(סולברג בפס"ד **סעד** נ' **מדינת ישראל**).

הכרעת דין מרשיעה

עבירה אחת

כמה עבירות

אירוע אחד (סעיף 40יג(א))

**מתחם הענישה  (חובת הנמקה)**

**לפי עקרון ההלימות (סעיף 40ג(א))**

1. הערך החברתי שנפגע ומידת הפגיעה בו;

2. מדיניות הענישה הנוהגת;

3. נסיבות הקשורות בביצוע העבירה לפי סעיף 40ט (רשימה שאיננה סגורה (סעיף 40יב))

כמה אירועים (סעיף 40יג(ב))

**(חובת הנמקה)**

מתחם ענישה לאירוע אחד

מתחם ענישה לאירוע שני

עונש כולל

עונש נפרד

עונש נפרד

חופף או מצטבר

**גזירת הדין (חובת הנמקה)**

**מחוץ למתחם הענישה**

**(חובת הנמקה)**

**בתוך מתחם הענישה (סעיף 40ג(ב))**

1. נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה לפי סעיף 40יא (רשימה שאיננה סגורה (סעיף 40יב))

2. הרתעה אישית והרתעת הרבים (סעיפים 40ו-40ז)

**לחומרה (סעיף 40ה)** הגנה על שלום הציבור

**לקולא (סעיף 40ד)** שיקום הנאשם

**+עקרון ההלימה:** קביעת יחס הולם בין חומרת המעשה ואשמו של הנאשם לבין חומרת העונש.

**תיקון 113 לחוק העונשין:** חידוש משמעותי - צמצום שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דינם של עבריינים.

**ארבע דרכים עיקריות באמצעותן כליאה יכולה להשפיע על העבריינות:** הרתעה (כללית/אישית), שיקום, הרחקה מן הציבור, ועידוד נטייה לעבריינות.

**הרתעה:** הרתעה כללית עוסקת בהשפעת העונש המוטל על עבריין אחד על הנכונות של אחרים לבצע עבירות. הרתעה אישית עניינה בהשפעת העונש המוטל על עבריין על נכונותו של אותו עבריין לשוב ולבצע עבירות. החמרה בעונשי מאסר אינה מקדמת הרתעה כללית, והקלה בעונשים אלו אינה פוגעת בהרתעה.

הגדלת הסיכוי להיתפס עשויה במקרים רבים להרתיע.

*למה:*

1. עבריינים, כלל אינם מודעים לחומרת העונשים הצפויים בגין עבירות שונות.
2. אנשים נוטים להתעלם מחומרת הנזק שעלול להיגרם להם, כאשר הסיכוי שנזק זה אכן ייגרם נתפס בעיניהם כנמוך.
3. כאשר ההסתברות להיתפס נלמדת מהניסיון ולא מוצגת כנתון, נוטים לייחס לסיכוי זה משקל נמוך יותר.
4. עבריינים רבים מגיעים מרקע חברתי-כלכלי אשר במסגרתו עונש מאסר נתפס כאיום פחות חמור מאשר בחלקים אחרים בחברה, ולעיתים הוא אף נתפס כחלק אינטגרלי.

☺**רצידיביזם:** דפוס התנהגותי של עבריינים מורשעים אשר שוחררו מהכלא לקהילה ושבים לבצע עבירות. שיעור העבריינים שחוזרים ומבצעים עבירות בפרק זמן מסוים לאחר שחרורם מוגדר כשיעור רצידיביזם.

אין בסיס מספק להניח שמשך המאסרים משפיע על ההרתעה או השיקום. תרומתם העיקרית של המאסרים למניעת עבריינות היא בהגבלת היכולת של מבצעי עבירות לבצען.

**עידוד הנטייה לעבריינות:** הכלא בסך הכולל מעודד נטיות עברייניות יותר מאשר מדכא אותן. בנוסף, בזמן השהות בכלא מאבד העבריין חלק גדול מהכישורים הנדרשים להתקיים בחברה ולהתפרנס באופן חוקי, כך שאורח חיים עברייני הופך לעיתים להיות האופציה היחידה עבורו עם שחרורו.

**סיכום: הוועדה סבורה כי יש לפעול לצמצום השימוש במאסרים במקרים בהם המאסר אינו הכרחי להגבלת יכולת של עבריינים שהמסוכנות שלהם לחברה גבוהה, והרחבת השימוש בעונשים זולים יותר ויעילים יותר העומדים בעקרון ההלימה, ובכך להביא להקצאה יעילה ונכונה יותר של המשאבים המופנים לטובת הנושא.**

☺**רסטורטיבי:** שיקומי.

**צדק מאחה:** צדק מאחה הוא הליך שבו צדדים בעלי עניין בעבירה מסוימת מחליטים יחד כיצד לטפל בתוצאותיה ובהשלכותיה העתידיות".

תנאי לקיום ההליך על פי גישת הצדק המאחה הוא הודאת מבצע העבירה בביצועה. שני הצדדים מחויבים להסכים לקיום ההליך.

-בשונה מההליך העונשי שמשחזר טראומה זה מממש גם תכלית חיובית של איחוי הפגיעות והטבת מצבם של הנפגע והקהילה.

-הליכי צדק מאחה חלים רק במקרים שבהם מבצע העבירה הודה בביצועה, אין מחלוקת בדבר העובדות.

☺**שיטה אדברסרית:** השיטה האדברסרית היא שיטת משפט המקובלת במיוחד בארצות בהן נהוג המשפט המקובל (לרוב ארצות חבר העמים הבריטי ומדינות שקיבלו את שיטת המשפט הבריטית, ובהן, במידה מסוימת מדינת ישראל), בה משמש שופט (או חבר מושבעים) כמכריע פאסיבי על פי עובדות וטיעונים המובאים בפניו על ידי בעלי הדין, ואינו לוקח חלק אקטיבי בחיפוש העובדות והכללים המשפטיים שיש להחיל במקרה הבא לדיון.

**שיעור 1 – 9.3.2021 :**

*שיעורי תרגול*: 4 פעמים לאורך הסמסטר.

*עבודת הגשה*: 15%, מבוססת על חומר קריאה של לימוד עצמי, פרק סגור, תהיה על סייגים.

*מבחן: 85%* בחינה מסכמת, סגורה, מבוססת על כל הנלמד כולל עבודת ההגשה + קובץ חקיקה (חוק העונשין ועוד כמה חוקים שנעסוק בהם, ממליצה מאוד **שנרכוש את הקובץ!** נצטרך למבחן) נקי.

*חומרי הקריאה*: חשוב מאוד שנקרא, בדר"כ תגיד את החומר לכל השבוע מראש.

**ענפי המשפט הפלילי:**

1. **דיני העונשין - הדין המהותי**

אוסף הכללים המחייבים המסדירים את כללי האחריות הפלילית > עונים על שאלת ה"מה".

דוגמות:

* כללים הקובעים הגדרה של עבירות פליליות – מהי ההתנהגות, מה היסודות, מה צריך לעשות ואילו נסיבות, למשל: הפוצע חברו שלא כדין..
* כללים הקובעים מהי הסנקציה (תג המחיר לכל עבירה) הצפויה למי שמבצע התנהגות שמוגדרת כעבירה פלילית, למשל: אינוס עד 16 שנה, גניבה עד 3 שנים..
* כללים הקובעים תנאים כלליים שצריכים לחול על אדם כדי שיישא באחריות פלילית (לא משנה איזו עבירה אני רוצה לייחס, יש סייגי כשירות), למשל: גיל - סייג הקטינות, רף הכניסה הוא גיל 12 לעולם האחראיות הפלילית (אם הייתי שיכור מודע וביצעתי עבירה אני נושא אחראיות לעומת אם השתכרתי שלא ביודעין); סייג אי השפיות; סייג העדר שליטה שנקראים יחד סייגי הכשירות וחלים על כל סוגי העבירות הפליליות ללא קשר לחומרתן.
* כללים הקובעים דרכי ענישה ואופן הפעלתן (לא ספציפיים לעבירה מסויימת), למשל: כללים הקובעים מהם דרכי הענישה כגון מאסר, עבודות שירות, קנס..

☺ס' 34(ו) – ס' קטן ; ס' 34ו – ס' ו רבתי ; סייפא זה סוף ס' ורישא תחילת.

**החוק מחולק לשני חלקים:** כללי וספציפי --> פותח בחלק מקדמי – כללי – מקדמות.

-חקיקה פלילית קיימת גם בחוקים אחרים, למשל: בפקודת מס הכנסה יש סעיפים שעוסקים בעונשין, בעבירות.

חוק העונשין כולל את המסה העיקרית אך יש חוקים נוספים ששם עבירות נוספות וגם עליהן חלים הסייגים.

1. **סדר דין פלילי – דין פרוצדורלי**

אוסף הכללים המסדירים את שלביו השונים של ההליך הפלילי ואת סמכויות האכיפה של גורמי אכיפת החוק > עונים על שאלת ה"איך".

דוגמות:

* חוק סדר הדין הפלילי
* חוק המעצרים
* חקיקה בנוגע לחיפוש בגוף החשוד
* חקיקה שנוגעת לחקירת חשודים

1. **דיני הראיות הפליליים**

אוסף הכללים המסדירים את דרכי ההוכחה של העובדות השנויות במחלוקת המבססות את שאלת אחריותו של נאשם לעבירה > אמצעי ההוכחה של הדין המהותי בתוך המסגרת הדיונית של ההליך הפלילי.

דוגמות:

* הוראות שונות בפקודת הראיות.

\*דיני הראיות חלים גם במשפט האזרחי אך באופן שונה מבמשפט הפלילי.

הענף עוסק באילו ראיות ניתן להשתמש, אילו אינן קבילות, משקלן וכו'.

החשיבות בסיווג בין **נורמה מהותית לדיונית** :

יכול להשפיע על השאלה האם התחולה של אותו כלל תחול למפרע או רק מכאן להבא.

יש כלל שאומר שאם מדובר בכלל מהותי הוא לא יכול לחול אחורה, למפרע. עבירה שביצעת אתמול והיום נחקק שההתנהגות הזאת נחשבת כעבירה – אז רק מכאן והלאה ניתן להעמיד לדין, אי אפשר להחיל בדיעבד.

מנגד, דין פרוצדורלי ניתן להחיל אחורה, לאדם אין זכות קנויה איך ההליך יתנהל.

לדוג' חוק המעצרים – אם יבצעו תיקונים ניתן להחיל את זה בדיעבד, גם על מקרה שהתחיל טרם כניסה לתוקף של ההוראה החדשה הפרוצדורלית.

* האחריות הפלילית היא לעולם אינדיווידואלית, עונש לפי המעשה שעשית בלבד.

**הקורס שלנו יעסוק רק בדין העונשין - הדין המהותי.**

**מהי מטרת המשפט הפלילי?**

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

* 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.
* כל עבירה פלילית בחוק העונשין באה להגן על ערך חברתי מסויים.

**שיעור 2 – 11.3.2021:**

* **תומאס הולמס**, אחד הפילוסופיים שמזוהים עם התפיסה שהאדם הוא יצור שמנסה למקסם אינטרסיו על חשבון האחר, כדי שחברה תוכל להתקיים על חלק מהפרטים להפקיד את הריבונות שלהם בידי גורם שלטון.
* המשפט הפלילי נחשב בעיני רבים לכלי הקיצוני שבו המדינה משתמשת כדי לגרום לאפשרות לחיות יחד. דרך המשפט הפלילי היא לחוקק עבירות פליליות שהגדירו התנהגויות שאם הן מתקיימות בתנאים מסוימים המדינה תוכל לפגוע בחירויות אותו הפרט שביצע את ההתנהגות ופגע בערכים המוגנים.

**מה ייחודי במשפט הפלילי?**

האחראיות הפלילית לעומת הדין האזרחי, סכסוך שמתגלע בין הפרט לבין החברה כולה ולא רק בין אדם לחברו גם אם המעשה עצמו הוא ספציפית כלפי אדם 1. למשל: גניבה מחנות קודם תפגע באותו בעל חנות, אך המשפט הפלילי המודרני אומר שהחזית שהאדם פותח בעבירה היא קוראת תיגר עבור החברה כולה, 'מצפצף' עליה ועל חוקיה.

זו גם הסיבה שהמשפט הפלילי לא נראה כסכסוך בין אנשים והמדינה היא מנהלת התהליך, אותו אדם הפר אמנה חברתית שמחייבת את כולנו ולכן מעניש גם בגין עבירות שמאחוריהן אין נפגע ספציפי, למשל: פגיעה בביטחון המדינה/עבירת מס וכו'. הציבור כולו נפגע.

גם אם אין נזק מהעבירה אלא רק פוטנציאל לפגוע, המשפט הפלילי מעמיד את זה (כמו: ניסיון רצח וכו').

הרבה פעמים נראה שהסכמת הנפגע היא לא מעלה ולא מורידה, למשל: תני לי מכות! ונתתי, זה לא משנה, זו לא טענת הגנה עבורי, הנפגע לא יכול ליצור הסכמה שתפטור את הנאשם. האדם עצמו הוא רק אמצעי, החברה בסוף היא זו שתקבע.

**אונס** למשל דורש הסכמה, גם **גניבה** (לקיחת חפץ שלא בהסכמה), **תקיפה** (הפעלת כוח/מגע שלא בהסכמה) – יש עבירות שדורשות הסכמה/אי הסכמה, עבירות חריגות.

**ייחודיות המשפט הפלילי (לעומת ענפי המשפט האזרחי):**

1. האחריות הפלילית גוררת תיוג (סטיגמה) וגינוי - ההרשעה במשפט הפלילי מאוד חשובה ולא העונש רק העונש עצמו. ההרשעה היא לא רק מבוא, יש לה תפקיד עצמאי של גינוי, הצמדה של תווית, סטיגמה, חשוב לי לדעת במה אדם הורשע בעבר, משקף לי אמירה ערכית על מעשה הנאשם, עובר מסר. החומרה לא רק בעונש אלא גם בשם העבירה וסוגה, המסר עובר גם בין המדינה לאזרחים.

2. תחולת עקרון השיוריות במשפט הפלילי - השימוש במשפט הפלילי ייעשה כמוצא אחרון – בגלל חוסר הסימטריה של ההליך הפלילי, הסכסוך בין המדינה לנאשם נתפס כגדול, יכולה להפעיל נגדו סנקציות חזקות (כמו כלא), סוג האחראיות נתפס כחמור מאוד (האחריות הפלילית). משתקפת בעיקרון שנקרא עקרון השיוריות, עקרון שבא ואומר : בגלל החומרה המיוחדת שנלווית לאחראיות הפלילית ראוי שהמדינה תשמש בכלי הפלילי כמוצא אחרון בלבד, רק כשאין ברירה.

למשל: הפרת הבטחות, דיני החוזים מגנים על ערך זה. המשפט הפלילי אומר – זה שזה ערך חשוב לחברה זה לא אומר שהוא צריך לטפל בזה, דיני החוזים מסוגלים לטפל בזה, אין הצדקה להתערבות המדינה.

**לעומת זאת** יש סוג ערכים שהמשפט הפלילי הוא המקום הנכון: חיי אדם נגיד. לשון הרע למשל זו סוג של פגיעה שיש שיקולים שתומכים במשפט אזרחי ויש שבמשפט פלילי, מחלוקת. אם עשית את זה בכוונה לפגוע זה מקפיץ את הפגיעה ונותן הצדקה לשימוש במשפט הפלילי בעיני המדינה.

3. אחריות פלילית מותנית בקיומה של אשמה – התביעה תצטרך להוכיח שפעל מתוך יסוד נפשי מסויים: מודעות, בעת ביצוע המעשה שלו. מודע לטיב המעשים, נסיבות, תוצאה שבהגדרת העבירה. אם אני לא מודעת המשפט הפלילי יוצא מהתמונה. עקרון האשמה ישתקף ביסוד נפשי.

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 – המדינה היא המאשים. בעקבות שינויים שקשורים לתיאוריות ותפיסות תועלתניות, הטיפול בפשע עבר מידיים פרטיות לשלטון. עד שנות ה2000 המודל היה מודל ציבורי מוחלט ולנפגע העבירה לא היה יתרון או מעמד, היה רק עד כמו אחרים והסיפור עורר ביקורות. בהליך אזרחי זה תובע מול נתבע, השליטה של שניהם.

5. רף ראייתי גבוה במיוחד: על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר – אין מספר ברור לספק סביר, מה שבטוח זה 95% ומעלה, יש ויכוח. בסוף כדי שספק יוביל לזיכוי הוא צריך להיות מאוד גבוה. **ספק סביר** – ס' 34כב(א) חוק העונשין. נגזר מהרציונל שהוא לא סימטרי, כוח חזק למדינה, ההליך הפלילי ייחודי וציבורי. ייחודיות שתשפיע על דוקטרינות רבות.

**הצדקות ההפללה:**

על אילו ערכים ראוי שהמשפט הפלילי יגן?

גם אם נחליט שיש ערך שראוי להגנה, באיזה אופן? כמה הגנה?

\*יש יסוד נפשי מודעות ויש יסוד נפשי רשלנות (שנתפס פחות חמור והמחשבה הפלילית = המודעות).

הרשלנות הפלילית נמוכה יותר בחומרתה מאשר המודעות הפלילית מבחינת יסוד נפשי. ישפיע על הגדרת העבירה (רחבה /צרה) ועל חומרתה. כמו עבירת ההמתה, פגיעה בחייו של אדם אחר ברשלנות גם מקימה עבירה פלילית. מרחיבים את עבירות ההמתה ומכניסים לתוכן גם מי שפעלו במצבים נפשיים פחות חמורים כי אנחנו מייחסים לערך חיי האדם משמעות וחשיבות רבה.

עקרון הנזק – כולם מסכימים שמי שגורם לנזק יופלל. אך עדיין יש שאלה לגבי סוג הנזק, חומרת הנזק הנדרש.

פגיעה ברגשות – מוצדק לקבוע איסורים פליליים כדי להגן על רגשות? יש אנשים שלא חושבים שזה המקום למשפט פלילי.

אכיפת מוסר – משהו מוסרי או לא, צריך משפט פלילי? כדי לשמור אולי לגיטימי בעיניי אנשים ובעיני אחרים פחות. העמדה המקובלת היא שפחות לגיטימי. למשל: עדיין יש ויכוח אם לגיטימי שהמשפט הפלילי למשל יאסור קיום יחסי מין בין אדם לבע"ח.

MALA PROHIBITA/MALA PER SE - בגדול רוב הנורמות בחוק העונשין לא נראה שמוזר שמפלילים אותן והן מאלא פר סה אך יש נורמות שנראה שטיפה מוזר ולכן תיווצר אי נכונות לציית שהן מאלא פרוהיביטה.

פטרונליזם – הצדקות ההפללה, מתי מותר ומוצדק? מוצדק להשתמש במשפט הפלילי כדי לכפות אנשים לא לגרום נזק לעצמם. פטרון – אבא, המדינה למעשה משמשת תפקיד זה של מחליט עבורי מה נכון.

אם אדם בוחר להזיק לעצמו? למה המדינה מתערבת? למשל: סמים, ניסיון התאבדות. מי אנחנו שנחליט?

דוגמה: איסור נסיעה על אופנוע ללא קסדה, המטרה היא להגן עליו אך יש שיאמרו שזה בחירתו. למעשה החברה בסוף תצטרך לטפל בו. **פרופסור הארט** תמך בפטרנליזם, **ג'ון סטיוארט מיל** אמר שלא! שצריך להגביל את המשפט הפלילי ולאסור רק התנהגות שפוגעת באחרים ולכן אין להתערב בפטרנליזם ובפגיעה במוסר, המדינה צריכה לאפשר לאזרחיה להגשים עצמם.

**שיעור 3 – 16.3.2021:**

**ענישה והמנגנונים החלופיים לענישה – חלק ב למבוא:**

(תיקון 113 והליכי צדק מאחה ובתי משפט קהילתיים).

\*האחריות הפלילית נתפסת כחמורה במיוחד, אמצעי מדינתי להכוונת התנהגות, להביע שעת נפש למי שהתנכר לערכים החברתיים.

**הצדקות הענישה**: התגובה המדינתית להשתקת הרעה היא ע"י רעה – ענישה, באה בחשבון.

עונשים בכל מיני צורות.

מה מצדיק הענשה?

אין הסכמה גורפת, יש גישות רווחות יותר.

**הצדקות גמוליות** >>

חסות תחת תורת הגמול שהיא קבוצה של תיאוריות שמבוססות על תורת המוסר הדאותולוגית והמשותף להן הוא שהן מדגישות את הערך הפנימי של המעשה ולפי זה בוחנות אם הוא מוסרי או לא.

העונש הוא טוב מבחינה מוסרית: השתת רע כתגובה לרע; עשיית צדק במבט צופה פני עבר --> ביקורות:

למדינה יש זכות להעניש אך לא חייבת; יש לה זכות וחייבת.

* ***עמנואל קאנט*** היה מאילו שטענו שלא רק זכות המדינה (חברה) אלא גם חובתה המוסרית להעניש את העבריין ונותן דוגמה – נניח שיש מדינת אי, חברה אנושית על אי בודד והחברה מחליטה להתפרק ו5 דק' לפני הפיזור תופסים רוצח שכולם חיפשו, שואל קאנט האם מוצדק יהיה להעניש את הרוצח או שלא? הרי עוזבים...מבחינה תועלתנית החברה תתפזר עוד מעט אבל מבחינה גמולית יש חובה! צריך להעניש, מדוע? המטרה של ענישה בסוף היא דין צדק במבט צופה פני עבר. אם אדם הפר את האיזון יש צורך להעניש אותו.

הביטוי הקלאסי של תורת הגמול בחברות פרימיטיביות – עין תחת עין; שן תחת שן.

בחברות מודרניות הביטוי של הרעיון הגמולי הוא דרישה שהעונש יהלום את חומרת הפגיעה ואשמת הנאשם; פרופורציה.

ביקורות:

* נשמע מעט כמו נקמה, לא רציונלי, מדוע בכל מקרה אם יש חוסר נוחות?
* הדרך להשיב את הסדר היא לעשות מעשים נפסדים גם, לתקן ע"י להרוס.
* קושי לאמוד מה בדיוק יהיה העונש, לפי תיאוריה תועלתנית רוצים להשיג מטרה כלשהי אך בגמוליות המטרה היא אם הוא עשה X סבל אני אצטרך להעניש אותו X (Tו X ועוד), איך אעריך את הסבל?
* אעניש רק כדי להעניש? מה תיקנתי? הסבל כבר נעשה.

**הצדקות תועלתניות** >>

* תורת מוסר תכליתית, מסתכלת על התוצאות.
* ***אריסטו*** מזוהה עם התפיסה הזו, כל העשייה האנושית היא תכליתית, בסוף המעשה הוא אמצעי מטרה.

העונש הוא רע משום שמוסיף סבל בעולם אך מוצדק להטילו רק אם הטלתו תחסוך סבל עתידי רב יותר בעולם (הרווחה המצרפית תגדל); עשיית צדק במבט צופה פני עתיד --> ביקורות:

* ענישה לבד היא דבר רע אך ניתן להצדיק אותה במקרים בהם נראה שהיא מונעת סבל נוסף בעולם. איך? אם נראה שאנחנו משיטים עונש על אדם וכך הרתעה אישית וחסכתי נפגעי עבירה פוטנציאליים עתידיים לאותו אדם; הרתעה כללית, יצרתי אפקט מצנן גם לאנשים בצד, הרתעתי אנשים רבים ומנעתי עוד רע וסבל.
* אם במאזן הענישה תחסוך סבל עתידי אז העונש במידה מוסרית יהיה מוצדק.
* הגמול מסתכל אחורה והתועלתנות מסתכלת קדימה, מה ייצא לנו מזה? איך זה ישפיע על העתיד שלנו?
* **יש כמה סוגי שיקולים שכל אחד עצמאי**:
* הרתעה ספציפית – להטיל על הנאשם עונש כדי להרתיע אותו. בפועל ההנחה הזו בעייתית, אנשים לפני עבירה לא בוחנים כמה סבל וכמה שווה, תפיסה מעט תמימה שהם פועלים בצורה רציונלית.
* הרתעה כללית – מצדיקים את הענישה לא כדי להרתיע את העבריין עצמו אלא אחרים. ***ג'רמי בנת'אם*** אומר שזו נקודה מרכזית.
* מניעה – בתיקון 113 זה נקרא: הגנה על שלום הציבור; הרחקה; להעניש כדי להגן על הציבור. להבטיח שבזמן שהוא בעונש אני מונעת סיכון.
* שיקום – עונש מטרתו לשקם, לייצר מצב שאם יהיה בכלא למשל תהיה לו הזדמנות לחשבון נפש, יקבל ייעוץ, יתמקצע. כמובן גם תפיסה זו היא מגוחכת, תמימה ביותר.

ביקורות:

*ע"י הגמלוניים נגד התועלתניים*: אם מה שחשוב זה רק החישובים התועלתניים, אז למה שלא ניקח אדם חף מפשע? שעיר לעזאזל, נאשים אותו במשהו שלא עשה ונשיג הרתעה מטורפת? חסכנו המון יחידות סבל עתידיות לעומת סבל שעשינו לאדם 1, אי צדק נקודתי. תועלתנית זה שווה לא?

התועלתניים בעצמם לא מסכימים עם התיאוריה, לא חושבים שלהעניש חף מפשע זה נכון. הגמלוניים אומרים להם שהם לא תועלתניים באופן טהור אז, יש להם גם קווים אדומים. זו ביקורת שהתועלתניים לא יודעים להתמודד איתה. בסוף היום מרבית המלומדים חושבים שלא נכון ללכת רק עפ"י שיטה 1 – גמולית טהורה או תועלתנית טהורה. **הגישה הנכונה**: משולבת, מעורבת.

\***מייקל מור פילוסוף אמריקאי**, תומך בגמול טהור למשל.

\***רון שפירא פרופ' למשפט פלילי**, תועלתן טהור.

**תיקון 113 לחוק העונשין – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה:**

**הרקע**: לפני שהחוק נכנס לתוקף, לא הייתה הסדרה של הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה בישראל, המחוקק לא נתן הנחייה לשופטים באשר לחומרת העונש, לא היה מדרג, מה חשוב יותר להשיג, מה מקבל יותר משקל איזה שיקול. לכן כל שופט עשה מעין 'מערב פרוע קטן', לקבוע את גזר הדין לפי ראותו בהתחשב בשיקולי הענישה שנראו לו יותר רלוונטיים.

הביקורת כלפי המצב הייתה שהיה חוסר אחידות, פגיעה בעקרון השוויון בענישה.

ב97' הייתה **וועדת גולדברג**, חשבה על איך יסדירו את שיקול הדעת השיפוטי בענישה והחליטה ליצור קריטריונים יותר ברורים.

חלק 1 - להגדיר שיקולים מנחים בקביעת העונש.

חלק 2 – להסמיך וועדה שתקבע עונש מוצע לעבירות שונות, שממנו השופט ייצא. למשל: גניבה עד 3 שנים, העונש המוצע הוא שנה לגניבה טיפוסית.

בפועל המלצותיה לא התקבלו, היה ויכוח והכנסת השאירה בצד את חלק 2.

**עיקרי החוק:**

*העקרון המנחה*: עקרון ההלימה בין סוג ומידת העונש לבין חומרת המעשה בנסיבותיו ואשמת הנאשם.

השיקול החשוב הוא מידתיות, מטילים על אדם את סוג העונש ומידת העונש כך שיהיו פרופורציונליים לחומרת המעשה בנסיבותיו ובשקלול האשמה של הנאשם.

\*חוק העונשין הישראלי נתן בכורה לשיקול **הגמולי**.

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

טווח = טווח העונש ההולם => מתחם ההלימה/הענישה.

רשימה של נסיבות שישפיעו על קביעת המתחם עצמו (בהמ"ש קובע מתחם הלימה ספציפי לעבירה ולנסיבות- וגוזר עונש ביניהן).

אחרי שמצביע על אילו נסיבות אופפות את העבירה הוא בודק את אשמת הנאשם ואז יקבע את המתחם ההולם לחומרת המעשה ואשמת הנאשם (**ס'40ג(ב)**). ואולם יכול לחרוג ממתחם העונש ההולם בשיקולי שיקום והגנה על שלום הציבור.

איך ידקור את העונש המדויק? בתוך מתחם העונש ההולם יתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (אלא בנאשם עצמו) (**ס'40יא**) .

>>> שיקולים שיכולים להשפיע על *חריגה* ממתחם העונש ההולם:

שיקום (**ס'40ד**) – לקולא (לחרוג לפחות מהמתחם).

הגנה על שלום הציבור (**ס'40ה**) – לחומרה (להוציא אותי מהמתחם ההולם כלפי מעלה).

>>> שיקולים שיכולים להשפיע על העונש המדויק *בתוך* המתחם:

הרתעה אישית והרתעת הרבים (**ס'40ו**).

נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (**ס'40יא**).

הרתעה אישית – **ס' 40ו** – בתוך מתחם הגמול, אי אפשר לצאת ממנו (בתוך ה12 – ל15).

אותו דבר על הרתעת הציבור – **ס'40ז** – לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

**השלבים:**

**השלב הראשון**: מעריך את חומרת המעשה לפי נסיבותיו כמו שמופיע לי בסעיף **40ט**.

**שלב שני**: קובע טווח שכל עונש בטווח הזה יהיה הולם; מתחם הענישה.**שלב שלישי**: את העונש הספציפי בתוך הטווח נקבע לפי נסיבות שקשורות לנאשם עצמו ולא לעבירה.

למשל: יש רשימה – הפגיעה של העונש בנאשם לרבות בשל גילו, הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם, הנזקים, נטילת האחריות. כל אלו הם רק בתוך מתחם ההלימה, בין ה12 ל15 אלו שיקולים שיקבעו לי אם אני אתן 12, 12 וחצי, 13 או 14.

* יש שיקולים שישפיעו לקולא ולחומרה.
* הגמול הוא הערך המרכזי אך לא היחיד, גם תועלת שזה הגנה על שלום הציבור ושיקום יכולים להוציא אותי מהמתחם. גמול קודם ואח"כ שיקולי תועלת. נניח שרוב התיקים יפלו במתחם עצמו והשיקול הגמולי יהיה במרכז.

**שיעור 4 – 18.3.2021:**

**חלופות**: התפתחו בעקבות אכזבה מתהליך הענישה הרגיל, האדברסרית. תחושה שההליך רומס את כבוד החשוד/ הנאשם ודוחק את נפגעי העבירה שלא מקבלים מענה לצרכים החשובים להם. תחושה של: את מי זה משרת.

**צדק מאחה:**

• מתייחס למעשה עבירה כאל פגיעה ביחידים ובמערכות יחסים. הפגיעה יוצרת מחויבות לאחות את הנזקים, כפי שמוגדרים ע"י הנפגע והאחרים שהושפעו ממנה.

• האחריות המרכזית מוטלת על מבצע העבירה, תוך שותפות 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 והנפגע 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.

בעולם הגישה הזו רווחת במדינות כמו: קנדה, אוסטרליה, ניו-זילנד, באירופה ובישראל בעשור האחרון הדיבור על הנושא גובר – בעיקר אצל נוער וגם אצל בגירים יש אפשרויות כאלה.

\*השופט בסוף מחליט אם התהליך יהווה גזר הדין. צדק מאחה אפשר גם מחוץ למשפט הפלילי, בתנאי שהפוגע יסכים (לרוב ההליך הפלילי הוא התמריץ לפוגע לפנות לצדק מאחה מתקווה שיקלו עליו).

\*כרגע אין חקיקה בעניין, זה תחום פרוץ.

**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 הנוהג ומאמץ עבודת צוות שבה תובע, סנגור ואנשי טיפול בניצוחו של השופט פועלים יחד לקדם את הנאשם בתוכנית השיקום.
* התוכנית אורכת כשנה ואם הנאשם עמד בה בהצלחה – לא מוטל מאסר. הנאשם מגיע מדי שבועיים לביקורת מול השופט, שמוודא כי הוא עומד בתנאי תכנית השיקום.
* הקמת שני בתי המשפט הראשונים בבאר שבע (2014) ורמלה (2015) בהובלת **ג'וינט אשלים** ובליווי ועדת היגוי ארצית הכוללת נציגים ממשרדי הממשלה.

**עקרון החוקיות:**

* החלק הכללי (הוראות עקרוניות המגדירות אחריות פלילית, סייגים, יסוד נפשי וכו') בחוק העונשי עבר תיקון משמעותי בשנת 1994, תיקון 39 ונכנס לתוקף ב1995.
* נחקק מחדש כל החלק המקדמי הכללי של חוק העונשין, לארגן לפי עקרונות ותיאוריה (הושפענו מהדין הגרמני והאנגלו-אמריקני). החלק הספציפי נשאר לא מאורגן (של העבירות), יש פרקים שנעשו בהם תיקונים כמו: עבירות ההמתה ועבירות מין, אך בשאר לא עשו ארגון חדש.

**ס' 1** – "אין עבירה ואין עונש אליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו", הסעיף נקרא עקרון החוקיות.

אין עבירה ואין עונש עליה אלא בחוק (רק המחוקק יכול להגדיר עבירה ועונש).

יש בסעיף הבחנה חשובה להבנה של העקרון.

**המחוקק** – מייצר נורמה שתחול מכאן והלאה. עיוור, החוק לקהל בלתי מסויים.

**השופט** – התיק מגיע בדיעבד, יש מקרה והשופט צריך להחליט מה עושים במקרה הזה. פעולה של אקס פוסט = בדיעבד.

**רציונלים**:

*הגינות*;

*הכוונת התנהגות*;

*חשש מפני שרירותיות* – של החלה רטרואקטיבית של החלה מסוימת;

*מניעת חוסר שיוויון בפני החוק* - ;אלא מראש המחוקק יגדיר מה אסור. יותוו כללים אחידים שיחולו כלפי כולם;

*יעילות וקידום הרתעה* – גם הדין הפלילי רוצה להרתיע אם אני מייצרת עבירות ושמה סנקציה לצידן, אני רוצה למגר פשיעה ע"י ענישה להשגת מטרותיה (כמו הרתעה), אם לא אגדיר מראש אז לא אוכל להרתיע את אותו האדם;

*הגנה על זכויות הפרט*;

* הבעיה מתחילה כשיש חוק אבל החוק עצמו מנוסח בצורה עמומה. רקמה פתוחה, אפשר לצקת לתוכו הרבה סוגים של פרשנויות ואז בית המשפט הוא זה שצריך לעשות זו. כך אין פגיעה פורמלית בעקרון החוקיות כי יש חוק אבל יש פגיעה מהותית בעקרון כי באופן מעשי בתי המשפט יוכלו רק בדיעבד להחליט אם המעשה נכנס בדיעבד להגדרה העמומה.
* **בפס"ד אשד** (אגד לימים): מה זו תקלה ציבורית? האם ההשבתה ללא הצדקה זו תקלה? בית המשפט מוטרד מכך שלא ברור מה זו תקלה ציבורית, מי קובע? חוסר נוחות. צורך לצקת פרשנות לעבירה שלא ברורה. קושי ביצירת אזהרה והדרכה לאזרח. הרציונליים לא מתקיימים כשיש חשש ביישום הסעיף. לא מבטלים את העבירה אבל מנסים לפרש בצמצום ולעומת זאת **חשין** לא מרגיש בנוח לתת פרשנות ברורה כי לא רוצה להיות מחוקק, 'חקיקה שיפוטית'. בית המשפט מרגיש לא בנוח.
* שאר הפסיקה שקראנו מראה איך בתי המשפט מתמודדים.
* **בפס"ד שבס** – שינוי מפס"ד אשד, ש**ברק** לא מזדעזע מהעמימות, לא מוחקים את העבירה ומשאירים אותה. מאפשרת בעיניהם להתאים את פרשנות בית המשפט לעבירה. פתרונות שמטרתם לא להרחיב את העבירה אך גם לא לצמצם אותה יותר מידי. בין השנים יש שחיקה של תפיסת בית המשפט את עקרון החוקיות.
* **בסוף הוויכוח הוכרע בתיקון 39** – **ס' 34כא** : ללכת רק אחרי פרשנות מצמצמת או מרחיבה לפי התכלית. בתיקון 39 התיקון נחתך: הגישה שתומכת בפרשנות התכליתית היא על העליונה. רק אז נבחר בפרשנות המקילה, המצמצת את האחראיות של הנאשם. ייתכן ובית המשפט יבחר בפרשנות המרחיבה כי זו היחידה שתואמת את התכלית.
* **פס"ד אהובה לוי** - מדגיש את בית המשפט מיישם את **ס'34כא.** בסוף בית המשפט מדבר על תכלית החוק, למה המחוקק אוסר דווקא 2 אוזניות ולא רשום על 1 ובוחר בפרשנות שמשרתת את התכלית ומצמצמת את אחראיות הנאשם.

סיכום חומר – (שירה): היסוד העובדתי

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

המשפט הפלילי נועד להתמודד עם ההתנהגות האנושית ולכוון אותה לזו המקובלת על החברה. "התנהגות רצונית" היא האלמנט המרכזי של "אקטוס רמוס". היכן שהתנהגות לא רצונית, אין "אקטוס רמוס", והדין הפלילי לא מתערב. ואמנם, לפעמים לא מספיק שההתנהגות תהיה רצונית; צריכים שיתקיימו שני כללים: 1. הידיעה - שאדם ידע שהמעשה שלו יוביל לתוצאה השלילית; 2. הצפיות - צריך שיהיה סביר לצפות את תוצאתו השלילית של המעשה.

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

מהו הכלל לגבי אדם שלא פעל באופן פלילי, אבל היה לו "מזג" פלילי? לדוג', אדם שתכנן פשע אבל לא ביצע אותו. אדם לא נענש רק בשל מחשבות. מהי ההצדקה לכלל?

**בקסטון** - חובה שתהיה איזו שהיא פעולה או ראיה פתוחה לפשע כדי להוכיח את רצונו הפלילי לפני שייענש.

סטפן- מזג ומחשבות יכולות להיות נושא של הרשעה וכו', אבל לעולם לא של ענישה. אם הן יהיו, כל אדם יוכל להיות קרימינל ויבזבז את חייב בלנסות להעניש אחרים בגין סיבות שלעולם לא יוכלו להיות מוכחות.

**דבורקין** - שאלה היא איך תייצר מערכת החוקים עונש בגין כוונות? האם ברגע שיתגלו הכוונות? אך איך נדע שלא שינה את דעתו? איך נדע שמדובר בכוונה- ולא במשאלה? וקשה יותר- דבר כזה עלול לגרום לדאגה מתמדת לבריאותנו הנפשית, ובכך לרושש ולגדף את חיינו הרגשיים.

**וויליאמס** - 1) קושי ההבחנה בין חלום בהקיץ לבין כוונה; 2) ההאשמות יהיו הססניות (חלשות) מדי כדי להתחיל לתרגם אותן לפעולות.

