בס"ד

**דיני עונשין/ פרופסור הדר דנציג- רוזנברג**

**מבוא למשפט הפלילי**

**ענפים מרכזיים במשפט הפלילי**

**הענף המהותי- דיני העונשין:** אוסף הכללים המחייבים, המסדירים את כללי האחריות הפלילית. דיני העונשין מגדירים לנו מהי האחריות הפלילית, ומתי אדם יחשב למבצע עבירה פלילית. מתמקד בשאלת ה-"מה".

דוגמאות לכללים הקובעים את דיני העונשין:

1. עבירות- כללים הקובעים הגדרה של עבירות פליליות.
2. סנקציות- כללים הקובעים מהי הסנקציה למי שמבצע התנהגות שמוגדרת כפלילית.
3. תנאים- כללים הקובעים תנאים כלליים שצריכים לחול על אדם שיישא באחריות הפלילית, לא משנה באיזו עבירה. דוגמאות:
4. חוק הקטינות- לפי ס' 34ו, אם אדם קטן מגיל 12 לא ניתן להחיל עליו את העבירה, גם אם הוא מבצע עבירה שלפי דיני העונשין מוגדרת כעבירה. החוק מניח שהקטין אינו יכול לשאת באחריות פלילית, שכן כדי לשאת באחריות פלילית על האדם להבין את המשמעות של מעשיו. ההנחה היא שילד הקטן מגיל 12 אינו יכול להבחין עד הסוף בין טוב לרע, ולא מבין עד הסוף את המשמעות של מעשיו.
5. תנאי שליטה- לפי ס' 34ז, אדם שנעדר שליטה על תנועותיו הגופניות, למשל בעקבות כפייה גופנית שהעושה לא היה יכול להתגבר עליה, מצב של היפנוזה וכו', לא יישא באחריות פלילית.
6. תנאי שפיות- לפי ס' 34ח, אדם שלא היה שפוי בשעת המעשה לא יישא באחריות פלילית.
7. שכרות- לפי ס' 34ט, אדם לא יישא באחריות פלילית אם הגיע למצב של שכרות (אלכוהול או סמים) שלא באשמתו.
8. דרך הענישה- כללים הקובעים דרכי ענישה ואופן הפעלתן. עקרונות שפועלים באופן כללי על כל העבירות.

חוק העונשין מחולק לשני חלקים:

1. חלק כללי ומקדמי- עוסק בעקרונות כלליים שלא חלים רק על עבירה אחת אלא על כל העבירות.
2. חלק ספציפי- כולל רשימה של כל העבירות הפליליות הקבועות בחוק והגדרותיהן.

חקיקה פלילית קיימת גם בחוקים אחרים ולא רק בדיני העונשין. לדוג' בפקודת מס הכנסה ישנם סעיפים העוסקים בעונשים. העבירות שמוגדרות בסעיפים האלו הן פליליות לכל דבר ועניין. גם אם החוק לא נמצא בדיני העונשין, העקרונות הרגילים כמו הפטורים, הסייגים והדרישות חלים גם עליהם.

**הענף הפרוצדורלי- סדר דין פלילי:** אוסף כללים המסדירים את שלביו של ההליך הפלילי ואת סמכויות האכיפה של גורמי אכיפת החוק. עונים על שאלת ה-"איך".

דוגמאות: חוק סדק הדין הפלילי, חוק המעצרים, חקיקה בנוגע לחיפוש בגוף החשוד וחקיקה שנוגעת לחקירת חשודים.

**דיני הראיות הפליליים:** אוסף כללים המסדירים את דרכי ההוכחה של העבודות השנויות במחלוקת המבססות את שאלת אחריותו של נאשם לעבירה. כדי להוכיח שאדם אשם, צריך להשתמש בדרכי הוכחה ובכלים מסוימים- ראיות. אמצעי ההוכחה של הדין המהותי בתוך המסגרת הדיונית של ההליך הפלילי.

דוגמאות: הוראות שונות בפקודת הראיות. למשל, ראיות חפציות, מסמכים, מדעיות (טביעת אצבע, DNA), עדויות וכו'. פקודת הראיות עוסק גם במשקל שביהמ"ש יכול לתת לכל הראיות.

הענף של דיני ראיות קובע ע"י אלו ראיות ניתן לבסס אשמה של אדם בעבירה, איזו ראיות כשרות ואיזו פסולות, ואלו ראיות ביהמ"ש רשאי לקבל. יש ראיות שביהמ"ש רשאי לקחת אך משקלן יהיה נמוך.

**הבחנה בין שלושת הענפים**

דוגמה: שלושה אנשים נכנסים לבנק בשעה הסמוכה לסגירה כאשר הוא נטול לקוחות למעט הטלרית. הראשון בן 20 ומאיים עליה באקדח, השני בן 15 ולוקח את הכסף, והשלישי בן 11 שומר בכניסה. הטלרית מתנגדת לתת את הכסף, והראשון (20) מאבד שליטה ויורה בה למוות. לאחר מכן שלושתם בורחים מהמקום. המשטרה מגיעה לנער בן 15 ומתחילה לחקור אותו, הוא נשבר ומודה באשמה ומפליל את חבריו. המשטרה מגיעה לבחור בן 20 והוא מכחיש את הסיפור לגמרי. למחרת, משתילים האזנה חוקית בפלאפון שלו ושומעים אותו מדבר עם אימו ומספר לה מה קרה.

איזו שאלות מתעוררות מתחום המשפט המהותי, מבחינה פרוצדורלית ומבחינה ראייתית?

מבחינה מהותית- שאלת האחריות של הילד בן ה-11? סוגי העבירות- האם ניתן לשלב את שתי העבירות- איום וגניבה- וליצור עבירה חדשה של שוד? עבירת הרצח- מידת האחריות של האחרים למעשה הרצח? העונש הצפוי בגין העבירות?

מבחינה פרוצדורלית- צעירים נשפטים לפי חוק הנוער- הענישה יותר שיקומית ולכן יש השפעה כיצד הדין נראה. האם אפשר להעמיד אותם לדין ביחד או בנפרד? האם אפשר לעצור אותם?

מבחינה ראייתית- האזנת סתר- האם שיחה בין אמא לבן היא קבילה או שיש חיסון מיוחד? האם עדותו של הנער בן 15 מתקבלת או שמא צריך ראייה נוספת?

**מטרת המשפט הפלילי**

מטרת המשפט הפלילי להגן על ערכים חברתיים מוגנים שנתפסים חיוניים לקיומה של חברה מאורגנת. מאחורי כל עבירה עומדת ערך מוגן (ערך החיים, זכות לקניין, כבוד האדם וכו'), ולכן נאסרים התנהגויות מסוימות.

* רציונל תיאוריית האמנה החברתית: הפרט יוותר על החירות לפעול כרצונו בידיעה שגם האחרים מחויבים לכך.
* עבירות פליליות מגדירות התנהגויות אנטי-חברתיות שמעמידות בסכנה ערכים חברתיים מוגנים.
* אחריות פלילית מבטאת קונפליקט בין הפרט לחברה בכללותה.

באמצעות העבירות הפליליות המשפט הפלילי מגן על ערכים חברתיים. לאורך ההיסטוריה פילוסופיים ניסו להגן על המשפט הפלילי ע"י תיאוריות שונות- המצב הטבעי של בני האדם הוא מלחמת כל וכל- אדם לאדם זאב. אם לא יהיו גבולות האדם יעשה כל דבר שעולה על רוחו. לכן צריך ליצור האמנה חברתית- כולם מוכנים להפקיד חלק מהזכויות שלהם לריבון, ולגוף הריבון יש את הסמכות לקבוע את הגבולות. מכיוון שכולם מוגבלים יש איזשהו סטטוס קוו, וכך כולם יכולים לחיות בצורה מסודרת. יש כאן הגנה הדדית, והמשפט הפלילי נכנס בכך שהריבון קובע כללים.

דיני העונשין כוללים שורה של עבירות הכוללות מעשים מסוימים שאסור לעשותם בנסיבות מסוימות, ומצמידים לכל אחת מהעבירות הללו תג מחיר- הסנקציה שנלווית למעשה. הייחודיות של המשפט הפלילי היא הקונפליקט בין הפרט לחברה. ברגע שאדם מבצע עבירה פלילית, החזית שפתח היא לא רק מול האדם הספציפי שפגע בו אלא מול כל החברה. משכך, לא רואים את המשפט הפלילי כסכסוך בין שני אנשים, והמדינה היא זאת שמנהלת את ההליך. תופסים את האדם כאדם שהפר את האמנה החברתית. המשפט הפלילי מעניש גם בגין עבירות שכל הציבור נפגע ולא רק אדם מסוים. בנוסף, ניתן להפליל גם התנהגויות שבהם אדם מנסה לבצע עבירה גם אם הוא לא השלים את העבירה- בנסיבות מסוימות אפשר להפליל על ניסיון. ברוב העבירות, גם אם הקורבן יסכים שיפגעו בו, זה עדיין נחשב כעבירה פלילית.

**ייחודיות המשפט הפלילי**

1. האחריות הפלילית גוררת תיוג (סטיגמה) וגינוי.
2. תחולת עקרון השיוריות במשפט הפלילי: השימוש במשפט הפלילי ייעשה כמוצא אחרון.
3. אחריות פלילית מותנת בקיומה של אשמה.
4. מבנה ההליך והצדדים לו: הליך ציבורי; מדינה נ' אשם; נפגע העבירה אינו צד להליך; כללי סדר דין שנועדו למזער חשש מפני הרשעות שווא; הקפדה על זכויות חשודים ונאשמים.
5. רף ראייתי גבוה במיוחד: יש להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק הסביר. במשפט האזרחי הצד שמצליח לשכנע את ביהמ"ש יותר הוא זה שזוכה- צריך שיהיה לפחות 51% שצד אחד צודק וזה מספיק. בפלילי, המדינה צריכה להוכיח מעבר לספק הסביר- באזור ה-95%. דבר זה נגזר מהרציונל של הכוח החזק של המדינה, המדינה היא צד להליך וכו'.

להרשעה במשפט הפלילי יש תפקיד מאוד חשוב- יש לה תפקיד עצמאי של גינוי. מצמידים לאדם את הסטיגמה הזו. חשוב לדעת באיזו עבירה אדם הורשע כדי לשקף אמירה ערכית של המעשים של הנאשם. כשמרשיעים אדם אנחנו מעבירים לו מסר. החומרה משתקפת לא רק בעונש אלא גם בשם של העונש.

עקב חוסר הסימטריות במשפט הפלילי, האחריות הפלילית נתפסת כסוג אחריות משפטית חמורה במיוחד. דבר זה משתקף בעקרון השיוריות- המשפט הפלילי יהיה הפתרון האחרון.

**הצדקות ההפללה: על אילו ערכים המשפט הפלילי יגן?**

* עקרון הנזק- רבים מסכימים שהמקרים הקלאסיים שנרצה להפליל יהיה כאשר יש נזק. השאלה היא לגבי איזה סוג של נזק אפשר להפליל.
* פגיעה ברגשות- שנוי במחלוקת, לא בטוח שהמשפט הפלילי צריך להיכנס לכאן.
* אכיפת מוסר- אם ההתנהגות לא פוגעת באדם אך מבחינה מוסרית היא מנוגדת, האם גם זה צריך להיות ערך מוגן? Mala per-se – עבירות פליליות שנחשבות כרע ואסורות מטעמי מוסר גם אם לא היה חוק האוסר עליהן מפורשות (לדוג' רצח, אונס גניבה). Mala prohibita- עבירות האסורות ע"פ החוק מטעמים שונים, מבלי שיש פגם מוסרי. עבירות טכניות מתבטאות בהפרת סדרי התנהגות הנועדים להבטיח את שלום הציבור בתחומים מוגדרים שונים (עניין של סיכון- לדוג' נהיגה במהירות מופרזת).
* פטרנליזם- האם מוצדק להשתמש במשפט הפלילי כדי שאנשים לא יזיקו לעצמם?

**הענישה הפלילית**

**הצדקות הענישה**

**הצדקות גמוליות**- העונש טוב מבחינה מוסרית: השתת רע כתגובה לרע; עשיית צדק במבט צופה פני-עבר. לא מסתכלים על התוצאה אלא על המעשה. יש כאן מידה כנגד מידה.

ביקורת: גמול הוא נקמה, יש כאן הוספת סבל ולא תיקון.

**הצדקות תועלתניות**- העונש הוא רע משום שהוא מוסיף סבל בעולם, אך מוצדק להטילו רק אם הטלתו תחסוך סבל עתידי רב יותר בעולם (הרווחה המצרפית תגדל); עשיית צדק במבט צופה פני-עתיד. המעשה הוא אמצעי להשיג את המטרה, מסתכלים על התוצאות שנגרמו בעקבות המעשה.

ביקורת: אם ענישה תוריד את הסבל בעולם, ניתן להעניש גם אדם חף מפשע כדי להרתיע. ההרתעה לאו דווקא עובדת מכיוון שהעבריינים נמצאים עם עבריינים אחרים ומבצעים עוד עבירות בכלא.

**תיקון 113 לחוק העונשין- הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה**

רקע: ביקורת על היעדר הסדרה של שק"ד השיפוטי בגזר-הדין שהוביל לחוסר אחידות ופגיעה בעקרון השוויון בענישה.

עיקרי החוק: החוק המנחה- עקרון ההלימה בין סוג ומידת העונש לבין חומרת המעשה בנסיבותיו ואשמת הנאשם.

מתחם ההלימה ייקבע לפי עקרון זה בהתחשב בנסיבות הקשורות לביצוע העבירה (מנויות בס' 40ט).

* קביעת מתחם ענישה הולם נעשה לפי הערך החברתי שנפגע, מידת הפגיעה בו ומידת אשמו של הנאשם (ס' 40ג).
* ביהמ"ש צריך להתחשב במדיניות הענישה הנהוגה כאשר הוא מיישם את עקרון ההלימה.
* שיקולים שיכולים להשפיע על **חריגה** ממתחם העונש ההולם: לקולא- שיקום (ס' 40ד), לחומרא- הגנה על שלום הציבור (ס' 40ה).
* שיקולים שיכולים להשפיע על העונש המדויק **בתוך** המתחם: הרתעה אישית והרתעת הרבים (ס' 40ו), נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (ס' 40יא).

תיקון 113 מעניק לעקרון הגמול את המטרה העיקרית שמייעדת שיטת משפט לענישה.

**פס"ד סעד:**  המערער הורשע בחבלה בכוונה מחמירה, בהחזקת נשק שלא כדין והובלת נשק.

סולברג: כדי לגזור עונש על הנאשם ישנם שלושה שלבים:

1. בדיקה האם הנאשם הורשע בעבירה אחת או בכמה עבירות. אם מדובר בכמה עבירות ביהמ"ש צריך לקבוע אם מדובר באירוע אחד או באירועים נפרדים. אם מדובר באירועים נפרדים ביהמ"ש ייקבע עונש לכל אירוע בנפרד.
2. קובעים מתחם ענישה ראוי בהתחשב בעבירה ובנסיבות.
3. נבחנות הנסיבות שאינן קשורות לעבירה, ובהתחשב בנסיבות אלו ביהמ"ש גוזר עונש המצוי במתחם הענישה שנקבע בשלב השני.

\*ישנה חובת הנמקה בכל אחד מהשלבים.

**דוח ועדת דורנר:** תיקון 113 גרם לחומרת רף הענישה. השיקום אינו אפקטיבי, המאסר מעודד נטייה לעבריינות, הרחקת העבריינים מהציבור אינה אפקטיבית ועלויות הכליאה הן רבות. לכן הועדה המליצה על מספר פתרונות: התוויות עקרונות ביחס לחקיקת עבירות ועונשים, מחקר, מעקב ושקיפות, בתי משפט קהילתיים ועוד.

**צדק מאחה**

* צדק מאחה מתייחס למעשה כאל פגיעה ביחידים ובמערכות יחסים- כשאדם פוגע בחברו, בראש ובראשונה הוא פוגע באדם, ולא בערך חברתי. הפגיעה יוצרת מחויבות לאחות את הנזקים, כפי שמוגדרים ע"י הנפגע והאחרים שהושפעו ממנה.
* האחריות המרכזית מוטלת על מבצע העבירה, תוך שותפות קהילת 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, הנפגע ותומכיהם, ונערך לאחר פגישות הכנה בנפרד שעורך מתאם ההליך עם כל אחד מהצדדים.
* הצדדים קובעים בעצמם את תכנית האיחוי.
* ההפניה להליך יכולה להיעשות בשלבים שונים של ההליך הפלילי.

הייחודיות בצדק מאחה הוא שהוא מותאם במיוחד לנפגע העבירה והפוגע, **נפגעי העבירה נמצאים במרכז**. הליך הצדק המאחה מתאים לרוב החוקרים לעבירות שאינן חמורות, למרות שבחלק מדינות ההליך מתבצע גם בעבירות קשות יותר. הביקורת על צדק מאחה הוא שזה לא תמיד מתכתב עם הזכות לשוויון. בנוסף, יש חשש מהודאות שווא של חשודים.

**בתי משפט קהילתיים**

וריאציה של מודל "בית משפט פותר בעיות": המטרה היא זיהוי בעיית השורש שגורמת לפשיעה חוזרת וטיפול בה באופן הוליסטי ומעמיק כדי לעצור את תופעת "הדלת המסתובבת". המודל חורג מהמבנה הלעומתי הנוהג בהליך הפלילי ומאמץ עבודת צוות שבה התובע, סנגור ואנשי טיפול בניצוחו של השופט פועלים יחד לקדם את הנאשם בתכנית שיקום. התכנית אורכת כשנה ואם הנאשם עמד בה בהצלחה- לא מוטל מאסר. הנאשם מגיע מידי שבועיים לביקורת מול השופט, שמוודא כי הוא עומד בתנאי תכנית השיקום.

ביקורת: האדם זוכה בתכנית שיקום מהמדינה רק אם הוא מבצע עבירה פלילית. בנוסף, בתי משפט קהילתיים מקטינים את הנאשם ולא שמים פוקוס על נפגעי העבירה. כמו כן, השופט משתמש בכלים טיפוליים, וייתכן ויהיה טשטוש בין תפקיד השופט לתפקיד המטפל- השופט אינו בעל הכשרה טיפולית.

**בתי משפט קהילתיים בישראל:** הקמת שני בתי משפט קהילתיים בבאר שבע (2014) וברמלה (2015) בהובלה של ג'וינט-אשלים ובליווי וועדת היגוי ארצית הכוללת נציגים ממשרדי הממשלה הרלוונטיים ורשויות האכיפה.

**עקרון החוקיות**

**בהירות האסור והמותר**

ס' 1 לחוק העונשין: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו"- רק המחוקק יכול להגדיר עבירה. המחוקק מגדיר מראש מהו העבירה והשופט מיישם על מקרה ספציפי.

הרציונליים של עקרון החוקיות:

1. הגינות- לא ניתן להעניש על עבירה שלא ידעו שהיא אסורה.
2. הכוונת התנהגות- להסביר לציבור כיצד נכון להתנהג.
3. חשש מפני שרירותיות; מניעת חוסר שוויון בפני החוק- שופט לא יכול ליצור עבירה, ולכן המחוקק קובע את העבירה.
4. יעילות וקידום הרתעה- רק אם אדם יודע מהו העבירה נוכל ליצור הרתעה.
5. הגנה על זכויות הפרט- ישנה פגיעה בפרט אם ביהמ"ש יגדיר עבירה כדי לקדם מטרות מסוימות.

הנחת היסוד של המשפט הפלילי היא "אין עונשין אלא אם מזהירין". הבעיה בכלל הזה הוא שישנם עבירות שמוגדרות בצורה עמומה וכללית מאוד, שניתן לפרשן בכמה פרשנויות. עלול להיווצר מצב שהאזרח לא יודע מה אסור ומה מותר, וביהמ"ש ייקבע שעבר על עבירה למרות שחשב שהדבר מותר.

**פס"ד אש"ד:** המערער הורשע בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום להיזק ציבורי.

חשין: העבירה בסעיף זה אינה מוגדרת והיא בלתי תחומה. נראה שהרשות השופטת הוסמכה להגדיר מהי העבירה ולהרשיע אנשים בלי שקיבלו אזהרה מראש. דבר זה פוגע בעקרון "אין עונשין אלא אם מזהירין".

זילברג: כל עוון פוגע במישהו ולכן כל עבירה יכולה להיכנס תחת עבירה הגורמת היזק לציבור. דבר זה חורג מהעיקרון שרק המחוקק יכול להגדיר מהו עבירה, ושהשופט אינו יכול לחרוג מתחומי החוק ולחדש עבירה על סמך הגיון. אם השופט ייקבע מהו עבירה בגין הזיק ציבורי לפי שיקול דעתו, הוא עלול להעניש בצורה לא שוויונית. לכן יש לפרש את הסעיף בצמצום ע"י מתן הגדרה לעבירה.

**פס"ד שבס:** הוגש נגד המשיב כתב אישום על עבירות של מרמה והפרת אמונים לפי ס' 284 לחוק העונשין.

ברק: המחוקק לא פירט מצבים ספציפיים ונקט בהכללה, וזה נעשה במצבים שקשה לצפותם או להגדירם מראש. כדי להסיר את הערפול, יש לפרש את יסודותיה של הפרת אמונים. מצד אחד צריך לוודא שלא נותנים פירוש רחב מידי של התנהגות בעלת אופי משמעתי (בניגוד לאיסור פלילי), ומצד שני צריך לוודא שלא נותנים פירוש יותר מידי מצמצם שישלול מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי.

**פרשנות**

בשנים האחרונות שמים לב לתכלית החוק ולא מסתכלים רק ע"פ ההגדרה האמורה בחוק. כדי לפרש איסור פלילי יש להסתכל על לשון האיסור. אם ללשון יש משמעויות שונות מסתכלים על התכלית, ואם לתכלית יש מספר פרשנויות הולכים לפי הפרשנות המקלה.

**פס"ד מזרחי:** המערער אסיר בכלא ושוחרר לחופשה קצרה ע"פ היתר שניתן לו. המערער לא חזר בזמן ולכן הורשע בהפרת הוראה חוקית (ס' 287 לחוק העונשין).

השאלה המשפטית: האם ניתן לבצע עבירה של בריחה כאשר אדם לא ברח מהכלא עצמו, אלא החליט לא לחזור לכלא? בנוסף, האם פירוש "משמורת חוקית" היא מצב עובדתי של פיקוח ושליטה, או מצב משפטי של שלילת חופש התנועה?

ברק: יש לפרש את הביטוי "משמורת חוקית" בפן היותר רחב שלה. בנוסף, בריחה היא השתחררות וזכייה בחופש שלא כדין ולאו דווקא בריחה פיזית.

**פס"ד אהובה לוי:** הרשיעו את המבקשת בכך שנהגה ברכב כשלאחת מאוזניה צמודה אוזנייה.

קדמי: תכלית החוק היא מניעת מצב של התנתקות מהסביבה ע"י הצמדת אוזניות לשתי האוזניים. כשיש אוזנייה אחת, הנהג עדיין יכול לקלוט קולות המושמעים בסביבתו. המדינה התבססה על חוק הפרשנות, לפיו לשון יחיד כולל רבים ולכן לשון רבים כולל יחיד. הפרשנות של המדינה מגשימה את תכלית החוק בצורה טובה יותר, אך לשון החוק מותיר מקום גם לאפשרות השנייה. במצב כזה, יש להעדיף את הפירוש המקל.

**תיקון 39:** לאורך השנים היה ויכוח האם ללכת לפי פרשנות מצמצמת רק לפי לשון החוק, או ללכת לפי הפרשנות המרחיבה ולבדוק גם את התכלית. ויכוח זה הוכרע בתיקון 39 בס' 34כא. סעיף זה קובע כי יש לפרש איסור פלילי לפי הפרשנות התכליתית, ואם ישנם כמה פירושים יש להכריע ע"פ הפירוש שמקל עם הנאשם. יכול להיות שביהמ"ש יבחר פרשנות שמרחיבה את אחריות הנאשם מכיוון שזאת הפרשנות שמתאימה לתכלית. המטרה של תיקון 39 הייתה לצמצם את התפיסה התועלתנית שרווחה אז.

תיקון 39 נעשה בשנת 1994, ויצר שלושה חלקים לחוק העונשין:

1. חלק מקדמי, חוקק מחדש.
2. חלק כללי- הוראות וסייגים שחלים על כל העבירות. חוקק מחדש.
3. חלק ספציפי- פירוט העבירות. לא חוקק מחדש.

**היסוד העובדתי**

**מבנה העבירה**

כל עבירה מורכבת מארבעה רכיבים:

1. עושה העבירה- כדי שתהיה עבירה חייב להיות אדם שמבצע והוא חייב לעמוד בקריטריונים של אחריות פלילית- מעל גיל 12, שפוי בדעתו, בעל שליטה.
2. אובייקט העבירה (הערך המוגן)- בביצוע כל עבירה נפגע ערך מוגן ולכן התנהגות זו אסורה. אובייקט העבירה פירושו תכלית העבירה, והוא הערך המוגן שעליו אנחנו רוצים לשמור.
3. היסוד העובדתי- הביטוי החיצוני האובייקטיבי של ההתנהגות האסורה. הנסיבות שצריכות ללוות את ההתנהגות, ולעיתים איזו תוצאה צריכה לקרות כדי שהמעשה ייחשב כמעשה פלילי.
4. היסוד הנפשי- הלך הנפש/ המצב המנטלי שליווה את ההתנהגות בעת ביצוע העבירה. היסוד הנפשי הוא קריטי בעת קביעת חומרת עבירה, שכן ייתכן והיסוד העובדתי בשני מקרים יהיה זהה, אך היסוד הנפשי יהיה שונה ולכן נרשיע אדם אחד בחומרה יותר מהשני (לדוג' עבירות המתה- הריגה, רצח וכו').

**יסודות במשפט הפלילי**

ס' 18 לחוק מגדיר את היסוד העובדתי וס' 19-21 מגדירים את היסוד הנפשי הנדרש ומצויים בכל עבירה.

עקרון הסימולטניות- כדי שתקום אחריות פלילית, צריך להוכיח גם את היסוד העובדתי וגם את היסוד הנפשי, ושהנאשם ביצע את שניהם מעל לספק הסביר- 95% או יותר. מדובר **ביסודות מצטברים**. דרישת הסימולטניות היא מהותית. השילוב בין יסוד נפשי לעובדתי יוצר מגוון רחב של עבירות- לדוגמה, בעבירות ההמתה יש מדרג בין העבירות ובחומרתן, וההבדל העיקרי הוא ביסוד הנפשי שנדרש. לעיתים היסוד הנפשי זהה אך היסוד העובדתי שונה.

מדוע המשפט הפלילי מתעקש ודורש שללא הרכיב ההתנהגותי לא ניתן להטיל אחריות פלילית?

* שיקול ראייתי- ישנו קושי להפליל על רקע מחשבות וזה מאוד קשה להוכחה.
* אנטי-חברתיות "לא מספיקה"- מחשבות לבד אינן מסוכנות. כל עוד אדם לא חצה את הקו בין "לחשוב" ל"לעשות", אפילו ניתן לו לחשוב מחשבות כאלה, שכן זו הדרך הטבעית והאנושית לשחרר אגרסיות.
* הרחבת יתר- אם כל דבר פלילי, המשפט הפלילי מאבד את הכוח וסמכות שלו.
* שליטה- על התנהגות יש שליטה, אך על מחשבות אין.

