**עקרונות המשפט הפלילי:**

1. **עקרון החוקיות ס׳ 1:**

לעיקרון החוקיות שני חלקים:

* לפרט מותר לעשות כל דבר שלא נאסר עליו בחוק.
* לשלטון אסור לעשות דבר אלא אם כן הוסמך לכך בחוק

**תתי עקרונות מרכזיים בעיקרון החוקיות:**

1. **בהירות וודאות נוסח החוק**: בארץ, אם יש עמימות בית המשפט יזכה ויציע למחוקק להסדיר את החוק.
* פס״ד אשד(חברת תחבורה אישום תקלה בציבור): סעיף רחב - כל הנמצא בציבור עלול להביא ״לתקלה ציבורית״ ולכן, אינו עומד בקריטריונים הבסיסיים של בהירות (בוטל בהמשך).
* פס״ד אלפרון (בני הדייג ירי) - אם הנורמה הפלילית לא מספיק ברורה, הנאשם יזוכה. עבירת ״תקלה ציבורית״ אינה ברורה ואינה אומרת דבר ולכן הנאשם זוכה.
* פס״ד בר שלום (תמרור) – כאשר הוראות החוק אינן ברורות, אין להרשיע. התמרור לא היה ברור ולכן, זוכתה.
* פס״ד שב״ס (מנכ״ל רוה״מ מרמה והפרת) - גם אם ישנה עבירה בעייתית שראוי לבטלה כי נוגדת את עקרון החוקיות, כאשר החוק חל רק על **עובדי ציבור** – אין לבטל את העבירה מאחר ומצופה מהם לסטנדרט גבוה יותר. זה חלק ממה שמקבל על עצמו עובד ציבור.
1. **עיקרון הפומביות:** כל הוראת דין פלילית צריכה להתפרסם ברשומות- "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". המטרה- הכוונת התנהגות (כלכל את צעדיך).
2. **איסור חקיקה למפרע** **(ס׳ 3-6)**- לא מענישים למפרע בצורה **שתחמיר** (למעט עדכון שיעורו של קנס)- עונש שמקל מותר (ס' 3).
3. **פרשנות מצמצמת (ס׳ 34כא)**- פרשנות פלילית צריכה להיות מצמצמת (לטובת הנאשם). אם לשופט יש 2 אופציות פרשנות, עליו לצמצם את גדרי האיסור הפלילי.
* פס״ד מזרחי (אסיר חופשה ברח/לא חזר)- **ברק-** יש לתת פרשנות תכליתית והגיונית קודם ורק אז, לאור תכלית החוק- בתנאי שקיימות **מספר חלופות** לפרשנות, יש לבחור בזאת המקלה עם הנאשם לפי ס׳ 34כא. ביקורת- זה לא כתוב בחוק ולכן, יש ללכת עם הפרשנות המקלה קודם.
* פס״ד אהובה לוי (אוזניה אחת)- כאשר הסעיף ניתן לשני פירושי סבירים יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם. (הסעיף אמר ״כשלאוזניו צמודות אוזניות״ אצלה מדובר באחת).
* פס״ד לוין (מסמכים פריקה וטעינה)- פרשנות תכליתית קודם כל. יש להבין את הנורמה והפואנטה, ולאחר מכן נפרש בצמצום.
1. **עיקרון ההתנהגות, עקרון היסוד העובדתי- "**אין עונשין על מחשבות שבלב" רק על מעשים בפועל, כולל מחדל.
2. **עיקרון חלות החוק-** עבירות שהתקיימו בחו"ל ואינן מהוות עבירה בישראל. מעמידים אנשים לדין כשהחוק חל עליהם ואם לא חל עליהם- לא יועמדו לדין. ס׳ 12 - **דיני העונשין חלים על עבירות פנים ולא חוץ,** קרי לפי ס׳ 7: עבירה שנעברה כולה או מקצתה בישראל או מעשה הכנה לעבירה/ניסיון/ניסיון שידול/קשירת קשר לביצוע עבירה שנעשו בחו"ל ובלבד שהעבירה- כולה או מקצתה הייתה אמורה להיעשות בתוך ישראל.

**חריג לפי ס׳ 13-** החוק יחול על עבירות חוץ שנעשו נגד ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או סודותיה, סדרי המשטר והפעילות התקינה של הרשויות.

1. **עיקרון האשם-** על מנת להטיל אחריות בפלילים יש צורך שההתנהגות תישא אשם פלילי הכולל ארבעה יסודות מצטברים:
2. אחריות אישית: כל אחד נושא באחריות אך ורק על חטאו האישי, אין אחריות קולקטיבית (יש סייגים: שותף לפשע, אי גילוי).
3. כשרות פלילית: (לא קטינים, חולה נפש וכו׳).
4. יסוד נפשי-לדוג' כוונה להמית. היסוד הנפשי משתנה בין עבירה לעבירה (מודעות, כוונה, אדישות, רשלנות וכו').
5. היעדר סייג לאחריות פלילית (שיכרות ללא ידיעתי (סם אונס), הגנה עצמית וכו').
6. **עיקרון הסימולטניות**

השתלבות של היסוד הנפשי למעשה עצמו. היסוד הנפשי **יוליד** את היסוד העובדתי, המעשה והמחשבה צריכים להיות סמוכים בציר הזמן.

* פס"ד ג'מעמאה (חניקה באר טביעה)- כל עוד קיימת כוונה ואף סדרת פעולות רצופות כוונה – העבירה מתקיימת ואין זה משנה אם בפועל המטרה הושגה מאוחר משחשב או ע״י גורם אחר.

**כאשר מנסים לסתור את עיקרון הסימולטניות ישנן דרכי התמודדות:**

1. דוקטרינת העבירה הנמשכת: אין חובה שהמזיגה תהיה כל הזמן, מספיק שיש נקודה מסוימת של התמזגות כדי להחיל אותה על כל ההתנהגות.
2. דוקטרינת "התנהגות חופשית במקור": אם אדם נכנס למצב הפסול מבחירתו החופשית, לא יהיה פטור מאחריות פלילית (נהג כשהוא יודע שהוא עייף).

**רפורמת עבירות ההמתה**

הרפורמה מרחיבה את מנעד העבירות שניתן לייחס לנאשם בהתאם להתנהגותו, למידת האשמה שבמעשה ולצורך להגן על ערך חיי אדם. המדרג יאפשר להביא להלימה טובה יותר בין חומרת העבירה לבין התיוג והעונש שלצדה.

|  |  |
| --- | --- |
| לאחר הרפורמה: | בעבר: |
| **העונש:** | **העבירה:** | **העונש:** | **העבירה:** |
| מאסר עולם חובה | רצח בנסיבות מחמירות (מתוך כוונה או אדישות- לפי סעיפי החוק) | מאסר עולם חובה | רצחבעבר- באדישות לא היה מוגדר כרצח אלא כהריגה (עונש קל יותר). |
| מאסר עולם עונש מרבי | רצח (מתוך כוונה או אדישות) |
| עד 20 שנות מאסר (כאשר מדובר בהמתה עקב התעללות- 15 שנה). | המתה באחריות מופחתת\*\*מאפשר תיוג נכון יותר למידת האשמה של הנאשם | עד 20 שנות מאסר | הריגה |
| עד 12 שנות מאסר | המתה בקלות דעת |

**יסוד עובדתי** (ס' 18) אקטוס ראוס

אין עבירה פלילית ללא מעשה. כל עבירה פלילית צריך שיהיה בה משהו במעשה. לכל עבירה פלילית יש שני יסודות- עובדתי (העובדת המרכיבות את המעשה) ונפשי (הלך הנפש ומצבו המנטלי של העבריין).

חריג: מילה הטומנת בתוכה גם חלק מהיסוד העובדתי וגם מהיסוד הנפשי, מילים שמבחינה מושגית-לוגית אינן יכולות להתקיים במציאות ללא מודעות להתקיימותן. למשל: "המשדל" בסעיף 422 לחוק העונשין, "המנצל" בסעיף 431 לחוק העונשין, ה"בורח" בסעיף 257 לחוק העונשין. אדם אינו יכול לשדל, לנצל או לברוח בלי שהוא מודע להיותו משדל, מנצל או בורח.

**הצדקות לעיקרון היסוד העובדתי ("אין עונשין על מחשבות שבלב"):**

* הכוונת התנהגות - מטרתו הראשית של המשפט הפלילי היא להכווין התנהגות.
* היעדר סכנה - כל עוד מדובר במחשבה, אין סכנה. הסכנה מופיעה רק במעשה.
* שמירה על זכויות הפרט – מניעת פליליות יתר.
* פרקטיקה - אי אפשר לאכוף מחשבות.
1. **קיימות שתי סוגי עבירות:**
2. **עבירה התנהגותית**: עצם המעשה היא העבירה. ללא קשר לתוצאה. יש להוכיח את המעשה ואת הנסיבה. דוגמאות-
	* ס׳ 381 – גניבה. החוק אומר שאם גנבת דינך מאסר 3 שנים. החוק לא דן במה קרה עם הגניבה,האם הגיעה לגנב או לא, ואם היא יקרה או זולה ובכלל מה היא הגניבה. התוצאה לא משנה.
	* סעיף 345 - אינוס. קיום יחסי מין (מעשה) עם אישה שלא בהסכמתה (נסיבות) הוא אונס. אין צורך בתוצאה (על אף שברור שיש תוצאה נפשית וכדומה).
	* סעיף 378 - תקיפה. עצם זה שמישהו היכה אדם זו העבירה. התוצאה לא משנה.
	* סעיף 368ג' - התעללות בקטין. העושה (מעשה) בקטין (נסיבה) או בחסר ישע (נסיבה) מעשה התעללות גופנית (מעשה), נפשית (מעשה) או מינית (מעשה), דינו - מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים. התוצאה גם לא משנה.
	* סעיף 192- איומים. איום זו הפעולה. נסיבות זה למשל איום על חירותו/פרנסתו כו'. גם כאן התוצאה לא משנה.
3. **עבירות תוצאתיות:** עבירות שבנוסף למעשה יש גם תוצאה. יש להוכיח את המעשה, את הנסיבה ואת התוצאה ולהוכיח את הקשר הסיבתי ביניהם. קיימות הרבה עבירות שבהן התוצאה לא ברורה לגמרי. דוגמאות-
	* עבירות המתה- שמעון יורה באקדח ולוי נהרג. ההתנהגות- שמעון יורה בלוי. הנסיבות: אקדח התוצאה: מוות.
	* סעיף 303- המתת תינוק. אישה שגרמה במעשה או במחדל למות ילדה דינה מאסר 5 שנים. כלומר, חייבת להיות תוצאות המוות.
	* סעיף 397- הריגת חיה כדי לגנבה. "ההורג חיה הניתנת להיגנב בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם, דינו כאילו גנב את החיה." התנהגות: הרג. נסיבות: חיה שניתנת להיגנב. תוצאה: חיה שמתה.
	* סעיף 380- תקיפה הגורמת חבלה ממשית. התוקף (מעשה) חברו (נסיבה) וגורם לו **בכך חבלה של ממש** (תוצאה), דינו - מאסר שלוש שנים. יש הבדל בין זה לבין חבלה רגילה (3 שנים).
	* סעיף 302- המביא אדם (נסיבה) לידי התאבדות (תוצאה) שידול או עצה (מעשה) או מסייע (מעשה) אדם (נסיבה) להתאבד (תוצאה).

**ההבדלים בין עבירות תוצאתית לבין עבירה התנהגותית:**

1. בעבירה תוצאתית, חייב תוצאה כדי שתתגבש עבירה. אם אין תוצאה - העבירה לא הושלמה.
2. בעבירה תוצאתית, חייב להוכיח קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה.
3. בעבירות תוצאה נדרשת מחשבה פלילית ביחס לתוצאה.

**כיצד נבחין בין עבירה התנהגותית לתוצאתית?**

* ברירת המחדל היא שהעבירה היא התנהגותית אלא אם מהנסיבות או מהניסוח עולה אחרת.
1. לחשוב מה מטרת הסעיף: אם הסעיף נולד כדי למנוע התנהגות, מדובר בעבירת התנהגות( דוגמא-סעיף "הגונב" נועד למנוע את הגניבה). אם הוא נועד כדי למנוע תוצאה- מדובר בעבירת תוצאה (דוגמה - מוות).
2. היסוד הדומיננטי: מה הסיפור המרכזי? ההתנהגות או התוצאה? למשל, "החובל בחברו חבלה", מטרת הסיפור היא החבלה ולא איך נעשתה החבלה ולכן זו עבירה תוצאתית.
3. אם יש את המילה **גרם/גרימה** זה מרמז לנו על עבירה תוצאתית.
4. תוצאה היא תולדה מאוחרת שנפרדת מההתנהגות – אם אין לנו שתי נקודות נפרדות כשהשנייה מאוחרת מהראשונה, זו עבירת התנהגות. כלומר, כשאי אפשר לנתק את המעשה והתוצאה מבחינה כרונולוגית- זו עבירת התנהגות.

חריג: עבירות שההתנהגות היא גם התוצאה - למשל כמו ס' 334 – פציעה. ההגדרה היא "הפוצע חברו שלא כדין". "הפוצע" במקרה זה מהווה הן את ההתנהגות והן את התוצאה).

1. **רכיבי היסוד העובדתי ס׳ 18:**
* כל פעם שמופיע ללא הסכמה- זו הנסיבה.
1. רכיב התנהגותי: מעשה - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת או מחדל - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה..
2. רכיב נסיבתי: נסיבות שהופכות את ההתנהגות לאסורה ומקנות לה אופי פלילי (לדוג' אבקה/סמים).
3. רכיב תוצאתי: המבטא את התוצאה שגורמת ההתנהגות העבריינית. כאן גם נדרשת מחשבה פלילית ביחס לתוצאה.
4. בעבירות תוצאה - יש להוכיח קש"ס כפול בין ההתנהגות לתוצאה.
5. **קיימות שלוש סוגי עבירות שבהן ההתנהגו לא מתבטאת במעשה אקטיבי:**
6. **עבירות סטטוס-** רכיב התנהגותי שלא דורש שום מעשה. די בכך שאדם נמצא **במקום** (שהייה במקוםלמטרת ביצוע פשע)או **במצב** מסוים (חבר בארגון טרור), ללא שום פעולה מצידו על מנת שנראה בו כמי שביצע את העבירה.