**שיעור 5 – 6.4.2021**:

\*קודם נבין את תכלית החיקוק ואז נבדוק אם יש כמה פירושים ואז נבחר באפשרות המצמצמת את עונש הנאשם.

**יסודות העבירה:**

מבנה העבירה: כל עבירה מורכבת מ4 רכיבים, אלמנטים –

1. **עושה העבירה** – מבצע, חייב להיות אדם שעושה (בגיר לעניין האחריות הפלילית – גיל 12 ומעלה), שפוי בדעתו, בעל שליטה (ס' 34ו – 34ח). כך ייחשב מבצע כשיר כדי שהעבירה תקום.
2. **אובייקט העבירה** (הערך המוגן) – הערך שעומד בבסיס האיסור הפלילי. כל עבירה אוסרת על התנהגות מסוימת, יש ערך חברתי מוגן שהאיסור על ההתנהגות בא לשמור עליו אותו קובע המחוקק. יש עבירות שהמשותף להם שהן נועדו לשמור על ערך מסויים כלשהו (למשל: ביטחון המדינה; 267-290 סדרי השלטון והמשפט; קניין; שלמות הגוף וכדומה). ההבדל במידת ההגנה בא לידי ביטוי בהגדרת העבירה עצמה, נקבע בניסוח: מה אסור, איך ההתנהגות מוגדרת. בדר"כ עבירות שבאות להגן על החיים והגוף יכללו גם עבירות המבוססות על העמדה בסכנה (גם אם לא גרמתי לנזק בסוף, עצם זה שסיכנת אפשר להפליל אותך). עבירות רכוש לעומת זאת (קניין) ההגנה עליהם לא מכלילה העמדה לסכנה של הרכוש אלא לרוב רק עבירות שפוגעות בפועל יחשבו. המחוקק מגן לפי החשיבות של הערך, ערך חברתי. למשל יסוד נפשי של רשלנות פלילית מול מודעות – אני מודעת לכל עבירה שאני עושה? נרצה להפליל את מי שמודע, כי הוא בוחר לפגוע בערך אך יש יסוד נפשי חריג יותר וקל יותר בחומרתו שהוא הרשלנות הפלילית – הנאשם לא מודע לטיב המעשה ועושה זאת בעוד שאדם אחר כן היה מודע שזה יכול לגרום לכך. קשה להניח שאדם שאינו מודע בחר לפגוע אך עדיין נפליל את הרשלן כי בנסיבות העניין אדם אחר כן יכול היה להיות מודע ואם אתה רשלן זה אומר משהו עליך. נראה בדר"כ עבירות רשלנות כשהערך המוגן הוא חשוב מאוד למשל: חיי אדם, כמו בעבירות ההמתה – שם נרחיב את האחראיות הפלילית. לעומת זאת כשהערך הוא קניין למשל לא נפליל ברשלנות, הערך החברתי פחות מוגן ולכן נשמור על האחראיות הפלילית צרה יותר ונפליל רק את מי שעשה מה שעשה ביודעין. היסוד הנפשי והעובדתי תלויים בחשיבות הערך המוגן.
3. **היסוד העובדתי** – בכל עבירה יש שני יסודות: עובדתי ונפשי. הם מרכיבים את העבירה השלמה. העובדתי**:** אקטוסריאוס, הביטוי החיצוני האובייקטיבי של ההתנהגות האסורה שהנאשם אמור לבצע כדי לקיים את האיסור הפלילי. זה אותו חלק בהגדרת העבירה שמתאר מהי ההתנהגות האסורה, אילו נסיבות מלוות אותה שנותנות לה גוון שלילי ואילו תוצאות עלולה לגרום. לא כל עבירה חייבת לגרור תוצאה. הביטוי האובייקטיבי, חיצוני: מה המעשה האסור, באילו נסיבות ותוצאה אליו יוביל. למשל: הנוטל ונושא חפץ, ללא הסכמת בעליו מתוך מטרה... = יסוד עובדתי.
4. **היסוד הנפשי** – גם אותו ניתן לאתר מההגדרה הפלילית, צריך להתקיים בנאשם תוך כדי ביצוע התנהגותו, זה ההלך נפש שמלווה את הנאשם תוך כדי ביצוע המעשה (ביצוע היסוד העובדתי) הוא גם צריך לעשות זאת בליווי מצב תודעתי – מנטאלי מסויים. יחס נפשי שלילי של הנאשם כלפי כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי: מודע למעשה? לנסיבות? לתוצאה? כל עבירה לא מסתפקת בהתנהגות חיצונית אלא גם דורשת יחס נפשי של אותו אדם כלפי ההתנהגות שלו. אדם צריך להיות מודע = מודעות. התפיסה באה ואומרת שלא מספיק בפלילים שאדם יבצע התנהגות מזיקה/פוטנציאל להזיק (ביטוי חיצוני), מה שהופך את ההתנהגות לאנטי חברתית במובנה הפלילי צריך שמבחינה מנטאלית הוא יבצע את הפעולה המזיקה ביודעין. לא רק הנזק שם אחראיות אלא גם הכוונה, יסוד נפשי שלילי = אדם הזיק מבחירה. יכול להיות שעשה נזק בשוגג ואפשר לתבוע בנזיקין אך זה לא פלילי, כדי להפליל אותו (אחראיות פלילית) אני צריכה להראות שאותה פגיעה בערך שעשה נעשתה ביודעין, יכול היה להימנע ובחר שכן לבצע. היסוד הנפשי = מצב מנטאלי שלילי, הלך הרוח. השילוב הזה יוצר את ההצדקה להפליל (בפלילים). היסוד הנפשי הוא *אלמנט מרכזי* בקביעת החומרה של תופעה מסוימת. יכול להיות שאדם יעשה נזק ביסוד נפשי שונה מאדם אחר שעשה אותו מעשה ונזק ויתייחסו אליהם באופן שונה בשל היסוד הנפשי שלהם ששונה. למשל: עבירות ההמתה, המשותף להם הוא גרימה של מוות של אדם, בכולם יש מעשה מסויים שבעקבותיו נגרם מוות של אדם אחר. מה שיכול ליצור חומרה שונה של עבירת המתה זה נסיבות שונות (יסוד עובדתי) והיסוד הנפשי! יש כוונה? או שגרם זאת ללא שצפה את האפשרות שזה יקרה. היסוד הנפשי מגוון את העבירות, יוצר עבירות שונות בחומרתן.

* כדי שתקום אחראיות פלילית של אדם לעבירה מסוימת התביעה חייבת להוכיח מעבר לספק סביר שאותו נאשם מקיים גם את היסוד העובדתי וגם את היסוד הנפשי באותה הגדרת עבירה שרוצים לייחס לו.

**\*נלמד לזהות באופן אנליטי מה כל עבירה ועבירה דורשת.**

* תמיד מדברים על דרישה מצטברת, נצטרך להוכיח שהנאשם קיים את כל רכיבי היסוד העובדתי וקיים **גם** את היסוד הנפשי קבוע בהגדרת העבירה.
* האחראיות הפלילית מבוססת על אשמה = אנטי חברתיות, בחירה.

\***ס' 18** לחוק – יסוד עובדתי.

\***ס' 19 –** **20** – היסוד הנפשי.

אלה הוראות כלליות שיחולו על כל עבירה ועבירה, לא משנה היכן היא, יהיה תמיד יסוד עובדתי ויסוד נפשי שקבועים בהגדרת העבירה ותמיד אצטרך להוכיח את שניהם כדי לייחס לאדם אחראיות על אותה העבירה.

**עקרון הסימולטניות או עקרון המזיגה** = היסוד העובדתי והנפשי צריכים להתקיים בו"ז! היה מודע לטיב מעשיו, מודע למה זה יכול לגרום וגם רצה שזה יקרה.

למשל: אדם שמדמיין שהוא הורג את שכנו בסכין בעת נהיגה ומאבד שליטה ונתקע ברכב מולו שבמקרה שם השכן וגורם למותו. לכאורה יש כאן יסוד עובדתי ולכאורה גם יסוד נפשי, אבל האם אוכל לייחס לו אחראיות לרצח הזה? (דמיינו מצב שהתגברתי על הראיות) – לא, כי הוא מדמיין שהוא רוצח באופן שונה וגם לא ידע שהשכן מולו, יש להראות שהמחשבה הפלילית הייתה כלפי המעשים שלו באותו רגע! רצה להרוג אותו בתאונה עצמה ולא דמיין מצב אחר שהוא הורג אותו ואז במקרה נתקע בו.

* יש קשר בין היסודות, מצב נפשי ביחס לפעולות שלו. לא אוכל להאשים ברצח (אולי ברשלנות שם יש צורך ביסוד נפשי אחר).
* השילוב בין היסוד העובדתי לנפשי הוא זה שיוצר את מגוון העבירות בחוק העונשין.

דוגמה: חמשת עבירות ההמתה, לפעמים מה שמבחין בין רצח בנסיבות מחמירות לגרימת מוות ברשלנות זה היסוד הנפשי. ברצח – רציתי, ברשלנות – התכוונתי => ההבדל כאן הוא היסוד הנפשי, הוא זה שמשנה את חומרת העבירה.

* עבירות עם יסוד נפשי זהה שנבדלות ביסוד העובדתי.

דוגמה 2: חבלה חמורה 7 שנים (ס' 333) אל מול פציעה 3 שנים (334) – מה ההבדל בין העבירות? היסוד הנפשי כאן הוא זהה. מודעות (פזיזות) שצריכה להתקיים: אדם מודע למעשים, לנסיבות ולתוצאה. היסוד העובדתי הוא שונה ב333 זה חבלה חמורה וב334 פציעה.

\***ס' 34כד** - כולל הגדרות שונות שיכולות להופיע בחוק העונשין. הניסוח של כל מיני עבירות הוא שונה.

\* שתי עבירות ששונות למשל גם ביסוד הנפשי וגם בעובדתי: חבלה חמורה וגניבה למשל.

\*היעדר עניין לציבור = תוקן לשם אחר שיהיה פוליטיקלי קורקט -> מכלול נסיבות העניין אינן מצדיקות העמדה לדין.

**היסוד העובדתי שבעבירה ס' 18**:

ס' קטן (א) – מגדיר את פרטי היסוד העובדתי.

* **המעשה** – בהתאם להגדרתה (של העבירה). מעשה לרבות מחדל (הימנעות מעשייה שהיא חובה). אדם יכול לבצע עבירה באופן אקטיבי או במקום שנמנע מלעשות מעשה שיש לו חובה לעשותו. רכיב התנהגותי = פאסיבי/אקטיבי. הרכיב ההתנהגותי הוא *אלמנט הכרחי* שיהיה בכל עבירה; התנהגות מצד הנאשם. אין עבירה בלי התנהגות (רכיב התנהגותי), לא מפלילים רק על מחשבה! הרעיון הוא שלנאשם צריכה להיות שליטה על התנהגותו, הנחת היסוד שיש לו שליטה על מעשיו וזו ההצדקה להפללה שלו.
* **נסיבה** – יכול להיות שלא נמנות עם הגדרת העבירה. נתון, פרט, תנאי שהוא לא בגדר התנהגות הנאשם ושבדר"כ מלווה את הרכיב ההתנהגותי, צריך להתקיים והוא זה שנותן לרכיב ההתנהגותי גוון שלילי. יתקיימו בו"ז למעשה. יכולות לאפיין תנאים מסוימים, זמן, מקום, אופן.

למשל: אדם שנוטל ונושא חפץ שעושה זאת בהסכמה אז היסוד העובדתי לא מתקיים (ס' 384 – 383). נוטל ונושא – התנהגותי. דבר הניתן להיגנב – נסיבה. בלי הסכמת הבעל במרמה ובלי תביעת זכות – גם נסיבות. המעשה מקבל את הגוון השלילי הפסול רק בתנאים שבהם...

מעשה זה התנהגות שיש לאדם שליטה, נסיבות זה נתון חיצוני שבדר"כ אין לנאשם עליהן שליטה. קיום הנסיבות לא תלוי במעשה.

* **תוצאה** - יכול להיות שלא נמנות עם הגדרת העבירה ונגרמה ע"י המעשה. סוג של *תולדה מאוחרת יותר בזמן* שהיא מוגדרת בלשון העבירה ומתרחשת עקב ההתנהגות. יהיה בזמן מאוחר יותר מהמעשה ועקב המעשה. אם אדם מבצע מעשה ונקבעה תוצאה שלא נגמרה בעקבות המעשה לא נוכל לייחס לו את זה. יש להוכיח *קשר סיבתי* בין המעשה לתוצאה. התוצאה תמיד תהיה מאוחרת יותר בזמן ממעשה הנאשם. אירוע שקרה בעקבות המעשים של הנאשם והם מאוחרים יותר למעשה, נגרמו על ידי המעשים של הנאשם. יש עבירות עם תוצאה ויש עבירות ללא תוצאה. אלה שיש להן תוצאה: עבירות תוצאתיות. עבירות ללא תוצאה: עבירות שכוללות רק רכיב התנהגותי עם נסיבות ונכנה אותן עבירות התנהגותיות.

**שיעור 6 – 8.4.2021:**

\*בפועל הפרקליט מקבל תיק וצריך להסיק מהסיפור שבראיות איזו עבירה תואמת את מה שבתיק.

אנחנו נתחיל בחוק העונשין, בעבירות וביסודות ואח"כ נקבל סיפור ונדון בסיפור אם אפשר לייחס לפלוני עבירה מסוימת.

•הרכיב שתמיד יופיע => הרכיב ההתנהגותי = רכיב חובה. יש מקרים של עבירות שאין מעשה/מחדל...נלמד. למה אם אין התנהגות פיזית חיצונית אין עבירה?

* לא ריאלי אולי לבוא בחשבון עם פלוני שחושב משהו, איך נוכיח? הכלים מוגבלים, יש יכולת מוגבלת; קושי ראייתי.
* מחשבות לבדן אינן מזיקות. וויליאמס אומר: המחשבות לבד הן לפעמים לא מסוכנות, גם אם הן רעות, הנפש בנויה כך שהמחשבות זה כלי לשחרור אגרסיות. כל עוד אדם לא חצה את הגבול בין מחשבה למעשה צריך לתת לו לחשוב, שישחרר ככה את הכעסים. המשפט הפלילי לא רוצה להפליל אותן. זה לא קשור לקושי ראייתי אלא בכללי נרצה שלא.

\*יש עבירות בשם עבירות ניסיון, מפלילים על הניסיון לרצוח למשל. דוקטרינת הניסיון.

* האם יפלילו את כולנו? לכולנו יש מחשבות, אם הכל פלילי אז כלום לא פלילי. מה מייחד את המשפט הפלילי הרי? שימוש בו רק במקרה אחרון, מוצא אחרון, יש לו כוח מיוחד.
* מאיר דן כהן: התנהגות דורשת שליטה, המשפט הפלילי אומר הכוח שלנו הוא מול אנשים ששולטים במעשה שלהם, השליטה משקפת בחירה. האדם הרציונלי, האדם שיש לו יכולת לבחור בין טוב לרע, להימנע/לא להימנע. בהתנהגות אנחנו שולטים. זה הבסיס המוסרי להפליל כשיש התנהגות ולמה על מחשבות לא. התנהגות חיצונית.
* לכל עבירה ועבירה תמיד יהיה מעשה, תמיד קודם נחפש מעשה. לפעמים הניסוחים קשים ולכן תמיד קודם נזהה מחדל, התנהגות – אותה תמיד יש.
* הצורך להוכיח קש"ס מתעורר בעבירות שיש בהן רכיב תוצאתי בלבד. בעבירות התנהגות התביעה לא תיכנס לשאלות של קש"ס כי אין תוצאה.
* בעבירות תוצאה התביעה תצטרך להוכיח: **תוצאה**, **קש"ס**, **יסוד נפשי** (מודעות) שצריך להתייחס לכל 1 מרכיבי היסוד העובדתי. (מודע למעשים, נסיבות ולתוצאה אפשרית). אם ננתח לא נכון, הטעות תיגרר על הכל.
* כמעט תמיד נסיבות (הדר לא מכירה עבירה ללא נסיבה למעט הוויכוח **בפס"ד *חורי***שגם שם נקבע שאדם זו נסיבה).
* צריך קש"ס בין המעשה לתוצאה ובתוך הקש"ס יש מבחנים: קשר סיבתי עובדתי מבחן האלמלא (מי מספיק קשור כדי להיות גם אחראי – למשל אמא שילדה את הנאשם לא תספיק), קשר סיבתי משפטי. נרחיב בהמשך.
* ***בחורי וכנהא***– לא תמיד ברור הנסיבה והתוצאה, דיון/התלבטות איך לנתח ולסווג את רכיבי היסוד העובדתי.

\*פוליגרף לא כביל בהליך פלילי = רק באזרחי (ניתן לזייף).

מבחני עזר לזיהוי היסוד העובדתי ומרכיביו:

* המבחן האם נסיבות או התנהגות זה עד כמה יש לו שליטה עליהן, על נסיבות אין שליטה = פעולה בדר"כ הגיוני שהיא התנהגות.
* אדם = נסיבה (במוות ברשלנות יש ויכוח מה זה אדם אבל לא אם זה נסיבה או לא).
* לא תמיד פועל היא התנהגות. תמיד תנסו לצאת מהניסוח המילולי ולשאול מה הסיפור מאחורי העבירה.
* יש סעיפים בפרקים השונים של הגדרות שניתן להיעזר בהם בעבירות שבאותו הפרק.
* בפסיקה ניתן לדעת איך עבירות מסוימות מנותחות (במקרה שאני פרקליטה ולא בטוחה בניתוח).
* ככל שתתרגלו יותר מקרים, תבינו את העבירות, נקבל את הטאצ'.
* אם אין הגדרה בתחילת פרק עוברים לס' 34כד.
* "בתנאי"/"במצב" בדר"כ מרמז לנסיבות.
* לשם, כדי, למטרה = עבירות מטרה, יסוד נפשי.

**שיעור 7 – 13.4.2021**:

**ניתוח העבירות- תרגיל משיעור 5 – תיקונים של הדר**

1. **ס' 302 רישא - שידול או סיוע להתאבדות**

"המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה".

* מעשה = המביא, בשידול או בעצה.
* נסיבות = אדם.
* תוצאה = לידי התאבדות.

1. **ס' 415 - קבלת דבר במרמה**

"המקבל דבר במרמה, דינו - מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו - מאסר חמש שנים".

* מעשה = במרמה; נעברה עבירה.
* נסיבות = דבר. בנסיבות מחמירות.
* תוצאה = המקבל.

1. **ס' 375א(א) – החזקה בתנאי עבדות**

"המחזיק אדם בתנאי עבדות לצורכי עבודה או שירותים לרבות שירותי מין, דינו – מאסר שש עשרה שנים".

* מעשה = המחזיק.
* נסיבות = אדם בתנאי עבדות, לצורכי עבודה או שירותים לרבות שירותי מין.

1. **ס' 376ב(א) – גרימה לעזיבת המדינה לשם זנות או עבדות**

"הגורם לאדם לעזוב את המדינה שבה הוא מתגורר לשם העסקתו בזנות או החזקתו בתנאי עבדות, דינו – מאסר עשר שנים".

* מעשה = הגורם.
* נסיבות = לאדם; את המדינה שבה הוא מתגורר.
* תוצאה = לעזוב.
* יסוד נפשי: לשם העסקתו בזנות או החזקתו בתנאי עבדות **[יסוד נפשי מיוחד של מטרה, רכיב של כוונה]**.

1. **ס' 349- מעשה מגונה בפומבי**
2. "העושה מעשה מגונה בפומבי בפני אדם אחר, ללא הסכמתו, או העושה מעשה כאמור בכל מקום שהוא תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, דינו - מאסר שנה.
3. העושה, בכל מקום שהוא, מעשה מגונה בפני אדם שטרם מלאו לו שש עשרה שנים, דינו - מאסר שלוש שנים".

* מעשה = העושה מעשה.
* נסיבות = בפומבי בפני אדם אחר, ללא הסכמתו, בכל מקום שהוא תוך ניצול יחסי מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות. אדם שטרם מלאו לו שש עשרה שנים.

מגונה- יסוד נפשי.

1. **ס' 467 - חיקוי שטר מטבע**

"העושה או מנפק דבר שאינו שטר מטבע והוא דומה בעיקרו לשטר מטבע שהוא הילך חוקי בישראל, דינו - קנס חמש מאות לירות".

* מעשה = העושה או מנפק.
* נסיבות = דבר שאינו שטר מטבע והוא דומה בעיקרו לשטר מטבע שהוא הילך חוקי בישראל.

1. **ס' 451 - היזק לבעל חיים**

"ההורג חיה הניתנת להיגנב או חובל בה, פוצעה או מפעיל עליה רעל, במזיד ושלא כדין, דינו - מאסר שלוש שנים".

* מעשה = הורג, חובל בה, פוצעה, מפעיל עליה רעל. - **רכיבים חלופיים**
* נסיבות = חיה, הניתנת להיגנב, במזיד (יסוד נפשי) ושלא כדין.
* תוצאה = הורג, חובל, פוצעה.

1. **ס' 457 - הדבקת בעל חיים במחלה מידבקת**

"הגורם במזיד ושלא כדין שחיה הניתנת להיגנב תידבק במחלה מידבקת, דינו - מאסר חמש שנים".

* מעשה = הגורם. - רכיב התנהגותי בלתי מסוים.
* נסיבות = שלא כדין, חיה הניתנת להיגנב; מידבקת.
* תוצאה = תידבק במחלה.
* יסוד נפשי - במזיד.

1. **ס' 428 - סחיטה באיומים**

"המאיים על אדם בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם, או מאיים על אדם לפרסם או להימנע מלפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או מטיל אימה על אדם בדרך אחרת, הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו - מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו - מאסר תשע שנים".

* מעשה = המאיים; מטיל אימה.
* נסיבות = על אדם; בכתב, בעל פה או בהתנהגות; בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם; על אדם לפרסם או להימנע מלפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר; על אדם בדרך אחרת.
* תוצאה = נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם.

1. **ס' 345 – אינוס**
2. "הבועל אישה – שלא בהסכמתה החופשית.."

"בועל – המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה".

בעילה יכולה להיות אישה באישה אך הקורבן חייב להיות אישה לפי עבירה זו. אין זה אומר שעבירות בזכר לא מקבלות יחס!

מעשה = הבועל.

נסיבה = אישה שלא בהסכמתה החופשית.

עבירה התנהגותית.

**הערות המתייחסות לניתוח העבירות:**

* **ס' 415 - קבלת דבר במרמה**
* פועל נראה לנו באופן אינטואיטיבי כהתנהגות. אך לא נלך רק לפי התחביר. צריך לצאת מהניסוח המילולי ולשאול את עצמנו מה הסיפור מאחורי העבירה. אדם טוען טענת מרמה ובעקבות טענה זו הוא מקבל דבר. אילולא אותה טענת מרמה הוא לא היה מקבל את הדבר.
* **ס' 414 הוא סעיף הגדרות**. בפרקים השונים של העבירות הספציפיות יש **בתחילת כל פרק סעיף הגדרות שבו הגדרות הרלוונטיות לאותו פרק.** לכן תמיד כשנקבל עבירה, ננסה להסתכל האם יש סעיף הגדרות שיכול לתת אינפורמציה שתעזור לי.
* יש לנו הגדרה של "דבר" ו"מרמה". מרמה= טענת עובדה שקרית, לא נכונה. לכן זהו רכיב ההתנהגות.
* אני אצטרך להראות שקבלת הדבר (התוצאה) נעשתה עקב המרמה (המעשה).
* כאן התוצאה מנוסחת כפועל והיא פותחת את העבירה ולכן זה טריקי ומבלבל.

בכתב האישום נפנה לכל הסעיפים הרלוונטיים לאישום (ההגדרות/העבירות) - לענייננו נורמה אוסרת ס' 415+414. בפרקטיקה אם יש ספק - ואני לא אדע איך לנתח את העבירה, אני אבחן בפסיקה איך עשו זאת. אך, זה לא אומר שאין מקרים בהם הפסיקה ניתחה בצורה מסוימת והפרקליט טוען שיש לנתח באופן שונה. ברוב המקרים אין דילמה לגבי זה.

במבחן - ככל שנתרגל יותר, ככל שנראה יותר מקרים, ככל שנזכור את הדוגמאות בכיתה, בסוף נראה שהדברים חוזרים על עצמם.

הכותרות של העבירה הן כלי פרשני שביהמ"ש יכול להשתמש בו, אך מה שקובע הוא הגדרת העבירה עצמה. המחוקק כותב אותן.

\*טיפ: תמיד לקרוא לעצמנו את העבירה פעמיים.

* **ס' 375א(א) -החזקה בתנאי עבדות**
* **עבירות ההחזקה** הן יוצאות דופן. אין פה מעשה שנעשה באופן אקטיבי שניתן להגדירו בזמן ומקום מדויקים. החזקה היא לא פעולה נקודתית ספציפית, היא משתרעת על אורך זמן. אבל זה כן רכיב התנהגותי.
* אין הגדרה למילה "החזקה" בפרק הספציפי. **נחפש בסעיף ההגדרות הכללי 34כד, שם מצאנו את ההגדרה.** הפירוש הוא שיש לאדם שליטה במשהו אחר.
* כאשר כתוב בניסוח "תנאי" / "נסיבות" זה ברור שזה נסיבה.
* "לצורכי עבודה או שירותים לרבות שירותי מין" -מתאר את תנאי העבדות בצורה מפורטת ומסוימת.
* אדם שמחזיק אדם אחר בתנאי עבדות - זה קורה במקביל להתנהגות. לא עקב ההתנהגות/מאוחר יותר מההתנהגות ולכן זה לא תוצאה. ההחזקה הופכת להיות פלילית כאשר היא נעשית על אדם שנמצא בתנאים האלה (בעבדות, לצרכים של עבודה או שירותים..) . קשה לצייר את ציר הזמן הדמיוני ואת הקשר הסיבתי הזה. לכן אין תוצאה.
* בסעיף קטן ב' מדובר על מצב שהעבירה נעשית בקטין. **"קטין"= נסיבה**. מחליף את הנסיבה "אדם" בסעיף א'.
* אין פה תוצאה. **זאת עבירת התנהגות.** די בכך שהנאשמת מחזיקה אדם אחר בתנאים של עבדות לצרכים של עבודה או שירותים – העבירה משתקללת. לא צריך לקרות כלום בעקבות ההחזקה. **עצם ההחזקה בתנאים האלה מקוננת את העבירה הפלילית**. אני לא צריכה להראות ששום דבר קורה מאוחר יותר בזמן – תוצאה.

התוצאה לעולם צריכה להיות מנותקת מהמעשה ובזמן עתידי. נסיבות בדר"כ יהיו במקביל לרכיב ההתנהגותי.

**שאלה בהקשר לשיעור הקודם** - מה קורה אם אדם חושב מחשבות אנטי-חברתיות ומעלה אותן על כתב (לדוגמה ביומן אישי). הרי בשיעור הקודם אמרנו שאסור לנו להפליל רק על מחשבות. **התשובה:** כל עוד אדם חושב מחשבות שנשארות במוחו ולא מקבלות ביטוי בעולם האמיתי – לא נוגעים בו. מרגע שאדם מעלה על הכתב את המחשבות שלו, מבחינת המשפט הפלילי יצאנו מעולם המחשבות ונכנסו לעולם המעשים. כלומר קיבלנו ביטוי לגלים המחשבתיים שלו ותפסנו אותם בחושים החיצוניים שלנו (בכתב, אם סיפר למישהו אחר..). זה השלב שאותם רעיונות הם לא רק מחשבה, אלא הפכו למעשה. *מעשה לא חייב להיות רק פעולה, אלא גם דיבור*. לדוגמה: עבירות הביטוי (המרדה, הסתה, לשון הרע) – עבירות שהפעולה בהן זה הדיבור. מצד שני, לכתוב משהו לעצמי זה עדיין יכול להיראות מאוד רחוק מהסיכוי שהאדם ילך ויגשים אותם 🡨 לא בטוח נפליל. נדבר על **דוקטרינת הניסיון** **הפלילי**, המשפט הפלילי מבחין בין **מעשי הכנה** (ביצועים מקדימים טרם העבירה) לבין **מעשים** שחוצים את השלב של רק "סידורים לקראת" ומאוד **מתקרבים לביצוע העבירה**. המשפט הפלילי לא מפליל על מעשים שהם בשלב ההכנה, משום שהם לא מספיק אנטי חברתיים, לא מספיק מסוכנים, אולי הם מהווים שחרור אגרסיות של האדם. לכן, הפעולה בדוגמה הזאת תיחשב מעשה הכנה שהוא ראשוני מאוד והמשפט הפלילי לא יתעסק איתו. אבל מבחינת הגדרה זה לא נותר בגדר מחשבה, אלא זה מעשה בשלב ראשוני מאוד טרם ביצוע עבירה.

* **ס' 348- מעשה מגונה** – "העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(2) עד (5), בשינויים המחויבים, דינו - מאסר שבע שנים".
* **נחפש הגדרה** **ל"מעשה מגונה".** בסעיף עצמו סעיף קטן ו' - יש הגדרה ל"מעשה מגונה" = מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.
* הנסיבות הן של ס' 345 (אינוס).
* ניתוח העבירה: רכיב התנהגותי = "העושה מעשה". נסיבות = "באדם". "באחת הנסיבות המנויות.."
* **"מגונה"- יסוד נפשי מיוחד של מטרה**. לאור הגדרת המילה בסעיף קטן ו'- **"לשם.."**. מתאר את המצב הנפשי שאמור ללוות אותו בעת ביצוע המעשה. ביטויי תכלית שכאלה נכללים ביסוד נפשי "מטרה"(לשם, כדי, למטרת..). **נראה שהאדם פועל מתוך רצון להשיג מטרה מסוימת**. נלמד על זה בהמשך.
* כדי שהעבירה תשוקלל לא צריך להראות תוצאה. אלא צריך להראות שהאדם פועל מתוך רצון להשיג גירוי, סיפוק, ביזוי מיניים. זה לא אומר שהוא בטוח ישיג את זה.
* **ס' 345- אינוס, סעיף קטן א(1)- "**הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית..."
* "הבועל אישה" – מה זה בועל? יש הגדרה באותו הסעיף בסעיף קטן ג'. "המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה". כלומר, יכול להיות גם אישה באישה. **הקורבן בעבירה הזאת חייבת להיות אישה**. **אבל העבירה יכולה להיעשות ע"י גבר או אישה**. \*\*יש עבירה אחרת שהקורבן יכול להיות זכר (מעשה סדום- ס' 347).
* ניתוח העבירה: רכיב התנהגותי = "הבועל" 🡨 ההחדרה היא המעשה. היא לא תוצאה, כי אחרת אין לנו מעשה. נסיבות = "אישה". "שלא בהסכמתה החופשית". תוצאה = אין.
* במקרה הזה – זוהי **עבירה התנהגותית.**

**תמיד נחפש הגדרה – בסעיף עצמו, בראש הפרק או בסעיף 34כד סעיף ההגדרות הכללי. כאשר יש הגדרה נהיה חייבים להשתמש בה.** ההגדרות בחוק רלוונטיות רק למשפט הפלילי, לא חייבות להיות אינטואיטיביות כמו בחיים.

* **ס' 376ב(א) - גרימה לעזיבת המדינה לשם זנות או עבדות**
* הגורם זה בדר"כ תוצאה. אבל כאן זה המעשה.
* **הגורם זה רכיב התנהגותי בלתי ספציפי.** יכול לכלול כל מיני מעשים. הגורם בכל דרך שהיא.
* פלוני גורם למישהו לעזוב את מדינתו במטרה להעסקתו בזנות או החזקתו בתנאי עבדות. המעשה נעשה במטרה הזאת לכן זהו היסוד הנפשי. **הגרימה לעזיבה מתוך רצון שהמטרה תתממש היא שבעצם משקללת את העבירה**. בפועל המטרה לא חייבת לקרות, החלק של ה"לשם" מלווה את הפעולה של האדם.
* **ס' 467 - חיקוי שטר מטבע**
* **עבירה התנהגותית**, אין תוצאה שצריכה לקרות מאוחר יותר בזמן. מספיק שאדם מייצר מטבע כזה והעבירה התקיימה.
* מנפק זה לא תוצאה - כי אז אין לנו רכיב התנהגותי. אין לנו משהו שקרה לפני בציר הזמן.
* **ס' 333 - חבלה חמורה** -"החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין.."
* מעשה = החובל. **רכיב התנהגותי בלתי מסוים.** יש מספר דרכים שניתן לחבול.
* נסיבות - בחברו. שלא כדין.
* תוצאה - חבלה חמורה.
* בסעיף 34כד יש הגדרה של חבלה חמורה.
* אם זה היה כדין לא משתקללת העבירה – למשל במהלך ניתוח, בצבא, במעצר וכו'.
* **ס' 334 - פציעה -** "הפוצע חברו שלא כדין.."
* לא כתוב בנפרד את המעשה ואת התוצאה, בהשוואה לסעיף 333.
* **הפוצע = מעשה ותוצאה**. נסיבות = חברו. שלא כדין

הניסוח של העבירות הספציפיות לא נעשה בצורה שיטתית ומסודרת, משום שבחוק העונשין סידרו את החלק הכללי אך לא עשו זאת גם לגבי החלק הספציפי.

* **ס' 451 - היזק לבעל חיים**
* הורג חיה = גורם למות חיה. התנהגות + תוצאה.
* חובל בה/פוצעה = התנהגות +תוצאה. ראינו את ההגדרות בסעיפים של חבלה ופציעה.
* רק כאשר אדם "מפעיל רעל על חיה" – מדובר ברכיב התנהגותי בלבד. לא מחייב שהחיה תורעל בעקבות זאת. לכן זוהי עבירה התנהגותית, ללא צורך בתוצאה.

זה מבטא את הבלאגן שיש בניסוח של העבירות. באותו הסעיף יש 3 סוגי עבירות תוצאתיות, ועבירה התנהגותית אחת.

* **מזיד** - **יסוד נפשי** **של פזיזות**.
* **ס' 449 - גרימת שריפה** ברשלנות – "הגורם ברשלנות לשריפת דבר לא לו.. דינו - מאסר שלוש שנים".
* מעשה = הגורם.
* **יסוד נפשי = ברשלנות**.
* נסיבות = דבר לא לו.
* תוצאה = לשריפה.
* **ס' 304 - גרימת מוות ברשלנות** – "הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו - מאסר שלוש שנים".
* מעשה = הגורם.
* יסוד נפשי = ברשלנות.
* נסיבות = אדם.
* תוצאה = מותו.
* **ס' 428 - סחיטה באיומים**
* אדם מאיים על אדם מתוך רצון לגרום לקורבן לבצע מעשה. הקורבן לא חייב להיות מושפע מהאיום. העבירה מתגבשת גם ללא שהאדם יבצע משהו.
* **הרישא** היא עבירה התנהגותית. **מלווה ביסוד נפשי מיוחד של כוונה, של מטרה**. "הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו".
* ישנה **חלופה תוצאתית בסיפא** - אם הקורבן בפועל באמת עושה את המעשה אז העונש מחמיר.

#הכלל הוא כאשר החוק לא אומר כלום, ברירת המחדל ליסוד נפשי הוא מודעות. כאן מופיעה המילה "כדי" וזה אומר שזה יסוד נפשי של מטרה. נרחיב בהמשך.

**שיעור 20.4.2021**:

עבירות הכוללות רק רכיב התנהגותי ונסיבות נקראות עבירות התנהגותיות. רכיבי עבירת ההתנהגות הם מעשה ונסיבות. הכלל אומר שנדרש יסוד נפשי ביחס לכל אחד מפרטי היסוד העובדתי הקיימים (כמו מודעות לטיב המעשה, ומודעות לנסיבות).לעומת זאת, עבירות שכוללות תוצאה נקראות עבירות תוצאתיות. בעבירות תוצאתיות יש להראות:1.התנהגות ונסיבות.2.תוצאה.3.קש"ס בין התנהגות לתוצאה (=עובדתי: מבחן האלמלא. אלמלא ההתנהגות התוצאה לא הייתה קורית + משפטי).4.יסוד נפשי - כלפי התוצאה, מודעות לאפשרות קיום הנסיבות ומודעות לאפשרות לכך שההתנהגות תגרום לתוצאה (להתנהגות, לנסיבות, ולאפשרות שתיגרם תוצאה) +יסוד נפשי חפצי (כמה אני רוצה שהתוצאה תקרה).

\*בעבירות תוצאתיות = להוכיח גם יסוד נפשי כלפי התוצאה.

* **בפס"ד חורי** הדילמה הייתה על ניתוח המושג "מות אדם". המחוזי התייחס לזה שהעובר לא היה "אדם" ולכן לא התקיימה הנסיבה בכלל. בעליון, ג'ובראן הזכיר את פלר, שאומר ש"אדם" זה חלק מהתוצאה, והתוצאה היא מאוחרת להתנהגות, וכך אפשר להרשיע כיוון שמרגע שהעובר נולד, הוא הפך אדם התקיימה התוצאה.אבל, ג'ובראן לא מאמץ את הגישה הזאת, הוא אומר שהיא בעייתית, כיוון שמורגש ש"אדם" זו נסיבה שחייבת להתקיים. לכן אומר ג'ובראן, נסיבות, כלל, צריכות להתקיים במועד ההתנהגות. אבל, ייתכן עבירות מסוימות שמהנוסח שלהן משתמע שהנסיבות יכולות להתקיים גם במועד מאוחר יותר. הוא לא אומר זאת מפורשות, זה הערך המוגן. בעבירות ההמתה, ערך מוגן של חיי האדם כ"כ חשוב שהוא מחייב פריסה רחבה של העבירה. צריך להרחיב את העבירה, זאת עבירה שנפגשנו. לכן, נסיבה מאפיינת את התוצאה ולא את ההתנהגות- ואם כך, **אפשר להחריג שהתקיימות הנסיבה תוכל להיות מאוחר יותר.**

**שורה תחתונה פס"ד חורי-** נסיבות לא תמיד יתרחשו בזמן המעשה, זה לא גורף. ייתכנו עבירות בהן הערך המוגן כה חשוב ויכול לאפיין תוצאה שנסכים שהנסיבות יתרחשו מאוחר יותר מזמן העבירה, ונקבל אותן כנסיבה. אדם=נסיבה.

* **פס"ד כהנא:** הדילמה הייתה איך אנחנו מבחינים בין רכיב התנהגותי לתוצאתי.

**עובדות:** מדובר על העבירה של איום. הבעיה הייתה עם המילה מאיים בעוד אדם המאיים נמצא בחו"ל ואיים בטלפון על אדם בישראל, האם חוק העונשין הישראלי חל עליו או לא? האם המעשה הוא רק האיום או שהאיום כולל גם את קליטת האיום באוזן הקורבן.

-אם חלק מהעבירה נעשתה בישראל דיני העונשין הישראליים יחולו על העבירה.