**Meir Dan Cohen, “The 'Actus-Reus' and Offences of Situation”**: מה שמאפיין את ההתנהגות היא **שליטה**. על מחשבות לא ניתן לשלוט ועל התנהגות כן. מבחינה מוסרית, אנחנו נפליל רק במקום שבו האדם שלט, שכן שליטה משקפת סוג של בחירה. הרעיון של הפללה הוא שאדם בוחר להתנכר נגד הערכים המוגנים. לא ניתן להרתיע אדם שלא שולט על מעשיו, והמשפט הפלילי נועד להעביר מסרים ולהשפיע והוא לא יוכל לסייע במצב שבו לאדם אין שליטה.

**פרטי היסוד העובדתי**

ישנם מספר יסודות החייבים להתקיים, חלקם הכרחיים וחלקם אופציונליים:

* מעשה/ מחדל (הרכיב ההתנהגותי)- רכיב זה הוא הכרחי והוא מגדיר מה המעשה או המחדל. ההנחה היא שלאדם יש שליטה על הרכיב ההתנהגותי. עקרון ההתנהגות קובע שכוונה לא מספיקה כדי להפליל, וצריך התנהגות.
* נסיבות- אופציונלי בהגדרת העבירה. יסודות ותנאים המתלווים לרכיב ההתנהגותי. נתון שאינו התנהגות ואינו תוצאה. לרוב הנסיבות מקנות למעשה את אופיו הפלילי ומתקיימות במקביל לרכיב ההתנהגותי. בדר"כ לנאשם אין שליטה על הנסיבות.
* תוצאה- יכול להיות חלק מהגדרת העבירה אך לא הכרחי. התוצאה תמיד מגיעה לאחר התנהגות ובעלת קש"ס להתנהגות. התוצאה היא תולדה של ההתנהגות.

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

בעבירות תוצאתיות התביעה חייבת להוכיח שלושה רכיבים נוספים שלא צריך להוכיח בעבירות התנהגותיות:

1. תוצאה
2. קש"ס בין ההתנהגות לתוצאה ("מבחן האלמלא" ו"מבחן הצפיות").
3. יסוד נפשי- מודעות כלפי המעשה, הנסיבות והתוצאה+ יסוד נפשי חפצי.

לרוב, לאדם אין שליטה על הנסיבות. לכן, ככל שניתן לראות יותר שליטה, הגיוני שזה הרכיב ההתנהגותי.

**תרגול ניתוח עבירות**

מקרא: **התנהגות**, נסיבה, תוצאה, *יסוד נפשי*, **התנהגות+ תוצאה**

**ס' 302**: "**המביא** אדם לידי התאבדות, **בשידול או בעצה**."

**ס' 415**: "המקבל דבר **במרמה**..., ואם **נעברה העבירה** בנסיבות מחמירות."

ס' 414 הוא ס' הגדרות, ומגדיר מהו "דבר" ו"מרמה". מרמה= טענת עובדה שקרית, ולכן זהו רכיב התנהגותי. מכיוון שזוהי עבירה תוצאתית, יש להוכיח שקבלת הדבר נעשתה עקב המרמה.

**ס' 375א(א)**: "**המחזיק** אדם בתנאי עבדות לצורכי עבודה או שירותים לרבות שירותי מין."

החזקת האדם בתנאי עבדות/ שירותים לא נעשה עקב ההתנהגות או בזמן מאוחר להתנהגות, אלא **במקביל להתנהגות**. לכן, זוהי עבירה התנהגותית. החזקה זוהי פעולה שמשתרעת במשך זמן ממושך ולכן זה רכיב התנהגותי מיוחד.

**ס' 348**: "**העושה מעשה** *מגונה* באדם באחת הנסיבות המנויות בס' 345(א)(2) עד (5) בשינויים המחויבים.."

בס' קטן ו' יש הגדרה ל"מעשה מגונה"- מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. רכיב "מגונה" הוא רכיב יסוד נפשי של מטרה- יש לו רצון להשיג סיפוק, גירוי וכו'. ביטויי תכלית כמו כדי, לשם, למטרת וכו' הם יסוד נפשי של כוונה.

**ס' 345(א)(1)**: "**הבועל** אישה שלא בהסכמתה החופשית."

ס' קטן ג' מגדיר את "הבועל"- המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של אישה. לפי ההגדרה הקורבן חייבת להיות אישה, אך העבירה יכולה להיעשות ע"י גבר או אישה. הבועל חייב להיות מעשה, כי אם היא תוצאה, מה המעשה?

**ס' 376ב(א)**: "**הגורם** לאדם לעזוב את המדינה שבה הוא מתגורר *לשם העסקתו בזנות או החזקתו בתנאי עבדות*."

אם כתוב בעבירה "הגורם" נדע שמדובר בעבירה תוצאתית. זהו רכבי התנהגותי בלתי מסוים- לא כתוב מה המעשה הספציפי שגורם לאדם לעזוב. פלוני גורם לאדם לעזוב את המדינה שבה הוא גר מתוך **מטרה** שהוא יעסוק בזנות. גם אם בסופו של דבר הקורבן לא עסק בזנות, עצם העובדה שזה קרה ברצון והאדם עזב- ניתן להטיל אחריות פלילית.

**ס' 476**: "**העושה או מנפק** דבר שאינו שטר מטבע והוא דומה בעיקרו לשטר מטבע שהוא הילך חוקי בישראל."

התנאי שהופך את העשייה לפלילית היא כל מה שמופיע לאחר המילה "דבר" שכן זה מאפיין את ה"דבר". אין כאן תוצאה שצריכה לקרות מאוחר יותר בציר הזמן, ולכן מדובר בעבירה התנהגותית.

**ס' 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."

העבירה התנהגותית עם רכיב של יסוד נפשי של מטרה.

**ס' 333**: "**החובל** בחברו חבלה חמורה שלא כדין."

החובל זה רכיב התנהגותי בלתי-מסוים מכיוון שניתן לחבול מישהו בכל דרך שהיא. לפעמים החבלה היא כדין לדוג' בטיפול רפואי, ולכן "שלא כדין" חייבת להיות נסיבה המאפיינת את המעשה והופך אותו לאיסור פלילי.

**ס' 334**: "**הפוצע** חברו שלא כדין."

"הפוצע" זה גם רכבי התנהגותי וגם רכיב תוצאתי שכן זה הגורם לפצע באדם (לפי ההגדרות בס' 34כד).

**ס' 451**: "**ההורג** חיה הניתנת להיגנב או **חובל בה, פוצעה או מפעיל עליה רעל,** *במזיד* ושלא כדין."

חיה היא נסיבה, מכיוון שכדי שהעבירה תתגבש ההריגה חייבת להיות בחיה. החלופה של הפעלת רעל זה רק התנהגות מכיוון שאין דרישה שיקרה נזק בעקבות הפעלת הרעל.

**ס' 449**: "**הגורם** *ברשלנות* לשריפת דבר לא לו, או **הגורם** *ברשלנות* סכנת שריפה לדבר לא לו."

**ס' 304**: "**הגורם** *ברשלנות* למותו של אדם."

**ס' 457**: "**הגורם** *במזיד* ושלא כדין שחיה הניתנת להיגנב תידבק במחלה מדבקת."

פס"ד חורי ופס"ד כהנא מדגימים שזיהוי פרטי היסוד העובדתי לא תמיד ברור:

**פס"ד חורי:** הנאשם נהג באופן רשלני ופגע באישה בהריון. בעקבות התאונה, האישה נפגעה והייתה צריכה ללדת את העובר בניתוח קיסרי. כעבור 14 שעות העובר מת.

השאלה המשפטית: האם ניתן להרשיע את הנאשם בגרימת מוות ברשלנות? הוויכוח הוא לגבי השאלה כיצד מגדירים את "אדם"- האם זה נסיבה או שמא חלק מהתוצאה?

מחוזי: ישנו כלל פרשני הקובע שמה שלא ניתן לסווג כמעשה או כתוצאה יקבע כנסיבה. ישנו כלל פרשני אחר הקובע שבדר"כ נסיבות צריכות להתקיים בו זמנית עם ההתנהגות והן מה שנותנות להתנהגות את האופי הפלילי. על סמך שני הכללים, יש לזכות את הנאשם, שכן על סמך הכלל הראשון "אדם" זה נסיבה (לא מעשה ולא תוצאה). על סמך הכלל השני הנסיבה צריכה להתקיים בשעת ההתנהגות, אך בשעת ההתנהגות העובר לא מוגדר כ"אדם".

ג'ובראן: הופך את החלטת המחוזי. ג'ובראן מביא את גישתו של פלר שלפיו "אדם" זה חלק מהתוצאה- התוצאה היא מוות של אדם. מבחינה פרשנית גישתו של פלר עוזרת שכן התוצאה לא צריכה להתקיים במועד ההתנהגות, ומאוחר יותר העובר אכן הפך ל"אדם". ג'ובראן לא מאמץ את גישתו של פלר שכן היא בעייתית מבחינה אנליטית כי כולם חושבים ש"אדם" זה נסיבה מכיוון שזה תנאי שחייב להתקיים. לכן ג'ובראן אומר שהנסיבות ככלל צריכות להתקיים במועד ההתנהגות, **אולם יש חריגים ולא תמיד הנסיבות צריכות להיות בשעת ההתנהגות.** חריג זה הוא רק בעבירות תוצאתיות כאשר הנסיבה באה לאפיין את התוצאה. מה שישפיע זה סוג הערך המוגן. בענייננו, הערך המוגן של חיי אדם מחייב הרחבה, ולכן הנסיבה תאפיין את התוצאה וצריכה להתקיים בין ההתנהגות לתוצאה.

**פס"ד כהנא:** הוגש כתב אישום בגין איומים בשיחת טלפון. שיחות הטלפון בוצעו כשהמערער היה בגרמניה, ולכן טען שהעבירה המיוחסת לו הייתה בחו"ל ואין לה תחולה טריטוריאלית בחוק העונשין.

השאלה המשפטית: האם המעשה הוא רק האיום עצמו, או שמא זה כולל גם את הקליטה באוזן של הקורבן?

ברק: עקרון התחולה הטריטוריאלית קובע שמקצת מהעבירה צריכה להיות בתוך שטחי ישראל. המבחן לקביעת "מקצת העבירה" הוא שחלק מהיסוד העובדתי התרחש בישראל. הרכיב ההתנהגותי בעבירה הוא "המאיים בכל דרך שהיא". תנאי להתהוות העבירה הוא שיתקיים הרכיב הנסיבתי של "על אדם"- דברי האיום הופנו כלפי אדם, ואדם קלט את הדברים. רק אם דברי האיום נקלטו מתקיים הרכיב ההתנהגותי ועבירת האיום הושלמה. עבירת האיומים היא עבירה התנהגותית ולא תוצאתית, שכן מספיק שדברי האיום נקלטו באזניו של המאוים, ואין דרישה שהקורבן יפחד ויפעל בעקבות האיום. משכך, ניתן להרשיע את האדם שכן קליטת דברי האיום הייתה בישראל.

**עבירות החזקה ועבירות סטטוס**

בדר"כ הרכיב ההתנהגותי יהיה מעשה אקטיבי, והוא קורה בזמן ובמקום מאוד מסוים. אולם, ישנם סוגי עבירות שהרכיב ההתנהגותי לא מוגדר כמעשה אקטיבי שמוגדר בזמן ובמקום ממוקדים, והמעשה הופך ליותר מעורפל.

**עבירות סטטוס/ עבירות מיצב:** עבירות שהרכיב ההתנהגותי מתבטא בהמצאות של אדם או במקום מסוים או במצב מסוים. האדם לא עושה פעולה ספציפית, אלא העובדה שהאדם נמצא בסטטוס מסוים מגבשת את הרכיב ההתנהגותי.

דוגמה: ס' 115(א) קובע שאסור לשהות במקום מוגבל. "שהה" זה מצב מתמשך, ומפלילים את האדם על שהייה ללא הסמכה. החלופה של "שהה בו" הוא רכיב התנהגותי מסוג עבירת סטטוס, שכן אם זה התוצאה, מה ההתנהגות? המחוקק מרגיש שנכון להפליל על השהייה, שכן קדמה התנהגות אקטיבית שהאדם הביא את עצמו מרצון למצב הזה.

**Robinson v. California:** אדם נתפס בבדיקה שגרתית עם סימני מחטים של סמים ביד, למרות שבעת המעצר לא השתמש בסמים. הרשיעו אותו על סטטוס של התמכרות לסמים.

השאלה המשפטית: העבירה מנוסחת בכך שהתמכרות לסמים מגבשת את העבירה, אך מה המעשה?

נקבע: מביאים דוגמה של תינוק שנולד לאמא נרקומנית, והתינוק יכול להיוולד מכור לסמים. הוא לא נמצא בשליטה על המצב הזה. על מצב דברים לא תמיד לאדם יש שליטה. לכן, באופן כללי צריך למעט מלעשות שימוש בעבירות סטטוס. צריך להפליל את השימוש בסמים ולא את המצב של התמכרות.

דוגמאות לבעייתיות של הפללה על עבירות סטטוס:

* ס' 199(א)(1): "מי שמחייתו, כולה או מקצתה, דרך קבע או בתקופה כלשהי, על רווחי אדם העוסק בזנות."- הרבה אנשים יכולים להיכנס תחת ההגדרה, לדוג' ילדיה של האישה שעוסקת בזנות. המעשה לא מובהק, ולכן כשמתרחקים ממעשה למצבים, זה מטשטש את הגבול בין מי שצריך לשאת באחריות לבין מי שלא.
* חוק מאבק בארגוני פשיעה: אחד הסעיפים מאפשר להפליל ראש ארגון פשיעה רק על עצם היותו כזה. לא צריך להראות שהוא ביצע מעשה מסוים, אלא עצם הסטטוס כראש ארגון פשע מאפשר הפללה. המחוקק עשה זאת מכיוון שקשה להפליל ראש ארגון פשע כי הם בכוונה מרחיקים את עצמם ושלחים את החיילים שלהם.

**עבירות החזקה:** האיסור מתבטא בהחזקה של דבר כלשהו. כדי שהעבירה תתגבש, לא צריך להראות פעולה פיזית אלא מספיק להראות שליטה בדבר. לדוגמה, החזקת סמים, נשק וכו'. **עבירות ההחזקה מבוססות על זיקה**. אחת הביקורות היא שכשזה לא מעשה ברור אלא רק זיקה לחפץ, קו הגבול מטשטש.

בס' 34כד יש הגדרה ל"החזקה". ההגדרה מאוד רחבה- "שליטה של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר, או בכל מקום שהוא". גם אם הדבר לא נמצא אצל האדם, ניתן להפליל אותו אם יש לו שליטה בדבר.

**פס"ד הוכשטט:** מיוחסת לאדם החזקה של סמים, על אף שפיזית לא החזיק בסמים. חבר שלח על שמו של המערער חבילה המכילה סמים. החבר זייף את חתימתו של המערער כשהוציא את החבילה מהמכס. למערער נודע על החבילה לאחר שהגיע לארץ ולפני שהוצאה מהמכס, אך לא הודיע למשטרה.

ברק (מיעוט): "החזקה" היא חלק מהרכיב העובדתי המתאר את ההתנהגות. ישנה הבחנה בין החזקה ממשית- שליטה, לבין החזקה קונסטרוקטיבית- החזקה עם הסכמה וידיעה. לדעתו, לא הייתה החזקה ממשית שכן למערער לא הייתה שליטה בסם. לא הייתה החזקה קונסטרוקטיבית כי לא הייתה הסכמה של המערער להוציא את החבילה מהמכס.

בן פורת (רוב): למערער הייתה שליטה מכיוון שהוא היה יכול למנוע את שחרור הסם, ולכן התקיימו רכיבי העבירה.

**עבירות מחדל**

הייחודיות של המחדל מתבטאת בהיעדר מעשה. בדר"כ נתפוס את המעשה כיותר חמור, שכן יש בו יותר אנטי-חברתיות. לא תמיד נרצה שאנשים יתערבו, וישנו חשש מאפקט "המציל המקלקל"- אנשים יפחדו שיפלילו אותם ויפעלו יותר מידי עד כדי כך שהם עלולים להזיק. לפעמים אי-העשייה לא פחות אנטי-חברתית כאשר יש זיקה כ"כ ברורה בין הקורבן לפוגע. הצפייה מהחודל היא יותר גדולה מהמזיק, מכיוון שאומרים לו שהוא חייב להציל- דרישה לפעולה אקטיבית.

בספרות הפילוסופית במוסר, חושבים שפעולה במעשה היא חמורה יותר מוסרית ממחדל מכמה נימוקים:

1. מידת החירות הנפגעת- כשאומרים לאדם לא להזיק, פוגעים בחירות במידה ספציפית, אך מותירים לו מרחב של התנהגות. לעומת זאת, בדרישה של פעולה להציל מותירים לאדם לפעול רק בדרך אחת.
2. עמימות- כשאומרים לאדם לפעול, לא ברור כמה הוא צריך לעשות כדי להציל, והאדם צריך להפעיל שיקול דעת כדי לדעת כמה משאבים להשקיע, וכמה עליו לפעול ולהתערב. היקף החובה לא ברור בעבירות מחדל.
3. צפיות- האם המשפט הפלילי הוא הכלי המתאים לצפות מאנשים להציל? עבירות המחדל לא מספיק חמורות כדי להצדיק סנקציה פלילית.
4. עוצמת הזיקה- כאשר הזיקה לא ברורה בין הקורבן לפוגע אין באי-עשייה אנטי-חברתיות.
5. שליטה- מידת האנרגיה שיש בעושה גדולה יותר מהחודל. החודל לא יוצר את הנזק ואין לו שליטה עליו.
6. קשר סיבתי- ברור לנו שיש קש"ס בין המעשה לתוצאה בפועל האקטיבי. כשאדם לא מתערב למנוע נזק, יש שאלה של קש"ס- אלמלא פלוני, הנזק עדיין היה נגרם. החודל עצמו רק לא מנע את הנזק שממילא היה נגרם.

דוגמאות לעבירות מחדל:

* ס' 368ד(א)- "חובת דיווח": ההתנהגות האסורה היא אי-הדיווח. ישנה חובת דיווח, והיא כורכה במאמץ מסוים.
* ס' 262- "אי מניעת פשע": ההתנהגות האסורה היא בזה שהאדם היה צריך לנקוט באמצעים סבירים כדי למנוע פשע, ולא נקט. היקף החובה מאוד עמום ולא ברור מה בדיוק צריך לעשות.

שיטות משפט בעולם החליטו להפליל בגין עבירות מחדליות, אך דורשות תנאי נוסף- קיומה של חובה. בנסיבות מסוימות חלים על אנשים מסוימים החובה לפעול, אך החובה לפעול לא קיימת תמיד. לדוגמה, כאשר יש זיקה בין החודל לקורבן כמו הורה וילד, מציל ומתרחץ וכו'. דוגמה נוספת היא כשיש זיקה בין החודל לנזק- אם החודל יצר מצב מסוכן, חלה עליו החובה לקום ולהציל.

המשפט הישראלי קובע שאם אדם מבצע עבירה מסוימת ע"י הימנעות מלעשות חובה מסוימת, ניתן להטיל עליו אחריות לאותה עבירה. חוק העונשין לא מבחין בין מעשה למחדל מבחינה נורמטיבית, אך בפועל יש עונש מופחת.

**שלושה תנאים מצטברים לעבירות המחדל:**

1. קיומה של נורמה אוסרת- עבירה שניתן לעבור אותה בדרך של מחדל.
2. קיומה של חובת עשייה- על הנאשם הספציפי חלה חובת עשייה.
3. הפרת החובה לפעול- הימנעות מהעשייה.

**עבירות מחדל פשוטות**- עבירות שמנוסחות על דרך המחדל ואפשר לעבור אותן רק במחדל. העבירה כוללת בתוכה את מקור החובה. לדוג' ס' 368ד (חובת דיווח), ס' 262 (אי-מניעת פשע).

**עבירות מחדל מורכבות/ עקיפות**- העבירות מנוסחות באופן שהדרך לעבור אותן זה לא רק במחדל אלא גם במעשה. עבירות אלה לא כוללות את מקור החובה בתוך ניסוח העבירה עצמה, אלא מחוץ להגדרה. כדי להרשיע בעבירה, צריך "להלביש" מקור חובה חיצוני וע"י ההלבשה ניתן לייחס אחריות פלילית של מחדל.

דוגמה: עבירות ההמתה. ניתן לגרום למות אדם גם במעשה וגם במחדל. אך כדי להרשיע במחדל צריך למצוא מקור חובה- ס' 322 עד ס' 326. הסעיפים אומרים שברגע שלאדם יש אחריות על אדם אחר, הוא חייב לדאוג לספק את צרכיו.

ניתן להרשיע על דרך של מחדל גם על עבירות שמנוסחות בדרך אקטיבית. לדוגמה, "הגורם חבלה חמורה" נשמע כדבר אקטיבי, אך לפי ס' 18(ב) מעשה הוא לרבות מחדל. לכן, כל עוד מבחינה הגיונית ניתן לייחס אחריות בגין מחדל, נרשיע.

[**מרדכי קרמניצר וראם שגב, "המחדל**](https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/1660049/course/section/846534/S50BW-213041111420.pdf) **בדין העונשין":** המאמר מבחין בין עשייה לבין הימנעות מעשייה. לרוב קל לזהות מתי אדם עושה ומתי לא, אך לעיתים ההבחנה מורכבת. לדוגמה, רופא שנותן תרופה ניטרלית לחולה. לחולה לא נגרם נזק בעקבות נטילת התרופה, אך מצד שני נגרם לו נזק שכן הוא לא הלך להתייעץ עם רופא אחר. השאלה היא האם נייחס לרופא אחריות במעשה או במחדל? לכאורה נראה שהתשובה היא מחדל כי הרופא מנע מלקיים את חובתו- נתינת התרופה המתאימה. אולם יש דילמה מכיוון שצריך לשאול האם נגרם נזק חדש או שרק לא נמנע נזק? מצד אחד הרופא לא יצר נזק, אך מצד שני הוא יצר נזק ע"י מצג שווא כי החולה לא הלך לרופא אחר לקבל את התרופה המתאימה.

ישנם שני מבחנים כדי לדעת האם מדובר במעשה או במחדל:

1. מבחן הדומיננטיות (קרמניצר ושגב)- בודקים האם הייתה יצירת נזק או אי-מניעת נזק (האדם לא הועיל), ובודקים את האירוע כולו לאן הוא נוטה. נראה את יצירת נזק כמעשה, ואי-מניעת נזק כמחדל.
2. המבחן הפיזי (קוגלר)- כשהאדם מבצע פעולה של הנעת שרירים מדובר במעשה ולא במחדל.

כשיש אפשרות להרשיע או במעשה או במחדל, תמיד התביעה תעדיף לייחס אחריות במעשה.

**פס"ד פרידמן:** אדם מגלה את אשתו בוגדת עם אדם אחר. במהלך עימות אלים בין בני הזוג, האישה איימה על פרידמן עם סכין ולכן פרידמן לקח את הסכין ודקר אותה בירך. הוא הציע לעזור לאישה אך היא דחתה את הצעתו ולכן עזב את הבית. לאחר מספר שעות היא נפטרה בעקבות איבוד דם. פרידמן טוען להגנה עצמית ולכן אין להרשיעו.

קדמי: ביהמ"ש לא מקבל את טענתו ואומר שיש חריגה מהסבירות כי הבעל היה יכול לקחת את הסכין בלי לדקור.

נניח ביהמ"ש היה מקבל את טענתו של פרידמן להגנה עצמית, עדיין היה ניתן להרשיע את פרידמן במחדל. **ברגע שאדם יוצר סיכון, חלה עליו חובת הצלה להסיר את הסיכון שיצר**. במקום שיש קשר לקורבן או זיקה אליו (אחריות או דרך יצירת הנזק), המשפט אומר שישנה חובה על האדם לפעול. פרידמן אכן הציע עזרה, אך לאחר שהיא סירבה הוא עזב את הבית למרות שהיא שותת דם. פרידמן יצר את הסיכון וחזר רק לאחר 8 שעות, והיה עליו להזעיק עזרה. מכיוון שלא עשה כך, ניתן היה להרשיעו במחדל.

ניתן לחלק את האירוע לשני חלקים- החלק הראשון הוא הדקירה האקטיבית והחלק השני הוא ההפקרה. נניח שביהמ"ש אומר שעל החלק הראשון חל סייג ההגנה העצמית, עדיין ניתן להטיל אחריות מכוח החלק השני.

**פס"ד שלום ימיני:** נהג לא ציית לאור אדום ופוגע בשתי בנות, אחת נהרגה והשנייה נפצעה קשה. הוא הפקיר אותן והואשם בהריגה והפקרה. הנוסע שלידו הואשם כשותף להפקרה.

עמית: מביא טעמים העומדים בבסיס המושגית בין מעשה למחדל:

1. חירות הפעולה של האזרח.
2. גרימה במעשה נושאת אשם מוסרי גבוה יותר.
3. יש יותר אנטי-חברתיות במעשה.
4. תוצאות מעשיות מסוכנות- המציל המקלקל.
5. קושי להבחין בין מחדל למחשבה.
6. קושי להגדיר את היקף החובה.

בנוסף, כדי להבחין בין מעשה למחדל נשתמש במבחן התנועה הגופנית. כשהמבחן לא עונה על כל השאלות יש הדוגלים במבחן הדומיננטיות- יצירת מצב מסוכן יסווג כמעשה, והימנעות מהגנה על האינטרס שנמצא בסכנה יסווג כמחדל.

**פס"ד לורנס:** המערער והמנוח שיחקו "רולטה רוסית". המנוח היה מעורב מאוד במשחק ובתורו כיוון אקדח לראשו, נפלט כדור והוא מת.

השאלה המשפטית: האם ניתן לייחס ללורנס אחריות בגין גרימת מות חברו.

לוין: מטילים חובת הצלה כאשר איזון בין חופש הפרט לבין עקרון קדושת החיים מוליך למסקנה זו. צריכות להיות נסיבות מיוחדות כדי להטיל חובת הצלה. זוהי לא חובת הצלה כללית, אלא נובעת מהנסיבות. לורנס יצר תשתית למשחק, ועודד את המנוח להמשיך בסיטואציה המסוכנת. מרגע זה חלה עליו חובת הצלה.

בך: משאיר בצ"ע את השאלה אם ניתן לייחס למערער גם אשמה בשל המחדל שבאי-הצלת המנוח. הייתה לו חובה מוסרית לנסות לתקן את המצב, אך מבחינה משפטית עולים סימני שאלה.

**ס' 18ג: "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה". היכן מקורות החובה קבועות?**

* דין מתפרש כחוק+ פסיקה- ביהמ"ש רשאי ליצור חובות עשה פסיקתיות. ניתן לראות פרצה בנושא של מחדל בעקרון החוקיות שכן ביהמ"ש רשאי ליצור חובות לפי ראות עיניו.
* חוק העונשין- מדברים על זיקה מיוחדת בין האדם לנזק או בין האדם לקורבן (ס' 322-326).
* מקור שביהמ"ש יצר בדרך פסיקתית- מקור של יצירת מצב מסוכן.
* חובת הזהירות (ס' 35 לפקנ"ז)- יש כאן דין מכוח חקיקה לבר-פלילית. יש וויכוח בספרות עד כמה ראוי לייחס אחריות פלילית כאשר החובה שחלה עליו היא חובה מדין אחר. פלר אומר שאם יש חובה שמעוגנת בדין אזרחי ניתן להשתמש בזה כדי להפליל. לרוב, יהיו מסננים כמו היסוד הנפשי שלא יאפשרו להפליל בדין הפלילי. במקרים שיש יסוד נפשי, לפי פלר ניתן למצוא מקור חובה מהדין האזרחי. יש החולקים ואומרים שהרציונל בדין הלבר-פלילי שונה מהרציונל בדין הפלילי, ולכן רק כשיש זהות בין האינטרסים המוגנים נפליל בעבירה במחדל על בסיס הפרת חובה אזרחית.
* חוק "לא תעמוד על דם רעך"- חובת הצלה כללית. חוזר לשאלה המוסרית עד כמה נכון לצפות ולדרוש מאנשים לפעול ולהציל. החוק אומר שחלה חובה על אדם להושיט עזרה, אך האירוע חייב להיות פתאומי; סכנה חמורה ומיידית וללא סיכון של המציל. מי שעובר על החוק דינו קנס, ולכן עבירה זו עבירת מחדל ישירה כי ניתן לעבור אותה רק במחדל. ישנה בעיה בשימוש בחוק כמקור חובה כי החוק רק מטיל קנס, אך אם נלביש אותה על עבירות חמורות כמו עבירות ההמתה, העונש יהיה חמור בהרבה. השאלה היא האם זה נכון מבחינת מדיניות משפטית.
* חוזה- מהדהד את הדילמה עם הדין הלבר-פלילי. ישנם חוזים מפורשים- יש באופן ברור חוזה שהוא לא משתמע אלא כתוב, לדוג', מציל/ מתרחץ. מה קורה בחוזה אחריות מכללא- ההסכם לא מפורש. במקרים כאלו יש מחלוקת.

