**הרצאה 1- מבנה האחריות הפלילית:**

על מנת שתתגבש עבירה בישראל נדרש להוכיח: (1) יסוד עובדתי. (2) יסוד נפשי. (3) היעדר סייג לאחריות.

מקובל **להתייחס** לכל אחד מן הרכיבים הללו כ**קטגוריית תוכן** נפרדת, מובחנת, ועצמאית, ש**אינה מקיימת זיקה** עם שתי הקטגוריות האחרות.

1. **יסוד עובדתי** ACTUS REUS

**יסוד אובייקטיבי,** ס' 18 לחוק העונשין מגדיר את מבנה היסוד העובדתי. בתוך היסוד העובדתי 3 רכיבים:

1. **רכיב התנהגותי:** במעשה או במחדל. לפי הספרות (**אוסטין**) והפסיקה: הזזת שריר/ תנועה גופנית (מעשה) או הימנעות מעשיית אלו (מחדל).
2. **רכיב נסיבתי:** כל נתון עובדתי שלעושה אין שליטה עליו ואין לו זיקה סיבתית לרכיב העובדתי.
3. **רכיב תוצאתי:** לפי **פלר**, פגיעה או שינוי באובייקט פיזי מוחשי המבטאת פגיעה בערך המוגן ובעלת זיקה סיבתית לרכיב העובדתי (קש״ס).

**עבירות תוצאה VS התנהגות:**

כל העבירות כוללות **פגיעה בערך חברתי מוגן** כלשהו ולכן, ניתן לומר כי לכל עבירת התנהגות יש תוצאה מסוימת (אם תקפתי מישהו, הוא הותקף). עם זאת, בעבירות התנהגות אין הבחנה בין מה שעשית לבין מה שגרמת (אני תקפתי והוא הותקף) בעוד עבירות תוצאה דורשות באופן מובנה פגיעה באובייקט פיזי.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תקיפה:** ס׳ 378-379* **רכיב התנהגותי-** מגע כוחני באחר.
* **רכיב נסיבתי-** אי הסכמה.
* **עבירת התנהגות-** אין רכיב תוצאתי.
* "שלא כדין"?
 | **קבלת דבר במרמה:** ס׳ 414-415* **רכיב התנהגותי-** טענת מרמה.
* **רכיב נסיבתי-** ?
* **עבירת תוצאה-** קבלת מקרקעין, מטלטלין, זכות וטובת הנאה.
 | **שוחד:** ס׳ 290-291* **רכיב התנהגותי-** לקיחת/מתן שוחד (מתת).
* **רכיב נסיבתי-** עובד הציבור/בקשר לתפקידו.
* **עבירת התנהגות-** אין רכיב תוצאתי.
 |

**דוגמאות:**

לפי **פלר**, הכול אסור חוץ ממה שמותר. **המרצה** טוען שזה פוגע בעיקרון החוקיות, כי בעיקרון הכול מותר חוץ ממה שאסור.

* **לפי הגישה האנגלית:**
* אם עושים מעשה בלתי חוקי (unlawfull act) **מחויבים בעבירה** גם בלי יסוד נפשי, כל עוד ביצעו את המעשה. זה נקרא הריגה קונסטרוקטיבית – אם אדם עושה מעשה בלתי חוקי, למשל נוסע באור אדום← והמעשה (הנסיעה) מסוכן אובייקטיבית לחיי אדם, ונהרג אדם כתוצאה מהמעשה← הנהג אוטומטית מחויב בהריגה. לא משנה הרכיב הנפשי, אם הוא הוא חשב או ידע.
* עשיית מעשה בלתי חוקי = מעשה קונסטרקטיבי← לאדם חבות קונסטרקטובית פלילית בלי יסוד נפשי. **פלר** מתנהג לגישה זו.
1. **יסוד נפשי Mens Rea**

**יסוד אובייקטיבי,** ס' 21-20 לחוק העונשין.

1. **עבירות מחשבה פלילית ס׳ 20:** דורשת אשם סובייקטיבי בהוכחת 2 רכיבים:
2. יסוד הכרתי: **מודעות** ביחס לכל אחד מרכיבי העבירה: מעשה, נסיבה, תוצאה (אפשרות הגרימה).
3. יסוד חפצי: **רק בעבירות תוצאה. כוונה- רצון לגרימת התוצאה. פזיזות- אדישות (שוויון נפש) או קלות דעת (סיכון בלתי סביר מתוך תקווה להצליח למנוע).**
4. **עבירות רשלנות ס׳ 21:** דורשת אשם אובייקטיבי. הוכחת 2 תנאים מצטברים:
5. **היעדר מודעות ביחס לאחד** (לכל הפחות) מרכיבי היסוד העובדתי (מעשה, נסיבה או תוצאה).
6. לגבי אותו מרכיב לעיל, **אדם מן היישוב** בנסיבות העניין יכול היה להיות מודע. לפי **פלר**, מי שיכול היה לדעת, גם צריך להיות מודע.
* כלל, עבירות רשלנות יכולות להתבצע רק כאשר ניתן לבצעה ברשלנות כלומר, אחד מרכיבי העבירה יהיה רשלנות.
* ברשלנות לא ניתן להטיל מאסר של יותר 3 שנים (עבירות שאינן פשע), במשפט המשווה ניתן להטיל יותר.
* **בדין המשווה: רשלנות היא ההיפך מכוונה**, כלומר יסוד חפצי שלילי (סיכום שאול). ניתן להטיל יותר מ-3 שנים מאסר בגין רשלנות.
1. **אחריות קפידה:** בדר״כ מסורת של עבירה, לא רשום במפורש שזו עבירה של אחריות קפידה.

**ברירת המחדל הנדרשת לשם ייחוס אחריות פלילית - ס׳ 19:**

ס׳ 19 לחוק העונשין קובע **ברירת מחדל** לפיה עבירה תתבצע רק אם נעשתה ב-״מחשבה פלילית״ כלומר, **מודעות מלאה** לכל רכיבי העבירה (חריג לכך: עבירת רשלנות/אחריות קפידה). מטרת הסעיף: להגן על הנאשם, מודעות מלאה דורשת אשמה בדרגה גבוהה.

* **בשיטות משפט אחרות:** ברירת המחדל אינה מחשבה פלילית. **במשפט הקונטיננטלי + המשפט האנגלו-אמריקני:** ברירת המחדל לשם ביצוע העבירה הינה אחריות מכוונת כלומר, כוונה. **בדין האמריקני:** ברירת המחדל היא כוונה רגילה.
* **עעעע**

**בפועל: המרצה** סבור כי הסעיף מרחיב את אפשרות העמדה לדין כיוון שכל עבירה שלא נקבע לגביה אחרת בחוק, ניתן לייחס אחריות בפלילית בגינה כל עוד הוכחה מחשבה פלילית (מודעות מלאה) ובאשר לעבירות תוצאה, ניתן אף לייחס אחריות כל עוד הוכח רף מינימלי של פזיזות. כלומר, בעוד שיטות משפט אחרות קובעות ברירת מחדל לפיה ניתן לייחס אחריות פלילית לאדם רק בהוכחתיסוד הנפשימסוג כוונהכלומר, בגין מעשה **שנעשה בכוונה**, בישראל בעבירות תוצאה- ניתן לייחס אחריות **גם בביצוע לא מכוון**, ביצוע פזיז (גרם מעשי העבירה), של מעשה העבירה. בעבירות התנהגות- בהוכחת מחשבה פלילית בלבד (**מודעות מלאה**).

**יסוד עובדתי VS יסוד נפשי:**

* היסוד העובדתי הינו אובייקטיבי במהותו, בעוד היסוד הנפשי סובייקטיבי במהותו= מחשבות ורצונות איישים-פרטיים של עובר העבירה כלפי רכיבי העבירה העובדתיים. בשל כך, **היסוד הנפשי נחשב** **למהות עצמאית מובחנת ונפרדת לחלוטין מן היסוד העובדתי**, אין תוכן משותף או מחויב ביניהם, זו ההבחנה שבין הראש לגוף.
* **היסוד הנפשי-** לפי **פלר**, מבטא את "**הבחירה החופשית**" **להפר לנורמה**, אדם מודע לתוכן פעולתו ובכל זאת מחליט לבצעה. בחירה חופשית זו מבטאת את ״היחס האנטי-חברתי״ הסובייקטיבי של מבצע העבירה כלפי הפגיעה/אפשרות הפגיעה, בערך החברתי עליו האיסור המנוי בעבירה מבקש להגן ובשל כך, **מזוהה היסוד הנפשי עם אשמה** (ביטוי של אותו יחד אנטי חברתי בהתנהגות האדם).
* לא תמיד היסוד הנפשי יבטא יחס אנטי חברתי במיוחד כפי שמתבטא ב"בהחלטה לנהוג בניגוד לחוק" כלומר, אדם עשה את מעשה העבירה בידיעת הדין. לפעמים היחס האנטי חברתי יהיה **קונסטרוקטיבי** (בעיקר בעבירות Mala in se)- האדם מודע לעובדות שמאפיינות מעשה כמנוגד לדין, ״החלטה לעשות משהו שהוא מנוגד לחוק״ ועדיין יתקיים היסוד הנפשי.
* **Mala in se** – רע מוסרית כשלעצמו. **Mala prohibita** – רע כי נאסר אך לא רע מוסרית כשלעצמו. כמו לנהוג באור אדום.
1. **היעדר סייג לאחריות פלילית:**

סעיפים 34ו-34כ לחוק העונשין. מדובר **ברכיב שלילי** אשר תכליתו **לפטור אדם**, שמעשיו גיבשו את יסודות העבירה (העובדתי והנפשי), **בנסיבות** שבהן הטלת אחריות **אינה משרתת** את מטרות דיני העונשין כיוון **שהמעשה לא משקף התנהגות אנטי חברתית**. דוג': הגנה עצמית/כורח (נצטווה לעשות תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית לפגיעה בחייו).

**רכיבי הסייג לאחריות:**

1. **יסוד עובדתי:** הקשר נסיבתי, ביצוע נסיבות העבירה יחד עם נסיבות הסייג.
2. **יסוד נפשי:** מודעות ליסודות העובדתיים של הסייג הספציפי. בתפיסה הישראלית השאלה האם אדם היה מודע או התכוון היא **שאלה שבעובדה, כלומר אובייקטיבית**. המרצה טוען שהיסוד הנפשי איננו עובדתי, אך טענתו נדחתה. עמ׳ 29 בתזה

היסוד הנפשי של הסייג לאחריות הוא **קצת יותר מורכב** וגם **תלוי לא מעט בסוג הסייג**. אבל **בגדול**, **נדרשת מודעות**.

* לפי **פלר**, ב"**כורח**" נדרוש: "**הפתעה**" (שהמבצע מצא עצמו לפתע תחת איום)+ **מודעות לאיום**+ ש**בליבו** של המבצע **התגבש חשש לפגיעה** באחד הערכים המוגנים + שהוא **העריך בשכלו** שהדרך למנוע את התממשות האיום היא זו שבה נקט. **המרצה:** אפשר לראות ש**זו לא בדיוק "מודעות"**, אם כי **אפשר לנסח** זאת ב**מונחים הכרתיים** (למשל, ה"**הפתעה**" היא **היעדר מודעות** לכך שהתנהגות או סיטואציה מסוימות עשוית לחשוף אותך לסכנה; או **אמונה** ב**קשר שבין המעשה** שביצע המבצע לבין **האפשרות למנוע** את התממשות האיום).
1. **רכיב נורמטיבי:** סבירות. רכיב ייחודי לסייגים, אינו קיים בעבירה עצמה. **אמצעי ההגנה** שננקטו על ידי המבצע לטובת הערכים המוגנים המנויים בסייג **חייבים להיות סביר** (**אין** להציל רכוש תוך פגיעה בחיים). תכלית מבחן הסבירות היא להעניק ההגנה מפני אחריות פלילית רק על התנהגות העומדת בסטנדרטים נורמטיביים המתקבלים על הדעת.
* ס׳ 34טז (סייג לסייגים) קובע כך: "הוראות סעיפים (הגנה עצמית ובית מגורים, כורח וצורך).. לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה". המבחן **משתנה מסייג לסייג**: ב"כורח" – הסבירות נבחנת לפי **מאזן הנזק**; ב"הגנת בית מגורים" – לפי מבחן של" **אי-סבירות בעליל**" (פרשת **דרומי**); ב"הגנה עצמית" – **אין דרישה דקדקנית למאזן נזק**, ניתן להיות יותר תוקפניים ביחס לנזק שנגרם, אך **עדיין** נדרשת מידה של **סבירות**.

**סיווג סייגים : הצדק VS פטור**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **הארט** | **פלטשר** | **הלוי** |
| **הצדק** | מעשה שהחוק אינו מגנה ואפילו מברך.בהגנה עצמית- טוב שהגן על עצמו, מעשה ראוי/מאוזן עם העבירה. | ״הצדק״ מניח את התגבשות יסודות העבירה במובן הטכני-מילולי, אך מערער על הטענה כי מדובר במעשה רע. | כאשר האירוע נכפה על הפרט מנסיבות הקשורות באירוע in rem (הגנה עצמית). |
| **פטור** | מעשה מצער מבחינה חברתית, אך הנסיבות מצדיקות את ביטול הגינוי הציבורי והענישה מטעמים של הגינות וצדק כלפי הפרט. לדוג׳: איום על רצח ברצח- לא מעשה ראוי להרוג מישהו אך יש נסיבות מרשות לבצע זאת.* באנגליה אין הצדק לעבירת כורח אך בישראל יש.
 | "פטור" מניח שהתגבשה עבירה ומדובר במעשה רע, אך יש נסיבות שבגינן ראוי לסלוח. | כאשר האירוע נכפה על הפרט מנסיבות הקשורות בפרט עצמו - in personam (העדר שליטה). |

**פלר** **מבחין בין סוגי הסייגים** על ידי קריטריונים משלו:

**אין כל זיקה בין הרבדים באחריות הפלילית**. יסודות העבירה שייכים לרובד השני והסייגים שייכים לרובד השלישי. לא נבחן אותם יחד. לדוג', כך גם התגבשות של סייג לא שוללת התגבשות של יסוד בעבירה, רק שוללת אחריות. **פלר יצר חלוקה בין הסייגים:**

1. **סייגים שהם תנאי מקדים לאחריות:** הנוגעים לכשירות המבצע לשאת באחריות פלילית: היעדר שליטה, קטינים, אי שפיות. הדין בישראל מונה אותם עם רשימת הסייגים אך לדעת פלר, אינם שייכים לרכיבי הסייגים/העבירה אלא הם תנאים מקדימים.
2. **מעין סייגים:** סייגים בעלי **זיקה קיומית עם יסוד מיסודות העבירה,** הם אינם סייגים אמיתיים לדידו. לדוג׳:
* סייג טעות במצב דברים- מדובר **בטעות ביחס ליסוד בעבירה** (למשל, אי-הסכמה; העובדה שהנכס שייך למעביד; וכו׳) ולכן, באופן אמיתי, מדובר בהיעדר-מודעות ליסוד בעבירה: קרי, **היעדר יסוד נפשי** ← מכיוון ש"טעות בעובדה" במובן הזה היא "**תמונת ראי**" של היסוד הנפשי בעבירה – יש לה" **זיקה קיומית**" **עם יסוד בעבירה** ולכן היא לא יכולה להיחשב כסייג אמיתי.
* סייג "זוטי דברים" – **שולל** את ה**אקטוס ריאוס של העבירה** (אין פגיעה מינימלית בערך המוגן – אם כי, זה לא ממש ברור, שהרי הפגיעה בערך המוגן אינה חלק מהגדרת האקטוס ריאוס).
1. **סייגים אמיתיים**: מובחנים קטגורית מיסודית העבירה, התגבשות של סייג לא שוללת את התגבשות יסודות העבירה אלא רק שוללת אחריות. אינם מבטאים שלילה/תמונת ראי של יסוד בעבירה. לדוג׳: הגנה עצמית, צורך, צידוק וכו'..

**קשה להבין** מהבחנתו של **פלר מה הנפקות המעשית** שיש להבחנה הזו (ובאמת, **בדין הישראלי**, **לא הוצעה** או הוצגה נפקות כזו, ככלל).

**יסודות עובדתיים בעבירה ויסודות עובדתיים מחוץ לעבירה**

בתוך המבנה המשולש של האחריות קיימת הבחנה בין יסודות העבירה ליסודות שמחוץ לעבירה:

* **יס"ע ויס"נ של העבירה** ←הגדרת העבירה העובדתית-אובייקטיבית, בצירוף היס"נ ביחס לרכיבי ההגדרה.
* **יס"ע ויס"נ של הסייג** ← הגדרת הסייג העובדתית-אובייקטיבית, בצירוף היס"נ ביחס לרכיבי ההגדרה.

בשיטות מסוימות ההבחנה היא בעיקר **פרוצדורלית-ראייתית**, הקשורה בנטל הבאת הראיה (במובחן מנטל השכנוע) ← אבל בישראל, כפי שנראה, ההבחנה חורגת מעניין פרוצדורלי גרידא ומאופיינת כהבחנה **מהותית**.

**היחס בין רכיבי האחריות הפלילית בדין הישראלי** (יס"ע, יס"נ, והיעדר סייג):

* כאמור, במשפט הישראלי בולטת נטייה ברורה **להבחנה חדה, עיונית-דוקטרינרית, בין שלושת רכיבי האחריות לבין עצמם [**יס״נ- סובייקטיבי, יס״ע- אובייקטיבי טהור, סייג לאחריות].
* נעמוד על 2 הבחנות**: (1)** הבחנה בין היס"ע ליס"נ **(2)** הבחנה בין יסודות העבירה לסייג האחריות הפלילית בדין הישראלי.
1. **היסוד העובדתי VS היסוד הנפשי:**
* **ביטוי מובהק לכך במשפט הישראלי** ← **מיקומה של ה״רצייה״ במבנה האחריות הפלילית:**

**רצייה**: לפי **פלר**, מבטאת את שליטתו הפיזית של מבצע העבירה על התנהגותו ואת מסוגלותו לבחור בביצוע ההתנהגות או בהימנעות מביצועה "כתוצאה מהפעלת פיקוד הרצייה על תנועות גופו״. רצייה היא **השליטה** הפיזית, ויש שטוענים גם הנפשית, בפעולה עצמה. עווית, רפלקס (אדם שמועד ונופל על חברו), או כורח (אדם עשה מחוסר רצון) – **הן לא** פעולות ברצייה.