**פרשנויות**: ברק צריך להחליט איך נפרש את המושג "מאיים" – 1. צריך לקרות משהו (מישהו יפחד, יקרה משהו, תולדה נפרדת מהאיום)? 2. צריכה להיות קליטה של מישהו? 3. או שרק זרקתי לאוויר איום וזה עבירה?

**ברק**: בוחר בפרשנות של כדי שהעבירה תתגבש לא צריך להראות תוצאה אלא שאדם קלט את האיום מידי המאיים. המילים מאיים על אדם = נשמע מהן שלהשלמת המעשה צריכה להיות קליטת המילים ע"י המאוים. מצד שני אומר שפרשנות 3 (תוצאה) היא לא כיוון שלא נדרש שמשהו יקרה מעצם האיום, עצם זה שעשית את זה מתוך רצון להפחיד אדם, מעשה בריונות = מעשה אנטי חברתי.

המאיים = רק התנהגות. איום = גם השמעת המילים ע"י המאיים + קליטתן ע"י אדם אחר (אין צורך בהשגת תוצאת האיום).

**מסקנה**: העבירה נחשבת לצורכי דיני העונשין הישראליים.

\*בדר"כ לכל עבירה יש דרך אחת לניתוח. יש אחוז קטן של מקרים שבהם כן אפשר לחשוב על שני ניתוחים שנראים הגיוניים.

* עבירת מעשה מגונה – יש הגדרה עם סעיף שלם שכולל סעיף נפשי (לשם גירוי...).

**מעשה**:

עבירות שקשה לזהות בהן את הרכיב ההתנהגותי.

**עבירות החזקה ועבירות ססטוס**:

בדר"כ הרכיב ההתנהגותי הוא מעשה אקטיבי שמנוסח בצורה ברורה והיתרון של המעשה זה שהוא ממקד לנו את האחראיות הפלילית בזמן ובמקום ומאפשר לנו לייחס אותה לאדם מסויים.

למשל: הנוטל ועושה = מי נטל, מי עשה את הפעולה.

הבעיה היא כשהרכיב ההתנהגותי לא מנוסח כמעשה אקטיבי בזמן ובמקום נקודתי, נהפך לפחות ממוקד, אלא מעורפל. אלה עבירות חריגות.

**עבירות סטטוס = עברות מיצב**: כינוי לקבוצה של עבירות שהיסוד העובדתי שלהן מתבטא בהימצאות של אדם או במקום מסויים או במצב מסויים. עצם ההימצאות שלו במצב מסויים היא זו שמגבשת את הרכיב ההתנהגותי.

לדוגמה: **ס' 115(א)** – כניסה למקום צבאי (מקום מוגבל). שהה במקום מוגבל – מקום מוגבל מוסבר בס' (ב). אדם ששוהה במקום מוגבל ללא הסבר סביר שאינו מוסמך עובר עבירה. לשהות זה מעין מצב מתמשך. בעבירה יש רכיבים חלופיים ולכן שהה בו זה הרכיב ההתנהגותי (כמו מ שנכנס, ניסה לחדור..). למה שהה זה מוזר? כי זה לא נשמע כמו פעולה.

* פס"ד **רובינסון** נ' **קליפורניה**: עבירת סטטוס של "מכור לסמים" - > עצם היותך מכור מגבש את העבירה.

\*על מצב דברים לא תמיד לאדם יש שליטה. הטענה היא שהמשפט הפלילי צריך למעט בעבירות סטטוס.

**ס' 199(א)(1) –** המעשה לא מובהק. כשמתרחקים ממעשה למצבים זה מטשטש את הגבול בין נושא האחריות לבין מי שלא. הרציונל להפללה זה שליטה ולפעמים לאנשים אין שליטה (כשהם כבר במצב).

**עבירות החזקה** – עבירות שהאיסור שבהן מתבטא בהחזקה של דבר כלשהו. לא צריך להראות מעשה, פעולה פיזית אלא זיקה ושליטה בדבר, בחפץ. כמו: החזקת מסמכים מזויפים; נשק; סמים.

אחת הביקורות על העבירות הללו שמכיוון שאין מעשה ברור שוב מטשטש הגבול בין השולט והאחראי לבין זה שלא.

**ס' 34כד** הסבר על מה זו החזקה: "החזקה" - שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד;

* פס"ד **הוכשטט** נ' **מדינת ישראל**: אדם שבמכס היו לו סמים וזה היה רשום על שמו, לא היה אצלו עדיין אבל בסוף החזקה זה גם אם זה לא אצלך אלא למעשה שלך.

בעבירות החזקה אין הבדל רב בין מי שעשה לבין מי שלא (כמו למשל נטילת חפץ שמישהו לקח חפץ וידעתי אבל לפי העבירה זה לא נחשב על מנת להאשים אותי בעבירה), אם חברה החזיקה סמים בדירתנו ואני מודעת ומסכימה לה ייתכן שאמצא עצמי אחראית לעבירת החזקת סם אף אם לא עישנתי בעצמי. החזקה מבוססת זיקה. יחסים מתמשכים.

**מחדל:**

היעדר מעשה. הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין וחוזה.

הייחודיות של המחדל, מה הקושי בעבירות של הפללה על היעדר פעולה.

1. אבחנה בין יצירת נזק = ביצוע במעשה שנתפס יותר חמור ממחדל שזה אי ביצוע.

**ס' 368ד –** היה לאדם יסוד סביר לחשוב כי זה מקרוב נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו, חובה על האדם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר שלושה חדשים **=** מדובר שם על חובה של עשייה והמחדל הוא ההתנהגות.

האם המשפט הפלילי הוא הכלי המתאים => לצפות מאנשים לקום ולהציל, לעשות מעשה?

כשהאדם רק לא מתערב למנוע נזק יש שאלה של קש"ס. אלמלא הוא, עדיין הנזק היה נגרם. החודל רק לא מנע את הנזק שממילא היה נגרם אך הוא לא יצר אותו. הוא אפשר התפתחות מהלך דברים אך לא תרם ליצירת מהלך הדברים = הבדל חשוב מבחינת סיבתיות.

רוב שיטות המשפט שמפלילות על מחדל דורשות: **קיומה של חובה לפעול**.

בנסיבות מסוימות ועל אנשים מסוימים יש חובה לפעול. למשל: קשר בין החודל לקורבן (הורה וילד; בייביסיטר לילד; מציל בים לאדם; רופא למטופל).

\*זיקה בין החודל לבין הנזק אם אני יצרתי מצב מסוכן ראשוני ובעקבותו מישהו נמצא במצב שאם אני לא אפעל הוא ינזק מכוח העובדה שיצרתי את המצב המסוים הזה חלה עליי החובה לסייע (פס"ד **לורנס**).

**יסודות המחדל**:

באופן כללי כדי להוכיח עבירה על דרך של מחדל יש 3 תנאים:

1. קיומה של נורמה אוסרת, סעיף עבירה שניתן לעבור אותה באופן תיאורטי במחדל.
2. קיומה של חובת עשייה. על הנאשם הספציפי שלי חלה חובת עשייה שיכולה להיות מעוגנת בכל דין וחוזה – ס' 18(ג).
3. הימנעות מהחובה, הימנעות מעשייה, הפרה.

**עבירות מחדל פשוטות = עבירות מחדל ישירות**: העבירה עצמה מנוסחת במקור על דרך של מחדל וניתן לעבור אותה על דרך של מחדל.

האם אפשר לעבור עבירה של אי מניעת פשע במעשה? לא! רק במחדל. החובה היא לנקוט אמצעים סבירים למנוע פשע. עבירה שכוללת בתוכה את מקור החובה ואפשר לעבור עליה בדרך מחדלית.

**עבירות מורכבות ועקיפות**: מנוסחות באופן שהדרך לעבור אותן היא לא רק במחדל אלא גם במעשה.

מקור החובה יהיה מעוגן מחוץ לעבירה וכדי להרשיע בעבירה צריך להלביש עליה מקור חובה חיצוני ועל ידי כך לייחס התנהגות פלילית לאותו אדם על דרך של מחדל.

למשל: עבירות ההמתה. כל הגורם במעשה או במחדל...**כדי להרשיע בעבירה זו צריך למצוא מקור חובה**.

**ס' 322-326:** כשלאדם יש אחראיות על אחר מחמת..(ליקוי, גילו, מעצרו וכו') נוכל לראות באותו אדם כמי שגרם, מי שניתן להאשים, לייחס לו אחריות.

אלה סעיפים שמטילים חובות על אנשים שחדלו ויש להם זיקה לקורבן.

* יש לבדוק גם יסוד נפשי של מודעות בעת המחדל.

\*בנורמה האוסרת נכתוב את ס' העבירה +מקור החובה (במורכבות מקור החובה נמצא במקום אחר).

אפשר להרשיע על דרך של מחדל גם בעבירות שמנוסחות באופן אקטיבי.

למשל: אפשר לגרום חבלה לאדם במחדל? כן. אני בייביסיטר והילד נפל ויכולתי למנוע.

כל עבירה בחוק העונשין אם הגיוני להפליל אותה במחדל וקיים מקור לחובה זה תקין.

**22.4.2021**:

איך מבחינים בין עשייה לבין הימנעות מעשייה?

בדר"כ די קל לנו לזהות מתי אדם עושה ומתי לא, אבל יש מקרים שההבחנה קצת טריקית ומורכבת.

**במאמר של קרמינצר ושגב** הם נותנים דוגמה על רופא שנותן תרופה ניטרלית – לא גורם לו נזק אך בעקבות שהחולה סומך עליו ולא הולך לרופא נוסף נגרם לו נזק. -> זה מחדל, מנע טיפול, לא נתן את התרופה הנכונה.

מה המורכבות? שהוא כן נתן תרופה ובעקבות כך החולה לא הלך לרופא אחר.

חלק מהדילמה היא הניסיון להבין האם נגרם נזק או שרק לא נמנע = עשייה או אי עשייה.

האם האדם עצמו יצר נזק שלא קיים או רק לא הועיל. מצד 1 לא יצר את המחלה אבל יצר מצג שווא שגרם לחולה לא לפנות לרופאים אחרים, הרע את מצבו בדרך זו.

\*כשיש לנו אפשרות להרשיע במעשה או במחדל, כשתי האפשרויות הגיוניות תמיד התביעה תעדיף לייחס אחראיות במעשה = **דרך המלך**.

**קוגלר** אומר שהמבחן הוא פיזי למעשה – הנעת שרירים. מבחן בעייתי, דוגמה למשמרות המלכה באנגליה שעומדים חיילים ולא זזים, לכאורה לא זזים אך העמידה במצב זו היא פעולה שרירית קשה ולכן לא ניתן לתאר זאת כמחדל. בסופו של דבר המבחנים היותר נאמנים למהות = המבחן המשולב/הדומיננטי: מסתכלים על כל הפעולה ושואלים לאן המקרה מוטה (הרעה של המצב? יצירת הנזק).

* פס"ד **פרידמן**:

פרידמן טוען שזו הייתה הגנה עצמית (הדקירה) = עשיתי זאת כי תקפה אותי.

ביהמ"ש דוחה את טענתו, חרג מהסביר (לפי הגנה עצמית), מרשיע את פרידמן בגרימת המוות.

למה פסק הדין קשור למחדל?

כשאדם יוצר סיכון לחברו בו ברגע חלה עליו חובת הצלה. במחדל יש צורך בחובת עשייה לפי קשר מסויים למצב ולקורבן (הורות, אחריות, אני יצרתי את הנזק).

אמנם ניסה לפי מה שאמר לעזור לה אך נעלם לכמה שעות ורק אז ניסה...לא סביר, האישה שוטטת דם.

2 חלקים לאירוע:

**חלק 1**: הדקירה הפיזית – גם אם ביהמ"ש היה אומר שחל סייג הגנה עצמית (על אף שלא נקבע כך) היה ניתן להרשיע ע"י **חלק 2**: ההפקרה.

**ס' 18ג** – הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה. דין = גם פסיקה, חובות עשייה הלכתיות וגם חקיקה.

האם פסיקה היא רק בדין הפלילי או גם בדין לבר (חוץ) פלילי?

למשל: מקור חובה של חובת הזהירות שבדיני הנזיקין.

חקיקה יכולה להיות גם דין פלילי וגם לבר-פלילי, בספרות יש ויכוח כמה ראוי לייחס לאדם עבירה פלילית כשהחובה שחלה עליו נמצאת בדין אחר.

* האם זה ראוי בכל מקרה? למשל מישהי שהרוח הביאה חפץ שלה לגינת שכנתה ובאופן אזרחי תהיה חייבת להחזיר אך לא החזירה -> נוכל להאשימה בעבירת הגנבה במחדל?

**לפי פלר** אם יש יסוד נפשי ושאר יסודות העבירה זה ראוי, לעומת זאת יש שחולקים על תפיסה (שיטות משפט אחרות) זו או שיוצרים עבירה אחרת קלה יותר.

**לפי קרמינצר** אם מלבישים משהו אחר זה נראה לא מתאים, יש צורך לבדוק מה הרציונליים מאחורי החובה ומאחורי העבירה = חושב שיש להיות זהיר ולצמצם את השימוש בהרשעה פלילית על בסיס חובות אזרחיות.

בשורה התחתונה: זה אפשרי, תלוי תפיסות ופרשנות. כל עוד לא נאמר אחרת אפשרי להאשים במחדל (**ס'18ב**).

\*להרשיע = בפלילים.

\*מחייבים = באזרחי.

מה קורה אם אין סוג של זיקה מיוחדת בין אדם לבין הנזק או בין אדם לבין הקורבן ונקלע לסיטואציה אדם שלא קשור ורואה אדם אחר במצוקה => חובת הצלה כללית, קיימת?

עד כמה נכון שכחברה נצפה מאנשים להציל אחרים?

כמו הסיפור בארה"ב שיש אישה שנאנסת ונרצחת אל מול 38 אנשים מהבתים. אף אחד לא הזעיק משטרה, כל אחד חשב שמישהו אחר עשה משהו. התוקף פעמיים הופרע באמצע והיו קולות ואורות ופחד שמישהו יבוא והתחיל לשגת, ראה ששום דבר לא קרה וחזר. התערבות הייתה מצילה אותה. אחד השכנים בסוף התקשר (לאחר שנרצחה). האם נכון לחוקק ברמת המדינה אפילו חוק חובת הצלה כללית, **השומרוני הטוב**.

מדובר בהצלה קלה שלא מסכנת את חיי המציל, לא מטילה עליו עומס.

במשפט הישראלי: עד סוף שנות ה90, היו חובות ספציפיות שנובעות רק מהיחסים המיוחדים וב98' המחוקק הישראלי החליט לבצע שינוי **והתקבל חוק בכנסת = "לא תעמוד על דם רעך"**. חוקים שזכו לשם חוק השומרוני הטוב (מבוסס על אגדה נוצרית מהברית החדשה – ישו היה מספר למאמיניו על איש שומרון שעזר לזולתו; מקרה שמדבר על הקרבה אישית; חוק לא תעמוד על דם רעך **יותר צר מחוק** השומרוני הטוב).

החוק אומר (**ס'1**) חלה חובה על אדם להושיט עזרה לאחר אך בתנאים:

אירוע פתאומי; סכנה חמורה ומיידית; אם לא פוגע בזולתו (עצמו ובאחרים).

**ס'4** – עבירה פלילית של מחדל פר סה שהעונש עליה הוא קנס.

* האם אפשר לייבא את ס' 1 ולהלביש אותו כמקור חובה לגיטימי להרשיע בעבירות מחדל מורכבות מחוק העונשין (חבלה, המתה וכו'). יש שאומרים שלא כי לפי העבירה הקשורה לס' זה יש רק קנס ולכן להשתמש במקור עבור עבירות חמורות זה מוגזם.

מבחינה טכנית זה אפשרי (**ס'18ג**). יש מי שמצמצם ויש מי שמרחיב, מבחינת ההיגיון הפלילי בעיני הדר זה לא מופרך אם בסוף נגרמה תוצאה רעה.

* יש גם שאלה של מה ייחשב יציאה מידי חובה אם עשיתי משהו ובסוף נגרם רע. הרעיון הוא לנסות, לייצר לאנשים מחויבות. לא רוצים להוציא מאדישות מדי ולכן מופיע גם **ס'1ב.**

**מה לגבי חוזה**:

גם מהדהד עם אותה דילמה של הדין הלבר-פלילי. אם יש לי סעיף חיוב בחוזה אזרחי, האם כשאדם הפר את הס' בחוזה האם אפשר להלביש על עבירה פלילית ולהרשיע? כן.

חוזה מפורש: באופן ברור חוזה שהוא לא משתמע אלא כתוב. כמו מציל בבריכה.

חוזה אחראיות מככלא (משתמעים): מקרים שיש הסכם לא מפורש בין אנשים, הסכם משתמע מתוך הנסיבות, לא מעוגן על נייר ובאופן מסודר. למשל: אנשים שמטיילים יחד, 1 שלא מרגיש טוב...ישאירו אותו לבד?

כאן יש מחלוקת ,ספק עד כמה סוגי חיובים כאלה חלים, קו הגבול לא תמיד ברור, **שאלות של מדיניות**.

**שיעור 27.4.2021:**

נסיבות = תנאים מסוימים שמתרחשים תוך כדי ההתנהגות ולנאשם אין שליטה עליהן להבדיל מההתנהגות.

המחוקק יוצר כך צורות מוקלות ומוחמרות של אחריות פלילית ע"י משחק עם הנסיבות.

דוגמה (עבירות מומצאות):

1 – הגונב דבר, דינו מאסר 3 שנות מאסר.

2 – הגונב דבר ממעבידו, דינו 8 שנות מאסר.

כשפלוני גונב דבר ממעבידו, במה נרשיע אותו? עבירה 2 בולעת את עבירה 1 ומוסיפה רכיב = נסיבה => מעביד.

הכלל אומר שכאשר מתקיים בין 2 העבירות יחס שאחת בולעת את השנייה ומוסיפה עליה אנחנו נקרא מקרה ה1 - **נורמה בסיסית/צורת אחריות בסיסית/רגילה** ולעבירה הבולעת נקרא **נורמה מיוחדת/ספציפית**.

מקרים שנכנסים תחת הנורמה המיוחדת קודם נייחס להם את הנורמה המיוחדת => נורמה 2.

למה יש צורך בנורמה ה2? מה עומד בבסיס כל עבירה? הגנה על ערך חברתי מוגן.

בעבירה 1 – הערך המוגן הוא קניין.

בעבירה 2 – הערך המוגן הוא קניין + יחסי אמון מיוחדים בין עובד למעביד (הערך הנוסף לא חייב להיות ערך שלבדו יעמיד עבירה פלילית אך כשהוא מגיע בנוסף לערך מוגן אחר זה חמור יותר).

3 – המתפרץ למתקן בטחוני וגונב דבר, דינו מאסר 7 שנים.

עבירה 3 – **נורמה מיוחדת/ספציפית.** ערך מוגן => קניין + הגנה על בטחון המדינה.

מה היחס בין נורמה 2 לנורמה 3?

שתיהן נורמות מיוחדות של 1, אך מה הקשר ביניהן?

למשל: דני עובד במתקן בטחוני ומתפרץ בלילה וגונב משם ציוד.

דני נכנס גם בעבירה 2 וגם ב3.

* 2 ו3 לא מקיימות אחת כלפי השנייה יחס של עבירות מיוחדות ולכן הכלל הוא שאם בין 2 עבירות לא מתקיים יחס של ספציפית/מיוחדת, ניתן להרשיע את הנאשם בגין שתי העבירות גם יחד.

כל עבירה משקפת פגיעה בערכים חברתיים שלא חופפים אחד לשני. נכון שקניין חופף אך יש ערך נוסף שלא חופף ביניהן.

* תמיד ננסה לייחס אחריות לכל העבירות הרלוונטיות שנופנה אליהן אלא אם מתקיים היחס הספציפי בין המיוחדת לרגילה ואז נרשיע רק במיוחדת שבולעת את הרגילה.
* ס' 391 אל מול ס' 384 זה מיוחדת נ' רגילה.
* יש לשים לב שכלל הנסיבות מתקיימות כשמנסים להרשיע בנורמה הספציפית, אם לא אז נרשיע בנורמת הבסיס (בתנאי שמקיים גם את נסיבותיה).
* אם רוצים להרשיע בשתי עבירות יש לשים לב שבאמת כל הנסיבות של שתיהן מתרחשות.
* ס'391 אל מול ס'390 זה רגילה נ' ספציפית.

עבירה 4 – עובד הציבור הגונב דבר ממעבידו, דינו 12 שנות מאסר => קניין + יחסי אמון עובד מעביד + אמון.

למשל: דני עובד ציבור המשרת במתקן בטחוני שמור, מתפרץ בלילה למתקן וגונב ציוד.

* ככל שהסיפור שלי יכול לענות על כל אחד מהעבירות אוכל לייחס לדני את 3 ו4. אם נורמה לא נבלעת באופן מלא באחרת ניתן לייחס את העבירה לשתיהן.

**קש"ס:**

הנושא של קש"ס לא עולה בכל מקרה. הרבה מקרים שאדם עובד לבד אין שאלה של קשר סיבתי, די ברור שהוא גרם לתוצאה. מתי זה כן נכנס לתמונה? כשהתוצאה מתרחשת על רקע מספר גורמים שחלקם תלויים אחד בשני וחלק אינם, במקרים אלה קשה לזהות זיקה סיבתית בין התנהגות העושה לתוצאה.

התפתחה פסיקה שהסדירה את הנושא, נתנה מעין כללים ועקרונות להבנתו.

**2 מבחנים**:

1. **קשר סיבתי עובדתי** – קיומה של זיקה פיזית אובייקטיבית בין מעשי הנאשם לתוצאה: הפסיקה באה ואומרת יש מבחן מרכזי שהוא מבחן עזר לבדיקה =>

**מבחן הלאמלא/לו**: אלמלא הנאשם ביצע את ההתנהגות, האם התוצאה הייתה נגרמת? אם כן אז אין קש"ס. מבחן רחב שאם נפעיל אותו המון סיבות יכולות להיחשב גורם.

למשל: פלוני נהרג משתי דקירות סכין שאינן תלויות זו בזו במצב שכל דקירה לבד לא יכלה לגרום למותו. מבחן הלאמלא מתקיים? אלמלא הדקירה של הראשון היה מתקיים המוות? לא, לכן יש קש"ס.

מתי זה לא יקרה?

למשל: כמה גורמים בלתי תלויים פועלים במקביל אך בדיעבד מסתבר שכל אחת מהדקירות לבד יכלה לגרום לתוצאה. אלמלא הדקירה הראשונה היה מתקיים המוות? כן ולכן אין קש"ס, אף אחד לא מקיים את מבחן האלמלא לבד.

הפסיקה פיתחה **חריג למבחן האלמלא** => **מבחן הדיות**: די בכך שאחד מהעושים הוביל לתוצאה הרעה כדי שנראה בו כמי שמקיים את הקש"ס; מבחן שעוקף את המגבלה של מבחן האלמלא (פס"ד **בר-דיין**).

למה קש"ס עובדתי לא מספיק?

באופן טכני יכול להיווצר מצב שגורם מסויים מקיים זיקה פיזית אובייקטיבית בין המעשה לתוצאה. הקש"ס העובדתי הוא מבחן מאוד רחב, מוליך לשרשרת אינסופית של אירועים במציאות האובייקטיבית שהובילו לאותה התוצאה.

אנחנו רוצים להראות גם הצדקה מוסרית, מבחינת המשקל שצריך לתת למעשי הנאשם כדי שהוא יחשב הגורם.

1. **קשר סיבתי משפטי (ייחוס האחראיות)** – מי מבין אותם גורמים שמקיימים את הזיקה הפיזית-אובייקטיבית גם ראוי מבחינה משפטית להיות זה שנצביע עליו ונגיד שהוא הגורם (שיקולי מדיניות).

אצטרך להוכיח גם קש"ס עובדתי וגם משפטי = **מצטבר**.

מבחן שבא לסנן, מי מאותם הגורמים שמקיימים את הזיקה הפיזית- אובייקטיבית גם ראוי שנראה בו גורם, נייחס לו אחראיות. שאלה ערכית, בתי המשפט פיתחו מבחן עזר =>

**מבחן הצפיות**: האם הנאשם (ואדם סביר בנעליו) יכול וצריך היה לצפות בזמן המעשה את תוצאות מעשיו?

מה ההבדל בין יכול ובין צריך?

*יכול* – קוגניטיבית, טכנית, קישורית, מנטלית. הרכיב מדבר על האם הנאשם בסיטואציה הזו יכול היה לצפות את התוצאה. אילו כלים יש לאדם על בסיס תכונותיו שמאפשרים לו לצפות את העניין?

*צריך* – אנחנו רוצים שהוא יצפה? מדיניות משפטית ,יסוד נורמטיבי. הצריך יוצא מהמקום של האם לנאשם יש יכולת פיזית ועוברים למבחן נורמטיבי => האם אנחנו מצפים ממנו מבחינת המדיניות הראויה במקרה כזה.

* הקש"ס מכפיף את הנאשם לשאלה נורמטיבית של בית המשפט, מנותק אם הנאשם צפה אלא האם היה ראוי שיצפה לפי נסיבות העניין.
* פס"ד **גלינה יעקובוב** – מתאבדת לאחר התעללות מצד בעלה. דיון נוקב בשאלת האחריות של גבר אלים למותה של אשתו שהמוות נגרם כתוצאה מהתאבדותה שקשורה לחייה באלימות.

**בוריס טוען**: שיש ניתוק של קש"ס משפטי. האם הנאשם יכול היה וצריך היה לצפות את תוצאת ההתנהגות בזמן מעשיו? בוריס אומר שלא היה יכול ולא היה צריך.

**ביהמ"ש**: מעשה ההתאבדות הוא בגדר הצפיות הסבירה של בן הזוג המתעלל. צריך היה לצפות, תביעה מוסרית וציפייה חברתית לכך שקורבן יעשה דבר כזה לעצמו. בנוסף גם יכול היה לצפות, במשך שנים התעלל באשתו ויכול היה לצפות שזה יקרה.

השאלה לא בודקת האם הנאשם בפועל צפה את התוצאה. השאלה היא חיצונית לנאשם = **אובייקטיבית**.

יכול להיות הפוך? שצפיתי וביהמ"ש יחליט שנורמטיבית לא הייתי צריכה? כן, תלוי תנאים, אובייקטיבי.

\*במקרים שהעבירה עבירה "שותקת" = אין התייחסות ליסוד נפשי, בהיעדר אמירה של יסוד נפשי ברירת המחדל היא שכל עבירה דורשת מודעות הנאשם לרכיבי היסוד העובדתי. זה מבחן סובייקטיבי => האם הנאשם עצמו בפועל היה מודע לטיב הנאשם, קיום הנסיבות והתוצאה. שונה מבחינת הצפיות.

אם קשר משפטי – עובדתי מתקיים ויסוד נפשי לא? לא תהיה אחראיות פלילית, מדוע? כי **היסוד הנפשי והעובדתי הם מצטברים!**

* פס"ד **מרוץ המכוניות** (**פלוני** נ' **מדינת ישראל**) –

**עובדות**: המחוזי מרשיע את הבחור בכמה עבירות שקשורות לחיי אדם ומזכה אותו בהריגה בשל הטענה שאין קש"ס משפטי -> לא יכול היה לצפות שתוצאה כזו תקרה, הוא גם לא כפה עליהם.

הפרקליטות לא מסכימה עם התוצאה במחוזי ומערערת לעליון שהופך את ההחלטה, מחליט שהתוצאה של התאונה גם יכול לצפות הנאשם את התוצאה וגם היה צריך! מבחן מסוכן ללא ערך חיובי.

כדי לייחס אחראיות להריגה לא מספיק קשר סיבתי – משפטי וצריך גם יסוד נפשי.

**השופטת ארבל**: יש מצב שהוא צפה את התוצאה ולא צריך להוכיח קשר סיבתי – משפטי? 2 השאלות שונות. זו סובייקטיבית וזו אובייקטיבית. לכן יווצר מצב ששתי השאלות לא חופפות ולכן הן נפרדות. מתן תשובה חיובית לאחת לא אוטומטית תשובה חיובית לשנייה.

**נקבע**: הורשע בהריגה. בהמשך התיק מתגלגל ובעקבות ההרשעה בעליון הסנגוריה הציבורית הגישה בקשה לדיון נוסף. בסופו של דבר ההרכב המורחב של השופטים מחזיר את ההכרעה להכרעה של המחוזי ומותיר רק את ההרשעות האחרות.

אחת השאלות החשובות בתוכן מבחן הצפיות => מה צריך אדם בדיוק לצפות? סוג? היקף התוצאה? דרך?

לאיזו רזולוציה יורדים?

הפסיקה גיבשה שורה של כללים: **הצפיות צריכה להתייחס למאפיינים הייחודיים של התוצאה**.

לעצם אפשרות גרימת (שתקרה) התוצאה, לסוג התוצאה.

סוג = לפי טיב התוצאה, נזק גוף? ממון? פגיעה בביטחון המדינה?

הפסיקה אומרת שהצפיות חייבת להשתרע לא רק על הנזק אלא גם על סוגו. פציעה מול מוות זה משהו שצריך לצפות? מוות הוא אחד, נזק לגוף הוא שתיים...סוגים שונים.

* פס"ד **פטרומיליו**: חוטף את הארנק מהקשישה מבלי להרביץ לה. נקפה התרגשות יתר וחוטפת התקף לב ומתה. עומד לדין על הריגה.

**טוען**: אין קש"ס עובדתי – משפטי. לא יכולתי והייתי צריך לצפות את תוצאת המוות, מה שעשיתי זו עבירת רכוש, לא צפיתי שתמות, את סוג תוצאה זו.

**ביהמ"ש**: מקבל את טענתו. הצורך לחזות את סוג התוצאה זה מה שנדרש. ביצע עבירת רכוש ללא הפעלת כוח וללא מאבק, לא ניתן היה לצפות את התוצאה של מוות שהיא מסוג שונה. (כיוון שזו עבירת גניבה ולא שוד הוא לא הורשע בעניין של גולגולת דקה).

* פס"ד **ג'מעמע**: זורק אותה לבאר לאחר שהכה אותה והיא מתה מטביעה. כשזרק אותה לבאר היה בטוח שהיא מתה כבר.

**טען**: שלא צפה שתמות מטביעה, היה בטוח שכבר מתה כשהשליך אותה.

**ביהמ"ש**: היית צריך לצפות את סוג התוצאה, מוות. צפית את זה ולכן זה לא משנה והוא הורשע.

**גולגולת דקה**:

לקורבן נתונים פיזיים, מיוחדים שמביאים להיווצרות הנזק רק בגלל אותם המאפיינים. בגלל שנעשה עליו נגרם הנזק הגדול.

יש שטוענים שגולגולת דקה אינה צפויה, מה אפשר לעשות?

**ביהמ"ש**: גולגולת דקה ככל היא צפויה, אפשר וצריך לצפות שלאדם שלפניי תכונות מיוחדות.

החריג לגולגולת הדקה => גולגולת דקיקה, מישהו שרגיש באופן קיצוני וחריג שמנתק קשר סיבתי.

* פס"ד **מלכה** – נסע בחיפה ופגע בילד קטן בן שנתיים והזרוע של הילד נשברת, צריכים להחליט אם לתת טטנוס ולא נותנים. בעור של הילד מתפתח נמק נוראי והרופאים נמנעים שוב מטטנוס בעקבות הנסיבות, 8 ימים אח"כ הפעוט נפטר מטטנוס. חריג מאוד שקרה. מעמידים לדין את נהג הטנדר על גרימת מוות ברשלנות של הילד.

**טוען**: המקרה כה חריג שמת בעקבות חיידקים שחדרו לגופו לאחר 3 ימים עד ששום אדם סביר לא יכול היה לצפות זאת מראש. גולגולת דקיקה, יוצא דופן ושובר קש"ס.

* פס"ד **בלזר**: נהג האוטובוס שמעיר לנהג המונית, נהג המונית מתעצבן ומכה את נהג האוטובוס ונהג האוטובוס היה המום. נהג המונית משליך אותו מהאוטובוס וממשיך להכות אותו. חוטף דום לב ומת.

מעמידים את בלזר לגרימת מוות ו**טוען**: ניתוק של קש"ס סיבתי – משפטי.

**בימה"ש**: הסוג היה צפוי, לא משנה שלא מת ישירות מהמכות.

אבחנה בין קרות התוצאה וסוגה לבין הדרך הספציפית או ההיקף הספציפי שהם לא צריכים להיות צפויים.

**29.4.2021:**

**מבחני הקש"ס**: האם התוצאה הייתה נגרמת בדיוק באותן הנסיבות, זמן, דרך, סיטואציה לו פלוני לא היה לוקח חלק במקרה.

* לא לשכוח שיש עניין של שק"ד, התערבות משפטית ולכן ייתכן שמקרים יקבלו תוצאה שונה במשפט אם היו נבחנים ע"י אחרים.
* יש לשים לב שהבדל ביסוד הנפשי בין מקרים משנה לגמרי את העבירה בה מרשיעים.

-תיקון 113 רצה ליצור שוויון אבל עדיין לאפשר להבחין בין מקרים שונים בהתאם לנסיבות.

**היסוד הנפשי:**

הבסיס הוא בחירה, אוטונומיה.

היסוד הנפשי מבוסס על עקרון האשם, עקרון האשמה. דורשים שתהיה לאדם אשמה כשהוא פועל, זה ההבדל בין פלילי למשפט בענף אחר.

כל הזמן בודקים את המצב הנפשי של הנאשם, זה הרבה מה שנותן למעשה את הפן הפלילי שלו. כשאדם עושה משהו בתו"ל המעשה הוא לא תמיד רע: לקחתי למישהו משהו בטעות כי חשבתי שזה שלי -> ברור שאין פה עבירת גניבה, לא התכוונתי.

הנסיבות לפעמים צובעות את המעשה בפן שלילי וכך גם היסוד הנפשי, המעשה לבד הוא ניטרלי.

דוקטרינה חשובה שנדרשת כשרוצים לייחס אחריות פלילית לאדם ומבחינה היסטורית כשמסתכלים על המשפט הפלילי הפר מודרני, הרבה שנים אנשים נענשו על מעשיהם = אחריות מוחלטת. מושג שכיום לא קיים בחוק העונשין, מושג ששיקף שאם אדם עשה יסוד עובדתי מסוים ניתן להפיל עליו אחריות פלילית ומה חשב והתכוון זה לא מעניין...

עם השנים התחילו להבין שיש להשתמש בכוח הפלילי רק במקרים הנכונים וכך התפתח הרעיון של האשם. לא נפיל אחריות על אדם ללא שהמישור העובדתי לווה ביסוד נפשי.

\*יש מקרים שאדם לא פועל במודע בסיטואציה עצמה אבל כמה שלבים לפני הכניס את עצמו לזה בכוונה.

עקרון האשם = שני מובנים:

1. אין עבירה בלי אשם = אדם לא יוכל לשאת באחריות לעבירה פלילית בלי שאנחנו מראים שהתקיים בו יסוד נפשי שנתפס כאנטי חברתי.

אשם זה לא רק מודעות אלא גם רשלנות (אדם לא מודע שמעשיו יגרמו לתוצאה). האשם הרבה פעמים יכול להיגזר מסיטואציה שהאדם עצמו ברגע הפעולה פועל בלי מודעות ושואבים את האשם שלו ממודעות מוקדמת יותר.

1. מידתיות בין מידת האשם שלו לבין היקף האחריות הפלילית שנטיל עליו. צריך להיות פרופורציונלי.

היסודות הנפשיים מדורגים לפי סדר כך שיסוד 1 נחשב יותר מיסוד אחר = יש צורך לבחור את הדרגה המתאימה. חוק העונשין בעבירות מסוימות מבחין בין מדרגים שונים של אשם מה שמאפשר לנו לייחס את האחריות באופן פרופורציונלי.

עקרון האשם מתחבר לרעיון של בחירה => תפיסה של אדם אוטונומי. המשפט הפלילי יטיל אחריות כשלאדם הייתה אפשרות אם להימנע/לעשות.

בחירה = יש מודעות, מחשבה פלילית. משקף את האנטי חברתיות שלי.

יש להבחין בין מקום שבחרת להגן על עצמך ועל הדרך שפגעת באדם אחר. האשם יכול לבוא לידי ביטוי במקרים שהאדם עצמו מגן על עצמו, יש מודעות אך אין אשמה.

מכאן שאין חפיפה מלאה בין מושג האשמה ליסוד הנפשי = מודעות.

**הגנה עצמית** זו רק דוגמה אחת של אי חפיפה, יש גם את **מושג הגנת הכורח** (בעל כורחו, אנוסה לעשות מעשה) = למה אני פטורה במקרה כזה? כי אין לי בחירה למרות שפעלתי במודעות, הייתי חייבת לעשות את הדבר כי הכריחו אותי, כי איימו עליי במוות, כי עמדו להרוג אותי וכדומה.

**MENS REA**:

מובן הצר : מודעות.

מובן רחב: אשמה שלא חופפת בהכרח למודעות.

1. יש מודעות אך אין בחירה.
2. יש בחירה אך אין מודעות.

דוגמה:

יצאתי לבר ולא התכוונתי להשתכר, הזמנתי משקה קל ומישהו הכניס לי סם שגרם לי להיות שיכורה, לא בחרתי להיות שיכורה. אם אני אח"כ אפגע באדם אחר, בזמן הביצוע אין לי יסוד נפשי אז מה יקרה? אקבל פטור מאחריות פלילית.

אם אני הייתי בוחרת להשתכר ואז פגעתי באדם והכנסתי את עצמי ביודעין למצב של שיכרות יראו בי כאשמה גם אם באותו רגע ביצעתי את המעשה ללא מודעות.

אם הכנסתי את עצמי למצב ביודעין -> אח"כ ביצעתי עבירה בלי מודעות => למרות שבזמן המעשה אין לי בחירה החוק אומר שבגלל שהכנסתי את עצמי למצב הראשון ביודעין שואבים משם את האשם לנקודה המאוחרת ומייחסים לי אחריות לנקודה המאוחרת בזמן כי כן הייתה לי בחירה! דוקטרינה = **התנהגות חופשית במקור**.

בהגנה עצמית יש לי מודעות בזמן השני אך לא הכנסתי את עצמי למצב ביודעין. זה **ההבדל**. חשוב לי שהייתה בחירה מההתחלה.

בחירה במושג הרחב לבין בחירה במובן הצר שלו.

**אין מודעות אבל יש בחירה**:

**רשלנות** => עצם הבחירה למה לשים לב (למשהו שאדם מהיישוב כן יכול להיות מודע במקום שהרשלן לא) מלמדת אותנו שהאדם בוחר לא לשים לב, לא רגיש, עסוק בעצמו. בסוף, האדם עצמו לא נתן דעת על משהו שאחרים יכלו לתת מראה לנו על סדרי העדיפויות שלו איפה לתת את דעתו.

