**מחברת מקוצרת דיני עונשין | עלמה וינברג | 2021**

**דיני העונשין:** מחולקים לשלושה ענפים: נעסוק בענף א' – הדין המהותי. *עונה על שאלה "המה?"* מסדיר את תחום האחריות הפלילית (חוקים המגדירים מתי אדם יישא באחריות פלילית ומה נחשב עבירה). שלושה רבדים:

1. לכל עבירה יש הגדרה שקובעת מה האדם צריך לעשות כדי שמעשיו ייחשבו לעבירה.
2. הסנקציות – "התג מחיר" שמוצמד לכל עבירה.
3. תנאים כלליים - כללים על מנת שאדם יוכל בכלל לשאת באחריות פלילית+ סייגים לאחריות הפלילית הקובעים את הגבולות והתנאים- סייגים שבעזרתם אדם יוכל לצאת מלשאת באחריות פלילית.

ענף ב - סדר דין פלילי - משפט פלילי פרוצדורלי: מערכת הכללים שמסדירים את ניהול ההליך הפלילי מביצוע העבירה ועד מתן גזר הדין. עונה על השאלה - איך?

ענף ג - דיני הראיות : כללים שמסדירים את דרכי ההוכחה של העובדות.

**חוק העונשין מתחלק לשני חלקים:** **א.** החלק הכללי – הוראות יסוד כלליות והגדרת מושגים חשובים שרלוונטיים לכל החוקים. **ב.** חלק ספציפי - רשימת עבירות ומושגים ספציפיים.

**הצדקות המשפט הפלילי:** המשפט הפלילי הוא כלי של המדינה להגן על הערכים שחשובים ביצירת חברה מאורגנת.

**תיאוריית האמנה החברתית** (תומס הובס): העבירה הפלילית מפרה את השמירה על האמנה החברתית ולכן יש רצון לעצור את העבריינים. לא מדובר בסכסוך פרטי - אלא זו פגיעה רחבה יותר בכל החברה ובערכים שחשובים לה (לפיכך לא מתקיים סכסוך בין פרטים). האזרחים מפקידים בידי המדינה את זכויותיהם ומנגד, המדינה תפקידה לשמור עליהם. אחריות פלילית מבטאת קונפליקט בין הפרט לחברה בכללותה. ברגע שאדם מבצע עבירה פלילית הוא קורא תיגר על החברה כולה.

**מבנה ההליך הפלילי שונה ממבנה ההליך האזרחי:** המדינה היא זאת שתנהל את המשפט והיא זאת שתתבע את הנאשם. התפיסה שעומדת מאחורי זה - הסכסוך הוא ציבורי ויש לחברה אינטרס בו.

**מה מקומו של הקורבן?** בעבר ההליך הפלילי היה סכסוך אישי, מתוך רצון לעזור לקורבנות. אך זה השתנה והמדינה לקחה על זה אחריות. הקורבן נתפס כעד אך הוא לא צד בעל סמכות לעיצוב ההליך. כיום יש חוק שמגן על נפגעי העבירה.

**ייחודיות המשפט הפלילי (לעומת משפט אזרחי):**

1. האחריות הפלילית גוררת תיגר (סטיגמה) - יש למשפט הפלילי תפקיד הצהרתי -אדם שמורשע נתבע בו אות קלון חברתי. יש רצון להעביר מסר לחברה - לגנות מעשים מסוימים ולעודד את החברה ללכת בדרך ישרה. שיקוף אמירה ערכית כלפיי המעשים של הנאשם.
2. "עיקרון השיוריות"- משפט פלילי רק כמוצא אחרון. אם אפשר להתמודד עם הבעיה באמצעים אחרים לא נפעיל את ההליך הפלילי.
3. אחריות פלילית מותנית בקיומה של אשמה – אחד הביטויים להאשים אדם היא להוכיח שאותו אדם פעל בעקבות יסוד נפשי >> מודעות.
4. מבנה ההליך והצדדים לו: הליך ציבורי: מדינה נ' נאשם: נפגע העבירה אינו צד להליך: כללי סדר דין שנועדו למזער חשש מפני הרשעות שווא: הקפדה על זכויות חשודים ונאשמים.
5. רף ראייתי גבוהה במיוחד: על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר.

**מידת ההוכחה:** המדינה צריכה להוכיח מעבר לספק סביר (98%) על אשמה כדי להרשיע. הבעיה: בזיכוי ניתן לחשוב שהנאשם לא ביצע את המעשה. אך המסקנה הנכונה היא שלא הוכחה אשמה ב100%. לעומת זאת, בהליך האזרחי, משתמשים במאזן ההסתברויות.

**רציונליים להפללה:**

* עיקרון הנזק –המקרים הקלאסיים שבהם נרצה להפליל הם מקרים שבהם אדם גורם נזק לאדם אחר או לחברה (קונצנזוס).
* פגיעה ברגשות – שנוי במחלוקת. האם יש הצדקה לקבוע איסורים פליליים שלא יפגעו ברגשות?
* אכיפת המוסר – שנוי במחלוקת. יש הבדל בין המשפט הפלילי למוסר אך יש מקרים שהם הולכים יד ביד. דעה א'- נכון להשתמש במשפט הפלילי ככלי למניעת נזק ולא לשמירת נורמות מוסר. דעה ב' - יש להגן על המוסר משום שזה חלק מהחברה.
* פטרנליזם – שנוי במחלוקת. האם מוצדק להשתמש במשפט הפלילי כדי לחפות על אנשים שלא לגרום נזק לעצמם?

עבירות “mala per-se”- (כמו רצח) עבירות שהמעשה בהן מדיף ריח רע, הנורמות הפליליות מתמזגות עם הנורמות המוסריות.

עבירות “mala prohibita” -הגבול המוסרי מטושטש, המעשה עצמו ניטרלי(כמו למכור מוצרים פגומים), אבל הוא אסור בגלל סיבות חיצוניות-(ולא בגלל פגיעה במוסר בניגוד לעבירת רצח שדי ברור שזה לא מוסרי) שיקולים של יעילות, סיכון.

**מה ההצדקה המוסרית של המדינה להעניש?**

1. **תורת הגמול** – הערכת המעשה כטוב או לא ע"פ מה שקורה בפועל. אדם שמפר את האיזון המוסרי נדרש להיענש וכך האיזון המוסרי מתאזן. התורה צופה פני עבר - ראוי להעניש ולעשות צדק בעקבות פגיעה בעבר, ללא התחשבות בעתיד. בעולם המודרני יש הלימה בין העונש לבין חומרת המעשה.

**ביקורת:** **א.** לא יעיל - תורה נקמנית לא רציונלית ולא מקדמת לשום מקום. המדינה אחראית על המעטת האלימות והנקמה. **ב.** למעט את הרע - אין תירוץ מספיק טוב להוסיף עוד סבל לעולם.

2.**תורת התועלתניות** - נשענת על תורת המוסר שאומרת שאנחנו מודדים את ערך המעשה לפי תוצאותיו. גישה זו מצדיקה את הענישה אבל במבט צופה לעתיד. בשיטה זו בודקים מה התועלת של הענישה ולפיה קובעים את אופי וחומרת העונש.

**מטרות הענישה ע"פ תורת התועלתניות**: **א.** הרתעה ספציפית - עונש מתוך רצון להרתיע את הפושע לפשוע בעתיד. **ב.** הרתעה כללית - נועדה למנוע משאר החברה לפשוע מתוך הסתכלות על עונש העבריין. **ג.** שיקום- הפושע לא יחזור לבצע עבירות, מתוך מפנה וקידום שהוא יחווה בעצמו בזכות העונש. **ד.** הרחקה/ מניעה – ע"י מאסר הנאשם מורחק מהחברה ולפחות לתקופת המאסר נמנעות עבירות פוטנציאליות על ידו.

**ביקורת על ההרתעה**:

1. משתמשים באדם כאמצעי להשגת מטרות.
2. הנחת המוצא של הרציונל תמימה ולא מחוברת לחיים האמיתיים - אנשים שחיים בנסיבות חיים קשות או תחת השפעות חברתיות משמעותיות לא מבצעים חישובים מתמטיים אלו.
3. בדו״ח דורנר - המחשבה כי עונשים חמורים הם אלו שירתיעו אינם נכונים לפי רוב המחקרים, רמת האכיפה היא הרלוונטית.

**כיום נהוג לשלב בין התורות**:

1. הארט - ההצדקה הבסיסית לענישה היא קודם כל תועלתנית. במידה ומדובר על מקרה האי, אין הצדקה להעניש.
2. גמול מקובל - תיקון 113 בחוק העונשין הכללי- קודם הולכים לרציונל הגמולני ורק אחרי זה ניתן למצוא את צורת הענישה הספציפית ע״י התורה התועלתנית.

|  |  |
| --- | --- |
| סעד נ' מדינת ישראל | סולברג: בשנת 96' קמה ועדת גולדברג במטרה לבחון את דרכי שק"ד של השופט בגזירת דין פלילי. על בסיס המלצות ועדה זו תוקן **תיקון 113** לחוק העונשין שנועד לכוון את שיקול דעתו של השופט. הדבר הראשון בהבניית שיקול הדעת היא בחינת המטרות של הענישה. ישנן גישות תוצאתניות – הרתעה, מניעה, שיקום. ישנן גישות דאונטולוגיות המתמקדות בגמול. **התיקון מעניק בכורה לעקרון ההלימות, עקרון הגמול – יחס הולם בין חומרת המעשה ומידת האשמה ובין סוג ומידת העונש.** מנגנון תלת שלבי לגזירת עונש:1. האם הנאשם הורשע בכמה עבירות או עבירה יחידה. אם עבירה יחידה, ממשיכים לשלב השני. אם כמה, צריך לראות אם הן חלק מאירוע אחד ואז ממשיכים כרגיל או שהם כמה אירועים, ואז העונש יהיה על כל אירוע בנפרד.2. מתחם ענישה, נקבע בהתחשב בעבירה ובנסיבות הקשורות בביצועה.3. נסיבות שאינן קשורות לעבירה, שלפיהם נקבע העונש המצוי במתחם הענישה (סע' 40יא).השיקולים הקובעים את מתחם הענישה: 1. הערך החברתי הנפגע ומידת הפגיעה בו = חומרת העבירה.
2. מדיניות הענישה הנוהגת.
3. נסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סע' 40ט).

מקרים חריגים בהם ניתן לחרוג ממתחם הענישה:1. לקולא – אם השתקם הנאשם או יש סיכוי של ממש שישתקם (40ד(א))
2. לחומרא – חשש שיחזור לבצע עבירות והגנה על שלום הציבור (40ה)
 |
| הועדה לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים – דין וחשבון (דו"ח ועדת דורנר) | **החמרת הענישה אינה מובילה להתרעה** (כך מראים המחקרים). הרתעה היא תוצאה של הכפלת החמרת הענישה בסיכויי התפיסה.**הרתעה = סיכויי התפיסה X חומרת העונש** |
| טלי גל והדר דנציג – רוזנברג"צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" | **צדק מאחה:** התייחסות לעבירה כפגיעה ביחידים ובמערכות יחסים – הדגשת הפן האישי והקונקרטי בביצוע הפשע. איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה.**הגישה העונשית:** עבירה כפגיעה מופשטת בערך חברתי מוגן.**המודל המוצע:** **שילוב של שתי הגישות.** המודל יכול לחול רק בהתקיים היסודות של שתי הגישות יחד. יסודות הגישה העונשית – יסודות עבירה פלילית נתונה ומבצע כשיר לשאת באחריות פלילית. יסודות הצדק המאחה – כשהמבצע מודה, ויש הסכמה בין הפוגע והנפגע לקיום ההליך.1. הגישה העונשית מול הצדק המאחה:
2. הצדק המאחה התפתח על רקע אכזבה מהגישה העונשית. סיבות האכזבה: חוסר יעילות של הענישה בהפחתת עבריינות וכישלון לספק מענה לצרכי הנפגעים.
3. הבדלים בתפיסת העבירה: גישה עונשית – פגיעה בערכים חברתיים מוגנים. צדק מאחה – דגש על הפן האישי, פגיעה ממשית לנפגע הישיר.
4. הבדלים בתגובות לעבירה: השאלות במרכז הגישה העונשית: מי ביצע, האם התקיימו יסודות העבירה, מה העונש הראוי. השאלות המרכזיות בגישת הצדק המאחה: מי הנפגעים, מהם הצרכים הנובעים מהפגיעה, מי אחראי למילוי הצרכים.
5. הבדלים בהליך: הליך עונשי – חקירה, כתב אישום, הליך משפטי (הוכחות + גזירת עונש). הליך מאחה – יש כמה מודלים: גישור, היוועדות, מעגל. הם נבדלים זה מזה בהיקף המשתתפים ומידת התערבות הקהילה.יתרונות ההליך העונשי: פוטנציאל להוקיע מעשי עבירה, להעביר מסר של גינוי והרתעה והנפגעים מרגישים שניתן למבצע העבירה יומו במשפט.

איך המטרות של הגישה העונשית נכללות בתוך הצדק המאחה : 1. הרתעה: הענישה בפועל לא מרתיעה אלא הבושה.הצדק המאחה דווקא מרתיע כי בעקבות השיח המכבד, נפגעי עבירה פחות יחששו לחשוף את המעשים שעשו להם. 2. שיקום: הכלא הוא בית הספר הטוב ביותר לפשיעה. דווקא בגישה המאחה, מבצע העבירה מעורב בשיח עם נפגע העבירה וכתוצאה מכך מעורב פחות במעשי פשיעה לאחר מכן . 3. מניעה: דווקא כשהקהילה של מבצע העבירה ושל נפגע העבירה לוקחים חלק בתהליך של הצדק המאחה, אז משיגים מניעה. הקרובים למבצע הם בעלי יכולת פיקוח ומגויסים למטרה זו.4. גינוי – תוך כדי הודאת מבצע העבירה בעבירה שהוא עשה, הוא מגנה בכך את המעשה.5. תורת הגמול – השוויון בגישה העונשית – לתת עונש זהה על מעשים דומים. השוויון בגישת הצדק המאחה – לתת הזדמנות שווה למבצעי העבירה לקיים הליך מכבד והוגן גם אם תוצאת ההליך תהיה שונה.המודל מציע שתי גרסאות:1. 2 מעגלים חופפים בחלקם. החפיפה מיישמת את המטרות: הרתעה, מניעה, שיקום גינוי. החלקים הלא חופפים: בצדק העונשי-הגמול. בחלק המאחה- איחוי הפגיעות, העצמת הקהילה.2. מעגל בתוך מעגל. הצדק המאחה כולל בתוכו את מטרות הגישה העונשית (כולל גמול במשמעותו הרחבה) (רסטורטיבית), נוסף על המטרות הייחודיות שלו (איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה).מתי נעדיף איזו אפשרות?אפשרות 1 להדגשת המשמעות הרחבה של גמור (תגמולי, השתת כאב תחת כאב).אפשרות 2 להדגשת הגמול כהשבת הצדק על כנו בדרכים קונסטרוקטיביות.פרמטרים להערכת ההצלחה של ההליך המאחה:1. חומרת העבירה2. נכונות הקהילה המקומית להתמודד עם העבירה3. אפשרות קבלתה של התנצלות, והחשיבות שמייחס לה נפגע העבירה4. קיומם של תומכים בעלי חשיבות למבצע העבירה |

**מנגנוני משפט חדשים אלטרנטיביים למשפט הפלילי המוכר:**

1. וועדת דורנר (לעיל)
2. ביהמ"ש קהילתיים - המטרה של ההליך הפלילי היא לא רק לטפל בעבירות, אלא המטרה היא לטפל בשורש הבעיה. יש להפנות את המשאבים בלטפל בבעיות של העבריינים וכך בעיות העבריינות יתמעטו. המודל צמח בארה"ב. הרעיון של ביהמ"ש אלו זה לשלב את הקהילה בטיפול ומוצאים לנאשמים משרות ותפקידים בקהילה.

מה השוני בין בתי משפט אלו לבית בתי משפט רגילים? הצוות עובד ביחד על מנת לתפור לנאשם את התוכנית הטיפולית הטובה ביותר שתמנע ממנו לחזור לפשע. המטרה בסוף ההליך היא שמי שהצליח להשתלב בתעסוקה ולהשתקם, יינתן לו עונש קל ושיקומי, כמו עבודות שירות, אך לא מאסר. מי שלא עמד בתהליך חוזר להליך הפלילי הרגיל, זהו סוג של טיפול בצל המשפט, בצל איום.

ביקורות:

1. תפקיד הסנגור- פה הסנגור הוא חלק מהצוות של בית המשפט, ואין ניגודי עניינים ויריבות בין הסנגור והתובע. יש סכנה שהדחיפה של המשתתפים לשיקום זה שיפלילו חפים מפשע, כי הנאשמים צריכים להודות בפשע כדי להגיע להליך בבימ"ש קהילתי.
2. סכנת הרחבת הרשת - כשיש כלי פחות חמור ממאסר, היד תהיה קלה על ההדק ולהכניס אנשים שאולי פשעו להליך פלילי, גם אם שיקומי, ואולי לא מגיע להם בכלל להיכנס למערכת הזו.
3. תפקידו של השופט - יש חשש שהשופט ייראה כחלק מהצוות המטפל, אך הוא לא, אין לו הסמכה לזה וצריך שיהיה ברור מהו תפקידו של כל אחד.
4. מקום הקורבן - מקום נמוך יותר אפילו מבתי המשפט הרגילים. הנפגעים עדיין לא משתלבים מספיק בהליכי המשפט של הנאשמים.
5. של מי התפקיד לשקם? תפקיד הרווחה לטפל בקשיי החברה העמוקים והשיקומיים, ולא של בתי המשפט. אך בסוף זהו כן הליך משפטי, ומי שנושר מההליך השיקומי חוזר להליך הפלילי הרגיל.
6. **צדק מאחה** -מתמקדת בצרכי הקורבנות והפושעים, במקום בצורך למצות את החוק היבש, או להעניש את העבריין. התייחסות למעשה עבירה כאל פגיעה ביחידים ובמערכות יחסים. הפגיעה יוצרת מחויבות לאחות את הנזקים, כפי שמוגדרים ע"י הנפגע והאחרים שהושפעו ממנה. הליך הצדק המאחה הוא הליך שמתנהל מחוץ לביהמ"ש (בנוכחות נציג מדינה) ומטרתו להפגיש בין הפוגע לנפגע. הרעיון לתת לצדדים לדון בעצמם בפגיעה ובהשלכותיה הם קובעים את תוכנית האיחוי. ביקורת: זהו הליך אוטופי ולא מציאותי. מדובר על עבריינים מפוקפקים. בנוסף, ההרתעה היא לא פקטור כמו בהליך הפלילי העונשי. הליך זה מאבד את הערך של ההרתעה שלו.

**מבנה חוק העונשין – רקע:**

* התקופה העותמנית – משפט פלילי מוסלמי. האימפ' קורסת.
* התקופה המנדטורית (1918-1948) – תוקן נקודתית ע"י הנציב הבריטי. רק ב1936 הוא חוקק את הפח"פ שהחליף את הקוד העותמני. נכתב עם זיקה ישירה למשפט הבריטי שמבוסס על משפט קזואיטסי.
* התקופה הישראלית (48' – היום) – הפח"פ תוקן נק' בעניינים מסוימים מהמנדט הבריטי ורק ב1977 נחקק חוק העונשין הישראלי שלא היה יצירה ישראלית מקורית אלא תרגום של הפח"פ + תיקונים. משמש עד היום. לא נעשה הליך של יצירת הרמוניה בין הסעיפים מאז.

**עיקרון החוקיות:** עיקרון זה קובע שאין עבירה ואין עונש עליה, בלי שהדבר נקבע בחוק.

רציונליים:

1. עבירה והעונש צריכים להיות קבועים בחוק (ולא בפסיקה למשל).
2. החוק צריך להיות תקף בזמן ובמקום הביצוע.
3. החוק שמגדיר את ההתנהגות כעבירה צריך להיות בתוקף. בזמן ובמקום

מטרות הכללים -

1. הגינות - אין באפשרותו של אדם לצפות את החקיקות העתידיות.
2. שיקולים תועלתניים - אם מענישים ללא הזהרה זה לא מרתיע ולא יעיל. המטרה של החוק זה לכוון התנהגות ראויה מלכתחילה.
3. שוויון -החוקים נקבעים מראש ע"י המחוקק שיחולו על כולם במידה שווה. לעומת הפסיקה שמושפעת מהאנשים המעורבים (הנאשם, השופטים, עורכי הדין וכו).
4. הגנה על זכויות הפרט- עיקרון זה בא ליצור רפורמה שתגביל את כוחו של בית המשפט.