* **המחלוקת העיקרית: לאיזה יסוד יש להכניס את הרצייה?**
	1. **יסוד עובדתי?** מחד, ניתן לטעון שכשאדם מבצע פעולה בהעדר רצייה (עווית, רפלקס), זה בכלל לא נחשב עשיית "פעולה" – אלא מכוחות הטבע. אבל עדיין זה סוג של **"מעשה" אוב'-חיצוני.** ולכן, ניתן לסווג את הרצייה כיסוד עובדתי, כי רק אם יש רצייה מדובר בפעולה של אדם. **שאול:** הצעה בעייתית, שכן **הרציה היא לא חלק מהיס"ע – ״התנהגות״, ״נסיבה״, או ״תוצאה״, במופעיהם העובדתיים-אובייקטיביים**. היא לא חלק ממנו, ולא שוללת אותו. לכן קשה לומר שהיעדר רצייה שולל התגבשות יס"ע.
	2. **יסוד נפשי?** מאידך, ניתן לטעון שרצייה מבטאת את **היעדר הרצון של אדם לבצע את הפעולה, ולכן שייכת ליסוד הנפשי**. **שאול:** הצעה בעייתית. זה נכון רק אם רצייה הייתה נוגעת גם לכפייה נפשית (כורח). אולם, **רצייה לא מקבלת תמיד ביטוי סוב'-פנימי, הכרתי/רצוני, בליבו/מחשבות של הפרט.** יש הרבה פעולות שקורות ברצייה – אבל לא ברצון. פעולות שלא הקדשתי אליהן שום מחשבה (להדליק את האור כשנכנסים לשירותים). רצייה מבטאת שליטה פיזית בגוף. אם היס״נ עניינו בתודעה הכרתית← הרצייה לא תוכל להכנס גם אליו.
* **לסיכום,** לכאורה, ה"רצייה" לפחות במובנה הפיזי, לא נכנסת לאף קטגוריה באח"פ (יס"ע; יס"נ; היעדר סייג).
* **עמדות המלומדים בספרות:**

גם המלומדים נחלקו בשאלה הזאת: **רוב המלומדים לא הכניסו את הרצייה ליסה״ע,** כדי שיוכלו לשמור עליו אובייקטיבי טהור.

1. **פלר:**

**הרצייה היא תנאי מקדים לאחריות הפלילית** (השילוש הקדוש לאח"פ לפיו: תנאים מקדימים; יסודות העבירה; סייגים). היא תנאי המתנה את התגבשות האחריות, מוקדם למבנה שדנו בו עד כה. בהיעדר התנהגות רצונית, לא נדון בכלל באח"פ.

* אינה חלק מהיס״נ כי היסוד הנפשי הוא סוב'-**הכרתי** ממש.
* אינה חלק מהיס״ע כי היס״ע הוא יסוד אובייקטיבי טהור, שלא מושפע מגורמים **סובייקטיביים** כמו רצייה.
* אינה חלק מהסייגים לאחריות, כי העדר רצייה שולל את האחריות מעיקרא, **ולא רק בדיעבד**. (זאת למרות סייג ״היעדר שליטה״ בחוק העונשין).

**המרצה:** כך שמר פלר על טהרתו של היס״ע כמושג אובייקטיבי ושל היס״נ כמושג סובייקטיבי; זה אחד העניינים שהמחוקק לא קיבל את עמדת פלר.

1. **גבריאל הלוי:**
* **הרצייה היא ביטוי לבחירה החופשית של האדם, ולכן שייכת ליסוד האשם (יס״נ).**
* יסוד האשם מבוסס על "בחירה חופשית", ולכן, גם היס"נ, וגם היעדר הסייגים, שייכים ליסוד זה.
* הלוי שלל את הרצייה כחלק מהיס״ע, כי לשיטתו מדובר ביסוד אובייקטיבי טהור, שאינו כולל בתוכו רכיבים **פנימיים-נפשיים** כמו רצייה. גם פעולות בלתי רצוניות, שלא קשורות באדם בכלל, נחשבות ליסוד עובדתי. אין הכרח שמקור הפעולה יהיה בעל רצונות, גם פעולת רובוט היא יס״ע.

**המרצה:** הלוי מדגיש את דבריו כי זו לא התפיסה המקובלת בספרות המשווה המקובלת, העושה צריך להיות אנושי. לדעת הלוי, היסוד העובדתי במעשה הפלילי, כ"כ אובייקטיבי, שלא חייב לייחסו לבן אנוש. בכ"מ, כיוון שלדידו שהרצייה שייכת להיבט הבחירה החופשית, ולכן לעיקרון האשם, אין פלא שכפייה נפשית היא חלק מהרצייה (גם בכפייה אין בחירה).

* מחלוקת בין פלר שטוען כי רציה היא פיזית לבין הלוי שטוען שרציה היא גם נפשית.
1. **יורם רבין ויניב ואקי** (דיני עונשין)**:**

**לא נכנסו כ"כ למיקום הרצייה בתוך מבנה האח"פ.** במחלוקת האם היעדר רצייה כולל גם כפייה נפשית – צידדו בפלר, לאור הכרעת המחוקק להמיר ״היעדר רצייה״ ל״היעדר שליטה״ (תיקון 39), מדגיש את ההיבט הפיסי של הברירה בין אפשרויות ולא המנטלי. ואכן מהותה של השליטה הפיסית כתנאי מקדים אך חיצוני להתגבשות היס״ע כפי שהציע פלר.

1. **יובל לוי ואליעזר לדרמן** (עיונים באחריות פלילית)**:**
* גישה חריגה בספרות: **מדובר ביסוד ביניים**, בחלק מתכונותיו שייך ליס״ע, בחלק מתכונותיו שייך ליס״נ. "**מעצם המחלוקת** בדבר שיבוץ הרצייה בין רכיבי האחריות הפלילית השתמע, כי זו משמשת, במובנים רבים, **יסוד מקשר בין האקטוס ריאוס לבין המנס ריאה**. "
* **המרצה:** גישה כזו מחייבת לשנות את ההגדרות החותכות של היס"ע והיס"נ.
* גישה דומה הובעה בפסיקה שקדמה לתיקון 39, שהייתה קרובה לדין האנגלי (מנדלברוט; חכם; גדיסי; אבו רביעה).

**לסיכום:** לדעתם רוב המלומדים בישראל, תהיה עמדתם לגבי מיקום הרצייה בתוך מבנה האחריות הפלילית אשר תהיה, היא **לא חלק מן היסוד העובדתי** בעבירה. ניתן לראות כי כל אחד מהמלומדים, בחר להתמודד עם שאלה זו באופן המשמר את מעמדו האובייקטיבי הטהור של היסוד העובדתי ובאופן דומה, את ההבחנה הדוגלת בהבדלת היסוד ההתנהגותי ליסוד הנפשי.

הוא אומר שאין הבחנה ברורה בין יסוד נפשי לעובדתי כמו שהמלומדים התעקשו להפריד- הבחנה כללית ועקרונית זו **מאותגרת**, כפי שאטען בהמשך, על ידי יסוד ה"רצייה", המעניקה להיבט ההתנהגותי עצמו מימד של בחירה ורצון. כלומר זה שהרצייה מעניקה להיבט ההתנהגותי (יסוד עובדתי, לדעת מלומדים אובייקטיבי) עצמו מימד של בחירה ורצון (יסודות סובייקטיבים), היא זאת שבעצם **שוברת את ההפרדה** הברורה שכולם עושים בין יסוד נפשי ליסוד העובדתי.

1. **יסודות העבירה VS סייגים לאחריות פלילית**

גם כאן אנחנו רואים ביטוי מובהק נוסף להפרדה הדוקטרינרית בין רכיבי האחריות הפלילית:

1. **פלר:**

**אין כל זיקה בין הרבדים באחריות הפלילית**. יסודות העבירה שייכים לרובד השני והסייגים שייכים לרובד השלישי. לא נבחן אותם יחד. לדוג', כך גם התגבשות של סייג לא שוללת התגבשות של יסוד בעבירה, רק שוללת אחריות. **פלר יצר חלוקה בין הסייגים:**

1. **סייגים שהם תנאי מקדים לאחריות:** הנוגעים לכשירות המבצע לשאת באחריות פלילית: היעדר שליטה, קטינים, אי שפיות. הדין בישראל מונה אותם עם רשימת הסייגים אך לדעת פלר, אינם שייכים לרכיבי הסייגים/העבירה אלא הם תנאים מקדימים.
2. **מעין סייגים:** סייגים בעלי **זיקה קיומית עם יסוד מיסודות העבירה,** הם אינם סייגים אמיתיים לדידו. לדוג׳:ֿ
* סייג טעות במצב דברים- מדובר **בטעות ביחס ליסוד בעבירה** (למשל, אי-הסכמה; העובדה שהנכס שייך למעביד; וכו׳) ולכן, באופן אמיתי, מדובר בהיעדר-מודעות ליסוד בעבירה: קרי, **היעדר יסוד נפשי** ← מכיוון ש"טעות בעובדה" במובן הזה היא "**תמונת ראי**" של היסוד הנפשי בעבירה – יש לה" **זיקה קיומית**" **עם יסוד בעבירה** ולכן היא לא יכולה להיחשב כסייג אמיתי.
* סייג "זוטי דברים" – **שולל** את ה**אקטוס ריאוס** של העבירה (אין פגיעה מינימלית בערך המוגן – אם כי, זה לא ממש ברור, שהרי הפגיעה בערך המוגן אינה חלק מהגדרת האקטוס ריאוס).
1. **סייגים אמיתיים**: מובחנים קטגורית מיסודית העבירה, התגבשות של סייג לא שוללת את התגבשות יסודות העבירה אלא רק שוללת אחריות. אינם מבטאים שלילה/תמונת ראי של יסוד בעבירה. לדוג׳: הגנה עצמית, צורך, צידוק וכו'..
2. **גבריאל הלוי:**
* לכאורה, מניח קשר וזיקה רעיוניים בין **היסוד הנפשי** לסייגים- שייכים ליסוד האשמה וקשורים להיבט של "בחירה חופשית".
* בפועל, יש הפרדה: **יסוד נפשי זה ההיבט החיובי של אשמה** (אין בחירה אלא מדעת – מודעות), **הסייגים הם ההיבט השלילי של האשמה** (אין בחירה במקום בו יש כפייה).
* לכן, **גם לשיטתו אין זיקה מהותית** בין יסודות העבירה לסייגי האחריות. התגבשות של סייג אינה שוללת יסוד בעבירה, אלא שוללת אחריות למרות שהתגבשו כל היסודות. לדוג׳: כורח, לא שולל "מודעות"– שהיא ההיבט החיובי של הבחירה החופשית ולכן של עקרון האשם.
* עילה הקשורה לגיבוש/שלילת אחריות← תהיה מקוטלגת באחת מאלו: כיסוד בעבירה/היעדרו **או** כסייג לאחריות/היעדרו.

כורח, לא שולל "מודעות"– שהיא ההיבט החיובי של הבחירה החופשית ולכן של עקרון האשם).

* מבחין בין **היס״ע** לסייגים, משום שסייגים קשורים בעיקרון האשם (בחירה חופשית) ואילו היס"ע, הוא **אובייקטיבי טהור**.
1. **יובל לוי:**
* גם כאן דעתו ייחודית: **היס״ע מכיל את היסודות השליליים של העדר צידוק.** ומשתרע לפיכך על חלק מן הסייגים לאחריות הפלילית ואולם, עמדה זו לא נותחה בהרחבה על ידו.

**סיכום ביניים:**

גישת שיטת המשפט הישראלי-תומכת בהפרדה **עקרונית** בין רכיבי האחריות השונים (היסוד העובדתי בעבירה; היסוד הנפשי בה; והסייג לאחריות). ההנחה, לפי גישה זו, היא שמדובר בהבחנה **מושגית –** המבוססת על ניתוח **עיוני** של **מהות** רכיבי האחריות הפלילית. **עם זאת,** מלומדים שונים בעולם הצביעו על כך שההבחנה **אינה הבחנה עניינית**, אינה מבוססת על עקרונות מהותיים של המשפט, ואף טענו כי היא נובעת **רק מהגדרה צורנית-פורמאלית** של רכיבי העבירה ושל סייגי האחריות.

הטענה להיעדר הבחנה מהותית בין רכיבים אלה נוגעת **למישורי היחס** האפשריים הבאים שביניהם: ליחס שבין היסוד העובדתי בעבירה (actus-reus) ליסוד הנפשי בה- (mens rea); ליחס שבין היסוד העובדתי בעבירה לסייגי האחריות מסוג "הצדק"; וליחס שבין היסוד הנפשי כיסוד של "אשמה" בעבירה לבין סייגי האחריות מסוג "פטור."

**הרצאה 2- זיקת הקשר שבין היסוד העובדתי לבין הסוד הנפשי בעבירה הפלילית**

החלק לעיל מהווה ביקורת של המרצה על ההבחנה האנליטית הנעשית במשפט הישראלי, הוא מבקש לשלול את ההבחנה ביניהם ולהראות את הזיקה הישירה ביניהם באמצעות הרצייה אשר מעניקה מימד של בחירה ורצון כלומר, מימד סובייקטיבי לתוך ההתנהגות שהיא כאמור מתוארת כאובייקטיבית.

**זיקה בין הרכיב ההתנהגותי בעבירה ליסוד הנפשי בה:**

ההבחנה העיונית-מושגית המקובלת בספרות ובפסיקה בישראל בין היס"ע ליס"נ, מבוססת על **ההבחנה בין ההיבטים האובייקטיביים-החיצוניים של העבירה** (התנהגות, נסיבות, תוצאה), לבין **ההיבטים הסובייקטיביים-פנימיים של מבצע העבירה**, (התייחסותו הנפשית-פנימית, אל ההיבטים האוב').

**יחסי גוף-נפש:**

* **ההנחה היא שקיימים יחסי גוף-נפש**, בין פעולתו/התנהגותו של אדם, לבין מודעותו/כוונתו לבצע את הפעילות, והבנתו את משמעותה, ואת ההקשר הנסיבתי בו היא מבוצעת. ← כלומר, קיימים שני ערוצים מקבילים בכל פעולה של פועל:

**(1) ערוץ פיזי**, של תנועות גוף (או הימנעות, במקרה של מחדל) **(2) ערוץ נפשי**, של התייחסותו המנטלית של הפועל לפעולה.

* **האם הנחת גוף-נפש תקפה תמיד? והאם היא תנאי בלעדיו אין לגיבוש אחריות? שאול** טוען **שלא**. ישנם מקרים שבהם אדם מבצע פעולה ויש לו גם יחס מנטלי-הכרתי- מחשבתי ביחס אליה (מכה מישהו מתוך כוונה לעשות כן) אולם, יש מקרים שבהם אי אפשר להצביע על יחסי גוף-נפש כאלה, והכל מתלכד בפעולה עצמה, אין הבחנה בין הגוף לנפש.
* דוגמה- ראובן עולב בשמעון. שמעון בתגובה מיידית-אינסטנקטיבית, סוטר לו. ראובן לא חשב על זה לפני, אלא פשוט ביצע את הפעולה ובהתחשב ב**אופייה הספונטני**, הפעולה לא לוותה בתהליך מחשבתי-פנימי (התבוננות פנימה) בעל התייחסות לפעולת הסטירה או לנסיבותיה (**מודעות** או **רצון**). זה קרה על אוטומט. כלומר, ראובן החליט לסטור, אך **בלי שהתקיים בתודעתו תהליך הכרתי-נפשי מובחן כלשהו של החלטה**. כולנו נסכים שעדיין מדובר בהתנהגות מודעת, ואפילו מכוונת.
* בנסיבות בהן פעולה נעדרת הליך מנטלי **נפרד ומובחן** מההתנהגות עצמה, עולות השאלות: **(1) מה טיבה/פשרה/ משמעותה של מודעות/כוונה זו? (2) מה טיבה של ההפרדה בין היס"ע ליס"נ בנסיבות אלה?**

**התנהגות ברצייה:**

מלומדים שונים בספרות המשפטית: דנו בשאלה והסכימו, שבמקרים בהם אדם מבצע פעולה ״רצונית״ ללא הליך הכרתי-מחשבתי שקדם לה, אלא בהחלטה של רגע – נזהה את ה"כוונה" עם יסוד ה"רצייה" (למרות שזה לא יס"נ). **מדובר במעשה מודע ומכוון, במובן זה שהוא מעשה רצוני, ראובן רצה לסטור לשמעון.** זוהי ״התנהגות ברצייה״.

* יש הבחנה בין **התנהגות רצונית** לבין **מחשבה פלילית** כיס"נ:
* **הכוונה/הרצייה כתכלית הפעולה**- לפי הגדרה זו, הרצייה לא מבטאת רק את השליטה הפיזית לעשות/להימנע מעשיית הפעולה, אלא מבטאת את תכלית התנהגות העושה, גם אם תכלית זו **אינה** מקבלת ביטוי נפשי-הכרתי הנפרד מההתנהגות.
* **התגבשות יסוד הרצייה**: כאשר מדובר בפעולה **ש"תכליתה כפשוטה"**. כלומר, המעשה שנעשה אינו **תוצאה אגבית** (side-effect) של **פעולה** שכוּונה לתכלית **אחרת**. (ראובן התכוון לסטור בפשטות, זה לא היה תוצר נלווה).
1. **מלומדים במשפט המשווה – הבחנה בין סוגי כוונות:**

באופן כללי, כאשר מלומדים מדברים על **תוכן ההתנהגות** (ההתנהגות עצמה) ← **רצייה**. כאשר הם מדברים על **תכנים שהם מחוץ לגדרה של ההתנהגות עצמה** ← **כוונה נוספת** (כוונה מיוחדת).