מדוע מענישים בעבירות סטטוס? ההתנהגות הפסולה נמצאת בזה שהאדם הגיע מלכתחילה למצב הזה או שלא עשה מאמץ לצאת ממצב זה במידה והגיע שלא בתכנון לשם.

דוגמא: שהייה במקום במטרה לבצע גניבה או פשע - 406(א), חבר בהתאגדות אסורה – ס' 147.

1. **עבירות החזקה- ס' 34כד (הגדרה) + סעיף ספציפי של עבירת החזקה**

באה לידי ביטוי בשליטה, שליטתו של אדם על סם, נשק, רכוש גנוב וכו׳. אין זה משנה אם הדבר מצוי בידו/בידו של אחר/בכל מקום שהוא, השליטה היא העיקר. למשל: ס׳ 186 החזקת אגרופן/סכין שלא כדין.

ס׳ 8 בפקודת הסמים המסוכנים: לעניין אישום בשל אחזקת סם מסוכן, אין נפקא מינא אם הסם המסוכן נמצא ברשותו של הנאשם, או ברשות המחזיק אותו מטעמו של הנאשם, או אם הסם של הנאשם נמצא ברשותו של אדם אחר ללא ידיעתו של אותו אחר, או אם הסם נמצא במקום שאינו ברשותו או שאינו נתון לפיקוחו או להשגחתו של שום אדם.

**סוגי החזקות:**

1. **החזקה ממשית**, שליטה אמיתית – במרכזה עומד ״עקרון השליטה״ המורכב ביסודו משני יסודות:

היסוד הפיזי: החפץ נמצא בשליטתו של אדם ולו היכולת לקבוע את גורל החפץ -יכולת עשייה פיזית בחפץ, בין אם מצוי פיזית בידיו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא. **ברק** בפס״ד הוכשטט

היסוד הנפשי: מודעות לשליטה ולמהות החפץ המוחזק או הרצון לשלוט או להחזיק בנכס.

1. **החזקה קונסקרטיבית (סיפא ס׳ 34כד), שליטה מיוחסת** פס״ד הוכשטט - מצב בו אדם יחשב כמחזיק גם אם אין לו שליטה של ממש בחפץ. **התנאים:**

(1)לפחות אחד מבני החבורה הוא מחזיק פיזית.

(2) מודעות והסכמה של שאר בני החבורה לעצם ההחזקה. יסוד ההסכמה – לא מדובר על הבעת נכונות אלא, הידברות מוקדמת/עסק משותף שבמסגרתה נעשית ההחזקה הממשית של אחד להחזקה קונסרבטיבית של אחר. **ברק** בפס״ד הוכשטט

1. **פחות רלוונטי - "החזקה באמצעות אחר"** מצב בו אדם מחזיק בנכס באמצעות שימוש באדם אחר. למשל – עבריין נותן לקטין לשמור לו על תיק עם סמים/ עבריין משתמש בחולה נפש כבלדר לעסקת נשק. השוני לעומת החזקה קונסרבטיבית – אין צורך בידיעה של אדם אחר.
* פס״ד הוכשטט(משלוח סמים מכס): **השליטה היא גם ישירה אך גם קונסטרוקטיבית**.

היסוד העובדתי: משהגיעה חבילת הסמים למכס, המערער היה **בעל השליטה** בה – רק הוא יכל לתת ייפויי כוח שיאפשר שחרורה. **גם עצם יכולתו למנוע מאחרים לשחרר את החבילה הופך אותו לבעל השליטה.** היסוד הנפשי: ידע על תוכן החבילה וידע שהוא מסוגל לעצור מבעד חברו.

**חזקות משפטיות**

לעיתים קרובות סוגיית ההחזקה מעוררת קשיים ראייתית- מי בדיוק החזיק ברכוש/ סם/ נשק וכו?. לכן, הוסיפו לחוק כל מיני חזקות משפטיות - מעביר את נטל ההוכחה והשכנוע הראיתי אל הנאשם. בשונה מהמצב הרגיל, הוא צריך להוכיח ברמה של **מאזן ההסתברויות** שהרכוש לא בחזקתו.

למשל ס׳ 144(ד) עבירות נשק- ״מקום שנמצא בו נשק, רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשק כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר״.

חזקת ההחזקה התכופה- יצירת הפסיקה. למשל, מי שנמצא ברשותו רכוש גנוב בסמוך לזמן ולביצוע הגניבה- הוא הגנב.

**מטרת עבירות החזקה:**

* מניעה- פעמים רבות החזקת סם/ נשק- מעידה על עבירה שאמורה להתבצע (מכירה/שימוש עצמי).
* אינדיקציה/ ראיות למעשה בדיעבד- ההחזקה עשויה להעיד על עבירה שבוצעה. למשל- רכוש גנוב.
1. **עבירות מחדל ס׳ 18-** ניתן להפליל על ידי הימנעות מעשייה, היעדר פעולה אקטיבית. **מעשה ומחדל באותה רמה נורמטיבית.** בפועל: מחדל נחשב לפחות חמור (נוטים להקל בגזר הדין). **למשל-** אי מניעת פשע, אי מתן עזרה.

כדי להוכיח שנעברה עבירה על דרך המחדל קיימת דרישה **לשלושה תנאים מצטברים**:

1. קיומה של נורמה אוסרת שניתן לפי הגדרה לבצע אותה על דרך המחדל (לדוג' הריגה).
2. קיומה של חובה על הנאשם לפעול, על חובת העשייה האמורה להיות מעוגנת בדין/חוזה:
	* + ס' ספציפי בחוק העונשין – אי מניעת פשע/מילוי חובה רשמית וכו׳+ס' 322-326 מטילים חובות כלליות.
* פס״ד מד"י נ' מוסאזאדי(קשישה צוואה)–חובה לפי דין לפי ס׳ 362 הזנחת מושגח.
* פס״ד פלונית נ' פרקליטות מחוז ת"א (דיווח, אחים הטרדה מינית) - חובה לפי דין, חובת הדיווח לפי ס׳ 368ד.

**סוגי חובות:**

* + - חוק "לא תעמוד על דם רעך" **(נדיר)** – חובה על אדם להושיט עזרה: (1) אדם הנמצא לנגד עניו (2) אירוע פתאומי (3) ביכולתו להגיש עזרה (4) מבלי להסתכן או לסכן את זולתו**.**
		- חובת זהירות מכוח עוולת הרשלנות
* פס"ד לורנס (רולטה רוסית) - חובת הזהירות של המשפט האזרחי (סעיף 36 לפקודת הנזיקין). רמת הזהירות הנדרשת בסעיף 304 לחוק העונשין נקבעת לפי קנה המידה של "אדם סביר ונבון" כפי שמופיע בס׳ 36.
	+ - חובת עשה פסיקתית- חובת עשייה מכוח יצירת מצב מסוכן פס"ד לורנס
		- חובה מכוח חוזה או חוזה מכללא (משתמע).
1. הפרת חובת העשייה של האדם באופן שמקיים את יסודות העבירה**.**

**סוג נדיר של עבירות מחדל:** חובה מכוח חוק **"לא תעמוד על דם רעך"-** בארה"ב חוקקו חוקי "השומרוני הטוב", להם קיימת בעייתיות מוסרית (עניין קייט- תקיפה). בישראל חוקק חוק שקובע חובת הצלה מאוד מצמצמת (החוק בספר חקיקה).היום זה נושא אקדמאי ברובו.

**האם ניתן לסייע במחדל?** פס״ד ויצמן (תאונה שוטר סיוע מחדל) **–** סיוע לפי ס׳ 31+ס׳ 18 המגדיר מחדל, מסייע יכול להיות גם במחדל כי הוא חדל מחדל כדי לאפשר את ביצוע העבירה (סיוע להפקרה+סיוע לאי דיווח).  **מופיע תחת סיוע.**

**האם כל מעשה פלילי יכול להיעשות ע"י מחדל?**

העמדה המקובלת (פרופ' פלר)- את כל העבירות יש לפרש כעבירות שניתן לעבור גם על דרך המחדל. העמדה המצמצמת (פרופ' קרמניצר)- פרשנות כזו פוגעת באופן חמור בעיקרון החוקיות, היות והיא מרחיבה משמעותית את מעגל ההפללה. בפועל לא כל כך מגיעים לשאלות האלה.

 **קשר סיבתי (ס' 18) – עבירות תוצאה בלבד!**

**קש"ס מתחלק ל2:**

1. **קש"ס עובדתי -** פס״ד בלקר נבחן דרך "**מבחן האלמלא**": האם אלמלא המעשה של הפוגע עדיין הייתה התוצאה מתרחשת?
* פס״ד ברדיאן (2 דקירות) - אדם נחשב לגורם למותו של אחר גם כאשר הוא **מחיש את מותו**. כאשר אדם נפגע ע"י שתי פגיעות (משני גורמים) וכל אחת בעל **אופי קטלני**, הרי שכל אחד מהגורמים נושא באחריות פלילית למוות.
* פס״ד בלקר(אשתו הצתה) - ההתנהגות לא צריכה להיות הסיבה המרכזית או היחידה, עליה להיות אחת מהסיבות שהיו יותר ממינימאלי. מספיק שתיקח חלק **בשרשרת הסיבתיות**. במקרה של ריבוי פגיעות, כל פגיעה שתרמה מהותית לתוצאה, תחשב **כגורם** לתוצאה ותקיים קש״ס.
* פס״ד סטרול (בנק הדם) - **על אף קיום אפשרות (אפילו וודאית) שניתן היה למנוע אסון** המערער הפר את חובתו, הוא אחראי לתוצאה ממחדליו וזה לא משנה אם סמך/יכל לסמוך על אחרים.

**דוקטרינת "המימייה והרעל"**

לאדם יש שני אויבים והוא אמור ללכת למדבר, האחד ממלא את המימייה שלו ברעל והשני מרוקן לו את המימייה. האיש יוצא למדבר המימייה ריקה והוא מת מצמאה.**מי גרם למותו?** בד"כ אנו מחפשים את הגורם **הישיר והקרוב** ביותר למותו **ולכן מרוקן המימייה הוא האשם כי האדם מת כתוצאה מצמאה.**

1. **קש"ס משפטי (ייחוס האחריות) מבחן הצפיות:**
2. מבחן מסוגלות-סובייקטיבית - האם האדם הסביר בנעלי הנאשם **יכול** היה לצפות את התרחשות התוצאה?
3. מבחן נורמטיבי-אובייקטיבי,(מוכרע ע״י ביהמ״ש משיקולי מדיניות וצדק) - האם האדם הסביר **צריך** היה לצפות את התוצאה?
* פס״ד פטרומיליו (שוד זקנה מוות)- פטרומליו שעבר עבירת רכוש **לא צריך היה לצפות** את תוצאת מוות לכן **אין קש"ס משפטי.** שכיחותה של עבירת החטיפה מול נדירותה של התוצאה של הקורבן מצביעה על היעדר צפיות.
* פס״ד חסיין (אח דקר רשלנות רפואית)- על מנת לנתק קש"ס בשל טיפול רפואי יש להוכיח: (**א)**שהטיפול הרפואי הוא הגורם **המיידי והיחידי** למוות. **(ב)**שהטיפול היה רשלני באופן חמור. לא נדרשת **צפייה מדויקת** של השתלשלות האירועים שהובילה למוות.

אם נאשם טוען לניתוק קש"ס- חובת ההוכחה היא עליו.

**ערעור הקש״ס**

1. **מבחן הגולגולת הדקה:** על הנאשם לצפות את התוצאה גם אם רגישותו של הצד השני הוא גורם שסייע לגרימת התוצאה. אל מול-

**מבחן הגולגולת הדקיקה**:גורם נדיר מאוד שלא היית יכול או צריך לצפות ולכן, כן מנתקת קש"ס משפטי.

* פס״ד פטרומיליו (שוד זקנה מוות)
* פס״ד מלכה (ילד ת״ד טטנוס)- במקרה כזה אופן קרות המוות וממדי הנזק הם כאלו שהאדם הסביר לא יכול היה וצריך לצפות.
1. **ניתוק קש״ס – ״גורם זר מתערב״:** בין הפעולה של הנאשם לבין התוצאה קרה משהו נוסף, שמחייב הגעה לתוצאה לפיה לא קיים קשר סיבתי (האדם הסביר לא צריך לצפות).כדי שזה ינתק קש"ס צריך שזה יהיה אירוע שהנאשם לא **יכול או היה צריך לצפות.**
* פס"ד לורנס (רולטה רוסית) - כדי **שגורם זר** ינתק את הקש"ס צריך שהגורם הזר יהיה **מחוץ לצפיות הסבירה.** לכן הרשלנות התורמת של הקורבן לא יכולה להוות גורם זר מתערב כי המשחק ב"רולטה רוסית" מעלה סיכונים צפויים.
* פס״ד מלכה (ילד ת״ד טטנוס)- במקרה כזה אופן קרות המוות וממדי הנזק הם כאלו שהאדם הסביר לא יכול היה וצריך לצפות.
* פס"ד פלוני (נחש במנוע) - הנחש הוא גורם זר מתערב שלא ניתן היה לצפות ולכן הקש"ס מתנתק.
* פס"ד צברי(שידול לזנות הימלטות) - המבחן שקובע ס׳ 309(3) - גרימת מוות עקב איום באלימות הוא **מבחן סובייקטיבי** – תחושת הקורבן. המאיים באלימות מסתכן בכך שאיומיו יפלו על אוזנו של אדם רגיש ונפחד. כלומר, המערערים היו צריכים לצפותאת הקפיצה אל מותה.
* פס"ד יקירביץ (רופא החלטות שגויות)- **החשת מוות** כמוה כגרימת מוות- קשר סיבתי משפטי ועובדתי.
* פס"ד ביטון(סכין צוואר תזוזה) -מבחן הצפיות- מצפים מהעבריין שיצפה את המצב.
* פס"ד יוסי מלאך(חזיז כדורגל) – היה צריך לצפות שמישהו יפגע.
* פס"ד יעקובוב (התעללות אישה התאבדות)- התאבדותה של המנוחה לא הייתה "גורם זר מתערב" אלא תוצאה של מסכת הפגיעות הקשה שפגע בה העותר. הנאשם היה **חייב לצפות** שהתנהגותו הרעה תוביל לתוצאה הזו. מעשיו גרמו לה להתאבד ואדם מן היישוב היה חייב לצפות כי כך עלול לקרות.
* הפסיקה קבעה כי טענה זו אינה דוקטרינה נפרדת אלא נבדקת בהתאם לכללי מבחן הקשר הסיבתי (עובדתי ומשפטי).לרוב תתיישב בתוך **מבחני הצפיות** (אדם סביר),תתקבל במקרים חריגים נדירים.

