגדר תקלה ציבורית? יש שם חוסר נוחות מצד השופטים מהצורך שלהם לצקת פרשנות לעבירה שהיא לא ברורה. הם מדברים שם על הרציונליים של עקרון החוקיות: הנושא של הפרדת הרשויות, לא להכניס את בית המשפט כמחוקק, הקושי ביצירת אזהרה שהיא משמעותית, חשש לשרירותיות בדין, כל הרציונליים שציינו לא מתקיימים. יש פה מבוכה מאוד גדולה לאפשרות שהם יצקו תוכן לעבירה של המחוקק, ונראה כי יש נאמנות גדולה לעקרון החוקיות בכך שהשופטים מנסים לפרש את העבירה בצמצום ומתן הגדרה אחת וברורה לעבירה. אומנם, חשין לא הרגיש בנוח לתת הגדרה אחת ברורה משום שאם הוא יעשה זאת, הוא נכנס לנעלי המחוקק, שהוא יצוק לתוך החוק פרשנות שבפועל הוא מתפקד כמחוקק.

וכל שאר הפסיקה מראה על איך בית המשפט לאורך השנים מתמודד עם מקרים שבהם העבירה לא ברורה כי היא עמומה ואילו סוגים של פתרונות הם נותנים: זה מראה על איך בית המשפט פועל

1. פתרון של שינוי: פס"ד מזרחי-נראה כי בשנות כהונתו של ברק כנשיא בית המשפט העליון, בית המשפט נוטה לפי הפרשנות התכליתית שברק ניסה לבסס. יש ניסיון לבדוק מהי תכלית החוק ולא רק על דבקות ללשון החוק. פס"ד פתאום נותן מקום לבחון ולבדוק את תכלית החוק, מה שלא היה לפני. יש מעבר מפרשנות מצמצמת למתן פרשנות מרחיבה.
2. שבס- נראה כי מאשל שבית המשפט מזועזע מהמחשבה לתת פרשנות לחוק ולהיכנס לנעלי המחוקק מפסד שבס, ש שם השופט ברק לא היה מוחק את העבירה, משום שזו עבירה חשובה שמטרתה להילחם בשחיתות. ולכן, גם אם היא מנוסחת בעמימות אין מקום לבטל אותה. להפך, זה סוג של עמימות שחשוב להשאיר כי היא מאפשרת התאים את פרשנות בית המשפט לחברה המסוימת שבאה בפני בית המשפט, משום שהחברה האי דבר דינאמי. פרשנות היא דבר שצריך לנהיות דינמי ולכן יש צורך להגיע למקום בו לא מרחיבים את העבירה יותר מידי אך מהצד השני לא לצמצם אותה יתר על המידה.

קיים מתח בין עקרון החוקיות לפרשנות התכליתית. הויכוח הזה, רואים שבית המשפט במשך שנות ה90-2000 מתנדנד כל הזמן. זה התחיל באשד, שבית משפט מתחיל לפרש על ידי הצמצום ודבקות ללשון החוק, מעבר לברק לפי גישת הפרשנות שלו המרחיבה מאוד ואז לעבר גישה שמשלבת בין הפרשנות התכליתית לעקרון החוקיות.

**תיקון 39כא לחוק העונשין**

פס"ד אלו מעידים על השחיקה של תפיסת בית המשפט לעקרון החוקיות. הויכוח הוכרע בתיקון 39 כא. בתיקון עצמו הוכרעה המחלוקת בין השופטים לאורך השנים- האם ללכת לפרשנות מצמצמת, הדווקנית ללשון החוק או לפרשנות מרחיבה ההולכת לפי תכלית החוק. הויכוח ליווה את בתי המשפט ופסקי הדין מדגימים את הויכוח בגישות השונות.
בתיקון 39 הסיפור נחתך והסעיף קובע כי הגישה שתהפוך להיות ההלכה, הדין הקיים, היא הגישה התומכת בפרשנות התכליתית. אם החוק עמום וניתן למצוא כמה פרשנויות שונות שהן סבירות לפי תכלית החוק, כשזיהינו מה תכלית החוק יש לבדוק מהם הפירושים הסבירים שתואמים את התכלית הזו. אם נשארו כמה פירושים סבירים המותאמים ויכולים לשרת את התכלית, רק אז נבחר את הפרשנות המקלה יותר, פרשנות שתצמצם את האחריות של הנאשם. ולכן באופן מעשי יכול להיות שבית המשפט יחליט על פרשנות שמרחיבה את האחריות הפלילית והמחמירה עם הנאשמים, כתוצאה מכך שהוא החליט שזו הפרשנות היחידה התואמת לתכלית החוק. ולכן, היום תיקון 39 פותח את הפתח לבית המשפט לאמת במקרים מסוימים פרשנויות שיכולות להחמיר עם הנאשמים, ולהרחיב את האחריות הפלילית במידה ונקבע שזו הפרשנות היחידה הסבירה לתכלית החוק. אומנם, במידה ויש יותר מפרשנות אחת התומכת בתכלית, יש לבחור את המצמצמת.

**פרשנות (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34כא. ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

בית המשפט מאמץ פתרון פשרה: מצד אחד הכלל יהיה איתור תכלית החקיקה, פרשנות שלא תהיה הולמת את התכלית לא נקבל אותה גם אם היא הולמת את לשון החוק. אחרי איתור התכלית, אם ניתן לזהות כמה פירושים סבירים שהולמים את התכלית, אז הבחירה תהיה באפשרות המצמצמת. בקרב שבין הפרשנות התכליתית לבין המצמצמת- התכליתית מקבלת את הבכורה, כי היא הכלל מסדר ראשון. ברק הצליח בהליך החקיקה לעגן בחוק את העדיפות לפרשנות התכליתית.

פס"ד אהובה לוי מראה איך בית המשפט מיישם את תיקון 39 בלי שהוא בכלל מזכיר אותו. תקנה שאוסרת על הצמדת אוזניות לאוזניים. רואים שלאחר בחינת הוראת תקנה והפירושים לה, בהמ"ש עומד על התכלית של התקנה, ומצליח לפרש את התקנה במובן שעונה לתכלית החוק ומצמצם את האחריות של הנאשם. בית המשפט מדבר על תכלית החוק ובוחר את הפרשנות שמשרתת את התכלית וגם מצמצמת את אחריות הנאשם.

עדיין יש ויכוח לשאלת מקום בית המשפט ועקרון החוקיות- יש כאלו הטוענים שבית המשפט הרחיק לכת ולא נאמן לעקרון החוקיות.

**יסודות העבירה- מבוא**

**מבנה העבירה**

כל עבירה בסופו של דבר מורכבת מארבעה רכיבים\ אלמנטים: שזו דרישה מצטברת.

**עושה העבירה**

המבצע, מישהו צריך לבצע את העבירה הזו. העבירה עצמה לא כוללת בניסוח שלה את עושה העבירה, אך בשביל שהעבירה תקום, חייב להיות אדם מבצע. בנוגע לאחריות הפלילית האדם חייב להיות אדם בוגר (מעל גל 12), שפוי בדעתו (כזה שלא חל עליו סייג השפיות), בעל שליטה (לא כזה שחל עליו סייג הכשירות). אדם שנופל בסייג הכשירות, לא חלה עליו האחריות הפלילית ולכן הוא לא נכנס להליך הפלילי.

מבנה העבירה

1. עושה העבירה
2. אובייקט העבירה (הערך המוגן)
3. היסוד העובדתי
4. היסוד הנפשי

**אובייקט העבירה (הערך המוגן)**

הערך המוגן שעומד בבסיס האיסור. כל עבירה אוסרת על התנהגות מסוימת, והרעיון הוא שאובייקט העבירה הוא הבסיס שלה, הוא הערך החברתי המוגן שהאיסור בא להגן עליו. אובייקט העבירה משקף והוא תכלית האיסור. אם נסתכל על החלק הספציפי, נראה שהעבירות מסווגות לפי הערכים החברתיים שעליהן הן מגינות. הרעיון הוא שאין עבירה בלי שאין אובייקט, תכלית אותו, ערך מוגן. ההבדל במידת ההגנה של הערכים המוגנים השונים, היא בהגדרת העבירה עצמה, כלומר הרוחב של ההגנה מושפעת על פי הניסוח. המחוקק בוחר להגן על עבירות שונות המגינות על ערכים שונים בצורה שונה, הבאה לידי ביטוי בניסוח שונה. בדרך כלל העבירות שמגינות על שלמות הגוף וחיי אדם, העבירות יהיו כוללות עבירות של סיכון, גם אם בפועל אין גרימת נזק. כלומר, המחוקק בוחר לנסח ולשרטט את היקף ההגנה על עבירות שבהן הערך הוא חיי אדם בצורה רחבה עד שנכנסות תחת העבירה גם עבירות שמעמידות בסיכון ולא רק מצב של פגיעה. לעומת זאת, אם נסתכל על עבירות רכוש, זה משני בחשיבותו ביחס לבני אדם, ולכן בקניין לא נראה עבירות של העמדה בסכנה. עבירות אלו משכללות רק במקרה שלפגיעה ולא בסיכון.
המחוקק בוחר כמה רחב לשרטט את ההגנה לפי החשיבות שיש לכל ערך. ובקצרה: ככל שהערך המוגן משמעותי ומהותי יותר, נראה שהיסוד העובדתי והנפשי הנדרשים לצורך הרשעה מחמירים פחות ו"מקלים" על ההרשעה.

**היסוד העובדתי**

כל עבירה ועבירה ניתן לחלק לשני יסודות: עובדתי ונפשי. שילובם יחד מרכיב את האיסור הפלילי השלם.

היסוד העובדתי הוא היסוד הפיזי שנדרש כדי לקיים את האיסור הפלילי. היסוד העובדתי מתאר מה ההתנהגות האסורה, אילו נסיבות צריכות ללוות את ההתנהגות כדי לקיים את העבירה, ולעיתים(לא בכל עבירה) אילו תוצאות צריכות להיגרם כדי שהיסוד העובדתי יתקיים. היסוד העובדתי, בניגוד ליסוד הנפשי, עוסק במציאות והוא אובייקטיבי.

**היסוד הנפשי**

בפן הפלילי, בשל התיוג והתוצאה הקשה של ההפללה, לא יספיק קיום היסוד עובדתי לבדו(כמו בדיני הנזיקין- גרמת נזק, תשלם!) אלא בחינה של הכוונה ש"מסתתרת" מאחורי המעשה הפלילי.
היסוד הנפשי הוא אותו חלק בביצוע העבירה שמתאר את הלך הרוח\המצב המנטלי שמלווה את ההתנהגות של הנאשם בעת ביצוע העבירה. היסוד הנפשי מתאר את היחס הנפשי השלילי ביחס לכל אחד מהרכיבים של היסוד העובדתי. בגדול- לרוב, היסוד הנפשי המינימלי שאנחנו מסתפקים בו כדי להרשיע אדם- מודעות. מודעות של אדם לטיב המעשים שלו, אולי גם לתוצאות אותו המעשה.
אומנם יש יסוד נפשי שהוא נדיר יותר, שהוא רשלנות. רשלנות פלילית מדברת על אדם שלא מודע לטיב המעשה או לנסיבות הנותנות למעשה את הגוון השלילי, אך במקום שאדם אחר בנעליו יכל להיות מודע. המשפט הפלילי לא מסתפק במצב כזה, אלא הוא דורש מודעות מלאה, משום שללא מודעות מלאה לא ניתן להגיד שהאדם בחר להתנהג כך. אומנם, במקרה כזה, אנחנו כן מפלילים את הרשלן בכך שכל אדם מהיישוב היה צריך להיות מודע, וזה שהאדם הספציפי לא היה מודע מראה על בעיתיות באדם עצמו, זה מצביע על חוסר רגישות של האדם. אנחנו נראה את עוולות הרשלנות בעבירות שבבסיסן עומד ערך חברתי מוגן חשוב ביותר. לדוגמא: עבירות המתה, ערך חיי אדם הוא כל כך חשוב ולכן אנו מגדילים את היקף האחריות הפלילית, ולכן נפליל גם אדם שלא היה במודעות מלאה. בערכים מוגנים כל כך חשובים אנחנו נרצה להכניס לתוך האחריות הפלילית יותר אנשים, וזה בניגוד לעבירות רכוש. המשחק של ערך מוגן חשוב, הוא משפיע על האופן שבו היסוד העובדתי והנפשי יוגדרו בכל עבירה ועבירה, שזה בעצם השפעה על הרחבת או צמצום הדרישות ביסוד העובדתי והנפשי.

היסוד הנפשי יכול להיות קריטי בקביעת חומרת העבירה! ייתכן בהחלט שהיסוד העובדתי בשני מקרים יהיה זהה, אך קיומו של יסוד נפשי "חמור" יותר יביא להטלת עונש קשה בהרבה(למשל, עבירות ההמתה- יסודותיהן הפיזיים דומים מאוד אך היסוד הנפשי מגדיר את מדרג החומרה ומבדיל ביניהן- הריגה, רצח, וכו'). למשל, רצון להמית שייחשב לרצח, או חוסר-צפיות שהמעשה יגרום למותו של אדם אחר(גרימת מוות ברשלנות).

**היסודות במשפט הפלילי והקשר ביניהם**

חוק העונשין פותח את החלק הכללי שלו בעבירה פלילית והאחריות לה, כאשר האחריות מורכבת מכמה אלמנטים:

1. יסוד עובדתי בעבירה- ס' 18
2. יסוד נפשי בעבירה-ס' 19-21
3. אחריות קפידה

היסוד העובדתי והיסוד הנפשי, אלו יסודות הקיימים בכל עבירה ועבירה פלילית לפי הגדרתה. בין אם היא מנויה בחוק העונשין ובין היא מנויה מחוץ לחוק העונשין. מדובר על סעיפים שנמצאים בחלק הכללי, אלו הוראות כלליות שיחולו על כל הוראה ספציפית- בין אם היא בחוק העונשין ובין אם לא. בכל עבירה פלילית יש יסוד עבודתי ונפשי הקבוע בהגדרת העבירה. ותמיד נצטרך להוכיח את שניהם בשביל לייחס אחריות פלילית לאותה עבירה.

**עקרון המזיגה\ עקרון הסימולטניות**

עקרון המדבר על היחס בין העקרונות נקרא עקרון המזיגה\ עקרון הסימולטניות, עקרון זה בא ואומר כי היסוד הנפשי והעובדתי אמורים להתקיים בו זמנית. היחס הנפשי של הנאשם תוך כדי שהוא פועל, צריך להיות כלפי המעשה, הנסיבות והתוצאות שהמעשים שלו גורמים. לדוגמא: כדי שאדם יואשם ברצח, צריך להראות שבעת המעשה הוא היה מודע למעשה, לנסיבות ולתוצאות שיגרמו.
כלומר היסוד הנפשי והעובדתי שלובים יחד עם שני. צריכה להיות מודעות לטיב המעשה, לנסיבות כפי שהן מוגדרות בעבירה ושהמעשה גורם לתוצאות לפי שהן מוגדרות בעבירה.
באיזה מקרה זה לא יהיה ביחד? ניתן לחשוב על מקרים שבהם לנאשם עצמו יש מחשבות מסוימות אך הן לא מתקיימות בזמן המעשים שלו. אנחנו צריכות להראות שהמחשבה הפלילית היא כלפי התנהגות הפיזית שלו באותו הרגע. הדרישה לסימולטניות היא לא רק טכנית- קורה באותו הזמן, אלא צריך להראות שהדרישה היא מהותית- היסודות מתקיים בו זמנית ומתייחסים זה לזה.

הדרישה הסימולטניות היא זו שיוצרת מגוון של עבירות שונות בחוק העונשין. כאשר מה שיבחין בין העבירות אלו היסודות:

* שוני ביסוד הנפשי- היסוד העובדתי זהה בכל העבירות אלא שהיסוד הנפשי הוא זה השונה. לדוגמא: חמשת עבירות ההמתה.
* שוני ביסוד העובדתי- מהצד השני יש גם עבירות בעלות יסוד נפשי זהה אך יסוד עובדתי שונה, לדוגמא: חבלה חמורה (ס' 333) ופציעה (ס' 334), בשתי העבירות היסוד הנפשי זהה (מודעות\ פזיזות), אלא שהיסוד העובדתי שונה- בחבלה חמורה המעשה צריך להיות כזה שגורם לתוצאה של חבלה חמורה, אלא שבפציעה, האדם צריך לעשות מעשה כלשהו הגורם לפציעה. התוצאה היא זו שצריכה להיות שונה.
* שוני גם ביסוד העובדתי וגם ביסוד הנפשי- יכולות להיות גם עבירות השונות גם ביסוד עובדתי וגם ביסוד הנפשי: לדוגמא חבלה חמורה (מודעות ותוצאות של חבלה חמורה) מול עבירת הגניבה (מודעות וכוונה).

השילוב בין היסוד הנפשי לעובדתי הוא זה שיוצר את המגוון, הניסוחים השונים של המעשים, התוצאות והנסיבות, והגדרה מנטאלית שונה, זה מה שיוצר את העושר של האיסורים הפליליים בחוק העונשין.

**דרישות יסוד עובדתי ונפשי**

כדי שתקום אחריות פלילית של אדם לאיסור פלילי מסוים, התביעה חייבת להוכיח מעבר לספק סביר, שאותו נאשם מקיים גם את היסוד העובדתי וגם את היסוד הנפשי הקבוע באותה הגדרה של עבירה שרוצים לייחס לו. הכלל אומר כי בחוק העונשין יש המון עבירות המגדירות התנהגות מסוימת, שמי שמקיים אותן חשוף לסנקציה. כדי שנייחס לנאשם קונקרטי אחריות פלילית, צריך להוכיח שאותו אדם קיים גם את דרישות היסוד המוגדר בעבירה (מעשה, נסיבות, תוצאות) וגם להראות שהוא פעל עם אותו יסוד נפשי. ולכן נראה כי קודם יש צורך לנתח כל עבירה בפני עצמה, ולאחר מכן שיש את ההבנה מה העבירה דורשת בכדי להפליל נאשם, אז אשווה את המקרה וחומר הראיות ליסודות העבירה.

**היסוד הנפשי**

באופן כללי היסוד הנפשי מבטא את מצב התודעה, מצבו הנפשי של האדם ביחס להתנהגות שהוא מבצע. האם כשהאדם ביצע את ההתנהגות האסורה שמוגדרת בעבירה, האם האדם היה מודע לזה או לא מודע. בדרך כלל היסוד הנפשי הנדרש כדי להפליל אנשים הוא מודעות. אנו דורשות שהנאשם יבצע את ההתנהגות האסורה כשהוא מודע, מודע לטיב ההתנהגות, מודע לנסיבות שסובבת את התנהגותו, כי ההנחה היא שכשאדם מבצע את ההתנהגות הזו ביחס לנסיבות שמסביב, הוא בעצם בוחר. בוחר לפגוע בערך החברתי המוגן. היסוד הנפשי, ניתן לאתר אותו מתוך ההגדרה של העבירה הפלילית- מכל עבירה ניתן לאתר את היסוד הנפשי שצריך להתקיים בנאשם תוך כדי ביצוע ההתנהגות שלו. היסוד הנפשי הוא אותו הלך נפש שמלווה את ההתנהגות הנאשם, תוך כדי ביצוע . תוך כדי שהנאשם מבצע את היסוד העובדתי: כלומר תוך כדי שהוא מבצע מעשה מסוים, בנסיבות מסוימות וגורם לתוצאה מסוימת, הוא גם צריך לעשות את זה בליווי איזשהו מצב תודעה מסוים, איזשהו מצב מנטלי מסוים. כלומר היסוד הנפשי יהיה אותו יחס נפש שלילי של הנאשם, אותו יחס תודעתי שיש לנאשם כלפי כל אחד מרכבי היסוד העובדתי. האם הוא היה מודע לטיב מעשיו? לנסיבות שהתקיימו באותו הרגע ונתנו למעשה את הגוון השלילי? מעשה שהוא עושה עלול לגרום לתוצאה שקרתה והיא אסורה? הרעיון הוא שכל עבירה לא מסתפקת רק בהתנהגות חיצונית שהאדם עושה אלא היא גם דורשת יחס נפשי של אותו אדם כלפי ההתנהגות שלו. היסוד הנפשי ברירת המחדל, שבדרך כלל נדרש בהתקיים בנאשם בעת ביצוע ההתנהגות שלו, זו המודעות. הוא צריך להיות מודע, לכל מה שהוסבר למעלה.

התפיסה באה ואומרת כי לא מספיק במשפט הפלילי, שהאדם יבצע איזושהי התנהגות שהיא מזיקה לחברה, לא מספיק שיהיה ביטוי חיצוני. אדם שעושה מעשה פוגעני ומזיק לאחרים באופן סתמי. מה שהופך את ההתנהגות לאנטי חברתית במובן הפלילי שלה, להבדיל במובן הנזיקי שלה, בדיוק בגלל שמדובר על הפללה והשלכותיה, התפיסה שכדי שהאחריות הפלילית תתגבש, לא מספיק שהאדם יתנהג התנהגות אנטי חברתית אלא שמבחינה מנטלית תבטא את האנטי החברתיות שלה, וזה מתבטא במודעות הנאשם. מה שהופך את ההתנהגות החיצונית לפלילית, הוא לא רק הנזק עצמו אלא הכוונה המסתתרת מאחורי המעשים. אותו יסוד נפשי שלילי המראה שהאדם עשה זאת מתוך בחירה, שבחירה זו מבטאת את ההתנכרות שלו לערכים חברתיים המוגנים. ולכן כדי שנשים את התיוג הפלילי, האדם צריך לא רק נזק, משום שכך לפעמים האדם יכול לעשות זאת בטעות, אלא שבשביל להטיל אחריות פלילית יש צורך להראות שאותו הנזק שגרם במעשיו נעשתה ביודעין, מתוך בחירה. הייתה לו אפשרות להימנע מלבצע את המעשה אך הוא בכל זאת בחר. היסוד הנפשי מייצג את המצב המנטלי השלילי שמעבר לנזק החיצוני, הבחירה. השילוב בין היסוד החיצוני עם היסוד הנפשי זה מה שיוצר את ההצדקה להטיל אחריות פלילית. היסוד הנפשי הוא אלמנט מאוד מרכזי בקביעת החומרה של תופעה מסוימת, יכול להיות שאדם גרם לנזק מסוים אך הוא עושה זאת בליווי יסוד נפשי שונה. לפעמים, מה שקובע את העבירה זה היסוד הנפשי- הנזק יכול להיות אותו הדבר אך בגלל יסוד נפשי שונה זה יוביל להטלת עבירה אחרת. איך סוגים שונים של יסוד נפשי משפיעים על חומרת העבירה. היסוד הנפשי מגוון לנו את העבירות, הוא יכול לגרום לנו עבירות שונות בחומרה שלהן למרות שהנזק לפי המצב העובדתי הוא אותו הנזק. אם אין יסוד נפשי אין עבירה פלילית. כי האחריות הפילית מבוססת על אשמה, היא דורשת אנטי חברתיות פנימית ולא רק את ההתנהגות עצמה, יש צורך באיזושהי בחירה של האדם להתנכר לערכים החברתיים המוגנים.

**(1) הרכיב העובדתי**

כל עבירה מוגדת כמעשה שאסור לעשותו ומנגד סנקציה. אך אם נפרק את העבירה ניתן למצוא שני יסודות: יסוד עובדתי ויסוד נפשי. היסוד העובדתי הוא אקטוס ראוס, זה הביטוי החיצוני האובייקטיבי של ההתנהגות שהיא אסורה על פי האיסור, שהנאשם צריך לבצע בשביל לקיים את האיסור הפלילי. היסוד העובדתי מתאר את ההתנהגות האסורה, איזה נסיבות צריכות ללוות אותה כדי לתת את הגוון השלילי, ואיזה תוצאות ההתנהגות הזו יכולה לגרום. זה הביטוי שקורה מחוץ לתודעת הנאשם, זו המציאות. כל זה נקרא יסוד עובדתי והוא כבול בעל עבירה. היסוד העובדתי הוא בסופו של דבר ביצוע מעשים מסוימים בנסיבות מסוימות.

רכיבי היסוד העובדתי (ס' 18)

סעיף 18 מורכב משלושה סעיפי משנה:

(א)  "פרט", לענין עבירה - **המעשה** בהתאם להגדרתה, וכן **נסיבה** או **תוצאה** שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה.

אבל אנחנו נתרכז בסעיף א':

הדבר הראשון שאנו יכולות לראות זה שהסעיף קובע כי: בכל עבירה תמיד יהיה מעשה והעבירה צריכה להגדיר את המעשה " המעשה בהתאם להגדרתה", אך אין הכרח שבסעיף העבירה יוגדרו הנסיבות או התוצאות שנגרמו על ידו, " מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה".

הסעיף מגדיר את פרטי היסוד העובדתי, כלומר מגדיר מהם פרטי היסוד העובדתי שנמצאי בכל הגדרה של עבירה פלילית. נראה כי היסוד העובדתי מורכב משלושה פרטים:

1. המעשה\ רכיב התנהגותי- משתמע שבכל הגדרת עבירה תמיד יהיה מעשה. החוק בא ואומר שבכל מקום שכתוב מעשה זה גם יכול להיות מחדל, כלומר אדם יכול לבצע עבירה על ידי זה שהוא עושה מעשה באופן אקטיבי או על ידי זה שהוא נמנע מלעשות מעשה שיש לו חובה לעשות אותו. לכן כמושג שיכול לשקף גם את העשייה האקטיבית וגם את העשייה המחדלית יהיה רכיב התנהגותי. הרכיב ההתנהגותי בעבירה יכול להיות גם פסיבי וגם אקטיבי. הרכיב ההתנהגותי הוא אלמנט הכרחי בכל עבירה. בכל עבירה תהיה התנהגות מצד הנאשם שיכולה להיות או בהתנהגות אקטיבית הבאה לידי ביטוי במעשה פיזי שלו, או בהתנהגות הבאה לידי ביטוי באי עשייה במקום שיש חובה עליו לפעול. הכלל הזה שנקרא גם עקרון ההתנהגות, קובע כי אין מעשה ללא התנהגות. על איסור פלילי יהיה מלווה באיזושהי דרישה של הנאשם לבצע התנהגות כלשהי או במילים אחרות אנחנו לא מענישים רק על מחשבה. הרעיון הוא שאין הפללה על מחשבות בלבד, אלא שאנו תמיד מצפים לראות איזושהי התנהגות. דרישת ההתנהגות מקושרת מאוד לרעיון של שליטה. הנחת היסוד בעצם בדרישת ההתנהגות היא שלנאשם יש שליטה על ההתנהגות שלו ומעשיו, וזו הסיבה למה אנו מפלילים את הנאשם. משום שאנו מניחים שהוא יכל להימנע מההתנהגות שלו, כתוצאה מכך שיש לו שליטה על מעשיו. בסופו של דבר הנאשם לא נמנע מלבצע את ההתנהגות והוא ביצע אותה ויש לו שליטה עליה, אנו רואים אותו כמי שבחר לפגוע בערך המוגן. דרישת ההתנהגות בעצם יוצרת את הבסיס המוסרי להפליל, משום שהאדם בחר בלעשות את המעשה, בכך שהוא בחר לא להימנע ממנו. ולכן מוצדק ליחס לו את האחריות.

**מבנה היסוד העובדתי (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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

1. נסיבות- נסיבות הן נתון, פרט, תנאי שהוא לא בגדר ההתנהגות של הנאשם, ושבדרך כלל מלווה את הרכיב ההתנהגותי. כלומר הוא צריך להתקיים והוא זה שנותן הרבה פעמים לרכיב ההתנהגותי את הגוון השלילי שלו. כלומר הנסיבות הן איזשהן תנאים מסוימים שצריכים להתקיים במציאות החיצונית, ללוות את התנהגות והן נתפסות כאלו שמקנות להתנהגות את האופי הפלילית שלה. הן בעצם הרקע שנותן לרכיב את ההתנהגותי את השליליות. (למשל, עבירת הגניבה לא תתקיים אם בנסיבותיה הבעלים **הסכים** לנאשם לקחת את החפץ). הנסיבה זה תנאי מסוים שצריך להתקיים כדי שהמעשה יקבל את הפן הפלילי שבו. המעשה מקבל את הגוון הפסול שבו רק אם הוא נעשה בתנאים מסוימים. הנסיבות הם התנאים החיצוניים המלווים את ההתנהגות והן שהופכות את המעשה לפלילי. רק שההתנהגות נעשות בנסיבות שמנויות בהגדרת העבירה, רק אז אנחנו מדברים על יסוד עובדתי שמקים את העבירה עצמה. מה שושנה בין המעשה לנסיבות זה שהנסיבות לנאשם אין שליטה עליהן. מעשה זה התנהגות שהנאשם עושה ויש לו עליה שליטה. נסיבות הן נתונים חיצוניים למעשה שבדרך כלל אין נאשם עליהן שליטה. הן נמצאות מחוץ לסביבת העושה, והקיום שלהם לא תלויים בהתנהגות העושה.
2. תוצאה- עוד סוג של פרט שהוא חלק מהיסוד העובדתי היכול להיות בהגדרת העבירה ויכול שלא, בניגוד למעשה שתמיד יוגדר בעבירה. תוצאה שנגרמה על ידי המעשה, בעצם תוצאה היא סוג של תולדה מאוחרת יותר בזמן שהיא המוגדרת בלשון העבירה והיא מתרחשת עקב ההתנהגות. היא צריכה לקרות בעקבות המעשים שהנאשם עושה. ולכן יש צורך להוכיח קשר סיבתי- להראות שהתוצאה אכן נגרמה בעקבות המעשה של הנאשם. במקרים שבהם אנו מדברות על עבירה תוצאתית- עבירה שכוללת בתוכה רכיב של תוצאה, אנו נצטרך להראות ולהוכיח קשר סיבתי. והתוצאה תמיד תהיה מאוחרת יותר בזמן מהמעשה של הנאשם. אנו נצטרך לראות איזשהו אירוע שקרה בעקבות המעשים

בכל עבירה תמיד יהיו מעשה והתנהגות, אך לא בכל עבירה תמיד תהיה תוצאה. יש עבירות שיש בהן תוצאות וכאלו שאין.

* "עבירות תוצאתיות"- עבירות שבהן יש תוצאה נקרא להן עבירות תוצאתיות, עבירות שיש בהן מעשה, רכיב התנהגותי ותוצאה.
* "עבירות התנהגותיות"- לעומת זאת, עבירות שאין בהן רכיב תוצאתי, כלומר שהגדרת העבירה לא דורשת להוכיח שקרתה איזושהי תוצאה בעקבות מעשי הנאשם, הן עבירות הכוללת רק רכיב התנהגותי ונסיבות. עבירות כאלו נכנה אותן עבירות התנהגויות.

חזרה קצרה על החומר

התחלנו לעסוק ביסוד העובדתי של העבירה הפלילית המנוי בסעיף 18 לחוק העונשין.

כדי לייחס לאדם עבירה, עליו לקיים את היסוד העובדתי הקבוע בעבירה, כמו גם את היסוד הנפשי המנוי בעבירה. מדובר ביסודות מצטברים: לא קוים אחד מהם, ייקבע כי לא נתבצעה העבירה.

בפרקטיקה: הפרקליט יקבל לידיו את חומר הראיות העובדתי, ויצטרך בהתאם לראיות לבחור באיזו עבירה יבחר להאשים את הנאשם. לעומתו, אנו לאורך הקורס נעבוד בצורה הפוכה: נעבור על הגדרות העבירה ויסודותיה ונדון בהן בצורה נקודתית.

מאחורי כל אחד מיסודות העבירה עומד רציונל שבו נדון: נתחיל בהתמקדות ביסוד העובדתי, כלומר אותה התנהגות פיזית שביצע הנאשם בנוגע לעבירה, ולאחר מכן נעבור לדון ביסוד הנפשי המתמקד במצבו המנטלי של הנאשם בעת ביצוע המעשה.

היסוד העובדתי

ליסוד העובדתי ישנם שלושה פרטים מהותיים:

1. המעשה- בהתאם להגדרת העבירה (יכול שיהיה במעשה או מחדל- לכן נכנה אותו "רכיב התנהגותי" מכיוון שהוא יכול להיות זה או זה)
2. הנסיבות- ככל שהן נכללות בהגדרת העבירה (לא חובה שהן ייכללו)
3. תוצאה- התוצאה שנגרמה ע"י ההתנהגות.

הנסיבות והתוצאה אינם חובה מהותית להגדרת העבירה, אך הרכיב ההתנהגותי יופיע תמיד בהגדרת העבירה(ככל זהו המצב, אם כי יש לו חריגים- נדון בהם בהמשך הקורס).

**מעשה והטלת אחריות פלילית**

אז למה כל כך חשוב לנו לדרוש התנהגות פיזית של נאשם כאשר אנו רוצים לייחס לו התנהגות פלילית? אז מדוע נדרוש בהכרח רכיב התנהגותי לצורך הטלת אחריות פלילית ולא, לצורך העניין, מחשבות בלבד?

בהתאם לקטעי הקריאה שקראנו, ישנן כמה סיבות:

1. שיקול ראייתי- ישנו קושי בהפללה על רקע מחשבות, שמאוד קשה להוכיח(הן "רצות" במוחו של אדם וחסרות ביטוי מהותי).
2. מחשבות כשלעצמן לא מזיקות ולעיתים אף אינן מסוכנות- החשיבה יכולה אף למתן את התוצאות אליהן יכול אדם להגיע- כל עוד לא נעשתה חצייה של הקו בין מחשבות למעשה, דווקא ניטה לאפשר להם להביע אותן.
3. קרימיניליזציית יתר- הבסיס בדבר טיעון זה מניח שלכולנו יש מחשבות שלעיתים ביטויים עשוי להביא לביצוע עבירה, אז האם נרשיע כל אדם? פיזית מדובר בדבר שאינו אפשרי, כמו גם כזה ש"מוזיל" את עקרונות המשפט הפלילי.

**המעשה\ הרכיב ההתנהגותי**

למה חשוב לנו לדרוש איזושהי התנהגות פיזית של נאשם בשביל לייחס לו אחריות פלילית? הכלל במשפט הפרטי הוא שאם אין התנהגות פיזית חיצונית, אין עבירה. וזו שאלה המתכתבת עם חומרי הקריאה.

קושי ראייתי- גם אם אני מוכנה להניח שמחשבות זה דבר מסוכן הראוי להפללה באופן אוטופי, במציאות קשה להוכיח מחשבות ולכן אין יכולת להפלילי. הסיבה שהמשפט הפלילי לא מפליל על מחשבות, זה לא שהן לא מסוכנות אלא יש הבנה שהדבר לא ריאלי לבוא עם פלוני בחשבון כתוצאה במחשבה. וזאת בשל העובדה שמחשבה זה דבר לא נראה לעין ולא ניתן להוכחה.

ללא התנהגות אין תוצאה- בסוף המשפט הפלילי רוצה להפלילי על נזק, ונזקים אנחנו לא חווים אותם אם אין התנהגות חיצונית המובילה לשררת סיבתית שבסוף יוצרת נזק.

מחשבות לבד לא מזיקות- המחשבות לבד, הן לפעמים בכלל לא מסוכנות גם אם הן מחשבות מסוכנות. הנפש האנושית בנויה כך שמחשבה היא כלי לצמצם רגרסיות. ולכן וויליאמס אומר כי כל עוד האדם לא חצה את הקו בין לחשוב ולעשות להפך בוא ניתן לו לחשוב. זו הדרך הטבעית והטובה ביותר לשחרור רגרסיות. המשפט הפלילי לא רוצה להפלילי אותן. וזה ההבדל שמדבר על העניין הראייתי, הרואה את המחשבה כמסוכנת. ופה גם אם הייתי יכולה להפלילי, המחשבה מטבעה לא מסוכנת. רק במקום שבו המחשבה מתרגמת למעשה חיצוני, פה המשפט הפלילי ירצה להיכנס. יש מקרים שאפילו המחשבה מתרגמת למעשה ראשוני, המשפט הפלילי לא יתערב.

חשש להרחבת יתר- אם כל דבר הוא פלילי, שום דבר לא פלילי. אם נבוא ונגיד שמחשבות רעות הן מושא להפללה, נשמוט את הקרקע של המשפט פלילי. המשפט הפלילי יאבד את כוחו.

מנסה להסביר למה אנו דורשים את רכיב ההתנהגות? הוא מדבר במובן של שליטה. על התנהגות אנו שולטים דבר המנוגד למחשבות, שהן מופיעות ללא שליטה של האדם. התחושה שלנו שהמבחינה מסורית נכון היה להפעיל עליו קלון ואת הכוחש ל המשפט הפלילי, רק במקום שהוא שלט. השליטה מבטאת את יכולת הבחירה. רק ממקום של בחירה של האדם לצאת כנגד הערכים המוגנים. המשפט הפלילי מדבר על האדם הרציונלי- אדם בעל יכולת בחירה. לאנשים לא רציונליים מטרות המשפט הפלילי מתבטלות- מי שלא שולט ולא בוחר, לא ניתן להרתיע וכו. המשפט הפלילי מנסה להעביר מסרים ולכוון התנהגות. ולכן, רק במקרים של התנהגות יש לנו שליטה, וזה בניגוד למחשבות. הציפייה היא לא לרסן מחשבות אלא לרסן מעשים. המשמעות של הציפייה משתקפת בדיוק באופן שהדוקטרינה הפלילית בנויה- על תפיסה שאדם צריך להוכיח שהוא בחר להתנהג בצורה כזו.

בכל עבירה תמיד יהיה מעשה, מה המשעות המעשית? כשנתחיל לנתח עבירה תמיד נחפש את המעשה. כל החלק הספציפי של חוק העונשין הוא חלק ישן, המהווה ירושה מהמנדט הבריטי. יש ניסוחים מאוד מסורבלים. מה שקרה, שלפעמים הניסוחים מבלבלים מאוד מהיכולת לנתח.

הכלל הוא הנסיבות יתקיימו בו זמנית למעשה.

כדי שנגיד שרכיב מסוים בעבירה הוא תוצאה, צריך להראות שהוא נפרד מהמעשה והוא מאוחר לו בזמן. זה צריך גם להיות עקב המעשה- דרישת הקשר הסיבתי. ולכן אם אדם מבצע מעשה מסוים ולגמרי במקרה מתקיימת תוצאה רעה שלא קשורה להתנהגותו, לא נוכל להאשים את האדם. המשפט הפלילי דורש קשר סיבתי, כשפסיקה שלמה התגבשה סביב דרישת הקשר הסיבתי. הצורך להוכיח קשר סיבתי יתעורר רק בעבירות שיש להן רכיב תוצאתי. ולכן עבירות התנהגות, התביעה לא תצטרך להיכנס לשאלות של קשר סיבתי, כי אין תוצאה. עבירות תוצאתיות, הכוללות בהגדרתן גם רכיב של תוצאה היא תצטרך להוכיח שלושה רכיבים נוספים שלא תהיה בעבירות התנהגותיות:

1. תוצאה- הוכחת תוצאה.
2. קשר סיבתי- בשעה שיש רכיב תוצאתי התביעה תצטרך להוכיח קשר סבתי בין המעשה לתוצאה.
3. יסוד נפשי- היסוד הנפשי של מודעות צריך להתייחס לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי- יש צרוך להוכיח מודעות ביחס למעשים, נסיבות ובמידה ויש תצאה, שהיא בעבירה תוצאתית, צריך להוכיח שהאדם היה מודע להשלכות המעשה והתוצאה שתקרה.

האבחנה בין עבירות תוצאתיות להתנהגותיות שונה מאוד המשליכה על דרישות ההוכחה.

1. קושי בהגדרת העבירה- אנו נתקלים בקושי בהגדרת העבירה: אילו מחשבות "יחצו" את הקו ואילו לא? מתי המחשבה תהפוך לכוונה? הממד האישי של האדם והיותן של המחשבות "אמורפיות" יקשו על האכיפה והגדרת העבירה.

החוקר דאן-כהן מאפיין את ההתנהגות הפלילית באלמנט של שליטה- המשפט הפלילי ייטה שלא להפליל ככל שמדובר במעשה שנעשה בלא שליטה(כפייה, תחת היפנוזה וכו')- יישום עקרון זה יביא למסקנה שישנו קושי מהותי בהפללה על מחשבות. כוחו השיורי של המשפט הפלילי והתיוג שנלווה לו מחייבים שימוש בכוח כזה אך רק במקרים בהם ההתנהגות הפלילית "חצתה" את הקו. הרתעה לא תעזור למי שלא שלט במעשיו, ועקרונות המשפט הפלילי לא יסייעו בטיפול במצבים בהם אדם נעדר בחירה או שליטה במעשיו(ולעניין זה, מחשבותיו).

 החברה בכללותה מבקשת לרסן מעשים, לא מחשבות.

**איך מתרגמים את התיאוריה לפרקטיקה?**

בהתאם לנושא בו דנו, בכל עבירה נתחיל בחיפוש ההתנהגות- הרכיב ההתנהגותי: הדבר יסייע להגדיר את רכיבי העבירה, כאשר חלק לא קטן מהעבירות מיושנות וקשות לניתוח. כאשר התחלנו בהתנהגות, נוכל להשתמש בה כדי לחפש את הרכיבים האופציונליים(נסיבות ותוצאה).

נסיבות(רכיב אופציונלי)- תנאים מסוימים שמנויים בהגדרת העבירה ועליהם להתקיים תוך כדי המעשה(בדר"כ) והן יכולות לאפיין תנאים שצריכים להתקיים: שיקולי זמן, מקום, אופן וכו'.

תוצאה(רכיב אופציונלי)- הרכיב התוצאתי מגיע לאחר הרכיב ההתנהגותי ונפרד ממנו (נדרש גם קשר סיבתי בין המעשה לתוצאה. אין קשר סיבתי? לא נוכל לייחס להתנהגות את התוצאה שהגיעה אחריה)

חשוב להדגיש: הצורך בקש"ס רלוונטי רק כאשר לעבירה יש רכיב תוצאתי(לא נדרשת תוצאה- לא נדרש קש"ס). כאשר ישנה עבירה תוצאתית התביעה תידרש להוכיח שלושה גורמים נוספים מעבר לאלו שהייתה נדרשת להם:

1. קשר סיבתי (שנידרש להוכיח את כל היסודות שלו, קשר סיבתי עובדתי- מבחן האלמלא, וקש"ס משפטי- נשאל מתי ראוי שנאשים- עוד על כך בהמשך).
2. יסוד נפשי הקושר עצמו לכל אחד מהרכיבים האחרים(כלומר, לא נדרוש רק יסוד נפשי בהקשר להתנהגות אלא גם בהקשר לתוצאה)
3. שהתוצאה המנויה בהגדרת העבירה אכן התקיימה בנסיבות המקרה.

כמעט תמיד רכיב העבירה יכלול גם נסיבות, אך תוצאה תידרש בפחות עבירות.

פסקי הדין בעניין חורי וכהנא כוללים מצבים שבהם ישנה התלבטות בסיווג רכיבים מסוימים כנסיבתיים, תוצאתיים או התנהגותיים. נראה, שההגדרות לא תמיד ברורות וחדות. חשוב להדגיש- לרוב, על הנסיבות אין לנאשם שליטה(ועל הרכיב ההתנהגותי כן). הדבר יכול לסייע בסיווג עבירות

לעיתים, בסיווג רכיב בהגדרת העבירה הנסיבה מקנה לה את היסוד הפלילי. במצב כזה, אפשר להיעזר בעקרון זה כדי לסווג את העבירה לרכיבים המרכיבים אותה.

**עבירות התנהגות ועבירות תוצאתיות- יסודות**

עבירות הכוללות רק רכיב התנהגותי ונסיבות נקראות עבירות התנהגותיות. רכיבי עבירת ההתנהגות הם מעשה ונסיבות. הכלל אומר שנדרש יסוד נפשי ביחס לכל אחד מפרטי היסוד העובדתי הקיימים (למשל, מודעות לטיב המעשה, ומודעות לנסיבות. חשוב להבין: ישנם יסודות נפשיים שונים ולא רק מודעות- מודעות היא היסוד הנפשי שמהווה ברירת המחדל אך יש יסודות נפשיים אחרים- למשל פזיזות, רשלנות וכו').לעומת זאת, עבירות שכוללות תוצאה נקראות עבירות תוצאתיות. בעבירות תוצאתיות יש להראות:

1. התנהגות ונסיבות.
2. תוצאה.
3. קש"ס בין התנהגות לתוצאה (=עובדתי: מבחן האלמלא. אלמלא ההתנהגות התוצאה לא הייתה קורית).
כלומר, נדרש קשר סיבתי עובדתי שמתבטא במבחן האלמלא **וגם** קשר סיבתי משפטי.
4. יסוד נפשי כלפי התוצאה- מודעות (להתנהגות, לנסיבות, ולאפשרות שתיגרם תוצאה) +יסוד נפשי חפצי (כמה אני רוצה שהתוצאה תקרה).

הרבה פעמים מה שמפריד בין התנהגות לנסיבות, היא השליטה. הנחת המשפט הפלילי היא שהתנהגות האדם היא נשלטת- האדם יכול היה להתנהג אחרת, אבל הוא בחר בכ"ז לפעול. זהו רציונל השליטה. דהאן כהן מדבר על זה- ההבדל בין מעשים לנסיבות הוא שעל מעשה יש לאדם שליטה, ואילו נסיבות הן חיצוניות לאדם. לדוג', בפסד חורי הדילמה היתה על ניתוח המושג "מות אדם".

**פס"ד חורי**

נהג שגרם לתאונת דרכים ובעקבות זאת פוגע באישה, שהתינוק ברחמה יולד ואז נפטר. פסק הדין עוסק בשאלה האם ניתן לייחס אחריות לאדם בגרימת מוות ברשלנות, כאשר הדגש הוא על "אדם". האם ניתן לומר שהעובר נחשב כ"אדם"? שהרי בעת התאונה הוא היה בבטן.

נסיבות בד"כ מתרחשות בעת ההתנהגות, והתוצאה תמיד אחרי ההתנהגות.

בהמ"ש המחוזי פותח בניתוח העבירה: " הגורם " הוא התנהגות, "רשלנות" היא יסוד נפשי, "מוות" הוא תוצאה, ומתעכב על השאלה האם "אדם" הוא נסיבה או חלק מהתוצאה. בסופו של דבר, בהמ"ש מגיע למסקנה שהאדם הוא נסיבה ומאחר ובעת התאונה הוא לא נחשב כאדם אלא כולד, יש לזכות אותו.

יש ערעור, והעליון הופך את ההחלטה ומרשיע בגרימת מוות ברשלנות. למה? ג'ובראן מזכיר שתי דרכים להגיע למסקנה:

הגישה של פלר (מלומד חשוב שלדידו "אדם" הוא חלק מהתוצאה, כלומר חלק מהמוות)- לפי פלר, אם "מות אדם" היא התוצאה אז מבחינת הזמן, אין בעיה שמות האדם יתרחש רק לאחר האירוע. ג'ובראן בסופו של דבר דוחה את הגישה: אם "אדם" היה חיה אז לא מדובר באותה העבירה, זו ללא ספק נסיבה. הוא עדיין חש שיש צורך בהרשעה ולכן מחפש תימוכין נוספים ומוצא אותם בגישה הבאה:

נסיבות ככלל צריכות להתקיים בעת ההתנהגות. עם זאת, לעיתים רחוקות הנסיבות יכולות להגיע אחרי ההתנהגות. אף שהדבר לא נאמר ורק נרמז, בעבירות תוצאתיות שיש בהן ערך מוגן חזק וחשוב מאוד, מידת ההגנה על הקורבנות תהא רחבה הרבה יותר, ולכן חריג כזה יכול להתקיים. כך, בוחר ג'ובראן בגישה מרחיבה מאוד שתאפשר לו להגיע לתוצאה שנראית לו נכונה.

**ההלכה:** למרות שבד"כ הנסיבות צריכות להתרחש בזמן ההתנהגות, לא מדובר בכלל גורף. בחלק מהעבירות, ובמיוחד עבירות תוצאתיות שהערך המוגן עליו הן שומרות חשוב מאוד, הנסיבות יכולות להתרחש גם אחרי ההתנהגות.

**פס"ד כהנא**

בעוד שבפס"ד חורי ההתלבטות הייתה בין נסיבה לתוצאה, פס"ד כהנא עסק בסעיף האיומים, כאשר בגלל ש"המאיים" הוא הרכיב ההתנהגותי והשיחה נתבצעה מגרמניה, טען הנאשם שהיסוד לא התקיים בשטח הטריטוריאלי של ישראל ולכן חוק העונשין לא חל.

השאלה המשפטית: האם המעשה הוא רק האיום עצמו או שהאיום כולל גם את הקליטה של האיום באוזן של אדם ששומע אותו בצד השני? אם חלק מהעבירה התבצעה בישראל אז לחוק העונשין יש תחולה. כלומר, אם רק השיחה היא הרכיב ההתנהגותי אז העבירה לא בוצעה בארץ, אם הקליטה של השיחה היא חלק מהרכיב ההתנהגותי אז יש תחולה לעבירה כי השיחה התקבלה מישראל. שלוש אפשרויות: האם "המאיים" הוא רק משהו שנזרק לאוויר, האם האיום גם צריך להתקבל, או שיש תולדה נפרדת למילים שנתקבלו(ואז יש לנו התנהגות+תוצאה). באיזו גישה בוחר בהמ"ש?

**ברק**: בוחר בגישה **השנייה:** על האיום להיקלט כדי שהעבירה תשתכלל! אין צורך שהאיום יגרום לתוצאה או מעשה כלשהו אלא שייקלט (כלומר, הוא בוחר בפרשנות השנייה). "המאיים"- התנהגות, כל השאר נסיבות, "בכוונה להפחיד את האדם" יסוד נפשי, והמילים צריכות להגיע לצד השני. אין צורך שלאיום תהיה תוצאה, הוא רק צריך להיקלט כדי שהעבירה תשתכלל.

**עבירות חריגות בהמעשה\ הרכיב ההתנהגותי**

בדרך ככל, הרכיב התנהגותי יהיה איזשהו סוג של מעשה אקטיבי, מנוסח בצורה ממוקדת, קורה בזמן ובמרחב בנקודה מאוד ברורה. והיתרון של המעשה זה שהוא ממקד את האחריות הפלילית בזמן ובמקום ומאפשר לנו לייחס אותה לאדם מסוים. לדוגמא: נוטל ונושא- מי נתן את הדבר? מי עשה את הפעולה.

 כשפעולה מסוימת אקטיבית קורית בזמן ובמקום ברור קל לזהות. מה הבעיה? יש עבירות שהרכיב ההתנהגותי לא מנוסח כמעשה אקטיבי ספציפי שקורה בזמן ובמקום. המעשה הופך להיות משהו פחות ממוקד ויותר מעורפל. הוא כבר לא פעולה אקטיבית ברורה אלא זיקה ומצב של אדם. והעבירות האלה הן עבירות חריגות המעוררות בעייתיות, בהן ההתנהגות לא מעשה אקטיבי אלא מעשה מעורפל הקשור למצב.

החריגים לעבירות "האקטיביות"- נעסוק בשלושה סוגים של עבירות:

1. **עבירות סטטוס\ עבירות מיצב**

עבירות סטטוס זה כינוי לקבוצה של עבירות, שהיסוד העובדתי שלהן מתבטא בהימצאות של אדם או במקום מסוים או במצב מסוים. כלומר האדם עצמו לא עושה איזושהי פעולה מסוימת וספציפית אלא עצם ההימצאות שלו בסטטוס במצב מסוים היא זו שמגבשת את הרכיב ההתנהגותי.

לדוגמא: מה זה שהה? זה לא נשמע כמו פעולה, אלא נסיבה. זה איזשהו מצב מתמשך. יש בעבירה רכיבים חלופיים ולכן שהה בו יהיה הרכיב ההתנהגותי. מי שניסה לחדור נראה ברור שזה פעולה, אבל שהה זה היה שם, מה הפעולה פה? אבל החלופה הזו של שהה, לכן השהה יהיה רכיב התנהגותי בעבירות סטטוס. העבירה מנוסחת בצורה כזו שאם מוגשמת אחת האופציות, האדם עבר עבירה פלילית. ממתי אנחנו מפלילים אדם רק על השהייה בו? לא סתם עבירות סטטוס, לא סתם המחוקק אוסר על הימצאות של אדם במצב או במקום מסוים, כי די ברור שההימצאות הזו קדמה איזושהי התנהגות אקטיבית בה האדם הביא את עצמו ברצון. בדרך כלל הנאשם שנמצא במצב מסוים, הוא נכנס לשם מלכתחילה. הייתה שליטה של אותו אדם על המצב הזה.

115. (א)  מי שנכנס למקום מוגבל, ניסה לחדור לתוכו, שהה בו, ניסה להתחקות על מבנהו או על הנעשה בו, או ללא הסבר סביר שוטט בקרבתו -  כשאינו מוסמך לכך -  וכן מי שניסה להפריע או להטעות זקיף או שומר המופקד על מקום מוגבל, דינו -  מאסר שלוש שנים; התכוון בכך לפגוע בבטחון המדינה, דינו -  מאסר חמש-עשרה שנים.

          (ב)  בסעיף זה, "מקום מוגבל" -  מקום המוחזק בידי-צבא הגנה לישראל או המשמש למטרה בטחונית, ועל הכניסה אליו הופקדה שמירה או שהיא מוגבלת לפי הודעה שהוצגה באופן בולט מחוצה לו.

אך, זה לא תמיד המצב.

**פס"ד Robinson V California**

פס"ד עוסק בנקודה הזו של עבירות סטטוס.

המקרה: ישנו אדם במדינת קליפורניה, שנתפס בבדיקה שגרתית, השופט בדק את ידיו וגילה סימנים של מחטים, לא היו ראיות לזה שהוא הזריק באותו הזמן, לא נתפס עם כלי הזרקה או עם איזשהן ראיות המעידות על הזרקת סמים. אבל, הוא הודה בחקירה שלו שהוא הזריק בעבר. הוא היה מכור בסמים. והרשיעו אותו על הסטטוס שהוא מכור לסמים. בית המשפט ניהל דיון על האם ניתן להרשיע על עבירת סטטוס של התמכרות לסמים. כלומר, העבירה קובעת שעצם היותך מכר לסמים, מגבשת את העבירה.

השאלה המשפטית: מה המעשה? בשימוש בסמים ניתן להפליל, משום שיש מעשה בזמן ובמקום. אך בעבירת מכור לסמים, רק על עצם ממצב שהוא מכור?

פס"ד נותן תגובה המראה את הבעייתיות של עבירה זו. על ידי דוגמא: שאדם הנולד לאמא נרקומנית- שבמהלך כל ההיריון עשתה שימוש בסמים. כלומר, התינוק נולד למצב שהוא כבר מכור ויש צורך לגמול אותו. מה עושים במקרה כזה? באופן תיאורטי ניתן לחשוב על מצבים כאלו שלאדם לא הייתה שליטה על כניסה לאותו מצב הנידון. כלומר, לא תמיד ניתן להניחה שבעבירות סטטוס תהיה שליטה של הנאשם על המצב בו הוא נמצא.

**בעייתיות בעבירות סטטוס**

**היסוד העובדתי**

**רכיב התנהגותי נסיבות תוצאה**

עבירה אקטיבית

עבירת סטטוס

עבירת החזקה

עבירה מחדלית

הבעיה בעבירות סטטוס, במצב דברים לא תמיד לאדם יש שליטה, להבדיל ממעשה אקטיבי, שברור שאדם שולט במעשיו.

ולכן, ההנחה הכללית היא שהמשפט הפלילי צריך למעט בשימוש בעבירות סטטוס, שיש למעט בהפללה על עצם המצב. יש צורך להפליל את המעשה האקטיבי ולא להפליל מצב.

דוגמא נוספת לבעייתיות: מי שחי על רווחיו של אדם העוסק בזנות יכול להיות מי שמעסיק את העוסק בזנות. השאלה היא עוד פעם, מה הוא המעשה?

נראה שבעבירה התכוונו למעשה אקטיבי של סרסור, אך איך שההגדרה הזו מנוסחת, ניתן להאשים גם את משפחתו של האדם העוסק בסרסור, שאלו אנשים שלא ביצעו שום מעשה אקטיבי או שהיו שותפים לעבירה.

**סרסרות למעשי זנות [ז/1(א), (ב)]**199. (א)  אלה דינם מאסר חמש שנים:

**(תיקון מס' 56)  תש"ס-2000**(1)   מי שמחייתו, כולה או מקצתה, דרך קבע או בתקופה כלשהי, על רווחי אדם העוסק בזנות;

המעשה כבר לא מבוהק, ולכן כשמתרחקים ממעשה ומתפרסים למצבים זה מטשטש את הגבול בין מי שיש להטיל עליו אחריות למי שלא הרציונל בסוף להפללה היא שליטה, ובמצבים לפעמים אין שליטה אמיתית לכניסה למצב. לפיכך, יש צורך להאשים על המעשה האקטיבי שקדם למצב- למה שהכניס את האדם לאותו מצב.

דוגמא נוספת מ"חוק מאבק בארגוני פשיעה"- אפשר להרשיע מי שעומד בראש ארגון פשיעה. לא נדרש מעשה כלשהו אלא סטטוסשל היותו של אדם ראש ארגון פשיעה. למה? קשה להוכיח מעורבות בפשעים עצמם מכיוון שראש הארגון מרחיק את עצמו מהפשעים שהכפופים לו מבצעים.

1. **עבירות החזקה**

עבירות שהאיסור בהן מתבטא באחזקה של דבר כלשהו(נשק, למשל)- לא נדרשת הוכחה שהאדם **עושה** פעולה מסוימת, אלא מספיקה זיקה מסוימת לחפץ. אחת הביקורות העיקריות על סוג העבירה, היא שברגע שאין פעולה קשה לאפיין מתי אדם שולט בחפץ ומתי יש להטיל עליו אחריות פלילית- הגדרת האחזקה רחבה ביותר ואף אם קיים ריחוק פיזי עצום בין החפץ לאדם שיש לו שליטה עליו, ייתכן שתוטל עליו אחריות פלילית. גם אם לא בוצע מעשה קונקרטי, ובשל מעשה הזיקה, אדם יכול לקבל אחריות פלילית גם על מצב בו לא ביצע פעולה קונקרטית אלא הסכים וידע על אחזקת חפץ מסוים (ראה ס'134 כד- "אחזקה").

המושג של אחזקה משום שהוא מבוסס על זיקה, כמו שעבירות סטטוס מבוססות על מצב, הזיקה הזו יוצרת בעייתיות בשל הישענות של סוגים שונים של יחסים משמשכים של האדם ולא פעולה קונקרטית. ולכן, עבירת החזקה מרחיבה את האחריות הפלילית.

בפס"ד הוכשטט נראה את היישום של הבעייתיות בעבירות החזקה.

1. **עבירות מחדל**

גם עבירות המחדל הן עבירות המאופיינות בכך שאין מעשה אקטיבי מסוים אלא הרכיב ההתנהגותי מתקיים בהיעדר מעשה.

צריך לשים לב שכדי לראות את ההבחנה בין עבירות המחדל למעשה, נניח שהתוצאה זהה! (מותו של אדם, למשל). ההנחה הרווחת שמבדילה בין עבירות במעשה ובמחדל מניחה שביצוע במעשה מבטא התנהגות אנטי-חברתית במידה רבה יותר מזו של ביצוע במחדל. בספרות הפילוסופיה של המוסר, רוב ההוגים מסכימים שעבירה אקטיבית (כלומר, שמתבטאת במעשה) חמורה יותר בפן המוסרי מאשר עבירה במחדל.

הטענה הרווחת האי שביצעו במעשה יותר חמור, שיש אגב ספרות שלמה הדנה בשאלה הזו: האם ביצוע מעשה יותר חמור מאי ביצוע ממחדל? (כשבתפיסת מוסר תוצאתנית אין הבדל משום שהתוצאה היא זהה), ועדיין בספרות הפילוסופית יש מחשבה שפעולה במעשה חמורה יותר מוסרית. ויש כל מיני סוגים של נימוקים:

1. מידת החירות שאנו מגבילים- בעבירות מחדל אנחנו דורשים חלופה אחת, בחירה בדרך פעולה מסוימת. עבירות מחדל דורשות סוג מסוים של פעולה יחידה כדי שלא תוטל אחריות פלילית (לעשות משהו), במידה שמגבילה מאוד את האוטונומיה של הפרט. כלומר בציווי לפעול ולעשות (בעיקר שזה נזק שהוא לא יצר) אנו כופים על האדם צורת התנהגות יחידה וספציפית השוללת ממנו את היכולת לבחור בחלופות אחרות. לעומתן, עבירות אקטיביות דורשים הימנעות מפעולה אחת, במידה שמגבילה פחות את חירותו של הפרט (כל שעליו לעשות הוא להימנע מביצוע פעולה אחת מסוימת. הוא יכול לבחור באינסוף דרכי פעולה אחרות).
2. ציווי מסוג "קום עשה" מעורפל יותר- לא ברורה מידת ההשקעה שנדרוש, מידת המיומנות הנדרשת, מידת ההתערבות, כיצד למלא את החובה. דברים אלו לא מוגדרים בחלקם בעבירות המחדל, היקף החובה לא ברורה ולכן יש הכבדה על האזרח- האזרח לא יודע כיצד לפעול וצריך לחשוב איך מצפים ממנו לפעול. זה יוצר גם ברמה נוספת בעייתיות, בכך שזה מוביל ליתר עשייה- כאשר אדם חושש מסנקציה פלילית ולכן מנסה לעזור "יותר מדי" או כשהוא חסר מיומנות לעזור- בכך, הוא עשוי דווקא להחמיר את המצב.
3. שאלת האחריות הפלילית-האם המשפט הפלילי הוא הכלי המתאים? ברור שקיימת חובה מוסרית לפעול, לעזור, לסייע ולמנוע את הנזקים. השאלה היא האם אנחנו רוצים להטיל גם אחריות פלילית? צריך לזכור, שהמשפט הפלילי שיורי והסנקציות שהוא מטיל כבדות מאוד, יש רצון לשמור את המשפט הפלילי רק למקרים הכי חמורים. מתעוררת השאלה האם צריך להכפיף את הציווי העשה תחת המשפט הפלילי לאור העובדה שמבחינת האופי שלהם הם מבטאים ציפייה חברתית לפעול על פי אמות מידה מוסריות חשובות אך לא מספיק חמורות בכדי להטיל סנקציה פלילית.
4. הזיקה לערך המוגן חלשה יותר- עוצמת הזיקה בין התנהגות הפועל לבין הערך החברתי המוגן- גם פה, יש הבדל מבחינת הזיקה בין עבירת המחדל לעבירת מעשה אקטיבית. השליטה במהלך העניינים ומידת האנרגיה המושקעת במעשה יותר גדולה מאשר במקרים של מחדל שאדם לא שולט במהלך העניינים ולא יוצר את הנזק, אלא לא פועל ועוזר לאחר הנזק. כאשר החודל לא מתערב או לא פועל, הפגיעה בערך המוגן חלשה יותר וברורה פחות. לכן, זה יכול גם להשפיע על גודל האחריות הפלילית שתוטל. השליטה במהלך העניינים והאנרגיה שמושקעת במעשה גדולה יותר מזו שמושקעת במחדל.
5. קשר סיבתי קלוש יותר- כאשר מדובר בעבירה תוצאתית, אנו דורשים קשר סיבתי בין המעשה לתוצאה. בעוד שהמעשה יוצר את הנזק, המחדל לא מונע אותו(החודל לא יצר את הנזק שנגרם. אם הוא לא היה באזור המעשה, הנזק עדיין היה נגרם) . הדבר יכול להקשות על הוכחת העבירה, ובנוסף מדובר בהבדל משמעותי בין המחדל למעשה. לכן, הקשר הסיבתי במחדל מול התוצאה מעורפל, חלש וברור פחות(לעיתים קשה להגיע לתשובה ברורה) מהקשר הסיבתי במעשה מול תוצאה. כשאדם לא מתערב בלמנוע נזק יש שאלה של קשר סיבתי. החודל לא מנע את הנזק שבכל מקרה היה נגרם וקורה, אלא באי עשייתו הוא לא מנע את הנזק. החודל בהתנהגות שלו הוא מאפשר התפתחות של מהלך דברים אך הוא לא תורם ליצירה של מהלך הדברים. זה הבדל חשוב מבחינת סיבתיות. יש הטוענים בספרות הפילוסופית שמחדל לא יכול להיות גורם, במעשה מחדלי אנו לא יכולים לראות כגורם במשמעות הסיבתיות המקובלת, כי כלום לא יכול לגרום. המחדל לא יכול באמת לקיים קשר סיבתי. מי שמוכן להסכים שמחדלים יכולים להיות גורם, אלא בכל זאת מסכימים הקשר הסיבתי חלש יותר בין מחדל לבין מעשה.

**דוגמאות למחדל**

* ס'368ד(א)- יסוד העבירה באי- הדיווח: מי שלא דיווח- תוטל עליו סנקציה. מוטלת על האדם אחריות גדולה- לבדוק, להסתכל, לדווח בהקדם האפשרי.
* ס'262(אי מניעת פשע)- היקף החובה לא ברור- למה הכוונה ב"כל האמצעים הסבירים"? החובה מעורפלת למדי, מקשה על ציות לה ולא מגדירה מהם אמצעים סבירים בכלל. מרגע ומעצם הידיעה, קמה חובת דיווח.

גם סביב ההגדרה של היקף החובה וכמה לעשות, קשה לדעת מול עבירות אקטיביות. שתי דוגמאות אלו הן לעבירות מחדל "פשוטות" או "עבירות מחדל ישירות"- הכוונה לכך, היא שהעבירה עצמה מנוסחת בדרך שרק מחדל יכול לגרום לה(ולא מעשה).

שיטות משפט בעולם בסופו של דבר כן מחליטות כן להפליל בגין התנהגות מחדלית, אבל כדי שבכל זאת (בשל ההכרה הזו של המחדלים שהם הם יותר מערימים קושי בלהפליל מאשר מקרים של מעשים) רוב שיטות המשפט דורשות תנאי נוסף כדי להצדיק הפללה בגין מחדל. שהיא דרישה של חובה לפעול. שיטת משפט באות ואמרות כי בנסיבות מסוימות חלות על אנשים מסוימים חובה לפעול, ובאותם מקרים שחל על אנשים חובה לפעול, במידה והם לא פועלים, אז תתקיים הפללה. אבל החובה לפעול לא קיימת תמיד בכל מקרה ועל כולם, אלא רק בנסיבות מסוימות.

בנסיבות הקלאסיות שבהן נראה חובה לפעול:

1. קשר מיוחד בין החודל לניזוק-(הורה-ילד, מציל-מתרחץ, רופא- למטופל), צריך סוג קלאסי של נסיבות שיקימו חובה לאדם לפעול בגלל הציפייה הלגיטימית החברתית הזו, יהיו במקרים של זיקה מיוחדת בין החודל לקורבן.
2. קשר בין החודל לנזק- אם החודל יצר את המצב בו עלול להיגרם הנזק, מוטלת עליו החובה למנוע או לנסות למנוע אותו. סוג של זיקה בין החודל לנזק או בין החודל לקורבן.

אלו מקרים קלאסיים שבהם המשפט מקים חבות שאם החודל לא מבצע אותן הוא עבר עבירה פלילית.

גם המשפט הישראלי הולך בכיוון הזה. מה שמעניין לראות שדווקא במשפט הישראלי, יש עמדה נורמטיבית שהחוק הישראלי בחר ביחס בין מעשה למחדל.

אם אדם מבצע עבירה מסוימת על ידי כך שהוא נמנע מלעשות מעשה שהוא חייב על פי דין מסוים, הוא יכול למצוא אותו כחייב אחריות פלילית לאותה עבירה. חקו העונשין לא מבדיל בין מעשה למחדל מבחינה נורמטיבית. החלק הכללי לא מדבר על ענישה מופחתת. אלא שהחוק מראה איזושהי שקילות בין מעשה ומחדל, ללא הבחנה. אך בפועל, הפסיקה של בית המשפט כן מכירה וכן גוזר עונש פחות חמור כשהביצוע הוא מחדל ולא מעשה, כביטוי לתפיסה האינטואיטיבית שלפיה מעשה יותר חמור ממחדל מבחינה מוסרית. אך זה לא משהו פורמלי, באופן תיאורטי בית המשפט בעבירת מחדל או מעשה, נותן עונש דומה.

מבחינת האמירה של חוק העונשין ישראלי הוא בחר להחמיר עם תפיסת המחדל הוא משווה אותו מבחינת אותו רף של המעשה.

**יסודות המחדל**

באופן כללי בכדי להוכיח עבירה של מחדל יש שלושה תנאים מצטברים:

1. קיומה של נורמה אוסרת- איזשהו סעיף עבירה שניתן לעבור אותה באופן תיאורטי בדרך של מחדל. כי לא כל עבירה באופן אוטומטי ניתן לעבור עליה בדרך של מחדל.
2. קיומה של חובת עשייה- צריך להראות שעל הנאשם הספציפי חלה חובת עשייה. החובה הזו יכולה להיות מעוגנת בכל דין וחוזה (סעיף 18 קטן).
3. הימנעות מעשייה- הפרת החובה לפעול.

**סוגי עבירות מחדל**

**אי מניעת פשע  [א/33] [1939]**

262. מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים.

**חובת דיווח (תיקון מס' 26) תש"ן-1989 (תיקון מס' 108) תשע"א-2010**

368ד. (א) היה לאדם יסוד סביר לחשוב כי זה מקרוב נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו, חובה על האדם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר שלושה חדשים.

עבירות מחדל פשוטות(דוגמה- ס'262 ו368ד(א))- העבירה עצמה מנוסחת במקור על דרך של מחדל, וניתן לעבור אותה רק בצורה של מחדל. היא מנוסחת בצורה מחדלית, כוללת בניסוח שלה כבר חובת עשה, שמפורשת ומוטלת על האדם. ואם האדם עצמו לא מבצע את החובה, ניתן להפליל אותו על העבירה הזו. עבירה הכוללת בתוכה את מקור העבירה וניתן לעבור אותה רק בדרך מחדלית.

עבירות מחדל מורכבות(או עבירות מחדל עקיפות)- עבירות המנוסחות באופן כזה שהדרך לעבור אותן היא לא בהכרח על ידי מחדל, אלא ניתן גם מעשה. הנורמה האוסרת מנוסחת בצורה שאפשר לעבור אותן גם בצורה של מחדל וגם במעשה. הרבה פעמים, העבירות האלו מנוסחת בכך שהן לא מחילות את מקור החובה עצמה. אלא מקור החובה יהיה מעוגן מחוץ לעבירה ולניסוח של הגדרת העבירה עצמה. ובכדי להרשיע באותה עבירה נצטרך "להלביש" את החובה ממקור אחר חיצוני, כדי להטיל אחריות פלילית על דרך של מחדל.

**אחריות לחסרי ישע [א/228] (תיקון מס' 17) תשמ"ג-1983**

322. מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו – בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי – חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

**חובת הורה או אחראי לקטין (תיקון מס' 26) תש"ן-1989 (תיקון מס' 56) תש"ס-2000 (תיקון מס' 59) תשס"א-2001**

323. הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו, חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

**חובת הממונה על מעשה שיש בו סכנה [א/231]**

325. הנוטל על עצמו ומבצע, שלא בשעת כורח, טיפול רפואי או כירורגי או כל מעשה חוקי אחר שיש בו או שעלול להיות בו סכנה לחיי אדם או לבריאותו – חובה עליו שתהיה לו לשם כך מיומנות סבירה ושיפעל בזהירות סבירה, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של אדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

**חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה [א/232] [תשכ"ה]**

326. מי שבאחריותו או בשליטתו נמצא דבר – בין חי ובין דומם, בין נייד ובין נייח - ממין או בתנאים שיש בהם כדי לסכן חיי אדם, בטיחותו או בריאותו אם לא ינהגו זהירות וקפידה בשימוש או בטיפול בו – חובה עליו לנקוט מידה סבירה של זהירות וקפידה למניעת הסכנה, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חיי אדם או על בריאותו מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

דוגמאות- עבירות המתה. כדי להטיל אחריות פלילית על מחדל נצטרך לחפש מקורות חובה שמצויים מחוץ להגדרת העבירה. דוגמה למקור החובה לפעול: ס'322-326: ס' 322- כשלאדם יש אחריות על אחר מסיבות שונות(מעצר, גיל, מצב נפשי, מחלה וכו') מוטלת עליו חובה לדאוג לו. אם קורית תוצאה בגלל אי קיום החובה הוא יהא אחראי לה (כלומר, מקור החובה לפעול יכול להילקח מכאן לעבירות רבות, כמו עבירות המתה).

ס'322-323 עוסקים בזיקה בין החודל לנפגע, ס'325-326 עוסקים בזיקה בין החודל לנזק(325 עוסק במעשה שגרם לסכנה, 326 באחריות לגורם מסוכן).

יש צורך להשלים את הפסקה שדיברה עליה בדקות האחרונות

שימו לב: אפשר להרשיע על עבירה במחדל גם כאשר העבירה מנוסחת בצורה שנשמעת מאוד אקטיבית(למשל, חבלה חמורה). "הגורם" עלול להטעות משום שהוא נשמע כזה בו הפרט חייב לפעול אקטיבית. עם זאת, ס'18 ב'(מעשה- לרבות מחדל אלא אם נקבע אחרת) יכול להביא לאחריות פלילית אף אם החבלה נגרמה במחדל כל עוד קיימת חובה שהופרה.

בעוד שפלר טען שאפשר להלביש אחריות גם על מחדל בכל העבירות(כל עוד נתקיימו התנאים), קרימיניצר חלק וטען שיש בעיה עם עקרון החוקיות ו"הלבשת" מחדל בצורה לא טבעית על עבירה שנתבצעה, בצורה שעשויה להקשות על הבנת ההתנהגות האסורה. יש קושי בהלבשת משמעות לא טבעית, משום שזה יוצר בעיה עם עקרון החוקיות.

פלר וקרמיניצר, שניסחו יחד את סעיף 18- "מעשה לרבות מחדל"- כיוונו לתוצאות אך הייתה ביניהם מחלוקת גם בזה: קרמיניצר התכוון שרק בניסוח עבירות שיהיה כתוב בהן "מעשה" אפשר להטיל אחריות פלילית גם אם נעברה במחדל. לעומתו, פלר התכוון שאפשר להרשיע במחדל בכל עבירה כל עוד אפשר "לייבא" חובה לפעול מדין או חוזה ולהוכיח את שארית יסודות העבירה. הפירוש של פלר היה זה שנתקבל. כל עבירה היום, אם מבחינה הגיונית ניתן להלביש אותה על מחדל, ניתן יהיה להרשיע והפליל על עבירה מחדלית.

בשיעור הקודם הסברנו שלרוב הרכיב ההתנהגותי מתבטא בהתנהגות אקטיבית, אך לעיתים הרכיב ההתנהגותי גם מקבל צורה אחרת, שיכולה להתבטא בהחזקה (פס"ד הוכשטט), סטטוס (הימצאות במצב או מקום) או מחדל.

**פס"ד הוכשטט**

הרעיון שלא צריך לעשות איזושהי פעולה אקטיבית, אלא מעצם העובדה שהדבר נמצא בשליטת הנאשם או שהוא נותן את הסכמתו לכך שאדם אחר ישלוט באותו חפץ, מבחינה משפטית, הנאשם הופך להיות כמחזיק. ולכן נראה שאין פה מעשה אקטיבי אלא זיקה לחפץ.

הרכיב ההתנהגותי יכול שיהפוך, למעשה, לזיקה לחפץ מסוים.

**איך מבחינים בין עשייה להימנעות מעשייה?**

בד"כ יהיה קל להבחין מתי אדם עשה ומתי לא, אך לעיתים ההבחנה תהיה מורכבת יותר . קרמיניצר ושגב במאמרם, נתנו דוגמה מעניינת, בה רופא נותן תרופה לא נכונה לפציינט. מחד, אפשר לראות זאת כמחדל בכך שלא העניק את התרופה הנכונה, ומאידך שמדובר במעשה מכיוון שלא ניתנה התרופה הנכונה. כלומר הרופא הפר את אחריותו לתת טיפול מתאים, הוא נמנע מלקיים את חובתו ולתת את התרופה הנכונה ובעקבות זה נגרם נזק. אומנם יש פה בעייתיות, כי מבחינת הצדדים הרופא נתן את הטיפול ולמעשה יש פעולה אקטיבית, ומהצד של המטופל הוא קיבל את הטיפול ולכן אכן יש פעולה אקטיבית ולא הימנעות מעשייה. (קיימת הסתמכות של המטופל על המטפל, והמטופל לא הלך לקבל את הטיפול הנכון).

* חלק מהדילמה, לעיתים, הוא הניסיון להבין **אם נגרם נזק או שרק לא נמנע כזה**. שכן, זה יכול להיות כלי עזר במקרים הקשים בהם אנו מתלבטים האם הפעולה היא עשייה או אי עשייה.
* **מבחן נוסף יכול להיות השאלה האם הנאשם יצר נזק או שרק לא מנע אותו,** האם האדם עצמו יצר נזק שלא קיים או רק לא הועיל. לדוגמא במקרה של הרופא, לכאורה הרופא לא יצר נזק (משום שמצבו הבריאותי של המטופל היה קיים, אך הרפא לא הועיל למצב). או שמהצד השני, מצג השווא שהרופא יצר, כשהמטופל חשב שהוא קיבל את הטיפול הנכון, מנע ממנו לבדוק עם רופאים אחרים. ולכן הוא הרע את מצבו ולא רק לא מנע את הנזק. המבחן הוא לא רק טכני- האם האדם עשה פעולה פיזית או לא, אלא שגם האם האדם יצר את הנזק או לא פעל למניעתו.
* קוגל- המבחן לפעולה פיזית הוא מבחן "הנעת השרירים"- לדעת פרופ' רוזנברג, המבחן בעייתי מאוד כי אפילו כשאדם לא עומד הוא מזיז שרירים, ולכן יכול שהוא ייחשב כפעולה פיזית. שכן, זהו מבחן טכני מידי.
* המבחן המוצלח יותר, והנאמן למהות הוא מבחן המשולב\ הדומיננטיות- פרופ' קרמניצר ושגב מציעים מבחן משולב שאותו הם מכנים מבחן הדומיננטיות והם מציינים כי הדרך היחידה לאבחן בין מעשה למחדל הוא בזיהוי ההתנהגות הדומיננטית לאור האירוע כולו תוך התחשבות בכל השיקולים המהווים את הבסיס לאבחנה בין מעשה ומחדל. נבחן את כל הפעולה. נשאל עצמנו עד כמה האירוע כולו, בהתחשב במכלול השיקולים, "מושך" לכיוון המחדל או הפעולה האקטיבית.

ככלל, כאשר יש לנו אפשרות להרשיע במעשה או מחדל, נבחר בדרך החמורה יותר(כלומר, במעשה). למה? מחדל קשה יותר להוכיח ולכן נבחר בדרך המעשה, כמו גם הסבירות הגבוהה שהענישה תהיה מקלה יותר. יש לציין, כשניתן להרשיע ולהפליל על מעשה או מחדל, כששתי האפשרויות הגיוניות תמיד התביעה תעדיף לייחס אחריות במעשה. מחדל מתאפיין בכך שהוא קשה להוכחה, וזאת בניגוד למעשה, בו ניתן להצביע על מעשה אקטיבי. כיוצא מכך, כפרקליטה קל יותר להרשיע על מחדל מאשר על מעשה. יש גם לזכור שבהיבט השיפוטי שיקול הדעת של בית המשפט במתן גזר הדין, הוא להקל בעונש של מחדל מאשר מעשה.

**פס"ד פרידמן**

רקע עובדתי: אדם מגלה שאשתו בגדה בו, ולאחר מכן היא מנסה לתקוף אותו. בסיום מאבק, הוא דוקר אותה ברגלה. היא מסרבת לקבל ממנו טיפול והוא עוזב את המקום. כאשר הוא חוזר, הוא מגלה שהאישה מתה. פסק הדין רלוונטי לשאלת המחדל, מכיוון שהדוקר טוען להגנה עצמית: האישה תקפה אותו ולכן היה איום מיידי על חייו והוא פעל בהגנה עצמית. בית המשפט פוסק שהייתה כאן חריגה מן הסבירות, הטענה לא מתקבלת והוא מורשע בגרימת המוות.

הנקודה הרלוונטית לנו ביותר בפסד הוא הנושא של מחדל. בשביל להראות את החשיבות, ניתן ואף נחלק את פס"ד לשני אירועים\ חלקים: המאבק וכיוצא מכך הדקירה, והאירוע השני שהוא עזיבת האישה המגואלת מדם.

בית המשפט: מדוע פסק הדין חשוב לנו? מה היה קורה לו פרידמן היה נהנה מסייג ההגנה עצמית? אם טענת ההגנה העצמית בחלק הראשון הייתה מתקבלת, יכול שהוא יורשע במחדל ולא במעשה אקטיבי.

מה יהיה מקור החובה לפעול? בית המשפט בעניין פרידמן קובע כי ברגע שאדם יצר סיכון לחברו, קמה וחלה עליו חובת הצלה, כלומר חלה עליו החובה להסיר את הסיכון שיצר. זה מתחבר לרציונל שדיברנו עליו, על מתי אנו מצפים מאדם לפעול. אנחנו מצפים מאדם לפעול במקום שיש לו קשר\ זיקה לקורבן דרך הנזק שהוא יצר, אז בא המשפט בשם החברה וקובע ששם קמה החובה. שם יש ציפייה מהאדם לקום ולפעול. לבוא ולהגיד ניסיתי לעזור, זה לא סביר. ברגע שהאדם יצר את הסיכון וחוזר אחרי זמן רב לעזור לפצועה, זה לא סביר.

ודוק: הבעל יצר סיכון לאישה, ולכן חלה עליו חובה גם להסיר אותו. לא הסיר את הסיכון? קמה חובת עשייה, בה הבעל לא עמד (הוא אמנם הציע סיוע, אך לא "באמת" ניסה לעזור משעזב אותה שותתת דם בזירה. הוא בחר בדרך הקלה, ולמרות הסערה שבה היה שרוי לא תתקבל טענה שהוא חיכה 8 שעות מבלי להזעיק עזרה).

נוכח העובדה שהמקרה היה חמור, וכי אי הטלת אחריות פלילית על הנאשם נוגדת את ההיגיון הפנימי, נראה שבמידה ובית המשפט היה נענה לטענתו של פרידמן, הוא לא היה מבטל כל אחריות פלילית, אלא הוא היה פועל דרך המסלול של המחדל. לפיכך נראה כי עצם העובדה שלא ניתן להרשיע במעשה, לא אומר שלא ניתן להרשיע במחדל כל עוד אפשר לחלק את האירוע לשני חלקים: במקרה שלנו, הדקירה הפיזית ולאחריה ההפקרה. גם אם נניח שחל על החלק הראשון סייג ההגנה העצמית, ישנה אפשרות להטיל חובת עשייה ואז להטיל אחריות על ההפקרה שקרתה בחלק השני.

מעצם העובדה שלא ניתן להרשיע במעשה לא סוגרת את הדלת לאפשרות הטלת אחריות על אותו אירוע במחדל. בתנאי שניתן לזהות בסיפור שני חלקים: לדוגמא, בפרידמן הדקירה האקטיבית והחלק השני שהוא ההפקרה של האישה השותת דם. קבלת ההגנה העצמית לא סותרת את האפשרות להרשיע והטלת אחריות על ידי יצירת מצב מסוכן והרשעה בגרימת מוות במחדל.

מהן מקורות החובה בפס"ד פרידמן? נראה כי יש כמה מקורות חובה: חוק העונשין- שבדך כלל החובות מדברות על זיקה בין האדם לנזק. וכי המקור של יוצר מצב מסוכן, לא מעוגן בחוק העונשין אלא בית המשפט יצר אותו בדרך פסיקתית. חוק העונשין מאפשר קיום חובה ממספר מקורות מדין ומחוזה, הדין מתפרש כחוק ופסיקה. בית המשפט רשאי ליצור חובות עשה פסיקתיות, יש כאן פריצה בנושא של מחדל בעקרון החוקיות. אם בית המשפט רשאי להרחיב את עילות המחדל ללא עיגון בחוק, זה מהווה פגיעה בעקרון החוקיות. הצורך לתחום את ההיקף ההגנה ולהכפיף אותו לסבירות הוא הכרחי.

**מקורות החובה לפעול**

* בחוק העונשין- זיקה של תפקיד או של קרבה.
* בפסיקה- "בדין או חוזה"- בית המשפט יכול ליצור מקור חובה לפעול דרך ההלכות וכלי של "חקיקה שיפוטית"- אפשר לטעון שעקרון החוקיות נפגע משום שהאדם "הפשוט" יכול שלא יכיר מקור חובה שיפוטי שהוחל ע"י ביהמ"ש. לכן, בשל פגיעה זו והרגישות שבה בהמ"ש יעדיף לבחור בדרך של עשייה אקטיבית.
את היקף המחדל בית המשפט מנסה לתחום, כי עלול להיווצר "כאוס".
* חובת הזהירות בפקנ"ז- "הימנעות מעשייה שהיא לפי כל **דין** או חוזה".

דיברנו על מקורות חובה פסיקתיים, חקיקתיים וכן מקור חובה של חובת הזהירות בפקודת הנזיקין. חובה לפי כל דין וחוזה (ס' 18ג') מדבר על הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה, שהמילה דין מתפרשת כחקיקה וכפסיקה. הדין הוא החקיקה והפסיקה.

אחת השאלות שהתעוררו היא כשמדברים על דינים מכוח חקיקה, האם הכוונה היא רק למקורות חוקיים מהדין הפלילי, או גם מהדין החוץ הפלילי? כלומר, האם אפשר לייבא מקורות חובה גם **מחקיקה שאינה פלילית** בהכרח? לדוגמא: חובת הזהירות של פקודת הנזיקין.

חקיקה יכולה להיות דין פלילי או לבר-פלילי (כלומר, חוץ פלילי). בספרות קיימת מחלוקת קשה בעניין, ייחוס אחריות פלילית על חובה שמקורה אינו בדין הפלילי בעייתית במעט משום שהרציונל העומד בדין אחר שונה מזה שעומד בדין הפלילי. קרמניצר וראם דנים בשאלה זו במאמר שלהם.

* למשל: קיימת חובת השבת אבידה בדין האזרחי. רוח העיפה חפץ משכן אחד לאחר, והשכן השני לא מספר שהחפץ אצלו. האם אפשר להרשיע בגניבה במחדל?
* לדעת פלר, שהפירוש שלו מרחיב, התשובה **חיובית**. שכן, במשפט הפלילי יש הכבדות ויסודות המאפשרים סינון של אותם המקרים הראויים, וזאת דרך היסוד הנפשי. וכי רק במקרים שבהם מתקיים היסוד הנפשי, ניתן להרשיע במשפט הפלילי. כמו כן, בשיטות משפט אחרות, לא תשתכלל עבירת הגניבה במחדל, ולכל היותר הם יגדירו עבירה חמורה פחות.
* קרמניצר, לעומת זאת, לא מסכים עם פלר בטענה יש תחושה שהרציונל בדין האזרחי שונה מהרציונל של הדין הפלילי ואם מלבישים את הדין האזרחי לפלילי נוצר חוסר התאמה. לפיכך, יש צורך לבדוק מה הרציונליים מאחורי כל דין, ואם יש התאמה ניתן להפליל דרך מקורות במשפט האזרחי. קרמניצר מציע לבדוק מה הרציונל העומד מאחורי הדין הזר, לעומת הרציונל העומד בדין הפלילי הישראלי, ולבדוק אם הם "מתאימים". הוא מסביר שהדבר בעייתי.

ולכן, מה קורה שאדם מפר את חובת הזהירות כלפי אחר, ובעקבות זה נגרמת תוצאה ונסיבות שמקיימות עבירה פלילית?

הפסיקה עונה כן: חקיקה יכולה להיות גם דין פליל וגם דין לבר-פלילי. ועל זה יש בספרות הרבה מחלוקת וויכוח, בשאלה עד כמה ראוי לייחס אחריות פלילית לאדם בגין עבירה פלילית שהחובה שחלה עליו היא בדין אחר. הרציונליים להטלת חובות בדיני הנזיקין הם אחרים מהדין הפלילי. במאמר של שגב וקרמניצר עד כמה נכון להרחיב את מקורות החובה שיחילו מקורות חובה לא פליליים?

אז מה קורה בשיטת המשפט הישראלית? בעיקרון, גם שיטתו של פלר וגם גישתו של קרמניצר אפשריות ליישום. בסופו של דבר, התשובה תלויה בפרקליט שבוחר לנהל את ההליך הפלילי ובגישה שבה ירצה ללכת. אז איך פותרים מקרה בו יש חופש פעולה לפרקליט? איך מתמודדים עם האפשרות שתהיה חוסר אחידות בין הפרקליטים במידה שתפגע בשוויון בהליך הפלילי? ישנן הנחיות פרקליט המדינה שאמורות להגדיר מה אפשר ואי אפשר לעשות, וליצור את האחידות שיש חשש שתיפגע.

בשורה התחתונה, באופן תיאורטי במשפט הישראלי זה אפשרי. סעיף 18( ב') מנוסח ככזה התומך בכך.

**חובת הצלה כללית?**

אז מה קורה כאשר אין זיקה בין המצב המסוכן לאדם שיצר אותו ואין זיקה בין מקצועות? מה קורה כאשר אדם נתקל במצב מסכן חיים של אחר? **האם יש חובת הצלה כללית?** השאלה הזו מחזירה אותנו לשאלה הנורמטיבית והמוסרית, שהיא עד כמה נכון כחברה לצפות מהפרט לקום ולהציל אחרים?

פס"ד אמריקאי מפורסם- אישה שנאנסת ומותקפת באכזריות, 38 אנשים עדים למעשים החמורים ולא עושים דבר. בסופו של עניין, האישה נרצחת. כל אחד מאנשים יכול היה לעשות משהו, אך אף אחד לא פועל משום שהוא טוען שהוא חשב שמישהו אחר יפעל. הרוצח הלך וחזר מתוך חשש שיתפסו אותו אך דבר לא קרה והוא שב למעשיו. בעקבות הסיפור התעוררה השאלה האם נכון לחוקק חוק שיטיל חובת הצלה כללית? כאשר ההצלה "קלה" כלומר לא מסכנת אדם אחר, יכול שניטה לחשוב שחובה כזו הגיונית.

במשפט הישראלי, עד 1998 היו חובות ספציפיות שנגעו לזיקה מסוימת, כלומר חובות הנשענות על מערכות יחסים מיוחדות. אך באותה שנה, המחוקק הישראלי מחליט לעשות שינוי, המשתקף בחקיקת חוק "לא תעמוד על דם רעך". החוק צירף את המשפט הישראלי לקבוצת המדינות בהן קמה חובת הצלה כללית. החוק הוא חוק לבר-עונשי והוא עומד בפני עצמו. בעולם, זכו החוקים לשם "חוק השומרוני הטוב".

סיפור השומרוני הטוב

הסיפור מבוסס על אגדה נוצרית, שהתפתחה ומובאת בברית החדשה, שישו היה מספר למאמינו. היה מדובר על אדם שיצא לדרכו מירושלים ליריחו והוא עובר בדרך מפוקפקת שכל הזמן תוקפים וגונבים ממנו, שבסופו של דבר מפקירים אותו בדרך. הוא מספר שכומר מזדמן במקום וחולף על פניו. איש לוי גם עבור במקום רואה, מסתכל וגם ממשיך הלאה. האדם ממשיך לשכב עד שאיש שומרון רואה את אותו ועוזר לו. שהוא נקרא השומרוני הטוב שחושב על הזולת. הרעיון של לראות אדם אחר ולעזור לו. במקרה ש השומרוני הטוב מדבר על הקרבה אישית- ממזונו הספור וכו. ולכן חוק לא תעמדו על דם רעך הוא לא בדיוק הסיפור של שומרוני הטוב, ששם מקריבים מעצמם.

חוק "לא תעמוד על דם רעך"

החוק מטיל חובת הצלה כללית מצומצמת (ס'1- האירוע צריך להיות פתאומי, להקים סכנה חמורה ומיידית, אדם יכול לעזור בלי לסכן או להסתכן). כלומר- מדובר ב"הצלה קלה"

הסנקציה- ס'4: קנס. מדובר בעבירת מחדל פשוטה- אפשר להרשיע רק במחדל.

**חובת הצלה והושטת עזרה**

1.    (א)  חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.

           (ב)  המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה; בסעיף זה, "רשויות" - משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות.

**עונשין**

4.    העובר על הוראות סעיף 1 לחוק זה, דינו - קנס.

השאלה המעניינת שמתעוררת: סעיף 4 מראה על עבירת מחדל ישירה, שניתן לעבור עליה רק במחדל. שכן, מי שלא מקיים את החובה שמעוגנת בסעיף 1, עבר עבירה מחדלית שהעונש עליה הוא קנס. אך האם במקרים שבהם אדם מפר את החובה שמעונגת בסעיף 1 והתוצאה שנגרמת היא תוצאת המתה, האם ניתן לייחס אחריות לעבירת ההמתה? על ידי ייבוא הסעיף והלבשתו על עבירת המתה. האם אפשר לייחס את סעיף 1 כמקור חובה?

האם במקרים בהם אדם הפר את החובה כיוצא מס'1 אפשר לייחס לו אחריות פלילית דרך ייבוא מקור החובה, אף שהסנקציה עליה היא קנס? כלומר, שנרשיע לא לפי החובה בס'4 אלא לפי העבירה הפלילית.

הקושי: האם נעדיף להטיל סנקציה כבדה בהרבה כאשר יש לנו סנקציה ספציפית שרלוונטית לחקיקה עצמה? כלומר, הענישה היא קנס ובכל זאת נטיל ענישה כיוצא מהחוק הפלילי, שסביר שתהיה חמורה בהרבה. כמה אנחנו רוצים שאנשים יעזרו מתוך מקור החובה הזה כאשר הם עלולים גם להחמיר את מצבו של הפצוע? התשובה- כל עוד עשינו מה שיכולנו ולא הצלחנו, לא תוטל אחריות.

אז מה עושים? בעקרון אפשר להשתמש בסעיף 1 כמקור חובה לענישה פלילית(ביישום התנאים המחייבים כמובן), ויש מחלוקת בעניין זה. לדעת פרופ' רוזנברג, אפשר לעשות זאת- נדרשים תנאים רבים להפללה הפלילית(בנוסף לתנאים המצמצמים גם כך בס'1) וכאשר נגרמה תוצאה קשה.

"לפי דין או **חוזה**"- אותה הדילמה שנמצא בחקיקה לבר-פלילית. האם נכון לייבא סעיף בחוזה שמטיל חובת עשייה? התשובה לכך חיובית, אך תלוית נסיבות ומדיניות משפטית. אפשר לחשוב על מקרים שבהם יש חוזה מסוים (למשל, של מציל) שבהם אין בכלל התלבטות. לעומת זאת, המקרים הבעייתיים יותר הם של **חוזים מכללא**- אין הגדרת תפקיד ברורה, יכול שיהיו חוזים משתמעים בהם לא מפורט מקור החובה בדיוק, החוזה יהא בע"פ או אף לא מסוכם, וכו'. חוזי המכללא הם כאלה בהם ישנו ספק גדול: קו הגבול לא ברור וישנו מקום להכריע לכאן או לכאן, והתשובה תגיע לרוב, כרגיל, **משיקולי מדיניות.**

**(2) הרכיב השני: נסיבות**

מה שמאפיין את הנסיבות הוא שמדובר בתנאים שאמורים להתקיים לצד ההתנהגות, והם תנאים שבדרך כלל לא בשליטתו של העושה אלא חיצוניים לעושה (אם כי יש חריגים). הם מתרחשים במקביל או תוך כדי להתנהגות ולנאשם אין שליטה עליהם. זאת לעומת ההתנהגות, שעליה חייבת להיות לו שליטה. המחוקק משחק הרבה פעמים עם הנסיבות כדרך לנסות לייצר מדרג חומרה בין חלופות שונות של עבירה. הוא יוצר צורות מוקלות ומוחמרות של אחריות פלילית ע"י משחק עם נסיבות, הוספה שלהן לצורה בסיסית שכבר קיימת.

דוגמא:

1. הגונב דבר, דינו מאסר 3 שנים". ← נורמה בסיסית/רגילה. הערך המוגן: קניין.
2. הגונב דבר ממעבידו, דינו 8 שנות מאסר". ← נורמה מיוחדת/ספציפית. הערך המוגן: קניין + יחסי אמון מיוחדים בין ובד למעביד.

עבירה 2 בעצם בולעת את העבירה 1. יוצא שעבירה 2 יש נסיבה נוספת שאין בעבירה 1, שהיא נסיבת ה"ממעבידו". כלומר 2 בולעת את 1 ומוסיפה עליה.  **הכלל** אומר שכאשר מתקיים בין 2 עבירות, יחס כזה שאחת מהן בולעת בעצם את השנייה ומוסיפה עליה- אנחנו קוראים לעבירה הנבלעת נורמה בסיסית/ צורת אחריות בסיסית/רגילה, ול"בולעת"- נורמה מיוחדת/ספציפית. אם נסיבות המקרה שלפנינו נכנסות לנורמה המיוחדת- תמיד נייחס אחריות קודם כל אליה. ככל שהמקרה הוא כזה שניתן לייחס לו את עבירה מספר 2- לא נלך בכתב האישום על 1 או 2, אלא רק על 2.