כיום עיקרון החוקיות בישראל הוא בעל מעמד חוקתי. מסע' 1 נגזר:

1. כל מה שלא כתוב בחוק הוא מותר.
2. מהדרישה שעבירה תקבע רק על ידי המחוקק, משתמע מכך שלבית המשפט אסור ליצור חקיקה שיפוטית חדשה.

בהצעת החוק השאירו את האופציה לגבי קביעת הגנות. התפיסה - זה לא פוגע בנאשמים אלא מיטיב איתם.

הבעיה: העבירה לפעמים מוזכרת בחוק אך בצורה מעורפלת ורחבה, ובפועל כשבית המשפט נדרש לפסוק הוא צריך לפרש ולצקת תוכן לעבירות אלו ויוצא שהוא מבצע חקיקה. לפי עיקרון זה, יש דרישה שהחוקים יהיו ברורים ומוחלטים

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ אש"ד נ' היועץ המשפטי | המערער הורשע בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום לידי תקלה לציבור (ס' 105 לפקודת החוק הפלילי). **השבתת האוטובוסים.** | חשין: זו עבירה בעייתית משום שהיא **משאירה שק"ד לשופט לקבוע איזה מעשה נחשב עבירה לפי סע' זה.** השופט קובע זאת לאחר ביצוע המעשה, וזה עובר על הכלל של "אין עונשים אלא אם מזהירים". אי אפשר לבטל את החוק, לכן אפשר רק לפרש בצמצום. **הפירוש יעשה בכל מקרה לגופו** ולא פרשנות אחת כוללת לכל המקרים.זילברג: הדבר הרצוי הוא למחוק עבירה זו אבל זה לא אפשרי, לכן אפשר רק **לצמצם את תחולתו על ידי מתן הגדרה לעבירה זו, הגדרה אחת כוללת לכל המקרים הבאים.**לסיכום:צמצום חוק "סתום": חשין: צמצום בכל מקרה לגופו. שומר שלא תהיה חקיקה שיפוטית. זילברג: מכווין מראש לתמיד. שומר על וודאות החוק. |
| דנ"פ מדינת ישראל נ' שבס**מעבר מפרשנות מצמצמת (אש"ד) לפרשנות תכליתית.** | מרמה **והפרת אמונים** (העתירה מתמקדת בהפרת אמונים) | ברק: היסוד העובדתי בה הוא "רקמה פתוחה". **לא מצמצמים ישר, אלא מעכשיו מפרשים לפי התכלית, מה הערך המוגן מאחורי החוק.** הפרת אמונים הוא מכשיר מרכזי במאבק על שמירת טוהר השירות הציבורי ולכן יש לפרש את יסודות העבירה על מנת להסיר את הערפול.חשין: משווה לעבירת ה"תקלה הציבורית" שהיה עדיף שלא הייתה קיימת בגלל הבעייתיות שלה, אך אומר שהפרת אמונים אינה אותו דבר. ראשית, הפרת אמונים מצומצמת יותר כי יש חובה שאחד יהיה חייב באמונים לשני. שנית, תקלה ציבורית יכולה להיות עבירה פוטנציאלית של כולם, הפרת אמונים רק של עובד ציבור.  |

\*הפסיקה הסופית היא כמעט הפוכה מפס"ד אש"ד - **התכלית חשובה יותר מהפרשנות**. ביהמ"ש מקריב את עיקרון החוקיות למטרת התכלית. לעומת זאת, בפס"ד אש"ד - כל אחד יכול להיות מואשם בכך, ולכן יש לדייק הרבה יותר את העבירה. כיום ביהמ"ש פחות מקפידים על עיקרון החוקיות (ברק במזרחי).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ מזרחי נ' מדינת ישראל**קודם מוצאים את תכלית החוק. יותר מפרשנות אחת – הולכים על הפרשנות המצמצמת** (כמו בס' 34כא). | המערער קיבל **חופשה מהכלא** ל24 שעות אך לא חזר. ביהמ"ש קמא זיכה אותי מעבירת בריחה אך הרשיע אותו בהפרת הוראה חוקית. | ברק: השאלה היא פרשנית, האם ניתן לראות מי שבחופשה ולא חוזר כמי ש"בורח ממשמורת חוקית". פרשנות מצמצמת ופיזית בכלא או פרשנות מרחיבה של משומרת משפטית. אין לפרש הוראה פלילית בצמצום דווקא אלא כמו כל חוק אחר, דרך **מתן משמעות הגיונית ללשון החוק ולהגשים את מטרתה.** |
| ע"פ בר שלום נ' מדינת ישראל | ערעור על עונש קנס או לחילופין מאסר בשל **חניה** במקום אסור. **בשלט** כתוב שהחניה אסורה בין השעות 19:00-7:00, השאלה אם קוראים מימין לשמאל או משמאל לימין. | אגרנט: ביהמ"ש קמא פסק שכיוון שמדובר ברחוב סואן, יותר הגיוני שהחניה אסורה במשך היום ולא הלילה.השופט אגרנט דוחה טענה זו, לפי חוות דעתו של הבלשן שיש לקרוא את השלט מימין לשמאל כך שהחניה אסורה בלילה, ועל פי תמרור דומה. **אימוץ פרשנות מצמצמת כשלא ברור.** |
| רע"פ אהובה לוי נ' מדינת ישראל | ערעור על הרשעה בעבירת תקנת תעבורה (תקנה 169) בשל **נהיגה עם אזניה** המחוברת לטלפון.בתקנה כתוב שאסור לנהוג "כשלאוזניו צמודות אוזניות".טענת המערערת – רק שתי אוזניות בשתי האוזניים.טענת המדינה – לפי חוק הפרשנות, יחיד כולל רבים וכן הפוך לכן גם אוזנייה אחת באוזן אחת. | קדמי: **תכלית האיסור היא למנוע מצב שהנוהג מנותק מהסביבה** (שתי אוזניות), להבדיל ממצב שבו של כרסום ברמת הקשב שלו (אוזנייה אחת). אם היה רוצה למנוע מצב של כרסום, היה המחוקק עושה זאת במפורש. העובדה שמותר לשמוע רדיו באוטו, למשל, מראה שלא הייתה כוונה למנוע כרסום בקשב. בנוסף, **אם יש שני פירושים הגיוניים, מן הדין יש לפרש באופן המקל עם הנאשם. פרשנות תכליתית.** |
| רע"פ קרופצקי נ' מדינת ישראל | האם **ישיבה במושב הנהג ברכב מונע כאשר האדם שיכור,** נחשבת עבירה של נהיגה בשכרות? | שהם: יש לתחום את היקפו של יסוד הנהיגה. **אין הגדרה לשונית למונח נהיגה, לכן יש לפרש לפי התכלית.** התכלית המרכזית בעבירות נהיגה היא חשש לפגיעה בכושר הנהיגה ומניעת סיכונים. בנהיגה בשכרות החשש הוא משיקול דעת פגום של הנהג. האם העבירה כוללת מצבים שבהם הרכב אינו בתנועה?מציע את "מבחן השליטה האפקטיבית" – היכולת לשלוט במנגנון התפעול והבקרה והשליטה ברכב (גם כשהוא עומד). **בגלל** **הפגם בשיקול הדעת בשל השכרות, הוא** **עלול להעביר את הרכב ממצב סטטי לתנועה.** |

סע' 34כא- פרשנות - התכלית זה השיקול העיקרי בנתינת הפרשנות בבית הדין (תיקון 39). רק אם לפי התכלית יש כמה פרשנויות- אז נלך לפי הפירוש המצמצם והמקל. קודם כל יש לאתר את התכלית, ורק לאחר מכן לבחור את הפירוש שמצמצם.

**יסודות העבירה**:

1. מבצע העבירה – צריך להיות בעל מאפיינים מסוימים.
2. אובייקט העבירה – הערך המוגן שעומד בבסיס האיסור הפלילי. ככל שהערך המוגן גדול יותר, היקף ההגנה יהיה רחב יותר ויס"נ נמוך יותר.
3. יסוד עובדתי (אקטוס ראוס) - הביטוי החיצוני האובייקטיבי של ההתנהגות האסורה שהנאשם צריך לבצע אותה על מנת לקיים את האיסור הפלילי.
4. יסוד נפשי - מייצג את התודעה של האדם ביחס להתנהגות שהוא מבצע.

\*כל עבירה מורכבת מיסוד עובדתי ויסוד נפשי. היסודות תלויים בערך המוגן.

\*כדי שתקום אחריות פלילית על הנאשם, התביעה צריכה להוכיח שביצע את העבירה מעל כל ספק סביר – הן מבחינת היסוד העובדתי והן מבחינת היסוד הנפשי – דרישה מצטברת!

**הגדרות:**

* סיווג העבירה - ס' 24
* עבירות ללא הגדרות >> המידע לגביהן הוא נוסח העבירה עצמה (למשל ס' 112), אין צורך לחפש הגדרות נוספות.
* עבירות המכילות הגדרה >> ס' 34 מגדיר עבירות.
* ס' העבירה, מלבד קביעת העבירה, כולל גם הגדרות של מינוחים >> מקום בו יש הגדרה מפורשת בחוק היא תגבר על הגדרות אינטואיטיביות למונח.
* עבירות שהמונחים בה מוגדרים בנפרד >> ההגדרות יופיעו בתחילת הפרק הרלוונטי בחוק העונשין, או של הסימן הרלוונטי בחוק העונשין.

עיקרון הסימולטניות: על מנת שעבירה פלילית תתקיים יש צורך שהתקיים יסוד נפשי ויסוד עובדתי ביחד! היסוד הנפשי הוא ביחס ליסוד העובדתי. על מנת שעבירה תתגבש הנאשם חייב לקיים בו-זמנית את שתי יסודות העבירה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ ג'מאמעה נ' מדינת ישראל | הנאשם הכה את המנוחה ולאחר שחשב שמתה זרק אותה **לבאר**. מסתבר שהיא מתה כתוצאה מטביעה בבאר ולא מהמכות.  | לנדוי: כרסום בעיקרון המזיגה: גם אפ היס"נ והיס"ע קרו בזמנים שונים – עדיין מרשיע.  |

**היסוד העובדתי (ס' 18):**

1. **התנהגות** – מעשה/ מחדל. "אין עבירה ללא מעשה". לנאשם תמיד יהיה שליטה על כך. ההתנהגות האסורה יכולה לבוא לידי ביטוי בפעולה אקטיבית(פיזית) או באי-עשייה(מקום שיש איזושהי חובה עליו לפעול).
* עבירת התנהגות – אין תוצאה.
* עבירה תוצאתית- צריך להוכיח >> א. התוצאה תולדת מאוחרת של המעשה. ב. קש"ס. ג. יס"נ כלפי התוצאה.

רציונליים:

|  |  |
| --- | --- |
| Meir Dan Cohen:"The 'Actus-Reus' and Offences of Situation" | **ממחשבות אי אפשר להימנע. אבל ההתנהגות היא דבר נשלט,** יכולת **לבחור** האם לפגוע בערך החברתי המוגן או לא. |
| Kadish & Schulhofer:Criminal Law and its process: Cases and Materials | למה לא מענישים על מחשבה פלילית בלבד אלא יש צורך במעשה?סטיבן: לא אנטי-חברתית אם לכולם יש מחשבות רעות.בלקסטון: ראייתית - קריאת מחשבות היא בלתי אפשרית.וויליאמס: מחשבות אנטי חברתיות עוזרות להיפטר מאגרסיות.דבורקין: קשה להבחין מתי אדם מתכוון ומתי הוא רק רוצה. |

2. **נסיבה** - רכיב אופציונלי. הנסיבות יכולות להופיע בהגדרת העבירה ויכולות שלא. נסיבות הן תנאים אובייקטיבים חיצוניים שמתלווים לרכיב ההתנהגותי. הנסיבות הופכות את הרכיב ההתנהגותי לשלילי.

\*ההבדל בין נסיבה למעשה- לנאשם שליטה על המעשה בניגוד לנסיבות שהם נתונים חיצוניים למעשה ובדר"כ אין לנאשם עליהם שליטה והקיום של הנסיבות בדר"כ לא תלויות בהתנהגות של העושה.

1. **תוצאה** – צריך להיות קש"ס בין ההתנהגות לתוצאה. התוצאה תהיה תולדה מאוחרת של המעשה.

\*נסיבות ותוצאה הם רכיבים אופציונליים (שמוגדרים בעבירה) לעומת המעשה שהוא רכיב חובה.

**יסודות העבירה**

↓ ↓

 **יס"ע יס"נ** (יש להוכיח בכל סוגי העבירה)

**↓**

\*התנהגות (סטטוס, החזקה, מחדל)

\*נסיבות

\*תוצאה (קש"ס בין ההתנהגות לתוצאה)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ אלבה נ' מדינת ישראל | מהו היסוד העובדתי של עבירת **פרסום דבר המסית לגזענות.**דעת המדינה – גם אם התוכן עצמו לא גזעני אבל פורסם **במטרה** להסית לגזענות.דעת המערער – רק אם **התוכן** פלילי. ללא התוכן אי אפשר להעניש רק על סמך הכוונה, וכן יש להישמר מפגיעה בחופש הביטוי. | מצא: "המפרסם דבר". תכלית החוק היא למנוע פרסום **שתוכנו (סוב')** הסתה לגזענות. יכול, מבחינת כוונת המפרסם. **פרשנות מרחיבה.**ברק: לא מסכים. **התוכן (אוב')** עצמו צריך להיות גזעני. שלא יצא שמענישים על דברים שבלב. ולא לפגוע בחופש הביטוי מעבר למידה הדרושה. **פרשנות מצמצמת.** ברק מצמצם את העבירה. |
| רע"פ כהנא נ' מדינת ישראל | כתב אישום נגד המערער על עבירה של איומים (סע' 192), איומים באמצעות מכתב ואיומים בטלפון. **האיומים בטלפון** נעשו כשהנאשם היה בגרמניה והמאוים היה בישראל, לכן המערער אומר שלא חל עליו חוק העונשין. | ברק: אם חלק מהיסוד העובדתי של העבירה נעשה בישראל (קליטת האיומים), יחול חוק העונשין. השאלה היא אם **קליטת איומים הם חלק מהיסוד העובדתי?** הרכיב הנסיבתי "על אדם" מחייבת קליטה של האיום לכן **קליטת איום היא חלק מהיסוד העובדתי.** |
| רע"פ מדינת ישראל נ' חורי | האם ניתן להרשיע בעבירה של **גרימת מוות ברשלנות אדם שגרם למותו של ולד** בנסיבות שבהן הולד היה עובר במועד הפגיעה בו, שבעקבותיה נולד חי ולאחר מכן מת? | ג'ובראן: השאלה היא ביסוד העובדתי שבעבירת "גרימת מוות ברשלנות", האם נדרשת "זיקה של עיתוי" בין הרכיב הנסיבתי לרכיב ההתנהגותי.היסוד העובדתי כולל שלושה מרכיבים: התנהגותי – "הגורם". תוצאתי – "מותו". נסיבתי – "אדם". השאלה היא סביב מועד התקיימות הנסיבה "אדם". האם הוא צריך להיות אדם בזמן ההתנהגות הפסולה (הפגיעה) או בזמן התוצאה (המוות). אפשרויות:1. **"מותו של אדם" זה ביחד, זו התוצאה** שכוללת גם את המילה אדם. ולכן מותו של האדם ייגרם אחרי, כי זו תוצאה שמאוחרת להתנהגות.ממשיך למצוא דרך להרשיע:2. יכולות להיות עבירות שמהנוסח שלהן משתמע שנסיבות יכולות להתקיים גם אחרי ההתנהגות. גוזר את זה מסוג הערך המוגן, **ערך החיים. לכן יש לאמץ פרשנות רחבה יותר.** יש להקל בפירוש של הנסיבה אדם, ולהגיד **שזו נסיבה שמאפיינת את התוצאה** ולכן היא יכולה לקרות אחרי ההתנהגות. |
| ע"פ לורנס נ' מדינת ישראל | המערער הורשע בגרימת מוות ברשלנות כאשר שיחק עם המנוח **"רולטה רוסית".**  | בך ודורנר: עצם היצירה של התנאים של המשחק המסוכן הם גרימת מוות **במעשה.**לוין: אחרי המשחק המסוכן הייתה התנהגות **מחדלית** של אי הצלה. מקור החובה לפעול הוא מחובת הזהירות של מי שיצר מצב מסוכן. **גם אם הייתה בעיה לטעון לעבירת מעשה, יש ישנה חלופה של מחדל בחלק השני** שבו לורנס לא עצר מהמנוח מללחוץ על ההדק (לא רק יצר את התשתית). |
| ע"פ פרידמן נ' מדינת ישראל\*חשוב לנסות לנתח גם כמעשה וגם כמחדל, כי יכול להיות שהמעשה יזכה בהגנה. | אשתו של המערער **ניסתה לדקור אותו** בסכין **וכשהוא ניסה למנוע זאת היא נדקרה.** לאחר מכן **עזב המערער את הדירה** ונמצא שאשתו מתה מאיבוד דם. המחוזי קבע כי הוא זה שדקר אותה ודחה את טענת ההגנה העצמית.  | קדמי: הוא היה רשאי להגן על עצמו אך הדקירה לא הייתה חלק מההגנה העצמית. אכן המערער גרם למות האישה, אך האם זו הריגה או גרימת מוות ברשלנות? גם אם המערער דקר, הוא בעצמו לא ידע שהדקירה הזו תגרום פגיעה גופנית חמורה ולכן אין הריגה. אך **היה עליו לדעת שללא טיפול רפואי ייגרם לה נזק כזה ולכן יש להרשיעו בגרימת מוות ברשלנות.** |
| רע"פ ויצמן נ' מדינת ישראל | אדם **דרס שוטר** כאשר שלושה אנשים נמצאים איתו ברכב, ואף אחד מהם לא חשב לעצור לעזור לשוטר שמת בסופו של דבר. השלושה מואשמים בעבירה של סיוע לעבירה של הפקרה לאחר פיגוע.  | חשין: העבירה של הפקרה לאחר פיגוע היא עבירה של עשה. לכאורה היא חלה על הנוהג ברכב, והרי השלושה האחרים לא נהגו. לכן הם סייעו לעבירה. **זו עבירה של מחדל.** מחדל הוא הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה. איזה דין יוצר מחדל שאפשר לענוש לפיו? האם כל דין יוצר מחדל בר ענישה?קדמי: **"חוק לא תעמוד על דם רעך": יש לבחון האם היא ראויה לייצוא כמקור חובה. כאן, קשה לומר שאפשר לייבא אותה** כי מדובר על עבירת קנס לעומת עונש מאסר של כמה שנים. |
| ע"פ שלום ימיני נ' מדינת ישראל | הבחנה בין מעשה למחדל | הבחנה מושגית:1. **חירות הפעולה של האזרח** – ענישה על מחדל פוגעת יותר בחירות הפרט. לכן החובה לפעול מצטמצמת למקרים מוגדרים בהם המערכת המשפטית סבורה כי מוצדק לכפות על האזרח סנקציה על חשבון החירות.2. **דרגת האשם** - גרימה במעשה נושאת אשם מוסרי גבוה יותר מאשר במחדל.3. **דרגת ההתנהגות האנטי חברתית** – מעשה מעיד יותר על מוכנות לפגוע באינטרס המוגן, מחדל מבטא פחות נחישות לבצע את העבירה. בנוסף, במחדל לא יוצרים את הסיכון ואין את אלמנט השליטה.4. **תוצאות מעשיות מסוכנות** – הטלת חובה על אזרח להתערב תיצור סכנה של התערבות בכוח והתערבות יתר.5. **קושי להבחין בין מחדל לבין מחשבה** – המעשה מדבר בעד עצמו אבל מחדל לא.6. **קושי להגדיר את היקף החובה** – קל יותר להגדיר מה אסור לעשות מאשר מה כן לעשות.אין מבחינים?1. **מבחן התנועה הגופנית** (הזזת השרירים)2. **מבחן הדומיננטיות** (יותר הרעה או אי-הטבה). |

|  |  |
| --- | --- |
| מרדכי קרמניצר וראם שגב "המחדל בדין העונשין" | מבחן הדומיננטיות ומבחן התנועה הגופנית נכנסים לפעמים למקרי בינים (כמו בפס"ד לורנס). |

בעבירות תוצאתיות יש להוכיח:

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 (להתנהגות, לנסיבות, ולאפשרות שתיגרם תוצאה) + יסוד נפשי חפצי (כמה אני רוצה שהתוצאה תקרה).