**לצפות את סוג הנזק ולא את היקפו** (פס"ד ג'מאמעה\פס"ד פטרומיליו\ פס"ד בלקר\פס"ד יעקובוב).

**היסוד הנפשי (ס' 19)** מנס ריאה

**סה"כ יש 3 סוגי עבירות:**

**עבירות רשלנות**

עבירות אשם **אובייקטיבי**. העבריין לא חייב להיות מודע לנסיבות, להתנהגות ולתוצאה לכן, אין יסוד נפשי, אך עדיין יימצא אשם אם ניתן יהיה להוכיח רשלנות של "אדם סביר".

**עבירות אחריות קפידה**

עבירות בהן ניתן להרשיע בהתקיים **היסוד העובדתי בלבד.** (לדוגמה: נהיגה בשעות החושך ללא הפעלת פנסי הרכב, גרימת רעש, ריח או זיהום אוויר בלתי סבירים).

**עבירות מחשבה פלילית**

עבירות טיפוסיות שדורשות אשם **סובייקטיבי**.

**סוג ראשון - עבירות מחשבה פלילית:**

**מחשבה פלילית ס' 20:**

1. **ההיבט השכלי-הכרתי של "המחשבה הפלילית":**
2. מודעות **לטיב המעשה** שביסוד העובדתי.
3. מודעות **לקיום הנסיבות** שביסוד העובדתי.
4. בעבירות תוצאתיות - גם מודעות לאפשרות **גרימת התוצאות** שביסוד העובדתי.
* **בעבירות התנהגות -** צריך להוכיח מודעות רק לנסיבות ולהתנהגות.
* **בעבירות תוצאה -** צריך להוכיחמודעות **גם** לתוצאה.
1. **המישור החפצי – רק בעבירות תוצאה, מעבר למודעות יש להוכיח אחד מאלה:**
2. **כוונה:** הדרגה הגבוהה ביותר. אדם רוצה שהתוצאה תתממש. גישה חיובית לתוצאה.
3. **אדישות:** אדם אדיש ביחס לתוצאה (לא אכפת לו אם תיגרם או לא), לקח סיכון בלתי סביר אבל לא אכפת לו, התנהגות הנעשית בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה.
* פס"ד ג׳בריה (ירי קיוסק)- קיימת מודעות לנסיבות (מודע שלקח נשק, ירה וכו') ומודעות לתוצאה- היחס שלו לאנשים שהיו בפנים וראה אותם כאדישות ("לא היה אכפת").
* פס"ד טמטאווי (כבלי חשמל דריסת שוטר)- **ברק ארז-** כדי להרשיע נאשם בהריגה אין חובה להוכיח כי התכוון, ואף לא כי צפה מראש את כל פרטי האירוע שהוביל למוות. די בכך שיהיה מודע לסיכון הקטלני הטמון במעשיו, המערער היה מודע לסכנה שיפגע במנוח והיה אדיש לאפשרות זו, ומכאן כי גרם למות המנוח בפזיזות.
1. **קלות דעת:** נטילת סיכון בלתי סביר ביחס לאפשרות גרימת התוצאה מתוך תקווה להצליח למנוע אותה. הנאשם לא רוצה שהתוצאה תקרה, אך לוקח את הסיכון.
* פס"ד לופו (המרדימה שנרדמה)- במקרה זה מתקיים גם יסוד עובדתי וגם יסוד נפשי. מודעות למעשה ולנסיבות- נמנמה, עצמה עיניים, שמה כרית וכו'. מודעות לתוצאה- פזיזות. לקחה סיכון מודע ביחס לחולה ולכן, הייתה קלת דעת.
* פס"ד זיסרמן (חייל פליטת כדור)- קיימת מודעות להסתברות קרות התוצאה, אולם מבחינת עומק המודעות, אין העמקה במחשבה על התוצאה.
* **עומק המודעות/רוחב המודעות:**

קלי דעת- "מחפשי ריגושים", "מהמרים קיצוניים". מקווים שהתוצאה לא תתרחש אך לא נוטלים באמצעים הסבירים כדי למנוע אותה. **ד"ר שפירא-אטינגר**: "מודעות" זה לא דבר בינארי - יש/אין, קיימים גווני ביניים בין מודעות לחוסר מודעות.היא מדברת על שני רבדים:

**רוחב המודעות-** הסטטיסטיקה. המודעות של אדם שאם הוא יעשה מעשה מסוים, יש הסתברות בשיעור מסוים שתקרה התוצאה השלילית. (לדוגמה – נהיגה במהירות מופרזת מגבירה את ההסתברות לתאונה).

**עומק המודעות-** עד כמה המודעות לסטטיסטיקה יושבת בקדמת המחשבה ומשפיעה בפועל על הפעילות, עד כמה נמצא הדבר בתודעה באותו רגע. (לדוגמא- מגידיש: בזמן ביצוע העבירה זה לא ישב לו במקום הנכון, הוא לא קלט את זה תוך ביצוע העבירה).

קיימים קלי דעת שאינם ״מחפשי ריגושים״/״מהמרים קיצוניים״, אדם יכול להבין שהוא עושה מעשה מסוכן שיש לו השלכות הרסניות, הוא פשוט ״לא מרוכז״. לכולנו יש מודעות אבל מבחינת עומק המודעות זה לא יושב לאותו עבריין לגמרי בראש. החוק מתייחס רק לרוחב המודעות ויש לקחת בחשבון גם את עומק המודעות אשר מהווה גורם מכריע בכוונת הנאשם, מידת האשם מושפעת ממידת המודעות.

**כללי:**

* היסוד הנפשי מבטא את עקרון האשם, ה"זדון" של העבריין ואינו פשוט להוכחה.
* **בעבירה "שותקת"** (שלא מציינת מה היסוד הנפשי הדרוש), ברירת המחדל היא: מדובר בעבירת מחשבה פלילית ודרושה לכל הפחות: הוכחת קלות דעת!
* **קיים מדרג ביס״נ הדרוש בעבירות -** ״כוונה״ מבטאת דרגה חמורה יותר של יסוד נפשי מאשר ״פזיזות״ בעוד ״התרשלות״ מהווה הדרגה הנמוכה ביותר מאחר ומהווה פחות סיכון לחברה.

**חלופות להוכחת המחשבה הפלילית:**

הוכחת מחשבה פלילית איננה דבר קל משום שאי אפשר לדעת מה קורה בנפשו של אדם. בשל כך, נקבעו תחליפים להוכחת היסוד הנפשי - **ישנן 3 חזקות משפטיות:**

1. **דוקטרינת עצימת העיניים ס' 20(ג)(1)-** תחליף **למודעות להתנהגות ולנסיבות.**
יש להוכיח: חשד + העדר בירור=עצימת עיניים. השימוש בדוקטרינה זאת נפוץ בעבירות מין למשל, העדר הסכמה, קטינים וכו׳.
* פס"ד שובין (חייל אבקה חומה)- **די בחשד** אודות היות החומר סם האסור בשימוש, כדי להרשיע בעבירת ניסיון (ניסיון כי לא הוכח שהסם מסוכן) לשימוש בסם מסוכן ואין לדרוש חשד ביחס לפריט מסוים דווקא מרשימת הסמים המסוכנים. במקרה זה לא הייתה מודעות נדרשת.
* פס"ד המטפרסט (חייל צו ראשון) - לא היה מודע, אך חשד שהוא עלול לקבל צו ולכן הפסיק ללכת לחדר האוכל, חשד ולא בירר. עצימת עיניים שקולה למודעות.
* פס"ד בארי (האונס בשומרת) - כשאישה אומרת "לא" היא מתכוונת "לא", ואם הגבר מתייחד עמה למרות זאת, הייחוד הוא שלא בהסכמתה והמעשה הוא מעשה אינוס. כאשר נוצר חשש בליבו של עושה המעשה שמא מתקיימת נסיבה שעלולה להפוך את מעשהו לעבירה (כאן, שלא בהסכמה החופשית), אם הוא בוחר לבצע את המעשה מבלי לברר את החשד, יש בך משום עצימת עיניים.
* פס"ד טייב (פיזיותרפיסט)- דוקטרינת "עצימת העיניים" מתפרסת גם על פני "חלל תודעתי" -אדישות לשאלה אם ההסכמה קיימת או לא, ללא הקדשת מחשבה בעניין זה ונטילת סיכון במודע כי ההסכמה אינה נתונה. הרחבה- לא רק במצב של חשד+לא בירר אלא גם כאשר ״אל הקדיש מחשבה לנושא״ – לא רק שלא בירר אלא היה אדיש לכך.
	+ - * ביקורת על טייב: הדוקטרינה דורשת פעולה אקטיבית ומגבילה את חירות הפרט (עקרון החוקיות).
			* בפועל: שינוי מגמה - שימוש רב בדוקטרינה גם במצב של ״חלל תודעתי״ מאחר והמחיר לבירור נמוך.

עצימת עיניים בעבירות מחדל:

* פס"ד הר-שפי (יגאל עמיר)- **חשין-** בעבירה זו צריך ידיעה של ממש, לא מספיק חשד בלבד. אם נחיל את דוקטרינת עצימת העיניים גם על מחדל- נפגע מהותית בחירות האדם (עקרון החוקיות), אנשים יצטרכו לדווח על כל דבר וזו בעיה. רק ידיעה של ממש תקים את דוקטרינת עצימת העיניים גם על מחדל.

**קרמניצר-** חולק על חשין: החוק אינו מחריג עבירות מחדל מס' 20. מאחר שאין החרגה מפורשת של עבירות המחדל, ניתן להשתמש בדוקטרינת עצימת העיניים גם על עבירות מחדל.

**בפועל-** ניתן להשתמש בדוקטרינת עצימת העיניים גם בעבירות מחדל אחרת עבריינים רבים לא ייענשו כלל.

1. **חזקת המודעות הכללית (חזקה פסיקתית):** תחליף **למודעות אפשרות גרימת התוצאה**. בית המשפט בוחן זאת על סמך ניסיון החיים והשכל הישר. לא חלה בעבירות הדורשות כוונה.
* פס"ד מגידיש (מהירות ת״ד קשישה)- **אנגלרד-** אין צורך שהנאשם יהיה מודע להשתלשלות המדויקת של הדברים שהובילו לתוצאה הקטלנית. עליך להסיק שנסיעה מופרעת כזו במקום כזה עלולה להוביל למוות, ניסיון החיים מלמד שזו התוצאה הטראגית שעלולה להתרחש.
* פס"ד בלזר (מכות נהגים)- כאשר אדם מתנהג התנהגות פוגענית מן הסוג שיש בה באופן אובייקטיבי כדי לגרום למות קורבנו, תוך שהוא מודע לכל היסודות המהווים את הרכיב העובדתי של העבירה, ניתן להניח כי היה מודע גם לתוצאה הקטלנית.
1. **הלכת הצפיות (ס' 20 ב'):** **תחליף להוכחת הכוונה,** ראייה מראש את התרחשות התוצאה כאפשרות קרובה למדי כמוה ככוונה. יחול רק בעבירות תוצאה שהיסוד הנפשי הוא ספציפית כוונה או בעבירות התנהגותיות מסוג כוונה מיוחדת כלומר, מטרה. **עבירות כוונה - שני תנאים:**
* בעבירה יעשה שימוש במונח "כוונה" או במונח נרדף למונח כוונה (לדוגמה "לשם", "כדי", "במטרה"). העושהX כדי שיקרה Y.
* אותו מונח יתייחס לרכיב התוצאה.
* ״בכוונה״ ס׳ 90א(2)- אם זה מתייחס לתוצאה, זה היסוד הנפשי הנדרש. אם לא, מדובר בעבירת מטרה התנהגותית ו״בכוונה״=המניע שמתוכו נעשה המעשה או המטרה להשיג את יעד העבירה (בהתאם לסעיף).
* פס"ד סיטה (ריגול לטובת הצ׳כים)-אמר שרצה כסף ולא לפגוע במדינה. **אגרנט-** אף על פי שקורט סיטה לא התכוון לפגוע בביטחון המדינה, די בכך שהואראה את אפשרות הפגיעה במדינה כאפשרות קרובה לוודאי כדי לבסס כוונה.(הלכת הצפיות)
* פס"ד כהן (חיפוש גופני פרוצה)- הלכת הצפיות יכולה להחליף את המטרה (ניתן לצפות שמגע מסוג זה יבזה גם אם זו לא הייתה מטרתו).
* פס"ד אלרחמן (שוטר מחסום)- **עמית-** עצם נכונות המערער לפגוע בשוטר מתוך כוונה לחמוק ממעצר/עיכוב כדין, למרות הצפייה הקרובה לוודאי כי עלולה להיגרם לשוטר חבלה חמורה, שקולה לכוונה פלילית.
* פס"ד צברי (ירי שכן)- כל בר-דעת יודע, ואף הנאשם היה מודע לכך בעת האירוע, כי אקדח הוא כלי קטלני מטבעו, וכי ירי מטווח קצר לכיוון אזור שבו מצויים אנשים עלול להסב להם חבלה חמורה, אם לא פגיעה בנפש, בין מפגיעה ישירה או מנתזים.

**סוג שני - עבירות רשלנות** (ס' 21)

**"חריג"** ליסוד הנפשי . מעין עבירת "סל" שלתוכה מכניסים תיאורים שונים של אירועים שמהווים התנהגות רשלנית, לרוב המילה רשלנות תהיה כתובה במפורש.