1. **דה קרט** (הגישה הקרטיזינית)- ה"אני"=מחשבה ("אני חושב משמע אני קיים"), לעומת זאת הפעולה אינה מזוהה עם הפרט האנושי אלא עם עולם המציאות, הפזיקה. **רק** כאשר יש **סנכרון**, או **הלימה**, **מלאים**, בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי – אפשר לשייך "פעולה" ל"פועל". **לדוג'**: שמעון התגרה בראובן, ראובן סטר לו. יכול להיות שלא נמצא כוונה במחשבה של ראובן, אנשים פועלים באופן אינסטינקטיבי, לא ניתן להבחין בין הMIND לפעולה באופן ריאלי. המשמעות- בהרבה פעולות לא ניתן להפריד בין ה bodyל-MIND. הסטירה היא מעשה מכוון במובן הרצייה.
2. **רובינסון – כוונת התנהגות שבהווה VS כוונת התנהגות שבעתיד:**
3. **כוונת ההתנהגות שבהווה** (present-conduct intention)**:** מתגבשת בעזרת הרצון להוציא לפועל את הפעולה הבסיסית במשמעותה הפשוטה (במקרה לעיל- סטירה שהיא תקיפה). הכוונה מתגבשת עם התנועה הפיזית של העושה. כוונת ההתנהגות שבהווה מבטאת את יסוד **הרצייה**,שבשילובו עם **התנהגות** הוא מבטא את **ההתנהגות הרצונית** (כוונה/מודעות).
4. **כוונת התנהגות שבעתיד** (future conduct intention): דורשת קיומה של מחשבה, ו/או, החלטה פנימית לעשות או להשיג יותר מאשר הפעולה הראשונית והמידית שכבר בוצעה. מתייחסת לתוצרים הנגזרים מההתנהגות הבסיסית (הרתעה, חינוך וכו׳). כוונה זו מתבטאת **כיסוד נפשי**, רכיב פנימי נפרד ומובחן מההתנהגות כשלעמה, **ועודף בתוכנו על יסוד הרצייה.**
* כוונת ההתנהגות שבהווה: **הרצייה + ההתנהגות = התנהגות רצונית**;כוונת התנהגות שבעתיד=**יסוד נפשי** > **רצייה**.
1. **לינץ'** (הבחנה דומה) – **כוונה בעבירות תוצאה VS כוונה בעבירות התנהגות: רצייה**/כוונה ביחס להתנהגות עצמה אינן יסוד שניתן להפרדה מהיסוד **ההתנהגותי**, אלא טבועות בו מבלי היכר, משום שלא מתקיים הליך מחשבי קוגנטי הנפרד מההתנהגות. עם זאת, זה לא מביא לתוצאה שונה במישור התגבשות האח"פ: **די ברצייה בהתנהגות/בהתנהגות רצונית, כדי לכונן אח"פ, בעבירות שאין בהן רכיב ״עובדתי״ עודף** (נסיבתי/תוצאתי) על ההתנהגות הבסיסית (לדוג׳: איומים, הטרדה, וכו'). כלומר, לא נדרש יס"נ ודי ברצייה שבהתנהגות.
* לכן, בעבירות שיש בהן רק **רכיב התנהגותי** ניתן לשאול: האם באמת ישנה הבחנה בין היס״ע ליס״נ (די ב״רצייה״ כדי שיתקיים) והאם להבחנה זו יש נפקות בעבירות אלו? עם זאת, בעבירות בהן יש **תוצאה נפרדת מההתנהגות**, ניתן לדבר על היס״נ יותר.
1. **הארט** טען בדומה, כי אל רכיב **ההתנהגות** שבעבירה נדרשת "**רצייה**", ואל שאר הרכיבים (נסיבה ותוצאה) נדרש **יס"נ**.
2. **ביהמ״ש העליון בקנדה, פרשת George – כוונה רגילה VS כוונה מיוחדת:**
* מעשה בכוונה רגילה, **מעשה שנעשה לתכלית מיידית, שתוכניה נמצאים בהתנהגות עצמה, ושאינה מחייבת הליך מנטלי נפרד מההתנהגות.** המעשה מכוון מכיוון ש"אינו תאונתי/מקרי", המעשה בעל תכלית שאליה חותר בעליו (סטירה אינה תאונתית אלא מטרתית).
* מעשה בכוונה מיוחדת, משמש **כצעד להשגת יעד/מטרה/תכלית, העודפים במשמעותם על ההתנהגות עצמה. זו כוונה שמתגבשת בתהליך הכרתי-פנימי מושכל**. זה מעבר למעשה שהוא סתם "לא תאונתי"(לדוג׳: ריגול- פעולה של איסוף או מסירה של מסמכים סודיים – מתוך מטרה לפגוע בביטחון המדינה, התכלית העודפת).
1. **וולזל- ההתנהגות אנושית מטבעה** **בעלת יעד/תכלית באופן מובנה**. לכן, לדעתו, אין מקום להבחנה מלאכותית בין היסוד הנפשי ליסוד הפיזי של ההתנהגות, בהיותם שלובים זה בזה באופן בלתי נפרד. כשראובן סוטר לשמעון, **תכלית התנהגותו** היא לסטור על לחיו (**לתקוף** אותו בדרך זו), הסטירה/התקיפה היא **היעד של** התנהגותו ולכן, מסקנה זו לא תוכל להשתנות גם אם נניח כי במוחו של ראובן לא התרחש תהליך מנטלי של קבלת החלטה. התנהגותו מכוונת כי התקיפה היא תכליתו.
2. **הארט**- מנס ריאה רלוונטי לנסיבות ותוצאות בלבד, כיוון שבהתנהגות די ברצייה (רצוניות הפעולה). על הנחה זו התבססה ההבחנה במשפט האנגלו אמריקני- בין כוונה רגילה למיוחדת.
* **מעשה בכוונה רגילה-** מעשה שנעשה לתכלית מידית שתוכנייה גדורים בתוכני ההתנהגות עצמה**.**
* **מעשה בכוונה מיוחדת-** צעד/אמצעי ראשוני להשגת יעד עודף על ההתנהגות עצמה. כוונה שמתגבשת בתהליך הכרתי אינטרוספקטיבי.
* **זהות בין ה"כוונה" לביצוע המעשה עם ה"רצייה", במקרים של התנהגות רצונית, שוללת את ההבחנה בין יס"ע ל-יס"נ ביחס לרכיב ההתנהגותי. הרצייה** משמשת כמעין יס"נ.
1. **מלומדים במשפט הישראלי – התנהגות ברצייה:**
2. **האנס-** פיתח תיאוריה להתנהגות אנושית והיא בהגדרה התנהגות מכוונת ליעד. **התנהגות אנושי= -**רצון לכוון לאנשהו, התנהגות בעלת תכלית ויעד מובנים (אג'נדה= יעד, מטרה לעשות משהו). ראובן סטר לשמעון, היעד הוא הסטירה. הוא לא רוצה לתקוף אלא תוקף מרצון- הסבר לרצייה. מעשה אנושי=רצון שטבוע במעשה הקונקרטי.
3. **פלר** – נאלץ להודות, **שבכל הנוגע לרכיב ההתנהגותי של היס"ע, הרצייה היא שהופכת את ההתנהגות למכוונת.** אולם מדגיש, כי הרצייה אינה תהליך מנטלי-מחשבתי, ושולל את זיהוי הרצייה עם יס"נ. **המרצה:** אלא שאם יסוד הרצייה הוא "תנאי מקדים" לבחינת האחריות, לשיטת פלר, אזי כל התנהגות פלילית היא **גם רצונית וגם מכוונת**. ולכן גם לשיטת פלר, לפחות לגבי הרכיב ההתנהגותי בעבירה, **אין הבחנה** בין **היס"נ ליס"ע.**
4. **הלוי** – כיאה לתפיסתו בעניין היס"ע האובייקטיבי הטהור, שלא מעורב בו שום יסוד מנטלי **– לא מוכן לקבל את המונח ״התנהגות ברציה״, כי הוא הופך את היס"ע ללא אובייקטיבי טהור**. **המרצה:** אלא שתפיסה זו של היס"ע, הביאה אותו לתפיסה קיצונית, לפיה אין חשיבות למבצע הפעולה (גם רובוט) – בניגוד להנחה הבסיסית שמשפט פלילי ״נכנס לפעולה״ רק בעקבות פעולה אנושית. איזה חשיבות יש לפעולת האדם אם זה סתם "כוח הטבע"?
5. **לוי ולדרמן** – היחידים שהציגו עמדה שונה (אך לא התקבל בישראל). המונח "פעולה ברצייה" הוא טאוטולוגי (משפט שהוא תמיד נכון), פעולה פיסית כוללת בתוכה יסוד רצייה. **בהעדר רצייה, התנהגות לא מהווה בסיס לאקטוס ראוס, כי אינה שייכת למבצע**. האקטוס ראוס דן רק בפעולות שבוצעו ע"י הנאשם שהוא אדם, ולא של חפץ דומם שזז מכוח הטבע.
6. **דוגמאות נוספות למעמדה המעורב של הרצייה, ספרות משווה:**
* **הרצייה היא יסוד שמכונן עבירה מחד, אבל גם סייג מאידך-** בהליך פלילי, הנאשם צריך להעלות טענה **להעדר רציה**, כי ההנחה היא שכל פעולה ביס"ע היא רצונית. כלומר מחד מדובר בסייג (אם יוכיח עיוות/חוסר הכרה/היפנוזה/רפלקס, תישלל אחריותו), אך מאידך זה חלק מיסודות העבירה, כי אלמלא הרצייה העבירה לא הייתה מתגבשת ← זה גם מה שמבחין בין **הרצייה לבין יס"נ**, שנדרש להוכחה חיצונית ע"י התביעה – הוכחת היס"ע מוכיחה בו"ז את הרצייה.
* **מחד, הרצייה אינה יסוד נפשי, אך מאידך, לפעמים משמשת ככזה** **בפועל** - הרצייה מהווה תנאי לאחריות גם בעבירות של אחריות קפידה, רשלנות וכו׳, בהן לא צריך להוכיח יס"נ מכיוון שזה חלק מה-action. משמע, **רצייה** ≠ **יס"נ**. מאידך, **רצייה** = **יס"נ**. היא משמשת כיס"נ במקרים של פעולה תוקפנית ספונטנית כפי שראינו לעיל, די ברצייה כדי לכונן אח"פ.
* **לסיכום, המעמד הדואלי של הרצייה כיסוד אינהרנטי בהתנהגות אנושית, מעמיד בספק את תוקף ההבחנה בין היסוד ההתנהגות ליס"נ בה**.

**זיקה בין היסוד הנסיבתי והתוצאתי לבין היסוד הנפשי בעבירה:**

1. **רצייה ביחס לנסיבות/תוצאה:**

ראינו שביחס לרכיב ההתנהגותי, אי אפשר להפריד את הרצייה מההתנהגות ולכן **ההתנהגות אינה ״אוביקטיבית טהורה״**. האם ״נסיבות״ ו״תוצאות״ הן רכיבים עובדתיים אובייקטיביים טהורים?

* **נסיבות:**
* לכאורה, נסיבות הן משהו **שלא קשור לרצונו** של העושה, הן קיימות אובייקטיבית במציאות. קשה לדבר על יחס ״תכליתי״ לנסיבות. העושה לא ״רוצה״ שתתקיים נסיבה של ״אי הסכמה״ באונס, זה לא משהו שתלוי בו.
* לכן, לכאורה, קיימת הבחנה ברורה בין הרכיב הנסיבתי של היס"ע בעבירה, לבין היס"נ בעבירה: **יסוד הרצייה כיסוד חפצי לא רלוונטי לרכיב הנסיבתי, כי הנסיבה היא חיצונית לפעולה עצמה, ודורשת יס"נ מובחן ממנה.** ומה שרלוונטי לה, הוא יס"נ של מודעות.
* **תוצאות:**

כך גם לעניין תוצאות, לכאורה. הרצייה עניינה בכוונה ״רגילה״, תכליתית, שמוגבלת במעשה עצמו. (סטירה לתכלית סטירה). ואילו, כשמדברים על תוצאה, אנחנו מדברים על **כוונה ״מיוחדת״, כזו שנועדה להשיג יעד החורג מההתנהגות עצמה. ולכן כבר לא מדברים על רצייה, אלא על יס"נ המובחן מההתנהגות**.

* **הבחנה:** על רקע ניתוח זה התפתחה התיאוריה השלטת במשפט הפלילי המודרנית, שביסודה שתי הבחנות: **(1)** בין התנהגות לבין נסיבות ותוצאה **(2)** בין רצייה ליס"נ ← **״הפעולה ברצייה״ = פעולה שאדם מבצע, שלגביה יש רצייה באופן אינהרנטי, ודי ברצייה, היא תנועת הגוף שלו בלבד**. כל היתר, העובדות במסגרתן מבוצעת הפעולה (נסיבות ותוצאות), הן חיצוניות לפעולה, ודורשות יס"נ מודעות (אין לרצון שלו השפעה או משמעות לגביהן).
* לגבי **תנועת הגוף** ← די **ברצייה**, ולגבי **נסיבות/תוצאה**← נדרש **יס"נ** של מודעות/כוונה מיוחדת.

**ביקורת על ההבחנה (התיאוריה של Duff)**

**הצגת התיאוריה:**

**ביקורות על ההבחנה הכפולה** ←  **יחסיות ההגדרות ( Duff)**

* דף טוען, כי האבחנה הזו בין הרכיב ההתנהגותי, לרכיב הנסיבתי והתוצאתי, **לא מבוססת על אבחנה אובייקטיבית.** זה לא שיש דברים בעולם שהם באופן אובייקטיבי ״התנהגות״ ואחרים שהם אובייקטיבית ״נסיבות״ או ״תוצאות״. אלא, **הכל תלוי איך אנחנו מגדירים את הפעולה.** למשל, אם שמעון גרם למותו של ראובן ביריית אקדח, הכל תלוי בתיאור הפעולה:
1. שמעון הזיז את אצבעו**-** התיאור הזה מתאר רק את **ההתנהגות**, הזזת האצבע. וכל היתר (זה שהאצבע הייתה בתוך ההדק, או זה שההוא ירה ומישהו מת), יהיו נסיבות ותוצאות.
2. שמעון הרג את לוי**-** הפעולה עצמה (הרג) כוללת בתוכה את הרכיב ההתנהגותי (הזזת אצבע, שפוגעת ברובה) את הרכיב הנסיבתי (יריה, קיומו של לוי) ואת התוצאה (מוות). **כלומר, הנסיבות והתוצאות נבלעות בתוך הפעולה. אין כל נסיבה/תוצאה, אלא תיאור פעולה/התנהגות בלבד – הרג.**
* לסיכום, לפי דף, **הגורם המתאר את הפעולה**, הוא זה שקובע אילו עובדות יחשבו להתנהגות; אילו עובדות יחשבו לנסיבה; ואילו עובדות יחשבו לתוצאה(בהתאם למושא ההתעניינות של המתאר). **אין** התנהגות, נסיבות ותוצאות **אובייקטיבית**, יש תיאורים מסוימים שביחס אליהם יש נסיבות ותוצאות.הניתוח **סובייקטיבי** בהתאם לתיאור הפעולה.הפעולה מתוארת בהתאם לאדם שביצע את ההתנהגות ובהתאם לסיטואציה שקרתה. הכל תלוי **באיך מנסחים את הפעולה** – לדוג': האונס (התנהגות) , המקיים יחסים ללא הסכמה (תוצאה – האונס).
* **לכאורה, מפתה לשאול אילו מהתיאורים מבטא במדויק את הפעולה שעשה שמעון**. התשובה המקובלת במשפט הפלילי היא "הזיז את האצבע", ויתר העובדות הן נסיבות/תוצאות.
* אבל השקפה זו מלאה ביקורת, משום שמניחה שפעולה היא מושג בעל מהות עצמית-אוב', המובחן ונפקד מהתיאור שאנו מעניקים לה. לדעת **דף**, השאלה מהי "הפעולה" עצמה במובחן מהנסיבות ותוצאתה, היא אבסורדית. פעולה היא אינה טענה עובדתית אלא יחידה מאופיינת ומובחנת רק על יסוד **התיאור** שאנו מעניקים לה (משחק לשון).
1. **הדגמה על נסיבות:** העובדה שראובן הוא שוטר, היא נסיבה ביחס **לעבירת תקיפה**, אך היא חלק מהפעולה עצמה בעבירת ״**תקיפת שוטר**״; העובדה שראובן הוא מעסיק היא נסיבה ביחס **לעבירת הגניבה**, אבל חלק מהפעולה בעבירת **גניבה ממעסיק**.
* ולא נתבלבל – העובדה שמשתמשים בשתי מילים לא אומרת שהנסיבה שונה מהפעולה, והראיה לכך היא המילה" **אונס**" (אין הבחנה בין הפעולה של קיום יחסים לבין הנסיבות שהופכות אותה לאונס).
1. **זה נכון גם ביחס לרכיב התוצאתי בעבירה** ←הניתוח הזה מעורר אבחנה בין **שתי משמעויות של תוצאה:**
2. **תוצאת הפעולה-** חלק בלתי נפרד מתיאור הפעולה עצמה כשתיאור זה מחייב אותה (את התוצאה) מתוכו. תוצאת פעולה היא למעשה הפעולה עצמה. שמעון **הרג** את לוי, תוצאת הפעולה של שמעון היא **מות** לוי. זו תוצאה הכרחית לפעולה.
3. **תוצאה הנגרמת מהפעולה-** תוצאה שהיא מובחנת מהפעולה עצמה, אך היא קשורה אליה בזיקה סיבתית. שמעון **ירה** בלוי, **מותו** של לוי נגרם בשל פעולה הירי (סיבתיות) כלומר, הוא **תוצאה הנגרמת מהפעולה**. אך תיאור הפעולה כ-״ירי״ אינו מחייב את תוצאת המוות כלומר, זו לא תוצאה הכרחית.