מה הרציונל, למה המחוקק מצא לנכון לחוקק עבירה נפרדת? הרי היה אפשר להשאיר רק את 1 עם עונש גבוה יותר ולשחק איתו בהתאם לנסיבות- במקרה של גניבה ממעביד לתת 8 שנים ובמקרה של גניבה רגילה 3. נבין קודם מה הערך המוגן.

הערך לא חייב להיות ערך מוגן בפני עצמו כך שהוא לבד יקים עבירה. יחסי אמון בין עובד למעביד זה לא משהו שיש עליו עבירה פלילית נפרדת. אבל המחוקק בא ואומר שכאשר אדם פוגע בערך המוגן של קניין הוא עושה את זה במסגרת מערכת יחסים ובתוך מקום עבודה, יש כאן פגיעה ביחסי האמון בין יחסי עובד מעביד, שגם אם לבד הם לא מקימים הצדקה להפללה, כשהם מתלבשים על ערך הקניין הרגיל הם מייצרים כאן סוג של פגיעה מוגברת. ולכן במקרים האלה לא מספיק רק להחמיר בעונש, או להגדיל את טווח הענישה, אלא כאשר אדם גונב דבר ממעבידו נוצרת קטגוריה נורמטיבית נפרדת. יש כאן סוג של מסר חברתי, מעבר לעונש עצמו. האחריות הפלילית כוללת גם תיוג, לא רק שאלה של איזה עונש מטילים מבחינת קלקולציה של עונש מאסר, אלא יש גם תפקיד אקספרסיבי של המשפט הפלילי, המסר שהוא מעביר לנאשם, לחברה כולה. לכן המחוקק בוחר כאן ממש לייצר עבירה שהיא נפרדת.

1. המתפרץ למתקן בטחוני וגונב דבר, דינו מאסר 7 שנים"

היחס בין 1 ל-3- 3 היא הנורמה המיוחדת, הספציפית, ו-1 היא הבסיסית. גם 2 וגם 3 הן נורמות מיוחדות של 1. אבל מה היחס בין עבירה 3 לעבירה 2?

דני עובד במתקן בטחוני שמור. מתפרץ בלילה למתקן וגונב ציוד. ערך מוגן: הגנה על המדינה, שמירה על ביטחון המדינה.

על איזו עבירה נאשים את דני? הוא בעצם נכנס לשתי העבירות. 2 ו-3 לא מקיימות יחס של מיוחדת אחת כלפי השנייה, רק ביחס ל-1. אבל אחת ביחס לשנייה הן לא בולעות אחת את השנייה. ולכן **הכלל** הוא שאם בין 2 עבירות לא מתקיים יחס של מיוחדת וספציפית, משום שבכל אחת מהן יש יסודות שלא קיימים בשנייה, ניתן להרשיע את הנאשם בגין שתי העבירות גם יחד. הרציונל אומר שכל עבירה משקפת פגיעה בערכים חברתיים שלא חופפים אחד לשני.

אפשר לראות איך בסיפור של 10 סה"כ מילים בכמה ערכים פגע האדם. לכן במקרה כזה יהיה אפשר לייחס אחריות גם ל-2 וגם ל-3. לא תהיה בליעה מפני שכל אחת מהן מוסיפה איזשהו ערך מוגן אחר שיש לו איזשהו ערך בפני עצמו.

**כלל:** תמיד ננסה לייחס אחריות לכל העבירות הרלוונטיות שנפנה אליהן, אלא אם מתקיים היחס הספציפי הזה בין מיוחדת, שאז נרשיע רק במיוחדת כי היא כוללת את הרגילה בתוכה.

בחוק העונשין

384א. (א) הגונב דבר כמפורט להלן, דינו – מאסר ארבע שנים

391. עובד הגונב דבר שהוא נכס מעבידו, או שהגיע לידי העובד בשביל מעבידו, וערכו עולה על אלף שקלים חדשים, דינו - מאסר שבע שנים.

390. עובד הציבור הגונב דבר שהוא נכס המדינה או דבר שהגיע לידיו מכוח עבודתו, וערכו עולה על אלף שקלים חדשים, דינו - מאסר עשר שנים

ס' 384 מול 391- יחס של מיוחדת מול רגילה. אם דני גונב משהו מהמעביד שלו שערכו 500 ש"ח- נוכל לייחס לו רק גניבה (384). אם נסיבה בנורמה המיוחדת לא מתקיים- נרד חזרה לנורמת הבסיס. אם דני יגנוב משהו שערכו 2000 ש"ח- נייחס לו רק את 391, הספציפית.

ס' 390- מוסיף את הרכיב של עובד ציבור- כי יש ערך נוסף שנפגע, אמון הציבור, נוסף על ערך הקניין. זו נורמה בפני עצמה שרוצה להעביר איזשהו מסר. אבל אם דני הוא עובד ציבור והוא גונב דבר שערכו 900 ש"ח- גם כאן נרד לנורמת הבסיס ונוכל לייחס לו רק את 384, גניבה. אם דני הוא עובד ציבור שגונב נכס בשווי 1500 ש"ח- נטיל עליו רק את 390- היא הכי ספציפית מתוך 391, 390, 384, ולכן אם המקרה נכנס בגדרה נייחס רק אותה. היא בולעת את 391 (שהיא עצמה גם עבירה ספציפית של 384) ולכן נייחס את הכי חמור.

"עובד הציבור הגונב דבר ממעבידו, דינו 12 שנות מאסר". הערכים המוגנים ב4- קניין + יחסי אמון עובד מעביד + אמון הציבור

בין 1 ל-2 ל-4 נוצר מצב של: נורמת בסיס- 1, נורמה מיוחדת- 2, נורמה עוד יותר מיוחדת- 4

לכן נוכל לייחס רק את 4 אם הסיפור נכנס לתוכו.

דני עובד הציבור המשרת במתקן בטחוני שמור, מתפרץ בלילה למתקן וגונב ציוד.

האם נייחס לו רק את 4 או גם את 3 וגם את 4?

ב-4 יש לנו רכיבים שלא קיימים לנו ב-3. היחס בין 3 ל-4 באותם מקרים שאין אחת מהן שבולעת בשלמותה את השנייה אלא כל אחת מוסיפה משהו חדש, ולכן **הכלל**: כל שהסיפור יכול לענות על כל אחת מהעבירות האלו אפשר לייחס את שתי העבירות האלה גם יחד. אפשר גם את 3 וגם את 4. רק השילוב ביניהן מכסה את כל הערכים החברתיים שנפגעו- גם קניין, גם הגנה על בטחון המדינה, גם יחסי אמון של עובד מעביד, וגם פגיעה באמון הציבור. אם נייחס אחריות ל3 ו-4- לא נוכל לייחס אחריות ל2 ו-1 כי הן ממילא נבלעות או ב-3 או ב-4 (עבירה 1 אף בשתיהן).

כמו שהמחוקק יכול ליצור מדרש של חומרה ע"י משחק עם הנסיבות, הוא יכול לעשות את זה גם ע"י משחק עם התוצאה.

לדוגמא עבירת הסחיטה באיומים- ס' 428. הסיפא כולל את כל הרישא ומוסיף את הרכיב התוצאתי. הרישא אומר שאם אדם מאיים מתוך כוונה להפחיד מישהו אחר- יש עבירה. הסיפא אומר שאם אדם מאיים מתוך כוונה להפחיד ובפועל הוא גם הופחד ועושה מה שאיימו עליו שאם לא יעשה יקרה לו משהו, מקבלים גם רכיב תוצאתי ויש החמרה בענישה. עבירת הבסיס תהיה עבירה התנהגותית, ועבירת החומרא, העבירה המיוחדת, הספציפית- תהיה אותה עבירה התנהגותית + רכיב תוצאתי, כלומר בעצם עבירה תוצאתית.

**(3) תוצאה- קשר סיבתי**

רכיב תוצאתי- קיים רק בעבירות תוצאתיות. בעבירות כאלה אנחנו צריכים להוכיח בנוסף להתנהגות ולנסיבות שמנויות בהגדרת העבירה גם את קיומה של התוצאה, ובנוגע לתוצאה גם קיומו של קשר סיבתי בינה לבין המעשה. אנחנו צריכים להראות שאותה תוצאה שמנויה בהגדרת העבירה אכן התרחשה בעקבות ההתנהגות של הנאשם ואלא מסיבה אחרת.

אפשר לחשוב על מקרים בהם אדם מבצע התנהגות מסוימת ונגרמת בסוף תוצאה שלילית כלשהי לקורבן, אבל ספק אם מה שגרם לתוצאה השלילית של הקורבן הוא פרי ההתנהגות של העושה. יכול להיות שהיה איזשהו גורם שהתערב, או שקרה משהו בלי צפוי שהחמיר מאוד את שרשרת ההתרחשות הסיבתית הרגילה, או שקרה אסון באותה שניה אסון בדרך פלאית. לכן קמה השאלה של קש"ס. ולא מפתיע שהמשפט הפלילי דורש להוכיח את זה, כי כשאנחנו מייחסים לאדם אחריות פלילית בגין תוצאות מסוימות, ברור שמבחינה מוסרית נרצה להראות את הקשר, את הזיקה הברורה של הנאשם לאותה תוצאה כדי שנוכל לייחס את האחריות הפלילית.

בדרך כלל בתיקים פליליים, הנושא של קשר סיבתי הוא לא נושא שעולה בכל תיק או אירוע. הרבה פעמים שנאשם פועל לבד, ומבצע איזושהי פעולה ובעקבותיה יש תוצאה, אין דיון של קשר סיבתי, משום שזה מובן שהוא זה האחראי והגורם לתוצאה. במקרים כאלו הדיון המורכב של קשר סיבתי לא מתעורר.

אך מתי כן? כאשר התוצאה מתרחשת על רקע מספר גורמים, חלק יכולים להיות תלויים או בלתי תלויים אחד בשני. במקרים האלו קשה הרבה פעמים לזהות את אותה זיקה סיבתית בין התנהגות העושה לבין התוצאה, בעקבות הגורמים הנוספים שמתערבים. יש צרוך ויכולת לזהות מי מבין מגוון כל הגורמים בתמונה, הוא זה שאחראי והמשפט הרואה בו כהגורם.

רוב התורה שקשורה לדיני הקשר הסיבתי בפלילים היא תורה שהתפתחה בפסיקה. וזה לעומת מושגים אחרים, בהם החלק הכללי הסדיר ומיסד אותם באופן מפורט. עם השנים ניתן לזהות עם הפסיקה איזשהם כללים מסדרים, כללי אצבע.

**מבחני הקשר הסיבתי**

את הנושא של סיבתיות מקובל לחלק לשני מבחנים:

1. קשר סיבתי עובדתי- המבחן הזה עוסק בקיומה של איזושהי זיקה פיזית אובייקטיבית בין מעשי הנאשם לבין התוצאה. יש צורך להראות פיזית עובדתית , מה שגרם לתוצאה זה מעשה הנאשם.
2. קשר סיבתי משפטי\ מבחן ייחוס האחריות- המבחן הזה בודק מי מבין אותם גורמים המקיימים קשר סיבתי עובדתי, מבחינה פיזית אובייקטיבית מקיימים קשר סיבתי עם התוצאה, גם ראוי מבחינת מדיניות משפטית שהיא רצויה, להיות זה שנצביע עליו כגורם.

כדי שנגיד שבסופו של דבר מתקיים קשר סיבתי בין מעשה הנאשם לתוצאה, יש צורך להראות את הגשמתם של שני מבחנים המשנה. כלומר המבחנים הם מבחנים מצטברים. בשביל להטיל אחרות פלילית על פלוני, נצטרך להראות כי פלוני קיים קשר סיבתי עובדתי, יש זיקה פיזית אובייקטיבית בין המעשים שלו לבין התוצאה. וגם מבחינה משפטית, המבחנים שפותחו בפסיקה הנוגעים לשיקולים של מדיניות, אנו חושבות שהאדם הזה ראוי שיחשב כגורם.

1. **קשר סיבתי עובדתי**

הקשר הסיבתי הפיזי, הפסיקה קובעת כי יש מבחן מרכזי שהוא מבחן עזר שבעברתו ניתן לבחון האם התקיים הקשר הסיבתי האובייקטיבי. המבחן הוא מבחן האלמלא, לולא ההתנהגות נאשם האם התוצאה הייתה מתקיימת? אם התשובה היא חיובית, לא מתקיים קשר סיבתי. משום שהתנהגות הנאשם לא השפיעה על התוצאה והיא נגרמה מסיבות אחרות. אך במידה והתשובה היא שלילית, מתקיים קשר סיבתי עובדתי.

זה מבחן מאוד רחב שאם נפעיל אותו, הרבה סיבות יכולות בעצם להיחשב כגורם. מבחן האלמלא הוא מבחן מאוד רחב, יכולה להיות שרשרת גדולה של גורמים שיכולים להיחשב כקשר סיבתי. למשל הדוגמא המגוחכת של האמא- אפשר לומר שגם האמא של הנאשם היא גורם לתוצאה, כי אלמלא היא ילדה את הנאשם הוא לא היה גדל ומבצע את העבירה שנים מאוחר יותר. שרשרת גדולה מאוד של גורמים יכולה להיחשב גורם לפי המבחן הפיזי כי אלמלא כל שרשרת בדרך לא היינו מגיעים לרגע שבגללו זה קרה. אבל זה בכל זאת מבחן שאנחנו חייבים לוודא שהוא מתקיים.

אם אדם פועל לבד, מבחן האלמלא הוא קל להגשמה. אם אני חבלתי בפלוני ונגרמה לו חבלה חמורה, נשאל- האם אלמלא המעשים שלי הייתה נגרמת פה חבלה חמורה? לא. אז יש קש"ס עובדתי.

יש מקרים נוספים שגם כשאדם לא פועל לבד אלא יש גורמים משלימים שכל אחד בנפרד לא יכול היה להביא לתוצאה אבל ההשתלבות שלהם אחד בשני כן אפשרה את התוצאה- אלו מקרים שעדיין מקיימים את מבחן האלמלא.
למשל: פלוני מת משתי דקירות סכין שלא תלויות אחת בשנייה, דוקר אותו א' ודוקר אותו ב' באופן בלתי תלוי. כל דקירה לבד לא הייתה יכולה להביא אותו למצב של מוות, אלא רק ההצטברות, השילוב של שתי הדקירות ביחד הוליד איזושהי תולדה קטלנית, למשל בגלל איבוד דם. אלמלא הדקירה של הראשון, האם היה נגרם המוות? לא. אז יש קש"ס. ואלמלא הדקירה של ב', האם היה נגרם המוות? גם לא, משום שרק השילוב של שתי הדקירות גרמו למוות. לכן גם במקרה שיש שניים/כמה/הרבה שפועלים ביחד, אנחנו אומרים שעדיין מבחן הקשר הסיבתי העובדתי התקיים.

מתי זה לא יקרה?

לדוגמא מקרה בו מבחן האלמלא לא מחזיק מים. מקרה בו מבחן האלמלא לא מתקיים- כמה גורמים בלתי תלויים אחד בשני פועלים במקביל וגורמים לזה בו זמנית, אלא שבדיעבד מסתבר שכל אחת מהדקירות לבד הייתה יכולה לגרום לתוצאה הרעה. כמה אנשים דוקרים את פלוני כמו קודם, אבל בניגוד לפעם הקודמת כל דקירה לבד יכלה לגרום למוות. אלמלא הראשון דקר, האם המוות היה נגרם? כן. הדקירה השנייה יכלה לגרום למוות. ולהיפך. אנחנו מקבלים מעין פרדוקס, כי יוצא שאף אחד מהדוקרים לא מקיים קש"ס עובדתי לפי מבחן האלמלא. אלמלא אחד מהם דקר, השני בכל זאת דקר וזה היה מספיק כדי לגרום למוות. אף אחד לא מקיים את מבחן האלמלא לבד.

מבחן הדיות

במקרה הזה של אותה דוגמא של גורמים מצטברים שכל אחד מהם יכול היה בנפרד לגרום לתוצאה, הפסיקה פיתחה חריג למבחן האלמלא: מבחן הדיות (מהמילה די).

די בכך שאחד מהעושים, הפועלים הוביל לתוצאה הרעה כדי שנראה בו כמי שמקיים את הקשר הסיבתי העובדתי. בעצם מבחן הדיות במובן הזה הוא מבחן שעוקף את המגבלה של מבחן האלמלא. הפסיקה כוללת סיפורים שונים שבתי המשפט השתמשו במבחן הדיות, לדוגמא פס"ד הידוע של ברדארין, בו שניים שורקים את הקורבן, כל אחד במקום אחר, ובסופו של דבר התגלה כי כל דקירה יכלה להרוג את הקורבן. כל נאשם ניסה להפיל את האחריות על הנאשם השני, בדיוק בדומה לדוגמא לעיל. בית המשפט קבע כי התוצאה שמתקיימת ממבחן האלמלא לא הגיונית במקרה כמו בדוגמא שכל אחד יזרוק את האחריות על השני ויאמר שגם בלי המעשים שלו הוא היה מת, לכן מחילים את מבחן הדיות.

1. קשר סיבתי משפטי

המורכבות והשאלה היותר מעניינת היא הקשר הסיבתי המשפטי. למה הקשר הסיבתי העובדתי לא מספיק?

באופן טכני יכול להיווצר מצב שגורם מסוים מקיים זיקה פיזית אובייקטיבית בין הפעולות שלו לבין התוצאה. למשל אני רודפת אחרי פלוני במטרה להרוג אותו, ותוך כדי, המרדף פלוני נופל לבור גבוה, חוטף חבטה בראש ומת. הטענה שלי תהיה שזאת לא אני, אני רק רדפתי אחריו, היה שם במקרה בור שבגללו הוא מת. אבל מבחינה פיזית אובייקטיבית אפשר לומר שאלמלא רדפתי אחריו באותו רגע, הוא לא היה מגיע לאותו מקום, לא היה נופל לבור, לא היה נחבל בראש ולא היה מת. יוצא שאין לזה גבול.

הקשר הסיבתי העובדתי הוא מבחן מאוד רחב ולמעשה, הבעיה היא שהוא מוליך לשרשרת אינסופית של אירועים במציאות האובייקטיבית שהובילו לאותה תוצאה. הרי גם נהג המונית שהסיע אותי למקום הרדיפה אחרי פלוני מקיים 'קשר סיבתי בין העולה שלו לתוצאה, כי אלמלא הוא הסיע אותי לזירת האירוע, לא הייתי מגיעה למקום האירוע, לא הייתי רודפת אחרי פלוני, כו'. הרבה גורמים, כל גורם בשרשרת האינסופית של ההתפתחויות של החיים שהובילה למצב שבו הנאשם באותו רגע מבצע את המעשים שלו מול הקורבן, כל גורם בדרך הוא גורם המקיים קשר סיבתי עובדתי.

לכן המשפט בא ואומר שלא מספיק שאדם מקיים רק קשר פיזי אובייקטיבי עם גרימת התוצאה. אנחנו רוצים להראות שגם מבחינת המשקל, קיימת גם הצדקה מוסרית לתת מספיק משקל למעשים של הנאשם כך שהוא ייחשב הגורם מבחינה משפטית. משום שיכולה להיות שרשרת התפתחויות המקיימת קשר סיבתי עבודתי, אבל זה לא מספיק מבחינה מוסרית או בשל מדיניות, יש צורך מרכז כובד כדי לייחס דווקא לו את האחריות. אנו רוצות הראות שמבחינה מוסרית יש פה איזשהו מרכז כובד מסוים, ש"מגיע לו". זה מה שהמבחן הקשר הסיבתי המשפטי בא לעשות, הוא בעצם **מבחן מסנן**- מי מאותם גורמים שמקיימים את הזיקה הפיזית אובייקטיבית ראוי ברמה הנורמטיבית, המוסרית, ומבחינה משפטית, שנראה בו גורם, שנייחס לו את האחריות. שאלה ערכית במובן מסוים.

מבחן הצפיות

בתי המשפט פיתחו **מבחן עזר- שהוא מבחן הצפיות**. **מבחן הצפיות עוסק בשאלה** האם הנאשם יכול וצריך היה לצפות בזמן ההתנהגות את תוצאת מעשיו? **האם היה הנאשם, אדם סביר בנעלי הנאשם, יכול וצריך היה לצפות בזמן המעשה את תוצאות מעשיו?**

המבחן הזה מורכב משני רכיבים- **יכול וצריך**:

* יכול- רכיב היכולת מדבר על האם הנאשם בסיטואציה שבה הוא נמצא הייתה לו היכולת הפיזית, הקוגנטיבית, יכולת מבחינת התנאים שבהם הוא היה, לצפות את הנסיבות. יכולת זה איזה כלים יש לאדם עצמו על בסיס התכונות שלו, היכולות שלו, המאפיינים שלו, שמאפשרים לו לצפות את אותו עניין. **מבחן טכני**.
* צריך- היסוד הנורמטיבי. הצריך כבר יוצא מהמקום הטכני, ועוברים ל**מבחן נורמטיבי**. האם אנחנו חושבים שמבחינת המדיניות הראויה אנחנו מצפים מאנשים בסיטואציה דומה לנהוג בדרך זו או אחרת.

אמרנו שאחד הדברים שמייחדים את המשפט הפלילי מענפים אחרים הוא שיש לו את עניין היסוד הנפשי. הוא הרבה פעמים יסוד סובייקטיבי שבודק האם הנאשם ידע, האם הנאשם צפה. לכן המבחן תמיד הוא סובייקטיבי- הנאשם עצמו.
לעומת זאת, קשר סיבתי היא אחת הדוקטרינות היחידות במשפט הפלילי שמכפיפה את הנאשם לשאלה נורמטיבית שלא קשורה לסובייקטיבות הנאשם, אלא ביהמ"ש מייבא את הערכים שלו לתוכה. האם אדם צריך לצפות התנהגות? זה מנותק מהשאלה אם הנאשם עצמו צפה. זה יותר האם היה ראוי שהוא יצפה. יוצאים מההסתכלות על הנאשם עצמו באותו רגע, הנסיבות שהוא היה בהן, הלחץ שלו וכו', ואנחנו מתייחסים לשאלה הנורמטיבית הכללית האם ביהמ"ש חושב שבסיטואציה כזאת ראוי לצפות מאנשים לעשות משהו כזה או אחר. בדרך כלל במשפט הפלילי (ובעיקר ביסוד הנפשי) לא מחדירים ערכים למשפט בדרכים אובייקטיביות כמו שקיים בענפים שהם לא פליליים. הדגש במשפט הפלילי הוא על הנאשם עצמו, עקרון האשמה.
פה המבחן של הקש"ס דרך המבחן של 'צריך' שהוא מבחן נורמטיבי חיצוני לנאשם עצמו, ביהמ"ש יכול לקבוע מה הרף המוסרי של ההתנהגות הראויה, וכך הוא ממלא בתוכן את המבחן הנורמטיבי הזה- לפי ניסיון חיים, השכל הישר, שיקולים של מדיניות חברתית שונה וכו'.

**יעקובוב נ' מדינת ישראל**

פסק דין שנותן דוגמא חזקה ליישום של מבחן הצפיות הוא הסיפור של גלינה יעקובוב. פסק הדין עורר דיון משפטי נוקב בשאלת האחריות של גבר אלים למותה של אשתו בנסיבות שבהן המוות נגרם בעצם כתוצאה מהתאבדות של האישה, שכמובן קשורה לחיים בתוך מערכת יחסים אלימה כזו

עובדות: לאחר אלימות מתמשכת מצד זוגה של גלינה, עולה וסיפור קשה היא יושבת על החלון ושומעת את בוריס מגיע, וקופצת אל מותה. מתוך הייאוש החזק. בוריס הורשע במחוזי בגרימת מוות ברשלנות, והגיש ערעור לעליון.

טענת הנאשם: אחת הטענות שבוריס מעלה שם הוא שהיה שם ניתוק של קשר סיבתי משפטי, בגלל הגורם האנושי המתערב. גלינה הייתה אדם אוטונומי לעצמה, היא קיבלה החלטה לקפוץ אל מותה בגלל הפחד שהייתה שרויה בו וכו', וזה מנתק את הקשר הסיבתי, וזה בעצם לא משהו שהיה ניתן לצפות אותו. אם מדברים על מבחן הצפיות הסבירה- בוריס אומר שהוא לא יכול היה ולא צריך היה לצפות את זה שגלינה תקפוץ אל מותה וזה מעשה שהיא עשתה על דעת עצמה.

בית המשפט: ביהמ"ש מנתח את הנושא, ובפס"ד של דורנר היא אומרת שבוודאי שמעשה ההתאבדות של גלינה הוא בגדר הצפיות הסבירה של בן הזוג המתעלל שלה. דורנר אומרת גם על היכול וגם על הצריך- זה שהצריך, זה באמת עניין נורמטיבי אין ספק, ודורנר אומרת שכאן הוא צריך. גבר אלים שמתעלל באשתו במשך שנים ונוטל ממנה כל טיפת אנושיות בוודאי שצריך לצפות שבעקבות אותם מעשים איומים היא תשים קץ לחייה. יש פה תביעה מוסרית, התנהגותית מתעללים לצפות את זה שהקורבנות שלהם יעשו משהו רע לעצמם.
אבל, דורנר מדברת גם על כך שהוא היה יכול, על היכולת הפיזית שלו- אדם כזה שבמשך שנים מתעלל באשתו ומתעמר בה ומשאיר אותה כשבר כלי ועם פציעות איומות וכו', גבר כזה ודאי שיכול לצפות תוצאות אף של מוות. יש לו את רמת האיי-קיו וניסיון החיים כדי להבין כמו כל אדם אחר שחי בכדור הארץ שמכות רצח יכולות להביא למוות, לפגיעות חמורות, ולכן יש פה גם צפיות טכנית. ביהמ"ש אכן קובע שקיים קשר סיבתי משפטי במקרה הזה.

ההבדל בין היסוד הנפשי לקשר הסיבתי המשפטי

השאלה שאנחנו שואלים בקשר סיבתי משפטי היא "האם הנאשם יכול וצריך היה לצפות בזמן ההתנהגות את תוצאת מעשיו?"
השאלה הזאת לא בודקת האם בפועל צפה (הנאשם הספציפי הזה, באותו רגע...). השאלה היא חיצונית לנאשם, במישור האובייקטיבי. השאלה בודקת האם אדם בנעליו של הנאשם יכול וצריך היה לצפות. אבל זו שאלה שונה מהאם הוא בפועל צפה, יכול להיות מקרה שבפועל הייתי צריכה לצפות משהו אבל באותו רגע לא צפיתי אותו, לא הייתי מרוכזת למשל. גם הפוך- יכול להיות שבפועל צפיתי משהו וביהמ"ש יקבע שלא הייתי צריכה לצפות אותו. לא בטוח שהתנאים היו כאלה שהקימו את הצורך הנורמטיבי הזה.

מה המשמעות לכך? כשנדבר על היסוד הנפשי אנחנו נראה שבאופן כללי ברירת המחדל בפלילים היא שבמקרים שבהם העבירה היא עבירה "שותקת" (שאין בהגדרה שלה שום התייחסות ליסוד נפשי). למשל החובל בחברו חבלה חמורה… אין שום מילה שמרמזת על מהו היסוד הנפשי. לפי ס' 19- בהיעדר אמירה מפורשת אחרת, כלומר בהיעדר ביטוי אחר של יסוד נפשי, ברירת המחדל היא שכל עבירה דורשת מודעות של הנאשם לרכיבי היסוד העובדתי. המבחן של יסוד נפשי הוא מבחן סובייקטיבי. הוא מבחן של מודעות, בודק האם הנאשם עצמו בפועל היה מודע לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות גרימת התוצאה. המבחן הזה הוא שונה ממבחן הצפיות בקש"ס המשפטי שבודק האם הנאשם יכול וצריך היה לצפות, שאלה שהיא אובייקטיבית, חיצונית.

התשובות לשתי השאלות האלה יכולות להיות שונות. יכול להיות מקרה בו הנאשם יכול וצריך היה לצפות את תוצאות מעשיו, אבל בפועל הוא לא צפה אותן. ואז ייצא שקש"ס משפטי מתקיים (ולכן גם קש"ס בכלל והיסוד העובדתי מתקיים), ומצד שני היסוד הנפשי לא מתקיים, אין מודעות. ובמקרה כזה לא תהיה אחריות פלילית.

פס"ד פלוני נ' מדינת ישראל- מרוץ המכוניות

עובדות: חברים שבאופן קבוע היו עושים בירושלים בעליה מסוימת בכביש מירוץ מכוניות, והם היו מרכיבים על הרכב אביזרים ל"דאווין" וליכולת התנעה מהירה וכו'. הם היו עושים התערבויות, מי שמגיע ראשון זוכה ב-500 ש"ח וכד'. באחת הפעמים הם יוצאים לשם ומקיימים תחרות, שני המירוצים הראשונים מוכרעים בלי תוצאה, ובפעם השלישית בגלל ההאצה המאוד מהירה בכביש צר (160 קמ"ש) ומסוכן כזה, הנהג מאבד שליטה במכונית, שמתרסקת והם נהרגים במקום.

הליכי משפט קודמים וטענות הצדדים: מעמידים לדין על גרימת המוות שלהם את אותו קטין פלוני, שבעקבות המעשים שלו- הכניסה למשחק המסוכן- הוא צפה את האפשרות שהמעשה הזה יגרום לתוצאה של מוות ולכן מייחסים לו בין היתר אחריות לעבירת המתה. ייחסו לו אחריות על עבירת הריגה, כשבעצם העבירה הזאת דורשת להוכיח מודעות של הנאשם שהמעשה יכול לגרום לתוצאה, גם אם הוא לא רצה שהיא תקרה.
במחוזי מזכים אותו על עבירת ההריגה ומקבלים את הטענה של הנאשם שלא היה קש"ס משפטי בין המעשים שלו, הוא לא יכול היה ולא צריך היה לצפות שבמשחק כזה דבר כזה יכול לקרות. דובר גם על כך שהמשחק הרי לא נכפה על הקורבנות, הם אנשים אוטונומיים, ושיחקו מרצונם במשחק המסוכן הזה. אז ככמה אנחנו יכולים לצפות מאדם לקחת אחריות על הבחירה של אנשים אחרים להיכנס למשחק מסוכן בנסיבות בהן הוא נגמר באסון. הטענה הייתה שעצם הבחירה של אותם בגירים להיכנס ולהשתתף מרצונם החופשי במשחק בעצם ניתקה את הקש"ס, היא הייתה **גורם זר** מתערב כי הנאשם לא צריך ויכול לצפות שדבר כזה יקרה כשהם מקבלים את ההחלטה ורוצים ואחראים על עצמם.
הפרקליטות מערערת לעליון, שהופך את ההחלטה.

בית המשפט: בית משפט העליון קובע שהייתה אפשרות ברירה לנאשם, הוא גם יכול היה לצפות שבכניסה למשחק מסוכן כזה שבו אדם מאיץ ל-160 קמ"ש בכמה עשרות מטרים בכביש בלי ראות וכו' יכולה לגרום למוות ונזקים חמורים, והוא גם צריך היה לצפות. מדובר במשחק שאין לו שום ערכים חשובים, כלומר גם מבחינת השיקולים של המדיניות החברתית הראויה ברור שמצפים מאנשים מבחינה נורמטיבית לצפות דברים כאלה.

כדי לייחס אחריות להריגה לא מספיק להראות רק קש"ס משפטי, אלא גם יסוד נפשי- והשופטת ארבל מתעכבת על הנקודה הזאת בפסק הדין.
היא שואלת בעצם האם יכול להיווצר מצב שהנאשם עצמו בפועל צפה את האפשרות ועדיין נאמר שאין קשר סיבתי משפטי והוא לא יכול וצריך היה לצפות? כלומר האם כשאנחנו אומרים שהנאשם צפה זה לא בולע את קש"ס המשפטי ולכן במקום שבו הנאשם צופה בפועל ממילא זה מראה שהוא יכול וצריך היה לצפות? והיא מכריעה לאחר דיון שאלה אכן שתי שאלות שונות. שאלת הקש"ס המשפטי היא אובייקטיבית, היא מדברת על יכולת טכנית ועל ציפייה חברתית. לעומת זאת שאלת היסוד הנפשי היא שאלה סובייקטיבית, בודקת מה קרה לו בפועל, מבחינה ראייתית, מה הוא עשה. **מתן תשובה חיובית לאחת השאלות אין פירושה אוטומטית תשובה חיובית לתשובה השנייה.** פס"ד ממחיש את ההבדלים שבין היסוד הנפשי למבחן הקשר הסיבתי המשפטי

מרשיעים אותו במקרה הזה בהריגה, ולאחר דיון נוסף בהרכב מורחב מזכים אותו מעבירת ההריגה. ביהמ"ש דן שם בעניינים האלה והשאלות של ייחוס אחריות פלילית לאדם אחד בגין החלטות של אדם אחר, על היסוד הנפשי, ועוד..

אחת השאלות החשובות בהקשר התוכן של מבחן הצפיות היא מה בעצם רזולוציית הצפייה שנדרשת? כשאנחנו אומרים שאדם צריך לצפות את תוצאות מעשיו, מה הוא בדיוק צריך לצפות? את סוג התוצאה, את הדרך המדויקת שבה התוצאה נגרמה? את היקף התוצאה? מה אנחנו צריכים לדרוש ממנו בדיוק לצפות כדי לומר שזה מספיק לנו ויש צפייה?

בהתחלה הפסיקה ביקשה שורה של כללים שהשורה התחתונה שלהם באה ואומרת שהצפיות צריכה להתייחס למאפיינים הייחודיים של התוצאה. כלומר הצפיות צריכה להתייחס בדרך כלל לעצם אפשרות גרימת התוצאה. **צפיות צריכה להתייחס לעצם אפשרות קרות התוצאה, ואת סוג התוצאה. כל מה שקשור לצפייה של ההיקף שלה או הדרך המדויקת של איך שהיא קרתה (דרך גרימת המוות למשל)- זה לא משנה.** כל הפרטים הטכניים בדרך הם לא חשובים, כשמה שחשוב זו היכולת לצפות את התוצאה עצמה וסוגה. גם פה זה נשמע מאוד פשוט, אבל כשנכנסים לפסיקה רואים שזה לא כ"כ קל.
סוג התוצאה- הפסיקה באה ואומרת שהרבה פעמים אנחנו מסווגים סוג לפי טיב התוצאה- האם יש לנו נזק גוף, נזק רכוש, פגיעה בביטחון המדינה. זה הסוגים השונים. הצפיות חייבת להשתרע לא רק על זה שנגרם נזק, אלא גם הסוג עצמו של הנזק.

פס"ד פטרומיליו

מדגים את המורכבות של העניין והשאלה 'איזה סוג של הנזק הנאשם צריך לצפות'.

עובדות: שודד שמגיע לקשישה, הקשישה חטפה מרוב בהלה התקף לב ומתה. מייחסים לו אחריות פלילית להריגה, למרות שהוא לא מפעיל עליה אלימות או כוח, רק חוטף לה את הארנק בכוח ובורח.

טענת הנאשם: פטרומיליו טוען שיש שבירה של קש"ס משפטי- הקשר הסיבתי המשפטי דורש שהנאשם היה יכול וצריך לצפות את תוצאת המוות, אך במקרה הנידון, הוא לא יכול והיה צריך לצפות את תוצאת המוות. הוא ביצע עבירת רכוש, כשאדם מבצע עבירת רכוש הוא לא צופה שייגרם נזק של מוות. סוג הנזק של מוות הוא לא משהו בגדר הצפיות כשאדם מבצע עבירה מסוג רכוש.

נקבע: ביהמ"ש מקבל את הטענה שלו. כשאנחנו מדברים על הצורך לחזות את התוצאה אנחנו מדברים על הצורך לחזות את סוג התוצאה, סוג הנזק. להבדיל מהיקף הנזק, שאם הנאשם לא צופה את ההיקף המדויק, הקשר הסיבתי נשמר. עפ"י אופי המעשה שהוא עשה לא ניתן היה לצפות את תוצאת המוות.

בית המשפט שאל את עצמו איזה סוג של עבירה הנאשם ביצע, אם התשובה הייתה עבירת שוד אז הייתה חלה הגולגולת הדקה, אך התשובה היא גניבה במקום שוד (עבריה שלא מלווה באלימות ואיומים), ולכן בית המשפט הרגיש שהקפיצה הזו מעבירת רכוש מתוכננת לעבירת אלימות, כלומר ההבדל בסוג העבירה מקפיץ למקום אחר לגמרי, לתוצאה של מוות. בית המשפט שואל את עצמו האם הנאשם היה צריך לצפות את סוג העבירה שגרמה? כשאדם מבצע עבירת רכוש הוא לא יכול וצריך לצפות שהסיפור יגמר במוות. הניסיון לבודד את הסוג האחר, זה מבחן עזר שעוזר להבין בין מקרה פטרומיליו לבין מקרה בלזר.

הנקודה הזו לא פשוטה ויש את המקרים שבהם די ברור לנו שאיך התוצאה קרתה בדיוק זה לא חשוב.

פס"ד ג'מאמעה

עובדות: בעל שמכה את ארוסתו עם מקל בכוונה להמית אותה, משליך אותה לבור בחצר הבית, והיא מתה בטביעה.

טענת הנאשם: הוא טוען שחשב שהאישה מתה לאחר שהכה אותה, וכשזרק אותה לבאר הוא בכלל חשב שהיה מדובר בגופה. הוא טוען לניתוק של הקש"ס המשפטי, התוצאה קרתה בדרך שהוא לא צפה ולכן אין צפיות.

נקבע: ביהמ"ש קובע כי השאלה החשובה ומה שצריך לצפות זה את הסוג של התוצאה. הוא צפה את זה שהאישה תמות כתוצאה מהמעשים שלו, הוא גם רצה שזה יקרה כתוצאה מהמכות עם המקל. זה שבסוף זה קרה ע"י טביעה ולא ע"י מקל זה דבר שלא צריך להוכיח בו את דרך הצפייה המדויקת כדי להגיד שהייתה צפיות. ולכן ביהמ"ש מרשיע.

**מבחן הצפיות- גולגולת דקה**

זו שאלה שיכולה להתעורר למשל המקרים של **הגולגולת הדקה**. מקרים שבהם לקורבן יש איזשהם נתונים פיזיים או סוג של מאפיינים שמביאים להיווצרות הנזק המסוים שנגרם לו רק בגלל אותם מאפיינים. כלומר הנאשם עצמו מבצע מעשה שאם הוא בוצע כלפי אדם אחר שלא מתאפיין באותם נתונים מאוד מיוחדים, לא הייתה נגרמת תוצאה כזאת מזיקה, או שהייתה נגרמת אבל הרבה יותר פחותה. דווקא בגלל שהנאשם ביצע את המעשים שלו על הקורבן הרגיש הזה בעל המאפיינים המיוחדים (רגישות, אלרגיה…) קרה הנזק הכ"כ גדול הזה.
כאן נשאלת השאלה האם במקרה כזה בגלל שהתוצאה יכולה להתפתח לממדים שהם הרבה יותר חמורים מהממדים שהיו מתפתחים במקרה רגיל, עדיין נגיד שיש כאן קש"ס? נאשמים בפסיקה טענו שגולגולת דקה היא לא צפויה, ולא צריך לצפות אותה. אדם שמבצע מעשה מסוים לא יודע שיש לו קורבן עם רגישות גבוהה כלשהי ודחף אותו כי ידע שלאדם אחר זה לא היה מזיק, אבל עליו ספציפית זה גרם להתמוטטות וכו'.

ביהמ"ש אומר שגולגולת דקה ככלל היא צפויה- הנאשם יכול וצריך לצפות שהקורבן שלפניו הוא אדם עם כל מיני מאפיינים מיוחדים. הרציונל בעצם הוא שאדם לא יכול להגיד שהוא "בוחר" לו קורבן שהוא חזק כשור. אדם לא יכול לבחור את התכונות של הקורבן שלו והוא צריך להניח שהקורבן שלפניו הוא כמו שהוא, על כל מגבלותיו וחסרונותיו. כל אחד מאיתנו צריך להניח שהאדם שנמצא מולנו הוא האדם הכי "פריך" ורגיש בעולם. ולכן אם תקרה בסוף תוצאה מסוימת שבגלל הרגישות הזאת תוחמר הרבה יותר, זה משהו שביהמ"ש אומר שהוא בגדר הצפיות (הנאשם יכול וצריך לצפות).

ה**חריג** לגולגולת הדקה שהפסיקה מתייחסת אליו הוא **גולגולת דקיקה**. מישהו שהרגישות שלו, התכונה המיוחדת שלו הוא כ"כ חריגה ויוצאת דופן, נדירה, שבאמת מנתקת קש"ס.
לדוגמא: יש פס"ד כזה- על אדם שנסע בטנדר מחיפה ותו"כ נסיעה פגע בילד בן שנתיים שהזרוע שלו נשברת. אחרי שהתאונה קורית, בבית החולים בודקים אם צריך לעשות לו זריקת טטנוס, ובגלל שהשבר היה סגור מחליטים שלא. לאחר כמה ימים בעור של הילד מתפתח נמק נוראי והפצע נפתח, וגם הפעם הרופאים נמנעים מלתת לו טטנוס, כי הם אומרים שעברו כ"כ הרבה ימים מאז שהגוף נגע באדמה שלא היה מקום לחשוש שחיידקים כאל היכנסו. 8 ימים מאוחר יותר הפעוט נפטר מטטנוס. ברור היה שאם היו נותנים לו את זריקת הטטנוס לא היה קורה כלום, אבל היו פה המון גורמים מתערבים- שיקול הדעת של הרופאים, שגם אמרו שזה מבחינה רפואית מקרה מאוד חריג ונדיר שכמעט ולא קורה וכו'. מעמידים את נהג הטנדר לדין על גרימת מוות ברשלנות של הילד. הוא אומר שיש ניתוק ברור של הקש"ס המשפטי, מה שקרה הוא כ"כ נדיר שאף אדם סביר לא יכול היה לצפות אותו, ולכן זה מקרה של גולגולת דקיקה. רגישות ונדירות של המקרה שהיא מאוד יוצאת דופן, ברמה ששוברת קש"ס.

זאת לעומת מקרה של גולגולת דקה רגילה, שהוא יותר נפוץ.

**פס"ד בלזר**

הגולגולת הדקה משתקפת ב**פס"ד בלזר**.

עובדות: נהג מונית שעומד בחניית אוטובוס, הנהג באוטובוס צופר לו והוא מתעצבן ונוסע אחריו עד התחנה האחרונה ברציף, עולה לאוטובוס ומתחיל להכות מכות רצח את הנהג עד שהוא משליך אותו מחוץ לאוטובוס וממשיך להכות אותו. נהג האוטובוס היה כ"כ בהלם שהוא חוטף דום לב ומת. מעמידים את בלזר על גרימת המוות.

טענת הנאשם: בלזר טוען ניתוק של קש"ס משפטי. הוא הכה אותו מכות מסוימות ולא יכול היה לצפות שהאדם הזה הוא גם לוקה בליבו ויתרגש ויחטוף דום לב וימות.

נקבע: ביהמ"ש אומר גם כאן שהדרך המדויקת שבה קרתה התוצאה לא מעניינת, הוא נתן לו מכות 'רצח' ויכול וצריך היה לצפות שיכול להיגרם גם מוות, לא צריך מעבר לזה. הסוג היה צפוי כאן, וזה שיש לנאשם עצמו גולגולת דקה זה חלק מהעניין ומהצפיות.

בניגוד לפרוטימליו שלא הורשע בעקבות מבחן הגלולות הדקה, יש הבדל בסוג העבירה. פה סוג העבירה לוותה באלימות ולכן התוצאה המסתברת יכולה להסתיים במוות. בניגוד לעבירת גניבה, בה אין אלימות גופנית.

**שאלה מהכיתה- יישום מבחני הקשר הסיבתי בעבירות מחדל**

ביישום מבחן האלמלא בעבירות של מעשה- שההתנהגות מתבטאת בפעולה אקטיבית, נשאל אלמלא העושה הייתה פועלת בצורה כזאת, האם התוצאה הייתה נגרמת? אך מה קורה במקרה של מחדל? שבעבירת מחדל, החודל בניגוד לפועל, נמנע מעשייה. ולכן, מבחן האלמלא ישתנה בדיוק בהתאם. בעבירת מחדל, מבחן האלמלא ישתנה בצורה כזאת שנשאל: לו החודלת הייתה פועלת ולא נמנעה מפעולה, האם התוצאה הייתה מתקיימת? אם החודל היה עושה והתוצאה עדיין הייתה נגרמת נוכל להבין שלא מתקיים קשר סיבתי בין הימנעות מפעולה לתוצאה. ואם התשובה תהיה חיובית, נוכל לייחס אחריות פלילית להימנעות מפעולה.

גם בהקשרים של עבירות מחדליות, עבירות מחדל מנוסחות כעבירות תוצאתיות, כעבירות שבעקבות ההימנעות מעשייה אמורה להתרחש איזשהו תולדה מאוחרת שמוגדרת בהגדרת העבירה. גם בעבירות כאלו נדרש קשר סיבתי אך הוא יותאם לעבירה.

חשוב להבין, כי מבחני הקשר הסיבתי מניחים ושואלים האם התוצאה הייתה נגרמת בדיוק כפי שהיא נגרמה באותן נסיבות ובאותו אופן. כלומר, מבחן האלמלא דורש להסתכל על האירוע בדיוק כפי שהוא יסתיים, באותה דרך, זמן, סיטואציה ולשאול האם באירוע כזה, התוצאה הייתה קורית?

**סעיף 309**

309 עוסק במצבים בהם מתעוררות שאלות וספקות לקשר סיבתי. ניתן להישען על הסעיף כשמתעוררת שאלה על הקשר הסיבתי. המחוקק אומר כי על אף יש גורם מתערב שנכנס לתמונה,

הוא מבוסס על הלכות שנקבעו בבחינה, כמו מבחן הצפיות. 309 לא מוסיף על המבחנים הרגילים, הוא בסכך הכל סעיף שמעגן את אותם מבחנים ופסיקות של מבחן הצפיות.

**היסוד הנפשי**

**עיקרון האשם**

מדבר על האדם האוטונומי שעומד במרכזו של חוק העונשין. האדם שחוק העונשין מכוון אליו הוא האדם האוטונומי, זה שיש לו את היכולת לבחור בין טוב לרע, בין עשיית המעשה לבין הימנעות מעשיית המעשה. שניהם מתחילים מהבסיס הזה, מהמושג של בחירה.

עקרון האשם, או היסוד הנפשי מבוסס על עקרון האשמה. אנחנו דורשים שבעצם תהיה לאדם איזושהי אשמה כאשר הוא פועל. כשדיברנו על ההבדל המרכזי בין המשפט הפלילי לשאר תחומי המשפט זה עקרון האשם, המשפט הפלילי הוא ענף המשפט היחידי שמחפש את האשמה שבנתבע, הוא היחידי שמחפש מה המצב הנפשי שהיה לנאשם. בפלילי מה שחשוב זה כל הזמן לבדוק מה היה המצב הנפשי של הנאשם. כשהמצב הנפשי זה מה שנותן את הפן הפלילי למעשה, אם אדם ביצע את הפעולה בלי יסוד נפשי פלילי, בשגגה, המעשה בבסיסו הוא לא מעשה רע, כי כל האנטי החברתיות של העבירה קמה מקום שהנאשם במודע פועל, כלומר מהיסוד הנפשי. היסוד הנפשי, כמו שדיברנו ביסוד העובדתי על הנסיבות שצובעות את המעשה בפן השלילי, כך גם היסוד הנפשי צובע את המעשה בפן שלילי, כי המעשה כשלעצמו הוא ניטרלי. מה שצובע ונותן את הכיוון האנטי- החברתי ומסגיר את זה שהאדם מתנכר לאמנה החברתית ולערכים המוגנים זה בדיוק העניין של המודעות למעשה, היכולת להראות תחת איזה מצב מנטלי הנאשם פעל.

היסוד הנפשי היא דוקטרינה חשובה מאוד הנדרשת כאשר אנו רוצות לייחס אחריות פלילית לנאשם. אם נחזור אחורה בזמן, מבחינה היסטורית כשמסתכלים על המשפט הפלילי "הפרה-מודרני", בימי הביניים וכו, ניתן לראות שהרבה מאוד שנים אנשים נענשו על המעשים שלהם, כל הרעיון של יסוד נפשי הוא רעיון חדש. בעבר אנשים היו מבצעים פעולות מסוימות שגרמו לנזק, והשיטה הפלילית נשלטה על ידי מושג שנקרא כאחריות מוחלטת. זה מושג ששיקף את הרעיון שברגע שאדם מבצע יסוד עובדתי מסוים, ניתן להטיל עליו אחריות פלילית, בלי התייחסות ליסוד הנפשי, בלי לבחון באיזה מצב מנטלי האדם היה שרוי. השיטה הזו נבעה מתוך עניינים של נוחות, במקום להיכנס לכל השאלות הראייתיות שנובעות משאלות של יסוד נפשי, הטלת האחריות הייתה רק מעצם התקיימותם של רכיבי היסוד העובדתי.

עם השנים, התחילו להבין, שדווקא בשל טיב האחריות הפלילית, הסטיגמה הכרוכה והכוח של המשפט הפלילי ככלי מדינתי שהוא הקשוח ביותר, דווקא בגלל זה צריך להשתמש בו בזהירות מרבית. מה שהוביל לפיתוח ושיכלול דוקטרינת היסוד הנפשי, וכך התפתח רעיון האשם, לא נטיל אחריות פלילית גם אם היא מוגשת ביסוד העובדתי ללא הגשמתו של היסוד הנפשי. אם נסתכל אחורה, השיטה הקדומה ביותר והראשונה שהכירה ברעיון של אשמה כגורם מכונן, היא שיטת המשפט העברי. זה נצפה בנתינת מקלט של הורגים בשגגה: זהו בעצם הרעיון, אותם ערי מקלט של הורגים בשגגה שהגיעו לאחר שהמיתו וטענו שעשו את זה בשגגה, ואז עד שבית הדין בירר את הטענה, בינתיים העביר אותם לערים האלו, במטרה להגן עליהם מנקמת דם. ובית הדין לאורך ההליך המשפטי נדרש לברר האם אכן הדבר נעשה בשגגה כן או לא. אבל זה בדיוק משקף את הרעיון של ההבחנה הזו, שמה שמעניין זה לא רק מה התקיים במישור הפיזי בעולם, אלא גם היחס המנטלי שליווה את אותה התרחשות.

שני ההיבטים של עקרון האשם

לעקרון האשם יש שני מובנים:

* + - 1. אין אחריות פלילית בלי אשמה אלא רק על ידי ביצוע המעשים -אין עבירה בלי אשם, זאת אומרת אדם לא יכול לשאת באחריות לעבירה פלילית בלי שאנחנו מראים שהתקיים בו סוג של מצב נפשי שנתפס כמצב נפשי אנטי חברתי. יש צורך לחדד, כשאנחנו מדברות על אשם אנחנו לא מדברות רק על יסוד נפשי של מודעות, לדוגמא מצב נפשי של רשלנות (=מצב שהאדם לא מודע לכך שהמעשים שלו יגרמו לתוצאה שמנויה בעבירה, מקום שהאדם מן היישוב יכל להיות מודע). זאת אומרת שהמצב הנפשי לא חייב להיות רק מודעות אלא שיש שורה של מצבים כאלו. האשם הרבה פעמים יכול גם להיגזר מסיטואציה שבה האדם העצמו ברגע הפעולה פועל בלי מודעות ואפילו בלי רשלנות, אבל אנחנו שואבים את האשם מנקודת זמן מוקדמת יותר (זה מה שנקרא דוקטרינה של כניסה למצב בהתנהגות פסולה). נדרוש שהאדם יהיה אשם.
			2. גם שכבר יש אשמה, היקף האחריות הפלילית צריכה להיות מידתית למידת האשם- עוד ביטוי נוסף לעקרון האשם, הוא במובן שלא רק שיש צורך שהאדם יהיה אשם, כלומר בעל יחס נפשי שלילי, אלא שתהיה מידתיות בין מידת האשם שלו לבין היקף האחריות הפלילית שתוטל עליו. זאת אומרת, הביטוי השני, היקף האחריות הפלילית צריכה להיות פרופורציונית למידת האשם. היסוד הנפשי מדורגים על בסיס סדר מסוים כך שעקרון נפשי מסוים יחשב כחמור יותר מהאחר. ולכן, כשאנחנו רוצות לייחס אחריות פלילית לנאשם בעבירה מסוימת, אנחנו נראה שיש מספר דרגות, שאליהן נצטרך להתאים את עיקרון האשם. אנחנו לא נטיל עליו אחריות על עבירה גנרית, אלא שחוק העונשין מבדיל לנו בין מדרגים שונים של אשם, מה שמאפשר ליחס את האחרות הפלילית לאופן פרופורציונלי.

**Kadish & Schulhofer**

**עקרון האשם במובן הצר ומובן הרחב**

אז אמרנו שבתוך הנושא של היסוד הנפשי אננו מדברות על עיקרון האשמה. גם קיידיש ושולופר וגם אשוורד, שניהם מחברים את המושג הזה של עיקרון האשם לרעיון של בחירה. הרעיון בחירה שמתכתב עם התפיסה של האדם האוטונומי. הם מדברים על זה שעקרון האשם המשמעות שלו היא בחירה המושתת ונשענת על אוטונומית האדם. והרעיון הוא שהמשפט הפלילי מטיל אחריות במקרים בהן לאדם הייתה היכולת לבחור, להימנע או האם לעשות.

אשמה במובן צר המשתקף במודעות

הבחירה שלנו משתקפת דרך מודעות שהיא המחשבה פלילית. בדרך כלל הביטוי הצר של בחירה תהיה דרך דרישה של מחשבה פלילית\ מודעות. לדוגמא: גניבה, אם אני מודעת לזה שלקחתי לצד ב' את החפץ בלי רשות, זה מראה על התנכרות לערך של קניין. אני מפגינה את אנטי חברתיות ואת התנכרות שלי לאותו ערך שכולנו הסכמנו לשמור עליו. אך אם אני עושה את אותו הדבר בדיוק, אך לא מודעת לזה, לא הייתה לי בחירה אם להימנע מההתנהגות או לפעול, כי פשוט לא ידעתי. זה הרעיון.

אשמה במובן הרחב: אשמה שלא חופפת למודעות

המודעות ברורה לנו שהיא משקפת את הבחירה. אבל נגיע לקטע של קיידיש ושולופר:

שניהם, מדברים שיש עוד דרך שיכולה הבחירה לבוא לידי ביטוי, שהבחירה לא תמיד תשתקף דרך מודעות, ביסוד נפשי של מודעות. באופן הקלאסי והשכיח, הביטוי הכי פשוט של בחירה זו המודעות. אבל, האשם הרבה פעמים יכול לבוא לידי ביטוי גם במקרים שלאדם עצמו, ניתן לקחת את זה לשני כיוונים:

מודעות אך חוסר אשמה- מקרה אחד זה כשיש מודעות אך אין אשמה. לדוגמא הגנה עצמית, תקיפה בחזרה כנגד התוקף. במובן הזה ישנה מודעות מוחלטת לטיב המעשה, קיום הנסיבות ואפשרות גרימת התוצאה, ועדיין אני פועלת. החוק בא ואמר שאם נכנסת לגדרי ההגנה העצמית, יש פטור מאחריות פלילית, למרות שהייתה מודעות מלאה תוך כדי הפעולה. הדוגמא של ההגנה עצמית מראה שאין חפיפה מלאה בין מושג האשמה לבין היסוד הנפשי, לבין המודעות. כי יש מקרים בהם האדם פועל במודעות מלאה, אך עדיין אנחנו לא נטיל עליו אחריות פלילית. גם לדוגמא סייג הכורח: כשאני נמצאת בסיטואציה שמישהו מאיים עליי אם לא אבצע מעשה פלילי, יש פה סיטואציה שהאדם אנוס מלעשות ולכן אם אני פוגעת בפלוני, תחת מודעות מלאה למה שהוא עושה, עדיין החוק מסיר את האחריות הפלילית. אנחנו לא רואים בך כאשמה למרות שאותו מעשה עשיתי, אם הוא לא היה חוסה תחת ההגנה הוא היה מעשה פלילי, כי הוא כולל גם את כל הפעולות שעשיתי, וגם את המודעות למשמעות המעשים.

החוק פוטר במקרה כזה כי הוא קובע שלא הייתה בחירה. לא בכל מקרים בהם האדם פועל במשמעות יש לו בחירה, מקרה סייגים מראים בדיוק את המקרים האלו: מקרים שהאדם נמצא במצב שבו אין לו בחירה, אך הוא פועל במודעות, אנחנו לא נטיל עליו את האחריות הפלילית כי לא הייתה לו יכולת לבחור, לא הייתה לו היכולת להימנע מההתנהגות.

ההבחנה בין אשמה במובן צר יותר שמתקפת במודעות לבין אשמה במצב רחב יותר לא חייבת להיות חופפת למודעות, היא יכולה לצמוח בנסיבות אחרות. יש קבוצה וניתן להבחין בין שני מושגים: אשם במובן הכללי שלו, לעומת אשם במובן הצר שלו, המיוחד והספציפי שלו. המובן הצר זה אותו יסוד נפשי המגודר בעבירה עצמה והתביעה צריכה להוכיח אותו- מתקיימת מודעות או לא מתקיימת מודעות. לעומת זאת אשם במובן הרחב תופס מצבים רחבים יותר, בהם נשאלת השאלה: האם לאדם הייתה בחירה במנותק ליסוד הנפשי- במנותק למודעות, ואלו המקרים של הסייגים. המקרה של ההגנה העצמית זה מקרה שמבחין ומדגיש את זה שאין חפיפה מלאה בין מודעות לבין אשם.

**יסוד נפשי**

עקרון האשמה

בחירה (אוטונומית האדם)

מודעות (צר) אשמה שלא חופפת בהכרח למודעות

 \* יש מודעות, אין בחירה (סייגים פליליים)

 \* אין מודעות, יש בחירה (רשלנות)

כלומר, האשם במובן הצר זה המודעות, לעומת זאת יש אשם במובן הרחב המדבר על אשמה שהיא מעבר למודעות. אשמה שלא חופפת בהכרח למודעות. ופה היא הדוגמא של סייגים, הגנה עצמית\ כורח, דוגמאות המראות כי יש מודעות אך אין בחירה. אין פה שיוויון בין שני המושגים.

יש מקרים הפוכים, בהם אין מודעות אך יש בחירה. לדוגמא: סייג השכרות, כששכרות נכפתה על האדם. בסיטואציה כזאת, בעת הפעולה עצמה הנעשית על ידי הנאשם (שנכפתה עליו שכרות) ועולה לכדי עבירה פלילית באדם אחר, ברור לגמרי שאין לו מודעות. בזמן עשיית המעשה אין יסוד נפשי. זהו המקרה הקלאסי שסייג השכרות חל. מתי אדם יקבל פטור מאחריות פלילית במצבי שכרות? באותם מצבים שהכניסה למצב של השכרות נעשתה לא מדעת, לא מרצון ולא משליטה. במקרה הזה, של סייג השכרות, שמישהו חיצוני גרם לשכרות, לא הייתה בחירה. ולכן החוק בא ומספק פטור מאחריות פלילית.

אך לכאורה אם האדם עצמו היה מכניס אותו למצב הזה (כניסה למצב בהתנהגות פסולה, החוק לא יחיל את הסייג, אם האדם היה מכניס את עצמו ביודעין למצב שכרות ואז בזמן השכרות בוצעה העבירה, נוכל לייחס יסוד נפשי, משום שהאדם נכנס למצב הזה בהתנהגות פסולה ביודעין מראש. במקרה כזה, נראה בכך כשאמה גם למרות שביצעת את אותו המעשה באותו הרגע בלי יסוד נפשי, בלי המודעות. מכיוון שהכנסת את עצמך למצב הפסול הזה, בנקודת זמן מוקדמת, אנחנו שואבים את האשם מהנקודה מוקדמת לנקודה המאוחרת, ונייחס אחריות בנקודה המאוחרת בזמן כי אכן התקיימה הבחירה. הבחירה אומנם לא הייתה בנקודה המאוחרת, אך הבחירה הייתה בנקודה המקודמת להיכנס בכלל למצב של הנקודה המאוחרת. הנאשם היה מודע לסיכון שבכניסה למצב, ולכן הבחירה מתקיימת. זו דוקטרינה שנקראת התנהגות חופשית במקור שבעצם קובעת שבגלל שההתנהגות במקור הייתה חופשית, שם הייתה הבחירה ושם יכולתי להימנע, מאוחר יותר בזמן לאחר איבוד השליטה והיכולת להבין, אם בחרתי עבירה אני לא אוכל להנות מהפטור הזה בטענה שלא היה לי יסוד נפשי.

ההבדל בין שכרות להגנה עצמית היא המודעות. בשכרות אין מודעות בעוד שבהגנה עצמית יש מודעות. הדוגמא הזן מדגישה את ההבדל בין בחירה במושג הרחב, במובן הכללי, לבין המובן הצר, שהוא המודעות.

זו דוגמא לאיך החוק הפלילי מנסים לאתר את אותם מצבים בהם יש אשם, והם עושים את זה או במובן הצר בהם יש מודעות ולכן יש אשם, לבין הדרך הרחבה בה אין חפיפה מלאה בין המודעות לבחירה. החוק הפלילי מבקש למצוא את אותם מקרים שבבסיסם יש הבדל בין בחירה למודעות, ולפטור במקרים שאין בחירה למרות שמתקיימת מודעות. ומהצד השני, קיימים גם מקרים חריגים, בהם אין מודעות אך יש בחירה.

אחד הוויכוחים הוא האם ברשלנות יש בחירה? הגישה הקלאסית אומרת שלא, כי עצם העובדה שאדם לא היה מודע לזה שהמעשה שלו יוביל לתוצאה רעה מלמדת אותנו שהוא לא בחר היות ובחירה לא יכולה להיות בהיעדר מודעות.
מנגד, יש תיאורטיקנים אחרים הטוענים כי האדם בחר וזאת מעצם הבחירה למה לשים לב. אדם רשלן בהגדרה הוא אדם שבחר לא לשים לב שכל מה שאדם מן הישוב היה בוחר. יש רפרנס של האדם הסביר והרגיל שכן היה מודע. עצם העובדה שהרשלן לא שם לב או לא חושב על זה שהמעשים שלו יכולים לגרום לתוצאות שלכל אחד אחר זה ברור בשבילו, מלמד אותנו שהאדם בוחר לא לשים לב. הוא לא רגיש ומתחשב מספיק כלפי הערכים המוגנים. זה מעיד על סדרי העדיפויות של הרשלן והבחירה איפה לתת את דעתו.

**עבירה שונה או נוספת (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34א.  (א)  עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

ס' 34(א)- החוק הולך על הרעיון של בחירה להיכנס למצב מסוכן. אדם שהולך לבצע שוד למשל יודע שזו סיטואציה שמזמינה צרות. החוק אומר בעצם שכשאדם מכניס את עצמו לפעולה משותפת עם עבריין אחר הוא יוצר סיכון. הוא בוחר לוותר על השליטה שלו ולהפקיד אותה בידיו של אדם אחר. עצם הכניסה לסיטואציה מלמדת על המודעות.

מתעוררת גם השאלה מה יהיה דינם לאותם שותפים עבירה המקורית כלפי העבירה הנגררת (העבירה שהתבצעה בחוסר תכנון, ללא כוונה), עבירה לא מתכוננת שאחד מהם ביצע אותה.

סעיף 34א' מנסה לטפל באותה בעיה, וקבע כי אם האדם פועל במצב בו הוא חורג מהתכנון המקורי והסיטואציה היא כזאת שאדם סביר היה יכול לצפות שדבר כזה יקרה, אז המבצע בצוותא השני שלי יוטל אחריות פלילית, למרות שלא עשה (יסוד עובדתי( ולא הייתה לו מודעות בפועל לכך שזה יקרה (יסוד נפשי)

יש דוקטרינה המאפשרת לייחס לאדם אחריות פלילית לעבירה , רק על בסיס זה שהוא רשלן ובלי שהוא משתתף ומבצע ביסוד העובדתי של העבירה. החוק מאפשר לייחס לו אחריות לעבירה אחרות שלא הייתה מודעות מצידו, בגלל ההנחה שהייתה פה סוג של בחירה. בחירה מוקדמת לכניסה של מצב מסוכן. החוק קובע שאדם המכניס עצמו לפעולה משותפת עם אדם אחר, הוא יוצר סיכון ובוחר לותר על השליטה שלו ולהפקיד אותה אצל האדם השני. יש בחירה לשים את רסן השליטה מאחוריו.
החוק אומר, שמהנקודה הזו נשאבת הבחירה, הבחירה לפגוע בערכים חברתיים נוספים, שאולי לא צפית באותה הרגע שיקרו, אך עצם הכניסה למצב הזה ניתן להטיל אחריות פלילית. למרות שלאדם אין מודעות לעבירה, עדיין החוק מאפשר לייחס אחריות לעבירה הזו בגלל הכניסה לביצוע עבירה משותפת עם אדם אחר. יש שאיבה של אשם מרגע קודם בזמן, והלבשה של היסוד הנפשי הזה, בזכות האשם הזה, נייחס אחריות לעבירה שברגיל דורשת מודעות.

אין חפיפה בין מודעות לבחירה.

לסיכום:

דיברנו על כך שהיסוד הנפשי בעצם משקף לנו את עקרון האשמה שמבוסס על רציונל של בחירה. הרעיון הוא שרק כאשר לאדם יש אפשרות לבחור אם לבצע את ההתנהגות או לא והוא אכן בוחר לנהוג בצורה כזו ולא אחרת אנחנו אומרים שיש הצדקה מוסרית להטיל עליו אחריות פלילית. אחת הדוקטרינות שמשקפת את הרעיון הזה של בחירה היא היסוד הנפשי. בדר"כ באופן טיפוסי היסוד הנפשי הוא ה-men's rea במובן הצר, מתבטא בדרישה של מחשבה פלילית, של מודעות. אדם צריך לפעול כשהוא מודע כל רכיבי היסוד העובדתי. לעומת זאת אמרנו שה-men's rea במובן הרחב מתייחס גם למצבים שבהם הבחירה בעצם יכולה להשתקף בדרכים אחרות. נתנו דוגמאות למקרים שבהם על אף שאדם פועל בלי מודעות בפועל, עדיין אנחנו יכולים להגיד שיש לו בחירה. למשל הדוגמאות של כניסה למצב בהתנהגות פסולה, כלומר בנקודת הזמן המאוחרת יותר אדם פועל כשאין לו מחשבה פלילית, למשל מצב של שכרות. אבל כיוון שהוא נכנס למצב ברצון וביודעין בנקודת זמן מוקדמת יותר המשפט יוצר דוקטרינה שמאפשרת להטיל עליו אחריות על המעשים שהוא ביצע בנקודת הזמן המאוחרת כאשר הוא היה נטו למחשבה פלילית. הבחירה בעצם נשאבת/מגולמת מנקודת הזמן המוקדמת. הכניסה לאותו מצב של התנהגות פסולה ביודעין. ויש גם מקרים הפוכים- בהם יש מודעות ולמרות זאת אין בחירה. לא תמיד המודעות משקפת באופן מלא את מושג הבחירה. דוגמאות שנתנו לכך הן סייגים- סיטואציה בה אדם פועל תחת נסיבות שהוא מודע לטיב מעשיו, לנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה, אבל בכל זאת פוטרים אותו מאחריות פלילית בגלל שהוא היה נתון בנסיבות מסוימות מבחירה חברתית אנחנו חושבים שההתנהגות שלך בהן הייתה מוצדקת (או לפחות שלא ראוי להפליל אותה). למשל הגנה עצמית, כורח.

הערה: ס' 309 (לא הזכרנו תחת הנושא של קש"ס)- סעיף סטטוטורי בחוק העונשין. עוסק במצבים שמתעוררת שאלה סביב הנושא של קשר סיבתי. הוא סעיף נוסף שניתן להישען עליו כשיש איזושהי שאלה שמתעוררת בקש"ס. אם נקרא את הסעיף נראה כל מיני סיטואציות או מקרים בהם המחוקק אומר שעל אף שיש גורם זר מתערב או גורם נוסף שנכנס לתמונה למשל, יראו את העושה כגורם בנסיבות כאלה ואחרות. מבוסס על חוק ישן שתורגם. הסעיף לא מוסיף לנו באופן משמעותי על מה שהמבחנים הרגילים קובעים לנו, הוא מהדהד את אותם רעיונות של מבחן הצפיות ואמור גם להביא לתוצאות דומות מאוד. אבל זו עוד דרך שניתן להשתמש בה מבחינה משפטית בשאלות של קש"ס.

**גרימת מוות – מהי [א/219]**

309. בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר:

מפת היסוד הנפשי

האופן שבו החקיקה הפלילית מסדירה את היסוד הנפשי:

**יסוד נפשי- מחשבה פלילית**

**דרישת מחשבה פלילית (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

19.  אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –

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

(2)   העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.

**מחשבה פלילית (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

20.  (א)  מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה,

ס' 19 לחוק העונשין- קובע לנו את ברירה המחדל לגבי היסוד הנפשי, עם החרגה. יש לנו בו מושג חדש- מחשבה פלילית.

ס' 20 מגדיר לנו מהי מחשבה פלילית. החוק בא ואומר שנקודת המוצא היא שאדם מבצע עבירה רק אם הוא עשה אותה במחשבה פלילית, שזה לפי ס' 20 רק אם הוא עשה אותה במודעות לטיב המעשה, כשהייתה לו מודעות לקיום הנסיבות, וכשהייתה לו מודעות לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה.

* ס' 19- ברירת המחדל: אדם נושא באחריות לעבירה רק אם ביצע אותה במחשבה פלילית.
* ס' 20 (א)- מהי מחשבה פלילית: מודעות סובייקטיבית לכל פרטי היסוד העובדתי שמנויים בהגדרת העבירה >>> יסוד נפשי הכרתי

התנהגות ---- מודע לטיבה
נסיבות ---- מודע לקיומן

דוגמא לעבירה התנהגותית: ס' 379 "**התוקף** שלא כדין את חברו, דינו - מאסר שנתיים". - עבירה התנהגותית שותקת >>> המבצע מודע לטיב התנהגותו ולקיום הנסיבות. כשקוראים את העבירה היא לא מזכירה לנו בכלל הגדרה של יסוד נפשי מסוים. היא לא משתמשת במילה 'מודעות' או 'ביודעין'. אנחנו יודעים שהיא עדיין דורשת זאת בגלל ס' 19. זו בדיוק ההדגמה של העניין שיש חלק כללי שחל כולו על החלק הספציפי. במקום בכל עבירה ועבירה להגדיר 'ביודעין'/'במודעות', המחוקק פשוט קבע ברירת מחדל בחלק הכללי. אם לא נאמר אחרת, וה**עבירה שותקת**- שבהגדרה שלה אנחנו לא יכולים לזהות שום מילה שמתייחסת ליסוד נפשי, הכללה הוא שהכוונה היא להפנות לס' 19, התנאי הוא קיומה של מודעות לפרטי היסוד העובדתי.
לכן אם אנחנו בעבירה שלא כוללת בתוכה תוצאה, כלומר עבירה התנהגותית, אנחנו צריכים להוכיח מודעות לטיב המעשה ולנסיבות. במקרה של הדוגמא שלנו- המבצע מודע **לטיב התנהגותו**, כלומר מודע לכך שמה שהוא עושה זה תקיפה (כהגדרתה בס' 378, הפעלת כוח על אחר ללא הסכמה), ולהראות שהוא מודע לזה שהוא פועל נגד חברו, נגד אדם אחר, ושהוא עושה את זה לא כדין, כלומר לא תחת אחת ההוראות הדין שמאפשרות לו לעשות את זה, כמו במקרה שוטר שמבצע מאסר למשל.

* ס' 20(א)- מראה דרישה מצטברת (בנוסף למודעות למעשה והנסיבות) לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, מקום שהיא נמנית עם הגדרת העבירה.

תוצאה --- מודעות לאפשרות גרימת התוצאה

דוגמא לעבירה תוצאתית: ס' 333: "**החובל** בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו - מאסר שבע שנים".
המבצע מודע **לטיב ההתנהגות (לכל שהוא חובל),** מודעות לכך שמדובר באדם ושהוא פועל שלא כדין, ומודעות לכך שההתנהגות עלולה לגרום לתוצאה של חבלה חמורה.

למה המודעות היא ל**אפשרות** גרימת התוצאה ולא פשוט מודעות לתוצאה? אנחנו מצפים מהנאשם למודעות בעת ביצוע ההתנהגות. כשאדם מבצע את ההתנהגות התוצאה היא עדיין משהו עתידי, היא עוד לא קרתה. לכן הוא צריך להיות מודע לאפשרות שהיא תקרה. ממחיש את עקרון הסימולטניות- העניין שהתוצאה תולדה מאוחרת בזמן מעשה ולכן הדרישה היא למודעות לאפשרות שההתנהגות תוביל לתוצאה. זאת לעומת ההתנהגות והנסיבות, שקורות במקביל. ההסתברות שמצפים במילה 'אפשרות' היא גם בהסתברות נמוכה, כלומר לא צריך להראות שהנאשם צפה את האפשרות הזאת בהסתברות של 80%-90%. רק שהוא ידע שיש אפשרות כלשהי שזה יקרה. אפשרות ממשית ולא תיאורטית.

ביקורת למחשבה פלילית: ביקורת אפשרית היא שלא תמיד אנחנו במאה אחוזים מודעים או במאה אחוזים לא מודעים. יש מקרים שמלמדים שיש משהו בתודעה האנושית באופן שהיא לא בינארית במאה אחוז. אנשים יכולים להיות מודעים אבל לא מרוכזים, בהיסח הדעת, חוסר תשומת לב וכו'. קלות דעת הוא היסוד החפצי הנמוך ביותר של הכניסה לעולם המחשבה הפלילית, לבין הרשלנות שהיא עולם אחר, היא הכלום. נדבר על מקרי הגבול של הסיווג בין שניהם. יש שיטות משפט עולם שמכירות בקטגוריית ביניים, עוד מדרג בין רשלנות לבין קלות הדעת. מנגד, המחוקק הישראלי לא נותן הגדרה למה זה מודעות. יש כאן שאלה האם מודעות זה ריכוז מלא, הבנה וכו. אך מהבנה של החוק יש הבחנה בין שני עולמות שונים: או שיש או שאין. המחוקק לא היה מסוגל לתפוס את המצבים המורכבים שהם על גבול המודעות, קטגורית ביניים.

**מודעות מול קשר סיבתי**

בעוד שמבחני הקשר הסיבתי עסקו בשאלה האם אדם יכול וצריך לצפות, כלומר המבחן הוא בעצם אובייקטיבי, כלומר מה אדם סביר יכול וצריך היה לצפות, מבחני המודעות של המחשבה הפלילית בודקים לנו מה **האדם עצמו** צפה **בפועל**. מה הנאשם במקרה הספציפי הזה ובסיטואציה הזאת צפה בפועל. שאלה שונה מהשאלה מה הוא יכול וצריך היה לצפות, שהיא מבחן חיצוני לעושה. כאן המבחן הוא **סובייקטיבי**. בפס"ד מירוץ המכוניות השאלה שארבל דנה בה בין היתר היא האם מבחן המודעות הסובייקטיבי של היסוד הנפשי לא בולע את מבחן הצפיות של הקשר הסיבתי. כלומר אם הנאשם הספציפי צפה שיקרה, כנראה שהוא גם יכול וצריך היה להיות מודע. נקבע שלא בהכרח ואלה שני מבחנים שונים לגמרי, כלומר זה שהוא צפה לא אומר בהכרח שמבחינה נורמטיבית אנחנו מצפים ממנו לצפות.

צריך להוכיח גם וגם- גם מודעות סובייקטיבית (יסוד נפשי) וגם אובייקטיבית (בקש"ס). מבחינת הסדר- נדון קודם כל ביסוד העובדתי. לכן ייתכן שנוכיח בו הכל וכשנגיע ליסוד הנפשי התיק יפול ולא נצליח להוכיח.

**יסוד נפשי חפצי**

**מחשבה פלילית (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

20.  (א)  מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1)   כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2)   פזיזות שבאחת מאלה:

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

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

המשך 20(א)- "...גם אחת מאלה: …" נותן לנו קבוצה שלמה של מושגים חדשים. הניסוח של הסעיף אומר שרק לעניין הפרט של התוצאה לא מספיקה המודעות כמו שהייתה קודם, אלא יש גם עוד סוג של יסוד נפשי מיוחד, שהוא **יסוד נפשי חפצי**.

בעוד שמודעות היא יסוד נפשי הכרתי, כלומר האם אדם מודע למשהו או לא, יסוד נפשי חפצי הוא האם הוא רוצה בזה או לא. ויש הבדל בין מודעות לבין רצון, אדם יכול להיות מודע למשהו ולא לרצות אותו. חוק העונשין בא ואומר שרק לגבי הרכיב של תוצאה נדרש גם יסוד נפשי חפצי.

+++ רק לעניין תוצאה נדרש גם יסוד נפשי חפצי. רק לעניין רכיב התוצאה, לא מספיקה המודעות, חוץ המודעות הזו הנדרשת ביסוד העובדתי, בעניין התוצאה יש עוד סוג של יסוד נפשי שנדרש. שהסוג הנוסף הוא סוג של יסוד נפשי חפצי. בעוד שמודעות היא יסוד נפשי הכרתי- מודעות לזה כן או לא, יסוד נפשי חפצי- האם אני רוצה בזה כן או לא. עד כמה אני רוצה שמשהו יקרה. יד הבדל בן מודעות לרצון. חוק העונשין בא ואומר כי רק לגבי הרכיב של תוצאה, רק לעניין לתוצאה נדרש גם יסוד נפשי חפצי.

* יסוד נפשי הכרתי- נדרש לגבי התנהגות, נסיבות ותוצאה.
* יסוד נפשי חפצי- נדרש רק לגבי תוצאה.

היסוד הנפשי החפצי נדרש רק לעניין תוצאה והוא קובע שלוש דרגות: רצון, חוסר אכפתיות ואי רצון.
 **סוגים של יסוד נפשי חפצי שיש בסעיף:**

* + - 1. כוונה

 המחוקק המגדיר כוונה כמטרה לגרום לאותן תוצאות. היסוד הנפשי הוא חיובי. המשמעות של כוונה היא רצון, הנאשם צריך לרצות שהתוצאה תקרה.

* + - 1. פזיזות- המחוקק מכנה יסוד נפשי של פזיזות. לפזיזות יש שני פרצופים:
1. אדישות

 המחוקק מגדיר אדישות כשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות. שיוויון נפש זה ניטרליות, חוסר אכפתיות, מצב שבו יש אדישות לאשרות גרימת התוצאות. אין עמדה נפשית ברורה שרוצה או לא רוצה, פשוט לא אכפת.

1. קלות דעת

 נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות מתוך כוונה להצליח למנוע אותן. היסוד הנפשי בקלות דעת הוא שלילי. מקווה שהתוצאה לא תקרה.

המחוקק יוצר מדרג של שלושה סוגים של יסוד נפשי חפצי המתאר את רמת הרצון של הנאשם לאפשרות גרימת התוצאות. מחיובי ועד שלילי. מדרג שמשרטט את בחומרה והחוזק של הנאשם על הסקאלה בין רוצה ללא רוצה.

לעניין התוצאות אחד מאלה, כלומר הגדרת העבירה אם היא מסתפקת ביסוד נפשי שהוא אחד מאלה, היסוד הנפשי המינימלי שיספיק להטלת אחריות פלילית על העבירה, אם העבירה בהגדרה שלה לא כוללת שום יסוד נפשי חפצי, די בכך שהנאשם יתקיים בו יסוד נפשי של קלות דעת- מספיק שהנאשם יכול לצפות את אשרות גרימת התוצאה למרות שהוא לא רוצה.

במקרה שהמחוקק ירצה סוג של יסוד נפשי חפצי, באותם מקרים שהרף המינימלי לכניסה לעבירה לא יסתפק ביסוד נפשי חפצי נמוך, הוא יצטרך לציין את זה בצורה מורשת בתוך הגדרת העבירה.

חזרה לדוגמא: דוגמא לעבירה תוצאתית: ס' 333: "**החובל** בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו - מאסר שבע שנים". - עבירה תוצאתית שותקת - נורמה כללית.

המבצע מודע **לטיב ההתנהגות** (לכל שהוא חובל), מודעות לכך שמדובר באדם ושהוא פועל שלא כדין, ומודעות לכך שההתנהגות עלולה לגרום לתוצאה של חבלה חמורה (הכרתי) +++ לפחות קלות דעת ביחס לתוצאה (חפצי)

יסוד נפשי חפצי בעבירה שותקת

בנוסף לאלה נצטרך להוכיח לעניין התוצאה גם יסוד נפשי חפצי. אם העבירה בהגדרה שלה לא כוללת שום אמירה ברורה וס' 20 (א) אומר שנצטרך לעניין תוצאה יסוד נפשי חפצי מאחת החלופות, די בכך שהתקיים בנאשם יסוד נפשי של קלות דעת כדי לייחס לו אחריות לעבירה. כלומר **אם העבירה שותקת לגמרי ויש שם רכיב תוצאתי, הרכיב החפצי המינימלי שיספיק כדי להכניס את הנאשם לתוך גדרי העבירה יהיה הגבול התחתון, שהוא קלות דעת. המינימום.**

מספיק שהנאשם צופה את האפשרות שהתוצאה תקרה גם אם הוא לא רוצה שהיא תקרה- והיסוד הנפשי החפצי יתקיים.

אם המחוקק ירצה ליצור עבירה שרף הכניסה אליה יהיה גבוה יותר, למשל אדישות ומעלה, כלומר הוא לא רוצה להסתפק בכך שקלות דעת יהיה הכי נמוך- הוא יצטרך לציין את זה במפורש בתוך הגדרת העבירה.

ס' 300 (א) "**הגורם** **בכוונה** או **באדישות** למותו של אדם, דינו – מאסר עולם". - עבירה תוצאתית לא שותקת.

ניתוח- עובדתי ונפשי

* התנהגות = הגורם >>> מבצע מודע לטיב ההתנהגות (הכרתי). גורם- בכל דרך שהיא, או במעשה אקטיבי או במחדל.
* אדם = נסיבה >>> המבצע מודע לקיום הנסיבה (הכרתי)

היסוד הנפשי לעניין ההתנהגות והנסיבות היא מודעות סובייקטיבית לטיב ההתנהגות ולקיום הנסיבות. יש צורך להראות שהמבצע מודע לטיב ההתנהגות, מודע לקיום הנסיבה שהיא אדם.

* מותו = תוצאה >>> המבצע מודע לכך שההתנהגות שלו עלולה לגרום לתוצאה (הכרתי) + לפחות אדיש כלפי התוצאה (מספיק שהוא שווה נפש כלפי התרחשותה, קל וחומר אם הוא רוצה שתתקיים) (חפצי)

מודע לכך שההתנהגות שלו עלולה לגרום לתוצאה (מוות)- הכרתי. יסוד נפשי חפצי- אדישות- לפחות אדיש כלפי התוצאה (מספיק שהוא שווה נפש לכך) אך מה לגבי היסוד הנשפי החפצי? מהסוג של כוונה ואדישות. המחוקק מגדיר את הסף המינימלי במקרה הזה תהיה אדישות- יצפה את האפשרות המעשה יגרום לתוצאה ולא יהיה אכפת לו לקיום התוצאה, די בכך בשביל להטיל אחריות פלילית על רצח. המחוקק מונע באופן מפורש את המילים כוונה ואדישות ובכך קובע יסוד נפשי חצי מינימלי שהוא סף הכניסה לעבירה הזו, פזיזות לא תוכל להיכנס לעבירה.

לעומת עבירות שבהן לא מצוין יסוד נפשי חפצי ולכן הוא יהיה החל מהמינימום, שהוא קלות דעת, כאן המחוקק כן מציין ומגדיר את הסף המינימלי, שהוא אדישות. די בכך שהנאשם יהיה אדיש, כלומר יצפה את האפשרות של גרימת התוצאה ולא יהיה אכפת לו אם התוצאה תקרה או לא, כדי שנוכל לייחס לו את עבירת הרצח. אם נוכיח שהוא רצה שהיא תקרה- קל וחומר שהוא נכנס לגדר העבירה. אבל אם הוא מודע לאפשרות אבל מקווה שהתוצאה לא תקרה- הוא לא נכנס. המחוקק מונה באופן מפורש את המילים אדישות וכוונה. מי שפועל בקלות דעת לא יוכל להיות מורשע בס' 300(א), כי לא יהיה לו יסוד נפשי מינימלי שתואם את דרישת הסעיף הזה.

המקרים הפרדיגמטיים של יסוד נפשי חפצי

* כוונה- אדם שדוקר למשל, הוא רוצה שזה מה שיקרה וצופה את התוצאה.
* אדישות- אבל מה המקרה הפרדיגמטי של אדישות? בדר"כ מדובר על מקרה בו אדם עושה מעשה כדי להשיג יעד מסוים, והתוצאה שמנויה בהגדרת העבירה היא איזושהי תוצאת לוואי. למשל אסיר שנמצא בתא כלא, והוא גובל עם חדר לסוהרים. הוא מתכנן בריחה ויודע שהוא חייב לשם כך לפוצץ את הקיר של החדר. כשהוא עושה את זה, הוא גם גורם לחבלה של סוהר שנמצא באותו רגע בחדר הסמוך. האסיר צופה את האפשרות שהסוהר שנמצא שם יפגע אם הוא יפוצץ את הקיר, אבל הוא לא **רוצה** שהוא יפגע. הוא לבצע את הפיצוץ כי הוא רוצה לגרום לחבלה של הסוהר, הוא רוצה רק לברוח. הוא גם לא מקווה שלא, לא כ"כ אכפת לו אם האדם יפצע או לא. אין לו עניין בתוצאה הזאת, הוא מנסה להשיג בכלל משהו אחר.
* קלות דעת- והמקרה הפרדיגמטי של קלות דעת- הרי איך יכול להיות שאדם צופה תוצאה שתקרה, מקווה שהיא לא תקרה, ועדיין פועל? איך אפשר להסביר מקרים בהם אדם צופה שמשהו יקרה ועדיין עושה את זה תוך תקווה שזה לא יקרה? הרבה פעמים מדובר במקרים של תאונות דרכים, וסיטואציות של "לי זה לא יקרה". מקווים שלא יקרה כלום ובכל זאת פועלים. אלה סיטואציות בהן האנטי-חברתיות של האנשים נמוכה יותר משל המתכוונים כי הם לא רוצים שתוצאה רעה תקרה, הם לא רוצים לפגוע בערך המוגן. אבל הם עדיין אנטי-חברתיים, כי למרות שהם לא רוצים שזה יקרה הם עדיין לוקחים את הסיכון וצופים שזה יכול לקרות. הם עדיין מסכנים אחרים ואת הערך המוגן. הם בוחרים לפגוע בערך המוגן למרות שהם מקווים שלא. הם לוקחים סיכון במודעות לסיכוי שהוא יתממש.

המדרג הוא שהכי אנטי-חברתיים הם המתכוונים, אחריהם האדישים, ולבסוף הפועלים בקלות דעת.

נורמות ספיצפיות מול נורמות כלליות

333. **החובל** בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו – מאסר שבע שנים. עבירה תוצאתית שותקת- נורמה כללית.

"**החובל** בחברו חבלה חמורה **בכוונה** שלא כדין, דינו…" (עבירה מומצאת) - עבירה תוצאתית לא שותקת - נורמה ספציפית.

היא שותקת לעניין הרכיב ההכרתי, צריך מודעות, אבל לעניין התוצאה היא לא שותקת- היא אומרת שצריך כוונה.

מה אם פלוני חובל בחברו חבלה חמורה, צופה שהמעשים שלו יגרמו לחבלה הזאת, ולא אכפת לו אם זה יקרה או לא. כלומר הוא אדיש כלפי התוצאה. נוכל לייחס לו רק את הנורמה הכללית (ס' 333), ולא את המוחמרת. כל המקרים בהם לא היה רצון אלא אדישות ומה, לא יכנסו לסעיף של החבלה החמורה.

* קייס 1- נאשם פועל בקלות דעת כלפי תוצאת החבלה >>> נורמה כללית
* קייס 2- נאשם פועל באדישות >>> נורמה כללית
* קייס 3- הנאשם פועל בכוונה >>> נורמה ספציפית (נכנס גם וגם ולכן נבחר את הספציפית)

ההבדלים בין קייס 1 לקייס 2 יהיה במישור הענישה (הנורמה האוסרת תהיה אותה נורמה).

**רשלנות ואחריות קפידה**

נחזור לס' 19:

ס' 19- ברירת המחדל: אדם נושא באחריות לעבירה רק אם ביצע אותה במחשבה פלילית, **למעט בשני חריגים**.

1. נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היס"נ.

באותם מקרים שבהם המחוקק מבקש לקבוע לעבירה יסוד נפשי של רשלנות, זה צריך להיות בהגדרת העבירה.

1. עבירת אחריות קפידה

ס' 21- מגדיר מהי רשלנות.

ס' 22- מגדיר מהי אחריות קפידה.

כל הסעיפים האלה נגזרים מס' 19- ברירת המחדל. הוא שולח אותנו לסעיפים האחרים שבהם מוסבר לנו מה משמעות המושג.

ס' 22- אחריות קפידה

סוג נוסף חריג של מקרים שבהם לא תתקיים ברירת המחדל. היסוד הנפשי בעבירה יהיה כך שהתביעה לא תצטרך להוכיח מודעות של הנאשם לכל פרטי היסוד העובדתי כדי להפליל אותו בעבירה. זה עבירות שמספיק שהתביעה מוכיחה את היסוד העובדתי שלהן כדי שאפשר יהיה לייחס אחריות לנאשם באותה עבירה. זה לא אומר שאין יסוד נפשי, אבל זה עבירות שבהינתן והתביעה מוכיחה את היסוד העובדתי חזקה על הנאשם שיש לו יסוד נפשי, ולכן זה פוטר אותך מלהוכיח אותו. אם הנאשם עצמו קם ומראה שלא היה לו יסוד נפשי מסוים- הוא כן זוכה לטענת הגנה.

**אחריות קפידה והיקפה (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994 (תיקון מס' 39) (תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995**

22.  (א)  אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" - לרבות בהלכה פסוקה.

          (ב)  לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה.

          (ג)   לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

לא נכנסים לעומק כרגע אבל לזכור שזה חריג לס' 19 שהוא ברירת המחדל.

ס' 21- רשלנות

**היעדר** מודעות ל: טיב המעשה או לקיום הנסיבות או לאפשרות גרימת התוצאה. כשאדם מהישוב יכול היה בנסיבות העניין יכול להיות מודע לאותו פרט.

כלומר היסוד הנפשי ההכרתי הוא אי מודעות. מספיק שהמודעות חסרה לגבי פרט אחד- אם אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע, מתקיים יסוד נפשי של רשלנות. לשים לב שזה לא היעדר מודעות מוחלטת, אלא רק כשאדם סביר יכול היה לצפות וכו'. כי היעדר מודעות לגמרי היא לא יסוד נפשי פלילי. זה נחשב שוגג, ואין בזה אשם. זו כביכול אנטי-חברתיות שאני מרוכז בעצמי, אגואיסט, לא שם לב לסביבה, לא רגיש לצרכים אחרים וכו' ולכן לא הייתי מודע כשהייתי אמור. זו הרשלנות הפלילית. זה יסוד נפשי שנחשב פחות חמור ממודעות, לפי ס' (ב)- "רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע". פשע- מעל 3 שנים.

**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.

רשלנות יכולה להיות יסוד נפשי רק בעבירות שהן עד 3 שנות מאסר. בעבירות היותר חמורות שהן יותר מ-3 שנים היסוד הנפשי שנראה בהן בדר"כ הוא מחשבה פלילית.

* חטא- עד 3 חודשים
* עוון- 3 חודשים עד 3 שנים
* פשע- מעל 3 שנים

דוגמא: ס' 304: "**הגורם** ברשלנות למות אדם, דינו - מאסר שלוש שנים".

עבירה תוצאתית. יסוד נפשי- רשלנות. המשמעות היא שדי באחד מפרטי היסוד העובדתי או המעשה או הנסיבות אפשרות גרימת התוצאה- יש היעדר מודעות היכן שאדם מן הישוב יכול היה להיות מודע- גם אם לגבי שאר הפרטים יש מודעות. אנחנו נצטרך להראות שלגבי לפחות אחד מפרטי היסוד העובדתי יש רשלנות, ולגבי האחרים- רשלנות ומעלה (יכול להיות גם מודעות וגם רשלנות). למשל אדם יכול להיות מודע למעשה שהוא עושה ולנסיבות, אבל לא להיות מודע שהמעשה עלול לגרום לתוצאה מסוימת שאדם מן הישוב יכול היה להיות מודע אליה. רשלנות רק לגבי התוצאה ומודעות לגבי הנסיבות והמעשה- יש רשלנות. יכול להיות שגם לגבי כל החלקים תהיה רשלנות. אבל מספיק להראות רק לגבי אחד מהם.

היסוד הנפשי בעצם מתחלק לשני עולמות- עולם המחשבה הפלילית, המודעות, ועולם נפרד לגמרי של עולם הרשלנות. לא נוכל לייחס לאדם גם מחשבה פלילית וגם רשלנות בו"ז. כי ברגע שמוכיחים היעדר מודעות מקום שאדם מן הישוב היה יכול להיות מודע לגבי לפחות אחד מפרטי היסוד העובדתי- נכנסנו לעולם הרשלנות.

שאלה שעולה היא מה אם אדם פועל ברשלנות, אבל בחוק העונשין יש רק עבירת מודעות שמקבילה למעשה שהוא מבצע? אי אפשר להרשיע. אם חוק העונשין קובע עבירה שהדרגה המינימלית של היסוד הנפשי שלה היא מחשבה פלילית, ולא כולל חלופה נמוכה יותר מקבילה שמסתפקת רק ברשלנות, אפשר יהיה לייחס אחריות בגין אותה עבירה רק לאדם שהייתה בו מחשבה פלילית.

דוגמא: עבירת האינוס. עבירה התנהגותית. מבחינת היסוד הנפשי שלה היא עבירה שותקת, אין שום ביטוי או מושג אחרים שמרמזים על דרישה מיוחדת של היסוד הנפשי, ולכן נדרשת מודעות לטיב המעשה- לכך שהוא בועל, ולנסיבות- מודעות לכך שהאדם מולו הוא אישה, ומודעות לכך שהיא לא מסכימה. במקרה שבו נאשם חושב שלא יכול להיות מצב שבו מישהי לא תעמוד בפניו והוא לא היה מודע לכך שהיא לא מסכימה, למרות שכל גבר סביר היה מבין שהיא לא מסכימה מההתנהגות שלה. לפי חוק העונשין הישראלי, בו אין עבירה של אינוס ברשלנות, אדם שהוא רשלן כלפי הנסיבה של אי ההסכמה- אין יכולת להטיל עליו אחריות לעבירת האינוס. יש ביקורת על זה שהמצב נותן "פרס" דווקא למי שלא היה רגיש ולא שם לב לאי ההסכמה של האישה ומשחרר אותו מהדין. הוא מיטיב עם הלא רגישים, שאמנם זיהו ולא הפסיקו אבל לפחות זיהו והיו מודעים למצב שלה. זה גם גורם לבתי המשפט במקרי הגבול או לא לייחס אחריות בכלל או להחמיר ולהחליט שהייתה מודעות. יכול לגרום להחמיר או להקל עם נאשמים.

לנאשם יכולות להיות כמה טענות הגנה: לא היה בכלל מגע מיני (יסוד עובדתי), האישה הסכימה (יסוד עובדתי), אם כל היסוד העובדתי מתקיים- לא היה מודע לאי ההסכמה שלה (יסוד נפשי).

בכל אחת מהן מרכז הכובד הוא שונה, בשתיים הראשונות אלה פגמים ביסוד העובדתי. ב1- לא הייתה בעילה, ב2- לא התקיימה נסיבה של היעדר הסכמה חופשית, וב3- הייתה בעילה והתקיים היעדר ההסכמה, אבל היסוד הנפשי היה פגום, לא הייתה מחשבה פלילית ומודעות. עם ההוכחה של הטענה השלישית יהיה הכי קשה להתמודד. ככל שסנגור פותח יראת מחלוקת (החלק שעליו הצדדים לא מסכימים) רחבה יותר, כלומר יותר מוקדים שיש בהם אי הסכמה עם התביעה, ככה יהיה קל יותר לתביעה לקעקע(?) את הטענות שלו. כשטוענים רק לאי קיומו של יסוד נפשי ומסכימים על השאר, לתביעה יהיה קשה יותר להתמודד עם יראת המחלוקת הצרה הזו.

לסיכום: אחרי שאנחנו בודקות את היסוד העובדתי הקבועים בעבירה, אז נעבור לבדוק מהו היסוד הנפשי הקבוע באותה העבירה והאם הנאשם קיים את הדרישות. היסוד העובדתי והנפשי הם יסודות מצטברים. די בכך שאחת מהדרישות תהיה חסרה, אין אחריות פלילית.

יסוד נפשי: ברירת המחדל מעוגנת בסעיף 19: אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית (מודעות), למעט: אלא אם נקבע בהגדרת בעבירה שהיא רשלנות או מסוג של אחריות קפידה. אלו שני החריגים. המשמעות היא בעצם שבקריאת הגדרת עבירה והעבירה היא שותקת, במובן הזה שאין שום התייחסות בלשון העבירה איזשהו מושג המדבר ומבטא יסוד נפשי, אותה עבירה מסתפקת במחשבה פלילית.