* המילה רשלנות חייבת להופיע אחרת זאת לא עבירת רשלנות. לפני תיקון 39 – התרשלות (ס׳90א).

**הגדרה של רשלנות:**

1. עובדתי: צריך להראות **היעדר מודעות** של הנאשם ללפחות אחד מרכיבי היסוד העובדתי.
2. נורמטיבי: ביהמ"ש, כעניין של הכרעה שיפוטית מכריע האם בנוגע לאותו הרכיב לגביו לא הייתה מודעות של הנאשם, **לאדם מן היישוב הייתה מודעות**.
3. ב2016 הוסיפו פרט נוסף, שיש להראות שמי שעשה את הפעולה, **לקח סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה**.

**שלבי הוכחת רשלנות:**

1. **היסוד העובדתי** (כרגיל)- על התביעה להוכיח אותו במלואו: מעשה/מחדל, התקיימות הנסיבות, במידה ומדובר בעבירה תוצאתית: גם תוצאה וקש״ס עובדתי ומשפטי בין המעשה לתוצאה.
2. **היסוד הנפשי, הרובד העובדתי**- על התביעה להוכיח שהעושה לא היה מודע **למעשה** או לא היה מודע **לנסיבה** (למשל, שהנפגע או אדם) או לא היה מודע **לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה**.
3. **הרובד הנורמטיבי –** לגבי אותו פרט שהנאשם לא היה מודע אליו, יש להוכיח כי אדם מן היישוב יכול היה **בנסיבות העניין** להיות מודע לאותו פרט.
4. **בעבירת תוצאה או סכנה שעלולה להיגרם -** יש להוכיח שהנאשם נטל סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה או לגרימת הסכנה.
* פס"ד בש (מקרר)- החוק בארץ הוא כי חובת הזהירות המוטלת על אדם תיקבע לפי מידות האדם הסביר, קנה מידה אובייקטיבי שאותו מתאים ביהמ״ש לנסיבות המקרה. האדם הסביר= ביהמ״ש, הם קובעים את הסטנדרט הראוי.
* פס"ד יעקובוב (התעללות אישה התאבדות)- התאבדותה של המנוחה לא הייתה "גורם זר מתערב" אלא תוצאה של מסכת הפגיעות הקשה שפגע בה העותר. הנאשם היה **חייב לצפות** שהתנהגותו הרעה תוביל לתוצאה הזו. מעשיו גרמו לה להתאבד ואדם מן היישוב היה חייב לצפות כי כך עלול לקרות.
* פס"ד ליכטנשטיין (פנצ׳ר מהירות ת״ד)- אדם מן היישוב בנסיבות העניין יכל לצפות שאם יקרה אחד מסיכוני הדרך הרגילים (פנצ׳ר) במהירות גבוהה, הוא יאבד שליטה ותיווצר סכנת חיים. התרשל בכך שיצר מצב טעון סכנה בנהיגתו המופרזת.

**האבחנה בין קלות דעת לרשלנות:**
**הדומה:** שניהם נוגעים לנטילת סיכון בלתי סביר. **השונה:** קל הדעת **מודע** לסיכון והרשלן **לא מודע** אליו, למרות **שהיה יכול והיה צריך** להיות מודע אליו. **ההבחנה תלויה בנסיבות העניין** (דוג' פליטת הכדור).

**סוג שלישי - אחריות קפידה:**

חריג נוסף ליסוד הנפשי- אין צורך בהוכחתו. בהתקיים היסוד העובדתי **קמה חזקה** כי התקיים גם היסוד הנפשי. זו "חזקת אחריות מוגברת"- הנטל עובר לנאשם להוכיח שלא ידע, לא התרשל ועשה ככל שניתן כדי למנוע את העבירה. בעבר-אחריות מוחלטת, כיום (לאחר תיקון 39)- אחריות קפידה כלומר, **יש מצבים שבהם ניתן לסתור את החזקה**, אך הנטל על הנאשם.
סתירת אחריות קפידה (מצטבר):

1. הנאשם יכול להסיר מעליו את האחריות הפלילית אם יסתור את היסוד הנפשי המיוחס לו על-פי החוק, כלומר, אם יראה שפעל **ללא** מחשבה פלילית **וללא** רשלנות.
2. על הנאשם להראות כי נקט את כל האמצעים **הסבירים** למניעת העבירה.
* פס"ד גדיסי (פנס תקול אבן)- **אגרנט-** בעבירות מסוג אחריות מוחלטת אין מקום ל-מחשבה הפלילית ולכן אין מקום לדיון בנוגע למחשבה הפלילית של הנאשם או ברשלנות. הנאשם נהג ברכבו מבחירה חופשית, אי-ידיעת הקלקול (מנס ריאה) לא משנה בעבירות אחריות מוחלטת (לפני התיקון).
* פס"ד אוחנה (פנס תקול אבן)- "היום, שלא כמו בעת משטר ה”אחריות המוחלטת” ניתן לסתור את חזקת היסוד הנפשי, ולהראות כי הנדון עשה את כל שניתן כדי למנוע את העבירה. כדי לעמוד בדרישה זו נדרש בירור קצר עם בעל הרכב, העבירה היא עבירה של אחריות קפידה.

כל הגישות מסכימות שלאחר תיקון 39 צריך שיהיה כתוב בפירוש בעבירה שהיא עבירת אחריות קפידה.

הוויכוח הוא לגבי עבירות שנחקקו טרם תיקון זה:

**נאור (העמדה הרווחת)-** העבירות הללו הן מתיקון 39 והלאה.

**ברק-** המחוקק בחר שלא לשנות את המצב המשפטי בנוגע לעבירות שחוקקו לפני תיקון 39.

**הכנה ---> מתחם הניסיון---> העבירה המושלמת**

**עבירת הכנה (ס' 25)**

הכנה לרוב לא ענישה משום שאנו לא רוצים להרחיב את מעגל ההפללה מלבד חריגים:

1. עבירות ספציפיות של הכנה (בקבוק תבערה).
2. עבירות שמטרתן להפליל על פעולה שלא פוגעת בערך מוגן בפני עצמו אלא היא פעולת הכנה (סכין, אגרופן) עבירות החזקה שנועדו ל...

**עבירת ניסיון (ס' 26,25)**

עבירות שאינן מושלמות, משמעותן **שהיסוד העובדתי חסר** (נסיבה/ הרכיב התנהגותי לא התקיים במלואו/תוצאה).אלו עבירות שנגזרות מהעבירה המושלמת.

**סוגי ניסיונות:**

1. **ניסיון צליח** - מדובר בניסיון שבאופן תיאורטי היה יכול להצליח (בהיעדר ההפרעה שגרמה לניסיון לא להצליח).
2. **ניסיון בלתי צליח (ס' 26)** – סדרה של פעולות שמלכתחילה הביצוע נועד לכישלון. **ישנם מספר סוגים:**
3. חוסר צליחות בהקשר של **נסיבה.** למשל: אדם יורה בגופה כשהוא חושב שמדובר באדם חי/אדם מחזיק קמח ובטוח שמדובר בקוקאין.
* פס"ד גרציאנו (עמילן תירס קוקאין)- הרציונל של עבירת הניסיון מתקיים כל אימת שהעושה גיבש כוונה לבצע עבירה וניגש לבצע את זממו. יש לבחון את המסכת העובדתית בהתאם לאמונה של העושה(סובייקטיבי), שאילו הייתה נכונה, ניתן היה להשלים את ביצועה של העבירה. ניסיון בלתי צליח כי הנסיבה לא התקיימה-אין סם מסוכן אלא עמילן תירס.
1. חוסר יכולת עובדתית הנובע **מהיעדר נסיבה** להשלמת העבירה. למשל: גנב פורץ לכספת לאחר שכל הכסף כבר הוצא ממנה, או א' מגיע לבית של ב' כדי לרצוח אותו אך ב' עזב את הבית.
2. חוסר היכולת העובדתית הנובעת משימוש **באמצעי בלתי הולם.** לדוגמה- ניסיון לרצוח ע"י רובה מקולקל או כדור סרק.
* פס"ד פלוני (סוכריה רעל עכברים)- עבירת הניסיון משתכללת גם אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית בשל מצב הדברים שהמנסה לא היה מודע להן או טעה לגביהן. אין משמעות מכרעת לכמות הרעל בסוכריות.
1. **(הניסיון האבסורדי)-** חוסר היכולת העובדתית נובע משימוש **באמצעים אבסורדיים.** למשל:וודו/כישוף. טכנית, ניתן להפליל גם על ניסיונות אבסורדיים אבל עמדת המלומדים היא שזה בעייתי כי גם כך הניסיון מהווה הרחבת מעגל האחריות הפלילית ולכן רצוי לא לבצע הרחבה יתר על המידה. **לדעת פלר-** אנשים כאלה צריכים לקבל טיפול מסוג אחר (נפשי). יש להם תפיסת עולם מעוותת ולא נשקפת מהם סכנה בפועל, הם מתבססים רק על "ניסים" כדי לממש את המטען האנטי חברתי שלהם (הוא "מרחם" עליהם).
2. **אי צליחות משפטית** (נדיר) – אני אדם רע שרוצה לבצע עבירה אבל אין עבירה כזאת. למשל: הסתרת סחורה במעבר גבול כדי לא לשלם מכס אך בפועל המכס **בוטל** לפני כמה שנים על סחורה זו. אין לכך התייחסות מפורשת בחוק העונשין אך בהעדר איסור חוקי, לא ניתן להעניש את העושה. "עבירה מדומה" איננה עבירה (פרופ' מרים גור אריה).

**ישנם 3 הבדלים בין הניסיון לעבירה מושלמת:**

* **ס' 34ד, עונש העבירה-** אם לא נאמר אחרת בס' העבירה, העונש שחל על העבירה המושלמת חל גם על ניסיון. בפועל, לא תמיד המנסה יקבל את העונש על העבירה המלאה, אבל הס' הזה נותן מרחב של שק"ד לביהמ"ש.
* **ס' 34ג, תחולת העבירה-** הפללת הניסיון אפשרית רק כשמדובר בעבירה מסוג עוון/פשע. עבירות מסוג חטא לא רלוונטיות לעניין הפללת הניסיון כי זו הרחבה מוגזמת של מעגל ההפללה, דוקטרינת הניסיון שמורה לעבירות חמורות יותר.
* **ס׳ 28 - פטור עקב חרטה:** פטור מלא למי שהתחרט. על אדם שמבקש פטור שכזה להעיד על גרסה עובדתית ברורה בדבר הכוונה שהייתה לו ובדבר חרטתו וחזרתו מביצוע העבירה. קיים גם פטור עקב חרטה למסייע ולמשדל בס' 34. על הנאשם להוכיח שעמד **בתנאים מצטברים** אלו:
1. מי שניסה - כלומר, ס' 25 מתקיים.
2. שחדל מהניסיון מחפץ נפשו בלבד, ולא בגלל נסיבות חיצוניות. (למשל- כוחות הביטחון תופסים אותך או שהקורבן התנגד לכך- זה לא חפץ נפשו בלבד). הורחב בהלכת נחושתן (סיבה פנימית לחרטה גם אם לא מוסרית).
3. מתוך **חרטה**
4. חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות- למה הכוונה? 2 עמדות: (1) תרומה אפקטיבית- על הנאשם למנוע פיזית את השלמת העבירה (2) הסתפקות בנקיטת צעדים שמבחינת מהותם מסוגלים למנוע את תוצאות העבירה (למשל- טלפון למשטרה).
* נטל ההוכחה הוא על הנאשם ברמת מאזן ההסתברויות (מעל 50%)!
* פס"ד מצראווה (נמלטה מאונס חזקה)-לא ניתן לטעון לטענות חלופיות הגורסות שלא הייתה כוונה פלילית או שהוא זכאי לפטור עקב חרטה (זה סותר, כי בשביל לקבל פטור עקב חרטה צריך להראות על כוונה וחזרה ממנה).

הביקורת: יש להרחיב את הפטור לכל מקרה שבו החרטה רצונית, כדי לעודד כמה שיותר חרטות מביצוע עבירות, משתלם יותר לחברה. הלכת נחושתן: מספיק שיש סיבה פנימית של המבצע שגורמת לו לחדול מביצוע העבירה, גם אם אינה מוסרית, כדי לזכות בפטור.

**היסוד הנפשי בעבירת ניסיון**

1. הוכחת היסוד הנפשי כמו בעבירה רגילה (מודעות להתנהגות(גם אם לא הושלמה), לנסיבה(כפי שדימה), לתוצאה+ כוונה או פזיזות).
2. יסוד נפשי מוגבר: **דרישה לכוונה להשלים את העבירה.** (גם בעבירות התנהגות וגם בתוצאה)

**מדוע?** **ההסבר המקובל-** זה מהווה "פיצוי" על הרכיב החסר ביסוד העובדתי (שהרי העבירה לא הושלמה). **בפועל-** לולא היסוד הנפשי המוגבר יהיה קשה לזהות את הפליליות של המעשה (ממילא קשה להבחין בין הכנה לניסיון). שחר אלדר מבקר את ההסבר המקובל – יש בזה משהו מעושה, לא ניתן להמיר.

* ניתן להשתמש בדוקטרינת **עצימת העיניים/הלכת הצפיות** בניסיון.

ביקורת - פרופסור דן ביין:אסור להשתמש בהלכת הצפיות בניסיון, זה מסוכן ועשוי להרחיב מידי את מעגל ההפללה. הכוונה משמשת כאבן הבוחן המרכזית לזיהוי פליליות המקרה.

* **האם יכול להיות ניסיון לבצע עבירת רשלנות? לא!** רשלנות=חוסר מודעות. איך ניתן לבצע ניסיון לגבי משהו שהנאשם אינו מודע אליו?