**עבירות סטטוס והחזקה** (הרכיב ההתנהגותי אינו אקטיבי – קלאסי, אלא מיוחד):

**עבירות סטטוס / מיצב:** היס"ע שלהן מתבטא בהימצאות של אדם או במקום מסוים או במצב מסוים. כלומר האדם עצמו לא עושה פעולה מסוימת ברגע ספציפי אלא עצם ההימצאות שלו במצב מסוים היא זאת שמגבשת את הרכיב ההתנהגותי.

פס"ד Robinson- ישנו חוק בקליפורניה- אדם המכור לסמים עובר עבירה פלילית. האם המצאות האדם במצב מסוים (התמכרות) יכולה להיות עבירה? היות ואדם לעיתים שרוי במצב מסוים (כמו תינוק הנולד מכור לסם) ללא שליטתו, אין בכך בסיס ראוי להפללה, ועל כן החוק הוגדר כלא חוקתי.

\*עבירות סטטוס מבוססות על מצב.

**עבירות החזקה**: עבירות שהאיסור בהן מתבטא באיסור החזקה של דבר כלשהו. על מנת שעבירת ההחזקה תתגבש לא צריך להראות שאדם עשה פעולה פיזית בהכרח אלא להראות שיש לאדם זיקה לחפץ.

פס״ד הוכשטט – המערער הועמד לדין על החזקת סם מסוכן. אדם אחר, הזמין סמים מחו"ל על שמו של המערער והסמים חיכו במכס. ביהמ"ש קבע שהמערער החזיק בסם משום שהוא האדם היחיד שיכל להוציא את החבילה מהמכס ולו לבד הייתה השליטה והפיקוח על הסם.

ברק- שני סוגים של החזקה: **א.** החזקה ממשית (לאדם עצמו יש שליטה על החפץ). ב. החזקה קונסטרוקטיבית - כשיש לאדם אחר החזקה ממשית, והשני יודע ומסכים לכך. לאדם יכולה להיות שליטה גם אם אין לו שליטה פיזית ולפיכך ניתן לייחס לו אחריות פלילית.

\*עבירות החזקה מבוססות על זיקה.

**עבירות המחדל הפלילי (מחדל = אי עשייה):** הדעה הרווחת היא שמעשה יותר גרוע ממחדל. מחדל יוצר דילמה ולא תמיד מרגיש ראוי להאשים במצב כזה. למה?

* המשפט הפלילי הוא פוגעני ודרסטי ולכן צריך לשמור אותו למקרים הקיצוניים בהם יש צורך מהותי לשמור על הערך החברתי המוגן. בנוסף, המשפט מגביל את חירות הפרט שמצווים על מישהו לעשות מאשר לא לעשות.

פס"ד מרגלית הרשפי - האם מרגלית נקטה בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את רצח רבין? מה נחשב אמצעים סבירים? כל חוסר פעולה קטן יכול להביא להרשעה פלילית שתשלול את החירות. זה נוגד את עיקרון המשפט הפלילי שאמור להיות משומש במקרים התנהגותיים מסוימים. עבירות מחדל פוגעות בחירות שמגיע לאדם.

* המציל "המקלקל"- אם תוטל חובת הצלה, אז ייתכנו מצבים שבהם אנשים לא מיומנים וללא ניסיון ויכולת ינסו לעזור ובמקום להועיל יגבירו את הנזק.
* עיקרון החוקיות – עבירות המחדל לא מוגדרות ולא ברור מה מצופה מהאדם לעשות.
* קש"ס בין מעשה למחדל לבין הנזק- מי שיצר את הסיכון, הוא בעל השליטה וגרם לתוצאה. יש קש"ס בין התנהגות אקטיבית לבין המעשים לתוצאה. החודל בהימנעות שלו מאפשר התפתחות של מהלך דברים אך לא תורם ליצירה של מהלך הדברים – קש"ס חלש.

\*שיטות משפט בעולם מחליטות להפליל בגין התנהגויות שהן מחדליות אבל עדיין רוב השיטות שמפלילות על מחדל דורשות תנאי נוסף (בגלל הגורמים והוא שבנסיבות מסוימות חלה על אנשים מסוימים חובה לפעול- ואז אם הם לא פועלים נפליל אותם. החובה לפעול לא תמיד קיימת.

**נסיבות קלאסיות:**

1. סוג של קשר/ זיקה בין החודל לבין הניזוק (הקורבן) – קשר משפחתי, בעל מקצוע, רופא ומטופל. קיימת לגיטימיות שתהיה ציפייה שהחודל יפעל.
2. זיקה בין החודל לבין הנזק – החודל יצר מצב מסוכן ראשוני, ואם הוא לא יפעל מהר עלול לקרות נזק. חלה עליו חובה להציל.

\*המשפט הפלילי יוצר חובות שבגינן החודל יופלל.

**הדין בישראל:**

* ס' 18- מבנה היסוד העובדתי
* ס' 18(ב)- "מעשה"- לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.
* ס' 18(ג)- "מחדל"= הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

כלומר אם אדם מבצע עבירה מסוימת ע"י כך שהוא נמנע מלעשות חובה מסוימת שנמצאת בדין, הוא עלול להיות אחראי לאותה עבירה.

* חוק העונשין לא מבחין בין מעשה למחדל מבחינה נורמטיבית.

החלק הכללי לא מדבר על ענישה מופחתת במחדל אל מול מעשה. הניסוח של החוק מבטא שקילות.

* אך בפועל בפסיקות בתי המשפט, אם נשווה עבירות דומות שנעשו במעשה או במחדל, בדר"כ ביהמ"ש גוזר עונש פחות חמור כשהעבירה נעשית במחדל. זה נותן סוג של תיקוף להשערה האינטואיטיבית שמחדל פחות חמור. אך מבחינת האמירה שיש בחוק העונשין- בחרו להחמיר את העבירה של המחדל כך שאין הבדל בין מעשה למחדל.

**יסודות המחדל (ס' 18ג):**

1. נורמה אוסרת - קיום של ס' עבירה שניתן באופן תיאורטי לעבור אותה על דרך של מחדל.
2. קיומה של חובת העשייה - צריך להראות שעל הנאשם הספציפי חלה חובה עשייה. החובה הזו יכולה להיות מעוגנת בכל דין או חוזה.
3. הימנעות ממילוי החובה - בשונה ממעשים רגילים שצריך להוכיח שדווקא הייתה עשייה.

**סוגים שונים של עבירות המחדל:**

1. עבירות מחדל פשוטות - עבירות שבבסיסן עבירות מחדל ברורות ויש בהן חובת עשה. למשל ס' 262 – אי מניעת פשע – עבירת מחדל פשוטה משום שלא ניתן לעבור עליה בעשייתה. כלומר, העבירה עצמה היא המחדל. החובה לפעול מצויה בעבירה עצמה.
2. עבירות מחדל עקיפות או מורכבות – מקור החובה לא נמצא בנורמה עצמה, אלא במקור אחר, מחוץ לסעיף העבירה. הן כוללות נורמה שאפשר לעבור אותן במחדל אך גם במעשה. בעבירות המעשה (למשל הריגה), אין צורך למצוא מקור, אבל אם נעשה הריגה במחדל צריך למצוא מקור חובה (של עשייה). המקור יכול להיות בחקיקה, פסיקה, חוזה וכ'ו.
3. עבירות שהרכיב ההתנהגותי שלהן מנוסח בצורה אקטיבית - בדרך של מעשה (למשל חובל). אם יש פגיעה באדם אחר בצורה של מחדל זה מאפשר להרשיע, כל עוד יש נורמה אוסרת, חובה והימנעות מעשייה.

פס"ד מזרחי - אדם יצא לחופשה מהכלא ולא חזר. ברק - כל עבירה אקטיבית ניתן לעבור אותה במחדל אם נמצאת חובה עשייה ממקום אחר. ס' 257 – ניתן לראות אי חזרה מחופשה כבריחה ממשמרות בלתי חוקית. מנגד, פרופ' קרמניצר טוען שהחוק לא היה מכוון שכל עבירה אקטיבית תפורש גם כמחדל, לדעתו זה פגיעה בעיקרון החוקיות, זה לא ברור, אלא רחב מדי. הכוונה הייתה - כשכתוב בחוק "מעשה", אז תהיה כוונה גם למחדל.

\*נעדיף לייחס אחריות פלילית בעבירה של מעשה ולא במחדל.

\*הימנעות מעשייה - הגישה שהתקבלה: העיקר המאמץ ולא התוצאה. אמצעי סביר יכול להיות אפילו להרים טלפון למשטרה, אבל העיקר לעשות משהו.

**הבחנה בין מחדל למעשה:** לרוב יהיה קל להבחין ביניהם, איך יהיו מקרים בהם יהיה מורכב. קרימצר ושגב נותנים לכך דוג'- למשל רופא שנותן תרופה ניטרלית לאדם שחולה במחלה מסוימת וגורם נזק לחולה (לא פוגע בו אבל החולה לא מקבל תרופה מתאימה). האם נייחס אחריות למעשה כזה במעשה או במחדל? המבחן האמיתי לכך הוא האם האדם עצמו יצר נזק שלא היה קיים או לחילופין רק לא הועיל. במקרה של הרופא כאשר מיישמים את המבחן- מצד אחד לא יצר נזק אך מהצד השני הוא יצר מצג שווא לחולה ובכך הזיק לו. צריך להפעיל שק"ד, המבחן אינו טכני – "שחור לבן".

1. מבחן התנועה הגופנית - אם הייתה הוצאת אנרגיה פיזית, זה ייחשב כמעשה, אך אם לא הייתה תנועה פיזית זה ייחשב כמחדל. מנגד, לא תמיד חוסר הנעת שרירים זה בהכרח מחדל. לכן, לפי קרמניצר ושגב המבחן הוא מהותי יותר:
2. מבחן הדומיננטיות – ניסיון להבין מהו המרכיב הדומיננטי- האם הייתה יותר גרימת נזק או אי הטבת המצב? הרעת המצב או אי הטבתו? זהו מבחן פחות מבחן פיזי אלא יותר מהותי.

פס"ד פרידמן- אשתו של המערער **ניסתה לדקור אותו** בסכין **וכשהוא ניסה למנוע זאת היא נדקרה.** לאחר מכן **עזב המערער את הדירה** ונמצא שאשתו מתה מאיבוד דם. פרידמן טען להגנה עצמית. מדוע חשוב להבחין בין מעשה לבין מחדל? אם היו מקבלים את טענתו להגנה עצמית, היה ניתן להרשיע אותו במחדל- הלך מבלי לעזור. לכן היה ניתן להצביע על מקור החובה של פרידמן להציל אותה וההימנעות מכך בפועל. המשפט מצפה מהאדם לקום ולפעול.

\*חשוב לנסות לנתח גם כמעשה וגם כמחדל, כי יכול להיות שהמעשה יזכה בהגנה.

**מקורות חובה (ס' 18ג):**

*"לפי כל דין או חוזה"* – דהיינו, חקיקה, פסיקה או חוזה. נשאלת השאלה האם ראוי לייבא מקורות חובה מחוץ לדין הפלילי?

* פלר – הכוונה לכל דין- לא רק דין פלילי. כיוון שממלא יש מסננת של יס"נ על מנת להרשיע בפלילים.
* קרימנצר- הרציונל לעיגון חובות בדין אחר לא דומות להפללה בדין פלילי, ולכן ההלבשה לא מתאימה ותהיה פגיעה בעיקרון החוקיות. חייבת להיות התאמה בין החובה לסיטואציה.

\*בפועל ע"פ חוק העונשין (ס' 18ג) ניתן לעשות קליטה גורפת מכל ענפי המשפט.

**מקורות חובה מרכזיים:**

1. מקורות חובה מכוח זיקה מיוחדת – ס' 322-326. זיקה מיוחדת לקורבן או למקור הנזק.
2. חובות בעבירה עצמה – עבירות מחדל פשוטות / ישירות.
3. חובות מהדין האזרחי – ס' 35-36 לפקנ"ז – חה"ז.
4. חוק לא תעמוד על דם רעך – חובת הצלה כללית. החוק קובע חובת הצלה והושטת עזרה (ס' 1). אולם בס' 4 נכתב מהו הדין העובר על ס' 1 (קנס). לכן נשאלת השאלה האם ניתן להשתמש בס' 1 כמקור חובה לעשייה בעבירת מחדל? הרי המחוקק כתב קנס בעונש ולא ניתן להרשיע אותו על הריגה בהתבסס ס' 1 כשההריגה הייתה במחדל. מחלוקת:
* קרימצר וחשין בפס"ד ויצמן – לא ראוי לייבא. מדובר על עבירת קנס לעומת עונש מאסר של כמה שנים.
* ראוי לייבא – הדברים לא חופפים ב100% (למשל אין הכרח של תוצאת מוות בחוק "לא תעמוד") בנוסף החוק יכול להוסיף חומרה לעניין.
1. חוזים- מקור חובה ע"פ ס' 18ג . הספק מתעורר במקרים של חוזים לא מפורשים הנכרתים בין 2 צדדים "מכללא". למשל, תחום הצלילה - האם שותף לצלילה אחראי בגין מוות של חברו במעמד הצלילה? (ישנה מחלוקת לגבי המחדל בחוזים מן הסוג הזה ואין שורה תחתונה, הפסיקה תצטרך לתת את דעתה ברגע שמקרים כאלו יגיעו לפתחה).
2. פסיקה – פס"ד לורנס. החובה נקבעה על מי שיצר את המצב המסוכן.

**נסיבות:** המחוקק "משחק" עם הנסיבות על מנת ליצור מדרג חומרה שונה בין עבירות. **לדוג' -**

עבירה (1): הגונב דבר, דינו מאסר 3 שנים. >> נורמה בסיסית/רגילה.

עבירה (2): הגונב דבר ממעבידו, 8 שנות מאסר. >> נורמה מיוחדת/ספציפית.

למעשה עבירה 2 בולעת בתוכה את עבירה 1 ומוסיפה עליה.

* הכלל אומר שכאשר מתקיים בין 2 עבירות יחס דנן, נגדיר את העבירה הרגילה>> כנורמה בסיסית/רגילה, ולעבירה "הבולעת" >> כנורמה מיוחדת/ספציפית.
* ככל שניתן לייחס לאדם את עבירה 2, נעמיד לדין בגין עבירה 2 ולא בגין עבירה 1.
* מדוע יש לנו צורך בעבירה נוספת ונפרדת, ולא פשוט הגדילו את העונש האפשרי בעבירה הרגילה (וכאשר נסיבות המקרה חמורות ביותר, ניתן את העונש המקסימלי) ?

הערך המוגן בעבירה מספר 1 הינו קניין. והערך המוגן בעבירה מספר 2 הינו קניין ויחסי אמון בין עובד למעביד.

כאשר אדם פוגע בערך הקניין ובנוסף ביחסי האמון בין עובד למעביד, יש פה פגיעה בערך נוסף ולכן נוצרת קטגוריה פלילית נפרדת. המחוקק רוצה להגן על כלל הערכים החשובים בחברה, ולכן יוצר עבירות נוספות וספציפיות.

**נוסיף עבירה:**

עבירה מספר (3): המתפרץ למתקן בטחוני, וגונב דבר דינו מאסר 7 שנים.

* + הערכים המוגנים בעבירה זו הם קניין + הגנה על בטחון המדינה.

ולכן עבירה זו היא נורמה ספציפית ביחס לעבירה מספר (1). אולם היא אינה נורמה ספציפית ביחס לעבירה (2) . עבירה 3 אינה בולעת את עבירה 2. ולכן ניתן לייחס לאדם את 2 העבירות במקביל.

**הכלל-** תמיד ננסה לייחס אחריות לכלל העבירות הרלוונטיות, אלא אם מתקיים בין עבירות יחס של נורמה רגילה לנורמה ספציפית (עבירה (1) לעבירה (2)/(3).)

אם לא מתקיימות כלל הנסיבות לעבירת הנורמה הספציפית, אנו נצטרך לחזור לעבירת הנורמה הרגילה.

**העקרון המנחה-** מצד אחד להגן על כמה שיותר ערכים מוגנים. ומצד שני לא להאשים אדם ב2 עבירות בגין אותו מעשה.

**קש"ס בנוי משני מבחנים \*מצטברים\*:** (רלוונטי רק לעבירות תוצאתיות)

1. **קש"ס עובדתי** – קיומו של קשר פיזי אובייקטיבי בין המעשה לתוצאה.

\*ברירת המחדל –

מבחן האלמלא –אלמלא הנאשם היה מבצע את ההתנהגות, האם הייתה נגרמת תוצאה? כן>> אין קש"ס. לא>> יש קש"ס. יש צורך בזיקה פיזית-אובייקטיבית בין המעשה לתוצאה.

\*גורמים עצמאיים שיכלו לגרום בעצמם לתוצאה -

מבחן הדיות (חריג למבחן האלמלא) – צריך לבודד כל אחד מהגורמים בנפרד ולבדוק איך הוא השפיע על התוצאה תוך התעלמות משאר הגורמים. האם די במעשים של הנאשם לגרום לתוצאה קטלנית? כן>> יש קש"ס.

\*גישה בספרות- לפי מבחן האלמלא - צריך להתקיים מבחן צר יותר. "האם לפי אותו גורם הייתה נגרמת התוצאה בדיוק באותה רמה ובאותה צורה ובאותו זמן?" ככל הנראה התשובה תהיה לא, והמבחן עובר. דעה זו הופכת את הכל למאוד ספציפי.

1. **קש"ס משפטי**- מי מהגורמים שעונים על המבחן הראשון ראוי להיחשב לגורם מבחינה משפטית.

מבחן הצפיות הסבירה - האם הנאשם **יכול** ו**צריך** היה לצפות בזמן הפעולה את התוצאה שנגרמה?".

המבחן מורכב משני מבחנים: **(1)** יכול – מבחן טכני/פיזי, האם מבחינת חוקי העולם השגרתי האדם יכל לצפות. **(2)** צריך – מבחן נורמטיבי. מעבר ליכולת, האם היה נכון לצפות את התוצאה – מבחן אוב' "אדם מן היישוב".

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ יעקובוב נ' מדינת ישראל | אישה **התאבדה לאחר שבעלה היכה והתעלל בה.** הוא הואשם בגרימת מוות ברשלנות. הבעל טוען שההתאבדות שלה היא לא צפויה ומנותקת קשר סיבתי. **האם יש קשר סיבתי בין ההתעללות למותה?** | בייניש: האם הנאשם, כאדר סביר, היה יכול לצפות את הקשר הסיבתי בין התנהגותו להתאבדות? היא התאבדה מתוך ייאוש. הייאוש הוא תוצאה צפויה של התעללות הבעל. היום זה מוכר שהתעללות גורמת לייאוש שמוביל גם להתאבדות, לכן על הבעל היה לצפות זאת. **הציפייה הסבירה אינה רק של הנורמות הפיזיקליות, אלא גם מבוססות עובדתית על מציאות החיים.** |

**ההבדל בין מבחן קש"ס משפטי ליס"נ:**

* מבחן קש"ס משפטי – האם האדם הסביר מהיישוב יכול היה לצפות את התוצאה? מבחן אוב'.
* מבחן יס"נ (מודעות) – צפייה בפועל את אפשרות גרימת התוצאה ע"י הנאשם – מבחן סוב'.