**נסיבות**

הנסיבות הן תנאים שצריכים להתקיים לצד ההתנהגות, ובדר"כ לא בשליטתו של העושה אלא חיצוניים לו (בניגוד להתנהגות שיש שליטה). המחוקק משחק עם נסיבות כדרך לייצר מדרג חומרה בין חלופות שונות של עבירה.

נבחין בין צורות של עבירות:

1. "הגונב דבר, דינו מאסר 3 שנים." 🡨 נורמה בסיסית/ רגילה. הערך המוגן הוא קניין.
2. "הגונב דבר ממעבידו, דינו 8 שנים." 🡨 נורמה מיוחדת/ ספציפית. הערך המוגן הוא קניין+ יחסי אמון בין עובד למעביד.
3. "המתפרץ למתקן ביטחוני וגונב דבר, דינו מאסר 7 שנים." 🡨 נורמה מיוחדת/ ספציפית. הערך המוגן הוא קניין+ הגנה על ביטחון המדינה.
4. "עובד הציבור הגונב דבר ממעבידו, דינו מאסר 12 שנים." 🡨 נורמה מיוחדת/ ספציפית. הערך המוגן- קניין+ יחסי אמון עובד מעביד+ אמון הציבור.

**היחס בין 1 ל-2:** העבירה השנייה "בולעת" את העבירה הראשונה ומוסיפה עליה. אם נסיבות המקרה נכנסות לנורמה המיוחדת, תמיד נייחס קודם כל אחריות לנורמה המיוחדת. המחוקק יוצר שתי עבירות שונות מכיוון שכאשר יש פגיעה בערך מוגן והוא במסגרת מערכת יחסים מסוימת, יש פגיעה נוספת. גם אם הפגיעה כשלעצמה אינה מייצרת עבירה, כשהיא "מתלבשת" על הפגיעה הראשונה, יש פגיעה מוגברת. יש מסר חברתי מעבר לעונש.

**היחס בין 1 ל-3:** העבירה השלישית היא נורמה מיוחדת ו"בולעת" את העבירה הראשונה.

**היחס בין 2 ל-3:** כשלעצמן הן לא עבירות שמקיימות ביניהן מיוחדת ורגילה ולא "בולעות" אחת את השנייה. לכן הכלל הוא **שאם לא מתקיים יחס של מיוחדת ורגילה ניתן להרשיע את הנאשם בגין שתי העבירות** גם יחד. הרציונל הוא שכל עבירה משקפת פגיעה בערך חברתי שלא חופפים. לדוגמה, אדם שעובד במתקן ביטחוני ומתפרץ בלילה וגונב ציוד. ניתן יהיה לייחס לו גם את עבירה 2 וגם את עבירה 3, מכיוון שכל אחת מוסיפה ערך מוגן והוא ערך בפני עצמו.

**היחס בין 2 ל-4:** העבירה הרביעית "בולעת" את העבירה השנייה ומוסיפה עליה. בין 1 ל-2 ל-4 יש יחס של נורמה בסיסת של 1, עליה נורמה מיוחדת של 2, ועליה נורמה עוד יותר מיוחדת של 4.

**היחס בין 3 ל-4:** בשתי העבירות יש את רכיב "הגונב דבר" אך אין כאן "בליעה" וכל אחת מוסיפה ערך חדש. הן לא מקיימות יחס של ספציפית ובסיסית ולכן נייחס את שתי העבירות יחד. לדוגמה, דני עובד המשרת במתקן בטחוני שמור, מתפרץ בלילה וגונב ציוד. רק ע"י ייחוס שתי העבירות נכסה את כל הערכים החברתיים שנפגעו- יש פגיעה גם בקניין, גם בביטחון המדינה, גם באמון הציבור וגם ביחסי עובד מעביד. לא ניתן לייחס את 2 ו-1 כי הן נבלעות ב-3 ו-4.

ס' 384: "הגונב דבר... דינו מאסר 4 שנים."

ס' 391: "עובד הגונב דבר שהוא נכס מעבידו... וערכו עולה על אלף שקלים, דינו מאסר 7 שנים."

היחס בין העבירות הוא מיוחדת מול רגילה. אם דני גונב מהמעביד שלו דבר שערכו 500 ₪, ניתן לייחס לו רק גניבה (ס' 384). אם דני גונב דבר שערכו 2,000 ₪ ניתן לייחס לו רק את ס' 391.

ס' 390: "עובד ציבור הגונב דבר שהוא נכס המדינה...וערכו עולה על אלף שקלים, דינו מאסר עשר שנים."

ס' 390 מוסיף על ס' 391 ערך מוסף של עובד ציבור. יש כאן ערך נוסף שנפגע והוא אמון הציבור. אם דני הוא עובד ציבור וגונב דבר שערכו 900 ₪, נרשיע לפי ס' 384 מכיוון שלפי ס' 390 הדבר צריך להיות מעל 1,000 ₪. אם הוא גונב נכס בשווי 1,500 ₪ נייחס רק את 390, מכיוון שהיחס בין 391 ל-390 זה ספציפית (גניבה ממעביד) לספציפית-ספציפית (גניבה ממעביד כשהאדם עובד ציבור). 390 "בולעת" את 391, ותמיד כשיש "בליעה" נייחס את העבירה הכי חמורה.

כמו שהמחוקק יכול להחמיר באמצעות נסיבות ולייצר מדרג של חומרה, ניתן לעשות זאת גם בתוצאה.

דוגמה: הרישא של ס' 428 קובע שאם אדם מאיים מתוך כוונה להפחיד כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה, דינו מאסר 7 שנים. הסיפא מוסיף כי אם נעשו המעשה או המחדל בעקבות האיום, דינו מאסר 9 שנים. הנורמה הבסיסית תהיה העבירה ההתנהגותית, והנורמה הספציפית תהיה העבירה התוצאתית.

**תוצאה- קשר סיבתי**

בעבירות תוצאתיות צריך להוכיח בנוסף להתנהגות ולנסיבות, גם קיומה של התוצאה וגם קש"ס בין המעשה לתוצאה. לעיתים יש ספק האם התוצאה היא פרי גורם של המעשה, כי ייתכן והיה גורם חיצוני שהתערב, קרה דבר בלתי צפוי וכו'. כשמייחסים אחריות פלילית, מבחינה מוסרית נרצה להראות את הקשר והזיקה לתוצאה. בדר"כ, כשאדם פועל לבד אין שאלה של קש"ס וזה די ברור, ולכן הדיון המשפטי לא מתעורר. כאשר התוצאה מתרחשת על רקע מספר גורמים תלויים/ בלתי תלויים, קשה יותר לזהות את אותה זיקה סיבתית בין המעשה לעושה בגלל אותם גורמים נוספים.

ישנם שני מבחני משנה מצטברים לקביעת קש"ס:

1. קש"ס עובדתי- קיומה של זיקה אובייקטיבית בין מעשי הנאשם לתוצאה.
2. קש"ס משפטי- מבחן ייחוס האחריות. המבחן בודק מי מבין אותם גורמים המקיימים קש"ס עובדתי, גם ראוי מבחינה מדיניות משפטית להיחשב ה"גורם" ולשאת באחריות.

**קש"ס עובדתי:** הפסיקה אומרת שמבחן העזר המרכזי הוא "מבחן האלמלא"- אלמלא הנאשם ביצע את ההתנהגות, האם התוצאה הייתה נגרמת? ובמחדל- אילו הנאשם היה פועל, האם התוצאה עדיין הייתה נגרמת?

אם התשובה היא כן 🡨 אין קש"ס עובדתי.

אם התשובה היא לא 🡨 יש קש"ס עובדתי.

יש מקרים שבהם אדם לא פועל לבד, אלא יש גורמים משלימים וכל פעולה כשלעצמה לא מביאה לתוצאה, אך הצטברות הפעולות מובילות לתוצאה. מקרים אלו עדיין מקיימים את מבחן האלמלא.

לעיתים, גורמים בלתי תלויים פועלים במקביל, ובדיעבד מסתבר שכל אחד בנפרד יכול לגרום לתוצאה. אם מפעילים את מבחן האלמלא, נוצר פרדוקס, מכיוון שאף אחד מהפועלים לא מקיים קש"ס עובדתי לפי מבחן האלמלא, שכן עדיין היה נגרמת התוצאה גם בלי כל אחד. במקרה כזה, הפסיקה פיתחה חריג למבחן האלמלא כדי לעקוף את המגבלה- **"מבחן הדיות"**. המבחן קובע שדי שאחד מהפועלים הוביל לתוצאה האסורה כדי שנראה בו כמי שמקיים את הקש"ס העובדתי. הקש"ס העובדתי אינו מספיק מכיוון שכל חלק בשרשרת יכול להיות גורם לפגיעה (כולל האם שילדה את הקורבן).

**קש"ס משפטי- מבחן מסנן:** בודק למי מאותם הגורמים האובייקטיבים המקיימים את הקש"ס העובדתי ראוי ברמה הנורמטיבית לייחס לו אחריות. ביהמ"ש פיתחו מבחן עזר- **"מבחן הצפיות"**. המבחן שואל האם הנאשם יכול וצריך היה לצפות בזמן ההתנהגות את תוצאת מעשיו. המבחן מורכב משני רכיבים:

1. יכול- יכול מבחינה טכנית, פיזית. יכולת מבחינת התנאים לצפות את התוצאות.
2. צריך- יסוד נורמטיבי. האם אנחנו מצפים מהאדם, מבחינת המדיניות הראויה לצפות לתוצאות.

קש"ס הוא אחד הדוקטרינות המאפשרות להכפיף את הנאשם לשאלה נורמטיבית שלא קשורה לסובייקטיביות, אלא ביהמ"ש מייבאת ערכים למשפט. האם אדם צריך לצפות לתוצאות מנותק מהשאלה האם הנאשם צפה. בדר"כ הולכים לפי מבחנים סובייקטיביים ולא מחדירים ערכים אובייקטיבים למשפט. אך דרך המבחן של "צריך", ביהמ"ש קובע מה הרף המוסרי של ההתנהגות הראויה. שאלת "יכול וצריך" לא בודקת אם הנאשם בפועל צפה, אלא זו שאלה חיצונית.

**פס"ד יעקובוב:** המערער מתעלל באשתו ומכה אותה. היא התלוננה למשטרה, וכאשר השוטרים יצאו מביתם, המערער התחיל להתפרץ ולאיים על האישה. מתוך ייאוש, האישה קופצת אל מותה מחלון דירתה שבקומה הרביעית.

טענת המערער: אין קש"ס משפטי, מכיוון שיש גורם אנושי מתערב- האישה היא אדם אוטונומי לעצמה, והיא קיבלה את ההחלטה לקפוץ אל מותה. זהו דבר שלא היה ניתן לצפות.

דורנר: מעשה ההתאבדות הוא בגדר הצפיות הסבירה. "צריך" זה עניין נורמטיבי, וגבר אלים צריך לצפות שבעקבות אותם מעשים האישה תשים קץ לחייה. יש תביעה מוסרית וחברתית שמתעללים יצפו שהקורבן יעשה מעשה כזה. בנוסף האדם גם היה יכול לצפות- אדם ששנים מתעלל באשתו יכול לצפות לתוצאה של מוות. יש כאן יכולת טכנית.

\*ברירת המחדל במקרים שהעבירה "שותקת"- כשאין התייחסות ליסוד נפשי, ברירת המחדל היא שיש דרישה של מודעות לרכיבי היסוד הנפשי. מבחן היסוד הנפשי הוא סובייקטיבי, בניגוד למבחן הצפיות שהוא אובייקטיבי.

**פלוני- פרשת מרוץ המכוניות:** ביוזמתו של פלוני, פלוני ושני בגירים עורכים מרוץ בכביש צר בירושלים. כתוצאה מנסיעה במהירות הגבוהה שני הבגירים מאבדים שליטה ונהרגים. מייחסים לפלוני את האחריות- הכניסה למשחק.

השאלה המשפטית: האם ראוי לייחס אחריות בגין הריגה, שכן צריך להוכיח מודעות לתוצאה גם אם לא רצה בה.

מחוזי: מרשיעים אותו בעבירות, אך מזכה בעבירת ההריגה ומקבל את הטענה שאין קש"ס משפטי- הוא לא היה יכול וצריך לצפות שהתוצאה תקרה מהמשחק. הקורבנות השתתפו מרצונם במשחק, ובחירתם מנתקת את הקש"ס.

עליון: ביהמ"ש הופך את ההחלטה. ארבל ורובינשטיין אומרים שהתוצאה של התאונה הייתה אפשרות ברורה לנאשם. הוא גם יכול וגם צריך היה לצפות לתוצאה- מדובר במשחק מסוכן שאין שום ערך חיובי בצידו. כדי לייחס אחריות, לא מספיק רק קש"ס משפטי אלא צריך להוכיח גם יסוד נפשי- הנאשם צפה בפועל. ארבל שואלת האם יכול להיות מצב שהנאשם בפועל צפה את התוצאה, ועדיין נאמר שאין קש"ס משפטי. האם זה שתי שאלות שונות או ששאלת היסוד הנפשי "בולעת" את שאלת הקש"ס המשפטי? ארבל קובעת שמדובר בשתי שאלות נפרדות, כי הקש"ס המשפטי הוא אובייקטיבי ושאלת היסוד הנפשי הוא סובייקטיבי, ולכן ייתכן ושתי השאלות לא תמיד יהיו חופפות.

מה האדם בדיוק צריך לצפות? הפסיקה גיבשה שורה של כללים. הצפיות צריכה להתייחס למאפיינים הייחודיים של התוצאה- אפשרות קרות התוצאה וסוג התוצאה, אך לא את היקף התוצאה והדרך הספציפית אליה הגיעו לתוצאה.

**פס"ד פטרומיליו:** המערער הורשע במעשי שוד ובהריגה. הוא שדד קשישות, ומרוב בהלה אחת הקשישות חטפה התקף לב ומתה. המערער טוען שאין קש"ס משפטי- הוא לא היה יכול וצריך לצפות את תוצאת המוות כשביצע עבירת רכוש.

בן-פורת: צריך לצפות את סוג הנזק, ולא היה ניתן לצפות ע"פ אופי המעשה- עבירת רכוש, שתהיה תוצאה של מוות.

**פס"ד ג'מאמעה:** אדם מכה את ארוסתו בכוונה להמית, ואח"כ משליך אותה לבור. המנוחה מתה מטביעה.

טענת המערער: התוצאה קרתה מהטביעה ולא מהמכות, ולכן אין קש"ס משפטי- התוצאה קרתה בדרך שלא צפה.

לנדוי: צריך לצפות את סוג התוצאה- מוות, והוא אכן צפה למוות. לא צריך להוכיח את דרך הצפייה המדויקת כדי להוכיח שהייתה צפיות.

**מבחן "גולגולת הדקה":** מקרים שלקורבן יש מאפיינים פיזיים/ נפשיים שמביאים לתוצאה שקורת רק בשל המאפיינים. אילו המעשה בוצע על אדם אחר, לא הייתה נגרמת התוצאה המזיקה. האם במקרה כזה עדיין נגיד שיש קש"ס שהרי לא ניתן לצפות אותה? ביהמ"ש קבע שגולגולת דקה היא צפויה. נאשם צריך לצפות שהקורבן הוא האדם הכי רגיש.

החריג לגולגולת הדקה הוא גולגולת דקיקה- אדם שהרגישות שלו היא כ"כ חריגה ויוצאת דופן שהיא מנתקת קש"ס.

**פס"ד מלכה:** אדם נסע במכונית ופוגע בילד שילדו נשברת. הילד נשלח לבי"ח לבדוק אם יש לתת לו טטנוס והרופאים מחליטים שלא מכיוון שהשבר סגור. הפצע נפתח ונהיה נמק, אך הרופאים עדיין מכריעים שלא צריך טטנוס. לאחר 8 ימים הילד נפטר מטטנוס. המקרה מאוד נדיר מבחינה רפואית, ומעמידים את הנהג בגרימת מוות ברשלנות.

טענת המערער: המקרה כ"כ נדיר שהאדם הסביר לא היה צופה את זה, וזה נכנס למקרה של גולגולת דקיקה.

נקבע: טענתו מתקבלת- מדובר בגולגולת דקיקה והקש"ס מתנתק.

**פס"ד בלזר:** נהג מונית מתעצבן על נהג אוטובוס ומכה אותו מכות רצח. הנהג אוטובוס כ"כ בהלם שחטף דום לב ומת.

טענת המערער: אין קש"ס משפטי- הוא לא היה צריך לצפות שהאדם לוקה בליבו, ובעקבות הדום לב הוא ימות.

נקבע: לא צריך לצפות את הדרך המדויקת של התוצאה. נהג המונית היכה מכות רצח, והוא היה צריך לצפות שבעקבות המכות היה נגרם מוות. לא משנה שלבסוף המוות נגרם מהתקף לב. זה שלאדם יש גולגולת דקה נתון כחזקה והוא צפוי.

כאשר נוצר מצב שגורם זר מתערב, מתעוררת השאלה על מי להטיל את האחריות? ס' 309 הוא סעיף סטטוטורי וניתן להשתמש בו כאשר מתעוררת שאלת הקש"ס. המקרים בסעיף אומרים שלא מתנתק הקש"ס. בנוסף, נשתמש במבחן הצפיות- האם אדם מן היישוב היה יכול וצריך לצפות את התוצאה שנגרמה כתוצאה מהתערבותו של הגורם הזר.

**היסוד הנפשי**

**הרציונל שבדרישת היסוד הנפשי ועקרון המזיגה**

היסוד הנפשי נותן למעשה את האופי השלילי. בעבר הגישה הייתה של אחריות מוחלטת- בודקים רק את היסוד העובדתי וברגע שנגרם התוצאה ניתן להפליל ואין צורך ביסוד נפשי. עם השנים, התפתחה הגישה שהובילה לשינוי ודרשה רכיב נפשי כדי להטיל אחריות. יש דרישה שהאדם שפגע בערך החברתי היה מודע לאנטי-חברתיות של המעשה.

לעקרון האשם שני מובנים:

1. אין עבירה בלי אשם- אדם לא יוכל לשאת באחריות בלי שנראה שהתקיים מצב נפשי אנטי-חברתי.
2. מידתיות בין מידת האשם להיקף האחריות- ליסוד הנפשי מדרגים, ולכן הדרגה המתאימה תקבע את היקף העונש.

**Kadish & Schulhofer, “Criminal Law and its Process”:** עקרון האשמה מושתת על בחירה, אך לפעמים תהיה מודעות ולא אשמה, לדוגמה בהגנה עצמית. החוק פוטר מאחריות במקרה הזה בגלל שלא הייתה לאדם בחירה. אין חפיפה מלאה בין מושג האשמה לבין היסוד הנפשי. קדיש ושולופר מבחינים בין שני סוגי אשם:

* Mens Rea במובן הרחב- היה יסוד נפשי של מודעות אך אין אשמה- אין חפיפה מלאה. לדוגמה, בהגנה עצמית יש מודעות אך אין בחירה. בסייג השכרות אם פלוני מכניס סם לכוס מים של אדם, לאדם אין מודעות ואין בחירה. מנגד, אם האדם הכניס את עצמו למצב של שכרות ביודעין, ברגע ביצוע העבירה אין יסוד נפשי של מודעות אך מכיוון שהוא הכניס את עצמו למצב הזה לא תחול ההגנה. נטיל אחריות כי הייתה בחירה להיכנס למצב של שכרות.
* Mens Rea במובן הצר- יסוד נפשי שמוגדר בעבירה עצמה, והתביעה צריכה להוכיח אותה.

**Ashworth, “Principles of Criminal Law”:** לאדם יש אוטונומיה לבחור בין טוב לרע, בין עשיית המעשה לבין הימנעות מהמעשה. עקרון האשם מושתת על בחירה, והבחירה משתקפת בכך שיש מודעות. המשפט הפלילי מטיל אחריות כאשר האדם היה יכול לבחור אם לעשות או לא. יש לנקוט בשיפוט מוסרי של האדם ע"פ אמונותיו בזמן הביצוע, ולפי המודעות שהייתה לו בפועל.

הגישה המתחרה אומרת שהאדם לא מסוגל לבחור ומעשיו הם מכוח הנסיבות, אך כותב המאמר לא מאמץ גישה זו שאם כן נגיע למצב בו לא ניתן להטיל אשם.

עקרון המזיגה- היסוד העובדתי והנפשי צריכים להתקיים זה לצד זה- היסוד הנפשי צריך לחול על כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי.

**פרטי היסוד הנפשי**

ס' 19 לחוק קובע את ברירת המחדל לגבי היסוד הנפשי- אדם נושא באחריות לעבירה **רק** אם עשאה במחשבה פלילית.

**"מחשבה פלילית"**- ס' 20 מגדיר לנו שמחשבה פלילית היא מודעות סובייקטיבית **לכל פרטי היסוד העובדתי**- מודעות לטיב המעשה, מודעות לקיום הנסיבות ובעבירה תוצאתית מודעות לגרימת התוצאה. המודעות הסובייקטיבית היא יסוד נפשי הכרתי. לעבירות תוצאתיות יש דרישה נוספת של יסוד נפשי מיוחד- יסוד נפשי חפצי.

דוגמה: ס' 379 קובע "התוקף שלא כדין את חברו, דינו מאסר שנתיים"- הגדרת העבירה לא דורשת יסוד נפשי מסוים- עבירה שותקת. לומדים שיש דרישה של יסוד נפשי מס' 19 (חלק כללי שחל על כל החלק הספציפי). לכן, בעבירת התקיפה נצטרך להוכיח מודעות לטיב התנהגותו- מודע שהוא תוקף ומודעות לקיום הנסיבות- פועל נגד אדם אחר שלא כדין.

אם העבירה תוצאתית, צריך להוכיח מודעות להתנהגות, לנסיבות וגם למודעות לאפשרות גרימת התוצאה.

דוגמה: ס' 333 קובע "החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין"- דרישת היסוד הנפשי היא מודעות למעשה- מודעות לכך שהוא חובל; מודעות לנסיבות- מודעות שמדובר באדם ושפעל שלא כדין; ומודעות לתוצאה- ההתנהגות עלולה לגרום לחבלה חמורה. מבחן היסוד הנפשי הוא סובייקטיבי- מה האדם צפה בפועל, בניגוד למבחן הקש"ס שהוא אובייקטיבי. מדוע כתוב מודעות לאפשרות גרימת התוצאה ולא מודעות לתוצאה? דורשים את המחשבה הפלילית בעת עשיית המעשה. כשאדם מבצע התנהגות, התוצאה היא משהו עתידי ולכן הוא יכול להיות מודע רק לאפשרות התוצאה. האפשרות לתוצאה לא צריכה להיות גבוהה, אלא אפשרות מסתברת (אפילו 30%-40%).

ס' 20 קובע שיש גם דרישה של יסוד נפשי חפצי לעניין התוצאה- עד כמה רוצים בתוצאה, והוא מתחלק לכמה סוגים:

1. כוונה- מטרה לגרום לאותן תוצאות. היסוד הנפשי החפצי חיובי- יש רצון לגרימת התוצאות.
2. פזיזות- מתחלק לשניים:
3. אדישות- שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות. היסוד הנפשי החפצי נטרלי- חוסר אכפתיות. לרוב ניתן לראות אדישות כאשר אדם מבצע מעשה כדי להגיע ליעד מסוים, והעבירה היא תוצאת לוואי.
4. קלות דעת- נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות מתוך כוונה להצליח למנוע אותן. היסוד הנפשי החפצי הוא שלילי- מקווים שהתוצאה לא תקרה, אך זה אנטי-חברתי כי הם עדיין לוקחים סיכון.

יש מדרג של מידת החוזק של הרצון. בעבירה תוצאתית, חוץ מהוכחת היסוד הנפשי ההכרתי (מודעות), יש דרישה של יסוד נפשי חפצי. כאשר העבירה שותקת, הרכיב החפצי המינימלי יהיה קלות דעת. אם המחוקק רוצה ליצור עבירה שרף הכניסה גבוה יותר, הוא יצטרך להגדיר זאת בעבירה.

דוגמה: ס' 300(א) קובע "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו מאסר עולם".

פרטי היסוד העובדתי: ההתנהגות- הגורם; הנסיבה- אדם; התוצאה- מותו.

פרטי היסוד הנפשי: מבחינת היסוד הנפשי ההכרתי יש להוכיח מודעות סובייקטיבית להתנהגות, לנסיבה ולתוצאה. בנוסף, יש להוכיח יסוד נפשי חפצי לגבי התוצאה (המוות)- בס' 300 יש דרישת רף מינימלי של אדישות.

נמציא עבירה חדשה: "החובל בחברו חבלה חמורה בכוונה שלא כדין, דינו..."- עבירה תוצאתית שותקת לרכיב ההכרתי, ולעניין התוצאה היא לא שותקת. יש כאן נורמה ספציפית- נורמה מוחמרת כי יש דרישה של כוונה ולא קלות דעת.

קייס 1- הנאשם פועל בקלות דעת כלפי תוצאת החבלה 🡨 נייחס את הנורמה הכללית (ס' 333).

קייס 2- הנאשם פועל באדישות לתוצאת החבלה 🡨 נייחס נורמה כללית. ההבחנה בין קייס 1 ל-2 יהיה במישור הענישה.

קייס 3- הנאשם פועל בכוונה לתוצאת החבלה 🡨 נייחס נורמה ספציפית (העבירה המומצאת).

ס' 19 קובע שהחריגים לדרישת המחשבה הפלילית הם רשלנות ועבירות מסוג של אחריות קפידה.

**רשלנות-** ס' 21 נותן הגדרה- אי מודעות לטיב המעשה או לקיום הנסיבות או לאפשרות גרימת התוצאה, כאשר אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאותו פרט. **יש כאן היעדר מודעות**. מספיק שאדם פועל במצב שבו אין לו מודעות לאחד מפרטי היסוד העובדתי, אם אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאותו פרט, אז מתקיים יסוד נפשי של רשלנות. מכאן האנטי-חברתיות, שכן אדם מתרכז יותר מידי בעצמו, שהרי אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע. מבחינה נורמטיבית, רשלנות נתפסת כפחות חמורה ממודעות מכיוון שאין צפייה, אך היא עדיין אנטי-חברתית. ניתן לראות שרשלנות נתפסת כפחות חמורה בכך שכתוב בהגדרה שרשלנות תיקבע רק לעבירה שאיננה מסוג פשע. חטא- עונש עד 3 חודשים, עוון- עונש מ-3 חודשים עד 3 שנים. פשע- עונש למעלה מ-3 שנים. לא נראה יסוד נפשי של רשלנות בעבירות שהעונש מעל 3 שנים. אם אדם מן היישוב לא היה יכול לצפות- זו פעולה בשוגג ואין יסוד נפשי פלילי.