**חריג: עבירות ניסיון עצמאיות** (אינן נגזרות)**-** מקרים מיוחדים שבהם המחוקק קובע שעצם הניסיון הוא עבירה בפני עצמה. הרכיב ההתנהגותי יהיה ״המנסה״. נזהה אותם לרוב לפי כותרת הסעיף ״ניסיון ל״

* + - * הכללים שחלים על הניסיון יחולו גם על עבירת הניסיון העצמאית – הוכחת יסוד נפשי מוגבר.
			* אפשר לכלול את המבחנים של הבחנה בין ניסיון להכנה.
			* יסוד נפשי מוגבר - מטרה/כוונה לביצוע העבירה.
* לא נדרש לנתח לפי ס׳ 25 אלא לפי סעיף העבירה בלבד,

**הבחנה בין הכנה לניסיון:**

יש קושי להבחין בסיטואציות האלה, מתי הוא מנסה לעבור עבירה ומתי זו רק הכנה לעבירה: אדם רוצה לירות בפלוני ופוגע באלמוני –**עבירה מושלמת**. אדם רוצה להרוג את פלוני, מברר איפה הוא נמצא כדי לשים לו מארב ונתפס ע"י המשטרה לפני שהוא מספיק לעשות זאת – במקרה זה מדובר **בהכנה בלבד**. אדם יורה בפלוני, מפספס ופוגע בקיר – **מדובר בניסיון.**

**מבחני עזר למעבר בין הכנה לניסיון:** (יש לבחון את כולם)

1. **מבחן הקרבה להשלמה/מבחן הקרבה המסוכנת:** האם המעשה שעשה הנאשם הוא מספיק קרוב להשלמת העבירה? בודקים אחורה מהעבירה המושלמת אילו פעולות נותרו לו להשלמת העבירה. המבחן הזה מראה עד כמה הנאשם היה קרוב מבחינת זמן/מקום/פעולות לביצוע העבירה המושלמת. ככל שיש כמות גדולה יותר של שלבים חסרים או שיש שלבים איכותיים במיוחד שחסרים- ביהמ"ש יפסוק שמדובר בהכנה בלבד. ככל שיש פחות שלבים או שהם לא איכותיים באופיים, ביהמ"ש ייטה להכריע שמדובר בניסיון. **במבחן הזה לרוב תשתמש ההגנה.**
* פס"ד סרור (רימון מדרגות)- **בן-פורת:** גם שלבים ראשונים של הביצוע יכולים להיות בגדר ניסיון, ובלבד שהם קרובים קירבה מספקת השלמת המעשה הפלילי. קירבה מספקת כזאת נתקיימה גם נתקיימה בענייננו. **מבחן הקרבה להשלמה.**
1. **מבחן הסרט האילם/מבחן החד משמעות:** שם דגש על החזות (נראות הדברים; כמו צפיה ב"סרט אילם"). לפי המבחן, ניסיון מתרחש כאשר המבצע החל בביצוע התחלתי של התנהגות, המגלה **באופן חד-משמעי** את כוונותיו. נקודת ההתחלה של המבחן היא שלב ההכנה – מתי ניכר ממעשיו של האדם שהוא כבר לא בשלב ההכנה וברור שהוא עבר לשלב הניסיון.
* החיסרון של מבחן זה: שימת דגש-יתר על **הביטויים החיצוניים** של ההתנהגות, ובעקבות זאת הוא נמתח בנקודה מאוד מאוחרת ולעתים לא יהיה מסוגל לזהות בין התנהגות תמימה להתנהגות של ניסיון מתקדם. אנשים מתוחכמים יכולים להסוות את מעשיהם ואילו תמימים יכולים ליפול בו לשווא.
* פס"ד סנקר (חיסול אלפרון מסעדה)-נחצה מתחם הניסיון לפי מבחן הסרט האילם.
1. **מבחן הצעד האפקטיבי/מבחן תחילת הביצוע:** מבחן שמחפש מתי בשרשרת האירועים קרה אותו מעשה, שברגע שהוא נעשה, הדבר מעיד על כך שבכוונת העושה להמשיך עם ביצוע המעשים עד להשלמת העבירה. בודקים מעשה שמהווה תחילת שרשרת מעשים שאם לא הייתה מופסקת – הייתה מביאה להשלמת המעשה.
* פס"ד סריר (אונס הפרעה מכונית)- היסוד העובדתי הדרוש לעבירת הניסיון הוא פעולות שמעבר לשלב ההכנה לביצוע עבירה, פעולות אלה הם חוליות ברורות בשרשרת ההתנהגותית, אשר לולא הופרעו, היו נכנסות לגדר העבירה המוגמרת מבחינת היסוד העובדתי של העבירה. החוליה יכולה להיות **גם החוליה הראשונה** בשרשרת המעשים שבסופו של דבר מסתיימים בביצוע העבירה.
* פס"ד אלדד (משטרה התחזות קטינה)- הצעד האפקטיבי בוצע - כניסה לדירה לבד, במחשבה שנמצאת בה הקטינה, על רקע השיחות המיניות שביצעו (היו גם אמצעי מניעה). הייתה כניסה למתחם הניסיון הן מבחינת הזמן והן מבחינת המקום.
* פס"ד מנבר (סחר בנשק איראנים)- פעולה או פעולות שהן חלק מסידרת פעולות שלולא הופרעו היו מקיימות את היסוד ההתנהגותי של העבירה.

**כאשר אדם מואשם על ניסיון, הטענה השכיחה ביותר זה לטעון להכנה.**

ניסיון לסיוע אינו עניש**.**

**צדדים לעבירה**

אחריות הצדדים נגזרת מהמבצע העיקרי ולכן, אם למשל המבצע העיקרי אינו בעל אחריות פלילית (כי חוסה תחת אחד הסייגים לאחריות הפלילית), אין גם אחריות פלילית של השותפים לעבירה.

שותפים ישירים:

**מבצע בצוותא ס' 29:**

שותף ישיר(נטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה) וראשי (חלק מהמתכננים, שותף לקבלת ההחלטות). יש בידו השליטה הפונקציונאלית-מהותית. החוק מאפשר להסתכל על **המציאות העבריינית בכללותו** ולומר כי אנשים חברו יחדיו תוך תכנון משותף.

1. **היסוד העובדתי ס׳ 29(ב):** לא נדרש שכל אחד מהמבצעים יבצע בעצמו את כל יסודות העבירה.
2. **היסוד הנפשי מורכב משתי שכבות:**
3. היסוד הנפשי של **העבירה המושלמת.** (הכרתי+חפצי)
4. **מודעות לפעולת הצוות**, על האדם להיות מודע:
5. לחלקו בעבירה.
6. לחלקם של אחרים בעבירה.
7. למזימה העבריינית בכללותה.

**פסקי דין רלוונטיים:**

* לא נדרשת הכרות מוקדמת בין המבצעים פס״ד עזיזיאן (נזירות איפור גניבה חרדי).
* פס"ד סורג׳ון (גניבה זהב מטוס)- **בייסקי-** כאשר ישנו **תכנון משותף** זה ייחשב לביצוע בצוותא. העבירה תוכננה ע"י שלושת העבריינים ואין זה משנה מה תפקידו המדויק שהוטל לפי התכנון על כל אחת מהשותפים.
* פס"ד לוי (בליעת סם שוטרים מוות)- שוטר סביר + לא נראה שאפשר להאשים ברשלנות מבצעים בצוותא.
* פס"ד מטיאס (שוד ורצח נוכחות מאיימת)- **על אף שלא ביצע אף מעשה** אלא רק היה נוכח, כאשר ישנו תכנון משותף וחלוקת תפקידים, מדובר במבצע בצוותא. כל הפעולות המקדימות היו לטובת ביצוע העבירה.
* פס"ד פלונים (כהנא רימון)- **ברק-** אין זה תנאי הכרחי או תנאי מספיק לביצוע בצוותא שהעושה **נוכח** במקום העבירה. הוא עשוי לפעול "בשלט רחוק" או להימצא במרחק כשומר/מרתיע.
* פס"ד משולם (התבצרות שוטרים תימן כלא)- נוכחות בזירה היא רק ראיה נסיבתית, נאשים אדם כמבצע בצוות אם הייתה לו אפשרות **לשלוט** על הנעשה, היה בעל **השפעה**. גם כשמבחן השליטה לא מתקיים, ייתכן שהיה מורשע כמבצע בצוותא לאור, קרבתו למעגל המבצעים.
* פס"ד רוני רון (מארי פיזם, רוז)- נוכחות וירטואלית בזירה מעידה על ביצוע בצוותא.

**מבצע באמצעות אחר - ס' 29(ג):**

המבצע באמצעות אחר הוא בעל אחריות- **עקיף וראשי.** הוא מניע את אותו ״אחר״ באופן **שגורם לו לבצע את הרכיב ההתנהגותי** במקומו, כלומר האחר נעשה ככלי בידיו של המבצע.מדובר במצב של ניצול או עליונות שיש למבצע על אותו אחר- או בשליטה או בידע, האחר במצב של נחיתות.

ס׳ 20(ג) ״אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשהו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים:

1. קטינות או אי שפיות הדעת;
2. העדר שליטה; לרוב עקב מחלות בלתי נשלטות.
3. ללא מחשבה פלילית; **אך יש לבחון האם עצם את עיניו? לפי הדוקטרינה.**
4. טעות במצב דברים; אדם שמרמה אדם אחר במצב הדברים.
5. 2 מצבים:
	* + - כורח (ס'34יב) - אדם שמבצע עבירה עקב פחד מאדם מסוים (אדם מכוון לי אקדח לראש).
			- או צידוק״ (ס'34יג) - יחסי מרות, נפוץ בתיקים צבאיים עקב הוראה של מפקד. ההגנה לא תחול כאשר החייל\האדם יודע שהוא מבצע מעשה שאינוחוקי.

המשותף לכל התנאים האלה: הם עשויים לשלול את האחריות הפלילית בתנאים מסוימים. המילה "כגון" מעידה על **רשימה פתוחה**. אם אפשר לחשוב על סיטואציה אחרת שיש פער היררכי של ניצול- זה יכול להיכנס לרשימה.

**יסודות העבירה**

**היסוד העובדתי:** של העבירה הרגילה שאותו "אחר״ ביצע.

היסוד הנפשי:

1. המבצע באמצעות אחר צריך להיות בעל יסוד נפשי בנודע לעבירה המבוצעת ע״י האחר (מודעות + כוונה/ פזיזות בע.תוצאה).
2. התקיימות מודעות (או עצימת עיניים) לנסיבת היות האחר "אחר" לפי המצבים המנויים בסעיף.
3. הוכחה שאותו אדם הוא באמת ״אחר״ (קטין/ללא שליטה וכו׳).

שותפים עקיפים:

**מסייע ס' 31-32:**

מדובר באדם שתרומתו לפעולה העבריינית היא עקיפה (לא נטל חלק בביצוע העיקרי) ומשנית (לא מהמתכננים). סיוע=יצירת תנאים לביצוע העבירה.

**אינדיקציות לקביעת עבירת הסיוע:**

1. **האחריות נגזרת מהמבצע העיקרי:**

תנאי מקדמי להרשעת אדם בסיוע הוא שהמבצע העיקרי לפחות ינסה לבצע את העבירה כי הניסיון= הכניסה למתחם הפלילי.

* + העבירה הושלמה- אם העבריין ביצע שוד- זהו **סיוע לשוד.**
	+ העבירה לא הושלמה- אם העבריין לא הצליח לבצע את השוד- זהו **סיוע לניסיון שוד.**
	+ העבירה כלל לא החלה- אם העבריין העיקרי תיכנן לבצע את השוד, אך בסוף ירד מהרעיון אבל כבר קיבל סיוע- זהו **ניסיון לסיוע. [לא עניש]** הסנגורים מנסים לשחק על החלק הזה.
1. **מתי?**

המעשה המסייעצריך להיעשות או לפני עשיית העבירה או במהלכה(סיוע לביצוע העבירה).

מעשה שנעשה אחרי-אינו סיוע אלא עבירה ייחודית ועצמאית (לא נגזרת) שנקראת **"סיוע לאחר מעשה"** (ס' 261-260 לחוק העונשין), שנחשבת לחמורה פחות.

1. כיצד?
* רוחני – למשל עידוד
* פיזי – למשל מתן אמצעים שהמבצע העיקרי יעשה בהם שימוש לביצוע העבירה. מתן עצות והמלצות לאופן ביצוע העבירה.
* לעיתים, נוכחות - ההלכה קבעה שנוכחות יוצרת חזקה ראייתית שהאדם סייע, אך היא אינה חזקה חלוטה. מותר לאדם לספק הסבר סביר להימצאותו בזירה.
* המעשה המסייע צריך להיות בעל **ייעוד מוחשי וקונקרטי**. (כלומר לסייע לקיום עבירה ייעודית ספציפית)
* אין צורך בכך שהמבצע העיקרי יהיה מודע לכך שהמסייע מסייע לו.
* החוק אינו דורש כי אלמלא הסיוע לא הייתה העבירה העיקרית מתגבשת. יתרה מכך, אין כל הכרח כי בהתנהגותו ירים המסייע תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה העיקרית. **ריבלין** בפס״ד יוספוב

**יסודות העבירה ס׳ 31:**

1. **היסוד העובדתי:** די בכך שלמעשה יש **פוטנציאל לסייע לקיום העבירה.** "מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע".
2. **היסוד הנפשי:**
3. **מודעות (מחולק ל- 2 שכבות):**
* מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולכן שיש לה פוטנציאל לתרום לביצוע עבירה העיקרית.
* מודעות לאפשרות ביצוע העבירה ע״י המבצע העיקרי .
* ניתן להשתמש בדוקטרינת עצימת העיניים כתחליף למודעות בהקשרים אלו. **ריבלין** בפס״ד יוספוב
1. **כוונה לסייע ברק** בפס״ד פלונית
* הלכת הצפיות יכולה לשמש תחליף להוכחת כוונה. **ברק** בפס״ד פלונית
1. **עונשו של המסייע ס׳ 32:** מחצית מהעונש שנקבע על ביצוע העבירה עצמה (חריגים בס' 32).
* פס"ד יוסופוב (סיוע למחבל)-המסייע לא חייב להיות מודע לכל פרטי העבירה, עם זאת עליו להיות מודע, בעת שהוא מגיש את הסיוע למבצע העיקרי, לכך שקיימת אפשרות כי פעולתו תסייע למבצע העיקרי בביצועה של עבירה ממשית, ובמילים אחרות, לכך שלמבצע העבירה היה "ייעוד מוחשי".