\*כאשר יש עבירה שותקת (עבירה בה תיאר המחוקק את היס"ע ולא פירט מהו היס"נ הנדרש), יש דרישה למודעות של האדם על כל אחד מיסודות העבירה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ פלוני נ' מדינת ישראל | **מרוץ מכוניות** בין המשיב (בן 17) לשני אנשים אחרים (שהיו יחד באותו רכב) והם נהרגו לאחר שאיבדו שליטה על הרכב. המשיב הואשם בהריגה.  | ארבל: במסגרת עבירות מחשבה פלילית תוצאתיות, המבחן לקשר סיבתי משפטי – מבחן הצפיות הסבירה. נדרשת מודעות סוב' לרכיב התוצאה. מבחן הקש"ס המשפטי כולל שתי שאלות: 1. קש"ס משפטי: צפיות האדם הסביר (אוב'). 2. יס"נ: צפיות הנאשם עצמו (סוב').**יש להוכיח כל אחד מהם בנפרד, הסוב' לא בהכרח ייבלע את האוב'.** |

בקש"ס משפטי מצופה מהאדם הסביר לצפות את סוג הנזק. הכלל- הצפיות צריכה להתייחס לאפשרות קרות התוצאה ואת סוג התוצאה. ההיקף הספציפי או הדרך הספציפית לא צריכים להיות צפויים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ בלקר נ' מדינת ישראל | המערער הורשע בעבירת רצח בכוונה תחילה לאחר **שזרק את אשתו מהחלון** כתוצאה מסכסוך (טענות שהיא התאבדה לא התקבלו). היא מתה מוות מוחי **והוחייתה על ידי מכשירים ולבסוף נותקה מהם.** השאלה היא מהי קביעת מותו של אדם. | בייסקי: עד שהמחוקק יקבע אחרת, יש לאמץ את העיקרון של מוות מוחי. כאשר אדם סובל מהפסקה מוחלטת של פעולות המוח, זהו מוות אף במובן המשפטי.שטרסברג כהן: אף בלי לקבוע שמוות מוחי הוא מוות (כמו בייסקי) ניתן להגיע לתוצאה של הרשעה דרך קשר סיבתי. למערער הייתה כוונה להרוג, ומדובר בעבירת תוצאה שהתוצאה בסופו של דבר הושגה. לכן קיים קשר סיבתי בין **מעשיו, שהיה בהם כדי להרוג,** לבין התוצאה, **ואין חשיבות לדרך שבה התהוותה התוצאה בפועל.** |
| ע"פ ג'מאמעה נ' מדינת ישראל | הנאשם הכה את המנוחה ולאחר שחשב שמתה זרק אותה לבאר. מסתבר שהיא מתה כתוצאה מטביעה בבאר ולא מהמכות. | לנדוי: הייתה מחשבה פלילית להרוג לאורך כל הפעולות שהוא עשה. כל הפעולות נעשו ברצף **ואין הבדל אם התוצאה קרתה מאוחר או מוקדם יותר ממה שחשב.** |
| ע"פ פטרומיליו נ' מדינת ישראל | המערער הורשע בשלושה מעשי **שוד ובהריגת אחת הקורבנות, שנפטרה מהתרגשות** שנבעה ככל הנראה ממצב בריאותי לקוי (על אף שהיא אמרה לפני מותה שלא נגעו בה). | בן פורת: יש לבטל את הרשעת המערער בהריגה. לא ניתן לייחס לנאשם חזות מראש שהקורבן עלול להינזק בגופו כתוצאה מהעבירה שביצע. שכיחות עבירת החטיפה ונדירות התוצאה של מוות בעקבות חטיפה מצביע על היעדר צפייה מראש של נזק כזה.**1. יש לצפות את סוג הנזק** (גופני לעומת רכושי)**2. גולגולת דקיקה מנתקת קש"ס.** |
| ע"פ יעקובוב נ' מדינת ישראל | אישה **התאבדה לאחר שבעלה היכה והתעלל בה.** הוא הואשם בגרימת מוות ברשלנות. הבעל טוען שההתאבדות שלה היא לא צפויה ומנותקת קשר סיבתי. **האם יש קשר סיבתי בין ההתעללות למותה?** | בייניש: האם הנאשם, כאדר סביר, היה יכול לצפות את הקשר הסיבתי בין התנהגותו להתאבדות? היא התאבדה מתוך ייאוש. הייאוש הוא תוצאה צפויה של התעללות הבעל. היום זה מוכר שהתעללות גורמת לייאוש שמוביל גם להתאבדות, לכן על הבעל היה לצפות זאת. **הציפייה הסבירה אינה רק של הנורמות הפיזיקאליות, אלא גם מבוססות עובדתית על מציאות החיים.** |
| ע"פ חוסיין נ' מדינת ישראל | המערער **דקר את אחותו** והרג אותה בשל סכסוך משפחתי. הורשע בעבירת רצח. הוא טוען כי לא התכוון להרוג אותה, **ותפקוד בית החולים מתנתקת את הקשר הסיבתי.**  | אנגלרד: המערער טוען שהדקירות לא יכלו להרוג והיא מתה מהתרשלות ביה"ח ולכן אין קשר סיבתי. השופט אנגלרד לא מקבל טענה זו. מה שגרם למוות היה הדקירות והטיפול הרפואי היה בתום לב ולא רשלני. השאלה היא אם מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי. במישור העובדתי קיימת זיקה סיבתית בין מעשיו לבין המוות, וכן במישור המשפטי היסוד הנפשי של הנאשם **מקיים את הקשר הסיבתי המשפטי, גם אם התוצאה הצפויה התרחשה באופן שונה מהצפוי. אופן השתלשלות הדברים יכול להיות שונה.** |
| ע"פ מדינת ישראל נ' בלזר | המערער צעק על המנוח דרך חלון **האוטובוס** שבו נהג, ולאחר כמה דקות הכה את המנוח. המנוח נפטר לא מהחבלות אלא **מכשל לב חריף** כתוצאה מסטרס. המחוזי הרשיע את המערער בהריגה. בא כוח המערער טוען שאין קשר סיבתי עובדתי בין האלימות לבין המוות. | בייניש: מה גרם לסטרס, הצעקות או המכות? השופטת בייניש קובעת כי אלו היו המכות משום שצעקות הן דבר די שכיח אצלנו ולא סביר שיגרמו כזה נזק וכמו כן אחרי המכות המנוח התנהל כרגיל. בפלילים צריך להוכיח מעל ספק סביר אבל גם לא במאה אחוז וזה מתקיים אצלנו.השופטת קובעת גם כי **המערער היה ער לאפשרות שמעשיו יגרמו לתוצאה קטלנית** ופעל מתוך אדישות לאפשרות זו. **אמנם, המנוח לא מת מהמכות אלא מכשל לב שנבע מהמכות ואת זה המערער לא יכל לצפות. האם זה משנה?** מדובר בעבירה תוצאתית, שהיסוד הנפשי הנדרש הוא מחשבה פלילית. היסוד הנפשי הוא שהמערער יהיה ער לתוצאה האסורה, **גם אם הוא לא יודע באיזה דרך בדיוק זה ייגרם, זה לא משנה.** |

**גורם זר מתערב:** בן אדם מתחיל שרשרת אירועים שהייתה יכולה להוביל לתוצאה, ואז מגיע גורם זר ומתערב בשרשרת האירועים (הגורם הזר יכול להיות אדם אחר, נסיבה, אירוע טבע או הקורבן עצמו). נשאלת השאלה האם מתנתק הקש"ס עקב התערבותו של הגורם הזר המתערב?
ס' 309 לחוק העונשין מדבר על גורמים זרים שהתערבו ומביא חריגים בהם יתנתק הקש"ס בין העבירה לתוצאה בגלל גורם זר- בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר.

\*במקרים שלא נכללים בס' 309 : הפסיקה מאמצת את מבחן הצפיות הסבירה- האם הנאשם היה צריך לצפות את התוצאה? בלי קשר להתערבות הגורם הזר (פס"ד בלקר).

**גולגולת דקה:** אם לאדם הייתה לקות מסוימת שלא יכולנו לדעת(למשל אלרגיה), האם העובדה שנגרם נזק רחב בהרבה מזה שהיה נגרם בד"כ יכולה להביא לקבלת טענה שנותק הקשר הסיבתי? האם על אדם לצפות גולגולת דקה? ביהמ"ש קובע כי הגולגולת דקה ככל היא צפויה. הנאשם צריך לצפות שהקורבן הוא בעל מאפיינים מיוחדים. אדם שמבצע פשע צריך היה "להתחשב" במצבו של אדם אחר- בין אם הוא רגיש מאוד ובין אם לא.

חריג לכלל: אולם הפסיקה מכירה במקרה של **גולגולת דקיקה-** מקרה שבו יש רגישות באמת חריגה ומיוחדת, שלא היה ניתן לצפות בשום מצב. במקרה כזה יש ניתוק של הקשר הסיבתי המשפטי.

פס"ד מלכה**-** גולגולת דקיקה

רקע: אדם שנסע במכונית טנדר ותוך כדי נסיעה הוא פוגע בילד בן שנתיים שידו נשברת. הרופאים מחליטים לא לתת לילד טטנוס (שבר סגור). הפצע נפתח ונהיה נמק, הרופאים עדיין מכריעים שלא צריך טטנוס, ו8 ימים אח"כ התינוק נפטר מטטנוס. רפואית, המקרה חריג ונדיר, ובסופו של דבר מעמידים את נהג הטנדר על הריגה ברשלנות. נהג הטנדר טוען שמה שקרה כ"כ נדיר וחריג, לא מוכר בספרות הרפואית, עד ששום אדם סביר לא יכול היה לצפות זאת- וזה בגדר גולגולת דקיקה ,ששוברת קש"ס**.** ביהמ"ש- טענתו מתקבלת והוא לא מואשם בהריגה ברשלנות.

**יסוד נפשי:** בעבר היו נענשים ללא יס"נ, אלא בהתבסס על "עיקרון האחריות המוחלטת". עם התפתחות המשפט בדיני העונשין, הייתה הבנה שהרכיב הסובייקטיבי הוא תנאי בהתגבשות האחריות הפלילית.

היסוד הנפשי מבוסס על עיקרון האשמה:

1. אין עבירה ללא אשמה- אדם לא יישא באחריות פלילית אלא אם כן מוכיחים:
2. אשמה סובייקטיבית – מחשבה פלילית. לנאשם עצמו הייתה מודעות למעשה ולהשלכותיו.
3. אשמה אובייקטיבית – חריג (רשלנות). האדם עצמו לא חייב להיות מודע אך אדם מן הישוב היה צריך ויכול להיות מודע במצב הזה.
4. מידתיות - נדרשת מידתיות בין היקף האחריות הפלילית שאנו מטילים בין האשמה הספציפית של הנאשם עצמו.

|  |  |
| --- | --- |
| AshworthPrinciples of Criminal Law | **אשמה במובן הצר** – האדם **בחר** לבצע את הפעולה ויכול היה להימנע ממנה. מודעות להתנהגות ולתוצאות ובחר לנהוג ככה בכל זאת. |
| Kadish & SchulhoferCriminal Law and its Process | **אשמה במובן הרחב** –המובן הרחב = **רצון לפגוע בערך החברתי המוגן, כוונת זדון.** יהיו מקרים בהם תהיה מודעות למעשה ולהשלכותיו (המובן הצר), אבל לא אשמה במובן הרחב. למשל, הגנה עצמית.  |

שני המובנים הנ"ל אינם חייבים לחפוף. ייתכנו מקרים בהם יש אשמה רק באחד משני המובנים. למשל הגנה עצמית – יש אשמה במובן הצר מכיוון שיש מודעות למעשה ולהשלכותיו אך אין אשמה במובן הרחב מכיוון שאין התנכרות לערכים החברתיים המוגנים. או שכרות – בזמן ביצוע העבירה אין יס"נ או מודעות למעשה ולהשלכותיו אך מתקיימת אשמה במובן הרחב מכיוון שלפני המעשה הייתה לאדם את הבחירה האם להשתכר או לא. השתכרות היא כניסה למצב משליטה ורצון. נשאב את האשם מנק' הזמן הראשונה.

האם ברשלנות יש בחירה? מחלוקת. מצד אחד, אדם לא צפה שהמעשה שלו יוביל לפגיעה בערך חיי אדם. מצד שני, אדם שהוא רשלן הוא אדם שבוחר לא לשים לב למה שכל אדם מן הישוב היה כן בוחר לשים לב. מקובל לחשוב מעצם היות יסוד נפשי פלילי, שהרשלנות אמורה לשקף את הרעיון של בחירה למה לשים לב, למה לתת את הדעת.

**היס"נ בחוק העונשין: ס' 19-21**

**ס' 19** – ברירת המחדל. דרושה **מחשבה פלילית**, בתור יס"נ, כדי לייחס אחריות פלילית לנאשם. למעט שני חריגים:

1. רשלנות כיס"נ >> ס' 21. רשלנות היא יסוד נפשי המציג את **אי מודעותו** של הנאשם או לקיום המעשה, או לנסיבות, או לגרימת התוצאה.

\*לא מצטבר! ומבחן אובייקטיבי.

1. עבירות אחריות קפידה >> ס' 22. התביעה לא צריכה להוכיח מחשבה פלילית או רשלנות לכל פרטי היס"ע על מנת להפליל בעבירה. מספיק שמוכח שהתקיים היס"ע כדי ליחס אחריות פלילית לנאשם באותה עבירה.

\*עבירות חריגות!

בכל עבירה שותקת (=אין בעבירה התייחסות למצב נפשי) ברירת המחדל היא שנדרשת מחשבה פלילית, קרי, מודעות סובייקטיבית.

ברירת המחדל בעבירות שותקות: יסוד נפשי כללי – מודעות. יסוד נפשי חפצי- קלות דעת.

**ס' 20**- מגדיר מהי מחשבה פלילית. מחשבה פלילית היא מודעות לכל פרטי היסוד העובדתי שמנויים בעבירה. דהיינו, מודעות לטיב המעשה, קיום הנסיבות שמוגדרות בעבירה, ומודעות לתוצאות הגרימה של עבירות תוצאתיות. **מודעות = יסוד הכרתי.**

* עבירה התנהגותית - דרושה מודעות לטיב המעשה ולקיום לנסיבות.
* עבירה תוצאתית - יהיה בנוסף גם דרישה למודעות של אפשרות גרימת התוצאה (הנאשם לא יכול להיות מודע לתוצאה בעת הביצוע, אלא רק לאפשרות של גרימתה).

\*מבחן המודעות הוא מבחן סובייקטיבי – מה הנאשם בסיטואציה הספציפית צפה בפועל (בניגוד למבחן הצפיות בקש"ס משפטי).

**ס' 20א** - בעבירות תוצאתיות נדרש בנוסף ליסוד הנפשי ההכרתי, יסוד נפשי חפצי. כוונה או פזיזות המתחלק ל-2 סוגים: אדישות או קלות דעת.

* כוונה - היסוד החפצי חיובי - "רצון". רוצה שהתוצאה תתקיים ופועל כדי שתתבצע.
* פזיזות-

א. אדישות – היסוד החפצי ניטרלי. אין רצון לגרימת התוצאה, אך אין רצון להימנע מהתוצאה, שוויון נפש.

ב. קלות דעת – יסוד חפצי שלילי - יש צפי לאפשרות שתקרה התוצאה, אך אין רצון שהיא תקרה.

המחוקק יוצר מדרג של שלושה יסודות נפשי חפצי: "כוונה" – יסוד חפצי חיובי >>> "אדישות" – יסוד חפצי ניטרלי >>> "קלות דעת" >>> יסוד חפצי שלילי.

\*במידה והעבירה שותקת ויש רכיב תוצאתי, היסוד החפצי המינימלי על מנת לייחס אחריות פלילית הוא יסוד נפשי חפצי של "קלות דעת". בנוסף, אם המחוקק רוצה להוכיח רף כניסה מינימלי על מנת לייחס אחריות פלילית, עליו לציין זאת בניסוח החוק.



**עבירות מטרה:**

הקושי: ישנם מושגים בחלק הכללי (שעבר סידור מחדש) שמתייחסים ליס"נ בחלק הספציפי וע"כ יש אי התאמה ביניהם. לפיכך יצרו את ס' 90א (ס' המרה) שמתייחס למונחים בחלק הספציפי ומסביר את משמעות היס"נ המתבקש מהעבירה.

* ס'90א(1) "במזיד" >> מודעת (ברירת המחדל).
* ס' 90א(3) "היודע" >> יס"נ של מחשבה פלילית (=מודעות).
* ס' 90 א (4) "יש לו יסוד להניח" או ביטוי בעל משמעות דומה >> יתפרש הביטוי כאדם שחשד, כאמור בסעיף 20(ג)(1).
* ס' 90א(5) "התרשלות" >> רשלנות.
* ס' 90א(2) "כוונה" >> לפעמים המונח "כוונה", אינו מתייחס לתוצאת המעשה. לא מתאר את היס"נ בקרות התוצאה שמנויה בהגדרת העבירה. לפיכך, נוכיח מניע או מטרה שמתוכה נעשה המעשה. השגת יעד שאותו הנאשם רוצה(צריך שיהיה רצון) להשיג – לעבירה כזו קוראים עבירת מטרה (לרוב עבירות התנהגותיות).

**הוכחת מחשבה פלילית:** ישנו קושי רב להוכיח מחשבה פלילית ולכן ביהמ"ש פיתח כלים לכך לאורך השנים.

1. חזקה עובדתית - לא קבועה בחוק. מבוססת על הרעיון שאם עובדה מסוימת מתקיימת ומוכחת, אז ביהמ"ש הסיק ממנה איזושהי מסקנה מתוך ניסיון החיים. למשל **החזקה ניתנת לסתירה-** מתוך הנתונים של המקרה אפשר להניח לדוגמה כשאדם דקור 50 פעמים (עובדה) שהייתה לאדם כוונה.
2. חזקה משפטית - הנחה שקבועה בחוק שמטרתה לקבוע מקרי הוכחה- מי צריך להוכיח מה. החזקה הנפוצה היא **חזקת החפות** (נטל ההוכחה במשפט הפלילי הוא על התביעה).

פס"ד גדיסי – אדם שנסע באוטו עם תקלה (לאחר שיצא מהמוסך שתיקן את אותה תקלה), מקרה שניתן להוכיח שאדם פעל בלי רשלנות ובלי מחשבה פלילית (יש דרך להוכיח שניסה לתקן את התקלה ויצא לכביש לאחר שחשב שהאוטו בטוח). לבסוף, החזקה המשפטית היא משחק של נטלים – מי מוכיח מה?

\*החזקה המשפטית קבועה בחוק ותמיד משתמשים בה, היא למעשה קובעת על מי מוטל נטל ההוכחה ולאחר מכן ביהמ"ש יכול לבחור להשתמש בחזקה עובדתית.

**סייגים לאחריות פלילית:**

**טעות במצב דברים – ס' 34יח:** טענת הגנה. אדם מדמה שהמציאות היא שונה ממה שהוא מבין אותה. למשל אדם טועה לחשוב שהאישה מסכימה באחת עבירות המין. בסיטואציה כזו, הס' מגדיר שצריך להעריך באופן נורמטיבי את המעשים של האדם הזה באופן שבו הוא דימה אותם. אם האדם דימה אותם באופן פלילי, נאשים אותו. במידה ולא, הוא לא יהיה בעל אחריות פלילית.

מה הס' מוסיף בפועל? נניח ואדם מבצע עבירה ומתקיים יס"ע ויס"נ, על פניו הוא אשם אך מתקיים יס"נ במובן הצר אך לא במובן הרחב ולכן ניתן להשתמש בס' ולפיו יצא זכאי (=לא מתקיים יס"נ).

\*מלבישים את סייג הטעות במצב דברים על סייגים אחרים. למשל הגנה עצמית מדומה. המשפט הפלילי נותן פטור מאחריות פלילית על בסיס של סייג מדומה למרות שמתקיימים כל יסודות העבירה.

האם יכול להיות מקרה לפיו הנאשם יישא באחריות פלילית לעבירה המקורית כי הוא מדמה מצב דברים מסוים אך לא ייצא לגמרי זכאי? כן. ניתן להרשיע בדוקטרינת הניסיון.

**טעות במצב משפטי – ס' 34יח:** מקרה שבו לא יודעים שהמעשה מהווה עבירה פלילית אך לא מקבלים פטור אם אדם לא מכיר את החוק. האדם יהיה פטור רק במקרים שלא יכול היה לדעת (למשל סוחר שיוצא להפלגה, טיסה וכ'ו).