סעיף 20- מגדיר מהי מחשבה פלילית: מודעות, ביחס לכל פרטי היסוד העובדתי הכתובים בהגדרת הבעירה:

* בעבירה התנהגותית: טיב המעשה ולקיום הנסיבות.
* בתוצאתית: המודעות תהיה לטיב המעשה, קיום הנסיבות, ולאפשרות גרימת התוצאה.

ס' 19- ברירת המחדל- אדם מבצע עבירה אן רק עשאה במחשבה פלילית, זולת אם:

* רשלנות
* אחריות קפידה

כשההגדרה היא שותקת מבחינת יסוד נפשי- נדרוש יסוד נפשי של מחשבוה פלילית מודעות.

ס' 20- מחשבה פלילית- מודעות (הכרתי)

1. טיב המעשה
2. קיום הנסיבות

השניים הראשונים רלוונטיים רק לעבירה התנהגותית.

1. אפשרות גרימת התוצאה- רק בעבירה תוצאתית.

יש גם יסוד נפשי חפצי, נצטרך להוכיח יחס רצוני כלפי ההשגה של אותה תוצאה, הגרימה שלה. היחס הרצוני הזה:

* 1. כוונה- רצון
	2. פזיזות-
1. אדישות- ניטרליות, שוויון נפש.
2. קלות הדעת- יחס נפשי שלילי, תקווה שהתוצאה לא תקרה, הוא מקווה להימנע ממנה

קו הגבול בין קלות הדעת לבין רשלנות (שהיא מחוץ מעולם המחשבה הפלילית).

המודעות היא יחס נפשי הכרתי: אדם מודע או לא מודע, אבל אמרנו שלעניין פרט התוצאה בא סעיף 20א' שנדרש להוכיח יסוד נפשי חפצי מסוים: מעבר לזה שאני צריכה להראות שהנאשם היה מודע לאפשרות קיום תוצאנה מסוימת, אלא גם יחס רצוני כלפי השגה של אותה תוצאה. שהוא נקרא רכיב נפשי חפצי. היסוד הנפשי החפצי הזה ראינו שלושה סוגים פוטנציאליים, החוק מכיר במדרג:

כוונה- הכי חזק במדרג. בעבירה שכתובה כוונה, לא רק הנאשם צפה שהתוצאה תקרה אלא שהוא גם רצה שהיא תקרה.

פזיזות:

1. אדישות- שיוויון נפש.
2. קלות הדעת- יחס נפשי חפצי שלילי, זה מקרה שבו על אף שהאדם צופה את אפשרות גרימת התוצאה, הוא לא רוצה שהיא תקרה. זה נופל על אותם מקרים של "לי זה לא יקרה". קו הגבול בין קלות הדעת לרשלנות שהיא מחוץ למחשבה הפלילית, היסוד הנפשי מתחלק לעולמות נפרדים לגמרי, מודעות ומחשבה פלילית מכילים את כל המושגים שנדונו, רשלנות זה אחר לגמרי, זה בהיעדר מודעות. אדם לא יכול להיות רשלן וגם מודע. (רשלן הוא אדם שבחר אך לא מודע).יש משהו בתודעה האנושית שהיא לא בינארית- יש הרבה מצבים שאנשים מודעים אך לא מרוכזים, הם פועלים בהיסח הדעת.

כאשר מדובר בעבירה תוצאתית והיא שותקת (לא נוקבת בשום מינוח או מושגיות שמרמים על יסוד נפשי) המשמעות היא שנדרש מינימום יסוד נפשי של קלות דעת כדי לייחס אחריות פלילית. הרף הנמוך מסמן את "מפתן הכניסה", אלא אם המחוקק נוקט ביסוד נפשי מינימלי אחר בהגדרת העבירה. אבל ברוב העבירות או שלא אומרים כלום ואז המינימום הוא קלות הדעת, או שהעבירות עצמן קובעות יסוד נפשי מפורש של כוונה. זה יראה לנו שהוא לא רצה להסתפק ביסוד נפשי של קלות הדעת אלא להגביה את המשוכה.

רשלנות לעומת זאת, בעוד שבנזיקין הרשלנות מתארת את ההתנהגות של אנטי חברתי, במשפט הפלילי הרשלנות הוא סוג של יסוד נפשי, בפלילים, הרשלנות זה יסוד נפשי בה לאדם אין מודעות לפחות אחד מרכיבי היסוד העובדתי. הרעיון הוא שאנחנו רואים את האד הפועל בלי מודעות, בכל זאת נרמה להטיל עליו את האחריות הפלילית. המשפט הפלילי בא ואמר שבקרים מסוימים כן נטיל אחריות פלילית אך יש מדרג ביסוד הנשפי. בגלל התפיסה שמי שפועל בחוסר מודעות פחות אנטי חברתית מאשר מודעות, הרשלנות היא חריג.

בפלילים רשלנות היא יסוד נפשי שאדם לא מודע כלפי לפחות אחד מרכיבי היסוד העובדתי, מקום שאדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לנסיבות העניין. זה מלמד אותנו משהו על מי שלא היה מודע לעומת אחרים. רלוונטי רק לעבירות שהעונש עליהן הוא עד 3 שנים.

אם תהיה עבירה של רשלנות, נזהה אותה בהגדת העבירה, העבירה עצמה צריכה לנקוב במילה רשלנות. כך עוד היא שותקת, זה ברירת המחדל היא מחשבה התנהגותית.

**סעיף ההמרה**

אחת הבעיות שלנו היום היא שהחלק הספציפי של חוק העונשין אף פעם לא עבר חקיקה קוהרנטית, בדיקה של הניסוחים וכו', לעומת פרקים אחרים. אבל רוב החלקים בחלק הספציפי לא עברו סידור מעולם. לכן יצא מצב שהחלק הכללי קובע לנו מושגיות יפה, חדשה, מסודרת, לינארית. כל החלק הספציפי לא הותאם לחלק הכללי, ולכן יוצא שכשמעיינים בחלק הספציפי ונתקלים בהגדרות שונות, רואים שיש כל מיני מושגים שמתייחסים ליסוד נפשי אבל לא זהים למושגיות החדשה שאנחנו מדברים עליה.

למשל ס' 242- במזיד. איך מתייחס למושגים שונים ולא מוכרים כאלה ו"מתרגמים" אותם למושגיות החדשה?

ס' 90א- הסעיף האחרון שחותם, סוגר את החלק הכללי. הוא מעין מקרא, מילון, סעיף ההמרה. הוא אומר איך להמיר מונחים ישנים בחלק הספציפי, איך להבין אותם היום לפי המושגיות של החלק הכללי.

מזיד- מי שפעל לפחות בקלות דעת. בעצם לא מוסיף או משנה לנו כלום, כי אם לא היה רשום את זה, והיא הייתה עבירה שותקת, רף הכניסה עדיין היה קלות דעת. כנ"ל ל'ביודעין'.

ס' 90א(2)- אפשר להיתקל במונח כוונה גם לא ביחס לתוצאת המעשה שנמנית עם כוונת העבירה, והמינוח הזה יתפרש כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כדי להשיג יעד בנקבע בעבירה. יש אפשרות להשתמש במונח כוונה במובן של מטרה. זה יעד שהאדם רוצה להשיג, אבל ההתממשות שלו לא מנוי כתוצאה של העבירה. במקום שבו המילה כוונה לא מתייחסת לתוצאה אלא למטרה כלשהי, הניתוח יהיה לפי 90א. לזה קוראים **עבירות מטרה/עבירות כוונה מיוחדת**. עבירות שעדיין צריכים להוכיח בהן רצון להשיג יעד כלשהו, אבל זה לא מחייב ביסוד העובדתי להראות שהיעד הזה התממש כתוצאה. לכן באופן טכני נשתמש בס' 90א. הפסיקה מדברת על כך שזה דומה לרצון, אבל אלה שני מושגים שמבחינה קונספטואלית כל אחד מהם מתייחס למשהו שונה.

**שאלה מהכיתה- איך ניתן להוכיח ברמה העובדתית את היסוד הנפשי?**

בפרקטיקה שלושת הענפים שלובים זה בזה. השאלות המהותיות, כמו הוכחה של יסוד נפשי, הדברים האלו כרוכים ושלובים בחומר הראיות שלפני התביעה. הקשר בין דיני הראיות לדין המהותי הוא מרוד הדוק, ובמהלך ניהול המשפט דיני הראיות שלובים באופן שטמון בתוך הדיון הפלילי.

הוכחת מחשבה פלילית:

באופן כללי אחת הבעיות הקשות ביותר זה להוכיח יסוד נפשי, בין אם זה רשלנות או מחשבה פלילית, שמחשבה פלילית עוד יותר משום שמודעות סובייקטיבית צריך להראות מה האדם הקונקרטי חשב. התשובה היא, שבתחום הפלילי בתי המשפט לאורך השנים פיתחו כל מיני כלים ואמצעים שנקראים חזקות עובדתיות, שבעצם הם כלים ראייתיים. מה זה אומר? יש במשפט מושג שנקרא חזקה עובדתית ויש חזקה משפטית:

1. חזקה משפטית- חזקה משפטית היא סוג של קביעה שמוסדרת בחוק והרעיון שעומד מאחוריה זה העברת נטל ההוכחה במקרים מסוימים מצד אחד לשני. לדוגמא: חזקת החפות. כל עוד התביעה לא הוכיחה את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר, הנאשם נתפס בחזקת חף. מה המשמעות האופרטיבית של החזקה הזו? נטל ההוכחה במשפט הפלילי הוא על התביעה. כלומר כל עוד התביעה לא מוכיחה שאין ספק סביר, הנאשם חף. החזקה המשפטית מעבירה את מרכז הכובד מצד אחד לצד אחר.

לדוגמא: סעיף 22א-ב:

**אחריות קפידה והיקפה (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994 (תיקון מס' 39) (תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995**

22.  (א)  אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" - לרבות בהלכה פסוקה.

          (ב)  לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה.

סעיף 22א- עבירות אחריות הקפידה אומרות את הדבר הבא: יש עבירות מסוימות שאם ביצעת את היסוד העובדתי של העבירה חלה חזקה משפטית שהיית לפחות רשלן ולכן התביעה בעצם יכולה אוטומטית להרשיע אותך. יש עבירות מסוימות בחוק העונשין הנוגעות לבטיחות, מוצרים פגומים, איכות סביבה וכו, כל מיני עבירות שהסיבה להפללה היא לא חטא מוסרי גדול אלא שהרציונל עומד מאחוריהם הם שיקולי יעילות שהחברה מעוניינת לאסור את אותם מעשים ולהשתמש בדין הפלילי כדי לאכוף. העבירות האלו די בכך שהנאשם ביצע את המרכיבי היסוד העובדתי, התביעה תצא מידי הוכחה, כלומר התביעה לא צריכה להוכיח את היסוד הנפשי. העבירות מניחות שהיסוד הנפשי שמתקיים הוא רשלנות. יש חזקה שברגע שהתביעה מוכיחה את היסוד העובדתי בעבירה, יש חזקה שיש יסוד נפשי, שלפחות יש פה רשלנות. אלו עבירות של אחריות קפידה.

מה קורה בסעיף 22ב? אם הנאשם עצמו בא ומוכיח שהוא נהג ללא מחשבה פלילית או רשלנות ועשה ככל מה שניתן בשביל למנוע את העבירה, אז הוא פטור מאחריות. יש פה משחק של נטלים: אם התביעה מוכיחה יסוד עובדתי, יש חזקה שהיא לא צריכה להוכיח יסוד נפשי. אבל אם הנאשם עצמו קם ומוכיח שהוא פעל ללא מחשבה פלילית, ללא רשלנות הוא עשה כל מה שניתן כדי למנוע את העבירה, את כל הדרישות אז הדבר יכול להוות טענת הגנה שפוטרת אותו. המשחק הוא כזה שהחובה להפריח את החזקה מוטלת על הנאשם, ברגע שהתביעה מוכיחה את היסוד העובדתי יש פה הנחה\ חזקה שהנאשם ביצע את העבירה, בנקודה כזו הנאשם צריך להוכיח ולהפריך את החזקה, או שהוא פעל ללא רשלנות או מחשבה פלילית. הוא צריך להראות מהנסיבות של המקרה עצמו, מהסיטואציה עצמה שמתעוררת, מהעובדות שהיו מסביב להראות שהייתה פה סיטואציה שהוא לא היה מודע וגם אדם מהיישוב לא היה מודע. זה תלוי במקרה, בעבירה ובקייס.

1. חזקה עובדתית- חזקות עובדתיות אלו חזקות שלא קבועות בחוק אלא שהן סוג של חזקות המבוססות על עובדות מסוימות שאם הן מוכחות, אם העובדות מוכחות, בית המשפט מסיק מהן מסקנה מסוימת. כלומר, ניסיון החיים מלמד שיש ראיות מסוימות שצד מוכיח אז ניתן להסיק מסקנות מסוימות, שקשורות להיגיון הבריא וחוקי הפיזיקה שקיימים על פני כדור הארץ. ולכן, המבנה של חזקה עובדתית תהיה הוכחה של עובדה מסוימת ואז ברגע שהעובדה מוכחת על סמך אותה עובדה מסוימת, בית המשפט מסיק את אותה מסקנה. בית המשפט יכול להחליט איך להשתמש בהם. אין פה העברה של נטל ההוכחה אלא מעבר של שיקול הדעת, ברגע שהתביעה מוכיחה עובדות מסוימות, בית המשפט יכול להסיק כתוצאה מהראיה הזו מסקנה מסוימת. בית המשפט יסיק מעצם העובדה של הוכחת הראיה מסקנה מסוימת, מכאן הנאשם תמיד יכול להטיל ספק בחזקה ולהפריך אותה.

לדוגמא: חזקה שבתי המשפט משתמשים בה הרבה זו חזקת המודעות. היא חזקה שבית המשפט משתמש בה כדי לקבוע שהתקיימה מודעות במקרה מסוים. מה הרעיון? התביעה מוכיחה איזושהי עובדת יסוד מסוימת ובית המשפט מסיק מתוך אותה עובדה שבנסיבות המקרה, התוצאה טבעית להתנהגות. למשל, אם הוכיחו שאדם דקר 10 פעמים אדם אחר באזור החזה, חזקה שהתקיימה מודעות לתוצאת המוות, ואילו לא רק חזקה על זה שהאדם היה מודע שהדקירות האלו יובילו למוות אלא חזקה על זה שהוא התכוון, ואף כוונה (רצון). זו דוגמא לחזקה עובדתית, התביעה תצטרך להוכיח את העובדה שהיו 10 דקירות בחזה, בעת ההוכחה של עובדה זו בית המשפט רשאי להסיק מסקנה שהתקיים יסוד נפשי של מחשבה פלילית. מאותה עובדה אובייקטיבית שאני מוכיחה בית המשפט מסיק שהנאשם צפה את ההתרחשות. זה הרעיון של החזקה, משום שאין יכולת עובדתית להוכיח מחשבה פלילית, ניתן ללמוד על היסוד הנפשי דרך ההבנה ומה שאני רואה בעולם החיצוני. במקרה הזה, חזקת המודעות באה ואומרת שכולנו חיים בעולם שאנו מכירות את חוקי הפיזיקה, ההתנהלות הרגילה של הדברים, ולכן יש עובדות מסוימות בחיים שאם הן מתקיימות ניתן ללמוד מהן כחזקה שיש מחשבה פלילית. אך זו רק חזקה, והמשמעות היא שהנאשם עצמו, ברגע שהוכחה הראייה נטל ההוכחה עוברת לנאשם עצמו, והוא יכול לבוא ולנסות את בית המשפט להפריך את החזקה. זו התוצאה הטבעית לאותה התנהגות ולכן יש חזקה למחשבה פלילית.
החזקות העובדתיות בעצם חוסכות מהתביעה להוכיח את היסוד הנפשי, התביעה מוכיחה עובדה ובית המשפט רשאי להסיק מסקנה, מסקנה שהיא חזקה עובדתית ואפשר גם להפריך אותה. ולכן, הנטל יעבור לנאשם הוא יצטרך להראות שזה לא קרה. וזאת מהסיבה שהרעיון מאחורי החזקה היא חסכת עבודה בהליך המשפטי, יש נסיבות בחיים שמסתבר שתוצאה טבעית למעשים, ולכן נטל ההוכחה עובר לצד שמתיימר להפריך את יסודות הטבע, למי שמטיל ספק על הסדר הטבעי וחוקי הפיזיקה. השימוש בחזקות זה שימוש שבית המשפט עושה באופן תדיר ותכוף כדי לנסות להוכיח טענות של מחשבה פלילית. אלו הכלים הראייתיים שבתי המשפט משתמשים בהם לעשות ולהוכיח את היסוד הנפשי.

**סייג לאחריות פלילית: טעות במצב דברים (ס' 34יח')**

ס' 34(יח): זה סעיף הקשור למחשבה הפלילית. ההקשר של הסעיף זה השלמה לכל מיני פינות של מפת היסוד הנפשי. עכשיו נדבר על סייג של אחריות פלילית הקשור למחשבה פלילית.

הסעיף בא ואומר שכאשר אדם מדמה איזשהן עובדות, איזשהו מצב דברים שהוא לא מצב הדברים שמתקיים במציאות. נשאלת השאלה איך אנחנו צריכות לשפוט נורמטיבית את מעשיו? נעריך את מעשיו לפי האופן שהוא מדמה את המציאות. אם לפי האופן שהוא מדמה את המציאות, אותו מצב שהוא מדמה יוצר אחריות פלילית, אז נפליל אותו. אבל אם האופן שהוא מדמה את המציאות הוא מצב שלו אכן המציאות הייתה כפי שהוא מדמה אותה לא היה במישור הפלילי, לא נייחס לו אחריות פלילית. הדומה לעובדות עצמן נטיל אחריות פלילית. אך אם האופן שהוא מדמה את המציאות שונה ממצב הדברים, נפליל אותו לפי מצב הדברים שתיאר. כלומר, נבדוק את הדברים לפי האופן שהנאשם דימה אותם.

**טעות במצב דברים (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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).

לדוגמא: נניח שאדם טועה לחשוב שהאישה מסכימה, באחת מעבירות המין. מצב בו אדם מקיים יחסי מין עם אישה ללא הסכמה. אך באותה סיטואציה הוא לא ידע או הבין שהיא לא הסכימה.

בסיטואציה כזו הסעיף בא ואומר שבעתם נעריך נורמטיבית את המעשים של האדם לפי האופן שהוא דימה אותם. אם לפי שהאופן שהוא דימה אותם הוא פלילי, נפליל אותו. אבל אם לפי האופן שהוא דימה אותם המעשה לא פלילי, אז הוא יהיה פטור למרות שבחיים האמיתיים הוא טעה, הוא כן עשה משהו שעולה לכדי עבירה.

במקרה של הדוגמא של הנאשם שטועה לחשוב שהאישה מסכימה, הנתון הוא שהאישה לא הסכימה. אז היסוד העובדתי התקיים- יש בעילה של אישה ללא הסכמתה החופשית. בא הנאשם וטוען שהוא טעה לישוב שהאישה הסכימה. לפי הסעיף הזה המסקנה תהיה שנבדוק את אחריות הנאשם לפי המצב שהוא דימה אותו, כלומר לפי המצב שהוא דימה האישה הסכימה. אם הוא היה בטוח שהיא הסכימה, בעילה של אישה בהסכמה זה לא דבר פלילי ולכן במקרה כזה, הוא יהיה פטור מאחריות פלילית.

הסעיף הזה של 34יח', מתכתב עם הרעיון של האשמה, עקרון האשמה הסובייקטיבית. העיקרון לפיו אנחנו שופטים ומעריכים את האדם עצמו לפי האופן שהוא סובייקטיבית תפס את הדברים. וזה בדיוק עיקרון האשם. אנחנו נרצה במשפט הפלילי, להפליל רק את אותם אנשים שבחרו לפגוע בערך החברתי המוגן. ולכן, אם הטעות של האדם היא טעות כנה, גם אם היא לא סבירה, בא החוק ואומר בסעיף קטן א' שאנו ניתן לו פטור מאחריות פלילית. זאת אומרת כל עוד מדובר בעבירת מחשבה פלילית, הדרוש בא מודעות, אם הנאשם עצמו באופן כן ואמיתי טעה לחשוב ובעצם לא הייתה לו מודעות לאחד מפרטי היסוד העובדתי (הנסיבה של הסכמה חופשית), כל עוד הטעות כנה גם אם היא מופרכת, אם בית המשפט משתכנע שבאמת אותו נאשם ספציפי, גרסתו שטעה לחשוב כנה, השתכנע שיש ספק לגבי המודעות שלו, אנחנו נבדוק את הדברים לפי האופן שהנאשם דימה אותם. ולכן, בסיטואציה הזו המשמעות היא שהוא פטור מאחריות פלילית.

למה? זה בדיוק ההבדל בין דיני הנזיקין למשפט הפלילי, בשביל להרשיע בפלילית לא מספיק רק גרימת נזק לאובייקט, פה במשפט הפלילים זה אחד המאפיינים הכי ייחודיים לו, עקרון האשם. אנחנו נייחס אחריות פלילית רק לאותם אנשים שאנחנו תופסים אותם כאנטי חברתיים המסכנים את אותם ערכים מוגנים שחרטנו עליהם באמנה החברתית. לכן נפליל רק את האנשים שבחרו לפגוע בערך החברתי המוגן. כתוצאה מכך, אם האדם באופן כנה טעה לחשוב ולא ראה את חוסר ההסכמה של האישה, לא נפליל אותו משום שאין פגיעה מודעת ובחירה לפגוע בערך המוגן. במקרה כזה אין הצדקה להפליל משום שאין פה פגיעה מודעת שנובעת מבחירה לפגוע בערך החברתי המוגן. ולכן, האישה לא תוכל לקבל מענה במשפט הפלילי ורק באזרחי. רק במידה ובמדרג העבירה גם הייתה ברשלנות, שם יש שאלה אובייקטיבית של אדם סביר, אז ניתן היה להפליל אותו, משום שגם בחוסר מודעות, ניתן להפליל.

זה מקרה שלמרות הוכחת היסוד העובדתי, התוצאה של המשפט יהיה זיכוי, בהנחה באמת שהנאשם דימה מצב דברים השונה מהמציאות.

**הקשר בין מחשבה פלילית (ס' 19) לטעות במצב דברים (ס' 34יח')**

אם בעצם המשמעות המעשית של סעיף 34יח זה זיכוי בנסיבות בהן לנאשם אין מודעות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי, למה בכלל צריך את הסעיף הזה? הרי לכאורה מספיק סעיף 19, הקובע את המחשבה הפלילית- אם העבירה היא עבירה שותקת אז חייבת להוכיח מודעות לכל פרטי היסוד העובדתי, זאת אומרת אם יש עבירה בה לאדם אין מודעות לנסיבה מסוימת בה, אין הוכחת של מחשבה פלילית ולכן אין אחריות לפי סעיף 20.

שוב, לפי סעיף 34 יח' יש לשפוט את האדם לפי האופן שהוא דימה את הדברים, ונראה כי אין מודעות לאחת הנסיבות. דבר הדומה לסעיף 19, הקובע את המחשבה הפלילית וסעיף 20 הקובע כי בלי מחשבה פלילית לאחד מרכיבי היסוד העובדתי ולכן אין אחריות פלילית.

מה סעיף 34יח מוסיף? התביעה צריכה להוכיח מודעות לנסיבה אז ברגע שהתביעה לא מצליחה להוכיח שהוא היה מודע לנסיבה, זה כמו להראות ולבוא ולומר שהוא טעה לחשוב על נסיבה כזו כאחרת. זה שני צדדים של אותו מטבע. אי מודעות של נסיבה מסוימת זה כמו להגיד שיש לשפוט לפי איך שהנאשם דימה, שהוא דימה מצב דברים השונה מהמציאות.

מה סעיף 34 מוסיף על כללי המחשבה הפלילית, הכללים הרגילים שאני למדה עליהם בסעיף 20? אם העבירה היא שותקת יש להוכיח מודעות לטיב המעשה, קיום הנסיבות ולאפשרות התרחשות התוצאה. ולכן, אם אין הוכחה של מודעות לנסיבה יש זיכוי. אותם דברים אני מגיעה מסעיף 34 יח', אם הנאשם טועה לחשוב שמדובר בנסיבה כזו ולא אחרת, אז הנה אין מודעות לנסיבה.

אנחנו יוצאות מנקודת הנחה, שהמחוקק לא יוצר עוד הסדר נוסף שחוסר על עצמו ומשכל בדיוק את מה שסעיף 20 קובע. כלומר, יש הבנה שחייבת להיות קבוצה של מקרים שסעיף 20 לא מחסה, כלומר לפי סעיף 20 לא תהיה אחריות פלילית ועדיין לפי סעיף 34יח כן תהיה אחריות או הפוך הפוך, מקרים שלפי סעיף 20 כן תהיה אחריות וסעיף 34 יח' לא תהיה. צריך לחשוב על דבר שיצור את ההבדל. ולכן מה הם אותם מקרים?

דוגמא מהכיתה: נגיד שעבירה מומצאת:

* החובל בקטין שגילו 14-16, דינו 6 שנים. יש יסוד עובדתי אך אין נפשי.
* החובל בקטין שגילו 16-18, דינו 4 שנים. יש יסוד נפשי אך אין עובדתי.

ניקח מקרה שבו אדם חובל בקטין בן 14 אך הוא טועה לחשוב שהוא בן 17. כלומר: נתון הקורבן בן 14, הנאשם טועה לחשוב שהוא בן 17. מה תהיה התוצאה לפי 34יח?
האם נוכל לייחס אחריות פלילית לעבירה הזו? סעיף 34 יח' חייב להתלבש בקיומו של יסוד עובדתי. סעיף 34 לא מדלג על הוכחה של יסוד עובדתי כי אחרת אין הפללה. כלומר מתעוררת השאלה, האם לא תהיה פה הפללה לחלוטין. למרות המעשה? בשל אי הוכחה של היסוד העובדתי?
אותו נאשם בכל זאת תוטל עליו אחריות פלילית. וזאת על פי דוקטרינת הניסיון. יש דוקטרינה במשפט הפלילי שנקראת ניסיון לבצע את העבירה. עבירות הניסיון הן העבירות המתלבשות על עבירות הרגילות, באותם מקרים שבהם אדם פועל ביסוד נפשי מלא אך לא משלים את כל היסוד העובדתי. לדוגמא: עבירת הרצח, אך התוצאה שמתקיימת היא לא מוות של הקורבן. באה דוקטרינת הניסיון ואומרת שניתן להטיל אחריות פלילית על ניסיון, לדוגמא: ניסיון לאינוס, התפרצות, רצח, תקיפה וכו. דוקטרינת הניסיון מתלבשות על העבירות המשולמות ומאפשרת לייחס אחריות פלילית בגין ניסיון לביצוע העבירה בדיוק במקרים שהנאשם אשם בדיוק באותם מקרים שהנאשם ממלא את כל היסוד העובדתי. על פי עיקרון האשם הנאשם אשם באותה מידה, בשל האנטי החברתיות ורצון לפגוע באותו ערך מוגן, מבחינת הסיכון שהנאשם מקים לסיכון. דוקטרינת הניסיון באה ואומרת כי בנסיבות מסוימות שמתקיימים תנאים מסוימים (שנלמד בהרחבה בהמשך), אפשר יהיה לייחס אחריות לאדם בגין ניסיון באותם מקרים שהיסוד העובדתי לא הושלם.
למה בכל זאת דוקטרינת הניסון קשורה? כדי להראות שבמקרים כאלו כמו בדוגמא לא נגיע לפרדוקס שהאדם חוזר הביתה לא ההפללה, ניתן יהיה לייחס לו אחריות בניסיון לבצע עבירה. כי אין את היסוד העובדתי אבל יש את היסוד הנפשי. צריך לזכור שדווקא במקרה של הדוגמא, סעיף 34יח לא עוזר, בין אם מפעילים את 34יח או סעיף 20. חזרנו לנקודת ההתחלה.

* אז למה צריך את סעיף 34יח?

34יח' נמצא בפרק של סייגים אחריות פלילית, כלומר זה סעיף שאמור להקל עם נאשמים ולהוריד מהם אחריות במקרים שעל פי סעיף 19-20, סעיפי היסוד הנפשי הרגילים כן אמורה להיות אחריות. סעיף 34(יח) בעצם מאפשר לייחס פטור מאחריות פלילית למי שלכאורה לפי סעיף 19-20 כן מתקיים בו היסוד הנפשי המלא.

לדוגמא: בהגנה עצמית פלוני טועה לחשוב שאלמוני תוקף אותו ולכן כאקט מיידי כדי להגן על חייו הוא משיב, מתגונן וחובל בו. בהנחה שאנחנו מאמינים לפלוני שהוא טעה לחשוב שהוא בסיטואציה של הגנה עצמית למרות שבפועל הוא לא היה במצב הזה משום שמסתבר שפלוני לא רצה לעשות לו כלום, במקרה כזה 34(יח) יאפשר לפטור אותו מאחריות פלילית על אף שלפי סעיף 29 מתקיים יסוד נפשי מלא.: הוא מודע לטיב המעשים שלו, לקיום הנסיבות והאפשרות לגרימת התוצאה. אך הוא טועה לחשוב שהוא עושה את כל זה בנסיבות הגנה עצמית. ולכן, אילו באמת נשפוט אותו על מצב שבו הוא נמצא ניתן לו פטור. כי במצב של הגנה עצמית, גם אם מתקיים היסוד הנפשי, אנו נפטור אותו. זה בדיוק המקרים.

דוגמא נוספת: אישה ששמעה רעשים בדירה שלה בלילה, רעשים של מישהו שניסה להיכנס דרך התריסים של המרפסת. היא כל כך נבהלה לקחה כלי נשק ובסופו של דבר התגלה שזה היה זוגה. שניסה להיכנס לדירה בלי להעיר אותה כי לא היה לו מפתח. במקרה כזה, האישה עצמה, מבחינת המציאות לא הייתה סיטואציה של הגנה עצמית, כי לא באמת התקיימו כלל היסודות של דוקטרינת ההגנה עצמית. אך מבחינת התודעה שלה, האופן שהיא דימתה את הסיטואציה, היא הייתה בטוחה שהייתה לה סכנה לחיים. כלומר רק סעיף 19-20 לא היה ניתן לפטור אותה מאחריות פלילית וניתן היה להפליל אותה, לולא סעיף 34 יח היא הייתה מופללת. סעיף 34יח' אומר כי במקרה כזה היא תקבל פטור. אנחנו בעצם מלבישים את סייג הטעות במצב דברים על סייג הגנה עצמית. הקונסטרוקציה הזו, נקראת עבירות מדומות, מקרה שבו היסודות של הסייג המסוים לא מתקיימים במציאות, אך הנאשמת טועה לחשוב שהתנאים מתקיימים. לכן המשפט הפלילי נותן פטור מאחריות פלילית על סייג מדומה. למרות שלנאשם הייתה מחשבה פלילית מלאה לכל פרטי היסוד העובדתי לעבירה שרוצים לייחס לו, הטעות הייתה בקריאה ופרשנות של הסיטואציה, טעות לגבי היסוד העובדתי.

34 יח לא מאפשר לייחס אחריות פלילית תמיד לפי מה שאדם דימה בלי שיש יסוד עובדתי, הוא לא מאפשר לדלג על היסוד העובדתי. כלומר לא ניתן לייחס אחריות ללא קיומו של היסוד העובדתי. למרות קיומה של מחשבה פלילית, יסוד נפשי יש פה הצדקה של המשפט הפלילי לפטור את הנאשם מאחריות.

כל אחד מהסייגים בעצם תופר איזשהו סוג של פטור שהוא ייחודי לנסיבות המסוימות. מה שמייחד את 34(יח) שהוא מתלבש על הסייגים הקיימים, כלומר סעיף 34יח צריך אותו באותם מקרים שהסייג לא חל, היסודות שלו לא מוגשמים. מבחינת היסוד העובדתי, האדם חושב שהם מתקיימים למרות שבמציאות הם לא.

**עצימת עיניים**

עצימת עיניים היא בתוך הנושא של מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות- לעבירות התנהגותיות. מה החוק קובע שאין לאדם מודעות מלאה לטיב המעשה וליקום הנסיבות אלא רק חשד. בחיים יש מצבים בהם אדם חושד שנסיבה מסוימת מתקיימת, אך הוא לא מודע במאה אחוז ולא בטוח בכך. כלומר בניגוד לידיעה מוחלטת, החשד הוא ידיעה חלקית. אין ידיעה ודאית לדבר מסוים אבל כל מיני נורות אזהרה ופרטים שהאדם נחשף אליהם תוך כדי הסיטואציה מעלה חשד. בחשד עולה במוח האפשרות לקיום אך לא בוודאות.

**מחשבה פלילית (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

20.  (א)  מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1)   כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2)   פזיזות שבאחת מאלה:

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

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

          (ב)  לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.

          (ג)   לענין סעיף זה –

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

(2)   אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות.

מפה מגיעים לנושא של עצימת עיניים.

סעיף20ג1, הוא ממוקם בתוך סעיף 20 המדבר על מחשבה פלילית. אמרנו מקודם שכדי לייחס אחריות פלילית לאדם בגין עבירה מסוים נצטרך מודעות שלו לטבי המעשה קיום הנסיבות ואם היא עבירה תוצאתית אז לאפשרות התרחשות התוצאה.
אבל גם אם התביעה לא תצליח להוכיח מודעות מלאה של אדם לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, די בכך שהיא תוכיח חשד לטיב המעשה וקיום הנסיבות, אם זה שאותו אדם נמנע מלברר. זאת אומרת אם אני מראה שהנאשם חשד אך לא בירר ולהסיר את החשד, ובכל זאת הוא פעל, אז נראה אותו כאילו שהוא היה מודע. הסעיף הזה יוצר ומניח איזושהי שקילות ערכית בין מצבים של מודעות לטיב המעשה וקיום הנסיבות, לבין מצבים של חשד, בדבר טיב המעשה וקיום הנסיבות שאותו העושה לא בירר. הדוקטרינה הזו נקראת עצימת עיניים- זה עובר בראש אבל במקום לברר את החשד, יש העדפה לעבור הלאה ולעצום עיניים, ובכל זאת מבצעת את המעשה.
החוק אומר שבמצב כזה שהאדם חושד בדבר טיב המעשה וקיום נסיבות ולא ועל לבירור החשד נראה אותו כאילו הוא היה מודע.

הדוקטרינה הזו הוכרה בפסיקה לפני תיקון 39, היא הוכרה מכוח הפסיקה. אבל בתיקון 39 המחוקק הישראלי בחר לעגן אותה בצורה מסודרת בחוק. הרציונל שלו אומר שמאחר נסיבות זה רכיב שמתקיים בזמן המעשה, לעומת תוצאה שזה דבר עתידי, אם אדם מבצע מעשה והוא חושד שמתקיימות תוך כדי המעשה נסיבות מסוימות הוא יכול לברר את החשד. כל עוד הוא לא מברר והוא בעצם מסיר את החשד, ומסתבר בדיעבד שהחשד הזה באמת מתקיים, הוא לקח סיכון. כל עוד הוא לא מברר ומסיר את החשד, יש לו שתי ברירות:

1. אני חושדת ולא מבררת אז האפשרות הראשונה היא להפסיק לעשות ולא להתנהג.
2. אך אם אני חושדת, לא מבררת ולא מפסיקה את המעשים שלי, החוק יתייחס אליי כאל מי שהייתה מודעת, למי שהייתה מודעת לנסיבה ולא רק חשד.

הרציונל לכלל

הרציונל אומר שאדם שחושד שנסיבה מסוימת מתקיימת ולא פועל לברר את החשד ומסיר את החשד הוא לוקח בחשבון שיכול להיות שהנסיבה מתקיימת, הוא משלים עם האפשרות הזו שהנסיבה מתקיימת. אם הדוקטרינה לא הייתה קיימת, הרבה אנשים היו עוצמים את העיניים באופן מכוון ונמנעים בכוונה לברר חשד שיש בליבם כי זו טקטיקה יותר נוחה מאוחר יותר להתנער מאחריות. 'להגיד לא ידעתי' ורק חשדנו. החוק אומר לא, הוא רוצה לתרץ את האנשים הפוך, אם הם חושדים שנסיבה מתקיימת, רוצים למרץ אותם או לברר ואז הם מסיירם את החשד ומגלים שהכל בסדר או שאם הם חושדים ומבררים ומגלים שהחשד מתקיים, אז שימנעו ולא יפעלו. אם בסופו של דבר, חושדים, נמנעים לברר ופועלים אנו תופסים אותם ככאלו שידעו.

במקרה של עצימת עיניים, הנושא של אי ידיעת החוק לא קשור. אנחנו לא מדברים על אנשים שלא יודעים את החוק אלא על אנשים שכן ידעו, לדוגמא ידעו שאונס זו עבירה פלילית. אך אנחנו מדברות שלא הייתה להם מודעות לאחד מרכיבי היסודות העובדתיים, נסיבות.

שאלה מהכיתה, מהווה הרחבה (אין צורך בה): הקשר בין עצימת עיניים לאי ידיעה משפטית- טעות במצב משפטי זו סיטואציה שהאדם עצמו טועה לחשוב שהמעשה בכלל לא פלילי. הוא מודע לגמרי לטיב המעשה, קיום הנסיבות ואפשרות גרימת התוצאה אלא שהוא חושב שהעבירה לא פלילית. אנחנו מדברים בעצימת עיניים על אי ידיעה לגבי אחד מהרכיבים של היסוד העובדתי. לגבי הטענה של אי ידיעת החוק, נדבר עליה בהמשך. החזקה הזו של אי קבלה של טענה לחוסר ידיעת העבירה כפלילית, בעייתית. משום שבמציאות, אין אדם שיודע את החוק באופן מלא, שיודע איזו עבירות נמצאות בחוק העונשין. ברור שזו חזקה פיקטיבית במובן הזה שאין מנוס למחוקק להניח שאנשים מכירים את החוק. ולכן יש מספר "אמצעים" המגבים את החזקה: כמו פרסום של החוק, לכל אדם יש דרך להגיע אליהם וכו. הרעיון של קודקסים מודרניים בעולם המערבי הוא שאנשים יודעים את החוק.

בניגוד לדוגמא לסעיף 34יח, שמדבר על אי ידיעה מוחלטת, סעיף 20ג מדבר על חשד. הוא מדבר על מצב בו אדם חושד, בדיוק הפוך ללא מודע. אדם שלא מודע לא מעלה בדעתו את האפשרות לכך, והוא טועה בפירושו את המציאות. במצב שאדם חושד זה מצב הפוך, האדם חושד, הוא קרא את הסיטואציה נכון. במצב שבו עוברת לך בראש המחשבה וחושבת באופן חלקי, יש סוג של חשד מודעות חלקית לקיום הנסיבה, החוק בא אומר שאם את לא מבררת ובכל זאת עושה, אז החשד יחשב כמודעות. בניגוד ל34יח המדבר על מצב שאין מודעות בכלל. לכן 34(יח) ממוקם בסייגים, במקרה של חוסר מודעות זו יכולה להיות טענת הגנה. לעומת זאת סעיף 20ג1 ממוקם בתוך הסעיף של מחשבה פלילית, כי ההנה היא שגם החשד נתפס כסוג של מודעות, לא כריק. יש סוג של מחשבה שהיא לא מהווה ידיעה מוחלטת.

עצימת עיניים מול רשלנות

יש לשים לב כי בעצימת עיניים אין לבלבל עם רשלנות- ברשלנות זה מדבר שהאדם לא מודע בכלל. עצימת עיניים קשורה לעולם של המודעות המחשבה הפלילית- משום שבאדם חלפה בו הידיעה, יש לו יסוד של ידיעה, וזאת בניגוד לרשלנות, שברשלנות אין ידיעה בכלל. לכן בעצימת עיניים אנחנו מדברות על דוקטרינה ששייכת של מחשבה הפלילית. היא יוצרת סוג של חזקה שהתביעה יכולה להשתמש בה- מספיק שתובעת מראה כי חלפה במוחו של הנאשם חשד, הוכחה המודעות. אם אנחנו דורשות מהתביעה להוכיח מודעות לטיב המעשה וקיום הנסיבות, צריך להוכיח רק חשד ולא ידיעה. מספיק שהם יוכיחו רק חשד ללא שניסה לברר אותו, כדי שיראו אותו כמודע. מכיוון שקשה להראות ידיעה מוחלטת, החשד בא להקל על הוכחת היסוד הנפשי. לכן חשד הופך לברירת המחדל, זאת אומרת אם עד השיעור הקודם דיברנו שהמינימום להוכיח זה מודעות לטיב המעשה וקיום הנסיבות עכשיו למדנו שלמעשה שהמינימום הוא נמוך יותר- מינימום של חשד בלי בירור בעצם נכנס לעולם המחשבה הפלילית. סעיף 20ג1 מוריד את סף הכניסה לעולם המחשבה הפלילית מוחלטת מודעות מחולטת לחשד, ללא בירור.

ההבדל בין עצימת עיניים לטעות במצב דברים היא שבמצב דברים בידיעה לא חולפת במוחו, הוא טועה לחשוב שהנסיבה לא התקיימה. לדוגמא היעדר הסכמה, הנאשם היה בטוח שבעל החפץ הסכים, למרות שברמה העובדתית הוא לא הסכים. הוא היה בטוח שהוא הסכים, אז אין חשד לקיום הנסיבה. בעצימת עיניים חלפה במוחו של הנאשם ידיעה, אך הוא לא בירר את אותו החשד.

מה ההבדל בין רשלנות לטעות במצב דברים? רשלנות זה חוסר מודעות מקום שאדם מן היישוב יכל להיות מודע, וטעות במצב דברים, זה מצב שבו האדם עצמו טועה ואין לו יסוד נפשי- בין אם זה מחשבה פלילית או רשלנות, לרכיבי העבירה: טיב המעשה או קיום הנסיבות.

**רמת החשד וחוסר יכולת לברר**

מהי רמת החשד הנדרשת?

מה אמורה להיות רמת החשד הנדרשת כדי לקבוע שאדם עוצם את עיניו? החוק לא אומר לנו. מקובל, מהפסיקה, כשקוראים את הפסיקה מקובל לחשוב על סמך שאיך בית המשפט מקיימים את הדרישה הזו, שדי בחשד ממשי. החשד צריך להיות ממשי ולא תיאורטי, ספקולטיבי. היו תמרורים מסוימים של האדם עצמו והיה לו חשד ממשי ואמיתי, זה חשד שיספיק.

מה הדין למקרה בו האדם לא יכול היה לברר?

השאלה שמתעוררת היא מה קורה באותם מקרים שבהם הנאשם חשד, חשד ממשי, לא בירר, אבל לא היה יכול לברר? החוק קובע שאם יש לאדם חשד חלה עליו חובת בירור. אם הוא לא מברר נראה אותו כמי שידע. אך אם הוא מברר ומסיר את החשד אין מחשבה פלילית. אנחנו מדברים רק על מצבים שהאדם יכול לברר אך לא תמיד זה ככה. נשאלת השאלה הקשה היא מה קורה כשהאם לא יכול לברר?

מכאן נגיע לדוגמא שקוגלר נותן במאמרו, הוא נותן את הדוגמא של החנוכייה:

אדם מסתובב ביריד מציאות, מחפש חפץ שהוא רוצה לקנות, קוגלר מדגים לנו דרך הדוגמא הזאת הוא רוצה להראות איך לפעמים, הסיטואציה היא כזו שהאדם חושד אך מצד אחד החשד לו הוא נמוך, מצד שני הוא רוצה לברר את החשד אך אין לו אפשרות מעשית לעשות את זה, ומצד שלישי יש סיטואציה בה אם הוא לא יפעל עכשיו הוא יפספס דבר שיש לו ערך חברתי חיובי. לכאורה הדרך לפתור את הבעיה, היא פשוט להימנע מהפעולה, גם יש לאדם חשד שהחפץ שאותו הוא רואה ביריד הוא גנוב, ואין יכולת לברר, האדם פשוט צריך להימנע מקניית החפץ, להימנע מעשיית המעשה. אך מה קוגלר אומר במקרה של החנוכייה? הוא אומר שיש ערך חברתי חיובי בקיום של חיי מסחר תקינים, אנחנו לא יכולים לצפות מאנשים שהולכים בשוק מציאות ורואים פריטים שמוצעים למכירה, אז להגיד לאותם אנשים שאם הם חושדים אל תקנו, אז אנחנו בעצם גוזרים על הציבור איזשהו סוג של מחיר חברתי שאנחנו לא רוצים לשלם, יש ערך חיובי שיכול להיות במסחר התקינים, שוק חופשי וכו. קוגלר שואל במקרה כזה אם ניישם את שהשאלה של סעיף 20ג1 על המקרה, נגיד שהאדם חשד שהרכוש גנוב, הוא צריך היה לברר, אך לאדם שמסתובב בשוק מציאות אין את היכולת לברר, משום שדרך הבירור לא מעשית, ככה לא עובדים חיי המסחר. אז לפעמים הבירור לא באמת ישים וריאלי. ומתעוררת השאלה האם זה הוגן לייחס מודעות ואחריות לעבירה כאשר הוא לא היה יכול לברר באופן מעשי. לפעמים חוסר היכולת לברר יכול לנבוע מזמן ממושך שיכול לקחת עד לברר, עלויות גבוהות שכרוכות בבירור וכו. אז יש מקרים של ניתן באמת לברר.

נשאלת השאלה מה הדין באותם מקרים? לכאורה מה משתמע מסעיף 20ג'? במילים של החוק אין הדרכה ברורה ואין רמזים, לא כל כך ברור מהניסוח.

לדוגמא: מקרים בהם אדם חושד, פועל לברר אבל נותר בו ספק גם אחרי הבירור, והוא מגיע למבוי סתום. אז מה כאן? לכאורה על פי החוק לא ניתן לקבוע שהוא נמנע מלברר, אך הוא לא הגיע למסקנה, זה נכנס או לא נכס. או מקרה שאדם יכול לברר רק על ידי ביצוע עבירה פלילית (למשל האזנת סתר), אז האם החוק מאפשר לברר גם בכלים המהווים עבירה פלילית?

במקרים האלו ניתן לטעון שלא מרצונו של האדם, הוא נמנע למברר. או שהיכולת המעשית לברר לא הייתה מעשית (דרך מופרכת, דרך פלילית, או שלא מגיעה לתשובה). במקרים הללו, ניתן לטעון שאי הבירור לא נובע מתוך רצון לא לברר אלא אי יכולת.

בפסיקה אין הכרעה חד משמעית במקרי הגבול. הלשון של הסעיף לא מבהירה מה קורה במצבים כאלו ההימנעות מלברר נובעת מחוסר יכולת לברר או חוסר יכולת להגיע להגיע לתשובה. אין תשובה חדש משמעית.
 לפי דעת דנציג, נכון לפרש את החוק כך שבאותם מקרים שבהם האדם לא יכול לברר שלא מרצונו כי יש קושי, נראה שלא יהיה ניתן להכיל את דין עצימת העיניים. כי יהיה קשה להוכיח שהנאשם נמנע למברר באמת מתקיימת פה. יש לזכור שאת הדין שיהיה ניתן לפרש לשתי פרשנויות, נבחר את הפרשנות המצמצמת. אם התיבה הו של נמנע מלברר, ניתן להבין כי הוא נמנע מתוך חוסר יכולת לברר או נמנע כי הוא רצה, מה שתואם לתכלית זו הפרשנות שמקילה עם הנאשם. אם לא בחרת להתעלם אלא מתוך סיבה שלא יכולת, אז לא בחרת ולכן הרציונל לא מתקיים. ולכן הפרשנות הנכונה, תהיה שבמצבים שבהם חוסר הבירור נובע ממבוי סתום, חוסר יכולת מעשית לברר או עלויות מאוד גבוהות לבירור, אם אדם חושד ופועל לא יכול דין עצימת העיניים.

גישת קוגלר לעניין עצימת עיניים

יש מי שסבורים, כמו קוגלר המציג דעה אחרת, שכדי להגן על אותם ערכים מוגנים בעבירות הפליליות צריך להרתיע אנשים שפועלים כשיש להם חשד, לא משנה אם ניתן לברר או לא. כלומר, גם במקרים בהם אנשים לא יכלו לברר, נכון לייחס להם אחריות פלילית אם הם חשדו. כלומר יש כאלו שאומרים שדוקטרינת עצימת העיניים עושה חיים יותר מידי קלים לנאשמים. למה? כי באותם מקרים שהנאשמים חשדו ולא יכלו לברר ספק אם הדוקטרינה תחול, כי ספק אם ניתן להגיד שהם נמנעו. ולכן, אותם משפטנים טוענים שמספיק שהנאשמים חשדו הם צריכים לא לפעול, לא משנה אם הם יכלו לברר. אם נאשם חושד בקיום הנסיבה הוא צריך להימנע. ולכן גם באותם מקרי גבול, של חוסר יכולת לברר, אם הנאשם פעל, הוא נטל סיכון והוא לא יוכל ליהנות מפטור מהחלת עצימת עיניים, כלומר צריך להטיל אחריות פלילית. זו הגישה שקוגלר מכוון אליה.

גישתו של קוגלר, הוא הולך לא לכיוון של החוק, הוא לא אומר שמי שחשד ובירר, יכול לפעול, אלא הוא אומר שכל מי שחשד צריך להימנע מלפעול. ברגע שהוא בוחר לפעול, הוא לוקח עליו סיכון.

קוגלר אומר פשוט אל תפעל. החוק אומר שאם האדם חושד יש לו שתי אפשרויות: החוק אומר שאם אתה חושד יש שתי אפשרויות: או לברר (ואם הפרכת את החשד תפעל או שאם לא אל תפעל) או אתה חושד ולא מברר נראה אותך כמודע. מנגד, קוגלר אומר שאם אתה חושד שנסיבה מסוימת מתקיימת, הדרך היחידה שבטוחה היא פשוט לא לפעול, אל תכניס את עצמך לפינות. אבל אם את רוצה לקחת סיכון שהוא סיכון סביר תפעלי אך קחי בחשבון שאם בדיעבד מסתבר שהחשד שלך באמת התממש, בית המשפט יצטרך לשאול את עצמו האם הסיכון הנלקח הוא סביר או לא. קוגלר בא ואומר שיש מקרים בהם לא ניתן לברר, אך אם במקרים האלו האדם רוצה להישאר על הצד הבטוח, הוא צריך להימנע מפעולה. כל חובת הבירור היא מיותרת, אין לה משמעות עצמאית, השאלה הרלוונטית לדעתו על פי הדין הראוי שהוא היה מעצב אם הוא היה המחוקק, קוגלר נותן גישה מתחרה לגישה שנקבעה בתיקון 39, זו בעצם הביקורת שלו על המחוקק שבחר לעגן את הסעיף כמו שהוא, קוגלר אומר שהדין האידאלי צריך להיות כזה שמי שחושד ופועל הוא לוקח סיכון. השאלה החשובה לפיו היא האם האדם לקח סיכון בלתי סביר בכך שהתנהג. והוא נותן דוגמא לכך שיש מקרים שבהם החושד לא יכל לברר אך ההתנהגות שלו גם אם הוא חושד עדיין תיחשב כסיכון סביר. כאן הוא מכניס את הדוגמא עם החנוכיה. הוא טוען שאדם חושד האו קונה רכוש גנוב, אך מה? הוא נמצא בסיטואציה שהוא נמצא ביריד מציאות, הוא לא יכול לברר, החשד שלו לא ברמה מאוד גבוהה הפגיעה בערך המוגן זה רכוש ולא חיי אדם, לעומת זאת יש ערך חברתי פודה, ערך חברתי חיובי בפעולה הזו, שהיא קיום של חיי מסחר תקינים. ולכן בראיה הכוללת האדם לוקח סיכון סביר, ואם בסופו של דבר בדיעבד מסתבר שהוא קנה רכוש גנוב, ויעמידו אותו לדין על זה, בית המשפט יצרך לשאול את עצמו האם האדם לח סיכון בלתי סביר או לקח סיכון סביר. אם בית המשפט יקבע שהסיכון שהאם לקח הוא סביר, הוא יזוכה וכך ההפיך- אם בית המשפט מחליט בדיעבד שהסיכון שנלקח הוא סיכון בלתי סביר, הנאשם ידע בדיעבד שתוטל עליו אחריות פלילית ובית המשפט יראה אותו כמודע.

יש לשים לב שמי שקובע בדיעבד האם האדם נטל סיכון סביר או לא סביר, הוא בית המשפט. כבר יש קושי, כי בעת שהאדם בוחר את הבחירה הוא לא יודע מה קביעת בית המשפט תהיה, יש פה פגיעה בגישה של קוגלר עיקרון החוקיות. זו הביקורת עליו. אבל קוגלר אומר שהאדם תמיד יכול להחליט לא לקחת סיכון על ידי הימנעות מפעולה. אבל אם אתה לוקח סיכון, דע לך שבית המשפט יצטרך להעריך בדיעבד את הסיכון שלקחת.

הרציונל של הדוקטרינה של עצימת עיניים לפי קוגלר, הדוקטרינה הראויה שקוגלר היה רוצה לעצב אותה, היא שונה מהרציונל שאומץ בסופו של דבר בדוקטרינת עצימת העיניים בחוק העונשין. קוגלר מוותר על השאלה של האם האדם בירר או לא בירר. הוא שואל את השאלה האם האדם שנטל סיכון למרות החשד, נטל סיכון סביר או בלתי סביר? שאלת הסבירות תיקבע בדיעבד בבית המשפט. השיקולים שבית המשפט ידון בהם יהיו: מידת החשד, מה היה הערך החברתי המוגן בעבירה, מה הערך החברתי הפודה החיובי שאולי היה למעשה שעשית. שהאלה של היכולת לברר יכנסו בשיקולי הסבירות.

השאלה האם הסיכון היה סביר או לא, היא שאלה נורמטיבית, והשאלה האם היה ניתן לברר יכולה לבוא כאחד מהשיקולים\ פרמטרים שבית המשפט יביא בחשבון בשאלת סבירות הסיכון, אך על הסבירות ישפיעו מספר שיקולים נוספים, כך ששאלת היכולת לברר לא יבוא כתנאי יחיד.

קוגלר בעצם מציע דרך ומדול אחר להסתכל על כלל עצימת העיניים, אך גישתו לא התקבלה בחוק העונשין. לכן, יש להבין כי שיטות משפט שונות יכולות לחשוב בצורה אחרת על איך לבנות את הדוקטרינה. קוגלר מצביע על החסרונות של סעיף ג1 ומנסה לשכנע למה הגישה שלו עדיפה יותר. אנחנו יכולות לדבר על הקושי בגישתו: כמו שבדיעבד האדם מקבל את האבחנה בידי בית המשפט האם לקח סיכון סביר או לא. יש פה פגיעה מאוד חמורה בעיקרון החוקיות, האדם לא יכול לתכנן. בסופו של דבר יש יתרונות וחסרונות לכל שיטה. וקוגלר אומר, שהבעיה הזו שך סעיף20ג1 של הטלת חובת בירור ללא התייחסות לשאלת המצבים בהם לא ניתן לברר, או כאלו שמבררים ולא מגיעים למידע, סעיף20ג1 מובילים למקומות שלא נותנים פתרון מלא.

**פס"ד הר-שפי**

כאן אנחנו מגיעות לפס"ד הר שפי. הוא מיישם ומביא את השאלה המרכזית האם כלל עצימת העיניים יכול על עבירת אי מניעת פשע בחוק העונשין? לכאורה למה השאלה? הרי כל הסעיפים בחלק הכללי חלים על כל עבירה ספציפית, ולכן כלל עצימת העיניים אמור לחול על העיברה. אך בפס"ד השאלה נדונה בשאלה מוגברת משום שמדובר בעבירה מיוחדת, שהיא עבירה מחדלית.

יש עבירה מחדלית- אי מניעת פשע שקובעת:

262. מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים.

**איסור עשיית פעולה ברכוש אסור (תיקון מס' 26) תשע"ח-2017**

4.    העושה פעולה ברכוש, בידיעה שהוא רכוש אסור, והוא בשווי שנקבע בתוספת השנייה, דינו – מאסר שבע שנים או קנס פי עשרה מהקנס האמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין; לענין סעיף זה, "ידיעה" – למעט עצימת עיניים כמשמעותה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין.

סעיף20ג1 הוא בעל תחולה כללית מעצם מיקומו בחלק הכללי הוא חל על כל העבירות של מחשבה פלילית אלא אם נקבע אחרת. החלק המקדמי חל תמיד על כל העבירות הפליליות באין הוראה אחרת לסתור. מי יחול להחריג את התחולה? חוק מסוים. למשל יש סעיפים מסוימים של עבירות ספציפיות שמחריגות את הכלל של עצימת העיניים עליהן, לדוגמא ס' 4 לחוק איסור הלבנת הון.

יש עבירות מסוימות שכתוב מפרשות שלגבי העבירה הזו הספציפית לא חל כלל עצימת העיניים, כלומר התביעה תצטרך להוכיח מודעות מלאה ולא חשד.

השאלה שנשאלת היא האם יכולה להיות החרגה מכוח הפסיקה? סעיף 262 לא אומר שום דבר לגבי החרגה.

התיק של הר-שפי הוא תיק מעניין כי פעם ראשונה שסיפור כזה הובא לבית המשפט. פעם ראשונה שמגיע תיק לבית המשפט שהטענה היא שכלל עצימת העיניים המופיע בסעיף 90ג1, בחלק הכללי, לא צריך לחול על עבירה הספציפית הזו בלי שאין עבירה ברורה בחוק המחריגה את החלק הכללי ממנה. בעצם, כן יכול להיות מצב שבו כלל מסוים בחלק הכללי, לא יחול על עבירה ספציפית, אך בדרך כלל המודל הוא שמי שקובע את היעדר התחולה הוא המחוקק. לדוגמא: ס' 4 לחוק איסור הלבנת הון. החוק קובע שבמקרים של הלבנת הון לא די בכדי להוכיח שהאדם חשד ולא בירר כדי שיהיה מודע, אלא שהתביעה תצטרך להוכיח מודעות מלאה ממשית וברורה לרכיבי היסוד העובדתי. צריך להוכיח מודעות מלאה ולא חשד והימנעות מלברר. הקושי מתחיל בזה שהחוק לא מחריג את התחולה של החלק הכללי ממנה ובא צד לטעון בבית המשפט שיש להחריג את הסעיף משיקולי מדיניות משפטית.

על פס"ד: מרגלית אל-שפי עמדה לדין על אי מניעת פשע, והטענה הייתה שהיא ידעה שיגאל עמיר עומד לרצוח את ראש הממשלה ולא נקטה במעשים בשביל למנוע את אותו הפשע. צריך להבין שהעבירה של אי מניעת פשע, "מי שידע שפלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל אמצעים סבירים..", העבירה הזו היא עבירה מיוחדת במובן הזה שהמטרה שלה היא לסכל פשעים ולמנוע נזק. החובה לדווח קמה אם אדם יודע שאחר זומם לבצע פשע. רק אם האדם יודע שהולכת להתבצע עבירה חמורה, במקרה שלנו רצח, הוא חייב ללכת ולדווח לא כדי להביא לדין, אלא פשוט כדי להציל את הקורבן. זה הרציונל שעומד מאחורי העבירה.

מה שקורה זה שמעמידים את הרשפי לדין לבית משפט השלום ומרשיעים אותה. הר-שפי מערערת, התיק מגיע למחוזי ומרשיעים אותה שוב, ברוב דעות. עוד פעם רשות ערעור, והערעור שלה נדחה. אבל מה שמעניין בגלגול הזה של התיק בשלוש הערכות השונות הוא שבכל ערכאה ודיון ניסו הסנגורים לטעון כל מיני טענות שונות, והכיוון היה לנסות לשכנע ולהחריג.

טיעונים שעלו בערכאות:

 **אי מניעת פשע  [א/33] [1939]**

262. מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע **ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו**, דינו - מאסר שנתיים.

ניתוח העבירה:

עבירה מחדלית פשוטה. ניתן לעבור אותה רק במחדל.

רכיב התנהגותי שהוא מחדלי, הוא לא ביצע את החובה המוטלת עליו.

למה פלוני זומם לעשות מעשה פשע, זה מה שמתאר במוחו של פלוני אז זה לכאורה יכול להיות יסוד נפשי. בניתוח עבירות, אנחנו מדברים על יסוד נפשי הקשור לנאשם ולא של צד ב'. מתקיימת נסיבה בעולם החיצוני שפלוני יבצע פשע.

פלוני חייב לזמום לעשות פשע כדי שתקום החובה של מניעת אמצעים סבירים.

מי שידע- למה זה לא נסיבה? המחשבה מגלמת בחירה אך דרישת השליטה היא לא ביחס למחשבות, אדם שחושב, זה דבר שלא בשליטה. זה נובע בדיוק מהרציונל של למה לא מרשיעים על מחשבות. נרשיע רק במקום שבו המחשבה מתרגמת למעשה.

* הטענה היא ש"מי שידע" הוא נסיבה ולא יסוד נפשי- רכיב הידיעה הוא בעצם רכיב נסיבתי. באחת ההתפלפלויות של הדיונים בבית משפט המחוזי, היה ניסון ללכת על הכיוון הזה. בית המשפט המחוזי הרגיש כי יש איזשהו קושי להגיד שמי שרק חשד ונמנע מלברר נראה אותו כמי שידע שפלוני יבצע פשע. הטענה הייתה שעבירה של אי מניעת פשע, משום שמדובר בעבירה מחדלית והפגיעה בחירות יותר גדולה מעבירות המעשה, שאז במעשה אם יש רק חשד האדם יכול להימנע מהפעולה. בעבירת מחדל אין אופציה כזו כי במידה שאני חושדת שהנסיבה מתקיימת, אני מיד חייבת לפעול. אין דרך לבחור משהו אחר. ולכן מידת האגרסיביות של העבירה הזו בפלישה של לחירויות הפרט יותר משמעותית. ולכן הגיוני יותר להצר את היסוד הנפשי ולייחד אתו רק למי שממש ידע.
* השפעה על החברה- עוד טענה שהייתה, שמדובר בעבירה שמעודדת מלשנות. הטענה הייתה שאם נחיל את העבירה בכל מקרה של חשד שמישהו אחר יבצע פשע, המשמעות היא שאנשים יצטרכו לדווח על כל מחשבה שעוברת במוחם שקשורה לאדם אחר. חובת הבירור המוגברת וחובת הדיווח יגרום רק לריב מדון וחרחור מלחמה בין אזרחים. נרצה לשמור על איזשהו מרחב של פרטיות. והטענה הייתה שחובת דיווח ההיא בעייתית כי אם אנשים ידעו שכל אמירה שלהם יכולה להיות מדווחת למשטרה, הם יחיו בפחד, הוא לא יוכל להגיד כלום. יש משהו בעבירה הזו שהיא עבירה המתאימה לאנשים לא דמוקרטיים של לדווח לשלטון. יש קושי להחיל את עצימת העיניים על העבירה הזו ולהרחיב את רף הכניסה לעבירה.

אם נחזור לניתוח העבירה עצמה, היום אנחנו יודעות על מי שידע שזו מודעות, מסעיף ההמרה. אם נראה מושג של יודעין (סעיף 90א3), בכל מקום שניתקל ביודעין והטיותיו נחזור לסעיף 20, של מחשבה פלילית. 'מי שידע' אנחנו אמורות להסיק שמודבר במחשבה פלילית רגילה ולכן זה יסוד נפשי. אם זה יסוד נפשי השאלה היא האם זה מספיק להוכיח מודעות מלאה לכך שפלוני הולך לבצע מעשה פשע או די בחשד והימנעות מלברר. זו השאלה שעלתה בפס"ד.
למרות שאין שאלה, משום שלפי הראיות בית המשפט קבע כי הר-שפי ידעה בצורה מלאה על היתכנות הפשע. כתוצאה מכך, זה הפך לאוביטר, מעצם כך שלא נדרשה הכרעה בהחלטה השנויה במחלוקת. ראציו זה אותו החלק בפס"ד בו ניתנת תשובה לשאלה שבמחלוקת, לשאלה שעומדת במרכז פסק הדין. יש לזכור שזו לא ההלכה היום, אך האוביטר של היום הוא הראציו של מחר. למרות שכל הדיון סביב השאלה של עצמית עיניים האם היא חלה על עבירה ספציפית למרות שהמחוקק לא מחריג, והאם בית המשפט רשאי הוא להחריג? זהו דיון עקרוני שפותח לנו פתח למהלכים פרשניים עתידים של בתי המשפט ולהחרגה של עבירות ספציפיות מהחלק הכללי, שלא רק של עצמית עיניים.

האם בית המשפט יכול להחריג הוראה כללית מעבירה ספציפית, ללא החרגה של המחוקק?

מה שבית המשפט הרגיש, גם המחוזי וגם העליון שניהם הרגישו שיש איזשהו קושי לבוא ולומר שאותו סעיף של 262 תחול עצימת העיניים, למרות שבאופן פורמאלי אין שום מניעה והחרגה של המחוקק. ולכן ברור שכל הוראה בחלק הכללי תתלבש אוטומטית על העבירה. מכיוון שבית המשפט הרגיש שהדבר לא ראוי ,מתוך השיקולים שהיו (מחדל, מלשנות, קרבה משפחתית בין הצדדים, הנטייה הטבעית להתרחק מהמשטרה, ולכן רק בחשד הטלת חובה לדווח לרשויות יש בה כפייה של אדם להתערב בהליכים פליליים), יש פה הבנה שהדבר יכול להיות רגיש מאוד.

חוסר הנוחות הזו גם נבעה מהשוואה וההסתכלות על המשפט המשווה, באנגליה לא מתקיימת שום עבירה כזו, בגרמניה יש עבירה דומה אך העבירה חלה רק בעבירות ספציפיות מאוד, שכן החומרה שלהן מאוד גדולה. בארץ העבירה מנוסחת בצורה רחבה לא רק מהיסוד הנפשי, שהיא מאפשרת החלת עצימת עיניים, אלא גם על היסוד העובדתי, היא חלה על כל פשע, מספיק שהנאשם יודע שפלוני זומם לעשות פשע שזו עבירה מעל שלוש שנים, הוא כבר נכנס לגדרי ההפללה. כעיקרון, הרוחב של העבירה עצמה צריך להיות תחום ומצומצם כך שרק שפלוני זמם לעשות פשע חמור או רק שפלוני עשה מעשים לקראת פשע, אז צריך לנקוט בפעולה. אפשר היה לעצב את העבירה באופן כזה שהתערבות תהיה בשלב מאוחר יותר, במקרים יותר מצומצמים וכו. כל החיבור והרוחב הזה הוביל לתחושת חוסר נוחות אצל השופטים.

מה שקורה בבית המשפט המחוזי, בית המשפט בעצם אומר שמבחינת התחושה של חוסר נוחות היא להחיל את כלל עצימת העיניים על העבירה. לכאורה אם נלך על 'מי שידע' כיסוד נפשי, על פי סעיף 20 נדרשת מחשבה רגילה וסעיף 20 ג1 יש את כלל עצימת העיניים באופן אוטומטי. לבית המשפט היה קשה להתמודד עם ההנחה שמי שידע זה יסוד נפשי ולקבוע את תחולת עצימת העיניים. כי איך מי שידע זה יסוד נפשי של מחשבה פלילית רגילה, ואז חל הכלל של עצימת עיניים, איך בית המשפט יכול לברוח מזה? ולכן בית המשפט מנסה למצוא איזשהו דרך אחרת, פרשנית שתאפשר לו לברוח מהקו הזה, שבעצם סוגר עליו ומכריח להכיר גם בתחולת הכלל של עצימת העיניים.

הוא הולך בכיוון של נסיבה- אולי הפתרון הוא שלנתח את מי שידע לא כיסוד נפשי אלא כנסיבה כי זה התנאי שמצמיח את החובה על האדם לפעול. מה שמצמיח את החובה לפעול זה גם אירוע חיצוני שפלוני זומם וגם אירוע פנימי, ידיעה פנימית של אדם לבצע פשע, ולכן אולי נכון לסווג את הידיעה כנסיבה שמשקפת תנאי חיצוני שמתקיים המעמיד את החובה. ואז איך זה יפתור את הבעיה? לכאורה אם נסווג את 'מי שידע' כנסיבה, אז ס' 90א לא חל וממילא לא חל עצמית עיניים ואז ניתן לברוח מזה. ואז צריך להוכיח ממש ידיעה ולא חשד. הביקורת על דרך הפעולה הזו, שזה פשוט ניתוח שגוי ולא נכון של העבירה. הנסיבות צריכות להתקיים מחוץ לעולם הפנימי של החושב, קשה לשכנע שידיעה היא נסיבה, יותר מזה סעיף ההמרה קובע במפורש שיש להבין את זה כמחשבה פלילית, ולכן יש קושי לנתח את הידיעה כנסיבה. זה סוג של פרשנות בעייתית.

האוביטר וקביעת בית המשפט העליון

התיק הזה מגיע מאוחר יותר לבית המשפט העליון. חשין מיד דוחה את הניתוח, וקובע שידיעה זה יסוד נפשי. אך הוא עדיין מזדהה עם הפתרון המהותי, שמרגיש לו נכון שזה שכלל עצימת העיניים לא יחול. איך ניתן להגיע לפתרון הזה? הוא מודע לכך שהידיעה זה יסוד נפשי, לכן יש להחיל את 90א ואז יש להחיל את 20 ו20(ב). מה הפתרון איך בכל זאת הוא מגיע למסקנה שהכלל לא יכול בעוד שהוא מקבל את זה שהידיעה זה יסוד נפשי.
חשין הולך על הרעיון של דין ספציפי לדין כללי, והוא בעצם אומר שהוא מסכים שההוראות הכלליות חלות באופן אוטומטי על העבירות הספציפיות, אך יכולים להיות חריגים לכלל הזה. הרעיון של החרגה ושיש חריגים זה רעיון מאוד מוכר במשפט. ונראה כי גם במשפט הפלילי יש חריגים לחלק הכללי. לדוגמא סעיף 93 לחוק העונשין.
העניין הוא שחשין אומר שההחרגה הזו יכולה לא רק להיעשות באופן מפורש על ידי המחוקק אלא גם באופן משתמע בבית המשפט. בית המשפט יכול בדרך פסיקתית לקבוע שיש החרגה של הסעיף הכללי על הספציפי.

חשוב לציין, שבהר-שפי כל הדיון היה לכיוון של הקלה עם הנאשם, צמצום עם האחריות הפלילית רק למי שכבר ידע יכנס ומי שרק חשד לא. בגלל שסעיף 93 מחמיר, ברור שהחריג חייב להיקבע בחוק. כי מבחינת עיקרון החוקיות יהיה קשה להצדיק החמרה עם נאשם דרך הפסיקה. בהר שפי מדובר במהלך שבא להטיב עם הנאשמים ולכן מתקבל על הדעת, להבין שהיה קל לבית המשפט במקרים האלו לקבוע דברים גם כמשתמע ולא כעניין שהמחוקק קבע משום שזה דבר שמקל עם הנאשם. על פי המהלך הזה, בית המשפט הולך על הסיפור של חרגה.

אנחנו נרצה לתובע ידיעה ברורה ונקייה כדי לייחס אחריות פלילית לאדם ולא נסתפק במקרים של חשד שהאדם נמנע מלברר. חשין גם פה מונה כמה טעמים עיקריים: אופי מיוחד של העבירה, הידיעה היא הרכיב המכונן של העבירה- הידיעה היא שמקימה את כל העבירה, כל העניין עומד וקם על הידיעה, ולכן חשין אומר הפוך וכי צריך לצמצם את היסוד הנפשי רק למקרים שיש ידיעה מלאה. הוא מסתכל שעצימת עיניים במחדל זה בעייתי, ואפילו קשיים טכניים (לאדם קשה לברר מה אדם אחר זומם), מחירים חברתיים לחובת הפעולה (אדם לאדם בלש). מכל הסיבות האלו חשין בא ואמר שמבחינת המדיניות המשפטית הראויה יש להחריג את תחולה הנורמה הכללית לנורמה הספציפית ולכן ניתן יהיה גם במשתמע, בפסיקה של הפסיקה, ניתן להחריג נורמות ספציפיות מהחלק הכללי.

הרחבה על אחת הטענות

המקרה עצמו מעניין משום שאחת הטענות שניסו לטעון בבית המשפט העליון, הוא הלך על קו טיעון מעניין כשלעצמו. הוא צייר שם סיפור עלילה שלם שהטענה הייתה שמגלית הייתה מאוהבת ביגאל עמיר, הוא בעצם סיפר סיפור אהבה שהיה בין הצדדים. ובעצם טיעון שהוא מעלה זה טיעון שמנסה להסביר למה בנסיבות הספציפיות של המקרה היא באמת לא ידעה. למרות שכל הנורות האדומות התעוררו והיו שם (הייתה לה אינפורמציה וכו), למה בכל זאת ניתן לשכנע שהיא לא ידעה? היא הייתה עיוורת לכל האינפורמציה וזאת מכיוון שהיא הייתה מאוהבת בו. הוא הולך על טיעון שלם שמדבר על החשיבות של מוסד החברות והאהבה בחברה. יש הבנה שביצירת קשר קרוב, ברור שלא נוכל לראות את אותם הדברים שצד ג' מהצד יראה. חלק המעניין של חברות, כדי לשמור על הבטחה שלנו, האדם ינסה להצדיק בעיני רוחו (או ביטול חשדות והפיכתן ללא רלוונטיות) להצדיק כל מיני דברים שהוא רואה כדי שזה ישתלב עם הגרסה שהוא רוצה להאמין בה, יש שכנוע עצמי. הסנגור ניסה לשכנע באופן אמיתי, למרות שלא הייתה מחלוקת על הידיעה. הייתה שם ידיעה שמאוד מקשה לנסות ולהפריך טענה של לפחות חשד, אבל הסנגור אומר שאם לא נכיר במוסד החברות כמוסד חשוב, ואנחנו נייחס אחרות פלילית במקרים כאלו, זה יצור אפקט מצנן על חברות. בית המשפט לא יוכל לקבל טיעון כזה, שבשל חברות נתנער מהחובה החברתית והאזרחית למנוע את הנזק?

בשורה התחתונה? מה אנחנו לומדות מפס"ד?

המהלך של חשין בהר-שפי בסה"כ הוא מהלך "נועז", כי בית המשפט אומר שמחמת שיקולי מדיניות וצדק, בית המשפט קובע ולא המחוקק, שסעיף מהחלק הכללי לא חל על עבירה ספציפית ללא עיגון בחוק. יש פה מידה של נועזות. אך יש לזכור שפס"ד הוא אוביטר, ובפיתוח המהלך הזה בית המשפט ידע לכל אורך הדרך שזה אוביטר. יש פה גם נסיבות מקילות שניתן להבין את המהלך של בית המשפט. בשיטה הישראלית, במצב המיוחד הזה של חוק העונשין, בגלל חוסר קוהרנטיות בין החלק הכללי לספציפי, ניתן להבין שבית המשפט בא ואומר שיכול להיות שהמחוקק עצמו לא חשב על זה, כי הוא אף פעם לא תיקן את זה, לא הייתה מחשבה מסודרת על זה. זה טיעון שתומך בחירות של בית המשפט לקבוע את הסייג ללא עיגון בחוק על ידי המחוקק. לאור הנסיבות ההיסטוריות האלו של חוק העונשין נראה שהפעולה יותר לגיטימית.
אבל יותר מהכל הטיעון הכי חזק , בסופו של דבר הפרשנות נעשתה לטובת הנאשם. נעשתה באופן שמצמצם את האחריות הפלילית, ולכן לא ניתן להגיד שהרציונליים של עקרון החוקיות נפגעים פה. הרבה יותר בעייתי לסטות מהחלק הכללי לרעת הנאשם- בהחמרה של העבירה וביחס לנאשם, יש קושי מהותי בעקרון החוקיות.

ולכן במבט צופה פני עתיד, יכול להיות שבית המשפט יבחר להחריג את תחולת החלק הכללי על עבירות נוספות, אך זה יעשה רק במקרים בהם הסיווג יוביל לצמצום של אחריות הנאשם. פסד הר-שפי בהחלט סולל את הדרך ופותח את הפתח לתוצאה כזו בפסיקה.

השורה התחתונה וההלכה: האוביטר הוא רק על עבירת 262 וכלל עצימת העיניים. כלל עצימת העיניים המעוגן בס' 20ג1 לא יחול על העבירה הספציפית הקבועה בסעיף 262, מכיוון שבית המשפט קובע במשתמע שמשיקולי מדיניות משפטית לא ראוי לעשות זאת. למרות שהמחוקק עצמו לא מחריג, בית המשפט משיקולי מדיניות משפטית והניתוח שהוא עורך מחריג את התחולה של ס' 20ג1 על 262. והמשמעות היא שצריך ידיעה ברורה ולא די בחשד והימנעות מלברר בשביל להפליל על עבירת מניעת הפשע.

חשד והימנעות מלברר זה תחליף למודעות במחשבה הפלילית.

**יסוד נפשי-חפצי**

1. **כוונה**

**עבירות כוונה ועבירות מטרה**

בעבירות תוצאתיות יש רכיב נפשי חפצי נוסף, כוונה ופזיזות, וכי יש רכיב של כוונה ומטרה שהם לא ביחס לרכיב התוצאתי בעבירה. כוונה מתוך רצון אך הכוונה לא חייבת להתממש בתוך הרכיב התוצאתי אלו עבירות שיש להן רכיב חפצי מיוחד שלא מתייחס לתוצאה כלשהי בניגוד ליסוד נפשי חפצי בעבירות תוצאה שמתייחס לרצון להשיג איזושהי תוצאה.

עבירת מטרה אומרים שזו עבירה התנהגותית שרכיב המטרה בא מתייחס להשגת יעד שהוא לא תוצאתי. לדוגמא: המאיים לחברו בכוונה להפחידו.
עבירת כוונה קוראים לה עבירה תוצאתית שרכיב הכוונה מתייחס לתוצאה. לדוגמא: החובל בחברו בכוונה לגרום לחבלה חמורה. הטרמינולוגיה משתנה בהתאם לשאלה האם העבירה היא התנהגותית או תוצאתית. כל עבירה שצריך להוכיח בא רצון של נאשם: או השגת תוצאה ואז זו עבירה תוצאתית, או השגת יעד מסוים שהוא לא חלק מהרכיב ההתנהגותי שאז זו עבירת מטרה\ כוונה מיוחדת. אנחנו מדברות על נאשם שצריך להוכיח רצון שלו להשגת משהו.

בדרך כלל אנחנו יודעות שכאשר העבירה היא שותקת והיא תוצאתית היסוד הנפשי החפצי המינימלי הוא קלות דעת, שהיא המדרג הנמוך יותר של פזיזות. כדי שהנאשם יוכל לייחס באחריות פלילית. התביעה תצטרך להוכיח שהוא היה מודע לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, לאפשרות גרימת התוצאה וגם לגבי גרימת בתוצאה הוא לפחות היה קל דעת (למרות שהוא צפה את האפשרות להתרחשות הוא אל רצה שזה יקרה).

לפעמים יש מקרים בהם המחוקק לא מסתפק בעבירות תוצאתיות ביסוד של פזיזות אלא הוא דורש כוונה, כרף מינימום דרישה של כוונה, רצון. אמרנו שכוונה זה רצון לפגוע בערך מוגן, בניגוד לפזיזות שהיא כאשר האדם לוקח סיכון אבל אין לו רצון פוזיטיבי, הוא או אדיש או קל דעת. ההבדל בין כוונה לפזיזות שבכוונה יש רצון פוזיטיבי לפגוע בערך המוגן ובפזיזות אין רצון פוזיטיבי אלא פשוט יש את הנכונות וההשלה לפגוע אך אין רצון.

חוק העונשין מניח מבחינת המבנה שלו שהאשם המוסרי הכוונה משקפת אשם מוסרי מוגבר לעומת האשמה המגולמת בפזיזות. מהחוקק מניח הבדל מוסרי בין אדם שממש רוצה לפגוע בערך המוגן לבין אדם שלא רוצה אך מוכן לקחת את הסיכון שהערך המוגן יפגע. נשאלת השאלה לאילו מקרים הגיוני שהמחוקק לא מסתפק ביסוד נפשי של פזיזות אלא דווקא קובע כוונה כיסוד נפשי מינימלי בשביל להטיל אחריות פלילית בגין העבירה? אמרנו שבדרך כלל הרף המינימלי, בעבירה שותקת זו קלות דעת. מתי נראה מקרים בהם היסוד הנפשי המוגדר בעבירה הוא כוונה ממש?

באופן כללי עבירות של כוונה או מטרה יכולות להופיע בשני הקשרים:

1. כעבירות חומרה לעבירות בסיסיות של פזיזות: או כצורה מוחמרת יותר של בעצם עבירת פזיזות שהיא קיימת, כלומר עבירה זהה ביסוד העובדתי אך היא מסתפקת בפזיזות. ואז עבירת הכוונה תהיה מדרגה נוספת, חמורה יותר.
לדוגמא: 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" .

מי שמקיים את הרישא, העבירה שותקת מבחינת היסוד הנפשי, לכן מספיקה מחשבה פלילית, מודעות או חשד ללא בירור. הסיפא באה ואומרת אם כל הרישא מתקיימת כמו שהיא בדיוק אך בנוסף לכך שאדם עשה את כל מה שהרישא הוא התכוון לפגוע בביטחון המדינה, העונש שלו מוחמר. למה? העבירה פה היא לא עבירת תוצאה אלא עבירת מטרה התנהגותית, בעצם גם אם אדם מבצע את כל רכיבי היסוד העובדתי ובסופו של דבר לא פוגע בביטחון המדינה, העבירה משתכללת. העבירה היא עדיין התנהגותית כי הפגיעה בביטחון המדינה הוא לא תנאי ביסוד העובדתי, הוא לא חייב להתממש. התביעה לא צריכה להוכיח במישור העובדתי שהתקיימה פגיעה. כלומר העבירות הן עבירות שהתביעה לא צריכה להוכיח שנגרם אותו היעד שהנאשם רצה להגשים אותו ביסוד העובדתי. זה לא חייב לקרות. התביעה רק צריכה להוכיח את המודעות לטיב המעשה, קיום הנסיבות וגם רוצה לפגוע בביטחון המדינה, ולא קרה בפועל. ולכן זו עבירה התנהגותית . בסיפא, אם הנאשם מזוכה מהסיפא, עדיין יכול להיות שהוא יורשע ברישא. כלומר, הסיפא היא עבירת מטרה חומרה, עבירה מוחמרת לעבירת הבסיס שקבועה ברישא. המבנה דומה לנורמה כללית ונורמה ספציפית. זה אותו הרעיון, הסיפא היא צורה ספציפית והרישא היא הנורמה לכללית. הסיפא מוסיפה על הרישא.

צורה אחת שניתן לראות את עבירות המטרה\ כוונה זו פזיזות, שיש עבירה התנהגותית שותקת ומעליה יש צורה מוחמרת שרק מוסיפה את המטרה והכוונה ולפיכך מחמירה את העונש.

1. ההקשר השני זה רק כעבירות בסיס. זאת אומרת, מקרים בהם אין עבירה מקבילה המסתפקת רק במודעות, אם זו עבירת תוצאה אז רק בפזיזות, אלא שהמינימום של עבירה כדי לייצר אחריות פלילית ולהיכנס למשפט הפלילי, המינימום שצריך להתקיים בנאשם זה כוונה. זה מודל סוג שני של עבירות מטרה\ כוונה שניתקל בהם. אלו לא עבירות הבאות להחמיר עבירה קיימת, אלא עבירות בסיס שהן הבסיסות. לדוגמא: ס' 260א'.

מסייע לאחר מעשה [א/26(1), 27]

260. (א) היודע שפלוני עבר עבירה ו**מקבל** אותו או **עוזר** לו בכוונה שיימלט מעונש, הריהו מסייע לאחר מעשה, זולת אם היה בן זוגו, הורהו, בנו או בתו של העבריין; ואולם אשה שבנוכחותו ובמרותו של בעלה קיבלה עובר עבירה שבעלה השתתף בה או עזרה לו, כדי שיימלט מעונש - אינה בגדר מסייעת; לענין סעיף זה, "עבירה" - למעט חטא.

האם יש עבירת מחשבה פלילית מקבילה שמאפשרת להפליל בלי הרכיב של הכוונה, התשובה היא לא. מדובר בעבירת בסיס, ואם העושה או מקבל את פלוני לביתו שהוא מודע שעבר עבירה אך אין לו את הרצון שיימלט מעונש, אין כניסה לסעיף. כדי להיכנס לסעיף צריך להוכיח בנוסף למודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, גם את הרצון להימלט מעונש. רק מקום שרצית להימלט מעונש, פה המחוקק רואה אותך כמי שרוצה לפגוע בערך החברתי המוגן, של סדרי השלטון והמשפט. כאן רואים אותך כמספיק אנטי חברתי בשביל להפליל אותך.

עבירות מטרה התנהגותיות נקראות גם כעבירות מטרה מיוחדת, אלו עבירות שרכיב הכוונה הוא לא לגבי רכיב תוצאתי, היסוד הנפשי של כוונה צריך להתקיים בנאשם לא ביחס לרכיב תוצאתי שהוא חלק מהיסוד העובדתי אלא ביחס ליעד שלא חייב להתממש. בעבירות מטרה המינוח לא יהיה רק במטרה או בכוונה ל, אלא גם שימשו בכל מיני תכלית אחרות כמו כדי, לשם. בכדי לרמז שמדובר בעבירת מטרה. לדוגמא:

**הסגת גבול כדי לעבור עבירה  [א/286] [תשל"ג]**

447. (א)  העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה, דינו - מאסר שנתיים:

**מעשי המרדה [א/59(1)(א)]**

133. **העושה** מעשה לשם המרדה, **או מנסה, מכין** עצמו או **קושר** קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו - מאסר חמש שנים.

מה הרציונל? שעבירת המטרה היא החמורה יותר ויש עבירת בסיס המספקת רק במודעות אז ניתן להבין, זה נראה הגיוני. דרישת הכוונה יוצרת מדרג חומרה נורמטיבי. הקושי לכאורה הוא נולד במקומות בהם אנו אומרים שעבירת הבסיס דורשת כוונה היא, דווקא אדם הפזיז או שרק מודע פטור לגמרי, למרות שהנחת הבסיס היא שצריך רק מודעות. ואילו רק מי שממש מתכוון רק אז הוא נכנס לתוך גדרי המשפט הפלילי. השאלה היא למה, לאיזה מקרים המחוקק בוחר ובנה את עבירות המטרה כעבירות בסיס. בעבירות שבהם לא יספיק פזיזות או מודעות כתנאי להיכנס לעולם הפלילי.

פה קראנו את קוגלר המדבר על סוגים של שיקולים שונים המצדיקים את יצירת עבירות שדרישת הסף המינימלית בהן תהיה כוונה, הוא נותן כל מיני שיקולים. מתי ניתקל בעבירות שאין להם עבירות בסיס נמוכות יותר?

זו שאלה שמי עוסק בה בהרחבה זה קוגלר. קוגלר בעצם שואל את השאלה ומציע נימוקים המצדיקים ליצור עבירות שבהן דרישת הסף המינימלית תהיה כוונה. זה יכול לקרות מכמה טעים:

1. יש נזקים מסוימים שהם נזקי אמצע- נזקים שבדרגת ביניים, שמצד אחד הם כן מצדיקים את ההתערבות של המשפט הפלילי, אנחנו כן חושבים שלא מספיק לטפל בהם מחוץ למשפט הפלילי, אך מצד שני הם נראים לנו קלים ביחס לנזקים שבדרך כלל נלווים לעבירות חמורות יותר. ואז השאלה היא איך ניצור את גדרי העבירה בצורה כזו שיהיה מספיק צר שלא יכלול מעשים נורמטיביים אלא רק את המעשים האנטי-חברתיים, ועדיין נכניס את זה לדין הפלילי. הסיפור הזה של יצירת עבירות כוונה זו, אחת הטכניקות, כי נוכל לקבוע שרק וכאשר מתלווה לעבירה יסוד נפשי כל כך חזק של כוונה, רק אז מגיעה רמת האשם הגבוהה שמספיקה לפלילים. מאחר ולפעמים הרמת האשמה לא מספיק גבוהה כדי להפליל, נותנים את ההסבר הזה, למשל של חוק איסור לשון הרע (ס' 6). החוק בא ואומר שמי שמפרסם לשון הרע בלי שהוא התכוון לפגוע, אלא רק שהוא צפה את האפשרות שזה יקרה לא עובר עבירה פלילית. כדי שהמעשה יהפוך להיות עבירה פלילית, כדי שהוא יצדיק את הטיפוס לדין הפלילי הנחשב חמור יותר, בא המחוקק ואומר כי רק כאשר המעשה נעשה בכוונה פגוע, רק כאשר הוא נעשה ומצטרפת אליו הכוונה והרצון לפגוע רק אז נכנס לגדרי המשפט הפלילי. זו הנקודה, לכאורה אנחנו יכולות להגיד שבצפייה לפגוע בשם הטוב זה גם מהווה דבר רע, אך המחוקק עשה חשבון והגיע למסקנה שפזיזות לא מספיק אנטי חברתית כדי לשכלל עבירה, לא מספיקה במטרה להפליל, ולכן ברוח עקרון השיריות וכדי שנוכל להצדיק את המעבר בין האזרחי לפלילי נצטרך עוד ערך מוסף שלילי שמשתקף בכוונה\ רצון הזה.
2. ערך חיובי בבסיס העבירה- נימוק שבא ואמר כי הרבה פעמים נראה עבירות בסיס של כוונה, שבבסיס המעשה שמוסדר באותה עבירה קבוע איזשהו ערך חברתי קודם, ערך חברתי חיובי, איזושהי תועלת מסוימת, הגנה על זכויות. לדוגמא: עבירות שקשורות לחופש הביטוי: הסתה, איומים, המרדה, לשון הרע. כל העבירות האלה הן עבירות ביטוי, עבירות שהמעשה האסור הוא איזשהו ביטוי מסוים, אסור להביע ביטוי מסוים. שההנחה היא שהביטוי כשלעצמו זה דבר חשוב, אנחנו מכירות בחשיבות החברתית הגדולה שבבסיס חופש הביטוי, וגם כערך אינדיבידואלי- דרך לממש את המימוש העצמי של האדם וכו. יש המון הצדקות בספרות לחופש הביטוי. חופש הביטוי מהווה ערך משמעותי ולכן שהמחוקק בא ואוסר על ביטויים מסוימים, שהוא קובע שביטוי מסוים יגרור אחריו הפללה יש פה פגיעה בחופש הביטוי, זה לא אומר שהפגיעה לא חוקתית אך יש פגיעה פה עדיין פגיעה בזכות. ולכן ניתן לראות שבסוג של עבירות שהמעשים עצמם, יש בצידם איזשהו תועלת חברתית, הגנה על זכויות מסוימות, הדרך של המחוקק ליצור את האיזון בין מצד אחד היתרון שגלום בזכות עצמה, לעומת הנזק שהוא גורם, זה בשימוש בכוונה מיוחדת. המחוקק קובע כי רק מי שמפרסם דבר מתוך וודאות שזה יגרום למשל להסתה לגזענות, לא ניתן להפליל על כך, משום שאין פה אנטי חברתיות מספקת משום שבדברים שהוא אומר יש גם ערך, לדוגמא: עיתונאים, חוקרים וכו. אנחנו נתמודד עם זה בכך שעבירה לא מסתפקת רק בפזיזות, במודעות לכך שזה יגרום לתוצאה, אלא דורשת יסוד נפשי חפצי של כוונה. המחוקק בא ואומר כדי להפליל בעבירה של הסתה לגזענות (ס' 144בא), אם אתה מפרסם דבר ויש לך רצון ולא מספיק שאתה מודע לכך שהדבר יכול להוביל לגזענות, אלא רוצה, במקום שבו הרמון מתגבש זה המקום שמוצדק להפליל. חופש הביטוי נסוג מפני הערך החברתי המוגן בעבירה, של מניעת גזענות. ולכן המבנה הזה הוא מבנה שנראה אותו בעבירות בעלות ערך חיובי. לדוגמא: חוקים של פגיעה ברגשות של דתיים, בעבירות כאלו יש דילמה: האם לאסור פרסום של פגיעה קשה באמונות ורגשות דתיים של אנשים, רק כשיש כוונה לפגוע? או מספיק שהאדם צופה את האפשרות לכך שהמעשה שלו יפגע ברגשות של דתיים, וזה יספיק כדי להפליל אותו. למשל, בשיטת המשפט האנגלית הייתה החלטה לבטל עבירות של פגיעה ברגשות הדתיים שבהן היסוד הנפשי הוא של פזיזות, ולהשאיר רק עבירות כאלו שהיסוד הנפשי שלהן הוא כוונה, מתוך הרעיון של הערך של חופש הביטוי.

**איסור פרסום הסתה לגזענות (תיקון מס' 20) תשמ"ו-1986**

144ב. (א) **המפרסם** דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמש שנים.

דרישת הכוונה היא דרך של המחוקק להצר את גבולות העבירה, להגביל אותה ובכך להתיר פעולות שיש בצידן ערכים חברתיים אחרים חשובים.

נראה כמה דוגמאות של עבירות המעוגנות בחוק העונשין עם ערך חברתי פודה (כלומר עבירות שיש בבסיסן ערך חברתי חיובי). יש בחוק כמה עבירות ביטוי ומה שמעניין זה לראות איך המחוקק בחר לעצב אותן. לדוגמא:

פס"ד אלבה

עבירת הסתה לגזענות: נראה כי היסוד העובדתי רחב מאוד, לכאורה ברגע שהמחוקק לא מוסיף איזושהי נסיבה שמתארת את ה"דבר" ומצרה אותו , מגבילה ומאפיינת אותו, אז כל דבר יכול להיכנס תחת העבירה. כלומר יש פה ניסוח מאוד רחב של העבירה. אבל יש לשים לב שניסוח רחב בלי היסוד הנפשי פה: הוא רק "המפרסם דבר" אבל אין פה אפיון של הדבר, אין נסיבה נוספת המצירה. כל האנטי החברתיות בעבירה הזו נשאבת מהיסוד הנפשי, כי פרסום דבר סתם לא מעורר בעיה, הבעיה מתחילה מקום שבו אני מפרסמת דבר מתוך רצון להסית לגזענות. זאת אומרת, רוחב היסוד העובדתי לפעמים יכול להוות שיקול נוסף שהמחוקק לוקח בחשבון כשהוא בוחר את היסוד הנפשי שמספיק להפללה. אנחנו לא מתפלאים שבהינתן שהרוחב של היסוד העובדתי כל כך רחב, לא נתפלא שהיסוד הנפשי יהיה כל כך גבוה. משום שאם היה כך, היה נוצר מצב בו מעשים רבים שלאו דווקא נראים כשליליים, היו נכנסים לגדרי העבירה. לא מפתיע בעבירות כאלו המחוקק מצר את העבירה בעזרת היסוד הנפשי.

**איסור פרסום הסתה לגזענות (תיקון מס' 20) תשמ"ו-1986**

144ב. (א) **המפרסם** דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמש שנים.

למה לא הצרו את העבירה דבר יסוד עובדתי? למה לא אפיינו את הדבר שהיה מצר? שיטות משפט שונות כן יכלו להחליט אחרת הדיון עלה לשאלה בפס"ד ישראלי, פס"ד אלבה. פס"ד שעסק גם בעבירה של הסתה לגזענות. שם התעוררה שאלה פרשנית איך נפרש את התיבה "דבר", דווקא בהקשר של היסוד העובדתי, משום שהוא כל כך רחב. היה דיון שלם סביב האפיון של הנסיבה, ולכאורה אפ נלך לפי פרשנות דווקנית של לשון החוק ועקרון החוקיות, נפרש את המילה דבר, ככל דבר. זה לא משנה אם לפרום עצמו יש אופי כזה שיש בו כדי להסית לגזענות או לא, מספיק שהנאשם יפעל מתוך כוונה של הסתה לגזענות אז העבירה תשתכלל.