**מסקנות והשלכות התיאוריה:**

* **אין הבדל בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה, במובן של תוצאת פעולה:** ההבדל בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה, הוא רק איך מנסחים את העבירה! ניתן לנסח **כל עבירה** גם בניסוח של ״תוצאת פעולה״← כוללת בתוכה את התוצאה; וגם בניסוח של ״תוצאה הנגרמת מהפעולה״← מובחנת מהפעולה. איך ננסח? **תלוי במה נרצה להשיג**, יש לכך השלכות עצומות.
* **אינוס** (עבירת התנהגות): **(א)** אם "פלוני **אנס** את פלונית" – הרי אינוסה של פלונית (ההתנהגות), הוא תוצאת הפעולה; ואי הסכמתה לקיום היחסים אינה נסיבה הנפרדת מהפעולה, אלא חלק מתיאור הפעולה עצמה - אונס. **(ב)** אם "פלוני **קיים יחסי מין** עם פלונית" – אי ההסכמה לקיום היחסים היא נסיבה המובחנת מההתנהגות, קיום היחסים הוא תוצאת הפעולה, ואינוסה של פלונית הוא תוצאה הנגרמת מהפעולה, שלה קש"ס לפעולה.
* יש לזה **השלכה על היקף האחריות הפלילית** (מורגן, שומרת). הניתוח של בית הלורדים מבוסס על מה כתוב, אונס או קיום יחסי מין בלי הסכמה (נגיע לזה בהמשך). **שאול:** חושב שכל עבירה באה למנוע היזק, בין אם ההיזק יהיה בתוצאה או בפעולה, בריסולט או בקונסיקוונס. יש לזה משמעות לניסוח העבירה.
* **הטרדת עד:** **(א)** "המטריד אדם..", המטריד זה תיאור הפעולה, והיתר, נסיבות. **(ב)** אם היה מנוסח "העושה דבר שיש בו כדי לגרום לטרדתו....", העושה דבר היה הפעולה; הטרדה תוצאה, והיתר נסיבות.
* **לפי דף**, השאלה האם **רצייה** רלוונטית גם לנסיבות ולתוצאות, תלויה בשאלה **איך ננסח את העבירה**, **המשמעות:**
1. **נסיבות + תוצאות מובלעות בעבירה:** תיאורטית, אם ננסח את העבירה כך שהנסיבות והתוצאות הן **מובלעות** בתוך הפעולה, נוכל להשתמש בכלי של **״רצייה״** ביחס לכלל העבירה, ולא רק לרכיב ההתנהגותי (כי הכל נבלע בו). ולא נצטרך בכלל יס״נ. וכל זאת – כשההחלטה אם להטמיע עובדות בתוך הפעולה או לא, **לא תלויה** באמת מידה **אובייקטיבית** מהותית התלויה בטבעה של העובדה (האם קיימת או לא), אלא **רק במושאי התעניינותו של המתאר**.
2. **נסיבות + תוצאות מובחנות מהעבירה:** אם נעניק לעובדה מסוימת **מעמד נפרד** של "נסיבה" או "תוצאה" המובחן מן ההתנהגות עצמה, נידרש להוכיח **יסוד נפשי** הכרתי פנימי **המובחן** **מיסוד הרצייה** וממילא מן ה"פעולה" כתנאי להוכחת יסודות העבירה.
* **אך האם ע"פ דף, יסוד הרצייה כשלעצמו, רלוונטי לרכיבים הנסיבתיים והתוצאתיים של היס"ע בעבירה? המרצה: כן.**
* נדגים בעבירת הפציעה: קשה להגיד שכשאדם מניף סכין ודוקר אדם אחר, באופן אינסטינקטיבי, **הרצייה** שלו היא **רק ביחס ל״הזזת השריר״**. **הרצייה** היא ביחס לכל הפעולה: להזזת היד, הנפת הסכין, והדקירה. זו התכלית במובנה הפשוטה.
* **רצוניות של פעולה יכולה בהחלט להתייחס לנסיבות ולתוצאה, אם רכיבים אלה כלולים בתוך הגדרת הפעולה עצמה**. אם ההגדרה היא ״פציעה״, ההתנהגות היא פציעה (על כל הנסיבות והתוצאות) ← ולכן הרצייה מתייחסת להתנהגות הזו.
* ומאחר ו**רצייה** אינה מאופיינת בהליך מנטלי הנפרד והמובחן מהפעולה לעצמה, במקרים רבים לא ניתן להבחין בין **היס"ע** בעבירה על כל רכיביו, לבין **היס"נ** בעבירה, **כשתי תופעות מובחנות**.
* גורדון נותן דוגמא, אדם משחק בטניס, נותן מכה לכדור, **לא חושב רק על הזזת הגוף**, אחרת לא היה הבדל בין חבטה בכדור בפעם ראשונה או שניה או שלישית, אבל כשהוא חובט בכדור טניס, הוא מכוון את החבטה לכל מקום אחר ולכן כל פעולה נעשית ברצייה ייחודית לאותה פעולה, הכוללת את כל הנסיבות – לאן לכוון, עוצמה וכד'.
* **אופני תיאורו של מעשה – סיכום:**
* אנחנו רואים שיש זיקה מהותית בין **היסוד הנפשי ליסוד ההתנהגותי**, שמתבטאת **ברצייה**. הרצייה יכולה להיות רלוונטית לגבי ההתנהגות בלבד, והיא יכולה להיות רלוונטית גם לגבי הנסיבות והתוצאות, תלוי איך מגדירים את הפעולה. **מכאן גם נובעת חשיבות מכרעת לשאלת הגדרת הפעולות:** אם לא נייצר הפרדה מובחנת בתיאורי העבירות בין הרכיבים הנסיבתיים והתוצאתיים לרכיב ההתנהגותי, לא נצטרך להוכיח בכלל **יסוד נפשי** בהליך פנימי-הכרתי (פזיזות/כוונה). ככל שעובדה תתואר כחלק מתיאור הפעולה, די בפעולה זו, הכוללת באופן אינהרנטי את **הרצייה** – **כדי להוכיח את יסודות העבירה**.

**הרצאה 3 - זיקת היחס בין היסוד העובדתי בעבירה לבין סייגי ה״הצדק״**

**הקדמה - זיקת היסוד העובדתי בעבירה לסייגי האחריות:**

1. **פלר**- קיימת **הבחנה מושגית ומהותית בין יסודות העבירה** (הן היס"ע והן היס"נ) **ובין יסודות הסייגים לאחריות** (הן מסוג פטור והן מסוג הצדק). יסוד בעבירה (גם יס"ע וגם יס"נ) נועד להקים את העבירה. סייג נועד לשלול את התגבשות העבירה. הסייג מבוסס על תוכן נפרד, המושת על הנחה מקדימה שיסודות העבירה התגבשו. לשיטתו, "**סייג** **אמיתי**" שולל את פליליות המעשה למרות קיומם של כל הנתונים העשויים לספק את הדרישות להתהוות מעשה פלילי. זיקה בין העילות, תאפיין "**מעיין סייג**" בלבד.
2. **הלוי**- קיימת **זיקה מסוימת בין היסוד הנפשי בעבירה** (בלבד), **לבין סייגי האחריות** (הן פטור והן הצדק), **שכן שניהם מבוססים על עקרון האשם** (בחירה חופשית). ואולם**, לא מדובר בזיקה תכנית-עניינית ממש.** התגבשות יסודות הסייג אינה מאיינת את התגבשות יסודות העבירה, אלא רק פוטרת מאחריות עליהם, בהנחה שאלה אכן התגבשו. **הצדק** מבטא מצב בו נכפה האירוע הפלילי על הפרט, בשל נסיבות הקשורות באירוע; ו**פטור** מבטא מצב בו נכפה האירוע הפלילי על הפרט, בשל נסיבות הקשורות בפרט עצמו. התגבשות הסייג, אפוא, כהיבט שלילי של האשם (היעדר בחירה חופשית), **לא שוללת** את התגבשות היס"נ, כרכיב החיובי של האשם (בחירה מודעת).
3. **מלומדים שונים, פלטשר, דין קונטיננטלי, אנגלי:** חלקו על פלר והלוי, בעבירה יש יסוד של אי חוקיות, הצדק הוא יסוד של חוקיות אשר שולל את האירוע הפלילי עצמו ולכן, הדבר מתנגש. **יש קושי לאבחן מושגית בין יסודות העבירה לבין הסייגים** ←בשיעור הזה נתמקד בקושי הטמון בהבחנה החדה שבין היסוד העובדתי לסייג ה"הצדק".

**זיקת היסוד העובדתי בעבירה לסייג ה"הצדק":**

1. **מעשה רע – יסוד נורמטיבי משותף ליס"ע בעבירה, ולסייגי ה"הצדק"**:
	1. נתחיל בשתי שאלות בנוגע ליס"ע:
2. **מהו הדבר/מהות המכונן "אוסף" של עובדות לכדי "עבירה", בהשוואה לאוסף אחר, שאינו עבירה?**

תשובה- בפשטות, ה"דבר" המכונן אוסף של עובדות, הוא **הצהרת המחוקק** לפיה אוסף זה מהווה עבירה← המחוקק עושה כן משום שמדובר באוסף של עובדות שמכונן ״**מעשה רע על פניו**״ לדעת החברה באותה עת.

1. **מה מאפיין את העובדות החיוניות והכרחיות להגדרת העבירה, בהשוואה לעובדות שאינן הכרחיות להגדרתה?**

מה השיקול שמנחה את המחוקק בהחלטתו **אם לצרף** או **להשמיט** **עובדה מסוימת** מאוסף העובדות המגדיר ״עבירה״?

* תשובה- קצת יותר מורכבת (מבוססת על החומר דלהלן). העובדות החיוניות הן **המינימום ההכרחי** להגדרת ההתנהגות הטיפוסית שעליה אנחנו חושבים שהיא ״**מעשה רע על פניו**״.
* למשל, עבירת אונס. קיימות מס' חלופות לעבירה. בתוכן ״העדר הסכמה״ וכן ״מצב המונע התנגדות״. די באחת מהחלופות כדי לבסס את **המינימום** הנדרש למעשה רע. כך, אם יש מצב המונע התנגדות זה כבר **עומד במינימום** ההכרחי להיות מעשה **״רע על פניו״**, לפי התפיסה החברתית, ואין צורך גם בהעדר הסכמה. עבירת האונס מעידה גם על תפיסת המחוקק המשתנה. בעבר נדרש כוח/אלימות כדי להיחשב מעשה רע, לפי התפיסה החברתית דאז, כיום מספיקה אי-הסכמה.
	1. **פלטשר**
* הסבר טוב בעמ׳ הבא.

תשובה בהרחבה: ענה על השאלות האלה תוך **הנחת הבחנה** בין הגדרת היס״ע בעבירה, להגדרת יסודות הסייג מסוג "הצדק":

1. **היס״ע בעבירה**: היס"ע בעבירה צריך לכלול את מינימום העובדות, שצירופן יחד, מבטא הפרת נורמה בחברה נתונה בזמן נתון (עובדות = התנהגות, נסיבות, תוצאה). מדובר באוסף של עובדות שהוא ״**טיפוסי מספיק״ כדי לבטא ״מעשה רע על פניו״** **מהסוג שהעבירה מבקשת לאסור**.
* לפי **פלטשר** **והדין הקונטיננטלי:** יש בעבירה יסוד נורמטיבי. המעשה הרע (wrong-doing) הוא היסוד המשותף בעבירה. אין צורך לדון בעבירה האם הדבר סביר או לא.
1. **סייג** **ההצדק:** העובדה שאוסף מסוים של עובדות מבטא מעשה רע על פניו, לא מחייבת את המסקנה לפיה אכן מדובר במעשה רע. ההצדק כולל **עובדות מתחרות** שמחוץ **ליס"ע, ששוללות את הרע הלכאורי שבעובדות היס"ע – ומגבשות מסקנה לפיה לא מדובר במעשה רע,** או לפחות לא מעשה רע שמצדיק ענישה פלילית. כלומר, בעוד שהיס"ע בעבירה מגבש מעשה רע, ההצדק מבטא מסקנה המתבססת על מכלול הנסיבות, ושולל את הרע הזה.
* מבחינה **מהותית-נורמטיבית:**  **אוסף העובדות של העבירה** חייבים לבטא WRONGDOING, **ואוסף העובדות של ההצדק** חייבים לבטא מעשה שהוא לא WRONGDOING.
	1. **הזיקה המושגית בין "המעשה האסור בעבירה" לבין "הצדק"**

ע"פ הגדרה זו של ״מהות״ אוסף העובדות המגבשות את היסוד העובדתי בעבירה (מעשה רע על פניו), נ**יתן להצביע על זיקה מושגית** בין עילת **היס״ע** לעילת **ה"הצדק"**:

* מדובר ביסודות המורכבים מרכיבים עובדתיים "מתחרים", לאפיונה של התנהגות מסוימת כ״מעשה רע״:
* רכיבי **היסוד העובדתי**, מכילים **יסוד נורמטיבי**, צירוף הרכיבים מבטא הכרעה נורמטיבית של התנהגות בלתי ראויה – "**מעשה רע על פניו**".
* רכיבי **הסייג** מכילים **יסוד נורמטיבי,** שעל פיו נבחנת **סבירות ההתנהגות**, על רקע התגבשותם של הרכיבים העובדתיים המנויים באותו סייג.
* **לדוג׳: בכורח** לא מספיק איום מפתיע , אלא נדרש גם שיפוט נורמטיבי האם המעשה סביר (ס׳ 34טז); בהגנה עצמית לא בוחנים רק תגובה מיידית, אלא בוחנים אם היא הייתה מידתית – וכך גם בעבירה, לא די שיתגבשו היסודות העובדתיים, אלא צריך שהשיפוט שלהם יוביל למסקנה שמדובר במעשה רע.
* **הזיקה המושגית שבין "המעשה האסור" ע"פ העבירה, לבין היסוד של סייג מסוג "הצדק" נעוצה אפוא ביסוד הנורמטיבי-** בשאלת אפיונה של התנהגות כמעשה רע, המבטא את המהות מאחורי אוסף רכיבי היס"ע בעבירה, ואת מהות אוסף רכיבי הסייג של הצדק. ההצדק (Justification) הוא שקילת כל העובדות ושלילת המעשה הרע (wrong-doing) ולכן שלילת העבירה כולה.
* מסיבה זו, היסודות האלה מהווים ״**תמונת ראי נורמטיבית**״ האחד של השני: אם התגבש **יס״ע** (במלואו), אין מקום להצדק, ואם התגבש **הצדק**, אין יס״ע.
* **נשים לב שלא מדובר כאן ב״זיכוי״ מעבירה, אלא בשלילת האחריות מעיקרא**, כי מדובר בעצם במעשה שהוא לא רע על פניו. דוג׳: אם העבירה היא **תקיפה,** והוכחו נסיבות של **הגנה עצמית**, לא רק שיש ״סייג״ לאחריות, אלא שבכלל לא הייתה כאן תקיפה!
* **המסקנה**:התגבשות סייג מסוג הצדק, ממילא שוללת את התגבשות ה״מהות״ של היסוד העובדתי בעבירה **כ״מעשה רע על פניו״**, שכן היא מציגה עובדות מתחרות שמראות שבנסיבות אלה המעשה לא היה רע; **ולהפך,** אם התגבש היס"ע בעבירה כמסקנה סופית, בהכרח לא התגבש היסוד הנורמטיבי של הצדק.
* ודוק**:** **לא חייבת להתקיים זהות או זיקה תוכנית**, בין רכיבי היס"ע בעבירה, לבין רכיבי הסייג של ה"הצדק". שהרי לרוב מדובר בנסיבות עובדתיות מתחרות. ואולם, מצד **מהות** צירופן של העובדות קיימת גם זיקה עניינית – התגבשות יסודות ההצדק, **שוללים** את התגבשותם של רכיבי היס"ע כמעשה רע.