מקובל לחשוב מעצם היותה יסוד נפשי פלילי שהיא אמורה לשקף את רעיון זה של בחירה.

* אם יש מודעות יש בחירה אלא אם, יהיו סייגים לעניין (כמו שלמדנו לעיל).

**ס' 34א** – לדוגמה: יש שני גנבים פעילים ואחד שומר בחוץ. סיכמנו שלא משתמשים באלימות, אחד מהם נושא אקדח במטרה להרתיע אך ללא שימוש. נכנסים ונפלו על פקידה קשוחה, צועקת, מפעילה פעמון זעקה ואחד מהשודדים בסוף מוציא את האקדח ויורה בה. הייתה עבירה מתוכננת ועכשיו שונתה התוכנית. עבירת המתה שלא הייתה חלק מהתכנון ולכן -> מה אחריות השודדים הנוספים לעבירת ההמתה? (לשוד כולם שותפים).

מה דינם של השותפים לעבירה המקורית כלפי העבירה הנגררת?

**34א** אומר -> אם אני פועלת במצב שאני חורגת מהתכנון והסיטואציה היא כזו שאדם סביר יכול היה לצפות שדבר כזה יקרה אז המבצע בצוותא האחר יישא באחריות פלילית לאותה עבירה למרות שהוא לא צפה שזה יקרה אך אדם סביר כן והוא לא זה עשה את המעשה בעצמו.

דוקטרינה שמאפשרת לייחס אחריות פלילית לעבירה במודעות רק על בסיס זה שהוא רשלן ויכול היה לדעת שדבר כזה יקרה.

החוק מאפשר לייחס לו אחריות לעבירת ההמתה למרות שלא הייתה מודעות מצידו בגלל ההנחה שהייתה סוג של בחירה. הוא בחר להיכנס למצב המסוכן מההתחלה. *החוק אומר כשאדם מכניס את עצמו לפעולה משותפת עם עבריין אחר הוא יוצר סיכון, בוחר לוותר על השליטה שלו ולשים את גורלו ביד אדם אחר*.

*מהנקודה הזו נשאבת הבחירה*.

החוק מאפשר למסייע (זה שבחוץ למשל) עבירה של רשלנות => תלוי מצב, תלוי איך נחלק את אחריות התפקידים ביניהם (יש את המבצעים בצוותא, המסייע שלא ממש עושה ויש את המשדל זה שנטע את הרעיון בראש המצבע וגרם לו לבצע את העבירה).

הס' זה עוד מקרה בחוק העונשין שלאדם אין מודעות בהתחלה אך יש לו בחירה של כניסה למצב לפני.

**4.5.2021:**

**ס' 309**, סעיף סטטוטורי בחוק העונשין. ס' שניתן להישען עליו כשיש שאלה שמתעוררת סביב קש"ס. הס' מבוסס על סעיף ישן והלכות מהפסיקה. הס' לא מוסיף באופן משמעותי (על מבחן הצפיות למשל), הוא ס' שמהדהד את הרעיונות ומוביל לתוצאות דומות.

**יסוד נפשי:**

**ס' 19 לחוק העונשין**:

עבירה = רק במחשבה פלילית = **ס' 20** מגדיר מהי -> מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה ולעניין התוצאות יש גם דרישה נוספת של יסוד נפשי מיוחד = כלומר מודעות לכל פרטי היסוד העובדתי שמנויים בהגדרת העבירה.

**התנהגות** - מודע לטיבה.

**נסיבות** - מודע לקיומן.

דוגמה: **ס' 379** - "התוקף שלא כדין את חברו, דינו מאסר שנתיים". איך אני לומדת שיש צורך ביסוד נפשי? מתוך **ס' 19** שהוא חלק כללי.

**העבירה נקראת 'עבירה שותקת' היא לא אומרת/ נותנת מילה שקשורה ליסוד נפשי.**

תוצאה – מודעות לאפשרות גרימת התוצאה (רק בעבירות תוצאתיות).

דוגמה: **ס' 300** היא עבירה לא שותקת, יש שם יסוד נפשי מיוחד -> נדבר בהמשך.

דוגמה לעבירה תוצאתית שותקת: **ס' 333** – "החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו – מאסר שבע שנים".

* טיב ההתנהגות (שהוא חובל) + מודעות לכך שמדובר באדם ושהוא פועל לא כדין + מודעות שההתנהגות עלולה לגרום לתוצאה של חבלה חמורה.
* מודעות לאפשרות גרימת התוצאה -> מה זה אומר לאפשרות גרימת התוצאה? מתי נדרשת למעשה המודעות? באיזו נ' זמן? בעת עשיית המעשה, התוצאה עוד לא קרתה ולכן צריך להיות מודע לאפשרות שתקרה הרי התוצאה היא תולדה מאוחרת בזמן למעשה. באיזו הסתברות צריך להיות מודע? החוק לא אומר ולכן ההנחה היא הסתברות כלשהי, גם נמוכה יחסית, צריכה להיות הסתברות ממשית ולא תיאורטית פשוט.

**עבירה שותקת ההנחה היא שהחוק דורש מודעות סובייקטיבית לכל רכיבי היסוד העובדתי שבהגדרת העבירה.**

* מבחן המודעות בודק לי מה האדם עצמו צפה בפועל, ספציפי. השאלה היא שונה ממה הוא יכול וצריך היה לצפות (של הקש"ס, שזה מבחן חיצוני).
* קודם בודקים יסוד עובדתי וקש"ס ואח"כ יסוד נפשי -> ייתכן שהתיק ייפול פה.

\*הדרישה היא מצטברת!

המשך **ס' 20**: לעניין **התוצאות** גם אחת מאלה (**רק** עבור רכיב התוצאה נדרש גם = **מצטבר**):

**יסוד נפשי חפצי**. מודעות היא יסוד נפשי הכרתי הרי, כאן יש צורך ביסוד נפשי חפצי -> האם אני רוצה בזה, עד כמה?

1. **כוונה** – במטרה לגרום לאותן תוצאות -> היסוד הנפשי הוא חיובי, 'רוצה' שהתוצאה תקרה.
2. פזיזות:
3. **אדישות** – שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות -> ניטרליות, חוסר אכפתיות. אין לי עמדה נפשית מבחינת הרצון שלי.
4. **קלות דעת** – נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות מתוך כוונה להצליח למנוע אותן -> יסוד נפשי שלילי, מקווה שהתוצאה לא תקרה. >> 'לי זה לא יקרה'.

**כאשר העבירה שותקת מה נצטרך להוכיח?**

מחשבה פלילית לרכיבי היסוד העובדתי + לגבי התוצאה יסוד נפשי חפצי. אם הגדרת העבירה שלי מסתפקת באחת מאלה (לא דורשת משהו ספציפי כמו **ס' 300** שדורש כוונה או אדישות, אלא שותקת) אז קלות דעת מספיק לי לקיום העבירה.

**ס' 300 ניתוח** (העבירה תוצאתית, לא שותקת):

**התנהגות** = הגורם >> המבצע מודע לטיב ההתנהגות.

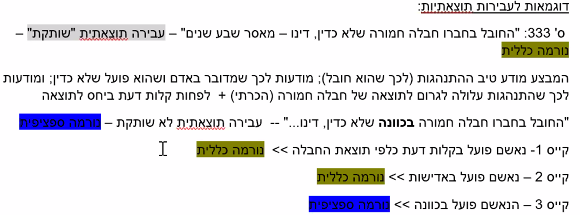
**נסיבות** = אדם >> פלוני מודע שמדובר באדם.

**תוצאה** = למותו >> פלוני ידע שההתנהגות שלו עלולה לגרום לתוצאה.

בכוונה או באדישות = **יסוד נפשי מיוחד** => **יסוד נפשי חפצי** (קלות דעת לא מספיקה! צריך בכוונה/באדישות, קובעת רף מינימום). דיי באדישות, שהנאשם יצפה שזה יקרה ולא יהיה לו אכפת כדי שאוכל לייחס לו את עבירת הרצח.

\*יש עבירות עם נורמה כללית וספציפית גם כאן.

אם יש עבירה שדורשת יסוד חפצי מיוחד ועבירה כללית שלא דורשת יסוד נפשי חפצי מיוחד (וכל אחד מהם ייחשב כדי שיישא באחריות בעבירה) נוכל להתייחס לזה ולבחור מה מתאים לאדם לפי האופן שפעל.



**ההבדלים בין קייס 1 ל2 יהיו במישור הענישה.**

המשך **ס' 19**: מקרים חריגים (ברירת המחדל חלה באופן כלל למעט):

1. נקבע בהגדרת העבירה **רשלנות** היא היסוד הנפשי הדרוש.
2. עבירה מסוג **אחריות קפידה**.

**ס' 21** מגדיר לי מהי רשלנות -

1. אי מודעות ל**טיב המעשה**, ל**נסיבות**, ל**אפשרות גרימת התוצאות** עם פרטי העבירה-> כשאדם מהישוב **יכול היה בנסיבות** העניין **להיות מודע** לאותו פרט.
2. יכול שתיקבע כיסוד נפשי רק לעבירה שאיינה מסוג פשע (כלומר עד 3 שנות מאסר כי מעל זו עבירה חמורה יותר של פשע).

**חטא** - עונש עד 3 חודשים.

**עוון** – בין 3 חודשים ל3 שנים.

**פשע** – מעל 3 שנים.

דוגמה: **ס' 304** – גרימת מוות ברשלנות.

**די בכך שלגבי אחד מפרטי היסוד העובדתי יש היעדר מודעות**, גם אם לשאר הפרטים יש מודעות זו המשמעות של דרישת הרשלנות.

**ס' 22** מגדיר לי מהי אחריות קפידה –

\*התביעה לא תצטרך להוכיח מודעות הנאשם לכלל היסוד העובדתי.

אלה עבירות שמספיק שהתביעה מוכיחה את היסוד העובדתי שלהן. אלה עבירות נדירות יותר וחריגות.

ברירת המחדל = מחשבה פלילית.

חריגים = רשלנות ואחריות קפידה.

**6.5.2021**:

אחרי שבודקים את רכיבי היסוד העובדתי שבהגדרת העבירה + מהו היסוד הנפשי הקבוע בעבירה והאם הנאשם שלפנינו קיים אותו = יסודות מצטברים. די שאחד חסר, אין קייס.

יסוד נפשי = **ס' 19**:

אדם מבצע עבירה רק אם עשאה **במחשבה פלילית**, זולת אם:

1. **רשלנות**.
2. **אחריות קפידה**.

כאשר אני קוראת עבירה שותקת שאין רמז למצב נפשי = אותה עבירה מסתפקת במחשבה פלילית.

**ס' 20 מגדיר מהי מחשבה פלילית**:

מחשבה פלילית = מודעות לכל פרטי היסוד העובדתי שבהגדרת העבירה:

1.טיב המעשה

2.קיום הנסיבות

3.אפשרות גרימת התוצאה : לעניין התוצאה **ס' 20(א)** אומר שנדרש להוכיח יסוד נפשי חפצי מסויים:

1. כוונה -> היחס החפצי חיובי.

2. פזיזות:

א. אדישות -> יחס ניטרלי.

ב. קלות דעת -> יחס נפשי חפצי שלילי. קצת פרדוקסלי, לא רוצה שיקרה אבל יכול לצפות שכן -'לי זה לא יקרה'.

קו הגבול בין קלות הדעת לבין רשלנות שאינן יסוד נפשי מאותו סוג כלל, דק.

\*מודעות = יש מצבים שאנשים פועלים בהיסח דעת, זה לא תמיד אפס מודעות (כמו נהיגה בכביש, מודע לדרך, לא שם לב שעברת את הפנייה).

מה קורה בתודעה החסרה? מחשבה פלילית או רשלנות?

כאשר מדובר בעבירה תוצאתית והיא שותקת => נדרש מינימום יסוד נפשי של קלות דעת כדי לייחס לאדם אחריות לאותה העבירה (לדוג': החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין).

מה יקרה אם אדם יהיה אדיש? או בכוונה? כן, כמובן.

אם יש לי עבירה זהה ביסוד העובדתי שקובעת יסוד נפשי עם מינימום = למשל דרישת אדישות, אז אוכל לייחס אדישות רק לשם = זה ספציפי יותר.

ברוב העבירות או שלא אומרים כלום או שהעבירות עצמן קובעות יסוד נפשי מפורש של כוונה.

\*רשלנות לעומת זאת הנורות האדומות = לא לבלבל עם נזיקין (אני רוצה עוולה נזיקית = מתארת מעשים, או אחריות עונשית = סוג של יסוד נפשי).

עבירות הרשלנות הן חריג והעונש המקסימלי לעבירות כאלה -> 3 שנים, אנטי חברתיות מופחתת.

העבירה צריכה לנקוב לי במילה ברשלנות.

**אחת הבעיות עם חוק העונשין הוא שהחלק הספציפי לא עבר סדר שיטתי**:

יצא מצב שהחלק הכללי קובע מושגיות יפה ומסודרת והחלק הספציפי לא הותאם לחלק הכללי. כשמעניינים בחלק הספציפי רואים מושגים על יסוד נפשי שלא זהים למושגיות החדשה שאנחנו מדברים עליה, מה עושים אז?

דוגמה: **ס' 242** – משתמשים במושגים כמו: היודע, במזיד, בכוונה.

נלך ל**ס' 90א** – משמש כמקרא, פרשנות למילים נוספות בעבירות. איך להבין אותם היום לפי החלק הכללי.

(1). **זדון/מזיד** – יהיה יסוד נפשי של מודעות כאמור בס' 20(א) רישה ולעניין התוצאות פזיזות. => לא משנה למעשה כי זו ברירת המחדל, מינימום לתוצאה זו קלות דעת ובכל מקום יש צורך למודעות.

(2). **בכוונה** – יש מקרים שבהם השימוש בכוונה לא מתייחס ליחס נפשי של תוצאה אלא להשגת יעד כלשהו שהאדם רוצה להשיג אך היעד לא חייב להתממש כתוצאה ביסוד העובדתי של העבירה. דוג': המאיים על אדם בכוונה להפחידו : מאיים – התנהגות, אדם – נסיבות ואין תוצאה אלא יסוד נפשי – כוונה. בכוונה = מקום שהמושג לא מתייחס לתוצאת המעשה יתפרש כמניעה שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה לפי ההקשר.

דוג': מאיים – התנהגות

אדם – נסיבה

העבירה התנהגותית – אוכיח מודעות + בכוונה להפחידו אך ההפחדה אינה רכיב תוצאתי אלא השגת יעד שלא נדרש להוכחה ביסוד העובדתי. לעבירות האלה קוראים = **עבירות מטרה/כוונה מיוחדת** = צריכים להוכיח יעד נפשי מיוחד של רצון להשיג יעד כלשהו אך מבחינה עובדתית לא חייב להיות תוצאה.

(3). **ביודעין** או מונח בעל משמעות דומה – ביודעין ובמזיד זה אותו הדבר => כאילו העבירה למעשה שותקת, לא מוסיף דבר.

(4).**יש לו יסוד להניח** -

(5). **התרשלות** – יתפרש המונח כרשלנות כמו בס' 21.

\*יש איזו פגיעה בעקרון החוקיות -> ניסוח החוק מבלבל ומייצר ציפייה שלנו למשמעויות אחרות מאילו שמוסברות. בסוף 90א רבתי סוגר את הפינה, מסביר את הפגיעות.

\*בעונשין לפעמים העלאת טענה מופרחת גורעת! (לא כמו חוזים!!). במקומות שיש דילמות לפרוש את ההתלבטות באופן שיאפשר לי להמשיך לבדוק.

תרגול:

**ס' 182(א)** –

התנהגות – המסדר נישואין

נסיבות – אסורים לפי דין, שאחד מבני הזוג עובר בהם עבירה

תוצאה – -

יסוד נפשי – בידיעה -> ביודיעין מ**90א** => לכן זו למעשה כמו עבירה שותקת שדורשת מחשבה פלילית.

צריך להראות מודעות לכלל פרטי היסוד העובדתי שבעבירה (זו עבירת התנהגות ולכן להתנהגות ולנסיבות).

**ס' 242** –

התנהגות – משמידם, עושה אותם בלתי ניתנים לקריאה

נסיבות – ספר, תעודה, או דבר פלוני דרושים או עשויים להיות דרושים לראייה בהליך שיפוטי

תוצאה – משמידם, עושה אותם בלתי ניתנים לקריאה

יסוד נפשי – היודע, במזיד = ברירת המחדל לפי **ס' 90א** ולכן צריך **להוכיח מודעות לכלל רכיבי היסוד העובדתי** שבעבירה - להפליל ע"י מינימום קלות דעת אבל -> ,בכוונה, הוא חייב בפועל להצליח למנוע את השימוש? לא בהכרח, יכול להיות שמישהו יצליח לשחזר את הנייר, אך פעל מתוך ידיעה שזה עלול לגרום לזה ומתוך רצון למנוע...זה מספיק. הפירוש הוא לפי **90א(2)**.

העבירה היא גם עבירה תוצאתית וגם עבירת מטרה. ה-בכוונה זה ליצירת תוצאה שאולי לא תתממש! ויש תוצאה נוספת שקורת בעקבות כוונתו!

**ס' 192** -

1. "המאיים על אדם בכוונה להפחידו" – עבירת התנהגות עם מטרה.

אם הייתי רוצה לנסחו כעבירה תוצאתית שרכיב הכוונה מתייחס לתוצאה איך הייתי מנסחת?

"המאיים על אדם וגורם להפחדתו". ניסוח תוצאתי, סיבתי.

עבירה שותקת -> צריך להראות מודעות למאיים, אדם, האיום עלול לגרום להפחדת אחר + בנוגע להפחדה לקלות דעת.

1. "המאיים על אדם וגורם להפחדתו בכוונה".

בשתי העבירות האדם צריך להיות מודע למעשיו, לכך שמדובר באדם אחר ולרצות לגרום להפחדה. ההבדל הוא ביסוד העובדתי.

אז יכולה להיות עבירה תוצאתית שהיא גם מטרה?

"החובל בחברו חבלה חמורה בכוונה להפחידו" (עבירה מומצאת).

חובל התנהגות

חברו נסיבה

חבלה חמורה תוצאה

בכוונה להפחידו – עבירה לא שותקת, הכוונה להשיג תוצאה או יעד אחר? יעד אחר שלא חייב להתממש = ההפחדה!

כלומר לא חבל בכוונה לגרום לחבלה חמורה אלא בכוונה להפחידו! לכן יש כאן עבירה עם תוצאה שהיא עבירת מטרה!!

**שיעור 14**:

הוכחת המחשבה הפלילית: באופן כללי ברור שאחת הראיות הקשות ביותר במשפט הפלילי היא להוכיח יסוד נפשי. אני צריכה להראות מה הוא עצמו חשב – סובייקטיבי. בתחום זה בתי המשפט פיתחו אמצעים שנקראים חזקות עובדתיות.

**יש חזקות נוספות במשפט**: חזקה עובדתית וחזקה משפטית.

**חזקה משפטית** ->

סוג של קביעה שמוסדרת בחוק והרעיון מאחוריה זה העברת נטל הוכחה במקרים מסוימים מצד אחד לצד שני. למשל: חזקת החפות.

אחריות קפידה:

**ס' 22(א)** – מה המשמעות של אחריות קפידה? **(ב)** – אדם לא יישא באחריות כש? הטוען טענה כאמור עליו הראייה.

העבירות אומרות אם ביצעת את היסוד העובדתי של העבירה חלה חזקה משפטית שהיית לפחות רשלן, התביעה אוטומטית יכולה להרשיע אותך (בטיחות, מוצרי פגומים, איכות הסביבה).

הן מניחות שיש יסוד נפשי לפחות של רשלנות והתביעה לא צריכה להוכיח את זה אם הוכיחה יסוד עובדתי, יש חזקה.

**ס' קטן ב** אומר אם הנאשם עצמו בא ומוכיח שהוא נהג ללא מחשבה פלילית או רשלנות וניסה למנוע את העבירה אז הוא פטור מאחריות. טענת הגנה שפוטרת אותו.

למשל: יצאתי ממוסך ותיקנו לי משהו ברכב, שוטר עוצר אותי ואני אומרת לו שבדיוק זה פעל, יש לי הוכחות שלא הייתי מודעת ושלא התרשלתי.

**חזקה עובדתית** ->

חזקות שהן לא קבועות בחוק אלא הן סוג של חזקות שמבוססות על עובדות מסוימות שאם העובדות מוכחות בית המשפט מסיק מהן מסקנה מסוימת.

המבנה של חזקה עובדתית יהיה הוכחת עובדה מסוימת -> ברגע שהיא הוכחה בית המשפט יסיק מסקנה. השימוש בחזקות נתון לבית המשפט.

חזקת המודעות: אומרת שכולנו חיים בעולם שאנחנו מכירים, מדובר על אנשים שפויים ולכן אם עובדות מתקיימות ניתן ללמוד שהייתה מחשבה פלילית. הנטל יעבור לנאשם ויוכל לשכנע שזה לא נכון, שהמסקנה מהעובדות לא נכונה. אפשר להפריך את החזקה.

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

1. - כאשר אדם מדמה עובדות, מצב דברים שהוא לא המצב שמתקיים במציאות, נפרש את מעשיו לפי האופן שבו הוא מדמה את המציאות.

למשל: נניח שאדם טועה לחשוב שהאישה מסכימה. בא הס' ואומר אנחנו נעריך נורמטיבית את מעשה האדם לפי האופן שדימה אותם. אם לפי האופן שדימה אותם זה פלילי אז נאשים אותו אם לא אז לא נאשים אותו. האישה בפועל לא מסכימה, יש בעילה של אישה שלא בהסכמתה החופשית. הוא טוען שטעה שהסכימה. לפי המצב שהוא דימה הוא היה בטוח שהיא הסכימה, הולכים איתו לפי מה שחשב. בעילה של אישה בהסכמה היא לא פלילית.

מתכתב עם רעיון **עיקרון האשם**. הולכים ושופטים את האדם לפי האופן הסובייקטיבי שתפס את הדברים.

כל עוד הטעות היא כנה גם אם היא לא סבירה, אם בית המשפט משתכנע לפי הראיות שגרסת הנאשם כנה, נבדוק את הדברים לפי האופן שדימה אותם ויהיה פטור מאחריות פלילית.

בשונה מדיני הנזיקין, לא מסתכלים פה רק אם התקיים נזק לאובייקט. במשפט הפלילי יש את עיקרון האשם, אנחנו נייחס אחריות פלילית רק לאותם אנשים שנתפוס אותם כאנטי חברתיים, מסוכנים.

במקרה כזה – האישה לא תקבל עזרה מהכלי הפלילי. אם היה אינוס ברשלנות אז אולי, אבל אין מדרגה של אינוס ברשלנות אלא רק במחשבה פלילית = מודעות.

**אם המשמעות המעשית של 34יח זה זיכוי בנסיבות שלנאשם אין מודעות מלאה (יסוד נפשי) לאחד מרכיבי היסוד העובדתי, אז למה יש את הסעיף? למה לא מסתפקים בס'19?**

יש קבוצה של מקרים שלפי **ס' 20** תהיה אחריות ולפי **34יח** לא או הפוך.

**34יח** לא מדלג על הוכחה של יסוד עובדתי. **דוקטרינת הניסיון**: ניסיון לבצע עבירה. עבירות שמתלבשות על עבירות מושלמות רגילות, בדיוק במקרים שאדם פועל ביסוד נפשי מלא אבל לא משלים את כל פרטי היסוד העובדתי.

יש אפשרות לייחס לאדם אחריות לניסיון.

הס' מאפשר לייחס פטור מאחריות פלילית למי שלכאורה לפי **ס'19**-**20**, כן מתקיים בו היסוד הנפשי המלא.

בהגנה עצמית – פלוני טועה לחשוב שאלמוני תוקף אותו ולכן משיב. בהנחה שאנחנו נאמין לפלוני שטעה לחשוב שהוא בהגנה עצמית, נוכל לפטור אותו מאחריות פלילית על אף שלפי **ס'20** לא נפטור אותו כי התקיים היסוד הנפשי. **34 יח** בא ומגן על בן אדם, מקבל פטור.

למשל: מלבישים את הס' על סייג הגנה עצמית. "הגנות מדומות". זה סעיף שבא להטיב עם הנאשמים. כלומר גם אם בן אדם טועה במצב ולא באמת מאיימים עליו, או לחילופין לפי סייג אחר היה חשוב לפעול בדרך הזו וכו', ניתן להאשים אותו אבל להקל עליו באמצעות הס' הזה.

**עצימת עיניים**:

מתייחסת לשאלה בתוך נושא המודעות לטיב המעשה וקיום הנסיבות (באשר לעבירה התנהגותית).

מה החוק קובע כשאין לאדם מודעות מלאה לטיב המעשה/קיום הנסיבות אלא רק חשד?

**ס' 20(ג)(1):** גם אם התביעה לא תוכיח מודעות מלאה די בכך שהתביעה תוכיח חשד להם אם הנאשם נמנע מלברר ולהסיר את החשד. אראה אותו כמודע. הסעיף מניח שקילות ערכית בין מודעות לפרטי היסוד העובדתי לחשד שאותו העושה לא ברר.

אם אדם לא מברר ומסיר את החשד אז לקח סיכון.

2 ברירות:

חושד ולא מברר אז להפסיק את המעשה.

חושדת ולא מבררת ולא מפסיקה את מעשיי – יתייחסו אליי כמי שמודע לנסיבה ולא רק חשד.

הרציונל = אדם שחושד שנסיבה מתקיימת ולא פועל להסירה, לוקח בחשבון יכולת שהנסיבה מתקיימת.

אנחנו מדברים על אנשים **שיודעים את החוק** אך טוענים שלא הייתה להם מודעות לנסיבה.

**[ס' 34יט** = האדם טועה שהמעשה שעשה כלל לא פלילי].

הדוקטרינה שייכת למחשבה הפלילית ויוצרת חזקה שהתביעה יכולה להשתמש בה. מספיק שאני מראה שהמחשבה עברה במוחו של אדם והוא לא ברר. היא באה להגן על התביעה בהיעדר ראיות.

מספיק במינימום של חשד בלי בירור לעניין המחשבה הפלילית.

איזה חשד צריך? מהפסיקה מקובל לחשוב שדי בחשד ממשי. תמרורים מסוימים.

מה קורה במקרים שבהם הנאשם חשד, לא ברר אבל לא יכול היה לברר?

מה עם האדם פעל לברר אבל נותר בו ספק גם לאחר הברור כי אין לו דרך נוספת לברר?

באותם מקרים שבהם האדם לא יכול לברר אבל לא מרצונו נראה שאי אפשר להכיל את דין עצימת העיניים. יהיה קשה להוכיח שזה מתקיים. נבחר את הפירוש המצמצם את האחריות.

* יש מי שסבורים שצריך להרתיע אנשים שפועלים כשיש להם חשד גם אם יכלו לברר וגם אם לא. נייחס להם אחריות פלילית.
* יש מקרים שבהם אי אפשר לברר אבל אדם צריך להימנע מלעשות במקרים אלה. כל חובת הברור **לפי קוגלר** היא מיותרת. לדעתו הדין האידיאלי הוא כזה שקובע שמי שפועל וחושד לוקח סיכון. השאלה החשובה – האם אדם לקח סיכון בלתי סביר בכך שהתנהג? הסבירות תקבע ע"י בית המשפט. אלו שיקולים: מידת החשד, ערך החברתי המוגן בעבירה, הערך החברתי החיובי שאולי היה למעשה שעשית. אם החשד גם רב והפגיעה בערך גבוה והתועלת נמוכה, בית המשפט יכריע שזה בלתי סביר.
* חוק העונשין אימץ את הס' – חשדת? תברר? חשדת ובררת? לא הסרת חשד אל תפעל. חשדת ולא בררת והמשכת לפעול? היית מודע. **קוגלר** לעומת זאת מוותר על זה.
* מה החסרונות אצל **קוגלר**? אדם רק בדיעבד יקבל את דעת בית המשפט, הס' לפחות אומר לו לברר.
* **פס"ד דין הר שפי** :

האם עצימת עיניים תחול על העבירה של אי מניעת פשע? **ס' 262**.

עבירה זו היא עבירה מחדלית, שקובעת שמי שידע שפלוני זומם לפשע ולא נקט אמצעים סבירים.

**ס' 20(ג)(1)** אמנם בעל תחולה כללית על כל העבירות אלא אם חוק מסויים מחריג זאת.

האם יכולה להיות החרגה גם מכוח הפסיקה?

* מפסק הדין משתמע שיכולה להיות החרגה של התכולה של עצימת עיניים מעבירות מסוימות שהמחוקק לא אמר.
* פעם ראשונה שמגיעה טענה שכלל עצימת העיניים שב20(ג)(1) לא צריך לחול על העבירה הספציפית בלי שיש אמירה ברורה. יכול להיות מצב שכלל מסויים מהחלק הכללי לא יחול על עבירה ספציפית. המחוקק יכול להחריג, כאן אפילו שהמחוקק לא מחריג מנסים לגרום להחרגה משיקולי מדיניות.

**עובדות**: מרגלית הר שפי הועמדה לדין על עבירה של אי מניעת פשע, הטענה הייתה שידעה שיגאל אמיר עומד לרצוח את רבין. לא נקטה במעשים כדי למנוע את הפשע.

העבירה של אי מניעת פשע ס' **262** – "**מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים**".

הרעיון הוא רק אם האדם יודע הוא חייב ללכת ולדווח, כדי להציל את הקורבן, זה הרציונל מאחורי העבירה.

**השלום**: מרשיעים את הר שפי, מערערת.

**מחוזי**: מרשיעים אותה ברוב, מערערת.

**העליון**: הערעור נדחה.

בכל דיון ניסו הסנגורים לטעון טענות שונות, להחריג.

**העבירה -** היא עבירת מחדל, עבירה פשוטה, אי אפשר לעבור אותה במעשה אלא רק במחדל.

התנהגות – לא נקט כל האמצעים הסבירים (זו החובה שחלה עליו והימנעות לעשות).

נסיבות – פלוני זומם לעשות מעשה פשע (מתאר את מה שקורה אצל פלוני! לא אצל עובר העבירה הנאשם).

יסוד נפשי – מי שידע (דרישת השליטה מתחייבת רק לגבי ההתנהגות, הנאשם חייב לשלוט תמיד בהתנהגות, שליטה אין לנו על מחשבה: מחשבה זה גם יודע).

מי שידע = מודעות לפי **ס' ההמרה 90א(3)**.

**האם צריך להוכיח מודעות מלאה או די בחשד שפלוני יבצע פשע כדי להרשיע אדם?**

**בית המשפט**: הגיע למסקנה שהר שפי ידעה ממש ולכן הדיון בעצימת עיניים הפך לאוביטר בפסק הדין, לא היה נדרש להכרעה השנויה במחלוקת.

גם המחוזי וגם העליון הרגישו שיש קושי לבוא ולומר שעל אותו **ס' 262** יחול כלל עצימת העיניים, למרות שטכנית אין מניעה, אין החרגה של המחוקק ולכן כל הוראה בחלק הכללי מתלבשת על החלק הספציפי. בגלל שהרגיש שזה לא ראוי. הסתכלו על המשפט המשווה באנגליה ושם אין עבירה כזו ובגרמניה יש אך רק על עבירות מסוימות חמורות במיוחד. בארץ העבירה מנוסחת מאוד רחב גם ביסוד העובדתי, חלה על כל פשע (כל עבירה מעל 3 שנים).

לכאורה אם הולכים על זה שמי שידע זה יסוד נפשי, נדרשת מחשבה פלילית רגילה ואז לפי 20(ג)(1) עצימת העיניים. לבית המשפט קשה להתמודד שמי שידע זה יסוד נפשי של מחשבה פלילית רגילה ולהכיל את הכלל של עצימת עיניים. לכן אומר, אולי הפתרון לנתח את מי שידע כנסיבה, זה התנאי שמצמיח את החובה על האדם לפעול.

**חשין אומר**: יכולים להיות חריגים לכלל. הרעיון להחרגה זה רעיון מוכר במשפט. גם ע"י הפסיקה. הגדרת נורמה כללית מסוימת לא חלה על עבירה ספציפית.

* בהר שפי הדיון היה **לכיוון הקלה עם הנאשם**, צמצום האחריות הפלילית ככה שמי שחשד לא ייכנס, לכן רוצים למעשה שס' 20(ג)(1) לא יוכל על העבירה.
* נורמה כללית ונורמה ספציפית בית המשפט הולך על החרגה, רוצים לתבוע החרגה על ידיעה ברורה ולא נסתפק בחשד שאדם נמנע מלברר.

במידה מסוימת יש פה נועזות:

א. פסק הדין אוביטר ולכן זה מרגיע.

ב. נסיבות מקלות, בשיטה הישראלית בעקבות אי הסנכרון, בית המשפט בא ואומר יכול להיות שהמחוקק עצמו אפילו לא חשב על זה כי הוא לא תיקן את זה מחדש. שיקול שתומך בחירות של בית המשפט 'להתפרע' בשיקול דעתו.

בסופו של דבר הפרשנות נעשתה לטובת הנאשם, מצמצם את האחריות הפלילית. לכן קשה שעקרונות החוקיות נפגעו בו, הרבה יותר בעייתי לסטות מהחלק הכללי לרעת האזרח.

**האוביטר**: כלל עצימת העיניים **ס' 20(ג)(1)** לא יחול על העבירה הספציפית **ס'262** בגלל שבית המשפט קובע שמשיקולי מדיניות משפטית לא נכון לעשות את זה. צריך להוכיח ידיעה ברורה ונקייה ולא יהיה די בחשד והימנעות מלברר.

**אך מספיק חשד כי שאדם יקרא מודע**.

**מרכיבים:**

1. חשד ממשי.
2. אופציה לברר.
3. בחר לא לברר.

**סוג יסוד נפשי חפצי – כוונה/מטרה שלא ביחס לרכיב התוצאתי שבהגדרת העבירה**:

כוונה = מתייחס לעבירה תוצאתית.

מטרה/כוונה מיוחדת = עבירה התנהגותית.

עברת מטרה = התנהגותית שרכיב המטרה מתייחס להשגת יעד לא תוצאתי.

עברת כוונה = עברה תוצאתי שרכיב הכוונה מתייחס להשגת התוצאה.

בעיקר טרמינולוגיה שכוונתה היא שככה בהוכחה, במטרה תצטרכי להוכיח מטרה להשגת יעד לא תוצאתי, ובכוונה תצטרכי להוכיח כוונה לקיום התוצאה.

* יסוד נפשי של רצון לגרום למשהו אך לא חייב להתממש כחלק מהיסוד העובדתי.
* לפעמים יש מקרים שבהם המחוקק לא מתספק בעבירות תוצאתיות ביסוד נפשי של פזיזות ודורש כוונה כרף מינימום. האדם צריך לרצות שהתוצאה תקרה, רצון חיובי. בפזיזות האדם נכון לקחת סיכון אך אין לו רצון פוזיטיבי הוא או אדיש או שהוא קל דעת מקווה שלא יקרה.
* באילו מקרים הגיוני שנראה שהמחוקק לא מסתפק ביסוד נפשי של פזיזות אלא קובע כוונה כרף מינימלי?
* העבירות יכולות להגיע ב2 הקשרים:

1. חומרה של עבירות פזיזות. למשל: **113(ג)** = יש עבירת התנהגות בסיסית ואז נוספת אחרי הרישא כוונה ואז יש החמרת הדין. התביעה לא צריכה להוכיח שנגרם היעד, אלא שאדם עושה דבר מסוים ומודע ביסוד הנפשי וגם רוצה דבר מסוים ולשמו ביצע את העבירה.
2. עבירות בסיס – אין לי עבירה מקבילה, המינימום כדי לייצר עבירה פלילית זו כוונה. למשל: **260(א)**.

דוגמה: **ס'113(ג)** - מי שמקיים את הרישא דינו 7 שנים- זו לא עבירת תוצאה, והיא שותקת- לכן זו עבירת מודעות. לפי השיעור, כיום על עצימת עיניים, מספיק שאדם חשד ולא בירר, ניתן להרשיע. אם נוסף גם הסיפא ("התכוון בכך לפגוע בבטחון המדינה") - העונש מוחמר ל15 שנים. עם הסיפא, העבירה הופכת לעבירת מטרה התנהגותית- גם אם האדם התכוון לפגוע בביטחון המדינה ולא פגע בפועל, ניתן להרשיע. אין רכיב תוצאתי, לכן לא צריך להוכיח שהייתה פגיעה בפועל. עבירות מטרה התנהגותיות הן כאלו שבהן התביעה לא חייבת להוכיח שנגרמה התוצאה אותה ביקש הנאשם להשיג.

אם אדם זוכה מהסיפא (כלומר, לא הוכח שהוא התכוון לפגוע בביטחון המדינה) עדיין ניתן להרשיעו ברישא- לכן, התוספת בסיפא דומה מאוד לעבירות ספציפיות וכלליות: הסיפא מוסיפה לרישא.

הרציונל - דרישת הכוונה יוצרת מדרג חומרה נורמטיבי שמאפשר הרשעה והחמרת העונש.

כעבירת בסיס - המינימום שצריך להתקיים בנאשם הוא הכוונה.

דוגמה: **ס'260(א)** - על האדם להיות מודע ולרצות לעזור לאחר להימלט מעונש. אם הוא לא היה מודע (כלומר, פעל באדישות או קלות דעת) - אין עבירה.

**סוגים של שיקולים שמצדיקים ליצור דרישת סף מינימלית של כוונה**:

**קוגלר** עוסק בשאלה הזו ומציע נימוקים שמצדיקים ליצור עבירות כאלה:

1. יש נזקים מסוימים שהם נזקי אמצע, ביניים. מצד 1 מצדיקים את התערבות המשפט הפלילי ומצד 2 נראים קלים יחסית לנזקים שבדר"כ נלווים לעבירות חמורות. עבירת כוונה זו טכניקה לכך. רק כשמתלווה יסוד נפשי של כוונה מתגבשת האשמה להאשים בפלילים. לפעמים פזיזות לא מספיקה כדי להצדיק שימוש במשפט הפלילי. רק כאשר המעשה נעשה בכוונה => רצון ניכנס למשפט הפלילי.
2. עבירות בסיס של כוונה שבבסיס המעשה קבוע ערך חברתי פודה = חיובי, תועלת, הגנה על זכויות.

למשל: עבירות חופש הביטוי כמו הסתה, איומים, לשון הרע => התפיסה היא שהביטוי עצמו חשוב! ולכן כשהמחוקק אוסר על ביטויים מסוימים יש פגיעה מסוימת בחופש הביטוי (זה לא אומר שהיא לא חוקתית, צריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה). לפעמים עבירות שהמעשים עצמם יש בצידם תועלת חברתית אז דרך המחוקק ליצור את האיזון בין היתרון בזכות לעומת הנזק שנגרם ע"י היסוד הנפשי של כוונה. מי שרק מפרסם דבר מתוך מודעות שיכול להסית לגזענות זה לא יהיה עבירה של הסתה לגזענות...זה לא מספיק, נקבעת יסוד נפשי של כוונה כמו **בס' 144ב(א)**.