בא ברק ואומר לא, צריך לפרש את הסעיף בצורה כזו כך שדבר יחשב כפרסום במבחינה אובייקטיבית שהוא לכזה המסית לגזענות. הפרסום עצמו חייב להיות כזה שמטבעו, מפאת אופיו, צריכה להיות לו את היכולת להוביל לגזענות. יש שם כמה נימוקים שברק נותן, אחד מהם הוא: שאם רק נרשיע לפי הכוונה שהייתה בליבו של המפרסם, יש חשש שההרשעה תהיה רק על כוונות בלבד. היסוד העובדתי כל כך רחב שהוא תופס לכל דבר, ובעצם כל העבירה עומדת על היסוד הנפשי, כל המהות שלה הופכת להיות היסוד הנפשי ברק חושש, למרות שהיסוד הנפשי מאוד מצר (כי רק עדיין שפעל מתוך כוונה להסית לגזענות מופלל), אך עדיין יש את ההרגשה שמכיוון שהיסוד הנפשי כל כך רחב והכל עומד עליו, עולה החשש שאנחנו מתקרבות להפללה על מחשבות. לדעת דנציג הנימוק של ברק חלש, משום שבדיני העונשין ממילא יש אפשרות להרשיע בגין ניסיון לבצע עבירה. גם כשהאדם לא מצליח להשלים את כל פרטי היסוד העובדתי, אנחנו מייחסות לו את הניסיון לביצוע העבירה, שהמוקד לש האנטי החברתיות נשאב מהיסוד הנפשי ומושתת מהרצון להשלים את העבירה. ראינו את האפשרות להפליל אנשים גם אם בסוף לא התרחשה התוצאה, להפליל רק על ליבם, כוונה מאוד חזקה. דוקטרינת ניסיון בלתי צליח, במקרים שגם האדם ביצע מעשה מסוים ולא יכול היה להצליח, עדיין ניתן לייחס אחריות פלילית בגין הניסיון לביצוע העבירה. למרות שמבחינת ההיתכנות האובייקטיבית הוא לא יכול היה להצליח. אז אנחנו מכירות את במשפט הפלילי את האפשרות להרשיע גם שאין אפשרות אובייקטיבית. ולכן הנימוק הזה לבד לא משכנע מספיק, אך יש תחושה לברק שהוספת תנאי מסוים המצמצם בטח לא יפגע בנאשם. יש לזכור שבית המשפט לוקח לעצמו את החירות לחרוג מעיקרון החוקיות רק במקומות שיש צמצום והקלה באחריות הנאשם. קשה להאמין שבית המשפט היה פועל לעשות כך במקרה וזה מחמיר עם הנאשם.

פס"ד כהנא

ויכוח דומה עלה גם בפס"ד כהנא, העוסק בעבירת המרדה.

גם פה, ברק טוען שלמרות שלפי לשון העבירה מדובר על סעיף שהוא כל כך רחב והוא יכול להיות כל מעשה, יש הרגשה שצריך להוסיף עוד נסיבה שיהיה מדובר במעשה שניתן יהיה לקבוע במבחינה אובייקטיבית שיש ניסיון להמריד, הנימוק הוא אותו נימוק של פס"ד אלבה- אנחנו לא נוכל להשאיר יסוד עובדתי כל כך רחב משום שכל העבירה עומדת על היסוד הנפשי, יש פה התקרבות להפללה על מחשבות. הוא מעלה עוד נימוק שאם נוותר על התנאי של הפוטנציאל האובייקטיבי אנו מטילים יותר מידי הגבלות על החירות האישית, הגבלה של ערך חברתי חיובי פודה. אנחנו רואות את הנימוקים האלו עולים בפסיקה שוב ושוב.

**מעשי המרדה [א/59(1)(א)]**

133. **העושה** מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו - מאסר חמש שנים.

1. תנאי שיש לו יכולת פוטנציאלית להמריד מתוך הסיבה שהיסוד הנפשי נשאר מאוד רחב ומעמידים את העבירה כולה של היסוד הנפשי ויש פה הקרבות להפללה רק על מחשבות בלבד.
2. יש פה את הזכות לחופש הביטוי שיש לה ערך גבוה וכדי לא לפגוע בה יותר מידי יש להצר את העבירה, מהיסוד העובדתי.

איפה נראה את עבירות הכוונה כעבירות בסיס?

1. המחוקק רוצה להצר את העבירה
2. יש ערך חברתי חיובי בבסיס העבירה
3. הגנה על זכויות

עוד דוגמאות לעבירות המגנות על זכויות אך לא חופש ביטוי אלא כיוון אחר, אלו עבירות הקשורות לשיבוש הליכי משפט, השמדת ראיה וכולי. אם נסתכל על העבירות הללו נראה כי יש בהן את היסוד הנפשי של כוונה, כיסוד נפשי מינימלי, והרעיון בדרישת הכוונה בעבירות האלו הוא רעיון של לא לפגוע יותר מידי בזכויות האדם, הזכות שלו לפעול ולהתנהג בחופשיות.

לדוגמא:

**השמדת ראיה [א/122]**

242. היודע כי ספר, תעודה או דבר פלוני דרושים, או עשויים להיות דרושים, לראיה בהליך שיפוטי, והוא, במזיד, **משמידם או עושה אותם** בלתי ניתנים לקריאה, לפענוח או לזיהוי, והכל בכוונה למנוע את השימוש בהם לראיה, דינו - מאסר חמש שנים.

* מבנה של התנהגות + תוצאה- משמידם זו פעולה על ציר הזמן בנקודה X ובעקבות זו, בנקודה Y, מתרחשת התוצאה. יש מבנה של התנהגות +תוצאה, עשיית פעולה מסוימת שיוצרת להשמדה שלהם\ בלתי ניתנים לקריאה. הפעולה יכולה להיות כל דבר, שריפה, גריסה וכו.
* דרושים- המתאר את הנסיבה עצמה ולכן נחשב כנסיבה.
* יודע- מחשבה פלילית, בעקבות סעיף ההמרה (90א'3). היודע זורק אותנו לסעיף ההמרה.
* במזיד- יסוד נפשי, סעיף ההמרה מלמד על מזיג שזה מודעות, מחשבה פלילית.
* דרישת יסוד נפשי מיוחד של מטרה- הכל בכוונה- סעיף של מטרה. הבחנה בין עבירה תוצאתית של כוונה למטרה- האם זה מתייחס ליעד , זו עבירת מטרה משום שהכוונה זה לא להפוך לבלתי ניתנים לקריאה, הכוונה אני צריכה בשביל למנוע את השימוש בראיה צריך להתחולל בלב הנאשם המטרה למנוע אותם בשימוש בראיה, הוא לא חייב להצליח. זה מניע שמתוכו האדם פועל. יש פה דרישה של הוכחת מטרה\ כוונה מיוחדת תוצאתית.

זו דוגמא נוספת בה המחוקק מכניס את הכוונה\ המטרה לעבירת הבסיס. אין בעצם עבירה מקבילה שהיא אותו הדבר רק בלי התיבה. העבירה הפלילית היחידה שקיימת זו רק כזו שמשתכללת המטרה.

הרציונל של העבירה אומר דבר כזה: לא נרצה להכביד הכבדה יתרה על אנשים בפעולות היומיום שלהם, נרצה לתת להתנהל בחופשיות. המשפט הפלילי לא רוצה להגביל את חירות התנועה וחופש הפעולה של האדם בצורה שהיא מעיקה מידי. רק כשהשמדת הראיה מלווה במטרה למנוע שימוש ראיה אז בא המחוקק ואומר שזה מספיק אנטי חברתי שמצדיק ממנו להתערב.

אגב נוכל לראות את זה בסעיף 244:סעיף שעוסק בשיבוש הליכי משפט, בפס"ד אלגד. המחוקק בא ואמר כי אם נאשים אדם בכל מעשה שהוא עושה ושהוא צופה רק שהוא יכול להכשיל הליך שיפוטי, אנחנו נגביל יתר על המדינה את חופש הפעולה של האזרחים. אם נסתפק רק בפזיזות, האסור יגרור הכבדה גדולה מידי על החיים האזרחיים ולכן במקום שבו המחוקק מרגיש שיש איזון נכון בין הגבלת החירות של האזרחי לבין ההגנה על ערך חברתי של שמירה על סדרי החוק והמשפט, זה מקום שבו האדם עושה דבר מתוך רצון למנוע או להכשיל זה המקום שהמחוקק בא אומר שהזכות שלך תיסוג מפני הערך החשוב של שמירה על סדרי משפט. עוד פעם אנחנו רואות את הדוגמא לעבירה שיש בה ערך חיובי או תועלת חברתית מסוימת במעשה עצמו ולכן לא על בר נפליל אותו. נפליל רק בדרך של הוספת הכוונה היא להצר את העבירה וליצור איזון יותר סביר.

**שיבוש מהלכי משפט [א/124] [תשל"ג]**

244. **העושה** דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין, בין **בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת**, דינו - מאסר שלוש שנים; לענין זה, "הליך שיפוטי" - לרבות חקירה פלילית והוצאה לפועל של הוראת בית משפט.

נימוק נוסף שקוגלר מעלה נוסף ל:

* + - 1. נזקי ביניים שהם לא מספיק חמורים מצד אחד כמו העבירות החמורות ביותר, אך מהצד השני נרצה להפליל אותם. והדרך לאזן היא להכניס את היסוד הנפשי של כוונה
			2. עריטת שבבסיס המעשה יש ערך חברתי\ זכות מסוימת, והרכיב הנפשי נועד למנוע פגיעה יתרה בערך וליצור את האיזון .
1. הנימוק השלישי הוא שיש עבירות שהערך שהעבירה באה להגן עליו, נפגע רק כשההתנהגות עצמה מלווה בכוונה ולא בפזיזות.

הערך המוגן בעצם נפגע רק שנלווית אליו כוונה. בספרות נותנים את הדוגמא של המרות דת. גם בחוק העונשין נותנים את הדוגמא שעוסקת בהמרת דת:

**מתן הטבות כפיתוי להמרת דת (תיקון מס' 1)  תשל"ח-1977**

174א. **הנותן או מבטיח** לאדם כסף, שווה כסף או טובת הנאה חמרית אחרת כדי לפתות אותו להמיר דתו או כדי שיפתה אדם אחר להמיר דתו, דינו - מאסר חמש שנים או קנס 50,000 לירות.

174(א) היא עבירה שלא אוסרת על המרת דת אלא על מסחור בהמרת דת. יש צורך במודעות לגבי רכיבי ההתנהגות והנסיבות: מודעת נותנת ולמה שאני נותנת זה כסף כלפי אדם.

מה לגבי לפתותו? בנוסף כדי להפליל את הנאשם צריך להוכיח שהתקיים בו רצון, הוא פעל מתוך רצון להמיר את דתו של האדם.

למה לא מספיק להסתפק ביסוד נפשי הכרתי? מחשבה פלילית? מודעות? למה לדרוש את הכוונה והרצון? התשובה שניתן למצוא בספרות סביב המקרים האלו היא ששוב ההנחה היא, שבמדינה דמוקרטית לא נרצה לאסור להמיר את דתם. המדינה אמורה להכיר בכל מיני תפיסות טוב. איפה המקום בו המדינה חוששת ממנו? מקום בו מתחיל מסחור של הדת, זאת אומרת יש חשש מסוים שהאנשים לא ממירים את דתם מתוך החופש המצפון והדת אלא בגלל הפעלה של לחצים וכוחות, כאלו ואחרים המשתמשים בדת כמשהו ממוסחר. ולכן, רק במקום שהכסף ניתן מתוך הרצון להמיר את הדת, המחוקק בא ואמר שזה נכנס לגדר הפללה. כל עוד יש פה רק מודעות, אין מסחור של הדת ולכן אין פגיעה בערך המגן אותו הערך שמצדיק את העבירה. ולכן ניתן להפליל רק על מודעות שמלווה בכוונה.

יש מי שנותן את הנימוק הזה על אותו נימוק הטוען שנשתמש בכוונה רק במקרים שהעבירה באה להגן על הנפגע, שהתנהגות מלווה בכוונה. נותן את הדוגמא של לשון הרע. יש ויכוח בספרות סביב הערך המוגן בעבירת לשון הרע, בדרך כלל מקובל לחשוב שהערך המקובל הוא הגנה על שם הטוב. אך יש מי שאומר שהערך המוגן זה לא השם הטוב של האדם אלא הערך המוגן הוא הערך של מניעת אלימות והתפתחות של מריבות בחברה. והרעיון בעצם שם טוב המשפט הפלילי לא צריך להגן עליו, כי ההגנה על שם הטוב היא במשפט האזרחי, ולא צריך את משפט הפלילי ויש כאלו שאומרים שהמטרה של באה להגן ולמנוע אלימות שעלולה להתפתח כתוצאה מפרסום לשון הרע של אדם לחברו, כלומר הערך המוגן בעבירה הוא שמירה על הסדר הציבורי. זה עלול לרות שהמחוקק מעריך שהמפרסם פועל מתוך רצון וכוונה לפגוע ולא מספק רק במודעות לאפשרות. שם יש הסתברות גבוהה יותר של להתפתחות אלימות מצד הנפגע. ולכן רק כשיש כוונה אז הפרסום נכנס תחת התחום הפלילי. זו דוגמא נוספת למי שחושב שהערך המוגן זה שמירה על הסדר הציבורי זה סוג של נימוק שיכול להשתלב לנימוק האחרון. שכל ההצדקה של העבירה נולדת רק כאשר יש כוונה. אם אן כוונה, אין פגיעה בערך החברתי המוגן, משום שהפגיעה נולדת רק כאשר יש רצון.

זה הרקע שעומד מאוחרי הסיפור למתי נפגוש עבירות של כוונה.

**כלל הצפיות**

דיברנו עד עכשיו שכוונה זה רצון, אבל בא סעיף 20ב וקובע את הדבר הבא: סעיף 20א בא אומר שעניין כוונה שמופיע כיסוד נפשי חפצי, בכל מקום שיש עבירה תוצאתית הדורשת הוכחת כוונה לעניין תוצאות, מספיק שהנאשם צופה את אפשרות גרימת התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי, זה מספיק כדי להראות כאילו שהתכוון. אנחנו רואים אותו כמי שהתקיים בו, כאילו שהתקיים בו הרצון ממש. כרקע להלכת הציפיות נדון בפס"ד שהיה לפני תיקון 39 לחוק.

 (ב)  לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.

הלכת הצפיות קורט סיטה

פס"ד ישן, שנידונה השאלה: מה קורה כשהנאשם לא התכוון לגרום את התוצאה אך הוא צופה בקרבה לוודאות שהתוצאה תקרה(95% או יותר)? באופן מעשי הוא צופה שזה יקרה, צפייה כמעט ודאית אך הוא לא רוצה. מה קורה כאשר הרכיב ההכרתי גבוה מאוד, והאדם עדיין בחר לפעול, אך היה משולל רצון לגרום לתוצאה. אלו המקרים שקשורים להלכת הצפיות.

הסיפור: ב1960 נחשפה בארץ פרשה שעורר הד ציבורי נרחב. פרשה של פרופ' לפיזיקה בטכניון שנחשף במסגרת התפקיד לפרויקטים שקשורים למידע סודי וביטחוני רגיש. פנו אליו סוכנים מצ'כיה שביקשו את המידע בתמורה לכסף. הוא הסכים והעביר להם את המידע (לא שוחד כי הוא לא נחשב לעובד ציבור רגיל), וכשהעניין נחשף הוא הועמד לדין על ריגול חמור. סעיף 113 (ב).

 סיטה טען שאם מסתכלים על סעיף 113 ב' הוא דורש רכיב כוונה, והוא עצמו לא התכוון לפגוע בביטחון המדינה אלא היה מעוניין בכסף. הוא טוען שפעל לבצע כסף, תוך כדי לקיחת הסיכון שהדבר יפגע בביטחון המדינה, אך הוא לא רצה בכך. במילים אחרות סיטה אומר שהתקיים בו יסוד נפשי של מודעות (פזיזות- הוא צפה את האפשרת שיכולה להיות פגיעה, הוא צפה אותה ברמה לא גבוהה ובטח לא רצה שתהיה פגיעה) אך לא כוונה. בהמ"ש מרשיע אותו בכל זאת למרות שלא הוכיח שהיה רצון לפגוע בביטחון המדינה, על סמך זה ששבית המשפט קובע שסיטה צפה בקרבה לוודאות שהתוצאה תיגרם, שביטחון המדינה יפגע. כלומר היה לנאשם הזה, וודאות צפייה ודאית שמסירת המידע תוביל לפגיעה במדינה, ויסוד נפשי כזה שווה, **מבחינת הפגם הערכ**י, לכוונה לגרום לתוצאה. אם אדם פעל תוך קרבה לוודאות שהתוצאה תיגרם, הדבר דומה לכוונה לגרום לתוצאה, נראה אותו כמי שהתכוון, מאחר והוא השלים עם התוצאה. זה היה אחד המקרים הראשונים בהם בהמ"ש החיל דרך חקיקה שיפוטית, למעשה, את כלל הצפיות. אם התביעה מוכיחה שהנאשם צפה בהסתברות מאוד גבוהה להתרחשות התוצאה, הסתברות קרובה לוודאי שהתוצאה תקרה, מבחינה ערכית זה שקול להוכחה של כוונה. גם אם בפועל לא אוכל להוכיח שהנאשם רצה, די בכך להוכיח שצפה בוודאות מעשית.

לפני תיקון 39, הפסיקה טבעה את מונח הצפיות, משום שלא היה מושג קיים בחקיקה. אחרי תיקון 39, המחוקק שינה את הלכת הצפיות וקבע אותה ככלל משפטי שטבוע בחקיקה. את כלל הצפיות נמצא בס'20ב'.

**כלל ומקרים שיחול**

אנחנו נמצאות בתוך הנושא של כוונה ודיברנו מתי ובאילו נסיבות המחוקק יחוקק עבירות כוונה כעבירות בסיס. הגענו בעצם להיכרות ראשונית עם הלכת הצפיות.

ס' 20ב לחוק העונשין: הסעיף בא ואומר כאשר אדם צופה באפשרות קורבה לוודאי, בעצם לממש וודאות, שהמעשים שלו יובילו לתוצאה מסוימת, החוק רואה אותו כמי שהתכוון, כמי שהתקיימה בו כוונה, כמי שרצה והייתה לו מטרה. יש פה שקילות בין צפייה בהסתגרות של קרוב בוודאי לבין קיומו של רצון. שההבדל בין מטרה למצב הנפשי שמשקף את הרעיון של כלל הצפיות זה סעיף 20 ב', שבאדם רוצה בתוצאה מסוימת ופועל כדי להשיג אותה. בהלכת הצפיות, מתי יהיו מקרים שאדם יצפה כתוצאה מסוימת, אפשרות כמעט ודאית להתממשותה, אך הוא לא רוצה?

זה יקרה שלאדם יש מטרה אחר הוא מבצע עוולה מסוימת בכדי להשיג מטרה אחרת. על הדרך הוא מבצע מעשה שיוצר תוצאה אחרת משהוא התכוון, התוצאה האחרת היא לא מטרה משל עצמה, אלא שהוא צופה על הדרך התקיימתה של התוצאה.

בית המשפט מכוח הפסיקה קובע את הלכת הצפיות, אם יכולת לצפות שההתנהגות שלך תוביל לתוצאה שהסתברותה קרובה לוודאי, נראה אותך כמי שהתכוון. גם אם בפועל לא יכלנו להוכיח יסוד נפשי של מטרה.

לכן בית המשפט הא ואומר שהלכת הצפיות זה המקום בו מבחינה ערכית, אנחנו רואים מקרים שהאדם צופה תוצאה מסוימת כוודאות מעשית, הוא מבין שמה שהוא עושה יגרום בצורה ודאית לתוצאה מסוימת, כשאדם פועל כך אנחנו נראה אותו כמי שרצה. כי מבחינתו זה העניין של בחירה, גם אם אין רצון לפגוע בביטחון המדינה אלא פועלת במטרה לבצע כסף, אך אני צופה פגיעה ודאית נראה כי אני משלימה עם אפשרות קרות התוצאה ואני בוחרת בסופו של דבר לפגוע בערך המוגן. ולכן המחוקק אומר שאנחנו מקפיצים את הצפייה לרמה הכל כך גבוהה הזו למקום שהיא שווה ערכית לסיפור של כוונה ורצון.

מה שמייחד את הלכת הציפיות ומקפיצה אותה בהשוואה הערכית לכוונה, היא קרובה לוודאי. אנחנו מדברות על כך שהאדם עושה משהו וצופה באופן מעשי, ההסתברות להתגשמות התוצאה היא מאה אחוז. וזה שונה ממקרים שאדם עושה את המעשה וצופה כי ההסתברות להגשמת התוצאה תהיה נמוכה בוודאית, לדוגמא: 50%, 20%. קלות הדעת שאנחנו מדברים על מקרים האלו, אנחנו מדברות על צפייה בהסתברות כלשהי אך לא הסתברות מעשית, אנחנו מדברות על מקרים שאני מקווה שזה לא יקרה, משום שהסיכוי שזה יקרה הם נמוכים.

וודאות מעשית- באופן מעשי זה וודאות. באופן מעשי זה וודאי, זה לא סביר שיש יותר סיכוי שזה יקרה מאשר לא. רמת הסתברות מאוד גבוהה. במקרים שבהם האדם לא סתם צופה, אלא צפייה שמשהו יקרה ממש ברמה של וודאות, אנחנו נראה אותו כמי שרצה, אין צורך שהתובע יראה פה רצון, משום שעצם ההשלמה שמשהו יקרה, מראה שאתה מספיק אנטי חברתי.

**הלכת הצפיות והויכוח של קוגלר ופלר**

בקטע של קוגלר, הוא עורך שם דיון, הוא מנוגד בגישה שלו לפלר בשאלה של איך הוא תופס את הלכת הצפיות (מה הבדל בין הלכה לכלל? כלל הצפיות זה הכלל שמעוגן בסעיף 20ב, הלכת הצפיות שווה בתוכן לכלל הצפיות, אך זה היה בשלב של הלכה פסיקתית, בעבר שלא היה החלק הכללי של חוק העונשין הלכת הצפיות הייתה מכוח הפסיקה, לאחר תיקון 39 עיגנו ותה ככלל בחוק.)

גישת קוגלר

קוגלר מדבר על הרציונל כשעליו מבוססת הלכת השקילות ביחס לשני המצבים של צפיות לכוונה. קוגלר אומר שיש מכנה משותף בין כוונה לצפייה וודאית, שגורם לשני מצבי הנפש האלה להיות זהים, כלומר קוגלר מוצא ממש, מצבי הנפש במקרים שאדם צופה או רוצה, הם אותו הדבר בדיוק. משום שבשני המצבים האלו יש משהו שלא קיים במצב של פזיזות רגילה. פזיזות רגילה זה צפייה אך לא בוודאות גבוהה. קוגלר אומר שקיומה של בחירה היא החלטה לגרום לתוצאה:

גם במקרים שאני רוצה וגם במקרים שאני פועלת מתוך צפייה בוודאות מעשית אני בעצם בוחרת לפגוע בערך המוגן. יש פה ממש בחירה מודעת ושקולה לפגוע בערך המוגן. זה משהו שאין במקרים של פזיזות, במקרים של פזיזות רגילה שהיא צפיית התוצאה בהסתברות שהיא לא מעשית ונמוכה יותר, אדם לא בוחר, הוא בוחר לקחת סיכון הוא לא בוחר לפגוע בערך המוגן. במקרים של ודאות מעשית, אם לא בוחר לקחת סיכון הוא יודע שהסיכון הולך להתממש ועדיין בוחר, הוא בוחר לפגוע. זה ההבדל שעושה קוגלר, זה מה שגורם לקוגלר לחשוב שכוונה וודאות מעשית הן שקולות אחת לשנייה.

גישת פלר

פלר, מעלה גישה קצת אחרת, הוא מבין בעצם את הלכת הצפיות, בסיס הנורמטיבי של הלכת הצפיות. הוא אומר שכוונה וודאות מעשית אין בניהם מכנה משותף בכך שהן לא אותו הדבר. בכוונה אדם רוצה, והסתברות קרובה לוודאי אדם לא רוצה. דווקא פלר בוחר לשים את הזרקור על הבדל בין הלכת הצפיות לוודאות המעשית, בעוד שקוגלר בוחר לשים את הזרקור על הדמיון שביניהן, לעומת פזיזות. גם בכוונה וגם בוודאות מעשית יש אלמנט של בחירה, בניגוד לפזיזות.

פלר בא ואומר לא, בכוונה לעומת צפיות וודאות לאדם יש רצון מול אין רצון. דווקא פלר בוחר לשים את המכנה המשותף שבין הלכת הצפיות לפזיזות. אין רצון והוא מנגיד לכוונה שיש רצון. אבל איך הוא מסביר את השקילות שבין כוונה להסתברות?

פלר אומר שהם לא אותו הדבר אך הם שקולים מבחינה ערכית. לא מדבר במצבי נפש זהים, בשני מונחים שהם לגמרי זהים, אך מבחינה ערכית המחוקק רואה את שני המצבים האלו כמצבים שמבחינת השיפוט המוסרי שלהם, צריך לשפוט אותם בצורה זהה. כל אחד מסתכל באופן שונה אך השורה התחותנה שניהם רואים הצדקה לייחס ולראות את מי שפעל בוודאות מעשית כרוצה, בין אם זה אותו הדבר או לא אותו הדבר אך שקול ערכית.

זה ההבדל ביניהם. בסופו של דבר בתיקון 39, סעיף 20ב, נבחרה הגישה של פלר, נקודת המוצא שהתקבלה היא נקודת המוצא של פלר, שגורסת שצפייה בהסתברות קרובה בוודאי מהווה תחליף לכוונה, היא שקולה לה נורמטיבית אך לא זהה. אם הניסוח היה כוונה\ לרבות הלכת הצפיות זה היה משקף את התפיסה של קוגלר. מבחינת השקילות הערכית זה שקול אך זה לא בדיוק אותו הדבר.

בשורה התחתונה היא שכלל הצפיות חל על כל עבירות הכוונה התוצאתיות. ולכן אם יש עבירה תוצאתית שדורשת רכיב של כוונה ביחס לתוצאה, אז עכשיו אנחנו יודעות שהתביעה לא צריכה להוכיח מודעות לאפשרות גרימת התוצאה ואת הרצון, אלא מספיק שהתביעה מוכיחה שהנאשם צפה כאפשרות קורבה לוודאי שהתוצאה תקרה, וכך האו יוצא מידי חובה.

כלל הצפיות ועצימת העיניים מרחיבים את רף הכניסה ואת הגבולות של המחשבה הפלילית, את רף הכניסה של הנאשם לעבירה. מקילים על נטל הוכחה של התביעה בהוכחת יסוד נפשי. שני כללים המוקדיים את הרף הגבוה של היסוד הנפשי ומאפשרים לייחס אחריות פלילית על יסוד נפשי ברף יותר נמוך.

ההבדלים ביניהם זה עצימת עיניים זה כלל שחל על מודעות במישור ההכרתי (טיב המעשה, קיום הנסיבות ואפשרות גרימת התוצאה), לעומת זאת כלל הצפיות חל לגבי רכיב תוצאתי, רכיב חפצי\ רצון, לגבי תוצאה, רק בעבירות תוצאה.

מה קורה עם עבירות מטרה התנהגותיות?

**האם ניתן להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה התנהגותיות?**

דיברנו על זה שיש עבירות מטרה שהן עבירות התנהגות, עבירות שהן לא עבירות תוצאה ועדיין הן כוללות רכיב של כוונה מיוחדת שצריך להוכיח אותן, ושהאלה שנשאלת היא האם כלל הציפיות המעוגן בסעיף 20ב שאמרנו שהוא תמיד יחול בעבירות כוונה ביחס לתוצאות, האם הוא יחול גם על דרישת מטרה בעבירות התנהגות?

זו השאלה שעמדה בפס"ד אלבה, של כלל הלכת הצפיות על עבירות מטרה.

לדוגמא: **הגורם** לחברו חבלה חמורה בכוונה, דינו.... (עבירה תוצאתית, המונח כוונה מתייחס ליסוד נפשי חפצי. יש להוכיח רצון או וודאות מעשית, שאדם גרם לחברו חבלה חמורה שהוא צופה בוודאות מעשית לגרימת התוצאה.)

**המאיים** על אדם בכוונה להפחידו, דינו........ (עבירה התנהגותית, המונח כוונה מתייחס ליסוד נפשי של מטרה, השגת יעד מסוים שהאדם רוצה להשיג אך הוא לא חייב להשיג בפועל. יסוד נפשי הכרתי- מודעות או כלל עצימת עיניים. אך מופיע המונח כוונה שלא בתוך עבירה תוצאתית, רכיב הרמון לא מתייחס ברצון אלא השגת יעד שהוא ללא רכיב תוצאתי, הוא לא היסוד העובדתי של העבירה, לפי סעיף ההמרה.)

מה קורה בעבירות השגה\ בעבירות מטרה, האם ניתן להחיל את סעיף 20ב, כלל הצפיות על עבירות כוונה מיוחדות, התנהגותיות? החוק שותק לגבי התחולה של כלל הצפיות על עבירות מטרה שהן עבירות התנהגות. האם מספיק להראות שהאדם צפה בוודאות מעשית שהוא הפחיד או שהוא ממש רצה להפחיד? האם כלל הצפיות יכול לחול גם על עבירות מטרה?

זו שאלה שהפסיקה התלבטה לגביה. ונראו מספר עמדות לכך:

פס"ד אלבה: הבחנה בין דעת המיעוט לדעת הרוב

בפס"ד אלבה (שדיברנו עליו במשפט חוקתי), עבירה להסתה לגזענות, עבירת התנהגותית שהיא עבירת מטרה, שם בעצם היה ויכוח בין השופטים לגבי השאלה האם ניתן להחיל את כלל הצפיות לעבירות מטרה?

בך ומצא נקטו גישה גורפת, ברגע שהחוק קבע תחולה גורפת של הלכת הצפיות הישנה על עבירות כוונה תוצאתיות הוא הפך את הלכת הצפיות הישנה לכלל, ולכן ברגע שהמחוקק קבע את זה ככלל גורף על עברות תוצאה, אז ברור שהיה רצון גם להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה התנהגותיות. כי בעצם מה ההבדל? מבחינת היסוד הנפשי אין הבדל משמעותי בין עבירות כוונה תוצאתיות לבין עבירות מטרה מיוחדת שהן התנהגותיות. ההבדל הוא היסוד העובדתי. היות וממילא ההבדל בין העבירות לא קשור ליסוד הנפשי, משום שממילא הנאשם צריך לרצות שמשהו יקרה: בעוד שברכיב התוצאתי, בעבירות תוצאתיות זה צריך לקרות ולהתגשם, בעבירות התנהגותיות אין חובה כזו.
הם באים ואמרים שמבחינת היסוד הנפשי אין הבדל בעל משמעות ולכן אין סיבה שאותה הלכת צפיות פסיקתית לא תמשיך לחול על עבירות מטרה התנהגותיות שלא ברור למה הוא לא עיגן. זה שהוא קובע את זה רק על עבירות כוונה תוצאתיות אין זה אומר הסדר שלילי על עבירות המטרה ההתנהגותיות. וכתוצאה מכך, יש להמשיך להחיל את ההלכה הפסיקתית על עבירות מטרה התנהגותיות ואת הכלל להחיל על עבירות כוונה תוצאתיות.

לעומת בך ומצא, שופטי הרוב באותו פס"ד דגלו בגישה אחרת. במקום לנקוט באיזושהי גישה מכלילה וגורפת, שתגיד שתמיד הלכת הצפיות תחול על כל עבירות המטרה ההתנהגותיות בהתאם לתחולה הגורפת לכל עבירות הכוונה התוצאתיות. הם טענו שיש לנקוט בגישה שהיא יותר גמישה, יותר מתאימה את עצמה לסיטואציה. עובדה שהמחוקק לא קבע באופן ברור שכלל הצפיות יחול על עבירות המטרה, יש בעיה לקבוע כך בדרך פסיקתית, שכן זה נוגד לעקרון החוקיות. הלכת הצפיות מחמירה עם הנאשם, כיב בעצם המשמעות המעשית היא שמספיק שהתביעה תוכיח הסתברות קרובה לוודאות ולא רצון של ממש. זה בדיוק חוזר לעיקרון החוקיות, בית המשפט מהסס להחמיר עם הנאשמים כמדובר בהחמרה, בניגוד למצב שיש הקלה (הר-שפי). אבל מצד שני, קשה להגיד שזה שהמחוקק עיגן רק את סעיף 20ב, הוא קבע הסדר שלילי לעבירות המטרה. הם אומרים שהשאלה האם הלכת הצפיות הפסיקתית תחול על עבירות מטרה, היא שאלה שצריכה להיבחן באופן ענייני בכל עבירה ועבירה. בית המשפט יצטרך לדון בכל עבירה שתגיע בפניו ושלאול את עצמו מה מתאים לעשות פה מבחינת שיקולים משפטיים, ההתנגשות של ערכים וכו. אלו שיקולים שיכולים לסייע בשיקול הדעת של בית המשפט להרחיב להלכת הצפיות ולהוריד את רף הכניסה לעבירה, ובאילו מקרים לו. לדוגמא: עבירות ביטוי, שמול ערך הבחרתי המוגן שבבסיס האיסור עומדת הזכות לחופש הביטוי. בעבירות כאלו בית המשפט בא ואומר (ראינו בביטון נ' סולטאן) עבירות אלו שיש זכות של הערך המוגן אל מול זכות חשובה כמו חופש הביטוי, לא ניטה להחיל את הלכת הצפיות באופן אוטומטי כי כל הרעיון להשאיר את העבירה צרה יותר בכדי לשמור על חופש הביטוי.
בעצם תכלית האיסור הופך להיות המצפן ולהוות שיקול של בית המשפט האם להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה התנהגותיות.

פס"ד אלגד

בפס"ד אלגד השאלה הזאת מתעוררת שוב: האם להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה התנהגותיות?

**שיבוש מהלכי משפט [א/124] [תשל"ג]**

244. **העושה דבר** בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין, בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת, דינו - מאסר שלוש שנים; לענין זה, "הליך שיפוטי" - לרבות חקירה פלילית והוצאה לפועל של הוראת בית משפט.

רקע עובדתי: מפקד תחנה במשטרה שהיה מעורב בקטטה במועדון ונאשם בשיבוש הליכי משפט. הוא טוען שלא התכוון לשבש את הליכי החקירה אלא למשהו אחר. הוא שיקר לקטטה במטרה למנוע מצב בו ידעו שהוא עובד שם ללא היתר.

באיזשהו שלב עלו על זה ואז הטענה הייתה ברור שהוא לא עשה את זה במטרה ומתוך רצון להכשיל את ההליך השיפוטי אלא מתוך הפחד שיפוטר מעבודתו. השאלה הייתה האם מספיק להוכיח שאלגד צפה לאפשרות קרובה לוודאי, ודאות מעשית, אמירת השקר תפגע בהליך השיפוטי כדי לייחס לו אחריות לעבירה שדורשת יסוד נפשי של כוונה בעבריה התנהגותית?

פס"ד אלגד שוב מדגים את הדילמה, יש עבירה של סעיף244, עבירה של הכשלת הליך שיפוטי.

השופטת ביניש גם היא מציבה את השאלה ומאמצת את הגישה הגמישה של שופטי הרוב באלבה, שבאים ואמרים כי אנחנו לא קובעים שהלכת הצפיות תחול באופן גורף על כל עבירות המטרה, בניגוד לכלל של עבירות כוונה תוצאתיות. ביניש מיישמת את זה וקובעת שבמקרה של הכשלת הליך שיפוטי, שלא היה ערך חברתי מוגן ואיזושהי זכות כמו בעבירות ביטוי. בעבירות של הכשלת הליך שיפוטי, באסירת התנהגות כזו או אחרת, אין ערך חברתי שאני "בול" פוגעת בו, ולכן במקרה הזה בית המשפט אומר שתכלית האיסור היא כזו שגם והאדם צופה בוודאות מעשית, שהמעשים שלו יגרמו להכשלת ההליך השיפוטי, זה מספיק ואנחנו לא נצטרך להוכיח את הרצון עצמו אלא שזה ישכלל את עבירת המטרה.

פס"ד ביטון נ' סולטן

ניתן לציין, שהשם "הייחודי" של פס"ד בו המדינה לא מהווה צד לתביעה נובעת מקיומה שלקובלנה פלילית פרטית, שהיא צורה יוצאת דופן שנמצאת במקרים ועבירות של פגיעות בין אדם לחברו, והמדינה לא מעוניינת לנהל הליך פלילי בסוג מסוים של תביעות, יש לאדם זכות להגיש קובלנה פלילית פרטית. זו צורה מאוד חריגה.

מתעוררת שאלה מה קורה כאשר אדם, אם נסתכל על עבירה של לשון הרע: חוק איסור לשון הרע ס' 6.

מה קורה אם אדם לא רוצה לפגוע אך הוא צופה בוודאות מעשית שמעשיו יגרמו לפגיעה בשם הטוב? האם זה מספיק? הנשיא ברק דן בתחולת הלכת הצפיות על עבירת מטרה התנהגותית. שם הוא קובע שהלכת הצפיות לא תחול באופן גורף על כל עבירת המטרה ההתנהגותיות אלא באופן פרטני, והיא תיקבע באופן פרשני. בית המשפט אומר שם שהלכה לא תחול בגלל שמדובר בעבירת ביטוי ויש צורך להגן על חופש הביטוי. שניהם מדגימים את היישום של הלכת הצפיות על עבירות מטרה.

**לשון הרע – עבירה**

6.  המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת.

ההלכה: לגבי עבירת לשון הרע המעוגנת בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, הלכת הצפיות לא חלה.

ברק מזכיר שיקול אחד, בפס"ד ביטון, שהוא מאוד מעניין. הנקודה הזו קשורה לטענה של ברק המנסה להשוות בין עבירות התנהגות לתוצאה. ברק קובע כי לא ניתן להתעלם בכל זאת בהבדל שקיים בין עבירות כוונה תוצאתיות מול עבירות כוונה התנהגותיות. בסוף היסוד העובדתי מותנה בקיומה של תוצאה, ליסוד הנפשי מלווה חומרה המשתקפת ביסוד עובדתי אובייקטיבי, המשתקפת בתוצאה רעה שקרתה בעולם. ברק אומר שבעבירות כאלו יש מקום באופן גורף להנמיך את כלל היסוד הנפשי להחיל תמיד את כלל הצפיות. לכן, יש היגיון במחוקק, שעיגן וקבע שכלל הצפיות יחול תמיד בעבירות כוונה תוצאתיות. כי אומנם יש הנמכה של היסוד הנפשי, אך יחד עם זאת, בכל עבירות כוונה תוצאתיות חייבת להתקיים התוצאה, זאת אומרת שהן עבירות שבנוסף לחומה שיש למעשה, חומרה נוספת המשתקפת בנזק אמיתי שקרה בעקבות המעשים. לעומת זאת בעבירות התנהגות, שלא נלוות תוצאה מזיקה במישור העובדתי, זאת אומרת עיקר החומרה הוא בעצם בגלל ביצוע מעשי בליווי היסוד הנפשי. ולכן אומר ברק, שבעבירות כוונה התנהגותיות, יש מקום להותיר לבית המשפט את אותו שיקול הדעת האם להתיר את הלכת הצפיות ולהסתפק בוודאות מעשית, וכך להנמיך את רף הכניסה לעבירה. או שלא, האם באותו מקרה נכון להשאיר את הכוונה כרצון, לא להחיל את הלכת הצפיות ולהשאיר את הרף גבוה יותר. המהלך של ברק מזכיר את הרעיון שיש משחק בין יסוד נפשי לעובדתי: ככל שיסוד העובדתי הוא חזק יותר, מחמיר יותר אז ניטה להקל ביסוד הנפשי, אך כשהעבירה עצמה ביסוד העובדתי כוללת רק מעשה, אז להוריד גם את היסוד הנפשי הופכת את גבולות העבירה למאוד רחבה, אז זה עוד שיקול ברק משתמש בו ומסביר את ההיגיון של הדין השונה בין עבירות מטרה התנהגותיות לעבירות כוונה תוצאתיות.

1. **פזיזות**

אנחנו נמצאות בתוך הדיון סוגי יסוד נפשי חפצי שונה, נדבר על פזיזות.

פזיזות עצמה, אנחנו מדברות על שני סוגים, פרצופים שיש לפזיזות: קלות דעת ואדישות. מה שמעניין לדעת זה עד תיקון 39 לא הייתה בחנה בין סוגי הפזיזות, המשפט הישראלי נשען על המשפט האנגלו-אמריקאי, הנשען על שלוש אסכולות שונות: כוונה, פזיזות, רשלנות. אלו שלוש המדרגות הקיימות שההבדל בין כוונה לפזיזות זה שבכוונה יש אלמנט של רצון, ובפזיזות יש רק צפייה של פגיעה אפשרית.

תיקון 39 קובע תת אבחנה נוספת בין קלות לדעת לבין אדישות, בשניהם משותף שאין את הרצון הפוזיטיבי שיש בכוונה. ההבדל ביניהם, זה שבשניהם האדם לוקח סיכון בלתי סביר ביודעין, הוא פול כשהוא לוקח סיכון בלתי סביר ביודעין, ההבדל הוא שבאדישות לפועל לא אכפת אם הסיכון יתממש כן או לא, אך בקלות דעת הפועל מקווה שהסיכון לא יתממש.

נגענו בזה שיש לכאורה משהו פרדוקסלי במצבי הנפש האלו במקרים שאני צופה שמשהו רע יכול לקרות, אין לי רצון פוזיטיבי שהוא יקרה ובכל זאת אני פועלת. נשאלת השאלה למה שאדם יצפה משהו שהוא לא רוצה שיקרה, והוא יקרה. למה למרות שאני צופה ואני לא רוצה שזה יקרה, אני פועלת? כאן, האדישות וקלות הדעת נכנסים שני מקרים פרדיגמטיים קצת אחרים:

* את האדישות נראה במצבים שבהם אדם רוצה להשיג משהו מסוים אך כדי להשיג את אותה תוצאה הוא מבצע פעולה שגורמת לתוצאה שאין לו רצון מיוחד בה. אבל לא אכפת לא אם היא תקרה או לא תקרה. האדם יפעל לא כדי תוצאה תקרה, הוא אדיש לה, אך הוא רוצה שדבר אחר יקרה וכדי שהוא יקרה הוא חייב לבצע את אותו המעשה שתגרום לתוצאת לוואי. אותה תוצאת לוואי בדרך להשיג מטרה שהיא חשובה לאדם עצמו.
* קלות דעת- אנחנו מדברות על מקרה בו אדם מעוניין לשמור על הערך המוגן אך הוא בוחר ונוקט פעולה שתביא לפגיעה באותו ערך. זה לכאורה מצב שנראה מוזר. במאמרה של שפירא אטינגר היא מתייחסת למצבים של קלות הדעת, היא אומרת שמבחינת האינטואיציה המוסרית , מצב כזה שהאדם צופה תוצאת מסוימת אך לא רוצה שהיא תוגשם, מסמל פחות סלידה מוסרית מאשר אדישות מבחינת האנטי החברתיות אנחנו מרגישים שקל הדעת הוא פחות "רשע". אבל המקרים האלו תובעים בחריפות איזשהו הסבר להיתכנות הפעולה המנטלית הלא הגיונית הזו. למה שאדם יפעל בדרך מסוימת אם הוא כל כך רוצה למנוע אותה? במאמרה, היא קוראת למקרים האלו כמקרים של חוסר רציונליות, מבחינת ההיגיון הבריא אם אני מבינה שיכולה לקרות תוצאה שאני לא רוצה מההתנהגות שלי, אז לכאורה אדם רציונלי היה צריך להימנע. אומנם, במציאות עצמה אנחנו כן רואות את אותם המקרים. במאמרה, שפירא מנסה למצוא הסבר לתופעה הזו. קרן מכנה מצבים כאלו שאדם בצורה כנה מעוניין לשמור על אינטרס מסוים אך בו זמנית פוגע באותו אינטרס, בצורה לא סבירה, היא מכנה אותם כ"המהמר המטורף או העוול המוחלט", אלו אנשים שפועלים במקרה שבו הם בצורה כנה ביותר מעוניינים שערך המוגן לא יפגע ובכל זאת הם מצבעים מעשה בצורה שקולה ומודעת לחלוטין, ועדיין עושים היא אומרת או שהם מהמרים מטורפים או טיפשים גמורים. היא נותנת את הדוגמא של הרופאה: שרוצה לתת למטופלת תרופה מסוימת, ובארון תרופות יש עשרה בקבוקים לא מסומנים היא יודעת שתשעה מכילים תרופה טובה והאחרונה מכילה רעל. הרופאה בצורה כנה רוצה לעזור למטופלת, אך זו הסיטואציה שעומדת בפניה. הרופאה בוחרת באופן שרירותי לחולה ובאמת מקווה בכל ליבה שמודבר בבקבוק של התרופה האמיתית. בפועל מסתבר, שנפלה על האחד מתוך עשר, הבקבוק ברעיל והוחלה מת.

במקרה הזה, הרופאה היא לא רשעה מוחלטת, אלא להפך היא הייתה מעוניינת בכנות בשלום המטופל שלה. אך משום מה היא בחרה בהימור מסוכן ואף מוחשב שהבחירה שלה תביא לתוצאה היא מבקשת למנוע. ולכן, קרן אומרת שהדרך לנסות ולהסביר חלק מהמקרים של ההימור המטורף או העוולות המוחלטת, היא לראות את המקרים האלו כמקרים של מחשבת משאלה, מקרים שלא נובעים מתהליך הגיוני שהאדם עושה, אלא מה שמאפיין את מצבי התודעה האלו זה שלמות שהעושה מעלה על דעתו את האפשרות שהתוצאה תתרחש, הוא דוחה ומסלק את האפשרות הו לקצה של המוח שלו והוא מסגל השקפה שלא מבוססת באופן רציונלי למציאות. לא מדובר במקרים של אמונה או תקווה, אלא על מקרים שיש ממש הסתמכות, האדם משכנע את עצמו מקרין של אוטוסוגסטיה, מקרים שהאדם ממש משכנע את עצמו למרות שיש לו מידע אמור להוביל אותו לתוצאה מסוימת, הוא עושה מניפולציה במידע, משתמש במנגנוני הגנה שגורמים לנו לפרש את המידע הזה כמו שצריך לשכנע את עצמו שהדבר יסתיים בשלום. כלומר למרות שהאי הקונקרטי של הסיכון הוא אופי אמור לגרום לעושה להבין שיש סיכון קונקרטי ואמיתי, העושה עצמו בגלל שהוא מדחיק, מנסה לשכנע, ובגלל הנטייה הטבעית של האדם לייפות דברים ולראות אותם בצורה הנוחה לו, הוא בעצם הופך את הסיכון לתיאורטי. כשברור שמבחינת החיים האמיתיים זה סיכון בלתי סביר.

אז יכול להיות גם במקרים שבהם האדם אומר לעצמו שהתוצאה לא תקרה, שמדובר בסיכון שולי, כשבעצם הוא מודע לחלוטין לדברים, להסתברות הוא מרוכז לגמרי. הוא פשוט מפעיל מניפולציה הגורמת לו לפעול בצורה לא רציונלית.

יש לשים לב להבדלים בין פעולה מתוך יחס נפשי כזה לבין פעולה מתו רשלנות, אנחנו מדברות על הבדל עצום. אנחנו מדברות על מקרים שהאדם פועל בקלות דעת, הוא לחלוטין מודע לאפשרות התרחשות התוצאה, צפייה של האפשרות שהמעשים יגרמו לתוצאה מסוימת. בזה אני מבחינה את עצמי מהרשלן, שגם הוא פועל ולוקח סיכון לא סביר, אבל הוא לא מודע לאפשרות שהמעשים יגרמו לאותה תוצאה. אין לו אפילו אינפורמציה בראש, אין לו את הידיעה הזו. קל הדעת, יש לו את אותה אינפורמציה אך הוא בוחר להדחיק אותה ולא לתת לה משקל.

זה מבחין את הכניסה לעולם המחשבה הפלילית, שהרף המינימלי זו קלות דעת, לבין עולם הרשלנות המדבר על היעדר ואי ידיעה. קו הגבול בין העולמות לעיתים קו גבול דק. הסיווג של האדם כקל דעת, מכניסה אותו לעבירות המחשבה הפלילית. לעומת זאת הסיווג של האדם כרשלן, מכניסה אוו רק עבירות הרשלנות, היות ועבירות הרשלנות הן מעטות מאוד ובחלקן אין אפשרות של הרשעה ברשלנות. אז הרשלן יהיה זכאי לגמרי.

**סיכון בלתי סביר**

סעיף20 2ב

החלק המדבר על המודעות והרצון הוא בסוף, החוק פותח ומדבר על נטילת סיכון בלתי סביר. זאת אומרת היסוד הנפשי של קלות הדעת מבוסס על ההנחה שאדם נוטל סיכון לא סביר. אדם חייב ליטול סיכון לא סביר. מה קורה אם אדם נוטל סיכון סביר תוך שהוא צופה את גרימת התוצאה ומקווה למנוע אותה?

מקרה כזה לא נכנס לקלות הדעת. מקרה זה הוא לא יסוד נפשי פלילי. בחיים הרבה פעמים אנחנו נוטלים סיכונים סבירים תוך תקווה שלא יובילו לתוצאה, וזה בסדר. זאת אומרת הנקודה של יסוד נפשי של קלות הדעת, מחייב נטילת סיכון בלתי סביר. מחייב להראות שהמעשים שהאדם עשה פה הם נטילת סיכון בלתי סביר. איך אני למדה על הסביר או לא סביר?

זו שאלה נורמטיבית שבית המשפט צריך לדון בעניינה, להכריע מבחינה ערכית האם הסיכון שהאדם לקח הוא סביר או לא. בקביעה הזו, יש איזונים בין אינטרסים:
מצד אחד הוא מתחשב בנזק שעלול להיגרם מבחינת איכות, כמות ודרגת ההסתברות של הנזק, הערך המוגן וכו. מצד שני הוא שואל את עצמו, מה התועלת של אותה התנהגות, באותם מדדים, איזה תועלת מבחינת האיכות והכמות נקבל, וכו.
גם לדרגת ההסתברות שהנזק יתרחש, יש תפקיד בהכרעה הזו. ככל שההסתברות להתרחשות התוצאה נמוכה יותר, כך הסיכון יהיה יותר סביר. מנגד, ככל שההסתברות של הסיכון גבוהה יותר, כך הסיכון סביר. בית המשפט משקלל כל מיני סוגים של שיקולים.

פס"ד דויטש

פס"ד שלפני תיקון 39, מדבר על אדריכל שיצא עם פועלים שלו לחצב אבנים באיזשהו אתר טבע. והגיעו קחי ואמרו לו שאם ימשיכו לחפור באותו מקום יש סכנה של מפולת רצינית. האדריכל לא שמע לאזהרות מבחינת מניעים כלכליים. ובאמת המפולת כמו שהפקחים צפו התרחשה, ושניים מהפועלים שלו נהרגו. דויטש הועמד לדין בעבירת ההריגה ובית המשפט המחוזי הרשיע אותו. לפני התיקון לא הייתה אבחנה בין אדישות לקלות דעת אלא רק אבחנה בין כוונה לפזיזות. אך אם ניישם את האבחנה, באיזה מצב נפשי דויטש היה? קל דעת או אדיש? קל דעת, ברור שהוא לא רוצה שזה יקרה, אבל היו לו את כל הנתונים בראש והוא שוב בישראליות האופיינית קבע שלו זה לא יקרה, הוא דחק את האינפורמציה ולא לתת לה את המשקל הנכון והנמיך, כבסוף התוצאה קרתה. זה המצב הקלאסי בקלות הדעת.

אם נסתכל על דויטש מה אפשר להגיד? האם נטילת הסיכון היה סביר או בלתי סביר? היה סיכון של פגיעה בחיי אדם, מנגד התועלת שהרוויח זו תועלת כלכלית, כשידוע שבהשוואה הזו ערך חיי אדם קודם. מבחינת אפשרות הצפייה- מאוד גדולה, בשל אזהרת הפקחים. ועדיין בחר להמשיך לפעול.

כלומר, השילוב של ערך המוגן ויכולת הצפייה הגבוהה, ובכל זאת התועלת היא על ערך פחות חמור, ברור שזה נטילת סיכון בלתי סביר.

דרישת הסיכון הסביר באדישות

כשהמחוקק מגדיר אדישות הוא לא מזכיר את הנקודה של נטילת סיכון בלתי סביר, אם אדם פועל באדישות, למרות שלא כתוב או מצוין דרישת הסיכון הבלתי סביר, כולם מסכימים שצריך להוכיח סיכון בלתי סביר. זאת אומרת אם אדם פועל ולוקח סיכון סביר אך פועל בשוויון נפש, לא ניתן להחיל עליו אחריות פלילית.

 החוק לא ואמר כלום בשאלה הזו. וכאן יש מחלוקת בין מלומדים.

לגבי אדישות כולם מסכימים, שנטילת הסיכון הבלתי סביר נדרשת גם באדישות. למרות שהמחוקק לא מזכרי במפורש בלשון הסעיף שנדרש הוכחה של סיכון בלתי סביר. אך למה זה לא נכתב? קרמניצר טען שבעת החקיקה, לא רצו להכביד על התביעה את הצורך להוכיח את זה, משום שבמקרים בהם אדם פועל מתוך חוסר אכפתיות, נפוץ יותר שהאדם נטל סיכון בלתי סביר מאשר סיכון סביר.

דרישת הסיכון הסביר בכוונה

אותה השאלה מתעוררת לגבי כוונה, כדי שהתוצאה תקרה, האם צריך להוכיח גם נטילת סיכון בלתי סביר או סיכון סביר תוך פעולה בכוונה? פה מתעורר ויכוח בין המלומדים, לגבי כוונה. נראה כי הנקודה של נטילת סיכון סביר או לא סביר לא מופיעים בלשון הכוונה.

קרמניצר ממנסחי התיקון אומר שגם אם אדם פועל בכוונה, עדיין התביעה צריכה להוכיח סיכון בלתי סביר. הדרישה הזו וההבנה שצריך להוכיח סיכון בלתי סביר קיימת גם בכוונה. אבל אם האדם נטל סיכון סביר לא יורשע. קרמניצר עונה שהסיבה שלא כתבו את זה היא משום שבדרך כלל במצבים שאדם פועל מתוך רצון, יותר הגיוני שהוא נטל סיכון בלתי סביר. כשאדם יודע שתתרחש התוצאה והוא גם רוצה שהיא תקרה, במצבים כאלו תידרש הוכחת סיכון בלתי סביר. קרמניצר אומר שזה מצב שדי ברור שיקרה וכדי לא לעכב את המשפט בכוונה לא כתבו את זה, בדומה לאדישות.

לעומת זאת, לגבי כוונה, קוגלר חולק על קרמניצר. קוגלר קובע שלא צריך להוכיח שהנאשם נטל סיכון בלתי סביר. כלומר הדרישה הזו של סיכון בלתי סביר בעצם יורדת. גם אם הסיכון הוא סביר לפי קוגלר, אם האדם פעל מתוך רצון שהתוצאה תקרה, האדם יופלל. זאת אומרת, קוגלר אומר כשאדם פועל מתוך רצון לפגוע בערך חברתי מוגן, האנטי החברתיות כל כך גדולה שהיא מספיקה לכונן את מידת האשמה המסורית המצדיקה הפללה גם אם הסיכון שלקח הוא סביר. הרשעות שלו כל כך גדולה נוסעת מהרצון.

קרמניצר לא מסכים, אם הסיכון שהוא לקח סביר, לא צריכה להיות הפללה.

יכולים להיות מקרים שהאדם נוטל סיכון סביר ביודעין, שהנאשם צופה את התרחשות התוצאה, ובכל זאת הסיכון שלו הוא סביר? עדיין יודע שהתוצאה תקרה. ניתן לחשוב על כל מיני מצבי חירום אמיתיים, ולוקחים סיכונים סבירים שהם יודעים שהמעשה שלהם יכול לגרום לתוצאה קטלנית, ועדיין המעשה מתבצע. כדוגמא: ניתוח (סכנות בעקבות הניתוח).

דוגמא מהתחום הפלילי שבית המשפט מנתח את פעולת הנאשם דרך דוקטרינת סיכון סביר ומגיע למסקנה שהסיכון סביר.

פס"ד צור

ערעור פלילי 78\364 פס"ד שעסק ברשלנות, היסוד הנפשי הוא רשלנות. גם ברשלנות יש צורך להוכיח סיכון סביר. הדוקטרינה משותפת גם לקלות הדעת וגם לרשלנות. לעניין הסיכון הסביר:

חברות מטיילים יצאה לטייל בנחל והמדריכים של הקבוצה צפו בדרגת הסתברות לא גבוהה שיש שיטפון. המדריכים היו מודעים לכך, של הסתברות של כמה הסתברות אחוזים. הם התבלטו אך החליטו בסוף לצאת לטיול. החברה מגיעים ומחיל שיטפון, לא מספיקים לחלץ את המטיילים וחלק מהם מתו. מעמידים אותם בדיעבד לדין על רשלנות. הטענה הייתה שהמדריכים לא צפו את אפשרות גרימת התוצאה, במקום שאדם סביר יכל לצפות. לעומת קלות הדעת, היו צריכים להראות שצפו את האשפרות אך קיוו שלא יקרה.

מה שקרה במקרה הזה, המחוזי הרשיע אותם בגרימת מוות ברשלנות. העליון זיכה אותם.

בית משפט השלום קובע שבכניסה לנחל לא היה צופה את השיטפון ולא היה יכול לצפות את התקיימות השיטפון ולכן אין הרשעה, לא מתוך שאלה של סיכון סביר או לא סביר אלא בשל הכרעה של יסוד נפשי של רשלנות. בית המשפט השלום קובע שהם אפילו לא היו רשלניים.

לאחר ערעור למחוזי והפיכת פסק הדין, בית המשפט העליון מזכה אותם. ובנוסף לכך שהוא קובע שהם לא היו רשלניים, העליון מוסיף סיבה נוספת לזיכוי, שהיא סיכון סביר. בית המשפט בא ואומר שהסיכון שהמדריכים לקחו היה סיכון סביר, כנגד הנזק שהיה נורא, צריך לזכור את התועלת שקרתה- לפרט ולחברה, להסתברות הנמוכה וכו. באיזון הזה בין האינטרסים יש סיכונים שמותר לקחת. זאת אומרת שגם אם בסוף האדם גרם לנזק, זה לא אומר שהנזק שלו תמיד מגלם סיכון לא סביר. בית המשפט בפס"ד הזה קובע כי במקרה הזה, מוצדק היה ליטול את הסיכון בשל הערך החברתי הערך- ערך ידיעת הארץ וטיולים. אם על התרעה הכי קטנה על סיכונים אנשים לא יצאו לטיולים, מה שמונע את הערכים הללו. מכיוון שמדובר בעניין ערכי זה פתוח להכרעת בית המשפט וזו הבעייתיות בדוקטרינה הזו. הנאשם רק לאחר הגעתו לבית המשפט, בית המשפט בדיעבד מנתח האם הסיכון היה סביר או לא, מה שמערער את הוודאות המשפטית. אדם לא יכול לדעת האם מעשים מסוימים שלו יקבעו כמעשים של נטילת סיכון בלתי סביר או לא.

פס"ד מזרחי

מדובר באדם, ניתן בגרימת מוות ברשלנות, אדון מזרחי נוהג בכביש בינעירוני, היו מגוון של מסלולים, הוא נוהג במהירות המותרת, באיזשהו שלב ילדים מגיעים משום מקום, הוא מפחית את המהירות ומשאית שעוברת באותו הרגע מסתירה לוט את שדה הראיה שבסוף הוביל לדריסת הילדים. מזרחי עומד לדין על גרימת מוות ברשלנות, בית המשפט עורך דיון שלם על גרימת מוות ברשלנות.

מבחינת בית המשפט הסיכון שנטל לא סביר, ברגע שהוא ראה את הילדים הוא היה חייב לעצור. השופט זוסמן, דעת מיעוט, בא ואומר שנכון שצריך לצפות מילדים כל רגע ורגע לקפוץ לכביש, אך הסיכון שמזרחי לקח הוא סיכון סביר. ברגע שמזרחי האט את המהירות בכביש בין-עירוני, למרות שלא עצר לחלוטין, מזרחי נקט סיכון סביר. יש לשים לב לתועלת שבהתנהגות, אם אדם רואה ילדים יידרש להאט ולהוריד את המהירות, אנשים אל יוכלו לנסוע בדרכים מהירות ואף נוצר סיכון לנהגים שמאוחרי הנהג. זוסמן נכנס לנעלי מזרחי וקבע שהיה בסיטואציה בלתי אפשרית.

בית המשפט אומר שאל מול הערך של חיי בני אדם יש לשקול את הערך של נסיעה בכביש.

ההכרעה הנורמטיבית בסוף של מהו סיכון סביר הוא של בית המשפט. זו שאלה שבתי המשפט דנים בה ואף הכרעה שיכולה להפיל את ההרשעה.

**קלות הדעת בשיטות משפט שונות**

קלות הדעת בשיטת המשפט הגרמנית

נחזור לאפיון של קלות הדעת, מעניין לראות את המשמעות של קלות הדעת במשפט הגרמני. בגלל מלחמת העולם השנייה הגרמנים הלכו לקצה השני, המשפט הפלילי הוא משפט שמאוד מכבד את עיקרון האשם. מאוד נזהר בהרשעה של נאשמים ונותן מקום נרחב לכבוד הדאם. במשפט הגרמני כבוד האדם היא זכות מוחלטת שלא ניתן לפגוע בה. זה נובע וקשור לכל הלקחים שנבעו ממלחמת עולם השנייה. ניתן לראות את ההשפעות של המלחמה גם על דיני העונשין. מאוד רגיש לרזולוציה ונכנס לניואנסים יש מגוון חלוקות המנסות לקבוע את האשם של האדם, ואל להכניס את האדם לקטגוריה גסה, וזאת בניגוד למשפט האנגלו-אמריקאי.

הגרמנים יש להם עוד יותר חלוקה דקה ורגישה, הם רוצים לסווג את הסוד הנפשי בדר שהיא מתאימה למצב נפשו של האדם. ולהתאים לו את אחריותה פלילית והיקף הענישה שהכי מתאימים אליו.

בהקשר של קלות דעת, קלות הדעת של המשפט הגרמני, מאוד מעניינת ושונה מקלות הדעת של המשפט הישראלי. במשפט הגרמני בעולם המחשבה הפלילית הוא כולל בעצם כוונה שמתחלקת לשתיים: שהיא כוונה ישירה: רצון, וכוונה עקיפה: שהיא הלכת הצפיות. ואדישות, שאלו המקרים שלאדם לא אכפת. זה אצל הגרמנים מחשבה פלילית, לעומת זאת המקרים יוצאי הדופן שהם המקרים המסמלים את עולם הרשלנות, שהוא החריג. המקרים שהם מהווים רשלנות הם כל המקרים בהם האם נוטל סיכון בלתי סביר בין אם הוא עושה את זה מדעת, כלומר ביודעין ובין אם הוא עושה את זה שלא מדעת. שזה בהיעדר מחשבה פלילית. כל המקרין הללו נכנסים לרשלנות.

החיתוך נעשה במקום שיש בחירה, שהאדם בוחר לפגוע בערך חברתי מוגן נכניס אותו לעולם המחשבה הפלילית, מתי זה קורה? או שהו פועל בכוונה, צופה בוודאות מעשית או כשלא אכפת לו. אבל במקרים שהאדם נוטל סיכון בלתי סביר במצב שהוא מקווה למנוע, גם אם הוא עושה את ביודעין או שלא, אין פה בחירה, אין פה אני- חברתיות מספקת. במה זה שונה מהמשפט הישראלי? אם נדבר על המשפט הגרמני במושגים הישראלים? איפה קו הגבול בין המחשבה הפלילית לרשלנות? הגרמנים שמים את קו הגבול בין האדישות לבין קלות הדעת. מבחינת הגרמנים האדישות מסמלת את קו הגבול הנמוך ביותר של הכניסה למחשבה הפלילית כי האדישות היא מקום עדיין ניתן להגיד שהנאשם בחר לפגוע בערך החברתי המוגן. הקלות הדעת היא מקרה שבו הנאשם קיווה לא לפגוע בערך המוגן, נכון שהוא פעל ביודעין ונטילת סיכון לא סביר, אבל הוא קיווה לא לפגוע. ולכן בעיני הגרמנים אין פה בחירה במובן האנטי חברתי שקיימים במקרים של אדישות ומעלה. לכן, הגרמנים מוציאים את קלות הדעות מכניסים אותה לעולם הרשלנות, הם מרחיבים את דוקטרינת הרשלנות על חשבון הצרת דוקטרינת המחשבה הפלילית. יש פה משמעות מהותית מאוד גדולה:
כי אם אצלנו קל הדעת נכנס לפזיזות והיא בעצם נכללת במחשבה הפלילית, זאת אומרת שקל הדעת נכנס לעבירות הנחשבה הפלילית הוא מסמל את הגבול. כתוצאה מכך, מי שקל דעת יהיה חשוף ויוכל לשאת באחריות לרוב העבירות שקיימות. לעומת זאת, הגרמנים, מכיוון שקלות הדעת לא נכנסת למחשבה הפלילית ונתפסת בסוג של סוג נפשי חריג נכנסת לתוך הרשלנות, קלי הדעת במשפט הגרמנית לא יופללו כי רשלנות נחשבת כחריג, שמעטות מאוד. לכן קלי הדעת או שלא יופללו בכלל אם אין עבירת רשלנות במעשה והיסוד הנפשי שמצוין בעבירה הוא אדישות או שהם יופללו מקסימום בעבירת רשלנות. במשפט הגרמני מי שפועל בקלות דעת לא יישא באחריות פלילית. בכתיבה יש המון התעסקות בקו הגבול בין קל דעת לאדישות. בישראל קו הגבול יהיה בין קלות הדעת לרשלנות, שזה מה שמסמל את קו הגבול בין המחשבה הפלילית לרשלנות, לקו שיורשעו לבין אלו שלא. מעניין לראות איך כל שיטת חיתוך שונה במשפטים שונים, מראים על כתיבה והתעסקות בנושא אחר.

קלות דעת בשיטה האנגלו האמריקאית

בשיטה האנגלו-האמריקאית הוא הכי גס, קו הגבול המעניין הוא בין פזיזות לרשלנות. הם פחות מכירים בקטגוריות קטנות הנכנסות לרזולוציה. מה שמוביל להחמרה עם הנאשמים.

קלות דעת בשיטה האנגלו הישראלית

בתיקון 39, הכניסו את האדישות. עד תיקון 39 הדין הישראלי היה הדין האנגלי. את האדישות הכניסו בתיקון 39 מתוך תקווה והרצון לייצר הבחנה יותר נאמנה לעקרון האשם, אבחנה שעושה הבחנות דקות ורגישות יותר למצבי האשמה דל הנאשם. יחד עם האימוץ של קלות הדעת מהמשפט הגרמני, חל שינוי: לא הכנסנו את קלות הדעת עם הרשלנות אלא עם המחשבה הפלילית. קלות הדעת כן נכנסת לסעיף 20.
עד לרפורמה בעבירות ההמתה, לא היו עבירות ספציפיות בחוק העונשין שהבחינו בין אדישות לקלות דעת. לא הייתה עבירה פלילית עד לרפורמה שהיסוד הנפשי המינימלי שהמחוקק נקב היה אדישות: כלומר או כוונה או קלות דעת בעבירה שותקת. ואז התעוררה השאלה למה שתהיה הבחנה בין אדישות לקלות דעת? התשובה הייתה שלא סתם חוקקו משום שהתקווה הייתה שהמחוקק יתחיל לעשות רפורמות בחלק הספציפי, וכל פעם ינסה נסח מחדש, ולעודד אותו להשתמש במדרג של העבירות. וזה מה שעשו ברפורמת עבירות ההמתה, שזה המקרה הראשון לאחר התיקון לוקח חלק בפרק הספציפי ויוצר מדרג של עבירות, אנחנו מקבלות מדרג שעושה הבחנות יותר רגישות לכל מקרה. וזו הייתה השאיפה של קרמיצר ופלר.

אומנם, יש תקווה בהמשך שהמחוקק יוצא את עבירות קלות הדעת והמדרג יתחיל מפזיזות, מה שיקרב אותנו לדין הגרמני. מה שיוביל לתיקון החלק הכללי, סעיף 20 והכנסת קלות הדעת לרשלנות.

לסיכום: בעוד שבאנגליה הרזולוציה של האבחנות בין היסוד הנפשי קווי החיתוך גסים יותר, יש להם רק כוונה, רשלנות, פזיזות. לעומת זאת בגרמניה חותכים את קו הגבול התחתון של המחשבה הפלילית אחרי רשלנות. הם רואים את קלות הדעת ככזו שנכנסת כבר לעולם המחשבה הפלילית. הרציונל הוא שבאותם מקרים שבהם הנאשם לא רצה לפגוע בערך המוגן, אנחנו מדברים על אשמה מופחתת. מה שמשותף לאישות ומעלה הוא שהנאשם לא לא רצה לפגוע, אלא לא היה אכפת לו, הוא השלים עם זה, יש כאן בחירה. הרבה מאוד מהדיונים בספרות הישראלית הם סביב הקו הזה. זאת כי הסיווג בין קלות דעת לרשלנות יקבע אם הנאשם ייכנס למחשבה הפלילית או לא.

המאמר של קרן שפירא

**קרן שפירא צוללת לתוך הניסיון להבין מה זה בעצם קלות הדעת? איזה מין סוג יסוד נפשי זה? שאנחנו אומרים שהאדם צופה את אפשרות התוצאה, לא רוצה שתקרה אך בכל זאת פועל. דיברנו על סוג אחד של קלי הדעת, שהם המהמרים המטורפים\ העוולים המוחלטים. האנשים האלו שבכל זאת לוקחים סיכונים מסוכנים ובכל זאת פועלים, הם אלו שמסוגלים לקח סיכונים מטורפים. אך האם זה הטיפוס שיכול להסביר את הטייפ קאסט הקלאסי של קלות הדעת?**

**שפירא אומרת שלא, יש טיפוסים אחרים שהם הרוב, המהמרים המטורפים הם הקיצוניים, אך האנשים שיותר שכיח לראות אותם זה לא אנשים שהן מהמרים מטורפים. אבל אז איך אפשר להסביר? שהם צופים את האפשרות לא רוצים אותה אך בכל זאת פועלים?**

**היא מציעה לעומת זאת היא אומרת שיש אנשים שהחסר במחשבה הפלילית שלהם לא באה בשאלה האם הם מודעים אלא עד כמה הם מרוכזים, עד כמה שהם נותנים את דעתם ולא משייטים באטמוספרה אחרת? לדוגמא: נוסעים וחושבים על מיליון דברים ולא שמים לב לנהיגה. ברור שכל רגע בזמן הנהיגה אנשים מודעים למה שקורה, יש הרבה פעולות שנעשות על הטייס האוטומטי. זה מה שהיא אומרת והאתגר שהיא לוקחת על עצמה הוא אתגר של לנסות ולהבין ולתרגם את מושג המודעות בצורה שהיא פחות בינארית ומלמדת אותנו שמושג המודעות הוא מושג יותר מורכב. חוק העונשין מניח או שיש מודעות או שאין, שפירא אטינגר אומרת שזה שהדוקטרינה והמשפט הפלילי מאמץ חשיבה דיכוטומית לתוך הדוקטרינה, יש חטא למציאות. כי במציאות רובה היא שאנחנו לא על הקצה, אלא על הספקטרום שבאמצע- מודעות וכל האינפורמציה לאפשרות שתקרה אך אנחנו לא נותנים את דעתינו, אנחנו לא משתמשים בזה.**

**שפירא מתחילה את המאמר במקום שהיא אומרת שבגלל שהמשפט הפלילי מורגל לחשוב בצורה דיכוטומית אז בכל אותם מצבי הביניים במודעות החלקית, בתי המשפט צריכים להחליט לאן לדחוף את המקרה- או לדחוף למראה של מודעות מלאה, ולכן רשעה, או מודעות חלקית ואז דוחפים לרשלנות. המשפט הפלילי מספק פתרון לא מספיק משוכלל ולא מייחס את מידת האשמה הנכונה עבור המעשים שהוא עושה, הוא עושה סוג של עבודת עיגול פינות, לא ניתן לתפור עבירה לפי מידת השמה ולכם יש דחיפה לשני הקצוות. שפירא הציעה להסתכל על עולם המחשבה הפלילית כעולם מורכב יותר, כתופעה לא בינארית של כן או לא, אלא תופעה שצריך להבין אותה על הרצף.**

**על הספקטרום הזה היא באה ואומרת שיש לפרק את ההבנה של מושג המודעות על שני צירים:**

1. **רוחב המודעות- רוחב המודעות זה ציר שמייצג את המודעות להסתברות התרחשות התוצאה, עד כמה האדם מודע להסתברות שהתרחשות התוצאה שהמעשים שלו יכולים לגרום לה.**
2. **עומק המודעות- מידת סח הדעת, כן או לא. עד כמה האדם נתן את דעתו ומרוכז.**

**ויש את ראשית הצירים שזה כלום. על ראשית הצירים יש את הרשלן, אפס מודעות ואפס ריכוז, פשוט כלום.**

**המהמר המטורף נמצא במקום בו יש את המקסימום של ריכוז ומקסימום של מודעות- מודעות מאוד גבוהה להסתברות התוצאה. אך ההסתברות שלו למודעות יכולה להשתנות לפי הנתונים. כלומר הריכוז תמיד יהיה מקסימאלי ורוחב המודעות תמיד תשתנה. המהמר המטורף הוא תמיד יהיה גבוהה, כי הוא כל הזמן מאוד מרוכז. מידת המודעות שלו להסתברות היא זו שיכולה להשתנות לפי הנסיבות והסיטואציה. (דוגמת הרופאה והרעל).**

**כל אחת מהנקודות על הגרף מייצגים קלי דעת פוטנציאלים...............................................כל המרחב הזה זה מרחב של קלי דעת פוטנציאלים. והבעיה של המשפט הישראלי שהוא לא מכרי בכלל בציר ה Y רק בציר הX- מודע לאפשרות שזה יקרה או לא. זה חוטא לאופן שבו יש לתאר את המציאות, כי היא הרבה יותר מורכבת.**

**מבחינת השיפוט המוסרי של קלות הדעת באמת צריך להיות ביחד עם האשיות? איפה היא ממקמת את קל הדעת בין האדישות לרשלנות? האם היא מויעה את קלות העדת לרשלנות כמו המשפט הגרמני? וכו.**

**לעומת הגרמנים שפירא אומרת שמבחינת החומרה ומידע האשם יש בקל הדעת אשמה שמצדיקה לראות אותו ככזה שצריך להיכנס לעולם המחשבה הפלילית, אדם שלא מרכוז זה מראה שהוא לא מספיק רגיש למה שקורה. האדם הבוחר בעצם להתעסק בעניינים אחרים כשהאינפורמציה הזו נמצאת אצלו. הוא לא עושה את העיבוד ובזה נעוצה האנטי חברתיות שלו. ובאותם מקרים של מודעות חלקית, יש צורך למצוא קטגוריית ביניים בין האדישות לקלות הדעת. היא מנסה להגיד שיש מצב חדש ולכן או שיש לשים אותו בתוך המחשבה הפלילית לגמרי האו ליצור קטגוריית ביניים בין רשלנות למחשבה פלילית. בשור התחתונה אתינגר טוענת כי יש צורך להבין את המושג בצורה יותר מורכבת מאיך שהוא מובן היום.**

**הצעה 1: רשלנות, קלות דעת, מחשבה פלילית- מה היתרונות בזה? זה בדיוק נותן את הפתרון ולאפשר את מידת האאשם למידת האנטי חברתיות של האשם. זה נותן את המענה לא לזרוק את האשם לאחת מהקטגוריות אלא למצוא קטגוריה יותר נכונה ורגישה לאשם.**

**המשפט הישראלי לא מכיר בניתוח הזה, יש פסד אחת ..... שעסוק בעבירת הריגה ומזכירים את המאמר של שפירא, ואין היום הכרה בסיפור של המושגיות הזו. אך זו דרך לחשוב וכלי אנליטי שבעזרתו ניתן לחשוב על המצבים האלו.**

**סייגים לאחריות פלילית**

המשפט הפלילי של הגרמנים בנוי על הניסיון לייצר אבחנות יותר דקות ממה שמקובל אצלנו. בהקשר של הסייגים יש לגרמנים את התפיסה של האבחנה בין סייגים שהם פטורים לבין הצדק. יש סייגים שהרציונל לתת אותם הוא כי מוצדק באותה סיטואציה מבחינה חברתית, המחוקק חושב שבמצב שבו אדם פעל תחת הסייג הזה הוא פעל בדרך מוצדקת. כלומר אם הוא שוב יקלע לסיטואציה הזאת כך הוא צריך לנהוג. למשפט הפלילי יש תפקיד אקספרסיבי, המסר החברתי שעובר הוא שונה בין הצדק למקרה של פטור לא היה מוצדק לפעול ככה, מוסרית לא אמורים לפעול ככה. אבל בסיטואציה האנושית שהאדם נקלע אליה אי אפשר לצפות ממנו לנהוג אחרת, זה הטבע האנושי. לעומת הצדק, שבמקרים האלה המחוקק אומר שמוצדק לפעול כך במקרים האלה.

רשלנות

יוצאים מעולם המחשבה הפלילית. נתפסת כסוג של אשמה, סוג של יסוד נפשי. ההבדל הוא שהרשלנות נתפסת כסוג מידת אשמה שהיא פחות חמורה, אבל עדיין משקפת מידה של אשמה שבעיני המחוקק הישראלי מצדיקה הפללה.

ס' 21- על ס' 19 דיברנו על כך שברירת המחדל שלנו היא מחשבה פלילית, אלא אם המחוקק ציין אחרת וזה כתוב בעבירה. מה הדילמה של המשפט הפלילי סביב היסוד הנפשי הזה? קיימת מחלוקת בשאלה האם היא מקימה בסיס שהוא מספיק להפללה? יש שחושבים שיש איזושהי אנטי חברתיות מסוימת ברלשנות, ומנגד יש כאלו הטוענים כי אין הצדקה להפליל רשלנות:

* + - 1. חוסר בחירה- אחד הטיעונים הוא בכיוון של אשם, שמקושר לרעיון הבחירה. יש שאומרים שאשם בנוי על קבלת החלטות מודעות. בחירה הנדרשת לאשמה בגלל שהיא נגזרת מתוך עקרון האוטונומיה. הטענה היא שמי שבכלל לא היה מודע לזה שהמעשים שלו יפגעו בערך המוגן- קשה לומר שהוא בחר במובן הפוזיטיבי. הוא לא בחר לפגוע בערך המוגן, קשה לומר שהייתה בחירה במובן הזה. אם ברשלנות אין בחירה- אין בסיס לאשם מספיק. בענפי משפט אחרים לא תהיה בעיה להסדיר את זה (נזיקין וכו') אבל לא בפלילי, אין מספיק אשמה כדי להפליל. לכאורה אין בחירה ברשלנות.

טיעון הנגד לעניין חוסר האשם יהיה גם ברשלנות יש בחירה לא לשים לב, לא לחדד את החושים, לא להיזהר. אם אדם בוחר לשים את תשומת הלב שלו לדברים מסוימים על פני אחרים, זה חלק מבחירה ערכית. אדם בחר לשים את תשומת הלב שלו על הדברים הלא נכונים ולכן הטענה היא שגם ברשלנות כן יש בחירה ויש אשם.

* + - 1. כולנו רשלנים- טיעון אחר הולך על הכיוון של חוסר הגינות, הטענה היא שכולנו באיזשהו מקום רשלנים כל הזמן, עושים כל הזמן מעשים שאדם מן הישוב יכול היה לצפות ואנחנו לא צופים. יש משהו בטבע האדם שכולנו לא מספיק נותנים דעתנו לדברים. ואם זהו טבע האדם ואין שום דרך סבירה לחיות חיים נורמאליים בלי להיות לפעמים רשלנים, ברור שאי אפשר להשתמש בהפללה- הרי כל הרעיון של המשפט הפלילי הוא להפליל את הלא נורמאלי, האנטי חברתי. מתנגדי הפללת הרשלנות טוענים שאם כולנו מסכימים שרשלנות היא מצב מאוד שכיח בחיים, כנראה זה לא סוג המצבים שהמשפט הפלילי צריך לטפל בהם.
			2. קושי בהרתעה- יש כיוונים שמדברים על הקושי בהרתעת הרשלן. אם ההצדקה היא משיקולים של תועלתנות (ולא גמול) תועלת- מה יצא לי מזה, יש שאומרים שאי אפשר להרתיע בכלל רשלנים. אם אדם לא מודע, גם אם יהיה עונש זה לא ירתיע אותו כי הוא בכלל לא מודע שהמעשים שלו יגרמו לתוצאה. קשה לבנות תמריצים לאנשים שבכלל לא מודעים. התשובה לטענה הזו תהיה שאפשר לעורר מודעות, לעודד לבדוק כל הזמן, להיזהר, אנשים יחדדו את החושים שלהם.
			3. הרתעת יתר- טיעון נוסף הוא הרתעת יתר- אם אנשים ידעו שמפלילים אותם על כל דבר שהם התרשלו בו, הם יפחדו לחיות. זה יצור אפקט מצנן על ההעזה של אנשים לחיות בחיים כמו שצריך, תוך לקיחת סיכונים.

בספרות אפשר לראות שיש ויכוחים.

הדין המצוי- ס' 21- מחולק לכמה רכיבים, דרישות.

1. אי מודעות לטיב המעשה/נסיבות/אפשרות גרימת התוצאה

הוא אומר שלא רק שהוא חלם בכלל שהמקרר

ביהמ"ש אומר שיש לו הזדמנות דרך הדוקטרינה של רשלנות לייצר … של ערכים, בגלל שזה מושג חיצוני אובייקטיבי לנאשם אפשר לקבוע שהוא יכול היה לצפות … וככה מחנך אנשים לשפר את דרכיהם, את מידת הזהירות שהם צריכים לנקוט בה. הבעיה היא במושג אדם סביר, ביהמ"ש לא בודק את השאלה הזאת ברמה אמפירית, מה אנשים סבירים חושבים, כמו שניתן היה לצפות ממבחן כזה. אלא הוא לוקח את המושג אדם סביר והופך אותו למושג נורמטיבי. אבן הבוחן שלו לסבירות לא הופכת להיות מה אנשים חשבו, אלא **מה ראוי** שאנשים יחשבו, וככה בעצם הוא מנסה ליצור סטנדרט של זהירות, כשבפועל הרפרנס הוא לא האדם הממוצע אלא כל אחד מאיתנו כשאנחנו שואפים להכי טוב שלנו, כשאנחנו במיטבנו. ולכן בסופו של דבר בתי המשפט הפכו את דוקטרינת הרשלנות לדוקטרינה שבאמצעותה הם יכולים לנסות לייצר כל מיני סטנדרטים של התנהגות תוך שיקולי מדיניות. המבחן הופך להיות מבחן נורמטיבי-ערכי ולא … אובייקטיבי.

תיקון 39 עשה "תרגיל"- הייתה ביקורת על ביהמ"ש שלא מדברים באדם הסביר על אדם אלא על מלאך. הטענה היא שצריך להוריד קצת את הרף, אנשים סבירים הם לא אנשים מושלמים.

דוגמא להלכה של אחרי התיקון- **גלינה יעקובוב**- ביהמ"ש הרשיע על גרימת מוות ברשלנות, ביהמ"ש אומר שאדם סביר שהערכים שלו הם הערכים שאנחנו רואים כערכים הראויים- לא היה עושה את זה. "אותו אדם מן הישוב, ידענו כולנו כי הוא חלף דיבור מהאדם הסביר …." (ציטוט מהפס"ד- לחפש).

בתוך הנושא של רשלנות יש עוד תת-ויכוח- איך לעצב את הרשלנות? האם ללכת על מודל של רשלנות אובייקטיבית, בה משווים את הנאשם לאדם סביר/אדם מן היישוב, אבל לא לעצמו אלא אדם אחר שמייצג סט של ערכים שאליו אנחנו רוצים להשוות, או שאנחנו רוצים להשוות לנאשם עצמו במיטבו? במקרה הראשון, רף ההשוואה הוא חיצוני לנאשם. לעומת זאת השני הוא מודל שמתקרב קת יותר לרעיון של אשמה, אנחנו משווים אותו למה שהוא יכול היה להיות מודע. מה שהגרמנים עשו זה ללכת על המדל של הרשלנות האינדיבידואלית. הם שואלים את עצמם האם הנאשם לא היה מודע מום שהוא עצמו על הכישורים שלו, נסחיון החיים של וכו'- יכול היה להיות מודע. כך הם מצמצמים את הפער שיש מבחינת אשמה בין ההסתכלות על מה שקורה לנאשם עצמו לבין ההסתכלות החוצה ממנו. יסוד נפשי צריך תמיד להתמקד בנאשם עצמו. אנחנו מייצרים משהו שנאמן יותר לעקרון האשמה, משהו שהוא מידתי יותר.

עצרנו בנושא של הבחנה בין רשלנות כמודל הרשלנות האובייקטיבית למודל הרשלנות הסובייקטיבית: תיקון 39 לקח את המונח באדם סביר והחליף אותו לאדם מן היישוב, שהרעיון היה לצקת לתוך המושג הזה תוכן יותר "ארצי" ובפועל בתחי המשפט לא שינו בצורה משמעותית את הפרשנות של אדם מין היישוב כמה שראו קוד לכן את האדם הסביר, הם בעצם באו ואמרו כי מדובר באדם המייצג את הנורמה הראויה בעיני בית המשפט. אותו יציר של בית המשפט שמייצג את הערכים הראויים ודיברנו גם על הקושי בפרשנות הזו.

נבקר את האדם מין היישוב לשני מודלים הקיימים בעולם: רשלנות אובייקטיבית וסובייקטיבית.

בעצם האשלה שנשאלת היא עד כמה הבחינה של, עד כה שאנחנו בוחנם את הרשלנות אנחנו צריכות לקחת בחשבון מאפיינים אישיים של הנאשם עצמו או שנצטרך לדבר ולהשוות אותו לאדם אחר ממוצע שלאו דווקא יש לו את אותן התכונות והמאפיינים שיש לנאשם הקונקרטי. במילים אחרות: עד כמה מודל הרשלנות צריך להיות מותאם לנאשם הקונקרטי. אמרנו שכל הרעיון ברשלנות, הנאשם עצמו לא היה מודע ונקודת הייחוס שלנו הוא אדם אחר החיצוני לנאשם. מי זה אותו אדם שנשווה אותו לנאשם? האם זה מוצע כלשונו? אדם מושלם? או אדם מושלם או ממוצע עם תכונות הנאשם עצמו?

**שני מודלים של רשלנות**

ניתן למצוא בגישות משפט שני מודלים:

רשלנות אובייקטיבית

מבחינה היסטורית פותח במשפט האמריקאי. אגב הגישה האמריקאית לא כל כך אחידה אך הגישה הקלאסית הייתה רשלנות אובייקטיבית, שבעצם אנחנו משווים את הנאשם שלנו לאדם מין היישוב, אדם אחר, שלא הכרח בעל אותן תכונות של הנאשם. הוא מייצג אדם אחר, דמות ייחוס שאליה אנחנו משווים, ובעצם יצא שנאשמים שונים שיש להם תכונות ומאפיינים שונים כמו: רמת משכל, גיל, ניסיון וכו. אנחנו משווים את כולם לאותו סטנדרט, לאותו אדם סביר, אדם מין היישוב, לאותו אדם ממוצע בית המשפט מסתכל עליו הרציונל שעומד מאוחרי הסיפור של המודל האובייקטיבי זה שאנחנו רוצות במשפט הפלילי לייצר הגנה לערך המוגן שתהיה שווה לערך המוגן. בעצם כשאנחנו משרטטות סוג של רפרנס שהוא אחיד כלפי כל נאשם באשר הוא, אנחנו יוצרות את גבולות של הפללה שמוחלות באופן שווה. ובכך שירטוט הגבולות המשפטיים בין המותר לבין האסור, ואני מגנה על הערך המוגן, באופן שווה וזהה לגבי כל הנאשם יהיו אשר יהיו. התפיסה של הגישה אובייקטיבית אומרת שזה לא משנה מי הנאשם הקונקרטי שעומד מולי, אלא שהסטנדרט שאני צריכה להשוות הוא אחיד, הוא צריך לחול ביחס לכל הנאשמים באופן גורף, וכך מסרים פשוטים ואחידים יותר. מאוד ברור מהי ההתנהגות הפסולה, אנחנו רואים אותו כסטנדרט, וכל אדם שלא מגיע אל הסטנדרט נראה אותו כרשלן, כנכנס לתוך התחום הפלילי. יש פה העצם יתרון של אחידות מבחינת הסימון של היקף ההגנה של הערך המוגן, ובמקביל על הסטנדרט האובייקטיבי יותר קל להפעיל משום שהוא לא מחייב מבחינה פרטנית, לבדוק מהן התכונות הספציפיות של הנאשם שעומד מולי ואיך אדם מין היישוב עם אותן תכונות היה מתנהג. בהסתכלות על סטנדרט אחד ואחיד יותר פשוט להפעיל את זה בכל מקרה.

כמובן שהגישה הזו לא נקייה מקשיים. הקושי בעיקר מתעורר שאנשים שבדרך כלל עומדים לדין הם אנשים שתחת לממוצע, לדוגמא: סיטואציה של הפעלת סטנדרט אובייקטיבי שאליו אני משווה, אך הנאשם הקונקרטי הוא נאשם שרמת המשכל נמוכה מהממוצע, נאשם שמגיע עם תכונות נמוכות יותר אז כמובן שאם נשווה אותו לאדם ממוצע, אני בעצם מחמירה איתו. הגישה האובייקטיבית זה שהיא לא עושה את ההבחנה ולוקחת בחשבון גם את הרפרנס את אותן תכונות של הנאשם, ובעצם משווה כל נאשם לסטנדרט מסוים, יש פה סטנדרט שמחמיר מידי עם נאשמים שמתחת לממוצע אך מקילה מידי עם נאשמים שהם מעל הממוצע. היא לא עושה את ההבחנה הסופית המאפשרת להתאים את מידת האשם המדויקת וספציפית של הנאשם הקונקרטי. ולכן הטענה היא שיש חסרונות מסוימים בגישה האובייקטיבית.

לדוגמא: ייחסו גרימת מוות ברשלנות לאדם שביצע פרוצדורה רפואית בסיטואציה מסוימת, כשהוא לא צפה את האפשרות שמעשיו יגרמו למוות, במקום שרופא מין היישוב יכל להיות מודעת השאלה האם ההשוואה היא לרופא ממוצע? ועוד שאלה, האם הנאשם שהוא רופא שהתחיל את ההתמחות לפני זמן קצר, נשווה לאותו רופא ממוצע? לעומת מנהל מחלקה עם ניסיון רב גם אותו נשווה לממוצע? לפי הסטנדרט האובייקטיבי של רשלנות נצטרך להשוות אותם לסטנדרט של רופא ממוצע, כך שמצד אחד עם המתמחה הסטנדרט מחמיר, ומהצד השני, עם מנהל המחלקה הסטנדרט מקל. זו ביקורת שהובעה לאורך השנים נגד המודל של רשלנות אובייקטיבית

State V Paterson

פס"ד מראה את הבעייתיות של הסטנדרט בהתמודדות עם נאשם בעל רמת משכל נמוכה. פס"ד מ2011, סיפור של אישה, נאשמת אמא שמנעה מהתינוק שלה מים במשך כמה ימים, כי המטרה שלה הייתה לנסות ללמד אותו להפסיק להרטיב את המיטה. ההנחה שלה הייתה שאם לא ישתה כך הוא ילמד לא להרטיב. בסופו של דבר, הסו, הטרגי שהתינוק מת מהתייבשות, והעמידו אותה לדין בגין גרימת מוות ברשלנות.

הטענה הייתה שהיא לא צפתה את האפשרות המעשים שלה יגרמו לתוצאה, במקום שאישה מין היישוב יכלה לצפות. אלא מה? בדקו וגילו שרמת המשכל שלה נמוך מאוד, בהשוואה לאוכלוסייה, אישה שהיא גבול על הפיגור. בית המשפט בסופו של דבר מרשיע אותה לאור המבחן האובייקטיבי, הוא לא לוקח בחשבון שהאישה הזו רמת המשכל שלה לא היה רגיל, ולהשוות אותה למקום של אדם מין היישוב, זה לעשות עוול כי לא היו לה את היכולות האלו. זה מחדד את החיסרון במבחן האובייקטיבי.

רשלנות סובייקטיבית

המבחן הסובייקטיבי בדיוק אומר הפוך: יש להשוות את הנאשם לאדם מין היישוב שיש לו את אותן תכונות ומאפיינים אישיים כמו שיש לנאשם. זאת אומרת נבדוק לפי רמת המשכל, הניסיון שלו, ההבנה שלו, גיל וכו, לפי הדברים האלו נשים אדם מין היישוב בעל התכונות האלו ונשווה את הנאשם שבפנינו לנאשם הזה. הניסיון הוא לנסות ולעשות רפרנס שיותר תואם את המידות של הנאשם עצמו.

היתרונות של הגישה האובייקטיבית ברורים אך גם הגישה הסובייקטיבית לא נקייה מקשיים. כשאנחנו מסתכלות על מה יכול היה הנאשם לצפות מבחינת התכונות שלו, זה עלול להביא את המחוקק להדביק איזשהו סטראוטיפ לסוג מסוים של אנשים. הטענה היא שאם נסתכל הנאשם והיכולות שלו, ובית המשפט ישאל מה היה יכול האדם ביכולות ובכישורים האלו לצפות, אז יש סיכון שיהיה סוג של תיוג של קבוצת אוכלוסייה מסוימת.

לדוגמא: פס"ד של עולה חדש מאתיופיה שכיבה להבה בגזיה על ידי זה שהוא נשף עליה ולא ניתק את אספקת הגז. הוא חשב שאם הוא נושף על להבת האש, הוא מכבה את הגז. אם השאלה שאנחנו שואלות במקרה כזה, האם יש להתחשב בכישוריו ויכולותיו זה בסדר כי נשווה אותו לעצמו, אך אם השאלה הנשאלת מה האדם מהעדה שלו יכול היה לצפות, זה יכול ליצור הכללות בלתי לגיטימיות על השימוש במבחן הסובייקטיבי, כאשר אנחנו מכלילים את האדם עצמו לקבוצה אליה הוא משתייך. וכלן הגרמנים עוקפים את הבעיה הזו, כי הם לא שואלים מה אדם, מהעדה, היכולות שלו וכו, אלא מה הוא לא צפה כשהוא עצמו יכל לצפות. לכן אין פה הכללה, אלא דיבור רק על אדם עצמו הוא הרפרנס של עצמו, בצורה המיטבית שלו.

המודל הנהוג בשיטת המשפט הישראלית

הפסיקה בישראל בגדול הולכת בעיקר אחר הרשלנות האובייקטיבית, כן בתי המשפט מדברים על אדם מין היישוב שהם לא פורטים לפרטים את התכונות הספציפיות שיש לנאשם, ומדברים על איזשהו יציר פסיקה שהוא המודל הנכון. אבל, אחת ההצעות ההייתה אחרי תיקון 39, ניסוח הסעיף הוא "אדם מין היישוב בנסיבות העניין", כלומר הנאשם לא צפה את אפשרויות גרימת התוצאה, במקום שאדם מין היישוב בנסיבות העניין יכול היה לצפות. אחת ההצעות של קרמניצר הייתה לנסות ולפרש את התיבה הזו של "נסיבות העניין" כלא רק נסיבות חיצוניות, הנאשם שהיה נמצא באותן נסיבות חיצונית, אלא גם נסיבות אינדיבידואליות הקשורות לתכונות האישיות הנאשם, המביאות בחשבון את כישורי האדם הספציפי. כלומר קרמניצר ניסה להגביר את מידת הקונקרטיזציה של תכונות האישיות של הנאשם, שמניחים שיש לאדם מין היישוב באופן שיגביר את הדמיון בין האדם מין היישוב לאדם שעומד לדין.

מערכת משפט שאכן מיישמת ודוגלת במודל הרשלנות הסובייקטיבית זו מערכת המשפט הגרמנית. שם ההסתכלות היא כמה שיותר ניסיון להיות נאמנים לעיקרון האשמה. אצל הגרמנים הרשלנות בנויה על פי מודל הרשלנות הסובייקטיבית, האינדיבידואלית, זאת אומרת מה שהגרמנים שואלים: האם הנאשם לא צפה, מקום שהוא עצמו יכל היה לצפות? הרפרנס שלהם זה אל אדם מין היישוב, חיצוני לנאשם שחסר התכונות של הנאשם, אלא זה הנאשם עצמו, עם התכונות שלו בסיטואציה המיטבית שלו. האם הנאשם לא צפה, כשהוא עצמו יכל לצפות, זאת אומרת שהיו לו היכולות והכישורים לוף לצפות, אך הוא באמת אל צפה. נקודת הייחוס אצל הגרמנים היא הנאשם עצמו ואל אדם חיצוני. ולכן המודל הגרמנים יותר נאמן לעיקרון הנאשם, כי הוא מביא בחשבון מקרים בהם יכולות האדם יהיו נמוכות מהממוצע ואז בעצם לא יהיה הוגן להשוות אותו ליכולות של האדם מין היישוב, יכולות שגבוהות משלו.

קרמניצר עצמו, ביקש על ידי קריאת התיבה בנסיבות העניין גם כנסיבות פנימיות לנאשם, לקרב את הרשלנות במשפט הישראלי לרשלנות האינדיבידואלית. אם נפרש את נסיבות העניין לא רק כנסיבות חיצוניות, של מה שקרה בפועל, אלא נסיבות שקשורות לאדם עצמו לתכונות שלו, אז נקרב את המודל הישראלי למודל הגרמני.

בפועל, הפסיקה בארץ לא אימצה בצורה גורפת את ההצעה של קרמניצר, היות והם עוסקים באדם מין היישוב כיציר פסיקה אובייקטיבי, שמייצג את מודל הרצוי, הנורמות הראויות ולא בהכרח מתייחס לתכונות האישיות של הנאשם. כן אפשר לראות עם זאת, שבפס"ד יעקבוב, בית המשפט שם מעלה ברמיזה את הטענה שהצפייה הסבירה לא מנותקת לחלוטין מיכולת הצפייה של העושה. בית המשפט כן מדבר ואיך שבית המשפט מסתכל העל הניתוח, אנחנו כן מדברים על מה יכול היה הנאשם הקונקרטי לצפות, הוא עושה איזושהי התאמה, של התכונות והכישורים של האדם. ולכן בעצם, מעניין יהיה לראות איך זה התפתח. יש פסיקה שכן מוכנה לדבר על התנהגות של הרופא הסביר וכו, פסיקה שיותר הולכת לשם אך אין איזושהי הכרעה חד משמעית וברורה.