**עצימת עיניים:** אם אדם חושד בנסיבות מסוימות, אבל הוא נמנע מלברר את אמיתותן, נחשיב שהוא היה מודע לכך.

**ס' 20 ג (1)** – מחשבה פלילית: רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם.

לפני התיקון ביהמ"ש הכירו בדוקטרינה אך בתיקון 39 עיגנו אותה בצורה מסודרת. הרציונל הוא בגלל שנסיבות מתקיימות במהלך המעשה, האדם צריך להיות מודע גם כשהוא חושד. ואם הוא חושד שהאישה לא מסכימה לדוגמה והוא לא רוצה לברר את הנסיבה, אל תעשה את המעשה.

החובה מניחה שתי ברירות:

* 1. חייב לברר אם אתה חושד.
	2. אם אתה חושד ולא מברר אז אל תעשה את המעשה.

\*עצימת העיניים חלה רק על המעשה והנסיבות. לא על התוצאה כי מעשה ונסיבות מתרחשים בעת ביצוע העבירה, אז לגביהם יכול להיות חשד. לגבי תוצאה העתידית למעשה תמיד יש חשד- מודעות לאפשרות גרימת המעשה.

מה ההבדל בין רשלנות לעצימת עיניים? ברשלנות אין מודעות בכלל למרות שאדם מן היישוב יכל לדעת, ועצימת עיניים ידיעה חלקית.

מה צריכה להיות רמת החשד? מספיק שהיה חשד ממשי (לאו דווקא ברמה גבוהה). לדעת הדר, אי אפשר לייחס עצימת עיניים כשאין יכולת אמיתית לברר.

עצימת עיניים בעבירת מחדל – בעייתית. אם אדם חושד ונמנע מלפעול, עובר אוטומטית על העבירה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ הר-שפי נ' מדינת ישראלדיון **באוביטר** לגבי **עצימת עיניים במחדל** (בפועל הר שפי ידעה על התכנון של יגאל עמיר) | מועמדת לדין על **עצימת עיניים במקרה הרצח של יגאל עמיר.** המחוזי: בעבירת מחדל, עצימת עיניים דורשת ידיעה של ממש.  | חשין: מתנגד לאפשרות שעצימת עיניים תהיה שקולה לעבירה של ידיעה ברורה לכוונה לבצע פשע, לכן יש לצמצם את תחולתה. **כלל עצימת העיניים לא יחול כאן ויש צורך של ידיעה ממש. מחריג דין ספציפי (ידיעה) מהדין כללי (עצימת עיניים).** |
| יצחק קוגלר, "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" | אי אפשר לברר מבחינה אובייקטיבית אם **אדם נמנע מלברר.** ייתכן והוא ניסה ולא הצליח, חשב שבירר עד הסוף והסתבר שלו וכדו'. לכן אין להאשים באופן גורף אלא **יש לשקול לפי הנסיבות והמקרה האם מדובר בסיכון סביר** (ע"פ הערך החברתי המוגן, רמת החשד, הקלות שבבירור) ואם זה סיכון סביר לא יורשע בעצמית עיניים.(גישה בעייתית בגלל עיקרון החוקיות. הקביעה לעצימת עיניים היא לאחר מעשה).  |

**כוונה בעבירות מטרה:**

מתי יופיעו עבירות מטרה?

1. כצורה מוחמרת של עבירת מודעות קיימת: דוג' ס' 133(ג) >> המחוקק משתמש בעבירת המטרה כצורה מוחמרת של עבירה רגילה.
2. כעבירת בסיס: דוג' ס' 260(א).

מהו הרציונל לדרישת כוונה בעבירות בסיס?

1. נזקים שמצדיקים התערבות המשפט הפלילי אך הם קלים יחסית- לכן תנאי להפללה הוא דרישה של יסוד נפשי חזק של כוונה. העבירה היא קלה וכדי להטיל אחריות פלילית נוסיף יסוד נפשי של כוונה כדי לנסות ולהצדיק את הענישה.
2. כשמדובר בעבירות שבבסיס המעשה שקבוע בהן עומד ערך חברתי חיובי- הכוונה היא לעבירות שהמעשה האסור מלווה בתועלת כלשהי או הגנה על זכויות. למשל חוק הגנה על פרטיות מול חופש הביטוי, כדי להרשיע אדם נצטרך להוכיח כוונה מצד המתבטא כדי להוכיח שנפגעה הפרטיות ובוצעה עבירה. דוג' ס' 144ב(א): המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות.
3. כשהערך שעליו באה להגן העבירה נפגע רק כשההתנהגות מלווה בכוונה ולא בפזיזות- למשל עבירת לשון הרע- לאדם מותר להתבטא, אך כאשר יש לו רצון\כוונה לפגוע הביטוי שלו משתכלל לעבירה פלילית. כלומר, רק כשיש כוונה לפגוע נתפוס את השם הטוב כערך שעליו באה להגן העבירה ובמקרים קיצוניים יותר מניעה של אלימות בעקבות התבטאויות חריפות.

|  |  |
| --- | --- |
| יצחק קוגלר, כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין | קוגלר: האשמה של צפיות גבוהה זהה לזו של כוונה **משום שיש מכנה משותף בין כוונה לצפיות. בשני המקרים הנאשם חפץ במעשה ובתוצאה.**פלר: זה לא נכון, הרצון שצפיות גבוהה הוא לא כמו בכוונה אבל מבחינה מוסרית הכוונה והצפיות הגבוהה **שווים משום שהם מאוזנים** – בצפיות אין רצון אבל יש הסתברות מאד גבוהה לתוצאה, ובכוונה יש רצון ברור אבל הצפיות פחות ברורה. מהבחינה הזאת יש **שקילות מוסרית ביניהם ולכן הם שווים.** לפי פלר, כוונה ורצון = אשמה מוסרית גבוהה יותר. |

**הלכת הצפיות – ס' 20ב:** כאשר אדם צופה שמעשה מסוים יוביל לתוצאה מסוימת, החוק רואה את אותו אדם כאילו התקיים בו רצון. ההבדל בין כוונה לבין מצבו הנפשי שמשקף את רעיון של כלל הצפיות הוא שבכוונה אדם רוצה בתוצאה מסוימת ופועל להשיג אותו. בהלכת הצפיות אדם צופה את התוצאה אך לא בהכרח רוצה אותה. כלומר התוצאה היא לא המטרה, אלא אמצעי למטרה.

מה הדין כאשר אדם לא פועל מתוך כוונה אבל הוא צופה **כאפשרות קרובה לוודאי** את התוצאה?

פס"ד קורט סיטה: ההלכה היא שבמקרה כזה רואים אותו כאילו הוא מתכוון. הרעיון הוא שכאשר אדם צופה תוצאה מסוימת, יש שקילות ערכית בין מצב זה למצב לכוונה.

**בתיקון 39 עיגנו את הלכת הצפיות בסעיף 20(ב):** החוק מניח שקילות ערכית בין צפייה בדרגה כלשהי + רצון שהתוצאה תתרחש לבין צפייה בוודאות מעשית + בלא דרישה של רצון שהתוצאה תתרחש.

למה החוק מניח את אותה שקילות ערכית?

קוגלר: במקרה של כוונה ובמקרה של צפייה בהסתברות קרובה לוודאי קיימת בחירה, כלומר, החלטה לגרום תוצאה. יש מכנה משותף בין המצבים ולכן הם בעצם מצבי נפש זהים.

פלר: שני המצבים של צפייה קרובה לוודאי וכוונה הם מצבים שונים ואין מכנה משותף. ברצון יש חפץ בצפייה לא. בכל זאת הם שקולים מבחינה ערכית:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מידת הרצון** | **מידת הצפייה** |
| **כוונה** | גבוהה | יכולה להיות נמוכה |
| **צפייה בהסתכלות קרובה לוודאי** | נמוכה | חייבת להיות גבוהה |

איזה מהגישות תיקון 39 אימץ? החוק הולך לפי פלר. החוק תופס את הצפייה הוודאית כאילו שהיא מטרה, ולא שהיא באמת מקבילה למטרה, אלא מבחינה ערכית הם שקולים (=כמוה).

\*ההבדל בין הלכת הצפיות לכלל הצפיות הוא – שכלל מעוגן בס' 20(ב) בחוק והלכת הצפיות היא מקבילה לתוכן של כלל הצפיות אך ביהמ"ש פיתח אותה מכוח הפסיקה ובתיקון 39 עיגנו את ההלכה.

כלל הצפיות שבסעיף 20(ב) חל אוטומטית על כל עבירות הכוונה התוצאתיות. האם כלל הצפיות חל גם על עבירות התנהגותיות שיש שלהן רכיב מיוחד של כוונה- כלומר, עבירות מטרה? ישנן גישות שונות בפסיקה לאחר עיגון הלכת הצפיות בחוק:

1. גישה גורפת\מכלילה – מרגע שהחוק קובע תכולה גורפת של כלל הצפיות על כל העבירות התוצאתיות, צריך להכיל את הלכת הצפיות גם לגבי עבירות המטרה. מהרעיון שהיסוד הנפשי זהה בשתי העבירות והמשך להלכה שהייתה נהוגה לפני התיקון.
2. גישה חלקית\גמישה- גישה בררנית. לפי ס' 20ב הכלל חל על כל עבירות הכוונה התוצאתיות. הכלל לא מהווה הסדר שלילי אך הס' גם לא מכיל את כלל הצפיות על עבירות מטרה. יש לאמץ את אותה גישה שהייתה קיימת לפני תיקון 39, ולתת לביהמ"ש שק"ד לגבי עבירות המטרה לבחון האם חלה עליהם הלכת הצפיות. למשל, פס"ד אלגד- ביהמ"ש אימץ את הגישה הגמישה והחיל את ס' 20ב על עבירת שיבוש הליכי משפט.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| רע"פ אלגד נ' מדינת ישראל | **שוטר בתפקידו עבד במועדון** ללא היתר ונקלע לקטטה. בביהמ"ש טען שהוא לא היה במועדון בכלל מחשש שיפטרו אותו. הוא מואשם בשיבוש הליכי משפט. הנאשם **טען שהוא לא התכוון לשבש הליך משפטי** אלא רק עשה זאת מחשש שיפוטר.הדיון: הנאשם צפה בהסתברות גבוהה שישבש בכך הליכי משפט אף אם לא התכוון לכך – **האם יש הלכת צפיות בעבירות מטרה התנהגותיות הדורשות כוונה?** | בייניש: מאמצת גישה גמישה ולא חד משמעית. מצד אחד המחוקק לא יצר הסדר שלילי לגבי החלת הלכת הצפיות על עבירות מטרה אך מצד שני זה גם לא מחייב. **נבחן כל מקרה לגופו בהתאם לתכלית של כל עבירה.**במקרה דנן מחילה את הלכת הצפיות על עבירת המטרה התנהגותית כי השקר עדיין פוגע באנטי-חברתיות שבתכלית העבירה. |
| רע"פ ביטון נ' סולטן | סע' 6 לחוק לשון הרע קובע שיש צורך להראות **"כוונה לפגוע".** האם ניתן **להחליף כוונה זו בהלכת הצפיות?** | ברק: **"כוונה" מתייחסת לתוצאות, אך כאן מדובר בעבירת מטרה התנהגותית** שבה התוצאה היא לא חלק מהיסוד העובדתי. **הלכת הצפיות לא תחול על לשון הרע משום שזה מגביל את חופש הביטוי** באמצעים פליליים. אם מהפרסום עצמה תוכח כוונה מעבר לספק סביר – זה יבסס את דרישת היסוד הנפשי של העבירה. כלומר, **הלכת הצפיות לא חלה כאן על עבירות מטרה התנהגותיות לפי בדיקת המקרה הספציפי. האנטי חברתיות כאן היא הכוונה עצמה.** |

**פזיזות (אדישות וקלות דעת) – ס' 20(2):** עד תיקון 39 לא הייתה הבחנה בין סוגי הפזיזות ואז בתיקון 39 הבחינו בין קלות דעת ואדישות. בשני המצבים אדם לוקח סיכון בלתי סביר, אך ביודעין. שניהם מהווים מצבים שאין יסוד אנטי חברתי באופן מובהק. במובן הזה, יש במצבים הללו משהו שהוא לא רציונלי. קרן שפירא אטינגר מתייחסת לכך במאמרה. היא מסבירה שאדם נוטל באפשרות שמשהו יכול לקרות והוא עדיין עושה – אנחנו בעצם מדברים על מהמר מטורף או אוויל מוחלט. זה מקרים שבהם אדם מבין את המשמעות של מה שהוא עושה ואת האפשרות של התוצאה, אך הוא מסלק את המחשבות והוא בעצם משכנע את עצמו שזה לא יקרה. זה מצב שונה ממצב של רשלנות. בקלות דעת לאדם יש את המידע הזה בראש. לפיכך ניתן לפרש את המצב של קל דעת בשני אופנים:

1. המהמר המטורף או האיוול המטורף – אדם מודע באופן מלא לסיכון הבלתי סביר, כלומר, הוא מרוכז לחלוטין, ובכל זאת הוא מקווה שלא יתממש ובוחר ללכת אליו בעיניים פקוחות. שפירא-אטינגר מציינת שמקרים אלו פחות נפוצים, לכן נדרש הסבר אחר:
2. סקאלה דו ממדית –
3. עומק המודעות – מידת הריכוז ותשומת הלב שבה האדם ניחן בעת הפעולה (החידוש).
4. רוחב המודעות – מידת ההסתברות שבה אדם צופה את האפשרות שהתוצאה תתרחש.

לטענתה, חוק העונשין מתייחס רק למידת ההסתברות שאדם צופה שהתוצאה תתרחש. שפירא מסיבה את תשומת הלב לכך שבקלות דעת יש גוונים. ויש צורך להבחין בניהם. שפירא נותנת את הדוגמה של זיסרמן – משחק אוטומטי בנשק שגורם לפליטת כדור שגורמת למוות, הוא יודע שזה מה שהוא עושה אבל הוא היה מרוכז בשיחה. רוחב המודעות שלו קיים, הוא יודע שהוא אוחז בנשק שהוא כלי מסוכן ושיש כדור בקנה, הוא מבין שההסתברות שתוצאה רעה תקרה היא גדולה אבל לא שם לב, לא נותן את דעתו על זה ולכן עומק המודעות שלו חסר – חלל בתודעה. היא מציעה לשנות את ההגדרה של קלות הדעת מכזו ששמה דגש רק על הרוחב לכזו ששמה דגש גם על העומק.

**ס' 20(2)(ב)** מתאר קלות דעת ודורש נטילת סיכון בלתי סביר- מדובר בשאלה נורמטיבית שביהמ"ש מעריך וקובע. איך קובעים סיכון סביר? מאזן תועלת מול מאזן נזק.

פס"ד דויטש: אדריכל שיצא עם פועליו לחצוב למרות שהפקחים אמרו לו לא לחצוב שם והוא מחכה שילכו מה שגורם למפולת והרג 2 מפועליו. הוא מורשע בעבירת הריגה. דויטש היה קל דעת. ברור שהוא לא רצה שיקרה האסון, אך הוא קיווה שלו זה לא יקרה (ממניעים כלכליים) ולכן בוחר לקחת את הסיכון, ע"א שהבין לחלוטין שיכול לקרות אסון. בשקילת האינטרסים - דויטש לקח סיכון של פגיעה בחיי אדם בעבור תועלת כלכלית, אז ברור שהתועלת בטלה לעומת הנזק, במיוחד שהייתה הסתברות גבוהה שהיא תקרה, ולכן זה בלתי סביר.

דרישת הסיכון הבלתי סביר מופיעה בהגדרת קלות דעת ואינה מופיעה בהגדרת האדישות והכוונה- האם היא אינה קיימת במקרים אלו?

* אדישות - מלומדים מסכימים כי נדרש סיכון בלתי סביר גם באדישות.
* כוונה- מחלוקת.

קרמינצר- הדרישה לנטילת סיכון בלתי סביר ביסוד הנפשי של כוונה קיימת מכללא (כלומר, לא כתובה אך מובנת מאליה). הרציונל הוא שלא יתווסף לתביעה עוד רכיב להוכיח כשממילא הדבר קורה. בקל דעת זה לא ברור מאליו, ולכן יש צורך לציין זאת. הרי בדר"כ כשאדם פועל מתוך רצון לתוצאה מסוימת, הוא ייקח סיכון בלתי סביר.

קוגלר- כשאדם פועל בכוונה אין צורך להוכיח שנטל סיכון בלתי סביר. בעצם, יש צורך להוכיח רק כוונה, לא צריך להראות שנטילת הסיכון הייתה בלתי סבירה - עצם קיומה של הכוונה זה מספיק אנטי חברתיות ומצדיק הפללה.

פס"ד צור: חבורת מטיילים טיילה בנחל. היה חשש לשיטפון ובכל זאת המדריכים בחרו לצאת לטיול. הקבוצה מגיעה לנחל ומתחיל שיטפון ולא הספיקו לחלץ מטיילים וחלקם מתו. מעמידים את המדריכים לדין בעבור גרימת מוות ברשלנות. היה צריך להוכיח נטילת סיכון בלתי סביר. בעליון: הסיכון שהמדריכים לקחו היה סיכון סביר. במקרה דנן, היה מוצדק ליטול את הסיכון. ידיעת הארץ וטיולים זה ערך עליון.

פס"ד מזרחי: מזרחי נוהג בכביש בין עירוני והיו שם 4 מסלולים ובאיזשהו שלב ילדים מגיעים לכביש ומבחין בילדים ומפחית במהירות ומשאית שעוברת באותה רגע מסתירה לו את שדה הראיה והוא דורס את הילדים למוות. מזרחי עומד לדין על גרימת מוות ברשלנות. דעת הרוב אומרת שכשזה נוגע לילדים תמיד צריך לצפות שיקפצו לכביש ולכן הוא היה צריך לעצור ולהאט את המהירות הרבה יותר ברגע שהבחין בהם. השופט זוסמן (מיעוט), נכון שצריך לצפות מילדים בכל רגע ורגע לקפוץ לכביש אבל הסיכון שלקח הוא סביר כי הוא האט את המהירות שלו ל50 קמ"ש בכביש בין עירוני. הוא לקח סיכון אך הוא בגדר הסיכון הסביר. אל מוך הערך של חיי האדם יש לשקול את ערך הנהיגה ככלל.

|  |
| --- |
| **המשפט הישראלי V. המשפט הגרמני** |
| **עולם המחשבה הפלילית** | **עולם הרשלנות** | **עולם המחשבה הפלילית** | **עולם הרשלנות** |
| **כוונה** (נטילת סיכון בלתי סביר מדעת תוך רצון לגרום לתוצאה + הלכת הצפיות (צפייה בהסתברות קרובה לוודאי) | נטילת סיכון בלתי סביר שלא מדעת בנסיבות שהן אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע. | **כוונה ישירה** (=מקביל לכוונה אצלנו) | נטילת סיכון בלתי סביר-1. מדעת- מקביל אצלנו לקלות דעת.2. שלא מדעת – מקביל אצלנו לרשלנות. |
| **אדישות** (נטילת סיכון בלתי סביר מדעת, תוך שוויון נפש ביחד לקרות התוצאה) |  | **כוונה עקיפה** (=מקביל להלכת הצפיות אצלנו, כלומר צפיה בהסתברות קרובה לוודאי). |  |
| **קלות דעת** (נטילת סיכון בלתי סביר מדעת תוך תקווה שהתוצאה לא תתרחש) |  | **אדישות** |  |

בגלל שעבירות הרשלנות הן ממילא עבירות חריגות, אם נסתכל על המשפט הגרמני, **המשמעות היא שקלי דעת במשפט הגרמני לרוב לא יורשעו.** כלומר, **השיטה שמחמירה יותר עם הנאשמים היא השיטה הישראלית.** אצל הגרמנים עיקר הדיון יהיה בין אדישות לקלות דעת, מול המשפט הישראלי שההבחנה החשובה היא בין קלות דעת לרשלנות.
**במשפט האנגלי והאמריקאי**: אין הבחנה בכלל בין אדישות לקלות דעת. הם מבחינים רק בין כוונה ללא כוונה. הם מגדירים את כל המקרים שבהם אין כוונה כפזיזות. אנחנו מאמצים מהמשפט האמריקאי את ההבחנה של גווני היסוד הנפשי לפי הכרה ובתוך עולם המחשבה הפלילית פיצלנו את היסוד הנפשי לאדישות וקלות דעת (אומץ מהמשפט הגרמני).