סיכום **פלטשר**:

* לעבירה **תוכן נורמטיבי** ולא רק טכני: העבירה **חייבת לבסס מעשה רע כשלעצמו**, לכן לא מספיק שהיסודות העובדתיים יתקיימו באופן טכני אלא שהשיפוט שלהם יגיע לכלל מסקנה שמדובר במעשה רע. יתכן **שהיסוד העובדתי** של עבירה התקיים, אך המעשה לא יהיה רע על פניו. אם מהות **היס"ע** בעבירה הוא בשיפוט הנורמטיבי שנגזר (או לא נגזר), מהצטברות רכיביו העובדתיים כמבטא מעשה רע (על פניו) – הרי **מהות זו מקיימת זיקה מהותית-עניינית** עם **סייג ההצדק**, שמהותו, אף היא, בשיפוט הנורמטיבי של ההתנהגות.
* עובדה כלשהיא ← **אשר מקימה הצדק** ← **מלכתחילה לא התקיימה עבירה**← כי המעשה לא היה רע כשלעצמו. לכן כאשר בוצעה עבירה = מעשה רע כשלעצמו = אין הצדק. **ההצדק** שולל את **העבירה** שהיא מעשה רע כשלעצמו ולהפך, **העבירה** שהיא מעשה רע כשלעצמו שוללת את **ההצדק**.
* לדוג׳: אם "כל גרימת טרדה לעד" זה מעשה עבירה, אז מבחינה טכנית העבירה התקיימה אך למשל בחקירה של עד ע"י פרקליט לא מדובר במעשה רע כשלעצמו← מבחינה טכנית: **היסוד העובדתי** התקיים והעבירה התגבשה, מבחינה מהותית: לא התקיימה העבירהכי אף אחד לא יחשוב שחקירת עד זה מעשה רע. זאת כאשר ההנחה היא כי **לעבירה יש תוכן נורמטיבי ולא רק טכני**. לפי הגישה של הדין הישראלי: העבירה התקיימה ואז יש הצדק למעשה ולכן, המעשה אינו פלילי. אך לפי **פלטשר** העבירה לא התקיימה מלכתחילה. אם **יש** הצדק, **אין** עבירה.
1. **המשפט הישראלי:**

**אין זיקה** בין היס״ע לבין הסייג. מדובר בטענת נגד לחלק (א) בו נטען ההפך.

1. **ביקורת על ההיבט הטכני (הפרדה מוחלטת) במשפט הישראלי:**
* הביקורת על המשפט הישראלי- מתמקדים **בהיבטים הטכניים:** מעשה רע = התגבשות **היסוד העובדתי** (העובדות) שנקבע בעבירה. הבעיה בעמדה של **פלר והלוי**, לפי גישה זו: היא שהם **מדגישים** את ההיבטים **הגשמיים-טכניים-אובייקטיבים** של **היס"ע**, **ומטטשים את המימד הנורמטיבי שלו** (בניגוד לפלטשר), כמבטא מעשה רע ← המעשה הרע (WRONGDOING) זה מה שהמחוקק קובע שהוא מעשה רע- אם התקיימו עובדות, עבירה התבצעה ואין שיפוט נורמטיבי לאחר מכן.
* לעומת זאת, לפי גישת **פלטשר**- **היבטים נורמטייבים-מהותיים**: אחרי קיום העובדות יש את המימד הנורמטיבי, שזה השיפוט על היסודות העובדתיים שיוצר את הקביעה שמדובר במעשה רע. כשמתייחסים ליס"ע כבעל מעמד נורמטיבי (מבטא מעשה רע על פניו) נוצר עירוב ממשי ומהותי בין ההצדק לבין היסוד העובדתי. מהות **היס"ע** בעבירה הוא בשיפוט הנורמטיבי שנגזר (או לא נגזר), מהצטברות רכיביו העובדתיים כמבטא מעשה רע (על פניו) – הרי **מהות זו מקיימת זיקה מהותית-עניינית** עם **סייג ההצדק**, שמהותו, אף היא, בשיפוט הנורמטיבי של ההתנהגות. לעומת זאת, אם היס״ע מבטא היבט אובייקטיבי-גשמי בלבד, לא ניתן להצביע על זיקה בינו לבין הצדק.
* **יס"ע** בעבירה הוא **מושג נורמטיבי**, ולכן יש לו **זיקה מהותית** **לסייג ההצדק**.
1. **טענות הגנה ליחס הטכני במשפט הישראלי: עבירה כנורמה וכיסוד מפליל - הצדק כחריג לנורמה וכיסוד מזכה; ותיאורית השיור**
2. **פלר והלוי**
* לצידם הגנה טובה בפני ביקורת זו- פלר והלוי יטענו, שהמקור להתייחסות ה"ניטרלית" מצדם, כלפי ההיבט המהותי-נורמטיבי ביס"ע בעבירה, והצגתו כיסוד בעל היבטים עובדתיים-אובייקטיביים בלבד – היא משום שזו **"גזירת הכתוב" של המחוקק**. ברגע שהמחוקק הכריע נורמטיבית בחוק, שאוסף עובדות מסוים מהווה מעשה רע← **קמה חזקה חלוטה** שבהתקיימות רכיבי **היס"ע** במעשיו של אדם← **התגבש מעשה רע.** כלומר, היסוד הנורמטיבי הופך לעובדה אובייקטיבית (גם אם ביסודה היא הכרעה נורמטיבית), המחוקק קבע מה אסור ואין לנו כפרטים שק"ד בנוגע לנורמטיביות המעשה. מתכתב עם עקרון החוקיות.
* **זאת, בניגוד לסייגי ההצדק** – שהתגבשות רכיבי כל סייג **רק מקימה אפשרות** לפטור מאחריות, אך **תלויה ביסוד הנורמטיבי של "סבירות"** שבבסיס הסייגים – סבירות שנקבעת ע"פ שק"ד ביהמ"ש (ס׳ 34טז) ← כלומר, היסוד הנורמטיבי של הסייג הוא חלק מעקרונות היישום שלו, ולכן פתוח לדיון. ההצדק לא שולל את הטעמים כנגד ביצוע העבירה, אלא מביא טעמים בעד מתן פטור. ההצדק לא מעניק למעשה אופי בלתי מזיק, אלא מוכיח שיש סיבות טובות שלא להרשיע.
* **המסקנה:** אם המעשה הרע הטמון **ביס"ע** של העבירה הוא עובדה אובייקטיבית-נורמטיבית חלוטה, הרי שאין בכוחו של **סייג ה"הצדק"** לשלול עובדה זו מעיקרא, אלא אך לפטור מאח"פ עליה – חרף העובדה שההתנהגות מהווה מעשה רע. **לכן לכאורה לא מדובר ביסודות מתחרים במישור הנומרטיבי, ואין מקום לדבר על זיקה מהותית או תמונת ראי ביניהם.** והרי לנו הפרדה עיונית בין היס"ע בעבירה לסייגי ההצדק.
* זה בעצם מה שטען **הלוי**, שהסייג מבטא מצב שבו פוטרים את הנאשם מאח"פ על מעשה רע שהתגבש, מטעמים אחרים, שקשורים בעיקרם בעיקרון האשמה.
1. **פלטשר**

מנסה להסביר את התפיסה הזו (לא מסכים איתה, רק מנסה להבין אותה).-ביקורת על פלטשר – בפרק הבא.

* בהבחנה שלו בין הגדרת היס"ע להגדרת ההצדק, טען כי:מה שמאבחן בין רכיב עובדתי בעבירה, לרכיב עובדתי בסייג- **רכיב עובדתי בעבירה** חייב להתגבש אובייקטיבית במציאות, כדי שמעשה ייחשב מעשה רע; ואילו רכיביו העובדתיים של **הסייג** לא חייבים להישלל, כדי שמעשה ייחשב מעשה רע← **מה שמגבש את העבירה הם פרטי היסוד העובדתי, ולא העדר הסייג.** (צ"ל יס"ע של הריגה, לא צ"ל שלא התקיימו רכיבי הסייג של הגנה עצמית, כמו תקיפה שלא כדין מצד הקורבן).
* **היס"ע** מאופיין כיסוד ה״מפליל״, **וההצדק** מאופיין כיסוד ״מזכה״; **היס"ע** מצווה, **וההצדק** מתיר; **היס״ע** הוא "הנורמה", **והסייג** הוא ה״חריג לנורמה״.
* **בהתחשב בכל הנ"ל, הצדק לא יכול להיות נורמה מתחרה, וממילא אין לו זיקה מושגית ליסוד העובדתי-הנורמטיבי של העבירה.**
1. **קמפבל**
* **היס"ע** עניינו ב״טעמים נורמטיביים נגד הפעולה״, **הסייג** עניינו ב״טעמים נורמטיביים בעד הפעולה״.
* **הטעמים התומכים בהפרת הנורמה, שביסוד ההצדק, אינם נסוגים לאחור מפני הטעמים העומדים ביסוד האיסור שבנורמה**. גם אם בחישוב כולל, יתגברו טעמי הבעד ל"הצדק", על טעמי הנגד של ה"עבירה" – זה לא מאיין את התגבשות המעשה הרע, אלא פשוט אומר שלמרות המעשה הרע – אין להטיל אח"פ בגינו. **לכן, לא מדובר בתמונת ראי, טעמי הבעד לא ״מאיינים״ את טעמי הנגד, אלא ״מנצחים״ אותם.**
1. **גרדנר**
* כינה את התיאוריה הזאת ״**תיאורית שיור**״ – מצב **ההצדק** לא מעניק למעשה אופי בלתי מזיק, העבירה עדיין בוצעה, והמעשה עדיין נשאר מעשה רע.
* המסקנה: **ליס"ע** בעבירה **מעמד נורמטיבי עצמאי** הנפרד מזה של סייג ההצדק, ואין לדבר על זיקה ביניהם. טענת נגד לפסקה הקודמת- **המעשה** צריך להיבחן **בצורה טכנית**, ולא בצורה נורמטיבית. **המבחן הנורמטיבי** מתקיים רק בבחינת **הסייג**, ולכן אין זיקה מהותית בין המעשה (יס״ע) לסייג.
1. **היסוד הנורמטיבי (מעשה רע על פניו) של היסוד העובדתי בעבירות לא מדויקות**

**יחס אמביוולנטי בקביעת נורמה:**

ההבחנה של **פלטשר** בין נורמה (**יס״ע**) לחריג לנורמה (**סייג**) אינה חפה מקשיים. זאת, משום שלטענתו **יש נורמות שאינן ברורות** ולכן, **קשה להחליט כיצד לסווג אותן** (נורמה/חריג לנורמה) בחברה נתונה:

* **ניתן לנסח עבירות כך שעובדות מסוימות יהיו בהגדרת העבירה, או כך שאותן עובדות יהיו בהגדרת הסייג:** למשל, ״אין לבצע הפלה שלא לצורך/ללא הצדק״ לעומת ״אין לבצע הפלה״. הניסוח הראשון מכניס את נסיבות ה"צורך" לתוך העבירה עצמה, ובירור הצורך ייעשה כחלק מבירור שאלת התגבשות **היס"ע** בעבירה; ואילו הניסוח השני דוחק את נסיבות ה"צודק" אל **ההצדק**.
* **וממילא, קשה להכריע נורמטיבית לגבי תוכן העובדות, אם הן מהוות מעשה רע (נורמה) או מעשה מותר (חריג):** מהן הנסיבות המצדיקות בהקשר של הפלה? מהו הצורך שיצדיק הפלה? האם קושי כלכלי הוא צורך? האם רק מחלה סופנית היא צורך? שאלת התוכן של הגדרת העבירה אינה ניתנת להכרעה ברורה בחברה בה היחס הנורמטיבי למעשה אינו ברור: **(1)** בחברה שבה הפלה היא מעשה רע ולכן, אסורה באופן קטגורי- לא יניחו שום סייג מסוג הצדק למעשה זה, בלי קשר למיקומו **(2)** בחברה שבה הפלה אינה מעשה רע- לא יאסרו כלל את ההתנהגות כחלק מהיס"ע בעבירה. **(3)** בחברה שהיחס להפלה הוא אמביוולנטי- תתעורר השאלה **איפה נדון בנסיבות** ה"צורך" לבצע הפלה, **בהגדרת העבירה** (שאז האיסור מאופיין במתירנות) או **בסייג** (שאז האיסור הוא הצהרתי).
* **בנסיבות אלה של יחס אמביוולנטי מצד המחוקק כלפי התנהגות, הוא עשוי להותיר את ההכרעה בידי ביהמ"ש:** למשל, להגדיר במילים עמומות "שלא כדין" "שלא לצורך". במקרים אלה העבירה היא מעין ״רקמה פתוחה״, ולא ״גזירת הכתוב״. ← אלה הן **״עבירות בלתי מדויקות״** = עבירות בהן המחוקק משאיר את ההכרעה בשאלה האם מדובר במעשה רע על פניו, לבית המשפט.

**הצדקות: מדוע יש צורך בעבירות של רקמה פתוחה (עבירות בלתי מדויקות)?**

* + - 1. יש צורך בעבירות של רקמה פתוחה במצבים בהם אין אפשרות ריאלית, כלל **אין אפשרות להגדיר מראש**, איזה נסיבות הן לא ראויות ומהוות מעשה רע. המעשה הרע תלוי אינהרנטית בנסיבות ביצועו, ונדרש להותיר הקביעה מהו מעשה רע, בידי **ביהמ"ש**. שימוש בעבירות של ״גזירת הכתוב״ עלול לאסור המון פעולות שאנחנו לא רוצים לאסור.
* למשל, עבירת ״גרימת טרדה לעד״, היסוד ההתנהגותי "המטריד", טיבו והיקפו, אינם ברורים כלל. המונח "הטרדה" **כולל בתוכו באופן אינהרנטי את השיפוט הנורמטיבי של התנהגות כמטרידה**. שהרי, גם להרים טלפון לאותו עד לבקש שיבוא לפרקליטות תהיה הטרדה, ואת ההתנהגות הזאת אנחנו לא רוצים לאסור, כי היא לא מכילה את המינימום ההכרחי של מעשה רע על פניו.
* זאת לעומת, עבירת "הפלה", שם ההתנהגות כשלעצמה ברורה, ועשויה להוות מעשה לא רע כשלעצמה, והשיפוט הנורמטיבי מוגבל **להקשרים הנסיבתיים** בלבד.
* עבירות בלתי מדויקות נוספות: הפרת אמונים; שיבוש הליכי משפט; הפרעה לשוטר במילוי תפקידו; העלבת עובד ציבור וכו'.
	+ - 1. יש צורך בעבירות של רקמה פתוחה גם במצבים בהם **אין הסכמה** בקרב בני החברה לגבי אותן נסיבות ורוצים להעביר את ההכרעה לבית המשפט.

**לכן, הקושי במבחן שהוצע ע"י פלטשר למהות העבירה (מעשה רע על פניו):** בעבירות רבות, עבירות בלתי מדויקות (בהן ההגדרה של היס"ע היא נורמטיבית), על ביהמש לבחון האם בנסיבות מדובר במעשה רע על פניו. אולם מכוח מה יוכל להשיב ביהמ"ש? כיצד יש לו סמכות לקבוע את נסיבות התגבשות הנורמה, אם הנחנו כי הנורמה היא בחזקת "עובדה אוב'", שאין לאמונים שק"ד ביחס אליה? טענת נגד לטענת הנגד - אין אפשרות להגדיר מראש כל התנהגות בלתי ראויה שצריכה להיאסר. לכן, משתמשים במילים כלליות, שמסמלות מבחינה נורמטיבית את המעשה האסור, ומשאירים את ההכרעה הנורמטיבית לביהמ״ש, שיחליט בנסיבות המקרה האם המעשה שעשה הנאשם מגבש את האחריות הפלילית. לכן קיים יסוד נורמטיבי גם ביס"ע בעבירות לא מדויקות.

1. **המעשה הרע כתנאי להתגבשות האחריות הפלילית**

**טיעונים:**

* כאמור, קיימות עבירות ״בלתי מדויקות״, שהשאלה אם התנהגות מסוימת נופלת בהגדרתן או באילו נסיבות, היא מלאכה שאין מנוס מלהניחה להכרעת ביהמ"ש.
* **יש שטוענים, כי ראוי להעניק להגדרת היס"ע בעבירות בלתי מדויקות פרשנות רחבה, תוך הותרת מלאכת השיפוט הנורמטיבי רק בבחינת התגבשות הסייג:** כלומר, מוצע להסתפק בהתגבשות היס"ע האובייקטיבי- טכני של העבירה שיכול להיות מאוד רחב, ואת השאלה הנורמטיבית להשאיר לשלב הסייגים (למשל, "הטרדה", תהיה כל טרדה, ואת הנסיבות הקונקרטיות ייבחנו בשלב הסייגים). ← במילים אחרות, כפירה בכך שהמינימום של הגדרת יס"ע בעבירה, נדרש לגבש "מעשה רע על פניו"; והסתפקות בהתגבשות ההיבט הטכני-אוביי', תוך בחינת העניין הנורמטיבי בשלבי הסייג.

**שאול:** לא מסכים. צריך להבין את העבירות האלה לפי המשמעות הנורמטיבית של המעשים שהן מונות, לפי עמדות בני החברה: הטרדה תתפרש לפי מה שבני החברה חושבים כשהם אומרים את המילה הטרדה, ולא לפי כל פרשנות שהמילה הזאת סובלת. ← **אי-בחינת "המעשה הרע" בשלב התגבשות יסודות העבירה, מבטאת התעלמות מהנושא המרכזי של האח"פ:**

1. **Moore**- תיאוריית האח"פ מבוססת על: **(1)** שהמעשה העומד לביקורת הוא מעשה רע **(2)** קיומה של אשמה, שנבחנת רק בהינתן מעשה רע. ← **רכיב "המעשה הרע" הנדרש כדי להקים אח"פ, מותנה בשיפוט הנורמטיבי של מהות המעשה כ"מעשה רע".** המהות הרעה לא מתגבשת רק מעצם הביצוע הטכני של המעשה המנוי בעבירה, אלא יש צורך בשיפוט נורמטיבי שיצביע על המעשה הרע-יש לבחון את המהות הנורמטיבית של המעשה בשלב בירור האחריות, ולא בשלב ההצדק.
2. **פלטשר**- המעשה הרע הוא מוקד ההתעניינות של המשפט הפלילי. עלינו לשאול: "אשמה לשם מה?", ותשובת המשפט הפלילי היא תמיד – "אשמה על מעשה רע". **בלעדי מעשה רע, אין מקום לבחון את יישום המשפט הפלילי.**
3. **דף**- מבחין בין **אחריות פלילית לחבות פלילית**: **(1)** אחריות פלילית- תנאי להתגבשות האח"פ הוא קיומו של ״מעשה רע״. **(2)** חבות פלילית- ברגע שמתגבש מעשה רע, לנאשם יש זכות לבוא ולהצטדק בפני החברה על המעשה שעשה. אם יצליח להוכיח שבנסיבות הקונקרטיות עומד לו צידוק, לא יצטרך לשאת בחבות פלילית. ← **כלומר, בהעדר מעשה רע אין הצדקה לקרוא לפרט להשיב על אשמתו, שכן כלל לא התגבשה העבירה.** אם אין אשמה, לא צריך לתת זיכוי, אלא למחוק את האישום. לכן, אין אפשרות להאשים את הפרט במעשה שאינו רע, ואז ״לזכות״ אותו משום שהוכיח בהצדק שהמעשה באמת אינו רע.
4. **גרדנר**, **הארד**- כנ"ל.
* **המסקנה: אין בפתרון המוצע, לפיו תיבחן שאלת המעשה הרע בשלב בירור סייגי האחריות, כדי להועיל לנו. שכן, אם תנאי המינימום להתגבשות של יס"ע בעבירה, הוא "מעשה רע על פניו", תנאי זה צריך להתגבש בשלב בירור יסודות העבירה, ולא די בשלב הסייגים.**