הכל בחירה בסופו של דבר ערכית של המחוקק, יש מודלים שונים בעולם והמטרה היא בעיקר להראות את ייצוג החשיבה שהמשפט הפלילי מייצר, ואת היתרונות והחסרונות שכל מודל מביא איתו במטרה ליישם את עקרונות המשפט הפלילי, ההתכתבות עם עיקרון האשם וכו.

המוטיב של הסיכון הסביר עולה גם ברשלנות, יש צורך להוכיח נטילה של סיכון בלתי סביר.

**זיהוי של עבירות רשלנות**

לפי ס' 19 הקובע את ברירת מחדל, מכיל עוד שני חריגים. החריג של רשלנות בא ואומר "זולת אם רשלנות היא היסוד הנפשי כפי שנקבע בהגדרתה". כלומר, אמרנו שיש מקרים בהם מדובר בעבירת רשלנות, עבירות שנחקקו אחרי תיקון 39, המחוקק יצטרך לכתוב בצורה מפורשת שמדובר בעבירת רשלנות. נצטרך לראות את המילה ברשלנות, ואז נדע שזה היסוד הנפשי סעיף 21.

השאלה הנשאלת היא מה קורה בעבירות שנחקקו לפני תיקון 39, לפני שהוא קבע שכל עבירת רשלנות יהיה צריך להגדיר במפורש כשמדובר בעבירת רשלנות? יש גם בחלק הספציפי עדיין יש עבירות ישנות, שהפסיקה קבעה בעבר שנדרש בהן רשלנות, אבל חר כתוב ממש, לא משתמשים במילה רשלנות כדי לקבוע שהן עבירות רשלנות.

איך נדע?

**סכנה לילדים  [א/243ב] [תשכ"ה]**

340. המשאיר או מפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו, **ויש יסוד סביר** להניח שילדים ישחקו בדבר או יטפלו בו בדרך אחרת, ושבעשותם כן הם עלולים להינזק בבריאותם או לסכן חייהם, ואינו נוקט אמצעי **זהירות סבירים** כדי למנוע תוצאות כאלה, דינו – מאסר שנה.

ס' 90א: כותב התרשלות מפרשת את זה כרשלנות. כלומר אם מופיע המונח התרשלות או כל מונח דומה, נפרש את כרשלנות כאמור בסעיף 21. אבל חוץ מזה אנחנו עושים להיתקל בעבירות ישנות לפני תיקון 39, שיש בהגדרתן מונחים של סבירות.

למשל: ס' 340 לחוק העונשין:

יש פה בעצם סוג של עבירה שלא כוללת בלשונה אף מיהל שקשורה ברשלנות או משתמשת במופרש בשורש רשלנות, ובכל זאת המושג שמרמז על כך שהיסוד הנפשי הוא רשלנות הוא "יסוד סביר להניח". יסוד סביר להניח שאדם סביר יכול היה לצפות. אז השימוש במושג של סביר, סבירות, יסוד סביר, זה רמז לכך שמדברים על עבירת רשלנות. ואף העונש מרמז- עונש הוא יחסית "קל", היות ועבירות רשלנות מוגבלות לענישה עד לשלוש שנים. יש כל מיני רמזים שנוכל להשתמש בהם כדי לזהות את אותן עבירות שמתחפשות, עבירות ישנות לפני תיקון 39 שבמהותן הן עבירות רשלנות אך לא כתוב במפורש את המילה רשלנות.

**פרשנות הדין בדבר היסוד הנפשי שבעבירה (תיקון מס' 43)  תשנ"ה-1995**

90א.  בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד–1994 (בפרק זה - חוק העונשין תיקון מס' 39), ושבו היסוד הנפשי שבעבירה בא לידי ביטוי במונח –

(4)  "יש לו יסוד להניח" או ביטוי בעל משמעות דומה - יתפרש הביטוי כאדם שחשד, כאמור בסעיף 20(ג)(1);

(5)  "התרשלות" - יתפרש המונח כרשלנות כאמור בסעיף 21.

90 א 4: מושג שאסור לבלבל אותו עם יסוד סביר:

*(4)  "יש לו יסוד להניח" או ביטוי בעל משמעות דומה - יתפרש הביטוי כאדם שחשד, כאמור בסעיף 20(ג)(1);"*

אם החוק קובע ואומר שיש לו יסוד סביר להניח, אז לו זה הנאשם, כאן אנחנו מדברות על דרישה של מחשבה פלילית, יש לו יסוד להניח כלומר נייחס לאדם עצמו עצימת עיניים. אך שיש יסוד סביר להניח, כלומר באופן שהוא כללי, הסבירות מרמזת על זה שהרפרנס עצמו חיצוני לנאשם והוא אובייקטיבי, במקרים כלו נדבר על קריטריון של רשלנות, יסוד נפשי של רשלנות.

**רפורמת עבירות ההמתה- הרצאת אורחת עו"ד לילך וגנר**

התהליך של רפורמת עבירות ההמתה

תהליך בשינוי הדין הפלילי מהותי הוא תהליך ארוך שמתפרש על מספר שנים. גם הרפורמה הזו:

* 2007 - שר המשפטים דאז דניאל פרידמן ממנה צוות בראשות פרופ' קרמניצר להצעת רפורמה בעבירות ההמתה(בעקבות דנ"פ ביטון). זה נשעה אחרי קריאה של בית המשפט, בפס"ד דנ"פ ביטון, הייתה קריאה לבחון את עבירות ההמתה שלא נבחנו בצורה יסודית והועתקו כמו שהן בלי מתן תשומת לב למגמות מודרניות, אפילו שהיו בדין הבריטי. ואכם היה צורך לעשות בחינה מחודשת של העבירות הללו.
* אוגוסט 2011- דוח הצוות מפורסם. יש בדוח של הצוות תיאור של מה שנקרא המצב הקיים עד לרפורמה וגם ההצעות לרפורמה המנומקות. אז תירגמו את המלצות הדוח להצעות חוק.
* יולי 2014- הצעת החוק הראשונה מפורסמת ברשומות, והיא לא נדונה. ההצעה עוברת קריאה ראשונה אך שכבה בוועדות הכנסת בלי שהיא נידונה. יש הצעות שעוברות קריאה הראשונה, ומאחר שהלוז נקבע על ידי היו"ר, הרבה הצעות יכולות פשוט לשכב ללא דיון. הכנסת התפזרה והוקמה הכנסת ה-20 ב2015.
* נובמבר 2015- הצעת החוק השנייה מפורסמת ברשומות (עם שינוי קל: סעיף המתה מופחת הנוגע למצבים של המתת חסד). בכנסת ה20, מציעים בפעם השנייה את הצעת החוק והיא מתקבלת עם שינוי אחד: בהצעה המקורית היה סעיף שמשקף סעיפי פטור במדינות שבהן עבירות חסד מותרת, אבל שרת המשפטים שקד לא יכלה לקבל את ההצעה, למרותש לא מדובר בסעיף פטור אלא סעיף בעל עונש מופחת.
* יולי 2016- דצמבר 2018: דיונים בוועדת חוקה.

 חבר הכנסת שהיה ראש ועדת חוקה, התעניין בנשוא של עבירות ההמתה, ההוא הציע בזמנו המעה משל עצמו לאיזשהו מדרג של עבירות המתה. היו שתי הצעות חוק שרצה לדון בהן שנגעו לדין הפלילי המהותי. הוא ניהל סדרת דיונים ממושכת יחסית בהצעת החוק, עד שהתפזרה הכנסת. הכנסת התפזרה לפני סיום הדיונים. ההשלמה לא קרתה אך הצליחו להעביר את החלק הראשוני.

* 10.1.2019- פרסום חוק העונשין (תיקון 137), התשע"ט 2019 ברשומות.
* 10.7.2019- כניסה לתוקף.

הדין הישן

רצח- ס'300+301 לחוק העונשין.

הייתה עבירת רצח שכללה מספר נסיבות, שהמוכרת ביניהן הייתה גרימת מוות בכוונה תחילה.
עבירת הרצח הייתה עבירה עם עונש חובה של מאסר עולם. והגדרה של כוונה תחילה הופיעה בסעיף נפרד, ובפסיקה פורשה ככוללת מספר רכיבים: הכנה, החלטה להמית והיעדר הקנטור (נרחיב בהמשך).
בצד עבירת הרצח הייתה עבירת הריגה שכללה כל גרימת מוות מודעת אחרת, והעונש המירבי בצידה היה 20 שנות מאסר, ועבירת גרימת המוות ברשלנות גם כן הייתה עבירה של שלוש שנים, שהמצבים הקלים של הרשלנות נכנסו אליה.בעצם היו שלוש עבירות.

הבעיה עם העבירות האלו שהן שיקפו את מנעד המצבים בסיטואציות של גרימת מוות. עבירת הריגה היא עבירה הכוללת מנעד רחב במיוחד, הכוללת מצבים שונים שיכולים להיות על גבול הרשלנות, ומצד שני מצבים כמו חמורים כמו המתה בקנטור או קנטור סובייקטיבי וכו', כל המצבים האלו יכולים להיכנס להריגה פורמאלית.

לעומת זאת, עבירת הרצח הייתה מאוד קשוחה, הפסיקה הרחיבה מאוד את כוונת התחילה, כך שיותר מקרים נכנסו לרצח וטושטש מאוד ההבדל בין כוונת תחילה לכוונה שאינה תחילה, כלומר כוונה ספונטנית. ובעצם אז, בתי המשפט היו חייבים לעונש חובה, שהוא מאסר עולם. המחוקק ריכך את זה בצורה קלה, שהוא חוקק את סעיף300א ואפשר ענישה מופחתת במקרים מסוימים. אך זה עדיין לא כולל את כל המקרים בהם בית המשפט מתרשם בעונש של מאסר עולם חובה, שהוא העונש החמור ביותר המיושם, ולתת עונש של מאסר עולם בלתי קצוב, שלא מותאם למגוון המקרים של המתה. ולכן יש למצוא פתרונות יצירתיים ,כי בכל זאת גם בתי המשפט וגם הפרקליטות מנסים למצוא התאמה בין העונש לבין העבירה.

מה עושים במקרים כאלו? מגישים את כתב האישום על עבירת הריגה, זאת אומרת, הרבה מקרים מראש מגישים כתב איום על הריגה כי לא רוצים להיכנס למסגרת של רצח, כדי שהענישה תהיה מופחתת. אך מהצד השני, הקושי הוא שהעבירה לא תמיד תואמת את יסודות עבירת ההריגה, וזה לא התיוג הנכון.
אחת הבעיות עם עבירת ההריגה, זה שמקרים של קטטות, רצח ספונטני שהפסיקה לא הצליחה להרחיב ולהכניס לעבירת הרצח, נכנסים לעבירת ההריגה. מה שנתפס כעונש לא מספיק משמעותי למקרים מאוד חמורים. ארגון משפחות הנרצחים הביעו ביקורת מאוד חריפה להסדרי הטיעון שמסוכמים בעבירות הריגה, שמאוד קשה להוכיח כוונה תחילה.

המדרג ברפורמה החדשה

כל הדברים הללו, שנדונו, מביאים לתפיסה שיש צורך ברפורמה חדשה. הרפורמה דבר ראשון מציעה יותר אפשרויות, זאת אומרת אם קודם יש שלוש, הרפורמה הגדילה אותן לחמש אפשרויות. אבל יש מנעד יותר רחב. כשהרעיון היה להתאים את המעשה לאשמה- התאמה של העבירה למידת האשמה.

1. עבירת רצח בסיסית- עבירת הרצח הבסיסית היא חידוש גדול, למה? כי היא כוללת בתוכה יסוד נפשי של כוונה, אבל היא מוספיה לתוכה את היסוד הנפשי של אדישות. נרחיב עליה בהמשך. זה חידוש מאוד גדול כי הוא מפצל את הפזיזות הקבועה בחלק הכללי של חוק העונשין, ואין עבירה אחרת שעושה את הדבר הזה. העונש לצידה של עבירת הרצח הוא מאסר עולם, כעונש מירבי ולא כעונש חובה.
2. עבירת רצח בנסיבות מחמירות- מעל עבירת הרצח הבסיסית יש את עבירת הרצח בנסיבות מחמירות. עבירה זו בצידה מאסר עולם חובה, אך יש גם אפשרות בלית המשפט אם הוא מתרשם שהאשמה שבמעשה לא מצדיקה האשמה ברצח בנסיבות מחמירות, להרשיע בעבירת הרצח הבסיסית. זה נקרא "פתח המילוט".
3. עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת- מתחת לעבירת הרצח יש את עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת- העבירה הזו כוללת בתוכה מצבים שבעבר היו בסעיף 300א של ענשיה מופחתת ועוד תוספות. העונש בצידה מאסר עשרים שנה/חמש עשרה שנה.
4. מתחת ל עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת- יש את עבירת ההמתה בקלות דעת- העונש בצידה הוא מאסר שתיים עשרה שנים.
5. גרימת מוות ברשלנות- מאסר שלוש שנים.

**(1) עבירת הרצח הבסיסית**

סעיף 20 לחוק העונשין: קובע את המשמעות של מחשבה פלילית שהיא ברירת המחדל של העבירות הפליליות. מחשבה פלילית היא מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה. כמדבור בתוצאות יש הגדרה מפורשת, ולעניין התוצאות גם אחת מאלה:

**"הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו מאסר עולם".**

1. כוונה- במטרה לגרום לאותן תוצאות
2. פזיזות שבאחת מאלה:
3. אדישות- בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;
4. קלות דעת- בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

עד לרפורמת עבירות הממתה, האדישות וקלות דעת שכנו בכפיפה אחת, כלומר שתיהן זה פזיזות. ואם הסתכלנו למשל על עבירת הרצח האחרת- אז בעצם די בנסיבה הזו בפזיזות, די בקלות דעת לגרימת התוצאה הקטלנית שכדי שנוכל להיכנס לעביר רצח עם מאסר עולם חובה. זה היה המצב הקודם.
לפי הרפורמה הישנה, אי אפשר להרשיע ברצח גם אם המעשה היה חמור ביותר! ברפורמה החדשה טופלה הבעיה בכך שנטבעה עבירת הרצח הבסיסית, שמאפשרת הרשעה גם באדישות.

ודוק:

רצח בצורתו הישנה- בעבירת הרצח לפני התיקון היו כמה חלופות. אחת מהן היא המתה בקלות דעת של אב, אם, סב או סבתא. ההנחה היתה שבגלל הקירבה היתרה לנרצח יש פה חומרה יתרה שנובעת מהיסוד העובדתי.

הבעיה- המדרג הישן הביא לתוצאות אבסורדיות- אדיש וקל דעת באו יחד, לכן לעיתים היו מאשימים ברצח גם על קלות דעת.

הפתרון- האדישות התקרבה מאוד לכוונה במדרג החומרה, בעוד שקלות הדעת התרחקה מהן מאוד.

היה מקרה לדוגמא: אישה שסבלה מבעיות נפשיות אך לא כאלו חמורות שיגיעו עד ל"בעיות נפשיות" שהיא רבה עם אביה על סכין, הוא נחתך ומת. זו לא הייתה רשלנות אלא בקלות דעת, והוגש כנגדה כתב אישום בגין רצח, במקרה בו פעלה בקלות דעת. וזאת כתוצאה מכך שבעבירת הרצח לפני התיקון היו כמה חלופות. אחת מהן היא המתה בקלות דעת של אב, אם, סב או סבתא. ההנחה הייתה שבגלל הקירבה היתרה לנרצח יש פה חומרה יתרה שנובעת מהיסוד העובדתי.

בקריאת ההגדרה של אדישות מול קלות דעת ניתן להבין שאלו מצבים נפשיים שונים מאוד: בעוד האדיש, לא אכפת שלו שזה השיוויון נפש שלו שלתוצאה הקטלנית, זה אל משנה אם האדם יחיה או ימות, זה מצב נפשי מאוד חמור במיוחד שאנחנו מדברות על ערך חיי האדם. זה מצב שלילי חמור ביותר. לעומתו קל הדעת, נוטל סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות, אך הוא מקווה שהתוצאה לא תתרחש. וכלן הוא שונה מאוד מהיחס שלו לערך של חיי האדם לאדיש.

זו הסיבה שהרפורמה עשתה את הפיצול החדשני הזה, האדיש מאוד קרוב למתכוון, הוא האח החורג שלו, בעוד שקל הדעת רחוק מהאדיש, "הקרבה המשפחתית" מאוד רחוקה. ולכן, עבירת הרצח עם התיוג של הרצח מתייחסת שלני המקרים אלו: גם לכוונה וגם לאישות. לעומת זאת, קלות הדעת בקטגוריה נפרדת, השונה מהותית מהכוונה ואדישות.

הדוגמאות שגרמו לרפורמה:

* דוגמא שהיא בפנים: מה שנקרא הסכינאות, הקטטות, בהן האנשים מצטיידים בכלי משחית. אלו מקרים מאוד חמורים, אך אם נעשה הערכה גסה, 80% מהמקרים היו נקבעים כעבירת הריגה, בעוד שחלק קטן מהם היו נקבעים כרצח. לרוב, האשימו בהריגה והייתה תחושה שעבור מקרה כל כך חמור הרשעה בהריגה אינה הולמת את חומרת המעשה. למרות שאלו מקרים מאוד חמורים המראים זילות מאוד גדולה לחיי אדם. כאשר אדם דוקר אדם אחר בפלג גופו העליון, ואם ניכנס לראשו, רוב הסיכויים שנגלה זה שהיסוד הנפשי שמתאים לו זה יסוד נפשי של אדישות, שבעצם לא אכפת לו. ובמצב כזה, אם היינו מוכיחים אדישות זה לא מספיק.

למשל המקרה של אבי לחפש בדקה 54 : משפחה שבילתה בים, חבורת גברים נטפלה לבתו, והם התחילו פשוט להכות את אבי במכות קשות ואכזריות, בסופו של דבר אחרי המסכת הזו, הוא הצליח לקום וללכת לעב רהים והוא טבע. נשים בצד שאלות של קשר סיבתי. בית המשפט קבע שהיסוד הנפשי של הנאשמים הוא אדישות, הם לא חפצו במותו, זה פשוט היה מעשי אלימות מאוד קשים מתוך אדישות. מעשה מאוד קשה עם היסוד הנפשי של אדישות, והן הורשעו בהריגה. היום אגב, הם היו מורשעים בעבירת הרצח הבסיסית.

* עוד דוגמא לעבירת הרצח הבסיסית זה מה שנקרא תיק המגב: זה היה גבר שהיה מכה את אישתו כמנהגו, כבדרך של גרה. באותו מקרה הוא הכה אותה במגב, וכתוצאה מכך היא נפטרה מהמעשים האלו. בית משפט עליון הרשיע אותו בהריגה ולא ברח, הוא קיבל את הטענה בכך שהוא לא צפה את מותה והוא חשב, שכמו בשגרה, זה לא יוביל לתוצאה קטלנית. מקרה כזה בו הוא אדיש לגורלה של אשתו הוא מכה אותה מכות קשות באמצעות מקל והוא שווה נפש. מעשה שראוי לתיוג של עבירת רצח.

לכן נקבעה עבירת הרצח הבסיסית, שהשיקול לקביעתה הוא שיקול מוסרי, איך נתייג את האדם ונאפשר להטיל עליו עונש שהולם את המעשה?

ענישה בעבירת הרצח הבסיסית

כוונת התיקון הייתה שימוש נרחב יותר במאסר עולם בעבירת הרצח הבסיסית, אך השופטים לא קיבלו את התזה ועד היום לא פסקו עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח הבסיסית, וגוזרים עונשים קלים יחסית.

הדילמה המרכזית שבית המשפט לא הכריע בה זה הענישה בעבירת הרצח הבסיסית. בעבירה עם עונש מירבי, לא יודעים מה בית המשפט יתאימו. הפרקליטות הייתה סבורה שבמקרים של כוונה תחילה העונש יהיה מאסר עולם, בתי המשפט המחוזיים לא קיבלו את התזה הזאת באף אחד מפסקי הדין שניתנו. אף תיק של עבירת רצח בסיסית אל הסתיים במאסר עולם, התיקים הסתיימו בענישה אחרת. בכל התיקין האלו הוגש ערעור, ועדיין מחכים לתשובת בית המשפט העליון- האם בתיק עבירת רצח בסיסית כמו כל עבירה שיש בה עונש מירבי או מצב מיוחד בשל ערך חיי אדם.

אחד מהתיקים שהכי עורר את זעם הפרקליטות זה התיק של מסרשה:

מסרשה (כוונה)- 29 שנים, הוגש ערעור- שוטר שרצח את אשתו ביריית אקדח, אקדח שהחזיק ברישיון, בשל ויכוח "סתמי". לא היה שום דבר מיוחד, איזה ויכוח או מכות, שםוט נטל את האקדח וירה לה בראש. זה לא נעשה בפני הילדים, אך הם נכחו בחדר הסמוך. הפרקליטות סברה שהמקרה הוא מקרה מובהק של כוונה ספונטינית, עבירת רצח בסיסית והעונש הראוי הוא מאסר עולם. כי אישה שרוצחים ותה בביתה, בלי שיש שום נסיבות מקילות כלשהן, שהילדים בחדר הסמוך, ביתה הוא במצרה וכו, למה בעצם לא לתת מאסר עולם? מה יביא את בית המשפט לקבוע מאסר עולם אם לא המקרה הזה? איזה מקרה חמור בנסיבות מחמירות יגרום לבית המשפט כן להעניש במאסר עולם? אולי העונש זה פשוט אמירה שלא תתרחש במציאות. וזה התיק הערעור הראשון שהוגש.

בעקבותיו הוגשו תיקים נוספים של עבירות כוונה וגם שני תיקים של אדישות.

פס"ד קפוסטין (אדישות)- 18 שנים, הוגש ערעור- תיק שהוגש לפני הרפורמה. זהו תיק שבן רצח את אימו. לפני הרפורמה הייתה עבירה של רצח הורה, עבירה שבוטלה. ואז המקרה נכנס לעבירת הרצח הבסיסית. מראש האדישות חשבו שמודבר בעבירת אדישות היות והנאשם היכה את אימו מכות נמרצות עד שמתה. הפרקליטות טענה שיש כאן נסיבה מחמירה של אכזריות, המחוזי לא קיבל וטען שזה לא הגיע לכדי אכזריות, היות והוא לא יודע להגיד מה היה משך זמן המכות, ולכן הרשיע בעבירת הרצח הבסיסית וגזר עונש קל מאוד באופן יחסי. 18 שנים גם בהמתה באדישות זה עונש קל מאוד. יש המון אלמנטים חומרה שהתחושה היא שה18 שנה לא ביטאו את החומרה הזו בכלל.

סילברה (אדישות)- 27 שנים, הוגש ערעור.

עאמר (כוונה)- 20 שנים, הוגש ערעור.

אכרם בולבול (כוונה)- 24 שנים, הוגש ערעור.

עאמש (כוונה)- 25 שנים, הוגש ערעור.

בתי המשפט המחוזיים לא מקבלים את זה שרצח הוא שונה מעבירות אחרות ומטילים תקופות מאסר קצובות בשנים באופן פרטי, ובתוך תקופות המאסר אפילו לא העונש המירבי שניתן לתת, שהוא 30 שנה.

הלכת הצפיות

בעבר עלו שאלות רבות שנגעו להאם ניתן להכיל את הלכת הצפייה הפסיקתית בעבירת הרצח כנוסחה בסעיף 300. רוב המלומדים והסנגוריה נטו לחשוב שלא, מאחר שזה מהווה תחליף מהותי לכוונה, לא ניתן להחליף את כוונת התחילה להלכת הצפיות. גם באלמנט המוסרי של שקילה, אבל ההבחנה בין אדישות לכוונה שטושטשה שלא קיימת בעבירת הרצח הבסיסית , הורידה את הדיון הזה מהשולחן. כי אם אדישות נכללת בעבירת הרצח הבסיסית בוודאי כוונה שהיא תוצר של הלכת הצפיות, תחליף מהותי לכוונה, נכללת בעבירת הרצח הבסיסית. היום אנחנו נוטים לחשוב שמצבים של אדישות, מה שיעזור להוכיח אותם זה מצבים של הלכת צפיות מינוס- אם אני צופה אם אדם צפה בהסתברות גבוהה אבל לא מאוד גבוהה, בקרבה לוודאות, את התוצאה, ואני לא עושה כלום בכדי למנוע אותה, אפשר לראות אותי כאדישה לתוצאה הקטלנית, וכך נחיל את הלכת הצפיות גם בנוגע לאדישות.

**(2) רצח בנסיבות מחמירות- תכנון או שקילה**

קביעת הנסיבות המחמירות נעשתה על ידי קביעה של פגיעה בערך מוגן נוסף לחיי האדם, וכן גם דרך השוואה של שיטות משפט אחרות. כמעט בכל המדינות בעולם קיים הרצח המוחמר שנקבע כרצח בכוונה תחילה. אך המחוקק הישראלי הוא כבר השתמש במונח הזה ויצק לתוכו תוכן שלא עלה בקנה אחד עם התפיסה, גם המוסרית. כוונה תחילה זה האפשרות לשקול את המעשים, למה כוונה תחילה היא מוגברת בחומרתה מכוונה? כל ההליך הזה שהיה אמור להתבטא בהכנה הנפשית, מונח שבשנות ה50 המוקדמות בית המשפט שקל אותו בהקשר הזה, פשוט לא מופיע. הכנה הוא יסוד פיזי טהור והכנה נפשית היא לא אלמנט נדרש בכוונה תחילה.

לעומת כוונה תחילה- הפסיקה הרחיבה את יסודות הכוונה תחילה: הכנה, החלטה להמית והיעדר קנטור.

"יודגש, כי לא מדובר אך במקרים של התנקשות מתוכננת זמן-מה מראש, אלא במקרים בהם הממית גיבש החלטה שקולה לקטול את קורבנו, להבדיל ממקרים בהם הרצון להמית נוצר בצורה ספונטנית ובלהט הרגע"(מתוך דוח צוות קרמיניצר).

1. **המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית.**

המשפטנים האחראים על הרפורמה רצו ליצור מונח אחר, שמבטא את הכוונה התחילה ומה שבעצם הוליד בכל העולם לקבוע את זה כנסיבה מחמירה ויש פה שתי חלופות. שבעצם, הן שוב, חלופות שאחת מהן נבלעת בשנייה: תכנון או הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית.

למה היה חשוב להגיד את שניהם? הרי ברור שמי שמתכנן אז ברור שהוא שקל, התכנון מכיל בתוכו את ההליך הממשי הזה. אך יש מקרים בהם לא היה תכנון וכן יהיה הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית. זה אותם מקרים שהם לא האדם שמבצע תצפיות, מגבש תוכנית מסודרת וכו. אבל כן היה את התנאי המוסרי לשקול את המעשים שלו, הוא שקל אותם ויגבש את ההחלטה להמית.

ע"פ 7722/19 היילמיקל טספאי זרנסאי (עליון):

רקע עובדתי: יש אדם שהגיע לבר או מועדון עם חברים ושם הוא פגש במנוח. הם התחילו לריב אף דרך מכות פיזיות. הנאשם כעס מאוד על המנוח, עד כדי כך שהוא יצא מהמועדון הלך לדירה בה התגורר, מרחק של עשר דקות הליכה, ששם הוא טיפס על כיסא כדי להגיע לתקרה, שם הוא החביא סכין. תוך לקח את הסכין תוך שהוא מגלה את עמדתו הלא אוהדת למנוח, השותף שמע את הדברים האלו והוא עד כדי כך נבהל שהוא התקשר לחברים שהיו באותו בר והתריע על הכעס של הנאשם כלפי המנוח.
הנאשם הצטייד בסכין, חזר, נכנס לתוך המועדון, ראה את המנוח, התעמת איתו באופן פיזי, הבעלים של המועדון גירש והוציאם החוצה. ומחוץ למועדון דקר את המנוח שמונה דקירות עמוקות, 6 מהן בפלג גופו בעליון. המנוח הצליח להימלט ממנו לגרם מדרגות סמוך והתמוטט ומת.

נקבע: הנאשם, שנאשם לפני כניסת הרפורמה לתוקף, קיבל מאסר עולם וערער. ערעורו נדון בעליון לאחר קבלת הרפורמה, ונטען שיש נסיבה מחמירה של תכנון ושקילה שקדמה לביצוע המעשה.

עמדת בית המשפט המחוזי הייתה שמדובר בתיק שאין בו דין מקל, ולכן העונש של מאסר עולם שהוטל עליו הוא עונש של מאסר עולם. כי אם הוא היה נידון לאחר הרפורמה הייתה נסיבה מחמירה, של תכנון ושקילה, למה? אותם עשר דקות הלוך וחזור, הצטיידות בסכין, בית המשפט ראה אותם כזמן מספיק לתכנון ושקילה, אפילו הרבה מעבר לזמן שצריך כדי שתהיה תכנון או שקילה. בית המשפט למד את אלמנט הזמן מפסיקה קודמת שדיברה על קנטור. במקרה כזה, בית משפט לוקח בחשבון האם אפשר להתקרר אחרי ההתגרות, ואלמנט הזמן הוא אלמנט מאוד משמעותי. כאן הוא לוקח זוג של אנלוגיה שהיה לו את הזמן ללכת ולחזור, זה אל שבלהט הרגע זה קרה, אלא היה לו את הזמן. בית המשפט מגיע למסקנה שהיה לו די ויותר זמן לגיבוש ושקילה החלטה להמית. בית משפט לא רואה בעובדה שהוא לא מיד דק את המנוח למוות כהוכחה לכך שהוא לא התכוון להרוג אותו והוא הצטייד בסכין רק למקרה של הסלמה. הכוונה נלמדת ממספר הדקירות, עוצמתן, העומק שלהן וכו. ולכן בית המשפט קבע שבמקרה זה התקיימה סיבה מחמירה.

ניקח לדוגמא גם את המקרה של דיאנה רז שנרצחה על ידי זוגה באמצעות ירי בקדח בעל רישיון. במקרה הזה, הוא מקרה בעל תכנון ושקילה של מספר דקות. זאת אומרת, בארבע דקות האלו הוא הספיק לעשות המון מעשי תכנון. בכמה דקות בהחלט יכולה להתגבש בן אדם כיול לשקול את המעשים שלו, לגבש את ההחלטה, לשקול את ההשלכות המסוריות וזה יכנס לנסיבה המחמירה. הפסיקה מתמודדת עם הסוגיה ומצליחה לעמוד בה.

פתח המילוט (עבירת הבסיס)

מצד אחד אנחנו אומרות שמידת האשמה המגולמת במעשה יכולה להיות חמורה יותר ממה שבעבר נכנס לעבירת הרצח. אך מצד שני, המציאות עולה על כל דמיון. אף פעם לא ניתן לצפות את כל המצבים שיכולים להיות, ולכן צריך לאפשר בפינות שיקול דעת לבית המשפט, גם לחומרה וגם לקולה. אם יש תיק שקמה חוסר נוחות המגולמת במידת האשמה של המעשה, אז צריך לאפשר פתח שבו בית המשפט לא יהיה שבוי בסעד של מאסר עולם חובה. זה עוד אחד מהחידושים של הרפורמה.

כשבית משפט מתרשם שיש נסיבות מיוחדות שלא מבטאות מידת אשמה חמורה במיוחד, הוא רשאי להרשיע את הנאשם בעבירת הרצח הבסיסית. כפועל יוצא מזה, העונש הוא לא מאסר עולם. בתור התחלה, החשיבות שבית המשפט צריך לשקול זו חשיבות התיוג, מה שכרוך באשמה, ולכן זה המבחן. הסנגוריה חשבה שצריך לתת שיקול דעת לבית המשפט גם לגבי העונש, זאת אומרת אם יש נסיבות בהן העונש של מאסר העולם לא ראוי, צריך לתת לבית המשפט להטיל עונש כמאסר עולם כעונש מרבי. דעת המיעוט הזו לא התקבלה.

היו מקרים שבהם קיימים מצבים בהם בשל קיום נסיבות מסוימות הפרקליט/פרקליטה לא חש נוחות עם הטלת עונש של מאסר עולם ואחריות פלילית חמורה במיוחד. העיקר הוא התיוג השגוי והחמור מדי! המתת חסד, למשל, תיכנס תמיד לנסיבות המחמירות(מדובר בחסר ישע, יש כאן תכנון והכנה) אך היא לא מבטאת אשמה נכונה ומתייגת תיוג שגוי. לכן, נדרש פתרון מסוים(ואפילו אם המתת החסד לא הייתה ממניעים טהורים כי אם ממניעים אחרים ולא ממש טהורים- למשל, להקל על המטפלים בחסר הישע)- הפתרון שלנו הוא "פתח המילוט"- עבירת הרצח הבסיסית.

המחוקק קיבל את המודל שהפגם צריך להיות במעשה עצמו.

אם ניקח את הדוגמא של המתת חסד, המתה כזו תמיד תיכנס לנסיבות המחמירות, כי מדובר בקרובן שהוא חסר ישע. דבר שני, היא בדרך כלל מתכוננת ושקולה, היא לא נעשית בלהט הרגע. אך מצד שני האי לא מתאימה למבנה. בעבר היו מגישים מקרה כזה על עבירת הריגה, אבל הרפורמה אחד מהדברים שהיא ניסתה לעשות זה למנוע יצירת עיוותים שנועדו בשביל להגיע לתוצאה הנכונה. אלא לאפשר בתוך הכלים המשפטיים הקיימים את הפתרונות. המתת חסד האי מקרה מובהק שמידת האשמה במעשה לא תואמת למידת האשמה הנתונה בעבירת הרצח החמורה ביותר. ולכן היא לא ראויה להיכנס לשם.

יש פסיקה שמתחילה לתת סימנים שבפתח המילוט, עוד אין פסיקה שקיבלת טענה של פתח מילוט אך כן דחתה את טענת הנאשם שבעניינו מתקיים פתח המילוט, והחליטה כבר להגדיר לנו מה צרחך להיות שם.

**ס'301**

**(ב )על אף הוראות סעיף קטן (א), התקיימה נסיבה מחמירה כאמור באותו סעיף קטן, אך מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, רשאי הוא להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 300.**

בתי המשפט אכן מתייחסים למידת האשמה שבמעשה ולא בקיום הנסיבות של הנאשם. עו"ד וגנר תוהה שכשיהיה מדובר בילדים, כשהיה נאשם קטין. לדוגמא: רצח של קטין מתחת לגיל 14 הוא רצח מוחמר, בלי קשר לזהות העושה. זאת אומרת אם יש נאשם בן 15 שרצח קורבן בן 13, אוטומטית הוא משויך לנסיבה המחמירה, בכוונה או באדישות. לכאורה, ממילא בית המשפט לא כפוף בנושא של קטינים לעונשי חובה, אז בעצם זה אל באמת שיש לו מאסר עולם ובה. אך כן יש פה חשיבות של תיוג- של התאמת חומרת המעשה לעונשו, יש חשיבות במקרים שבהם בית המשפט משתכנע שהמעשה נובע מהגיל ומחוסר ההבנה של המציאות, האם בית המשפט לא יוכל להגיד שזה כן נוגע למעשה עצמו? (אשר מצבם הנפשי והתפתחותם מהווה נסיבה ולא מעשה) יהיה קשה מאוד שלא לשנות את זווית הראייה.

נטל הוכחה בפתח מילוט

עוד נקודה שבית המשפט קובע של בנושא של נטלים- שבית משפט באמרת אגב אומר שכשמדובר בטענת מילוט צריך מאזן הסתברויות. הייתה פסיקה חשדנית מאוד שקבעה בנושא של כשירות, כשיש ספק בכשירות הנאשם לעמוד לדין, המבחן הוא מבחן של ספק סביר ולא במאזן הסתברויות. אז אם כך בית המשפט פסק במקרה שנחשב לדיוני ותיאורטי, אז פה, שזה נוגע לתיוג ולאשמה, יגיד שזה מאזן הסתברויות?
מאידך גם בנושא של 300א בית המשפט קבע בזמנו, בענישה מופחתת שמודבר במאזן הסתברויות. אך יש לאט לאט התגבשות של פסיקה בנושא הזה.

השופט שטיין קבע, שהנושא של פתח המילוט לא דומה לחזקת ולסייגים של אחריות הפלילי, שם נקבע שהספק פועל לטובת הנאשם. כשמדובר התקיימות של עובדות אמורפית ולכן הנטל על הנאשם להראות אותם כדי שבית המשפט ישתכנע שצריך להרשיע אותו לא בעבירה שהוא ביצע אלא בעבירה בעלת נסיבות פחות מחמירות, שהיא עבירת הרצח הבסיסית.

פתח המילוט נידון גם בשאלה של עבירות מבצע בצוותא, לשכרות ובית המשפט דחה אותן כמצבים שאינם מצדיקים כפתח מילוט. מצבים שלא נכנסים לנסיבות המקלות כי השכרות האי לא שכרות שמאפשרת להגיע לנסיבה המקילה, אלו לא מצבים שבית המשפט רואה אותם כמצבים של פתח מילוט.

עלתה השאלה גם בנושא של מאסר עולם. פרופ' קרמניצר לא נכנס לכל שאלת הקציבה. בניגוד לטענה שאין אף פעם מאסרי עולם, זה אל נכון, יש מורשעים במאסרי עולם שעונשם לא נקצב, מאסר עולם בפועל, בעיקר כאלו בטרור.

**(3) המתה בנסיבות של אחריות מופחתת**

העבירה הזו היא אוסף של נסיבות, שחלקן הופיעו בסעיף 300א שקבע ענישה מופחתת וחלקן התווספו בשל המבנה של הרפורמה. הנסיבות המקלות:

* מצוקה נפשית קשה עקב התעללות
* קנטור
* הפרעה נפשית חמורה
* סטייה מסייגים לאחריות פלילית
* חזקות של אדישות

למה מדובר במעשה באחריות מופחתת ולא בענישה מופחתת? כרמלה בוחבוט שזה הסיפור שהציף את הצורך למצוא פיתרון בנשוא של רצח בבן זוג מתעלל. כרמלה לא הורשעה בעבירת רצח אלא בעבירת הריגה, והוטלו עליה 4 שנות מאסר. המקרה שלה הביא לתודעה הא יש מקרים שבהם האדם רוצח את האדם שהתעלל בו בהתעללות קשה וממושכת במשך הרבה מאוד מזן, האם אדם כזה צריך להטיל עליו מאסר חובה? המחוקק חשב שאלו מקרים שלא מתאימים למאסר עולם חוב, אך מאידך הם לא מקרים שמתאימים לתיוג שונה מרצח. רצח הוא כן התיוג הנכון אך צריך לאפשר חופש בנוגע לעונש הראוי. ולכן הוא קבע את סעיף 300א כסעיף של אחריות מופחתת.

הרפורמה אומרת שהמחוקק היה צריך ללכת את הצעד הנוסף הזה. אם אנחנו חושבות שאדם זכאי להקלה כי במידת האשמה שלו במעשה לא הייתה אשמה שמצדיקה רצח, למה זה באחריות ולא בענישה? גם אם ברור שהענישה היא לא אותו הדבר, ברור שהתיוג הוא משמעותי. ולכן הרפורמה הציעה את המעבר מענישה מופחתת לאחריות מפוחחת, והעונש הוא בהתאם כשמודבר במצבים שמידת האשמה היא כל נמוכה, העונש המרבי הוא נמוך בהרבה מאשר העונש בצד עבירת הרצח. ומבון הזה לא ניתן להסתפק בפתח המילוט, בשל התיוג, רצון לשדר ענישה נכונה וגם כי לא נרצה להופך את פתח המילוט לכלי שנעשה בו שימוש תדיר, כשמוצדק לעשות בו שימשו בנסיבות חריגות. ולכן הנסביןת האלו נכנסות לאחריות מופחתת.

 העונש מכיוון שמעשהו משקף אשמה נמוכה יותר, לא די בכך שתהיה ענישה מופחתת אלא גם תיוג פלילי חלש יותר- לכן, יש לעבור לאחריות מופחתת!.

מצוקה נפשית קשה

כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו.

לא נעשה בה שום שינוי מבחינת הנוסח, יש שינוי בתיוג שינוי דרמטי בעונש- שבעבר מאסר עולם כעונש מירבי ועכשיו הוא 15 שנים. אך הנוסח נשאר כמו שהוא.

* אין שינוי נוסח(אם כי יש שינוי במידת העונש ובתיוג) למרות הצעות שעלו להרחבתו.
* שינוי הענישה בעקבות הדיונים בכנסת לחמש עשרה שנות מאסר.
* הגנה עצמית מורחבת- עדיין לא אומצה.

בכנסת הסעיף הזה בפרט והנושא הזה ככלל, של רצח בן זוג, עורר דילמה ודיונים רבים. מה שהיה יפה ברפורמה זה שהתגבש צוות של חברי כנסת שהגיעו לדיונים, שדנו ברפורמה הזו. בתוך הצוות הזה, היו שלוש חברות כנסת (מרב מיכאלי, מיכל רוזין) שהאידיאולוגיה הפמיניסטית באה לידי ביטוי בהתייחסות שלהן ברפורמה. הן בחנו את הרפורמה גם ממשקפיים פמיניסטיות, של איך זה משליך על הנושא המגדרי. זה בא לידי ביטוי בשלושה מקומות במיוחד:

1. קנטור- שם מרב מיכאלי רצתה שלא תהיה אפשרות באחריות מופחתת בקנטור.
2. נסיבה המחמירה של רצח בן זוג באחריות מופחתת בהקשר הזה.
3. סייג לאחריות פלילית- עלו רעיונות גם במהלך הדיונים בשאלה האם מקרים כאלו לא מצדיקים פטור בנוסח הסייגים לאחריות פלילית, כמוש יש במדינות מסוימות, שיש אצלן הגנה עצמית מורחבת בנושאים של אלימות במשפחה. אבל בסופו של דבר הושגה פשרה שאפשרה את זה שהרפורמה תעבור.

הפשרה הייתה כזו: לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות הצטרפה תיבה של רצח בן זוג שקמה לכך התעללות. כלומר אם נדבר על מצבים פרדיגמטיים של גבר שהיכה את זוגתו ורצח אותה, כמו מקרה המגב, אלו מקרים שיכנסו לנסיבה מחמירה. אך מקרים שלא קדמה התעללות, הם יכנסו לעבירת הרצח הבסיסי. העונש בצד הנסיבה של המתה עקב מתוקה נפשית בשל התעללות, יהיה עונש מירבי של 15 שנה ולא עשרים, כמוש שאר הנסיבות. גם הנסיבה המחמירה המצומצמת וגם הפחתת ענישה לא עד כדי פטור מאחריות, בזכות זה הרפורמה עברה.

בדיעבד היה הרבה בביקורת, שאם יצאנו מנקודת הנחה שבית המשפט ייתן ביטוי למקרים החמורים של רצח בני זוג, כרגע המחוזיים לא עושים את זה. מה שקרה בפועל, זה בתי משפט נרתעים ברצח בסיסי לתת עונש של מאסר עולם. ואם בית המשפט העליון לא ישנה את זה, אז היה צדק רב באי הגדרת עונש חובה.

יש מקרים שהפרקליט מרגיש אי נחת עם הגדרת העבירה כרצח, עניין ברוך: זוג נשוי, האיש טיפל באשתו שסבלה ממחלה נפשית, במסירות ולאורך זמן רב, הם באו לביקורים בישראל והאישה רצתה לעבור לישראל הוא ידע שיצטרך לבשר לה שהם לא נשארים, למרותש היא כל הזמן אמרה לעצמה שהם נשארים. כשהיו במלון הוא אמר לה שהם יצטרכו לחזור לסצנה. היא עשתה סצנה והוא שלא יכל יותר, חנק אותה על ידי כרית, אחר מכן הוא ניסה להתאבד. התחשוה אל הייתה שהמקרה הזה הוא מקרה של רצח, זה תיק שהתחיל לפני הרפורמה. הוא הורשע ברצח בסיסי נידון ל20 שנה, מתחם יותר נמוך. שנה אחרי זה הוא נפטר. לכאורה מדובר בבני זוג, אם היינו קובעים שרצח בן זוג מהווה נסיבה מחמירה, היינו צריכים להשתמש בפתח מילוט כדי שמקרה כזה הוא חריג כדי להינצל מעבירת הרצח החמורה?

מקרים בין בני זוג יכולים להיות מקרים שונים, ולא הוצע מקרה יותר ספציפי ומוגדר בו יש פגיעה בערך מוגן נוסף. היה מאוד קשה להגדיר את זה. גם חקיקה משווה בהקשר הזה לא קיימת.

הנסיבה של רצח בן זוג בעקבות התעללות ממשוכת ושיטתית, הנסיבה הזו חוטאת לעיקרון הבו-זמניות. טענה זו עלתה לאחרונה ב: אנחנו מחפשים את ההתנהגות במעשה, היסוד הנפשי צריך להתקיים במעשה. לכן, אם אדם רצח את אשמתו ואחרי זה התחרט, זה לא אומר שהוא לא התכוון לרצוח אותה. נחפש את הסוד הנפשי אל אחרי המעשה אלא בזמן שהוא נעשה. גם השקילה והתכנון סוטים לעיקרון הבו-זמניות, משום שיש חיפוש התנהגות שקדמה למעשה. ולכן, במקרה הזה של הסטייה מעיקרון הסימולטניות בהתעללות היא מקובלת, היות והיא עולה בקנה אחד עם השיטה המשפטית. למרותש מודבר בהתנהגות שמחמירה את המעשה הקונקרטי וקרתה קודם.

קנטור בדין הישן

הנאשם פעל "מבלי שקדמת התגרות בתכוף למעשה בנסיבות שהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו".

קנטור והתגרות זה אותו הדבר. המונח קנטור בדין הישן, אחד המונחים שהכי הרבה פורש בפסיקה והיא הרבה זכה לביקורת. הפסיקה החדירה לנוסח של "בלי שקדמה התגרות למעשה", מבחן אובייקטיבי של אדם סביר שאין לו זכר בלשון הסעיף. היא אימצה אותו מהמשפט האנגלי בצרוה שחוטאת לעיקרון החוקיות. אחד הדברים שגרמו להרחבה של כוונה תחילה זה היה עמדה מוסרית להגיע לתוצאה צודקת. הרפורמה ניסתה לעשות את אותו המהלך, להגיע לתוצאה צודקת בכדי להתיישב עם עקרון האשמה. הייתה ביקורת על המבחן האובייקטיבי.

יסוד שלילי- נטל על התביעה.

הנאשם פעל "מבלי שקדמת התגרות בתכוף למעשה בנסיבות שהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו".

הצדקות: התחשבות בחולשת הטבע האנושי.

 אדם אשר מגיב באפן ספונטני, במצב של זעם עז הנובע מהתגרות, עלול להתקשות מאוד לשקול את התוצאה המוסרית של מעשיו.

המבחן הנורמטיבי(מפסק דין סגל ועד דנ"פ)

מימד נורמטיבי גם "בהתגרות"(פלר).

ביקורת קשה- הוחל מבחן האובייקטיבי, שאין לו רמז בחקיקה עצמה. האם במובן המוסרי אנחנו מוכנים לקבל מצב בו בנסיבות העניין נגיד שאדם איבד את שיקול הדעת ולכן רצח? ייתכן שכן, אבל ממש לא באופן אוטומטי!.

אם נתנתק לחלוטין ממבחן אובייקטיבי כלשהו ונלך לחלוטין לנושא הסובייקטיבי של האדם עצמו, אז בעצם נגיע למצב, בו כשנאמרת אמירה כלשהי הגורמת לאדם קושי לשלוט בעצמו בשל מאפיינים מאוד מיוחדים של האישיות שלו. השאלה היא האם באמת במצב כזה, שהיה לו ערעור של שיקול דעת, זה מצב שמבחנה מוסרית הוא צריך להיות בקטגוריה של רצח? בעבר זה היה הריגה והיום בנסיבות מקלות.

זה אל מתאים כי אם נרצה להתחשב בחולשת הטבע האנושי, אנחנו חשובים שזה גובל במידת האשמה ויש מצבים שאנחנו לא מרגישים שזה פוגם במידת האשמה. כלומר לא באופן אוטומטי, כל התלקחות כזו של רגש עז שמגבילה את שיקול הדעת מובילה להפחתת האשמה. שזאת להבדיל מהפרעה נפשית שהאדם לוקה בה, התחשוה היא שונה מבחינת מידת האשמה.

הנוסח החדש לקנטור

ההמתה בוצעה בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, והתקיימו שניים מאלה:

* זניחת מבחן האדם הסביר- בדנ"פ ביטון נזנח מבחן זה.
* הותרת מבחן נורמטיבי מסוים, שאינו מבחן האדם הסביר.
* נטל ההוכחה- בעבר, מאזן הסתברויות שצריך ליטות לכיוון הטוען. כיום, ספק סביר!.
* פס"ד היילו(אדם שהרג את האנס שלו)- קינטור מצטבר שכיום לא היה מתקבל. אם היה קינטור, הוא נכנס לקטגוריה והענישה תהא 20 שנים.
1. בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו;
2. יש קושי כאמור בפסקה א כדי למתן את אשמתו, בשים לב למכלול נסיבות המקרה;

עוד לא היו מקרים בהם התגרות מילולית נתקבלה כקנטור. עם זאת, התגרות פיזית שלא עולה כדי תקיפה התקבלה בעבר כקנטור.

יש ניסיון לתת לכך ביטוי בניסוח החדש, שעושה שימוש במונחי שסתום, אך הוא לפחות מתכתב עם העקרונות שבבסיס הרפורמה. המבחן של מיתון האשמה בית המשפט צריך להשתכנע שיש במעשה הזה כדי להוריד מהאשמה של העושה. דבר שני, ההתגרות עצמה מכילה אלמנטים אובייקטיבים, עוד אל נתקלו במצבים של התגרות מילולית שנכנסה להגדרה של התגרות. אלא הייתה התקלות של מצבים בתקיפה פיזית שלא עלו לכדי הגנה עצמית, שהובילו להתגרות, זו צריכה להיות תקיפה פיזית של ממש. וכך אנחנו נשארים בעצם, למרות הביקורת בבית המשפט בביטון שהוליד את הרפורמה כלפי המבחן האובייקטיבי. אך בדיון נוסף בבית המשפט העליון השאירו, הוליד מבחן נורמטיבי השונה מבחן האובייקטיבי שהיה קודם כי הוא לא משתמש במונחים של אדם סביר אלא במונחים של אשמה, ועדיין עם הקלה מסוימת במצבים של קנטור, לעומת רוחה של מרב מיכאלי שחשבה אין שום הצדקה למצבים כאלו.

בפסיקה לא עלתה דילמה קשורה לנטלי הוכחה כי בעבר בסעיף 300א' נקבע שנטל ההוכחה הוא של מאזן הסתברויות ועכשיו ברור שדי הטלת ספק.

פס"ד היילו שם בית המשפט העלה קונסטרוקציה של קנטור מצטבר, בעקבות הרפורמה הדבר הזה יתבטל. המנוח ביצע מעשה מיני\ אונס של הנאשם, בתגובה הנאשם רצח אותו. זה היה לפני הרפורמה, במחוזי הוא הואשם ברצח בו נקבע שחלה ענשיה מופחתת, בעליון נקבע שיש קנטור מצטבר ולכן הוא הורשע בהריגה. היום הענישה על קנטור העונש הוא 20 שנה ובהתעללות הוא 15, ולכן אין סיבה להיכנס לדילמות האלו.

**(4) המתה בקלות דעת**

עבירה הנמוכה במדרג, עונשה מגיע עד ל12 שנים. העבירה נובעת מכך שברפורמה העלו את האדישות לעבירת הרצח הבסיסית, ואז נותרה קלות הדעץ, שהיא נטילת הסיכון הבלתי סביר מתוך הרצון שהתוצאה לא תתרחש. היא עדיין עבירת צד, אין מנסו מעבירה שהיא עבירת צד. נכנסים המון מקרים שונים בחברה שלהם.

דוגמאות:

* נהיגה מסוכנת (תחרויות נהיגה, עקיפה בלי שדה ראייה, וכו')- המקרים האלו יכנסו לנהיגה מסוכנת ולא לרצח. עלתה דילמה האם בהכרח במצבים האלו הם קלות דעת? מקרין מאוד קשים של מוות בנהיגה מסוכנת, מאוד קשה להכיל אותם ולטעון שהם משתייכים לעבירת קלות הדעת. משום שבהסתכלות עליהם יש תחושה שהמקרה חמור מידי עד לרמת רצח. אך האם חמור זו כוונה לרצח? למרות זאת, הכלל הוא שמדובר בקלות דעת לא באדישות אך יכולים להיות מצבים שהם נוגעים לאדישות. כלומר שלעיתים מקרים קשים ייחשבו קלות דעת ולעיתים אפשר גם להחיל עבירה חמורה יותר. למה ברירת המחדל היא קלות דעת? מפני שהאדם מסכן את עצמו וחבריו, ולא רק אנשים עלומים שהיו על הכביש. מבחינת תפישת האדם כיצור רציונלי, מאוד קשה לטעון שהוא אדיש לחיים של עצמו או של הקרובים לו. לכן, קשה מאוד להוכיח שהוא פעל מתוך אדישות ולא קלות דעת. עם זאת, יכולים להיות מצבים חריגים מאוד בהם התביעה תהפוך את חזקת קלות הדעת בסיטואציות שונות, ותוכיח שאדם פעל מכוח אדישות.

הדוגמא שניתנה בפסיקה (אך לדעת וינגר היא לא נכונה)- כאמל דיאב

ע"פ 4450/18 **כאמל דיאב נ' מדינת ישראל** (נבו 01.03.2020) "על פי עובדות כתב האישום בו הורשע המערער, ביום 3.8.2016 בשעה 00:46, נהג המערער במשאית במשקל 15 טון בכביש 4 מכיוון דרום לצפון, וחצה את צומת פורידיס ברמזור אדום במהירות של כ-90 קמ"ש. המשאית התנגשה במכונית פרטית שחצתה את הצומת באור ירוק, וכתוצאה מכך נהרגו שלוש מנוסעות המכונית (אשתו של נהג הרכב הפרטי, אחותה, ובתה התינוקת של אחותה), וכן נפצעו קשה הנהג והנוסע שישב לידו. לא למותר לציין כי לא נראו סימני בלימה בשטח, והמערער, נהג משאית במקצועו, עצר את המשאית כחמש מאות מטרים לאחר הצומת."

האיזון הזה בין הסמיטריילר, הנחשב "כיצור החזק על הכביש" שפחות מסכן את עצמו אל מול המכוניות הרגילות, יוצר איזה איזון אחר בהנחה שלנו שהוא מסכן בראש והראשונה את עצמו. וגם בנטילת סמים, שלא ברמה של שכרות, היא גורם לנו לחשוב שהשיקולים הרציונליים שהובילו לחזקה לא מתקיימים. אך בשביל שיקרה מקרה כזה אחרי הרפורמה (שהמקרה זה היה לפני הרפורמה).

* משחק בנשק- תיק מח"ש
* קריסות מבנים
* מסיעי מחבלים
* אסון צפית

**סייגים: טעות במצב משפטי**

סעיף 34(יט') הוא עוסק במצבים שבהם אדם לא מודע לכך שהמעשה שלו הוא בלתי חוקי, זאת אומרת: הוא מודע לעבודות שמקימות את העבירה הפלילית, הוא מבין את טיב המעשה, אלא הוא חושב שמה שהוא עושה מותר. הוא טועה לחשוב שאותה התנהגות מותרת בדין, היא לא אסורה במשפט הפלילי. הוק אומר שבמקרים האלו האדם יישא באחריות פלילית, עצם השאלה האם האדם מודע או לא מודע לפליליות מעשיו, לא משפיעה על האחריות הפלילית של האדם. מכיוון שמה שחשוב הוא שהאדם היה מודע לטיב מעשיו, לעובדות עצמן. זה שמעשה אסור או מותר בדין הפלילי, זה שאלת הבקיעות שלו במצב המשפטי. שאלת הבקיעות המצב המשפטי היא לא שאלה רלוונטית.

יש פה בעצם הנחה עמוקה יותר שהיא בעייתית, שהיא חזקת ידיעת החוק- חזקה על האדם שהוא יודע את החוק. כי כל חוק חייב להתפרסם באופן פומבי, באופן מסודר, נגישות לדין הפלילי וכו. ברור שזו פיקציה מאוד גדולה אך למדינות מודרניות, לשיטות משפט מודרניות אין ברירה. אם נתנה את הטלת האחריות הפלילית בשאלה האם האדם מודע לכך שהמעשה שלו פלילי או לא, זה יצור טענת הגנה רווחת, הם יטענו שלא ידעו את החוק, מה שיוריד מהם את האחריות הפלילית. לא תהיה אפשרות לאכוף את החוק וליצור איזשהו משטר שבו ניתן לאכוף את החוק ולהגן על ערכים מוגנים. כל אחד יבוא ויגיד שהוא לא ידע את החוק. וזה לא מסתיים פה, זה לא רק זה, ללא חזקת החפות אנו ניצור תמריץ שלילי לאנשים לנסות כן להבין מה מותר ומה אסור, להיות בקיעים בחור הרי שהם יעצמו עיניים כוונה לחוק. יש פה הנחה פיקטיבית שהמחוקק מניח אותה.

**טעות במצב משפטי (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34יט. לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר.

יש לשים לב לסיפא: הסיפא קובעת "זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר"

כלומר יש פתח מפלט קטן לצאת בכ זאת מתחום האחרות הפלילית בסיטואציה של טעות במצב משפטי. הפתח הקטן זה במקרים שהטעות בלתי נמנעת באורח סביר, שוב מושג שסתום, בית המשפט אכן קובע ומפרש אותו בדיעבד. בית הנשפט בא ואומר כי במצבים שבהם לא הייתה לאדם היכולת לדעת את המשפט באופן סביר, הוא יוכל ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי ולהיות פטור מהאחריות הפלילית. ולכן, הסעיף ממוקם בפרק של הסייגים, זה עדיין יכול להיות סייג אך במקרים יוצאי דופן, ברוב המקרים זה לא יפטור אותו היות והוא יכל לדעת באופן סביר. מעצם העובדה שהאדם חי ונמצא בכדור הארץ, במדינתו ויש לו יכולת להגיע לחוק בצורה פושטה, יש לו את היכולת לעשות זאת.

איזה סוג של נסיבות יכולות להקים את הסיפא? בספרות נותנים דוגמאות של אדם שיוצא, סוחר, שיוצא עם הספינה שלו להפלגה, הוא מנותק לגמרי מכל התקשורת, בזמן הזה משתנה סעיף חוק של הטלת מכס. כשהוא מגיע חזרה לחוף, החוק כבר נכנס לתוקף, במקרה כזה לא היה לאדם היכולת לדעת באופן סביר. כל מיני מקרים שהנסיבות יוצאות דופן לחלוטין, אך בגדול ברור, שהנטייה של הפסיקה ושל המחוקק עצמו, זה שיצר סיפא שמנוסחת בבצורה צרה, הפשרנות של הסעיף תהיה מצמצמת וההחנה הא-פריורית היא שאנשים לא יוכלו ליהנות מפטור רק מחמת שלא ידעו מה המצב המשפטי.

עם נלך עם הרציונל של עקרון האשם, אז מתעורר קושי עם חזקת ידיעת החוק והסעיף של טעות במצב משפטי. כי אם נלך עד סוף עם הרעיון של עקרון באשם אז במקרים שנאשם לא ידע המעשה שלו הוא אאסור, הוא לא ידע שהוא פוגע בערך החברתי המוגן. לכן, אם נלך עד הסוף, לכאורה לפי עקרון האשם היו צריכים לפטור אנשים כאלו, הביקורת על ההנחה הזו שאנשים צריכים לדעת את המצב המשפטי, זו ביקורת שמתכתבת מאוד עם עיקרון האשם. אך בסופו של דבר, מתוך ההבנה שזה לא ריאלי, המשעות של פטור לאנשים שלא ידעו את המצב המשפטי, זה יוביל למצב בו לא ניתן לאכוף את המשפט הפלילי. יש איזשהו סטייה מסוימת מעקרון האשם במטרה להביא ליכולת לאכוף וליישם את המשפט הפלילי. בשל השיקולים הפרקטיים והצורך לאכוף את המשפט הפלילי קיימת החזקה.

**טעות במצב משפטי מול טעות במצב דברים**

טעות במצב דברים וטעות במצב משפטי, אלו שתי סיטואציות שונות לגמרי:

טעות במצב דברים: סיטואציה ראשונה באה ואמרת שהאדם טעה בהבנת העובדות. לדוגמא: הנאשם יודע שבעילה של אישה לא בהסכמתה החופשית היא דבר אסור, אבל הנאשם טעה לחשוב שהאישה הסכימה, הוט לא קרא את הסיטואציה נכון, האו היה משוכנע בעת המעשה שהוא עושה מעשה שהוא בסדר, הוא יודע שאונס הוא גבר אסור. מקרים שבהם אני טועה לחשוב את הנסיבות שבהן פעלתי.

טעות במצב משפטי: לעומת אדם, שבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית, ובאותו הזמן האדם היה בטוח שזה מותר. הוא לא ידע שבעילה של אישה שלא בהסכמתה זו, זאת עבירה שעולה כדי אונס.

ולכן יש לשאול איפה הייתה הטעות: האם הטעות הייתה בזה שהאדן לא מבין את פליליות מעשיו, שהעבירה הקיימת היא עבירה פלילית, או שהטועות היא כשהאדם יודע שיש עבירה פלילית אך הוא טועה בכך שהוא מבצע משעים שלא עולים לכדי העבירה.

זה ההבדל, החוק בא ואומר שבמקרים של עובדות אנחנו נפטור את האדם מאחריות פלילית, משום שהאדם כן הכיר את הערך החברתי המוגן והוא מגנה את הפעולה הזאת, אף באותה סיטואציה הוא טעה לחשוב על מציאות אחרת, הוא טעה בעובדות של המקרה. בניגוד, למקרה בו האדם עבר על כל יסודות העבירה בזמן שהוא היה מודע לכך, אך הטעות שלו הייתה באי הידיעה שהמעשה הוא עבירה פלילית. פגעת בערך החברתי המוגן, חשובת פשוט שהחברה מתירה את זה.

לפעמים ההבדל מבלבל ולכן תמיד השאלה היא איפה הטעות? במה שלא קרה במציאות ולא הבין אותה או שפשוט לא את פליליות העבירה?

**סיווג עבירות- תרגול שנעשה בכיתה**

מקרא- הדגשה: רכיב התנהגותי(מעשה), צהוב: נסיבות, ירוק: תוצאה, יסוד נפשי: אדום

טיפים לניתוח:

* נסיבות- יתנו את הגוון הפלילי ויהפכו את ההתנהגות לפלילית. נסיבה בדרך כלל צריכה להתקיים בצד ההתנהגות ובו זמנית.
* תוצאה- תמיד תהיה בנקודת זמן מאוחרת מהמעשה, ותהיה בעקבותיו.

ס'302: **המביא** אדם לידי התאבדות, **בשידול או בעצה**,

מקובל לנתח את המינוח "אדם" ברכיבי העבירה- אם הסכמנו שהאדם הוא אדם ואין וויכוח על כך, כמעט תמיד נגדירו כנסיבה. נסיבות ותוצאה הם רכיבים אופציונאליים, ולא בכל עבירה הם יופיעו. אדם, אם זה לא היה אדם אלא בעל חיים, האדם הוא נסיבה, הוא תנאי החייב להתקיים כדי שהעבירה הזו תיחשב כפלילית.

 ככל שאני יכולה, נסיבות בדרך כלל אין לנאשם עליהן שליטה. המבחן שיכול לעזור להחליט האם רכיב מסוים הוא נסיבה או התנהגות זה עד כמה לאדם יש שליטה עליו. ככל שיש רכיב המתאר פעולה ויש לאדם שליטה הוא יהיה הרכיב ההתנהגותי- המעשה.

ס' 415- המקבל דבר **במרמה**, דינו - מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו - מאסר חמש שנים.

אדם טוען טענת מרמה שבעקבותיה הוא מקבל דבר. פלוני טוען איזושהי טענת מרמה ובעקבות זאת הוא משיג משהו שבלי הקבלה, אין מרמה. מרמה זו עובדה שהיא שקרית, קל יותר לזהות שהמרמה היא המעשה. יוצא שהעבירה היא התוצאה, כשבדרך כלל התוצאה לא תהיה בהתחלת העבירה.

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

(ב)  נעברה עבירה לפי סעיף קטן (א) בקטין, דינו של עובר העבירה – מאסר עשרים שנים.

יש קבוצה של עבירות הנקרות יעבירו אחזקה, אין פה מעשה אקטיבי בזמן ובמקום מסוים, אלא אחזקה זו פעולה המשתרעת לאורך זמן. למרות שהיא לא נקודה ספציפית, היא כן התנהגות.

האדם ותנאי עבדות נותן את הגוון הרע של ההתנהגות, הם מאפיינים להתנהגות עצמה. לצורכי עבודה- מקובל לחשוב עליהן כנסיבות, משום שהוא מתאר בצורה יותר פרטנית על איזה נסיבות. למה זה לא תוצאה? כי יש צורך ךלהראות שזה מאוחר יותר להתנהגות וזה בעקבותיה. לצורכי עבודה קורה ביחד ובו זמנית עם ההתנהגות, זה מה שמאפיין את האחזקה. האחזקה הופכת להיות פלילית כשהיא נעשית על אדם בתנאים האלו. מה שהופך את העבירה לפלילית זה שההתנהגות נעשית לצורכי עבירה. נסיבה בדרך כלל צריכה לההתקיים בצד ההתנהגות ובו זמנית.

זו עבירה התנהגותית. די בכך שאדם מחזיק בתנאי עבדות לצרכי שירותים, העבירה משתכללת. לא צריך לקרות כלום עקב האחזקה. לא צריך להראות ששום דבר קורה מאוחר בזמן לדבר הזה.

348. (א)  **העושה** מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(2) עד (5), בשינויים המחוייבים, דינו - מאסר שבע שנים.

ניתן גם לכתוב את הסעיף כך: **העושה מעשה** לשם סיפוק מיני באדם באחת הנסיבות המנויות

למה לשם זה לא תוצאה? כדי שהעבירה תשתכלל לא צריך להראות שאדם עשה מעשה ובעקבות זה נוצר גירוי מיני. אלא שהאדם פועל מתוך מרצון להשיג. כלומר לשם מהווה מטרה (יסוד נפשי). כדי שזו תהווה עבירה תוצאתית יש לנסח: עקב כך, וכו. ההרשעה לא מתבססת על תוצאה אלא רק על התנהגות הנאשם.

345. **הבועל** אשה -

(1)   שלא בהסכמתה החופשית;

 (ג)   בסימן זה -

          "בועל" - **המחדיר** איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה;

376ב. (א) **הגורם** לאדם לעזוב את המדינה שבה הוא מתגורר לשם העסקתו בזנות או החזקתו בתנאי עבדות, דינו – מאסר עשר שנים.

גרימה- מראה על עבירה תוצאתית. הגורם יהיה הרכיב ההתנהגותי בלתי מסוים- יכולה לגרום בכל מיני דרכים ולא מדובר מה המעשה הספציפי, הגרימה יכולה לעשות בכל מיני דרכים ללא דיוק וצמצום למעשה ספציפי.

לעזוב- תוצאה, בעקבות הגרימה מאוחר יותר בזמן הקורבן עזב את הארץ.

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

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

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

עבירה התנהגותית, אין שום תוצאה צריכה קרות מאוחר יותר בזמן. מספיק שהאדם יוצר מטבע כזה העבירה התקיימה. אם המנפק הוא תוצאה אז מה הוא המעשה- אם לא ניתן להפריד בזמן תוצאה שקרתה לאחר המנפק, המנפק יהיה המעשה.

333. **החובל** בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו – מאסר שבע שנים.

334. **הפוצע** חברו שלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים.

הפוצע היא שוב התנהגות לא מוגדרת, אך הניסוח לא נעשה בצורה שיטתית ואחידה. ולכן נשארו ניסוחים המתורגמים לפקודה הבריטית. הפוצע הוא גם תוצאה וגם מעשה משום שאכן יש שוני בנקודת הזמן- ניתן לקרוא את זה כך: הגורם לפציעה. למה זו לא התנהגות- בשל הגדרות בחוק העונשין.

345. **ההורג** חיה הניתנת להיגנב או **חובל** בה, **פוצעה** או **מפעיל** עליה רעל, במזיד ושלא כדין, דינו - מאסר שלוש שנים.

למה מפעיל עליה רעל זה לא גם תוצאה- משום שאנחנו לא יודעים מה התוצאה, לא ידוע מה קורה לאחר ההרעלה. די בכך שאני מפעילה על החיה רעל- אין פה רכיב של תוצאה ולכן זו עבירה התנהגותית.

449. ה**גורם** ברשלנות לשריפת דבר לא לו, או **הגורם** ברשלנות סכנת שריפה לדבר לא לו, דינו - מאסר שלוש שנים.

457. **הגורם** במזיד ושלא כדין שחיה הניתנת להיגנב תידבק במחלה מידבקת, דינו - מאסר חמש שנים.

428. **המאיים** על אדם בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם, או **מאיים** על אדם לפרסם או להימנע מפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או **מטיל** אימה על אדם בדרך אחרת, הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו - מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו - מאסר תשע שנים.

זה לא משנה מה התוצאה של האיום, לא משנה האם הקורבן עשה את המעשה בעקבות הפחד, ולכן זו עבירה התנהגותית.

**עבירות נגזרות: דוקטרינת ניסיון וצדדי העבירה**

אנחנו נכנסות לתוך: פרק ה: עבירות נגזרות. יש בפרק זה שני סימנים:

1. סימן א'- ניסיון
2. סימן ב'- צדדי העבירה

**עבירות נגזרות**

מה זה עבירות נגזרות? מה הכוונה במושג של צורות נגזרות של אחריות? עד כה דיברנו על סיטואציות שבהן נטיל אחריות על הנאשם בהתקיים כל מרכיבי היסוד העובדתי ומרכיבי היסוד הנפשי. בעצם הפרק הזה של עבירות נגזרות מטפל באותם מקרים שבהם אנחנו חורגים מהתחום הפלילי הגרעיני של ביצוע עבירה מושלמת (מלשון של עבירה שלמה). עבירה מושלמת היא עבירה שכל יסודותיה הושלמו. ניתן לראות שבשיטות בעולם, באים ומרחיבים את האחריות הפלילית גם במצבים שבהם לא התמלאו כל היסוד העובדתי וכל היסוד הנפשי של העבירה וזה במקרים שיש שיקולים המקרבים את הנאשם לביצוע העבירה לפי כל מיני כללים. המקרים האלו, נקראים צורת נגזרות שלא אחריות פלילית, אנחנו גוזרות את האחריות הפלילית מתוך עבירה מושלמת שלא התקיימה, ונייחס לו איזושהי אחריות מסוימת, שנקראת אחריות נגזרת, וזאת למרות שהוא לא מקיים את התנאים הגרעיניים שדיברנו עליהם עד עכשיו.

הצורות הנגזרות מה שמאפיין אותן זה שאין להן קיום עצמאי, במובן הזה, שהקיום שלהן נגזר מקיומה של עבירה מושלמת עצמאית או מקיומו של ניסיון, והפרק הזה של עבירות נגזרות מכיל שני תתי פרקים:

1. עוסק בדוקטרינת הניסיון וקובע באיזה תנאים נטיל על האדם אחריות פלילית בגין ניסיון לבצע עבירה X שהוא מסמל עבירה מושלמת בחלק הספציפי. ולכן, זה תמיד יהיה ניסיון "ל..." משהו, זה אף פעם לא עבירת ניסיון, אין עבירת ניסיון כללית אלא עבירת ניסון "ל.." , שהמשהו זו עבירה המושלמת שלא הוגמשו כל מרכיביה.
2. הפרק השני בתוך המשפחה הזו שנקראת עבירות נגזרות, זה התת פרק שהכותרת שלו צדדים לעבירה. והפרק הזה מסביר את האחריות של צדדים שונים לעבירה, שלא בהכרח הצד הוא המבצע הישיר שלה. זאת אומרת נראה שכמה אנשים שחוברים ביחד לביצוע העבירה יחלקו ביניהם תפקידים שונים: יהיה באמת מי שהוא המבצע או כמה שממבצעים ביחד את היסוד עבודתי של העבירה וקיום היסוד הנפשי, אבל יכולים להיות אנשים בעלי תפקיד אחר, שלא משתתפים בביצוע עצמו אלא תורמים באופן אחר, למשל דמותו של המסייע שהוא מבצע מעשים שמקלים על הביצוע, מאפשרים אותו, הוא יוצר תנאים קלים יותר עבור המבצע לבצע את העבירה. יש דמות אחרת הנקראת משדל, אותו אדם שנוטע את הרעיון העברייני במוחו של המבצע. אם הוא נוטע את הרעיון במוחו של המבצע במובן המבצע אלמלא השידול לא היה מצבע את העבירה, החוק בא ואומר שנראה אותו כמשדל והוא גם משתתף באחריות הפלילית. שוב גם המשדל וגם המסייע זה לא שידול לבד, אלא שידול "ל..", השידול נגזר מהעבירה המושלמת, כך גם סיוע. ולכן, הצורות האלו נקראות נגזרות, משום שהן לא עומדות לבד. אין לנו עבירה נפרדת שנקראת ניסון, שידול, או סיוע, אלו נגזרות שמתלבשות על עבירה מושלמת אחרת. והפוכות להיות בעצם צד מסוים לאותה עבירה.

אין עבירה שנקראת ניסיון, אלא הן עבירות שמתלבשות על עבירה מושלמת אחרת, והן הופכות להיות צד לעבירה.

1. **דוקטרינת הניסיון**

**הקדמה לדוקטרינת הניסיון**

הניסיון הוא נושא מאוד מעניין, יש לו הרבה כתיבה בספרות התיאורטית שעוסקת במשפט הפלילי. נפתח בכמה דוגמאות הפונות לאינטואיציה ודרכה הן יוצרות את ההבנה למהו הרציונל לדוקטרינה:

דוקטרינת הניסיון באה ומסתכלת, פונה אל המקרים בהם אדם לא משלים את כל פרטי היסוד העובדתי של העבירה:

* לדוגמא: למשל, פלוני מכוון נשק לאדם אחר, יורה אך מפספס במעט את הקורבן למעשה.

השאלה שנשאלת היא מה דינו של אדם כזה? כי באופן מעשי לא נגרמה שום תוצאה רעה בעולם, אין נזק שנגרם. אותו קורבן פוטנציאלי לא נפגע, ולכן השאלה היא איך מבחינת השיפוט המוסרי של מקרים כאלו נסתכל על אנשים כאלו? בעצם מה ההבדל בין מקרים שבהם אדם פוגע בקורבן וגורם לנזק ולבין מקרים שבהם הוא המעשה מבוצע אך התוצאה לא מתממשת, כבשני המקרים הנאשם פועל מתוך רצון לפגוע בערך החברתי המוגן, בשני המקרים היסוד הנפשי הוא זהה, כשההבדל היחיד הוא גרימת התוצאה.

לפחות בעבר הייתה התלבטות איך לטפל במקרים האלה, כשאחת הטענות שהייתה: היא שההבדל המרכזי בין ההבדל העיקרי בין מצב בו אדם פגע בפועל או החטיא, בין ניסיון לעבירה מושלמת הוא המזל/האקראיות הנושא הזה של הניסיון מעורר את השאלה של המזל המוסרי. לשאלה זו נקרא The Moral Luck Issue- בעצם השאלה היא, איזה משקל אנו נותנים למזל מבחינת השיפוט המוסרי של מעשה? כמה אנחנו נותנות למזל? או שנסתכל על הפוטנציאל או על התוצאה שגרמה.

אחת הטענות לדוקטרינת לשאלה היא שמבחינת המנסה, הוא השלים את כל מה שהיה תלוי בו, הוא כיוון, הוא התארגן, עשה את הסידורים המוקדמים, הגיע למקום הרלוונטי וכו. הוא מבחינתו עשה הכל, רק בשסוף החטיא. אך ברור שמבחינת מה שתלוי היה בו, הוא עשה את הכל. ולכן הטענה היא שלמרות שאין פה נזק לאובייקט קונקרטי שזה הקורבן, בעצם יש פה סוג של נזק בערך מוגן האבסטרקטי, הוא סיכן את ערך חיי האדם, אדם פתח בהתקפה על ערך מוגן. ולכן אלו מקרים שהניסיון מנסה לכוון אליהם, אנחנו נרצה לנטרל במובן מסוים את המזל, לנטרל את המקרים בהם נפליל או לא נפליל רק בשל שיקולים של מזל, ונבסס את האחריות הפלילית על האשם וסיכון, סיכון פוטנציאלי שיש במעשה בליווי האשמה שיש לעושה עצמו.

* דוגמא אחרת: אותו אחד מתחבא מאוחרי השיח, מכוון את האקדח ושנייה לפני שהוא יורה, מפריע גורם חיצוני.

מה קורה במקרה כזה? נראה את המקרה כאחר? המעשה עצמו לא בוצע משום שהתקיים גורם חיצוני שמנע ממנו להשלים את המעשה, כשזה יכול להיות כל מיני סוגים של גורמים. והשאלה היא איך נסתכל על המקרה הזה? בעצם מה ההבדל? אנחנו הולכות עוד יותר אחורה בשלב, הוא לא ירה, הוא לא עשה את כל מה שתלוי בו בכדי ביצוע העבירה, ואז ניתן לטעון שבאפן תיאורטי את אלמנט החרטה, שאולי הוא היה מתחרט? יש מרחק יותר גדול, אנחנו מתרחקות אחורה מהתוצאה, של הסוף הטראגי בפגיעה בקורבן.

אם נלך עוד יותר אחורה עם הדוגמא הזו, נגיע למצב בו הוא עוד לא הספיק להגיע לזירת העבירה. והשאלה היא עד כמה נלך אחורה עוד, עד למקום שבו נגיד שזה כבר היה מספיק רחוק. אנחנו הולכות ומתרחקות גם מספירת הקורבן, הזמן והמקום, שיבושים יכולים לקרות וחרטה יכולה להתעורר. ולכן אנחנו הולכות עוד אחורה והשאלה של המשקל ובאיזה מקום נגיד שאנחנו מספיק קרובות לביצוע העבירה המושלמת ושם נגיד שנכון לייחס לאדם אחריות פלילית בגין ניסיון? כמה רחוק אנו מוכנים ללכת לפני שנחליט שאי אפשר להטיל אחריות פלילית? איפה נשים את הגבול כך שנגיד ש"מכאן" מאשימים ו"מכאן" לא ניתן להאשים?

נדון בכל אותן שאלות מורכבות בשיעורים הקרובים, ובשאלה מה המשטר המשפטי במצבים כאלו, מה המחוקק לוקח בחשבון ומה השיקולים בהם נתחשב?

**הרציונל להפללה בגין ניסיון**

מהם הרציונליים להפליל את הניסיון הפלילי?

הצדקות להפללת הניסיון

דיני העונשין מאפשרים לייחס אחריות פלילית גם בגין מעשה עבירה שלא הושלם. בבסיס גישה זו, עומד הצור לנקוט אמצעים עונשייים כנגד המבצע, לפני השלמת העבירה ובטרם מימוש זממו.

אנחנו עוסקים במצבים בהם היסוד העובדתי לא הושלם, אך יש הבדל בשאלה איפה הייתה אי-ההשלמה בהיבטים של היסוד העובדתי( אם כי זה לא מאוד חשוב, העיקר שיסוד אחד לפחות מהיסודות העובדתיים לא נתקיים).

שיקולים המצדיקים את הענשת המנסה:

**שיקולי אשמה**

 הרצון להסיט את המשקל מן התוצאה אל עבר האשם המוסרי ולנטרל את אלמנט המזל (סוגיית הMoral Luck). הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי, והדגש הוא על הפגיעה בערך החברתי, שמתבטאת בעצם ההתקפה עליו.

**שיקולי תועלת**

גם המעשים הבאים בגד ניסיון בלבד מצביעים על נחישותו הפלילית של המנסה להוציא לפועל את מזימת העבריינית. קיים חשש, כי מנסה שלא הצליח להגשים את מזימתו פעם אחת, ישוב וינסה להגשים אותה הזדמנות נוספת.

כלומר, אנחנו רוצים להרתיע אדם מלנסות שוב דרך הטלת אחריות פלילית, אפילו חלקית, בגין הניסיון.

גם כאשר היסוד העובדתי לא הושלם, שיטות משפט באות ואמרות שלא נחכה לרגע האחרון לעד שהאדם משלים את העבירה, אלא נטיל עליו אחריות פלילית גם אם לא התבצעה העבירה בפועל, גם אם הוא לא השלים את כל היסוד העובדתית אי השלמת היסוד העובדתי יכולה להיות בגלל תוצאה (התוצאה לא קרתה אך המעשה עצמו והנסיבות התקיימו), אך יש מקרים בהם שאי השלמת היסוד העובדתי זה מכיוון שהמעשה עצמו לא הושלם, הוא לא השלים בכלל את ההתנהגות. אי ההשלמה יכולה להיות בכל מיני ההיבטים של היסוד העובדתי. זה לא משנה, החשוב הוא שלפחות אחד מרכיבי היסוד העובדתי לא הושלם.

מבחינת השיקולים של למה להפליל, יש סיפור שעוסק בעניין של אשם-הטענה של תיאורטיקנים של משפט פלילי היא שנרצה להסית את הדגש מהתמקדות בתוצאה והנזק הפיזי אל כיוון האשם, כך ננטרל את המזל. ניתן לראות פה שוב את השוני בין המשפט הפלילי לענפי משפט אחרים. בנזיקין מה שמעניין זה הנזק ולא שיקולים מסביב, בפלילים הנזק הפיזי הוא לא המוקד, אלא עקרון האשם, נראה אותו כאשם בגלל האשם שבו, בגלל הפוטנציאל למסוכנות.

ולכן התפיסה בדיני הניסיון שאנחנו נשים את זה הדגש לא על הנזק הקונקרטי אלא על הפגיעה בערך החברתי המוגן שבאה לידי ביטוי בהתקפה עצמה.

כמובן מהצד השני, של שיקולי אשם, עומדים השיקולים של תועלת שיקולים של תועלת- גם מבחינת שיקולים תועלתניים, אחד הטיעונים של תיאורטיקנים של משפט פלילי מהכיוון התועלתני הוא שבסופו של דבר נרצה לתמרץ אנשים לא להמשיך ולנסות להוציא לפועל את כל התכנונים הרעים שלהם, כלומר נרצה לגרום להם להפסיק ולנסות. אם אנשים ידעו שעל הניסיון שלהם לא תוטל אחריות פלילית, לא ניצור אפקט מצנן על הניסיונות. פה התפיסה היא, שאם אנשים יבינו שבסופו של דבר, הם ניסו וגם אם לא הצליחו להגישם את התוצאה, הם חשופים באופן מלא לאחריות פלילית, אנחנו מייצרים מסר מאוד משמעותי של הרתעה. תדעו לכם שלא כדאי לנסות, מאחר ואתם חושפים את עצמכם לאחריות מלאה.

אנתוני דף שהוא אחד מהחוקרים המבוילים בעולם של תיאוריה פלילית, הוא בא ואמר שהפגיעה בערך המוגן במקרים של ניסיון נוצרת מעצם האיום על הערך הזה, לא צריך להראות שבסוף הייתה פגיעה מעשית. הוא נותן מטאפורה כדי להמחיש את הרעיון, דוגמא של פיגוע: כשאדם מתכנן לבצע פיגוע, לא נאמר שהיו נפגעים רק אם הפיגוע יצא לפועל, זאת אומרת אם אדם שם פצצה והיא לא מתפוצצת, אנחנו עדיין נקבע שהיה פיגוע רק שלא נפגעו אנשים. כך אותו דבר בדיוק בדוקטרינת הניסיון: מבחינת פלוני שיוצא לבצע עבירה ובפועל, בסוף מה שקרוה זה רק ניסיון, הוא לא מצליח להגיע לפגיעה מעשית וליצור התוצאה הקטלנית. נראה אותו כמי שעש "פיגוע", הוא פתח איום ומתקפה ממשית על הערך המוגן, זה שבסוף לא היו נפגעים בפועל לא מוריד מקיומו של ה"פיגוע", אך מבחינת האנטי-חברתיות והצדקה בעצם יש פה פיגוע, האדם עצמו מבצע פיגוע כנגד הערך המוגן הדימוי שדף משתמש בו הוא מאוד אינטואיטיבי. אבל התפיסה צריכה להיות אותו הדבר. ברגע שפלוני מתקרב מספיק לביצוע העבירה המושלמת, גם אם בפועל לא השלים אותה אנחנו תופסים אותו כמי שפתח בהתקפה על הערך המוגן, ולכן אנחנו נפליל.

**משטר הענישה**

עד כה הסברנו למה נרצה להפליל במקרים של ניסיון. נשאל בנוסף: אפילו אם החלטנו להפליל בגין ניסיון, מה יהיה משטר הענישה? איך נעניש את המנסה? יש שיגידו שהענישה צריכה להיות חמורה הרבה פחות, כי בפועל לא נגרם נזק למושא העבירה, ויש שיגידו שאולי צריך לחשוף אדם לעונש המלא בגין העבירה המושלמת. מה תהיה "הנוסחה" ההולמת לעניין זה? גם כאן יש ויכוח שלם בספרות על השאלה הזו בדיוק, גם שכבר יש הסכמה על הפללת הניסיון, מתעוררת השאלה כיצד צריך להעניש.

מאוד מעניין להגיד שתיקון 39 עשה הבדל גדול בדין הישראלי, בית המשפט האנגלו-אמריקאי, עד תיקון 39 היה תרגום של שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית בתחום הפלילי. התפיסה הישנה יותר באה ואמרה שבסופו של דבר החשיבות צריכה להיות משמעותית מאוד לנזק, יש משמעות אם פלוני גרם לנזק או לא, ולכן לא נעניש את המנסה בדיוק כמו בעבירה המושלמת. מה שקרה זה שעם הזמן תפיסות מוסריות התפתחו ותיקון 39 בא והשווה את העונש שחל על ניסיון לעונש שחל בגין ביצוע עבירה מושלמת, ובכך התיקון הדגיש את הרכיב הסובייקטיבי של האשם הפלילי. לפני התיקון הדין היה שהעונש של המנסה היה מחצית מהעונש של העבירה המושלמת.

החשיפה הזאת למחצית העונש בדיוק משקפת את ההבדל, כי מצד אחד היא מענישה את המנסה ומדגישה את אשמו, ומצד שני היא כן מבחינה בין מקרים שיש נזק בעולם לבין כאלו שאין. מבחינת הרציונל בעצם השיקול אך סוף העולם בנוי על התוצאות. ולא יכול להיות שהחוק לא עושה את ההבדל הזה.

עוד אחד מהשיקולים של לפני התיקון היה הנושא של תמריצים, שיקול נוסף לקביעה שמחצית העונש מהעבירה המושלמת היא העונש המקסימלי שאפשר להטיל: יש כאן הרתעה בחסר, מפני שאם נטיל אחריות מלאה על ניסיון אדם יגיד ש"אם כבר אני אשא באחריות מלאה אז אסיים מה שהתחלתי". במצב כזה, אנחנו רוצים לתמרץ אנשים שלא להשלים את העבירה. הטענה הייתה שאם אנחנו חושפים ונותנים עונש מלא במקרים של ניסיון ומקרים של עבירה מושלמת, אנחנו בעצם יוצרות תמריץ שלילי לנאשמים לחזור בהם בביצוע העבירה בעיקר במקרים שבהם ההשלמה של העבירה מותנית באשמתו, לא משנה האם התוצאה קרתה בפועל. התפיסה הייתה שכך לפחות אנחנו עדיין יוצרים תמריץ לנאשמים ברגע האחרון להתחרט. יש כל הזמן עדיין תמריץ לרדת מהפעולה.

היום, לאחר תיקון 39, הדין הוא שהעונש של ניסיון זהה לעונש של העבירה המושלמת. כל הדיונים של יסודות והשתכללות העבירה המושלמת, אלו דיונים לא מדויקים, משום שמי שבאמת קובע את רף הכניסה לדין הפלילי היא הקובעת את הכניסה לרף הדין הפלילי היא דוקטרינת הניסיון. משום שברגע שאנחנו יכולות להטיל אחריות פלילית על נאשמת בגין ניסיון, לא רק שהיא נכנסת לדין ההפלילי, אלא אני גם חושפת אותה לעונש המקסימלי שניתן להביא בגין העבירה המושלמת. ולכן מה שמשרטט את רף הכניסה הנמוך ביותר לדין הפלילי הוא דוקטרינת הניסיון. גם אם לא כל היסוד העובדתי התקיים ברגע שהנאשם נכנס לדוקטרינת הניסיון, הוא כפוף לעונש של העבירה המושלמת. ולכן הדוקטרינה הפכה להיות חשובה במיוחד.המשמעות: מספיק שאדם ביצע ניסיון לעבירה המושלמת כדי שנוכל להטיל עליו אחריות מלאה! המשמעות אדירה, מפני שמספיק שהתביעה תוכיח שאדם ביצע ניסיון לעבירה מושלמת כדי שהוא יקבל עונש כאילו השלים את מעשה העבירה.

**ביקורות על תיקון 39 לעניין דוקטרינת הניסיון**

זה שתיקון 39 החליט להשוות את הענישה של המנסה לענישה של המבצע ,לא היה מהלך שחף מביקורות. היו שביקרו את המהלך וטענו כי קשה להתעלם מזה שבעולם האמיתי יש משקל גם לתוצאות. אנחנו מתגמלים אנשים לא רק על מאמץ אלא גם על תוצאות. בעולם החומרי שלנו, הרבה פעמים בתוצאה היא חשובה. ולכן אחת טענות היא שעם כל השיח על רצון וכוונה, בסוף תחומי החיים האחרים שלנו אנחנו כן מבחינים בין מקרים בהם יש תוצאה לאלו שלא, אז למה שבדין הפלילי יהיה אחרת?

נמצא מחקר מאוד מאוד מעניין על ידי דוידסון ודרוול, זוג חוקרים שהוציאו ספר על תפיסות של הציבור, איך הציבור תופס על מיני סיטואציות שהדין הפלילי מסדיר אותם. מה הייתה האינטואיציה של הציבור לגבי דוקטרינת ניסיון? מה שגילו או זה שהציבור בסופו של דבר כן מבחין בין האנטי-חברתיות של שני המקרים, ואנשים דווקא נטו לעשות דיפרנציאציה בין העונשים שניתנו למנסים לאלו שמבצעים, בין מקרים שהייתה פגיעה למקרים שלא. כלומר, לאנשים היה חשוב להעניש בחומרה רבה יותר את מי שפגע. ונכון להעניש בצורה פחותה את מי שלא פגע. זאת אומר שדווקא האינטואיציה של אנשים מהציבור הייתה שהניסיון והעבירה המושלמת הן לא אותו הדבר.

עוד שאלה שעלתה היא איך התפיסות המוסריות של אנשים לגבי ניסיונות ועבירות משולמות, הוא מדבר על הבחנה בין המוסר הילדי למוסר הבוגר. הוא מדבר שהרבה פעמים המוסר הילדי הוא מוסר שנותן משקל לתוצאות, לא מעניין אותו מה הכוונה אלא מה התוצאה. לעומת זאת שאנשים מתבגרים, יש מתן דגש ומשקל יותר גדול לכוונה עצמה ולא רק לתוצאה. כלומר, המוסר הבוגר יטען שיש עניין בהשוואת הניסיון לתוצאה בכל הנוגע לחומרת הענישה.

זה באמת משהו שהוא מורכב יותר, ואנחנו רואות שתיקון 39 הלך לכיוון הזה, תפיסה שהיא יותר בוגרת ומרוכבת של אשם. נותנת משקל לכוונה ולא רק לביטוי החיצוני שלה.

**תחולת דין העבירה (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994 ת"ט תשנ"ה-1995**

34ד.  מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה.

ס'34 ד- קובע שדין ניסיון כדין תוצאה- אך בפועל הפסיקה מתאימה את העונש למידת הקרבה לביצוע וגורמים ושיקולים נוספים. אם לא נאמר משהו אחר, הדין שחל על עבירות מושלמות, חל על עבירות ניסיון. כיוון שבחוק אין שום הוראה שבאה ואומרת שהחוק של הניסיון יהיה שונה מהחוק של עבירה מושלמת, מהסעיף הזה משתמע שלעניין עונש, נתייחס לשניהם אותו הדבר. ולכן ניסיון לעבירה חושף את הנאשם עונש של המבצע ממש.

בפועל מה קורה? האם בית המשפט מטיל את אותן העונש?

חלק מהרעיון להותיר לבית המשפט שיקול דעת מספיק רחב של איזשהו עונש ספציפי לתת למידת הקרבה שלו להשלמת העבירה, בהתאם למידת האשמה, וכו. זה מאפשר לבית המשפט לעשות ולהתאים את העונש, שבמקרים מאוד חומרים בית המשפט אפילו יכולים להחמיר בעבירת הניסיון.

בדרך כלל ניתן לראות שבית המשפט מבחין בין העונש לעבירת ניסיון לבין עונש העבירה המושלמת.

ס'34ג- קובע ש"יש גבול" לניסיון ככל שהענישה על עבירה היא עד שלושה חודשי מאסר (עבירות מסוג "חטא"). בעבירות שהן מאוד קלות, עבירה שהעונש שלה עד 3 חודשים, אין ניסיון לעבירה שהיא חטא. משום שהעבירות הנגזרות גם ככה מרחיבות את מעגל הפלילי, גם כשהן יוצרות את הפריפריה, אז יש גבול. נרחיב את האחריות ונגלוש מהרעיון לפריפריה רק במקרים המוצדקים. עבירות של חטא הן כל כך קלות שלא מוצדק למתוח את האחריות יותר מידי.

**היסוד העובדתי של הניסיון**

השאלה שנשאלת היא מה ההבחנה, מתי אדם שעושה מעשים מוקדמים לקראת העבירה עדיין יחשב כמי שלא בתוך הניסיון, הוא עדיין מספיק רחוק מלהפליל אותו לעומת מקרים בהם האדם מתקרב לביצוע העבירה, במקרים שבמשפט חושב שכדאי להתערב ולהפליל אותו בניסיון למרות שהעבירה עדיין לא השולמה?

מי שמסדיר את הנושא זה הסעיף 25 שעוסק בהבחנה עונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון.

ס'25 לחוק העונשין: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

בעצם ההגדרה נוקבת בשלושה מושגים ויוצרת ציר זמן:

1. הכנה- מעשה שאין בו הכנה בלבד
2. נסיון- מה שהוא מעבר להכנה אך עדיין לא עבירה מושלמת
3. עבירה מושלמת

אם נצייר את הכל על גרף\ ציר אפשר לתאר את ההתגלגלות הכרונולוגית של פעולות הנאשם על פני הציר הזה. בשלב של ההכנה הנאשם מבצע סידורים מוקדמים לקראת הביצוע.(אוסף מידע מודיעיני, אוסף ומצטייד אמצעים, תצפיות וכו), לאט לאט הוא מתקדם עם ההכנות, הזמן מתקדם, הוא כבר מגיע למקום, מתצפת על הקורבן, הכל תלוי בעבירה ובסיפור עצמו. ובשלב מסוים הוא כבר נכנס לנו, הוא מספיק עושה מעשים שמקרבים אותו לעבירה המושלמת הקו הזה שלח השלמת העבירה, זו הנקודה שבה היסוד העובדתי מושלמים.

יש לשים לב לאיך החוק מגדיר לנו את היסוד הנפשי של ניסיון, הוא לא מגדיר פוזיטיבית למה הם המעשים שמוגדרים מהם ניסיון, אלא על דרך השלילה- כל מה שהוא מבער להכנה, כל מה שהוא לא הכנה ולא עבירה מושלמת.

בחרו ניסוח רחב שמשאיר מקום למשחק, ויכוח. מהו אותו המעשה שיוצא מגדר התנהגות הכנה אך היסוד העובדתי עדיין לא הושלם? מה שחשוב לומר שהניסיון בעצם משתרע על פני מתחם, לא מדובר על נקודה אחת בזמן אלא על איזשהו מתחם שבקצה אחד שלו נמצאת העבירה המושלמת, ובקצה שני שלו נמצא הגבול בין כהנה לבין התחלה הניסיון. ובכל הנקודות האלו לאורך הזמן עדיין יחשבו ניסיון.

* למשל: הנקודה שבה האדם יורה על ההדק ויורה, הוא נמצא בחפיפה כמעט מלאה לעבירה המושלמת, אך עדיין לא חפיפה. הניסיון המשולם, בו המנסה עשה את כל מה שתלוי בו אך התוצאה לא קרתה בגלל מזל.
* לעומת זאת הדוגמא שבה הנאשם לא מספיק לירות אך עומד מאוחרי השיח ומכוון, יהיה במחצית מתחם הניסיון, כי עדיין נשארו לו לעשות מעשים שלא עשה, ולכן הוא לא צמוד להכנה, אך הוא גם לא עד כדי כך מתקדם כדי לשכלל את העבירה המושלמת.
* נלך עוד אחורה, בדוגמא בה הוא ירד מהרכב ובדרך לשיח. איפה זה במתחם? איפשהו במקום מאוד צמוד לשלב ההכנה.
* מה לגבי קניית האקדח? זה נמצא כבר בשלב ההכנה.