**פטור עקב חרטה** **ס׳ 34:**

 תנאי הוכחה שונים מפטור עקב חרטה בעבירת ניסיון לפי ס׳ 29 שם נדרשת חרטה ואילו כאן לא נדרש מניע של ממש. ס׳ 34 חל גם על מסייע וגם על משדל, יש להוכיח מספר תנאים **מתחלפים** ולא מצטברים:

(1) מניעת העבירה/מניעת השלמתה

 (2) הודעה לרשויות לשם מניעתה/מניעת השלמתה

 (3) עשיית כל שביכולת למניעת עשיית/השלמת העבירה.

האם ניתן לסייע במחדל?

* פס״ד ויצמן (תאונה שוטר סיוע מחדל) **–** סיוע לפי ס׳ 31+ס׳ 18 המגדיר מחדל, מסייע יכול להיות גם במחדל כי הוא חדל מחדל כדי לאפשר את ביצוע העבירה (סיוע להפקרה+סיוע לאי דיווח).

יש כמה גישות שאומרות מכוח מה ניתן להרשיע אנשים בסיוע במחדל:

1. הגישה הצרה, **החובה המפורשת** – ניתן להרשיע בסיוע דרך מחדל רק במקום שנמצאת בדין או בחוזה חובה ספציפית על המסייע לפעול.
2. הגישה המרחיבה, **הזיקה המיוחדת -** אין דרישה לחיוב מפורש בחוק ניתן להסתפק בחובה העולה מתוך זיקה מיוחדת של המסייע אל הסכנה/אל קורבן העבירה.
3. גישה שלישית, **מתוך העבירה העיקרית**- החובה העושה את פלוני מסייע נגזרת מתוך העבירה העיקרית, יוצרת תשתית תיאורטית שאותה יש לבחון בהתבסס על נסיבות המקרה. למערכת העבירה. לתקן לפי המצגת

**חשין** משתמש **בזיקה המיוחדת**(מרחיבה) לאור מערכת היחסים בין הנאשמות לנהג זאת בשילוב **הגישה השלישית,** גזירת המחדל מהעבירה העיקרית תוך התייחסות לחומרת העבירה.

* פס״ד נקר (חניקת שכנה) – אם לא נעשה דבר אולם הנאשם חדל מחדל אשר יש בו כדי לאפשר את ביצוע העבירה, מעשיו יוגדרו כסיוע במחדל (לא מנעה את הרצח).
* פס״ד פוליאקוב (נהג רצח יצאנית) – האפקטיביות של התרומה המסייעת אינה מהווה תנאי להטלת אחריות פלילית על המסייע. די להראות כי המעשה היה "מסוגל" לסייע כי המסייע צפה כאפשרות קרובה לוודאי מעשיו יקלו על ביצוע העבירה (אמר כי סייע במחדל, לא התקבל כי המשיך בנסיעה אקטיבית).

**מבחני עזר להבחנה בין מסייע למבצע בצוותא (לא תמיד נגיע לאותה תוצאה זה יעזור לנו בפינג פונג):**

1. **מבחן השליטה הפונקציונלית-** המבצע הוא ״אדון הפעילות העבריינית״, בידו השליטה המהותית על העשייה העבריינית, על ביצועה הקונקרטי ועל התפתחות העניינים. הנוכחות צריכה להיות מהותית ואין הכרח שימצא באופן פיזי במקום (פס״ד משולם/פלונים) טענה, לא הייתי נוכח- אין צורך בכך.
2. **מבחן הקרבה/המבחן המשולב-** מהי מידת הקרבה לביצוע העבירה? קרבה מהותית ולא פיזית. שם דגש על ההיבט הנפשי, ככל שהוא שותף לכל הרעיון, בעל רצון והזדהות עם העבירה, התרומה שלו תחשיב אותו למבצע בצוותא.
3. **מבחן הסנקציה הפלילית חשין** בפלונים (פחות רווח בפסיקה לאור הבעייתית שבו- עקרון החוקיות)– בחינת חומרת המעשה והערך החברתי שעליו יש להגן, אם בשל כך השופט סבור שיש להטיל עונש כבד על הנאשם - הוא ייחשב כמבצע בצוותא. אם לא מדובר במעשה חמור והעונש שינתן קל – מסייע.

**משדל ס' 30:**

המשדל יוצר שינוי תודעתי במוחו של המשודל (=המבצע) וגורם לו להחליט לבצע את העבירה.

1. היסוד העובדתי:
2. **התנהגות בעלת אופי משדל** - שכנוע, עידוד, דרישה, הפצרה או כל דרך שיש בה משום **הפעלת לחץ.** ההתנהגות צריכה להיות קונקרטית ליעד פלילי כלשהו.
3. **משודל** **שהינו אחראי בפלילים** - לא קטין, לא בלתי כשיר וכו׳. אין חובה שהמשודל יהיה מודע לשידול עצמו.
4. **מביא אחר לידי עשיית עבירה -** קש"ס בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה (ב2 מצבים: גם במקרים קלים – שהמשודל **לא חשב על העבירה** קודם וגם במקרים קשים יותר בהם המשדל **הטה את הכף**).
* פס"ד אסקין(חזיר בית קברות הצתה) **–** **בייניש -** הרכיב הנסיבתי בעבירת השידול עשוי להתקיים גם במצבים שבהם הרעיון העברייני עלה לראשונה במחשבתו של ה"משודל", אך טרם גובשה אצלו ההחלטה לבצעו. אין זה משנה מי הגה את הרעיון אלא מי הביא אותו לידי פעולה.
1. היסוד הנפשי הוא כפול (**בייניש** בפס"ד אסקין) :
2. **מודעות -** מודעות לטיב ההתנהגות המשדלת (התנהגות) + מודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטאלית (נסיבות) כדי לבצע את העבירה נושא השידול - העבירה הספציפית (אפשרות קרות התוצאה/התנהגות). דיון – מנגד, לא עבירה ספציפית.
* לרבות עצימת עיניים
1. **כוונה -** על המשדל להתכוון להביא את המשודל לידי ביצוע העבירה נושא השידול (עבירה ספציפית). כלומר, מטרה – מצד המשדל כי העבירה נושא השידול תבוצע, על כל יסודותיה, על–ידי ה"משודל".
* לרבות הלכת הצפיות
1. **עונש** לפי ס׳ 34ד-המשדל אנטי חברתי יותר מהמסייע (מוליד עבירה ועבריין) ולכן הענישה על שידול זהה לעונשו של המבצע. על ניסיון לשידול – מחצית מהעונש לפי ס׳ 33.
* בפס"ד פלונים (כהנא רימון) **חשין -** תרומתו של משדל הינה תרומה ישירה על–כן, בצדק נקבע כי **דינו של המשדל יהיה כדין העבריין העיקרי.**

יש מקום לראות כמסייע רוחני?

**חריגים לשידול:**

* **שידול לשידול**
* פס"ד סוגאקר (שרשור שידול חבלה מתחרה) **–** **דורנר-** ניתן לעשות נגזרת שנייה, שידול לשידול. כל עוד התכוון המשדל הראשון בדבריו לשדל ואף הצליח לשדל את המשדל השני, יורשע בגין שידול ולא ניסיון לשידול ואין זה משנה אם מעשי המשודלים קרי, מבצעי העבירה, נותרו בגדר ניסיון.

**הביקורת** של פרופ' קרמניצר ופרופ' סנג'רו: נגזרת שנייה תעשה רק בדרך של חקיקה מפורשת, פוגע בעקרון החוקיות. טוענים שהרחיבו את מעגל ההפללה יותר מידי.

* **שידול במחדל**

לכאורה ס׳ 30 (שידול) מנוסח באופן אקטיבי אך ס' 18 קובע שכל מעשה יכול להיעשות במחדל. הפסיקה אומרת שניתן להרשיע, מדובר במקרים מאוד חריגים.

הביקורת של פרופ' סנג'רו - אי אפשר להרשיע בדבר כזה. אי אפשר לעשות שרשורים ומחדלים כי זה לא כתוב בחוק ויש דרישה לאקטיביות מלשון סעיף עבירת השידול.

* **פטור עקב חרטה** **ס׳ 34:**

תנאי הוכחה שונים מפטור עקב חרטה בעבירת ניסיון לפי ס׳ 29 שם נדרשת חרטה ואילו כאן לא נדרש מניע של ממש. ס׳ 34 חל גם על מסייע וגם על משדל, יש להוכיח מספר תנאים **מתחלפים** ולא מצטברים:

(1) מניעת העבירה/מניעת השלמתה

(2) הודעה לרשויות לשם מניעתה/מניעת השלמתה

(3) עשיית כל שביכולת למניעת עשיית/השלמת העבירה.

* שידול לעבירות חטא – אינן ענישות (סעיף 34ג לחוק).
* ניסיון לשידול – אם המשודל נתקע בשלבי ההכנה, כאשר לא הגיע למתחם הניסיון – המשדל יורשע **בניסיון לשידול** לפי ס׳ 33.
* עבירות שידול ספציפיות: למשל, ס' 201 (שידול לזנות) או ס' 302 (שידול להתאבדות). **המעשה עצמו לא מהווה עבירה** למשל התאבדות.

אם אדם מואשם הן בשידול והן בסיוע:

1. הוא יורשע בנורמה המוחמרת;
2. ייחשב כמבצע בצוותא עיקרי (פלר, ברק בפס"ד פלונים). בשניהם העונש זהה (שידול וביצוע), אך יש נפקות לסיווג בהקשר נושאים אחרים – פטור עקב חרטה וכו'.

ההבדל בין משדל למבצע באמצעות אחר: במקרה של מבצע באמצעות אחר, האחר הופך **לכלי בידיו, איבד את האוטונומיה** (חל עליו סייג או לא מתקיים היסוד הנפשי). בביצוע בשידול, האחר הוא **אדם אוטונומי**, שהעבירה מתקיימת גם אצלו.

**דוקטרינת "רב העבריינים"**

רב עבריינים= העבריין שנמצא בראש ההיררכיה של הפעילות העבריינים, "המושך בחוטים". היסוד הנפשי שלו גדול מאוד לעומת היסוד העובדתי- שלא מתקיים על בוריו. הקושי בהרשעה נובע משום שהארוגני הפשיעה דואגים שראש ההיררכיה **לא ידע על פשעים קונקרטיים.**

1. **מבצע בצוותא זו ההלכה:** פס״ד משולםבשונה ממבצע בצוותא רגיל כאן המעורבות במישור העובדתי היא **אפסית** אולם ייחשב בכל זאת לכזה עקב היותו **בעל השליטה המלאה (פונקציונלית)** על העבירה ועל מבצעיה. נדרשות **ראיות** לזה - "אל תיכנעו" במשולם.

**ביקורת - מרים גור אריה וקרמניצר:** בפועל, המעורבות במישור העובדתי היא אפסית ולכן לא ניתן לסווגו כמבצע בצוותא.

1. **מבצע באמצעות אחר?** לדעת **קרמניצר ומרים גור אריה**- כן. בעת מתן הפקודה הוא יכול לסמוך על כך שהוראתו תבוצע מבלי שיהיה עליו להכיר את המבצע הפיזי. **שחר אלדר-** הגישה הזו אינה נכונה.
2. **משדל?** קיים קושי כי מדובר במערכת יחסים בה ההיררכיה הרבה יותר חזקה מיחסי שידול קלאסיים. קושי נוסף הוא שבפועל, דואגים שראש ההיררכיה לא ייתן הוראות ספציפיות.
* פס״ד משולם **ברק-** רב-עבריינים אשר מנהיג קבוצת עבריינים המבצעת עבירות בשליחותו ועל-פי תכנונו והנחיותיו, איננו רק משדל: הוא נחשב כמבצע בצוותא בשל השליטה המלאה שיש לו על ביצוע העבירה ועל מבצעיה.
* פס״ד ברוגתי (פיגועים) כן, קיים קיים פער בין אחריותו הקולקטיבית והמוסרית לבין הביצוע בפועל והאפשרות המשפטית לייחס לו אחריות פלילית. קושי גם בהוכחה כמשדל וגם כמבצע בצוותא (הורשע רק ב4 מקרים מתוך 33).

**למה משולם נחשב מבצע בצוותא וברגותי לא?** המינימום הנדרש לצורך הטלת אחריות של מבצע בצוותא על מנהיג חבורה שאיננו נוכח בזירת העבירה: השתתפות בתכנון העבירה או קשירת קשר לביצועה; מתן הנחיות או אישור לביצוע העבירה; פיקוח על ביצוע העבירה; או העלאת הרעיון לביצוע העבירה בצירוף סיוע או תכנון. כל אחד מאלו עשוי להיחשב על פי הפסיקה **כ"עשיית מעשים לביצוע העבירה".** "התביעה חייבת להוכיח שהנאשם קשור בדרך זו או אחרת לעבירה מסוימת – הן ביסוד העובדתי של העבירה, והן ביסוד הנפשי שלה, וזאת לא הוכיחה פרט לארבעת הפיגועים שיפורטו להלן".

**חשוב לזכור:**

* זו לא הבחנה ברורה, הולכים לפי הנסיבות, הראיות, השכל הישר ומנסים לסווג האם הוא משדל או מבצע בצוותא.
* כשמדובר **בעבירה שונה או נוספת** זה יהיה לנו קריטי, כי העונש יהיה מופחת.

**פתרון חלקי לבעיית רב העבריינים - חוק המאבק בארגוני פשיעה (2003):**

מגדיר ארגון פשיעה כ:"חבר בני אדם, מאוגד או בלתי מאוגד, שפועל בתבנית מאורגנת, שיטתית וממושכת לעבירת עבירות" נקבע בו הסטטוס של "ראש ארגון פשע".

ס' 2 לחוק- מגדיר רב עבריינים: "העומד בראש ארגון פשיעה, דינו עשר שנות מאסר". לפי ס' 2(ג)- ניתן לגזור גם עונש של 20 שנה (תלוי בסוג העבירה).