**השלכות:** להתייחסות ליס״ע כאובייקטיבי-טכני ולא מהותי ובשל כך, לבחון את המעשה הרע רק בשלב הסייגים:

1. **אין מדובר בהכרעה טכנית/פרוצדורלית של נטלי הבאת הראייה** ← **אלא בשאלה מהותית: מהם תנאי הסף להפעלת הליך פלילי נגד פרט בחברה.** הנטל להוכיח שהתקיים מעשה רע מוטל על התביעה. אימוץ פרשנות מרחיבה של ההגדרה הלשונית המנויה בעבירה תביא להיפוך הנטל- התביעה לא תוכיח שהתבצע מעשה רע, אלא שהתבצע איזשהו מעשה, והנאשם יצטרך להוכיח שמדובר במעשה שאינו רע. זו לא שאלה פרוצדוראלית, אלא מהותית- מי צריך להוכיח את האשמה, התובעת או הנאשם?
2. **השפעה על הוכחת היס"נ בעבירה:** לשאלה זו השלכה על בירור העובדות השייכות ליס"ע בעבירה, במובחן מהעובדות השייכות לסייג הצדק – וכך גם לשאלת היקף פרישתו של היס"נ בעבירה, שצריך לקיים זיקה רק עם היס"ע (מעשה רע).
3. **בחינת היסוד הנורמטיבי בשלב הסייגים, לא תועיל לנאשם במקרים שאין סייג; לעומת בחינת היסוד הנורמטיבי של המעשה הרע בשלב התגבשות היס"ע**:רשימת הסייגים היא רשימה סגורה, ואם לא יפול בגדר סייג, יורשע. זאת לעומת, שאלת המעשה הרע, שיכולה להכיל המון נסיבות עובדתיות שונות. ← שיטה זו עשויה להביא להרשעה על מעשה שכלל אינו מהווה עבירה מצד מהותו.
4. **פרשנות רחבה של העבירות – מגבירה את היקף ההרשעות:** שיטות משפט שמתייחסות אל היס"ע כעניין אובייקטיבי-גשמי בלבד, נטול מטען נורמטיבי, נוטות לפרש את העבירות בצורה רחבה, מאחר שפרשנות צרה מקבלת מעמד של "גזירת הכתוב". הפתרון של ענישה קלה בהתאמה, אינו מפצה על כך. וגם אינו רלוונטי בכלל העבירות (כמו פזיזות ורשלנות, להלן):
5. **בעבירות מסוימות שאלת ה"מעשה הרע" ממילא נותרת פתוחה, ומקיימת זיקה עניינית-מהותית עם סייג ה"הצדק**". בנסיבות בהן ברור כי התגבש מעשה רע, אם בשל ההגדרה המדויקת, ואם בשל האופי הלא נורמטיבי – הגיוני לטעון שאין סמכות לביהמ"ש לפרש. אך קשה להתייחס לעבירה כגזירת הכתוב בעבירות מסוימות, בהן ההגדרה פחות ברורה, או כרוכה בשק"ד – ושממילא מקיימות זיקה עם יסודות נורמטיביים. הזיקה היא במובן זה שמתעוררת השאלה אילו נסיבות רלוונטיות לבחינת סבירות היס"ע, ואילו לבחינת סבירות אמצעי ההגנה שננקטו:
* **עבירות פזיזות ורשלנות** – עבירות אלה הן בעלות אופי נורמטיבי מובהק. היס"ע בעבירות הוגדר במפורש "נטילת סיכון בלתי סביר". ומה הופך ההתנהגות לבלתי סבירה, אם לא מכלול נסיבותיה? יסוד הסיכון הבלתי סביר, נועד לבחון התנהגות ע"פ נסיבותיה הקונקרטיות, עוד בשלב בירור היס"ע בעבירה.
* **רכיב נסיבתי "שלא כדין"-** התגבשות היס"ע מותנה באופי הפסול של התנהגות הנאשם, שמוכרע נורמטיבית ע"י ביהמ"ש.

המעשה הרע כתנאי להתגבשות האח"פ – בקצרה

* 1. המעשה הוא **מושג נורמטיבי**, ולא רק עובדתי-אובייקטיבי גרידא. כשאנחנו אומרים שאלמוני ״תקף״ את פלמוני, אנחנו לא רק מתארים עובדות, אלא מביעים הכרעה נורמטיבית לפיה המעשה שנעשה ראוי להקרא ״תקיפה״ (מעשה אסור).
	2. **השיפוט הנורמטיבי** של ההתנהגות הוא הגורם שצריך לקבוע אם אותה התנהגות נופלת בגדרי העבירה, ואין לקבוע את הייחוס הפלילי על פי שאלה טכנית שבודקת האם המילים המנויות בעבירה סובלות את ההתנהגות האמורה (דין ישראלי).
	3. **שם התואר של העבירה** הוא ייחוס אחריות, ויש להעניק את שם התואר הזה רק כשמבחינה נורמטיבית זה ראוי, ולא כשמבחינה טכנית זה מתאפשר.
	4. לכן, **יש זיקה מהותית** בין היס״ע שבהצדק שבוחן סבירות (מבחן נורמטיבי), לבין היס״ע בעבירה שאמור לבחון נורמטיבית את המעשה.

**היסוד הנורמטיבי בעבירה – סיכום:**

* זיקת היס"ע בעבירה לסייגי ההצדק, קשורה לניתוח המשג "מעשה", כמושג שנושא בתוכו תוכן נורמטיבי בצורה אינהרנטית, ולא רק תוכן עובדתי-אובייקטיבי.
* כשאנו מתארים התנהגות (פלוני תקף, או אנס, או הטרד) – לא מתארים עובדה אובייקטיבית של המעשה הפיזי, אלא כי המעשה ראוי להיקרא נורמטיבית כאותו מעשה (תקיפה, אינוס, הטרדה).
* השיפוט הנורמטיבי של ההתנהגות הוא שקובע אותה כחלק מיס"ע של מעשה בעבירה.
* לניתוח זה השלכה עצומה על הגדרת פעולה כמעשה של פזיזות.

כל המטרה שלו פה להראות שההצדק מייצג משהו נורמטיבי והוא לא נפרד מהעבירה, יש זיקה מהותית בין היסודות הנורמטיבים ולכן היסוד העובדתי של העבירה מכיל היבט נורמטיבי מהותי ולא אובייקטיבי גשמי כמו שעושים במשפט הישראלי. הוא אומר שיש גם ככה עבירות שבהן יש בחינה של היסוד הנורמטיבי כמו רשלנות- צריך לבחון סבירות (אם סביר אז ההצדק שולל כביכול את זה).עבירות שרשום שלא כדין- פרשנות אשר מכניסה יסוד נורמטיבי.

**הרצאה 4- זיקת יסוד האשמה בעבירה לסייגי ה״פטור״**

* + 1. **האשמה (היס"נ) כיסוד בעבירה בדין הישראלי:**

הגישה השלטת במשפט הפלילי הישראלי מזהה ביס"נ בעבירה, קרי ב״מודעות״, את יסוד האשמה. הטענה היא כפולה: (1) **פלר**- החלטתו המודעת של אדם לנהוג בניגוד לנורמה, מבטאת יחס אנטי חברתי לערך המוגן בעבירה (מבוסס על הפיקציה של ידיעת החוק). (2) **הלוי-** ההחלטה לנהוג בניגוד לנורמה מבטאת בחירה חופשית (אשמה), לנהוג בדרך שפוגע בערך החברתי המוגן בעבירה.

1. **פלר**
* לשיטת פלר, **האשמה = היסוד הנפשי בעבירה** (מודעות). אשמה = החלטתו המודעת של האדם לנהוג בניגוד לנורמה, החלטה המבטאת יחס אנטי חברתי לערך המוגן בעבירה (מבוסס על הפיקציה של ידיעת החוק). כלומר, האשמה מקבלת את ביטויה בהחלטה המודעת (היס"נ) לבצע מעשה שהוא עבירה.
* **האשמה (שהיא היס"נ של מודעות), מבטאת את יחסו הסובייקטיבי האנטי-חברתי של הנאשם לערכים החברתיים המוגנים באותה הנורמה, ואת הקונפליקט האידיאולוגי בינו לבין החברה**.
1. **שאול:**
* **אם היס"נ הוא האשמה** ← אזי אשמה, לפי פלר, היא **יסוד בעבירה.**
* **ואם האשמה היא יסוד בעבירה** ← אזי לשיטת פלר, **אין לאשמה כל זיקה עם סייגי האחריות** (הצדק או פטור, ובייחוד פטור).
	+ - 1. למשל, טעות במצב דברים/שכרות, הם מעין סייג בלבד, שכן מצב הדברים מתייחס לעובדות היס"ע בעבירה.
			2. חשוב לדעת: זו טענה שאינה מתיישבת עם הטענה הרווחת בספרות לפיה פטור מזוהה עם היפוכה של האשמה.

**ביקורת על פלר**

**בין תודעה הכרתית, לתודעה מוסרית (בין יס"נ לבין אשמה)** ←נניח שפלר צודק, והאשמה היא היחס האנטי חברתי הסובייקטיבי של הנאשם, כלפי הערך המוגן בעבירה שאותה הוא ביצע. ← **עדיין, לא בטוח שה״מודעות״ או ה״החלטה המודעת״ לנהוג בניגוד לנורמה, אכן מבטאת אינהרנטית, יחס אנטי חברתי סובייקטיבי כלפי הערך המוגן בעבירה שבוצעה**.דוגמאות:

1. נהג אמבולנס טיפול נמרץ, מוביל פצוע אנוש לבי"ח, ונוהג **במודע** בדרך שיש בה סיכון לחיי המשתמשים האחרים בדרך, **פוגע באדם וגורם למותו**. נניח גם שהוא אפילו חרג מכללי הנהיגה המקובלים לאמבולנס במקרים דומים, אך נעשה מנסיבות של לחץ;
2. נהגת זהירה, טועה בשק"ד בצומת סואנת, וגורמת תאונה קטלנית.
* הנהיגה החורגת מהסביר, לא מאפשרת לנו "להצדיק" אותה, שהרי מרגע שקבענו שזו חריגה מהסביר בנסיבות, קבענו גם כי מעשה זה הוא "מעשה רע" (גם על פניו, כנדרש ליס"ע; וגם על יסוד מכלול הנסיבות, כדי לגבור על סייג ההצדק).
* **אך האם נוכל לטעון שהתנהגות הנהג מבטאת גם מצב של אשמה? יחס אנטי חברתי סובייקטיבי כלפי הערך המוגן בעבירה שביצע, חיי האדם?** **שאול** אומר כי קשה לדבר פה על יחס אנטי חברתי ככל שהוא הכרתי-סובייקטיבי-אישי, ולהפך, יש פה דאגה לחיי אדם, של הפצוע.

נשים לב שבדוגמאות אלה, העדר יחס אנטי חברתי לא שולל את היס"נ הדרוש, מודעות. שניהם היו מודעים לסיכון ושניהם בחרו לנהוג כך בכל זאת. כלומר,

* **החלטה מודעת לנהוג באופן שמקיים את יסודות העבירה, לא בהכרח מבטאת יחס אנטי חברתי סובייקטיבי**.
* ניתן להשיב בשמו של **פלר**, כי במקרים אלה, יותר נכון לדבר על יחס אנטי חברתי שלא מתבטא בזלזול בערך המוגן, אלא **ב"זלול בהכרעות הנורמטיביות של החברה"** ← **השיפוט הנורמטיבי-ערכי-סובייקטיבי של האדם, מבטא שקילה של שיקולי בעד ונגד, באופן שסותר את ההכרעה הנורמטיבית-ערכית-אובייקטיבית, של החברה בה הוא חי**. כלומר, החברה סבורה כי יש התנהגות סבירה בנסיבות מסוימות, והנהג סבור אחרת. יש קונפליקט אידיאולוגי-נורמטיבי בין השיפוט של הנאשם, לשיפוט החברה.
* אך עם זאת, מעבר לכך שההסבר הזה לא רלוונטי **לנהגת** (שלא הכריעה נורמטיבית, אלא טעתה בשקה"ד), עדיין צריך להודות כי **לא מדובר ביחס אנטי חברתי סובייקטיבי, במובן שאליו מכוון פלר**. ← היס"נ/המודעות, הם שיקוף סובייקטיבי של ה"מודע", כחלק מהמחשבות של הפרט – תודעה הכרתית; ואילו היחס האנטי חברתי כביטוי של שיפוט נורמטיבי-ערכי-סובייקטיבי, מבטא היבטים מוסריים "תת-מודעים" של האדם – תודעה מוסרית.←כלומר, "היחס האנטי חברתי" שמתבטא בשיפוט ערכי-נורמטיבי-סובייקטיבי שגוי, הוא לא יסוד נפשי. לא מדובר בתודעה הכרתית מהסוג של מודעות, מדובר בהכרעה ערכית תת-מודעת.
* **במילים אחרות, אם ה״אשמה״ ("היחס האנטי חברתי") מתבטאת בשיפוטים הנורמטיביים, היא נמצאת בתודעה המוסרית של הפועל, ולא בתודעה ההכרתית שלו. בנסיבות אלה,** **היא איננה היסוד הנפשי.**
* לנהג האמבולנס יש אשמה, אבל היא לא נעוצה במודעות שלו, אלא בהכרעה הנורמטיבית השגויה.
* **כלומר**, מצד אחד, **מודעות או יסוד נפשי** **אינם לעצמם יחס אנטי חברתי סובייקטיבי- תודעתי הכרתי** (דוגמת האמבולנס). ומצד שני, אם ענייננו הוא **ביחס אנטי חברתי נורמטיבי ערכי**, יחס זה **הוא לא הכרתי** כי אם **תודעתי מוסרי**, ולכן **אינו זהה ליסוד הנפשי.**
1. **הלוי**
* הלוי זיהה את יסוד האשם **בבחירה החופשית של הפרט, לנהוג בניגוד לנורמה**. לשיטתו, הבחירה החופשית מותנית בכך שהבחירה היא מדעת – **היס"נ** (אין בחירה אלא מדעת):
	+ 1. **היבט חיובי של עקרון האשם** = בחירה חופשית נעשית מדעת (כלומר מודעות) = **יסוד נפשי.**
		2. **היבט שלילי של עקרון האשם** = בחירה חופשית לא נעשית במצב של כפייה = **העדר סייג.**
* ואולם, ניתן לאתגר את התפיסה של הלוי: האם אכן שלילת האח"פ מכוחו של סייג, מקורה בכפייה ששללה את הבחירה החופשית לנהוג אחרת? ואם כן, באיזה מובן נשללה הבחירה החופשית?ה**היעדר אשמה בנסיבות סייג** ← **פגם בבחירה החופשית, או פגם במוסריות הבחירה:** נבחן דוגמה מסייג "הכורח". כופים על שמעון עליו להרוג את לוי, ומאיימים שאם לא יהרוג אותו, ישרפו את כל ביתו. מבחינת עיקרון האשם שמציג הלוי, יש לבחון אם שמעון בחר מרצונו החופשי או שנכפה עליו. אולם, על יסוד מה נכריע בשאלת הבחירה החופשית?
	+ - 1. **אם ענייננו בשאלה עובדתית** – אכן, בהיעדר האיום והכפייה, שמעון לא היה יורה בלוי. ולכאורה, אמור להיות סייג.
			2. **אולם, כשאנחנו מדברים על סייג, על פטור, השיפוט שאנחנו עורכים הוא שיפוט נורמטיבי**. הבירור הוא עובדתי-נורמטיבי, שבוחן גם את שאלת מוסריות בחירותיו של אדם במערכת עובדות קונקרטית. אנחנו לא בודקים רק האם בנסיבות היתה כפייה, אלא **האם בהינתן הכפייה הזאת, פעל הנאשם באופן שהחברה היתה מצפה ממנו.** כנראה, שלא היה ניתן פטור לשמעון בשל אי סבירות אמצעי ההגנה שנקט. הפגיעה ברכושו לא מצדיקה פגיעה בחייו של לוי.
* שוב חוזרים לאותו קונפליקט אידיאולוגי-נורמטיבי-ערכי: אם השיפוט הנורמטיבי-ערכי של החברה היא שערך חיי האדם גובר על הקניין, אזי התנהגותו של שמעון מבטאת שיפוט נורמטיבי-ערכי פסול. שמעון לא רק עשה "מעשה רע", כעניין שבשיפוטי נורמטיבי, אלא גם מן ה"טעם הרע", כלומר תוך שיפוט נורמטיבי פסול.

אם כך, האם עיקרון האשם מבוסס על שאלת הבחירה החופשית בלבד, או שמא יסודו בגינוי הפרט על שיפוטיו הנורמטיביים הערכיים? גם כאן, **האשמה עניינה בשיפוט נורמטיבי-ערכי**. יסוד האשם מתכנס לשאלת מוסריות הבחירה, שיפוט תודעתו המוסרית של הנאשם**.** **שוב, אנחנו חוזרים אל אשמה כיסוד של אנטי חברתיות ערכית נורמטיבית שמקורו בתודעה מוסרית לקויה.**

**בירור מתבקש לאור הביקורת עד כה:**

* אם באמת מהות האשמה, היא בסטייה משיפוט נורמטיבי-ערכי של החברה, האם יסוד זה צריך להיות גם **יסוד בעבירה**, או רק **כסייג**? (בלי קשר לקיומו של יס"נ מודעות, שנדרש ממילא).
* האם העבירה צריכה לכלול גם יחס אנטי חברתי במובן הנורמטיבי-ערכי; האם על ההתנהגות לבטא סטיייה מההתנהגות המצופה מאדם נומרטיבי/שומר חוק; זה שערכיה של החברה מקבלים ביטוי בהתנהגותו?
* ואם כן, מהי זיקת היסוד הזה בעבירה, ליסוד של "פטור"?
	+ 1. **"היעדר אשמה" כמהות סייגי ה"פטור":**

עד עכשיו דיברנו על מה יכולה להיות משמעות מושג האשמה בעבירה. כעת נעבור ל"פטור", שאליו מקובל להתייחס כמצב **נעדר אשמה**. ננסה להבין מה זה אומר, ולראות אם יש לזה קשר ליסוד של האשמה בעבירה.