השאלה היא מאוד חשובה, כי אם נקבע שהפעולות של הנאשם הן הגדר שלב הכנה, אז הוא פטור מאחריות פלילית. ואם הוחלט שזה ניסיון, הוא חשוף לעונש של העבירה המשולמת. לכן קו הגבול מאוד שוב הוא קריטי, דרמטי מבחינת ההשלכות המעשיות שלו, זה קו הגבול שמסמל את הכניסה לעולם הפלילי. ולכן הויכוח הזה של באיזה מתחם מעשי הנאשם נמצאים זה ויכוח שמקבל הרבה מקום בדיונים של בתי המשפט סנגורים שממש נאבקים לשכנע שמעשי הנאשם עדיין נמצאים בתחום ההכנה, כי המשמעות היא זיכוי.

זו באמת שאלה קשה, שאחד ... שבעצם תיקון 39, הניסוח של סעיף 25 לא נותן את הפתרון, הוא רק קובע שמה שהוא לא הכנה, הוא לא עבירה מושלמת ואז נשאלת השאלה, איך נחליט ונכריע?

פה מאמרה של גור אריה, יש ספרות שלמה שעוסקת במקרי הגבול, במבחנים שהפסיקה פיתחה כדי להבחין את החצייה של מעשי ההכנה וכניסה לניסיון ממש. מעשה ההכנה הם לא ענישיים, אנחנו לא נעניש בגינם. מעשי ההכנה אנחנו תופסים אותם כסידורים מוקדמים לקראת הביצוע שלא נפליל בגינן, אלו סידורים שנפרדים מהביצוע עצמו. זה לא אומר שאין עבירה מושלמת אחרת שמעשי הנאשם בשלב ההכנה אכן משכללים אותה. אך כניסיון לעבירה המשולמת שהנאשם תיכנן זה רחוק ממנו ולא ניתן להעניש על כך.

**הרציונל לאי הטלת אחריות פלילית בשלב ההכנה**

במאמרה, גור אריה מסבירה: יש שני שיקולים:

1. מסוכנות- יש הנחה שאומרת שבסוף המעשים הם מעשים רחוקים מהקרבה לעבירה המשולמת, אז הם לא מספיק מסוכנים, הם לא יוצרים איום ממשי על הערך החברתי המוגן. אך להגיד שזו פגיעה בערך, זה רחוק מידי.
2. מעבר לזה היא אומרת שיש את העניין של היסוד הנפשי. לפעמים, יש מקרים שאדם מתכנן משהו וכולו סועד, וזה השלב בו עושה הכנות אך הוא עדיין מתלבט עם עצמו. הוא עדיין סוער וממשיך לפקפק ולשאול את עצמו האם לנקוט ולעשות את המעשה. בשלב מסוים, האדם יכול להגיע למסקנה שלא שווה לו לפעול כך. גור אריה מדברת על כך במאמר בצורה מעניינת, לפעמים סידורים מוקדמים כאלו יכולים להוות איזושהי דרך לפרוק כעס, תסכול ולהוציא אנרגיות שליליות ודווקא במהלך הסידורים המוקדמים האלו האדם מהין שלא שווה לא לבצע את העבירה. ולכן גור אריה אומרת שבסידורים מוקדמים הוא כשלעצמו לא מהווה כבר התקפה על הערך המוגן, לא מהווה איום מספיק משמעותי. ולכן החצייה הזו של הפער בין מעשי ההכנה לבין הביצוע, בעצם הרבה פעמים הם משקפים החלטה שהיא פרי תולדה עמוקה יותר, החלטה שהיא מגובשת יותר. שהאדם עובר מהסידורים המקודמים לפעולות מספיק מוקדמות זה כבר מראה את הנחישות העבריינית שלו, זה כבר אחרי השלב שבו הוא שאל את עצמו, פה החליט והוא משמיך. ולכן היא אומרת שלא נפליל ככל את שלב ההכנה משום שהוא לא מספיק ללמוד ממנו על המסוכנות לאדם עצמו.

אבל למרות זאת יש חריגים. למשל בחוק העונשין בחלק הספציפי שלו, הוא מגדיר כמה סוגים של עבירות הכנה שהביצוע שלהן כן יגרור הפללה:

למשל: ס' 497. עצם העובדה שאתה מחזיק חומר נפץ או מכשיר שהוא מזיק, מתוך כוונה לעשות בהם שימוש לצורך פשע, כבר משכלל עבירה עצמאית, לא עבירה של ניסיון, אלא עבירה עצמאית שבמהות שלה היא עבירת הכנה. משום שאחזקת הנשק של לעצמו לא מהווה עבירה. פה המחוקק אומר שיש מקרים מיוחדים שלמרות שמדובר בסידורים מוקדמים מעצם ההצטיידות של אדם בחומרים כאלו, כבר מייצרת סיכון, האי כבר מסוכנת ונראית מספיק חמורה. הבחירה בהתנהגות שהיא כשלעצמה מסוכנת היא מלמדת על סיכון המוגבר שעלול לקרות אם אכן תתממש התכונית לביצוע העבירה. ולכן יש מעט מאוד עבירות בחלק הספציפי שמעם ההצטיידות , כל מיני עבירות שמהות הפעולה היא הכנתית, עדיין המחוקק אפשר להפליל אותה כבירה עצמאית, כעבירה משולמת של הכנה.

עבירת הקשר (ס'499):

מה המשמעות של "הקושר קשר"? – המשמעות היא שמספר אנשים מתכננים לבצע פשע, גם אם בפועל אנחנו לא מבצעות את העבירה, אנחנו לא מגשימות את התכנון , המחוקק בא אומר שעצם ההתקשרות בינו וההתכנות לבצע עבירה כזו היא עבירה פלילית, יש פה עבירה עצמאית, זה נשמע צעד קיצוני להפליל אנשים על תוכנית בלבד שלא היה שום צעד להשמתה? והטענה היא טענה יש פה באמת עבירה שהיא מאוד רחבה, אנחנו בעצם אומרים ששני אנשים או יותר מסכימים ביניהם על ביצוע מעשה בלתי חוקי במועד כלשהו בעתיד באותו הרגע משתכללת עבירה, וזה בלי קשר לשאלה אם אחר כך יפנו להגשים אותה. יש פה הרחבה מאוד גדולה של האחריות הפלילית. הרציונל בא ואומר שעצם ההתקשרות של אנשים, לבצע עבירה של פשע נתפסת כמשהו שהוא כל כך אנטי חברתי כך שבלי קשר בכלל להתנהגות, לא צריך לדרוש יותר כדי להפליל את אנשים.

למה? הרי מדובר פה רק בתכנון העבירה הזו גררה המון ביקורת בספרות. והביקורת המרכזית אומרת שאנחנו בעצם מפלילים במקרים מאוד מובהקים של כהכנה התשובה היא שבסיטואציה שאנשים פועלים יחד, יש איזשהו חשש שעצם הדיבור מאוד מגביר את הסיכון לביצוע לעומת מקרים בהם האדם הוא מתכנן יחידי. יש כל כך הרבה הזדמנויות להתחרט אך כשאני מוציאה את המחשבה הזו החוצה לעולם, שיש כאלו שיטענו שהעבירה מפלילה על מחשבות בלבד ולא על התנהגות. התשובה היא שבעבירת הקשר אנחנו לא מפלילים על מחשבות, אלא על תרגום מילולי בעולם האמיתית ופה המחוקק תופס את הדיבור בעולם האמיתי לא כמחשבה אלא כבר צעד אחרי המחשבה. וזה ההבדל במקרים שאדם חשוב בלב בשלב, לבין מקרה שבו הוא מדבר עם משהו אחר. הטענה היא כשאתה מדבר עם מישהו על נושא כזה אתה כבר כאילו מאבד את השליטה רק על עצמך, השותפות הזו עם מישהו אחר, יכולה לתמרץ אנשים, לבו לעודד יותר מאשר במקרה שבו האדם פועל לבד. יש משהו בקבוצה ובלחץ הקבוצתי, באנרגיות העברייניות שאתה משתף עם בן אדם אחר, (שהשליטה נתונה לשני הצדדים), כבר לא ניתן להתחרט.

הניסיון הוא לא נקודה אחת בזמן, אלא איזשהו מתחם המשתרע על טווח מסוים, הקושי הוא להבחין בין מעשים שהם רק מעשים מוקדמים לקראת הביצוע, שעדיין לא מופללים, לא רואים אותם כמספיק מסוכנים ומספיק אנטי-חברתיים שיצדיקו הפללה, לעומת מעשים שנכנסים לשלב הניסון, שהוא שלב ביצוע העבירה. ביצוע העבירה זה לא רק השלמת העבירה מבחינת היסוד העובדתי אלא כל הטווח ברגע שבו אנחנו נכנסים למתחם הניסיון. העבירה מתחילה להתבצע בשנייה שנכנסים למתחם הניסיון.

**הגבולות המשרטטים את מרחב הניסיון**

אמרנו שהחוק עצמו בסעיף 25, לא נותן איזשהו מבחן מאוד ברור לאיפה ניסיון, אלא הפוך הוא משתמש בהגדרה שלילית:

**נסיון מהו (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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

זאת אומרת אומרים לנו שכל מה שהוא לא הכנה או עבירה מושלמת, המתחם האמצעי הוא הניסיון. השאלה היא איך ניתן לקבוע את זה?

כאן מה שחשוב לומר, שהשאלה הזו איפה עובר קו הגבול בין הכנה לניסיון מתעוררת בכלל רק בסוג מסוים של ניסיונות, מה שנקרא: הניסיונות הבלתי מושלמים\ בלתי מוגמרים. אנחנו מדברות על מצב בו העושה לא סיים את הרכיב ההתנהגותי, הוא לא סיים לבצע את כל הפעולות שנדרשות מצידו לעבור את העבירה, מה שתלוי בו. הרעיון הוא שאנחנו מדברות על מצב בו אדם לא מסיים לבצע את הרכיב התנהגותי. ואלה המקרים שבהם השאלה האם המעשים שלו חצו את מתחם ההכנה וחצו למתחם לניסיון\ שלב הביצוע, שם זה מתעורר. השאלה לא מתעוררת בכלל, במקרים שנקראים ניסיון מושלם\ ניסיון מוגמר, שהכוונה היא שבניסיונות מושלמים\ מוגמרים, העושה ביצע את כל הפעולות שתלויות בו הנדרשות לעבירה. הרעיון הוא שבניסיונות מושלמים, העושה, ביצע את כל הפעולות התלויות בו להשלמת העבירה אך העבירה לא הושלמה מנסיבות שלא תלויות בו. מקרים שבהם הרכיב ההתנהגותי בוצע במלואו, הנאשם עצמו סיים לבצע את כל הרכיב ההתנהגותי, שזה הרכיב שיש לו שליטה ותלוי רק בו, ועדיין העבירה לא הושלמה, למשל: כי התוצאה עדיין לא קרתה, או כניסה מסוימת בעבירה לא התקיימה. כלומר יש חוסר השלמה של אחד מרכיבי יסודות העבירה שהם לא ההתנהגותי, כלומר שלא הושלם הרכיב הנסיבתי או התוצאתי. במקרים האלו אין שאלה של הכנה או ניסיון, במקרים האלה, ברור שהנאשם משלים את כל המעשים שתלויים בו ועכשיו נותר בשביל להשלים את העבירה רק שהתוצאה תקרה, אלו מקרים של ניסיונות מושלמים. ברור שהנאשם עמוק בתוך מתחם הניסיון, ולכן הדיון במבחני העזר, שבאים לעזור לנו לקבוע הא מדובר במתחם ההכנה או הניסיון, לא יתעוררו בכלל בניסיונות מושלמים או מוגמרים. זה רלוונטי במקרים שברור שהעושה עצמו לא השלים את הרכיב ההתנהגותי.

זה כן רלוונטי במקרים בהם העושה עצמו לא מיצא את הרכיב ההתנהגותי, ופה קו הגבול מאוד מטושטש ולא קל לזהות את הנקודה בה נכנסים לניסיון.

נשתף בדוגמא:

השאלה הנשאלת בדוגמא הזו, היא מאיזה שלב תיחשב ההתנהגות כניסיון לבצע שוד? יש לשים לב כי אם כל השלבים מתקיימים פה, ברור שאם כלל היסודות של העבירה המושלמת של 402, העבירה מתקיימת.

**שוד [א/287, 288(1)] [תשכ"ו]**

402. (א)  **הגונב** דבר, ובשעת מעשה או בתכוף לפניו או לאחריו **מבצע או מאיים** לבצע מעשה אלימות באדם או בנכס כדי להשיג את הדבר הנגנב או לעכבו אצלו או כדי למנוע התנגדות לגניבת הדבר או להתגבר עליה, הרי זה שוד, ודינו של השודד - מאסר ארבע-עשרה שנים.

עבירת מטרה התנהגותית

בכוונתי לבצע שוד (ס'402 לחוק העונשין) שימלא את קופת המזומנים הריקה שלי(תמיד נתחיל מניתוח העבירה שאוזכרה ובהבנה של יסודותיה)

1. מקדישה חודש לסריקה ולחיפוש אחר המקום בו אבצע את השוד. לבסוף בוחר בסניף הסטאר-באקס הקרוב לביתי.
2. שבוע לפני המועד המתוכנן, מתצפתת על הסניף ולומדת את שגרת יומו: תנועת הלקוחות, שעות העומס, מועד החלפת משמרות וכו'.
3. בבוקר יום השוד המתוכנן, יוצאת מהבית וקונה אקדח.

**שלבים א'-ג': מתחם ההכנה**

**שלבים ד'-ו': מתחם הניסיון**

**שלב ז': העבירה המושלמת**

1. חובשת פאה בלונדינית ויוצאת לעבר הסניף(קרבה בזמן ומקום)?
2. דקות לפני שעת הסגירה, נכנסת לסניף כשאקדח בכיסיה.
3. ניגשת לקופאית, שולפת האקדח, ומגישה פתק המכריז כי מדובר בשוד.
4. הקופאית מרוקנת את הקופה ומעבירה את הכסף לידיי.

המשמעת של ניסיון היא שאם האדם נכנס לשלב הזה, נוכל לייחס לו ברמה של היסוד העובדתי, לדוגמא: ניסיון לשוד.

הכנה היא סידורים\ מעשים מוקדמים לשם ביצוע העבירה. אנחנו מדברים על מעשים שראויים להפללה בגין ניסיון לעבירה, מה שחושף את הנאשם לעונש מקסימלי של העבירה. (זו הסיבה ששלב ג' נכנס למתחם ההכנה- קניית האקדח מהווה מעשה מוקדם לשם ביצוע השוד עצמו, ולא כבר כחלק מביצוע העבירה).

נקדים ונאמר, שלא ניתן להגדיר מראש מתי בדיוק מתחיל שלב הביצוע של עבירה ועבירה, אפילו פםר העבירה, אופן הביצוע הקונקרטי יכול להשתנות בין מקרה למקרה, ולכן גם לפר העבירה הכל תלוי הכל תלוי בנסיבות של האירוע עצמו. מירי גור אריה נותנת דוגמא בדיוק לטענה הזו: שמוהל רעל בבקבוק יין והוא מניח אותו במזווה, עכשיו היא אומרת שאם מתברר שהתוכנית הייתה להשאיר את היין במזווה עד להזדמנות המתאימה להגיש את היין המורעל, אז ברור שמודבר במעשה הכנה, זה רחקו מספיק מהביצוע. אך אם נשנה קצת את הנתונים ונספר שעכשיו לפי התוכנית, הנאשם ידע שהקורבן עומד לפתוח את המזווה ולקחת את הבקבוק, אם הנאשם ידע שהקורבן המיועד עומד למזוג לעצמו יין מבקבוק המצוי במזווה, אז מעשיו יהוו בוודאי ניסיון, ואפילו ניסון מושלם, היות והוא עשה כל מה שהיה תלוי בו לביצוע העבירה. לכן הכל תלוי בנסיבות ובסיפור, ולכן הניתוח של הסיפור מאוד חשוב. גם בתיקים בפרקטיקה, בסוף בבתי המשפט בדיון של הגבול בין הכנה לניסיון, יש התעסקות של בית המשפט בפרטים(בנסיבות, ביישום, בעובדות וכו), כי זה מה שעוזר לקבוע איפה יש את החציה המשמעותית.

לפני התיקון, החוק קבע איזשהו מבחן, להבחנה בין הכנה לניסיון, והניסוח של החוק לפי התיקון היה "המנסה הוא זה אשר המתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין" החוק דרש איזשהו מעשה גלוי לעין שבו אפשר ללמוד כבר על הכוונה, זה מזכיר את מבחן החד משמעות. החוק הישן אימץ ונטה למבחן החד משמעות, ובעצם התיקון ביטל את ההגדרה הקודמת ובחר על דרך השלילה שמרימה ידיים מלהציע ממש מבחן עצמאי. מה שקרה, שיטות משפט היום שותפות למסקנה, שלא ניתן להגדיר מראש את נקודת הגבול בנקודה שהיא אפריורית, אבל כן מסכימים על שגם בפסיקה וגם בספרות, פותחו מבחני עזר שיכולים לעזור בהכרעה ובבחנה שבין הניסיון להכנה. ראינו את היישום גם בפס"ד ברויר וגם בפס"ד סריר. הפסיקה מראה את האופן שבית המשפט מנסה לשבור את הראש ושואל את עצמו איפה באמת המעבר הזה.

**מבחני העזר להבחנה בין מעשי הכנה לניסיון**

מבחן המעשה האחרון (בדוגמא שלב ו')

המבחן הראשון שנזכיר אותו, הוא מבחן שכבר פחות רלוונטי ונפוץ בימינו, וזה מבחן שמכונה מבחן המעשה האחרון: זהו מבחן אנגלי שפותח במאה ה-19, הוא בעצם בא ואומר כי הפעולה שביצע אדם, נכנסת לניסיון רק כאשר האדם עשה את המעשה האחרון שנדרש ממנו לפני ביצוע העבירה המשולמת. המשמעות היא שאם נאמר שרק כאשר האדם עשה את המעשה האחרון שנדרש ממנו, אז ניכנס לניסיון, המשמעות בעצם היא שהמבחן מפליל רק ניסיונות משולמים, רק ניסיונות בהם האדם ביצע את כל הרכיב ההתנהגותי. שזה בעצם ממש לחכות לרגע האחרון שלא נותר לו מה לעשות. מקובל היום לחשוב שהמבחן מאוד מצמצם, רק ניסיונות מושלמים, רק במקרים בהם אדם השלים את כל הרכיב ההתנהגותי הם נכנסים לניסיון, ברור שזה מבחן שמחכה לרגע האחרון ברור מבחינת האינטואיציה שאדם שהוא לא השלים את כל המעשים התלויים בו אך באמת מאוד מתקרב לביצוע, כבר שם האנטי חברתיות מספיקה. אגב, המבחן מעולם לא נקט בישראל, הפסיקה הישראלית לא אימצה אותו, וגם בשלב מסוים, במשפט המקובל נטשו אותו מתוך ההבנה שהוא לא מספיק נכון ורגיש, ובית המשפט אפילו הדגיש בפסיקה, כשסנגורים ניסו לעלות אותו, משום שהמבחן בא לטובת הסנגורים בשל צמצום האחריות הפלילית לניסיון, אז בית המשפט מיהר להבהיר שהמבחן לא ראוי גם משיקולים של מדיניות משפטית, ברור שהאימוץ שלו יפגע בהגנה על הערך המוגן, מסוכן להמתין ממש עד הרגע האחרון בשביל שישלים את כל ההתנהגות התלויה בו, ולכן המבחן באופן מעשי הוא לא מבחן שאנחנו באמת משתמשות בו.

פעולה שביצע אדם נכנסת לגדר ניסיון רק כאשר עשה את המעשה האחרון הנדרש מצידו לפני ביצע העבירה המושלמת. משמעות המבחן: הארכת שלב ההכנה וצמצום מתחם הניסיון, כך שייכלל בו רק ניסיון מושלם- מבחן מצמצם ביותר, שלא רגיש מספיק לנסיבות ולמניעת הפגיעה בערך החברתי.

שני מבחנים המרכזיים שגור אריה מזכירה במאמרה הם מבחן הקרבה להשלמה ומבחן החד משמעות:

מבחן הקרבה להשלמה (בדוגמא שלב ה')

אחד המבחנים המסורתיים שבמשפט המקובל פותחו ובהחלט הוא מאומץ בצורה תדירה במשפט הישראלי. המבחן בא ואומר שכדי שאדם יכנס למתחם הניסיון צריך להראות איזשהו תהליך של ביצוע, שבמסגרתו האדם מתקרב קרבה מוחשית ומספיקה להשלמת העבירה. נקודת המוצא שלנו היא העבירה המשולמת וממנה נלך אחורה ונבדוק כמה בעצם רחוק היה הנאשם מהשלמת העבירה. אנחנו בודקות את כמות הפעולות שנותרו, איכות הפעולות- החשיבות שלהן, וכו. אנחנו מסכלות ומנסות להעריך כמה בסוף האדם עצמו רחוק מהשלמת העבירה, מהנקודה שבה היא מושלמת, שכל היסוד העובדתי מושלם. גור אריה נותנת ומציעה להיעזר בממדים של מקום ושל זמן- עד כמה הוא חדר לספירה של הקורבן או ערך המוגן, כמה יש סמיכות מובהקת בזמן בין הכוונה שך העושה בעת הפעולה שלו לעבור מיד להגשמה של היסוד העובדתי. נשאל את עצמינו בסוף סמיכות במקום ובזמן יכול להיות אינדיקציה ומבחן עזר לזה שהאדם מספיק קרוב, המעשים שלו מספיק קרובים לבעירה המוגמרת. אלו לא מדדים בלעדיים ולא ניתן להסתמך רק עליהם. אבל בכל זאת בניסיון להחליט האם הנקודה שבה האשם עצר בה, היא מספיק קרובה לנקודה שבה העבירה היא משולמת, אז מדדים של זמן ומקום יכולים לעזור.

דורש כי **תהליך ביצוע העבירה התקרב קרבה מספקת ומוחשית** להשלמת העבירה. נקודת המוצא היא העבירה המושלמת, וממנה בודקים אחורנית את כמות ואיכות הפעולות שנותרו לשם השלמתה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקה הישראלית- בודקים כמה האדם היה רחוק מהשלמת היסוד העובדתי של העבירה. במאמרה, גור אריה מציעה להחיל את המבחן בעזרת סמיכות במקום ובזמן בין הפעולה להגשמת היסוד העובדתי או באמצעות השאלה מתי הנאשם "חדר" לספירה של האובייקט הספציפי המוגן(למשל, בגניבה- התקרבות לאדם ממנו יגנוב).

המבחן הגרמני למבחן הקרבה (בדוגמא: שלב ד')

נזכיר בהקשר הזה, את המבחן הגרמני הנהוג, הוא מבחן קצת אחר, הנקרא מבחן הקרבה, אך מבחן הקרבה הגרמני ולא המבחן הזה, שהוא מבחן הקרבה האנגלי, של המשפט המקובל. אצל הגרמנים מה שהם בודקים זה עד כמה התנהגות הנאשם הייתה קרובה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה, כלומר הם לא לוקחים את הנקודה שבה העבירה מושלמת ולוקחים אחורה ושואלים עד כמה נשאר לנאשם לעשות, אלא הם לוקחים עוד יותר אחורה את הקו לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה, ושם הם בודקים עד כמה הנאשם חסר לו ועד כמה הוא רחוק מהנקודה בה מתחילה התנהגות אופיינית לביצוע העבירה. זאת אומרת הגרמנים מרחיבים עוד יותר את הטווח הזה, את מתחם הניסיון\ הביצוע.

בודקים עד כמה התנהגות הנאשם הייתה קרובה **לתחילת** ההתנהגות האופיינית לעבירה(בעבירת האינוס: התקרבות למותקפת, ניסיון ליצור מגע) ומשם בודקים כמה הנאשם רחוק מהשלמת היסוד העובדתי. המבחן הגרמני מרחיב את היריעה לעומת המבחן האנגלי!.

באינוס בסוף הגרמנים יגידו שהם לא בודקים את הקרבה של הנאשם לבעילה שזה הרכיב ההתנהגותי, היסוד העובדתי הקבוע בעבירת האינוס, אלא אנחנו בודקים עד כמה הנאשם היה קרוב להתנהגות של תקיפה, שהיא התנהגות אופיינית הנמצאת במרחק מסוים, שהיא תחילת התנהגות האופיינית, היא התקרבות לגוף של הקורבן, למרחב הפיזי שלו. לעומת לבעילה ממש, יש להבין שהרבה פעמים ההבדל יכול להיות מאוד משמעותי כי זו בדיוק הנקודה בה מתעוררת השאלה האם הנאשם יורשע בעבירת האונס, או שמעשיו היו רק הכנה והוא יזוכה.

פס"ד סריר- בפס"ד, הנאשם הורשע בעבירת ניסיון לאונס. מבחינה עובדתית הקורבן הלכה לכיוון ביתה, בזמן שהנאשם תצפת ועקב אחריה. בנקודה מסוימת התחיל לתקוף אותה, ובמקרה העבירה לא הושלמה, הרכיב ההתנהגותי לא הושלם בזכות עבור אורח שעבר, האיר עליהם, וכתוצאה מכך הנאשם ברח מהמקום. אם ניקח את הדוגמא הזו, לפי מבחן הקרבה ההשלמה האנגלי, האם הנקודה שבה סריס מתקרב לקרובן אך מישהו מגיע ומאיר והוא בורח, זו נקודה שמספיק קרובה לבעילה? ספק, משום שנשאר מספיק פעולות שהנאשם צריך לעשות כדי להגיע לשלב של הרכיב ההתנהגותי, הוא צריך להתקרב אליה, צריך לדור לספירה הפיזית שלה, צריך ליצור איתה מגע, יש כל מיני פעולות נוספות שצריכות להתקיים עד שמגיעים לזה. לעומת זאת אצל הגרמנים, יכול להיות מאוד שהתשובה היא שכבר בשלב שהוא מתקרב אליה והמרחק ביניהם לא גדול, זה שלב שהוא מתקרב להתנהגות האופיינית לביצוע העבירה, שההתנהגות האופיינית היא יצירת מגע עם הקורבן.

ישפה בעייתיות עם עקרון חוקיות, עצם העבודה שהאדם לא יודע מראש איפה קו הגבול בין פלילי ללא פלילי. נצפה המחוקק הוא זה שיקבע בצורה מדויקת ולא ישאיר לבית המשפט את הכרעה מה הדבר הפלילי ומה לא. אך ברור שלא סתם השאירו את דוקטרינת הניסיון פתוחה, חלק מהרעיון שיש הבנה כי נסיבות החיים. כל כך מורכבות שהן כאלה שלא ניתן להכתיב ולצפות מראש מבחן שהוא ברור, ולכן צריך לתת כיוון.

אם נסתכל על המשפט הגרמני והאנגלי ניישם לסיפור שלנו: כמה אנחנו רחוקים מהשלמת העבירה, כל היסוד העבדתי של העבירה. לעומת זאת לפי המבחן הגרמני יש לבדוק עד כמה אנחנו קרובים להתנהגות האופיינית לביצוע העבירה, לא עד השלמת העבירה ממש אלא ההתנהגות האופיינית.

* באיזה שלב נראה לנו שניכנס למתחם הניסיון לפי מבחן הקרבה האנגלי (עד כמה אנחנו קרובות לביצוע הרכיב ההתנהגותי)
* לעומת זאת לפי המבחן הגרמני (עד כמה אנחנו קרובים להתנהגות האופיינית).

ג'- זה עדיין הכנה, זו עדיין הצטיידות לביצוע העבירה, הצטיידות של אמצעים, אינפורמציה, תצפיות אלו בדרך כלל סוגים של מעשים שבפסיקה נראה אותם כמסווגים כמקרי הכנה. אם ניישם את המבחן הקרבה האנגלי לעומת הגרמני, בשלב ה' אנחנו במבחן האנגלי- אנחנו צריכות להראות קרבה לעבירה המשולמת, להשלמת העבירה (בכניסה לסניף עצמו עם אקדח יש פה קרבה מספיק מוחשית להשלמת העבירה), לעומת זאת, לפי המבחן הגרמני, שלב ד' לוקח אותנו כבר שלב אחד אחורה, עצם זה, שאני יוצאת לעבר הסניף אני כבר נכנסת לספירה של הקורבן, אני מתחילה להתקרב להתנהגות אופייני לביצוע שוד, כשאדם חובש פאה מצויד באקדח ומתקרב לסניף, הוא כבר מתחיל להתקרב להתנהגות האופיינית לשוד בנק.

כן חשוב להבין שמבחן הקרבה הגרמני יקדים את האנגלי. מה שלפי הגרמני כבר יחשב ניסיון, אצל האנגלי יחשב הכנה.

מבחן החד משמעות (בדוגמא: שלב ד')

מבחן נוסף שקראנו במאמרה של גור אריה, וראינו את היישום שלו בפס"ד ברויאר. מבחן, שפלר מכונה אותו כמבחן הסרט האילם. מבחן נוסף, מסורתי שפותח במשפט המקובל, הוא אומץ במשפט הישראלי, הוא נולד במקור בניו-זילנד. המבחן בא ואמר כי ההתנהגות תיכנס לניסיון מקום שבו המבצע מתחיל בביצוע התחלתי שמגלה חד משמעי את כוונותיו. זאת אומרת מקום שבו נסתכל על פעולות הנאשם ונלמד מהן בצורה חד משמעית על כוונותיו זה המקום שנקבע שבו מתחיל הניסיון. המבחן לא מדבר על קרבה בזמן ובמקום, על צעדים לא קרובים או קרובים להשלמת העבירה, אלא לפי המבחן הזה הניסיון יכול להיות פעולה מאוד מוקדמת פעולה ראשונית, בתנאי שמדובר במעשה גלוי המלמד על הכוונה של העושה לבצע את העבירה. זה המבחן החשוב לנו פה, הניסיון יתחיל בשלב שבו ברור יהיה למי שצופה מהצד באופן חד משמעי שהעושה שלפניו מתכוון לשעות את אותה עבירה מסוימת.

התנהגות נכללת בגדר ניסיון מקום בו החל המבצע בביצוע התחלתי **המגלה בצורה חד-משמעית את כוונותיו.** ניסיון עשוי להיות גם הפעולה הראשונה, בתנאי שמדובר במעשה גלוי שמלמד על כוונת העושה ל בצע את העבירה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקתנו. פלר מדמה את המבחן ל"סרט אילם": הניסיון יתחיל בשלב בו יהיה ברור לצופה, חד-משמעית, כי העושה בסרט מתכוון לבצע עבירה. המבחן מסתמך על התנהגות נחזית של הנאשם ביחס לעובדות. הוא מסתמך על היסוד הנפשי כאשר הנוגע ליסוד העובדתי.

 **הביקורת**: יכול להיות שנפליל על כוונה, ואנו רוצים להפליל על מעשים. אנו עלולים להרשיע אדם על בסיס חזות ולא מהות.

פלר בספרו, מדמה את המבחן לצפייה בסרט אילם, לכן הוא נקרא מבחין הסרט האילם. מבחן הסרט האילם הוא בעצם אומר תדמיינו שאתם מתבוננים על ההתנהגות של האדם הפועל בפנטומימה, לא שומעים אותו ולא ניתן לדבר איתו. רק ניתן להסתכל על מה הוא עושה, ללא הסבר במקביל המסביר את מטרותיו ולא ניתן לקרוא את מחשבותיו. פלר בא ואומר שהניסיון יתחיל בשלב שבו ברור יהיה לצופה באופן חד משמעי שהצופה בסרט מתכוון לבצע עבירה. ולכן, לפי המבחן של החד משמעות, ניסיון בעצם יכול להיות פעולה מאוד מוקדמת, הכל תלוי בסיפור.

גור אריה במאמרה גם עומדת על החסרונות ש מבחן חד המשמעות: החיסרון המרכזי של המבחן, אם נסתכל על מה אדם עושה כלפי חוץ, עצם הדרישה שלנו לפליליות גלויה הופכת את האחריות בגין ניסיון, לאחריות על בסיס חזות, זאת אומרת אנחנו מרשיעים אדם על בסיס מה שאנחנו רואים ומייחסים לו כוונה ולא על בסיס מהות, שזה הטיב האמיתי של ההתנהגות. אנחנו מטילים אחריות על בסיס מה שההתנהגות נראית לנו ולא על המהות של ההתנהגות שלו. יש דוגמא מפורסמת של שנביל וויליאמס, של התיאורטיקן האנגלי, איש המשפט הפלילי שנותן את הדוגמא שמופיעה תמיד בטקסטים קלסיים של החוק הפלילי: אדם שעומד ועושה בועה עם מקטרת בפה, הוא מצית גפרור בתוך האסם, וויליאמס אומר שאם רק נסתכל על האדם הזה שמצית את המקטרת ונמצא בתוך האסם, לא ניתן להעריך האם בעצם הצתת הגפרור מהווה מעשה פלילי כן או לא, בלי לקבל עוד פרטים, בלי לעמוד על היסוד הנפשי שמלווה את היסוד העובדתי. כי יכול להיות שמדובר באדם תמים הרוצה לעשן, או באדם שפועל מתוך כוונת זדון להצית את האסם, והוא פועל כך בתוך רצון לטשטש את הכוונות האמיתיות שלו. זאת אומרת, הדגש על חזות, שזה הדגש של המבחן חד משמעות, (הסתכלות על התנהגויות הנאשם ותשאלי את עצמך האם מתוך מה שאת רואה ניתן ללמדו על כוונה).
וויליאמס אומר שזה מאוד בעייתי כי לפעמים מה שאנחנו רואים יכול ללמד על כוונה ולפעמים זה יכול לטשטש כוונה, וזה מאוד קשה לדעת. הדגש הזה של החזות יכול לדרבן אנשים שהם זוממים מתוחכמים להתנהג באופן שלא מסגיר את הכוונה שלהם, והפוך- יכול להיות שאנשים שהם דווקא תמימים יכולים למצוא את עצמם מופללים, או מיוחסת להם כוונה רעה כשהם פעלו בצורה תמימה ורק ההתנהגות שלהם נראית כפלילית התנהגות שלא עומדת מאחוריה שום דבר. אז יש משהו בעייתי וזו הביקורת של החד משמעות.

יש לזכור שאף מבחן לא עומד לבד, מקובל בדרך כלל, והפסיקה משתמשת בכמה מבחנים יכולה לבחור למי לתת משקל גדול, אך באופן כללי, וזה גם רלוונטי לבחינה, הרעיון הוא ליישם את מקסימום המבחנים הרלוונטים (מבחן הקרבה (על שני סוגיו- האנגלי והגרמני, מבחן החד משמעות ומבחן תחילת הביצוע) ולראות לאן הם מכוונים, בסוף המבחנים מכנסים אותנו בסוף לאיזושהי מסקנה הגיונית. המבחנים נועדו לתת איזשהן כלי עזר כדי לנסות לבסס את המסקנה האינטואיטיבית, תהליך שקול של הסבר.

יישום על הדוגמא שלנו: בשלב ד' אנחנו כבר מתחילים להבין את התוכנית, בשלב זה כבר ניתן לדעת שעם כל ההכנות לפני וההצטיידות באקדח, והליכה לעבר סניף הבנק, כל זה מעידים על כוונה חד משמעית לשדוד את הסניף. באיזה מקום אנחנו לומדים על הכוונה לביצוע העבירה הספציפית? שבמקרה דנן, מדובר על שוד.

חשוב להבין את ההבדלים: לפי מבחן החד משמעות, גם שלב מוקדם, יכול באופן תיאורטי להות ניסיון בעוד שלפי המבחן הקרבה האנגלי צריך להראות קרבה בזמן, מקום מבחינת האיכות והכמות של הפעולות לסיום, להשלמת היסוד העובדתי.

מבחן תחילת הביצוע (שלב ד')

ניתן לראות כי השימוש במבחן תחילת הביצוע גבר אחרי תיקון 39, ניתן לראות אותו הרבה מיושם אחרי התיקון. המבחן הזה בעצם בא ואומר שכדי שמעשה יכסה תחת מתחם הניסיון, יכנס כבר לביצוע, הוא צריך להיות חוליה בשרשרת שמובילה האופן טבעי למימוש היסוד העובדתי, גם אם זו חוליה שבתחילת השרשרת, אך זה צריך להיות מעשה שבאופן טבעי, אנחנו מקשרים אותו למימוש היסוד העובדתי, הוא צריך להשתלב באופן טבעי, להיות חוליה שממילא מובילה, חוליה שהיא טבעית להתנהגות של היסוד העובדתי.

המבחן הזה לא אומר הרבה משום שיש פה השארה של הגדרות עמומות. גם המבחנים עצמם מנוסחים בצורה מעורפלת ולא נותנים לגמרי הכרעה. אבל ניתן לראות שהפסיקה מפרשת את במבחן בדרך כזו, אין דרישה שחוליה התנהגותית תהיה המעשה האחרון, הסופי, המכריע. ניסיון בעצם משלבת בשלב הביצוע אם הוא ממוקם החל מתחילת הביצוע, בהתחלה של שרשרת שבאופן טבעי מוביל לביצוע העבירה. לפי המבחן הזה, המושג של ביצוע העבירה הוא רחב מהיסוד העובדתי, כפי שהוא מוגדר בהגדרת העבירה. הביצוע מתחיל מהרגע שבוא נחנו נכנסות לניסיון ולכן אם נחזור לפס"ד סריס, לא צריך לחכות למעשים שהתקרבו מאוד לבעילה, כלומר לביצוע היסוד ההתנהגותי בעבירת האינוס כדי להגיד שיש ניסיון של אונס. מספיק שהמעשים של סריס מהווים חוליה בשרשרת שבאופן טבעי מובילה למימוש היסוד העובדתי גם היא בתחילתה של השרשרת כדי שנראה בהם חוסים תחת מתחם הניסיון.

על מנת שמעשה יחסה תחת "מתחם הניסיון וישתייך לשלב "ביצוע העבירה", עליו להוות חוליה בשרשרת שמובילה באופן טבעי למימוש היסוד העובדתי (גם אם חוליה **בתחילתה** של שרשרת). שימו לב: אין צורך להיכנס לתוך היסוד העובדתי, אלא מספיק שהמעשה הוא חוליה שמובילה לתחילת ביצוע היסוד העובדתי. נראה שמבחן זה מזכיר מאוד את מבחן הקרבה הגרמני(הניסיון מתחיל בשלב מוקדם יחסית לביצוע מצידו של הנאשם).

מבין מבחני העזר נראה שהמבחן התואם ביותר את רוח הגדרת סעיף 25 ולאחר תיקון 39 הוא "מבחן תחילת הביצוע". סעיף 25 מתמקד בגבול התחתון של הביצוע, לפיו די בתחילת ביצוע אשר יצא מכלל ניסיון כדי להרשיע בניסיון.

מבחן הביצוע הישראלי מזכיר את מבחן הקרבה הגרמני. כי שני המבחנים הללו מסמנים לנו את הכניסה לניסיון באיזשהו שלב יחסית מוקדם לביצוע. יש פה דמיון בין מבחן תחילת הביצוע למבחן הגרמני.

אגב בברויאר, המקרה שונה מהסיפור שלנו: ברויאר מחליט לבצע שוד, הוא הולך וחוזר לסניף, רואים שהוא לא החליט ומתלבט. הוא נושא על הגוף סכין, הוא חובש כובע על הראש, ולובש על הגוף שתי חולצות במטרה לא יזהו אותו בקלות. כשהוא מגיע לבנק הוא רואה קהל רב שנוכח במקום ולכן הוא מחליט לעזוב את במקום, בשל ההבנה שהזמן לא מתאים. אחרי עשרים דק הוא שב לכיוון הסניף אבל הוא נעצר בקרבת נקום על ידי המשטרה ולא מצליח להשלים את התוכנית. השאלה שמתעוררת היא האם ניתן לייחס לו עבירת שוד בנסיבות שבהן השלב המתקדם ביותר הוא רק להתקרב לכיוון הסניף, או שלהגיד שלב הזה היה מספיק רחוק מהשלב הסופי. לאחר שהוא זוכה והורשע רק בעבירת אחזקת סכין, המדינה ערערה, והעליון מקבל את הערעור. העליון מתייחס לקרבה להשלמת הביצוע ומבחן החד משמעות, הוא מדבר על שני מבחנים חלופיים שמספיק שאחד מהם מתקיים. במקרה של ברויאר, בית המשפט אומר שהמבחן הכוונה החד משמעית מתקיים, למרות היעדר הקרבה להשלמת הביצוע, מפני שברור מתוך מעשיו, שזאת הכוונה שלו. ולכן הוא מפליל למרות שהיישום של מבחן הקרבה, בית המשפט מסכים שלא הייתה קרבה מספיקה.

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

סעיף 26- שמטפל גם הוא בהיבט אחר שנוגע לרכיב ההתנהגותי של דוקטרינת הניסיון.

**חוסר אפשרות לעשיית העבירה (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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

הסעיף הזה מסדיר מקרים שנכנה אותם כניסיונות בלתי צליחים (impossibility), חוסר היכולת\ האפשרות. כדי להבין מה הוא ניסיון בלתי צליח יש להבין מהו ניסיון צליח. ההבדל הוא, אפשר למיין את הניסיונות לשני סוגים:

ניסיונות צליחים הם מצבים שבם השלמת העבירה באופן כללי ותיאורטי יכלה להצליח, אך היא פשוט נכשלה (כיוון לא נכון, סיכול הפעולה, התחרטות וכו). ניסיונות שבסופו של דבר העבירה שם לא הושלמה לא כי מבחינת מצב הדברים בטבע ופי חוקי הפיזיקה על פני דור הארץ זה אי אפשר היה להשלים את העבירה מלכתחילה, אלא שהיה אפשר מלכתחילה אך משהו השתבש. בנסיבות אחרות, שהמצב היה אחר, לא הייתה בעיה להצליח.

ניסיון בלתי צליח אלו מקרים שהביצוע נועד לכישלון מראש, מלכתחילה לא ניתן היה לבצע את בעבירה בנסיבות האלו שהיו, יש חוסר יכולת ואפשרות אובייקטיבית להשלים הכלל את העבירה מלכתחילה (לדוגמא רובה לא עובד)

לדוגמא: סוגי ניסיון בלתי צליח

1. אורי יורה בגופה מתוך כוונה לרצוח אדם – יש כאן חוסר צליחות עובדתית הנובע מהיעדר נסיבה הרלוונטית להגדרת העבירה. יורה בזמן שהוא חושב שמדובר באדם חי, אלא מסתבר שברגע ביצוע ההתנהגות, ברגע הירי, דמות האדם שהוטלה על הרצפה הייתה מתה, היה מדובר בגופה. מלכתחילה אורי לא יכול היה להשלים את עבירת הרצח, משום שמלכתחילה הייתה גופה. הוא טעה לחשוב במדובר באדם, אלא שבפועל, מבחינה אובייקטיבית מדובר בגופה, ולכן לא היה ניתן להשלים את עבירת הרצח בנתונים האלו, לא ניתן להמית אדם מ.
2. יונה פורצת לכספת ומגלה שהיא ריקה- חוסר צליחות עובדתית שנובע מהיעדר נסיבה שאינה חלק מהגדרת העבירה. מלכתחילה לא היה ניתן להשלים את עבירת הגניבה, כי לא היה מה לגנוב. ולא היה את הנסיבה דבר. הכספת ריקה ולכן מלכתחילה יונה לא יכלה לבצע עבירת גניבה, היא טעתה בכך שחשבה שהכספת מכילה כסף, אבל אין שם שום דבר, ולכן לא ניתן להשלים ראש את עבירת הגניבה.
3. אורנית מנסה להמית אדם בכמות רעל שאינה מספקת- חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת מידה/כמות. אורנית טועה לחשוב שמדובר בכמות מתאימה. היא לא יכולה מלכתחילה להמית אדם, היא טועה לחשוב שמדובר בכמות כפולה, במקרה כזה לא ניתן להמית בכמות רעל כל כך קטנה. לא ניתן מלכתחילה להמית בתנאים כאלו אדם, ולכן זה שהיא טעתה לחשוב מדובר בכמות כפולה, עדיין מבחינה אובייקטיבית ניסיון שנידון לכישלון מראש, מחמת חוסר אפשרות עובדתית, העבירה לא יכולה להתגשם מחמת מצב דברים שהיא לא מודעת לו היא טועה.
4. יואב מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר, מתוך אמונה שמדובר ברעל- חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת טיבם/מהותם.

סעיף 26 מסדיר את הניסיונות הבלתי צליחים- כשהוא קובע שדינם של הניסיונות בלתי צליחים דינם כניסיונות צליחים לכל דבר ועניין. מבחינת המחוקק, מעצם העובדה שהאדם טעה לגבי מצב דברים שלא היה מודע לגביו, ומצב הדברים הוא כזה שלא מאפשר מראש להצליח את העבירה הוא לא מעלה ולא מוריד לעניין הניסיון. גם כשמדובר בניסיון בלתי צליחים, ניסיונות כאלה שלא היה ניתן מלכתחילה להצליח אותם מחמת דברים שהעושה לא היה מודע לו, החוק מתייחס אליהם בדיוק אותו הדבר כמו ניסיונות צליחים.

אנחנו רואות שהרעיון העמוק והפילוסופי שעומד מאוחרי המחוקק להשוות את דינו של ניסיון צליח לדינו של ניסיון בלתי צליח לסעיף 26, בדיוק הרעיון של עקרון האשמה. אנחנו שופטות את האדם לפי מצב הדברים שאותו הוא דימה, זה מזכיר את הדיון של מצב דברים (ששם הסייג היה כטענת הגנה לנאשם, טעיתי לחשוב שמשהו תמים למרות שבפועל לא היה תמים), המחוקק לוקח את עקרון האשמה לכל כיוון, גם אם זה לרעת הנאשם ובין אם לא.

אנחנו שופטים את האדם לפי מצב הדברים שאותו הוא דימה, חשב ושלגביו הוא טעה. ולכן במקרים שהנאשם טועה לחשוב שמצב דברם מתקיים, למרותש בפועל מצב הדברים הוא תמים אובייקטיבית הוא לא מקים נזק וסיכון לנזקף אנחנו נשפוט את האדם לפי מצב הדברים שאותו הוא דימה, ולכן נייחס לו אחריות בגין ניסיון בלתי צליח. המחוקק לא מבחין מבחינה עונשית, מבחינת האחריות הפלילית לניסיונות צליחים ובלתי צליחים.

חשוב שנראה את סוגי הניסיון כי במידה מסוימת הם מרחיקים אותנו מהגרעין, אם אמרנו שהגרעין הוא העבירה המושלמת והניסיון גם ככה יוצרת הרחבה, אז הפללת הניסיון הבלתי צליח עוד יותר מרחיבה משום שהיא מפלילה מקרים שאין בהם סיכון אובייקטיבי אמיתי, עיקר הליבה ועיקר מרכז הכבוד של העבירה, נובע מהיסוד הנפשי מהמסוכנות של הנאשם.

**ניסיונות בלתי צליחים אבסורדיים**

נראה שתי דוגמאות נוספות של ניסיונות בלתי צליחים שהם יותר שנויות במחלוקת ויותר מורכבות:

1. נעמה מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר, מתוך אמונה כי בכך ניתן יהיה לגרום למות הקורבן- חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים אבסורדיים. טעותו של המנסה היא בתפישת המציאות ולא טעות במצב דברים(נעמה מבינה שמדובר בסוכר, לעומת יואב שחושב שמדובר ברעל. עם זאת, נעמה חושבת שסוכר הוא האמצעי להרעלה). יש וויכוח בשאלה האם הניסיון האבסורדי נכנס לסעיף 26, כלומר אם ניתן להפליל בגינו. הדילמה היא בשאלה עד כמה נשקפת סכנה מעושים שמבצעים מעשה אבסורדי.

יואב טועה לחשוב שהסוכר הוא רעל היא יודעת שהסוכר הוא הרעל, אך היא חושבת שסוכר יכול לגרום למוות של אדם. מה ההבדל בין המקרים האלה? המקרה ה5, הספרות מכנה אותו כניסיון האבסורדי. אנחנו מדברים על קרים שבהם חוסר הצליחות לא נובע מטעות של המנסה במצב הדברים, נעמה לא טועה, היא מבינה לגמרי את העבודות ואת הנסיבות שקורות מסביב, וזה להבדיל מיואב שטועה במצב הדברים (הוא טועה וחושב שמדובר ברעל). נעמה יודעת שזה סוכר, ועדיין היא מנסה להרעיל אדם עם סוכר כי היא חושבת שזה מה שיוביל למות הקורבן. הרבה פעמים דוגמאות שנותנים בספרות לניסיונות אבסורדים אלה מקרים שמנסים להרוג אדם עם בובת וודו. חוסר הצליחות אלו מקרים שלא היה ניתן באופן אובייקטיבי להצליח להשלים את העבירה, לא בגלל טעות של העושה במצב הדברים אלא טעות שלו בתפיסת המציאות. הוא טועה לחשוב שהדקירה של בובת וודו יכולה להרוג מישהו אחר.

לגבי הניסיון האבסורדי יש ויכוח האם הוא נכנס לסעיף 26? במילים אחרות האם ניתן להפליל אנשים שמבצעים ניסיונות אבסורדים? הדילמה והוויכוח בין אנשים סביב העניין הזה, זה עד כמה נשקפת סכנה מעושים שהם עושים אבסורדים. לדוגמא פלר, גור אריה וכו , מחזיקים בהנחה שלדעתם לא נכון להטיל אחריות על ניסיונות אבסורדים, משום שלא נשקפת שום סכנה מהמעשים האלה, ולכן אין צורך למנוע אותם. במילים אחרות, במקרים האלה מה שנרגיש כלפי המנסה הוא רחמים, מדובר בעושים שהם לא רציונליים, יש להם תפיסת עולם מעוותת, אבל הם לא באמת מהוויים סיכון אמיתי לציבור. פלר אומר אף בספרו "מי יתן שאוכלוסיית העבריינים כולה תורכב מאנשים מסוג זה, המתבססים רק על ניסים כדי לממשל את שאיפותיהם. כלומר ההסתכלות עליהם היא קמת מזלזלת ולא ניתן להתייחס לעושים כאלו כמי שעתידים להפיק לקחים מכישלונם. ולכן לא נשקפת מהם סכנה. לעומת יואב, כשיבין שהטעות שלו היא שהרעל הוא סוכר, הוא יפעל בכדי לתקן את הטעות ולהוביל למוות של האדם. העושה האבסורדי, התפיסה היא, שזה לא מישהו שעתיד להפיק לקחים, הוא "חי בסרט משלו", ולכן האנשים האלה הם לא אנשים שהדין הפלילי בא איתם בחשבון.

בסעיף 26 נראה כי הסעיף לא החריג את הניסיון האבסורדי, אין התייחסות הוא לא מבין בין ניסיונות בלתי צליחים רגילים לבין ניסיונות בלתי צליחים אבסורדיים. נהפוך הוא, אפשר לראות שלפני התיקון היה סעיף שדרש כתנאי לקיומה של עבירת ניסיון, הוא שימוש באמצעים מתאימים להגשמתה, זה היה הביטוי. הדרישה הזו הושמטה בתיקון 39, ויש כאלו שקובעים שניתן ללמוד מההשמטה כל כוונת המחוקק להרחיב את עבירת הניסיון באופן כזה שיחיל גם ניסיונות אבסורדים, מתוך הרצון להטיל אחריות פלילית. המסקנה הזו, שאם נלך עד הסוף עם עקרון האשם ותיקון 39 והרצון להטיל אחריות פלילית כל אימת שאדם מגבש רצון לעבור עבירה ומתחיל בביצועה, אז אולי נלך עם זה עד הסוף, נכון להחיל ניסיונות אבסורדיים כי לפי מצב הדברים שהנאשם התכוון לבצע את העבירה, בסוף הוא מגלה מתוך מעשיו, הוא מפגין פוטנציאל עברייני. מחשבות ליבו הסובייקטיביות ומעשיו מפגינות פוטנציאל עברייני גם אם לפי חוקי הפיזיקה ומצב הדברים הרגילים, הדברים שהוא עושה הם דברים בדיוניים שלא נשקפת סכנה אמיתית.

מצד שני, רוב המלומדים חושבים שלא ראוי מבחינת שיקולים של אשם ומוסר להפליל ניסיונות אבסורדיים. לא הייתה פסיקה שהכריעה כהלכה בישראל את הויכוח. לא מגיעים מקרים כאלו להעמדה לדין משום שהרבה פעמים שאנשים עושים מעשים כל כך אבסורדיים קובעים שהם אנשים בתי שפויים וכו, או שמקרים כאלו לא מגיעים, אין הרבה מקרים כאלה. אין פה הלכה ברורה, דנציג מעריכה שבתי המשפט לא ילכו בדרך קיצונית ולא יטילו אחריות, אחרי התיקון, על שימוש באמצעים אבסורדיים.

**ניסון בלתי צליח מחת טעות במצב המשפטי**

1. אסף מסתיר סחורה במעבר הגבול כדי להשתמט מתשלום מכעס, בלא שהוא 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").

הטעות של אסי היא לא במצב הדברים, הוא מבין לחלוטין מה הוא עושה, הטעות שלו היא לגבי המצב המשפטי. הוא חושב שהוא מבצע דבר אסור בעוד שבפועל אין שום איסור לעשות את זה. עבירה מדומה- הוא מדמה בעיני רוחו שהוא מבצע עבירה, למרות שהמעשה שהוא עושה הוא חוקי לפי הדין הפלילי. לגבי המקרה הזה גם פה יש חוסר צליחות, כי לא ניתן לעולם לבצע עבירה שלא קיימת. אבל חוסר הצליחות היא לא עובדתית, בגלל טעות במצב דברים, אלא טעות משפטית. פה קיימת הסכמה גורפת שאין מקום להפליל, סעיף 26 שמדבר על חוסר אפשרות. לעשיית עבירה מחמת טעות במצב דברים, הוא מגביל את זה רק לניסיון בלתי צליח מחמת חוסר צליחות עובדתית ולא משפטית. ולכן סעיף 26 לא מחסה מקרים של ניסיון בלתי צליח מחמת טעות במצב משפטי. עבירה מדומה של אדם לא יכולה להוות בסיס לאחריות פלילית. גם פה, ניתן ללכת עד הסוף עם עיקרון האשם ולטעון להטלת אחריות פלילית. משום שהייתה הפגנה של אנטי חברתיות, החשיבות של ציות לחוק לא חשובה. הטענה היא טענה נכונה אך אנחנו לא נפליל אנשים רק בגלל הנכונות שלהם לעבור על החוק, אנחנו מפלילים אנשים בגלל פגיעות בערכים חברתיים מגונים ואין עבירה של אי ציות לחוק באופן כללי. העבירות הפליליות מגינות על ערכים חברתיים מוגנים והתפיסה היא שאם אין עבירה פלילית, אז בעצם אין ערך חברתי מוגן, ולכן אם אדם חושב שהוא פוגע בערך חברתי מוגן אך הערך הבחרתי לא מוגן, אז אין פגיעה. ולכן גם אם הוא מדמיין, כל עוד אין איסור פלילי לא נייחס אחריות פלילית. כלומר המשפט הפלילי לא בא להגן על עצם הפרת החוק אלא האדם ייתן את הדין על הפרת החוק רק אם הערך שלעליו הוא מגן נחשב כערך מוגן.

לכן המקרים האלו של ניסיונות בלתי צליחים מחמת טעות משפטית, לא ענישיים.

סיכום: פרט לניסיון בלתי צליח מחמת אבסורדיות או טעות במצב משפטי, אין מקום להבדיל בין ניסיונות צליחים לניסיונות בלתי צליחים. דין ניסיון בלתי צליח כדין ניסיון צליח- הנאשם חשוף לעונש המקסימלי בגין העבירה שניסה לבצע.

שניהם גוררים אחריות פלילית שניהם חשופים את העונש המקסימלי. שזה טמון באנטי החברתיות, אנחנו מסתכלות על העושה כאדם שיש לו פוטנציאל עברייני, המשתקפת ממנו סכנה, ולכן אנחנו מפלילים.

**הבחנה בין התפיסה האובייקטיבית לתפיסה הסובייקטיבית**

הדילמה הזאת של שיטות משפט איך לטפל ובאיזה מקרים ראוי להטיל אחריות בגין ניסיון, היא דילמה שקשורה במובן העמוק יותר לתפיסה רחבה של דיני הניסיון. יש ויכוח תיאורטי בין מלומדים בין תפיסה אובייקטיבית של דיני הניסיון לבין התפיסה הסובייקטיבית של דיני הניסיון

התפיסה האובייקטיבית

 שהייתה שולטת לפחות במשפט המקובל בעבר. הרציונל להטיל אחריות פלילית על ניסיונות היא בגלל סכנה שטמונה בהתנהגות של העושה, לא בגלל המסוכנות של העושה כאדם, אלא בגלל הסכנה במעשה. והרעיון הוא שהדגש על הסכנה עצמה מחייב לאפיין את ההתנהגות עצמה, במנותק מהיסוד הנפשי כהתנהגות הגורמת לנזק באופן אובייקטיבי. ולכן מי שתומך בתפיסה האובייקטיבית של ניסיון בא ואומר כי היסוד העובדתי של הניסיון חייב לבטא סכנה אובייקטיבית של גרימת נזק. לכן לפי הגישה הזו, הניסיונות הבלתי הצליחים מבחינה עובדתית מכיוון שהם לא טומנים בחובם נזק, כי הם בלתי ניתנים להשלמה מלכתחילה, לא צריך להפליל אותם. גם בניסיונות האבסורדים, על פי הגישה הסובייקטיבית לא נפליל אותם כהסתכלות עליהם היא לא על אנשים מסוכנים. דווקא בגלל שהיא שמה דגש על מסוכנות את המנסים האבסורדים היא לא תופסת כמסוכנים אלא סתם כאנשים מסוכנים הם לא באמת מסוכנים אלא אנשים שחיים בתפיסת עולם מופרכת.

זו הייתה התפיסה הישנה שבמשפט המקובל.

התפיסה הסובייקטיבית

לעומת זאת, התפיסה הסובייקטיבית של דיני הניסיון, הדגש והרציונל להפליל ניסיונות זה לא בגלל הסכנה שבמעשה, אלא בגלל המסוכנות של עושה. אנחנו שמים את הדגש על המסוכנות של העושה, להבדיל מהסכנה של ההתנהגות שלו. והמסוכנות של העושה נובעת מהנחישות שלו לבצע את העבירה, ולכן גם אם הוא טעה והמעשה עצמו שלא לא מסוכן מכיוון שהוא טעה לגבי מצב דברים מסוים, ברגע שהוא יתעשת, יתאפס על עצמו ויעלה על הטעות, הוא יהיה נחוש עוד פעם לבצע את העבירה, הוא יתקן את הדברים ובפעם הבאה הוא ישתמש באמצעי מתאים והוא גם יצליח. תפיסה הסובייקטיבית מסכלת על אות ניסיונות בלתי צליחים, כהזמנות שפוספסה, אבל העושה עצמו מהמעשים שלו לימד אותנו, על האנטי החברתיות והמסוכנות שלו, על זה שפעם הבאה הוא לא יפספס ויצליח. ולכן אנחנו מבקשים להקדים תרופה מכה והפליל אותו גם על הניסיונות הבלתי צליחים הללו מתוך הנחה שנפליל את המסוכנות.

הקוד הפלילי האמריקאי שזה הקוד הפלילי המנחה את המדינות השונות בארצות הברית, הקוד מוצע כמודל לדוגמא. התפיסה השקוד הפלילי מאמץ היא גישה סובייקטיבית של ניסיון, הדגש על הוא על הכוונה, המסוכנות, ולא הסכנה שבמעשה עצמו. נראה שהמשפט הישראלי מאמץ את הגישה הסובייקטיבית של הניסיון. וזה לא מפתיע עקב המגמה של תיקון 39- שפועל והולך בצמוד לעקרון האשם, סובייקטיביות התאמת מידת האחריות הפלילית למידת האשם, זה מסתדר עם המגמה הכללית של התיקון.

**היסוד הנפשי בדוקטרינת הניסיון**

ס'25- "אדם מנסה לעבור עבירה אם, **במטרה לבצעה**, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". התיבה הרלוונטית ליסוד הנפשי היא "במטרה לבצעה". אנחנו רואות דרישה של כוונה. והשאלה שמתעוררת היא למה הכוונה מתייחסת? צריך להראות רצון לבצע את העבירה וזה בניגוד לרצון שהכרנו על עכשיו, זה לא רצון המיוחס לפרט ביסוד העובדתי, כמו בעבירות המשולמות מדברים על רצון להשלים את העבירה על כל יסודותיה.

 ופה הפסיקה באה ואמרה כי יש לפרש את התיבה הזו באופן כפול: יסוד 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)- ככל שמדובר ביסוד נפשי של מחשבה פלילית, מודעות לטיב ההתנהגות, הנסיבות ובעבירה תוצאתית- אפשרות קרות התוצאה. יסוד נפשי חפצי(אם מדובר בעבירה תוצאתית)- כנ"ל(ואפילו אם התוצאה לא קרתה).
* צריך להוכיח יסוד נפשי מיוחד נוסף של **מטרה** לבצע את העבירה, כלומר **שאיפה/רצון** להשלים את העבירה שאותה רוצים לייחס לנאשם, העבירה המוגמרת(על יסודותיה).

לדוגמא: אם נרצה לייחס אחריות פלילית לאדם בגין עבירה של ניסיון לאיומים, אז גם נצטרך להוכיח את היסוד הנפשי הקבוע בהגדרת עבירת האיום המושלמת: מודעות לטיב האיום, מודעות לנסיבות שצריכות להיות, מודעות לכוונה להפחיד אדם וכדומה, ובנוסף, כוונה ורצון שלו להשלים את עבירת האיומים. יש שימוש במושג כוונה\ מטרה לא כפי שאנחנו מכירות עד עכשיו, כי זה לא רצון כלפי אחד מרכיבי היסוד העובדתי ולא רצון ביחס לתוצאה, רצון להשגת יעד שלא חייבים להשיג. אלא יש פה שימוש במונח מטרה להשגת רעיון יורת רחב, כוונה ומטרה להשלים את העבירה עצמה, כמו שהיא.

**הרציונל ליסוד נפשי גבוה**

מתעוררת השאלה למה דוקטרינת הניסיון מחייבת הוכחה של יסוד נפשי כל כך גבוה? של מטרה? אנחנו שהוא לא היסוד הנפשי הטיפוסי. ופה התפיסה המקובלת באה ואומרת שהדרישה הזו של מטרה, נועדה להשלים את הפער שקיים במישור העובדתי. הרי הניסיון, מרכז הכבוד שלו נשען על היסוד הנפשי, אין השלמה של העבירה, העבירה לא מושלמת. או שהרכיב ההתנהגותי לא מושלם, או שלא מתרחשת נסיבה מסוימת או שלא מתקיימת התוצאה, ולכן אין את הנזק הפיזי הקונקרטי, יש את הפגיעה בערך המוגן באופן האבסטרקטי, לכן התפיסה באה ואומרת שבגלל הפער הקיים בניסיון במישור ההתנהגותי ואין פגיעה בערך החברתי המוגן באופן קונקרטי, הדרך לנסות לפצות על החסר הזה, היא להציב רף הכניסה המקסימלי במישור הנפשי, רף הוכחה שיתנה כניסה לתוך דוקטרינת הניסיון רק מי שממש רצה והתכוון להשלים את העבירה המשולמת. במילים אחרות אנחנו מקילות על הנאשם במישור הנפשי מכיוון שאנחנו מחמירות איתו במישור בעובדתי. אנחנו כבר מפלילות אותו לפני שהוא לא קיים את היסוד העובדתי, אז לפחות נוודא שאנחנו עושות את זה רק למי שבאמת אנטי-חברתי למי שהתקיים בו יסוד נפשי מאוד חזק של רצון לפגוע בערך המוגן. יש פה סוג של תפיסה של מקבילת כוחות- יסוד עובדתי חלש נפצה על יסוד נפשי חזק.

ביקורת

ביקורת כחומר למחשבה(מפי שחר אלדר): המאמר נוגע בביקורת שלו על התפיסה הזו, הוא מבקר את התפיסה ומעלה תהייה: האם באמת יסוד עובדתי ויסוד נפשי הם שני רכיבים שבאמת אפשר לקזז אותם?? הוא נותן את הדגמה עם העוגה אם הוא צריך לאפות עוגה וכתוב שצריך כוס אחת קמח ושתי כוסות סוכר, אז אם אין לו כוס סוכר הוא לא יכול לפצות בכוס קמח יש דברים שלא ניתן לקזז אחד ם השני. ואלדר אומר בדיוק אותו הדבר יסוד נפשי ויסוד עובדתי הם שני רכיבים שמהותית הם שונים אחד מהשני, קשה לפצות על השני. לכל אחד מהם יש רציונל שונה והצדקה שונה, כל אחד מהם הוא חשוב כי הוא נועד להבטיח דבר מסוים (העובדתי נועד להבטיח נזק, והנפש נועד להבטיח אשם).

**איך מיישמים את היסוד הנפשי?**

פס"ד קובקוב

 פס"ד קובקוב מיישם בצורה יפה את המשמעות של דרישת הכוונה.

הרקע של הפרשה היה בעקבות הפיגוע בדולפינריום. קובקוב רוצה לבצע פעולת נקם שתפגע בערבים, לאחר הפיגוע בדולפינריום. הנאשם הכין 10 בקבוקי תבערה והתקרב למסגד כדי לזרוק אותם. הוא רואה באזור שוטרים אך לא ערבים, ומתקרב ליפו במקום. בשלב מסוים, בדרך ליפו עוצרים אותו, ומאשימים בניסיון הצתה, ניסיון לחבלה חמורה והחזקת נשק כעבירה מושלמת. הנאשם טוען שטרם גיבש כוונה להשלים את העבירה, (וזה בדיוק מה שגור אריה טענה: לפעמים האדם עושה סידורים מוקדמים כדי לגבש את הכוונה, יש התלבטויות ותהיות, אך יש את השלב בו האדם חוצה את השלב הזה והחליט לצאת במתקפה כנגד הערך המוגן.) אלא התחלת גיבושה בלבד, הנאשם טוען שהרהר אך לא הייתה לו תוכנית קונקרטית, הוא חשב על הרעיון באופן כללי אך לא גיבש תוכנית. בהמ"ש מקבל את הטענה ומזכה על הניסיונות.

ההלכה: צריכים להראות שהנאשם התכוון להשלים את העבירה המלאה, תחילת הגיבוש שלה לא תספיק. הרעיון הוא שצריכים להראות שהנאשם עצמו גמל בליבו, והתכוון לבצע והשלים את העבירה המלאה, הוא לא רק הרהר בה, חשב עליה והתלבט, אלא רצה, התכוון חפץ. את היסוד הנפשי הכי חזק.

**הלכת הצפיות בדוקטרינת הניסיון**

אחת השאלות שהכי מתעוררות היא הלכת הצפיות- ששאלנו שיש שאלה פתוחה לגבי עבירות מטרה, האם הלכת הצפיות תחול עליהן? אמרנו שעל עבירות כוונה הלכת הצפיות תמיד תחול, אבל עבירות מטרה המחוקק לא אומר לום, זה שותק. הפסיקה בגישה השלטת קבעה כי אפשר יהיה להחיל ובית המשפט יצטרך לדון בכל מקרה ומקרה האם להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה. השאלה מה קורה כשהתביעה לא יכולה להראות שהנאשם רצה וגיבש שאיפה או רצון להשלים את העבירה אך הוא צפה אך הוא צפה כאפשרות קרובה בוודאי שהמעשים שלו ישלימו את העבירה? בעצם האם אפשר להחליף את עבירת המטרה והרצון פה, בהלכת הצפיות? זאת השאלה העקרונית שמתעוררת.

 כלומר, האם אפשר ליישם את הלכת הצפיות כדי לגבש על הפער בין גיבוש הכוונה לכוונה ולהרשיע בכל זאת?

בגדול ס'34ד', לפיו, באופן כללי הוא קובע שאם לא אומרים שהלכה מסוימת לא חלה על ניסיון, אז כל מה שחל על העבירה המושלמת רגילה חל גם על דוקטרינת הניסיון. לכאורה אין אמירה המחריגה את הלכת הצפיות מדוקטרינת הניסיון. באופן עקרוני, אפשר להחיל את הלכת הצפיות על עבירות הניסיון ולא רק על עבירות מושלמות. כל ההלכות הרגילות שאנחנו מחילים על העבירה המושלמת, יכולות לחול גם כשהאדם פועל בנסיבות של ניסיון.

הביקורת של אלשחר המנסה לערער על כלל דוקטרינת הניסיון, מבציעה על חולשות וחסרונות שהדוקטרינה כרוכה בהן.

**פטור עקב חרטה**

סעיף 28- סעיף שמסדיר את הנושא של פטור עקב חרטה.

כבר רואים מהניסוח: "אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד" שזו בעצם טענת הגנה של נאשם שאם היא תעלה במשפט מי שצריך ליזום את העלאה שלה במשפט הוא הנאשם, כמו הסייגים הפליליים. גם בחלק הכללי יש קביעה שחזקה על הנאשם לקבל ולעלות את הטענה ולהוכיח אותה במאזן הסתברויות, משום שבדרך כלל בפלילים כשמדובר בטענת הגנה יש להוכיח אותה במאזן הסתברויות. ולכן בדיון על דוקטרינת הניסיון, בית המשפט לא יפנה ויעלה ביוזמתו את שאלת הפטור אלא הסנגור יעלה את הסייג בנסיבות הרלוונטיות וינסה לשכנע שמודבר וחל פטור.

**פטור עקב חרטה- כללי**

לפני תיקון 39, החרטה של המנסה לא הוכרה כסייג הפוטר מאחריות פלילית לדוקטרינת הניסיון, זה היה שיקול לכולא לגזר הדין. זאת אומרת שאם האדם ביצע וחצה את קו ההכנה למתחם ניסיון, בשלב מסוים התחרט וחדל בו, לא השלים את העבירה, הוא היה נושא באחריות פלילית לניסיון, כלומר לא היה ניתן לו פטור בגין חרטה, אבל בגזר הדין הייתה התחשבות בחרטה.
יש לזכור שהמשטר החוקי לפני תיקון 39 היה הרי שהעונש המקסימלי על עבירת ניסיון היה חצי מהעונש של העבירה המושלמת. היה מין איזון- משום שמצד אחד הניסיון חשף אותו עד לחצי מהעבירה המשולמת ומצד שני מכיוון שלא החמירו מידי עם העונש והוא היה עד למחצית, לא היה ניתן לזכות בפטור אלא בהתחשבות מסוימת להקלה בעונש.

תיקון 39 שינה את הסיפור- מצד אחד יש החמרה עם דינו הפוטנציאלי של המנסה ונשווה אותו לעונש שיחול על העושה, למי שהשלים את העבירה. אבל מהצד השני, אם הנאשם עצמו חוצה את הכנה נכנס לניסיון ומתחרט ועומד בכל התנאים, אז נפטור אותו לחלוטין מאחריות פלילית.

למה עשו את השינוי? מה היה הרציונל?

שיקול תועלתני- עקרון האשם במובן הזה שאנחנו משווים את העונש עד הסוף, כלומר לפי האשם שבמנסה. אבל מהכיוון השני, אנחנו יוצרות תמריץ. זה המשחק של התמריצים- איך נגרום לאדם להיות עם מוטיבציה, כשהוא חצה את הרובריקות ונכנס לתוך הניסיון, למה שירצה להתחרט, אם הוא יודע שבכל מקרה הוא יוצא נפסד. אז לפי הדין הקודם, בכל מקרה המנסה ישא באחריות פלילית ללא קשר לחרטה. לאחר תיקון 39, הרעיון היה שאנחנו כל הזמן נרצה להמשיך ולעודד את האדם שחצה מההכנה וחצה לניסיון, לחזור בו, כי המשמעות בזכיית הפטור היא פתח מילוט מהעולם הפלילי. ככה התמריץ עוד יותר גדול- אין בכלל הפללה. קודם המשחק התמריצי הייתה הפחתה בעונש.

שיקול מוסרי- מעבר לזה, התעוררה טענה שלפיה כי גם משיקולים של מוסר, אם אדם טועה ועושה מעשה שנכנס לתחום הפלילי אך הוא חוזר בו בנקודת הזמן שהיא מספיק מוקדמת כך שאין פגיעה בערך המוגן. התפיסה הייתה שגם משיקולים של אשם נפטור את מי שבאמת עובר מפנה נפשי מסוים ומרצונו הוא חודל מהמעשה הרע, המחוקק קובע בתיקון 39 שגם משיקולים של אשם ניתן פטור מלא, נכון יותר לפטור מאחריות פלילית. וזאת בתנאי שהאדם חוזר בו בנסיבות הקבועות בחוק. אבל בשורה התחתונה בעצם התפיסה הייתה שגם משיקולים של אשמה, בתיקון 39- שידוע כתיקון שפועל לפי מידת האשמה, נכון יהיה לתת פטור.

שיקול פנולוגי (עונשי)- אי תועלת בהענשה של "בעל תשובה" שהתחרט בעיצומו של מעשה.

פטור מול הצדק

האם פטור עקב חרטה הוא מוצדק ונכון לפעול כך? או שנאמר כי המעשים במהותם לא טובים אך ניתן את ההגנה בשל הנסיבות האנושיות ובמקרה הזה כדאי לפטור?

פטור עקב חרטה הוא פטור קלאסי, הוא אקסיוז, יש פה בדיוק אופי קלאסי של פטור, כי הסייג עצמו לא ניתן לכך להשיג את המעשה הנכון כמו הגנה עצמית שבה המחוקק חשוב שפעולת ההגנה העצמית היא נכונה והוא רוצה לעודד להבא. פה, זה כבר מישהו שהוא כבר עבריין, הוא נכנס למתחם הביצוע והוא עושה את זה בלי שום נסיבות חיצוניות המצדיקות את הפעולה העבריינית שלו. אלא שאנחנו כבר אומרות שאם פעלת בשביל לבצע אך בסוף התחרטת אז ניתן ומגיע פטור.

**תנאי הפטור- הלך הנפש הנדרש לצורך חרטה לפי ס' 28**

השאלה הנשאלת היא לתנאי סעיף 28: בתחילת הניסוח "מי שניסה לעבור עבירה", כל הדיון בפטור עקב חרטה מותנה בזה שהתקיים ניסיון. לא נתחיל לדון במקרה של פטור בניסיון על הפטור עצמו, כי יכול להיות שלא הוכח ניסיון. ולכן, במידה ולא הוכח ניסיון, מבחינת הרכיבים ההתנהגותיים והנפשיים לא הוכחו, לא תוטל אחריות פלילית על הנאשם.
מבחינת הדרך הנכונה של הניתוח, תמיד התביעה תצטרך להוכיח שהיה ניסיון, ורק אחרי שנראה שפלוני יכול לשאת באחריות לניסיון, רק אז מתעורר הדיון בשאלת הפטור. ולכן הסעיף מתחיל כך "מי שניסה....".

28. "מי **שניסה** לעבור עבירה לא ישא 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 בעבירה מושלמת אחרת שבמעשה."

בנוסף יש שני תנאים מצטברים נוספים הקשורים ליסוד הנפשי- מה מתחולל בנפשו של הנאשם, מה ליווה מבחינה מנטלית את הבחירה שלו לחדול.

1. הוכחת עבירת ניסיון
2. **מחפץ נפשו בלבד**
3. **חרטה**
4. חדל מהשלמת המעשה
5. מחפץ נפשו בלבד- חוזר בו מרצונו ולא עקב לחץ של גורם חיצוני אחר (פלונית).
6. חרטה- המניע לכך הוא חרטה.

לעומת זאת חדל מהשלמת המעשה, זה רכיב התנהגותי, הוא חיצוני. צריך להראות בפועל, בעולם החיצוני שזה מה שהאדם עשה.

השאלה המתעוררת היא מחפץ נפשו בלבד, ומתוך חרטה, מה זה אומר? ומה ההבדל בין שני המונחים. כי אם המחוקק הוסיף עוד רכיב ותנאי, מעיד על כך שהתנאים לא זהים אחד לשני. חזקה על המחוקק שהניסוח והמילים הם לא לשווא. אם המחוקק קובע דבר החזקה היא שיש תוספת, הבחנה ושוני בין השניים. השאלה הזו עלתה בפס"ד פלונית.

**פס"ד פלוני**

פס"ד חדש, עורר דיון בסעיף 28 שעד כה לא דנו בו ולא עורר שאלות בפסיקה. לא היה עד לפס"ד פלונית כה דיון מעמיק ופילוסופי בטענת הפטור לעבירת הניסיון. אלא שבית המשפט פעל ויישם את נסיבות המקרה על סעיף 28 בצורה מכניסטית והוליסטית.

1. מחפץ נפשו בלבד

מה שמעניין בפס"ד הזה, השאלה התעוררה בשל העובדות- אדם חונק את בתו במטרה לרצוח אותה. היא מתעלפת והוא יוצא להזמין משטרה. כשהוא חוזר, הוא מגלה שהיא בחיים ולא ממשיך במעשהו. ואז הוא לא ממשיך ולכן הוא טוען לפטור עקב חרטה מכוח ס'28.עצם העבודה שהוא ראה שהיא קמה לחיים ולא המשיך בפעולה המוקדמת, מעידה על חרטה וכתוצאה מכך יש להחיל את הפטור. לא היה ספק, שיסודות הניסון לרצח הוכחו, ואז רוב הדיון בפס"ד הפך להיות בטענת ההגנה.

בפס"ד, ג'ובראן מזהה שיש לו הזדמנות להשאיר פסיקה משמעותית בנושא, ולכן מחליט לעשות את הזום אין והוא נכנס לפטור עצמו. יש בו דיון על ההיסטוריה החקיקתית של פטור חרטה, וגם בהשוואה למשפט המקובל- איך שיטות משפט בעולם מסדירות את הפטור במקרים של חרטה, במקרים של חדילה מרצון.

בית המשפט בפס"ד מציין כי שיטות בעולם מבחינה נפשית, נכנסות לדרישה שהמניע נובע מאיזשהי היטהרות וחתירה לתשובה, במובן שהחרטה מגיעה ממקום טהור. אלא, מבחינת השיטות הללו התנאי הוא חדילה מרצון, הן לא נכנסות לדרישה שהתשובה תבוא מהמקום הפנימי, הטהור. נראה שיש בנושא פטור מחרטה חיבור למשפט העברי, בהשוואה שאיך הוא מטפל במקרים של תשובה וחרטה. רוב שיטות המשפט קובעות שלא נכנסות למניעים המסורים ולשיקולים שעומדים מאוחרי החרטה, הן מסתפקות בכך שהחזרה של הנשאם מהמעשה, נבעה משיקולים רצוניים, כלומר שלא הייתה השפעה חיצונית מחוץ לנאשם שגרמה לו להתחרט. לדוגמא, מעצר על ידי שוטר, או קורבן שהתנגד. למשל, פסד מצראווה, סיטואציה בה הקורבן ברחה תוך מאבק בתוקף, שם הנאשם טען לחרטה. זו בדיוק לא החרטה הרצונית שהמחוקק והפסיקה מתכוונים. זאת אומרת שאם יש קורבן שגרמה לתוקף לא להגשים את העבירה, אין פה חרטה משום שהקורבן שהיא גורם חיצוני מנעה ממנו. אך במקרים שבהם אדם מחליט מרצונו בלי שיש גורם חיצוני המשפיע עליו שהוא מפסיק, רוב השיטות המשפט בעולם לא מיחסות משמעות לכך האם החרטה נעשתה משיקולים תועלתניים, אלא דרישת הסף היא דרישה רצונית ללא התערבות של גורם חיצוני זר, אז נקבע שיש חדילה מרצון.

הבעיה העיקרית של סעיף 28, היא הדרישה הכפולה שלא מסתפקת בחדילה מרצון. אלא נוספת עליה יש את תנאי החרטה. ולכן על הפסיקה לפרש את התנאי הנוסף.

**דרישת החרטה- בקצרה**

**גישת פס"ד מצארווה-** נדרשת **חרטה אתית**. מדובר ב"בעל תשובה" ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות. גישה זו רווחת בפסיקה שלאחר התיקון. למה? אדם שלא הפסיק מתוך חרטה אתית יפעל בפעם הבאה באותה הדרך, כי "ישתלם" לו- הוא לא הפסיק את ביצוע המעשה כי הוא הרגיש שמה שהוא עושה לא נכון, אלא כי לא השתלם לו. ומי אמר שפעם הבאה הוא לא יעשה זאת שוב?

**במשפט המשווה**- המניע לא חייב להיות של אדם "בעל תשובה", שהתחרט מתוך מניע מוסרי. המניע יכול לבוא מכוח אינטרס, אך החידלון חייב להיות מרצון ולא מכוח השפעה חיצונית שבגללה הפסיק האדם את הביצוע.

**גישת פס"ד נחושתן**- יש לבכר כל סוג של חרטה שהצמיח בפועל תוצאות אופטימליות ושתביא לסיכול העבירה- אין צורך בחזרה מתוך תשובה, אלא לתת פטור גם כאשר לא היו מעורבים בו מניעים מוסריים. גישה זו מקובלת במשפט האירופי >> אוביטר בפס"ד פלונית(השופט ג'ובראן).

גישת מצארווה הייתה זו שצוטטה רבות בפסיקה, ולא הלכת נחושתן הישנה למדי.

**פס"ד פלונית**- ג'ובראן חוזר לגישת נחושתן. ג'ובראן: אנו רוצים לתמרץ אנשים לחזור בהם מהביצוע כאשר הם מצויים בתוך מתחם הנסיון, פחות משנה לנו מה הסיבה בגינה חזרו. לכן, גם אם אנשים חוזרים בהם משיקולי תועלתנות (כלכליים, אישיים וכו'). בנוסף, אם הפטור יינתן בשל מניעים נפשיים אז הוא ירוקן מתוכן (שהרי, מי שהוא בעל תשובה לא יבצע עבירה מלכתחילה) ולא ניתן יהיה להשתמש בו. הפטור יעוקר מתוכן, ולא לכך התכוון המחוקק. אנו רוצים לאפשר, באופן ריאלי, לאנשים לחזור בהם כאשר הם עוד יכולים לעשות זאת.

1. חרטה

מהו רכיב החרטה? זו תוספת המרמזת על תנאי נוסף ושונה מקודמו. עד פס"ד פלוני היו שתי אשכולות בפסיקה:

1. גישת פס"ד נחושתן- בית המשפט מפרש את סעיף 28 ותנאי החרטה, כך שהוא נותן פטור גם כאשר המניע לא מוסרי. מניע כלכלי ותועלתני. אך נחושתן הוא חריג בפסיקה ומהווה דעת מיעוט.
2. גישת פס"ד מצראווה- האו פס"ד שמצוטט לרוב בפסיקה לאחר תיקון 39 והוא דווקא מאמץ את התפיסה שכן נדרש מניע שהוא מוסרי, של תשובה, חרטה מעניינים רגשיים ואמיתיים, בעל התשובה האמיתי. מי שבאמת לא פעל מתוך שיקולים תועלתניים אלא עבר מפנה נפשי. וזה נובע מתוך הרציונל, שאם אדם פועל מתוך שיקולים התועלתניים, המסוכנות עדיין נשארת בו. משום שאם הנאשם מבין שהתנאים הם לא אופטימליים ופועל מתוך שיקולים כאלו, ברגע שהתנאים ישתנו ויהיו יותר משתלם, הוא יפעל והפעם ישלים את העבירה.

ההתעסקות הזו במצב הנפש של האדם כל כך נחוצה משום שעל זה קם ונופל הפטור, על זה הנאשם חוצה את קו הגבול ונכנס לתחום הפלילי. במיוחד, שלאחר התיקון העונש של המנסה שווה לעונש של האדם העושה. ולכן ההחלטה של איך לפרש את התנאים ואת רכיבי העבירה היא החלטה דרמטית.

פלוני בדיוק נכנס לנקודה הזו, הוא דן בסעיף הזה וצריך להכריע באיזו גישה לנקוט- בגישת מצראווה (פס"ד חדש ועדכני יותר) או בגישת נחושתן (=פס"ד ישן שרוב הפסיקה לא אימצה, אך שהוא טוען למה שקורה בעולם- שלא נכנסים לתוך הנפש של חרטה אמיתית).

השופט ג'ובראן קובע וחוזר לנחושתן. השיקול הוא שיקול מהותי, הוא משווה את המשפט הזר. ג'ובראן אומר דבר חשוב, בסופו של דבר נרצה לתת לאנשים תמריץ לחזור בהם ולכן גם אם אדם בשלב מסוים מוצא את עצמו כבר בתוך מתחם הניסיון, שלב ביצוע העבירה, במתחם בו אדם מתקדם לעבר הביצוע. ג'ובראן רוצה לייצר תמריץ גבוה לאנשים לחזור בהם. ולכן גם אם אנשים יחזרו בהם מתוך שיקולים של: תועלתנות, כלכליים, נפשיים, חוסר נוחות, התלבטות וכו. נרצה למרץ ולתת את הפטור. משום שבסוף אם הפטור יינתן רק לבעלי תשובה אמיתית, הפטור כמעט לא ינתן. בסופו של דבר צדיקים גדולים לא באים מלכתחילה לעבור את העבירה, הסיכויים שזה יקרה נמוכים. יהיה מין פטור שבפועל הדרישה שלו מרוקנת מתוכן, היא הופכת אותו לפטור לא שימושי. ולכן נרצה לייצר את המנגנון הזה שביציאה מההליך הפלילי, כזה שיהיה ריאלי לצאת ממנו. קריאת הפטור באופן הזה מאפשרת לו להינתן במקרים השונים.

* שחר אלדר הולך לכיוון דומה, הוא בעצם אומר, שמכיוון שדוקטרינת הניסיון, בפועל היא מטפלת במקרים כל כך שונים אחד מהשני, המתחמים יכולים להשתנות לפי פרשנות בתי המשפט, וגם הניסיונות עצמם, יש כל כך הרבה מקרים של ניסיונות שזה מוזר שהמחוקק יצר דוקטרינה אחת שתחול על כולם אותו הדבר. צריכה להיות סוג של התרמה, בסוף צריך את היישום והפרשנות רוחב הפטור להתאמים גם לסוג הניסיון או לפרשנות מתחם ההכנה וכו. גם במקרים שבית המשפט יבחר לפרש את מתחם הניסיון בצורה צרה יותר זה לא שלנאשם הייתה זכות להתחרט, אלא שהייתה לו הזדמנות לכך במתחמי ההכנה. אך המשפט קובע שרק בשלב מאוחר מאוד בשרשרת הפעולות שהנאשם ביצע, הוא מגדיר כניסיון, ואז הייתה לנאשם גם הזדמנות להתחרט שם, אך זה לא שהוא שולל את זה שגם בשלבים הקודמים הוא יכול להתחרט. לסוגים שונים של ניסיונות צריכים לייצר להחיל בצורות שונות את הפטור והרוחב שלו.

הבעייתיות בפס"ד היא בכך שהוא טריקי- ויש טעות באופן שבו בתי המשפט מבינים את פס"ד. משום שכל הדיון של ג'ובראן ברכיב מתוך, כל הדיון האם החרטה צריכה להיות נפשית ומוסרית או שצריך להפוך את הלכת מצראווה. כל השאלה של ג'ובראן האם צריך חרטה ממקום טהור או מספיקה גם חרטה ממניעים תועלתניים נעשתה אוביטר. יש לזכור שהרציו הוא טעם הפסק, היא הקביעה המשפטית שהכריעה את הכרעת בית המשפט בפס"ד. בית המשפט העליון חושב שפס"ד פלוני הפך את הלכת מצראווה. אך לדעת שנציג זו טעות משפטית. בפועל משפטית היום כל אמירותיו של ג'ובראן במעמד של אוביטר. אך יש לזכור שבעתיד יעלה פס"ד שיהפוך את דעת ג'ובראן בפלוני ראציו. מכיוון שהפטור לא ניתן בשל הקביעה שהרכיב החסר הוא "מחפץ נפשו בלבד" ולא חרטה, פס"ד מהווה אוביטר. לא הייתה במקרה חזרה בו מחפץ נפשו בלבד, אלא החזרה בו לא הייתה, הוא היה בטוח שהיא מתה. ולכן זה שהוא לא המשיך אחרי לא מבטל את זה שאחרי לא מבטל את זה שכל השלבים הקודמים שהוא עשה, לא היה בהם חזרה ממעשה. ולכן, פס"ד נשען על הקביעה שך הרכיב של חפץ נפשו בלבד לא התקיים. וכתוצאה מכך, זה לא הפסק, כל הפסיקה שעוסקת בתנאים האחרים של הפטור, נחשבים לאוביטר. ולכן האמירות לגבי המהלך של הלכת מצראווה לא מדויקות.)

28. "מי שניסה לעבור עבירה לא ישא 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 בעבירה מושלמת אחרת שבמעשה."

1. חדל מהמעשה\ תרומה של ממש

תנאי שלישי מדבר על התרומה של הנאשם לפטור. אנחנו מדברות על תנאי שיש לו שתי חלופות:

1. חדל מהשלמת המעשה-יש צורך להראות שהמנסה הפסיק וחדל מהגשמת המעשה. אגב זה אומר שבעבירת התנהגות ניתן לקבל פטור בגין חרטה. אם אני מראה שהאדם התחיל לבצע מעשים אך לא השלים אותם, (ועומד בתנאים האחרים), הוא יקבל פטור, בניגוד להשלמת המעשה בעבירה תוצאתית, שזה מזוכר בפס"ד- ושם נצטרך לעבור לתנאי השני.

ג'ובראן קובע שהיות והנאשם ביצע את כל המעשה, חנק את ביתו עד למצב בו הוא חשב שהיא מתה, שם התסיים המעשה, הרכיב ההתנהגותי כי הוא ביצע מעשה שלם. ולכן גם אחרי זה, הרכיב ההתנהגותי הוא בעייתי, מה שכן הוא מוכן להניח שזה מעשה מתמשך בעצם גם כשהוא חוזר לחדר הוא יכל להמשיך את החניקה ולכן יש פה מעשה מתמשך שאז המעשה הופסק באמצע. יש שם דיון שלם מהו המעשה- האם מדובר בשני מעשים נפרדים- לפני או אחרי היציאה או במעשה אחד מתמשך. והוא מוכן להניח לטובת הנאשם שמדובר במעשה מתמשך, כלומר זה שהוא חנק יצא ושב נכנס, הוא מניח שחדל מהשלמת המעשה. למרותש שבעצם נחתן להסתכל על זה כשני מעשים שונים. ג'ובראן מסכים להמשיך עם הקו הזה למרות שהוא לא מסכים איתו.

המעשה הנדרש לצורך חרטה

הסעיף אינו מסתפק בחרטה פנימית. המנסה נדרש לעשות מעשה.

אפשר לקבל פטור גם כתוצאה מעבירת התנהגות, כל עוד אדם חדל מביצוע הרכיב ההתנהגותי שבעבירה.

טיב המעשה תלוי בשלב אליו הגיע הניסיון:

1. אם מדובר **בנסיון בלתי מושלם**= די שיחדל מהשלמת המעשה.
2. אם מדובר **בניסיון מושלם**(הנאשם עשה כל מה שהיה דרוש כדי להשלים את הביצוע)- נדרש הנאשם לתרום "תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה".

מהי "תרומה של ממש"?

האם תרומתו של הנאשם צריכה בפועל למנוע את השתכללות העבירה או שדי בכך שהיא תהא בעלת פוטנציאל למנוע את העבירה>> לפי ע"פ פלוני די שהמעשה יהיה בעל פוטנציאל למנוע את העבירה.

1. תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה- כשמדברים על תרם תרומה של ממש השאלה הנשאלת היא האם אני צריכה להראות תרומה שבפועל מנעה או מספיק רק מעשה שמבחינה פוטנציאלית, התרומה הייתה פוטנציאלית ויכלה למנוע, גם אם בסוף היא לא מנעה.

בתנאי חלופי של תרם תרומה של ממש- הוא שואל האם הייתה פה תרומה של ממש לעניין התוצאות ושם הוא קובע בפס"ד פלוני, שהאב תרם תרומה של ממש. בפס"ד הוא קובע כי צריכה להיות תרומה, משמעותית ומהותית. לא צריך להראות שמה שהנאשם עשה בפועל מנע, אך אני צריכה להראות שעשה מעשים מהותיים שמבחינה פוטנציאלית התרומה והיכולת שלהם יכלו למנוע. ולכן הוא קובע ומוכן להניח לטובת הנאשם שכל הרכיב הזה התקיים.

**עבירות ניסיון עצמאיות**

בחלק הספציפי של חוק העונשין פזורות הוראות חוק המגדירות עבירות ניסיון ספציפיות. יש הוראות המגדירות עבירות ניסיון מיוחדות וספציפיות, שהמשמעות היא שקיומן של העבירות אינה נגזרת מקיומה של עבירה מושלמת+ הלבשת דוקטרינת הניסיון שבסעיף 25. החוק העונשין נראה עבירות בחלק הספציפי שמגדירות ניסיון לבצע עבירה כלשהי, כלומר לא דרך סעיף 25 והלבשה שלו, כעבירה עצמאית ממש.

לדוגמא: דוגמאות: ס'329(א)(2); ס'294(א); ס'403 לחוק העונשין.

למה ניתקל בחלק הספציפי שבעבירה שהיא כאילו מושלמת, הכותבת המנסה- כלומר למה לא הסתפקו בעבירת הרצח המושלמת ולהלביש עליה את סעיף 25. למה צריך עבירות ניסיון עצמאיות ומשלמות בחלק הספציפי.

**נסיון לרצח [א/222] [תשכ"ו]**

305. העושה אחת מאלה, דינו - מאסר עשרים שנים:

(1)   **מנסה** שלא כדין לגרום למותו של אדם;

(2)   עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם.

למה המצב הזה קיים? זה נובע מסיבה היסטורית- בעבר, ולפני תיקון 39, העונש על עבירת הניסיון היה חצי מהעבירה המושלמת. ולכן, המחוקק מצא ורצה להחמיר בעבירות מסוימות מבחינת העונש, ככזה שגבוה יותר מחצי. כדי לעשות זאת, המחוקק קבע עבירה עצמאית בחלק הספציפי שיש לה עונש גבוה יותר. מה קרה לאחר תיקון 39? העונש של ניסיון לפי סעיף 25 הושווה לעבירה המשולמת ואז יצא שהעבירות שנקבעו כעצמאיות בחלק הספציפי הן מיותרות. ואף יצא מצב בעייתי- שהעונש הקבוע בעבירת הניסיון עצמאית אף גבוה יותר מהעבירה המושלמת. כידוע לאחר תיקון 39 לא היה תיקון של החלק הספציפי כך שיהיו שווים וקוהרנטיים, בעצם לנקות את כל החלקים בעבירות הספציפיות שלא רלוונטיות.

יש כלל פרשנות במשפט שאומר כי בדרך כלל עבירה ספציפית גוברת על עבירה כללית- כלומר, אם יש עבירה של ניסיון בחלק הספציפי שהיא מסדירה את הנושא, נעמיד את הנאשם דרכה ולא דרך 25. גם אם בפועל, העבירות הניסיון העצמאיות בחלק הספציפי מיותרות. מה שכן נשאלת השאלה איך לטפל בעבירות כאלו? לדוגמא כמו בעבירה של 305(1), האם אני מחילה את כל מבחני הניסיון של סעיף 25 על הרכיב ההתנהגותי "מנסה", איך נפרש את הרכיב "מנסה" שיש בעבירות הספציפיות? האם נלך לפי כל דיני הניסיון הרגילים או לא? האם למשל פטור בגין חרטה יחול?

* כיום, לאחר תיקון 39 שיצר דוקטרינה כללית של ניסיון, האם יש צורך בעבירות ספציפיות של ניסיון?
* כשקיימת עבירת ניסיון ספציפית, האם גם ניתן יהיה לגזור ניסיון מהעבירה המושלמת באמצעות דיני הניסיון שבחלק הכללי?
* האם דיני הניסיון שבחלק הכללי יחולו על עבירות עצמאיות הקבועות בחלק הספציפי? אם כן, נקבל אבסורד: ניסיון לניסיון.
* האם דיני הניסיון שבחלק הכללי יחולו על עבירות הניסיון הספציפיות? אם כן, האבסורד מתעצם: ניסיון להכנה.
* קיימות גם עבירות הכנה(למשל, עם פצצות ונפץ). במצב כזה, האבסורד עולה מדרגה נוספת: ניסיון להכנה לניסיון רצח(דרך פיגוע), למשל.

במשפט הישראלי התשובה חיובית. הכלל הוא שבהוראה הספציפית, אפשר יהיה לגזור ולנתח אותן באמצעות דיני הניסיון, במידה אין שלילה מפורשת של הוראה מהחלק הכללי, נשתמש בחלק הכללי של דיני הניסיון כדי להחיל אותם מבחנים(ניסיון בלתי צליח, צליח, יסו"נ וכו') . אם יש עבירת ניסיון בחלק הספציפי שותקת, ניתן יהיה להחיל את דיני הניסיון.