עבירות עם ערך חיובי נוספות שחשובות = עבירות ביטוי מעניינות: **144ב(א)** – המפרסם דבר, היסוד העובדתי רחב מאוד, איזה דבר? כל דבר! לא מסוים, אין נסיבה שמגבילה את הדבר. ניסוח רחב בלי היסוד הנפשי הוא לא מאופיין. כל האנטי חברתיות נשאבת מהיסוד הנפשי! מתוך מטרה להסית לגזענות. היסוד הנפשי כוונה ולא נהסס כי אם לא יהיה כוונה המון דברים יוכלו להיכנס בגדרי העבירה.

**למה לא הצרו את העבירה דרך היסוד העובדתי?**

הדיון עלה בפסיקה הישראלית **בפס"ד אלבה**. איך מפרשים את התיבה דבר. הפרסום חייב להיות כזה שמטבעו יכול להוביל לגזענות. אחד הנימוקים של ברק זה שאם רק נרשיע על פי הכוונה אז יש חשש שההרשעה תהיה קרובה להרשעה על כוונות בלבד (אם רצה להוביל לגזענות אך פרסם משהו שלא מראה זאת?). אמנם, בדיני העונשין ממילא יש אפשרות להרשיע בגין ניסיון לבצע עבירה, שאדם לא מצליח להשלים את כל פרטי היסוד העובדתי ומייחסים לו אחראיות על ניסיון, גם כשאובייקטיבית הם לא צלחו.

**ס' 133** = העושה מעשה -> איזה מעשה?

לשם המרדה -> יסוד נפשי, מעשה להמרדה.

* הנימוקים מצטברים בסוף, המחוקק מנסה להצר ויש ערך שרוצים לפגוע בו פחות.

עבירות שקשורות לשיבוש הליכי משפט -> יש בהן יסוד נפשי של כוונה כמינימלי. הרעיון זה הרצון לא לפגוע יותר מידי בזכויות האזרח.

**ס' 242** - היודע (מודעות, לפי ס' ההמרה 90א(3)) כי ספר תעודה או דבר פלוני דרושים או עשויים להיות דרושים (נסיבות) , לראיה בהליך שיפוטי, והוא, במזיד (מודעות, לפי ס' ההמרה 90א(1)), משמידם או עושה אותם בלתי ניתנים לקריאה (התנהגות + תוצאה), לפענוח או לזיהוי, והכל **בכוונה** למנוע את השימוש בהם לראיה (יסוד נפשי = עבירת מטרה, הכוונה היא לא לתוצאה אלא ליעד אחר שלא חייב להתממש -> 90א(2)), דינו - מאסר חמש שנים.

= זו עבירת מטרה תוצאתית. אבל הדרישה כלפי התוצאה היא מודעות, די לי בקלות דעת. לעומת זאת יש גם כוונה כלפי יעד נוסף. זו עבירת הבסיס, לא נוכל להאשים אדם רק בתוצאה אלא גם כי התכוון למנוע את השימוש בהם!

**למה?**

רצון להתערב פחות בחופש הבחירה של האדם, מוסיפים את הכוונה כדי שיהיה מספיק אנטי חברתי כדי שנתערב.

**ס' 244** - העושה דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין, בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת, דינו - מאסר שלוש שנים; לעניין זה, "הליך שיפוטי" - לרבות חקירה פלילית והוצאה לפועל של הוראת בית משפט. => ראינו **באלגד נ' מדינת ישראל** (השוטר שהיה חלק מקטטה והסתיר זאת כדי שלא ידעו שהוא עובד שם).

1. יש עבירות שהערך שהעבירה בא להגן עליו נפגע רק כשההתנהגות מלווה בכוונה ולא בפזיזות. דוגמה: המרות דת. **ס'174(א)** – הנותן (מעשה) או מבטיח לאדם כסף (נסיבה), שווה כסף או טובת הנאה חמרית אחרת כדי (מטרה) לפתות אותו להמיר דתו או כדי שיפתה אדם אחר להמיר דתו, דינו - מאסר חמש שנים או קנס 50,000 לירות.

= צורך במודעות לגבי המעשה והנסיבות + כדי זו מטרה לפתות את האדם להמיר בדתו.

רק כשהכסף נועד כדי לפתות להמרת דת זה נחשב, סתם מודעות לכך שאולי אדם ימיר דתו לא מספיק.

\*למשל בלשון הרע רוצים למנוע פגיעה בשם טוב ולכן המשפט האזרחי מטפל בכך ויש שטוענים שזה גם למנוע אלימות וכאן אם יש כוונה לפגוע שם יש הסתברות לתגובות אלימות ונוכל להרשיע בפלילים.

**כלל הצפיות:**

כוונה זה רצון, אך **ס' 20(ב)** – אומר שלעניין כוונה (יסוד נפשי חפצי ביחס לתוצאות) מספיק שהנאשם צופה שהתוצאה תקרה כאפשרות קרובה לוודאי זה כמו מטרה לגרום לה, נראה אותו כמי שהתכוון.

* **פס"ד קורט סיטה**: מה קורה כשהנאשם לא מתכוון לגרום לתוצאה אך צופה את האפשרות שתקרה באופן קרוב לוודאי? לא רוצה אך צופה ב90% + !

פרופ' בטכניון שפנו אליו מחו"ל מצ'כיה ונתנו לו כסף עבור מידע ביטחוני סודי. העמידו אותו לדין על ריגול חמור. הוא אמר שיש דרישה של כוונה והוא לא התכוון, הוא רצה כסף. לקח את הסיכון אך לא חפץ בכך. בית המשפט הרשיע אותו בכוונה למרות שלא הוכח רצון על סמך זה שצפה כאפשרות קרובה למדי שביטחון המדינה יפגע. השלים עם זה שהתוצאה תקרה.

היה מפסקי הדין הראשונים שבית המשפט הכיל את **הלכת הצפיות** בדרך פסיקתית! בפועל בתיקון 39 המחוקק החליט בחלק הכללי לעגן את הלכת הצפיות שהפכה ממש לכלל, נורמה בחוק ולא רק בפסיקה.

**25.5.2021**:

כשאדם צופה שכמעט בוודאות שמעשים שלו יובילו לתוצאה מסוימת, החוק רואה בו כמי שהתקיימה בו כוונה, רצון. ההבדל בין כוונה למצב הנפשי שמשקף את כלל הצפיות הוא שבכוונה האדם רוצה בתוצאה ופועל להשיגה. בכלל הצפיות מתי זה יקרה שאדם צופה ולא רוצה? שיש לו מטרה אחרת אבל על הדרך יודע שהפעולה תגרום לתוצאה מסוימת נוספת שהיא לא מטרה שלו.

זה הרעיון של בחירה, עשיתי משהו ללא רצון לדבר מסוים אך צופה שאותו דבר יקרה על הדרך בחרתי שזה יקרה, נתפס כרצון.

למה זה לא קלות דעת? כי קלות דעת זה מקרה של צפייה ואי רצון. הצפייה בקלות דעת היא לא צפייה בוודאות קרובה לוודאי! בהלכת הצפיות רמת ההסתברות של הצפייה היא קרובה לוודאי – 90%+ ממש 99% אפילו.

וודאות מעשית = 90 ומשהו % וודאות, **אין אחוז בפסיקה**, אך הצפייה גדולה קרובה לוודאות מאוד.

**איך מוכיחים?** ראיות, סיפור, נתונים – חומר החקירה, סיפור משכנע שמסתדר.

**קוגלר** עורך דיון שבו הוא מנגיד בין גישתו לשל **פלר**, איך הוא תופס את הלכת הצפיות וכלל הצפיות:

כלל הצפיות – **20(ב)**

הלכת הצפיות – הלכה פסיקתית. **קורט סיטה** נקבע עפ"י הלכה פסיקתית לפני שהחוק השתנה.

**קוגלר** מדבר על הרציונל שעליו מבוססת השקילות שבין הלכת הצפיות לכוונה. מוצא זהות בין מצב שאדם צופה ורוצה, בשניהם יש משהו שלא קיים בצפיות רגילה של פזיזות. הבחירה או החלטה לפגוע בערך המוגן.

**פלר** מציע תפיסה אחרת להלכת הצפיות. כוונה ו - וודאות מעשית אין ביניהם מכנה משותף. אדם רוצה בכוונה ובוודאות לא. **פלר** מדגיש את המכנה שבין פזיזות רגילה להלכת הצפיות. אז מה דומה? מבחינה ערכית המחוקק רואה את שני המצבים כמצבים שיש לשפוט בצורה זהה.

שניהם רואים הצדקה לראות את מי שפעל בוודאות מעשית כמי שרצה.

העמדה שהתקבלה בתיקון 39 היא של **פלר**. גורסת שצפייה בהסתברות קרובה לוודאי מהווה תחליף לכוונה. שקולה אליה אך לא זהה לה.

מספיק שהפרקליט מוכיח שהנאשם צפה בוודאות קרובה לוודאי שהתוצאה תקרה וכך מוכיח כוונה.

עצימת עיניים וכלל הצפיות מורידים את רף הכניסה של הנאשם לעבירה, מקלים על נטל ההוכחה של התביעה שרוצה להוכיח יסוד נפשי. אך השוני -> עצימת עיניים זה כלל שחל על מודעות נסיבות וכלל הצפיות לגבי רכיב תוצאתי.

**מה קורה עם עבירות מטרה התנהגותיות**? כוללות רכיב כוונה מיוחדת שיש להוכיח, האם כלל הצפיות **בס'20(ב)** שחל על רכיב כוונה ביחס לתוצאות יחול גם בעבירות התנהגות?

דוגמות:

1. הגורם לחברו חבלה חמורה בכוונה (יסוד נפשי חפצי) , דינו... >> תוצאתית.

צריך מודעות להתנהגות, נסיבות ותוצאה ומספיק שאוכיח מודעות מעשית לפי **ס'20(ב)** לכך שצפה שמעשיו יגרמו לחבלה חמורה שזו התוצאה ויצאתי מחובת ההוכחה של כוונה.

1. המאיים על אדם בכוונה להפחידו, דינו... >> התנהגותית >> עבירת כוונה מיוחדת/עבירת מטרה.

איזו יסוד נפשי הכרתי צריך להתנהגות ונסיבות? מודעות. אבין כוונה לפי **ס'90א**.

בפסיקה כמה דעות לגבי אם כלל הצפיות יחול על עבירות כאלו.

צריכה כוונה או צפייה בוודאות קרובה לוודאי להפחיד גם אם הוא לא יפחד.

* **פס"ד אלבה**: עבירה של הסטה לגזענות, עבירה של התנהגות שהיא עבירת מטרה. היה ויכוח אם להכיל את הלכת הצפיות או לא.

**מצא ובאך**: נקטו בגישה גורפת. מרגע שהחוק קבע תחולה גורפת של הלכת הצפיות הישנה על עבירות כוונה תוצאתיות, ברור שהייתה כוונה להכיל גם על עבירות כוונה התנהגותיות. הבדל משמעותי ביסוד נפשי אין. ההבדל הוא דווקא ביסוד העובדתי – התוצאה בעבירות מטרה לא צריך להוכיח את השגת היעד.

המחוקק לא אמר כלום על עבירות מטרה ולכן ברור שההלכה הישנה תחול על עבירות המטרה (הכלל על תוצאתיות בפרט).

**מנגד הרוב אמרו**: אמרו לא, שלא צריך גישה גורפת. חושבים שיש צורך בגישה יותר גמישה. המחוקק לא קבע שכלל הצפיות יחול על עבירות המטרה. ההלכה מחמירה עם הנאשם וזה חוזר לעקרון החוקתיות. בדר"כ בית המשפט מקל עם נאשמים. בית המשפט יצטרך לדון בכל עבירה באופן נפרד ולבחון עם שיקולים שונים אם להכיל את הלכת הצפיות על העבירה ומתי לא. שיקול ללמה לא? הגנה על חופש ביטוי למשל במקרה זה.

* **פס"ד אלגד**: עבירה של **ס'244** של הכשלת הליך שיפוטי. באותו סיפור השוטר לא רצה שידעו שהוא עובד במועדון ללא היתר ולכן אמר שלא היה במועדון. עלו עליו והטענה הייתה שלא רצה להכשיל את ההליך אבל האם מספיק שצפה בוודאות מעשית שזה יכשיל את ההליך כדי להוכיח כוונה?

**בייניש**: מאמצת את הגישה של לא לקבוע באופן גורף, לכל מקרה בפני עצמו. במקרה זה לא היה ערך חברתי פודה כדי להצדיק את העבירה ולכן זה מספיק.

* **ביטון נ' סולטאן**: זו קובלה פלילית פרטית, מוסד שמשתמשים בו ממש במשורה בעבירות מסוימות ואישיות כמו עבירות שם טוב.

**ברק**: קובע שההלכה לא תחול באופן גורף אלא פרטי, השאלה היא פרשנית. לגבי לשון הרע ההלכה לא תחול כי חופש הביטוי גבר.

שיקול שברק מזכיר שמעניין ->> טענה שמשווה בין עבירות התנהגות לתוצאה. אומר שאי אפשר להתעלם בין עבירות מטרה התנהגותיות לכוונה תוצאתיות. תוצאתיות בסוף היסוד העובדתי מותנה בקיום תוצאה. אומר שבעבירות כאלה יש מקום להנמיך את רף היסוד הנפשי ולהכיל את כלל הצפיות. בעבירות התנהגות לא נלוות תוצאה מזיקה ביסוד העובדתי, החומרה היא ביצוע מעשה בליווי היסוד הנפשי. יש מקום להותיר אותו שיקול דעת אם לבטל את דרישת הכוונה ולהסתפק בהלכת הצפיות בלבד או שלא.

**ההלכה**: בעבירת לשון הרע שבס' 6, ההלכה לא חלה.

**פזיזות**:

ההבדל בין כוונה לפזיזות בכוונה יש רצון ובפזיזות רק צפייה.

בין קלות דעת לאדישות הבדל נוסף ->> בשני המקרים האדם לוקח סיכון בלתי סביר ביודעין באדישות לא אכפת לו אם הסיכון יתממש ובקלות דעת מקווה שלא יתממש.

**אדישות** נראה במצבים שאדם רוצה להשיג משהו מסוים וכדי לעשות זאת צריך לגרום לתוצאת לוואי שאין לו רצון מיוחד בה ולא אכפת לו אם יקרה או לא. למשל: אסיר שיודע שכדי לברוח הוא צריך לפוצץ את הקיר לידו ששם יש סוהר שעלול להיפגע. התוצאה שרוצה זה לברוח ותוצאת הלוואי הסוהר שייפגע.

**קלות דעת** היא מקרה שאדם מעוניין לשמור על ערך מוגן ועושה פעולה שדווקא פוגעת באותו הערך.

**קרן אטינגר** אומרת במאמרה, שמבחינת האינטואיציה המוסרית מצב של קלות דעת מעורר פחות אנטי חברתיות מאשר אדישות. המקרים האלה אמנם תובעים בחריפות הסדר לפעילות המנטאלית הלא הגיונית הזו. חוסר רציונאליות - רוצה למנוע משהו אבל גורם לכך. **קרן** מכנה מצבים כאלה שבהם אדם מנסה לשמור על אינטרס ומסכן אותו באופן לא סביר באותה העת >> המהמר המטורף או העיוול המוחלט.

דוגמה: רופאה שרוצה לתת לחולה תרופה ויש 10 בקבוקים לא מסומנים אחד בהם יש רעל. הרופאה לא רוצה לפגוע בחולה שלה אבל היא לא יודעת מה הרעיל. קרן אומרת שהרופאה בוחרת באופן שרירותי בבקבוק ומקווה שמדובר בתרופה ולא ברעל. בפועל זה היה רעל. קרן אומרת שהרופאה במקרה לא רשעה מוחלטת, לא רצתה שזה יקרה להפך אך בחרה בדרך של הימור מסוכן שהבחירה שלה תביא לתוצאה שהיא מבקשת למנוע. דרך להסביר את ההימור המטורף הזה היא לראות המקרים האלה כמחשבת משאלה, תהליך לא הגיוני אלא דחייה של אפשרות התוצאה לקצה המוח, בונה השקפה לא מבוססת מציאותית. "לא זה לא יקרה".

האדם מודע לאפשרות התרחשות התוצאה, צופה את האפשרות ולכן זה שונה מרשלנות כי הרשלן לא מודע שיש אפשרות שהדבר יקרה.

**קלות הדעת** מוגדרת כנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות מתך תקווה להצליח למנוען - **ס'20(2)(ב)**. אדם נטל סיכון לא סביר. מה קרה אם נטל סיכון כן סביר? זה לא קלות דעת, זה לא פלילי. איך בודקים סבירות? איזון -> מה הנזק, סוג הנזק, מה נפגע, איזה ערך ומצד שני מה התועלת שתופעל מההתנהגות, מה האיכות של התועלת, מה הכמות...לדרגת ההסתברות שנזק יתרחש יש כוח >> הסיכון נמוך = סביר. שקלול שיקולים שונים.

לפני התיקון לא היה הבדל בין אדישות לקלות דעת. ניתן לאפיין את **דוייטש** שלקח את הפועלים שלו למקום מסוכן ועדיין חפר שם למרות המפולת כקל דעת.

הפעולה שלו הייתה סיכון סביר או בלתי סביר? אם הצפייה גבוהה (באו פקחים אמרו לו שמסוכן) וכו' – מראה שהסיכון שלקח אינו סביר.

**מה עם אדישות**? יש צורך בנטילת סיכון בלתי סביר? החוק לא אומר. מסכימים שברור שזה קיים גם באדישות הדרישה של סיכון בלתי סביר. אז למה לא כתבו? **קרמינצר** אומר שלא רצו להכביד על התביעה הרי בכל מקרה אם היה אדיש זה לא סביר אבל צריך להוכיח למרות שלא כתוב.

**הוויכוח הוא על כוונה** >> יש צורך בנטילת סיכון בלתי סביר? חילוקי דעות. **קרמינצר** אומר שעדיין התביעה צריכה להוכיח סיכון בלתי סביר. ההנחה שצריך להוכיח סיכון בלתי סביר קיימת גם בכוונה. למה לא כתבו? בדר"כ כשאדם פועל מתוך רצון לפגוע ממילא זה סיכון בלתי סביר, רצו להקל על התביעה. הגיוני שממילא הסיכון שהאדם לוקח הוא בלתי סביר ולא כתבו כדי לא להתעכב על הצורך להוכיח. על כוונה **קוגלר** חולק עליו >> כשאדם פועל בכוונה לא צריך להוכיח את נטילת הסיכון הבלתי סביר. האדם פועל מתוך רצון פוזיטיבי ולכן האנטי חברתיות גדולה כך שמספיקה לייצר הפללה גם אם לקח סיכון סביר. **קרמינצר** חולק על כך!

יש מצבי חירום שאנשים יכולים לקחת סיכונים סבירים שההתנהגות עלולה לגרום לתוצאה קטלנית. למשל מקרים רפואיים.

* דוגמה לכך שבית המשפט מנתח את פעולת הנאשם ומגיע למסקנה שהסיכון היה סביר: **פס"ד צור**: שם זה רשלנות ולא קלות דעת אבל נתמקד בסיכון הסביר.

**עובדות**: חבורת מטיילים יצאו לטייל בנחל והמדריכים ידעו שעלול להיות שיטפון אבל ההסתברות הייתה נמוכה, התלבטו אם לצאת והחליטו לצאת. מגיעים ומתחיל שיטפון, לא מספיקים לברוח והיו מטיילים שמתו. מעמידים אותם לדין על גרימת מוות ברשלנות.

**השלום**: בכניסה לנחל אדם סביר לא היה צופה את השיטפון ואת המוות ולא הייתה צפייה בכוח ויסוד נפשי של רשלנות.

**המחוזי**: הרשיע אותם בגרימת מוות ברשלנות.

**העליון**: זיכה אותם. לא היו רשלנים ומוסיף שהסיכון שלהם היה סביר. כנגד הנזק צריך לשקול את התועלת לפרט, רמת ההסתברות הנמוכה, באיזון יש סיכונים שמותר לקחת. במקרה הזה מוצדק היה ליטול את הסיכון. האמנם ערך חיי אדם לא מבטל את ערך ידיעת הארץ? היו ביקורות על העניין, מזכיר את סיפור נחל צפית. **הנאשם מראש לא יודע ובדיעבד בית המשפט מנתח אם הסיכון שלו היה סביר או לא, פוגע בוודאות המשפטית.**

* **פס"ד מזרחי** (אחר מזה שלמדנו):

**עובדות**: אדון מזרחי נוהג בכביש בין עירוני בכביש רב מסלולי ונוהג במהירות המותרת. ילדים מגיעים משום מקום במסלול לידו, מפחית את המהירות, משאית עוברת והוא דורס אותם למוות. עומד לדין על גרימת מוות ברשלנות.

**דעת הרוב**: מילדים צריך לצפות הכל. מבחינת בית המשפט הסיכון בלתי סביר.

**זוסמן בדעת מיעוט**: נכון שצריך לצפות מילדים, אבל הסיכון שלקח הוא סביר. הוא האט ל50 קמ"ש בכביש בין עירוני ונקט סיכון סביר למרות שהמשיך לנהוג. האדם הזה גם האט בכביש מהיר. לקח סיכון כי לא עצר אבל סיכון סביר. גם הסתכן שיכנסו בו מאחורה, מה יקרה אם לא יוכלו לנהוג במהירות בכביש מהיר מהחשש הזה?

בסוף הוא הורשע אך יש כאן מעין בעייתיות.

במשפט הגרמני:

המשפט הפלילי שלהם מאוד מכבד את עקרון האשם, נזהר בהרשעה, נותן מקום לכבוד האדם. בגרמניה כבוד האדם היא זכות מוחלטת, אי אפשר לפגוע בה וזה קשור ללקחים שלמדו ממלחמת העולם ה2. היסוד הנפשי שלהם מאוד רגיש ונכנס לניואנסים. אין קטגוריות גסות כמו במשפט האנגלו - אמריקאי.

עולם המחשבה הפלילית שלהם כולל כוונה ישירה שזה רצון וכוונה עקיפה שזה הלכת הצפיות ואדישות.

המקרים יוצאי הדופן שמסמלים רשלנות אלה מקרים של נטילת סיכון בלתי סביר בין אם זה מדעת ובין אם לא. החיתוך אצלם נעשה במקום שיש בחירה, כשאדם בוחר לפגוע בערך החברתי המוגן זו מחשבה פלילית. במקרים שיש סיכון בלתי סביר במצב שקיוו למנוע (גם בקלות דעת) מבחינתם אין בחירה.

במשפט הישראלי ->> הגרמנים שמים את קו הגבול בין קלות דעת לבין אדישות. מי שפועל אצלם בקלות דעת לא יישא באחריות פלילית בדר"כ.

אצלנו הכניסו את האדישות, עד תיקון 39 היינו מבוססים על הגישה הבריטית. הכניסו את התיקון מתוך רצון לייצר הבחנה יותר נאמנה לעקרון האשם. עד התיקון הייתה כוונה או קלות דעת ומעלה, לא הייתה עבירה בחלק הספציפי שדרשה אדישות. הכוונה הייתה שהמחוקק כן ישתמש בהבחנות, ייצר מדרג של עבירות וכך נעשה בעבירות ההמתה.

**27.5.2021**:

**קו הגבול בין הרשלנות לקלות הדעת**: בקלות דעת אדם היה מודע לפגיעה האפשרית אך לא רצה לפגוע בערך המוגן, ברשלנות הוא לא היה מודע לכך שהוא פוגע.

הזכרנו שקו הגבול בין קלות הדעת לרשלנות קריטי, משום שהוא קובע האם הנאשם ייכנס לעולם המחשבה הפלילית או שמא ניתן יהיה להאשימו רק בעבירות שהיסוד הנפשי שלהן צוין במפורש, הוא רשלנות.

**המאמר של קרן שפירא**: המאמר עוסק ביסוד הנפשי ההכרתי (מודעות לטיב ההתנהגות, קיום הנסיבות ואפשרות קרות התוצאה) ולא ביסוד הנפשי החפצי (או, לכל הפחות, הוא פחות עוסק בכך). המאמר מנסה לעשות את הסיווג בין היסודות הנפשיים, ולעמוד על ההבחנה בין קלות הדעת לרשלנות (כפי שאמרנו, קו הגבול בעניין זה במשפט הישראלי הוא החשוב ביותר!).

האם "המהמר המטורף", זה שנוטל סיכון, הוא מי שמאפיין את קלות הדעת? התשובה שלילית! אלו דווקא המקרים החריגים יותר.

**המקרים העיקריים**: מי שאינם פועלים תוך לקיחת סיכון.

אז איך נגדיר את האנשים שנוטלים הימור בכל זאת?

**דרך בחינת המודעות בשני מישורים**:

**רוחב המודעות** - עד כמה האדם היה מודע לאפשרות שהתוצאה תקרה.

**עומק המודעות** - מהי רמת "הריכוז" והמודעות של הנאשם בעת שהוא ביצע את המעשים.

עומק המודעות של המהמר המטורף מושלם: הנאשם בהחלט היה מודע להימור ונטל אותו ביודעין.

**קרן אטינגר** מנסה להראות שמושג המודעות הרבה יותר מורכב ונרחב מזה שניתן לו משקל בחקיקה >> מודעות אינה "הכול או כלום" - אימוץ חשיבה דיכוטומית בנוגע לדרישת המודעות אמנם פשוטה יותר להבנה, אך חוטאת למציאות.

מה במצב בו אנשים מודעים לכל הנסיבות אך לא "מחברים את הקווים" ומרוכזים בכל מעשיהם תוך מחשבה על התוצאה של הצטברות הנסיבות? שפירא אומרת שחשוב להתייחס למודעות בצורה זו.

מאחר והמשפט הפלילי דיכוטומי, במצב של מודעות חלקית בתי המשפט נאלצים להכריע אם יש כאן מצב של הרשעה בקלות דעת או מעבר לרשלנות (שיביא לזיכוי בחלק גדול מהמקרים).

**מה התוצאה**? המשפט הפלילי לא יטיל את ההפללה "הנכונה" על אדם שביצע מעשה.

**מה ההצעה**? נסתכל על מושג המחשבה הפלילית בצורה מורכבת יותר -> יש כאן תופעה שאינה מופיעה כתופעה בינארית של "הכול או כלום" אלא תופעה על רצף של מודעות, כספקטרום.

כדי להתייחס בצורה שכזו נפרק את המודעות לשני צירים (X וY):

**רוחב המודעות** - המודעות להסתברות התרחשות התוצאה (עד כמה האדם מודע להסתברות גרימת התוצאה).

**עומק המודעות** - מידת הריכוז של אדם בעת ביצוע המעשה.

**על ראשית הצירים**: הרשלן (אין מודעות ואין ריכוז).

**כמעט מודעות ומקסימום ריכוז**: המהמר המטורף (הוא היה מרוכז בתוצאה והיה מודע להסתברות ההתרחשות שלה! המודעות שלו תשתנה בין המקרים – למשל: אם הסיכון הוא 10% אז הוא יהיה קרוב יחסית לציר הX, אך מידת הריכוז שלו בעת שנטל את הסיכון מקסימלית).

המהמר המטורף לא יהיה אדם אשר מקיים מודעות מקסימלית וריכוז מקסימלי, משום שאם הוא מוחלט בשני המקרים הדבר הופך לכוונה (כלל הצפיות!), אפילו לא לאדיש! נחשיבו כמי שאינו פועל בקלות דעת, אלא בכוונה.

כל אותם אנשים שהיו מודעים להסתברות במידה מסוימת וגם היו מרוכזים בה במידה מסוימת ימוקמו על הציר.

**מה הבעיה שלנו**? המשפט הישראלי מכיר רק בציר ה X- האם אדם היה מודע להסתברות התרחשות התוצאה או שלא.

**מה ההצעה**? להרחיב את מושג קלות הדעת גם לעומקו. עם זאת, בהתייחס למידת האשם עדיין יש לראות את קל הדעת כמי שצריך להיכנס תחת עולם המחשבה הפלילית (בניגוד למשפט הגרמני, שמוציא אותו מעולם זה).

**אופציה אחרת**: יש להוסיף קטגוריית ביניים בין הרשלנות למחשבה הפלילית - את קלות הדעת יש לחלק לכמה מצבים כשלעצמם.

מה היתרון בהצעתה השנייה של קרן? נוצר מדרג מוסרי שיאפשר לייחס לנאשמים את מידת האשמה במעשיהם בצורה מדויקת יותר לנסיבות העניין ומידת האשם.

**קרן** מציעה להרחיב את יריעת בחינת היסוד הנפשי ההכרתי, למעשה! תהיה אפשרות להתייחס למצבים שהם לא רק מודעות לטיב ההתנהגות וקיום הנסיבות, אלא ליצור מדרג גם לעניינם.

**מסקנה**: יש להבין את מושג קלות הדעת בצורה מורכבת יותר משהיא מובנת כיום.

רציונליים לסייגים לאחריות פלילית:

**הצדק**- המחוקק מכיר בכך שלא רק שהמעשה "לא חוקי", הוא גם מוצדק, **נכון היה להתנהג כך**. הפעולה שבוצעה שומרת על אינטרס חברתי, יש לקדמה.

**פטור**- המעשה, כשלעצמו, **אינו חוקי אך המחוקק מניח שבסיטואציה החריגה שנוצרה לא היה ניתן לצפות שאדם יפעל אחרת**, ולכן יש לפטור אותו מאחריות פלילית במקרה הספציפי.

**מבחינת ניתוח קייס:** נפעל לפי הדין הישראלי. אם יש שאלה ספציפית לגבי **קרן שפירא**, כמובן שנענה עליה.

יסוד נפשי של רשלנות (**ס' 21**).

נבחן את הבעייתיות דרך קו הגבול של הרשלנות ובהסתכלות "למעלה".

הרשלנות נתפשת במשפט הישראלי כיסוד נפשי שמייחס מידת אשמה פחות חמורה, אך מידת אשמה גבוהה מספיק שתצדיק הטלת אחריות פלילית.

ציינו בעבר שהיסוד הנפשי שהוא ברירת המחדל שלנו הוא מחשבה פלילית. כדי לאפשר יסוד נפשי של רשלנות, יש לדרוש שהעבירה תציין זאת במפורש.

למה ההפרדה הזו? קיימת מחלוקת עמוקה בשאלה האם רשלנות מקימה בסיס מספק להפללה. יש שטוענים שיש אנטי-חברתיות בפעולה לפי יסוד נפשי של רשלנות, אך אין זה מספיק כדי להפליל.

למה מחשבה פלילית מתאימה יותר להפללה ורשלנות נראית לאנשים כיסוד נפשי ולא חמורה מספיק?

1. **מידת האשם** - מחשבה פלילית משקפת יסוד של בחירה >> קבלת החלטה. הבחירה נגזרת מתוך עקרון האוטונומיה. הטענה: מי שאינו מודע לכך שמעשיו יגרמו לפגיעה בערך המוגן, קשה להניח שבחר לפגוע בו. אם אין ברשלנות בחירה, אין בסיס לאשם מספק כדי להטיל אחריות פלילית (אחריות אזרחית ופרטית ניתן להטיל - למשל בנזיקין).
2. **חוסר הגינות** - במובן מסוים, כל בני האדם רשלנים ועושים מעשים שאדם מן היישוב יכול היה לצפות שיגרמו לתוצאה! בטבע האדם, כולנו לא זהירים ולא מספיק שמים לב וצופים מעשים שאדם סביר היה צופה. אם זה טבע האדם ואין דרך לחיות את החיים מבלי להיות רשלן, אז יש כאן בעיה להטיל אחריות פלילית (כל הרעיון של המשפט הפלילי הוא להפליל את החריג, מי "שלא בסדר").
3. **הקושי בהרתעת הרשלן** - אם נניח שההצדקה לענישה היא תועלתנות (מה "נרוויח"), אי אפשר להרתיע רשלנים מכיוון שהם לא מודעים לכך שהמעשה שהם עושים אסור. קשה לתמרץ אי-עשייה של מעשה אסור באמצעות ענישה מקום שאדם לא ידע שמעשהו אסור. הכלל לא ירתיע. הדבר מעודד את הפרט לבדוק, להסתכל, לשים לב כל הזמן שהוא לא רשלן - קשה לחיות כך. התשובה לטיעון: כל עוד יוגדרו המעשים האסורים, נוכל לעודד אנשים לשים לב ולבדוק מקרים מסוימים ולהימנע ממעשים אסורים.
4. **הרתעת יתר** - אם אנשים ידעו שהם יופללו גם על מעשים שלא ידעו שלא בסדר, הם יורתעו הרתעת יתר מלפעול, הם יפחדו לחיות את החיים שלהם. הדבר ייצור "אפקט מצנן" לחיים של אדם, שלאורך חייו נוטל סיכונים יום-יום.

תשובות לטענות:

**לטענה השלישית** - אם נגדיר את העבירות, ניצור נורמות של אחריות ודאגה לפרט שימנעו קיום עבירות, יסייעו לשמור על ערכים מוגנים.

**לטענה הראשונה** - גם לעניין הרשלנות יש בחירה >> גם כשאדם לא שם לב למשהו (כאשר אדם סביר יכול היה להיות מודע!) ניתן לטעון שהוא היה מודע > אדם מחליט כיצד לחלק את המשאבים ואת חלוקת הקשב שלו. כאשר הוא פוגע בערך מוגן מבלי להיות מודע, הדבר משקף בחירה -> האדם בחר שלא לשים לב, מעין "מחדל מנטלי", הייתה על אדם חובה לשים לב והוא לא קיים אותה. הוא בחר להתמקד בדברים אחרים, ובכך פגע בערך מוגן ויש בו מידה מסוימת של אשם ובחירה.

יש בחירה= יש אשמה. האשמה נובעת, בין היתר, מהעובדה שאדם סביר בנסיבות העניין היה שם לב ולא היה פוגע בערך המוגן.

**לטענה הרביעית** - הדרך להתמודד עם הרתעת היתר היא צמצום מספר המקרים בהם נטיל אחריות. אין הרבה עבירות במשפט הישראלי בהן נפליל על פעולה ברשלנות. אין כאן הרתעת יתר, היא תופעל רק כאשר הפגיעה היא בערך חברתי חמור ומוגן ביותר (חיים, למשל).

דוגמא: עבירות המתה בתאונות דרכים - מייצגות את קו הגבול בין קלות דעת לרשלנות. איך נקבע מה ייכנס לרשלנות ומה לקלות דעת? בהתאם לדיני הראיות, נסיבות העניין והראיות שהיו באותו המקרה.

**הדין המצוי**: יסודות הרשלנות >>

1. אי מודעות לטיב ההתנהגות, קיום הנסיבות או אפשרות גרימת התוצאה - **מספיק שהנאשם לא היה מודע לאחד מהרכיבים** כדי שניתן יהא להאשימו ברשלנות (גם אם לשארית הרכיבים הוא היה מודע). ייתכן שהאדם לא היה מודע לכל הרכיבים אך עליו לא להיות מודע לפחות לאחד מהם.
2. אדם סביר היה מודע - הדרך לבדוק האם אדם היה צריך לדעת, הוא בדיקה של למה אדם מן היישוב היה מודע. לא תספיק חוסר מודעות סובייקטיבית! בדר"כ, היסוד הנפשי בודק אמת מידה שהיא סובייקטיבית בלבד. האשם שברשלנות "נשאב" מהעובדה שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע בנסיבות העניין. יש להוכיח גם מודעות בכוח (האם אדם סביר היה מודע). הבחינה הופכת להיות סובייקטיבית אך גם אובייקטיבית.

* **פס"ד בש** : מדגים את הדילמה בצורה טובה:

**העובדות**: אדם השאיר מקרר פתוח בחצר, שני ילדים נכנסו אליה מתוך משחק מחבואים ונכנסו למקרר, וסגרו את הדלת. שניהם נחנקים למוות ובש מועמד לדין על גרימת מוות ברשלנות.

הטענה >> לא הייתה צפיות סובייקטיבית שהשארת המקרר פתוח תגרום למותם של הילדים, אך גם לא הייתה מודעות אובייקטיבית (מובאים עדים שהם שכנים וחברים, שהעידו שגם הם לא היו מודעים, יש ניסיון להציגם כאנשים סבירים). בש מנסה להוכיח אמפירית שאנשים לא היו מודעים. הוא מתייחס לאדם סביר כהסתברות.

**בית המשפט**: מרשיע את בש - מה מידת הזהירות שראוי שאנשים יפעילו? דרך דוקטרינת הרשלנות אפשר "להזריק" ערכים שיחייבו זהירות מוגברת כדי לשמור על ערך החיים. **מבחן האדם הסביר הוא מבחן נורמטיבי-אובייקטיבי**, שיסייע להגביר את סטנדרט הזהירות ובכך לשמור על הערך המוגן. שאלת האדם הסביר לא נמדדה בפסק דין זה בצורה אמפירית, אם כי נורמטיבית. בית המשפט בודק מה ראוי שאנשים יחשבו, מה נכון שהם יחשבו, איך ראוי שהם ייזהרו.

**ההלכה**: אבן הבוחן עוברת מאדם ממוצע לאדם נורמטיבי, האדם הרצוי.

**המשמעות**: דוקטרינת הרשלנות הופכת למקום בו אפשר לייצר סטנדרט התנהגות ראוי, להכתיב שיקולי מדיניות שיסייעו לשמור על ערכים מוגנים.

**תיקון 39**:

לאחר **הלכת בש** הייתה ביקורת כבדה על בית המשפט >> נאמר שהוא קבע סטנדרט שבו על אדם להיות "מלאך", מושלם, לפעול בצורה שקשה לצפות שאנשים יפעלו בה.

מה נעשה בעקבות הביקורת? "האדם הסביר" הופך ל"אדם מן היישוב" - מטרת השינוי הייתה להבהיר שהכוונה אינה ליצור אדם רצוי, אלא לבחון איך אדם היה פועל ביחס לאנשים מן היישוב, אנשים סבירים. רצו להפוך את המבחן חזרה למבחן אובייקטיבי אך לא נורמטיבי.

האם הניסוח אכן שינה והפך את הלכת בש?

כשסוקרים את הפסיקה לאחר תיקון 39, רואים שאין באמת שינוי מגמה דרמטי - בתי המשפט ניסו להמשיך להשתמש במדיניות האדם הסביר כדי להזריק תכנים נורמטיביים-ראויים לשיטת המשפט.

בנושא הרשלנות יש תת-וויכוח קטן: איך נעצב את מודל הרשלנות?