1. **הפטור כסייג לעבירה**
* **מהו פטור?** מעשה רע, אדם שאינו רע.
* **ההבחנה בין הצדק לפטור:** הבחנה בין נורמטיביות **המעשה**, לבין נורמטיביות **העושה**:
1. **הצדק**- מאפיין את ההתנהגות העומדת לביקורת כנסבלת/מותרת/רצויה, בשל נסיבות מסוימות. בהסתכלות כוללת, אין מדובר בהתנהגות רעה דיה, להיחשב פלילית. המיקוד של ההצדק הוא באפיונו הנורמטיבי של המעשה, הנבחן על יסוד שיקולים תועלתניים קרים של עלות-תועלת חברתית הכרוכות באותו מעשה, ולו רק בכך שבמעשה יש כדי להפחית את הנזק העשוי להיגרם בלעדיו ← **המעשה מקיים את יסודות העבירה, אך בנסיבותיו הוא לא מעשה רע**.
2. **פטור**- מבוסס, ככלל, על שיקולים דאונטולוגיים של האח"פ, ולא על שיקולים תועלתניים גרידא. המיקוד של הפטור הוא בטעמים של צדק/חמלה/הוגנות כלפי הנאשם, שביצע את המעשה העומד לביקורת בתנאים מסוימים של לחץ/שאינם בשליטתו. ההנחה היא שבמבחני עלות-תועלת, המעשה הוא רע, ולכן מקיים את יסודות העבירה גם במובנם הנורמטיבי ("מעשה רע"). אלא שבחינת ההתנהגות בנסיבותיה הקונקרטיות, אינה מציגה את ה"עושה" כאישיות בלתי נורמטיבית, לפחות לא במידה הנדרשת להרשעה בפלילים. ← **המעשה מקיים את יסודות העבירה, ובנסיבותיו הוא רע, אבל העושה אינו רע.** יש הצדקות לפטור את העושה מאחריות, כי המעשה בנסיבותיו לא משקף אישיות ערכית נורמטיבית בעייתית. ושוב אנו חוזרים למושג השיפוטי הערכי-נורמטיבי, שהוא הבסיס לגינוי הנלווה לאשמה.
3. **היעדר סטייה מציפיותיה הנורמטיביות של החברה (ניסוח אחר של עילת הפטור):**
* **אדם שזכאי לפטור הוא מי שלמרות שביצע את יסודות העבירה בהתנהגותו (עשה "מעשה רע") – לא סטה מציפיותיה הנורמטיביות הסבירות של החברה, מאדם שנקלע לנסיבות דומות.**
* לפי ניתוח זה, הטוען לפטור נשפט לפי סטנדרט נורמטיבי של התנהגות, שהחברה יכולה וצריכה לדרוש בצורה סבירה מאדם שנקלע למצבו. הסטנדרט הנורמטיבי הזה חייב להיות גבוה, אבל גם כזה שאזרח מן היישוב, היה מסוגל לעמוד בו באופן סביר. לא מדובר בסטנדרט מכיל מדי, אבל גם לא בדרישה לפרפקציוניזם מוסרי.

**ניתן להבחין, לכאורה, בין שני סוגי פטורים:**

* 1. **סייגי פטור הקשורים במצבי כשל אישיים (חוסר שליטה, אי שפיות, שכרות)** – הסטייה מהציפייה הנורמטיבית-החברתית היא לא עניין לשיפוט נורמטיבי, כי היא לא מבוססת על הכרעה/שיפוט ערכיים-נורמטיביים של הפרט, לנהוג בדרך בה נהג (מדובר בפגם בשליטתו העצמית, הוא לא ביצע הכרעה ערכית שגויה). לכן אין בהתנהגותו גם לומר משהו על אישיותו המוסרית במישור הערכי-נורמטיבי.
	2. **סייגי פטור קונטקסטואליים, נסיבתיים (כורח, וכו׳)** – סייגים המבוססים על הקשרים נסיבתיים ולא אישיים. במקרים אלה עמדה לנאשם היכולת הפיזית והשכלית להמנע מביצוע העבירה, אך יכולת זו **הוכרעה תחת לחץ נסיבתי חיצוני**. נק' המוצא אינה היעדר בחירה חופשית במובנה הפשוט, כי אם שאלת מוסריות הבחירה, ע"פ סטנדרטים מוסריים-נורמטיביים-אובייקטיביים. **נערוך** **השוואה בין הסטנדרט הערכי-נורמטיבי של הנאשם, לעומת זה שמצופה ממנו להפעיל ע"י החברה**.
* לשני סוגי הפטורים הללו, רציונל משותף אחד: הפטורים מבוססים על כך שהסטייה ההתנהגותית מהנורמה הערכית-נורמטיבית, אינה טמונה בסולם ערכים פגום (אישיות לא מוסרית), אלא **במסכת עובדות (אישית או נסיבתית),** שגם אדם נורמטיבי מן היישוב, לו נקלע להן, היה פועל בצורה דומה.
* **כלומר, בשני המקרים, הענקת הפטור מבוססת על השיפוט המוסרי, הנורמטיבי-ערכי, של העושה, בהינתן מצבים עובדתיים אלה**.
* ודוק: העובדות שמקימות את עילת הפטור (היעדר שליטה וכד'), הן אך המצע לשיפוט המוסרי – אך העיקר הוא השיפוט הנורמטיבי-ערכי, **ולא שאלת המודעות/חופש הבחירה, כמושגים עובדתיים**.

**לסיכום:**

בקיצור, הענקת פטור קשורה בשיפוט הערכי-נורמטיבי של התנהגות הפרט. הפטור קשור בטבורו למושג ה"גינוי, החברתי, כתוצר של סטייה ערכית-נורמטיבית של הפרט, ואי עמידתו בציפייה הערכית-נורמטיבית של החברה**. אדם שראוי לגינוי הפלילי (לא זכרי** לפטור) הוא זה ששיפוטיו המעשים ערכיים-נורמטיביים, מבטאים סטייה מנורמת ההתנהגות שהחברה זכאית לצפות מאדם שומר חוק בנסיבות דומות (אישיות/קונטקסטואליות).

* הדוג' עם שמעון- שמעון ירה בלוי בנסיבות דחק, נעדר רצון חופשי. אולם בחירתו משקפת כשל ערכי-נורמטיבי-סובייקטיבי שלו, בהשוואה לשיפוט נורמטיבי-ערכי-אובייקטיבי של אזרח שומר חוק, באיזון הראוי (חיים מול קניין). נסיבות הדחק אינן שנויות במחלוקת עובדתית, אך הענקת הפטור מבוססת רק על השיפוט הערכי-נורמטיבי, שנעשה לאורן. כנ"ל לנהג האמבולנס.
	+ 1. **מה בין אשמה-גינוי בעבירה, להיעדר אשמה-גינוי בפטור:**

**כללי**

* אם פטור קשור בשאלה האם הכרעתו הנורמטיבית-ערכית של הפרט לנהוג בדרך מסוימת, מבטאת "קונפליקט אידיאולוגי" בין שיפוטיו המעשים-ערכיים-נורמטיביים, לבין שיפוטיה המעשיים-ערכיים של החברה ← אזי מתעוררת שאלת הזיקה שבין ה"פטור" **כסייג לאח"פ,** לבין יסוד ה"אשמה" המבטא אנטי-חברתיות מוסרית **כיסוד בעבירה**.
* השאלה מתחדדת על רקע הזיהוי בספרות המשפטית ובדין המשווה, של סייגי הפטור, כסייגים החותרים תחת יסוד האשמה, כיסוד בעבירה, או כסייגים השוללים אותה: בדין הגרמני, יש קשר בין פטור לבין אשמה. האשמה היא תנאי להתגבשות האח"פ כרכיב עצמאי של יסוד בעבירה, ולא די לבחון רק את שאלת היעדרה כפטור. והיא לא מזוהה גם עם היס"נ. ובאמת יש תיאוריות המזהות את הגינוי הנורמטיבי החברתי עם יסוד האשמה.
* **אז עולה השאלה, מה בין אשמה כרכיב פוזיטיבי, לבין היעדר אשמה כיסוד נגטיבי (פטור).**

**האשמה כיסוד נורמטיבי בעבירה**

* מקובל לחשוב שהמשפט הפלילי דן אדם על מעשיו, ולא על תכונות אופיו. זו טענה נכונה, אך יש בה אלמנט מתעתע, משום **שפליליותם של מעשים נקבעת ע"פ שיפוט טיבם/אופיים הלא מוסרי**. השאלה האם אדם ״רימה״ מישהו, היא שאלה נורמטיבית. זאת לא שאלה עובדתית, כי זה תלוי איך אנחנו מגדירים ״מרמה״, וזאת שאלה שהיא נורמטיבית.
* **גרדנר**- טען שספק רב אם ניתן להגדיר/לאפיין מעשה, במשמעותו כאוסף של עובדות אובייקטיביות-חיצוניות, במונחים שיפוטיים מוסריים: עובדות אוב' יכולות להיות פוגעניות ולכן שליליות, אך לא יכולות לעצמן, להיחשב בלתי מוסריות (למשל, אסון טבע). השיפוט המוסרי לעולם קשור בפעולה אנושית, ואינו חלק מהגדרת המעשה במובנו האובייקטיבי-חיצוני.
* **לכן, הגדרת מעשה מסוים כמעשה של "מרמה", יותר משהיא מתארת את המעשה כיס"ע של העבירה, היא מתארת את העושה "כרמאי**". היא מתארת את הליך הנפש שלו, או את הטעמים שהניעו אותו. אם אדם מרמה בגלל שאיימו לירות בו, הוא לא רמאי. ← **זה ביטוי נוסף למורכבתו של המונח "מעשה", המכיל היבטים אוב'-חיצוניים, לצד סוב'-פנימיים, שהם בעצם האיזון הערכי-נורמטיבי**. השאלה היא למה הנאשם עשה "מעשה רע", והטעמים שלו עומדים לביקורת ערכית נורמטיבית. הבחינה הנורמטיבית של "המעשה", מעניקה לנו בסיס לבחינת שאלת הגינוי של "העושה".
* זה נכון לעוד עבירות: למשל, **הטרדה**- זו מילה שכוללת לא רק "מעשה רע" מהטעם הרע (שיפוט-ערכי נורמטיבי).
* אם הטעם העומד ביסוד הפעולה הוא להטריד – אזי ברור שזה טעם (שיפוט ערכי-נורמטיבי) שראוי לגינוי (אשמה).
* אבל אם הטעם הוא איסוף ראיות (המשך לדוגמת הפרקליט והעד), השיפוט הערכי-נורמטיבי יהיה שונה, ולכן אולי המעשה אינו הטרדה, משום שהטרדה כוללת **תכלית להטריד**.
* אבל **אם קבענו שמדובר בהטרדה** – אמרנו גם **שהטעם הוא להטריד**, ולכן המילה הטרדה **כוללת מתוך עצמה את הגינוי החברתי – האשמה.** כנ"ל לגבי תקיפה, התעללות, חבלה, ואפילו חניה במקום אסור. אם יש איסור לחנות, ואדם חנה, הוא ראוי לגינוי כי העדיף את האינטרס שלו ולא את האינטרס החברתי. אך אם מדובר בעצירה כדי לסייע לאדם פצוע, יש פטור. אבל האם זה לא אומר שפשוט נעשה מעשה מטעם אחר מזל שחניה במקום אסור, ולכן במידה רבה, אין עבירה?
* **לכן, מעשה עבירה, כפעולה של בן אנוש, היא לעולם בעלת תכלית, שאפשר לבחון אותה ערכית-נורמטיבית**: מתוך הגדרתה היא מעניקה לנו בסיס לבחינת שאלת הגינוי. אכן, היעדר מודעות או מצב עובדתי מסוים של פגם בבחירה חופשית, יכולה להביא אותנו למסקנה שהמעשה לא נעשה מתוך תכלית פסולה, ולכן אין אשמה. ← אולם, לא המודעות, או הפגם בבחירה החופשית – כעניין שבעובדה, הוא זה שקובע את הגינוי, אלא זה חלק מהמצע העובדתי הנתון לשיפוט שלנו (הגדרה מעשה העבירה עצמה). כשהשיפוט הנורמטיבי – הוא-הוא הגינוי, או האשמה.
* **לכן, ייחוס מעשה עבירה הוא תמיד, על פניו – ייחוס אשמה/גינוי:** כלומר, כאשר מייחסים לאדם התנהגות לא ראויה (מעשה רע), אנחנו לא רק טוענים שזה מעשה שהיה ראוי לא לעשותו, אלא גם שהוא עשה אותו מהטעם הראוי לגינוי (אשמה). אך יש לו הזדמנות להפריך את הייחוס ולטעון שבנסיבות הוא לא ראוי לגינוי (פטור).
* **ואם כך, עולה השאלה, מה היחס בין אשמה כיסוד בעבירה (יסוד נורמטיבי של גינוי), לבין היעדר אשמה בפטור?**

**דוגמה נוספת – זדון ומזיד בדין הישראלי:**

* יסודות או מונחים בעלי אופי שיפוטי-מוסרי, הכרוכים בהגדרתה של עבירה, קשורים אפוא באפיונו של ה"עושה"; של הלך הנפש בו פעל; או של הטעמים שהניעו אותו לבצע את המעשה האסור ע"פ הגדרתו. **מכאן נטייתנו לזהות יסודות מסוג זה עם היס"נ בעבירה,** **המזוהה לעצמו עם מצבו הקוגנטיבי-חפצי של העושה** (כמו שמזהים כיום זדון/מזיד, כמודעות/פזיזות).
* אלא שזיהוי המונחים ״זדון״, ״מזיד״, ״אי יושר״ או ״מרמה״, לדוג', כמונחים שמזוהים עם **היס"נ** בעבירה, במובנו הצר הקוגנטיבי-חפצי (מודעות/פזיזות) **– מאיינת הלכה למעשה את המטען השיפוטי מוסרי-נורמטיבי של מושגים אלה, ומנטרלת אותו.**
* המונח "**זדון/מזיד**", מבטא מטען שיפוטי נורמטיבי-ערכי של הלך נפש פסול (רצון להרע), ויחס אנטי חברתי כשיפוט נורמטיבי ערכי פסול (**תודעה מוסרית**) – פגיעה בערך מוגן מתוך רשעות, היא מעשה אסור מטעמים/הלך נפש, הראויים לגינוי. ← מצב זה אינו זהה למונח מודעות או פזיזות, המהווים מצבים קוגניטביים (**תודעה הכרתית**), החופשיים וניטרליים כשלעצמם, ממטען שיפוטי-מוסרי
* **המרת המונחים מזיד/זדון במודעות, היא ביטוי להמרתם של מונחים ותכנים שיפוטיים-מוסריים, במונחים/תכנים עובדתיים-תיאוריים, הניטרליים כשלעצמם מבחינה נורמטיבית**. למעשה, זהו יישום גישתו של **פלר** – לפיה ביצוע עבירה במודע, הוא מצב המבטא באופן מובנה, יחס אנטי-חברתי כלפי הערכים המוגנים באותה עבירה.
* **על כל פנים, אם המונח זדון, כדוגמה, מבטא יחס אנטי חברתי נורמטיבי-ערכי מתוך עצמו, עולה שאלת זיקתו כיסוד בעבירה אל היסוד הנורמטיבי של סייגי הפטור:** זדון הוא מושג המציג את בעליו באור שלילי נורמטיבית, כמי שפעל מטעמים המבטאים קונפליקט אידיאולוגי בין ערכיו לערכיה של החברה, וכמי שהתנהגותו סטתה מציפיותיה הנורמטיביות מאדם שומר חוק בנסיבות העניין. ← **בנסיבות אלה, האם לא נכון לטעון כי מי שביצע עבירה בזדון, הוא מי שלא יכול לעמוד לזכותו סייג של פטור, ולהפך?**
* כך למשל, קשה לדמיין מצב עובדתי בו נוכל להניח כי התקיים יסוד הזדון כיסוד בעבירה, אך לצד זאת, התגבשו גם יסודות של **סייג הכורח** כסייג פוטר. שהרי מי שפעל בנסיבות של כורח, לא פעל מטעמים פסולים של רצון להרע. **קשה לקבל האפשרות לפיה שני יסודות אלה, שמקורם נפרד כביכול, יכולים לדור יחד – כי התקיימות כל אחד מהם שוללת מעיקרא את היסוד השני**.
* לעומת זאת, אם זדון/מזיד, הם **מודעות או דרגה של רצון** (לא כחלק מיסודות העבירה אלא כשאלה נורמטיבית), הרי אין כל סתירה הכרחית בינם לבין סייג הכורח, שהרי גם הפועל מכורח עושה זאת מרצון.
* בנסיבות אלה עולה השאלה האם **המרתם** של מונחים בעלי אופי מוסרי-נורמטיבי בעבירה, למונחים עובדתיים-תיאוריים (גי מוגדרים כיסוד בעבירה), הניטרליים ממטען זה, היא ראויה, ככלל, ובוודאי עבור מי שסבור כי על העבירה להכיל גם יסוד אשמה נורמטיבי כיסוד של **גינוי**.
* **מרמה**- יש שיטענו כי המונחים מרמה וכד', עשויים, יותר מהמונח זדון, **לקיים תוכן נבדל מן היסוד הנורמטיבי של סייג הפטור**: הלך נפש של זדון, רצון להרע, לא מתיישב בשום צורה עם סייג הפטור; ואילו לעומת זאת, אדם יכול לרמות כתוצאה מאיום על חייו באופן המקנה לו פטור. המונח מרמה מתאר את המוטיבציה של העושה, באופן שמבטא, על פניו, יחס אנטי חברתי נורמטיבי-ערכי-שלילי, מה שמודעות לא משיגה כשלעצמה.
* **אולם, משמעות הדברים, היא כי מרמה מניחה יסוד של "גינוי" כהנחה ראשונית.** אך אם בחינת נסיבות העניין תלמד על מוטיבציה או טעם לגיטימיים שאינם ראויים לגינוי ״מרמה״, יתקיים **פטור**.
* **התוצאה היא, שהמונח "מרמה" מקיים זיקה רעיונית עם יסוד הגינוי הנורמטיבי של הפטור.** קבלת דבר במרמה מקימה על פניו את דרישת האנטי חברתיות, אלא אם יוכח כי קיים טעם נוסף ועמוק יותר, המלמד כי העושה לא פעל מתוך יחס שלילי הראוי לגינוי (פטור). והרי לנו זיקה בין האשמה/הגינוי כיסוד בעבירה, לבין היעדר האשמה/גינוי כיסוד בסייג הפטור. ושוב, ענייננו במושגים ערכיים-נורמטיביים, אך לא ביסודות קוגניטביים, הניטרלים, לעצמם, ממטען שיפוטי-מוסרי.