**למה המחוקק הישראלי פיצל את היסוד הנפשי המודע?** המחוקק עשה זאת גם לעניין הענישה וגם לעניין ההרשעה. כלומר, המחוקק רצה לקבוע עבירות שונות שלהן יסוד נפשי מינ' אחר, ובהתאם לכך גם העונש שלהם יהיה שונה.

**רשלנות – ס' 21:** רשלנות נחשבת כיס"נ קל במשפט הפלילי מכיוון שמיוחסת למעשים שהם פחות חמורים (עד 3 שנות מאסר). הרציונליים להפללת הרשלן:

1. קיימת אשמה ברשלנות- למרות שמדובר באשמה שהיא פחותה יש אשמה. גם ברשלנות יש מימד של בחירה- הבחירה שלא לשים תשומת לב. עצם העובדה שאדם לא היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה אבל אדם מן היישוב כן היה יכול להיות מודע מראה לנו שאותו אדם כנראה בחר שלא לשים לב וזו האנטי החברתיות שבו שמצדיקה הפללה.
2. ניתן להרתיע אנשים שפועלים ברשלנות **–** אם אנשים ידעו כי רשלנות גוררת אחריות פלילית הם יתומרצו לשים לב, לחדד את החושים ולבדוק מסביב.
3. עבירות רשלנות הופכות את האחריות הפלילית למשתנה רציף יותר, ופחות בינארי- במקרים של קשיי הוכחה ביהמ"ש יכול להפליל ברשלנות במקום לזכות לגמרי או להרשיע בעבירת מחשבה פלילית. עבירות הרשלנות הופכות את העבירות למשנה רציף יותר (לא שחור או לבן) הרשלנות יוצרת מדרגה שממקמת אותנו איפשהו בין הכלום לבין המלא וזה מאפשר ליצור התאמה מוסרית טובה יותר למקרי הביניים.

*מה ההבדל בין עצימת עניינים* לרשלנות? עצימת עיניים מכסה מקרים בהם אדם חושד לעומת רשלנות שהאדם לא העלה בדעתו. רשלנות מייצגת מצב של ריק תודעתי.

**הדין המצוי של ס' 21:**

* 1. אי מודעות לטיב ההתנהגות, הנסיבות או אפשרות גרימת התוצאה. מספיק שהנאשם לא מודע לאחד המרכיבים האלו, כבר הרשלנות יכולה להתממש.
	2. אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע בנסיבות העניין - כדי שרשלנות תקום כיס"נ, לא מספיק להוכיח שהאדם לא היה מודע באופן סובייקטיבי, אלא גם מקום שאדם מן הישוב יכול היה להיות מודע בנסיבות העניין (מבחן אובייקטיבי).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ היועץ המשפטי נ' בש | שני ילדים מצאו מותם בחניקה לאחר **שנכנסו למקרר** ריק שעמד בחצר ביתם ודלת המקרר נסגרה מאחוריהם. המחוזי זיכה את המשיב (בעל המקרר) מהריגה ברשלנות.  | השופט כהן: השאלה היא האם מה שקרה היה בגדר צפיותו הסבירה של המשיב. מקרר שמונח ללא השגחה בחצר מושך את הילדים לשחק בו ולכן כל פגיעה בגינו הוא בגדר הצפייה הסבירה. **הסבירות לא תימדד לפי מה שאדם סביר היה צופה אלא לפי אדם סביר יציר ביהמ"ש.** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ יעקובוב נ' מדינת ישראל | **אישה התאבדה אחרי שבעלה התעלל בה.** הוא הואשם בגרימת מוות ברשלנות. | דורנר: סבירות הצפיות נקבעת על ידי ביהמ"ש. ההתאבדות הייתה בגדר הצפיות של האדם הסביר. לא רק משקף את הנורמות המוסריות הראויות אלא מבוסס על מציאות החיים. **עדיין אדם סביר הוא יציר ביהמ"ש, וכאן ביהמ"ש "כופה" על האדם הסביר שיהיה מודע למציאות החיים.** |

בתיקון 39 המחוקק מחליף את הניסוח בס' 21: ל "אדם מן היישוב" במקום "אדם סביר" על מנת ליצור פסקה שהיא מקלה יותר. לאחר התיקון קשה לזהות שינוי במגמת הפסקה.

"בנסיבות העניין" – מה הכוונה?

* רשלנות אובייקטיבית (משפט אמריקאי)- השוואה של הנאשם לאדם הסביר/ אדם מן היישוב על מנת ליצור הגנה על הערך המוגן באופן שווה על כולם. הקושי: מה עושים כשמדובר באדם מעל/ מתחת לממוצע? (למשל פיגור שכלי).

State V Paterson- אמא שמנעה מבנה מים במשך כמה ימים כדי לחנכו לא להרטיב במיטה במלילה. התינוק מת מהתיישבות והעמידו אותה לדין על גרימת מוות ברשלנות. התגלה שהאיי קיו שלה נמוך מהממוצע- על גבול הפיגור. (בכל זאת ביהמ"ש החליט להפליל אותה).

* רשלנות סובייקטיבית (משפט גרמני) - השוואת הנאשם לאדם מן הישוב בעל אותן תכונות ומאפיינים. הקושי: הסתכלות סובייקטיבית, מביאה את השופט לתייג קבוצת אוכלוסייה מסוימת.

|  |  |
| --- | --- |
| רות קנאי, "רשלנות כבסיס לאחריות פלילית: האם חל שינוי בעקבות תיקון 39?" | האם תיקון 39 הביא לשינוי בקנה המידה לבדיקת הרשלנות? כדי לענות על כך נבחן 2 שאלות: 1. האם יש הבדל בין האדם הסביר לבין אדם מן היישוב? האדם הסביר מהווה מבחן נורמטיבי, אותו קובע ביהמ"ש. אדם מן היישוב הוא אובייקטיבי אך לא נורמטיבי ותלוי בהתנהגות האנשים. אך למעשה, הפסיקה קבעה כי אין הבדל בין המבחנים.2. האם מתחשבים בתכונות האישיות של הפועל? ניתן לראות במשפט המשווה כי ישנה התחשבות בתכונות מסוימות. השאלה היא באילו תכונות נכיר ובאילו לא, על מנת לשמור על האובייקטיביות של המבחן.  |

\*בישראל אימצו את הגישה האובייקטיבית. אולם לאחר תיקון 39 הוסיפו "בנסיבות העניין", קרימנצר הציע לפרש את הביטוי שיכלול את תכונות הנאשם. בפועל הפרשנות לא אומצה אך יש פסיקה שמתקרבת לגישה זו.

\*כאשר כתוב בס'90א(4)- "יש לו יסוד להניח": הכוונה היא לעצימת עיניים. כאשר כתוב "יש לו יסוד סביר להניח" מדובר בחשד לעבירת רשלנות.

3. לעניין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות.

4.דרישת סיכון בלתי סביר - בנוסף ליסוד הנפשי של חוסר המודעות, שמדובר בעבירות תוצאה, צריך להראות שהעושה נטל סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה האמורה.

**אחריות קפידה – ס' 22:**  בעבירות קפידה מספיק להוכיח רק את היסוד העובדתי כדי ליחס אחריות לנאשם באותה העבירה ואין צורך להוכחת יסוד נפשי. הרציונל של עבירות אחריות הקפידה הוא קביעת אחריות המוחלטת (במונח מרוכך יותר) כדי לעורר הרתעה. למה זו מסגרת יותר מרוככת של אחריות מוחלטת? כי באחריות קפידה אם הנאשם מצליח להוכיח כי הוא פעל ללא כוונה וללא רשלנות, ועשה כל שביכולתו למניעת העבירה – לא יישא באחריות.

אדם לא ידון למאסר לפי עבירות של אחריות קפידה, אלא אם הוכח יסוד נפשי (מינ' של מודעות). בהוכחה של יסוד עובדתי בלבד העונש לא יהיה מאסר.

**צורות נגזרות של אחריות פלילית:** סיטואציות בהן ניתן לייחס אחריות פלילית לאדם גם אם לא קיים את כל היס"ע והיס"נ של העבירה. מתחלק ל2: **א.** עבירות ניסיון **ב.** שותפים לעבירה

**דוקטרינת** **הניסיון הפלילי:** דיני העונשין מאפשרים לייחס אחריות פלילית גם בגין מעשה עבירה שלא הושלם. מרכז הכובד הוא היס"נ.

**שיקולים המצדיקים את הענשת המנסה**:

1. שיקולי אשמה (גמול) – המנסה לבצע עבירה ולא ביצע (כנראה בגלל מזל) יש בו מידה של אשמה. אנחנו רוצים לשפוט את האדם ואת המעשים שלו רק ע"פ הגורמים שתלויים בו ולא במזל. הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי.
2. שיקולי תועלת (הרתעה) - אנו רוצים לתמרץ אנשים לא לעשות עבירות, לא לפגוע בערך המוגן. גם מעשים בגדר ניסיון, מצביעים על נחישותו הפלילית של המנסה להוציא לפועל את מזימתו העבריינית וכנראה ינסה לבצע שוב את העבירה, לפיכך רוצים למנוע זאת.

כיצד צריך להעניש את המנסה? עד תיקון 39 יש משקל לנזק – אם לא נגרם, אין להעניש. הדין הוא שעונשו של המנסה הוא מחצית משל העבירה המושלמת. רציונלים: **א.** נזק הוא דבר חשוב. **ב.** ישנם ניסניות לא מוגמרים בהם יש סיכוי שהנאשם היה מתחרט. **ג.** אם נטיל על ניסיון עונש זהה לעבירה אנשים שייכנסו לניסיון לא יקבלו תמריץ לחזור בהם. בתיקון 39 הוחלט להשוות את העונש של המנסה לעונש על העבירה המושלמת. ביקורת: **א.** לא מתייחסים לתוצאה בפועל. **ב.** מחקר. מענה לביקורת: יורם שחר – אבחנה בין מוסר בוגר למוסר ילדותי. המשפט בחר במוסר הבוגר הבוחר, לשים דגש על הכוונה.

ההבחנה העונשית בין מעשה הכנה לבין ניסיון – ס' 25: הס' מבחין בין מעשים המהווים "הכנה", "ניסיון" ו"עבירה מושלמת". החוק אימץ הגדרה "שלילית"; מעשה יחשב לניסיון כאשר מצד אחד יצא מגדר ההתנהגות המכינה בלבד, ומן הצד השני, היסוד העובדתי לא הושלם.

1. שלב ההכנה – למשל איסוף מידע, רכישת אמצעים וכ'ו. ככלל זה לא עניש ולא נכנס לדוקטרינת הניסיון.
2. "מתחם הניסיון" – השלב שלאחר ההכנה. עניש.
3. השלמת העבירה – כאשר כל היס"ע התממש ומתקיימת "עבירה מושלמת".

\*ישנו קו גבול דק בין שלב ההכנה למתחם הניסיון מאחר שבין הדברים מפריד ייחוס אחריות פלילית.

**מדוע מעשי ההכנה אינם ענישים**?

1. ההנחה היא שמעשים מוקדמים כאלה עדיין אינם מסוכנים כשלעצמם. כיוון שהם נפרדים מעצם ביצוע העבירה, והם לא יוצרים איום ממשי על הערך המוגן.
2. חציית הפער שבין מעשי הכנה לבין ביצוע מהווה בדר"כ תולדה של החלטה מגובשת יותר. החלטה כזו הופכת את ההתנהגות של מי שניגש לבצע עבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי-חברתי שמצדיק תגובה עונשית.

חריג- **א.** ישנם מספר עבירות עצמאיות (מושלמות) שנוגעות לשלב ההכנה. לדוג' ס' 472, ס' 487. ביקורת: מדובר בהפללה על מקרים מובהקים של ניסיון. **ב.** עוסק במקרים בהם מספיק ששני אנשים קושרים ביניהם קשר כדי לבצע עבירה ומתכננים אותו. פה עצם הקשר מצדיק הפללה בעבירה פלילית מושלמת.

* ס' 28 - – פטור עקב חרטה (על עבירת ניסיון).
* ס' 34ד - אם אין הוראה אחרת מיוחדת בעניין העונש, אז העונש בגין ניסיון זהה לעונש על העבירה המושלמת.
* ס' 34ג – לא מפלילים על ניסיון לחטא, רק אם יש ניסיון לעוון ולפשע.
* ס' 27 - יש עבירות שיש להן עונש חובה. ולכן עונש הניסיון יהיה שונה.

מהי אותה התנהגות שנדרשת להתקיים כדי שנוכל לומר שאדם חצה את ההכנה ונכנס למתחם הניסיון?

* ניסיון מושלם/מוגמר - העושה ביצע את כל הפעולות התליות בו ושנדרשות להשלמת העבירה, אך העבירה לא הושלמה מסיבה שאינה תלויה בו. התוצאה הייתה מעבר לשליטתו של העושה.
* ניסיון בלתי מושלם/בלתי מוגמר - העושה לא מסיים לבצע את הפעולות הנדרשות להשלמת העבירה, מרצונו או עקב נסיבות שאינן תלויות בו.

**מבחני עזר להבחנה בין מעשי הכנה לניסיון**: שאלת תיחום קו הגבול בין מעשה הכנה ל"ניסיון" מתעוררת רק כשמדובר בניסיון בלתי מושלם- קו הגבול עמום ומטושטש.

1. מבחן הקרבה להשלמה (אנגלי)– בודקים אחורה כמה צעדים נשארו להשלמת העבירה (כמותית ואיכותית). ניתן להעזר בשאלת הסמיכות במקום ובזמן.
2. מבחן החד משמעות ("הסרט האילם") – ביצוע התחלתי שמגלה באופן חד משמעי את כוונתו של הנאשם. קושי: ניתן להסוות התנהגות.
3. מבחן תחילת הביצוע (גרמני) –המעבר בין ההכנה לניסיון מתרחש בביצוע מעשים המהווים חוליה בשרשרת אל עבר העבירה המושלמת, שכן אם לא היו נפסקים מסיבה מסוימת, העבירה הייתה נשלמת.
4. מבחן המעשה האחרון – (מבחן לא מקובל בישראל) הפעולה שאדם מבצע היא רק כשעושה את המעשה האחרון שנדרש ממנו לפני ביצוע העבירה המושלמת.

\*מבחן תחילת הביצוע מהווה עיקרי בפסיקה.

\*כאשר מדובר בניסיון מושלם – אין צורך לבחון ע"פ המבחנים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ סריס נ' מדינת ישראל**מבחן תחילת הביצוע** | המערער **ניסה לאנוס את המתלוננת אך ברח כשהגיעה מונית.** מואשם בניסיון לאונס. בטענת הערעור נאמר שכדי לבצע ניסיון לאונס צריך שהמערער יגע באיבר מינה של המתלוננת וזה לא קרה, מדובר רק בתקיפה או מעשה מגונה.  | ברק: לעבירת ניסיון יסוד עובדתי ויסוד נפשי. היסוד הנפשי: יס"נ של העבירה המושלמת + מטרה להשלים את העבירה. היסוד העובדתי מתחיל ממתחם הניסיון.איך נדע אם חצה את ההכנה למתחם הניסיון?**מבחן תחילת הביצוע: ההתנהגות היא חלק משרשרת שמובילה באופן טבעי להשלמת העבירה.**מתקיים אצל המערער והערעור נדחה. |
| ע"פ מדינת ישראל נ' ברואיר**מבחן החד משמעיות** | המשיב תכנן לשדוד בנק ולברוח מהארץ. ביום השוד הגיע לבנק ועזב בגלל הקהל הרב. כשחזר בשביל לבצע את השוד כבר נעצר על ידי המשטרה. המחוזי זיכה אותו מניסיון שוד, מכאן הערעור.  | לוי: הפסיקה מאפשרת שתי צורות להבחנה בין הכנה לניסיון: 1. מבחן הקרבה להשלמה: ככל שהמעשה קרוב יותר להשלמת ביצוע העבירה, כך הוא יותר נכנס למתחם הניסיון. יש שהציעו להשתמש במדדים של זמן ומקום לצורך כך אך ישנם מדדים אחרים. **2. מבחן החד משמעיות: התנהגות שמבטאת באופן חד משמעי את כוונת העושה לבצע את העבירה (סרט אילם).** אפשר לראות ששני מבחנים אלה מתקיימים בנאשם, בנוסף גם היסוד הנפשי של כוונה להשלים את ביצוע העבירה מתקיים. לכן יש להחזיר את הדיון לביהמ"ש קמא כדי לגזור מחדש את עונשו של הנאשם. |

**טיב ההתנהגות: סוגיית הניסיון הבלתי צליח (Impossibility)** – ניתן למיין את הניסיונות לביצוע העבירה לשני סוגים.

* 1. ניסיון צליח – העבירה בוצעה בתנאים שמאפשרים את הצלחתה.
	2. ניסיון בלתי צליח (**ס' 26**) – העבירה בוצעה בתנאים שמלכתחילה לא אפשרו את הצלחתה (כשל מהתנהגות העושה, חרטה או גורם חיצוני).

סוגי ניסיונות בלתי צליחים:

* טעות במצב דברים עובדתי.
* טעות במצב דברים משפטי.
* הניסיון האבסורדי (למשל הטלה כישוף וודו).

פס"ד מור יוסף: חייל עישן "נייס גאי" מתוך אמונה שמדובר בסם לא חוקי. בזמן האירוע חלק מהתרכובת של הסם לא נאסרו בפקודת הסמים האסורים. לפיכך לא הוכח שהחומר שעישן לא חוקי. נאור: טעות במצב משפטי ולכן לא ניתן להרשיע, שכן זה לא תואם את עיקרון החוקיות.

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

* התפיסה האובייקטיבית- האחריות בגין ניסיון מוטלת בשל הסכנה הטמונה בהתנהגות. היס"ע חייב לבטא סכנה של גרימת נזק. מרשיעים כי בניסיון יש פוטנציאל לנזק.
* תפיסה סובייקטיבית- האחריות בגין ניסיון מוטלת בגין מסוכנותו של העושה, הנובעת מנחישותו לביצוע העבירה. שמים את הדגש על כוונה.

\*המשפט הישראלי אימץ את התפיסה הסובייקטיבית במובן גם שהעושה עצמו מבצע מעשה שאין בו סכנה, עדיין המשפט הפלילי תופס את העושה כאדם מסוכן.

|  |  |
| --- | --- |
| מרים גור אריה על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון | יש להעניש על ניסיון בלתי צליח משום שהערך החברתי עדיין נפגע. ברגע שאדם נכנס למתחם הניסיון יש להעניש אותו. דוגמת היין במזווה: אותה הפעולה יכולה להיחשב בתחומים שונים בהתאם למקרה (במתחם ההכנה/הניסיון). יש לבדוק לפי המבחנים.  |

**תפיסת המשפט**:

1. טעות במצב דברים המאופיינת בטעות עובדתית – שיטות המשפט מסכימות כי מקרים אלו מצדיקים הפללה.
2. בשימוש באמצעים אבסורדיים הפסיקה שנויה במחלוקת, רוב שיטות המשפט מסכימות שלא להפליל במקרים כאלה, ככל הנראה מכיוון שמבצעי הניסיון במקרים האלה לא מסוכנים.
3. טעות במצב דברים המאופיינת בחוסר אפשרות משפטית\חוקית להשלים את העבירה – שיטות משפט מסכימות כי אין הצדקה להפללה.

\*אם מדובר בניסיון בלתי צליח: לא מרשיעים בטעות במצב דברים משפטית + שיקולי ענישה.

**היס"נ של עבירות הניסיון – ס' 25:** היס"נ הנדרש הוא כפול.

1. היס"נ הקבוע בהגדרת העבירה המוגמרת (בנסיון בלתי צליח - הכרה מוטעית לגבי מצב הדברים בהם מותנה ביצוע העבירה)
2. היס"נ המיוחד של מטרה הוא לבצע את העבירה, כלומר שאיפה/רצון להשלים את העבירה המוגמרת.