**יתרון החוק**- לא נדרשת הוכחת **מודעות כלפי עבירה קונקרטית.**

**הביקורת-** עדיין עונשו של רב העבריינים בחוק עשוי להיות פחות מחייליו שביצעו את העבירות בפועל.

בנוסף, חוק המאבק בטרור (2016)- נקבע בו הסדר דומה לגבי ראש ארגון טרור (20 שנות מאסר) ולכן אין כ"כ חידוש.

**אחריות שותפים לעבירה שונה או נוספת ס' 34א**

**תנאים להטלת אחריות**

1. **"אגב עשיית העבירה" -** זיקה לעבירה: זיקת זמן , בזמן העבירה/זיקה מהותית שתאפשר את העבירה.
2. **״עבירה שונה ממנה או נוספת לה״:** מדובר בעבירה אחרת ממה שתוכנן במקור.
3. **"כאשר בנסיבות העניין"** – מבחן **סובייקטיבי**, מה קרה במקרה הזה? מה טיב היחסים? האם רימו אחד את השני?
4. **"אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה"-** מבחן **אובייקטיבי**. האם היה ניתן לצפות חריגה זו? (בפועל, המבחן משולב).

**צדדים לעבירה:**

1. מבצעים בצוותא ס׳ 34א(א)(1):
* אם העבירה הנוספת/שונה הינה עבירה של **פזיזות** – המבצעים בצוותא יישאו גם הם באחריות.
* אם העבירה הנוספת נעברה **בכוונה** – יישאו המבצעים הנוספים באחריות כעל עבירה של **אדישות** בלבד.
1. משדל/מסייע ס׳ 34א(א)(2):

בכל מצב – יישאו באחריות כעבירה של **רשלנות** אולם רק אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי! (למשל, רצח וגרימת מוות ברשלנות). הכלל - אם אין עבירה דומה של רשלנות, אי אפשר להרשיע.

**סייגים לאחריות פלילית**

הגנה= קעקוע יסודות העבירה. סייג= העבירה התקיימה אך ישנו **הצדק** – קשור לנסיבות האירוע, הייתה עבירה אבל היה מוצדק לעשות אותה (לדוג' הגנה עצמית)/**פטור** – קשור לנסיבות האישיות, אין אחריות לאדם שעשה(לקוי בנפשו). ההבחנה בין פטור להצדק רלוונטית רק בנוגע לאחריות שותפים.

**הרציונלים לפטורים:**

1. נימוק משפטי – לא ניתן לייחס אחריות ללא רצון/שליטה, במקרים שכאלו אין יסוד נפשי, אין רצון/כוונה.
2. נימוק מוסרי – לא צודק להעניש אדם שלא שלט בגופו/עשה זאת בלית ברירה.
3. נימוק תכליתי/הכוונת התנהגות – אין כאן הכוונת התנהגות לעתיד כי הדבר נעשה ללא שליטה.

**הליך הוכחת הסייגים:**

**ס' 34ה:** "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית." הכלל – לא חל סייג, **אלא אם:** הנאשם עורר ספק סביר (מוטל עליו נטל קל לאור חזקת החפות) ← על התביעה הנטל להוכיח כי הסייג לא מתקיים, אם לא הצליחה ← **ס' 34כב(ב)-** "התעורר ספק סביר שמא קייםסייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".

* + - 1. **הגנת העדר שליטה** **(סעיף 34**

אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור הין עשייתו לבין ההימנעות ממנו. הדרישה: מחמת **העדר שליטה על תנועות גופו**. מצבים בהם זה עשוי לקרות:

* **״תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית".** לדוגמא: ביצוע עבירה תוך כדי פרפור הנובע ממחלת הנפילה / תסמונת טורט/מחלה אחרת
* **"בשעת שינה"** - אדם המבצע עבירה תוך כדי שהוא הולך מתוך שינה
* המצב השכיח: "**במצב של אוטומטיזם (אי מסוגלות לשלוט בהתנהגות) או של היפנוזה"** 2 מצבים:
1. אוטומטיזם גופני – פעולה אוטומטית הנובעת מתוך חוסר שליטה גופנית. לדוגמא: נהג שחטף התקף לב/ סחרחורת, עבר באור אדם וגרם לתאונה.
2. אוטומטיזם נפשי – פעולה אוטומטית הנובעת ממחלה נפשית השוללת יכולת שליטה גופנית.
* לעיתים גם **בלאקאאוט** מאחר והפרט לא היה מסוגל לשלוט בתנאים להיווצרות האירוע. פחות מקבלים.
* פס״ד צ׳ארלסון (גידול זרק בנו) – העדר שליטה נוכח גידול במוח שגרם לו לא להיות מודע למעשיו.
* פס״ד חמיס (טרקטור הפך ניידת) – מקום שהנאשם במשפט פלילי מבקש להתנער מהאשמה על סמך אוטומטיזם, מצווה ביהמ"ש לבחון אותה בזהירות רבה, כדי שלא יולך שולל. נטל ההוכחה הוא על הנאשם.
* פס״ד חלילי (רצח חבר דחיפה זעזוע) – טענה של "היעדר שליטה" יש להוכיח כדבעי ואין היא יכולה להוות מפלט לעוברי עבירה. הנאשם לא עמד ולו בנטל המינימלי להוכחת סייג זה, כאשר תיאור מעשיו רק מוכיחים את ההיפך הגמור של הדברים.
* פס״ד צדקה (סנטר דקירה אפילפסיה) -בין הצדדים לא הייתה כל היכרות מוקדמת, ספונטאנית או נקודתית. האירוע הוא תולדה של **התקף אפילפטי** שגרם לנאשם לשינוי הכרתי ותודעתי ולא אפשר לו שליטה על התנהגותו, תנועותיו ותגובותיו. בזמן ההתקף, פעל בהיעדר רציה, עקב כפיה גופנית, בשל ההתקף האפילפטי בו לקה.

**האם פוסט טראומה=העדר שליטה?**

* פס״ד גטאהון (רצח עו״ד ובתו) – "על הטוען לקיומה של הגנת האוטומטיזם להראות כי "בשעת האירוע הנדון היה נטול הכרה (או מודעות) על הנעשה אתו ומסביבו ועקב כך, לא שלט על תנועותיו, יש חשיבות לקיומה של חוות דעת רפואית התומכת בטענתו, אך בוחנים גם את יתר הראיות, התנהגות הנאשם ואמירותיו בסמוך לאירוע ובמהלכו.
	+ - 1. **סייג לסייגים:** **כניסה למצב בהתנהגות פסולה ס׳ 34יד**

המחוקק החליט להקשיח את תנאי הכניסה לסייגים ודרש מהנאשם לגלות אחריות. אם אדם הכניס את עצמו **במודע למצב המסוכן - לא יחול עליו סייג היעדר שליטה.** רלוונטי רק לסייגים אלו: העדר שליטה, צורך וכורח. **טענה חשובה של התביעה,** "הייתה לך בחירה חופשית״.

אדם שעל אף המצב המסוכן בו הוא נמצא (לדוגמא: סיכון חמור להתקף לב / אפילפסיה) נהג ברכב, קיבל התקף לב ופגע באחר עקב היעדר שליטה - הוא כמו אדם **שהביא את המצב על עצמו** ולפיכך לא יזכה להגנה.

* + - 1. **אי שפיות הדעת ס׳ 34ח**

לא כל הפרעה או מחלה היא מחלת נפש. רק מחלת נפש קשה שפוגעת בכוחות השליטה המוסריים או **ביכולת ההבנה של האדם** תיחשב למחלת נפש לפי המשפט הפלילי.

**מושגים:**

**אי שפיות משפטית** – נקבע על ידי בית המשפט (לא פעם בניגוד לעמדת הפסיכיאטרים)

**אי שפיות בזמן ביצוע העבירה** – למשל, סכיזופרן שחושב שהקורבן הוא השטן. לאחר ביצוע העבירה-חוזר להיות "רגיל"

**אי שפיות לאחר ביצוע העבירה** – היה שפוי ואיבד את שפיותו (למשל במעצר)

**3 תנאים להוכחה:** פס״ד אדנני (מפעל סכין יפנית בוס)

1. על הנאשם לסבול **ממחלה נפשית**; (רק במחלה נפשית ברמה גבוהה מאוד – סכיזופרניה פרנואידית למשל, שמשבשת את ההבנה) בעיה תרבותית לא נחשבת פס״ד גראמה
2. על הנאשם להיות חסר יכולת של ממש להבין את הפסול במעשה; ( בגלל המחלה).
3. קשר סיבתי בין התנאי הראשון לשני.

**פסקי דין רלוונטיים:**

* פס״ד גראמה(רצח אשתו שד)- **אגרנט -** האמונה הזאת (בשדים) שהכתיבה לו את ההתנהלות היום-יום היא בעיה תרבותית ולא נפשית ולכן הורשע.
* פס״ד קרני(הרעלת כספית)- הסייג חל עקב פרנויה מובהקת.
* פס״ד ברוכים (מלך משיח)– לא יכל להימנע מעשית המעשה כי היה לו שיבוש מחשבתי. (במחוזי נפסק כי זו הייתה אידיאולוגיה תרבותית, מחלת הנפש תרמה אך אין קש״ס).
* פס״ד רוט (איים והטריד בטלפון)– אי כשירות במשפט אחד אינה מעידה על אי כשירות במשפט הקודם. (מחוזי: כשיר, עליו: לא כשיר)
* פס״ד אבו חמאד (שרף את בנו)–במחלות שמתפרצות לסירוגין יש להוכיח מעל לכל ספק סביר כי לא היה שפוי בעת ביצוע העבירה (מחוזי: היה שפוי, עליון: קיים ספק, נשלח לאשפוז).

**סיכום החלק הרפואי**

ביהמ"ש רשאי להורות על אשפוז בכפיה

ביהמ"ש רשאי להורות על הפסקת/השהיית המשפט (כאשר יש אי שפיות לאחר ביצוע העבירה)

ביה"ש רשאי להפסיק כליל את ההליכים המשפטיים (ביטול המשפט).

**הוכחת אי שפיות – פרקטיקה**

**בעבר –** הסנגור היה צריך להוכיח אי שפיות מעבר למאזן ההסתברויות (לא שפוי ב-50 אחוז ומעלה).

**כיום** – ההגנה צריכה "ראשית ראיה"(משהו שמראה שהוא לא שפוי) ← הנטל עובר לתביעה להוכיח שהוא אכן שפוי מעל כל ספק סביר. נטל הראייה התהפך.

**ההבדל בין חזקת אי שפיות הדעת לחזקת העדר שליטה**

חשוב להגדיר את ההבדלים מאחר ואנשים שמורשעים באי-שפיות הדעת לרוב נשלחים לבתי חולים ואילו העדר שליטה – לא*.* לדוג': הליכה תוך שינה –הוכרה גם באי שפיות וגם העדר שליטה (כנ"ל אפילפסיה).



**ההצדקות להגנת האי שפיות מבוססות על:**

**נימוק משפטי:** מחלת נפש מבטלת את רצונו החפשי של אדם. אם הנאשם עשה משהו ללא בחירה חופשית, צריך לזכות אותו.

**נימוק מוסרי:** אין זה צודק להטיל עונש על מי שפעל כתוצאה מטירוף.

**נימוק תכליתי:** אין כל טעם להעניש. (משום שזה לא מרתיע אותם כי הם לא מבינים את הפסול במעשיהם מלכתחילה).

ההגנה הזו הולכת ומתרחבת, ונכנסים כל פעם מחלות נוספות.

* + - 1. **שכרות 34ט**

**מהי שכרות?** סעיף 34ט(ד)

"מצב של שכרות" – מצב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה.

**ישנם מספר מצבים:**

1. **שכרות כפויה 34ט(א)–** אדם שעשה מעשה פלילי במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו – לא יישא באחריות. דוג': מישהו הזריק לי סם ולאחר מכן רצחתי.
* פס״ד ג׳ון (פרידה כדורי הרגעה הצתה) - שכרות לא רצונית, תחת השפעת סם שלא מרצונו ולא מדעתו (הצית את דירת חברתו).
1. **שכרות מכוונת 34ט(ב) –** אדם שגרם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה - יישא באחריות.

הרעיון: אדם הנמצא תחת השפעת חומרים משכרים – אינו מסוגל לגבש את האשם הנדרש בפלילים כדי שהתנהגותו תחשב לעבריינית. הוא אינו מסוגל לבצע **"בחירה חופשית".**

1. **הסייג לסייג שכרות רצונית- ס׳** **34ט(ב) -** אם אדם השתכר ביודעין או מרצונו החופשי, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית(דומה לכניסה למצב בהתנהגות פסולה סעיף 34יד).

המשפט יצר פיקציה ורואה באדם כאילו היה בעל מחשבה פלילית. הסיבה: **הרתעת אנשים** מהיכנסות למצב של שיכרות.

* פס״ד יאסר (רצח הוסטל וודקה+קלונקס) - סייג השכרות מהווה ״הגנה מדומה״. יותר משמופחתת אחריותו של השיכור, כשאדם נכנס למצב של שכרות ביודעין – אחריותו מוגברת מאחר והוזהר שאם יבצע את עבירה, יבחן היסוד הנפשי בשעת השכרות ויצטרף ליסוד ההתנהגותי שבשעת ביצוע המעשה. (עדיין נטענת כי מנסים להוריד את המחשבה הפלילית מכוונה לפזיזות).
	+ - 1. **הגנה עצמית ס' 34י**
* פס״ד עסלה (פריצה ירתה בבעלה) – כאשר מבוצעת עבירה מתוך טעות כנה והגיונית, רואים את מעשיהו בראי הטעות שלו ומעמידים את המציאות המדומה במקום המציאות האמיתית.

כולל גם הגנה על אחר שנמצא בסכנה. **6 מבחנים מצטברים להתקיימות הגנה עצמית:**

1. ״דרוש״ **נחיצות איכותית:** האם היה ניתן לפעול בדרך אחרת כדי למנוע את התקיפה שלא כדין?