דוגמה: ס' 304 קובע "הגורם ברשלנות למות אדם, דינו מאסר שלוש שנים". כדי שתהיה יסוד נפשי של רשלנות המחוקק חייב להגדיר זאת בעבירה. ברגע שיש רשלנות, המשמעות היא שדי שבאחד מפרטי היסוד העובדתי תהיה רשלנות.

**אחריות קפידה-** עבירות שהתביעה צריכה להוכיח רק את היסוד העובדתי ללא היסוד הנפשי כדי לייחס אחריות לנאשם. יש חזקה שהיה יסוד נפשי ולכן לא צריך להוכיחו, אך חזקה זו ניתנת לסתירה והנאשם יכול להראות שחסר יסוד נפשי.

ס' 90א הוא הסעיף האחרון וחותם את החלק הכללי של חוק העונשין. סעיף זה הוא סעיף של פרשנות- מעין מילון כיצד להבין מונחים מהחלק הספציפי על רקע המושגיות החדשה של החלק הכללי (נובע מהשינוי שנעשה לאור תיקון 39).

ס' 90א(1) קובע שמזיד זה מחשבה פלילית כפי שמפורש בס' 20(א). ס' 90א(3) קובע ש"ביודעין" יתפרש כמחשבה פלילית. ניתן למחוק את המילים "במזיד" או "ביודעין" בכל מקום שהן כתובות מכיוון שכל עבירה צריכה להיעשות במודעות.

**הוכחת המחשבה הפלילית**

אחת הראיות הקשות ביותר במשפט הפלילי היא הוכחת היסוד הנפשי. צריך להראות מה הנאשם חשב, אך כיצד עושים זאת? המשפט פיתח כלים של חזקות עובדתיות והם כלים ראייתיים. יש חזקה עובדתית וחזקה משפטית.

חזקה משפטית- קביעה שמסודרת בחוק והרעיון הוא להעביר את נטל הראיה מצד אחד לצד שני. לדוגמה, חזקת החפות קובעת שנטל ההוכחה הוא על התובע, וכל עוד לא הוכח שהנתבע אשם, הוא חף מפשע. אחריות קפידה היא דוגמה לחזקה משפטית הקובעת שדי בהוכחת היסוד העובדתי, ואז חלה חזקה שהנאשם היה לפחות רשלן וניתן להפלילו. אין הכוונה שאין יסוד נפשי, אלא יש יסוד נפשי לפחות של רשלנות, ולכן התובע לא צריך להוכיח את היסוד הנפשי.

חזקה עובדתית- חזקות שמבוססות על עובדות מסוימות, ואם הן מוכחות ביהמ"ש מסיק מסקנה מסוימת. השימוש בחזקות אלו נתון לשיקול דעת ביהמ"ש. לדוגמה, חזקת המודעות היא חזקה שביהמ"ש משתמש בה כדי להוכיח שהתקיימה מודעות במקרה מסוים. מוכיחים שהייתה עובדה מסוימת, מסיקים שבנסיבות המקרה שהנאשם צפה את התוצאה והיה ברור שהיא תקרה ולכן יש חזקה של מודעות.

**טעות במצב דברים**-ס' 34יח נותן סייג לאחריות פלילית וקובע שכאשר אדם מדמה עובדות, יש להעריך את המצב לפי האופן שהוא מדמה את המציאות. אנחנו שופטים את האדם לפי האופן הסובייקטיבי שהוא תפס את העולם. זה נובע מעקרון האשם- רק נפליל אדם שרצה לפגוע בערך המוגן.

דוגמה: הבועל אישה שלא בהסכמתה, אך האדם טועה וחושב שהיא כן מסכימה. אם הטעות הייתה כנה, לא נייחס לו אחריות פלילית, שכן הוא אינו מנסה לפגוע בערך מוגן.

אם לאדם חסר נסיבה עובדתית מסוימת, לדוגמה אדם חושב שמישהו בגיר אך הוא באמת קטין. לפי ס' 20 ישנה דרישה שתהיה מודעות לכך שמדובר בקטין, אז מה ס' 34יח מוסיף? הרי כבר יודעים שחסר יסוד נפשי. אלא שס' 34יח בא להקל עם הנאשם ולתת לו פטור למרות שהיסוד העובדתי והנפשי קיימים. למשל, אדם טועה לחשוב שאדם אחר תוקף אותו ולכן חובל בו. במקום להרשיע אותו הוא יטען לטעות במצב דברים שהוא מותקף, ולכן יקבל פטור. "מלבישים" את סייג ההגנה העצמית על סייג טעות במצב דברים.

דוגמה (עבירה מומצאת): החובל בקטין שגילו 14-16, דינו 6 שנים; החובל בקטין שגילו 16-18, דינו 4 שנים. נתון כי הקורבן בן 14 והנאשם טועה לחשוב שהוא בן 17. בעבירה הראשונה, מתקיים היסוד העובדתי אך לא מתקיים היסוד הנפשי. בעבירה השנייה, לא מתקיים היסוד העובדתי, אך מתקיים היסוד הנפשי. במצב כזה לא נוכל להפליל שכן היסוד העובדתי והנפשי הם יסודות מצטברים. אולם לא הגיוני שלא נייחס אחריות פלילית כלל! לכן, במצב שיש חוסר ביסוד עובדתי אך מתקיים היסוד הנפשי, נרשיע בעבירת הניסיון. בנסיבות מסוימות ניתן להשתמש בדוקטרינת הניסיון למרות שהיסוד העובדתי לא קיים. בדוגמה הזאת, ס' 34יח לא עוזר ואינו נותן פטור.

**טעות במצב משפטי**- טענת הגנה כאשר לנאשם לא הייתה דרך סבירה לדעת שהמעשה שביצע אינו חוקי. יש לו מודעות לעובדות שמקימות את המעשה, אך הוא חושב שהמעשה מותר. יש חזקה שהאדם יודע מה החוק ולא נוכל לתת לגיטימציה שאדם יטען על אי-ידיעת החוק. אך יש פתח מפלט קטן וזה במצבים שבהם הטעות היא בלתי נמנעת באורח סביר. זה יכול לקרות בנסיבות יוצאות דופן שבהם האדם היה מנותק לחלוטין ולא הייתה לו דרך לדעת מה החוק.

יש כאן קושי מבחינת עקרון האשם, מכיוון שהאדם לא יודע שהמעשה אסור ולכן המשמעות היא שהוא לא ידע שהוא פוגע בערך מוגן. אם הולכים לפי עקרון האשם, צריך לתת פטור במצבים שלא יודעים מה המצב המשפטי.

**עצימת עיניים**

מה קורה כאשר לאדם אין מודעות מלאה לטיב המעשה או קיום הנסיבות, אלא רק חשד? לעיתים אין לנו ידע וודאי והאדם מגבש חשד בהתאם לנסיבות. ס' 20(ג)(1) קובע שדי בכך להוכיח שהנאשם חשד בדבר קיום הנסיבות ושאותו אדם נמנע מלברר אם החשד אמיתי, ונראה אותו כאילו היה מודע. מתייחסים לאדם שנמנע מלברר אם חשדו אמיתי כאדם שהיה מודע, מכיוון שאדם שחושד שהנסיבה מתקיימת ולא מסיר את החשד לוקח בחשבון שהנסיבה אכן מתקיימת. מטרת הסעיף היא לתמרץ אנשים להימנע מהתנהגות פלילית ע"י בירור היסוד העובדתי.

בניגוד לרשלנות, בעצימת עיניים יש ידיעה. בס' 34יח בניגוד לעצימת העיניים יש מודעות מלאה ואין חשד כלל בטיב ההתנהגות או קיום הנסיבות, אלא האדם טועה לגבי רכיבים מהיסוד עובדתי.

עצימת עיניים היא דוקטרינה השייכת למחשבה הפלילית. היא יוצרת סוג של חזקה- מספיק שהתובע מוכיח שהיה לנאשם חשד והוא לא בירר את החשד, והנאשם נכנס למחשבה הפלילית. רף הכניסה הפך לעוד יותר נמוך מכיוון שמספיק להוכיח רק חשד כדי להיכנס לגדר של מחשבה פלילית.

מהי רמת החשד הנדרשת כדי לטעון שאדם "עצם את עיניו"? החוק לא נותן הגדרה, ולכן מהפסיקה מקובל לחשוב **שדי בחשד ממשי** ולא בחשד היפותטי ותיאורטי.

**יצחק קוגלר, "על דרישת המודעת כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין":** המאמר דן במקרים בהם הנאשם חשד, אך לא בירר מכיוון שהוא לא היה יכול לברר. לכאורה, משתמע מס' 20(ג) שהאדם עדיין יורשע אם הוא לא בירר את החשד. החקיקה לא דנה במקרים שבו הנאשם לא **יכול** לברר (לעומת מצב שהנאשם מרצונו לא מברר). מה קורה במצב שבו האדם חושד, מנסה לברר, אך הבירור אינו עוזר לו? לכן קוגלר אומר ששאלת הבירור אינה רלוונטית, אלא שאלת הסיכון. נטיל אחריות כאשר האדם שחושד לוקח סיכון, אך הסיכון הוא בלתי סביר. ביהמ"ש יחליט אם הסיכון לא היה סביר ע"פ מידת החשד, התועלת בביצוע המעשה, ומידת הערך המוגן שנפגע.

הביקורת על קוגלר: יש פגיעה בעקרון החוקיות- ביהמ"ש הוא זה שמחליט אם הסיכון סביר או לא, והתוצאה תשתנה בין השופטים ולא תהיה תשובה אחידה.

לפי פרופ' רוזנברג, במקרים שקוגלר דן במאמרו נראה שלא ניתן להחיל את דין עצימת עיניים, כי לא ניתן לחיל את דרישת "נמנע מלבררם" הקבועה בסעיף, וצריך לבחור בפירוש שמקל עם הנאשם.

יש הסבורים שכדי להגן על אותם ערכים מוגנים, צריך להרתיע אנשים שיש להם חשד, לא משנה אם הייתה להם דרך לברר או לא. כביכול דוקטרינת "עצימת העיניים" מקלה יותר מידי עם הנאשמים. לכן, מספיק שהאדם חשד- הוא צריך להפסיק לפעול. אם הנאשם פעל, הוא לקח סיכון ולכן נטיל עליו אחריות.

**פס"ד הר-שפי:** המערערת הורשעה בעבירה של אי-מניעת פשע בגין אי-נקיטת אמצעים למניעת רציחתו של רה"מ רבין, לאחר שידעה על כוונתו של יגאל עמיר לבצע פשע זה. המערערת טוענת שהיא לא ידעה על כוונתו של עמיר.

השאלה המשפטית: האם כלל עצימת העיניים יחול על עבירת אי-מניעת פשע (ס' 262)? בדר"כ החלק הכללי תקף לגבי החלק הספציפי. השאלה מתעוררת מכיוון שעבירת אי-מניעת פשע היא עבירה מחדלית, ונשאל האם חל ס' 20(ג)(1)?

מחוזי: יש חוסר נוחות להחיל את כלל "עצימת העיניים" על עבירת אי-מניעת פשע. אך מה עושים עם "מי שידע" שנמצא בהגדרת ס' 262? המחוזי הולך לכיוון של ניתוח "מי שידע" כנסיבה ולא כיסוד נפשי, אחרת "מי שידע" יפורש גם כחשד.

עליון: חשין אומר שידיעה זה יסוד נפשי ולא נסיבה. אולם הוא מזדהה עם הפתרון המהותי ומרגיש שלא נכון להחיל את כלל "עצימת עיניים" על עבירת אי-מניעת פשע, כי אז על כל חשד יצטרכו לדווח, וזה ירחיק למעלה מן הראוי את היחסים בין אנשים. לכן, חשין הולך לרעיון של דין ספציפי ודין כללי- במצב של סתירה נלך לחוק הספציפי. כדי לעבור על עבירת אי-מניעת פשע, יש דרישה של ידיעה ברורה ולא נסתפק בחשד שנמנע מלברר. הידיעה היא הרכיב המכונן.

פס"ד הר-שפי הוא אוביטר, אך המהלך של חשין נועז- מחמת שיקולי מדיניות משפטית והניתוח, השופט ולא המחוקק, קובע שסעיף מהחלק הכללי לא יחול על סעיף מהחלק הספציפי. בסופו של דבר הפרשנות נעשתה לטובת הנאשם, ולכן עקרון החוקיות לא נפגע כאן.

הנאשם תמיד חייב לשלוט בהתנהגות אבל לא במחשבה. המחשבה מגלמת בחירה, אבל לאו דווקא שליטה.

**עבירות מטרה ועבירות כוונה**

ס' 90א(2) קובע שישנם מקרים בהם השימוש במילה "כוונה" לא מתייחסת להשגת תוצאה, אלא השגת יעד שהנאשם רוצה להשיג, אך אותו היעד אינו חייב לקרות. אם הכוונה לא מתייחסת לתוצאה, נפרש את הכוונה כמטרה. האדם עושה x בכוונה לגרום ל-y. לרוב, עבירות מטרה יהיו התנהגותיות ולא תוצאתיות. עבירות מטרה לא חייבות להכיל את המילה "במטרה", אלא יכול להיות שנמצא מילים כמו "כדי", "לשם", "על מנת" וכו'.

דוגמה: ס' 192 קובע "המאיים על אדם בכל דרך שהיא... בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו..." כדי לייחס אחריות פלילית לעבירת האיום, מספיק שהנאשם איים במטרה להפחיד את הקורבן, גם אם בפועל הקורבן לא פחד. יש יסוד נפשי של מטרה.

כאשר העבירה התוצאתית שותקת, היסוד החפצי המינימלי שנדרש הוא קלות דעת. ישנם מקרים שבהם המחוקק דורש כוונה כרף מינימלי- עבירות כוונה. חוק העונשין מניח שמבחינת האשם המוסרי, הכוונה משקפת אשמה מוגברת.

עבירות מטרה יכולות להופיע בשני מקרים:

1. צורה מוחמרת של עבירת מודעות קיימת. לדוגמה, ס' 113(ג) קובע "מי שהשיג, אסף...ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו מאסר 7 שנים; התכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה, דינו מאסר 15 שנים." הסיפא של הסעיף הופכת אותו לעבירת מטרה התנהגותית, ולכן העונש מוחמר בסיפא.
2. עבירת בסיס- היסוד הנפשי המינימלי שנדרש הוא כוונה, אין מתחתיה עבירה נמוכה יותר. לדוגמה, ס' 260(א) קובע "היודע שפלוני עבר עבירה... בכוונה שיימלט מעונש."

**מהם הנימוקים שמצדיקים ליצור עבירות שדרישת הרף המינימלי היא כוונה? קוגלר דן על כך במאמרו:**

* יש נזקים שהם בדרגת ביניים. מצד אחד מצדיקים את התערבות המשפט הפלילי, אך מצד שני הם נראים לנו קלים יחסית. עולה השאלה כיצד בונים את היקף העבירה שהוא יהיה מספיק צר שלא יחול בתוכו כל פעולה שאנשים עושים, אך מצד שני יכנסו לדין הפלילי. עבירות כוונה הן אחת הטכניקות הטובות להשגת מטרה זו. רק כאשר מתלווה יסוד נפשי של כוונה ניתן לייחס אחריות פלילית. לדוגמה, חוק איסור לשון הרע אומר שמי שמפרסם לשון הרע בלי שהתכוון לפגוע לא עובר עבירה פלילית.
* בבסיס המעשה בעבירות בסיס של כוונה ניתן לראות ערך חברתי חיובי, תועלת מסוימת והגנה על זכויות. לדוגמה, עבירות שקשורות לחופש הביטוי, המחוקק דורש יסוד נפשי של כוונה מכיוון שביטוי הוא חשוב ויש לו תועלת חברתית גבוהה.
* הערך המוגן שעליה העבירה באה להגן נפגעת רק כאשר העבירה מלווה בכוונה ולא בפזיזות. לדוגמה, ס' 174א העוסק בהמרת דת. יש לאפשר לאדם להמיר את דתו מרצונו החופשי, אך אנחנו חוששים ממסחור בדת.

דוגמאות לעבירות שדרישת הרף המינימלי היא כוונה:

* ס' 144ב(א): "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות"- רק אם יש רצון שהפרסום יוביל לגזענות יש הצדקה להפליל. חופש הביטוי נסוג מפני הערך החברתי של הגנה על גזענות. היסוד העובדתי בסעיף רחב מאוד כי אין נסיבה שמאפיינת את "דבר". האנטי-חברתיות נשאבת מהיסוד הנפשי.
* ס' 133: "העושה מעשה לשם המרדה"- המעשה חייב להיות כזה שיש לו יכולת אובייקטיבית להמריד, אחרת היסוד העובדתי נשאר רחב וייווצר מצב שמפלילים על מחשבה בלבד. בנוסף, יש פגיעה בחופש הביטוי.
* ס' 242: "היודע כי ספר...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".

היודע 🡨 ס' ההמרה 90א(3) 🡨 מחשבה פלילית

במזיד 🡨 ס' ההמרה 90א(1) 🡨 מחשבה פלילית

בכוונה 🡨 ס' ההמרה 90א(2) 🡨 דרישה של הוכחת מטרה/ כוונה מיוחדת- זוהי עבירת מטרה תוצאתית.

עבירת השמדת הראיה היא דוגמה לכך שהמחוקק מכניס את הכוונה לדרישת הבסיס. העבירה הפלילית קמה רק כאשר הדבר נעשה בכוונה למנוע את השימוש בראיה. יש תועלת חברתית, והוספת דרישת הכוונה יוצרת איזון.

* עבירות הנוגעות לשיבוש בהליכי משפט- הרף המינימלי הנדרש הוא כוונה כדי לא לפגוע יותר מידי בזכויות האזרח.

**פס"ד אלבה:** עבירת פרסום הסתה לגזענות- עבירת מטרה התנהגותית.

השאלה המשפטית: כיצד יש לפרש את התיבה "דבר"?

ברק: יש לפרש את הסעיף בכך שמבחינה אובייקטיבית ה"דבר" יוביל לגזענות- משהו שמטבעו יכול להוביל לגזענות. אם נרשיע רק לפי הכוונה שבליבו של האדם, ההרשעה יכולה להיות הרשעה על כוונה בלבד.

**הלכת הצפיות**- ס' 20(ב) קובע שלעניין כוונה (יסוד נפשי חפצי ביחס לתוצאות), מספיק שהנאשם צופה את התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי (95%+) כדי שייחשב כאילו התקיים בו הרצון ממש.

מה קורה כאשר הנאשם לא רוצה שהתוצאה תקרה, אך הוא צופה את התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי?

**פס"ד קורט סיטה:** סיטה היה פרופסור לפיזיקה, ובמסגרת התפקיד נחשף לפרויקטים שקשורים למידע סודי. פנו אליו סוכנים מצ'כיה שביקשו את המידע תמורת כסף. סיטה הסכים, וכשהדבר נחשף הוא הועמד לדין על ריגול חמור. סיטה טען שס' 113(ב) דורש כוונה, והוא לא התכוון לפגוע בביטחון המדינה והיסוד הנפשי שהיה לו היה פזיזות.

ביהמ"ש: מרשיעים את סיטה למרות שהעבירה דורשת כוונה מכיוון שהוא צפה אפשרות קרובה לוודאי שמעשיו יובילו לתוצאה של פגיעה בביטחון המדינה. אם אדם צופה ב95% שהתוצאה תקרה, כביכול הוא התכוון והוכח כוונה.

ההבדל בין כוונה לבין הלכת הצפיות הוא שבכוונה האדם פועל בצורה מסוימת כדי להשיג את התוצאה. בהלכת הצפיות הנאשם פועל להשיג מטרה מסוימת, אך על הדרך הוא גורם לתוצאה האסורה. ברגע שהאדם צופה את התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי, רואים אותו כמי שהתכוון גם אם בפועל זאת לא הייתה מטרתו.

ההבל בין קלות דעת לצפיות הוא שבקלות דעת הנאשם לא רוצה שהתוצאה תקרה והצפייה אינה בהסתברות מעשית.

**הרציונל שעליו מבוסס הלכת הצפיות לעומת כוונה:**

* קוגלר- המכנה המשותף לשני מצבי הנפש הללו הגורם להם להיות זהים הוא שיש רכיב שלא נעשה בפזיזות- קיומה של בחירה או החלטה לגרום לתוצאה. גם במקרים של כוונה וגם במקרים של וודאות מעשית, האדם פועל עם מודעות שהוא פוגע בערך המוגן. בפזיזות האדם בוחר לקחת סיכון; בכוונה ובצפיות האדם בוחר לפגוע.
* פלר- בניגוד לקוגלר, פלר טוען כי לכוונה ולוודאות מעשית אין מכנה משותף. בכוונה יש לאדם רצון, לעומת הסתברות קרובה לוודאי שלאדם אין רצון. מבחינה ערכית המחוקק ראה את שני המצבים כשקולים ולכן צריך לשפוט אותם בצורה זהה. למרות השוני, הם שקולים ערכית מבחינת שיפוטם המוסרי.

לפני תיקון 39, ביהמ"ש החיל את הלכת הצפיות דרך הפסיקה. לאחר תיקון 39 המחוקק קבע את הלכת הצפיות בחקיקה. אפשר לראות שנקודת המוצא שהתקבלה היא נקודת המוצא של פלר- צפיות בהסתברות גבוהה מהווה תחליף לכוונה. יש שקילות ערכית אך לא זהות.

בעבירות כוונה תוצאתיות, לא צריך להוכיח גם צפיות וגם כוונה, אלא מספיק להוכיח שהנאשם צפה קרוב לוודאי שהתוצאה תקרה כדי לייחס אחריות פלילית.

כלל הצפיות וכלל עצימת עיניים מרחיבים את רף הכניסה המינימלי של המחשבה הפלילית. הם מורידים את רף הכניסה לעבירה, ומקלים על נטל ההוכחה של התביעה כשרוצים לייחס אחריות פלילית. ההבדל הוא שעצימת עיניים קשור למודעות, וכלל הצפיות הוא רק בעבירות כוונה תוצאתיות- קשור ליסוד הנפשי החפצי.

יש עבירות מטרה שהן עבירות התנהגותיות- כוללות רכיב של כוונה מיוחדת שצריך להוכיח. השאלה היא האם כלל הצפיות שחל על כוונה ביחס לתוצאה, יחול גם על עבירות מטרה התנהגותיות?

דוגמה: ס' 192 קובע "המאיים על אדם בכוונה להפחידו, דינו..."- עבירה התנהגותית. אין דרישה שיקרה דבר בעקבות האיומים. היסוד הנפשי ההכרתי הנדרש הוא מודעות לטיב המעשה- האיום; ומודעות לנסיבות- מדובר באדם. יש לפרש את המונח כוונה לפי ס' 90א(2)- עבירת מטרה/ כוונה מיוחדת.

החוק שותק לגבי כלל הצפיות בעבירות מטרה התנהגותיות. בפסיקה ניתן לראות שישנם כמה גישות:

**פס"ד אלבה:** הרשעה על הסתה לגזענות ע"פ ס' 144ב(א)- עבירת מטרה התנהגותית. הדיון הוא סביב תחולת הלכת הצפיות על עבירות מטרה התנהגותיות.

מצא ובך: מהרגע שהחוק קבע תחולה גורפת של הלכת הצפיות על עבירות כוונה תוצאתיות, הלכת הצפיות הפכה לכלל ולכן ברור שהיא תחול גם על עבירות מטרה התנהגותיות. ההבדל בין עבירות מטרה התנהגותיות לתוצאתיות זה ביסוד העובדתי ולא קשור ליסוד הנפשי. לא ניתן ללמוד הסדר שלילי לגבי עבירות מטרה התנהגותיות.

ברק, גולדברג, דורנר, טל, טירקל (שופטי הרוב): מציעים גישה אחרת במקום גישה גורפת- יש לנקוט בגישה גמישה יותר שמתאימה לסיטואציה. ההוכחה לכך היא שהמחוקק לא קבע באופן ברור מתי חל הלכת הצפיות. יש בעיה ללכת לפי גישה גורפת מכיוון שזה פוגע בעקרון החוקיות- תחולה גורפת מחמירה עם הנאשם. שאלת חלות הלכת הצפיות תיבחן באופן פרשני לגבי כל עבירה, כל מקרה לגופו. ביהמ"ש יצטרך לבדוק מה ראוי לעשות לפי שיקולי מדיניות, שיקולים של אינטרסים ועוד. תכלית האיסור הופך להיות אמת מידה כדי לכוון את ביהמ"ש אם להחיל את הלכת הצפיות.

**פס"ד אלגד:** אלגד שוטר שנכח במועדון בזמן קטטה. הוא מפחד שהממונים עליו יעלו על כך שעבד שם ללא היתר והוא יפוטר מהמשטרה. רצו לזמן אותו כעד אך הוא אמר שהוא לא היה במועדון. מגלים שהוא נכח והוא מועמד לדין על סעיף בהכשלת הליך שיפוטי (ס' 244). הטענה הייתה שלא הייתה כוונה לשבש הליך שיפוטי.

בייניש: מאמצת את הגישה שלא קובעים שהלכת הצפיות תהיה גורפת על כל עבירות מטרה התנהגותיות, אלא כל מקרה לגופו. במקרה הספציפי, אין ערך מוגן נגדי לערך של שמירת סדרי השלטון. הואיל והוא צפה בהסתברות קרובה לוודאי שיהיה שיבוש בהליך המשפטי, יש להחשיב זאת ככוונה.

**ביטון נ' סולטאן:** המערער פרסם בעיתון כתבות התוקפות את המשיב. מדובר בפרסום של לשון הרע.

השאלה המשפטית: מה הדין כאשר אדם מפרסם לשון הרע ללא כוונה לפגוע, אך יודע בוודאות מעשית שהוא יפגע?

ברק: הלכת הצפיות לא חלה באופן גורף, ושאלת התחולה היא שאלה פרשנית. בענייננו, הלכת הצפיות לא תחול מכיוון שמדובר בעבירת ביטוי ויש את הערך של חופש הביטוי שגובר. משכך, זה לא מצדיק להחיל את הלכת הצפיות.

ברק אומר שאי אפשר להתעלם מההבדל שקיים בין עבירות מטרה התנהגותיות לבין עבירות מטרה תוצאתיות. בעבירות מטרה תוצאתיות ישנה חומרה נוספת שמשתקפת בתוצאה, ולכן יש בסיס להנמכת היסוד הנפשי ולהחיל בצורה גורפת את הלכת הצפיות. לעומת זאת, בעבירות מטרה התנהגותיות עיקר החומרה הוא המעשה בליווי היסוד הנפשי. לכן יש להותיר לביהמ"ש את השיקול דעת בנוגע להחלת הלכת הצפיות.

**פזיזות**

תיקון 39 מחלק את דרישת היסוד הנפשי החפצי של פזיזות לשניים: אדישות וקלות דעת. בשניהם הנאשם פועל ביודעין, אך באדישות לנאשם לא אכפת אם הסיכון יתממש או לא, בניגוד לקלות דעת שהנאשם לא רוצה שהסיכון יתממש.

אם אדם לא רוצה שפעולה מסוימת תקרה, מדוע הוא ממשיך לפעול? באדישות נראה שהאדם רוצה להשיג דבר מסוים, אך כדי להשיג זאת עליו לבצע פעולה שאין לו רצון מיוחד לה. האדם יפעל לא כי הוא רוצה שא' יקרה, אלא כי הוא רוצה את ב', וא' היא תוצאת לוואי של ב'. בקלות דעת, האדם מעוניין לשמור על הערך המוגן, אך הוא עדיין בוחר לנקוט בפעולה שתביא לידי פגיעה באותו ערך (מצבים של "לי זה לא יקרה").