כלומר, כשמדובר בעבירת ניסיון עצמאית נלך ונבצע את אותם המבחנים המהותיים שאנו מבצעים לדיני הניסיון הכלליים.

פרדוקס הניסיון- לכאורה יוצא שהעבירות הספציפיות של ניסיון העצמאיות, אם הן מעוגנות כעבירות ספציפיות בחלק הספציפי, יוצא מכך שהחלק הכללי מולבש על אותן עבירות וכך גם סעיף 25. ואז זה יוצר מבחינה טכנית- ניסיון לניסיון, לוקחת את עבירת ניסון הרצח ומלבישה לה את סעיף 25. יותר מזה, עבירות הכנה- זה יוצר מצב בו יש ניסיון להכנה. עוד יותר לא הגיוני.

**מבט ביקורתי על דוקטרינת הניסיון- שחר אלדר**

האם ראוי להכפיף דוקטרינת מדרגית במהותה (מאופיינת במגוון דרגות וסוגים של ניסיון) תחת קטגוריות דיכוטומיות: ניסיון/הכנה; צליח/בלתי צליח? אם שיש ניסיון או שיש הכנה, או שהניסיון צליח או שהוא בלתי צליח. בפועל, ההבחנה לא פשוטה כלל ועיקר!

גם מבחינת שאלת הניסיון הבלתי צליח, יש קושי לסווג אותן(האם כשכיוונתי אקדח שני ס"מ מאדם עשיתי נסיון צליח או שלא? תלוי איך מסתכלים על הדבר).

כיום, הדוקטרינה הישראלית מפלילה בצורה שווה את מי שביצע ניסיון מושלם ואת מי שרק חצה את קו ההכנה וביצע ראשית ניסיון... האמנם ראוי להפליל בצורה שווה את מי שהם בעלי רמת אשם שונה בשלבים שונים בדרך לביצוע המושלם?!

פרדוקס: בעוד שהגבול בין העבירה המושלמת לניסיון(שההבחנה ביניהם נעדרת נפקות עונשית) מתוחם היטב בהגדרה הפרטנית של העבירה, הגבול בין ניסיון לבין זיכוי אינו מתוחם כמעט כלל ואין כל שאיפה להגדירו בחוק >> במצב זה, עקרון החוקיות אינו ממוקם בגבול שבין האסור למותר ולכן מאבד כל נפקות מעשית.

נקודה מעניינת שאלדר העלה בקשר פרדוקס הפטור עקב חרטה- אם בן אדם גונב ומשלים את עבירת הגניבה ולאחר שהוא גנב הוא הולך ויחזיר לקורבן, הוא לא יקבל פטור כי העבירה הושלמה. מהותית הוא שואל למה? כי אם הפגיעה היא בערך של הקניין, והגנב החזיר את הרכוש, אין פה פגיעה.

אלדר במאמרו, מביא הוכחות המעידות על שריריות במבנה של דוקטרינת הניסיון, בכך שהיא כוללת המון גוונים של ניסיון- החל מניסיונות מאוד ראשוניים, ניסיונות לא מושלמים מעשים שקרובים להכנה אך רחוקים מהביצוע עד לניסיונות מושלמים). הוא מראה שבסוף שהחוק מדבר בלשון דיכוטומית, או שיש ניסיון או שכלום. ויותר מזה, הוא אומר שבעוד קו הגבול בין העבירה המשולמת לניסיון מאוד ברור (ולא בעל חשיבות רבה משום שגם בניסיון וגם בעבירה המושלמת, הנאשם חשוף לעונש מלא), דווקא קו הגבול היותר חשוב שהוא מעבר בין הכנה לניסיון, מטושטש פרוץ, לא מוגדר ומאוד פוגע בעיקרון החוקיות. כשזה הקו החשוב, המבחין בין הטלת אחריות פלילית לבין זיכוי. סוגים שונים של ניסיונות של ניסיונות- צליח מול לא צליח מטופלים בצורה מאוד שונה.

השורה התחתונה של אלדר- הוא מציע לבטל את דוקטרינת הניסיון ובמקומה, בכדי להפליל על מקרים שהם לא רק עבירה מושלמת, נעשה שימוש בעבירות מטרה. בעצם הרעיון אומר לנו, כי אם חשובים על זה, עבירות מטרה התנהגותיות זה כשהנאשם מבצע התנהגות מסוימת מתוך מטרה להשלים ולהשיג דבר שלא בהכרח השיג אותו, השלמת יעד. אלדר אומר שעבירות התנהגות שהן עבירות מטרה מבחינה מהותית הן עושות את אותה עבודה של דוקטרינת הניסיון. הן מפלילות מעשים מסוימים בנסיבות שבהן אדם התקיימה בו כוונה להשיג דבר שלא הושג בפועל. זאת אומרת, האדם עצמו רצה להשיג דבר רחב יותר אך בפועל השיג חלק קטן ממנו. וזה במקביל לרעיון שבדוקטרינת הניסיון יש חסר ביסוד העובדתי. והדרישה של המטרה מפצה על זה ויוצרת יסוד נפשי מוגבר, המהדהד לנו בדרישת המטרה בניסיון. זה טריק לעקוף את דוקטרינת הניסיון ולהיפטר מהבעייתיות שלה בעיקרון החוקיות.

מה הפתרון של גיא אלדר לאותה הביקורת? לבטל את דוקטרינת הניסיון ולעבוד במקומה דרך עבירות מטרה- שהרי עבירות המטרה באות לפתור אותה הבעיה.

דרישת המטרה יוצרת את היסוד הנפשי שמגיע "לחפות" על חסר עובדתי ומשותף גם לדרישת היסוד הנפשי המוגברת שבדוקטרינת הניסיון , היא ברורה. בנוסף, ניתן יהיה להתאים את עבירות המטרה בצורה ספציפית יותר לכל עבירה, ולקבוע מהי המטרה והיסוד הנדרשים. הצעה זו פותרת את הביקורת העיקרית של גיא אלדר: דוקטרינת הניסיון כללית מדי, דיכוטומית מדי ויוצרת אבסורד.

הרעיון של שחר אלדר אומר כי יש לקחת כל עבירה ספציפית, וננסח אותה בצורה של עבירת מטרה התנהגותית ואז גם נוכל להתגבר על כל הקושי הזה של יצירת דוקטרינה מאוד כללית, סעיף 25, שבדיוק בגלל שהיא כללית, לא ניתן להבחין בין המקרים. דרך עבירות מטרה נוכל לבצע את ההבחנה בין המקרים לפי העבירה המקבילה.

הקושי?

הבעיה ברעיונו של אלדר היא במעשיות- לקחת כל עבירה ספציפית ולייצר לידה עבירת מטרה, המחליפה את דיני הניסיון. מדובר בפתרון מסורבל וקשה מאוד ליישום- לקחת כל עבירה ספציפית ולהתחיל לפרש אותה והוסיף לה עבירות מטרה. במיוחד בשיטת המשפט הישראלית שבה קשה מאוד לתקן את החוק.

שאלה שדנציג העלתה:

פס"ד גיא בן אלדד: אדם שמתכתב עם ילדה, שמסתבר שהיא בגירה. בפס"ד היו שתי שאלות שהתעוררו:

האם הוא חצה את הקו בין הכנה לניסיון?
האם אפשר לומר שהניסיון היה בלתי צליח, כאשר לא היה מדובר בילדה כי אם בגירה? בהגדרה אותה בחורה שמגיעה היא בחורה מתחזה שרצתה לתפוס אותו, אז זה ניסיון בלתי צליח לאינוס קטינה. הרכבי קטינה לא מתקיים, כי הגיעה בגירה.

זה מתכתב עם אלדר, והרעיון של לעשות התאמות בין סוגים שונים של ניסיונות ורצון להצר את הדוקטרינה שבהתאם לאופי המקרה. במרה כזה ניתן לחשוב, שמדובר בניסיונות בלתי צליחים, שאנחנו גם ככה מתרחקות מהגרעין העברייני של העבירה המושלמת, כי אין סיכון אובייקטיבי. ולכן החבירה להפליל ניסיון ועוד להפליל ניסיון בלתי צליח היא מרחיבה. וכתוצאה מכך ניתן לטעון שככל הניסיון בלתי צליח ועוד יותר מתרחק מהגרעין אולי כשאנחנו שואלות את עצמנו איפה עובר קו הגבול בין הכנה לניסיון, אז אולי דווקא ה צריך לקבוע שהניסיון מתחיל מאוחר יותר. סוג של קשר או קורלציה בין האופן שבו נקבע שמתחם הניסיון מתחיל לבין טיב הניסיון. אולי בניסיונות בלתי צליחים נכון יותר להצר את מתחם הניסיון ולהקל עם הנאשם במובן של מידת ההתנהגות מכיוון שאנחנו מחמירות איתו במובן של טיב ההתנהגות.

**שאלה מעניינת**- האם הניסיון הבלתי צליח מרחיב יתר על המידה את דוקטרינת הניסיון? ניתן לטעון שככל שהניסיון יותר בלתי צליח ומתרחק מ"גרעין" דוקטרינת הניסיון, אולי ניתן יהא לקבוע שההכנה הופכת לניסיון, ככל שהניסיון בלתי צליח, בשלבים מאוחרים יותר? שהרי, בסופו של דבר דוקטרינת הניסיון גם כך מרחיבה מאוד ובעלת גוונים רבים. מדיניות משפטית אחידה לחלוטין עלולה לפגוע בנאשמים ו"לפספס" את הנקודה- גם שחר אלדר מכוון למקום דומה.

זו נקודה למחשבה התכתבת עם הביקורת של אלדר שהדוקטרינה מכילה הרבה מאוד גוונים וסוגדים של ניסיונות, ולכן מבחינת מדיונות שמשפטית.

1. **צדדי העבירה**

**שותפים לעבירה**

עוסק בהרחבה האחריות הפלילית- של הביצוע "הקלאסי" (ביצוע עבירה מושלמת עם מבצע אחד). אנחנו מגיעות לפרק שבו שיטות משפט מרחיבות את האחריות הפלילית במצבים שבהם כמה אנשים חוברים יחד כדי לבצע עבירה כשותפים, תוך שהם מחלקים את התפקידים בביצוע העבירה ביניהם.

המקרים הפרדיגמטיים: מדובר במקרים שבאופן כללי יכלו להיות מבוצעים בידי אדם אחד, אך בסיטואציה המסוימת הזו, במצב עניינים מסוים בוצעו בידי כמה אנשים שחילקו ביניהם תפקידים. ואז מתעוררת השאלה איך נחלק את האחריות הפלילית כך שתשקף את האשמה והאחריות של כל אחד מהמעורבים בביצוע העבירה?

יש לנו שלושה נושאים:

1. מבצעים בצוותא- סיטואציה שבה שני אנשים או יותר חוברים יחד לביצוע עבירה תוך כדי תכנון, חלוקת עבודה וביצוע משותף- שהם מתכננים את המעשה ביחד, מעורבים יחד בהכנה אליו ומבצעים אותו ביחד.

השאלה שמתעוררת היא איך המשפט מתייחס אליהם? מה היתרון בהתייחסות משותפת לשניהם יחד? דרך אחת היא להפריד את העבירות ולייחס לכל אחד מהמבצעים עבירה מסוימת, זה יוצר הקלה והנמכה של האחריות הפלילית לכל אחד מהמעורבים, משום שלא מיוחסת לכל אחד העבירה הגדולה יותר (לדוגמא איומים, אחזקת נשק ולא עבירת שוד). המשפט מזהיר את המבצעים בכך שאם הם יחלקו תפקידים, לא נביא להקלה ובהימלטות מעבירות אלא המשפט מסתכל על כל המעורבים כגוף אחד. אפשר יהיה "לצרף" יחד את המעשים של המבצעים בצוותא כדי ליצור עבירה חמורה יותר, ולא לחלק את האחריות ולאפשר הפחתה של האחריות ותמריץ לאנשים "לחלק עבודה"(למשל, גניבה ואיומים, כשמבצעים בצוותא ביצעו כל אחד בנפרד, יהפכו לאישום בשוד עבור שניהם).

1. משדל- אדם שנוטע במישהו אחר את הרעיון העברייני במוחו של המבצע. הוא זה ששותל את רעיון ביצוע עבירה, מעודד אותו לכך וכו'. מה יהיה היקף האחריות שלו? בזכות העצה, מידע, השידול, ומתן הרעיון הראשוני העברייני, זה הוביל למבצע לבצע את העבירה. נדון בהרחבה בהמשך.
2. מסייע- אדם שסיפק אמצעים שהקלו על הביצוע, אדם ששותף לביצוע העבירה אם כי בהיקף נמוך יותר (מנסה להקל על ביצוע העבירה, אך לא מדובר בגרעין ביצוע העבירה) ותורם. זה אדם שלא נמצא בלב העבירה, הוא בדרך כלל לא יהיה שותף בתכנון, המשקל שלו יותר נמוך, פחות מרוויח וכו. מעשי שנועדו להקל אך הם לא הליבה והגרעין.
3. מבצע באמצעות אחר- אדם שמשתמש במישהו אחר כדי לבצע עבירה (לרוב, השלוח לא נושא באחריות פלילית) כ"זרועו הארוכה" לביצוע אישום פלילי כדי להתחמק. לכאורה, אותו אדם לא אשם כי אם השלוח שלו, מי שביצע את העבירה. כאשר השלוח, לרוב, לא נושא באחריות פלילית, האם נפטור את השולח מאחריות פלילית? התשובה שלילית, בהתקיים תנאים מסוימים. נדון גם בכך.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **מבצע** | **משדל** | **מסייע** |
| ישיר | עקיף | עקיף |
| ראשי | ראשי | משני |

 **הרציונל להטלת אחריות פלילית לשותפים לעבירה**

מה הרציונל שעומד מאוחרי הרעיון שגם אדם לא ביצע את כל היסוד הנפשי והעובדתי אך חובר לעוד מבצעים ואיתם מבצע את העבירה. מה הרציונל בכל זאת להסתכל על כולם כגוף אחד לייחס להן אחריות פלילית?

כשכמה אנשים ביחד חוברים לעבירה משותפת, אחד המאפיינים שבדרך כלל בספרות מזכירים אותו כוג של רציונל. הוא הרעיון של הסיכון המוגבר, יש הנחה שבביצוע עבירה רבת משתתפים יש סיכון מוגבר, לעומת סיכון שטמון בביצוע העבירה על ידי אדם יחיד. התפיסה היא שאדם מחליט קשור את גורלו עם אדם אחר וללכת איתו למשימה שהיא כזו, הוא בעצם בוחר לוותר על השליטה- על דרך התפתחות העניינים, היכולת שלו למנוע את ביצוע העבירה, להתחרט (כאשר אדם עצמאי הוא יכול בכל זמן נתון להתחרט מביצוע העבירה, אך כשהוא שותף לעבירה, ובמידה הוא מתחרט אין לו שליטה על השותף השני) חלק מהרעיון הוא שברגע שהנאשם קושר את עצמו למישהו אחר, יש פה פוטנציאל לאובדן שליטה, למסוכנות גדולה.

מעבר לזה אחד הביטויים לזה שיכול להיות שיתפתחו לכיוון של ביצוע עבירה חמורה נוספת או אחרת. וההסתברות הזו, כך לפחות בספרות ניתן למצוא את השיח הזה, שההסתברות היא יותר גבוהה- כאשר מספר אנשים חוברים ביחד לביצוע העבירה לעומת ביצעו יחיד. שוב כי התפיסה היא שברגע שהנאשם יוצא לביצוע עבירה עם אדם אחר, אז מידת השליטה על התפתחות הדברים מוגבלת יותר, מספר המעורבים גדול יותר, הסיכוי להיתקלויות עם גורמים זרים או לחריגה מהתוכנית המקורית היא יותר גבוה כאשר יש מספר גבוה של אנשים, ולכן בסופו של דבר, החשש לחשיפה ולהיתפסות היא יותר גבוהה, מה שיוצר את הפוטנציאל להסתבך. כתוצאה מכך, בספרות שי טענה כ יש מסוכנות מוגברת בביצוע רב משתתפים שיטות משפט מרחיבות את האחריות. שיטות משפט מרחיבות את האחריות באופן שחורג מהתנאים הרגילים שבדרך כלל מהווים רף להטלת אחריות פלילית וכך גם שותפים רחוקים יותר כמו מיש סייע, שידל, גם הם שיאו באחריות כצדדים לביצוע אותה העבירה.

מעבר לזה, יש דיון בספרות או ויכוח עקרוני מה המשמעות של האופי הנגזר לאחריות שותפים. יש לשים גם שהכותרת של הפרק היא עבירות נגזרות, מה שמעורר את השאלה מהן עבירות נגזרות? נגזר ממה? התפיסה היא שהאחריות של השותפים היא נגזרת במובן הזה שהיא לא יכולה להיות עצמאית, אין פה מודל של אחריות עצמאית. התפיסה היא שבלי הביצוע של השותף הראשון, אין עבירת סיוע עצמאית שעומדת לבד. אין עבירה כזו שנקראת סיוע, יש "סיוע ל...." כלומר הסיוע, העבירות מתלבשות על העבירה העיקרית. ולכן הן לא עצמאיות במובן הזה שאנחנו לא מדברות עליהן כהיזק עצמאי, צורת אחריות פלילית שגוררת הפללה רק במקרה שיש את הביצוע העיקרי.

וכאן נשאלת השאלה האם האחריות הנגזרת של השותפים- בעיקר העקיפים, האם היא נגזרת מהאחריות של המבצע העיקרי או מהמעשה האסור שהוא ביצע. הספרות שעוסקת בכל הבסיס התיאורטי לשותפות לעבירה, יש שתי גישות מרכזיות:

1. האחריות של השותף אמורה להיגזר מאחריות המבצע העיקרי- זה אומר שרק שיש מבצע ושותף עיקרי שהוא המבצע, יכול להיות גם מנסה, אף מי שכבר חצה את ההכנה ונכנס לתחום הפלילי, אם יש שותף עיקרי יכולה לקום אחריות למסייע ולמשדל- לשותפים אחרים. אך בלי מבצע האחראי בלי שותף אחרי עיקרי שנושא באחריות, האחריות הפלילית שתוטל תתמוטט. זה אומר שאם אחד מבצע עבירה פלילית של שוד, ושני מסייע לו, המסייע יוכל להיות בעל אחריות פלילית לשוד רק במידה והמבצע הראשון יהיה אחראי לביצוע עבירת השוד.
2. האחריות של השותף לא נגזרת מהאחריות של המבצע העיקרי אלא מעצם ביצוע המעשה הפלילי, הפסול במעשה העבירה. המשמעות היא שאם המבצע העיקרי ביצע איזשהו עוול שהוא מעשה פסול, גם אם בסופו של דבר המבצע לא נישא באחריות פלילית (למשל, יש לו סייג מאחריות פלילית), המסייע יוכל לשאת באחריות פלילית.

ההבדל בין הגישות הוא בדיוק במקרה בו המבצע העיקרי מבצע את היסוד העובדתי והנפשי הקבועים בעבירה, אך הוא לא נושא באחריות. ואז השאלה המתעוררת היא האם האחריות של השותף תמיד נגזרת מהאחריות של העיקרי (אז ברגע שהעיקרי לא נשוא באחריות אז הכל מתמוטט, ואין סיוע), לפי הגישה השנייה זה לא משנה, מספיק שהמבצע ביצע את היסוד העובדתי והנפשי שקבועים בעבירה, מפה אפשר לגזור את הסיוע. ולכן גם אם המבצע העיקרי לא יישא באחריות פלילית המסייע יוכל להיות אחראי לסיוע. ואז מקבלים דבר מצחיק: אין עבריין עיקרי אבל יש רק מסייע לשוד.

לסיכום: הויכוח בספרות הוא על אופי האחריות הנגזרת, אופי האחריות השותפים העקיפים- האם היא נגזרת מאחריות המבצע העיקרי הוא האם היא נגזרת מהמעשה הפסול שהמבצע העיקרי ביצע בין אם הוא עצמו נושא אחריות או לא. אנחנו מסתכלות על המשתתפים העקיפים כסוג של נבלעים בתוך הביצוע העיקרי ולכן אם אין מבצע עיקרי הכל מתמוטט. הגישה השנייה אומרת, שהאנטי החברתיות של המסייע המשדל, נגזרים מהמעשה הפסול של המבצע, שאלת האחריות האישית שלו קשורה כבר לנסיבות האישיות, אך ברור המעשה שהוא עשה פסול, הוא מקבל מסייג רק בעקבות תנאים ספציפיים החלים עליו. ולכן יכול להיווצר מצב שבו המבצע העיקרי לא יישא באחריות, אך המסייע כן יישא באחריות לסיוע לעבירה.

שתי הגישות ומשמעותן

פלר הוא חסיד מובהק של הגישה הראשונה, ולא פלא שהדין שהתקבל במשפט הישראלי היא גישת פלר, היות ופלר ניסח את התיקון. פלר אומר דבר כזה: השידול והסיוע בעצם נופלים בגדר התנהגות עבריינית ולכן הם עשויים לגרור אחריות רק במידה שהם צמודים לביצוע העיקרי של אותה עבירה. הוא ממשיך ואומר כי בלי התחלה לפחות של ביצוע בלי שהעיקרי נכנס לניסיון, אין משמעות למשתתפים האחרים. ברגע שהעיקרי ניגש לביצוע המעשה בעקבות השידול של פלוני והסיוע של אלמוני, פלר אומר שהסיוע והשידול הופכים להיות חלק מהעבירה האחת והיחידה. ברגע כזה יש להסתכל על זה כך שהמבצע האו כאילו מבצע יחיד, והוא גם המסייע והמשדל של עצמו. כאין פיצול של התפקידים והתשתים השונים בביצוע העבירה, הסתכלו על זה כאילו הוא אותו אדם בבצוע היחיד. פלר מכנה את הרעיון הזה שכל השותפים תמיד נשואים באחריות פלילית לאותה עבירה אחת ויחידה, הוא קורא לזה עיקרון אחדות העבירה. המשמעות של מה שפלר אומר זה שאם אדם גורם למשל לעבירת רצח, ולפלוני סייע לו אך אין לו יסוד נפשי של רצח אלא נגיד המתה בקלות דעת (רואה את האפשרות לגרימת מוות אך אין רצון לתוצאה), בעצם פלר אומר שגם אם למסייעת אין את היסוד הנפשי של עבירת הרצח, תמיד נסתכל קודם כל העיקר, האחריות של המבצע העיקרי- כלומר אם העיקרי יש את היסוד הנפשי של רצח, המסייעת תוכל לשאת באחריות פלילית למרות שאין לה את היסוד הנפשי הדרוש. פלר טוען שלא סתם אחריות השותפים נגזרת, אין לה קיום עצמאי היא מושאלת מאחריות המבצע ולכן אנחנו תמיד מתחילות מהמבצע.

לעומת פלר, יש גישה שנייה שאומרת כי הבסיס לאחריות נעוץ בהתבוננות על האחריות של הצדדים השונים כעל אחריות שהיא אישית וקונקרטית- האי אומנם נגזרת ממעשה פסול אחד אבל היא מנותקת מהאשמה הסובייקטיבית של כל אחד מהשותפים. מה שבסוף הוא השונה ונותן את הניואנסים של האחריות הפלילית בין השותפים הוא היסוד הנפשי, כי היסוד העובדתי הוא בסוף אותו יסוד עובדתי. מי עושה את ההבדל של האשם? הוא היסוד הנפשי- לדוגמא עבירת ההמתה. מכיוון שהאחריות לא נגזרת מהאחריות הפלילית של המבצע אלא מהפסול של המעשה, שותפים שונים של העבירה יכולים שלאת באחריות כך שאחד יהיה מבצע של רצח, והשני מסייע של עבירת המתה באחריות מופחתת (למשל בקלות דעת)- כי היסוד הנפשי בין המשתתפים שונה. אבל מתעוררת שאלת "האיך"? אם כולם שותפים לאותה עבירה איך יכול להיות שהעבירות שעליהם יישאו באחריותה הן שונות? הגישה השנייה אומרת שזה בדיוק הרעיון, הגזירה של האחריות היא מהפסול של המעשה, זה מתכתב יותר עם עיקרון האשם הסובייקטיבי. כי היא מאפשרת להטיל על צדדים שונים אחריות בגין מעשה פסול מסוים, אך לעשות הבחנה של האשם שלהם בהתאם ליסוד הנפשי של כל אחד ואחד. זו גישה המאפשרת להתאים את הרזולוציה של האשם בצורה יותר עדינה. ולכן, גם אם כולם שותפים אותה עבירה בפועל, אפשר יהיה לייצר מדלים של אחריות פלילית שיתנו ביטוי לשוני ביסוד הנפשי, באשם של כל אחד מהצדדים.

פלר לא מסכים עם הגישה הזו. שוב הוא מאמין בעיקרון אחדות העבירה- לא יכול להיות מבחינתו, שוני בהטלת העבירה- צריך תמיד לדמיין את כל השותפים בכך שהם מתאחדים לאותו אדם, כאילו שזה אדם יחיד שמצבע את העבירה, כך פלר מסתכל על השותפים. ולכן לא יכול להיות שעל כל אחד תוטל עליו עבירה שונה. כתוצאה מכך שהמבצע העיקרי הוא זה שקובע מהי העבירה שתוטל, ואחרים מתלבשים עליה.

השיטה השנייה מאפשרת בעצם לייחס אחריות לשותפים כצדדים לעבירה שהיא קלה זהה או חמורה מזו שביצע העבריין העיקרי. לכאורה זה נראה מוזר, אבל אחרי חשיבה מעמיקה היתרון של השיטה השנייה שהתוצאה האסורה מיוחסת ללכת המשתתפים, ולא קשור להגשמתה. אך מושג האחריות הפלילית נקבע לפי קנה מידה נוסף שהיא קיומה ועוצמתה ששל האשמה הסובייקטיבית שנלוות לכל צד. וכך צדדים שונים שלקחו חלק בגרימה למעשה אחד, יכולים לשאת אחריות כצדדים שונים לעבירות שונות, הפסול הוא זהה בכל העבירות הללו, וכל מה שיוצר את ההבדל זה היסוד הנפשי שעושה את ההבחנה באשם.

גישות בשיטות משפט שונות

בשיטות משפט שהן לא אנגלו-אמריקניות, השותף נתפס כשותף, למרות היעדר המבצע האשם- שוב בוויכוח בין הגישה הראשונה לשנייה. השיטה הראשונה באה ואמרת כי אם מבצע עיקרי, השותף לא יישא באחריות פלילית ויותר מזה גם אם יש אחריות לשותפים האחרים, כולם יישאו אחריות לאותה העבירה- העבירה האחת. עיקרון אחדות העבירה של פלר. השיטה השנייה קובעת כי שותפים יכולים לשאת באחריות גם אם העיקרי לא נושא באחריות כי יש לו פטור, כי בסוף כולם שותפים למעשה הפסול. ושאלת האחריות היא שאלה אישית הנתפרת לרמת האשם של כל אחד. ובדיוק בגלל זה הם יכולים שלאת אחריות לעבירות שונות.
השיטה הגרמנית למשל, הולכת לגישה השנייה אך זה קשור לזה שמבנה האחריות הפלילית בגרמניה הוא שונה. אצל הגרמנים, המבנה של האחריות הוא משולש- יש להם שלוש דרגות:

1. יסוד עובדתי ויסוד נפשי
2. קיים פסול במעשה- במילים אחרות שלא חל על המבצע הגנה מסוג של הצדק. מתי נגיד שהמעשה הוא פסול? כשנגיד שלא חל סייג מצדיק. הגרמנים מכירים בהבחנה בין פטור והצדק, ולכן, גם לאחר הוכחת יסוד עובדתי ונפשי זה לא מספיק אלא צריך להראות שאין הצדק, ואז יש פטור
3. צריך להראות שאין פטור- לא חל סייג מסוג פטור, ולכן הגרמנים אומרים שבסופו של דבר אם שני השלבים הוכחו- יסוד נפשי ועובדתי ושאין הצדק, יש מעשה פסול. וכך, גם אם המבצע העיקרי לא נושא באחריות מכיוון שהוא חוסה תחת פטור, זה לא משנה כי פסול יש וכתוצאה מכך יש אחריות לעבירה, האחריות הפלילית יכולה לקום לשותפים כי היא נגזרת מהפסול שבמעשה.

בישראל הדין הוא כשיטתו של פלר. כלומר, הדין הוא שכדי לייחס אחריות לשותפים חייב להיות מבצע עיקרי הנושא באחריות פלילית, בין אם הוא חוסה תחת פטור ובין אם הצדק, לא משנה איזה סייג, ברגע שהוא לא נושא באחריות פלילית באופן עקרוני אין אחריות למסייעים ולמשדלים. ויותר מזה , עקרון אחדות העבירה של פלר קובע שגם אם כשנייחס אחריות לשותפים השונים תמיד זה יהיה לאותה עבירה של הצבע העיקרי, העיקרי קובע על איזו עבירה מדברים ועל איזו עבירה השותפים האחרים יהיו צדדים לה, גם אם היסוד הנפשי שונה.

בעבר, אפשר לראות שהיו תקופות שהאחריות של השותפים העקיפים הייתה מוסדרת כעבירה של היזק עצמאי, כלומר העבירה בכלל לא הייתה נגזרת. עד היום, למשל בארצות הברית יש עבירה של שידול שעומדת לבד, בפני עצמה. גם זו דרך לחשוב על הצורות הנגזרות, להפוך אותן לאחריות אינדיבידואלית עצמאית שהיא לא נגזרת.

**שותפות ברשלנות- הייתכן?**

 כשאנחנו מדברות על שותפות ברשלנות, הרשלנות יכולה להיות בשני מישורים: רשלנות היא היעדר ידיעה ומודעות לאחר מרכיבי היסוד העובדתי, ואי הידיעה הזו באיזה מישור היא מתקיימת? השאלה והמושג של שותפות ברלשנות, הרשלנו היא לגבי מה?

1. מודעות לפעולה המשותפת- שהצדדים פועלים בשותפות אבל היעדר מודעות ביחס לרכיבי היסוד העובדתי, לדוגמא רשלנות לגבי הרכיב תוצאתי. אני ואדם נוסף מבצעים עבירה של חבלה חמורה, הצדדים שותפים למעשה אך שניהם לא צופים את האפשרות שהמעשים שיגרמו יובילו לחבלה חמורה, מקום שאדם מין היישוב יכול היה להיות מודע. כלומר, הצדדים עושים מעשה שהם חשובים שהוא פעוט יותר בחומרתו, בפועל הם גורמים לתוצאה שכל אדם מן היישוב יכול היה לצפות שהיא תקרה, אך הם מודעים לכך שהן חבורים ביחד לביצוע המעשה. זה מקרה שאין מודעות לביצוע העבירה אך המודעות קיימת לעניין השותפות.
2. חוסר מודעות לעצם השותפות- מקרה אחר שהרשלנות מתייחסת לשותפות זה כאשר השותפים פועלים במשותף לביצוע העבירה, אך הם לא מודעים לעצם השותפות ביניהם בזמן שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע.

בשביל להבין האם יכולה להתקיים שותפות ברשלנות, צריך להבין את שני המישורים:

* המישור של שותפות- גם בניתוח של סיוע לשידול, יש את המודעות של המסייע לעצם ההתנהגות המסייעת או האם הוא צריך גם להתכוון לסייע, אותו דבר המשדל- האם הוא צריך להיות מודע לשידול או להתכוון לשדל? זה נקרא היסוד הנפשי כלפי השותפות עצמה.
* המודעות או המישור היסוד הנפשי כלפי העבירה- כלפי הרצון שהעבירה תתרחש על כלל יסודותיה. בעוד שבסיוע צריכה להיות כוונה לסייע, מספיק שיש הוכחה של מודעות לכך שהעיקרי מבצע את העבירה על יסודותיה בלי הוכחה שהעבירה תקרה, ובשידול יש צורך להוכיח גם כוונה לשדל וגם כוונה לכך שהעבירה העיקרית תקרה.

 שותפות ברשלנות למה הכוונה? לא ברור לאיזה מישור הכוונה? האם לעצם השותפות? או האם הכוונה היא שהרשלנות, היסוד הנפשי צריך להיות כלפי מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית, לעצם המישור העובדתי?

השאלה היא האם יכול להיות ששני שותפים חוברים ביחד לביצוע העבירה, בלי שהם מודעים לעצם השותפות ביניהם, ונרשיע אותם בשותפות? במישור הזה יש סתירה לוגית מסוימת- כל הרעיון של שותפות זה שיש איזושהי הידברות מוקדמת, סוג של העברת מידע בין השותפים עצמם ולכן באופן טיפוסי, על שותפות נדבר על תכנון מוקדם, שילוב אינטרסים שגורם להם לפעול ביחד. אבל, אמרנו גם שיכולה להיות שותפות ספונטנית (לדוגמא: האדם בבר שמתחיל מכות וחבריו, ללא תכנון מוקדם מסייעים לו בקטטה), עדיין גם במקרים של שותפות ספונטנית שאין בהם את התכנון היסודי והמעמיק שיש בשותפות הלא ספונטנית הרגילה, עדיין יש וצריכה להיות מודעות של השותפים עצמם, אפילו כשהם חוברים ביחד בספונטניות לעצם השותפות שלהם, לזה שהם לא פועלים לחוד אלא ביחד. גם הפסיקה אומרת שעל אף שאין בשותפות ספונטניות, את התכנון המקדים שרואים במקרים של שותפות רגילה, עדיין חייבים להראות שלכל אחד מהשותפים יש מודעות לחלקו עצמו ולחלקו של האחר, כלומר גם בקטטה עצמה, יש מודעות לזה שהם פועלים במשותף. ולכן לדבר על מצב בו יש רשלנות כלפי עצם השותפות, יש פה כביכול סוג של סתירה רעיונית לכל הרעיון הזה של שותפות- אנשים שפועלים ביחד מתוך שותפות אינטרסים, מתוך רצון להגיע מטרה מסוימת, גם אם אין תכנון מוקדם. יש צורך בקופרציה בין השותפים והקופרציה הזו מניחה מודעות של כל אחד לחלקו ולחלקו של האחר. כתוצאה מכך, לא יכול להיות מצב של רשלנות לעצם השותפות.

אך האם כיולה להיות שותפות מודעת לעבירת רשלנות. לדוגמא: שותפים עשויים פעולה מסוימת שמובילה לתוצאה שהם לא צפו, מקום שאדם מן היישוב יכול היה לצפות. יש פה שיתוף פעולה ביחד לביצוע מעשה, הם היו מודעים אחד לחלקו של השני, יחד היה להם אינטרס משותף, אך בסוף הם גרמו לתוצאה שלא ציפו שהיא תקרה. זה דבר שלוגית הוא יותר מתקבל על הדעת? מקרה כזה קרה בפרשת לוי:

[ע"פ 4188/93 **מרדכי לוי נ' מדינת ישראל**, מט(1) 539 (1995)‏](https://www-nevo-co-il.eu1.proxy.openathens.net/psika_html/elyon/PADI-NH-1-539-L.htm)‏

פרשה בפסיקה שעוררה מקרה דומה. בלוי, פס"ד ישן. בלוי, הייתה תצפית של המשטרה שהציבו אותה מול איזושהי תחנת סמים ביפו. התצפית דיווחה על חשודה שירדה ממונית, קנתה סם, וחזרה למונית. אחרי שהמונית עצרה ברמזור, השוטרים שהיו בתצפית ניצלו את המצב, עצרו על המונית, התנפלו על האישה וניסו להוציא ממנה את הסם, מתוך החשד שהיא בלעה את הסמים במטרה לטשטש ראיות. חלק מהשוטרים החזיקו אותה, ואחזו אותה בצורה מאוד חזקה ואפילו הפעילו לחץ על לסתותיה כדי שלא תוכל לבלוע את הסם. תוך כדי הם הפעילו כוח עודף ובסופו של דבר הם גרמו למותה. אחרי שהיא מתה עשו נתיחה לאחר המוות וראו שהמוות נגרם מחנק.
ברור היה ולא הה ספק במהלך המשפט עצמו שלשוטרים לא הייתה כוונה ואף לא צפו שהפעולות האלו יגרמו למותה, מקום שנקבע שאדם מין היישוב יכל להיות מודע. בית המשפט הסכים שהיסוד הנפשי של השוטרים כלפי עבירת הממתה, היה יסוד נפשי של רשלנות. ואז נשאלה בדיוק השאלה הזו, האם ניתן לייחס להם אחריות? האם אפשר לקבוע שהשוטרים היו שותפים (במודעות) בעבירה של גרימת מוות ברשלנות? כלומר, השוטרים היו מודעים לכך שהם פועלים ביחד ומודעים כלפי החלק והתפקיד של כל אחד מהם, הם היו מודעים לעצם השותפות וחלקם של כל אחד מהשותפים, אך לא היו מודעים להמתה עצמה, או שנקבע שלא יכול להיות דבר כזה של רשלנות בשותפות.

נקבע בפסק דינו של גולדברג:

"ציין כי גם בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד- 1994(שעדיין א נכנס לתוקף), לא אומצה התפיסה העקרונית כי תיתכן שותפות לעבירת רשלנות. בסעיף 29(ב) המתוקן לחוק העונשין סווגו הצדדים לעבירה על-פי מידת תרומתם ואופן תרומתם במישור העובדתי לביצוע העבירה, בלי שננקטה עמדה בנוגע ליסוד הנפשי הנדרש ללוות תרומה זו. אלא שמתוך כך שיסוד נפשי של מחשבה פלילית נקבע כהסדר כללי, כאמור בסעיף 19 המתוקן, יש לראות את השותפות כמותנית בקיום יסוד נפשי של מחשבה פלילית."

גולדברג קובע כי הרעיון של שותפות- אנשים ביחד שותפים למעשה שמוליד אחרי זה תוצאה שלגביה הם רשלנים, זה לא מסתדר מהותית. בגלל שהמודעות בפועל שתתרחש התוצאה והמודעות לעצם השותפות, היא הבסיס הרעיוני לרעיון של שותפות, כיוצא מזה אין דבר כזה שותפות לעבירות שהיסוד הנפשי שלהם רשלני.

דנציג חושבת שהניתוח יכול להיות נכון, אבל יש לזכור כי נקודת המוצא של המשפט הישראלי הוא עיקרון אחדות העבירה של פלר. אנחנו מניחות שבמצב של ביצוע עבירה שהיא רבת משתתפים, המושא של עבירת השותפות היא תמיד עבירה אחת זהה לשותפים השונים, ולכן מספיק שאחד מהם היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה, והאחר לא היה מדוע אלא רק רשלן, לא נוכל לייחס לכל אחד מהם שותפות עבירה אחרת, זה תמיד יהיה לאותה עבירה. לפי עקרון אחדות העבירה של פלר יש קושי בלנסות, אם כל השותפים כולם לכאורה רשלנים לגבי תוצאת העבירה, אין בעיה עם עיקרון אחדות העבירה כי יש עבירה אחת, אבל גם זה הפסיקה לא מאפשרת. הפסיקה אורמת שיש בעיה ברעיון הזה ששותפים לעבירה שבעצם לא צופים את האפשרות שהיא תקרה, של הרעיון של שותפות זו חתירה משותפת להגשמה של אינטרס משותף. אם השותף בכלל אל מודע לאפשרות שהתוצאה תתרחש, קשה לדבר שמדובר בשותפות לפגיעה בערך חברתי מסוים.

אך אם ננטוש את עיקרון אחדות העבירה, כן אפשר לחשוב על הרעיון שבו אנשים שותפים ביחד (התפיסה הגרמנית של הפרדה בין המעשה הפגום שהשותפים מבצעים לבין האשמה הסובייקטיבית של כל אחד מהם, שנתפר על פי מידות היסוד הנפשי של כל אחד מהם. אפשר לחשוב על מקרה שבו שוטר אחד גם צפה את האפשרות לגרימת המוות, ושוטר אחר לא צפה, ולכן אם ננטוש את עיקרון האחדות, כן אפשר לחשוב על מקרה שבו הם מודעים לפעולה ולשותפות ביניהם (המעשה הפגום במשותף) ולן השותפות היא המעשה הפגום שנעשה פה. ועוד שלמקרה הסיוד הנפשי ננתח לפי ההאשמה הסובייקטיבית שלו, זאת אומרת הם מבצעים בצוותא עבירה של הריגה וגרימת מוות ברשלנות.
לעומת התפיסה הקובעת שאומרת שיכול להיות שותפות למעשה הפגום שזה היסוד העובדתי, אך בעצם מה שקובע ועושה את הגימור המושלם של איזה בדיוק ומה העבירה, הוא היסוד הנפשי. ואז יכול להיות מצב שהם שותפים לבעירת המתה שאחד מבצע בצוותא של קלות דעת והשני ברשלנות. אבל זו גישה שלא קיימת בארץ. הפסיקה בארץ לא מכירה ברשלנות לשותפות לעבירת רשלנות, גם אם מדובר באותה העבירה, וגם שעצם השותפות עצמה היא רשלנית. כלומר: לא יכולה להיות רשלנות מודעת לעבירת הרשלנות וקל וחומר לא יכולה להיות רשלנות לשותפות עצמה.
עצם הרעיון שהשותפות צריכה להיות מודעת זה רעיון הגיוני, אנשים צריכים לדעת שהם פועלים ביחד להגשמתו של מעשה פגום מסוים, ולכן ביחס למישור השותפות זה הגיוני שצריכה להיות מודעות, אך לעומת זאת, ביחס לעבירה עצמה, האם יכולה היות מודעות לשופות אך רשלנות לעבירה, השיטה הגרמנית יכולה להביא תשובה שונה, שכן.

האפשרות בלוי, להרשיע את השוטרים זה כל אחד בנפרד אך צריך להוכיח שחלקו של כל אחד היה כזה שבאמת הוא ביצע את כל הסיוד העובדתי וגרם לתוצאה. היתרון של שותפות זה שאפשר לדלג, חלק מהרעיון של ביצוע בצוותא, זה שמבצעים בצוותא מבצעים מעשים ביחד שלא משנה חלקות התפקידים ביניהם, לא משנה מה בדיוק המעשה של כל אחד מהצדדים להשלמת היסוד העובדתי. העיקר ששניהם ביחד מבצעים ומגשימים את הסיוד העובדתי. זה חוסך מהתביעה להוכיח שכל אחד מילא את כל היסוד העובדתי, אלא מספיק להרות שנשיהם ביחד פעולה במשותף להביא לאותה תוצאה.
במקרה כזה שיש שותפות לעבירה של רשלנות והפסיקה לא מקבלת את האפשרות הזו, אז בעצם אי אפשר הרשעה בגין שותפות ולכן הדרך היחידה של התביעה להרשיע הייתה לנהל את המשפט באופן בו תיבחן האחריות הפלילית של כל אחד מהשוטרים האלו כמצבע עיקרי יחיד שגרם מוות ברשלנות.

**(1) שותף לעבירה- סיוע**

**מסייע (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994 ת"ט תשנ"ה-1995**

31.  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.

מי שעשה את כל הנתון בסעיף הוא המסייע. 31 מגדיר מי הוא המסייע, ואם נסתכל על התוכן:

1. מי שעושה מעשה כדי לאפשר את הביצוע
2. להקל על הביצוע
3. לאבטח את הביצוע
4. למנוע את תפיסת המבצע
5. לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה

נראה שהאופי של המסייע, התרומה שלו נתפסת כעקיפה ומשנית. מבחינת החשיבות שלה היא משנית במובן הזה שהמסייע האו שותף זוטר, הוא לא בכיר, מאחר והבכיר הוא המבצע העיקרי ומנהיג. המסייע הוא בצד, הוא תורם, מקל, יוצר תנאים אך הוא לא מרכזי בביצוע העבירה. מצד שני הוא עקיף מפני שהמסייע לא יוצר ולוקח חלק בביצוע עצמו. המסייע הוא משני כי התרומה שלו לא במרכז הכובד של העבירה ועקיף כי הוא לא נוטל חלק בביצוע העיקרי. זה האפיון שלו- הוא השותף שהכי רחוק מהליבה, מהגרעין.

אם נדמה את היחס בין המבצע העיקרי לבין המסייע באמצעות שני מעגלים, נראה כי המבצע מצוי במעגל הפנימי: הוא שותף עיקרי וראשי וישיר, לעומת זאת המסייע מצוי במעגל החיצוני, שהוא שותף שולי, עקיף, משני בביצוע העבירה. המשדל הוא גם עקיף במובן הזה שהוא לא נוטל חלק בביצוע עצמו, הוא רק שותל את הרעיון של הצבע עצמו שנוטל חלק בביצוע העבירה. אבל לעומת המסייע שהתרומה שלו היא שולית ומשנית, המשדל התרומה שלו היא ראשית. הוא לא רק מוליד את העבירה הוא מוליד גם עבריין- הוא זה שהופך את הנאשם לעבריין, הנוטע בראשו את הרעיון לבצע את ההעבירה ובכך הוא מוליד עבריין. ולכן התפיסה של המשדל היא שותף ראשי ומאוד משמעותי לביצוע העבירה, על אף שהוא כמו המסייע עקיף. (ראי טבלה למעלה).

כפי שציינו מקודם, גישת פלר היא הגישה הרווחת בישראל. ולכן כתנאי מקדמי להטיל אחריות בגין סיוע לעבירה היא תחילת ביצוע של העבירה על ידי העבריין העיקרי.

דוגמא: נתתי לאורי אקדח כדי לסייע לו בביצוע שוד.

* אם אורי ביצע שוד, אני אורשע כמסייעת לשוד. אם אורי ביצע ניסיון לשוד, אני אורשע בסיוע לניסיון לשוד, כי העבירה המרכזית הופכת להיות ניסיון שוד ועליה אני אלביש את הסיוע. יש פה התרחקות מהעבירה העיקרית השלמה- יש גם ניסיון וגם סיוע.
* מה קורה אם אורי לא הצליח לחצות את קו ההכנה? הוא התחיל לעשות צעדים מוקדמים לקראת שוד אך נתפס שם. אני לא אורשע כלל כי לא מתקיים התנאי להיכנס למתחם של נעברה עבירה. חייבת להיות קודם איזושהי עבירה מסוימת שעליה נייחס אחריות.
* ולכן למרות שבמקרה האחרון עשיתי את המעשה האחרון הנדרש להשלמת הסיוע לשוד, כלומר אני מבחינתי נתתי אקדח, אבל אורי רק ביצע מעשים של הכנה, במקרה האחרון לא אורשע בכלל. אין ניסיון לסיוע, יש סיוע לניסיון. היה אפשר להגיד שבמקרה והעיקרי בכלל אל נכנס לביצוע והוא לא נושא באחריות הוא עושה ניסון לסיוע. רק אם הצבע העיקרי חצה למתחם הניסיון ממתחם ההכנה, רק בשלב הזה שקמה אחריות לניסיון, תקום לי אחריות בשל סיוע לניסיון. כל עוד הוא לא חוצה את זה אין כלום.

הפרשנות הזו תומכת את התפיסה הגוזרת אחריות מאשמתו של המבצע העיקרי בצדדי העבירה.

**סיוע- היסוד העובדתי**

מה אדם צריך לעשות כדי שנגיד שהתנהגותו עולה לכדי סיוע? נשים לב לסעיף 31.

1. מהו המעשה המסייע?

מה הפירוש של עשה מעשה? ההגדרה היא מאוד כללית, עשה מעשה זה לכאורה כל מעשה. המחוקק לא נוקב בדבר ספציפי. ופה השאלה המעניינת היא מה צריך להיות מעשה? האם כל מעשה או שצריך להתקיים יחס מיוחד בין המעשה לבין הביצוע העיקרי? למשל רק מעשה שתרם בפועל או רק מעשה שקיים קשר סיבתי (אלמלא אותו מעשה, העיקרי כלל לא יכל לבצע) או רק מעשה שיש לו פוטנציאל. ניתן לחשוב על כל מיני קשרים או יחסים.

בגדול, בפסיקה הישראלית הגישה שאומצה היא הגישה הבאה: לא צריך להראות קשר סיבתי ואפילו לא תרומה בפועל של המעשים שהמסייע עושה לביצוע העבירה. מספיק להראות התנהגות שיש לה פוטנציאל ויכולת לסייע. גם אם בפועל הפוטנציאל לא התממש. פה יש אנקדוטה מאוד מעניינת לאיך הגיעו למסקנה הזאת.

מלומדים רבים מתנגדים למשמעות המרחיבה הזו- אם אני נותנת אקדח לאדם אחר, ואותו אדם שומר על האקדח ויוצא לבצע רצח בכלל עם סכין. עדיין ניתן יהיה להטיל אחריות בגין רצח למרותש האו לא עשה שום שימוש באקדח שנמסר. כי בהתנהגות שלו הייתה פוטנציאל לסייע.

מלומדים נוטים לבקר ולהתנגד בטענה שיש הרחבת יתר של האחריות הפלילית, ושהיה צריך לדרוש כתנאי סף "תרומה אפקטיבית". כדי ליצור את אותה זיקה מינימלית. יש לזכור שאנחנו מדברות על פריפריה- האחריות הפלילית הפריפריאלית, זה כבר לא הליבה אז בכל זאת צריך לחשוב לעד כמה נרצה להרחיב את זה.

למה בכל זאת בחרו בגישה הזו? בהצעה של תיקון 39 הניסוח שניסחו קרמניצר ופלר היה "עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע" שתי המילים הללו נשמטו בטעות, בהליכי החקיקה פשוט בטעות הושמטו. כלומר מנסחי התיקון התכוונו לאפיין את הסיוע כאיזשהו מעשה בעל סגולה. אבל מה שקרה שהושמטו שתי המילים. אם ננתח את המילים נראה כי "שהיה בו" כנסיבה. אך השומטו המילים וקיבלנו "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע" ניתן לנתח את זה כעבירת מטרה- יסוד נפשי. נראה כי זה גרם לבעיה היות ונראה שנדרש יסוד נפשי של כוונה, ובמקור לפי התיקון התכוונו לאפיין את טיב המעשה. במילים אחרות, היום המעשה עצמו נטול כל אפיון "כל מעשה" שאפילו יכול להיחשב כל מעשה גם ללא פוטנציאל. בעוד שכדי לאפשר מתפרש ככוונה. אך הכוונה המקורית הייתה ליצור מעשה ולאפיין אותו- ככזה שיאפשר את הביצוע, ולא לדרוש מטרה. הפסיקה בפועל, ופירשה את עשה מעשה כמעשה שיש לו סגולה לסייע, בתי המשפט התחקו אחרי הכוונה המקורית של מנסחי התיקון ובאמת פירוש את הביטוי כעשה מעשה כמעשה שלפחות יש בו פוטנציאל לסייע. בכך הם צמצמו את ההגדרה הפתוחה והפרוצה של כל מעשה.

וזאת ההלכה היום: נדרש מעשה בעל יכולת לסייע גם אם בפועל לא התממשה היכולת הזו.

יש לשים לב שגם אם עשיתי מעשה מסייע ובפועל לא משתמשים, יש לשים לב שזה עדיין יחשב סיוע, לא נקרא לזה כניסיון לסיוע, שזה לכאורה היה במקרה בו העיקרי לא היה נכנס למתחם הניסיון וזה דבר שלא קיים. גם במקרים שהסיוע שהמסייע נותן לא מתממש ונשאר רק כפוטנציאלי עדיין נקרא לזה סיוע ממש.

1. סוגי הסיוע

התרומה של המסייע יכולה להיות או פיזית או רוחנית:

* סיוע רוחני- סיוע רוחני למשל חיזוק הרוח של המבצע העיקרי, כמו עידוד לביצוע עבירה. לא שתילה של הרעיון, אלא שהמבצע מגיע כבר עם הרעיון במוחו ומתלבט והמסייע מעודד אותו וגורם לו בסופו של דבר לבצע את העבירה- הוא עובר מהתלבטות ולביצוע. בניגוד לשתילה של הרעיון הראשוני. הסיוע והשידול מתקרבים אחד לשני בסיוע הרוחני. הסיוע הרוחני זה כשהמבצע העיקרי כבר קיבל החלטה לבצע את העבירה והמסייע רק מעודד אותו לעומת סיטואציה של שידול שזה המשדל הוא שותל את הרעיון הראשוני לביצוע העבירה, ובעקבות זאת, אותו נטיעת רעיון המבצע אכן מבצע את העבירה, זה כבר מקרה שונה שישרג לשידול.
* סיוע פיזי- לתת עצות או המלצות שבאמת עוזרות ומקילות, שתורמות ליצירת תנאים לביצוע העבירה. לספק אמצעים שהעיקרי משתמש בהם לביצוע העבירה, כלים, כסף, אינפורמציה, השאלת רכב, לאבטח את זירת העבירה, **נוכחות**, כל דבר מהסוג הזה שנועד לביצוע העבירה. כל דבר שנועד להקל וליצור תנאים טובים יותר בשביל שהמבצע יוכל להגשים את העבירה.

פס"ד יוסופוב- נוכחות כסיוע פיזי

במובן של איך בית המשפט מנתח את הסיוע.

פסד שדן בניסיונות פיגוע שזייד ניסה לבצע בתל אביב. ואחד האישומים היה בגין הטלת מטען בדולפינריום. הנאשמת טענה שהיא לא ביצעה שום מעשה שהיה בו כדי לסייע לזייד בהנחת המטען, אלא שלכל היותר, שהיא נמנעה מלנקוט אמצעים לסיוע למניעת פשע. לא תאשימו אותה סיוע אלא באי מניעת פשע, מעבר לזה שהיא הייתה איתו היא לא עשתה שום פעילות אקטיבית אחרת שבאמת תמכה וקשורה להנחת המטען.

בית המשפט דוחה את הטענה, ומבהיר שלגבי הנוכחות – עצם הנכוחות של הנאשמת ליד זייד, יצרה תנאים שסייעו זייד בסופו של דבר להניח את מטען החבלה ליד הדולפינריום, משום שהנוכחות הזו הקלה עליו והיא גרמה לזה שלא חשדו בו, לא שמו לב אליו. הנאשמת ליוותה את זייד במהלך ההליכה ממיקום הפיגוע הראשון אל חוף הים בתל אביב, ובכך היא בעצם עזרה וזיכתה אותו, בית המשפט אומר, בחופש תנועה יחסית כשהשניים האלו הולכים ביחד בקהל השוהים בחוף הים אז הן מצטיירים כעוד זוג שמבלה בחוף. כלומר בית המשפט אומר שהנאשמת הסיוע שלה היה בעצם הנכוחות שלה בכל שהיא עזרה לו להיטמע בקהל, היא הייתה "התשתית הלוגיסטית" כך ביהמ"ש מכנה אותה, וזאת כשלעצמו תרומה פיזית. עצם הנכוחות פה היא הייתה הגורם המסייע משום שבנסיבות אחרות גבר שהולך עם החזות שלו, עם לבוש חם באמצע היום, תיק מאוד גדול, זה מחזה מוזר, אך כשהוא הולך לצידו מחובק עם בחורה- אף אחד לא מסתכל. ולכן ביהמ"ש אומר שזה היה המעשה שהקל על הביצעו ויצר את התנאים.

גם בפס"ד נראה כי כדי שהתנהגות תיחשב סיוע במישור העובדתי צריך שיהיה לה, ייעוד מוחשי. צריך להראות שהיא מופנית כלפי העבירה בעלת יעוד מוחשי- כלומר עבירה ספציפית וקונקרטית. כשאני מסייעת לאדם, כד לייחס לי אחריות לסיוע לעבירה שהוא ביצוע צריך להראות שלעיקרי היה יעד לעבור עבירה מסוימת בשעה שהוא מקבל את הסיוע ממני. כלומר עזרה כללית שהמישהו נותן לאחר בלי שלאותה עזרה, למבצע יש תכונית ספציפית לבצע בעירה לא יכולה להיחשב סיוע.
לדוגמא: מתן סכין (ללא כוונה ספציפית) לחבר עבריין, גם אם במידה והוא מבצע עבירה עם אותו סכין- זה לא יחשב כסיוע, מבחינת דרישת היסוד העובדתי כי אם מתן הסכין הייתה מתוך סמיות וזה לא ניתן מתוך זיקה לביצוע עבירה בעלת ייעוד מוחשי זה לא נחשב- סתם נתתי סכין. גם אם אחר כך הוא רוצח עם הסכין לא יוכלו לייחס לנותן אחריות פלילית בגין סיוע לעבירת הרצח. נתינת הסכין לא בזיקה לביצוע עבירת רצח בעלת יעד מוחשי קונקרטי שידעתי שהמבצע הולך לבצע.
זו דרך של הפסיקה לצמצם ולהפוך את האחריות למידתית יותר ולא לפרוץ אותה יותר מידי.

כמו שנוכחות ראינו בפס"ד יוסופוב שיכולה להתפרש כסיוע, זה לא אומר שכל נוכחות אוטומטית היא סיוע. אדם יכול להיות נוכח באופן אקראי במקום בו מתבצעת עבירה, ועדיין הוא לא מסייע לעבירה. זה לא שכל נוכחות אוטומטית היא בעצם משכללת סיוע. מה שכן הפסיקה קבעה איזושהי חזקה- חזקה שנוכחות של אדם בזירת עבירה שהיא לא מקרית, כלומר לא סתם עובר אורח, אבל אם אדם נמצא והוא לא מוכיח נוכחות מקרית, מלמדת ויוצרת חזקה שהאדם הוא לפחות מסייע, ואפילו מבצע בצוותא. בגדול הפסיקה אומרת שאם אדם נוכח לא באופן מקרי בזירת העבירה חזקה עליו לפחות שהוא מסייע, אך החזקה הזו ניתנת לסתירה. אם הנאשם יוכיח כי יש סיבה אחרת, הוא יכול לסתור. בית המשפט יצר חזקה במטרה להקל על דיני הראיות, כי בדרך כלל נסיבתית, כשמתבצעת עבירה ואת מגיעה עם אנשים מראש ולא נמצא שם במקרה, אז נסיבות החיים והשכל הישר מלמדות שבדרך כלל סטטיסטית יש לך קשר לעניין.

פס"ד פלונית

פסק דין חשוב שגם התווה הלכות גם ביסוד הנפשי של הסיוע. פלונית זה עם רצח המדריך בפנימייה- אפשר לראות את סוג הסיוע שפלונית נוטלת- היא מגייסת כסף עבור רכישת הסכין, היא הולכת לקנות עם חברה את הסכין עצמה, היא משלמת בפועל עליה אחר כך היא מסבירה איך להשתמש בסכין- היא מייעצת למצוא תירוץ כדי להיכנס לחדר. רואם שכל ההתנהגויות שלה למרות שהוא בסוף זה שמבצע את הרצח, היא רק תורמת באופן הזה, כל ההתנהגויות האלו היו התנהגויות שיוצרות תנאים לביצוע הרצח ואלו תרומות קלאסיות של סיוע פיזי.

**מסייע (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994 ת"ט תשנ"ה-1995**

31.  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.

1. עיתוי הסיוע

יש לשים לב שהגדרת הסעיף מתייחסת גם לנסיבה של עיתוי הסיוע-" לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה". כאן חשוב להעיר הערה, החוק מדבר על מי שעשה לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה- במילים אחרות מעשה נעשה רק אחרי העבירה באופן שלא סייע לעבירה עצמה אלא סייע לעבריין, יחשב כסיוע לעבירה.

למשל: מקרה בו אדם עוזר למבצע העיקרי להימלט, בלי שום קשר לביצוע העבירה, זה לא נחשב כסיוע. אלא שיש עבירה עצמאית (260-261) מסדיר וקובע עבירה ספציפית שנקראת סיוע לאחר מעשה- שהיא אל הצורה הנגזרת של סיוע של 31 המתלבשת על העבירה העיקרית, אלא זו עבירה עצמאית שלמה המעוגנת בחלק הספציפי.
לדוגמא: חברה שלי דופקת על הדלת ומצהירה שרצחה מישהו, ואני מכניסה אותה לבית כדי לתת לה מחסה- זה לא יהיה סיוע לרצח אלא סיוע לאחר מעשה שהיא עבירה עצמאית נפרדת. כדי שזה יהיה סיוע לעבירה המרכזית נצטרך להראות שהסיוע נשעה לפני עשיית עבירה או בשעת עשייתה. וזה משום שרק בשעת המעשה או לפני, אלו המקרים שבהם היה סיוע לעבירה עצמה. כשהחברה דופקת לי על בית ומתחננת לעזרה ושלא אסגיר אותה, זה לא סיוע להתגבשות העבירה אלא סיוע לנאשמת עצמה, זה לא סיוע לרצח כי הרצח כבר בוצע. מה כן יכול להיכנס? אם למשל אדם מבטיח לפני העבירה שהוא מסייע למבצע אחרי העבירה, זה יכנס ל31. זה מקרה שהתנהגות המסייע יכולה להיכנס ל31 וזה מפני שעצם העובדה שהמסייע מבטיח לעזור אחרי ביצוע העבירה, יש פה נטיעת הביטחון בעת ביצוע העבירה ובמהלך העבירה משום שהמבצע העיקרי מסתמך על המסייע. כשהמסייע מבטיח לבוא ולעזור במילוט לאחר העבירה, יש פה חיזוק הרוח של המבצע, וכך המסייע מטיב את התנאים עבורו לביצוע העבירה. בעצם הסיוע כאן הוא לא האיסוף מהזירה אלא **סיוע רוחני**. עצם ההבטחה היא המעשה שמסייע, נכון שהמעשה עצמו בסוף קורה אחרי העברה, אך ההבטחה והדיבור על זה נעשים לפני עשיית העבירה וכן זה החלק שתופס את 31.
ואפילו בדברי ההסבר להצעת החוק המנסחים נתנו את דעתם, בכך שבמקרים כאלו באמת תיחשב סיוע לפי 31, ויותר מזה, גם אם בסוף המסייע לא עומד בהבטחתו למבצע, מנסחי התיקון קובעים שעצם האמירה וההבטחה שהמסייע יתן את הסיוע לאחר העבירה, יוצר תנאים שמקלים על ביצוע העבירה, הם נותנים ביטחון ובסופו של דבר מעודדים את המבצע.

שורה תחתונה- כל פעולה שעיתויה לאחר ביצעו העבירה אך הובטחה לפני שהעבירה הושלמה תיחשב ותיכלל בגדר סיוע.

1. מודעות של המבצע לפעולות המסייע

נקודה נוספת קשורה למודעות של המסייע לסיוע שהוא מעניק- למשל אם אדם מבצע עבירה של שוד, והמסייע מעכב ניידת שהייתה בדרך לסכל את העבירה, בלי שהמבצע יודע שהמסייע מקל את הביצעו. האם הוא יחשב כמסייע? בעצם הוא עושה מעשים מקלים על המבצע בלי שהוא יודע.

אלו עוד פעם מקרים, שבהסבר להצעת החוק נכנסים ודנים עד כמה מקרים נכנסים וחוסים תחת הסעיף. השורה התחתונה היא שבסופו של דבר מנסחי התיקון חשבו שבמקרים כאלה כן יש סיוע. אם בסופו של דבר הסיוע באמת סייע, באמת מקלים אובייקטיבית להשלים את העבירה למרות המבצע לא מודע אליהם, עדיין הסיוע מתקיים. זה נכון שלא יכול להתקיים במקרה כזה סיוע רוחני, כדדי לדבר על סיוע מסוג רוחני חייב להראות את המודעות של העיקרי, אך סיוע פיזי לא חייב לכלול מודעות של העיקרי.

סיוע רוחני- מחייב מודעות של המבצע לעידוד הרוחני.

סיוע פיזי- לא מחייב מודעות של המבצע לפעולות המקלות.

1. צורת ההתנהגות הנדרשת לשם הטלת אחריות בגין סיוע

המקרה הרגיל זה סיוע במעשה לעבירה של מעשה. אני נותנת סכין למבצע של עבירת רצח. אבל, יכול להיות גם סיוע במעשה לעבירה של מחדל- למשל אדם יוצר סיכון כלפי אחר, ונמנע מלהסיר את הסיכון, וחברו בורח מהמקום, שניהם בורחים. אז העיקרי ביצע עבירה של מחדל, הוא גרם לפגיעה באחר מכוח יצירת מצב מסוכן שחלה חובה עליו להסרת המצב המסוכן, ובפועל, הוא לא הסיר אותו והפר את החובה, ואני עמדתי מהצד ועודדתי אותו- סיוע רוחני לעבירה מחדלית.

אך השאלה היא האם אפשר לבצע סיוע על דרך של מחדל? האם הסיוע עצמו יכול להיעשות על ידי הימנעות מפעולה? התשובה בגדול היא חיובית. אילו מקרים נוכל לראות שיכנסו לסיוע דרך מחדל?

לדוגמא:

1. שתיקתו של ארון לעודד את רוחו של אורי לעודד את העבירה שהוא כבר החליט לבצעה (= נוספה ההחלטה משום שיש להבחין בין מקרים של סיוע רוחני למקרים של שידול).
2. יוסי אחראי חדר הכספות בנק, מפר את חובתו (מכוח חוזה העסקתו) לנעול את חדר הכספות במטרה לסייע לאחרים לפרוץ אל הבנק ולגנוב כספים.

יש פה דוגמא שהאדם עצמו יודע שאחריו רוצים לבצע עבירה עיקרית, והוא יוצר את התנאים המאפשרים לאחרים לבצע את העבירה הזו, הוא יוצרת את התנאים האלו בהימנעות ובחדילה מלפעול.

פרשת ויצמן- סיוע במחדל

בית המשפט קבע בפסד שאי מניעת עבירה שהיה ניתן למנוע, עשויה להיחשב כסיוע במחדל לאותה העבירה. כלומר, הסיטואציה של אי מניעת פשע יכולה להיחשב בעצמה כסיוע במחדל לאותה עבירה. ואז נשאלת השאלה אז למה זו לא עבירה עצמאית? מה ההבדל בין הרשעה של אי מניעת פשע לבין הרשעה של אי סיוע לבעירה מסוימת על דרך של הימנעות?

במקרה של ארבעה חברה- תאונה של פגע וברח, שוטר בצד מסמל להם לעצור בגלל נהיגה פרועה, והוא נדרס והופקר שרוע על הכביש, מתבוסס בדמו עד למותו. באותו הרגע יושבים ארבעה חברים כך הארבעה ראו את השוטר מאותת לרכב והבינו שהנהג נדרש לעצור בצד, אלא שהנהג תמרן את הרכב בכוונה להימלט מהשוטר ותוך כדי הוא הרג אותו. חבטה מזעזעת את הרכב כל היושבים ברכב מבינים היטב, כי פגעו בשוטר פגיעה קטלנית.
ואורנה, היושבת ליד הנהג, אומרת בשלב מסוים, היא צרחה והשתתקה, ושלומי וקרן במושב האחרון ידעו מה קרה, שלומי מעודד את הנהג לברוח, ואורנה וקרן לא אומרות דבר, שותקות ונוסעים מהמקום.

השאלה שהתעוררה בפסד הייתה אחריותם של שלומי, אורנה וקרן- בבית המשפט השלום הם הורשעו בעבירה של סיוע בדרך של מחדל מכוח העובדה שהיו צריכים לפעול ולעשות משהו, ולא עשו, בעבירות של הפקרה אחרי פגיעה במנוח. הם ערערו למחוזי, המחוזי דחה, ובית המשט העליון דן בשאלת בבקשת רשות ערעור, ומסכים ומצמצם אבל רק להכרעה בדיון של סיוע בדרך של מחדל. הצורך בהכרה נבע מהנסיבות שבניגוד להתנהגות של שלומי, ההתנהגות של קרן ושל אורנה בעצם הייתה התנהגות מחדלית- שלומי בניגוד אליהן אמר לנהג לנסוע מהמקום, והוא סייע במעשה לעבירה המחדלית של הפקרה.

אורנה וקרן לא אמרו כלום, ולכן השאלה המשפטית שהייתה האם ייתכן סיוע במחדל, לעבירה של מחדל, ואם כן האם צריך מקור חובה? כי יש צורך במקור חובה במקרה של קרן ואורנה לפעול כשאותה חובה שהן הפרו ובגלל נרשיע בסיוע.

פס"ד מרחיב את הדיון במקור חובה לפעול כדי להרשיע בסיוע- בגלל אורנה וקרן יש דיון בשאלת ייחס האחריות כשותפים לעבירה בסיוע ומחדל. בית המשפט מנסה לטפל בשאלה האם נדרש לגבי העבירה העיקרית, כדי להרשיע במחדל יש צורך למצוא מקור חובה, אך השאלה היא האם כדי לייחס אחריות בדרך של סיוע במחדל צריך למצוא מקור חובה שחל על המסייע או שלא? כלומר כדי לייחס אחריות של סיוע במחדל צריך מקור חובה עצמאי?

מבחינה עובדתית הסיבה שזה התעורר כי באותו מקרה למרות שאורנה וקרן לא נהגו ברכב ולא עשו שום דבר בעת המקרה, לא ניתן היה לאתר שום מקור, דרישת מעשה מפורשת בדין. לנהג יש חובות עשה המוגדרות בחוק התעבורה, לגבי שלומי היושב ליד לא התעוררה השאלה המחדלית כי הוא מסייע במעשה, בעצם לגבי אורנה וקרן הטענה הייתה שאין שום חובה שחלה עליהן כדי לפעול בסיטואציה כזו, בניגוד לנהג שהוא יוצר המצב המסוכן ולכן הוא צריך לפעול בכדי להסירו. אבל, היושבות מאחורה לא יצרו את המצב המסוכן. אז מקור החובה לא חל עליהן, אין מקור חובה אחר בחקיקה. והטענה של הסנגורים הייתה שגם בשביל להרשיע במחדל צריך מקור חובה, ומכיוון שאין מקור חובה ספציפי החל על אורנה וקרן, צריך לפטור אותן.

בית המשפט דן בשאלה- האם צריך להקים מקור חובה?

חשין שנותן את פס"ד, זה טראגי ביותר כי לימים בנו של חשין עצמו נהרג בתאונת פגע וברח והשופטים שדנו בתיק של הנהג הדורס מפנים לפס"ד ויצמן, שחשין בעצמו ישב בו. חשין קובע בשורה התחתונה שניתן להכיר גם בחובה של קרן ואורנה בסיוע על דרך של מחדל, למרות שהן לא יוצרות את המצב המסוכן ולמרות שלא היה ניתן למצוא בחקיקה איזשהו סוג של סעיף מסוים שחל במקרה הזה על שתיהן.

על אף שחשין מגיע למסקנה, הוא מפנה לשלוש אסכולות עיקריות:

1. צריך לאתר מקור חובה מפורש בדין
2. מספיק להראות איזשהו חובה ספציפית הנובעת מזיקה מיוחדת מתוך מערכת יחסים בין החודל לבין מקור הסכנה
3. לא צריך בכלל מקור חובה חיצוני לעבירה כשי להטיל אחריות על סיוע במחדל- הנשענת על העמדה של פלר.

פלר מאוד הרחיב בהקשר זה, או אמר שברגע שאנחנו מדברות על סיוע במחדל, לא צריך להראות מקור חובה עצמאי שחל על המבצע, מפני שזה חוזר לתפיסה של פלר לגבי האחריות הנגזרת. שזה בדיוק הביטוי לאופי הנגזר של האירוע- האחריות נשאבת ונגזרת מהאשמה של המבצע ולכן ברגע שיש מבצע עיקרי שנושא בעבירה מחדלית ועליו צריך למצוא מקור חובה, ברגע שהאחריות שלו קמה זהו- היא משמשת כמקור חובה גם למסייע. הגישה של פלר האי בעייתית, הפוגעת בעיקרון החוקיות- אנחנו מטילות על אדם חבות עשיה בלי שיש חובה מפורשת בדין שהוא חייב לפעול לגביה ומכוחה. הביקורת שעולה על הגישה של פלר, שחשין מאמץ אותה בפס"ד היא שהיא בעוד שאפשר להרשיע מבצע על דרך של מחדל, אנחנו חייבות קמור חובה לפעול, כדי להרשיע מסייע בדרך של מחדל (שהאחריות שלו היא עקיפה משנית ורחוקה יותר ולכן היא פחות מובנית מאליו) דווקא אליו לא צריך למצוא מקור חובה עצמאי. דווקא לגבי המסייע עוד יותר היינו צריכות למצאו מקור חובה כי האחריות שלו רחוקה מגרעין האחריות הפלילית. פלר אומר שבגלל האחריות של המסייע האי נגזרת, קודם כל נצרך לעמדו להבטיח שיש בסיס חזק, אבל ברגע שאנחנו נראה שיש מקור חובה והמבצע הפר אותה, למסייע רק נתלבש עליו- זו המשמעות של הנגזרות. מאוד מעניין כי חשין הצהיר שהוא לא מסכים לאף אחת מהגישות, אך בפועל שמנתחים נראה כי המהלך שחשין עושה מביא אותו לתמוך בגישה של פלר.

חשין קובע שבמקרה הזה, היות ומדובר בעבירה כל כך חמורה, על סיטואציה שפוגעת בערכים חברתיים כל כך ברורים, בשיקולי מדיניות לא נחשף מקור חובה עצמאי למסייע ונוכל לייחס אחריות בסיוע על דרך של מחדל. כמובן שביקורת נמתחה- פגיעה בעקרון החוקיות, פגיעה בהרחבת מעגל האחריות. אך ההלכה היום היא שניתן לייחס אחריות בגין סיוע במחדל ללא מקור חובה עצמאי.

**סיוע- היסוד הנפשי**

אם נחזור לס' 31, והטעות שנפלה בהליכי החקיקה.

הניסוח שניסחו בהליכי החקיקה היה "עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע", אומנם שתי המילים הללו נשמטו בטעות. אם ננתח את המילים נראה כי "שהיה בו" כנסיבה. אך ברגע שהושמטו המילים, קיבלנו "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע" ניתן לנתח את זה כעבירת מטרה- יסוד נפשי, שהמסייע פעל מתוך מטרה ורצון לסייע.

מכיוון שהסיפור ההיסטורי, החלק החקיקתי ברור שהיה שמדובר בטעות שנפלה בהליכי החקיקה, זה הוביל לכך שבתי המשפט היו מבוכה- משום שידעו שהכוונה הראשונית של המחוקק הייתה לא נדרוש דרישה של מטרה, היות והניסוח של כדי היה ברמה העובדתית ולא ביסוד הנפשי. מצד שני, כשקוראים את החוק הניסוח שונה, ניסוח של עבירת מטרה. הנושא של ענישה זה נושא שתמיד נכנס לתמונה, כי לאורה יש הבדל בין שאלת הטלת האחריות לשאלת הענישה, הרבה פעמים שראה שיש קשר בין השאלות האלו כי כאשר מדובר בדוקטרינה שגוררת אחריה ענישה יותר נמוכה אז הרבה פעמים בית המשפט יותר נכון להרחיב את היקף האחריות הפלילית. יש מין מקבילת כוחות בין שאלת הענישה לשאלת האחריות, זה גורם לשיקולים מתחום הענישה להיכנס לשיקולים מתחום ההטלה.

היו שורה של פסיקות, כמו פלויאקוב וכו, כמו סוגים של פסיקות שהיו מרכזיות ובתי המשפט שאלו את עצמם איך לפעול. והיו כמה גישות שהוצעו כגישות אפשריות להבין את הסיוד הנפשי של המסייע. בית המשפט לוקח בחשבון בתוך הדיון שלו מה אומר היסוד הנפשי הראוי, הוא לוקח שאלות הקשורות לענישה, גם לרציונל להפליל, רוחב היסוד העובדתי שיש לדוקטרינה, וכך הוא מנסה לנסות לחלץ למסקנה שתהי הגיונית ותפתור את הבעיה שנוצרה מהטעות בהליכי החקיקה.

יש שלוש גישות שניתן לאתר בפסיקה, 3 גישות מרכזיות:

1. גישה שהכי מרחיבה את האחריות הפלילית- כלומר הכי מחמירה עם הנאשם. ביסוד נפשי של מסייע יש לו שני משיורים: אחד מהו היחס הנפשי שצריך להיות לו לעבירה הקונקרטית- לעבירה העיקרית שמבצע העיקרי, והמישור השני הוא מה היחס הנפשי שלו לעצם ההתנהגות המסייעת שלו. להיות מודעת לאפשרות של המבצע העיקרי לבצע עבירה מסוימת, ולרצות לעזור לעיקרי, יכול להיות ששני גם לא ארצה לעזור אך אני מודעת לכך שאני עוזרת וההתנהגות מסייעת, יש הבדל. יכול להיות אפילו מקרה פחות פרדיגמטי, במקרה בו אדם צופה את האפשרות שהעבירה תקרה, הוא לא רוצה שהעבירה תקרה אך הוא עדיין רוצה לסייע (לדוגמא: האבא והאפוד), מקרה בו אני לא שלמה עם העבירה, אין עניין שהעבירה עצמה תקרה, אלא להפך, אין למסייע עניין שהעבירה תקרה, יש תקווה שהיא לא תקרה, אך אני רוצה לעזור כרגע לאדם אחר שיש לי כלפיו אחריות מיוחדת הגורמת לי להיות מסייעת לו. לבצע את אותה העבירה שאני לא רוצה. הרעיון הוא להביא את ההבחנה הזו בשני המישורים: המישור הראשון, של היסוד הנפשי כלפי העבירה העיקרית, והיסוד הנפשי כלפי ההתנהגות המסייעת.
הגישה הראשונה באה ואומרת שמספיקה מודעות בלבד בכל אחד מהמישורים האלו: זאת אומרת מספיק להראות שהמסייע מודע לכך שהעבריין, המבצע העיקרי הולך לבצע את העבירה העיקרית על יסודותיה ומספיק שהוא מודע לכך שההתנהגות שלו מסייעת, הוא מודע לכך שהוא מסייע באותה העבירה. זו הדרישה, כלומר אם הנאשם עונה על דרישת המודעות בשני המישורים, עומד היסוד הנפשי הנדרש. הגישה הזו היא גישה שבאמת מאוד מרחיבה, במידה מסוימת היא הגישה שעומדת על הכוונה המקורית של המחוקק- כי הוספת המילים "כדי לסייע", זה בטעות, לא הייתה אמורה להיות דרישת מטרה.

בפס"ד פוליאקוב נקבע שבסופו של דבר נסתכל על הרציונל, הרציונל בסיוע זה מספיק שהאדם מודע שהולכת להתבצע עבירה עיקרית והוא מודע לכך שההתנהגות שלו מסייעת, זה מספיק. כי יש מקרים שממילא משום שממילא, ההתנהגות של המסייע נמצאת בפריפריה, האחריות שלו לא כזאת כבדה. ואגב, בתיקון 39 העונש של הסיוע הופחת למחצית העונש שמוטל על המבצע העיקרי. לפני התיקון, בכלל המשפט האנגלו-אמריקאי העונש של כל השותפים היה עונש אחיד, לא משנה אם האדם הוא מבצע, מסייע או שמדל, מספיק שהוא צד לעבירה. היותו צד לעבירה חושף אותו לעונש המקסימלי, כמו המבצע העיקרי. זה חוזר לתפיסה של אחריות נגזרת- תפיסה שצדדים לבעירה הם איברים שונים של אותו הגוף. כאן זה לא משנה, מה התרומה, ברגע שאתה חלק מהגוף הזה אתה תקבל את אותו העונש. בתיקון 39,בדומה להבחנות וניואנסים לשאלת האחריות הפלילית, יש לנסות להתאים שאלות של ענשיה בהתאם לעיקרון הזה. המסייע לעומת השותפים האחרים, בניגוד למשדל שהתפקיד שלו ראשי (היות והוא שותל את הרעיון במוחו של העיקרי) המסייע הוא דמות יורת שולית, עקיפה ומשנית. התרומה היא לא בליבה של העבירה, ולכן תיקון 39 רוצה לתת ביטוי בהבחנה ביו השותפים השונים גם בענישה עצמה. ואכן סעיף 32 קובע כי מחציתו של המבצע העיקרי יהיה עושנו של המסייע. כמובן שזה העונש המקסימלי, ניתן גם לקבוע פחות.

**עונש על סיוע (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

32.  הסיוע לעבור עבירה, עונשו - מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי; ואולם אם נקבע לה –

ולכן בפס"ד פוליאקוב בית המשפט קובע כי לא נורא אם נרחיב את דוקטרינת הסיוע ונכניס רק מסייעים שהם מודעים לאפשרות ביצעו העבירה וההתנהגות המסייעת שלהם, כי העונש הוא פחות, זה אל חושף אותם לעונש המקסימלי. לעומת הגישה הזו שמרחיבה את הסיוע ניתן לראות גישה אחרת שבאה בפסיקה אחרת.

1. גישה שהכי מחמירה- ומקילה עם נאשמים, בשני המישורים גם ביחס לעבירה עיקרית וגם ביחס להתנהגות המסייעת צריך להוכיח כוונה, רצון ממש. דהיינו: צריך להראות שהנאשם רצה שהעבירה על כלל יסודותיה תבוצע ובנוסף שהוא גם רצה לסייע- חפץ לסייע, הוא לא רק צפה את האפשרות שההתנהגות שלו תסייע אלא הוא רצה לסייע, הוא פעל מתוך עניין לסייע. אגב באותן פסיקות, בית המשפט שם אומר כי ניתן להחיל את הלכת הצפיות עך הכוונה, מה שמרכך את הדרישה הקשה, מספיק שאדם צפה כשאפשרות קרובה לוודאית שהעבירה תתבצע וצפה כאפשרות קרובה לוודאי שההתנהגות שלו תסייע בביצוע העבירה, כדי שנגיד שהתקיימה דרישת הכוונה. דבר שאומנם "סותר" את דברי הצעת החוק, אך לא סותר את לשון החוק שהתקבלה. זו המשמעות של עיקרון החוקיות, הוא לא בא רק במובן הטכני אלא גם אומר דבר מהותי: בדיוק מפני שהסיוע מרחיב ומתרחק מהליבה, מהגרעין של האחריות הפלילית, ולכן צריך להשתמש בדוקטרינת הסיוע בזהירות. בדוקטרינות הקצה, שהן מסמלות את הכניסה האמיתית לתוך האחריות הפלילית (אנחנו מבינות שלא העבירה המושלמת מכניסה אלא הניסיון, וגם לא רק הניסיון אלא גם השותפים לעבירה ולא רק לעבירה המושלמת אלא גם שותפים לעבירת הניסיון), אלו דוקטרינות שבאמת מעניינות ששם צריכה להיות הקפדה ותשומת הלב איך לעצב אותם- משום שבנקודת הגבול, אנחנו מחליטות האם האדם יכנס לעולם הפלילי או שלא. ולכן, אנגלרד שהיה הדעה בפוליאקוב, דרש לשלב את זה, כי הוא מצר את הדוקטרינה- רק מי שבפועל התכוון בשני המישורים יכנס. אלו המקרים שבאמת יש בהם אנטי חברתיות כל כך רצינית שתרחיב את האחריות.
2. ההלכה (פס"ד פלונית)- הגישה שהמשיכה להתפתח וברק בפס"ד פלונית (ברצח של המדריך) בא וקובע הלכה חדשה. ברק בפלונית קובע הלכה שמאז אפשר לראות אותה יציבה בפסיקה, שבאה ואומרת כי הדרך הנכונה להשיב בין שתי הגישות הקודמות, היא פתרון שהוא גישת ביניים. הגישה הזו אומרת כי לעניין מישור העבירה העיקרית, מספיק יהיה להראות מודעות לאפשרות שעבירה העיקרית תתבצע על יסודותיה, לעומת זאת, לעניין מישור ההתנהגות המסייעת צריך יהיה להראות כוונה לסייע כלומר אם אני מודעת לאפשרות, זה בדיוק המקרה של האב- אם אני מודעת לאפשרות שהעיקרי הולך לבצע את העבירה, גם אם אני לא רוצה, אך מסייעת מתוך רצון, אני נכנסת לגבולות הסיוע.
חשוב לציין כי ברק מוסיף שאין דרישה להוכיח שהתקיים יסוד נפשי של העבירה העיקרית: "עבירת הסיוע דורשת – בצד מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת, ומודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה – כי הסיוע ייעשה מתוך מטרה לסייע לעבריין העיקרי לממש את מזימתו. כאשר העבירה העיקרית היא רצח, נדרש רק כי המסייע יעשה כן מתוך מטרה לסייע לעבריין העיקרי לרצוח את הקורבן."

ברק בפלונית עושה דיון שלם בשיקולי המדיניות- למה נכון לעצב את הדוקטרינה בצורה כזאת:

* הוא מדבר על כך שלשון החוק משתמשת בתיבה "כדי", אי אפשר להתעלם מלשון החוק, ולכן הגישה של מצא (גישת המודעות) היא מוטעית, גישה שמתעלמת מלשון החוק. אך לא נדרשת מצד המסייע כוונה להגשים את זממו של המבצע העיקרי המסייע לא צריך להראות ולהזדהות עם הפגיעה בערך המוגן, ההפך כי זו בדיוק ההבחנה בין המסייע למבצע העיקרי, מבחינה עונשית. אם נדרוש גם מהמסייע כוונה שהעבירה העיקרית תקרה, אנחנו מקרבות אותו למסייע, שממש רוצה לפגוע בערך המוגן. אף יותר מזה, אם העבירה העיקרית לא דורשת דרישת כוונה אלא מסתפקת רק במודעות, אז לבקש שהמסייע תהיה לו כוונה, זה בכלל לא סביר.
* עוד טיעון שברק מעלה זו נקודה הקשורה לעונש- עצם העבודה שתיקון 39 בחר למקם את העונש של המסייע במחצית העונש של העיקרי, בעצם מחזקת את הגישה שאין מראש זהות בהגשמת העבירה. מצד אחד הגישה השנייה מקרבת מידי למבצע, אך מצד שני ברק לא הולך לגישת המודעות, כי זה כבר מקרב מידי לעבירת אי מניעת פשע. כל עוד נרצה להגיש האדם שותף להעבירה, לא מספיק להראות שבמקרה הוא נקלע למקום ובגלל זה, זה הצליח, כמו בעבירת אי מניעת פשע- שמרגע שהאדם לא קיים את החובה, וחדל לעשות משהו, העבירה קרתה, אין שום זיקה. לדרוש רק זיקה של מודעות זה יכול לקרב את הצורה הנגזרת של סיוע לעבירת אי מניעת פשע, ולכן זה שנדרוש מטרה לפחות בהתנהגות המסייעת, זה גם תואם למהות של הסיוע וגם גורם למרחק ראוי בין זה לבין אי מניעת פשע.
ודוק: יש מצד אחד אי מניעת פשע שזו הדרישה הכי נמוכה וביצוע עיקרי, הסיוע צריך להיות באמצע, ובשביל שהוא יהיה באמצע ולא יהיה קרוב לאף אחת מהצורות הללו בעצם צריך לעשות את הפיצול כך שמצד אחד למסייע יש מודעות לאפשרות ביצעו העבירה ומצד שני כוונה לסייע.

על ההבדל בין אי מניעת פשע לסיוע- אי מניעת פשע זו עבירה עצמאית, היא לא מבחינת המבנה כחלק מהשותפים לעבירה. סיוע היא לא עבירה שעומדת לבד אלא היא צורה נפרדת המתלבשת לעבירה עצמאית. הרי יכול להיות שהסיוע יהיה המחדל, ההבדל הוא, התפיסה באה ואומרת שחלק מההבדל הוא ביסוד הנפשי- הסיוע יכול להתבטא בנכוחות במקום ובתרומה במחדל, בזה שתי העבירות יכולות להיות דומות, אך היסוד הנפשי מזקק את ההבדל. כדי להרשיע כמסייעת, צריך להראות שהייתה כוונה לסייע, לפות צפית את האפשרות כאשפרות קרובה לוודאי שההתנהגות תסייע. ואי מניעת פשע, אין שום דרישה כזאת, רק צריך להראות שאדם ידע על ביצוע פשע, ולא עשה דבר כדי למנעו את זה, לא צריך להראות יחס מסוים של רצון לבצע. עוד דבר, אי מניעת פשע זו עבירה מחדלית.

* בפס"ד פלונית, הועלתה טענה שהיא לא חפצה במותו של המדריך, היא אומרת במילים אחרות, לא היה לה מטרה למישור של העבירה העיקרית. בית המשפט קובע כי לא צריך להוכיח את הרצון לגרום למותו, זה בדיוק העניין למה היא לא מואשמת ומתייחסים אליה כמבצעת בצוותא, לכן הא לא מבצעת. זו המשמעות של מסייע- שמספיק רק להראות את המודעות והכוונה לסייע, ולא היה ספק שהיא רצתה לסייע לחבר שלה. ברק פה החיל את מבחן הצפיות, כלומר בפועל- מודעות לאפשרות ביצעו העבירה וודאות מעשית- וודאות בהסתברות של קרובה לוודאי לסייע כדי שנענה על הדרישות של גישת הביניים שנקבעה כהלכה.

הזכרנו את פס"ד יוסופוב, ובית המשפט מדבר על עבירה בעלת ייעדו מוחשי- זה לא מספיק שפלוני נותן כלי או עושה מעשה שמקל, אך הוא לא עושה את זה בייחס לעבירה מוחשית קונקרטית. כדי להגיד פלוני קיים את הסיוע מבחינת הרכיב העובדתי צרי להראות שהוא הושיט את אותה עזרה בזיקה מסוימת לעבירה שביצע המבצע. אותו הדבר אומר בית המשפט במישור של היסוד הנפשי. זאת אומרת, כדי להגיד שפלוני קיים את הרכיב הנפשי, צריך להראות שהוא היה מודע בזמן שהוא מגיש את הסיוע למבצע העיקרי לזה שקיימת אפשרות שמעשיו שלו יעזרו לעבירה ממשית מסוימת, ולא לאפשרות תיאורטית שהוא יבצע את העבירה. צריך להראות את הקונקרטיזציה- במודעות לעבירה עיקרית, היא צריכה להיות עבירה ממשית ומסוימת ולא עבירה תיאורטית- שדבר ישמש את המבצע לעבירה קונקרטית. צריך קונקרטיזציה של המחשבה הפלילית, היא צריכה להיות ביחס לעבירה ממוקדמת ספציפית ואל דבר ערטילאי שיש בו סיוע.

בית המשפט אומר שלא די בידיעה ערטילאית, היפותטית של נכונות המבצע לבצע עבירה ולהפוך אדם אחר למסייע. המטרה היא לגרום, ברגע שנפליל אדם כמסייע נרצה להראות שהזיקה המינימלית התקיימה, שאותו סיוע ניתן מתוך זיקה ועזרה לאדם שיעשה את העבירה הקונקרטית. זו דרישה שבית המשפט הדגיש אותה כעוד תנאי להפללה.

דרישת היסוד הנפשי של המסייע:

1. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה קונקרטית, ממשית ומסוימת, ולא לאפשרות תיאורטית שהוא יבצע את העבירה- מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה.
2. מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת, כלומר מודעות לכך שההתנהגות תורמת ליצירת התנאים לשם עשיית עבירה עיקרית בעלת ייעוד מוחשי.
3. האדם פועל מתוך רצון לסייע\ או צופה באפשרות מעשית בהסתברות קרובה לוודאית שמעשיו יעזרו ויסייעו למבצע.

אין לדרוש זהות בין המחשבה הפלילית בעבירה העיקרית לבין זו בעבירת הסיוע, כלומר אם יש בעבירה העיקרית יסוד חפצי, כדוגמת כוונה, אין צורך להוכיח כי המסייע פעל מתוך כוונה (לדוגמא: מתוך כוונה להרוג כמו המבצע)

**רציונליים של הסיוע**

בספרות יש דיון שלם על הרציונליים הפילוסופים של הסיוע, למה בעצם נייחס אחריות למסייע ולמשדל שהם בעצם לא ביצעו את העבירה העיקרית, למה נייחס אחריות לעבירה שאדם אחר אחראי עליה?

זו שאלה שמתייחסת לאוטונומיה של האדם, החופש האישי שלו, הרצון ופעולה אוטונומית של אדם אחר הוא לא עוד אירוע פיזיקלי שניתן לדבר עליו במובנים של גרימה, אלא יש איזשהו הפעולה וההחלטה האוטונומית של האדם, מתנתק את הקשר הסיבתי בין פעולות קודמות שהשפיעו עלו לבין התוצאה. יש דיון מאוד מעניין בפילוסופיה של המוסר.

בסופו של דבר בגישה האנגלו-אמריקאית אפשר לזהות שלושה רציונליים שהם הרציונליים שמיוחסים והדוקטרינה מושתת עליהם:

1. יצירת סיכון- הטענה היא שנייחס אחריות פלילית לשותף העקיף, זה שלא מבצע ממש, מכיוון שהוא תרם בסיכון שהעבירה תקרה. לא הייתה לו תרומה סיבתית, ואף יותר מזה, יכול להיות שלא הייתה לו תרומה בפועל, אך הוא תרם לסיכון והסתברות שמשהו יקרה ולכן אם המסייע נותן חפץ והמבצע הולך ומבצע עבירה, והמסייע נתן את החפץ מתוך מודעות לאפשרות ביצוע העבירה ומתוך רצון לסייע, יש פה אקט שהעלה את ההסתברות שהעבירה תקרה, למרות שיכול להיות שבפועל לא עזר.
2. תרומה של סיבתיות- הסיבה שאנחנו מפלילים ומייחסים אחריות פלילית לשותף עקיף, זה כי הוא סיבתית תרם לביצוע העבירה- אלמלא התרומה של המסייע העבירה לא הייתה מתקיימת. זה גם הבסיס לשידול.
3. הזדהות והסכנה בפגיעה של הערך המוגן- נטיל על השותף העקיף אחריות על ביצוע עבירה שאדם אחר ביצע כי הייתה לך הזדהות מיוחדת עם הפגיעה בערך המוגן, הייתה הסמכה ואיזשהו סוג של עניין, אינטרס חזק שזה יקרה וחלכן נייחס את האחריות.

השילוב של כל הרציונליים יכולים להוות התשתית להטלת אחריות פלילית על המסייע. אך יש ויכוח בין המלומדים לגביהם.

אם נחשוב מה הרציונל של הסיוע לפי המשפט הישראלי: נראה כי:

* סיבתיות- נפסל, היות וגם אם אין תרומה בפועל, האדם יחשב כמסייע.
* הזדהות- נפסל, דוגמת האב עם האפוד. כי אתה לא חייב להזדהות עם הפגיעה בערך המוגן, להיפך האב עם האפוד לא רוצה שהבן יסתבך בביצוע העבירה, אך הוא לא יכול שלוט בזה ולכן האו נותן אפוד במטרה לשמור על חייו. הדוגמא מחדדת את ה'מרים שלפעמים מסייע הוא הכי קרוב לאדם שלא רוצה שהעבירה העיקרית תקרה ועדיין נכנסי אותו לתוך גדרי הדוקטרינה. בדוגמא הזו, אין הזדהות של האב עם הפגיעה בערך המוגן, אלא הוא רוצה לעזור לו ולשמור על חייו.
* יצירת סיכון- הרציונל המרכזי ברגע שהמסייע תרם להגדלת ההסתברות. העלית את הסיכון והסיכוי שהעבירה תקרה, וזה הבסיס המתאים. בישראל בנו את הדוקטרינה כך שהיא לא דורשת סיבתיות, הזדהות, היסוד הנפשי הוא רק מודעות וכוונה, זה בעצם תואם ליצירת הסיכון.

יש ביקורת על כך מצד המלומדים. המודל והאופן שבו הפסיקה הישראלית בנתה את הסיוע, לדעת רוזנברג, נכון היה לדרוש תרומה לא סיבתית אך תרומה בפועל, מאחר ודוקטרינת הסיוע היא רחבה. להרשיע אדם רק על זה שהיה לו את הפוטנציאל לסייע בלי שהיה לו את הקשר הפיזי, גם אם הוא לא סיבתי. קשר פיזי זה למשל נתינת כלי, אך לא בהכרח המבצע השתמש בו. אך נרצה להראות איזשהו קשר וזיקה מאוד ברורה, של תרומה מעשית.

**(2) שותף לעבירה- שידול**

**משדל (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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

דמותו של המשדל מעוגנת בסעיף 30 לחוק:

אם דיברנו על המסייע כדמות שהתרומה שלו היא משנית והיא עקיפה, המשדל הוא בדיוק הפוך- התרומה שלו היא עקיפה כמו בסיוע, אך זה הפוך מבחינת החשיבות שלה- היא ראשית ועיקרית. גם המשדל וגם המסייע, השותפים להם שניהם לא נוטלים חלק בביצוע, הם מחוץ לביצוע עצמו אך בעוד שהתרומה של המסייע היא משנית, התרומה של המשדל היא ראשית, משמעותית ומכרעת.

בספרות ובפסיקה קוראים למשדל האב הרוחני של העבירה, הוא המוח מאחורי הכוח, הוא זה שעומד מאחורה והמתכנן המרכזי. הייחוד הזה של השידול בכך שהוא משפיע על דעת המבצע זה מה שמקנה את החומרה היתרה של התנהגות המשדל בעיני המחוקק. המחוקק קובע כי מפני שהמשדל הוא זה שגורם לבצע להחליט לבצע את העבירה, הוא לא רק מוליד את העבירה הוא מוליד גם עבריין הוא יוצר עבריין שבזכות המשדל, יבוא לעולם מאוחר יותר ויפעיל את פעולותיו הרעות. התפיסה הזו הולכת אחורה לתפיסת "החטא הקדמון", התפיסה של המשדל נתפסת כאינטואיטיבית, המעשים שלו נחשבים כחמורים ובפועל מבחינה משפטית נוכל לראות את הביטוי הזה בענישה.