הרציונל: נועדה לפצות על החסר הקיים במישור העובדתי.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ קובקוב נ' מדינת ישראל | המערער **הכין בקבוקי תבערה** לזרוק על אנשים לאחר הפיגוע בדולפינריום. הוא הטמין שמונה בקבוקים ושניים נשא בכיסו. כשראה שיש שוטרים החליט לא לזרוק והחל ללכת לכיוון יפו ונתפס על ידי שוטרים. הוא הורשע בהכנה ונשיאה של כלי נשק ובניסיון לגרום חבלה בכוונה מחמירה.  | בייניש: **הוא עוד לא יצא משלב ההכנה.** הוא התחיל ללכת ליפו כדי לבדוק מה קורה שם אבל לא החליט אם לזרוק את הבקבוקים. החזקת הבקבוקים מצביעה על כוונה להכין פעולה אבל לא לבצע אותה. אמנם, ההחזקה בבקבוקים עולה בכדי העבירה בסע' 497 "הכנת עבירה בחומרים מסוכנים", שלאור חומרתה אפשר לעבור עליה רק בהכנה.**היס"נ חייב להיות כלפי עבירה מסויימת** (הוא עוד לא החליט איך לפעול). |

ביקורת: (אלדר) האמנם יס"נ נפשי ויס"נ עובדתי ניתנים לקיזוז? הרי מדובר בשני רכיבים השונים במהותם.

**נק' כלליות:**

* עבירה בעלת ייעוד ממוחשי - היס"נ של המטרה חייב להתייחס לביצוע אותה עבירה בעלת יעד מוחשי.
* האם הלכת הצפיות יכולה לחול על דרישת המטרה של היסוד הנפשי? כן.

**פטור עקב חרטה – ס' 28:** טענת הגנה של הנאשם במשפט.

רציונליים:

* תועלתני - לתמרץ עבריינים לחזור בהם.
* מוסרי - לא מגיע לאדם שהתחרט שיפלילו אותו.
* עונשי - אין עניין להעניש אדם שלא עשה כלום. אין עניין לכוון התנהגות כי הוא החליט בעצמו שזה לא טוב.

הלך הנפש הנדרש לצורך חרטה - הפטור מותנה, בתהקיימם של שני התנאים המצטברים: (קודם כל צריך להוכיח שהיה ניסיון ורק לאחר מכן ניתן להמשיך לדיון בנושא הפטור).

1. המנסה חדל ממעשיו מחפץ נפשו בלבד - חוזר בו מרצונו ולא עקב לחץ של גורם חיצוני אחר.
2. המניע לכך הוא חרטה. מהי אותה חרטה? יש ויכוח בפסיקה. ומה היא מוסיפה על 'חפץ הנפש'?
* גישת פס"ד מצראווה: נדרשת חרטה אתית, כלומר, חרטה מוסרית. מדובר בבעל תשובה ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות. גישה זו רווחת בפסיקה מאז תיקון 39.
* גישת פס"ד נחושתן: כל סוג של חרטה שתצמיח בפועל תוצאות אופטימליות ושתביא לסיכול העבירה.
* פס"ד פלוני החזיר באוביטר את הלכת נחושתן**.** הרבה מתייחסים לפס"ד פלוני כחזרה להלכת נחושתן, הדר לא מסכימה.ביהמ"ש מוריד את האפשרות של הפטור עקב הרכיב של 'חדל ממעשה' ולכן הדיון בחרטה הוא אוביטר.השורה התחתונה- אוביטר של היום יכול להיות ההלכה של המחר. לפי הדר- ההלכה הרווחת היא עדיין הלכת מצראווה.
1. הסעיף אינו מסתפק בחרטה פנימית, אלא המנסה נדרש לעשות מעשה. טיב המעשה תלוי בשלב אליו הגיע הניסיון: (אם מדובר בעבירה התנהגותית, לא ניתן לעשות מעשה).
* אם מדובר בניסיון בלתי מושלם - די שיחדל מהשלמת המעשה.
* אם מדובר בניסיון מושלם- הנאשם נדרש 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 תאה בעלת פוטנציאל למנוע את העבירה. הדעות חלוקות. הלכה בפס"ד פלוני - הנאשם צריך לעשות מעשה שיהיה לו בעצם פוטנציאל למנוע את הניסיון.

**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 שבסעיף 25). **דוגמאות**: ס' 329(א)(2), 294(א), ס' 403 לחוק העונשין. בעיה: כיום לאחר תיקון 39, שיצר דוקטרינת ניסיון כללית, האם צריך עבירות ספציפיות של ניסיון? (יוצר בעייתיות בעונש).

\*הכלל הוא שהולכים לפי הספציפי ולכן גם אם הוא מקל אז הוא מקל.

איך מתייחסים לעבירות הניסיון העצמאיות? גם על עבירת ניסיון עצמאית יחולו כל הדינים של עבירת הניסיון בחלק הכללי (ס' 25).

**ביקורת על דוקטרינת הניסיון:** שחר אלדר- כיום הדוקטרינה הישראלית מפלילה בצורה שווה את מי שביצע ניסיון מושלם ואת מי שביצע ראשית ניסיון. האם ראוי להפליל בצורה שווה את מי שהן בעלי רמת אשם שונה בשלבים שונים בדרך לביצוע המושלם? מתקיים פרדוקס: בעוד שהגבול בין העבירה המושלמת לניסיון מתוחם היטב בהגדרה הפרטית של העבירה, הגבול בין הניסיון לבין זיכוי אינו מתוחם כמעט כלל ואין כל שאיפה להגדירו בחוק >> במצב זה, עיקרון החוקיות אינו ממקום בגבול שבין האסור למותר ולכן מאבד כל נפקות פרקטית. אלדר מציע לנסח כל עבירה תור עבירת מטרה. אלדר אומר שעבירות התנהגות שהן מטרה, מבחינה מהותית עושות אותה עבודה של דוקטרינת הניסיון – מפלילה מעשים מסוימים שהאדם התכוון להשיג אך בפועל רק חלק ממנו הושג. הדרישה של המטרה יוצאת יס"נ מוגבר וזה מעין דרך לעקוף את דוקטרינת הניסיון וניסיון להתגבר על הבעייתיות שלה מבחינת עיקרון החוקיות. נשאלת השאלה – האם התקיימה המטרה או לא? ניסיון לדייק. הבעיה – ניתן לקחת כל עבירה וליצור לה עבירת מטרה ואז לא יהיה אפשר להפליל אנשים שצפו שהעבירות שלהן יגרמו לתוצאה ויקוו שלו.

פס"ד אלדד בן גיא: הנאשם הורשע בעבירות של ניסיון למעשה מגונה וניסיון להטרדה מינית. תחקירן התחזה לילדה באתר והנאשם פנה אליה וניהל שיחות בעלות אופי מיני. הוא קבע להיפגש איתה ולבסוף נפגש עם שחקנית בת 18. האם ניתן להכריע שהניסיון היה בלתי צליח? ביהמ"ש קובע שגם ניסיון לא צליח משפטית הוא עניש כי לפי ראות עיניו של הנאשם הוא התכוון לבצע את העבירה למרות שלא היה מודע לחוסר המשפטי באפשרות לבצע אותה.

**שותפים לעבירה:**

רציונלים:

שיקולים תועלתניים:

* ביצוע משותף שולל מכל שותף את השליטה הבלעדית על דרך הביצוע ועל השתלשלות האירועים ובכך מעצים את הסיכון לחברה - מס' המעורבים הרב מגביר סיכוי להיתקלות עם גורמים בלתי רצויים ומעלה את החשש לחשיפה ולהיתפסות וכתוצאה מכך סיכון לביצוע עבירה נוספת לצורך נטרול ההיתפסות.
* מידת האנרגיה העבריינית עשויה להיות גבוהה יותר לעומת ביצוע בידי יחיד- הביצוע המשותף יוצר רמת מחויבות גבוהה מצד כל שותף לתוכנית העבריינית ולחלקו בה ("לחץ חברתי"). לעומת ביצוע ביחידות, המאפשר חרטה בכל עת.

שיקולים של אשם (גמול):

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

**אופייה הנגזר של אחריות השותפים:** Sanford Kadish, Complicity, Cause and Blame

1. אחריות השותף נגזרת מאחריות המבצע העיקרי. (גישת פלר זו התקבלה במשפט הישראלי)
2. אחריות השותף נגזרת מעצם ביצוע העבירה ולאו דווקא מאחריותו של מבצעה. כלומר, צריך להראות שהשותף העיקרי ביצע מעשה פסול. הגזירה היא מהמעשה הפסול, ולא מהמבצע. (הדר מעדיפה את גישה זו>>שיטת משפט גרמנית).

הנפקות בין הגישות עשויה להתעורר במקרים בהם המבצע העיקרי ביצע את יסודות העבירה אך לא נושא באחריות פלילית מחמת סייג העומד לו: לפי גישה 1 - שותפו לא יישא באחריות פלילית. לפי גישה 2 - שותפו יישא באחריות פלילית.

**מסייע – ס' 31:**

* שותף משני ועקיף (עקיף – לא משתתף בביצוע עצמו, משני – לא דומיננטי).
* תנאי מקדמי לסיוע – המבצע נכנס למתחם הניסיון. המבצע לא רק עשה הכנה, אלא ניסיון.
* העונש – (עד) מחצית מהעונש של המבצע העיקרי.

**יס"ע:**

מהו היחס שבין ההתנהגויות המסייעות לבין ביצוע העבירה העיקרית? אין הכרח חובה שיתקיים קש"ס בין ההתנהגות של המסייע לבין ביצוע העבירה. די בהתנהגות בעלת פוטנציאל לסייע, אף אם בפועל לא תרמה תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה.

מעבר לסיוע הפיזי הפסיקה מכירה בסיוע רוחני: מקרה בו אדם תורם תרומה שהיא מעודדת את רוחו של המבצע, שהיא מחזקת את רוחו, שהיא נותנת לו סוג של רוח גבית.

מה ההבדל בין סיוע רוחני לשידול? באותם מקרים כשהמבצע העיקרי החליט לבצע את העבירה העידוד וחיזוק הרוח= סיוע רוחני. לעומת זאת, כשהמבצע העיקרי לא החליט לבצע את העבירה, אבל העידוד נוטעים בו את הרצון לבצע את העבירה= שידול.

פס"ד פלונית: פלונית תומכת בהחלטתו של חברה לרצוח את מדריכה בפנימייה. הפס"ד מגולל את הסיוע הלוגיסטי והאחר שהיא נותנת למבצע (היא נותנת לו אמצעים לשימוש בעבירה - כסף, הולכת לקנות איתו את הסכין וכ'ו), היא מבצעת מעשים שמקלים על הביצוע= סיוע פיזי.

האם נוכחות היא סיוע משמעותי? פס"ד יוסופוב- אדם שנחשד בניסיונות פיגוע והיה שוהה בלתי חוקי. הנאשמת נחשדה שהניחה איתו את המטען. להגנתה, היא טענה שהיא רק הייתה שם ולא סייעה בפועל. ביהמ"ש - הנוכחות שלה כן סייעה לו להיטמע בסביבה, לכן היה סיוע דרך נוכחות.

\*לפי הפרשנות המקובלת בישראל אחרי התיקון, התנאי "נעברה עבירה" מתקיים רק כשאצל המבצע הישיר התקיימו כל התנאים הדרושים להטלת אחריות פלילית בגין העבירה. פרשנות זו תומכת בתפיסת אחריות השותפים כאחריות הנגזרת מאשמתו של המבצע העיקרי.

\*סיוע לאחר מעשה - מוסדר בעבירה ספציפית: ס' 260-261. זה בעצם לא עבירה נגזרת, אלא עבירה עצמאית. לכן פה לא צריך להוכיח כתנאי להעמדה לדין, את אשמתו של המבצע העיקרי. צריך רק להוכיח י"נ ויס"ע של המסייע.

מהו הדין כשאדם מבטיח לפני ביצוע העבירה כי יסייע למבצע לאחר העבירה? פעולה שעיתויה לאחר ביצוע העבירה אך הובטחה לפני שהעבירה הושלמה – תיכלל בגדר סיוע. הרציונל: המבצע הסתמך עליה והיא נסכה בו ביטחון בעת ביצוע העבירה ובמהלכה.

האם ניתן לסייע בדרך של מחדל? פס"ד : האם צריך מקור חובה שהופר בסיוע במחדל? (כמו בעבירות המחדל)

* 1. החובה המפורשת – חייבים מקור חובה.
	2. הזיקה המיוחדת – מספיק להסתפק בחובה לפעול מתוך הזיקה למקור הסכנה או זיקה לקורבן.
	3. הסיוע נגזר מתוך העבירה העיקרית – כשיש מקור חובה למבצע העיקרי – זה מקור החובה (חשין).

**יס"נ:** ישנם 2 מישורים-

1. היחס של המסייע ביחס לעבירה העיקרית (של המבצע).
2. היחס של המסייע כלפי התנהגות המסייעת.

**לאחר תיקון 39 - 3 גישות ביחס ליס"נ הנדרש:**

1. גישת המודעות (דעת הרוב בפס"ד פוליאקוב): בשני המישורים נדרשת מודעות.
2. גישת הכוונה (דעת המיעוט בע"פ פוליאקוב): מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע + כוונה שתבוצע (כולל הלכת הצפיות) מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע (כולל הלכת הצפיות). כוונה הוא יסוד נפשי חזק שקשה להוכחה ולכן מקל מאוד עם המסייע.

גישת הביניים (ברק בפס"ד פלונית): **א.** מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע + כוונה שתבוצע - לרבות הלכת צפיות. **ב.** מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע - לרבות הלכת צפיות.

\*גישת הביניים התקבלה בפסיקה שלאחר התיקון כהלכה מחייבת.

לא מספיק שהאדם מודע לאפשרות שתיגרם עבירה כלשהי: צריך להראות שהוא מודע לכך שתתקיים עבירה מסוימת בעלת ייעוד מוחשי. להראות מודעות לעבירה קונקרטית (פס"ד יוספוב).

\*חשוב לשים לב! ניתן להרשיע בסיוע לניסיון ולא ניתן להרשיע בניסיון לסיוע.

**המשדל – ס' 30:**

* שותף ראשי ועקיף.
* ייחודו של השידול הוא בהשפעת המשדל על תודעתו של המבצע: המשדל הוא שגורם למבצע להחליט לבצע את העבירה. כך המשדל "מוליד לא רק עבירה אלא גם עבריין".
* העונש בשידול לעומת סיוע הוא זהה לעונש בגין הביצוע המושלם - ס' 34ד.
* בסיוע אין ניסיון לסיוע, בשידול יש ניסיון לשידול- ס' 33: אותם מקרים בהם האדם עצמו ניסה לעודד ולהשפיע על אחר, והאחר לא מושפע/לא חרג ממעשי ההכנה (לא נכנס לביצוע).ניסיון לשידול זו צורה עצמאית שלא תלויה במבצע העיקרי, משום החומרה הגדולה שיש למבצע העיקרי על העבירה.

רציונלים להרשעת משדל:

* רציונל סיבתי – אלמלא הפעולה של המשדל העבירה העיקרית לא הייתה מתבצעת.
* רציונל ההזדהות וההסכמה- נבקש לראות כוונה שהעבירה העיקרית תתבצע ולא רק כוונה לשידול. זו לא דרישה ליסוד נפשי ביחס ליסודות העבירה אלא כלפי ביצוע העבירה.

**יס"ע:**

* רכיב נסיבתי: קיומו של "משודל" אחראי בפלילים: יש לשים לב להבדל בין שידול לבין 'ביצוע באמצעות אחר'. אין גם הכרח שהמשודל יהיה מודע לפעולות השידול שמפעיל עליו המשדל.
* קש"ס – "המביא אחר" – הגורם לאחר. הרעיון הוא שאנחנו צריכים להראות קש"ס בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה ע"י המשודל. המשודל החליט לבצע את העבירה "עקב" הפעולה המשדלת.
* רכיב תוצאתי: ביצוע עבירה על ידי המשודל: האם המשודל חייב לעבור את העבירה המושלמת על מנת להיות אחראי לשידול לעבירה מושלמת? או שמספיק שינסה לעוברה? >> יש לבחון ע"פ מבחני קש"ס עובדתי ומשפטי!

לדוג' פלוני שידל את אלמוני לבצע רצח אך אלמוני פספס וביצע רק ניסיון. האם פלוני ייחשב משדל לרצח או שמא משדל לניסיון רצח?

מחלוקת: **א.** פלוני ייחשב משדל לניסיון רצח - זוהי העבירה שבוצעה בפועל ועליה מלבישים את צורת האחריות הנגזרת. **ב.** פלוני ייחשב משדל לרצח - יש להוכיח הצלחת השידול ולא הצלחת הגשמת העבירה מושא השידול.

"המביא אחר"- פס"ד אסקין: **א.** קלאסי – המשדל נטע את הרעיון בראשו של המבצע. **ב.** המשודל כבר חשב על ביצוע העבירה והמשדל מטה את כף המאזניים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מסייע | משדל |
| כלפי העבירה העיקרית | מודעות | כוונה |
| כלפי ההתנהגות שלו עצמו | כוונה | מודעות |

הייתכן שידול במחדל? הדעה הרווחת-נדרש מעשה אקטיבי כתנאי הכרחי להתגבשות השידול לפיכך לא.

\*ביצוע באמצעות אחר - ההבדל בין שידול לבין ביצוע באמצעות אחר היא שהמשדל נותן את העצה לאחר אבל האחר הוא אדם אוטונומי אחראי שנושא באחריות פלילית ויכול לקבל החלטה של כן או לא.

**יס"נ:** לכאורה מודעות אבל בפס"ד אסקין: למרות שהס' שותק, נדרוש כוונה שהעבירה השותקת תקרה (ומודעות לשידול המבצע). כלומר: **א.** כוונה לעבירה העיקרית. **ב.** מודעות וכוונה לעצם ביצוע העבירה ע"י המשודל.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מסייע | משדל |
| כלפי העבירה העיקרית | מודעות | כוונה |
| כלפי ההתנהגות שלו עצמו | כוונה | מודעות |

הטעמים התומכים בדרישת היסוד הנפשי החפצי הנוסף:

* אופי תכליתי 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 על אחר בעייתית. לכן העלאת רף ההרשעה באמצעות דרישה מוגברת של י"נ נועדה לרכך את הקושי.
* לאחר התיקון העונש הושווה עם הביצוע. לפיכך, דרישת רף גבוה יותר של י"נ נראית מוצדקת.
* הרצון לבדל את השידול מן הסיוע.

**ניסיון לשידול – ס' 33:** חריג. מקרים בהם המשודל לא חרג מגבולות ההכנה.

* ניסיון לשידול מתחיל אפילו לפני שלב ההכנה (ושלב הניסיון מן הסתם).
* יכול להיות שהנאשם (המנסה לשדל) יואשם והמבצע העיקרי לא מכיוון שהוא לא נכנס למתחם הניסיון >> חריג. משקף אנטי חברתיות מיוחדת שקמה בעבירת השידול.
* עונשו של המנסה לשדל הוא כמחצית מהעונש של העבירה העיקרית.

ניסיון לשידול בשני מקרים:

1. המשודל נעצר בשלב ההכנה.
2. המשודל לא התחיל בכלל בהכנה, לא השתכנע.

**שותפות ברשלנות? (גם ביחס לשידול וגם ביחס לסיוע) א.** רשלנות ביחס לתוצאה. **ב.** רשלנות ביחס לשותפות. הרעיון של שותפות היא "הידברות". לפיכך, ישנה סתירה רעיונית לגבי שותפות ברשלנות. עם זאת, יכולה להיות שותפות מודעות לעבירת רשלנות.

פס"ד לוי: דיווח של תצפית על חשודה שקנתה סם וחזרה אל המונית. שוטרים התנפלו על אותה מונית ועל האישה (הפעילו כוח עודף) וגרמו למותה. בביהמ"ש קבעו שלא הייתה להם מודעות במקום שהאדם מן היישוב. היס"נ בעבירת ההמתה היא רשלנות. האם הייתה שותפות ברשלנות? על פניו לא.

\*נק' המוצא של המשפט הישראלי היא עיקרון אחדות העבירה של פלר >> במצב של ביצוע עבירה רבת משתתפים – העבירה היא אחת (למשל אחד היה מדוע לאפשרות גרימת התוצאה – כלל המשתתפים היו מודעים).

\*קיימת שותפות ספונטנית >> להוכיח שלשותפים הייתה מודעות לחלקו ולחלקו של האחר.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ מדינת ישראל נ' סוגאקרא' שידל את ב' ששידל את ג'. ג' עשה ניסיון ולא הצליח. | הנאשם מואשם בעבירה של שידול לחבלה בכוונה מחמירה, על שהציע לאדם 5,000 ₪ כדי שיפגע באדם אחר, עד כדי כך שלא יוכל לעבוד.  | דורנר: המשודל קיבל על עצמו את המשימה הפלילית ובכך בוצעה עבירה שידול. **בודקים קודם את העבירה העיקרית ורק משם גוזרים את אחריות הנאשם כדי לראות איך הוא השפיע על העבירה.** |

הקיים שידול לשידול?