**קרן שפירא-אטינגר, "קלות הדעת במשפט הפלילי- האם יש משקל לדעת?":** אנשים הפועלים מתוך קלות דעת- מעוניינים שהערך המוגן לא תפגע אך בכל זאת מבצעים את המעשה, נראים לנו מבחינה מוסרית כ"רע הפחות". אולם אדם רציונלי היה נמנע מהמעשה, ולכן אדם כזה הוא או "מהמר מטורף" או "איוול מוחלט" (טיפש). הדרך להסביר את חלק מהמקרים של "הימור מטורף" הוא להראות את המקרים כ"מחשבת משאלה". מצבים אלו נובעים ממצב שהעושה מסלק את האפשרות שהתוצאה תקרה וההשקפה לא מבוססת על המציאות. האדם משכנע את עצמו שלמרות שהוא מעלה על דעתו שהתוצאה יכולה להתרחש, הוא דוחה את האפשרות הזו ומקווה שזה לא יקרה. הוא משתמש במנגנוני הגנה שגורמים להטעיה. בגלל שיש נטייה אנושית ליפות דברים, האדם הופך את הסיכון לתיאורטי.

עם זאת, רוב האנשים שמייצגים את קלות הדעת הם אנשים עם מודעות חלקית. אותם אנשים מרוכזים ונותנים את דעתם אך לא עד הסוף- נמצאים במצב של "טייס אוטומטי".

מושג המודעות הוא יותר מורכב מ"או הכל או כלום", ויש להבינו בצורה פחות בינארית. 100% מודעות זה "המהמר המטורף" ו-0% מודעות זה הרשלן. במצבי הביניים, ביהמ"ש יצטרך להחליט לאן לדחוף את המקרה. אם יש מודעות חלקית, או שביהמ"ש יחליט שהייתה מודעות מלאה וירשיע, או שהיא הייתה מספיק חלקית כדי להרשיע ברשלנות.

ניתן להבין את מושג המודעות בשני מישורים:

1. רוחב המודעות- מודעות להסתברות קרות התוצאה (ציר ה-x).
2. עומק המודעות- מידת הריכוז ותשומת הלב של הנאשם בעת ביצוע המעשה (ציר ה-y).

המהמר המטורף/ האיוול המוחלט יהיו מודעים להסתברות ומרוכזים ברמה גבוהה. הרשלן יהיה על ראשית הצירים מכיוון שאין לו מודעות כלל. כל הטיפוסים שבאמצע הם מצבים של קלות דעת. המשפט הישראלי מכיר רק בציר ה-x, כלומר רק במודעות להסתברות קרות התוצאה. לכן, אטינגר מציעה להרחיב את מושג קלות הדעת ע"י בחינת עומק המודעות. היא מציעה הצעה נוספת של הוספת קטגוריית ביניים בין רשלנות למחשבה פלילית- יש לחלק את קלות הדעת לכמה מצבים. כך ניתן לייחס לנאשמים את מידת האשמה המדויקת יותר לנסיבות ומידת האשם.

יש להפריד את פעולה שנעשית בקלות דעת מפעולה שנעשית ברשלנות. בקלות דעת, האדם לחלוטין מודע לכך שהמעשים שלו יגרמו לתוצאה מסוימת. לעומת זאת, הרשלן נוטל סיכון סביר אך הוא אינו מודע לתוצאה שעלולה לקרות.

**סיכון בלתי סביר**- בהגדרת של קלות דעת המחוקק מגדיר שהאדם יורשע רק אם לקח "סיכון בלתי סביר". לעומת זאת, בהגדרה של אדישות המחוקק אינו מזכיר נטילת סיכון בלתי סביר. עם זאת, באדישות יש דרישה של נטילת סיכון בלתי סביר. לכן אם אדם לקח סיכון סביר ופעל בשוויון נפש, הוא לא נכנס לגדר של אדישות. הסיבה שהאדם יורשע רק אם לקח סיכון בלתי סביר הוא מכיוון שלא רצו להכביד על התביעה במקרים של אדישות. אם אדם פעל באופן סביר, אין יסוד נפשי של פזיזות.

לעומת זאת, קיים וויכוח לגבי דרישת הסבירות ביסוד נפשי של כוונה:

קרמניצר- גם אם אדם פועל בכוונה, התביעה צריכה להוכיח שהוא נטל סיכון בלתי סביר. הסיבה שהיא לא נכתבה היא שלרוב כשאדם פועל מתוך רצון לפגוע בערך המוגן, הגיוני יותר שפעל מתוך נטילת סיכון בלתי סביר.

קוגלר- לא צריך להוכיח נטילת סיכון בלתי-סביר. גם אם הסיכון סביר, זה שהאדם פעל מתך רצון מספיק להרשעה.

**פס"ד צור:** חבורת מטיילים יצאו לטייל בנחל, והמדריכים צפו בהסתברות לא גבוהה שיהיה שיטפון והיו מודעים לזה. הם התלבטו אם לצאת לטיול, והחליטו שכן. מתחיל שיטפון והמטיילים מתים. מעמידים את המדריכים לגרימת מוות ברשלנות- לא צפו שהמוות תקרה במקום שאדם מן היישוב היה צופה.

שלום: בכניסה לנחל אדם סביר לא היה צופה שהשיטפון תקרה. לא הייתה צפייה בכוח ולכן לא היה יסוד נפשי של רשלנות, ומשכך ולא מרשיעים אותם.

מחוזי: מרשיעים בגרימת מוות ברשלנות.

עליון: מזכים את המדריכים מכיוון שהסיכון שלקחו היה סביר. מול הנזק יש לשקול גם את התועלת שקרתה לפרט ולחברה, את ההסתברות הנמוכה, ובאיזון בין אינטרסים. יש סיכונים שניתן לקחת בגלל שהסיכון סביר.

**פס"ד מזרחי:** מזרחי נוהג בכביש בין עירוני במהירות המותרת. ילדים מגיעים 3 נתיבים משמאלו, הוא מאט, אך משאית עוברת, מסתירה את הילדים והוא דורס אותם למוות.

דעת הרוב: אצל ילדים צריך לצפות הכל ולכן הסיכון שלקח היה בלתי סביר.

זוסמן (מיעוט): הסיכון שלקח היה סביר, שכן ברגע שראה את הילדים הוא האט ל-50 קמ"ש בכביש בין עירוני.

בוחנים סיכון סביר לפי סוג הנזק (חיים/ גוף/ רכוש); עוצמת הנזק; דרגת ההסתברות שהנזק תקרה; והתועלת שתצמח מההתנהגות.

**קלות דעת במשפט הגרמני**

המשפט הגרמני מכבד את עקרון האשם ונותן מקום לכבוד האדם שמהווה זכות מוחלטת. תפיסה זו קשורה ללקחים שנלמד אצלם ממלחמת עולם השנייה. עולם המחשבה הפלילית כוללת כוונה ישירה (רצון), כוונה עקיפה (הלכת הצפיות) ואדישות. לעומת זאת, המקרים שמסמלים את הרשלנות הם המקרים שבהם אדם נוטל סיכון בלתי סביר, בין אם עשה זאת ביודעין או לא. החיתוך נעשה בין כוונה ומחשבה פלילית לבין סיכון בלתי סביר, מכיוון שנקודת ההבדל היא בחירה. אדם פוגע בערך מוגן מבחירה כאשר זה נעשה בכוונה, בצפיות גבוהה או ללא אכפתיות. מי שפועל ברשלנות לא יישא באחריות פלילית מכיוון שאין מספיק אנטי-חברתיות.

קו הגבול של המשפט הגרמני נכנס בין האדישות לקלות דעת. האדישות מסמלת את הקו התחתון מכיוון שניתן לומר שהאדם בחר לפגוע. בקלות דעת, האדם קיווה שלא לפגוע ולכן אין כאן בחירה במובן האנטי-חברתי. לכן המשפט הגרמני מצמצם את דוקטרינת המחשבה הפלילית ע"י העברת קלות דעת לרשלנות.

במשפט הישראלי החיתוך הוא בין קלות דעת לרשלנות. בתיקון 39 הכניסו את האדישות והבחנה זו נאמנה לעקרון האשם. תיקון 39 קיווה שהמחוקק יוכל להשתמש בהבחנה בין אדישות לקלות דעת כדי להגדיר עבירות שהיסוד המינימלי הוא אדישות ורואים שזה נעשה בעבירות ההמתה.

**רשלנות**

ס' 21 קובע את ההגדרה של רשלנות- אי מודעות לטיב המעשה, או לקיום הנסיבות או לגרימת התוצאה, כשאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע. רשלנות היא היסוד הנפשי הפחות חמור, אך היא משקפת מידה של אשמה המצדיקה להטיל אחריות. ברירת המחדל בעבירה היא מחשבה פלילית, ולכן אם המחוקק רוצה שהיסוד הנפשי יהיה רשלנות הוא חייב להגדיר זאת בעבירה. לא נמצא יסוד נפשי של רשלנות לעבירות עם עונש מעל ל-3 שנים, כי הן לא מספיק חמורות.

קיימת מחלוקת בספרות לגבי השאלה האם יסוד נפשי של רשלנות מקימה בסיס שהוא מספיק להפללה. יש מלומדים החושבים שעל אף שיש אנטי-חברתיות מסוימת, עדיין לא נכון להפליל ברשלנות ממספר סיבות:

1. אשם- בחירה נגזרת מעקרון האוטונומיה, והטענה היא שמי שלא היה מודע שהמעשים שלו יפגעו בערך המוגן לא בחר לפגוע בערך המוגן. בגלל שברשלנות אין בחירה אין בסיס לאשם.
2. חוסר הגינות- טבע האדם להיות רשלן, ואין דרך לחיות חיים נורמליים בלי להיות רשלנים. המשפט הפלילי נועד להפליל את ה"לא נורמלי". אם מצבי רשלנות שכיחים, המשפט הפלילי לא צריך להתייחס אליהם.
3. הקושי בהרתעה- אי אפשר להרתיע רשלנים, כי האדם לא היה מודע ולכן העונש לא ירתיע במקום שיש חוסר מודעות. קשה לייצר תמריצים מול אנשים שלא מודעים.
4. הרתעת יתר- אם אנשים ידעו שמפלילים אותם על דברים שהם לא יודעים הם יפחדו לחיות. זה ייצור אפקט מצנן על ההעזה של אנשים לחיות חיים נורמליים.

תשובה לטענות:

1. מישור האשם- גם ברשלנות יש מישור של בחירה, והבחירה היא לא לשים לב והיא חלק מבחירה ערכית. יש כאן מחדל מנטלי והאדם בוחר לא לשים לב לסביבתו.
2. הרתעה- הפללת רשלנות תיצור נורמות של זהירות ואנשים יחדדו את החושים שלהם.
3. הרתעת יתר- הדרך להתמודד עם התרעת יתר היא צמצום עבירות הרשלנות. רק במקרים מאוד ספציפיים וכשיש פגיעה בערך חברתי חמור ומוגן ביותר נפליל ברשלנות.

**יסודות הרשלנות**

1. אי מודעות לטיב המעשה, או לקיום הנסיבות או לגרימת התוצאה- מספיק להראות שלא הייתה מודעות לאחד מפרטי היסוד העובדתי כדי להפליל ברשלנות. מדובר בחוסר מודעות סובייקטיבית של הנאשם.
2. כדי שרשלנות תקום כיסוד נפשי, צריך להראות שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע בנסיבות העניין. צריך להוכיח את המודעות בכוח- המודעות הופכת מסובייקטיבית לאובייקטיבית.

**פס"ד בש:** אדם משליך את המקרר בחצר כגרוטאה. שני ילדים נכנסים לחצר, הם משחקים עם המקרר, נכנסים אליו ונחנקים למוות. מעמידים את בש לגרימת מוות ברשלנות.

הטענה: לא הייתה לו צפיות סובייקטיבית שהילדים יכנסו לחצר וישחקו עם המקרר, וגם לא הייתה צפיות אובייקטיבית מכיוון שהשכנים גם לא היו מעלים את זה על דעתם. מתייחס לאדם הסביר מלשון הסתברות.

נקבע: מרשיעים את בש בגרימת מוות ברשלנות. ביהמ"ש הופך את המושג "האדם הסביר" ממושג אמפירי למושג נורמטיבי- מה ראוי ונכון שאנשים יחשבו. האדם הסביר הוא לא האדם הממוצע, אלא אדם סביר ששואף להכי טוב שלו. הדגש הוא על מידת הזהירות שראוי שאנשים יפגינו. ביהמ"ש הופך את דוקטרינת הרשלנות לדוקטרינה שאפשר לייצר בעזרתה סטנדרטים של התנהגות ומודעות.

לאחר הלכת בש הייתה ביקורת על ביהמ"ש מכיוון שהם הגדירו את האדם הסביר כמעין מלאך. תיקון 39 מחליף את הביטוי "אדם סביר" ל"אדם מן היישוב". החלפה זו נועדה להבהיר לביהמ"ש שהכוונה לבחון איך הנאשם פעל ביחס לאנשים מן היישוב שהם לא מושלמים. בפועל, ניתן לראות שאין שינוי מגמתי משמעותי בפסיקה אחרי התיקון.

כיצד יש לעצב את מודל הרשלנות? עד כמה יש להתאים את האדם הממוצע לנאשם הקונקרטי? ישנן שתי גישות:

1. רשלנות אובייקטיבית- בוחנים את ההתנהגות לפי האדם הממוצע אליו אנו רוצים לשאוף. משווים את כולם לאותו הסטנדרט. הרציונל הוא לייצר הגנה על הערך המוגן שתהיה שווה לכולם. הביקורת היא שגישה זו מקשה מידי עם נאשמים הנמצאים מתחת לממוצע, ומקלה מידי עם נאשמים הנמצאים מעל לממוצע.
2. רשלנות סובייקטיבית- בוחנים את התנהגות האדם לפי התכונות האישיות שלו. המודל הסובייקטיבי מתאים את עצמו לנאשם. שיטת המשפט הגרמני אימצו את המודל הסובייקטיבי בכך שהיסוד הנפשי צריך להתמקד בנאשם עצמו וככה זה יותר נאמן לעקרון האשמה. הביקורת היא שהבאת בחשבון תכונותיו של הנאשם עלולה להביא לסטראוטיפ לאוכלוסייה מסוימת.

הפסיקה בישראל הולכת אחר רשלנות אובייקטיבית. קרמניצר הציע לפרש את "בנסיבות העניין" לא רק כנסיבות חיצוניות אלא גם נסיבות אינדיבידואליות. כך זה יגדיל את הדמיון בין האדם מן היישוב לנאשם הקונקרטי. בפועל הפסיקה לא אימצה בצורה גורפת את ההצעה. עם זאת, ניתן לראות שביהמ"ש מרמז בפס"ד יעקובוב שהצפייה הסבירה לא מנותקת לחלוטין מצפיית הנאשם.

בתיקון 39 המחוקק קבע שכדי להפליל ברשלנות, צריך שיהיה כתוב במפורש "רשלנות" בהגדרת העבירה. מה קורה בעבירות שנחקקו לפי תיקון 39? ס' 90א קובע שאם כתוב המונח "התרשלות"= רשלנות. בנוסף, ניתן להיתקל בעבירות ישנות שיש בהגדרתן שימוש במונחים של סבירות, וזהו רמז שמדובר בעבירת רשלנות.

דוגמה: ס' 340 קובע "המשאיר או מפקיר דבר שיש לילדים גישה אליו, ויש יסוד סביר להניח שהילדים ישחקו בדבר..."- המושג "יסוד סביר להניח" מרמז שמדובר ברשלנות.

ס' 90א(4) קובע שאם בעבירה כתוב ש"יש לו יסוד להניח", מדובר בדרישה של מחשבה פלילית ורואים את זה כעצימת עיניים, בניגוד ל"יסוד **סביר** להניח" ואז מדברים על רשלנות.

**הרפורמה בעבירות ההמתה**

בדין הישן היו שלוש עבירות המתה מרכזיות: עבירת הרצח שכללה גרימת מוות בכוונה תחילה, והעונש היה מאסר עולם חובה. לצידה עבירת ההריגה שכללה כל גרימת מוות מודעת אחרת והעונש היה 20 שנות מאסר, ואחריה עבירת גרימת מוות ברשלנות. הבעיה היא שעבירת ההריגה רחבה מאוד, ויכולה להכליל מצבים שהם על גבול הרשלנות. בנוסף, היו מצבים של מקרים חמורים שלא הצליחו להכניס אותם להגדרת הרצח מכיוון שלא הצליחו להוכיח כוונה תחילה.

לכן הציעו רפורמה המתאימה את העבירה למידת האשמה:

* רצח בנסיבות מחמירות- מאסר עולם חובה+ פתח מילוט אם יש תחושה שרצח בנסיבות מחמירות חמור מידי וניתן להאשים ברצח בסיסי. ישנה דרישה שהרצח היה לאחר תהליך של תכנון וגיבוש החלטה.
* רצח בסיסי- יסוד נפשי של כוונה ואדישות- מאסר עולם כעונש מרבי ולא כעונש חובה. החידוש הוא פיצול לאדישות וקלות דעת.
* המתה בנסיבות של אחריות מופחתת- מאסר 20 שנה/ 15 שנה.
* המתה בקלות דעת- מאסר 12 שנה.
* גרימת מוות ברשלנות- מאסר 3 שנים.

עד הרפורמה, אדישות וקלות דעת היו שתיהן תחת הכותרת של פזיזות. המדרג הישן הביא לתוצאות אבסורדיות מכיוון שלעיתים היו מאשימים ברצח גם על קלות דעת (המתה של אב, אם, סב או סבתא). מכיוון שלעבירת הרצח יש תיוג כ"כ חמור, נקבע שרצח יהיה רק בכוונה או אדישות, והמתה בקלות דעת תהיה עבירה נפרדת.

הדילמה המרכזית היא לגבי הענישה בעבירת הרצח הבסיסית. הכוונה הייתה שיהיה שימוש נרחב יותר במאסר עולם, אך השופטים לא קיבלו את התזה ועד היום לא פסקו עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח הבסיסית.

הפגם המוסרי ברצח בנסיבות מחמירות הוא האפשרות לשקול את המעשים. בכוונה תחילה המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית. תכנון מכניס בתוכו את תהליך השקילות, אבל יש מקרים שבהם לא יהיה תכנון אך יהיה מצב של שקילות.

ברפורמה החדשה יש פתח מילוט. יש מקרים שבהם צריך לתת לביהמ"ש להפעיל שיקול דעת, לחומרה או לקולא. אם יש נסיבות מיוחדות, ביהמ"ש רשאי להעניש בעבירת הרצח הבסיסית. ביהמ"ש צריך בראש ובראשונה לשקול את התיוג החמור שיש לרצח. המתת חסד תמיד תיכנס לנסיבות מחמירות כי מדובר בחסר ישע ויש תכנון והכנה, אך היא לא מבטאת אשמה נכונה ומתייגת תיוג שגוי. לכן הפתרון הוא פתח המילוט- הפללה בעבירת רצח בסיסית, אך הפגם צריך להיות במעשה עצמו. צריך מאזן הסתברויות כשמדובר בפתח המילוט.

הלכת הצפיות- אם אדם צפה בהסתברות גבוהה אך לא בקרבה לוודאות, ניתן לראות את האדם כאדיש.

בהמתה בנסיבות של אחריות מופחתת ישנן כמה נסיבות:

* מצוקה נפשית קשה עקב התעללות חמורה ומתמשכת.
* קנטור
* הפרעה נפשית חמורה
* סטייה מסייגים לאחריות פלילית
* חזקות של אדישות

מדובר באחריות מופחתת ולא בענישה מופחתת כי המעשה משקף מידת אשמה נמוכה יותר. זה התיוג הנכון של המעשה.

בעבר קנטור היה חלק מעבירת ההריגה, וכיום הוא חלק מהמתה בנסיבות של אחריות מופחתת. המונח קנטור בדין הישן זכה להרבה ביקורת מכיוון שהפסיקה החדירה לנוסח מבחן אובייקטיבי של אדם סביר שאין לו רמז בחקיקה. במובן המוסרי, לא הגיוני שנגיד שבנסיבות העניין האדם איבד שיקול דעת ולכן רצח. ההצדקות לכך שקנטור לא יהיה תחת הגדרת הרצח הוא הוא שיש התחשבות בחולשת הטבע האנושי. בנוסף, אדם שמגיב באופן ספונטאני במצב של זעם הנובע מהתגרות עלול להתקשות מאוד לשקול את התוצאה המוסרית של מעשיו. בנוסח החדש של קנטור לא השתמשו במילה "קנטור" ונכתב מבחן חדש הכולל שני תנאים:

1. תנאי סובייקטיבי- בעקבות ההתגרות, הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו ואיבד את שיקול הדעת.
2. תנאי נורמטיבי- רק מעשה בלתי-לגיטימי במהותו מנקודת מבט חברתית ומוסרית ייחשב לקנטור.

שימוש במבחן האדם הסביר יוצר נורמליות של ההתנהגות, ולכן בנוסח החדש מזניחים אותו ומשאירים את המבחן הנורמטיבי- מבחן מיתון האשמה. מבחני הקנטור יכולים לבוא לידי ביטוי רק לאחר שבוצעה התגרות, אך לא כל אמירה עוברת את רף ההתגרות.

דוגמאות של המתה בקלות דעת הן נהיגה מסוכנת; משחק בנשק; קריסות מבנים; מסיעי מחבלים; אסון צפית ועוד. יכולים להיות מצבים שדוגמאות אלה יכנסו לאדישות אך זה מקרים חריגים. במקרה של נהיגה מסוכנת הוא מסכן את עצמו ואת הנוסעים עימו ברכב, וקשה להגיד שהוא אדיש לגבי חייו ולגבי חיי ילדיו, חבריו וכו'.

**צורות נגזרות של אחריות פלילית**

ניתן להפליל רק כאשר מתקיימים כל פרטי היסוד העובדתי והנפשי. ישנם מצבים בהם חורגים מקיום העבירה המושלמת שכל יסודותיה הושלמו. במקרים של צורות נגזרות של אחריות פלילית, מייחסים איזושהי אחריות למרות שלא מתקיימים כל היסודות. מה שמאפיין אותן הוא שאין להן קיום עצמאי במובן שקיומן נגזר מקיומה של עבירה מושלמת עצמאית או מניסיון. הפרק מתחלק לשני תתי פרקים:

1. דוקטרינת הניסיון- תנאים שבהם נטיל אחריות פלילית בגין ניסיון לעבירה.
2. צדדים לעבירה- אחריות של צדדים שונים לעבירה, שהם לא בהכרח המבצע הישיר והעיקרי של העבירה.

**ניסיון**

דוקטרינת הניסיון מסתכלת על מצב שאדם לא מבצע את כל יסודות העבירה. לדוגמה, פלוני מנסה להרוג אדם אך מפספס. אין תוצאה, ולכן השאלה מבחינת שיפוט מוסרי היא כיצד מסתכלים על המצב? מבחינת העושה, הוא השלים את כל מה שתלוי בו וגם התכוון ורצה בגרימת המוות. לכן הטענה היא שלמרות שאין נזק לאובייקט הקונקרטי, עדיין יש נזק לערך המוגן. אנו רוצים לנטרל מצבים של מזל ולבסס את האחריות הפלילית על אשם וסיכון פוטנציאלי במעשה.

כיצד מסתכלים על מצב שבו יש גורם חיצוני שמונע את ביצוע המעשה? לדוגמה, פלוני מכוון אקדח על מישהו, אך פתאום מגיע שוטר. האדם לא ביצע את כל יסודות העבירה, שכן לבסוף הוא לא ירה. ניתן לטעון שבאופן תיאורטי אולי האדם היה מתחרט. אנחנו מתרחקים יותר מהשלמת העבירה.

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

שיקולים המצדיקים את הענשת המנסה:

* שיקולי אשמה- הרצון להסיט את המשקל מהתוצאה אל עבר האשם המוסרי ולנטרל את אלמנט המזל (סוגיית moral luck). הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי.
* שיקולי תועלת- מעשים הבאים בגדר ניסיון בלבד מצביעים על נחישותו הפלילית של המנסה להוציא לפועל את מזימתו העבריינית. קיים חשש שהמנסה שלא הצליח פעם אחת, ישוב וינסה להגשים את מזימתו פעם נוספת.

החוקר אנטוני דאף אומר שבמצבים של ניסיון יש איום לפגיעה בערך המוגן. לדוגמה, כשאדם יוצא לבצע פיגוע, אנחנו לא אומרים שהתבצע הפיגוע רק אם יש נפגעים. אם אדם יוצא לבצע עבירה, הוא כבר פתח באיום ממשי על הערך המוגן.

אם מחליטים להפליל על ניסיון, מה צריך להיות משטר הענישה? המשפט האנגלו-אמריקני קבע שלא הגיוני להעניש את המנסה כמו מבצע העבירה המושלמת. לפני תיקון 39, העונש היה מחצית מהעבירה המושלמת. תיקון 39 השווה את העונש של ניסיון לעונש של מבצע העבירה המושלמת. יש כאן הרתעה בחסר כי זה יכול לתמרץ אנשים להשלים את העבירה מכיוון שהם יודעים שהם יקבלו את אותו העונש על השלמת הביצוע.

הביקורת: יש משקל גם לתוצאות. אנשים בציבור מבחינים באנטי-חברתיות בין המקרים שבהם הייתה פגיעה לבין מקרים שלא הייתה פגיעה. אנשים חושבים שיותר נכון להפליל בחומרה רק במקרים שהייתה פגיעה ותוצאה.

ס' 34ג קובע שבניסיון של עבירות קלות (חטא- עונש עד שלושה חודשים) לא נפליל.

**ההבחנה העונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון**

ס' 25 לחוק מבחין בין מעשים המהווים "הכנה", "ניסיון" ו"עבירה מושלמת". החוק אימץ הגדרה "שלילית"- מעשה יחשב לניסיון כאשר מצד אחד יצא מגדר התנהגות מכינה בלבד; ומצד שני, היסוד העובדתי לא הושלם. ניתן לסדר את שלב ההכנה עד ביצוע העבירה על ציר. שלב ההכנה כולל סידורים מוקדמים לקראת הביצוע והוא נמצא בקצה אחד של הציר. מתחם הניסיון הוא באמצע והנאשם מתקרב לביצוע עבירה מושלמת. השלמת העבירה נמצאת בצד השני של הציר, בו היסוד העובדתי הושלם. מעשה ההכנה אינו עניש, לעומת הניסיון שניתן להעניש באופן מלא.

**מרים גור-אריה, "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון":** כותבת המאמר מסבירה את הרציונל באי-ענישה בהכנה:

* אי מסוכנות- ההנחה היא שמעשים מוקדמים כאלה אינם מסוכנים כשלעצמם. מכיוון שהם נפרדים מעצם ביצוע העבירה, הם לא יוצרים איום ממשי על הערך המוגן.
* חוסר ביסוד נפשי לפגיעה בערך המוגן- חציית הפער בין הכנה לביצוע מהווה בדר"כ תולדה של החלטה מגובשת יותר. החלטה זו הופכת את ההתנהגות של מבצע העבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי-חברתי שמצדיקה תגובה עונשית.

ישנם כמה חריגים המאפשרים ענישה על הכנה. לדוגמה, ס' 497 קובע שעצם העובדה שהאדם מחזיק חומר נפץ או חומר מסוכן מתוך כוונה לעשות בהם שימוש, מהווה עבירה עצמאית- העבירה במהותה היא עבירת הכנה. הבחירה בהתנהגות היא כשלעצמה מסוכנת ולכן ניתן להפליל. דוגמה נוספת היא ס' 499. אדם שמתכנן לבצע פשע או עוון עם אדם אחר הוא מצב בו המחוקק קובע שעצם התכנון מהווה מעשה מסוכן.