השפעת תפיסת המשדל כחמור על החוק:

1. החמרה בענישה- בעוד שעונש המסייע הוא חצי (ס' 32), עונשו של המשדל (ס' 34) הוא זהה לעונשו של המבצע העיקרי. זה פער גדול המשמעות היא שהמחוקק קורה מבחינת השיפוט הנורמטיבי של המשדל, שמעשיו באותה חומרה כמו המבצע העיקרי, שממש את העבירה. יש פה תפיסה מאוד משמעותית, בגלל התפיסה של היסוד הנפשי החזק ובגלל הסיבתיות: אלמלא פעולת המשדל זה לא היה קורה).
2. ניסיון לשידול- עוד ביטוי בחומרה, בכך שראינו שניסיון לסיוע הוא לא עניש (במקרים שהאדם מסייע אך המבצע העיקרי לא חוצה את קו ההכנה, אין תחילת ביצוע), ניסיון לשידול היא צורה חריגה שהמחוקק יוצר אותה והופך אותה לענישה- ניסיון לשידול זה כאשר שידלתי מישהו אך אני כששידלתי לא נכנס למתחם הניסיון, הוא לא נכנס לביצוע עצמו. לכאורה, לפי השיטה של האחריות של העיקרי, היינו אומרות שלא צריכה להיות אחריות (האחריות של פלר) כי המבצע העיקרי לא נכנס לשלב הביצוע. המחוקק אומר שבגלל החומרה היתרה המיוחדת הזו של המשדל, המחוקק עוקף ושובר את הכלל שאומר שאין צורה נגזרת אם אין עיקרי אחראי, והוא הופך את השידול לעבירת היזק עצמאית. עבירה שהיא לא מותנית בביצוע העיקרי, הניסיון לשידול היא כבר לא צורה נגזרת אלא צורה שעומדת בפני עצמה. יש פה מודל יוצא דופן, צורה חריגה המעידה על התפיסה של האנטי החברתיות המוחמרת.

לפי המחוקק, אדם המנסה לשדל אדם אחר, גם אם האחר לא קם ועושה את הדבר, המשדל הוא כל כך מסוכן שצריך להפליל את הצורה הזו על עצם הסיכון שהיא יוצרת. בעצם, הניסיון לשידול הוא מזכיר את הרעיון של הפללה על המחשבה, מאחר ובעולם הפיזי לא קרה כלום. מעצם זה שהפעלת על אדם אחר לחץ, זה מה שיוצר את העבירה, ולא איזושהי פגיעה או שינוי בעולם הפיזי. וזו באמת אחת הביקורת על הבחירה של המשדל, שמרכז הכובד העמוק של התרומה של המשדל לביצוע העבירה זה בנטיעת הרעיון במוחו של המבצע. שוב, יש פה משהו שמתקרב, זה אל הרציונל של הפללה על מחשבות, יש פה הפעולה שהיא נעשתה ויצאה מהמוח של המשדל החוצה. ויש פה התנהגות חיצונית, אך בסוף התרומה היא תרומה רעיונית, פחות במישור הפיזי ובחומר אלא יותר בנפש וברוחניות. זה נראה כמשהו שמתקרב ויוצר בעיה בהקשר של הפללה על מחשבות.

אומנם, לא ניתן להגיד שזו אכן הפללה על מחשבות מאחר והמשדל אכן עשה, הוציא לפועל מחשבות פליליות של המשדל עצמו והוא ניסה להפעיל אותן על אדם אחר. יש פה מעשה. אך בסוף לא נגרמה פגיעה בערך המוגן בכלל, אך גם בניסיון אין פגיעה קונקרטית. אמרנו שבניסיון יש פגיעה אבסטרקטית. המחוקק אומר שיש אצל המשדל פוטנציאל ומסוכנות כל כך גדולה שהוא רואה בזה התנהגות אנטי חברתית צומחת לבד ובפני עצמה, ללא תלות במימוש של הסכנה.

ההבדל בין שידול להסתה- שידול הוא של אדם ספציפי מסוים, הסתה שזה דברי שידול במהות אך עוברים ומכוונים לקהל לא ספציפי ולא מסוים. וכן, עבירת ההסתה זו עבירה עצמאית שיש לה יסודות משלה, ומי שמבצע אותה זה המבצע העיקרי. ושוב ההבדל מבחינת המהות זה פניה לקהל לא מסוים, הפצה אמירה כללית. השידול של האחר, צריך להיות אחר מסוים.

**היסוד העובדתי של שידול**

בהצעת החוק נאמר שאין שום הגבלה על הדרך הספציפית של הבאת המשדל בביצוע העבירה. בעצם מה שצריך להראות זה שהיה פה קשר סיבתי, שהיה פה הבאה של אדם מסוים, את האחר לביצוע העבירה, ולכן זה לא חשוב אם זה נעשה בלשון כזו או אחרת. מה שצריך להראות זה איזשהו פעולה שבאמת הביאה לזה.

שידול במחדל- קיים?

מרבית המלומדים חשובים ששידול במחדל לא יכול להתקיים, זה לא אפשרי. החוק לא שולל את האפשרות הזו, למרותש מבחינת הסתברות זה פחות יקרה.

**רכיבי היסוד העובדתי של המשדל**

לשידול יש שני רכיבים: צריך להראות שהמשדל **הביא** אחר לביצוע העבירה, והאחר נכנס לפחות **למתחם הניסיון** כלומר התחיל לבצע את העבירה:

* רכיב נסיבתי: קיומו של "משודל" אחראי בפלילים.

"אחר"= משודל, אדם שנשדל אותו.

לשים לב להבדל בין שידול לבין "ביצוע באמצעות אחר"- ביצוע באמצעות אחר נעשה על אדם שאינו אחראי בפלילים:

רכיב נסיבתי: קיומו של "משודל" אחראי בפלילים.

! שימו לב להבדל בין שידול לבין "ביצוע באמצעות אחר"- ביצוע באמצעות אחר נעשה על אדם שאינו אחראי בפלילים.

! אין הכרח שהמשודל יהיה מודע לפעולות השידול שמפעיל עליו המשדל.

מבחינת האחר, יש דוקטרינה שנדבר עליה, ביצוע באמצעות אחר זו סיטואציה שבה אדם שולח אדם אחר ומנצל איזושהי חולשה שלו וגורם לו לבצע את העבירה שהוא המבצע באמצעות עושה את המבצע כלי בידו. ההבדל בין שידול לבין מבצע באמצעות אחר, זה שהמשדל נותן את העצה לאחר, אך האחר הוא אדם אוטונומי עצמאי, שפוי ונושא אחריות פלילית, הוא יכול לקבל החלטה בשביל עצמו. לעומת מקרים פרדיגמטיים של ביצוע באמצעות אחר, בו פלוני לוקח קטין או שולח אדם חולה נפש, או אדם שנמצא תחת סייג, ואז האחר לא נושא באחריות פלילית בכלל כי הוא נמצא תחת המצבים הללו והמבצע באמצעותו, יחשב כזרוע הארוכה, ניצלת אדם שלא נושא באחריות פלילית, ולכן נראה אותך כמבצע. אם שלחת אותו מתוך יסוד נפשי הקבוע בעבירה העיקרית וניצלת אדם אחר על זה שלא נושא אחריות פלילית ועשית אותו כלי בידייך, אומר המשפט שאם אותו אדם המשמש ככלי נכנס לתחום הניסיון, האחריות היא בידי המבצע באמצעות. וזה שונה מהשידול, המשודל הוא למעשה המבצע העיקרי, האו נושא באחריות כלל דבר ועניין, הוא אדם אוטונומי שיכול לקבל החלטות. וזה מעורר עוד יותר קושי בהפללת השידול, ושאלת מה הגבול? עד כמה נכון לייחס אחריות לאדם בגין פעולות שביצע אדם אוטונומי אחר, באמת בהנחה שאותו אדם יכול לקבל החלטות.
 של חיטה, ונוכל לראות איך החיטה זזה) ניתן לחשב את הדברים על ידי פיזיקה והכל צפוי, יש נתונים ודברים שנוכל לצפות, זה מה שהמדע מאפשר לנו. לעומת זאת, האדם הוא אחר, יש משהו בבני האדם שכל אחד הוא אחר ולכל אחד יש צלם אלוהים, כל אחד מאיתנו יש ניצוץ אלוהי קטן ובמובן הזה כל אחד יכול לקבל החלטו שקשה ואף לא ניתן לצפות. זה גרם בספרות, לכך שיש כאלה שטוענים שיש ההבדל בין דוקטרינת הסיבתיות הרגילה לבין השותפות: השותפות מתייחסת במיוחד בשידול למקרים שבהם אדם גורם לאדם אחר לבצע עבירה, אך הטענה היא שזה אף פעם לא יהיה גרימה במובן העמוק והעובדתי של גרימה. יש סוגים שונים של גרימה, מה שמלומדים עושים זה שמה שבגרימה לפעולות אנושיות אל זהה לגרימה שיש בפעולות פיזיקליות רגילות, ולכן זה חלק מהביקורת של דוקטרינת השידול. יש קושי להפיל על המשדל את האחריות על עבירה שביצע העיקרי, כי העיקרי הוא זה שהחליט. בשביל להפליל את המשדל על אנטי חברתיות, יש לחפש דבר הקושר אליו ולא קשור לאדם אוטונומי אחר. לא ניתן להצדיק את הפללתו בהתנהגותו של האחר, ואחת הטענות היא שהאחר שובר את השקר סיבתי: הרצון האנושי שובר את הסיבתיות הרגילה.
מכל מקום בגלל הבעייתיות הזו נחזור אליה ביסוד הנפשי של שידול- נראה כי הטיעון הזה בקושי של ייחוס אחריות פלילית לאדם בגין פעולות אוטונומיות של אדם אחר, הוא היה זה שהוביל את בית המשפט לדרוש יסוד נפשי גבוה מאוד של כוונה.

אין הכרח שהמשודל יהיה מודע לפעולות השידול שמפעיל עליו המשדל:

רכיב תוצאתי: תחילת ביצוע העבירה על ידי המשודל.

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

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

מחלוקת בין המלומדים:

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

לפי דעה אחרת: פלוני ייחשב כמשדל לרצח- יש להוכיח הצלחת השידול (דורנר בסוגאקר).

קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה על ידי המשודל.

האם המבצע העיקרי צריך להיות מודע לשידול שמבצע עליו חברו? זאת אומרת מה קורה כשאני לא יודעת שפלוני מפעיל עליי בעורמה, בדרך מוסוות איזשהו לחץ ושותל בי רעיון בלי שאני מבינה שזה הוא. לפי הניסוח של סעיף 30 אין איזו דרישה מיוחדת כזו למודעות של המשודל לזה שמפעילים עליו שידול ומספיק זה שבסופו של דבר הקשר הרגשי בין השניים יבוא מהמשדל למשודל. המשדל צריך לדעת שיש מולו מבצע עיקרי, כלומר אדם אחר הטעון הנעה אבל המשודל אל צריך לדעת שמישהו מפעיל עליו את הכוח וההשפעה הזו.
המשדל צריך לדעת שיש אדם אחר שטעון הנעה, אך המשודל לא צריך לדעת שהוא מונע לביצוע.

* רכיב תוצאתי: תחילת ביצוע העבירה על ידי המשודל.

המשודל, האדם שמבצע את העבירה, צריך להיכנס לפחות למתחם של ניסיון, משום שבמתחם הזה מתחיל הביצוע של העבירה המושלמת.

* קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה על ידי המשודל.

פס"ד אסקין

פס"ד חשוב בשידול, שמשרטט את ההלכה של השידול על ידי הנשיאה בייניש. עוסק במקרה מיוחד, מתוארת מערכת יחסים מאוד מיוחדת בין אסקין לבין פקוביץ, וזה לב העניין. מה שאפיין את המקרה הנדון, זה שפקוביץ הרהר ברעיון לפני. כלומר שהשאלה הנידונה היא שאלת נטיעת הרעיון:

בייניש קובעת כי יכול להיות מצב שבו השידול יכול להתקיים בשני מקרים:

1. המשדל נטע את רעיון ביצוע העבירה במוחו של המבצע. המבצע כלל לא חשב על הרעיון לפני- המקרה "הקל".
2. "הטיית כפות המאזניים"- רעיון הביצוע עלה במוחו של המבצע והוא אף שקל בדבר, אך השידול או שהכריע את הכף למען ביצוע(בייניש בערעור פלילי אסקין)- המבצע העיקרי היה קרוב להחלטה, השידול "דחף אותו לקצה" והביאו לידי תחילת הביצוע.

המקרה הרגיל הוא מקרה בו המשודל לא חושב על רעיון ביצעו העבירה, והמשדל נוטע בתוכו את הרעיון, ואז ברור שיש קשר סיבתי במובן שנה לראות.
אבל מה אם מקרה בו פלוני חשב על המקרה מראש, הרהר בדבר, התלבט וחשב על זה בעצמו? כלומר בא המשדל והוא זה שמכריע את הכף, הוא זה שגורם לו בסופו של דבר לקבל את ההחלטה לעשות- המשודל מתנדנד בין ההחלטה והמשדל הוא זה שמכריע את הכף וגורם לקבלת ההחלטה. בייניש אומרת שגם זה יחשב כחלק מהדרישה של קשר סיבתי.
כלומר גם מקרים של נטיעת הרעיון מלכתחילה או גם מקרים שבהם המבצע כבר חשב לפני זה אך לא החליט. שניהם מקרים שיחשבו כקשר סיבתי.

היה גם דיון שלם במקרה של מרי פיזם, שרצחו את הילדה רוז. הייתה מערכת יחסים חולנית בין הצדדים השונים. והטענה שהייתה האי שמרי הייתה המוח מאחורי העניין, היא זו שזרקה אתה רעיון מראש. פס"ד עוסק בצורה נרחבת בדוקטרינת השידול, וביחס בין הצדדים והשאלה האם המעורבות שלה הייתה כל כך גדולה עד כדי שנראה אותה כשותפה בצוותא. איפה קו הגבול בין המשדל שנותן את הרעיון למי שנתן את הרעיון אבל גם משמיך להיות מעורב ולעזור, שזו כניסה לתוך הביצוע פס"ד עוסק בקו הגבול בין שידול וביצוע בצוותא.

תרגול:

* מה קורה כשאני משדלת אדם לבצע עבירה, והוא בסוף מבצע ניסיון לשוד? שידול לניסיון שוד.
* מה קורה כמשדל שידל אדם, אותו אדם מתחיל ונכנס לשלב ההכנה אך מתחרט? התוצאה היא ניסיון לשידול. שזו הצורה הנגזרת החריגה.
* מה קורה כשאני מסייעת לפולני לבצע בעירה והוא נתקע להכנה? אין יכולת להטיל אחריות פלילית כי אין ניסיון לסיוע.
* מה קורה כשאני מסייעת לאדם לבצע עבירה והוא נתקע בשלב הניסיון? סיוע לניסיון שוד. ניסיון השוד זו העבירה העיקרית ועליה נרכיב את הסיוע.
* מה קורה כשאני מסייעת לפלוני לבצע בעבירה ופלוני חוצה את קו ההכנה, נכנס לתוך הניסיון, ומתחרט חרטה אמיתית? לפי גישתו של פלר לא נוכל להטיל אחריות בפלילית מאחר ואין אחריות של מבצע עיקרי אז אין אחריות לשותף (אחדות העבירה).
לפי הגישה המנוגדת(הגישה הגרמנית)- יורשע המשדל בניסיון שידול מפני שמעשיו עומדים בפני עצמם.

**רכיבי היסוד הנפשי של המשדל**

בדיוק בגלל הדיון בקושי לייחוס אחריות פלילית לאדם בגין מעשים של אדם אחר, התעוררה בפסיקה השאלה מה היסוד הנפשי של שידול?

הבעיה הייתה שאם נקרא את ההגדרה של סעיף 30, אין שום ציון מפורש של מהו היסוד הנפשי הנדרש להוכחה, העבירה שותקת כלשוננו. ואז לכאורה, אם נחשוב על שני המישורים שלנו:

יסוד נפשי בשידול:

1. מודעות לטיב התנהגות המשדלת ומודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית;
2. כוונה להגשמת וביצוע העבירה
3. כוונה לשדל
4. המישור כלפי העבירה העיקרית
5. המישור הנפשי כלפי השידול

במישור השני, משתמע כי נדרש יסוד נפשי כלפי השידול של מחשבה פלילית, מודעות לרכיבי היסוד העובדתי.

אולם בייניש באסקין מתנגד וקובעת הלכה חדשה:

פס"ד אסקין

בייניש קובעת שלמרות שלא כתוב או מצוין בסעיף 30 שנדרשת דרישה של מטרה, בלשון "כדי". אנחנו נקרא לתוך הסעיף דרישה של יסוד נפשי של כוונה לא רק כלפי התנהגות המשדלת, לא רק כלפי הכוונה לשדל אלא להוכיח כוונה שהעבירה העיקרית תקרה. כלומר, כדי להרשיע אדם בשידול לעבירה, לא רק צריך להראות שהמשדל צפה את האפשרות שהעבירה תקרה התכוון לשדל, אלא נצטרך להראות שהוא התכוון שהעבירה תקרה. כלומר, הכוונה צריכה להיות לשני המישורים: גם כוונה לשדל וגם כוונה שהעבירה העיקרית תקרה- כלומר רכיב של כוונה שהעבירה תקרה ורכיב של כוונה לשדל (מה שלא נקבע בסיוע- שם נקבע מודעות לאפשרות הגשמת העבירה, וכוונה לסייע). וכל זה למרות שלא כתוב דבר בסעיף 30. פה הפסיקה הפכה להיות משמעותית.

הנימוקים של בייניש לדרישת יסוד נפשי חפצי של מטרה שהעבירה העיקרית תבוצע:

בייניש מנמקת את זה בכמה נימוקים:

1. אופיו התכליתי של השידול מחייב מתאם בין ההתנהגות המשדלת לבין התכלית

אנחנו מדברות על תכלית כשאדם בא ונוטע רעיון באדם אחר לעשות את זה, זה הטבע של הפעולה, יש לו תכלית. הוא לא עושה את זה סתם, יש לו עניין להניע וליצור את העבריין שיצור את אותה העבירה, ולכן זה טבעי שיהיה רצון.

1. עצם העובדה שאנחנו מטילות אחריות פלילית בשל השפעה והאופי של הרצון החופשי של האדם יש קושי לייחס אחריות

הדרישה של הכוונה גם לשדל וגם שהעבירה העיקרית תקרה, עוזרת לדלג על הקושי הפילוסופי, הקושי התיאורטי לייחס לאדם מסוים אחריות בגין מעשים של אדם אחר. כלומר, אנחנו נטיל את האחריות הזו רק על אדם שבאמת יש בו את האנטי החברתיות המוגברת. לא רק שהוא התכוון לשדל הוא גם התכוון שהעבירה תקרה, הדבר מצמצם את דוקטרינת השידול והופכת אותה ליותר צרה וכזו שתעניש רק את מקרי הליבה.
הטלת אחריות פלילית של על אדם רק בגלל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אחר בעייתית(כפי שאמרנו, הקושי הפילוסופי לייחס אחריות לאדם על מעשים של אדם אחר)- לכן העלאת רף הרשעה באמצעות דרישה מוגברת של יסוד נפשי נועדה "לרכך" את הקושי.

1. תואם את הרעיון של העונש

העונש הניתן בגין שידול הוא עונש זהה לעונשו של המבצע הרגיל, כלומר המשדל חשוף לעונשו המקסימלי של המבצע. ולכן צמצום הדוקטרינה רק לאנשים בעלי אנטי-חברתיות גבוהה ולמקרי הליבה נראית מוצדקת. וכי אם נדרוש יסוד נפשי נמוך, אנחנו נקרב את היסוד הנפשי של המשדל למבצע. כדי להפוך את זה להגיוני ולמידתי נדרוש החמרה ביסוד הנפשי של המשדל. העונש הנלווה לשידול- לאחר התיקון העונש הושווה עם הביצוע.

1. הרצון לבדל את השידול מן הסיוע

בדיוק מפני שהמשדל נחשף לעונש מלא לעומת המבצע שנחשף רק למחצית מהעונש, הגיוני לדרוש יסוד נפשי יותר גבוה ואנטי חברתיות מוגברת לעומת הסיוע. וכך נוצרו שתי הדוקטרינות. ראיית המשדל, להבדיל מהמסייע, כשותף עקיף-ראשי כמשתקף ברמת העונש מצדיקה להחמיר ברמת היסוד הנפשי הנדרש.
זה מעניין לראות את הפסיקה והחקיקה מאזנת את הדוקטרינות אחת ביחס לשנייה. צריכה להיות איזושהי קוהרנטיות והיגיון של איך הדוקטרינות עבודות ביחד. יש כאן ניסיון לקוהרנטיות והבחנה בין הדוקטרינות השונות(סיוע ושידול) והדרישות לכל אחת הדוקטרינות, ביסוד הנפשי בעיקר, מבדילות ביניהן ונועדו ליצור מדרג ענישה שמייצג את החומרה שבכל סוג של התנהגות ו"יצדיק" את הענישה השונה.

בעוד שהאחריות של המסייע מתכתבת יותר עם הרציונל של יצירת סיכון, האחריות של המשדל מתכתבת יותר עם השילוב של רציונל הסיבתיות ורציונל ההזדהות. זה אחד הטעמים גם בהבדל בהתבוננות על החומרה של שתי הצורות האלו.

**הקיים שידול לשידול?**

סוגאקר- האם יכול להיות שרשור של משדלים?

בפס"ד דורנר קובעת שכן, יכול להיות שאם אדם משדל את פלוני שפלוני משדל את אלמוני, והוא משדל אדם אחר שהוא בסוף מבצע את העבירה, נוכל להרשיע את הראשון בשידול. כביכול יש פה נגזרת על נגזרת, זה אמור להיות משהו רחוק, אך זו ההלכה.

**שילוב של שידול ושל סיוע**

מה קורה אם פלוני גם נוטע את הרעיון במוחו של המשודל שמבצע את העבירה, והוא גם מסייע לו (מספק לו אמצעים, מקל עליו, נותן אינפורמציה וכו). במקרה כזה יכולות להיות שתי אפשרויות:

1. אם אדם גם משדל וגם מסייע, האפשרות הראשונה קובעת שיש להרשיע אותו בשידול. השידול בולע כביכול את הסיוע כי הוא הצורה היותר חמורה ולכן נרשיע אותו בשידול. כתוצאה מכך הוא יהיה חשוף לעונש המקסימלי- לעונש של המבצע. השידול היא צורת האחריות המוחמרת ולכן הוא בולע את הסיוע, ובסוף נחשוף אותו לשידול.
2. אפשרות שפלר הציע- כשיש אדם שהוא גם משדל וגם מסייע התחושה שהמעורבות שלו בביצוע העבירה היא כבר מאוד משמעותית, זה כבר מעבר לשידול. שידול זה אדם שנוטע את הרעיון ו"מסתלק" הוא מעורב רק בצורה של נטיעת הרעיון, הוא לא ממשיך לעקוב אחרי זה מה קרה לעבירה, הוא משדל נותן את העצה ויוצא מהתמונה. אדם שמאוחר יותר בא ומספק אמצעים ומשמיך להיות מעורב גם אם זה במעטפת החיצונית, זה כרב משהו שהוא חורג משידול. ולכן, פלר קובע שבמקרה כזה, השילבו של שידול וסיוע יוכל לשדרג את האחריות לאחריות של מבצע נראה כי רמת המעורבות היא כל כך גדולה שלא נשאר רק בשידול אלא המעורבות ממשיכה ללוות את השותף דרך ההתנהגות המסייעת שלו ולכן נוכל לייחס לו אחריות של מבצע.

מה המשמעות? גם אם נגדיר אותו כמשדל או כמבצע, שניהם חשופים לעונש המקסימלי, מה ההשלכה המשפטית של הקביעה הזו?

* שאלת פטור עקב חרטה- הפטור שחל על המבצע העיקרי (הוא סעיף 28) הפטור שחל על המשדל ומסייע (הוא סעיף 34).
* אפשרות ליצור נגזרת על נגזרת- אם נדבר על זה שאנחנו מייחסות לו אחריות על מבצע, אז מי שמשדל אותו ומסייע לו יוכל לשאת באחריות. לעומת זאת נגזרת שנייה על נגזרת שנייה לא בטוח שזה דבר אפשרי על אף הפסיקה של דורנר בסוגאקר (היות והיא יוצאת דופן). בספרות, מקובל לחשוב שנגזרת שנייה אלא אם נאמר במורש בחוק היא אסורה. לדוגמא: ניסיון לשידול כן מקובל, היות וכתוב במפורש בחוק, ומנגד ניסיון לסיוע לא יכול להתאפשר נוכח היעדר קביעה מפורשת בחוק. נגזרת על נגזרת יש תחושה שהדבר מרחיק לכת ויותר מידי רחוק מהגרעין והליבה של האחריות הפלילית. ולכן, אם השותף מסווג כמבצע עיקרי נוכל להלביש עליו סיוע ל או שידול ל, אך אם הוא מסווג בעצמו כמשדל אז סיוע לשידול לא בטוח שנוכל להפליל.
* שאלת אחריות לעבירה שונה- ס' 34, אותה דוקטרינה שמדברת על אחריות לעבירה שונה ונוספת- שני אנשים מבצעים שוד, בתכנון קובעים שלא ישתמשו בו, אך במהלך השוד, אחד מהשותפים חורג מהתוכנית, והאחריות הפלילית שתהיה על השותף השני זהה לאחריות של שהשותף שירה. ס' 34 קובע שהאחריות של כל שותף לעבירת השוד ביחס לעבירת ההמתה תהיה בהתאם לסיווג שלו בסוג השותפות של העבירה המקורית. כלומר, אם האדם מבצע בצוותא של עבירת השוד האחריות תהיה מלאה לעבירת ההמתה, אך אם הוא רק מסייע ומשדל לעבירת השוד האחריות שלו תוכל להיות לכל היותר כעבירת רשלנות ביחס לעבירת ההמתה. יש כאן נפקות לשאלה של מה הסיווג של הנאשם כשותף- מסייע, מבצע או שודל או ביצעו בצוותא לעניין תחולה של אחריות עבירה שונה ונוספת (נרחיב בהמשך).
* תיוג- התפקיד הנלווה של המשפט הלילי הוא התיוג, התיוג עצמו בנפרד בשאלת העונש יש לה משמעות אחר מהמשפט הפלילי. לקבוע למשל שהיא רוצחת יש משמעות חברתית ותיוג שונה מאשר לקבוע שהיא משדלת לרצח מבחינת האנטי חברתיות והתיוג.

**פטור עקב חרטה- משדל ומסייע (ס' 34)**

**פטור עקב חרטה (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34.  (א)  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.

בעוד שס' 28 עסוק בפטור בתנאי של פטור מלא מאחריות פלילית למי מנסה וחצה את קו ההכנה נכנס למתחם הניסיון אך התקיימו בו תנאים מסוימים ולכן הוא פטור מאחריות פלילית. 34 קובע הסדר של פטור לגבי משדל ומסייע.

מה ההבדל בין פטור עקב חרטה (28) לבין פטור עקב חרטה (ס' 34)?

**במישור היסוד העובדתי**

סעיף 28: מבחינת היסוד העובדתי: פטור עקב חרטה יוכל לקרות רק בתנאי שהעבירה לא הושלמה והמנסה פעל בדרך של:

* לחדול מהשלמת המעשה
* או לתרום תרומה של ממש במניעת התוצאה- כשבפועל הוא לא חייב באמת למנוע את התוצאה אלא כל מה שתלוי בו כדי למנוע.

ודוק: ברגע שהעבירה הושלמה- אין פטור. כלומר על הנאשם למנוע את העבירה (לחדול או לתרום תרומה של ממש למניעת התוצאות) כדי שלא יישא באחריות.

סעיף 34:רכיבי היסוד העובדתי: בסופו של דבר גם אם העבירה הושלמה, הוא יוכל לזכות בפטור אם המסייע\ משדל:

* הודיע מבעוד מועד לרשויות לשם מניעת העבירה
* במטרה למנוע את העבירה, עשה כמיטב יכולתו בדרך אחרת.

ודוק: גם אם העבירה הושלמה- יוכל לזכות בפטור אם הודיע בעוד מועד לרשויות לשם מניעת העבירה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת.

למה בעצם מבחינת הרכיב הפיזי נקל על שותפים עקיפים?

1. מיקומם- השותפים הם במעגל החיצוני יותר של ביצוע העבירה, ולכן ראוי לתת להם את הפטור בתנאים יותר קלים מושם שממילא, הן רחוקים יותר מהגרעין.
2. השותפים העקיפים מה שמאפיין אותם זה שהם לא לוקחים חלק בביצוע, המשדל נוטע את הרעיון ויוצא מהתמונה, והמסייע מספק אמצעים שמקילים על, אך הוא אל משתלב בביצוע. זה בדיוק ההבדל- המבצע בצוותא לוקח חלק בביצוע עצמו, הו משתתף במעגל הפנימי, אנחנו רואים אותו בלב, בגרעין, מעורב ביצוע העבירה עצמה. וכן, היכולת שלו להשפיע על קטיעת העבירה היא הרבה יותר משמעותית מאשר השותפים האחרים. לעומת המשדל והמסייע, היכולת שלהם להשפיע ולשלוט על מה שקורה במהלך העבירה עצמה היא יותר מוגבלת, ולכן הציפייה ממנו לפעול זה בהתאם. הציפייה הזו מותאמת בתפקיד.

**במישור היסוד הנפשי**

סעיף 28- דורש חרטה מוסרית.

סעיף 34 - אין דרישה לחרטה מוסרית, אין התיבה הנדרשת שצריך להוכיח חרטה מתוך חפץ נפשו, שיש בסעיף 28. אנחנו לא נכנסות לדיון של חרטה מוסרית, מאחר ובסעיף 34 אין דרישה לחרטה אתית וכנה, די בכך שהמשדל או המסייע מתקשרים למשטרה ועושים כל מה שהם יכולים כדי למנוע, לא משנה מה המניעים שלהם. יש פה תפיסה שהדגש לפי הוא לתמרץ אנשים לסכל עבירות, לא משנה מה הסיבה.

חשוב לציין, שהכותרת של הפטור- פטור עקב חרטה יכול לבלבל, לכאורה זה ששניהם פטור עקב חרטה ולכאורה יכול לסדר איזשהו מסר של הסדר שונה. קרמניצר אחת הביקורות שלו הייתה שבהליכי החקיקה לא עשו הבחנה והשתמשו באותה כותרת בצורה לא נכונה. הכותרת של המשדל ומסייע הייתה צריכה להיות פטור עקב נסיגה- האדם עצמו נסוג השותפות שלוף ואין בהכרח חרטה.

**(3) שותף לעבירה- מבצע בצוותא**

**מבצע (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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.

אנחנו מדברות על שותפים שעושים מעשים לביצוע ולא משנה אם הם עושים את כלל המעשים ביחד, או שיש חלוקת עבודה בין השותפים. לא משנה מה החלוקה הפנימית בין השותפים עצמם, ובלבד שניתן להגיד שכל אחד משתתף בביצוע.

המקרה הפרדיגמטי של מבצעים בצוותא זה קיומו של תכנון משותף- קיימת חלוקת תפקידים שווה במשקלה (לדוגמא- שותפים בצוותא לעבירת שוד, קובעים את מועד הביצוע, מקום הביצוע, חלקות התפקידים בין השניים).

כשאנחנו מדברות על מבצעים בצוותא יש לשים לב שבתוך היסוד העובדתי אנחנו לפעמים נתקלות במקרים שיש איזשהו שיתוף פעולה מוסכם בין השותפים, אך חלוקת התפקידים לא שווה. זאת אומרת: אחד מקבל תפקיד שולי, השני מקבל תפקיד גדול, אחד רק בתכנון ולא ביצוע. ואז אנחנו נתקלות בקושי להבחין האם השותף הוא שותף בצוותא, מסייע או בכלל משדל. קו הגבול של ביצוע בצוותא עם תורות השותפות העקיפה, בין אם סיוע ובין אם שידול, מתעורר באותם מקרים שאין את המבצע הפרדיגמטי המהותי ברכיב הפיזי של העבירה. השאלה הזו של הסיווג בין משדל, מסייע למבצע בצוותא זו שאלה שיכולה להתעורר ולהצריך דיון שקו הגבול הוא דק.

מה שחשוב להבין זה שאנחנו לא מסתכלות רק על מה היה התפקידו "הנטו" של השותף, אלא אנחנו מסתכלות על כלל הנסיבות, הפרטים שמתארים לנו את הדינמיקה שהייתה בתוך הסיטואציה.

נראה שני מקרים מאוד דומים: שבמקרה אחד בית המשפט מסווג את הנאשם כמבצע בצוותא ובמקרה השני בית המשפט מסווג את הנאשם כמסייע. זה נובע מכך שהנתונים שונים- למשל:

* האם השותף נטל חלק בהחלטה המשותפת לבצע את התוכנית העבריינית, האם הוא היה חלק מהתכנון והוא זה שהגה יחד עם חבריו את המעשה או שירותיו נשכרו על ידי אחרים שהגו, תכננו והעניין שלהם בביצוע העבירה, הוא רק נשכר מסוים.
* האם לולא ההצטרפות שלו העבירה הייתה מתרחשת או לא.
* האם השירות שלו היה מהותי וחשוב.

יש פה כל מיני שאלות שצריך להתייחס אליהן, ובית המשפט אומר שפלוני שותף יחד עם אחרים בביצוע עבירה של שוד, ופלוני עומד מחוץ לסניף ומאבטח בזמן שהאחרים מבצעים את העבירה, האם הוא מסייע או מבצע בצוותא? אז פה יש צורך להסתכל על מכלול הנתונים שהיו, ולא נתסכל רק על תפקידו לאבטח. אם אותו פלוני היה יחד עם שאר ההוגים של העבירה, הוא תכנן את העבירה לגמרי ונגיד שהם חילקו את התפקידים בהגרלה. אז נגיד שגם אם מעשי השותף הם מעשים לא מרכזיים במשקלם, עדיין נגיד שהוא מבצע בצוותא כי הוא בלב העשייה העבריינית. וזה לעומת סיפור אחר, שבו פלוני עדיין מאבטח את הזירה בזמן שאחרים מבצעים את העבירה, אך הפעם נקבע שהוא מסייע- כי הוא לא זה שהגהה את העבירה, לא תכנן, לא מתחלק ברוב השלל ואין לא עניין מרכזי בביצוע העבירה. במקרה הזה שכרו את שירותיו של פלוני רק בעניין ספציפי. זה סיפור שמרמז שהוא לא נמצא במעגל הפנימי אלא בחיצוני, זה מעשים שנועדו להקל אך הוא לא חלק מהליבה, מבחינת השליטה. יכול להיות מצב הו יש את אותו התפקיד אך הנתונים מסביב יגרמו לנו לנתח את המשקל של המעשים של השותף באופן שיגרום לסיווג שונה שלו ולכן יש הדגשה של העניין, כי הדוגמא הזו מלמדת למה הניתוח של השותף לא תלוי רק בפעולות הפיזיות שהוא ושהניתוח תלוי בנסיבות ששופכות אור על יחסיו עם השותפים.

**מבצע (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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.

**מסייע (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994 ת"ט תשנ"ה-1995**

31.  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.

**ההבדל בין מבצע בצוותא למסייע**

החוק משתמש בדימויים קרובים יש: עשיית מעשים לביצוע העבירה (אנחנו מדברות על מעשים שממש מובילים לביצוע של העבירה עצמה.) מול עשיית מעשים כדי לאפשר את הביצוע (ביצוע מעשים שמקלים על ביצוע העבירה, שמאפשרים את הביצוע מאפשרים אחרים).

הבעיה היא שהחוק לא נותן מבחנים להחליט במקרה נתון, מי נכנס להגדרה של עושה מעשים של ביצוע לעומת מי עושה מעשים שננכס הגדרה של סיוע, כדי לאפשר את הביצוע.

מפני שמושג הביצוע הוא רחב מההגדרה של היסוד העובדתי גרידא, הכולל את כל העובדות המוקדמות שהן בתוך מתחם הניסיון, אז קשה לומר מהם אותם מעשים של השתתפות בביצוע לעומת מעשים שהם חיצוניים ורק מאפשרים את הביצוע. הסיווג הזה מאוד חשוב: גם לעניין הסיווג והתיוג, עונש, פטור, הנגזרות הכפולות וכו. ולכן בגלל הקושי, שהחוק לא קבע מבחן ברור לקביעת קו הגבול בין הכנה לניסיון, הפסיקה היא זו שפיתחה מבחנים. אותו דבר קרה בקו הגבול שבין מבצע בצוותא לסיוע- הפסיקה פיתחה מבחנים שאמורים לעזור להכריע מה יהיה החלק של השותף במקרים השונים. פה יש כמה מבחנים מרכזיים:

עניין פיזם- ראינו את המבחנים גם בעניין פיזם, שם בית המשפט מנסה לסווג את פיזם ושואל את עצמו האם היא תיחשב רק כמשדלת ונטעה את הרעיון להיפטר מרוז ולעשות הכל כדי להיפטר ממנה ומהנקודה הזו לא התערבה יותר, או שנראה אותה כמי שנראה מעורבת בתוכנית עצמה לאחר נטיעת הרעיון. וזאת למרות שלא יודעים מה החלק שלה במעשה הפיזי עצמו בדרך להיפטר מרוז. בית המשפט מעלה כל מיני מבחנים להבחנה של קו הגבול

**מבחנים להבחנה בין מבצע בצוותא למסייע**

1. **המבחן שמופיע בדברי ההסבר להצעת החוק**

מבחן ראשון שהופיע בדברי ההסבר להצעת החוק של תיקון 39. המבחן קובע כי מבצע בצוותא לעומת מסייע, המעשים שלו חיוניים לעומת המסייע, לביצוע העבירה. זה מבחן הדומה למבחן האלמלא- מי שבלעדיו העבירה אל הייתה מתבצעת, ברור שהוא מבצע בצוותא. ובנוסף, המעשים לא יכולים להיות רק מוקדמים והכנתיים אלא מעשים מתקדמים מאוד. המבחן הזה הוא מבחן מצר- מרחיב את הסיוע ומצר את הביצוע. כשאנחנו אומרות שרק מי שיש לו קשר סיבתי, והתרומה שלו סיבתית לביצוע העבירה הוא המבצע בצוותא, זה אומר שאם העבירה יכלה להתבצע בלעדיו זה אומר שהוא לא מבצע בצוותא. ניתן דוגמא לבעייתיות: שודד שהיה מעורב בכל ההכנות לביצוע העבירה, אך לפני מועדה בשל הטלת מטבע ומזל הוא לא יצא כחלק מאותם אנשים שיבצעו את העבירה, לפי המבחן הזה, לא נוכל להחשיב אותו כמבצע בצוותא, מאחר ואין קשר סיבתי, הפעולה שלו בשלב המימוש (שלא קרתה) לא חיונית לביצוע העבירה: לולא לא היה פועל העבירה לא הייתה מתממשת. המבחן מצר ושם יותר מידי דגש על התרומה הפיזית עצמה של המעשים לביצוע, ואכן הוא מבחן פחות מקובל.

**בהצעת החוק (תיקון 39)** מוצגים שני תנאים מצטברים לביצוע בצוותא**>>מבחן פחות מקובל:**

1. מעשה השותף יהיה **חיוני** לביצוע העבירה.
2. המעשים כשלעצמם צריכים להיות מספיק מתקדמים כדי לקבוע שמישהו הוא מבצע בצוותא (לא רק הכנה). \*זהו מבחן יחסית מצמצם (מרחיב את הסיוע ומצמצם את הביצוע בצוותא). **דורש קש"ס.**
3. **מבחן השליטה הפונקציונלית**

מבחן מרכזי מאוד אומץ בפסיקה אחרי תיקון 39, שזה מבחן השליטה. המבחן הזה, בעצם מבוסס על הרעיון שהמבצע בצוותא לעומת המסייע הוא מי שיש לו שליטה מהותית על העשייה העבריינית. התרומה שלו היא פנימית, הוא אדון העבירה והעשייה, אנחנו מרגישות שיש לו חלק פונקציונלי מאוד משמעותי בהתפתחות העניינים בביצוע הקונקרטי, המשקל וההשפעה שלו היכולת שלו להשפיע ולעצב איך הביצוע יראה מאוד משמעותיים. שם את הדגש על תרומה פיזית ואף תכנון העבירה בצורה כזו שהוא מעצב את העבירה ואיך היא תיראה.

הפסיקה קובעת שמבחן השליטה עוזר להבחין בין המסייע שהתרומה שלו היא חיצונית, הוא יותר בחוץ, לעומת מי שהתרומה שלו היא פנימית. אלמנט השליטה בא לידי ביטוי בכך שמי שמרגישים שהוא אדון העשייה, מרגישים שהוא כל כך מעורב, העבירה היא כל כך שלו שהוא נמצא בליבה. אנחנו נלמד את זה מכלל הנותנים והנסיבות.

פס"ד פלונים

בפס"ד ברק מאמץ את מבחן השליטה והוא במידה מסוימת מרחיב מאוד את התחולה של הביצוע בצוותא על חשבון הסיוע.

רקע: פרשת שוק הקצבים - ארבעה נערים חוברים ביחד לביצוע אירוע טרור, רוצים לנקום את מותו של כהנה ורוצים לזרוק רימון בירושלים כדי להרוג ערבים. בהתחלה הנערים קושרים קשר לביצוע פיגוע (שלפחות שני אנשים מתכננים ביחד לבצע רצח שבפועל לא חייבים לבצע מעשים והוציא אותם לפועל, מספיק שהם מתכננים לביצוע פשע, זה כבר עבירה של ביצוע פשע, ביצוע של עבירת הכנה במהותה). הנערים נפגשים, מחלקים תפקידים (לפי הגרלה). בבוקר היום המיועד, הם נפגשים ומחלקים תפקידים לפי הגרלה. בבוקר היום המיועד טל לא מופיע לפגישה (מתקשרים אליו והוא עונה שלא יעשו את הפיגוע היום, ואז הם אומרים שהם יעשו בלעדיו ובתגובה טל עונה: תעשו). הוא יורד מהתמונה ובעצם לא מבצע איתם את הפיגוע. בסוף הם מחליטים לפעול לבד, יוצאים לדרך ומבצעים את הפיגוע. בסופו של דבר הם מבצעים את העבירה ואדם מת ושבעה נפצעים. בגין המעשים האלו כל הארבעה עומדים לידן בגין רצח, ניסיון רצח ועל קשירת קשר.
לגבי שלושת המשתתפים באירוע עצמו אין שאלה, ברור שהם אחראים כמבצעים בצוותא. השאלה היא רק לגבי טל – מה חלקו בעבירת הרצח וניסיון הרצח, בהינתן שהוא היה שותף רק לקשר, רק לתכנון המוקדם. אך בשעה שהם נכנסו למתחם הביצוע, טל ירד ונתן להם להמשיך לבד. לא היה ברור האם הוא מבצע בצוותא או לא. הוא לא מנסה למנוע אלא רק מנתק את עצמו.

השאלה המשפטית: האם אדם שתיכנן עבירה, אך נטש את הביצוע שניה לפני הביצוע (לא השתתף בפועל) – כלומר שותף רק לקשירת קשר, הוא מבצע בצוותא או מסייע בלבד?

נקבע: טענת המערער- טל: טל טוען בפס"ד כי הוא התחרט ומגיע לו פטור עקב חרטה. ברור שהם נכנסו לניסיון, הוא צריך לקבל פטור עקב חרטה היות וניתק את עצמו מהפעילות העבריינית. לחלופין טל רק סייע למעשה. ברק דוחה את טענת החרטה על הסף מאחר וטל לא עמד בקריטריונים של סעיף 28, הוא לא עשה שום מעשים שנועדו למנוע את העבירה או התוצאות שלה, הוא אפילו לא הודיע לרשויות ולא עמד בקריטריונים המכוים של מסייע ומשדל. טל לא עשה שום מעשה למנוע את העבירה.
טענת המדינה: טענת המדינה שצריך להרשיע את טל כמשדל. הוא הגה את הרעיון, הוא היה המוח מאוחרי ההחלטה, מבחינה אידיאולוגית הוא היה מושקע ברעיון הזה. טל צריך לשאת אחריות בגין שידול- מאחר שהיה המוח מאחורי העבירה ולאחר מכן נטש את העבירה. בית המשפט צריך להכריע בוויכוח הזה.

*"מהו אפוא חלקו של טל באחריות לרצח ולניסיון לרצח? לדעתי, יש לראות בטל מבצע בצוותא. הוא היווה חלק מהחבורה שהחליטה בצוותא חדא לבצע את הרצח. הוא נטל חלק מרכזי בכל הפעולות הדרושות להגשמת ביצוע העבירה. הוא היווה אחת הזרועות של הגוף הזה. הוא היה ראש וראשון לכולם. הגוף פעל באמצעות זרועותיו השונות. אי-השתתפותו בשלב של זריקת הרימון – אי-השתתפות שאינה מגיעה לכדי חרטה – אין בכוחה לנתקו מהאירוע הפלילי רב-המשתתפים. הוא עלה על עגלת הביצוע והניע אותה עד להגשמת מטרתה, בלא שנעשה על-ידיו דבר לעצירת העגלה. בנסיבות אלה יש לראות בו מבצע בצוותא. אין הוא אך משדל, שהרי לא הסתפק אך בשידול, אלא בנוסף לכך עשה פעולות לביצוע כמבצע בצוותא. אין הוא אך מסייע, שכן הוא איש "פנים", וראש לחבורה. אכן, בנסיבות העניין, יש לראות בטל מבצע בצוותא."*

* לגבי טל ברק קובע שטל לא רק מסייע או משדל אלא מבצע בצוותא- לו שליטה על העשייה והוא היה חלק פנימי מההחלטות שהניע את העבירה ולא עשה דבר למניעתה. אין הוא רק משדל- כי עשה פעולות של ביצוע בצוותא, הוא תיכנן ולא רק שידל להוציא אותה לפועל. אין הוא רק מסייע- התרומה שלו לא הייתה חיצונית בלבד- הוא יזם וקיבל החלטות על הביצוע.
* על המבצע בצוותא: ברק קובע כי טל מורשע על מבצע בצוותא. פה ברק קובע כי המבצע בצוותא הוא אדון העשייה, הוא אדון הפעילות העבריינית, יש לו שליטה פונקציונלית ומהותית יחד עם המבצעים האחרים על העשייה העבריינית. הוא חלק מההחלטה המשותפת, הוא חלק מהתכנון המוקדם, יש לו אינטרס חזק כמו לאחרים העבירה היא שלו, ולכן התרומה שלו היא פנימית. ברק פחות שם את המשקל על ההיבט הפיזי, של עד כמה האדם עשה פעולות ומעשים פיזיים. אם ננסה לאפיין מה המעשים הפיזיים שטל עשה: אנחנו מדברות שהשותפות של טל לעבירה היא בעיקר בתכנונה, הוא היה האדריכל של העבירה.
* מבצע בצוותא ומשדל: אבל אז נשאלת השאלה, האם לא נדרש מעשה נוסף שלא נוגע לתכנון בכדי שנגיד שהוא המבצע בצוותא של העבירה העיקרית? בדיוק בגלל הנקודה הזו התביעה רצתה להטיל אחריות על טל בגין שידול, מאחר והמשדל הוא גם המוח שמאחורי העבירה. העניין הוא שהמשדל בניגוד למבצע בצוותא נוטש את העבירה למבצע העיקרי, האם זה לא מה שקרה?
ההבדל בין המשדל למבצע בצוותא: בעוד שהמשדל נוטע את הרעיון לבצע את העבירה, והוא לא צריך להיות האדריכל שלה, המובן הזה שהוא כבר חשוב על יישום והוצאה פועל של העבירה במישור הפיזי. הוא זה שנוטע את הרעיון הכללי, והמבצע בצוותא יושב ומתכנן לפרטי פרטים ולהחלטות מסוימות את הדרך להוציא לפועל את העבירה. אז טל הוא מעבר למשדל.
* תכנון כביצוע עבירה: האם השתתפות רק בתכנון זה עשיית מעשים לביצוע עבירה? אנחנו רגילות לחשוב על תכנון כמעשים של מעשי הכנה, שני אנשים שמתכננים אך לא מוציאים לפועל זה מעשה הכנה קלאסי. אך להגיד שחרגנו מהכנה ונכנסנו למתחם הניסיון נרצה לראות איזושהי התקדמות של הנאשם מעבר התכנון. נרצה לראות שיש מעשים שהם לא רק הכנה. אלא מעשיו שהם מספקי מתקדמים. בפס"ד פלונים בית המשפט אומר שגם מעשי תכנון, (אצל טל היה משקל מאוד גדול במעשי ההכנה, הוא היה המוח, המתכנן הראשי והאדריכל של התוכנית) ולכן גם מעשי תכנון כאלו של אדריכלות ועיצוב פניה של העבירה הם כבר מהווים ביצוע בצוותא.
* נמתחה ביקורת על פס"ד פלונים:
1. אין משקל להיבט הפיזי, ברק לא מתייחס להשתתפות בפועל בעבירה.
2. טל בעצם היה בשלבי ההכנה, בתכנון- כלומר לכאורה ניתן להטיל על טל אחריות בגין קשירת קשר בלבד. יש פה צמצום של שלב ההכנה והפיכתו לביצוע.
3. בנוסף לכך הטענה הייתה שבית המשפט מותח את הגבולות של ביצוע בצוותא על פני הסיוע ובעצם מגדיל את הביצוע. ולכן במידה רבה הגישה של הצעת החוק ומבחן השליטה הפוכים- בעוד שבדברי ההסבר מצרים את ביצוע בצוותא על פני הסיוע, מבחן השליטה מרחיב את ביצוע בצוותא על פני סיוע.
4. פגיעה בעיקרון החוקיות- ברמה העקרונית האופן שבו הפסיקה מרחיבה את הביצוע בצוותא על חשבון המסייע, ניתן לטעון שיש פגיעה בעיקרון החוקיות. כי בסופו לש דבר אם החוק מדבר על מעשים לביצוע ואנחנו רגילות לחשוב על תכנון רק על מעשים שהם הכנה ומקדמיים, להגיד שתכנון הוא חלק מהביצוע זה מרגיש לא אינטואיטיבי ופוגע בעיקרון החוקיות. יש לזכור את סעיף כא שקובע אם יש שני דינים הניתנים לפירושים שונים שתואמים את תכלית החקיקה, יש לבחור בפירוש המקל ולא במחמיר עם הנאשם.

יש גם לציין שבנוסף לכך שברק מאמץ את מבחן השליטה הוא גם דוחה את המבחן שניתן בהצעת החוק. וכי למרות שנראה שיש קושי בכך שברק הציע סיווג חדש לטל בזמן שהתביעה לא הציעה, נקבע כי מותר לשופטים בזמן הדיון המשפטי להציע סיווג חדש לעניין השותפים לעבירה, לצורת השותפות.

הלכה: תכנון משמעותי (אדריכלות ועיצוב פניה של העבירה) מהווה ביצוע בצוותא.

המאמר של אנקר

אפשר לראות גישה דומה גם במאמרו של אנקר- על קו הגבול בין המבצע למסייע. אנקר קובע כי יש משהו בתכנון שנותן לשותף שליטה מאוד גדולה על ביצוע העבירה. מי שבעצם שותף לתכנון העבירה הוא משפיע במידה רבה ושולט בביצוע העבירה. מי ששותף לתוכנית עצמה ונותן את האופי והאופן שבו היא תראה, האדריכל, העבירה, מעבר לשידול לעשותה- לנטוע את הרעיון, אלא מי שהופך את הרעיון לתוכנית מוסדרת בביצוע העבירה, הוא ממש קובע איך העבירה תראה ולכן גם בשלב המאוחר יותר אחרים יוצאים לביצוע עצמו השליטה על העבירה באמצעות עיצוב גדריה והאופי שלה מקנה לאותו שותף שליטה מאוד גודל מה שגורם לו להיות מבצע בצוותא. הוא שותף למסקנה ששותפות בתכנון בעצם מצדיקה את סיווגו של השותף כמבצע בצוותא.

ודוק: מעבר לתוכנית עצמה, מעבר לשידול לעשותה, התכנון מהווה שליטה מאוד גדולה גם אם המבצע לא יצא לבצע את העבירה בפועל.

1. **המבחן המשולב**

מבחן אחר שהוצע בפסיקה, שנועד ופותח כדי להתגבר על קשיים שמבחן השליטה מעורר- הם מקדמים את המקום של שותף לפי מידת השליטה שלו בביצוע העבירה או החיוניות של התרומה שלו וכו. לפי מבחן השליטה אנחנו עלולות להוציא החוצה מגדרי הביצוע בצוותא משתתפים שהיחס הנפשי שלהם היה גדול ומשמעותי, של מבצע, אך החלק של ההביט הפיזי המעשי היה קטן. מבחן שנועד להתגבר על הקשיים של מבחן השליטה- מבחן השליטה מוציא משתתפים שחלקם הנפשי מאוד גדול אך התורמה העובדתית קטנה מאוד.

לדוגמא: עבירת רכוש כמו גניבה שהיו יכולים לבצע בשניים, בפועל זה התבצע בשלושה, אז הם אומרים שהתרומה הפיזית של השותף השלישי הייתה מזערית, ויכול להסתדר בקלות בלעדיו. לכאורה לא נשאל את עצמנו האם לשלישי יש שליטה על הביצוע, התשובה תהיה שלילית מאחר והתרומה הפיזית שלו הייתה כל כך חלשה (לא דוגמא של שותפות בתכנון אלא בשלב של הביצוע הפיזי), המשקל שלו היה שולי. ולכן קשה להגיד שהייתה לו שליטה על ביצוע העבירה. ועדיין, אם אנחנו יודעות שמאוחרי הקלעים, הוא מושקע בעבירה מבחינת האינטרס שלו, הזדהות שלו עם ביצוע העבירה, מבחינת היסוד הנפשי שלו וכו, אז בעצם מבחן השליטה יכול להוציא אותו החוצה ואולי לא נכון לעשות זאת.

כתוצאה מכך, הפסיקה קבעה מבחן בו לא רק נסתכל: או על היסוד הנפשי או על היסוד העובדתי, הרעיון הוא לשלב בין פרמטים שמצביעים גם על התרומה במישור הפיזי וגם על המעורבות והיחס הנפשי ותצרף אותם יחד למסה קריטית שהבחינה שלה תקבע האם האדם במעגל הפנימי כן או לא.

מבחן זה בוחן את היסוד העובדתי ואת היסוד הנפשי יחד- שילוב בין הפרמטרים המצביעים הן על התרומה העובדתי והן על המעורבות והיחס הנפשי וצירופם למסה קריטית אחת שתכריע את הכף האם מדובר בביצוע בצוותא או בסיוע.

פס"ד משולם

מיישם את המבחן המשולב. בית המשפט משלב בין פרמטרים שמצד אחד עוסקים בתרומה הפיזית ומצד שני מדברים מאוד על המעורבות והיחס הנפשי. השילוב הזה הוא זה שצריך לעזור לנו להכריע בקו הגבול.

1. **מבחן חבות העונש**

מבחן שחשין מציע במספר פסק דין ובניהם פס"ד פלונית. בעיקר בעקבות חוסר סיפוק שלו מהמבחנים האחרים מבוססים בעיקר על היסוד העובדתי, מבחן השליטה או המבחן של הצעת החוק ששים דגש על שליטה פיזית, על חיוניות המעשים הפיזיים וכו.

המבחן קובע כי בהחלטה והבדיקה של סיווג הנאשם בין מסייע למבצע בצוותא, צריכה לעשות על ידי הערכה של מעשי הנאשם מבחינת הסנקציה הפלילית. הראויה לו. לפי מידת המעורבות של השותף ייקבע העונש, והוא יסווג כמסייע או כמבצע בצוותא. ההבחנה תעשה ע"י הערכה של בית המשפט מה העונש הראוי לו, ולפי העונש הראוי יקבע מה האחריות הפלילית הנכונה. כשאנחנו רואות מה האדם עשה צריך לשאול את עצמנו איזה עונש אנחנו מרגישות שנכון לתת לאדם- עונש קל יותר או עונש כבד יותר. ולפי הערכה הזו של בית המשפט, הוא הולך אחורה וקובע האם האדם מבצע בצוותא או מסייע.

הקושי: יש פה החלטה ערכית ולאו דווקא החלטה המבוססת על כלים וערכים משפטיים. ההחלטה צריכה להתבסס על פי ניתוח משפטי וקטגוריות מסוימות- שעל פיהן נקבע את העונש ולא הפוך. יש פה מהלך בעייתי. פגיעה בעקרון החוקיות. הרציונל- יכולים להיות סוגים שונים של מסייעים- כבדים וקלים, לא ניתן לתת למסייע הקל ולמסייע הכבד אותו עונש. תמיד הדיון באחריות הפלילית קודם לענישה.

הרציונל: יכולים להיות סוגים שונים של מבצעים, יש את המסייע שקרוב לתחום של ביצוע בצוותא ויש את המסייע שהוא קל- הוא על גבול ה"כלום". חשין מרגיש שיש פה קושי לסווג את שני המסייעים למרות ההבדל הגדול ביניהם, את שניהם נשים על אותה משבצת?. ולכן צריך לפעול הפוך- לא להגביל את העונש אלא למחצית העונש שנקבע לביצוע העיקרי אלא בית המשפט יוכל להטיל על כל מסייע עונש לפי דעתו. נראה מה השורה התחתונה- נראה מה שיעור העונש, זה מבחן שבא מהבטן.

המבחן לא נותן אמות מידה מעשיות לקבוע על פיהן.

1. **מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון**

מבחן שהוצע בספרות על ידי מירי גור אריה.

המבחן מבקש לערוך התבוננות השוואתית בין מקרים של ביצוע משותף לבין מקרים שבהם העבירה יכלה להתגבש על ידי מבצע יחיד. אחדות של פלר- הסתכלות על השותפים כאדם אחד, ואמר שהשותפים נפרק את אותו תפקיד של ביצוע יחיד של אדם אחד, במקרים של שותפות אנשים שונים מבצעים את זה. זו הגישה של פלר שגורמת לו לקבוע את כל עיקרון אחדות העבירה.

גור אריה קובעת כי במקרים שאדם מבצע לבד עבירה פלילית, מתגבשת במוחו הכוונה לבצע את העבירה- הוא גם האדם שמבצע את פעולות ההכנה לקראת הביצוע, אוסף אינפורמציה ומצטייד באמצעים. בשלבים המוקדמים האלה של ההכנה אנחנו לא נטיל אחריות פלילית (הבדל בין הכנה לניסיון), כשאדם מבצע עבירה לבד ועושה פעולות של הכנה ככל למעט עבירות הכנה ספציפיות, לא נפליל את הפעולות ההכנתיות שלו- רק ברגע שהוא חוצה את שלב הביצוע נייחס לו אחריות. לעומת זאת, לפי גור אריה, במקרים שכמה אנשים חוברים ביחד לבצע עבירה, יוצא שכמה שותפים /שונים בעצם תורמים לשלבים השונים לעצם התגשמות העבירה:

הכוונה של המבצע התגבשה אחרי שהמשדל נטע במוחו את ההחלטה לבצע את העבירה (או שהכריע את ההחלטה- ביניש באסקין). את פעולות ההכנה המסייע עושה בשביל המבצע.

לביצוע עצמו ניגשים אחרת- אם הביצוע הושלם אז כל השותפים יישאו באחריות על פי תרומתם. גור אריה אומרת שבגלל שהתרומה של המשדל והמסייע הייתה לשלבים המוקדמים שכשלעצמם הם לא עונשיים שהם מתבצעים על ידי מבצע יחיד, אז האחריות שלהם, האחריות שתיגזר מביצוע העבירה. אותם מבצעים בצוותא שנטלו חלק בביצוע יישאו באחריות גם אם הביצוע הושלם רק על ידי אחד מהם. גור אריה אומרת שהשוואה הזו מאפשרת להבין למה ניתן להקביל את ההפרדה בין ביצוע בצוותא לסיוע, להבחנה בין ניסיון לבין מעשי הכנה. היא אומרת שיש לבודד את החלק של כל שותף, ונסתכל על כל שותף בנפרד. אחרי שאנחנו מבודדות את המעשים של כל שותף בנפרד, נשאל את עצמנו האם המעשים האלו לבד שהשותף עשה הם כבר חורגים מהכנה ונכנסים לניסיון או לא? אם נגיד שהמעשים הללו עדיין נשארו בגדרי ההכנה אז השותף הוא רק מסייע, אם נגיד שהמעשים של אותו שותף כבר חרגו מההכנה ונכנסו לביצוע, לתוך מתחם הניסיון, אז נסווג אותו כמבצע בצוותא. היא עושה הקבלה מקו הגבול מהעבר מהכנה לניסיון להקבלה בין חציית הסיוע לעבר הביצוע בצוותא.

ודוק:

* ככל שהמעשים של השותף הכנתיים באופיים כך שאם היה מבצע את המעשים לבד זה היה עדיין הכנה ולא ענישה, נגיד שהוא מסייע.
* אם המעשים שהוא מבצע הם מעשים שבמקרה של ביצוע יחיד היינו מנתחות אותם ככאלה שחורגים ממתחם ההכנה ונכנסים לתוך מתחם הניסיון נגיד שהמעשים מספיק מתקדמים כדי לבצע בצוותא.

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. (מירי גור אריה)

הקושי: לא תמיד ההסתכלות והיכולת לבודד היא אפשרית. היכולת לבודד את המעשים בשותפות ולבחון אותם למקרים שהעבירה הייתה מבוצעת לבד, לא תמיד אפשר לעשות את זה בצורה חלקה. לדוג'- התרומה של שותף בעבירה בכך שהוא נוכח בזירת העבירה ומאבטח את הביצוע. יש ביצוע במקרים של שותפות שהם מורכבים יותר ממקרים של ביצוע יחיד והכוללים כל מיני תפקידים ופעילויות שמבצע יחיד לא נוהג לעשות, מבצע יחיד כעיקרון לא מאבטח את זירת העבירה, אין תפקיד כזה. אז קשה לבודד את המעשים ואת התפקיד במקרה של ביצוע יחיד.

הרעיון של גור אריה זה להסתכל על אופי התפקיד והאם התפקיד הכנתי ביסודו או תפקיד שהוא כבר נכנס למתחם הנסיון מבחינת הקרבה של ביצוע העבירה ולפי זה לנתח האם הוא מסייע או ביצוע בצוותא. פתרון- לא בוחנים את המעשה אלא את מהותו (ניסיון/הכנה).

בקייס: נפעיל את כל המבחנים ונראה מה תהיה ההכרעה.

**ההבחנה בין משדל למבצע בצוותא**

פס"ד מארי פיזם

פס"ד שמייצר את הגבול בין משדל לבין מבצע בצוותא.

עובדות: מגוללת מסכת של תכנון רצח בידי אמא וסבא של ילדה בת חמש, של רוז. האם מאסה בילדה והרגישה שהילדה הורסת לה את החיים ומשתלטת לה על החיים והיא חשבה על כל דרך אפשרית כדי להיפטר ממנה. בסופו של דבר הסב הורג את הילדה, מכניס אותה למזוודה וזורק אותה לירקון. לא היה ספק שהסב הוא המבצע הפיזי של העבירה.

אך מתעוררת ונשאלת השאלה מה החלק של מארי פיזם? האם מארי (האם) היא משדלת או מבצעת בצוותא.

במקור הטענה הייתה שמארי משדלת בלבד. היה ספק מה הייתה מערכת היחסים בין הסב למארי. היא בהתחלה ניסתה לצייר את עצמה כמושפעת שלא הייתה לה ברירה, בשל היותה דמות תלותית, מושפעת בקלות וחלק ממערכת יחסים מתעללת שהייתה מצדו של הסב. וזאת כדי לטעון שהסב עשה את הכל על דעת עצמו בלי קשר אליה. בתיק כל צד ניסה לזרוק על השני את האשם ולטעון שחלקו בפרשה בקטן.

 התביעה ביקשה להטיל אחריות בגין שידול כשרון הוא זה שביצע את העבירה. ואילו בית המשפט דן באחריותה של מארי פיזם כמבצעת בצוותא. בית המשפט דן בעיקר במערכת היחסים המורכבת של מארי ורוני רון- הוא מדבר על זה שמערכת היחסים הייתה מאוד מרוכבת שבמידה רבה, למארי פיזם הייתה השפעה מנטלית מאוד גדולה על רוני רון (למרות שנהג בה באלימות), והיא הייתה אובססיבית כלפיו, הייתה לה השפעה מאוד גדולה על הביצוע ובית המשפט בסופו של דבר קובע שיש חסר ראייתי בשאלה של מה היה חלקה ברכיב ההתנהגותי של העבירה. בית המשפט אומר שהדבר נשאר עלום אך למרות זאת ברור היה שהשותפות שלה הייתה חיונית לביצוע העבירה והיא הייתה עשוי בלב העבירה העבריינית. ובכל זאת בית המשפט מאשים את מארי בביצוע בצוותא ולא בשידול בלבד.

בית המשפט מיישם ונשען על המבחנים:

1. מבחן השליטה- בית המשפט נשען על מבחן השליטה- הייתה למארי שליטה מלאה על ביצוע הרצח, היא נטלה חלק משמעותי בביצוע הרצח. היא אפשרה אותו הייתה לה השפעה חד משמעית על ביצוע העבירה, היא יכלה למנוע אותו ובחרה לפעול ביד אחת עם המערער, ששימש כזרוע המבצעת שלה. שוב רואים בתפיסה שבעוד שהמשדל הוא זה שנוטע את רעיון במוחו של המשודל אך שבעת שהוא נוטע את הרעיון הוא נוטש את הסיפור והולך הצידה, ובכך שהמשודל נשאר עם ההחלטה האם לבצע ואיך לבצע. בית המשפט מפרש את המבצע צוותא כמי שלא רק שתל את הרעיון אלא היה צריך לעקוב אחרי ביצוע העבירה, מי שהיה מעורב בליווי הביצוע עצמו. הוא לא רק נוטע את הרעיון והולך אחורה, אלא הוא ממשיך להיות מעורב. ממשיך להתעניין מה קורה, ממשיך להשפיע, יכול היה למנוע.
נראה את הדיון בקו הגבול הדק בין ביצוע בצוותא לשידול, המעגל הפנימי של העבירה היה מצומצם ביותר וככל הנראה מחומר הראיות רק המערערים היו שותפים לו, כך היא הייתה קורבה ביותר לביצוע העבירה. מבחינה פונקציונאלית, המערערת נטלה חלק מהותי בביצוע העבירה, ולכל הפחות היא הייתה המעטפת שאפשרה אותו.
2. המבחן המשולב- בזה בית המשפט עבור לנתח את המבחן המשולב שהוא מורכב יותר מאחר ולא ידוע מה היה חלקה ביסוד העובדתי של העבירה. בית המשפט שם את הדגש על היסוד הנפשי, על העניין והאינטרס. ביצוע העבירה הפך להיות עניינה באופן מובהק, רואים את הניתוח והמעורבות הנפשית המאוד גבוה, המשך הליווי של הסיפור הזה, דברים שחורגים מנטיעת הרעיון.

ביקורת- פס"ד לא חף מביקורת, אלדר קובע שבית המשפט הרחיק לכת ומתח והרחיב את גבולות הביצוע בצוותא על חשבון השידול, לביקורת מצרפים את ברק בפלונית, בהקשר של קו הגבול בין מבצע בצוותא למסייע- שם ברק מרחיב את קו הגבול. הטענה של המלומדים שביצת המשפט נוטה יותר להרחיב את הביצוע בצוותא על פני שני השותפים האחרים, ונתן למבצע בצוותא פרשנות רחבה. בפס"ד יש הרחבה של הביצוע בצוותא, שגם אם אנחנו לא יודעות מה היה חלקה בביצוע הפיזי של העבירה עצמה, עצם העובדה שהייתה מעורבת והיה לה עניין מאוד גדול, זה כבר מה שמספיק לכונן את הרכיב ההתנהגותי.

**היסוד הנפשי של המבצע בצוותא**

לגבי היסוד הנפשי של ביצוע בצוותא, סעיף 29 שותק ביחס ליסוד הנפשי הנדרש. פה הפסיקה קובעת כי היסוד הנפשי הנדרש הוא כפול, בשני המישורים:

* 1. יסוד נפשי לעבירה- מבצע בצוותא הוא מבצע לכל דבר ועניין, כמו שהמבצע היחיד צריך הראות יסוד נפשי מלא לעבירה עצמה, גם המבצעים בצוותא צריך להראות את היסוד הנפשי המלא שנדרש בעבירה המושלמת שאותה הם מבצעים.
	2. יסוד נפשי למישור השותפות- פה בית המשפט אומר כי צריך להראות מודעות לפעולה בצוותא, כל אחד מהמבצעים בצוותא צריך להיות מודע לחלק שלו בעבירה ולחלקם של האחרים, למזינה העבריינית בכללותה. ולא יכולה להיות ברשלנות לעבירה כלשהי- לא יכולה להיות רשלנות לשותפות (הדיון הקודם) כי כך הרעיון של הביצוע בצוותא היא שכל אחד מודע לחלק שלו. וזה לא מפריע להרשיע בשותפות ספונטנית, עדיין נצטרך להראות מודעות לחלקו של כל אחד מהפועלים ולכן גם לא ניתן לעבור ברשלנות. מודעות לפעולה בצוותא = כל אחד מהמבצעים בצוותא צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים ולמזימה העבריינית בכללותה.

מתי עולה סוגית המודעות לפעולה בצוותא?

**בשותפות ספונטנית** - אנשים שלא מכירים מראש אבל נקלעו אותה זירת עבירה וכל אחד פועל בצורה שבאופן ספונטני זה עובד ביחד.

דוגמא – קטטות במועדונים. לפעמים מתחילה התקוטטות ואז עוד אנשים מצטרפים בביצוע עבירת אלימות כלפי אנשים. האם מבצעים ספונטניים אלו אפשר ליחס להם ביצוע בצוותא אפילו שלא תכננו מראש? הפסיקה אומרת שאפשר להרשיע.ויש דבר מוכר כזה. אבל צריך להוכיח לשניהם היה חלק בעבירה: 1. כל אחד היה לו יסוד נפשי הקבוע באותה עבירה, **וגם צריך להראות ש** 2. כל אחד מהשותפים מודע לשותפות ע"א שלא תכננו מראש.

**"סוגיית ההמון" - פס"ד עזיזיאן -** הולך ברחוב ורואה שרהיטים נזרקים מלמעלה. הוא עולה למעלה ומגלה שיש שם מהומה כללית. הוא מחליט להצטרף לחגיגה. אח"כ מעמידים אותו לדין, והרי לא צריך להוכיח שהוא עשה את כל הרכיב העובדתי. הוא אמר שהוא לא תכנן ולא הכיר אף אחד, לא היה תכנון שמשותף או אינטרס לפעול ביחד. המדינה ערערה בית המשפט העליון וטענה כי עדיין ניתן לקבוע לו מבצע בצוותא מאחר ולקח חלק, גם אם לא היה לו שום רקע אידיאולוגי משותף ולא תכננו ביחד את הדברים, יתכנן מצב שבו אדם בחסות ההמון ישתתף כשותף גם אם אין להם הדיברות מוקדמת ובלבד שקיימת בין הצדדים מודעות לחלקו של כל אחד מהצדדים. אך הפסיקה אמרה שזה **שותפות ספונטנית** וניתן להטיל עליו אחריות של מבצע בצוותא. זה נקרא עבירת ההמון, ומה שמיוחד בה זה שאותו אדם לא היה עושה את העבירה מראש, אלא הוא רק הצטרף לבלגן הקיים. כל אחד מהשותפים שאב את המוטיבציה מזה שאנשים אחרים פועלים בצורה דומה. עדיין צריך להראות מודעות לחלק של כל אחד ופעולה המשותפת.

**טיפוס השני של מבצע בצוותא: ביצוע באמצעות אחר**

סעיף 29ג: הרעיון הוא שמבצע באמצעות אחר, הוא מבצע לכל דבר, האחריות שלו תהיה מלאה כמו המבצע היחיד והמבצע בצוותא. הייחוד זה שהמבצע באמצעות אחר הוא מתקיים בעיקר ברכיב ההתנהגותי, מדובר באדם שמניע אדם אחר באופן שגורם לאותו אחר לבצע את העבירה, לבצע את הרכיב ההתנהגותי של העבירה במקום מי ששולח אותו.

בעצם השיטה הזו, נועדה להתגבר על מקרה אפשרי שעבריינים שרוצים לבצע עבירה אך לא רוצים שתוטל אחריות פלילית, ולכן הם שולחים אדם שפטור מאחריות פלילית מה שיוביל לכך שלא יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית על השולח. החוק מתנגד להנחה הזו, משום שברגע שאותו שולח אדם אחר לבצע עבירה ועושה ככלי בידיו. באיזה מובן? עושה בכלי בידי, כלומר זה מונח שניתן לפרשנות, לא סתם כל הרשימה הפתוחה הזו של המצבים שהאחר יכול להיות נתון בהם הם בעצם שמה שמאפיין את אותם המצבים זה שהאחר נמצא באיזושהי נחיתות ביחס לשולח. או שהוא נמצא בנחיתות של ידע- אין לו את כל האינפורמציה, אן שנמצא במצב של נחיתות מבחינת שליטה או יכולת. והרעיון הוא שיש פה ניצול, המבצע באמצעות מנצל את המצב המיוחד בו נמצא האחר ועושה אותו ככלי בידיו כדי להיות הזרוע הארוכה שלו בביצוע העבירה. החוק קובע כי במקרה כזה נטיל אחריות פלילית, נייחס למבצע באמצעות אחריות מלאה על העבירה כמבצע לכל דבר ועניין.

**היסוד הנפשי של מבצע באמצעות אחר**

היסוד הנפש חייב להיות היסוד הנפשי של העבירה המושלמת, המבצע הוא מבצע לכל דבר ועניין, ולכן תמיד המבצע חייב את היסוד הנפשי של העבירה העיקרית. אלא שבנוסף, צריך:

1. מודעות לשותפות- בביצוע באמצעות אחר נדבר על מודעות של המבצע לאחר, כלומר הוא צריך להיות מודע לנסיבה שהיות האחר מצוי באותם מצבים האלה- לדוגמא: המבצע באמצעות אחר צריך להבין שהוא שולח קטין, הוא צריך להיות מודע לכך שהאחר הוא קטין, או שהאדם פועל ללא מחשבה פלילית וכו. יש מודעות של המבצע באמצעות לנחיתות שמאפיינת האחר. וכן ניתן גם להחיל את עצימת העיניים.

הדוקטרינה היא סביב האחר, האחר הוא בעצם המבצע הישיר, והמצבע באמצעותו הוא מבצע עקיף. בעצם הוא מבצע את העבירה דרך פעולות של אותו אחר.

המבצעים השונים של האחר:

* קטינות או אי שפיות הדעת
* העדר שליטה
* ללא מחשבה פלילית
* טעות במצב דברים
* כורח או צידוק

סייגים לאחריות פלילית הפוטרים לחלוטין את האחר, אלו מצבים של סייגים לאחריות פלילית, שאם האחר פועל במקרים האלו הוא לגמרי פטור.

האם בנוגע ללא מחשבה פלילית או טעות במצב דברים- האם זה אומר שהאחר פועל ללא מחשבה פלילית בכלל? זה לא אומר שאין לו יסוד נפשי, מאחר ויכול להיות שהאחר פועל ביסוד נפשי של רשלנות, והמבצע באמצעותו יש לו מחשבה פלילית לגבי העבירה ולכן הוא מנצל את זה שהאחר לא מודע מקום שאדם מין היישוב יכל להיות מודע. מנצל את פערי הידע כדי לרכוב עליו. ולכן זה לא אומר בהכרח שהאחר תמיד פטור לגמרי, יכול להיות מצב שהאחר יורשע בעצמו בעבירה נמוכה יותר של רשלנות, והמבצע נייחס לו אחריות לאותה עבירה רק בעבירה ביסוד נפשי של מחשבה פלילית. המקרה הפרדיגמטי הוא שהאחר לא נושא באחריות פלילית, האחר מנוצל.

אך מה לגבי אחדות העבירה של פלר? הרי לפי זה האחר היה צריך להיות על אותה עבירה- הדוקטרינה הזו סוטה, לפחות במשפט האנגלו- האמריקאי אין את זה, המקרים האלה הם מקרים שהאחר פטור לגמרי והמבצע באחריותו הוא היחיד שנושא באחריות. פה, אימצו חלק משמשפט הגרמני. במשפט הגרמני הדוקטרינה של ביצוע באמצעות אחר זו דוקטרינה שבה לא בהכרח לאחר אין אחריות פלילית. אלא שלאחר יש אחריות פלילית אך יש את פערי הכוחות והנחיתות בין הצדדים. בחוק העונשין, הייתה לו השפעה מעורבת- מצד אחד החוק האנגלו-האמריקאי ומצד שני את המשפט הגרמני. וזה לא חדש, ראינו שגם בניסיון שידול היה לנו את הסטייה והתפלגות שסוטה מכללים, מאחר ויש את הרעיון החורג של נגזרת. אז פה בעצם יש מקרה דומה, שהמשפט הגרמני השפיע וחורג מהרעיון שלא יכול להיות מצב שצדדים שונים הם צדדים לעבירות שונות. הוא באמת משרטט בצורה נאמנה לעיקרון האשם את האחריות של כל אחד- המבצע יורשע בעבירת רצח ומנגד האחר יורשע בעבירת מוות ברשלנות. זה מאוד הגיוני, אך אכן יש פה סטייה מהגישה הקלאסית. זו דוגמא יפה לאיך תיקון 39 והנכונות שלו לשלב את המשפט הגרמני, הופכים את גישת פלר וסוטים ממנה.

**שידול מול מבצע באמצעות אחר**

* אם אדם משדל אדם אחר לבצע מעשה כשהאדם הוא ביסוד נפשי של רשלנות, למה זה לא שידול? מה ההבדל בין שידול רגיל לבין ביצוע באמצעות אחר? התשובה בכך היא על ידי הסתכלות על האחר. נסתכל על האחר או משודל- במקרים של שידול הדוקטרינה מניחה כי לא חייבת להיות היררכיה, ההיררכיה לא רק ברמת הכוח הסמכות אלא גם ברמת הידע. אין פער בהכרח- אלמוני יכול לשדל את פלוני, ופלוני הוא אדם אוטונומי לגמרי שיכול להסכים או לא להסכים. אין את ההיררכיה בהכרח (ראינו כבאסקין יש את ההיררכיה), הדוקטרינה היא כזו שבין המשדל למשודל המידע יכול לעבור באופן שאנחנו רואות במשודל כאדם אוטונומי לחלוטין. מה שהכי חשוב שגם המשדל והמשודל חשופים לאותו מידע, אין ביניהם את הפער במובן והניצול של פערי הידע, המשודל אחראי לכל דבר ועניין והוא בעצם המבצע הישיר. המשדל הוא זה שאני מלבישה עליו את פעולות המבצע. לעומת זאת, **האחר, צריך להיות איזשהו פער באחריות הפלילית, בינו ולבין המבצע באמצעותו.**  או שאין אחריות פלילית מול אחריות פלילית- וזה הפער ביניהם הוא עצום, או במקרה של רשלנות מול מחשבה פלילית, יש לו אחריות פלילית אך פחותה, בכל מקרה לא תהיה אחריות פלילית החושפת אותו לאחריות המלאה של הנאשמים.
* במצב של משדל ומשודל אין את הדינמיקה של עשאו בכלי לידיו. עשאו בכלי בידיו זה בעצם שימוש באדם ככלי וכזרוע הארוכה. המשדל לא משתמש במשודל כזרוע הארוכה, במובן הזה שהוא נוטע את הרעיון, המשדל פשוט יוצא מהתמונה והמבצע יכול כל זמן נתון להפסיק את הביצוע. זה ההבדל ביסוד העובדתי.
* ביסוד הנפשי צריך להראות שהמבצע באמצעות יש לו את היסוד הנפשי המלא של העבירה העיקרית. השידול היסוד הנפשי שלו יהיה כוונה לשדל וכוונה שהעבירה העיקרית תקרה על כל יסודותיה. זהו עוד קו גבול בין שתי דוקטרינות.

יש פה עוד קו גבול בין השותפים. בעצם, כל דוקטרינה של שותפים היא מובנת לנו כשהיא מופרדת מהאחרות. אך פתאום כשמתחילים להיכנס לקו הגבול, נראה שיש מקרי גבול שצריך להתלבט עליהם.

**נקודה על סייג הצידוק**

סייג הצידוק- לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אחד מאלה:

1. "היה חייב בדין לעשותו"- כמו שמטרה, שוטר שמביא למעצר חוקי שם מפעיל כוח, במקרה כזה אפשר לייחס לו אחריות באופן תיאורטי אך מאחר שהוא זרוע החוק נפטור אותו.
2. " עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין"– זה כל הנושא של פקודות הצבא- בגדול החוק אומר שאם אדם מבצע, יש מפקד שקובע לבצע פעולה מסוימת שמסתבר בדיעבד שהיא פעולה לא חוקית, היא לא חוקית אך לא מנופפת דגל שחור. פעולה בלתי חוקית אך אל זועקת השמיים, החוק קובע שהאדם חייב לעשות את זה, לא נרצה שהחייל יפעיל שיקול דעת, היות והצבא עובד תחת ההיררכיה. אך אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל.

וזו הביקורת המרכזית על הסייגים. קל בדיעבד להחליט ולנתח, אך כשהאדם עצמו נמצא במצב הזה, קשה מאוד לבצע את השקילות הזו להחליט האם זה סביר או לא סביר.

כדי לדבר באמצעות אחר צריך להראות שהיה ניצול ורצון להשתמש באדם אחר ככלי בידיו של הנאשם.

**שליטה ארגונית- מקרה הגבול שבין הדוקטרינות**

אנחנו מדברות על הגבול של הדוקטרינה הזו עם הדוקטרינות האחרות, כשאחד המקרים הפרדיגמטיים שיושבים על התפר- שבין מבצע באמצעות אחר לבין שידול- עוד מקרה שיושב על התפר ויש התלבטות לגביו הוא מקרה של שליטה ארגונית.

* לדוגמא: רב עבריינים שעומד בראש ארגון פשע והוא שולח את חייליו לבצע כל מיני עבירות מבלי שהוא מלכלך את הידיים. ארגוני פשיעה הרבה פעמים מתנהלים בצורה שראש ההיררכיה, לא רק שלא משתתפים בביצוע הפיזי של העבירות, אלא שהם אפילו לא מכירים את המבצע הספציפי. הם מדירים את עצמם מהתכנון של העבירות, הם נמצאים כל כך מלמעלה שהם מדירים את עצמם, עד כדי שהם לא מכירים את הפעולות הספציפיות שהחיילים שלהם מבצעים. התפקיד של ראשי הארגון זה בהגדרת המטרות, התפיסה הרעיונית, אך לא מתעסקים בהוצאה לפועל של הפשעים עצמם. המבנה הוא מבנה שיותר מבוזר- זה הולך כמו חברה האזרחית, שמבזרים את תחומי האחריות. מבנה הניהול הוא לא מרוכז כך שראש הפרמידה יודע על הכל, אלא הפוך.

השאלה שמתעוררת היא מה האחריות של ראש הארגון לעבירות הספציפיות שמתבצעות תחת הפעולה של הארגון. הבעיה היא שמצד אחד ברור שהמעורבות היא אדירה- הוא האדם שנותן את הרוח, הוא אדון עשייה במאקרו, ומצד שני זה לא אדם שמודע ומכיר את העבירה הפרטנית ברמה הספציפית. אז יש פה בעצם דילמה של איך המשפט הפלילי מטפל במקרים האלה.

פס"ד ברגותי

מרואן ברגותי, ראש ארגון פתח שהיה אחראי לביצוע מעשי טרור. הועמד לדין על ביצוע כמה עשרות פיגועי התאבדות שלא בוצעו על ידיו אלא אנשים ששלח. לא היה ספק שהוא התווה את המדיניות הכללית אך לא הייתה לו מעורבות ישירה בביצוע אף אחד מהפיגועים. טען שלא הייתה מחשבה פלילית כי הוא לא היה מודע.

לא הייתה מחלוקת בפס"ד שהוא היה זה שהתווה את המדיניות הכללית, אך לאנשי השטח הייתה נתונה עצמאות וחופש פעולה בביצוע פעולות קונקרטיות. ויותר מזה, לא רק שהוא לא היה מעורב אלא שהארגון גם היה בנוי בצורה כזו שהיו תפקידים שמנעו והדירו את ראש הארגון מהעבירות, הם עשו את זה ממש מתוך היערכות ליום שייחסו לו אחריות פלילית לכל העבירות. שוב לציין שגם שידול, סיוע העבירה חייבת להיות בעבירה קונקרטית ולא תיאורטית. בסופו של דבר בית המשפט מאוד התלבט מה עושים עם אדם שברור שהוא לא רק משדל בכך שהוא לא רק עקיף, המשקל שלו משמעותי ביותר ומאוד דומיננטי. ויותר מזה כשמשדל נותן פקודה למשודל המשודל יכול להחליט האם לבצע או לא, יש לו סוג של אוטונומיה פה שהראש נותן פקודה, ברור שזה יבוצע, ולכן זה לא המקרה הרגיל של שידול שהוא רק נוטע את הרעיון. ההיררכיה והאופי המיוחד, הוא יודע שכל הוראותיו יבוצעו, ולא כמו בשידול. מצד שני, ביצוע בצוותא זה גם קשה, כי הוא לא משתתף בביצוע העבירה, זה לא רק שהוא לא מתכנן אלא הוא גם לא מבצע, אין לו את היסוד הנפשי שקבוע בעבירה. וכי יש שיוויון מסוים וחלוקת תפקידים בין המבצעים, פה לא ניתן להגיד את זה, פה יש את ההיררכיה הברורה והקיצונית.

לכאורה נשאר ביצעו באמצעות אחר- סיטואציה בה ראש הארגון הוא שולח את חייליו כזרוע ארוכה, אך גם פה יש בעייתיות מאחר והחיילים הם אוטונומיים ויש להם מודעות מלאה לביצוע העבירה. אין פה פערים במובן המשפטי- כי הכל ידוע וכולם נושאים באחריות מלאה. ואף במישור הנפשי- אין פה עבירה ספציפית, צריך יסוד נפשי שקובע בביצוע של עבירה.

יוצא ששום דוקטרינה לא מתאימה בצורה משולמת במקרה של רב עבריינים. בית המשפט הרגיש שיש מבוכה שברור שאותו אדם לא יכול לצאת זכאי, אך אין התאמה בין הסוג והתרומה שלו לבין הדוקטרינות הנגזרות. בסופו של דבר בית המשפט עושה צעד קשה, ומזכה את הנאשם. זה בדיוק המקרה שמדגים למה נולד צורך אמיתי על לחשוב על פתרון ומענה משפטי חדש שיתן מענה למקרים האלה. באותו פס"ד בית המשפט התייחס לנושא של מחשבה פלילית לעבירה בעלת ייעוד מוחשי. האו קובע כי לא משנה איך נסתכל על זה, הנאשם לא ידע על עבירות שכתב האישום מתייחס אליהן. יש קושי לייחס אחריות על, משום שהאחריות הפלילית נוגעת לעבירה קונקרטית. הייתה שם מבוכה והיה ברור שבהיעדר מודעות כלפי היעד המוחשי של המבצע הראשי, ולכן הוא זוכה. לא הייתה עצימת עיניים מכיוון שלא היה שמץ של חשד לביצוע עבירה קונקרטית. הסיפור הרים סוג של דגל אדום ומפה נגיע לפס"ד משולם.

פס"ד משולם

משולם זה פס"ד נוסף שנראה את ההתבלטות- איך נתייחס לאדם שברור לנו שהוא עומד בראש של קבוצה, משולם עבד בראש של ארגון, סוג של התארגנות של אנשים לחשוף את המקרה של ילדי תימן, הוא לקח על עצמו כחלק מהרצון לקדם את המטרה של חשיפת הפרשה, הוא ניסה לפעול באופן ציבורי כדי לעורר את הסיפור. הוא קנה לו תומכים שונים שלאט לאט תמכו בו, ובסופו של דבר האירועים שהובילו למשפטו, התחילו בסירובו לפנות מיכלית. מזעיקים משטרה ואיכשהו זה התתפח לעימות אלים בינו לבין המשטרה ובמהלך העימות נעצרים חלק מתומכיו, ומתחילים חילופי יריות בינם לבין כוחות המשטרה. כשמשולם מתנה את הפסקת האש במספר תנאים מסוימים. ובכך זאת, גם לאחר מילוי חלקי של דרישותיו, הוא ממשיך במאבק מזוין. בסופו של דבר, לאחר זמן ממושך, משולם הסכים לפגוש את מפכ"ל המשטרה, הוא ממשיך לאיים באלימות אם לא יהיה שינוי סביב הפרשה. ועל האמירה הזו עצרו אותו, שהוא מאיים להשתמש באלימות, מוביל אותו למעצר. ואחרי המעצר, התומכים שלו עדיין ממשיכים להיות במאבק עם המשטרה, ויורים לעבר כוחות המשטרה. וכן גם יש סיפור של ירי למסוק- שם היה דיון האם הוא בזמן שלא היה מודע לירי מאחר והיה במעצר, האם ניתן להטיל עלי אחריות פלילית בגין זה.

השאלה שבית המשפט דן היא מה בסיס האחריות של משולם לירי של התומכים, אחרי המעצר שלו, מה קורה עם אותן פעולות שהתומכים מבצעים כשהוא כבר לא בזירה, ובעצם לא מודע לכך? לא ינתן לייחס לו את האחריות הרגילה כשהאדם כבר לא משתתף בביצוע. פה היה דיון מעניין, זה פס"ד מאוד חשוב כי הוא מעורר שאלה עקרונית.

שופטי העליון נחלקו: בגלגול הראשון בתיק הזה, שופטי הרוב בוחרים לבסס את האחריות שלו כמשדל לאותם מעשים שמתרחשים לאחר המאסר- והטענה הייתה שהאחריות לשליטה בתומכיו לא מגיעה לביצוע בצוותא, כי אין חלק פעיל בעבירה עצמה, כי הוא כבר לא היה בזירת העבירה. השופטת דורנר גם הדיון הנוסף ממשיכה לדגול באותה עמדה- לא ניתן לייחס אחריות פלילית לביצוע אחרי שהוא במעצר, כי הוא שותף עקיף, החלק שלו היה קטן, הוא נטע את הרעיון. בית המשפט התעלם לחלוטין מהשאלה של עבירה בעלת ייעוד מוחשי, שעלתה בפס"ד ברגותי. כל הנושא הזה הוא נושא מרוכב שמתפתח מפסיקה לפסיקה, ולא דנו בכלל בעבירה בעלת ייעוד מוחשי, מאחר והוא לא היה מודע לאותן פעולות שהתבצעו לאותן עבירות קונקרטיות. כלומר לא היה שידול לעבירה המסוימת הספציפית.

בית המשפט בדיון הנוסף, דעת הרוב קובעת כי משולם אחראי כמבצע בצוותא של הירי שאירע אחרי המעצר. וברק שם שמנסה להסביר ולנמק את השינוי הזה בחלטה נועץ את השינוי "מעמדו המיוחד של משולם בהנהגה, ולאור מהות המעשים שלו הנשוא באחריות המרכזית בגרימתן". וחשין אומר: משולם היה המנהיג, הכתיב כיצד יתנהלו הדברים לפני ביצוע הפשע ורק בזמנו לא היה מעורב. הוא מנצל פרצה כדי להתחמק מאחריות פלילית, זיכויו אינו הגיוני. כל הסיפור של ניצול פרצות בין הדוקטרינות, שעבריינים מנצלים, ולכן לא נכון לתת בזה יד ומחליטים לייחס אחריות בביצוע בצוותא. שהקושי פה זה שיש דילוג על הדרישה של יסוד נפשי לעבירה בעלת ייעוד מחושית, ובאמת הייתה ביקורת חריפה שנמתחה על הפסיקה הזו.

חוק מאבק בארגוני פשיעה

הקושי המתואר הוביל לחקיקה חדשה במשפט הישראלי- לרפורמת "חוק מאבק בארגוני פשיעה", שקיבל השוואה לחוק האמריקאי שעוסק בהפללת ארגוני פשיעה. החוק, שנחקק ב2002, מבסס את האחריות הפלילית של ראשי ארגון פשיעה ונושאי תפקידים מסוימים בארגון פשיעה על עבירות סטטוס- עצם הימצאותם בעמדה/תפקיד מסוימים בארגון הפשיעה. ברגע שאדם עומד בראש ארגון פשיעה, אוטומטית ניתן לייחס לו אחריות פלילית, בלי קשר לחוסר מודעות לייעוד מוחשי לעבירה ספציפית. העבירה הופכת להיות עבירה של ראש ארגון בארגון פשיעה. משם, נבסס אחריותם לעבירה של בכיר בארגון פשיעה. נקבע עונש של 10-20 בהתאם לחומרת הפעילות המבוצעת במסגרת הארגון. לא נדרש ייחוס לעבירה ספציפית, עצם הסטטוס מקיים את העבירה.

הבעיה העיקרית בהסדר: מצד אחד יש יתרון בכך שההסדר לא מותנה במחשבה פלילית לעבירה ספציפית ולא צריך מעורבות פיזית כמו שנדרוש בעבירות רגילות. אך הקושי הוא קודם כל בהגדרה- מה זה ארגון פשיעה וכו. אבל נכון שהעבירה מפלילה כעבירת סטטוס על היותך בכיר בארגון פשיעה, והעונש קבוע ב10-20 שנה. אבל, הבעיה פה זה שאין הלימה בין העבירה הספציפית המסוימת שבוצעה תחת פיקודו, לבין העונש שהוא יקבל. הענישה לא חמורה מספיק/חמורה מדי. אמנם יש הפללה על הבכירות בארגון הפשיעה, אך אין הלימה בין העבירה הספציפית שהתבצעה תחת פיקודך לענישה שתקבל כראש ארגון פשיעה. יש פה פתרון גס- לניתוק הכמעט מוחלט בין ראש הארגון לבין העבירות הקונקרטיות שמתבצעות בארגון, מחמיר או מקל מידי בהתאם לעניין.

פס"ד אבוטבול

פס"ד אבוטבול יישם את ההרשעה על בסיס חוק מאבק בארגוני פשיעה: הארגון עסק בסחיטה באיומים, שנעשתה דרך "ד"ש מאבוטבול". היה קושי להוכיח שמדובר בארגון פשיעה, מאחר ומסירת ד"ש לא מהווה עבירה פלילית. היה שם קושי להוכיח כי אכן מדובר בארגון פשיעה.

השורה התחתונה: הצליחו להפליל את אסי אבוטבול והוא הלך לכלא ללא מעט זמן. יש כאן פתרון מוצלח יותר מזיכוי מוחלט כשלא ניתן להוכיח יסודות שידול/ביצוע בצוותא או הרשעה כשלא נתקיימו היסודות. החוק מאפשר פתרון חלקי בלבד.

**ס'34 א'- עבירה שונה או נוספת**

עוסק במקרים בהם שותפים לעבירה מתוכננת, תוך כדי ביצוע עבירה מתוכננת, אחד מהם(ביניהם המבצע של העבירה המתוכננת) חורג מהתוכנית ומבצע עבירה שונה או נוספת לעבירה שתוכננה. עבירה זו תיקרא עבירה מתוכננת. הסעיף מסביר מה חלקם של השותפים לדבר עבירה, לאותה עבירה נגררת.

סעיף א' קטן: אם המבצע בצוותא לעבירת שוד לא מודע לאפשרות עשיית העבירה הנגררת מקום שאדם סביר היה מודע לאפשרות עשייתה( כלומר, אם העבירה הייתה בשגגה וגם אדם סביר לא היה מודע לעשייתה) הוא יישא באחריות לה כעבירת אדישות.

הרציונל: פוטנציאל גבוה להסתבכות, אותו נטל המבצע בצוותא על עצמו. הייתה תרומה **ליצירת סיכון,** ולתרומה זו יישאו המבצעים בצוותא בתוצאות אם העבירה התבצעה. אם המבצע העיקרי ביצע את העבירה בכוונה, המבצע בצוותא יישא באחריות לה כאדיש. יש כאן חריגה ממישור ההתנהגות(מפני שהוא לא ביצע את ההתנהגות) וממישור המחשבה הפלילית הסובייקטיבית(החמרה מאי- מודעות מקום שאדם סביר היה מודע למודעות!).

אם בוצעה העבירה העיקרית ביסו"נ חפצי של כוונה, השותפים העקיפים(משדל ומסייע) יישאו באחריות לעבירה כעבירה של רשלנות אם יש כזו בהתאם ליסוד העובדתי של העבירה העיקרית.

אם בוצעה העבירה העיקרית באדישות, הרף המקסימלי בכל אופן למבצעים בצוותא יהא הרשעה באדישות(בהתאם לנסיבות, אפשר יהיה להרשיע גם לפי יסו"נ של קלות דעת או אפילו רשלנות), ולשותפים העקיפים הרשעה לפי יסו"נ של לכל היותר רשלנות.

סעיף ב': מאפשר הקלה למבצע בצוותא אם הייתה הרשעה- מרכך קצת את "הדרקוניות" שבחוק עצמו.

החוק סופג ביקורת קשה מפני שהוא סוטה מהסדרים פליליים מקובלים ומתמקד באשמה סובייקטיבית מבוססת התנהגות ויסוד נפשי של המבצע בצוותא.