**מודל אובייקטיבי** - נבחן את התנהגות האדם לפי הסט הנורמטיבי אליו אנחנו רוצים לשאוף. הסטנדרט חיצוני לנאשם.

**מודל סובייקטיבי** - נבחן את התנהגות האדם לפי התכונות האישיות שלו עצמו. יש לנו מודל שקרוב יותר לעקרון האשמה: בחינה של האדם ביחס לעצמו, בחינה סובייקטיבית שמסתכלת על "הגרסא הטובה ביותר" של הנאשם עצמו.

שיטת המשפט הגרמנית בחרה במודל הסובייקטיבי - בחינה של שאלת הרשלנות בצורה ספציפית לכל אדם. בכך, מצטמצם הפער בשאלת האשמה בבחינה הסובייקטיבית, כאשר אנו משווים אדם לעצמו, אנחנו מייצרים מודל שמייצג טוב יותר את עקרון האשמה = התאמה ספציפית של אדם לעצמו תשקף טוב יותר את הדרך להקל על הכוונת התנהגות.

**פסקי דין שניתנו לאחר התיקון**:

* **פס"ד יעקובוב**:

**עובדות**: האישה שקפצה מהחלון לאחר שבעלה התעלל בה.

**בית המשפט**: קובע שלא זאת שהנאשם היה צריך לדעת, אדם סביר בעל ערכים רצויים היה יודע שהתוצאה יכולה הייתה לקרות. כלומר, בית המשפט לא מקבל את המהלך שהמחוקק ניסה לעשות.

הרשלנות הישראלית חורגת מהקונספט של יסוד נפשי: היא בוחנת אמת מידה חיצונית-אובייקטיבית-נורמטיבית, ביחס ליסוד הנפשי של המחשבה הפלילית, שבוחן רק את היסוד הנפשי של הסובייקט-נאשם.

**עד כמה בבחינה של רשלנות צריך לקחת מאפיינים אישיים של הנאשם או להשוות אותם לאדם ממוצע שיש לו את מאפייני הנאשם הקונקרטי?**

2 מודלים:

1. **רשלנות אובייקטיבית** – משווים את הנאשם לאדם מהיישוב שלא בהכרח יש לו את תכונות הנאשם. אנשים שונים בגילם, אייקיו, ניסיון הושוו לאותו סטנדרט, אותו אדם סביר שבית המשפט הסתכל עליו. הרציונל >> רוצים לייצר הגנה על הערך המוגן שתהיה שווה לכולם. הגישה לא לוקחת בחשבון גם תכונות אישיות ובכך מקשה עם נאשמים שמתחת לממוצע ומקלה עם נאשמים שמעל הממוצע. למשל: עבירת גרימת מוות ברשלנות לאדם שביצע טיפול רפואי כשלא צפה מקום שרופא מהיישוב יכול להיות מודע. לאיזה רופא אשווה אותו? אם המתמחה שלי שנה א אשווה לממוצע וממול גם את הרופא עם 30 שנות ניסיון?
2. **רשלנות סובייקטיבית** - משווים את הנאשם לאדם מהיישוב שיש לו את אותן תכונות ומאפיינים כמו שיש לנאשם. יש סיכון בתיוג של קבוצת אוכלוסייה. למשל: אדם ממוצא אתיופי שכיבה בפו את הגז. אם אשווה אותו לאדם מהעדה שלו זה יצור בעיה, הכללה לא לגיטימית.

הפסיקה בישראל הולכת בעיקר אחר הרשלנות האובייקטיבית. אך זה אדם מהיישוב בנסיבות העניין. **קרמינצר** הציע לפרש את נסיבות העניין כנסיבות חיצוניות + נסיבות אינדיווידואליות של כישורי הנאשם.

מערכת המשפט הגרמנית בודקת באמצעות הסובייקטיבית אבל לא משווה לאדם כמוהו אלא לעצמו ממש.

החריג של רשלנות > אלא אם רשלנות היא היסוד הנפשי שנקבע בהגדרה העבירה. מה קורה בעבירות לפני 39?

לפני שנכתב שצריך להיות רשום שזו עבירת רשלנות? שלא השתמשו במילה ברשלנות ושינו?

**ס' 90א** כותב התרשלות = רשלנות.

גם מונחי סבירות.

למשל: **ס' 340** > סכנה לילדים. 'ויש יסוד סביר'.

**90א(4)** מושג אחר שאסור לבלבל אותו עם יסוד סביר! "יש לו יסוד להניח" זה עצימת עיניים כבר, מחשבה פלילית.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי**רפורמה בעבירות המתה**:

המדרג ברפורמה:

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיתמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

פתח המילוט (עבירת רצח בסיסית):

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

תמונה שמכילה טקסט, עיתון, מסמך

התיאור נוצר באופן אוטומטי

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיתמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**לילך וגנר - משרד המשפטים** : "העמדה הממשלתית היא שההצעות הנוכחיות שעלו, לקבוע נסיבה מחמירה לעבירת הרצח הזאת, לא מקדמות את המאבק הזה ולא ימנעו או יצמצמו אלימות נגד נשים. וכפי שאני אנסה להסביר, הן לא עולות בקנה אחד עם העקרונות של הרפורמה (...) לא בכדי עלו מספר הצעות לנסיבה מחמירות, ואכן יש קונצנזוס בדבר הצורך לשנות, אבל אין הסכמה איזו נסיבה מחמירה בעצם עומדת פה על הפרק. עלו פה מספר הצעות, ואני אפרט אותן. עלתה הצעה של חברי הכנסת שולי מועלם ומיקי רוזנטל של רצח בן זוג בלי לציין את המגדר של הבן זוג. עלתה הצעה של חברת הכנסת עאידה תומא סלימאן וחברת הכנסת מיכל רוזין לרצח על רקע מגדרי. עלתה הצעה של חברת הכנסת פנינה תמנו-שטה לרצח בתוך המשפחה, חוץ מהרצח המגדרי. ועלתה הצעה של רויטל סויד של רצח נשים (...) אני חושבת שמאוד חשוב לחדד את הערך המוגן הנוסף שאנחנו מדברים עליו בהקשר הזה. זה באמת נורא שנרצחים אנשים, זה נורא שנרצחות נשים, זה נורא שנרצחו שתי ילדות במסגרת הרציחות האלה. אנחנו לא מדברים פה על מקרים שהם לא מקרים מזעזעים וחמורים, אנחנו מדברים פה על עבירות רצח (...) הבסיס לרפורמה ולמדרג שנקבע בה לא היה הרתעה, אלא הלימה עם עקר.

**רצח- ס'300+301 לחוק העונשין**

עבירת הרצח הייתה עבירה עם עונש חובה. בצידה הייתה עבירת הריגה שכללה כל גרימת מוות מודעת אחרת, והעונש המירבי לה היה 20 שנות מאסר, ועבירת גרימת המוות ברשלנות.

הבעיה עם הדין הישן- לא השתקף המנעד הרחב במיוחד של עבירת ההריגה שכולל מצבים שונים שיכולים להיות על גבול הרשלנות, קנטור או קנטור סובייקטיבי וכו'. לעומת זאת, עבירת הרצח החמירה ביותר לא הבחינה בין כוונה מראש או כוונה ספונטנית, והשופט היה מחויב לפסוק מאסר עולם, ללא שיקול דעת, אם אדם הורשע. גם לאחר שהמרוכך ריכך את הדרישה ואפשר להקל בעונש בנסיבות מסוימות, עבירת הרצח הייתה בעייתית ביותר.

אז מה עושים במצב כזה? מוצאים "פתרונות יצירתיים" - למשל, להגיש כתב אישום על הריגה כדי שהענישה תהיה מופחתת. הקושי- העבירה לא תמיד תואמת את יסודות עבירת ההריגה.

**המדרג ברפורמה החדשה – סיכום של איתי פלור:**

התאמה של העבירה למידת האשמה!

+ רצח בנסיבות מחמירות - מאסר עולם חובה + פתח מילוט - אם יש תחושה שרצח בנסיבות מחמירות חמור מדי, אפשר להשתמש ב"פתח מילוט" ולהאשים ברצח בסיסי.

+ רצח (העבירה הבסיסית) - יסוד נפשי של כוונה ואדישות, מאסר עולם כעונש מרבי: חידוש גדול כי הוא מפצל את האדישות וקלות הדעת. השופט יכול להטיל עד 30 שנות מאסר אך לא חייב להטיל 30!

+ המתה בנסיבות של אחריות מופחתת - מאסר עשרים שנה/חמש עשרה שנה.

+ המתה בקלות דעת - מאסר שתיים עשרה שנים.

+ גרימת מוות ברשלנות - מאסר שלוש שנים.

**עבירת הרצח הבסיסית:**

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

**סעיף 20** לחוק העונשין: מחשבה פלילית- מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה ולעניין התוצאות גם אחת מאלה:

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

משמעות מאסר עולם - סעיף 311א - "מאסר עולם בלתי קצוב או מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושים שנה".

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

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

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

דוגמאות - סכינאות בזמן קטטות במסיבות וכו' - לרוב, האשימו בהריגה והייתה תחושה שעבור מקרה כל כך חמור הרשעה בהריגה אינה הולמת את חומרת המעשה. כאשר אדם דוקר אדם אחר בפלג גופו העליון, נראה אותו כאדיש ובמצב כזה, לפי הרפורמה הישנה, אי אפשר להרשיע ברצח גם אם המעשה היה חמור ביותר! ברפורמה החדשה טופלה הבעיה בכך שנטבעה עבירת הרצח הבסיסית, שמאפשרת הרשעה גם באדישות.

**ענישה בעבירת הרצח הבסיסית:**

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

**פס"ד קפוסטין** (אדישות) - 18 שנים, הוגש ערעור - בעל היכה את אמא שלו מכות נמרצות עד שמתה. הפרקליטות סברה שיש כאן נסיבה מחמירה של אכזריות, המחוזי לא קיבל ולכן הרשיע בעבירת הרצח הבסיסית וגזר עונש קל מאוד באופן יחסי.

**סילברה** (אדישות) - 27 שנים, הוגש ערעור.

**עאמר** (כוונה) - 20 שנים, הוגש ערעור.

**מסרשה** (כוונה) - 29 שנים, הוגש ערעור.

**אכרם בולבול** (כוונה) - 24 שנים, הוגש ערעור.

***עאמש*** (כוונה) - 25 שנים, הוגש ערעור.

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

1. המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית.

לעומת כוונה תחילה- הפסיקה הרחיבה את יסודות הכוונה תחילה: הכנה, החלטה להמית והיעדר קנטור.

"יודגש, כי לא מדובר אך במקרים של התנקשות מתוכננת זמן - מה מראש, אלא במקרים בהם הממית גיבש החלטה שקולה לקטול את קורבנו, להבדיל ממקרים בהם הרצון להמית נוצר בצורה ספונטנית ובלהט הרגע" (מתוך דוח צוות קרמיניצר).

**ע"פ 7722/19 היילמיקל טספאי זרנסאי** (עליון) - סכסוך במועדון בין הנאשם למנוח, הנאשם הלך לביתו מרחק 10 דקות הליכה מהמועדון, הצטייד בסכין, חזר, נכנס למועדון והמשיך להתווכח עם המנוח, בעל המועדון הוציאם החוצה ומחוץ למועדון דקר את המנוח שמונה דקירות עמוקות, 6 מהן בפלג גופו בעליון. המנוח נמלט לגרם מדרגות סמוך והתמוטט.

הנאשם, שנאשם **לפני** כניסת הרפורמה לתוקף, קיבל מאסר עולם וערער. ערעורו נדון בעליון **לאחר** קבלת הרפורמה ונטען שיש נסיבה מחמירה של תכנון ושקילה שקדמה לביצוע המעשה.

**פתח המילוט (עבירת הבסיס):**

קיימים מצבים בהם בשל קיום נסיבות מסוימות הפרקליט/פרקליטה לא חש נוחות עם הטלת עונש של מאסר עולם ואחריות פלילית חמורה במיוחד. העיקר הוא התיוג השגוי והחמור מדי!

המתת חסד, למשל, תיכנס תמיד לנסיבות המחמירות (מדובר בחסר ישע, יש כאן תכנון והכנה) אך היא לא מבטאת אשמה נכונה ומתייגת תיוג שגוי. לכן, נדרש פתרון מסוים (ואפילו אם המתת החסד לא הייתה ממניעים טהורים כי אם ממניעים אחרים ולא ממש טהורים - למשל, להקל על המטפלים בחסר הישע) - הפתרון שלנו הוא "פתח המילוט" > עבירת הרצח הבסיסית.

ס'301 (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), התקיימה נסיבה מחמירה כאמור באותו סעיף קטן, אך מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן **המעשה** אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, רשאי הוא להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 300.

הפסיקה מתייחסת לאשמה תלוית מעשה ולא אשמה תלוית נסיבות! עם זאת, לילך סבורה שכשיהיה מדובר בילדים (אשר מצבם הנפשי והתפתחותם מהווה נסיבה ולא מעשה) יהיה קשה מאוד שלא לשנות את זווית הראייה.

מאזן ההסתברויות.

הלכת הצפיות - הוצע מדרג גם לעניין הלכת הצפיות: אם אדם צפה בהסתברות גבוהה אבל לא בקרבה לוודאות אפשר לראות אותו כאדיש, וכך נחיל את הלכת הצפיות גם בנוגע לאדישות.

**המתה בנסיבות של אחריות מופחתת:**

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

מדוע מדובר במעשה באחריות מופחתת ולא בענישה מופחתת? אם אדם זכאי להקלה במידת העונש מכיוון שמעשהו משקף אשמה נמוכה יותר, לא די בכך שתהיה ענישה מופחתת אלא גם תיוג פלילי חלש יותר - לכן, יש לעבור לאחריות מופחתת!

מצוקה נפשית קשה

כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו.

* אין שינוי נוסח (אם כי יש שינוי במידת העונש ובתיוג) למרות הצעות שעלו להרחבתו.
* שינוי הענישה בעקבות הדיונים בכנסת לחמש עשרה שנות מאסר.
* הגנה עצמית מורחבת - עדיין לא אומצה.

**קינטור בדין הישן:**

יסוד שלילי - נטל על התביעה.

הנאשם פעל "מבלי שקדמת התגרות בתכוף למעשה בנסיבות שהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו".

הצדקות: התחשבות בחולשת הטבע האנושי.

אדם אשר מגיב באפן ספונטני, במצב של זעם עז הנובע מהתגרות, עלול להתקשות מאוד לשקול את התוצאה המוסרית של מעשיו.

* המבחן הנורמטיבי (**מפסק דין סגל ועד דנ"פ**)
* מימד נורמטיבי גם "בהתגרות" (**פלר**).

ביקורת קשה - הוחל *מבחן אובייקטיבי*, שאין לו רמז בחקיקה עצמה. האם במובן המוסרי אנחנו מוכנים לקבל מצב בו בנסיבות העניין נגיד שאדם איבד את שיקול הדעת ולכן רצח? ייתכן שכן, אבל ממש לא באופן אוטומטי!

**הנוסח החדש לקנטור:**

ההמתה בוצעה בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, והתקיימו שניים מאלה:

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

עוד לא היו מקרים בהם התגרות מילולית נתקבלה כקנטור.

עם זאת, התגרות פיזית שלא עולה כדי תקיפה התקבלה בעבר כקנטור.

* זניחת מבחן האדם הסביר - **בדנ"פ ביטון** נזנח מבחן זה.
* הותרת מבחן נורמטיבי מסוים, שאינו מבחן האדם הסביר.
* נטל ההוכחה - בעבר, מאזן הסתברויות שצריך ליטות לכיוון הטוען. כיום, ספק סביר!
* **פס"ד היילו** (אדם שהרג את האנס שלו) - קנטור מצטבר שכיום לא היה מתקבל. אם היה קנטור, הוא נכנס לקטגוריה והענישה תהא 20 שנים.

**המתה בקלות דעת**

הגורם למותו של אדם בקלות דעת, דינו מאסר 12 שנים.

דוגמאות:

נהיגה מסוכנת (תחרויות נהיגה, עקיפה בלי שדה ראייה, וכו'). האם מצבים כאלה הם קלות דעת? קשה מאוד להכיל מקרים כאלה ולטעון שהם קלות דעת. לעיתים מקרים קשים ייחשבו קלות דעת ולעיתים אפשר גם להחיל עבירה חמורה יותר. למה ברירת המחדל היא קלות דעת? מפני שאדם מסכן את עצמו וחבריו, ופחות אנשים עלומים שהיו על הכביש. מבחינת תפישת האדם כרציונלי, קשה לטעון שהוא אדיש לחיים של עצמו או הקרובים לו. לכן, קשה מאוד להוכיח שהוא פעל מתוך אדישות. עם זאת, יכולים להיות מצבים בהם התביעה תהפוך את חזקת קלות הדעת במקרים דומים ותוכיח שאדם פעל מכוח אדישות.

משחק בנשק - תיק מח"ש

קריסות מבנים

מסיעי מחבלים

אסון צפית

**3.6.2021**:

**דוקטרינת טעות במצב משפטי** -> ס' 34יט >> מצבים בהם אדם לא מודע לזה שהמעשה שלו בלתי חוקי. מודע לעובדות שמקימות את המעשה שלו אבל חושב שמה שהוא עושה מותר בדין. החוק אומר שהמקרים כאלה האדם יישא באחריות פלילית. מודע או לא לפליליות לא מעלה או מוריד לעניין האחריות שלך. יש הנחה עמוקה שהיא גם בעייתית = חזקת ידיעת החוק. כי כל חוק מתפרסם, מסודר, נגיש. למדינות מודרניות אין ברירה, אם נתנה את האחריות הפלילית באם אדם מודע, כולם יגיעו ויגידו: "לא ידענו".

זה תמריץ שלילי לגרום לאנשים להבין מה מותר ואסור.

שימו לב לסיפא > זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. יש דרך לצאת, פתח. לכן הס' ממוקדם בפרק של סייגים.

איזה סוג של נסיבות יכולות להקם את הסיפא הזו?

בספרות נותנים דוגמות של אדם שוכר למשל, שיוצא להפלגה ונמצא בים ומנותק מכלי תקשורת, משתנה משהו בחוק במכס כשהוא היה בים, לא יכול היה לדעת באורח סביר. ברור שהנטייה של הספרות והמחוקק היא פרשנות מצמצת לסעיף, אנשים לא יוכלו להנות מפטור כי לא ידעו את המצב המשפטי.

אם אדם לא ידע שהמעשה אסור => לא ידע שהוא פוגע בערך חברתי מוגן, לכן מבחינת **עקרון האשם** אנחנו בעיקרון צריכים לפטור אותו. אבל בסוף הבינו שזה לא ריאלי לתת פטור, לא יהיה משפט פלילי.

איפה הייתה הטעות? בכך שלא הבין שזו עבירה פלילית או שאדם יודע שיש עבירה אבל חושב שהנסיבות לא מקיימות את זה.

**צורות נגזרות של אחריות פלילית**:

צורות נגזרות של אחריות מהן? עד עכשיו דיברנו שמטילים אחריות כשמתקיימים כל פרטי היסוד העובדי והנפשי. עכשיו נעבור לצורות שזה לא בדיוק. אותם מקרים שבהם אנחנו חורגים מהתחום הפלילי הגרעיני של ביצוע עבירה מושלמת (שלמה, הושלמה). מרחיבים למצבים שבהם לא התקיימו כל פרטי היסוד העובדתי. המקרים האלה נקראים צורות נגזרות > גוזרים את האחריות של הנאשם מתוך עבירה מושלמת שלא התקיימה ומייחסים לו אחריות מסוימת בניגוד, למרות שהוא לא מקיים את התנאים הגרעיניים שדיברנו עליו עד עכשיו. הצורות האלה מתאפיינות באי קיום עצמאי, אלא הוא נגזר מעבירה מושלמת עצמאית/ניסיון ומכיל שני תתי פרקים:

1) **ניסיון** = קובע באילו תנאים נטיל על אדם אחריות פלילית בגין ניסיון לבצע עבירה X.

2) **צדדים לעבירה** = מסדיר את האחריות של צדדים שונים לעבירה שהם לא בהכרח המבצע הישיר של העבירה. כשכמה אנשים חוברים ביחד לבצע את העבירה. יש את המשדל שנוטע את הרעיון העברייני במוחו של המבצע (שידול ל..גניבה, שוד וכו' וכו', זו לא עבירה נפרדת, כנ"ל לגבי מסייע), המבצע, מסייע.

1. **הניסיון הפלילי**:

האדם לא משלים את כל פרטי היסוד העובדתי של העבירה. דוגמות: מישהו יורה ומחטיא/פלוני בא לתת אגרוף וחברו מוריד את הראש ולא פגע בו.

מה ראוי להיות דינו של אדם כזה? באופן מעשי לא קרה פה כלום. איך מבחינת השיפוט המוסרי מסתכלים על מקרים כאלה. מה ההבדל בין המקרים שבהם אדם פוגע בקורבן לבין מקרים בהם כמעט פוגע ובשני המקרים הוא רוצה, היסוד הנפשי קיים וזהה. ההבדל = נגרמה התוצאה ולא נגרמה.

בעבר הייתה התלבטות, אחת הטענות היא שההבדל המרכזי בין להחטיא או לפגוע זה מזל, יכולות, אקראי. מזל מוסרי => איזה משקל אנחנו נותנים למזל מבחינה מוסרית. נסתכל על מה קרה או על הפוטנציאל.

העושה השלים כל מה שהיה תלוי בו – התארגן ,הגיע, כיוון, סחט אבל -> החטיא. מבחינת מה שתלוי בו עשה הכל והתכוון לגרום למוות, לפגוע. למרות שאין פה נזק לאובייקט קונקרטי (הקורבן) יש פה נזק לערך המוגן האבסרקטי, במקרה זה > חיי אדם.

דוגמה 2: שנייה לפני שהוא יורה, מתקשרים אליו והוא נאלץ ללכת. מה קורה אז? נראה את זה אחרת? גורם חיצוני מנע ממנו להשלים את המעשה (שוטר, הבן שלו מתקשר וכו'). מה ההבדל? פה הוא לא ירה, לא עשה את כל מה שתלוי בו להשלמת העבירה, התקרב מאוד. ניתן לטעון שאולי הוא היה עוד מתחרט, אולי ככה -> יש מרחק גדול מהתוצאה, מהסוף הטרגי.

דוגמה 3: קונה אקדח, מתארגן ולפני שיצא לארוב לקורבן, מתקשרים אליו. גורם חיצוני מונע ממנו אפילו להגיע לזירת העבירה. כמה נלך אחורה עד המקום שנגיד שזה נראה מספיק רחוק? מתרחקים מבחינת זמן ומקום, שיבושים יכולים לקרות, חרטה יכולה להתעורר. באיזה מקום נגיד שאנחנו מספיק קרובים לביצוע העבירה כדי שבמקום זה נרגיש נכון לייחס אחריות לניסיון.

דוגמה 4: האדם אורב, מנסה לירות אבל אין כדורים או האקדח לא תקין, תקול.

הצדקות להפללת הניסיון:

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

**שיקולים המצדיקים את הענשת המנסה**:

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

**דאף** מסביר: למשל: פיגוע. אדם מבצע פיגוע או מנס לא נאמר שהפיגוע התקיים רק אם היו נפגעים, נאמר גם אם לא היו שהיה. כשפלוני מנסה אך לא מצליח להגיע לעבירה הוא כבר פתח באיום לערך המוגן גם אם בסוף לא פגע.

אבל בכל מקרה יש הבדל עצום בין ניסיון לעבירה שהושלמה: איך נעניש אותו? עונש מלא? חצי? רבע? נוסחה אחרת?

תיקון 39 עשה הבדל גדול בדין הישראלי. התפיסה הישנה מהמשפט האנגלו-אמריקני אמר -> לא הגיוני להעניש באותה צורה. עם הזמן תפיסות מוסריות התפתחו ותיקון 39 השווה את העונש החל על ניסיון לעונש בגין העבירה המושלמת, הדגיש את הבסיס הסובייקטיבי לאשם הפלילי. לפני התיקון העונש של מנסה היה חצי מהעונש לעבירה המושלמת. מבחינת הרציונל כוונות זה דבר חשוב אבל תוצאות הן גם, יש לבטא את ההבדל. עוד שיקול > תמריץ. אם ניתן עונש מלא גם בניסיון ניצור תמריץ שלילי לנאשם לחזור בהם מביצוע העבירה. אם ניתן חצי זה יהיה תמריץ כן לרדת מזה.

מי קובע את רף הכניסה לדין הפלילי? דוקטרינת הניסיון, זה רף הכניסה הנמוך ביותר לדין הפלילי.

**יורם שחר** – עוסק בשאלה איך התפיסות המוסריות של אנשים מבחינות בין המוסרי הילדי לבוגר. ילד מעניין אותו מה קרה. בוגרים מבינים שהכוונה היא חשובה. התפיסה בתיקון 39 יותר מורכבת, בוגרת, מחמירה. משקל לכוונה ולא רק לביטוי החיצוני שלה.

**ס' 34ד** > הסעיף האחרון בפרק של העבירות הנגזרות.

עונשים באמת ניתנים אותו הדבר? לא בדיוק, לא תמיד, יש הבדלים בפסיקה.

**ס' 34ג** > בעבירות שהן מאוד קלות = חטא – עד 3 חודשים, אין ניסיון לעבירה. לא מוצדק למתוח את האחריות יותר מידי.

**היסוד העובדתי של הניסיון**: מתי אדם מבצע כל מיני מעשים מוקדמים לקראת העבירה והוא מספיק רחוק מהפללה ומתי הוא קרוב עד שאנו חושבים שצריך להתערב ולהפליל אותו על ניסיון למרות שהעבירה לא הושלמה.

* ההבחנה העונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון: ס' 25 לחוק העונשין מבחין בין מעשים המהווים הכנה, ניסיון ועבירה מושלמת. החוק אימץ הגדרה שלילית > מעשה ייחשב לניסיון כאשר מצד אחד, יצא מגדר התנהגות מכינה בלבד; מצד שני היסוד העובדתי לא הושלם.
* הציר העברייני: שלב ההכנה > **מתחם הניסיון** > השלמת העבירה. החוק מגדיר את זה על דרך השלילה.

הניסיון משתרע על פני מתחם ולא נקודה אחת בזמן.

* כל הדוגמות שנתנו לעיל נמצאות בנקודות שונות במתחם הניסיון ואפילו בסוף של ההכנה.
* בגדול מעשי ההכנה הם לא ענישים, אלא סידורים מוקדים לביצוע שלא נפליל בגינן (מידע, תצפיות, הצטיידות ,שיגרת הקורבן וכו').

במאמר של **גור אריה**:

**מדוע מעשי הכנה אינם ענישים**?

* ההנחה היא שמעשים מוקדמים כאלה עדיין אינם מסוכנים כשלעצמם. כיוון שנפרדים מעצם ביצוע העבירה, הם לא יוצרים איום ממשי על הערך המוגן.
* חציית הפער שבין מעשי הכנה לבין הביצוע מהווה בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר. החלטה כזו הופכת את ההתנהגות של מי שניגש לבצע עבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי-חברתית שמצדיק תגובה עונשית.

יש חריגים לעבירות הכנה:

למשל: ס' 497 - הכנת עבירה בחומרים מסוכנים. זו עבירה עצמאית שבמהות שלה היא עבירת הכנה. למרות שה סידור מוקדם מייצרת סיכון במקרים מסוימים.

עבירת הקשר: ס' 499 – קשר לפשע או לעוון. בעבירת הקשר לא מפלילים על מחשבות אלא תרגום מילולי של המחשבה של מילים. הדיבור הוא צעד אחרי מחשבה, כשאתה פונה לאחר אתה כביכול מאבד את השליטה על עצמך, שותפות שיכולה לתמרץ לעשות. הקבוצתיות יוצרת תמריץ, גורמת לאיבוד השליטה, לחץ. מעמידים לא מעט על העבירה הזו, לרוב כשזה כבר הוגשם כדי שתהיה לך עוד עבירה (אם מבחינה ראייתית העבירה המרכזית לא הוכחה למשל).

**8.6.2021**:

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

* ההבחנה בין שלב הניסיון לשלב השלמת העבירה:

קו הגבול חד וברור: ברגע שמתמלאים כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה = מדובר בעבירה מושלמת, רק כשאחד מפרטי היסוד העובדתי של העבירה (או יותר) לא התקיימו – מדובר בניסיון.

* ההבחנה בין שלב הניסיון לשלב ההכנה:
* שאלת תחום קו הגבול בין הכנה לניסיון מחייבת להבחין בין שני סוגי ניסיון:
* **ניסיון מושלם/מוגמר** – העושה ביצע את כל הפעולות התלויות בו ושנדרשות להשלמת העבירה אך העבירה לא הושלמה מסיבה שאינה תלויה בו.
* **ניסיון בלתי מושלם/בלתי מוגמר** – העושה לא סיים לבצע את הפעולות הנדרשות להשלמת העבירה, מרצון או עקב נסיבות שאינן תלויות בו.

שאלת תחום קו הגבול בין מעשה הכנה לניסיון מתעוררת רק כשמדובר בניסיון בלתי מושלם >> קו הגבול עמום ומטושטש. העבירה לא הושלמה מסיבות שלא תלויות בו, הרכיב ההתנהגותי בוצע (הרכיב שיש עליו שליטה) והעבירה לא הושלמה כי נסיבה לא התקיימה, התוצאה לא קרתה. במקרים של המושלם אין שאלה אם זה הכנה או ניסיון אלא זה ברור שזה ניסיון.

אם בבחינה זה ברור לנו שזו עבירה מוגמרת (ביצע את כל רכיב ההתנהגות) *אין צורך לדון בגבול שבין הכנה לניסיון*. זה רלוונטי כשהעושה לא מיצה את הרכיב ההתנהגותי, קו הגבול מטושטש.

אירועון לדוגמה:

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

מאיזה שלב תחשב ההתנהגות כניסיון לשוד? אם כל השלבים יתקיימו ברור שזה כבר עבירת השוד.

א - ב שלבי ההכנה המוקדמים לקראת ביצוע.

לפני התיקון החוק דרש מעין מבחן של חד משמעות >> התיקון ביטל את ההגדרה הקודמת ובחר את דרך השלילה. שיטות משפט שותפות למסקנה שלא ניתן להגדיר מראש את נק' הגבול הזו אך יש מבחני עזר שפותחו שיכולים לעזור להכרעה. ראינו **בברואייר וסריס**.

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

* מבחן המעשה האחרון: פעולה שביצע אדם נכנסת לגדר ניסיון רק *כאשר עשה את המעשה האחרון הנדרש מצידו לפני ביצוע העבירה המושלמת*. משמעות המבחן: הארכת שלב ההכנה וצמצום מתחם הניסיון, כך שייכלל בו רק ניסיון מושלם. מבחן זה לא אומץ בארץ וגם במשפט המקובל ננטש, הוא לא מספיק רגיש מבחינת יעילות מדיניות משפטית.
* מבחן הקרבה להשלמה: דורש כי *תהליך ביצוע העבירה התקרב קרבה מספקת ומוחשית להשלמת העבירה*. נקודת המוצא היא העבירה המושלמת וממנה בודקים אחורנית את כמות ואיכות הפעולות שנותרו לשם השלמתה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקה הישראלית.

**מירי גור אריה** מציעה להיעזר במדדי מקום וזמן – כמה חדר לאזור הקורבן, כמה יש סמיכות בין הפעולה ליסוד העובדתי. אינדיקטור לכך שהמעשים קרובים מספיק לעבירה המוגמרת. אך לא נסתמך רק על זה.

במשפט הגרמני יש מבחן קרבה גרמני > בודקים עד כמה התנהגות הנאשם הייתה קרובה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה. למשל: באינוס, לא יבדקו את הקרבה לבעילה אלא נבדוק כמה היה קרוב להתנהגות של תקיפה שהיא אופיינית לעבירה. לעומת קרבה לבעילה.

* למשל: **פסק דין סריס** > לפי מבחן הקרבה להשלמה האנגלי הנאשם לא עשה מספיק. אצל הגרמנים אולי אפילו הקרבה אליה זה שלב שהוא מתקרב להתנהגות האופיינית לעבירה.

דוקטרינת הניסיון היא פתוחה כי נסיבות בחיים מורכבות ולכן צריך לתת כיוון.

חזרה לדוגמה של השוד: מהו הניסיון?

מבחן הקרבה האנגלי > כנראה שזו קרבה גדולה להשלמת העבירה.

לפי המשפט הגרמני > כנראה שהוא עדיין הכנה אבל קרוב.

אין תשובה חד משמעית אבל לשים לב שהגרמני יקדים את האנגלי.

* מבחן החד משמעות (הסרט האילם) – לרכיב ההתנהגותי: התנהגות נכללת בגדר *ניסיון מקום בו החל המבצע בביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונותיו*. ניסיון עשוי להיות גם הפעולה הראשונה, בתנאי שמדובר במעשה גלוי שמלמד על כוונת העושה לבצע את העבירה. מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בישראל.

**פלר** מדמה את המבחן לסרט אילם > הניסיון יתחיל בשלב בו יהיה ברור לצופה, חד משמעית כי העושה בסרט מתכוון לבצע עבירה. הפעולות יתחילו בשלב א ואני אעצור לך בשלב מסוים, איזה שלב המעשים יגלו לי את הכוונה? כולל השלבים שכבר ראיתי, ממש כמו בסרט.

**חיסרון מרכזי לפי גור אריה** > המשפט הפלילי לא רוצה להפליל כוונה אלא מעשים, ייתכן שנרצה להפליל כוונה בכלל. עלינו להרשיע על בסיס מהות ולא על בסיס חזות, מה שנראה לנו. לדוגמה: אדם שעומד באסם ומדליק סיגריה. אם רק נסתכל עליו לא נעריך שההצתה היא פסולה אלא אם נשמע גם את היסוד הנפשי למשל. יכול להיות שהוא תמים ויכול להיות שהוא רוצה להצית הכל והסיגריה רק קאבר לכוונותיו. דגש על חזות יכול לדרבן את הפושעים המתוחכמים לעשות דברים שיראו כתמימים.

לפי הדוגמה > ניסיון לפי מבחן זה – ד, כבר הולך לסניף. זה לא דבר פשוט, המסקנות יכולות להיות שונות.

* מבחן תחילת הביצוע (מבחן הצעד האפקטיבי): על מנת שמעשה יחסה תחת "מתחם הניסיון" וישתייך לשלב "ביצוע העבירה", עליו להוות חוליה בשרשרת שמובילה באופן טבעי למימוש היסוד העובדי (גם אם חוליה בתחילתה של שרשרת). השימוש בו מיושם הרבה אחרי תיקון 39. מעשה שנקשר אותו באופן טבעי למימוש היסוד העובדתי.
* ברור שגם המבחנים עצמם מעורפלים ולא מכריעים. ניסיון משתייך לשלב הביצוע אם הוא ממוקם החל מתחילת הביצוע. מבחן ביצוע העבירה הוא רחב.
* **בפס"ד סריס** > מספיק שהמעשים שלו הם חוליה בשרשרת שבאופן טבעי תממש את היסוד העובדתי כדי שנראה בהם חוסים את תחילת הניסיון. המבחן מזכיר לדעת הדר את מבחן הקרבה הגרמני = שלב מוקדם של הביצוע.
* **בפס"ד ברואיר** > מחליט לבצע שוד, הולך וחוזר, נראה לא החלטי, נושא סכין, מעטפות ופתק, חובש כובע, משקפי שמש ו2 חולצות. מבחין בקהל רב ומחליט לעזוב. אחרי 20 דק חוזר ונעצר ע"י המשטרה בקרבת מקום. מתעוררת השאלה האם זה ניסיון שוד בנסיבות. הורשע בהתחלה רק בהחזקת סכין אח"כ המדינה ערערה והתקבל הערעור. לפי מבחן הקרבה והחד משמעות וגילה כי מבחן החד משמעות מתקיים למרות היעדר הקרבה.
* מבין מבחני העזר נראה שהמבחן התואם ביותר את רוח הגדרת **ס' 25** הוא מבחן תחילת הביצוע. **ס' 25** מתמקד בגבול התחתון של הביצוע, לפיו די בתחילת ביצוע אשר יצא מכלל.

\**הרעיון הוא* ליישם את מקסימום המבחנים הרלוונטיים שזה בעיקר מבחן הקרבה על שני סוגיו, חד משמעות ותחילת הביצוע.

\*בבחינה אם נראה שלפי מבחן יש ניסיון ואחד שלא *אנחנו נגיד זאת ונמשיך את הניתוח אם יש אחד שכן*. נבחן לפי שאר המבחנים ואת שאר המקרה.

\*יכול להיות שאדם יורשע בתקיפה ובאונס או רק בתקיפה למרות שרצונו היה לאנוס. *לא כל עבירה דורשת כוונה* (אלא מחשבה פלילית שזה הבסיס וקלות דעת שזה הבסיס בתוצאה).

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

ניתן למיין את הניסיונות לבצע עבירה לשני סוגים, תוך הבחנה בין ניסיון צליח לבין ניסיון בלתי-צליח - **ס' 26**. הס' מסדיר מקרים שאנו מכנים כניסיונות בלתי צליחים.

* ניסיון צליח: מצב בו השלמת העבירה יכולה הייתה להצליח אך נכשלה:
* הניסיון שלא הצליח – העושה ביצע את כל הפעולות הנדרשות מצידו להשלמת העבירה אך נכשל בגלל ביצוע כושל שנובע מהתנהגותו.
* לפני שהספיק להשלים את העבירה התחרט העושה ונסוג מהביצוע.
* ניסיון שסוכל ע"י גורם חיצוני לעבריין שמנע/הפריע/הפסיק את ביצועה.
* היה ניתן להשלים את העבירה אך משהו התפספס.
* ניסיון בלתי צליח: מצב בו הביצוע נועד לכישלון מראש מחמת חוסר אפשרות אובייקטיבית להשלים את העבירה.

דוגמות:

1. *אורי יורה בגופה מתוך כוונה לרצוח אדם* > חוסר צליחות עובדתית הנובע מהיעדר נסיבה הרלוונטית להגדרת העבירה. מההתחלה לא יכול היה להשלים את העבירה, לא היה אדם חי.
2. *יוני פורץ לכספת ומגלה שהיא ריקה* > חוסר צליחות עובדתית שנובע מהיעדר נסיבה שאינה חלק מהגדרת העבירה. מההתחלה לא היה אפשר להשלים כי אין מה לגנוב.
3. *אורן מנסה להמית אדם בכמות רעל שאינה מספקת* > חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת המידה/הכמות.
4. *יואב מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר, מתוך אמונה שמדובר ברעל* > חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים לא מתאימים מבחינת טיבם/מהותם.

**ס' 26** מסדיר את המקרים של ניסיונות בלתי צליחים. ניסיונות אלה דינם כניסיונות צליחים. האדם טעה במצב דברים שלא ידע שאי אפשר להצליח. איזה רעיון עומד מאחורי זה? עקרון האשמה. הדין יהיה מקסימלי לשני הניסיונות. המחוקק לא יבחין מבחינה עונשית בין הניסיונות.