הרציונל של הענשה על עבירות ההכנה החריגות הוא שיש חשש שעצם הדיבור מגביר את הסיכון לביצוע המעשה ולפגיעה בערך המוגן. לא מפלילים על מחשבות אלא על תרגום מילולי של המחשבה למעשים. כאשר הדיבור עובר מאדם לאדם, הלחץ הקבוצתי יכול להקשות מאדם לחזור בו גם אם הוא היה רוצה. לכן האפשרות שהמעשה יתבצע עולה בהרבה.

**גבולות "מתחם הניסיון"**

הבחנה בין שלב הניסיון לשלב השלמת העבירה הוא חד וברור- כשמתמלאים כל רכיבי היסוד העובדתי מדובר בעבירה מושלמת. כשאחד או יותר מפרטי היסוד העובדתי לא התקיימו מדובר בניסיון.

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

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

שאלת תיחום קו הגבול בין הכנה לניסיון מתעוררת רק כשמדובר בניסיון בלתי מושלם. קו הגבול עמום ומטושטש.

דוגמה להבחנה: בכוונתי לבצע שוד (ס' 402) שימלא את ארנק המזומנים הריקה שלי. השלבים בביצוע העבירה:

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

באיזה שלב עוברים משלב ההכנה ונכנסים לשלב הניסיון? הקושי הוא בסיווג בין שלבים ג-ה, האם מדובר בהכנה או ניסיון. לפני תיקון 39, החוק דרש מעשה גלוי לעין שבו אפשר ללמוד על כוונה (מזכיר את מבחן החד משמעות). התיקון ביטל את ההגדרה ובחר הגדרה על דרך השלילה, ולא ניתן להגדיר מראש במדויק את נקודת הגבול המפרידה.

מבחני עזר להבחנה בין מעשה הכנה לניסיון:

* מבחן המעשה האחרון- רק כאשר אדם עשה את המעשה האחרון הנדרש מצידו לפני ביצוע העבירה הוא נכנס לגדר ניסיון. המשמעות היא הארכת שלב ההכנה וצמצום מתחם הניסיון, כך שייכלל בו רק הניסיון המושלם. מבחן זה לא התקבל, שכן הוא מקל מידי עם אנשים שהיו קרובים להשלמת הרכיב ההתנהגותי.
* מבחן הקרבה להשלמה (האנגלי)- תהליך ביצוע העבירה התקרב קרבה מספקת ומוחשית **להשלמת העבירה**. נקודת המוצא היאהעבירה המושלמת, וממנה בודקים אחורנית את כמות ואיכות הפעולות שנותרו להשלמתה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקה הישראלית. גור-אריה מציעה להיעזר במדדים של מקום וזמן.

במבחן הקרבה הגרמני בוחנים עד כמה התנהגות הנאשם הייתה קרובה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה, ומשם בודקים כמה הנאשם רחוק מהשלמת היסוד העובדתי. מרחיבים את מתחם הניסיון יותר מהמשפט האנגלי.

* מבחן החד משמעות- התנהגות נכללת בגדר ניסיון מקום בו החל המבצע בביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונותיו. עשוי להיות גם הפעולה הראשונה, בתנאי שמדובר במעשה גלוי שמלמד על כוונת העושה לבצע את העבירה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקתנו. פלר מדמה את המבחן ל"סרט אילם"- הניסיון מתחיל בשלב בו יהיה ברור לצופה, חד משמעית, כי העושה בסרט מתכוון לבצע עבירה.
* מבחן תחילת הביצוע (מבחן הצעד האפקטיבי)- על מנת שהמעשה יחסה תחת מתחם הניסיון, עליו להוות חוליה בשרשרת שמובילה באופן טבעי למימוש היסוד העובדתי (גם אם החולייה בתחילת השרשרת).

מבין מבחני העזר נראה שהמבחן התואם ביותר את הגדרת ס' 25 הוא מבחן "תחילת הביצוע". ס' 25 מתמקד בגבול התחתון של הביצוע, לפיו די בתחילת ביצוע אשר יצא מכלל ההכנה. אין דרישה שהמעשה יהיה האחרון והמכריע.

**פס"ד סריס:** אדם רואה אישה הולכת ותוקף אותה במטרה לאנוס אותה. התקרבה מכונית והנאשם ברח מהמקום. נטען שהוא היה רחוק מהשלמת העבירה ולכן לא ניתן להאשימו.

ברק: לא צריך שהחולייה ההתנהגותית תהיה המעשה האחרון. מספיק שהמעשים מהווים חוליה בשרשרת שמובילה באופן טבעי למילוי דרישות העבירה כדי להיכנס למתחם הניסיון. מזכיר את מבחן הקרבה הגרמני.

**פס"ד ברויאר:** ניסיון לשוד בנק. הנאשם הגיע מספר פעמים ועזב. בפעם שבא לבצע את השוד נעצר ע"י המשטרה.

לוי: במחוזי השתמשו במבחן הקרבה להשלמה ומזכים. לוי משתמש במבחן החד-משמעות המרחיב יותר ומרשיע.

המחוקק לא בחר במבחן ברור כדי לאפשר לשופטים להפעיל שיקול דעת ולבחון את הנסיבות. בחינת הפער בין ההכנה לניסיון משתנה בין העובדות, סוג העבירה, מצבו של הנאשם וכו'.

**סוגיית הניסיון הבלתי-צליח (impossibility)**

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

* ניסיון צליח- מצב בו השלמת העבירה יכולה להצליח אך נכשלה. "הניסיון שלא הצליח"- העושה ביצע את כל הפעולות הנדרשות מצידו להשלמת העבירה אך נכשל בגלל ביצוע כושל שנבע מהתנהגותו; לפני שהשלים את העבירה התחרט ונסוג מהביצוע; ניסיון שסוכל ע"י גורם חיצוני שמנע/ הפריע/ הפסיק את ביצוע.
* ניסיון בלתי-צליח- מצב בו הביצוע נועד לכישלון מראש מחמת חוסר אפשרות אובייקטיבית להשלים את העבירה.

ס' 26 קובע שניסיונות בלתי-צליחים דינם כניסיונות צליחים. יש כאן ביטוי לעקרון האשמה שאנו שופטים את האדם לפי מצב הדברים שהוא דימה ולכן עדיין ניתן להרשיע בניסיון בלתי-צליח.

דוגמאות לסוגי ניסיון בלתי-צליח:

1. אורי יורה בגופה מתוך כוונה לרצוח אדם. חוסר צליחות **עובדתית** הנובע מהיעדר נסיבה הרלוונטית להגדרת העבירה.
2. יוני פורץ לכספת ומגלה שהיא ריקה. חוסר צליחות **עובדתית** הנובע מנסיבה שאינה חלק מהגדרת העבירה.
3. אורן מנסה להמית אדם בכמות רעל שאינה מספקת. חוסר צליחות **עובדתית** הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת המידה/ הכמות.
4. יואב מנסה לרעיל אדם באמצעות סוכר, מתוך אמונה שמדובר ברעל. חוסר צליחות **עובדתית** הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת טיבם/ מהותם.
5. 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 בתפיסת המציאות ולא במצב דברים.
6. אסף מסתיר סחורה במעבר הגבול כדי להשתמט מתשלום מכס, בלא ידיעה כי בינתיים בוטל המכס על סחורה זו. חוסר צליחות **משפטית**. העושה סבור שהוא מבצע דבר אסור, אך למעשה אין איסור (עבירה מדומה).

יש וויכוח האם הניסיון האבסורדי נכנס לתוך ס' 26, והוויכוח הוא עד כמה נשקפת סכנה לניסיונות אבסורדיים. פלר וגור-אריה אומרים שלא נכון להטיל עליהם אחריות מכיוון שלא נשקפת סכנה, ולכן אין צורך למנוע אותם דרך הרתעה.

יש הסכמה שלא ניתן להפליל על חוסר צליחות משפטית. התפיסה היא שאם אין עבירה פלילית אז אין פגיעה בערך המוגן. כל עוד אין איסור פלילי לא נייחס אחריות פלילית. רק אם הערך החברתי נתפס כערך מוגן ומוכר נפליל, ולכן נפליל רק בחוסר צליחות **עובדתית**.

**פס"ד מור-יוסף:** חייל עישן "נייס גאי" מתוך אמונה שמדובר בסם בלתי-חוקי. בזמן האירוע חלק מהתרכובות הנושאות את השם לא נאסרו בפקודת הסמים המסוכנים. לכן לא הוכח שהחומר שעישן היה בלתי-חוקי.

נאור: מדובר בטעות במצב משפטי ולא לא ניתן להרשיע, שכן זה לא תואם את עקרון החוקיות.

יש תפיסה אובייקטיבית וסובייקטיבית לניסיונות בלתי-צליחים:

* התפיסה האובייקטיבית- הרציונל להטלת אחריות פלילית היא בגלל **הסכנה במעשה**. הרעיון הוא שהדגש על הסכנה עצמה מחייב להגדיר את העבירה כסכנה אובייקטיבית לגרימת נזק. לכן ניסיונות בלתי-צליחים לא ניתנים להפללה מכיוון שהם אינם מסוכנים.
* התפיסה הסובייקטיבית- הרציונל להטלת האחריות הוא **המסוכנות של העושה** וזה נובע מנחישותו לבצע את העבירה. מסתכלים על אותם אנשים כהזדמנות שהתפספסה, אך לומדים ממעשיו על האנטי-חברתיות שלו. רוצים להקדים תרופה למכה ולכן נפליל אותו, והמשפט הישראלי אימץ את הגישה הזו.

**היסוד הנפשי של עבירת ניסיון**

ס' 25 קובע ש"אדם מנסה לעבור עבירה, אם **במטרה לבצעה** עשה מעשה..."- היסוד הנפשי הנדרש כפול:

1. היסוד הנפשי הנדרש בהגדרת העבירה המושלמת (בניסיון בלתי צליח- הכרה מוטעית לגבי מצב הדברים בהם מותנה העבירה).
2. יסוד נפשי מיוחד של **מטרה** לבצע את העבירה. כלומר שאיפה/ רצון להשלים את העבירה המושלמת.

מהו הרציונל לדרישת המטרה המתווספת לדרישת היסוד הנפשי הקבועה בעבירה? לפי תפיסה מקובלת, המטרה נועדה "לפצות" את החסר הקיים במישור העובדתי. בגלל שהיסוד העובדתי חלש, נפצה עם יסוד נפשי חזק ודרישה של כוונה.

**פס"ד קובקוב:** הנאשם רוצה לנקום על הפיגוע בדולפינריום. הוא מכין בקבוקי תבערה ומתקרב למסגד כדי לזרוק אותם. הוא רואה באזור שוטרים והולך לכיוון יפו במקום. בדרך עוצרים אותו ומאשימים בניסיון הצתה וניסיון לחבלה חמורה. הנאשם טען כי לא הייתה כוונה להשלים את העבירה אלא התחלת גיבושה בלבד.

נקבע: קיבלו את טענתו. צריך להראות שהנאשם התכוון לבצע את העבירה, ותחילת הגיבוש אינה מספיקה.

מה קורה כשלא ניתן לראות שהאדם רצה להשלים את העבירה, אך הוא צפה בקרבה לוודאות שהמעשים ישלימו את העבירה? ס' 34ד קובע שאם לא נאמר שהלכה מסוימת לא חלה על מקרה מסוים, היא חלה. לכן, ניתן להחיל את הלכת הצפיות על עבירות ניסיון ולהוכיח צפייה לקרבה וודאית, ללא צורך בהוכחת רצון.

**פטור עקב חרטה- ס' 28**

ס' 28 לחוק העונשין קובע שמי שניסה לעבור עבירה לא יישא באחריות פלילית אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד הוא התחרט. יש כאן טענת הגנה של הנאשם, ומי שצריך ליזום את העלאת ההגנה הוא הנאשם.

לפני תיקון 39, חרטת המנסה הוכרה רק כנסיבה היכולה לתרום להקל בעונש. כיום בעקבות התיקון, בהתמלא תנאי ס' 28, המנסה פטור מאחריות פלילית. יש כאן מעין איזון- מצד אחד מחמירים את דינו המקסימלי של המנסה ומשווים למבצע העבירה המושלמת, אך מצד שני אם המנסה מתחרט הוא לא יישא באחריות פלילית ופוטרים אותו.

השיקולים העומדים ביסודו של מתן פטור:

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

הסייג הוא סייג של פטור, שכן הוא ניתן בגלל שהאדם התחרט וניסה למנוע אח"כ את העבירה.

כל הדיון סביב ס' 28 מותנה בכך שהתקיים ניסיון. קודם כל צריך להוכיח את רכיבי הניסיון לבצע עבירה, ורק אח"כ אפשר לעבור לסייג של חרטה. ישנם שני תנאים מצטברים לגבי הלך נפשו של הנאשם:

1. חפץ נפשו בלבד- תנאי של יסוד נפשי, חדילה מרצון אישי ולא בעקבות לחץ של גורם חיצוני.
2. מתוך חרטה.

מהי אותה חרטה?

**פס"ד מצראווה:** מצראווה מנסה לאנוס את הקורבן, אך היא ספורטאית ולכן נתנה לו מכות רבות. הוא טוען שהתחרט.

נקבע: החרטה נבעה ממקור חיצוני ולכן זה לא נחשב כחרטה. אי השלמת העבירה לא באה מחפץ נפשו.

גישת פס"ד מצראווה- נדרשת **חרטה אתנית ומוסרית**. מדובר בבעל תשובה ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות. גישה זו רווחת בפסיקה שלאחר התיקון. אם הנאשם מתחרט משיקולים תועלתניים נטען שהוא יחפש מצב אחר בו יוכל לבצע את העבירה ולכן לא נקבל את החרטה.

גישת פס"ד נחושתן- יש לבכר כל סוג של חרטה שתצמיח בפועל תוצאה אופטימאלית ושתביא לסיכול העבירה. יש לתת פטור גם כשלא היה מניע מוסרי. גישה זו מקובלת במשפט האירופאי.

**פס"ד פלוני:** אדם מנסה לחנוק את ביתו, ומתחרט לאחר שחשב שאיבדה הכרה ומזמין אמבולנס. הוא טוען לחרטה.

ג'ובראן: רוב שיטות המשפט לא דורשות חרטה מוסרית אלא מסתפקות שהחרטה של הנאשם נבעה משיקולים רצוניים. רוצים לתת לאנשים תמריץ לחזור בהם, ולכן גם אם אדם מוצא את עצמו בשלב הביצוע וחוזר בו מתוך שיקול תועלתני/ כלכלי וכו', ניתן להם את הפטור. אם ניתן את הפטור רק ל"בעלי תשובה גדולים", הפטור לעולם לא יינתן מכיוון שאדם כזה מלכתחילה לא נכנס למצבים האלה. פס"ד זה חוזר לגישת נחושתן.

פסק הדין בעייתי, מכיוון שכל הדיון של ג'ובראן נעשה באוביטר ולכן אין הפיכה של הלכת מצראווה.

ס' 28 אינו מסתפק בחרטה פנימית, אלא דורש מעשה. טיב המעשה תלוי בשלב אליו הגיע בניסיון:

* אם מדובר בניסיון בלתי מושלם- די שיחדל מהמעשה.
* אם מדובר בניסיון המושלם- בעבירה התנהגותית, נפליל את הנאשם. אך אם מדובר בעבירה תוצאתית הנאשם נדרש לתרום "תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה".

מהי תרומה של ממש? האם תרומתו צריכה להיות בפועל למנוע את השלמת העבירה או שדי בכך שהיא תהא בעלת פוטנציאל למנוע את העבירה? ע"פ פס"ד פלוני די שתהיה משמעותית בעלת פוטנציאל.

**עבירות ניסיון עצמאיות**

בחלק הספציפי של חוק העונשין פזורות עבירות ניסיון עצמאיות המוגדרות כעבירות ספציפיות- קיומן אינו נגזר מקיומן של עבירה מושלמת+ הלבשת דוקטרינת הניסיון שבס' 25.

דוגמאות: ס' 329(א)(2); ס' 294(א); ס' 403.

למה צריך עבירות ניסיון בחלק הספציפי? לפני התיקון, העונש על ניסיון היה מחצית מהעונש של העבירה המושלמת. המחוקק ראה עבירות שהוא רצה לתת עונש הגדול מחצי ולכן קבע עבירות ניסיון עצמאיות. עם זאת, לאחר התיקון נוצרה אפשרות לענישה מקסימלית על עבירות הניסיון. משכך, מה עושים עם עבירות הניסיון העצמאיות? בדר"כ דין ספציפי גובר על דין כללי, אך נקבע שכל עוד בהוראה הספציפית אין שלילה מפורשת של הוראה מהחלק הכללי, נשתמש בחלק הכללי של דיני הניסיון ונחיל את הדינים הכלליים. עם זאת, המלומדים אומרים שלא ראוי להחיל את דיני החלק הכללי על כל דיני הניסיון כי נקבל אבסורד של ניסיון לניסיון (בעבירות ניסיון עצמאיות) וניסיון להכנה (עבירות הכנה).

שחר אלדר במאמרו מציג מבט ביקורתי על דוקטרינת הניסיון:

* האם ראוי להכפיף דוקטרינה מדרגית במהותה (מאופיינת במגוון דרגות וסוגים של ניסיון) תחת קטגוריות דיכוטומיות: ניסיון/ הכנה; צליח/ בלתי-צליח?
* 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 הנמצאים בשלבים שונים בדרך לביצוע המושלם?!
* פרדוקס: בעוד שהגבול בין העבירה המושלמת לניסיון (שההבחנה ביניהם נעדרת נפקות עונשית) מותחם היטב בהגדרה הפרטנית של העבירה, הגבול ביו ניסיון לבין זיכוי אינו מותחם כמעט כלל ואין כל שאיפה להגדירו בחוק! במצב זה, עקרון החוקיות אינו ממוקם בגבול שבין האסור למותר, ולכן מאבד כל נפקות פרקטית.
* לכן שחר אלדר מציע לבטל את דוקטרינת הניסיון ולהשתמש במקום בעבירות המטרה- מפלילים אדם בנסיבות שהוא מנסה להשיג משהו רחב, אך בפועל השיג רק חלק ממנו. אם משתמשים בנוסח של עבירת מטרה תהיה ההגדרה מדויקת מה מותר ומה אסור וכך זה מתיישב עם עקרון החוקיות, בניגוד לניסיון שהוא עמום מאוד. הדרישה של מטרה יוצרת יסוד נפשי מוגבר וזה יכול להיות מעין דרך לעקוף את הבעייתיות של דוקטרינת הניסיון.

**פס"ד אלדד בן-גיא:** הנאשם הורשע בעבירות של ניסיון למעשה מגונה וניסיון להטרדה מינית. תחקירן התחזה לילדה בת 13 באתר, הנאשם פנה אליה וניהל שיחות בעלות אופן מיני. הם קבעו להיפגש, ולבסוף נפגש עם שחקנית בת 18.

השאלה המשפטית: האם הנאשם חצה את הקו בין הכנה לניסיון? האם ניתן לומר שהניסיון היה בלתי-צליח (הרי הוא חשב שמדובר בקטינה כשבפועל היא לא)?

נקבע: מתחשבים בנסיבות האישיות של הנאשם בענישה, מדובר בניסיון בלתי צליח.

**שותפים לעבירה**

שיטות משפט מרחיבים את האחריות הפלילית כאשר אנשים שותפים לביצוע העבירה. היתרון בלייחס את העבירה ביחד הוא שכאשר כל אחד מבצע עבירה לבד העבירות פחות חמורות, אך כשמייחסים יחד ניתן להפליל על עבירה חמורה יותר. לדוגמה, אדם א' מאיים ואדם ב' גונב, אך ביחד הם ביצעו שוד שהיא עבירה חמורה יותר.

הרציונליים להרחבת האחריות הפלילית על שותפים לעבירה:

* הסיכון המוגבר- כשאדם מחליט לקשור את גורלו עם אדם אחר, הוא בוחר לוותר על שליטתו ליכולת התפתחות הדברים, היכולת להתחרט, היכולת למנוע את העבירה וכו'. יש פוטנציאל לאבדן שליטה. בנוסף, מידת האנרגיה העבריינית עשויה להיות גבוהה יותר לעומת ביצוע יחידי, מכיוון שלכל צד יש רמת מחויבות גבוהה.
* שיקולי אשם- השותף לביצוע העבירה תרם סיבתית לעבירה; הגביר את ההסתברות שהעבירה תבוצע; והפגין בהתנהגותו נכונות לפגוע בערך המוגן.

מהי המשמעות של אופייה הנגזר של אחריות שותפים? ישנן שתי גישות:

1. נגזרת מאחריות המבצע העיקרי- רק כשיש שותף עיקרי יכולה לקום אחריות למסייע ולמשדל. אם המבצע העיקרי לא הורשע, לא נוכל להטיל אחריות על שאר השותפים.
2. נגזרת מעצם ביצוע מעשה פלילי- הטלת האחריות נובעת מעצם הפסול במעשה. אם המבצע העיקרי לא יישא באחריות מכיוון שניתן לו סייג, שאר השותפים עדיין יוכלו לשאת באחריות. זוהי גם הגישה הגרמנית.

פלר תומך בגישה הראשונה, וזו הגישה שהתקבלה בישראל. לפי פלר, הסיוע והשידול הופכים להיות חלק מהעבירה רק כאשר המבצע פועל בעקבות הסיוע והשידול, וללא התחלת ביצוע אין להם משמעות פלילית. צריך להסתכל על הכל כאל אדם אחד- עקרון אחדות העבירה. לא הגיוני מבחינה אנליטית שהשותפים לא יישאו באותה עבירה. המשמעות היא שאנחנו תמיד נסתכל על האחריות של המבצע העיקרי. לדוגמה, המבצע רוצח אדם, אך למסייע יש יסוד נפשי רק של קלות דעת, עדיין נייחס לו אחריות של סיוע לרצח.

הגישה המנוגדת אומרת שהבסיס לאחריות נעוץ בהתבוננות על אחריות המבצעים כאישית וקונקרטית. האחריות של המבצעים תלויה במעשה האישי שלהם והוא נגזר בהתאם ליסוד הנפשי של כל אחד. לכן, ייתכן והמבצע יישא באחריות של רצח, והמסייע יישא באחריות של המתה בקלות דעת. ניתן לייחס אחריות לשותפים בעבירה שהיא קלה, זהה או חמורה למבצע העיקרי. גישה זו מתכתבת עם עקרון האשם הסובייקטיבי.

**סיוע**

ס' 31 קובע שהמסייע הוא "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".

הסיוע מהווה תרומה עקיפה ומשנית לביצוע העבירה העיקרית:

* עקיפה- המסייע אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי ולכן הוא עקיף.
* משנית- המסייע מהווה שותף זוטר למבצע העיקרי.

המסייע הוא השותף הרחוק ביותר מגרעין העבירה. אם נדמה את היחס בין המבצע העיקרי למסייע ע"י שני מעגלים, המבצע יהיה במעגל הפנימי והמסייע במעגל החיצוני.

תנאי מקדמי להטלת אחריות בגין סיוע לעבירה x הוא **תחילת ביצוע** של עבירה x ע"י העבריין העיקרי.

דוגמה: נתתי לאורי אקדח כדי לסייע לו בביצוע שוד.

1. אורי ביצע שוד 🡨 אני אורשע **בסיוע** לשוד.
2. אורי ביצע ניסיון לשוד 🡨 אני אורשע **בסיוע לניסיון** שוד.
3. אורי ביצע רק מעשי הכנה לקראת ביצוע שוד 🡨 **לא אורשע** כלל. לא התקיים התנאי המקדמי "נעברה עבירה".

למרות שבמקרה האחרון המסייע עשה מצידו את המעשה האחרון הדרוש להשלמת הסיוע, לא תהיה הרשעה ב"ניסיון לסיוע". הדין הישראלי קובע שניסיון לסיוע אינו עניש. פרשנות זו תומכת בגישה שהאחריות נגזרת מהמבצע העיקרי.

**היסוד העובדתי בסיוע**

ס' 31 נוקב בהגדרה כללית- "עשה מעשה", ולכן השאלה היא מה צריך להיות טיב המעשה? מהו היחס שבין ההתנהגות המסייעת לבין ביצוע העבירה העיקרית?

אין הכרח שיתקיים קש"ס בין התנהגות המסייע לבין ביצוע העבירה. **די בהתנהגות בעלת פוטנציאל** **לסייע**, גם אם בפועל לא תרמה תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה.

הביקורת: יש הרחבת יתר של המשפט הפלילי, וצריך לדרוש תרומה אפקטיבית כי ייתכן שנרשיע מסייע למרות שבפועל לא סייע. לדוג', נתינת אקדח למבצע כדי לרצוח, למרות שבפועל רצח עם סכין- עדיין נרשיע בסיוע.

בהצעה לתיקון 39 הנוסח היה "מי אשר עשה מעשה **שהיה בו** כדי לאפשר את הביצוע". בהליכי החקיקה שני המילים הושמטו בטעות והתקבל הנוסח "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע..." הבעיה היא ש"כדי" הופך ליסוד נפשי של עבירת מטרה, דבר המשאיר את תיאור המעשה כמאוד כללי.

התרומה של המסייע יכולה להיות פיזית או רוחנית. במישור הרוחני- תמיכה/ עידוד בביצוע העבירה. במישור הפיזי- עצות/ המלצות המקלות ויוצרות תנאים טובים לביצוע; נתינת אמצעים וכו'- כל דבר הגורם להקלת ביצוע העבירה.

**פס"ד יוסופוב:** המערערת ניהלה קשר עם זייד, שביצע שני פיגועים ושני ניסיונות לפיגוע, בסיוע המערערת. המערערת טענה שהיא לא עשתה מעשה אקטיבי שעזר לזייד, אלא רק לא עצרה אותו.

ריבלין: דוחה את הטענה ואומר שעצם הנוכחות שלה ליד זייד יצרה תנאים שסייעו לו להניח את מטען החבלה. הנוכחות שלה הקלה עליו בכך שלא חשדו בו. היא הייתה התשתית הלוגיסטית, והתרומה הייתה תרומה פיזית.

כדי שמעשה ייחשב כסיוע במישור העובדתי יש להראות שהיה **ייעוד מוחשי**- עבירה ספציפית וקונקרטית. צריך להראות שלמבצע העיקרי היה יעד לעבור עבירה מסוימת כשקיבל את הסיוע.

לא כל נוכחות היא אוטומטית סיוע. הפסיקה קבעה שנוכחות של אדם בעבירה שהיא לא מקרית יוצרת חזקה שהאדם לפחות מסייע, אך זו חזקה הניתנת לסתירה.

**פס"ד פלונית:** פלונית תמכה בהחלטת חברה לרצוח את המדריך של הפנימייה. היא נתנה לו אמצעים לביצוע העבירה, למשל: גיוס כסף; קנתה את הסכין ושילמה עליו; המלצות איך לשסף את גרונו של הקורבן בצורה הכי יעילה ועוד.

ברק: מוסיף למודעות יסוד נפשי של מטרה לסייע למבצע. ערעורה של פלונית נדחה והיא הורשעה בסיוע לרצח.

הגדרת העבירה מתייחסת גם לנסיבת עיתוי הסיוע- "לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה". מעשה שנעשה לאחר העבירה באופן שלא סייע לעבירה עצמה אלא סייע לעבריין, לא נחשב כסיוע. זוהי עבירה עצמאית נפרדת (ס' 260-261). רק כשהסיוע לפני המעשה או בשעת המעשה יש סיוע לעבירה. אם אדם מבטיח למבצע שהוא יחכה לו בסוף הביצוע, גם אם בפועל הוא לא מקיים את הבטחתו, ניתן להרשיע בסיוע כי המבצע הסתמך על הבטחתו ולכן זה יצר תנאים קלים יותר. הרציונל הוא שהמבצע הסתמך עליה ונתן לו ביטחון בעת ביצוע העבירה.