חובת הנסיגה – מהמשפט האנגלי. בעת תקיפה –אם אפשר לסגת – זה מה שצריך לעשות.

* פס״ד פרץ (סכסוך שכנים אלים) – יש לסגת/להדוף כאשר ניתן. במקרה זה, הנאשם יכול היה לחזור לביתו אך הוא העדיף להשיב להם מכות. הסייג לא חל.
1. "באופן מיידי" **מיידיות:** ההגנה צריכה להיעשות **בסמוך לתקיפה**. אם ידע מראש, יכל להתקשר למשטרה.
2. "להדוף תקיפה" –רק **איום או ניסיון שיש בו ממש** (ולא תיאורטי). יש לוודא שהתגונן עד נטרול הסכנה ולא ניצל את המצב כדי לתקוף את הפושע, על ההדיפה להיות סבירה.
* פס״ד פרידמן (אישה סכין נטרול רצח) – אם אדם נטל את הסכין מהתוקף זו מגננה, אך: אם הוא דקר את התוקף כשזה לא היה הכרחי - זו מתקפה אסורה.
1. "שלא כדין" –על התקיפה להיות **שלא כדין,** בניגוד לתקיפה שמבוצעת ע"פ צו/ע"י שוטר. **השופט אגרנט-** אם שוטר מבקש לעצור אדם שלא כדין, מותר לאדם להתנגד למעצר.
2. "סכנה מוחשית" – על הסכנה שממנה מתגוננים להיות **מוחשית-ממשית** ולא ערטילאית או רחוקה. [תלוי למשל בפערי הכוחות בין התוקף לנתקף].
* פס״ד ויניצקי (סכסוך חניה אגרוף קשיש) – התנאי דורש סכנה אמיתית. (לא התקיים, חזק יותר מהקשיש).
1. **סייג לסייג (סעיף 34י סיפא) -** אסור להביא בהתנהגות הפסולה לתקיפה תוך צפייה מראש של התפתחות הדברים. כלומר - אם המתגונן התחיל במריבה, הוא לא יוגדר כמי שפעל תוך הגנה עצמית.
* פס״ד אבו דבעאת (ריב חמולות) – יש לעמוד בתנאים, כאן הגיעו מראש עם כלי נשק, לא ניסו לסגת, נכנו לסיטואציה באופן פסול ואין עמידה בשום תנאי.
	+ - 1. **הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי ס׳ 34י1**

ההגנה העצמית הרגילה **הורחבה** גם למקרים של פגיעה **ברכוש** **ופריצה** לבית. הסעיף שנחקק עקב פרשת דרומי (פרצו לו למשק), נותן אפשרות הגנה מפני פורצים. די שאדם יתפרץ למקום מגוריו / עסקו של אדם אחר **בכדי לבצע עבירה**, על מנת שניתן יהיה לנקוט בהגנה עצמית ההקלה באה לידי ביטוי בשלושה תנאים:

1. אין דרישה לתקיפה שלא כדין.
2. אין דרישה ל"סכנה מוחשית".
3. רחב יותר מהגנה עצמית רגילה. [גם אם ניסה לפרוץ..].

**משמעות התיקון:** ניתן להפעיל כוח (לכאורה) **בלתי מידתי** כנגד פורצים וגנבים, לצורך הגנה על רכוש.

בעבר - לא ניתן היה להפעיל כוח בלתי מידתי כנגד פורץ כהגנה עצמית, ואסור היה לפגוע בפורץ כאשר כוונתו לפגיעה או גניבת רכוש.

* + - 1. **צורך ס׳ 34יא**

הפעולה הייתה **צריכה** להיעשות גם אם עברתי על חוק. **התנאים:** נחוץ, להגנת אינטרס מוגן, הגנה מסכנה מוחשית, סבירות, אין דרך אחרת סבירה לפעול. מצוי לרוב בחקירות של ״פצצות מתקתקות״ (לדוג' סטירה לחשוד בטרור על מנת לגלות מידע נוסף). **חריג:** כניסה למצב בהתנהגות פסולה ס׳ 34יד.

* + - 1. **כורח ס׳ 34יב**

פוטרת אדם מאחריות פלילית למעשה **שנצטווה לעשותו, תוך איום** שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו. מדרון חלקלק ולכן ההגנה מצומצמת מאוד**.** תנאים מצטברים:

1. כפייה: תוך איום.
2. מיידיות: ביצעתי את הפעולה באופן מיידי לא לאחר שנה.
3. האינטרס המוגן הוא חשוב: הגנה על חיים, לא בכל סיטואציה זה יתאפשר.
4. העדר ברירה ממשית: אין ברירה אחרת.

**חריג -**כניסה למצב בהתנהגות פסולה ס׳ 34יד:

* פס״ד חסוס (קרטל הברחת סמים) – על אף התנאים לא קיבלו את ההגנה, משום שנכנסו למצב מבחירה מלכתחילה. פנו בעצמן לקרטל, החשש הוא שכל אדם שיבצע עבירה בשל איום יטען שעשה זאת גם בשביל המשפחה שלו.

בחוק הישראלי אין הבדל עקרוני **בין צורך וכורח** אבל ישנה מסורת אנגלית של הפרדה בין שני הסייגים. ההבדל ביניהם הוא בעיקר בנסיבות:

* כאשר מקור הסיכון הוא מצב דברים נתון תהיה רלוונטית הגנת צורך.
* כאשר מדובר באיום שמגיע מצד ג' תהיה רלוונטית הגנת כורח.
	+ - 1. **צידוק ס׳ 34יג**

מערטלת את המעשה הפלילי מאי חוקיותו ומכשירה אותו אם נעשה על פי נורמה משפטית, לרוב מדובר באנשי צבא/משטרה (יש יסוד עובדתי אך היה מוצדק לעשות את זה). ״אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה **באחד מאלה:**

1. הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו;
2. עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין;
3. במעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו״.
* פס״ד אנקונינה (מחסום ירי גלגל מוות) נקבעו **תנאים לסייג הצידוק:**
1. המעשה שאדם עושה יהיה מעשה כדין, חוקי (לפי פקודה).
2. פשע: חשש לביצוע עבירה חמורה, נדרשת שקילות בין המעשה לבין הכוח שמפעילים.
3. אין דרך אחרת.
	* + 1. **זוטי דברים ס׳ 34יז**

**בתי המשפט לא יעסקו בעניינים שהם קלי-ערך (**כתב אישום על גניבת צעצוע שעולה שקל ממקס סטוק).

ממשפחת דוקטרינות "דברים של מה בכך" בנזיקין, ו"המעשה הפעוט" בדיני המקרקעין. לא מדובר "בעבריינים", הדגש הוא **הסיכון החברתי הנשקף מהעבריין**, לחברה אין אינטרס ציבורי שמקרים קלים יידונו בהליכים פליליים. **הסייג:** ״לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, 1.לאור טיבו של המעשה,2. נסיבותיו, 3.תוצאותיו 4.והאינטרס הציבורי, 5.המעשה הוא קל ערך״.

* **סייג לסייג:** פס״ד עזיזיאן (נזירות איפור גניבה חרדי) – **האינטרס הציבורי** עשוי לשלול סייג זה. מדובר בסיטואציה מיוחדת (חרדי אל מול נזירות במאה שערים) האינטרס הציבורי הכריע ולא תוצאת המעשה.

**האם ניתן להתחשב בנסיבות אישיות במסגרת זוטי דברים?**

**בן ארי** **-** "ההגנה תתקבל רק באותם מקרים בהם אין במעשהעצמו מידה מינימלית של סכנה לערך החברתי המוגן ואין הוא הולם את המושג של עבירה פלילית." זאת תוך הותרת שיקולים שעניינם נסיבות אישיות (אופי, עבר, גיל, בריאות וכו׳) לשלב ההכרעה בבקשה לביטול ההרשעה.

* פס״ד דינמיקה שירותים (חברת ניקיון פנקס שעות) – העסיקה את העובד מבלי שניהלה "פנקס שעות עבודה", ביהמ״ש זיכה את החברה, מאחר וזה לא מצדיק הליך או תיק פלילי אלא בגדר זוטי דברים.
* פס״ד מימון (רמאות מכירת רכב) – יצרו מצג שווא במכירת רכב: יד ראשונה, בעלות פרטית, ק״מ נמוך כשבפועל: יד שנייה, בבעלות חברה ועבר כ- 150,000 ק"מ. הורשעו בעבירת קשירת קשר, קבלת דבר במרמה וזיוף מסמך הקשור לבעלות ושימוש ברכב. **לא זוטי דברים.**
* **פרופ׳ דניאל פרידמן -** לאור ההתפשטות העצומה של המשפט הפלילי וחדירתו לתחומים רחבים, יש צורך בסייג זוטי הדברים כדי לאזן זאת.
	+ - 1. **טעות במצב המשפטי ס׳ 34יט** /הסתמכות על יעוץ משפטי

הטעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור **הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. בעבר-** היה מקובל שאי ידיעת החוק אינה פוטרת. **כיום-** טעות בדין שהינה בלתי נמנעת תשמש כהגנה לנאשם. שכיח בעבירות צווארון לבן - נוח להגיד "לא ידעתי"; "לא שמעתי"; לא ראיתי"; או: "עורך הדין שלי אישר לי לעשות עסקת מס כזו".

**בימה״ש העליון קבע סדרה של מבחנים מצטברים:**

1. האם הלקוח פעל בתום לב – אדם שחשד שהוא מבצע עבירה ובכל זאת מבצע אותה גם אחרי שקיבל חוו"ד, מעלה חשד. כלומר, האם הלקוח בא במטרה לרמות? לדרוש מהעורך דין לכתוב חוות דעת מוטעית? נדרש שגם עוה"ד פועל בתום לב.
2. האם ההסתמכות על אותה חוו"ד הייתה "הסתמכות סבירה"? ככל שהשאלה המשפטית היא מורכבת יותר, הגיוני שיפעל ע"פ חוות הדעת.
3. האם הלקוח גילה לעו"ד שממנו קיבל את הייעוץ את כל הפרטים? גילוי הפרטים הרלוונטיים הכרחי על מנת שיוכל להסתמך על חוות הדעת (אם לא סיפק את כל הפרטים הוא בעצם הטעה אותו).
4. האם עו"ד שנתן את חוות הדעת הוא אכן מומחה בתחום של חוות הדעת?
* **פרופ' פלר –** טעות במצב משפטי לא תחול על עבירות שהן "רע כשלעצמו". למשל - רצח, אלימות, גניבה וכו'.הסיבה: יחס החברה למהותן של עבירות אלו ידועה לכל, ואיש לא יעלה על דעתו שהעבירות אינן אסורות.
* פס״ד פרומדיקו (עבירת מס עצה עו״ד) – במקרים בהם מדובר בעסקאות מסובכות או בתחומים מורכבים (תכנוני מס)- הסתמכות בתום-לב על עצת ״עורך-דין סביר״, שעליו ניתן לסמוך כבעל הידע המשפטי הנדרש, ואשר ידועות לו כלל העובדות והנסיבות הדרושות לעניין, עשויה לשלול את קיומה של כוונה פלילית מצדו לפעול שלא כדין.
* פס״ד תנובה (ייבוא בשר תיאום מחירים) – הסייג לא יחול כאשר נעשה לא בכנות ובתום לב וכאשר מדובר על הוראות חד משמעיות שהנאשמים בעלי רקע משפטי מבוסס בתחום ואף נטלו חלק בבירורים המוקדמים בעניין. הסתמכות על חו"ד משפטית בע"פ **ללא פירוט והנמקה** אינה עולה כדי טעות בלתי נמנעת באורח סביר.
* פס״ד בלילי (ייבוא לולבים תיאום מחירים) – הכלל הוא כי אי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית, סייג זה מהווה חריג לכלל במצב בו טעותו הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.
	+ - 1. **הגנה תרבותית (סייג פסיקתי)**

במקרים מסוימים נתחשב ברקע התרבותי (לרוב זה לא מתקבל), לפי התרבות המקובלת במקום שממנו עובר העבירה בא, המעשה אינו פלילי, מקובל וסביר.

* פס״ד kimura – זוג אמריקנים ממוצא יפני. הבעל בגד באישה, בתרבותם זה בושה ומתגברים עליה ע״י התאבדות - האם לקחה את הילדים לאוקיינוס ״להסיר את הבושה״, היא שרדה והואשמה ברצח כפול.
* פס״ד dincer – אב מוסלמי באוסטרליה דקר את בתו בת ה-16 מאחר שקיימה יחסי מין עם זרים. הטענה הייתה שוני תרבותי הוא מוצדק, "הנאשם פעל לפי הנורמות המקובלות בתרבותו". בפועל, הטענות הללו לא מתקבלות מאחר שהן מערערות את כל המשפט הפלילי המדינתי.

**בישראל-**

* פס״ד פלוני –רצח על ״כבוד המשפחה״, ביקש הקלה בערעור על רקע הגנה תרבותית. כשעוסקים בעבירות של **נטילת חיים**, אין בכוחן של טענות הנשענות על תרבות להפחית מן האשמה המוסרית של מבצע עבירה שתוצאתה קיפוח חיי אדם. על מערכת המשפט לשדר מסר ברור ומרתיע.
* פס״ד ניאזוב (ויכוח אלים רצח קווקזי) – חזר עם אקח ורצח. טענו שיש להתחשב בארץ מוצאו (קווקזי) מאחר ופגיעה בכבוד היא החשובה מכל. ביהמ״ש קבע כי אין זה רלוונטי וכי החוק מיועד למנוע מצבים כאלו בדיוק.
* פס״ד אזברגה – נקמת דם במשפחה אחרת. ביהמ״ש קבע כי לפני ההכרה בזכותו של נאשם לתרבותו, יש להגן על **זכות הקורבן על חייו ועל שלמות גופו**. אסור לתת לגישה הרב תרבותית לגבור על ערכים ליברלים בסיסיים ולסתור חיי אדם . חשוב להבהיר כי "מסורת" ו"מנהג" מעוררי סלידה כגון נקמת דם, אין לקבל ויש להוקיעם באמצעות ענישה מרתיעה ביותר.