1. *נעמה מנסה להרעיל אדם באמצעות סוכר, מתוך אמונה כי בכך יהיה ניתן לגרום למות הקורבן* > מודעת לזה שזה סוכר וחושבת שזה יכול לגרום למוות אדם. חוסר צליחות עובדתית הנובע משימוש באמצעים אבסורדיים. טעותו של המנסה היא בתפיסת המציאות ולא טעות במצב הדברים.

**האם ניתן להפליל על ניסיון אבסורדי**? הוויכוח הוא עד כמה נשקפת סכנה מעושים שהם מנסים אבסורדים. **פלר, גור אריה** וכו' חושבים שלא נכון להטיל על ניסיון זה אחריות פלילית, לא נשקפת סכנה ממעשים אלה. אנחנו נרגיש רחמים כלפי המנסים האלה, תפיסת עולמם מעוותת, לא מהווים סיכון אמיתי לציבור.

**ס' 26** לא החריג את הניסיון האבסורדי. לפני התיקון היה ס' שדרש שימוש באמצעים מתאימים להגשמת העבירה, הדרישה הושמטה בתיקון 39 ויש שחושבים שהמחוקק רצה להרחיב את עבירת הניסיון. לרוב האנשים האלה שמבצעים מעשים אבסורדים לא קיימים או שהם לא שפויים. ההערכה של הדר היא שבית המשפט לא יכליל את השימוש באמצעים אבסורדים אבל זה ייתכן.

1. *אסף מסתיר סחורה במעבר הגבול כדי להשתמט מתשלום מכס, בלא שיודע כי בינתיים בוטל המכס על סחורה זו* > חוסר צליחות משפטית. העושה סבור שמבצע דבר אסור, אך הלכה למעשה אין כל איסור לעשות כן (עבירה מדומה). הטעות שלו היא לא במצב הדברים אלא לפי המצב המשפטי. הניסיון הבלתי צליח משפטית לא נכנס בס' 26! למרות שעדיין הפגנתי אנטי חברתיות, לא נפליל אנשים על הנכונות שלהם לעבור על החוק, אלא על פגיעה בערך חברתי מוגן. גם אם הוא חושב שהוא פוגע אבל אין איסור פלילי לא נייחס אחריות פלילית. **מעשים כאלה הם לא ענישים**.

יש ויכוח תיאורטי בין תפיסה אובייקטיבית לניסיון לבין סובייקטיבית של דיני הניסיון:

**האובייקטיבית** > מסורתי הייתה השולטת. הרציונל להטיל אחריות פלילית על ניסיון היא בשל הסכנה שטמונה בהתנהגות העושה ולא בגלל הסכנה שבאותו אדם. מי שתומך בתפיסה זו אומר שהיסוד העובדתי של הניסיון חייב לבטא סכנה עובדתית של גרימת נזק.

**סובייקטיבית** > הרציונל הוא לא הסכנה שבמעשה אלא במסוכנות העושה. נובעת מהנחישות שלו לבצע את העבירה. העושה עצמו עדיין לימד אותנו על האנטי חברתיות שלו, המסוכנות שלו, נרצה להפליל אותו גם בשל ניסיון בלתי צליח כדי להקדים תרופה למכה.

*הגישה הסובייקטיבית אומצה בתיקון 39*.

האם פגיעה ברגשות היא עקרון של להצדיק הפללה?

יש את עקרון הנזק עליו כן מפלילים, פגיעה ברגשות הוא במחלוקת – רוב המלומדים חושבים שלהפליל על פגיעה זו זה לא מספיק, אנשים צריכים לספוג אותם. פגיעה שהיא מעבר כבר תהיה נזק. פחות מפליל על נזקים נפשיים, פחות על אלימות נפשית, התעללות פסיכולוגית ונפשית. בהתעללות בקטין וחסר ישע יש אפשרות להפליל על התעללות כזאת אבל על התעללות בבגירים אין.

**היסוד הנפשי של עבירת הניסיון**:

**ס' 25** – במטרה לבצעה.

היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בניסיון לבצע עבירה הוא כפול:

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

למשל: ייחוס אחריות פלילית על עבירה של ניסיון לאיומים, אצטרך להוכיח מודעות וכוונה להפחיד אדם + כוונה שלו להשלים את עבירת האיומים. זה רצון ביחס להשלמת העבירה כמו שהיא.

**למה דוקטרינת הניסיון מחייבת יסוד נפשי גבוה**?

מהו הרציונל לדרישת המטרה המתווספת לדרישת היסוד הנפשי הקבוע בעבירה?

לפי תפיסה מקובלת דרישת המטרה נועדה "לפצות" את החסר הקיים במישור העובדתי.

ביקורת > האמנם יסוד נפשי ויסוד עובדתי ניתנים לקיזוז?! הרי מדובר בשני רכיבים השונים במהותם.

היסוד העובדתי חלש אז לפחות נפצה עם יסוד נפשי חזק.

**יישום היסוד הנפשי**:

* **פס"ד קובקוב**: מיישם בצורה יפה את המשמעות של דרישת הכוונה.

**עובדות**: בעקבות הפיגוע בדולפינריום, קורקוב רצה לפגוע בערבים. מכין 10 בקבוקי תבערה, אין לו תוכנית מסודרת, מתקרב למסגד, לא רואה ערבים והולך ליפו, המשטרה תופסת אותו.

**טענה**: טרם גיבש כוונה, חשב לעשות זאת אך לא גיבש כוונה עדיין, התלבט עדיין.

**בית המשפט**: מזכה אותו מהאישומים על ניסיון לחבלה חמורה והצתה אך מרשיע אותו על החזקת נשק. הרעיון הוא שיש להוכיח שהנאשם רצה ממש להשלים את העבירה, חפץ בכך. הפס״ד מדגים שהכוונה צריכה להיות כלפי עבירה מסוימת ולא סתם. היסוד הנפשי צריך להיות מכוון.

**שאלות**: תחולת הלכת הצפיות > מה קורה בעבירות כוונה? מה קורה כשהתביעה לא יכולה להוכיח רצון להשלמת העבירה אך צפה שהמשך מעשיו יגרמו להשלמת העבירה. האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות?

בגדול **ס'34ד** כל מה שחל על העבירה המושלמת הרגילה חל גם על עבירת הניסיון.

**10.6.2021**:

**פטור עקב חרטה**:

* **ס' 28** לחוק העונשין. טענת הגנה שיצטרך להוכיח במאזן ההסתברויות.
* לפני תיקון 39 – חרטת המנסה הוכרה רק כנסיבה *היכולה לתרום להקל בעונש*. כיום, בעקבות התיקון – בהתמלא תנאי **ס' 28** המנסה פטור מאחריות פלילית.
* תיקון 39 אמר שנחמיר את העונש אבל אם הנאשם חוצה את ההכנה נכנס לניסיון ומתחרט (בתנאים מסוימים) אז נפטור אותו לחלוטין.
* הרציונל > עקרון האשם להשוות את העונש עד הסוף ותמריץ לגרום לאדם לחזור בו אחרי שחצה את הניסיון, לאפשר לו לחזור בו. אנחנו רוצים להמשיך ולעודד את האדם לחזור בו.

השיקולים העומדים ביסודו של מתן הפטור:

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

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

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

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

**מהי אותה "חרטה"**?

* גישת **פס"ד מצרוואה**: (תקף מינית אבל הבחורה הכתה אותו וברחה) נדרשת חרטה אתית (מוסרית). מדובר ב"בעל תשובה" ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות. גישה זו רווחת בפסיקה שלאחר התיקון.

* גישת **פס"ד נחושתן**: יש לבכר כל סוג של חרטה שתצמיח בפועל תוצאות אופטימליות ושתביא לסיכול העבירה. גישה זו מקובלת במשפט האירופאי > אוביטר **בפס"ד פלוני** (חונק את ביתו עם חגורה, מזמין משטרה וחושב שהיא מתה ובסוף היא נשארת בחיים ואז אומר שהתחרט הרי יכול היה להמשיך במעשה שלו) של השופט ג**'ובראן**. רוצה ליצור תמריץ גבוה לאנשים לחזור בהם ולכן גם אם חוזרים בהם משיקולים כלכליים, אישיים, תועלתניים, חוסר נוחות אני רוצה לתמרץ את זה. אם **ס' 28** ייתן פטור רק לבעלי תשובה מוסריים בלבד אז הוא כמעט ולא יינתן.

הפס"ד הזה הוא טריקי משום שכל הדיון של **ג'ובראן** ברכיב מתוך חרטה נפשית מוסרית/כל חרטה, נעשה באוביטר. למה? הרציו הוא הקביעה המשפטית שהכריעה.

**שחר אלדר** במאמרו אומר שבגלל שדוקטרינת הניסיון בפועל היא מטפלת במקרים כה שונים (יש ניסיונות שונים שנעצרים בשלב מוקדם ויש ניסיון מושלם שנתפס רק בסוף) שהמחוקק בסוף קובע דוקטרינה 1 לכולם.

רק בשלב מאוחר זה ייחשב ניסיון וזה לא שולל שהחרטה תגיע שם.

המעשה הנדרש לצורך חרטה:

הס' אינו מסתפק בחרטה פנימית. המנסה נדרש לעשות מעשה.

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

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

**מהי תרומה של "ממש"**?

האם תרומתו של הנאשם צריכה בפועל למנוע את השלמת העבירה או שדי בכך שהיא תהא בעלת פוטנציאל למנוע את העבירה? - > ע"פ **פס"ד פלוני** די שתהיה משמעותית ובעלת פוטנציאל. לא צריך להראות שמנע אבל שעשה צעדים משמעותיים כדי לנסות. הרכיב החסר הוא מחפץ נפשו בלבד לא הייתה חזרה בו מחפץ נפשו אלא ראה שהיא חיה וחשב שהיא מתה בכלל, זה שהוא לא המשיך לא מבטל שלפני הוא לא חזר בו.

**השורה התחתונה**: ההלכה היא הלכת **מצרוואה**, **פס"ד פלוני** הופך את ההלכה באוביטר אך בתי המשפט כולם חושבים שיש הפיכה של ההלכה על אף שזה רק אוביטר.

עבירות ניסיון עצמאיות:

בחלק הספציפי של חוק העונשין פזורות עבירות ניסיון עצמאיות המוגדרות כעבירות ספציפיות (קיומן אינו נגזר מקיומה של עבירה מושלמת + הלבשת דוקטרינת הניסיון שב**ס' 25**).

דוגמות: **ס' 329 (א)(2)**; **ס' 294 (א)**; **ס' 403** לחוק העונשין.

* כיום, לאחר תיקון 39 שייצר דוקטרינה כללית של ניסיון, האם יש צורך בעבירות ספציפיות של ניסיון?
* כשקיימת עבירת ניסיון ספציפית, האם גם ניתן יהיה לגזור ניסיון מהעבירה המושלמת באמצעות דיני הניסיון שבחלק הכללי?
* האם דיני הניסיון שבחלק הכללי יחולו על עבירות ניסיון עצמאיות הקבועות בחלק הספציפי? אם כן, נקבל אבסורד: ניסיון לניסיון.
* האם דיני הניסיון שבחלק הכללי יחולו על עבירות הכנה ספציפיות? אם כן האבסורד מתעצם: ניסיון להכנה.

בדרך כלל דין ספציפי גובר על הדין הכללי. אם יש עבירה של ניסיון בחלק הספציפי נשתמש בה. **אבל איך נטפל בעבירות אלה**? נכיל את המבחנים לפי **ס' 25**? איך נפרש את הרכיב = מנסה שבעבירות העצמאיות? פטור עקב חרטה יחול?

הפסיקה אומרת שכן. אפשר יהיה לנתח את העבירות דרך דיני הניסיון הכללים כל עוד אין הוראה מפורשת אחרת.

**שחר אלדר** במאמרו > 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 שבהם בעלי רמת אשם שונה בשלבים שונים בדרך לביצוע המושלם?

* **פארדוכס**: בעוד שהגבול בין העבירה המושלמת לניסיון (שההבחנה ביניהם נעדרת נפקות עונשית) מתוחם היטב בהגדרה הפרטנית של העבירה, הגבול בין ניסיון לבין זיכוי אינו מתוחם כמעט כלל ואין גם כל שאיפה להגדירו בחוק! > במצב זה עקרון החוקיות אינו ממוקם בגבול שבין האסור למותר ולכן מאבד כל נפקות פרקטית.
* **פס"ד בן גיא אלדד**: כתבת חדשות שהיא בגירה ולא קטינה שגורמת לאיש להגיע כדי להפלילו בהטרדת ילדה. אבל הוא עדיין לא באמת ניסה לגעת בה, היא בכלל לא ילדה. האם נכנס לניסיון כי הגיע או לא? איפה קו הגבול בין ההכנה לניסיון? מדבר גם על מה נחשב ניסיון צליח ומה לא.

איך נתגבר על זה לפי **שחר אלדר**? עבירות מטרה התנהגותיות. הנאשם מבצע התנהגות מתוך מטרה להשיג משהו אחר שלא בהכרח השיג. עבירות אלה מבחינה מהותית הן עושות את אותה העבודה של דוקטרינת הניסיון. מפלילות מעשים מסוימים כשלאדם הייתה כוונה להשיג משהו רחב יותר ולא הושג בפועל. *דרישת המטרה מפצה על היסוד הנפשי המוגבר שצריך בניסיון*.

כלומר קחו עבירת ניסיון וצרו עבירת מטרה.

*הקושי עם הרעיון שלו* – נשמע סיזיפי ולא יעיל לנפח את חוק העונשין.

1. **שותפים לעבירה**:

פרק שעוסק בהרחבת האחריות הפלילית שהיא ביצוע גרעיני מושלם של אדם אחד. בפרק זה שיטות משפט מרחיבות את האחרית הפלילית כשכמה אנשים חוברים יחד כדי לבצע את העבירה כשותפים.

איך נייחס אחריות לכל אחד מהם שתשקף את אשמתו באירוע?

האחריות הפלילית הרי היא אישית אז איזו תווית ניתן בהתאם לחלקם באירוע.

**יש 3 כוכבים מרכזיים**:

1. המבצע בצוותא – שני אנשים או יותר חוברים לביצוע עבירה תכנון משותף, חלוקת תפקידים משותפת, ביצוע משותף. איך המשפט יתייחס אליהם? אם מישהו איים ואחד לקח את הכסף? מהותית זה שוד ולא גניבה ואיומים בנפרד, יסתכלו עלינו ביחד, כגוף אחד, תמנון בעל זרועות. המשמעות היא שכל אחד מהם יישא באחריות של שוד.
2. משדל – נוטע את הרעיון העברייני במוחו של המבצע. בזכות העצה, הרעיון המבצע עשה מה שעשה. משדל ל..
3. מסייע – מי שסיפק אמצעים שהקלו על הביצוע. לא שותף בלב העשייה, לא שותף לתכנון בדר"כ, משקלו יותר נמוך, פחות מרוויח, לא בסוד העניין, נותן אמצעים מסוימים, נתן פרטים, מספק כלים, אבטח, הקל.
4. מבצע באמצעות אחר – משתמש באחר כדי לבצע את העבירה. למשל שלחתי קטין כדי לגנוב, הוא לא אשם ואני לא עשיתי אז אני לא אשם? לא! יאשימו אותי בשליחתו.

**15.6.2021**:

הספרות אומרת שבגלל שיש מסוכנות מוגברת בביצוע רב משתתפים אז מחריגים את האחריות. כלומר גם שותפים רחוקים כמו משדל ומסייע יישאו באחריות כצדדים לביצוע העבירה. יש ויכוח בספרות מה משמעות האופי הנגזר של אחריות השותפים. התפיסה היא שאחריות השותפים נגזרת במובן שהיא לא יכולה להיות עצמאית, בלי הביצוע של האחר אין סיוע, עבירת סיוע לא עומדת לבד. הופכת להיות צורת אחריות פלילית רק במקרה שיש את הביצוע העיקרי.

**נשאלת השאלה** > האם האחריות הנגררת של השותפים העקיפים, נגזרת מהאחריות של המבצע העיקרי או מהמעשה האסור שהוא ביצע? הוויכוח בספרות הוא על אופי אחריות השותפים העקיפים, כלומר:

**2 גישות**:

1. האחריות של השותף תיגזר מאחריות המבצע העיקרי. שרק שיש מבצע שותף עיקרי שהוא המבצע או המנסה, חצה את ההכנה ונכנס לתחום הפלילי, יכולה לקום אחריות למשדל ולמסייע, אבל בלעדיו זה מגדל קלפים, הכל מתמוטט. אם X מבצע עבירה פלילית של שוד ואני מסייעת אז אני אשא באחריות לסיוע לשוד רק אם X יהיה אחראי לביצוע/ניסיון לשוד.

2. אחריות השותף נגזרת מעצם הביצוע של המעשה הפלילי, מהפסול. אם המבצע העיקרי ביצע עוול, גם אם בסוף הוא לא יישא באחריות פלילית כי יש לו סייג לאחריות פלילית למשל: כורח, לא משנה אם נושא או לא, יש לי אחריות פלילית מהעוול שעשה.

הגישה המקובלת בישראל היא הגישה ה1.

**פלר אומר** > השידול והסיוע נופלים בגדר התנהגות עבריינית רק במידה שהם צמודים לביצוע העיקרי של אותה העבירה. בלי התחלה לפחות של ביצוע, לפחות ניסיון, אין לשידול או לסיוע אחריות פלילית. **פלר** מכנה את הרעיון הזה כשכל השותפים נושאים באחריות פלילית לאותה העבירה > עקרון אחדות העבירה. המשמעות היא שאם אדם גורם לעבירה X ופלוני סייע לו אבל אין לו יסוד נפשי לאותה העבירה > למשל אין לו יסוד נפשי לרצח של כוונה אלא של המתה בקלות דעת. גם אם לפלוני אין את היסוד הנפשי אסתכל קודם על אחריות המבצע העיקרי, אם אדם גרם לX אז פלוני יואשם בסיוע/שידול לרצח. אחריות השותפים נגזרת, אין לה קיום עצמי.

**לעומת פלר יש גישה** > שאומרת שהבסיס לאחריות נעוץ בהתבוננות על אחריות הצדדים השונים כאישית וקונקרטית שנגזרת ממעשה פסול אחד ומנותקת בשל האשמה הסובייקטיבית של כל שותף.

השיטה השנייה מאפשרת לייחס אחריות לשותפים כצדדים לעבירה שהיא קלה, זהה או חמורה מזו שביצע העבריין העיקרי. היתרון של השיטה הוא שהיא עדיין מתייחסת לתוצאה המיוחסת וההבדל הוא האחריות של כל אחד.

בשיטות משפט לא אנגלו-אמריקניות > השותף נתפס כשותף למרות היעדר מבצע אשם.

**הדין בישראל** > **כשיטת פלר**: אין אחריות פלילית? אין אחריות למסייע ולמשדל. עקרון אחדות העבירה אומר שגם שיש אחריות לשותפים זה תמיד יהיה לאותה העבירה שהעיקרי עושה. למשל: אם העיקרי נושא בהמתה בקלות דעת אז גם הם יהיו יכולים להיות חלק באחריות הפלילית בהמתה בקלות דעת.

**המסייע**:

**מיהו המסייע**?

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

הסיוע מהווה תרומה עקיפה ומשנית לביצוע העבירה העיקרית:

עקיפה – המסייע אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי.

משנית – המסייע מהווה שותף זוטר למבצע העיקרי.

\*המבצע הוא במעגל הפנימי הוא שותף עיקרי, ראשי וישיר והמסייע במעגל החיצוני כי הוא שולי, עקיף, משני.

המשדל יהיה עקיף וראשי לעומת זאת, כי הוא נטל את הרעיון.

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

דוגמות:

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 נתקע בשלב ההכנה >> לא אורשע כלל. לא התקיים התנאי המקדמי לפיו "נעברה עבירה".

אף במקרה האחרון עשיתי מצידי את המעשה האחרון הדרוש להשלמת סיוע לשוד – לא אורשע ב"ניסיון לסיוע לשוד". **הדין בישראל** = **ניסיון לסיוע אינו עניש**.

פרשנות זו תומכת בתפיסת אחריות השותפים כאחריות הנגזרת מאשמתו של המבצע העיקרי.

סיוע – היסוד העובדתי:

**מהו טיב ההתנהגות העולה כדי סיוע**?

ס' 31 – הגדרה כללית: "עשה מעשה".

**מהו היחס שבין ההתנהגות המסייעת לבין ביצוע העבירה העיקרית**?

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

למשל: נתתי למישהו אקדח כדי שיעשה עבירה, הוא בסוף השתמש בסכין שלו. זה עדיין נחשב סיוע.

**בהצעת תיקון 39 הנוסח שהוצע לס'**:

"עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע".

בס' החוק שהתקבל הושמטו שתי מילים והנוסח שהתקבל > "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע".

מה הבעיה? עכשיו ה"כדי" לאפשר יראה לי כעבירת מטרה כשהוא יסוד נפשי בכלל.

היום המעשה נטול אפיון, כלומר כל מעשה אף ללא פוטנציאל. הפסיקה באה ומצילה את זה ואומרת שמעשה כזה לא יתקבל וזו **ההלכה** > נדרש מעשה בעל יכולת לסייע גם אם לא התממשה היכולת הזאת.

**גם סיוע רוחני יכול להיות סיוע**: מישהו החליט לבצע עבירה ואני תומכת בך. שונה משידול כיוון שהוא כבר החליט לבצע ואני תומכת בעוד שבשידול המשדל נוטע את הרעיון לבצע את העבירה ובעקבות הרעיון הוא הולך ומבצע את העבירה.

**דוגמה פיזית לסיוע**: עצות, המלצות שמקלות על התנאים, אמצעים, כלים, כסף, אינפורמציה, השאלת משהו, לאבטח, לפעמים רק נוכחות יכולה להוות סיוע.

* כמו במקרה של **אנג'ליקה יוספוב**, היא סייע בכך שליוותה אותו, גרמה לכך שלא יחשדו בו. כדי שהתנהגות תחשב סיוע צריך שיהיה לה ייעוד מוחשי, שהיא מופנית כלפי עבירה קונקרטית, ספציפית.

נוכחות יכולה להתפרש כסיוע, לא אומר שכל נוכחות אוטומטית היא סיוע!

אדם יכול להיות נוכח באופן אקראי במקום של עבירה, הפסיקה קבעה חזקה: חזקה שנוכחות של אדם בזירת העבירה שהיא לא מקרית מלמדת על זה שהאדם הוא *לפחות* מסייע (יכול להיות אפילו יותר, תלוי).

* **בפס"ד פלונית**:

פלונית עם אותו רצח המדריך תומר בפנימייה. אפשר לראות את סוג הסיוע שהיא נותנת. מגייסת כסף עבור רכישת הסכין, הולכת לקנות איתו, משלמת בפועל, מסבירה איך להשתמש בסכין, מייעצת לבצע את הרצח באמצעות שיסוף הגרון, למצוא תירוץ כדי להיכנס לחדר שלו. כל ההתנהגות שלה היא מסייעת! סיוע פיזי ממש.

**ההגדרה מתייחסת גם לנסיבה של עיתוי הסיוע**: "לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה".

**חשוב להעיר**: החוק מדבר על מי שעשה לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה. מעשה שנעשה רק אחרי העבירה באופן שלא סייע לעבירה עצמה אלא לעבריין לא נחשב סיוע לעבירה > **ס' 260-261** קובע עבירה עצמאית ספציפית שנקראת סיוע לאחר מעשה. עלינו להראות עבור סיוע ב**ס' 31** שזה קרה לפני או בעת עשיית המעשה.

אם אדם מבטיח לפני העבירה שיסייע לאחר העבירה זה כן יכול להיכנס ב**ס' 31**, עצם העובדה שאדם מבטיח שיעזור הוא נוטע ביטחון במהלך ביצוע העבירה כיוון שהעושה מסתמך עליו.

התנהגות כזו תחשב סיוע גם אם בסוף לא עמדתי בהבטחה שלי > אמרתי שאני אחכה לך עם האוטו כדי שתימלטי ולא עשיתי את זה בסוף. עצם האמירה וההבטחה שיצרה תנאים שמקלים את הביצוע על המבצע (סיוע רוחני), זה מספיק עבור הסיוע אף אם לא התממש.

שאלת מודעתו של המבצע העיקרי לסיוע הניתן לו:

דוגמה: אורן מבצע שוד. אני מעכבת בכוונה ניידת הנמצאת בדרכה לסיכול השוד, מבלי שאורן יודע שאני מקלה עליו את הביצוע. האם אהיה מסייעת לשוד?

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

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

צורת ההתנהגות הנדרשת לשם הטלת אחריות בגין סיוע:

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

דוגמה:

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 החדר במטרה לסייע לאחרים לפרוץ אל הבנק ולגנוב כסף.
3. **ביהמ"ש בפרשת וייצמן**: אי מניעת עבירה (שניתן למנעה) עשויה להיחשב כסיוע במחדל לאותה העבירה.

* **פס"ד וייצמן**:

**עובדות**: תאונת פגע וברח, 4 חברה שהשוטר מסמן להם לעצור בשל הנהיגה הפרועה שלהם והוא נדרס ומופקר למוות. כל הארבעה ראו את השוטר מאותת והבינו שהנהג נדרש לעצור בצד אלא שויקטור תמרן את הרכב להתחמק מהשוטר, חבט בו והרג אותו. אחת הבנות אורנה שלידו צורחת והשתתקה ומאחוריו שלומי וקרן ראו וידעו מה קרה. שלומי אומר לויקטור לנסוע ואורנה וקרן שותקות. ויקטור נוסע לנקות את כתמי הדם, מסיע אותם הביתה.

**בשלום**: השאלה לגבי אחריותם של שלומי אורנה וקרן. הורשעו בסיוע בדרך של מחדל לעבירות של הפקרה אחרי פגיעה ואי דיווח.

**בעליון**: נותן רשות ערעור רק להכריע בסוגייה של סיוע במחדל לעבירת מחדל. ההתנהגות של אורנה וקרן הייתה מחדלית, של שלומי היה סיוע במעשה.

**השאלה המשפטית**: האם ייתכן סיוע במחדל לעבירה של מחדל, אם כן אז האם צריך מקור חובה?

**דיון נוסף שלם**: שאלת האפשרות לייחס אחריות לשותפים לעבירה לסיוע במחדל.

האם גם כדי לייחס אחריות בדרך של סיוע במחדל צריך למצוא מקור חובה שחל על המסייע או שלא?

מבחינה עובדתית זה התעורר כי באותו מקרה למרות שאורנה וקרן לא נהגו ברכב ולא עשו דבר, לא מצאו חובה מפורשת בדין.

**טענת הסנגורים**: שצריך מקור חובה.

**בית המשפט**: דן בשאלה הזו.

**חשין**: קובע בשורה התחתונה שניתן להכיר גם בחובה של קרן ושל אורנה בסיוע על דרך של מחדל למרות שהן לא יצרו את המצב המסוכן ואין בחקיקה ס' שחל על שתיהן מכוח היותן מסייעות. כשחשין מגיע למסקנה הוא ממפה 3 אסכולות מרכזיות: 1. צריך מקור חובה מפורש בדין. 2. מספיק חובה ספציפית מזיקה מיוחדת, מתוך מערכת יחסים בין החודל למקור הסכנה. 3. לא צריך מקור חובה חיצוני לעבירה כדי להטיל אחריות על סיוע במחדל, נשען על העמדה של **פלר**, האחריות מאשמת המבצע.

בעוד שכדי להרשיע מבצע על דרך של מחדל אנחנו חייבים מקור חובה, כדי להרשיע מסייע בדרך של מחדל שאחריותו עקיפה, לגביו לא צריך למצוא מקור חובה. לגבי המסייע נראה שהאחריות לא מובנת מאליו ולכן צריך להחמיר, אמנם **פלר** אומר שבדיוק הפוך. בגלל שהאחריות הפלילית היא נגזרת אנחנו צריכים רק להוכיח שלמבצע אחריות פלילית ולכן יש גם למסייעים.

**חשין** מצהיר שהוא בעל גישה עצמאית אבל בפועל > מוביל אותו לניתוח בעמדה שקרובה לזו של **פלר**.

גם בגלל שהעבירה פוגעת בערכים מוגנים ברורים לא נחפש מקור חובה עצמאי. יש ביקורות על הרחבת העבירה.

**ההלכה**: ניתן לייחס אחריות בסיוע במחדל ללא מקור חובה עצמאי.

\*האם ההלכה נכונה רק למקרים שהעבירה העיקרית מחדלית והסיוע מחדלי? **פלר** אומר שבאופן כללי לא צריך מקור חובה עבור סיוע במחדל. אבל כשהעבירה הכללית היא במעשה (ולא במחדל) אולי כן צריך...יהיו שתי גישות בעניין. שגם אם העבירה במעשה אז ההישענות אם על האופן הנגזר...לא ברור.

בקייס נתחיל מניתוח העבירה > אח"כ נסתכל על הסיפור ונבדוק אם קיים היסוד העובדתי ואם מתקיים היסוד הנפשי. אם אחד לא מתקיים ביסוד העובדתי אפשר לדון בניסיון.

**17.6.2021**:

סיוע – יסוד נפשי:

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

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

1. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית (על יסודותיה העובדתיים והנפשיים) בידי העבריין העיקרי.
2. מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית (מודעות לסיוע).

גישה זו הוצעה בהצעת החוק אך לא תמכה בלשונו > **מרחיבה את היקף דוקטרינת הסיוע**.

יש מקרה שהעבריין לא חפץ שהעבירה תקרה אך רוצה לעזור לאדם אחר שיש לו כלפיו אחריות מיוחדת > כמו אבא שמביא לבנו אפוד שיגן על עצמו כי יודע שהוא הולך להילחם במישהו ודואג לו.

**גישת המודעות:** מספיק להראות שהמסייע מודע לכך שהמבצע העיקרי הולך לבצע את העבירה העיקרית על יסודותיה ושהתנהגותו מסייעת > יש את זה? יש סיוע = גישה מרחיבה מאוד. מתכתבת עם הכוונה המקורית של המחוקק.

**בתיקון 39** העונש על הסיוע הופחת למחצית העונש שמוטל על המבצע העיקרי. לפני התיקון ובכלל במשפט האנגלי, עונש כל אחד משותפים היה כעונש המבצע העיקרי, לא משנה בגודל תרומתו. ב39 אמרו שיש לעשות הבחנות בענישה. המסייע לעומת השותפים האחרים כמו המבצע העיקרי והמשדל (שנוטע את הרעיון במוח העבריין), המסייע הוא דמות שולית. אנחנו רוצים לתת ביטוי לאבחנה הזו גם בענישה. העונש המקסימלי על סיוע הוא מחצית (אפשר גם פחות) לכן לא נורא אם נרחיב לפי **פס"ד פוליאקוב** זה בסדר שנרחיב.

**גישת הכוונה** (**דעת המיעוט של אנגלרד בע"פ 4317/97 פוליאקוב**):

1. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע + כוונה שתבוצע (לרבות הלכת הצפיות).
2. מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע (לרבות הלכת הצפיות).

**גישת ה"ביניים"** (**ברק בע"פ 320/99 פלונית**):

1. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע.
2. מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע (לרבות הלכת הצפיות).

*גישת הביניים התקבלה בפסיקה שלאחר התיקון כהלכה מחייבת*.

* המסייע לא צריך להזדהות עם העבירה העיקרית. אם נדרוש ממנו כוונה לכך שהעבירה העיקרית תקרה אז נקרב אותו למבצע העיקרי. אם העבירה העיקרית מסתפקת במודעות אז לבקש שלמסייע תהיה כוונה לעבירה העיקרית זה מעבר מאוד למה שצריך.
* עוד נק' של **ברק** היא נק' על העונש > עצם העובדה שתיקון 39 בחר למקם את עונש המסייע במחצית העונש העיקרי בעצם מחזקת את הגישה שאין לדרוש הזדהות עם הגשמת העבירה. מצד שני למה לא הולך על גישת המודעות? כי זה יקרב את הסיוע לאי מניעת פשע ויש הבדל! אי מניעת פשע זה לא מספיק כי היה פה סיוע!
* **בפלונית** נערה טענה שלא חפצה במות המדריך, לא היה לה עניין בכך. אומרת שלא הייתה לה מטרה לעבירה העיקרית. בית המשפט אמר שאין צורך להוכיח את המטרה שלה, לכן היא לא מבצעת בצוותא, היא מסייעת.
* הלכת הצפיות > מספיק מודעות לביצוע העבירה העיקרית + וודאות קרובה לוודאי שההתנהגות שלי מסייעת כדי שנעלה על דרישות גישת הביניים.

יש 3 רציונליים לאחריות פלילית על אחר (לא המבצע):

1. **יצירת סיכון**. דומה למי שמביא סכין ומישהו משתמש באקדח בסוף לביצוע. => מתאים למסייע, תרמת להגדלת ההסתברות, העלתה את הסיכוי שהעבירה תקרה.
2. **קש"ס בין המעשה להתנהגות שלך**. זה יהיה המשדל.
3. **אינטרס שזה יקרה = הזדהות עם הפגיעה בערך המוגן (השלמה עם זה)**. דומה לאבא עם האפוד, הוא לא מזהה באמת אבל משלים עם הפשרות שזה יקרה ולכן מעדיף לעזור לבנו להגן על עצמו.

\*יכול להיות סיוע ברשלנות? התשובה היא לא. באופן כללי יש על זה דיון בספרות והתפיסה היא שאין שותפות ברשלנות. למה? מה הקושי בתפיסה? אין כאן תכנון.

יש שותפות ספונטנית אמנם, אין תכנון מוקדם אלא חבירה ספונטנית. האם ניתן להגיד שרשלנות זה שותפות ספונטנית?

האם תיתכן שותפות ברשלנות (מסייע, משדל, ביצוע בצוותא)?

1. *שותפות מודעות לעבירת רשלנות [רשלנות זה היעדר הידיעה כלפי אחד מפרטי העבירה העיקרית]?* ביצעתי עבירה יחד אך גרמנו לתוצאה שלא צפינו, יותר מתקבל לוגית על הדעת.

קרה ב**פרשת לוי**:

**עובדות**: הייתה תצפית של המשטרה מול תחנת סמים ביפו. התצפית דיווחה על חשודה שירדה ממונית, קנתה סם וחזרה למונית. כשהמונית עצרה ברמזור השוטרים קפצו למונית, התנפלו על האישה, אחזו אותה וניסו להוציא לה מהפה משהו חשבו שבלעה את הסם, אחזו אותה וחלק הפעילו לחץ על הלסתות שלה ובסוף היא מתה. אחרי שמתה גילו שהמוות נגרם מחנק וברור היה שלא הייתה להם כוונה ולא צפו שהיא תמות מפעולותיהם מקום שאדם מהיישוב יכול היה להיות מודע.

**ביהמ"ש**: הסכים שהיסוד הנפשי שלהם כלפי ההמתה היה רשלנות.

**השאלה**: איך נייחס להם אחריות? שותפים לעבירה של גרימת מוות ברשלנות במודעות? או שאין דבר כזה שותפות מודעת לעבירת רשלנות?

**נקבע**: **גולדברג** אומר שהרעיון של שותפות ברשלנות לא מסתדר. מודעות בפועל היא הבסיס הרעיוני לשותפות, אין דבר כזה שותפות לעבירה של היסוד הנפשי שלה הוא רשלנות. נק' המוצא של המשפט הישראלי זה עקרון אחדות העבירה של **פלר** > כשהעבירה רבת משתתפים תמיד העבירה היא אחת לשותפים. אם אני לא מודעת לתוצאה קשה לדבר על שותפות בפגיעה בערך חברתי מסוים. אם נטוש את העקרון של **פלר** *נוכל לחשוב שאנשים שותפים למעשה פגום לבין האשמה הסובייקטיבית של כל אחד מהם לפי היסוד הנפשי* של כל אחד. למשל **בלוי**, אחד כן צפה שזה יכול לגרום למוות ואחד לא צפה – מודעים למעשה הרע במשותף אך כל אחד מהם ביסוד הנפשי שונה. מודל ש**פלר** לא יקבל!

החליטו בלוי להרשיע אותם בנפרד ולא בשותפות כי אי אפשר.

1. *יש אפשרות גם לכך שאני מבצעת עבירה אך לא מודעות לשותפות שיש לי עם אחר*? > סתירה לוגית מסוימת כי רעיון השותפות זו הידברות מוקדמת בין השותפים, תכנון מוקדם, אינטרסים. אבל אמרנו שיכולה להיות גם שותפות ספונטנית, גם במקרים כאלה בהם אין תכנון יסודי עדיין יש מודעות של השותפים לעצם השותפות שלהם, יש אדם נוסף שמשתף איתם פעולה – צריך להראות שלכל שותף מודעות לשותפות של האחר. מצב כזה שיש רשלנות לשותפות זו סתירה רעיונית לרעיון של שותפות.

הזכרנו את **פס"ד יוספוב** (עזרה לזייד), שם מדובר על עבירה בעלת ייעוד מוחשי. לא מספיק סיפוק כלי אבל לא ביחס לעבירה קונקרטית מסוימת יש צורך בזיקה לעבירה מסוימת. אותו דבר באשר ליסוד הנפשי - צריך יסוד נפשי, מודע בעת שהוא מגיש סיוע לכך שמעשיו תורמים לביצוע עבירה ממשית מסוימת. לא די בנכונות ערטילאית והיפותטית אלא צריך להראות כי רצה לתרום למקרה קונקרטי.

**המשדל**:

מיהו המשדל?

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

השידול מהווה תרומה עקיפה וראשית לביצוע העבירה העיקרית:

**עקיפה** – המשדל אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה.

**ראשית** – תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא מכרעת והוא מהווה "המוח", "אביה הרוחני של העבירה".

*ייחודו של השידול* הוא בהשפעת המשדל על תודעתו של המבצע:

המשדל הוא שגורם למבצע להחליט לבצע עבירה.

כך המשדל "מוליד לא רק עבירה אלא גם עבריין".

* ניסיון לסיוע הוא לא עניש, ניסיון לשידול היא צורה חריגה שהמחוקק יוצר אותה והופך אותה לענישה > **ס' 33**. מי ששידלתי לא נכנס לביצוע עצמו, למתחם הניסיון. לכאורה: אין אחריות, אך המחוקק אומר שבעקבות החומרה היתרה של המשדל הוא עוקף את הכלל הרגיל והופך את הניסיון לשידול לעבירה עצמאית. לא מותנית בביצוע עיקרי!!
* **העונש בגין שידול = לעונש בגין ביצוע** בשל חומרתו – **ס' 34ד**.

*\*הסתה* > שידול לקהל ספציפי מסויים. לכן זו עבירה עצמאית בעלת יסוד משלה ולה מבצע עיקרי. אין דיבור לאדם קונקרטי שיפגע במישהו אלא לקהל רחב שאני מנסה להסיט.