האם המבצע העיקרי חייב להיות מודע לסיוע שאדם מעניק לו?

דוגמה: אורן מבצע עבירת שוד. אני מעכבת בכוונה ניידת הנמצאת בדרכה לסיכול השוד, מבלי שאורן יודע שאני מקלה עליו את הביצוע. האם אחשב כמסייעת לשוד? כעקרון, אחריות בגין סיוע יהיה גם כשהמבצע אינו מודע לסיוע הניתן לו. הרציונל הוא שמודעותו של המבצע לעצם הסיוע אינה משליכה על שאלת האשם של המסייע או המבצע.

**צורת ההתנהגות הנדרשת לשם הטלת אחריות בגין סיוע**

לרוב, סיוע יהיה במעשה בעבירת מעשה, אך האם יכולה להיות סיוע במעשה לעבירה של מחדל? אדם יוצר סיכון לפלוני ונמנע מלהסיר את הסיכון, והמסייע משכנעו לעזוב- האם זה ייחשב כסיוע? כעקרון כן. השאלה היא, האם ניתן לסייע על דרך מחדל- האם הסיוע יכול להיעשות ע"י הימנעות מפעולה? בגדול, הפסיקה אומרת שכן.

דוגמאות לסיוע במחדל:

1. שתיקתו של אורן מעודדת את רוחו של אורי לבצע את העבירה שכבר החליט לבצעה.
2. יוסי אחראי חדר הכספות בבנק, מפר את חובתו לנעול את חדר הכספות לסייע לאחרים לפרוץ אל הבנק.
3. ביהמ"ש בויצמן: אי-מניעת עבירה (כשניתן למנעה) עשויה להיחשב כסיוע במחדל לאותה עבירה.

**פס"ד ויצמן:** 4 חברים נהגו ברכב ושוטר אמר להם לעצור בעקבות נהיגה פרועה. הם פגעו בשוטר, והשוטר הופקר והתבוסס בדמו עד שהוא מת. אחד אמר לנהג לנסוע, ושניים שתקו.

השאלה המשפטית: מהי אחריותם של שאר הנוסעים (לא הנהג)?

חשין: ניתן להכיר בחובה של השניים ששתקו בסיוע על דרך של מחדל. לא צריך להראות מקור חובה כשמדובר בסיוע, וזהו הביטוי לאופיו של המסייע. ברגע שיש מבצע עיקרי ואחריותו קמה, למסייע יש מקור חובה ולא צריך למצוא מקור חובה חיצוני כדי להטיל אחריות על סיוע במחדל. **מכיוון שכאן מדובר בעבירה כ"כ חמורה לא נדרשת חובה עצמאית**. חשין מדבר על שלוש אסכולות עיקריות בנוגע למקור חובה לפעול במחדל:

1. צריך לאתר מקור חובה מפורש.
2. מספיקה חובה ספציפית שנובעת מזיקה מיוחדת (לדוג' יצירת הסכנה).
3. לא צריך מקור חובה חיצוני כדי להטיל אחריות על סיוע במחדל.

חשין אומר שהוא אינו תומך באף אחת מהאסכולות והוא בעל גישה עצמאית. ככל שהעבירה חמורה יותר, משיקולי מדיניות ניטה פחות לחפש מקור חובה עצמאי. האסכולה השלישית נשענת על פלר- הביטוי לאופי הנגזר של סיוע הוא שהוא נגזר מהעבירה המרכזית, ולכן אחריות המבצע העיקרי מולבשת גם על המסייע. הבעיה היא שגישה זו מטילה חובת עשייה מבלי שיש חובה מפורשת בדין, וזה פוגע בעקרון החוקיות. דווקא לגבי המסייע יש למצוא מקור חובה עצמאי מכיוון שהוא במעגל מורחב ורחוק יותר.

**היסוד הנפשי בסיוע**

הלכות היסוד הנפשי בסיוע עברו תהפוכות מאז תיקון 39 ובפסיקה שלאחר התיקון הובעו 3 גישות ביחס ליסוד הנפשי הנדרש כלפי שני המישורים (מישור העבירה העיקרית ומישור ההתנהגות- עבירת הסיוע):

1. גישת המודעות (דעת הרוב בפס"ד פוליאקוב): מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי העבריין העיקרי, וגם מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שתתרום לביצוע העבירה (מודעות לסיוע). גישה זו הכי מרחיבה ומחמירה את היקף דוקטרינת הסיוע.
2. גישת הכוונה (דעת מיעוט בפוליאקוב): מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית+ כוונה שתבוצע (לרבות הלכת הצפיות). וגם מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שתתרום לביצוע העבירה + כוונה לסיוע (לרבות הלכת הצפיות).
3. גישת הביניים (ברק בפס"ד פלונית): מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית (ללא דרישת כוונה), וגם מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שתתרום לביצוע העבירה+ כוונה לסיוע (לרבות הלכת הצפיות).

**גישת הביניים התקבלה בפסיקה שלאחר התיקון כהלכה מחייבת**.

העובדה שתיקון 39 בחר למקם את העונש של המסייע במחצית מהעונש של המבצע, תומכת בדרישה שאין לדרוש הזדהות ורצון שהעבירה תקרה. יש להתאים את היקף התרומה של כל אחד מהשותפים לביצוע העבירה לעונש ולכן ניתן עונש מפוחת. יש מצד אחד אי-מניעת פשע ומצד שני הביצוע העיקרי, והמסייע צריך להיות באמצע. מגיעים לתוצאה הזאת ע"י דרישת כוונה במישור ההתנהגות ומודעות לאפשרות ביצוע העבירה ע"י המבצע.

בספרות הפילוסופית של המוסר ניתן לזהות שלושה רציונליים מרכזיים להפליל שותפים עקיפים:

1. יצירת סיכון- מייחסים אחריות פלילית מכיוון שהוא תרם לסיכוןשהעבירה תקרה.
2. קש"ס- מייחסים אחריות פלילית כי סיבתית הוא תרם לעבירה- אלמלא התרומה העבירה לא הייתה קורת.
3. הזדהות- מטילים אחריות מכיוון שיש לו הזדהות עם הפגיעה בערך המוגן, אינטרס והסכמה לפגיעה זו.

הסיוע במשפט הישראלי נשען בעיקר על רציונל יצירת הסיכון. אין דרישה שבפועל מעשה הסיוע יעזור ולכן רציונל הקש"ס לא מתאים. גם רציונל ההזדהות לא מתאים מכיוון שאין דרישה שלמסייע תהיה הזדהות עם הפגיעה.

**שידול**

ס' 30 קובע שמשדל הוא "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, עידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ". התרומה היא עקיפה וראשית:

* עקיפה- המשדל אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה.
* ראשית- תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא המכרעת ומהווה את ה"מוח", "אביה הרוחני של העבירה".

המשדל גורם למבצע העיקרי לעשות את העבירה. הוא לא רק יוצר עבירה אלא יוצר גם עבריין. ס' 34ד קובע שהעונש של המשדל זהה לעונש של המבצע העיקרי. ס' 33 קובע שבעוד שניסיון לסיוע אינו עניש, ניסיון לשידול עניש.

אחת הביקורות על הפללת המשדל היא שמרכז הכובד לתרומת העבירה הוא בנטיעת הרעיון במוחו של אחר. יש כאן תרומה רעיונית המתקרבת להפללה על מחשבות.

**היסוד העובדתי בשידול**

* רכיב התנהגותי- התנהגות בעלת אופי משדל לדוגמה, שכנוע, דרישה וכו'. האם ניתן לשדל במחדל? הדעה הרווחת בקרב המלומדים בארץ היא שנדרש מעשה אקטיבי כתנאי הכרחי להתגבשות השידול. יש הגורסים ששידול במחדל כלל אינו אפשרי. בפועל, המחוקק לא שולל אפשרות לשידול במחדל.
* רכיב נסיבתי- קיומו של משודל. אין דרישה למודעותו של המשודל, ומספיק שלבסוף המשודל פעל.
* רכיב תוצאתי- ביצוע העבירה ע"י המשודל. האם המשודל חייב לבצע את העבירה המושלמת כדי שנפליל בשידול, או שמספיק שניסה לעבור את העבירה? לדוג' פלוני שידל אדם לבצע רצח, אך הוא פספס וביצע רק ניסיון. האם פלוני ייחשב כמשדל לרצח או שמא משדל לניסיון לרצח?

יש מחלוקת בין המלומדים: הדעה המקובלת היא שפלוני ייחשב למשדל לניסיון רצח. זוהי העבירה שבוצעה בפועל ועליה מלבישים את צורת האחריות הנגזרת. לפי דעה אחרת פלוני ייחשב כמשדל לרצח (דורנר בסוגאקר).

* קש"ס עובדתי בין ההתנהגות המשדלת לבין הביצוע- ייתכן בשני מקרים:

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

ס' 33 קובע שניתן להרשיע בניסיון לשידול, אם המשודל התחיל בהכנה אך לא סיימה- נמצא בשלב ההכנה, או שהמשודל לא שוכנע. העבירה היא מחצית מהעונש של המבצע. זה סוטה מגישתו של פלר של עקרון אחדות העבירה, אך ניתן לעשות זאת כי יש סעיף ספציפי לענישת ניסיון לשידול. ענישה על ניסיון לשידול מלמדת על חומרת השידול.

\*ההבדל בין שידול לביצוע באמצעות אחר (ס' 29(ג)) הוא שהמשדל נותן את הרעיון אך ה"אחר" הוא אוטונומי, ומחליט לבדו אם לבצע את העבירה. בביצוע באמצעות אחר, מנצלים את החולשה של ה"אחר" והופכים אותו למעין כלי.

**היסוד הנפשי בשידול**

ס' 30 לא מציין מפורשות מהו היסוד הנפשי הנדרש להוכחה. לכאורה משתמע שנדרשת רק מחשבה פלילית. אולם בייניש בפס"ד אסקין דורשת יסוד נפשי כפול- מודעות לטיב התנהגותו המשדלת ומודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית (מודעות לשידול). בנוסף, יש דרישה של שאיפה/מטרה- כוונה מצד המשדל שהעבירה תבוצע על כל יסודותיה בידי המשודל (כוונה שהעבירה העיקרית תבוצע).

הטעמים התומכים בדרישת היסוד החפצי הנוסף:

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

הקיים שידול לשידול? דורנר בפס"ד סוגאקר אומרת שכן, למרות שיש שרשור של משדלים וכביכול יש נגזרת לנגזרת. לפי מלומדים אין נגזרת לנגזרת, ולכן לא ניתן להרשיע שידול לשידול.

אחריות המשדל מבוססת על שילוב הרציונל הסיבתי ורציונל ההזדהות והסכמה- לולא השידול המשודל לא היה מבצע את העבירה, ושאיפתו של המשדל כי העבירה מושא השידול תבוצע מלמדת על הזדהות עם פגיעה בערך המוגן.

**שילוב בין שידול לסיוע**

מה קורה כשפלוני נוטע את הרעיון למבצע וגם מסייע לו? ישנן שתי אפשרויות:

1. השידול "בולע" את הסיוע ולכן נרשיע בשידול. הנאשם חשוף לעונש החמור יותר.
2. גישתו של פלר- המעורבות שלו כ"כ משמעותית שנראה בו כמבצע.

מה הנפקא מינה? הרי העונש של המשדל והמבצע הוא אותו הדבר! אלא שהסיווג חשוב כי הוא בעל נפקות בכמה מישורים- פטור עקב חרטה; נגזרת לנגזרת- אם מייחסים לו אחריות כמבצע, ניתן לייחס לאדם שסייע לו אחריות; אחריות לעבירה שונה או נוספת; תיוג.

יש קו גבול בין שידול לסיוע- מקרים של סיוע רוחני. מקרים שבו בעקבות השכנוע והעידוד העבריין מחליט לבצע את העבירה יסווגו כשידול. מקרים שהעבריין החליט לבצע את העבירה אך העידוד נתן את הדחיפה יסווגו כסיוע.

**פטור עקב חרטה- ס' 34:** יש הבדל בין הפטור למנסה (ס' 28), לבין הפטור לשותפים (ס' 34) בשני מישורים:

* במישור התורמה העובדתית- לפי ס' 28 ברגע שהעבירה הושלמה, אין פטור. עליו למנוע את השלמת העבירה – לחדול מהשלמתה או לעשות את כל מה שתלוי בו כדי למנעה. לפי ס' 34, גם אם העבירה הושלמה, עדיין ניתן לזכות בפטור ע"י הודעה לרשויות לשם מניעת העבירה או אם עשה כמיטב יכולתו בדרך אחרת.
* במישור הנפשי- לפי ס' 28 ישנה דרישה של "חפץ נפשו בלבד" וחרטה. לפי ס' 34 לא צריך חרטה מוסרית וכנה.

הפטור לשותפים מקל יחסית לפטור המנסה, משום ה"מרחק" של השותפים מהביצוע העיקרי. בנוסף, הם לא לוקחים חלק בביצוע ולכן היכולת שלהם להשפיע קטנה יותר.

האם תיתכן שותפות ברשלנות? הרשלנות יכולה להיות בשני מישורים:

1. רשלנות לגבי השותפות- יש סתירה לוגית בזה ששני אנשים פועלים יחד בביצוע עבירה אך לא מודעים לזה, כי הרעיון של שותפות זה שיש קשר ביניהם, תכנון מוקדם ושותפות אינטרסים.
2. שותפות מודעת לגבי עבירת רשלנות- ע"פ פס"ד לוי, לא ניתן לייחס שותפות לעבירת רשלנות, שכן לפי עקרון אחדות העבירה של פלר מספיק שאחד היה מודע, וכולם יהיו מואשמים.

\*קיימת שותפות ספונטאנית, אך הצדדים עדיין מודעים לעצם השותפות- כל אחד מודע לחלקו ולחלקו של אחר בעבירה.

**ביצוע בצוותא**

ס' 29(ב) קובע שכל המשתתפים בביצוע העבירה הם שותפים לביצוע, ואין חשיבות לחלוקה הפנימית ביניהם.

**היסוד העובדתי בביצוע בצוותא**

המקרה הפשוט של ביצוע בצוותא הוא תכנון משותף. השותף לא חייב לבצע את כל הרכיב העובדתי מכיוון שלרוב יש ביניהם חלוקת תפקידים. מה קורה כאשר אחד מקבל תפקיד גדול והשני תפקיד שולי? שאלת הסיווג מתעוררת כאשר קו הגבול הוא דק. לעיתים נייחס לשותף אחריות כמסייע ולעיתים כמבצע בצוותא- הכל בהתאם לנסיבות ולא רק לתפקיד עצמו.

דוגמה: פלוני שותף לעבירה של שוד, והוא עומד בחוץ ומאבטח. האם הוא מבצע בצוותא או מסייע? הכל בהתאם לנסיבות- אם נקבע שהוא המאבטח כי הגרילו את התפקידים, ניתן להגיד שהוא מבצע בצוותא שכן הוא מעורב בתכנון, יש לו אינטרס חזק להשלים את העבירה והוא נמצא בלב העבירה. לעומת זאת, אדם המאבטח בחוץ מכיוון שאמרו לו לבוא, אך הוא לא היה שותף לתכנון נייחס לו אחריות כמסייע.

קו הגבול בין ביצוע בצוותא לבין סיוע אינו תמיד ברור. החוק לא נותן לנו הגדרה אלו מעשים נכנסים תחת ביצוע בצוותא (משתתף ממש בביצוע) ואלו תחת סיוע (מקל על הביצוע). הסיווג חשוב לעניין העונש; תיוג; תחולת הפטור; תחולת הנגזרות וכו'. הפסיקה הזכירה מספר מבחנים כדי לסווג את האחריות:

1. הגישה המופיעה בדברי ההסבר לחוק- ישנה דרישה של שני תנאים מצטברים:
2. מעשהו של השותף היה חיוני לביצוע העבירה.
3. מעשהו של השותף אינו בעל אופי מקדמי-הכנתי בלבד.
4. מבחן השליטה הפונקציונאלית- המבצע בצוותא הוא אדון הפעילות העבריינית. בידו השליטה המהותית על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת, מתכנית כוללת לביצוע העבירה, ולכן תרומתו "פנימית".
5. מבחן משולב- שילוב פרמטרים המצביעים הן על תרומה במישור העובדתי והן על המעורבות והיחס הנפשי, וצירופם למסה קריטית אחת שתכריע את הכף האם מדובר בביצוע בצוותא או בסיוע. לדוגמה, עבירה שיכולה להתבצע בשניים, אך לבסוף בוצעה בשלושה. ניתן להגיד שתרומתו מבחינת היסוד העובדתי הייתה קטנה ושולית, אך ייתכן ותרומתו מבחינת היסוד הנפשי הייתה משמעותית ולכן נרשיע אותו.
6. מבחן חבות העונש- מבחן ערכי המבקש להעריך את מעשיו של השותף מבחינת הסנקציה הפלילית הראויה לו. לפי ממידת המעורבות של השותף ייקבע עונשו, ולפי העונש הוא יסווג כמסייע או כמבצע.
7. מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון (גור אריה)- נבודד את חלקו של כל שותף בעבירה ונבחן במישור היסוד העובדתי בלבד האם מעשיו נכנסים למתחם הניסיון. אם כן- מדובר במבצע בצוותא; אם לא- השותף יסווג כמסייע. הקושי עם מבחן זה הוא שלא תמיד ניתן לבודד את המעשים בצורה חלקה.

**פס"ד פלונים- שוק הקצבים:** ארבעה אנשים תכננו לבצע פיגוע בשוק הקצבים, ומחלקים את הפעולות בהגרלה. בבוקר יום הפיגוע, טל לא בא לזירת הפשע ומחליט לא להשתתף. לבסוף השאר ביצעו את העבירה וזרקו את הרימון. הם הורשעו ברצח, ניסיון לרצח ועבירת קשירת קשר- עבירה של תכנון של שני אנשים לבצע פשע או עוון (ס' 499).

השאלה המשפטית: מהי אחריותו של טל, שהחליט לבסוף לא להשתתף בפיגוע?

ברק: **מאמץ את מבחן השליטה** ומרחיב את התחולה של ביצוע בצוותא על חשבון הסיוע. טל היה חלק מהתכנון, היה לו אינטרס חזק לביצוע העבירה ולכן תרומתו פנימית. אי-השתתפותו בשלב זריקת הרימון לא מנתקת את תרומתו. פעולותיו העיקריות שעשה היו התכנון ו"שותפות באדריכלות ועיצוב פניה של העבירה" והם מהווים ביצוע בצוותא.

חשין: מאמץ את מבחן חבות העונש וטוען ששאר המבחנים בעייתיים. יכול להיות סוגים שונים של מסייעים שהם על גבול המבצע בצוותא, וכאלה שהם על גבול לא להיות שותפים כלל. לכן אין להגביל את העונש, אלא על ביהמ"ש להטיל על כל מסייע עונש לפי מידתו. יש בעיתיות מבחינת עקרון החוקיות עם מבחן זה.

**אהרן אנקר, "על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע":** קשה להבחין בין המבצע בצוותא לבין המסייע, אך גישתו של כותב המאמר היא להרחיב את ה"מבצע בצוותא" גם למקרים בהם השותף השתתף בתכנון העבירה, אך לא נכח בעת ביצוע העבירה. הרציונל שעומד מאחורי זה הוא שהתכנון נותן לשותף שליטה על העבירה, שכן הוא מעצב את גדריה.

ישנם כמה מבחנים כדי להבחין בין קו הגבול שבין שידול לביצוע בצוותא:

1. מבחן השליטה- המבצע בצוותא הוא מי ששולט ביחד עם אחרים על ביצוע העבירה.
2. מבחן הקרבה- מה מידת הקרבה של כל אחד מהמשתתפים לביצוע העבירה וכמה מהווה המשתתף חלק מהמעגל הפנימי. ככל שהוא קרוב יותר למעגל הפנימי נסווג אותו כמבצע בצוותא.
3. מבחן הפונקציונלי- המבצע בצוותא הוא מי שנוטל חלק מהותי בביצוע העבירה.
4. המבחן המשולב- ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה גבוה יותר, מסתפקים בדרגה קטנה יותר מבחינת היסוד העובדתי.

**פס"ד רון:** תכנון רצח ע"י אם (מרי פיזם) וסב (רוני רון) של הילדה רוז פיזם. האם לא סבלה את נוכחותה של רוז, ולכן רצתה להיפטר ממנה. רוני רון רוצח אותה, וזורק את הגופה לתוך מזוודה לירקון. השאלה היא לגבי אחריותה של האם. המדינה מאשימה אותה בשידול לרצח.

נקבע: מרי פיזם הורשע כמבצעת בצוותא. מערכת היחסים בין מרי פיזם לרוני רון הייתה מורכבת, והייתה לה השפעה מאוד גדולה עליו. יש חוסר ראייתי ברכיב העובדתי, אך השותפות הייתה חיונית לביצוע העבירה. נקבע שמרי רצתה במותה של רוז, שכן היא לא סבלה אותה ורצה להיפטר ממנה. היא הייתה במעגל הפנימי והקרוב ביותר לביצוע העבירה. המבצע בצוותא הוא מי שמעשיו מכניסים אותו למעגל הפנימי של ביצוע העבירה, בניגוד למשדל. הוא ממשיך להיות מעורב בעבירה גם לאחר נטיעת הרעיון בראשו של המבצע.

**היסוד הנפשי בביצוע בצוותא**

ישנה דרישה כפולה:

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

מה דינה של שותפות ספונטאנית? סוגיית "עבירת ההמון"- מקרה בו אנשים רואים אדם אחר מבצע עבירה ומצטרפים אליו. אין תכנון משותף, אלא הם נקלעים לזירת האירוע, מלכדים כוחות ופועלים יחד. ישנה דרישה של מודעות לכך שהם פועלים יחד- מודעות לחלקו בעבירה ולחלקו של האחרים.

**ביצוע באמצעות אחר**

ס' 29(ג) לחוק קובע שמבצע האמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה ע"י שימוש באדם אחר ככלי בידיו, כשה"אחר" נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים:

* קטינות או אי-שפיות הדעת
* העדר שליטה
* ללא מחשבה פלילית
* טעות במצב דברים
* כורח או צידוק

המשותף למצבים השונים הוא שה"אחר" פטור מאחריות פלילית לאותה עבירה שבה ניתן להרשיע את המבצע. כל המצבים המנויים בסעיף הם סייגים- אם האחר פועל במצבים האלו הוא לגמרי פטור מאחריות פלילית.

הרעיון הוא שהמבצע באמצעות אחר הוא מבצע לכל דבר ויש לו אחריות מלאה. הייחודיות מתקיימת ברכיב ההתנהגותי- הוא מניע אדם אחר באופן שהוא גורם לו לבצע את הרכיב ההתנהגותי של העבירה. הדוקטרינה נועדה להתגבר על מקרה שעבריין שולח את חייליו לבצע עבירה כדי שהאחריות לא תיפול עליו. החוק אומר שברגע שאדם גורם לאדם אחר לבצע עבירה ועושה אותו "ככלי בידו"- מטילים אחריות. ה"אחר" נמצא באיזשהו נחיתות- מבחינת ידע; שליטה; יכולת וכו'. יש כאן מצב של ניצול ה"אחר" מבחינת המצב המיוחד בו הוא שרוי .

**היסוד הנפשי בביצוע באמצעות אחר**

ישנה דרישה כפולה ביסוד הנפשי:

1. היסוד הנפשי הקבוע בעבירה העיקרית.
2. מודעות לנחיתות- מודעות לנסיבה שהיות ה"אחר" מצוי באחד מהמצבים בסעיף. הפסיקה אומרת שמספיק גם עצימת עיניים- מספיק שאדם חושד שה"אחר" נמצא במצב הזה ונמנע לברר את החשד כדי להחשיבו כמודע.

אחד המצבים של ה"אחר" המנויים בסעיף הוא "ללא מחשבה פלילית", אך ייתכן והוא פועל ברשלנות ולמבצע באמצעותו יש מחשבה פלילית. הוא מנצל את המצב שה"אחר" לא מודע במקום שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע. הוא מנצל את פערי הידע שיש ביניהם כדי "לרכוב" עליו. במצב כזה, לא בהכרח ה"אחר" יהיה פטור לגמרי מאחריות, אלא יישא באחריות ברשלנות.

במשפט האנגלו-אמריקאי ה"אחר" פטור לגמרי והמבצע באמצעות אחר הוא היחיד שנושא באחריות. במשפט הגרמני לא בהכרח ל"אחר" אין אחריות פלילית. בתיקון 39 היו השפעות גם מהמשפט האנגלו-אמריקאי וגם מהמשפט הגרמני ולכן ניתן לראות סטיות קלות מעיקרון אחדות העבירה של פלר.

ההבדל בין שידול לביצוע באמצעות אחר הוא שבשידול אין בהכרח היררכיה בין השניים. לרוב, המשודל יהיה אדם עצמאי, יש לו יכולת בחירה ואין ביניהם פער וניצול המצב. לעומת זאת, חייב להיות פער בין ה"אחר" למבצע באמצעותו.

מה הגבול של הדוקטרינה? אחד המקרים שיושב על התפר בין שידול לביצוע באמצעות אחר הוא המקרה של שליטה ארגונית- מקרה של רב עבריינים שעומד בראש ארגון פשע ושולח את החיילים שלו מבלי שהוא "מלכלך" את ידיו. ראש ארגון הפשע לא משתתף בביצוע העבירה ולעיתים אף לא מכיר את המבצע הספציפי.

**פס"ד ברגותי:** ברגותי היה ראש ארגון פת"ח והיה שולח פעילי שטח שעליהם פיקד. לא הייתה מחלוקת שהמעורבות שלו הייתה משמעותית, אך לאנשי השטח היה חופש פעולה לגבי העבירות הקונקרטיות. הייתה הערכות מתוחכמת כדי שלא יוכלו לייחס לברגותי מודעות.

נקבע: ביהמ"ש מאוד התלבט- מצד אחד משקלו משמעותי ודומיננטי (בניגוד למשדל). כשהוא נותן פקודה אין לחיילים בחירה אם לבצע את העבירה או לא. מצד שני, אין כאן ביצוע בצוותא כי ברגותי לא משתתף בביצוע העבירה- גם פיזית וגם לא מתכנן את העבירות. ברור שיש היררכיה ולכן לא מדובר במבצע בצוותא. אולם, לא ניתן להגיד שמדובר בביצוע באמצעות אחר כי אנשי השטח נושאים באחריות מלאה- יש להם אוטונומיה ואין כאן ניצול של מצב נחיתות. במובן המשפטי אין היררכיה. בנוסף, אין לברגותי את היסוד הנפשי הקבוע בעבירה. לכן ביהמ"ש לבסוף זיכה אותו.

פס"ד ברגותי מדגים לנו מדוע יש צורך אמיתי לפתרון משפטי למקרים כאלה.

**פס"ד משולם:** עוזי משולם עמד בראש קבוצה של אנשים שמטרתם הייתה חשיפת העוול שנעשה לילדי תימן. האירוע שהוביל למשפט התחיל בסירוב שלו לפנות מכלית. הוא הזמין את תומכיו, ומתחיל עימות ביניהם למשטרה שבמהלכו נעצרים חלק מתומכיו. בשלב מסוים התחיל חילופי יריות בינם לבין המשטרה. לאחר 7 שבועות של עימות הוא מסכים להיפגש עם מפכ"ל המשטרה אך ממשיך לאיים ולכן עוצרים אותו. התומכים ממשיכים לירות לכיוון המשטרה.