שילוב של סיוע + שידול? אפשרויות: **א.** המשדל "בולע" את המסייע >> יואשם בצורה מוחמרת. **ב.** פלר – שדרוג לאחריות של מבצע בגלל רמת המועברות.

\*העונש יהיה זהה אך הסיווג יכול להיות בעל נפקות במישורים אחרים (פטור עקב חרטה, אחריות לעבירה וכ'ו).

**פטור עקב חרטה – ס' 34:**פטור גם למשדל ומסייע (גם בניסיון לשידול). בעוד שהפטור שמבצע הישיר יינתן רק אם העבירה לא הושלמה, למסייע\למשדל החוק מאשר לתת פטור גם אם העבירה הושלמה ע"י המבצע העיקרי. אך יש דרישה - להודיע מבעוד מועד לרשויות ולנקוט בצעדים משמעותיים כמיטב יכולתו, יש פה הקלה מסוימת בתנאים של הפטור.

\*בחוק אין דרישה ליס"נ.

הבדל בין ס' 28 (פטור למנסה) לבין ס' 34 (פטור לשותפים): **ס' 28** – ברגע שהעבירה הושלמה אין פטור. **ס' 34** – גם אם העיברה הושלמה – יכול לזכות בפטור .

**ביצוע בצוותא - ס' 29:** מסדיר את הביצוע – כמה סוגים; מבצע יחיד, בצוותא, באמצעות אחר ומתייחסים לכלל הסוגים כ-"מבצע". לפיכך כולם חשופים לעונש המקסימלי לעבירה והיס"נ הנדרש הוא הקבוע בעבירה.

**מי המבצע בצוותא?** המבצעים מוגדרים **בס' 28(ב)**. לא צריך להראות שאדם ביצע את **כל** היס"ע מכיוון שישנה חלוקה של תפקידים שכל אחד מבצע פעולות שונות שמתכנסות ליס"ע מלא.

\*לעיתים יש שת"פ בין שותפים אך החלוקת תפקידים אינה שווה לפיכך נצטרך לבחון את הנתונים מסביב ולנתח בהתאם את התנהגות השותף.

\*ההסתכלות על השותפים בגוף אחד מאפשר לבחון את העבירה בכללותה, ולהאשים אותם בעבירה היותר חמורה.

איך נבחין בין המבצע בצוותא למסייע? במבצע בצוותא יש ממש **השתתפות** בביצוע, והמסייע עושה מעשה **שמאפשר** את הביצוע (האבחנה חשובה בגלל העונש).

ביצוע במחדל בצוותא? אפשרי (למשל זוג הורים שמונעים מילדם אוכל).

כדי שאדם יהיה מבצע בצוותא, להבדיל ממסייע יש להראות 2 תנאים: **א.** קש"ס של ממש- המעשים שלו היו חיוניים לביצוע העבירה. **ב.** שהמעשים היו מספיק מתקדמים\משמעותיים וקרובים לביצוע העיקרי כדי שנגיד שהוא מבצע בצוותא. \*המבחנים מצטברים!

המבחנים להבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע (או בין משדל למבצע בצוותא):

הגישה המופיעה בדברי ההסבר לתיקון 39: **א.** מעשהו של השותף יהיה חיוני לביצוע העבירה. **ב.** מעשהו של השותף אינו בעל אופי מקדמי – הכנתי בלבד.

* 1. מבחן השליטה הפונקציונלית – בודק האם יש לנאשם שליטה על הנעשה? כמה הוא "אדון השליטה?"

פס"ד פלונים: קבוצה מתכננת לבצע פיגוע טרור. טל, מנהיג הקבוצה, לא הגיע למקום העבירה. ברק: ביצוע בצוותא מחייב תכנון משותף וחלוקת עבודה, אך לא אחידות במקום ובזמן. כל אחד מהשותפים הוא בעל שליטה מהותית על המעשה. לפיכך, המערערים הינם מבצעים בצוותא. ביקורת: ביהמ"ש מותח את הגבולות של ביצוע בצוותא על חשבון הסיוע.

|  |  |
| --- | --- |
| אהרון אנקרעל ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע | **קשה להבחין בין המסייע למבצע בצוותא**, אין קריטריון ברור לחלוקה ביניהם. הכותב נוטה לדעה המרחיבה את "**המבצע בצוותא" גם למקרים בהם השותף לעבירה השתתף בתכנון ועיצוב העבירה אבל לא היה שותף פיזי בה.** זאת משום שאין הבדל בתרומה לביצוע העבירה בין מי שהשתתף פיזית לבין מי שלא. יש להתחשב פחות ביכולת ההשפעה בעת הביצוע, ולהתחשב יותר שהשתתפות בתכנון. **אמנם, במקרים בהם המבצע העיקרי סטה מהתכנון וביצע עבירה אחרת (למשל הרג במהלך שוד), אין לראות את המשתתף הרחב (זה שלא נמצא פיזית במקום העבירה) כמבצע ישיר** כפי שאמרנו למעלה, משום שתרומתו לעבירה הנוספת היא פחותה משמעותית מזה שביצע פיזית את העבירה. במקרים אלו של סטייה מהתכנון המקורי, פוחת המשקל של ההשתתפות בתכנון, וגובר המשקל של יכולת ההשפעה בעת הביצוע. הבעיה היא שגישה מרחיבה הכוללת גם את המבצע בצוותא שיאנו מבצע פיזי, תחייב הגדרה כזו גם במקרים של חריגה מהתכנון המקורי (כי בחוק לשניהם קוראים "מבצע בצוותא ללא חילוק ביניהם), והרי אמרנו שהגישה המרחיבה לא מתאימה למקרה של סטייה מהתכנון המקורי. גם הפוך, פרשנות מצמצמת של המבצע בצוותא כך שלא תכלול את מי שלא היה שותף פיזי, מתאימה למקרה של סטייה מהתכנון המקורי אך לא מתאימה למקרה של ביצוע התכנון המקורי שבו אמרנו שיש לכלול את המשתתף בתכנון אך לא פיזית.  |

* 1. המבחן המשולב – שילוב בין פרמטרים של יס"נ ויס"ע >> ככל שהיס"ע נמוך יותר, היס"נ יהיה גבוה יותר ולהפך (פס"ד משולם).
	2. מבחן חבות העונש (חשין)– מבחן ערכי. מעריך את מעשי של השותך מבחינת הסנקציה הפלילית הראויה לו. ע"פ מידת המעורבות של השותף, יקבע עונשו – הוא יסווג כמסייע או בצוותא.
	3. מבחן אנלוגיה מדיני הניסיון (מירי גור אריה) - נבודד את חלקו של כל שותף בעבירה רבת המשתתפים, ונבחן במישור היס"ע בלבד, האם מעשיו נכנסים למתחם הניסיון. אם כן - מדובר במבצע בצוותא. אם לא - השותף יסווג כמסייע. קושי: מעשים של שותפות הם מורכבים וישנם מקרים שהפעולה נעשתה מסגרת שותפות ע"י יחיד ולא הייתה חלק מהשותפות (למשל לאבטח).

\* המבחן המשולב והמבחן של השליטה הפונקציונלית הם הדומיננטיים יותר.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ רון נ' מדינת ישראל | ערעור בפרשת רוז פיזם | שוהם: **ההבחנה בין שידול למבצע בצוותא** – מבצע בצוותא הוא מי שמעשיו מכניסים אותו למעגל הפנימי של ביצוע העבירה. אחריות המערערת כמבצעת בצוותא נגזרת מיישומם של המבחנים שנקבעו בפסיקה:**1. מבחן השליטה** – למערערת הייתה שליטה חד משמעית על ביצוע העבירה, היא יכלה למנוע אותו בכל שלב אך בחרה לפעול למימושו.**2. מבחן הפונקציונאליות** – המערערת נטלה חלק מהותי בביצוע העבירה, ולכל הפחות במעטפת שהובילה לרצח.**3. המבחן המשולב** – ככל שהיסוד הנפשי של המבצע גבוה יותר (מבחינת מידת העניין בביצוע העבירה), כך ניתן להסתפק בדרגה נמוכה יותר של העשייה מבחינת היסוד העובדתי, ולהיפך. |

**יס"נ:** **א.** היס"נ הנדרש בעבירה המושלמת אותה הם מבצעים. **ב.** מודעות לפעולה בצוותא - כל אחד מהמבצעים בצוותא צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים ולמזימה העבריינית בכללותה.

**ביהמ"ש** - צריך להראות לא רק מודעות אלא שהוא ידע שהוא פועל עם אחר.

שותפות ספונטנית צריך להוכיח: **א.** כל אחד היה לו יס"נ הקבוע באותה עבירה. **ב.** כל אחד מהשותפים מודע לשותפות ע"א שלא תכננו מראש.

"סוגיית ההמון" - פס"ד עזיזיאן - הולך ברחוב ורואה שרהיטים נזרקים מלמעלה. הוא עולה למעלה ומגלה שיש שם מהומה כללית. הוא מחליט להצטרף לחגיגה. אח"כ מעמידים אותו לדין, הוא טען שהוא לא תכנן ולא הכיר אף אחד. נקבע שזו שותפות ספונטנית>> עבירת ההמון -אדם בחסות ההמון משתתף בעבירה ובלבד שקיימת בין הצדדים מודעות למעשה ואחד לשני.

טבלת סיכום:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | ישיר | עקיף | ראשי | משני |
| מבצע בצוותא |  |  |  |  |
| משדל / באמצעות אחר |  |  |  |  |
| מסייע |  |  |  |  |

**מבצע באמצעות אחר – ס' 29ג:** מבצע לכל דבר. הייחוד שלו הוא כלפי הרכיב ההתנהגותי. אדם מניע אדם אחר באופן שגורם לאותו אחר לבצע את העבירה. נועד להתגבר על מקרים שבהם עבריינים מבצעים עבירה מבלי ללכלך את הידיים שלהם. האחר נמצא בנחיתות ביחס למבצע באמצעות (למשל נחיתות של ידע, שליטה וכ'ו). מצב של ניצול "ככלי בידיו".

**יס"נ:** **א.** כוונה כלפי העבירה "המושלמת". **ב.** מודעות לאחר >> נחיתות (קטין, פער של ידע וכ'ו) >> לרבות עצימת עיניים.

בס' מציינים סייגים ש"האחר" פטור מאחריות פלילית לאותה עבירה שבה ניתן להרשיע את המבצע באמצעותו בהיותו מצוי במצב מחוסר אשם. עם זאת, האחר לא תמיד פטור. ייתכן מצב שהוא יורשע בעבירת רשלנות והמבצע העיקרי יורשע באותה עבירה רק עם יס"נ גבוהה (מודעות).

"האחר" / "המשודל" – ביס"ע - במקרים של שידול לא חייבת להיות היררכיה בין המשדל למשודל (רואים במשודל אדם אוטונומי) ושניהם חשופים לאותו מידע (אין ניצול). באחר צריך להיות פער באחריות הפלילית. בנוסף במצב של משדל אין דינמיקה של "כלי בידיו" לעומת האחר. ביס"נ – יש פער בהוכחה.

גבולות בין דוקטרינות – אחד המקרים שיושבים על התפר בין ביצוע באמצעות אחר לבין שידול הוא *שליטה ארגונית.*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| דנ"פ משולם נ' מדינת ישראלהרחבת ביצוע בצוותא +**המבחן המשולב** | משולם הוא **מנהיג של חבורת תומכים.** הם מתבצרים בבית. משולם נעצר וכשעה לאחר מכן מתפתח עימות בין התומכים למשטרה כאשר התומכים יורים לעבור מסוק משטרתי. השאלה היא **מהי אחריותו של משולם למעשי התומכים לאחר שנעצר.**  | בגלגול הראשון של התיק קבעו שהוא משדל אך בגלגול השני ביהמ"ש העליון קבע שמשולם הוא **מבצע בצוותא.** מעמדו המיוחד בקרב התומכים והיסוד הנפשי שבו הוא רצה שמה שקרה אכן יקרה, מטילים עליו אחריות.**לפי המבחן המשולב: היה כ"כ מושקע נפשית ובעל השפעה שהנוכחות הפיזית פחות משנה.****די שתתקיים צפיות בכוח של המבצע בצוותא לעבירה השונה/הנוספת, מהתכונית המקורית שהוא תכנן.** |
| תפ"ח מדינת ישראל נ' ברגותי | בכתב האישום ייחסו לברגותי שותפות, ארגון וביצוע של פעולות טרור כנגד ישראלים במהלך האינתיפאדה. הוא היה מפקד הפת"ח והתנזים בגדה המערבית.  | ביהמ"ש קובע שעל פי המצב החוקי בישראל **לא ניתן להרשיע כמבצע בצוותא מי שלא היה מעורב אישית בעבירות וגם לא היה מודע אליהן.** אף שברור כי ברגותי הוא המנהיג, הוא לא מודע באופן פרטני לכל עבירה שאנשיו מבצעים ואי אפשר להרשיעו כמבצע בצוותא. |

**שאלת "רב העבריינים"** - כיצד ראוי לסווג רב-עבריינים העומד בראש ארגון פשיעה במארג דיני השותפות? הבעיה היא שמצד אחד המעורבות שלו אדירה "אדון העשייה" ומהצד השני הוא לא אדם שמודע ומכיר את העבירה הפרטנית ברמה הספציפית.

**חוק מאבק בארגוני פשע:** מבסס את האחריות הפלילית של ראשי ארגונים פליליים/ אנשים שנושאים בתפקידים מסוימים בדרך של עבירות סטטוס.

* עצם זה שהנאשם עונה על הקריטריונים שבס' 2 לחוק זה, אוט' חשוף לעונש.
* מנתק את העבירה הספציפית שבוצעה לעבירה בה יורשע.
* עבירות סטטוס – על היותו עומד בראש הארגון.
* יתרון – לא צריך יס"נ לעבירה הספציפית / מעורבת פיזית.
* חיסרון – יקבל 10 - 20 שנה (תלוי בסטטוס בארגון) – אין התאמה ספציפית לעבירה.

**אחריות לעבירה שונה או נוספת – ס' 34 א:** הדוקטרינה הזו מניחה ששותף לעבירה שלא חרג מהתוכנית, לא היה מודע בפועל לאפשרות שהשותף שלו יחרוג מהתוכנית. אבל אדם מן הישוב היה יכול לצפות את זה ולהיות מודע.

* מבצע בצוותא – מוסיפים את העבירה הנוספת, גם אם לא ביצע אותה.
* מבצע בצוותא – אם השותף שלו שחרג ועשה עבירה לא מתוכננת בכוונה, העבירה תהיה בגין אדישות.
* מסייע ומשדל – עבירה בגין רשלנות. אם אין עבירה מקבילה ברשלנות אז לא מייחסים אחריות פלילית.

\*בעבירות שהיסוד הנפשי המינ' הוא כוונה אין אחריות לשותף שלא פעל בהמתה.

רציונל: החוק אומר שאם אדם חובר לאדם אחר ומבצע עבירה פלילית הוא אחראי גם לכל השתלשלות אירועים שתהיה במהלך העבירה. אשמה במובן הרחב - לכאורה, אין למבצע בצוותא את היסוד הנפשי הנדרש אבל אנחנו 'שואבים' את היסוד הנפשי שלו במובן הרחב באופן קונסטרוקטיבי כי הוא מלכתחילה נכנס לעבירת השוד.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ע"פ סילגדו נ' מדינת ישראל | **שלושה אנשים** קשרו קשר לביצוע **שוד** והצטיידו באקדח. **אחד מהם, סילגדו, ירה למוות בבעל החנות.** השלושה הורשעו ברצח, ע"פ סע' **34א(א)** לפיו המבצעים בצוותא של עבירה שאגב ביצועה, בוצעה על ידי אחד מהם עבירה שונה או נוספת שאדם סביר היה יכול להיות מודע שתקרה, הם יישאו באחריות עליה. **המערערים טענו שהחוק נוגד אותו.**  | ברק: צריך לבדוק את החוק בפסקת ההגבלה:ע"פ חוק – מדובר בחוק לכן אין בעיה.תכלית ראויה והלימה לערכי המדינה – ביצוע עבירה ע"י חבורה יוצר סיכון גבוהה יותר מכיוון שהוא מאפשר ביצוע עבירות בהיקף רחב יותר ואף מבצע בודד אינו שולט במצב והוא תלוי באחרים, לכן מידת ההגנה צריכה להיות גדולה יותר.מידתיות:מבחן המידתיות הראשון – מטרת החוק היא למנוע מאחד המבצעים בצוותא לעבור עבירה נוספת או שונה לכן זהו האמצעי המתאים והרציונלי להשגת מטרה זו. מבחן המידתיות השני – אם העבירה הנוספת נעברה על ידי אחד המצבעים בכוונה, המצבעים האחרים יישאו בעבירה על יסוד נפשי של אדישות. כלומר, מידת האחריות מותאמת למידת האשמה. בנוסף, ביהמ"ש יכול לתת למבצעים בצוותא עונש קל יותר מעונש החובה. לכן החוק הוא האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המידתיות השלישי – מטרת החוק היא להגן על אינטרס הציבור, והנאשם יואשם רק אם יכל לצפות באופן סביר את העבירה הנוספת, זה מקיים יחס ראוי בין הנזק לתועלת. **החוק עומד בפסקת הגבלה ולכן הערעור נדחה.** שטרסברג כהן: מסכימה עם המסקנה של ברק אבל בדרך אחרת. בטענה שחוק אינו חוקתי יש שני שלבים: הראשון, להראות שהחוק פוגע בחוק יסוד. השני, לבדוק אם הפגיעה היא מידתית.ברק עבר את השלב הראשון ובדק את המידתיות. לטענת שטרסברג כהן, לא עוברים את המבחן הראשון משום שלא מדובר בפגיעה בחוק היסוד.  |

**הרפורמה בעבירות ההמתה:**

בדין הישן היו שלוש עבירות המתה מרכזיות: **א.** עבירת הרצח שכללה גרימת מוות בכוונה תחילה (מאסר עולם חובה). **ב.** עבירת ההריגה שכללה כל גרימת מוות מודעת אחרת (20 שנות מאסר) **ג.** עבירת גרימת מוות ברשלנות. בעיה: עבירת ההריגה רחבה מאוד, ויכולה להכליל מצבים שהם על גבול הרשלנות. בנוסף, היו מצבים של מקרים חמורים שלא הצליחו להכניס אותם להגדרת הרצח מכיוון שלא הצליחו להוכיח כוונה תחילה.

לפיכך הציעו רפורמה המתאימה את העבירה למידת האשמה:

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

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

הדילמה המרכזית היא לגבי הענישה בעבירת הרצח הבסיסית. הכוונה הייתה שיהיה שימוש נרחב יותר במאסר עולם, אך השופטים לא קיבלו את התזה ועד היום לא פסקו עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח הבסיסית. >> פס"ד קפוסטין, סילבר, מסרשה, אכרם בולבול.

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

ברפורמה החדשה יש פתח מילוט – ס' 301א(ב). יש מקרים שבהם צריך לתת לביהמ"ש להפעיל שיקול דעת, לחומרה או לקולא. אם יש נסיבות מיוחדות, ביהמ"ש רשאי להעניש בעבירת הרצח הבסיסית. ביהמ"ש צריך בראש ובראשונה לשקול את התיוג החמור שיש לרצח. המתת חסד תמיד תיכנס לנסיבות מחמירות כי מדובר בחסר ישע ויש תכנון והכנה, אך היא לא מבטאת אשמה נכונה ומתייגת תיוג שגוי. לכן הפתרון הוא פתח המילוט- הפללה בעבירת רצח בסיסית, אך הפגם צריך להיות במעשה עצמו. צריך מאזן הסתברויות כשמדובר בפתח המילוט.

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

בהמתה בנסיבות של אחריות מופחתת ישנן כמה נסיבות:

* מצוקה נפשית קשה עקב התעללות חמורה ומתמשכת.
* קינטור (=התגרות).
* הפרעה נפשית חמורה.
* סטייה מסייגים לאחריות פלילית.
* חזקות של אדישות.

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

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

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

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

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