היסוד העובדתי בשידול:

* **רכיב התנהגותי – התנהגות בעלת אופי משדל**:

הצעת החוק לתיקון 39:"אין כל הגבלה בדרכי הבאת המשדל לביצוע העבירה – ובלבד שניתן לראות בו כמי שהביא אחר לביצוע". יכול להיות בצורה מפחידה, מאיימת, צורה נעימה, כל דרך.

**הייתכן שידול במחדל**?

הדעה הרווחת בקרב מלומדים בארץ ובשיטות זרות: נדרש מעשה אקטיבי כתנאי הכרחי להתגבשות השידול. יש הגורסים כי שידול במחדל כלל אינו אפשרי. יש ויכוח על כך, אולי הסתכלתי עליה וזה גרם לה לפעול? ייתכן מצב כזה? יש מי שיגיד שכן, הרוב יגידו שזה פחות סביר.

* רכיב נסיבתי - קיומו של "משודל" אחראי בפלילים:
* אין הכרח להבדל בין שידול לבין 'ביצוע באמצעות אחר'.
* אין הכרחי שהמשודל יהיה מודע לפעולות השידול שמפעיל עליו המשדל.
* רכיב תוצאתי - ביצוע עבירה על ידי המשודל:

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

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

מחלוקת מלומדים:

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

**לפי דעה אחרת**: פלוני ייחשב משדל לרצח – יש להוכיח את הצלחת השידול ולא הצלחת הגשמת העבירה מושא השידול (**דורנדר בע"פ סוגאקר**).

* קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה על ידי המשודל:

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

*ייתכן בשני מקרים*:

1. המשדל נטע את רעיון הביצוע במוחו של המצבע. המבצע כלל לא חשב על הרעיון לפני.
2. "הטיית כפות המאזניים" – רעיון הביצוע כבר עלה במוח המבצע ואני עזרתי לו להכריע את הכף למען ביצוע (**בייניש בע"פ אסקין**).

* פלוני חייב להיות מודע לשידול? > לא חייבת להיות מודעות של המשודל לשידול.

דוגמות:

* אם שידלתי לשוד ופלוני מבצע ניסיון לשוד? אני אורשע בניסיון לשוד.
* אם פלוני ביצע רק תכנון? אז יהיה ניסיון לשידול.
* אם סייעתי ונתקע בתכנון? כלום, אין ניסיון לסיוע.
* אם הוא נתקע בניסיון וסייעתי? אורשע בסיוע לניסיון.
* אם אסייע לשוד, חוצה את ההכנה נכנס לניסיון ומתחרט חרטה כנה ומקבל פטור מלא עקב החרטה > לפי **פלר**, לא אקבל כלום, אם אין אחריות למבצע העיקרי אז אין אחריות לשותף.

ניסיון לשידול = חריג, קיים לעומת ניסיון לסיוע שלא קיים!

היסוד הנפשי בשידול:

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

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

1. מודעות לטיב ההתנהגות המשדלת ומודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטאלית.
2. שאיפה – מטרה (כוונה) – מצד המשדל כי העבירה נושא השידול אכן תבוצע על כל יסודותיה בידי המשודל.

הטעמים התמוכים בדרישת היסוד הנפשי החפצי הנוסף:

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

**22.6.2021**:

לסיכום: מבין הרציונליים המוצעים לביסוס אחריות השותפים דומה כי אחריות המשדל מבוססת על שילוב בין שני רציונליים:

1. הסיבתי
2. ההזדהות וההסכמה

הקיים שידול לשידול?

**דורנר בסוקאגר**: אומרת שכן, נוכל להרשיע את הראשון כמשדל למרות שזה רחוק יותר. לא משאירה את זה בגדר ניסיון לשידול כיוון שהוא כבר הצליח לשדל את האדם הבא שישדל אנשים שעשו ניסיון [מקובל לחשוב בספרות שנגזרת שנייה היא אסורה]. – לפי **הדר** יש פה בעיה כי המשדל הראשון שודל לעבירה המלאה למרות שבסוף בוצע רק ניסיון. לפי הכללים הנכונים היה צריך להרשיע אותו בשידול לניסיון, היא חורגת מעקרון אחדות העבירה. זה בעייתי כי בסוף היה ניסיון ולא בוצעה העבירה העיקרית ולכן אמורים להרשיע בשידול לניסיון.. הדעה של **דורנר** שגויה בעיני **הדר**, ההלכה לפיה שגויה.

בקייס – אין בעיה לצטט את דורנר ולהביא את הדעה הנגדת שלפי עקרון אחדות העבירה זה שגוי!

שילוב של שידול ושל סיוע:

פלוני גם נוטע את הרעיון וגם מסייע.

1. השידול בולע את הסיוע כי הוא החמור יותר ונרשיע אותו בשידול, חשוף לעונש הכי גבוה כמו המבצע.
2. **פלר** מציע: אדם שגם משדל וגם מסייע, המעורבות שלו היא מאוד משמעותית, לא ממשיך לראות מה קרה בעבירה ולבצע (משדל) אח"כ נשאר מעורב וגם עוזר (חורג מרק שידול) = הופך למבצע עיקרי. משדרג את האחריות למעבר בעקבות רמת המעורבות.

**בשורה התחתונה**: העונש המקסימלי בשתי האופציות שווה אומנם הסיווג כמשדלת או כמבצעת יכול להיות בעל נפקות במישורים אחרים (התיוג החברתי, פטור עקב חרטה, אחריות לעבירה שונה או נוספת, האפשרות לייצר נגזרת על נגזרת [משדל למשדל] וכו'...).

פטור עקב חרטה – **ס' 34**:

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

**ההבדל בין הפטור למנסה בס' 28 לבין הפטור לשותפים ס' 34**:

במישור התרומה העובדתית:

**ס' 28** – ברגע שהעבירה הושלמה – אין פטור.

**ס' 34** - גם אם העבירה הושלמה – יוכל לזכות בפטור, אם הודיע בעוד מועד לרשויות לשם מניעת העבירה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת.

**למה הציפייה מהם יותר נמוכה**?

* גם רחוקים יותר, עקיפים.
* העבירה לא תלויה בהם יותר בשותפים העקיפים, הם לא לוקחים חלק בביצוע עצמו. שותף יכול להפסיק את הביצוע, אולם המשדל/מסייע לא יכולים להשפיע, זה מוגבל מאוד ולכן הציפייה מהם לפעול זה בהתאם!
* מבחינת היסוד הנפשי > לא צריך חרטה מוסרית ב**ס' 34** לעומת **ס' 28** (מחפץ נפשו מלבד ומתוך חרטה). הפטור לשותפים מקל בתנאיו יחסית לפטור המנסה, משום המרחק של השותפים מהביצוע העיקרי. ברצוננו לתמרץ אנשים לסקל עבירות תהיה הסיבה אשר תהיה!
* שני הסעיפים נקראים פטור עקב חרטה אך ההסדר בהם הוא שונה! אין צורך באותם היסודות לחלוטין.

**ביצוע בצוותא**:

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

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

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

(1) קטינות או אי שפיות הדעת;

(2) העדר שליטה;

(3) ללא מחשבה פלילית;

(4) טעות במצב דברים;

(5) כורח או צידוק.

(ד) לעניין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד.

רכיב עובדתי:

נתקלים במקרים שיש שיתוף פעולה מוסכם בין השותפים אך חלוקת התפקידים לא שווה. אין את המבצע שלוקח חלק מהותי בביצוע העבירה.

שאלת הסיווג של מבצע בצוותא אל מול משדל לפעמים בעייתית.

לא מסתכלים רק על התפקיד נטו אלא על כלל הנסיבות והפרטים על הסיטואציה. הנתונים השונים משפיעים על הסיווג.

למשל: היה חלק מהתכנון? שירותיו נשכרו ע"י מי שתכנן? לולא ההצטרפות העבירה הייתה מתממשת?

פלוני שותף עם אחרים בביצוע שוד ומאבטח אותם מבחוץ. אם אותו פלוני היה יחד עם הוגי העבירה ותכנן וחילקו תפקידים בהגרלה. צריך לבחון את הסיפור.

**חשין אומר** לפעמים המבצע בצוותא והמסייע דומים מאוד. המלאכה של המשפט להכריע לפי כל עובדות המקרה.

עשיית מעשים לביצוע (מבצע) מול עשיית מעשים כדי לאפשר (מסייע).

**הפסיקה פיתחה מבחנים שאמורים לעזור להכריע מה חלק אותו השותף במקרים השונים**:

**המבחנים להבחנה בין מבצע בצוותא למסייע**:

* הגישה המופיעה בדברי ההסבר להצעת החוק – דורשת שני תנאים מצטברים:
* מעשהו של השותף יהיה חיוני לביצוע העבירה.
* מעשהו של השותף אינו בעל אופי מקדמי-הכנתי בלבד.
* מבחן השליטה הפונקציונאלית:

המבצע בצוותא הוא אדון הפעילות העבריינית. בידיו השליטה המהותית על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת, מתוכנית כוללת, לביצוע העבירה ולכן תרומתו "פנימית". נבין זאת מכלל העובדות במקרה.

* **פס"ד פלונים**:

**עובדות**: 4 בחורים שחוברים לבצע פיגוע בערבים בשוק הקצבים. בהתחלה קושרים קשר לביצוע פשע (לפחות שניים מתכננים פשע ולא חייבים להוציא לפועל, זו כבר עבירה, עבירת הכנה שמופללת בעקבות המסוכנות). נפגשים, מחלקים תפקידים לפי הגרלה – מי זורק, מי תצפיתן, מי שמודיע לתקשורת על העבירה. נפגשים במשרדי התנועה, טל לא מגיע ואומר להם שלא יעשו את זה היום אז הם אומרים שיעשו ואומר להם "תעשו" וזהו. ה3 מחליטים לפעול, מחליפים תפקידים. אחד מהם מודיע מוקדם מידי לתקשורת, בסוף מבצעים עבירה. זאב מהסס לזרוק, נחמיה נוטל את הרימון במקומו וזורק. אדם מת ונפצעים שבעה. בגין המעשים כולם עומדים לדין על רצח, ניסיון לרצח וקשירת קשר (זה הושלם זה ברור).

**השאלה**: מה חלקו של טל בקשר לרצח ולניסיון הרצח באשר לכך שלא ביצע וכן תכנן?

**טל טוען**: שהתחרט. **ברק** דוחה את הטענה שלו כי לא מגיע לו פטור עקב חרטה, לא עשה מעשה שימנע את השלמת העבירה, לא הודיע לרשויות אפילו שזה מה שאנחנו דורשים בכלל ממשדל ומסייע (הוא מבצע).

**המדינה**: רצתה להרשיע אותו כמשדל. הוא יזם, היווה המוח. אפילו לא ביצוע בצוותא.

**ביהמ"ש**: **ברק** מסווג את טל כמבצע בצוותא של רצח וניסיון הרצח (מציע ניתוח שונה לאותה העבירה פשוט כשותף במשקל אחר – זה מותר). המבצע בצוותא הוא אדון הפעילות העבריינית, יש לו שליטה מהותית יחד עם שאר המבצעים על העשייה, הוא חלק מהתכנון, מההחלטה, יש לו אינטרס חזק, העבירה שלו ולכן תרומתו פנימית.

**ביקורת** – האם טל ביצע פעולות? **ברק** שם פחות משקל על ההיבט הפיזי. אם אנסה לאפיין את הפעולות הפיזיות שכן נטל: השתתף בתכנון בעיקר. מעורב בקשירת קשר לביצוע העבירה.

אבל על הקשירה אנחנו מפלילים אז נדרש משהו מעבר? נשמע לנו שהוא באמת משדל כי הוא נטש את העבירה כביכול לא? אז מדוע הוא מבצע צוותא? הוא מבצע בצוותא כיוון שהוא לא רק נטע את הרעיון אלא גם תכנן את העבירה לפרטיה!!!

*האם השתתפות רק בתכנון היא עשיית מעשים לביצוע העבירה*?

**נקבע**: גם מעשה תכנון של שותפות באדריכלות ועיצוב פני העבירה הוא כבר ביצוע בצוותא.

**ביקורת** – בית המשפט מגדיל ומרחיב את ביצוע בצוותא.

**גישה דומה אצל אהרון אנקר** – קו הגבול בין המבצע למסייע. מי ששותף לתוכנית ומתווה את האופן שבו תראה, הוא בעל שליטה עצומה בביצוע העבירה. גם אם אח"כ אחרים יוצאים לביצוע עצמו, השליטה ע"י תכנון העבירה מקנה לאותו שותף שליטה גדולה ולכן > מבצע בצוותא.

אין ספק שהפסיקה מרחיבה את המבצע בצוותא על פני עקרון הסיוע, יש גם פגיעה כלשהי בעקרון החוקיות.

* המבחן המשולב:

שילוב בין פרמטרים המצביעים על התרומה במישור העובדתי והן על המעורבות והיחס הנפשי וצירופם למסה קריטית אחת שתכריע את הכף האם מדובר בביצוע בצוותא או בסיוע.

**פס"ד משולם** – רואים את היישום של מבחן זה.

* מבחן חבות העונש:

**חשין** מציע במספר פסקי דין בעקבות חוזר סיפוק שלו במבחנים האחרים שמבוססים על היסוד העובדתי, שליטה פיזית > מבחן ערכי המבקש להעריך את מעשיו של השותף מבחינת הסנקציה הפלילית הראויה לו. לפי מידת המעורבות של השותף ייקבע עונשו ולפי העונש – הוא יסווג כמסייע או כמבצע בצוותא.

* מה אנחנו מרגישים שנכון לתת לאדם הזה? עונש קל או כבד יותר? לפי זה קובע אם האדם מסייע/מבצע בצוותא.
* נשמע מבחן בעייתי מאוד!
* הרציונל לפי **חשין** יכולים להיות סוגים שונים של מסייעים: הכבד יותר והקל על גבול הכלום. אז את הכבד ואת הכלום ניתן לשניהם אותו עונש? צריך לא להגביל את העונש לחצי לפיו אלא להטיל על כל מסייע עונש לפי מידתו.
* מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון:

מבחן של **מירי גור אריה** > השוואה בין מקרים של ביצוע משותף לבין מקרים שהעבירה יכולה הייתה להתקיים ע"י מבצע יחיד: נבודד את חלקו של כל שותף בעבירת רבת המשתתפים ונבחן במישור היסוד העובדתי בלבד, האם מעשיו נכנסים למתחם הניסיון. אם כן – מדובר במבצע בצוותא; אם לא – השותף יסווג כמסייע.

* למבחן יש חסרון: הקושי שלא תמיד היכולת לבודד היא אפשרית בצורה חלקה.
* למשל: מישהו נוכח וכך הוא תורם, מאבטח. מקרים של שותפות הם מורכבים יותר ממקרים של ביצוע יחיד וכוללים תפקידים שמבצע אחיד לא מבצע (אני יוצאת לשוד לא אוכל לבד לאבטח גם), קשה לבודד את המעשים שלא היו נעשים.
* הרעיון שלה בעיקר להסתכל על אופי התפקיד > הכנתי? נכנס לניסיון?
* **פס"ד מארי פיזם**:

ההבדל בין משדל למבצע בצוותא >

**עובדות**: תכנון רצח בין אמא לסבא של ילדה קטנה. האמא מאסה בה ורצתה להיפטר ממנה. רוני רון מכניס את הגופה שלה לתיק נסיעות, זורק בירקון, נמצאת ולא היה ספק שהוא המבצע הפיזי.

**השאלה**: מה החלק של מארי פיזם?

**במקור**: הטענה הייתה שהיא משדלת בלבד. מה הייתה מערכת היחסים ביניהם?

טוענת שהיא הקטנה אח"כ הוא טוען שהיא המוח והייתה לא השפעה.

**בית המשפט**: מציע לסווג את מארי פיזם בערעור כמבצעת בצוותא. למרות שיש חסר ראייתי בחלק שלה ברכיב ההתנהגותי בעבירה, ברור היה שהשותפות שלה הייתה חיונית לביצוע העבירה והייתה מצויה בלב העשייה העבריינית.

**מיישם את המבחנים** > **מבחן השליטה** – השפעה חד משמעית, יכולה הייתה למנוע בכל שלב. המעגל הפנימי של העבירה היה מצומצם, היא הייתה קרובה מאוד לביצוע העבירה, נטלה חלק מהותי במעטפת שהובילה ואפשרה את הרצח. **המבחן המשולב** – מידת העניין שלה בעבירה הייתה גבוהה! אינטרס ויסוד נפשי גבוה. רגשותיה השליליים כלפי רוז היוו עניין מרכזי לרצח. מעורבות נפשית גבוהה.

**ביקורת** – שהרחיבו את גדרי הביצוע בצוותא על חשבון השידול.

היסוד הנפשי של המבצע בצוותא:

**דרישה כפולה**:

1. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה המושלמת אותה הם מבצעים.
2. מודעות לפעולה בצוותא.

כל אחד מהמבצעים בצוותא צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים ולמזימה העבריינית בכללותה (אם יש עבירה מתוכננת על ידי מישהו אחד ואני יודעת רק את החלק שלי, אז אין מודעות לעבירה בכללותה).

ביהמ"ש: המודעות לתלות ההדדית היא נשמת אפו של הביצוע המשותף.

אז מה דינה של שותפות ספונטנית? סוגיית "עבירת ההמון". החבירה תהיה מודעת!

**29.6.2021**:

**ביצוע באמצעות אחר**:

**ס' 29(ג)** לחוק העונשין: "מבצע באמצעות אחר הוא אדם, שתרם לעשיית המעשה ע"י אדם אחר כשעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים" (כמשמעותם בחוק זה).

* *קטינות או אי שפיות הדעת*;
* *העדר שליטה*;
* *ללא מחשבה פלילית*; - אולי תהיה רשלנות לאחר ולמבצע באמצעותו יש מחשבה פלילית ולכן מנצל את זה מקום שהאחר לא מודע מקום שאדם מהיישוב יכול להיות מודע (לכן לא תמיד האחר פטור לגמרי ויכול להיות מורשע בעבירה יותר נמוכה). **ברוב המקרים** האחר לא נושא באחריות אך אין זה תמיד [במשפט הגרמני יכולה להיות אחריות פלילית בכפוף ליס"נ באופן פרטני ויש גם שילוב שלו עם המשפט האנגלי]. = סוג של סטייה מהגישה של **פלר** [עקרון אחדות העבירה].
* *טעות במצב הדברים*;
* *כורח או צידוק*;
* הוא מבצע לכל דבר (המבצע באמצעות אחר) – בין אם הוא לבד, בצוותא, באמצעות אחר.

הייחוד של מבצע באמצעות אחר בעיקר ברכיב ההתנהגותי, מדובר על אדם שמניע אדם אחר באופן שגורם לאותו אחר לבצע את הרכיב ההתנהגותי של העבירה במקום המבצע באמצעות.

* השיטה נועדה להתגבר כשעבריין שולח אחר לבצע במקומו עבירה (יש לו סייג כמו קטין/ רוצה שאחר יואשם). החוק אומר שברגע שאתה משתמש באחר ככלי בידיך (ניתן לפרשנות "כלי בידיך" = לפי הרשימה האחר נמצא באיזושהי נחיתות - ידע, גיל, שליטה, יכולת) יש ניצול מסוים.

היסוד הנפשי:

חייב להיות היסוד הנפשי של העבירה העיקרית כי הוא מבצע לכל דבר ועניין + מודעות שלו לנסיבה של היות האחר מצוי באחד מהמצבים לעיל [אני יודעת שכשאני שולחת קטין הוא קטין, כשאני שולחת מישהו לא שפוי אז הוא לא שפוי] (גם עצימת עיניים לעניין זה).

המבצע באמצעותו הוא עקיף כביכול:

**המשותף למצבים השונים**:

ה"אחר" פטור מאחריות פלילית לאותה עבירה שבה ניתן להרשיע את המבצע באמצעותו בהיותו מצוי במצב מחוסר אשם.

* מה ההבדל בין שידול לביצוע באמצעות אחר?

פה הוא לא רק משדל אלא גם כביכול ממש שולט באותו אדם. בשידול הדוקטרינה מניחה שלא חייבת להיות היררכיה בידע ,סמכות וכוח בהכרח. אני יכולה לשדל פלוני שיכול להסכים/לא (יכולה להיות היררכיה אך לא מתחייבת למשל: **אסקין**). המשדל והמשודל חשופים לאותו המידע.

בביצוע ע"י אחר > באחר חייב להיות פער באחריות הפלילית בינו לבין המבצע באמצעותו > יכולה להיות אחריות אך פחותה מהמלאה (שלא כמו במשדל). עשאו ככלי בידיו = ממש משתמש בו כזרוע ארוכה. המשדל לא משתמש כזרוע ארוכה כי הוא יוצא מהתמונה לאחר נטיעת הרעיון. בנוסף = יסוד נפשי > המבצע באמצעות צריך יס"נ מלא לעבירה העיקרית, המשדל צריך כוונה לשדל + כוונה שהעבירה העיקרית תקרה על כל יסודותיה.

* אצטרך להוכיח במשפט שהאחר פעל בסייג מסוים ושהמבצע באמצעותו ידע שהוא פועל מסייג.

מקרה על התפר שבין שידול למבצע באמצעות אחר:

המקרה שנקרא **שליטה ארגונית**:

דמיינו מקרה של רב עבריינים שעומד בראש ארגון פשע ושולח את חייליו לבצע עבירות מבלי שהוא מלכלך את הידיים.

בארגוני הפשיעה בניגוד לאינטואיציה בנויים כך שמפקד בכיר לא משתתף בביצוע הפיזי אלא אפילו לא מכיר את המבצע הספציפי, לא מתעסק בו, ממדרים עצמם מלהכיר את הפעולה הספציפית אפילו כבר מההתחלה. מבנה הניהול לא מרוכז אלא מבוזר (כמו בחברה האזרחית ממש). השאלה היא מה אחריות ראש הארגון לעבירות הספציפיות תחת פעולת הארגון שלו > מצד 1 הוא מעורב כי הוא המפקד אך כלל לא מודע לעבירה הפרטנית.

**איך נטפל**?

* **פס"ד מרואן ברגותי** >

**עובדות**: היה ראש פתא"ח, אחראי על שורה של פעולות טרור, גייס כספים, נתן את האני מאמין והסיפור הוא שהוא הועמד לדין ע"י עשרות פיגועים שהוא עצמו לא ביצע אותם אלא ע"י כמה חוליות מהארגונים עליהם פיקד. לא היה ספק שהוא התווה את המדיניות הכללית. לאנשי השטח הייתה נתונה עצמאות בביצוע הפעולות הקונקרטיות (אפילו בכוונה כי שיוכל להתגונן). בסופו של דבר לאחר התלבטות > שברור שהוא לא רק משדל אלא שותף עקיף, ההיררכיה מיוחדת כך שהוא יודע שהדברים שיאמר יבוצעו לא משדל במהות השידול. מצד שני ביצוע בצוותא זה גם קשה כי הוא לא משתתף בעבירה ולא מתכנן אותה, הוא רק מתווה את המדיניות, אין יס"נ. ביצוע בצוותא מניח גם שוויון מסויים בין המבצעים, כאן ברור שיש היררכיה! בעייתי גם מבצע באמצעות אחר כי לחייליו יש אוטונומיה, הם מודעים למשמעות מעשיהם.

שום דוקטרינה לא מתאימה בצורה מושלמת למקרה של רב עבריינים.

**יש מבוכה**: ברור שלא יצא בלי כלום, מצד שני לא מתאים לאחת מהדוקטרינות.

**בסוף**: בסוף הוא זוכה מההרשעות.

* **פס"ד משולם**:

**עובדות**: מראה את ההתלבטות, איך נתייחס לאדם שברור לנו שהוא עומד בראש קבוצה ששמו לעצמם למטרה לחשוף את ילדי תימן שנחטפו. לקח על עצמו כחלק מהרצון של חשיפת העוול לילדי תימן > לנסות לפעול באופן ציבורי כדי לעורר את הסיפור. היה כריזמטי, 'קנה' תומכים. בסוף הוא סרב לפנות מכלית ליד ביתו שחסמה את הדרך לנהג כלשהו. הוא הזעיק חלק מתומכיו והחל עימות ביניהם למשטרה. נעצרו חלק מתומכיו, הגיעו לביתו והתבצרו. מתחילים חילופי יריות, הוא אומר – אני מתנה את הפסקת האש בכך שישחררו את תומכיו...ממשיכים במאבק, מסרבים להפסיק. ממשיך לאיים אם לא יהיה שינוי סביב ועדת חקירה עם חוטפי ילדי תימן הוא ימשיך, דם שוטרים יהיה על המדרכה וכו'.

**בסוף**: נעצר, לאחר המעצר תומכיו ממשיכים במאבק ויורים לעבר כוחות המשטרה (לעבר המסוק). מה האחריות שלו כלפי הירי למסוק אם לא היה שם?

**השאלה המשפטית**: מה האחריות של משולם לירי תומכיו אחרי המעצר שלו?

היו ברור שכשהם איתו הוא מבצע בצוותא אבל עכשיו יש פה שאלה, אין אחריות רגילה.

**דיון**: בעליון > נחלקו בדעתם:

**גלגול ראשון שופטי הרוב**: ביססו את אחריותו כמשדל > האחריות לשליטה בתומכיו לא מגיעה לביצוע בצוותא אלא מעין חלק פעיל בביצוע העבירה עצמה. לא היה בזירת העבירה ולכן לא מבצע בצוותא.

**דורנר בגלגול ה2**: אומרת שאי אפשר לייחס אחריות מעבר לשידול כי הוא שותף עקיף, נטע בעיקר את הרעיון.

**אבל**: אין לו מחשבה פלילית לעבירה בעלת ייעוד מוחשי => בית המשפט התעלם מזה.

**בדיון הנוסף דעת הרוב הופכת את ההחלטה**: שופטי הרוב (מצא, קדי, חשין, ברק) > משולם אחראי כמבצע בצוותא של הירי לאחר שנעצר. **ברק** מנמק את השינוי בכך שלמשולם יש מעמד. חשין אפילו אומר שזה למען האליבי שלו נעצר, הוא כן חלק מהביצוע. לא נותנים לזה יד ומחליטים שהוא מבצע בצוותא.

**הקושי**: אין יס"נ לעבירה בעלת ייעוד מוחשי, יש קושי משפטי בהכרעה הזו.

**ביקורת**: הובילה לחקיקה חדשה לרפורמה של – *חוק מאבק בארגוני פשיעה*.

החוק לוקח כיוון אחר > החוק בעצם מבסס את האחריות הפלילית של ראשי ארגון פשיעה ונושאי תפקידים מסוימים בארגון פשיעה על עבירות סטטוס.

הדרך לעקוף את בעיית היס"נ > אם אתה נושא באחריות/ יש לך תפקיד בארגון זה **הסטטוס שלך** = אתה אוטומטית נחשף לעבירה של בכיר בארגון פשיעה (הופכת לעבירה בפי עצמה).

העונש > בין 10-20 שנות מאסר, תלוי בחומרת הפעילות העבריינית בארגון.

הקושי > מה הוא ארגון פשיעה? בעיה בפרשנות. בנוסף: העונש הוא קטן ממה שמקבלים מי שבאמת ביצע את העבירה. אין הלימה בין העבירה הספציפית המסוימת תחת פיקודך לעונש שאתה מקבל.

אם העבירה היא גניבה? זה רק 3 שנים והוא יקבל 10. אם זה רצח? זה מאסר עולם ויקבל רק 10.

זה לא פתרון מושלם. מספק לבעיה של שליט ארגוני = פתרון גס. (100 עבירות שנעשו בארגון, לא משנה, משתמשים בחוק שאי אפשר להוכיח קשר ישיר לעבירות אבל רוצים להרשיע אדם בשל הסטטוס שלו).

ניתוק כמעט מוחלט בין השליט הארגוני לעבירות הקונקרטיות המתבצעות בארגון.

(א) העומד בראש ארגון פשיעה, או העושה אחד מאלה באופן שיש בו כדי לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון פשיעה, דינו – מאסר עשר שנים:

(1) מנהל, מארגן, מכוון פעילות בארגון פשיעה או מפקח עליה, והכל במישרין או בעקיפין;

(2) מממן במישרין או בעקיפין פעילות של ארגון פשיעה או מקבל מימון לצורך הפעלת הארגון, או מחליט בעניין חלוקת כספים בארגון פשיעה.

(ב) הנותן שירות ייעוץ לארגון פשיעה במטרה לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון הפשיעה, דינו – מאסר עשר שנים.

* שימוש בחוק: **פס"ד אסי אבוטבול**:

**עובדות**: ארגון שעסק בסחיטה באיומים. "יש לך ד"ש מאסי אבובטבול", היה מספיק כדי שאנשים יהיו בסחיטה באיומים.

**אסי טען**: כל פעם אמר שלא איים, רק מסר ד"ש ועוד מישהו אחר מסר בשמו.

**בעיה**: להוכיח שזה ארגון פשיעה, אין עדים, אף אחד לא מוכן להיכנס, מישהו שעיר לעזאזל.

**שורה תחתונה**: אסי נכנס לכלא, רואים העמדות לדין נוספות על בסיס החוק.

**עבירה שונה או נוספת**:

ס' 34א > עבירה נגררת, מתבצעת עוד עבירה מעבר לעבירה המתוכננת. מה יהיה החלק של השותפים לעבירה הנגררת ביחס לעבירה המתוכננת.

1. (1) > מבצע בצוותא יישא באחריות לעבירה הנוספת מקום שאיש אחר יכול היה להיות מודע. אם העבירה היא עבירת כוונה המבצע בצוותא יישא באחריות כעבירה של אדישות בלבד. (למרות שלא הייתי שותפה לתכנון הזה, לא ידעתי שזה יקרה = החוק אומר שבגלל הסיכון המוגבר שיצרתי, הצטרפתי לביצוע עבירה עם אחר אני צריכה לקחת בחשבון שדברים ייצאו משליטה). במישור ההתנהגות והמחשבה הפלילית לא תרמו.

*רציונל* = יצירת סיכון.

1. משדל/מסייע, במקום שאדם מהיישוב יכול היה להיות מודע יישאו כעבירה של רשלנות אם קיימת עבירה כזו. אם אין עבירה מקבילה של יסוד הנפשי (למשל: אין אינוס ברשלנות) אז לא יהיה. מבחינת התנהגותית לא תרמו.

* **ברק בפס"ד סינגאדו**: ההסדר כן חוקתי. פוגע בעקרון האשמה אך בעקבות רציונל יצירת הסיכון ובשל ריכוך האחריות לשותפים זה מתקבל.

**הדר** חושבת שזה לא חוקתי!

**סייגים לאחריות הפלילית – סיכום מועתק ממחברת מקוצרת**:

כורח - **ס׳ 34יב** יסודות:

1. מעשה שנצטווה לעשותו - לפי **פלר** יש צורך בדרישה ספציפית

2. תוך איום – ישיר (**פס"ד אלון**).

3. שנשקפה ממנו סכנה מוחשית - ישנה מחלוקת האם יש צורך שאיום יהיה מידי. לפני התיקון - היה אולם **קדמי בדעת מיעוט בבשיר** - אם קיים קיפוח חיים קיימת דרישה למידיות.

4. פגיעה חמורה בחייו, גופו או רכושו שלו או של זולתו

5. אנוס

**רציונליים** –

1. הגנה בפני איום ישיר (**פס״ד אלון**).

2. נועדה למנוע ״גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה״ – **פלר**

3. תיוג/ צדק - אדם שעושה מעשה מחמת כורח אינו עבריין אלא משמש שליח של העבריין ולכן לא ראוי לתייגו כעבריין.

4. אין פגיעה בערך חברתי מוגן בעקבות מעשה שנעשה מכורח – המעשה לא נעשה מיזמתו של המבצע ואין סכנה שיחזור עליו אם לא ייענש. המעשה אינו תוצאה של עמדה אנטי חברתית. הסכנה לחברה היא מהעבריין ולא מהמבצע בפועל ולכן ענישה במקרה זה לא תמנע מהמאוים לציית בשנית לעבריין.

- סוג הסייג - סייג מסוג הפטור.

הגנה עצמית - ס׳34י יסודות:

1. נחיצות – מתחלק לשני סוגים: **פס״ד קליינר**

א. נחיצות איכותית - "האם הייתה אלטרנטיבה אחרת״ (יש לדון בחובת הנסיגה **מפס"ד זלנצקי** ארבל – יש הסוברים שאין חובת נסיגה כאשר אדם נמצא בביתו. ארבל לא מסכימה וסוברת שחובת הנסיגה מוטלת במקרים שהיא אפשרית ואפקטיבית, גם אם מדובר על ביתו של הנאשם).

ב. נחיצות כמותית - האם היה צורך בכמות הכוח שהופעלה.

2. תקיפה שלא כדין - מעשה ההתגוננות צריך להיות תגובה לתקיפה ולא מעשה בעל אופי התקפי בפני עצמו -**פס״ד זלנצקי**.

3. מידיות - מעשה ההתגוננות צריך להיות ברגע שהסכנה מוחשית ולא לפני ועליו להיפסק ברגע שהסכנה חודלת - **פס״ד אביסידריס** . ניתן להסתפק בכך שהסכנה מוחשית וקרובה למימוש בבחינת ״הבא להרגך השכם להרגו״ - **פס״ד קליינר**.

4. סכנה מוחשית

5. התנהגות פסולה -״לא הייתה התנהגות פסולה בכניסה למצב״.

*3 תנאים*- **פס״ד קליינר**:

א. התנהגות פסולה מצד המותקף.

ב. קש״ס עובדתי בין התנהגות פסולה לבין התקיפה.

ג. יסוד סובייקטיבי של צפיית התפתחות הדברים.

6. פרופורציה סבירות **ס׳ 34טז**. נבחן בעיני החברה הכללית ולא בענייו של המותקף. על מעשה ההתגוננות לעמוד ביחס סביר בין מידת הכוח שהפעיל המותקף לבין חומרת הסכנה שיוצר התוקף על ידי נקיטת האמצעי הפחות מזיק שיש ברשותו באותן נסיבות כדי למנוע את הנזק (**בועז סנג׳רו**).

- **יסוד נפשי**: יש שסוברים שהיסוד המינימלי הוא מודעות לקיומה של ההגנה, ולפי **סנג׳רו** - יש צורך בכך שעשיית המעשה היה במטרה להגן.

**רציונליים**:

1. למנוע פגיעה של אדם חף מפשע **אהרון אנקר ורות קנאי**.

2. ליצור איזון בין האינטרסים הלגיטימיים של התוקף והמותקף כאשר למותקף ישנו יתרון על התוקף מאחר והאחרון אשם ביצירת המצב הבעייתי - **בועז סנג׳רו**.

3. למנוע פגיעה במאזן החברתי הנכון - **בועז סנג׳רו**.

•אם לא עומדים בתנאים להחלת הסייג לבחון האם בכל זאת ניתן להקל בעונש - **אהרון אנקר ורות קנאי**.

* סוג הסייג - סייג מסוג הצדק (**בועז סנג׳רו)** אם מדובר בהגנה עצמית מדומה - הסייג הוא מסוג הפטור.

צורך - ס׳ 34 יא יסודות (**אהרון אנקר ורות קנאי**):

1. סכנה מוחשית

2. פגיעה חמורה

3. מצב דברים נתון

4. נחיצות איכותית

5. נחיצות כמותית

6. מיידיות

7. לא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו

8. סבירות

רציונליים + סוג הסייג:

אין הכרעה לפי החוק לאיזה רציונל הוא מתכוון, ולכן ניישם שני הרציונליים בבחינת יסודות הסייג.

*צידוק* - אדם עומד בפני בחירה בין שתי רעות, ובוחר באפשרות המזיקה פחות. משכך, נראה בהתנהגותו (המזיקה והאסורה כשלעצמה) מוצדקת, שכן היה בה כדי למנוע נזק גדול אף יותר. לכן, יושם הדגש על הוכחת מאזן הנזק והתועלת שבין מעשה הנאשם לבין הסכנה אשר נמנעה בגינו.

*פטור* - נראה את מעשהו של הנאשם כמעשה פסול במהותו, אך למרות זאת, יזכה הוא בפטור מאחריות פלילית בשל המצב הקשה והדוחק בו היה נתון בגין הסכנה אשר עמדה בפניו, ואשר הביאה אותו לנהוג כפי שנהג. לכן, יושם הדגש על הנסיבות הקשות שבהן פעל הנאשם, ואשר הביאוהו לביצוע העבירה.

טעות במצב דברים - ס׳ 34 יח (יכול להתלבש על ״הגנה עצמית״):

*קיימים שני סוגים של טעות*:

1. טעות במצב עובדתי - טועה בקריאת הסיטואציה (חושב שאני מקיים יחסי מין עם בחורה בת 17, כשבפועל היא בת 14). במקרה של טעות זו הסייג יחול.
2. טעות המצב משפטי - בו אני לא יודעת שמה שאני עושה הוא עבירה פלילית. (סוחר שיצא להפלגה ונמצא ללא תקשורת ושעה לפני שהוא מגיע לנמל נחקק חוק חדש שאי אפשר לפרוק סחורות בנמל).

\*\* חשוב לציין שבטעות במצב משפטי לא ניתן לטעון לאי ידיעת החוק, כי אי ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש, אלא אם לא יכול היה לבדוק. על כן, לרוב במקרה של טעות מסוג זה- הסייג לא יחול.

**סייגים לסייגים**:

סייג לסייגים (כורח, צורך, הגנה עצמית), לפיו קיים מצב שבו למרות שתנאי הסייג מתקיימים, המאוים אינו זכאי לפטור עקב מעשיו.

כניסה למצב בהתנהגות פסולה - ס׳ 34יד סייג לסייגים (כורח, צורך, הגנה עצמית), לפיו קיים מצב שבו למרות שתנאי הסייג מתקיימים, המאוים אינו זכאי לפטור עקב מעשיו:

**תנאים להחלת הסייג לסייג**:

1. כניסה מרצון.

2. התנהגות מוקדמת פסולה במהותה של העושה שמודע למשמעותה הערכית בטרם ביצע אותה.

3. צפיית המעשה האסור בטרם הבחירה להיכנס למצב מנקודת מבטו של אדם מן היישוב.

**חריג להחלה הסייג לסייג > הצלת אינטרס הזולת – שני תנאים**:

1. המאוים בחר להיכנס למצב המסוכן לצורך הצלת אינטרס הזולת.

2. הפגיעה באינטרס הזולת, שגרם מבצע העבירה, קטנה מהפגיעה באינטרס הזולת שלשם מניעתה נכנס למצב לכתחילה.

חובה לעמוד בסכנה או באיום – ס׳ 34טו:

אם מוטלת חובה על-פי דין על האדם או מכוח תפקידו לעמוד בסכנה או באיום, הסייגים לא יעמדו לו.