השאלה המשפטית: מה בסיס האחריות של משולם לירי של תומכיו לאחר מעצרו, הרי הוא לא נמצא שם?

גלגול ראשון: שופטי הרוב בוחרים לבסס את האחריות כמשדל. הטענה הייתה שהאחריות לשליטה בתומכים אינה מספיקה כדי לייחס לו חלק פעיל בעבירה ולכן לא ניתן לייחס לו אחריות כמבצע בצוותא.

גלגול שני: שופטי הרוב הופכים את ההחלטה וקובעים שמשולם אחראי כמבצע בצוותא של הירי שאירע לאחר שנעצר. ברק מנמק את ההחלטה ואומר לא ייתכן שניתן יד לכך שראש ארגון פשע לא יישא באחריות מלאה. דורנר בדעת מיעוט אמרה שמשולם היה שותף עקיף לעבירה ולכן יש לייחס לו אחריות כמשדל.

פס"ד משולם מראה את ההתלבטות כיצד יש להתייחס לאדם שברור לנו שהוא עומד בראש ארגון פשע. הייתה ביקורת חריפה על פסק הדין, שכן יש התעלמות מדרישת היסוד הנפשי- לא הייתה מחשבה פלילית לעבירה בעלת ייעוד מוחשי. דבר זה הוביל לחקיקה חדשה- חוק מאבק בארגון פשיעה. החוק נחקק ב-2002 והוא מבסס את האחריות הפלילית של ראשי ארגון פשיעה ונושאי תפקידים מסוימים על עבירות סטטוס. אם אדם נושא בתפקיד מסוים, הוא נמצא בסטטוס שאוטומטית הוא חשוף לעבירה של בכיר בארגון פשע. העונש הוא בין 10-20 שנות מאסר. לא מייחסים אחריות לעבירה ספציפית אלא לעבירת הסטטוס. הקושי הוא שאין הלימה בין העבירה הספציפית שבוצעה תחת הפיקוד, לבין העונש שראש הארגון מקבל. העונש יכול להחמיר מידי או להקל מידי.

**עבירה שונה או נוספת:** ס' 34א מדבר על מצב בו יש עבירה מתוכננת, ותוך כדי ביצוע העבירה אחד מהשותפים חורג מהתכנית ומבצע עבירה שונה או נוספת- עבירה נגררת לעבירה העיקרית. מהו חלקם של שאר השותפים ביחס לחריגה?

ס' 34א(א)(1) קובע שאם אדם מבצע בצוותא והוא חורג מהתכנית, ושאר השותפים לא היו מודעים שהוא יבצע את העבירה הנגררת, אך אדם מן היישוב יכול היה מודע לאפשרות עשייתה, שאר השותפים יישאו באחריות למרות שהם לא שותפים לעבירה הנגררת. אם המבצע עושה את הפעולה בכוונה, לשאר השותפים תיוחס אחריות של אדישות. יש כאן חריגה של האחריות הפלילית מהמודל הרגיל.

הרציונל הוא שיש סיכון מוגבר בעצם ההצטרפות לביצוע עבירה עם אדם אחר, וצריך לקחת בחשבון את העובדה שהעניינים יכולים להשתבש. השותף תרם לסיכון שתבוצענה עבירות נוספות ולכן הוא יישא באחריות.

ס' 34א(2) קובע שהמשדל והמסייע גם יישאו באחריות לעבירה הנגררת כעבירת רשלנות אם קיימת עבירה מקבילה של רשלנות. אם אין, השותפים העקיפים לא יישאו באחריות.

**סייגים לאחריות פלילית**

**הגנה עצמית**

ס' 34י קובע שאדם לא יישא באחריות פלילית, אם המעשה נעשה מתוך הגנה עצמית. כדי שתהיה הגנה ישנם 6 יסודות:

1. תקיפה- התקיפה הייתה שלא כדין.
2. סכנה מוחשית- נשקפה סכנה מוחשית לפגיעה בחיים, חירות, גוף או רכוש של המותקף או של זולתו.
3. נחיצות- מתחלק לשני מבחנים:
4. נחיצות איכותית- לא היו אלטרנטיבות להדיפת התוקף מלבד שימוש בכוח כלפיו.
5. נחיצות כמותית- הפעלת הכוח נגד התוקף הייתה במידה הדרושה.
6. מיידיות- ההגנה העצמית תהיה מופעלת רק כשהסכנה מתממשת ובאה ולא לפני. עם זאת, אין דרישה שהמותקף ימתין לתקיפתו ורק אז יפעל. בנוסף, עליו להיפסק מהרגע שלא נדרש עוד מעשה התגוננות.
7. סבירות- מעוגנת בס' 34טז לחוק, ובמסגרתה יש לשקול את חומרת הסכנה שיש על המותקף, ומידת הכוח שהפעיל. על המותקף להפסיק את השימוש בכוח לאחר שנטרל את התוקף והסכנה חלפה. דרישה זו היא אובייקטיבית, ומביאה בחשבון אינטרסים של המותקף להגן על חייו, גופו ורכושו.
8. ללא התנהגות פסולה- מדובר בתנאי משולש: יסוד של התנהגות פסולה מצד המותקף; קש"ס עובדתי בין ההתנהגות לתקיפה ויסוד סובייקטיבי של צפייה מראש של התפתחות הדברים. בחינתו של רכיב זה נעשה במבט לאחור ולא במועד התקיפה ממש.

**הגנה עצמית מדומה**: שילוב של ס' 34י וס' 34יח. כאשר אדם פועל מתוך אמונה מוטעית שתקופים אותו, וסבור שמתקיימים התנאים של הגנה עצמית. אם האדם טעה טעות כנה והגיונית לגבי מצב הדברים, רואים את המעשה שלו במציאות המדומה ולא במציאות הממשית. מלבישים את סייג ההגנה העצמית על סייג טעות במצב דברים.

על האדם מוטלת חובה לסגת מזירת הסכנה אם האפשרות קיימת, וכאשר הנסיגה תמנע בדרך אפשרית את הרעה.

**פס"ד זלנצקי:** המערער דקר את המנוח 46 דקירות בגבו וגרם למותו, וביהמ"ש הרשיע אותו ברצח. המערער טען להגנה עצמית כי המנוח תקף אותו תחילה, והוא לא צפה לאפשרות מותו.

נקבע: התנהגות המערער, אופייה ההתקפי והאלימות חסרת הפרופורציה אינם מקיימים את סייג ההגנה העצמית. ברגע שהמערער נטל מהמנוח את הסכין לא עמד בפניו סיכון מיידי שהצדיק את המשך דקירת המנוח. ארבל דנה בחובת הנסיגה. ישנם מצבים בהם חובת הנסיגה לא חלה, למשל כשהאדם נמצא בביתו, שכן זה מנוגד לרציונל האוטונומיה. עם זאת, ישנם מצבים בהם חלה על המותקף חובת נסיגה- כאשר הסיכוי להיחלץ יהיו גבוהים יותר בנסיגה.

**פס"ד קליינר:** המנוח הטריד ואיים לפגוע במערער ובמשפחתו, לאחר שחשד שהוא מנהל רומן עם אשתו. תוך כדי הריב, המנוח שלף סכין ואיים שירצח את המערער. בתגובה המערער שלף אקדח וירה 2 יריות שפגעו בגג המונית, ו-3 שפגעו במנוח, שגרמו לאובדן דם ולבסוף למוות. המערער טען שיש לתת לו את סייג ההגנה העצמית.

לוי: יש לאזן בין הרצון להגן על הקורבן, לבין אינטרס הציבור להשליט סדר וחוק. במקרה דנן, דרישת הסבירות לא קיימת, מכיוון שהמערער לא היה צריך לירות 3 יריות לפלג גופו העליון של המנוח כדי להרתיעו.

**רציונל ההגנה הפרטית (סנג'רו):** כאשר לא מייחסים לאדם אחריות פלילית, ניתן להצדיק את מעשיו או לתת לו פטור. כשמדובר בצידוק, מדובר בהכרעה ערכית-מוסרית, שלפי הנסיבות המעשה נחשב כטוב. בצידוק התגבשו יסודות העבירה אך מערערים אם המעשה נחשב כבלתי-חוקי. כשמדובר בפטור, המעשה נתפס כרע אך הנסיבות מביאות למתן פטור. "סולחים" לאדם על המעשה בשל היעדר אשמה. בפטור המעשה הוא בלתי-חוקי, אך מבקשים למנוע את הייחוס של המעשה לעושה. במשפט הגרמני ההבחנה בין צידוק לפטור נעשית בשלושה שלבים. ראשית, בודקים האם התקיימו יסודות העבירה. שנית, בודקים את האופי הבלתי-חוקי של המעשה, ונשלל האופי הבלתי-חוקי אם מתקיים צידוק. שלישית, בודקים את אשמת העושה, והיא נשללת אם מתקיים פטור.

להבחנה בין צידוק לפטור מספר השלכות:

1. אין זכות להגנה עצמית נגד מעשה מוצדק, אך יש זכות כזו כנגד מעשה פטור.
2. טעות בעובדה לגבי צידוק היא הגנה, אך טעות בעובדה לגבי פטור אינה הגנה.
3. מעשהו של שותף לעבירה הוא עניש למרות קיומו של פטור למבצע העיקרי, אך בצידוק לשותף לא יהיה עונש.
4. ניתן לתבוע פיצויים בגין נזק רק ממי שיש פטור למעשיו, אך לא ממי שיש צידוק למעשיו.
5. לצד ג' מותר להגן על מי שיש צידוק למעשיו, אך לא על מי שיש לו פטור.
6. אשמה קודמת של העושה שוללת ממנו פטור, אך איננה שוללת ממנו צידוק.
7. קיים הבדל בנטל ההוכחה.
8. פטור מצריך בדר"כ טיפול כלשהו של החברה בעושה, בניגוד לצידוק.

כמעט כולם מסכימים שהגנה הפרטית הקלאסית היא צידוק. המחלוקת היא לגבי מקרים כמו הגנה עצמית מדומה. בנוסף, ישנם מקרים שהתוקף נטול אחריות פלילית ויש לכלול אותם בסייג ה"צורך".

**דרישת הפרופורציה (סנג'רו):** לעיתים נדרש מהנתקף לא להתגונן למרות הנחיצות, מכיוון שמחיר ההתגוננות גבוה מידי. לרציונל ההגנה הפרטית שתי השלכות על דרישת הפרופורציה:

1. עצם קיומה והכרחיותה של דרישת הפרופורציה- פגיעה מופרזת בתוקף פוגעת בהסדר החברתי-משפטי פגיעה משמעותית, עד כדי שלילת ההגנה. בנוסף, קיים מישור הרעות הפיזיות- הסכנה הצפויה לאינטרס לגיטימי של הנתקף (אם לא יופעל כוח מגן) מול הסכנה הצפויה לתוקף (אם יופעל כוח מגן).
2. אופייה הגמיש של דרישת הפרופורציה- ניצבים על כפות המאזניים אינטרסים לגיטימיים של הצדדים, האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי-משפטי. אם היה מדובר רק באינטרסים, היה נדרש פער משמעותי באינטרס שהוא מגן כדי להצדיק את הפגיעה באינטרס השני.

בדין הרצוי יש שתי דרכים לקביעת דרישה גמישה של פרופורציה. הראשונה היא לדרוש איזון גמור בין הכפות מאזניים. השנייה היא להסתפק בדרישה גמישה ופשוטה יותר שבמסגרתה ישקלו הרעות הפיזיות בלבד.

כאשר מפעילים את מבחן הפרופורציה, יש להתייחס לכוח המגן עצמו ולא לתוצאות שעשויות להיות מקריות לחלוטין. הגורמים המרכזיים שיש להתייחס אליהם הם התוצאות הצפויות של ההגנה הפרטית וההימנעות ממנה. למשל, כוחם היחסי של הצדדים; ריבוי תוקפים; אופי אלים במיוחד של תקיפה ללא נשק; התנהגות אלימה של התוקף בעבר; סוג הכוח שמפעיל כל צד ועוצמתו וכדומה.

**היסוד הנפשי**

הדרישה של התקיימות יסוד נפשי באה בנוסף לדרישות האובייקטיביות. הסדר החברתי-משפטי הוא גורם חשוב המצדיק הגנה עצמית, ואדם שמודע לנסיבות המצדיקות ופועל בתגובה להן מגן על הסדר החברתי-משפטי בניגוד לאדם שאינו מודע. ישנו ויכוח מהו התנאי המינימלי לדרישת היסוד הנפשי:

* מודעות לנסיבות המצדיקות בלבד.
* דרישה נוספת של מטרה להתגונן או להגן- המטרה להתגונן לא צריכה להיות המטרה הבלעדית.

הדרישה של מטרה בנוסף למודעות מתיישבת טוב יותר עם גורם הסדר החברתי-משפטי שברציונל ההגנה הפרטית. עם זאת, להגנה הפרטית יש הצדקות מלבד סדר משפטי-חברתי, ביניהם הגנה על האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף, והם מצדיקים הגנה גם בהיעדר מטרה מצדיקה. ישנם כמה ביקורות על דרישת המטרה- לעיתים העושה פועל עם מטרות מעורבות באופן ספונטני, ודרישת המטרה אבסורדית בפשטנותה. התשובה לביקורות אלו הוא שאין לדרוש שהמטרה המצדיקה תהיה המטרה הבלעדית. בנוסף, ניתן להסתפק במודעות לכך שבמעשיו יגן העושה קרוב לוודאי על האובייקט הפיזי המותקף מפני התוקף (דומה להלכת הצפיות). גישה זו מבוססת על שקילות ערכית בין מודעות לקיומה של וודאות מעשית לבין שאיפה, ומצמצמת עוד יותר את ההבדל בין דרישת המודעות לדרישת המטרה.

בהגנה עצמית, בדר"כ אין הבדל מעשי בין דרישה של מטרה לדרישה של מודעות, שכן קשה לתאר מצב שאדם מודע לכך שהוא מותקף ומסכנים אותו, ובכל זאת אינו שואף להדיפת התוקף. לכן השאלה מתמקדת בעיקר בהגנה על אדם אחר. עם זאת, הנוסח העדכני של חוק העונשין אינו מתייחס ליסוד נפשי בסייג כלל.

**ההלכה הישראלית:** בחוק הישן, ביהמ"ש נטה לאפיין את ההגנה הפרטית כפטור, אך רציונל ההגנה הוא צדק. דרישת הנחיצות נתפסה כתנאי בסיסי להתגבשות הסייג של הגנה פרטית. בנוסף, יש להסתפק בדרישה של פרופורציה- החבלה שנגרמה ע"י המעשה לא הייתה גדולה מהחבלה שניסו למנוע.

**הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר**

ס' 34י1 קובע שאדם לא יישא באחריות פלילית אם מעשיו היו דרושים כדי להדוף אדם שפרץ לבית מגורים, בית עסק או משק חקלאי מגודר שלו או של זולתו. ישנם חמישה יסודות להתקיימות הסייג:

1. נחיצות- איכותית (האם קיימות אלטרנטיבות) וכמותית (הפעלת הכוח הייתה במידה הדרושה).
2. מיידיות- המותקף פעל רק כאשר הסכנה הייתה מיידית על מנת להדוף את התקיפה.
3. הדיפה- מדובר במעשה התגוננות למנוע את מימוש הסכנה ולא במעשה תקיפה.
4. סבירות- ההגנה לא תחול אם מעשה ההתגוננות היה בלתי סביר **בעליל**- מעשה שאין הדעת סובלת.
5. אי-התנהגות פסולה- האדם לא הביא בהתנהגותו הפסולה את ההתפרצות, ולא צפה את התפתחות הדברים.

בהגנה על בית מגורים, המחוקק הוריד את רף מבחן הסבירות, מכיוון שסבר שיש לתת יחס מיוחד לבית המגורים שכן האדם מגן על חייו וקניינו בביתו. בכך גילה המחוקק את דעתו שיש להעביר את האיזון לטובת נסיבותיו הסובייקטיביות של המתגונן, ולא רק שימוש במבחן שלרוב הגדיר קנה מידה אובייקטיבי. בנוסף, המחוקק ויתר על יסוד התקיפה ויסוד הסכנה המוחשית שיש בהגנה עצמית, וקבע שבהגנה על בית מגורים די שקדם ניסיון לביצוע התפרצות או כניסה במטרה לבצע עבירה.

בהגנה על בית מגורים, המחוקק קבע שאין חובת נסיגה מכמה סיבות: הנסיגה אינה מקטינה את הסכנה; מהווה ביטוי לרציונל האוטונומיה; מטילה נטל כבד על המותקף הנאבק על זכויותיו הלגיטימיות; הנטייה הטבעית של האדם היא למצוא מקום מסתור בביתו; הקושי הפסיכולוגי להימלט מהבית; החומרה בפגיעה בהסדר החברתי-משפטי שיש בתקיפת אדם בביתו ובחיובו להימלט מהבית.

**פס"ד דרומי:** הנאשם נתקל בארבעה פורצים בשער של החווה שלו, ירה לעברם שישה כדורים, הרג אחד ופצע אחד כשהם ניסו להימלט. הנאשם טוען להגנה על בית מגורים.

ברקאי (רוב): לאדם יש זכות טבעית להגן על חייו ורכושו. כדי שתקום ההגנה מעשה ההדיפה היה נחוץ, נדרש באופן מיידי ומעשה ההתגוננות לא היה בלתי סביר בעליל. בנסיבות העניין, הוא עומד בכל המבחנים. מבחינת מבחן המיידיות, הוא היה במצב חירום. מבחינת מבחן הנחיצות האיכותית לא היו לו עוד אפשרויות כדי להדוף את הפרוצים. מבחינת מבחן הנחיצות הכמותית, נדרש להשתמש בירי כאמצעי הרתעה. מבחן הבלתי-סביר בעליל מתחשב גם בתחושות הסובייקטיביות לעומת מבחן הסבירות. בענייננו, הירי נעשה תוך פחות משנייה וחצי, כאשר הנאשם נתון תחת לחץ ופחד המשתקים אותו, ולכן המעשה אינו בלתי-סביר בעליל.

ואגו (מיעוט): בנסיבות העניין, המעשה היה בלתי-סביר בעליל, שכן די היה בירי של הכדור הראשון.

הרציונל להגנה על בית מגורים הוא שהבית הוא מקום המפלט של האדם, מקום של שלווה ופרטיות ויש בהגנה על בית מגורים חשיבות לאוטונומיה של הפרט. מדובר ברציונל של **צדק**. ניתן להרחיב את ההגדרה גם למבנה נייד המשמש באותו זמן כביתו של העושה. ישנה חזקה שמי שמתפרץ לבית מגורים מסכן את חייהם של הנמצאים בבית, וגם אם מלכתחילה לא התכוון לנהוג באלימות, הסיטואציה יכולה להתפתח בקלות. חזקה זו תלויה בנסיבות, ולכן לפעמים אין הצדקה לשימוש בכוח קטלני.

יש בעייתיות בקיומה של הגנה נפרדת לבית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי. כשנשקפת סכנה לחייו של האדם ברחוב, המשפט מתיר לו להגן על חייו באמצעים מוגבלים יותר מאלה העומדים לרשות בעליו של בית מגורים, בית עסק או משק חקלאי בבואו להגן על רכושו- ניתן להשתמש באמצעים כל עוד הם לא בלתי-סברים בעליל, ועלול להשתמע כי הגנה על רכוש עדיפה על הגנה על החיים.

גור-אריה מציעה במאמרה **שהצדקת** הדיפת תוקף מבית מגורים או בית עסק תוגבל למקרים שבהם התגובה הייתה סבירה בנסיבות העניין. רק במצבים שבהם ההדיפה הונעה ע"י תחושה של פחד, ההגנה המיוחדת לבית מגורים ובית עסק תיתן **פטור** למי שהדף את הפורץ, בתנאי שהתגובה לא הייתה בלתי-סבירה בעליל בנסיבות העניין.

היסוד הנפשי הנדרש הוא אותו יסוד נפשי בהגנה פרטית- מודעות לנסיבות המצדיקות ויש הדורשים גם מטרה להתגונן.

**צורך**

**רציונל הגנת הצורך:** ישנן שתי גישות במהותה של הגנת הצורך:

1. פטירת הנאשם מאחריות- הנאשם נמצא במצב קשה ובתנאי אילוץ, והנסיבות לחצו עליו לפעול ולעבור עבירה.
2. הצדקת מעשיו של הנאשם- בחירה בין שתי רעות, והנאשם בחר ב"רע במיעוטו".

לשון החוק אינה מכריעה בין צדק לפטור ולכן יש לבחון את היסודות ע"פ שניהם. בהוכחת קיומו של צורך מצדיק, יושם הדגש על הוכחת מאזן הנזק והתועלת בין המעשה לנזק שנמנע. בהוכחת קיומו של צורך פוטר, יושם הדגש על הנסיבות הקשות שבהן פעל הנאשם והביאו אותו לעבור עבירה.

ס' 34יא קובע שאדם לא יישא באחריות פלילית אם האדם היה צריך לעשות את המעשה. ישנם חמישה יסודות:

1. סכנה מוחשית- ישנה דרישה שקיימת סכנה מוחשית לחייו, חירותו, גופו או רכושו של הנאשם או של זולתו.
2. נחיצות- מתחלק לנחיצות איכותית ונחיצות כמותית.
3. מיידיות- המעשה או המחדל היה נדרש באופן מיידי, אפילו אם מימוש הסכנה רחוק יותר. **בצורך מצדיק**, יש להכריע בין הרעות רק ברגע האחרון, ולדחות את המעשה הפוגע ככל הניתן. **בצורך פוטר**, הנאשם פעל מתוך אילוץ, והצורך לפעול באופן מיידי שוללת את רצונו חופשי. אם המעשה לא מיידי, הנאשם לא פעל מאילוץ.
4. פגיעה חמורה- מדובר בסכנה של פגיעה חמורה באינטרסים המוגנים ולא פגיעה קלה. **בצורך מצדיק** התנאי של פגיעה חמורה נדרש בשל האופי האנרכיסטי של הסכנה. **בצורך פוטר**, התנאי משמש כאינדיקציה למצבו הנפשי של הנאשם, ורק פגיעה חמורה תגרום לו להיות אנוס לפעול.
5. סבירות- ס' 34טז דורש שהמעשה יהיה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה. **בצורך מצדיק**, הפגיעה שנגרמה צריכה להיות פחותה, אפילו באופן משמעותי מזו שנמנעה. **בצורך פוטר**, ניתן להקל בדרישת הסבירות ולקבלה אפילו אם הפגיעה שנמנעה הייתה פחותה מזו שנגרמה. זאת נוכח המצוקה בה הנאשם מצוי.

ס' 34יד(א) מסייג את הגנת הצורך במצבים של כניסה למצב בהתנהגות פסולה, וקובע שלושה תנאים לסייג:

1. התנהגותו המוקדמת של העושה וכניסתו למצב הפסול הייתה מרצון.
2. התנהגותו המוקדמת פסולה במהותה, והעושה צריך להיות מודע למשמעות הערכית של התנהגותו.
3. אדם מן היישוב היה יכול בנסיבות העניין, לפני הבחירה להיכנס למצב, לצפות את עשיית המעשה האסור.

**הצלת אינטרס הזולת:** הסיפא של ס' 34יד(א) קובע חריג לכניסה למצב התנהגות פסולה. אם מעשה הצורך נועד להצלת אינטרס הזולת, סייג "כניסה להתנהגות פסולה" לא יחול. הפסיקה קבעה שהכניסה להתנהגות פסולה לצורך הצלת הזולת צריכה להיות מלכתחילה, ולא די בכך שרק בסופה תתקיים מטרה זו.

**חובה לעמוד בסכנה או באיום:** ס' 34טו קובע שההגנה לא תחול אם מוטלת על האדם חובה ע"פ הדין או מכוח תפקידו לעמוד בסכנה או באיום.

**כורח**

ס' 34יב קובע שאדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שהיה מוכרח לעשות מכיוון שנצטווה לעשותו. ישנם 5 יסודות:

1. מעשה שנצטווה לעשותו- המאוים נצטווה לעבור עבירה.
2. איום מוחשי- האיום הוא איום של ממש, והמאוים ידע מה צפוי לו אם לא ייכנע.
3. פגיעה חמורה- בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו של המאוים או של זולתו.
4. אונס- מצב של חוסר ברירה בו המאוים נדרש לבחור בין עשיית המעשה לבין מימוש האיום.
5. סבירות- ס' 34טז דורש שהמעשה יהיה סביר בנסיבות העניין.

**פס"ד בשיר:** המערערת הורשעה ברצח ע"י מכות באבנים ומקלות את אשת אביה ושלושת ילדי האישה, על רקע סכסוך. התפתח ויכוח בין המנוחה לאב המנוחה, ובעקבות הוויכוח האב אמר למערערת שאם לא תחסל אותה, הוא יפגע בה.

טענת המערערת: יש לתת לה את סייג הכורח ולפטור אותה מאחריות פלילית, שכן היא הייתה נתונה תחת איומים.

קדמי: המערערת ראתה בדברי אביה איום אמיתי, ואם היא לא תמית את המנוחה היא עומדת בפני סיכון פגיעה בחייה. עם זאת, המערערת לא יכולה להנות מהסייג מכיוון שהיא לא עומדת בדרישה של "אונס". אם למאוים הייתה אפשרות להימנע מעשיית המעשה ולנקוט בדרך אחרת למניעת מימוש האיום, עליו לעשות כן. המערערת יכלה להגיע ליישוב הקרוב ולהזעיק עזרה. משלא עשתה כן אין לראותה כאנוסה.

**פס"ד פלונית:** המערערות נמצאות במצב כלכלי ירוד והורשעו בעבירות של סמים וייבוא סם מסוכן. הן טוענות להגנת הכורח שכן הן עשו זאת בשל מצבם הכלכלי ומכיוון שאיימו עליהן שיפגעו במשפחותיהן אם לא יבצעו את המשימה.

שטרסברג-כהן: מצוקה כלכלית אינה יכולה להקים את הגנת הכורח. בנוסף, הן היו יכולות לפנות למשטרה בישראל כדי שלא יפגעו במשפחותיהן, ולכן רכיב האונס לא מתקיים. כמו כן, הייתה כניסה למצב בהתנהגות פסולה. המערערות נכנסו מרצון למצב והסכימו לקבל על עצמן את המשימה להעביר סמים, למרות שהייתה להן אפשרות להימנע ממנה.

**פס"ד אלון:** ערעור על פרשת אתי אלון שהובילה להתמוטטות הבנק למסחר.

לוי: הגנת הכורח נועדה להעניק פטור למי שהיה נתון לאיומים **באופן ישיר**. בענייננו, האיומים היו כנגד אחיה של אתי ולא כנגדה. בנוסף, מעורבות אחיה באה רק לאחר מספר מעשי גניבה של אתי, והגנת הכורח לא נועדה למצבים כאלו.

ס' 34יד (סייג כניסה למצב בהתנהגות פסולה) וס' 34טו (חובה לעמוד בסכנה או באיום) חלים גם על סייג הכורח.

הרציונל להגנת הכורח הוא שלמחוקק אין סיבה להרשיע אדם בעבירה שהוא נאנס לעשותה. אחת ממטרותיו של המשפט הפלילי הוא להרתיע, והענישה במקרה של כורח אינה מרתיעה משום שהמעשה בוצע מתוך העדר יכולת בחירה ולא מתוך אנטי-חברתיות. האחריות למעשה היא בעלת אופי של **פטור**, שכן המעשה אינו מוצדק כשלעצמו, אך המבצע פטור מאחריות לאור הקושי והלחץ שהופעלו עליו במסגרת הכורח.