זדון ומזיג הם חלק מהעבירה וזה הופך אותם לנטרליים למרות שהם מונחים בעלי יסוד נורמטיבי ולכן, זה בעיה בכלל לדבר על פטור. הם מניחים גינוי ואשמה מלחתיכלה ולכן אם התקיימו אי אפשר להגיד אחרת הם עובדים רק לכיוון אחד. לעומת זאת אם הם היו נבחנים על פי דרגה או מודעות אז כן היה מקום לעשות שיפוט נורמטיבי ולשלול את האחריות. כך, מרמה מתארת מוטיבציה שראויה לגינוי כהנחה ראשונית אבל אם יוכח לאחר מכן שהיו נסיבות שפוטרות אותו, יקבל פטור.

* + 1. **משפט משווה**
* יהיו המשמעויות הנורמטיביות-ערכיות של המונחים מזיד, מרמה וכו', אשר יהיו – הגדרת היסוד "של "הפזיזות" במשפט האנגלו-אמריקאי, מעוררת באופן מובנה, את שאלת זיקת היחס האנטי חברתי הנורמטיבי ערכי כיסוד בעבירה, אל יסוד האנטי חברתיות כיסוד בסייגי הפטור.
* פזיזות במודל האמריקני = נטילת סיכון בלתי סביר, המבטאת סטייה ניכרת/גדולה מסטנדרט התנהגות שאדם שומר חוק היה מיישם לו היה נקלע ליסטואציה דומה לזו שבה פעל הנאשם. ← והרי לנו מבחן הציפייה החברתית הנורמטיבית, שלעיל הוצגה כמבטאת את היסוד הנורמטיבי של סייגי הפטור.
* יסוד האנטי חברתיות הנורמטיבי ערכי במובנו זה, משמש ע"פ הגדרה זו כיסוד בעבירה – שהרי הפזיזות היא יסוד בעבירה הפלילית ולא הסייג. **ולכן ביחס לפזיזות מתעוררת במלוא חריפותה, שאלת זיקת היחס האנטי-חברתי הנורמטיבי כיסוד בעבירה, לבין יחס זה כיסוד מסייגי הפטור.**
* ניתוח יסוד הפזיזות, מעורר אפוא, מתוך הגדרתו, את שאלת זיקת יסוד האנטי חברתיות/הגינוי, כיסוד בעבירה, אל יסוד האנטי חברתית/הגינוי, כיסוד מיסודות הסייג של פטור.

**הרצאה 5- "מעשה" – מושג עובדתי או מושג נורמטיבי?**

עיקרון יסוד בתורת האח"פ: אין עבירה בלא "מעשה". **אך מהו ״מעשה״?** שאלה מורכבת שנחלקו בה הדעות:

**תוכן המושג "מעשה פלילי" במסורת המשפט הפלילי באנגליה**

במסורת המשפט האנגלי קיימות **שתי תפיסות מתחרות** ביחס לתוכן מושג המעשה, בהקשר המשפט הפלילי (שלא הוכרעו):

1. **אוסטין-** הדין בישראל. לשיטתו, **מעשה** ← **תנועה רצונית של הגוף. הזזת שריר.** הגדרה זו מציעה הבחנה חדה בין המעשה כתנועה גופנית (התנהגות), לבין נסיבותיו/תוצאותיו – שהן עובדות מסוימות הנלוות למעשה, אך חיצוניות לו. למשל, אדם יורה בחברו: הרמת האקדח, והלחיצה, הן המעשה; האדם שמת זה תוצאה; הכדור שנפלט זה סוג של תוצאה עובדתית; האצבעות על ההדק זה נסיבות וכו'. ← **היס"ע** של עבירה בתפיסה זו, מבטא את התגבשותן המשולבת של תנועות גוף, עם עובדות אובייקטיביות-מטריאליות מסוימות, שיש להן ביטוי ריאלי במציאות ממשית.
2. **סלמונד-** חולק על אוסטין. לשיטתו, **מעשה** ← **כולל בתוכו הן את התנועה הגופנית, הן את נסיבותיה והן את תוצאותיה.** בדוגמת הירי, המעשה כולל בתוכו את נסיבת האקדח טעון; את נסיבת האדם שנורה בטווח האקדח; את תוצאת הירי העובדתית של יציאת הכדור וכו'; ואת תוצאת הפגיעה. ← לשיטתו, צמצום מובן המעשה ל"תנועה גופנית" בלבד, מכלילה את כל סוגי המעשים תחת אותו תיאור, ללא יכולת אבחנה בין סוגי מעשים שונים. לדעתו "מעשה" הוא גם שם של "פעולה", והשוני אינו רק בנסיבות/תוצאות, אלא ב"מעשה" ממש. למשל, לרצוח זה שם של פעולה ספציפית, של מעשה מסוג מסוים, ולא שם של פעולה כללית של תנועת גוף, השונה מפעולות אחרות רק בנסיבות/תוצאות.

**שאול-** חושב שהטיעון של **אוסטין שגוי** מיסודו; והטיעון של **סלמונד קרוב הרבה יותר** לתוכן הראוי של מושג המעשה, אולם עדיין הניתוח שלו חסר, קשה להבין ממנו מה המשמעות של כל מושג כמושג כולל (לתקוף, לרצוח וכו').

**הדין הישראלי** (ס18 לחוק העונשין+פסיקה), אימצו את הניתוח של אוסטין, אך **בדין האנגלי** אין הכרעה. אין סעיף חוק שמגדיר מהו "מעשה עבירה", ואין הכרעה פסיקתית. י"א שהתפיסות דלעיל הן יותר תיאור של המושג, מאשר הגדרה שלו.

**תוכנו הנורמטיבי של מושג ה"מעשה"**

**התזה של שאול**

**"מעשה" – תיאור לשוני-עממי ותיאור לשוני-משפטי:**

מקובל לחשוב שלמרות שתיתכן זהות מילולית בין תיאור עממי ומשפטי, המשמעות התוכנית תהיה שונה: "ראובן תקף את שמעון; שמעון הטריד את לוי; לוי התעלל בחסר ישע".

1. **תיאור לשוני-משפטי-** **איך המשפט קורא למעשה**. התיאור הלשוני-המשפטי של פעולה כמעשה עבירה, מתחיל מלמעלה ויורד למטה ← ההגדרה הסטטוטורית מכוננת את התוכן של המילה. כדי לדעת מה זה תקיפה צריך להסתכל מה החוק אומר שזו תקיפה.
2. **תיאור לשוני-עממי- איך הדיוט מהחברה מתאר את המעשה**. התיאור הלשוני העממי מתחיל מלמטה ועולה למעלה ← התוכן העממי של המילה הוא זה שמכונן את ההגדרה (המילונית למשל).

**"מעשה" – התיאור הלשוני-עממי כשיפוט נורמטיבי:**

1. **הגדרת "המעשה" הסטטוטורית-משפטית**, פורטת את מושג ה"מעשה", **להיבטים החיצוניים-גלויים-אובייקטיביים, של ההתרחשות העובדתית-הפיזית-גשמית הנצפית במציאות**.המעשה הוא אוסף של עובדות אובייקטיביות-גשמיות. הזיקה העובדתית-גשמית בין המבצע לאותן עובדות, היא שמכוננת את ייחוס מעשה העבירה למבצע.
	* + - **זו המשמעות המקובלת של ה"אקטוס ראוס"** – מדובר ברכיבים **אוב'-עובדתיים-גשמיים-חיצוניים** של העבירה, המכוננים את תוכני המושג "מעשה עבירה". שלצדם, **באורח נפרד ומובחן לחלוטין**, מתקיימים רכיבי **העבירה הסובובייקטיבים (יס"נ)**, **והרכיבים הנורמטיביים-מוסריים (סייגים)**. שלהם, לכאורה, אין כל מעמד בהגדרת תוכן מעשה העבירה.
* **הקושי**: תיאור מושג ה"מעשה", בתיאורו הלשוני-משפטי, אינו הולם את תכונו המילולי-לשוני של המושג המשפטי "אקטוס ראוס". יש בו **התכחשות למשמעות הנורמטיבית האינהרנטית של המושג "מעשה" כמושג שנועד לתאר פעולה אנושית**. מאחר ועניינו של המשפט הפלילי הוא בביקורת פעולותיהם של בני אדם, של "מעשים", לא סביר לצמצם המושג רק להתרחשות עובדתית-גשמית של הפעילות, במובחן מאירועי טבע. צמצום זה פוגע קשות בקידום מטרותיו ויעדיו של המשפט הפלילי.
* **הטענה בביקורת:** **המושג "מעשה", כמושג שמתאר פעולה אנושית (ע"פ האקטוס ראוס), הוא מעצם טיבו מקיף כל, ובעל היבטים קונקסוטאליים רחבים הרבה יותר.**
1. **הגדרת "המעשה" בתיאור לשוני-עממי**: גורסת כי **מושג ה"מעשה" (כל מעשה), אינו מבוסס על תיאור עובדתי-אובייקטיבי בלבד, אלא "מעשה" הוא מושג שמבוסס בעיקר על שיפוט נורמטיבי של פעולה, ע"פ הקשרה הכולל והמלא.** ← **מדובר במושג נורמטיבי, מוניסטי ואטומי – שאינו ניתן לחלוקה לרכיביו השונים, כשם שעושה האנליזה המשפטית.** לכל אחד מרכיבי העבירה (מעשה, הצדק, ואשמה) – נפקות על אופן תיאור המעשה עצמו, במובנו הלשוני-עממי, ולא רק על השאלה אם ראוי להטיל אחריות על הפועל בגין פעולתו.
	* + - נדגים עם ניתוח כירורגי:ראובן הוא כירורג, ובמהלך הניתוח, הוא "מפעיל על גופו של שמעון כוח". אדם מן היישוב, בתיאור לשוני-עממי, לא היה מתאר זאת בהפעלת כוח, אלא "ניתוח". גם אם הוא יגיד שהייתה "הפעלת כוח", היא לא תהיה מזוהה עם ההתרחשות "תקיפה". מדוע שלא תוגדר הפעולה כ"תקיפה", למרות שזה הסבר סביר?
			- **הטענה:** כשאנו טוענים במובן הלשוני-עממי ל"תקיפה", אנו לא מתכוונים רק לתאר התרחשות עובדתית-אובייקטיבית-גשמית, של מגע כוחני בין שני אנשים, אלא בעיקר כי הפעולה שלהם, **בהקשרה הנסיבתי המלא, ראויה, מבחינה שיפוטית-נורמטיבית-מוסרית, לתואר הפועל של המעשה**, "תקיפה".
			- **ולמעלה מכך,** בתיאור זה אנו טוענים כי **ראוי לייחס למבצע בנסיבות העניין "מעשה"** של "תקיפה".
			- **כלומר**, אם אנחנו מייחסים "מעשה" לאדם, ההתנהגות שלו ראויה במובן הנורמטיבי להיחשב אותו "מעשה". **זה אומר שלמעשה הזה אין משמעות דומיננטית אחרת מתחרה:** לא מדובר בפעולה שנכון לכנותה באופן אחר (שהוא אינו מעשה עבירה, ג'ודו); לא מדובר בהגנה עצמית (הצדק); ולא מדובר במעשה אינו ראוי לגינוי (כורח). ← משום שהמושג שהשתמשנו בו, והתוכן המגונה שהוא כולל, אינם ניתנים להפרדה.
* **אז מה מאפיין ייחוס אחריות ("מעשה") =** ייחוס מעשה כייחוס של אחריות, מבוסס על **משמעותה הנורמטיבית הכוללת** של אותה פעולה: **(1)** **ההיבטים האובייקטיבים עובדתיים-חיצוניים** של התנהגות בהקשרם הכולל **(2) ההיבטים הסובייקטיבים** (יעדיו וכוונותיו של הפועל, יס"נ), **(3)** **והשיפוט הנורמטיבי של אופיים; משמעויותיהם החברתיות המתחרות; וסבירותם; של כל אותם היבטים**, באותו הקשר נתון, של המתבונן מן היישוב החולק את ערכיה הנורמטיביים של החברה (ובכלל זה תוכני הסייגים של האח"פ).

**"מעשה" – תיאור לשוני-משפטי כתיאור עובדתי גרידא?**

* + - * **האם התיאור הלשוני-משפטי יכול לבדל עצמו מתפיסותיה הנורמטיביות של החברה, ביחס לאותו שם תואר בו משתמש?** אם המשפט הפלילי משמש כלי לביקורת נורמטיבית של חברה על "מעשים", אז יש בעיה אם למשפט יהיו תובנות נורמטיביות-מוסריות השונות מזו של החברה בה הוא חל. למשל, "ניתוח" במובנו הלשוני-עממי, יכול להיחשב במובנו הלשוני-משפטי "תקיפה".
* **לכאורה, ניתן לענות על הבעיה הזאת כך:** בסופו של דבר גם הניתוח המשפטי וגם הניתוח העממי **יגיעו לאותה תוצאה**. הפרט העממי בוחן את המעשה באבחנה חד-שלבית, וקובע שלא מדובר בתקיפה; ואילו המשפט בוחן את המעשה בשלבים, או שיקבע שלא מדובר בהפעלת כוח "שלא כדין" ולכן לא מדובר בתקיפה, או שיקבע שמדובר בתקיפה, אבל לאחר מכן יקבע שיש סייג ולכן לא יטיל אח"פ.
* **שאול- לא חושב שיש בתשובה הזו כדי ליישב את הפער בין המובן העממי למשפטי:** דוגמת ה״ניתוח שלא כדין״, שמעורר שתי שאלות: (1) האם אדם מן היישוב היה מכנה זאת תקיפה (2) האם היה חושב שהתקיפה הזו, זהה לתקיפה מסוג אגרוף. ← לדעת שאול, גם בהנחה שיכנו זאת תקיפה, היא אינה תיחשב מעשה של תקיפה "טיפוסית" ע"פ המובן הנורמטיבי-החברתי-עממי פשוט (כמו אגרוף).

**אם כן, עלינו להשיב על שתי שאלות:**

**(1) מה טיב האבחנה העממית** בין תיאור מעשה "טיפוסי" של "תקיפה" (כמו אגרוף), לבין תיאור מעשה אחר (כמו ניתוח שלא כדין) כמעשה של "תקיפה".

**(2)** כפועל יוצא, שאלה חשובה יותר, **האם על המשפט הפלילי, ככלי לביטוי תובנותיה הנורמטיביות של החברה, להיות רגיש להבחנה זו**, ולתת לה ביטוי בשיפוטיו הנורמטיביים?

**שאלה (1)** ← **טיבה של ההבחנה: תורת המעשה – על "מעשה" ועל "גרם מעשה":**

ההבחנה העממית בין תקיפה ״פשוטה״ (אגרוף) לבין תקיפה באמצעות ניתוח שלא כדין, מגלמת הבחנה חשובה מאוד בין ״**מעשה**״ ו״**גרם מעשה**״, במובנם הנורמטיבי ← בין **משמעותו הנורמטיבית הפשוטה** של המעשה ש"עשה" העושה, לבין **משמעותה הנורמטיבית העקיפה** של התרחשות שלה "גרם" העושה במעשיו:

* 1. **סטירת לחי** ← **היא מעשה** של "תקיפה". תיאור הסטירה כתקיפה, היא תיאור המעשה שנעשה לעצמו. תיאור המשמעות הנורמטיבית הישירה של סטירה, היא תקיפה.
	2. **ניתוח שלא כדין** ← **הוא גרם מעשה** של "תקיפה". הניתוח הוא אינו תיאור המעשה שנעשה לעצמו, שהרי הניתוח עצמו אינו מעשה תקיפה. אלא, לניתוח יש תוצרי לוואי נורמטיביים אגביים שהם תקיפה. המעשה הוא ניתוח, התקיפה היא תוצר נלווה למעשה.תיאור המשמעות הנורמטיבית של תקיפה, הוא עקיף.

**ודוק: ההבחנה בין מעשה לגרם מעשה, אפשרית רק אם ה"מעשה" הוא מושג נורמטיבי, ולא תיאורי-עובדתי בלבד**: שהרי אם מעשה "תקיפה" הוא תיאור התרחשות עובדתית-גשמית בלבד, של מגע כוחני בין השניים, מה לנו ההבחנה בין המגע שבסטירה, לזה שאגב ניתוח אסור? ← אלא ש"המעשה" הנורמטיבי אותו בוחנים, עבור המתבונן העממי-מהצד, מקבל משמעות נורמטיבית שונה: המתבונן העממי-מהצד, יודע להבחין בין **עשיית** "מעשה אסור" במובנו הנורמטיבי הישיר והפשוט, לבין **גרימת** פגיעה בערך מוגן ממעשה אסור, אגב עשיית "מעשה אחר". ההבחנה האינטואיטיבית המתבטאת בלשון השונה, מעניקה גם למעשים תוכן נבדל.

**שאול: המשפט הפלילי צריך לאמץ תפיסה של ״מעשה״, באופן זהה לתפיסה הנורמטיבית של אדם מן היישוב – שישפיע גם בתיאור הלשוני-משפטי**. נעמוד על הטעמים:

**שאלה (2)** ← **"מעשה עבירה" כמעשה אסור על פניו; ו"גרם מעשה עבירה" כמעשה מותר על פניו:**

* **העיקרון הכללי**:
* בהינתן ש"**מעשה**" הוא מושג נורמטיבי-שיפוטי ולא עובדתי-אוב' בלבד**;**
* בהינתן שמשמעותו הנורמטיבית-חברתית **הפשוטה** של המעשה הוא אינו עבירה**;**
* בהינתן שהמשפט הפלילי צריך **לייצג** את התובנות הנורמטיביות של החברה שבה הוא חל, ולא לייצר נורמות משלו.
* **אזי ניתן לומר שעובדות מסוימות, כלל אינן מגלמות עבירה**:
* "**מעשה**", שמצד תוכנו הנורמטיבי, הוא "מעשה העבירה כפשוטו" (סטירה) ← נחשב, כהנחת מוצא, "**מעשה אסור**"
* "**גרם מעשה עבירה**", קרי, פגיעה בערך המוגן במעשה עבירה מסוים, אגב עשיית מעשה שמצד תוכנו הנורמטיבי אינו "מעשה העבירה כפשוטו" (ניתוח) ← נחשב, כהנחת מוצא, "**מעשה מותר**".
* **רציונל: עקרון החוקיות = הכל מותר, מלבד מה שנאסר בדין**. כוחו של איסור מוגבל לאותו מעשה מסוים שננקט בחוק, ולא לתוצרי לוואי של פגיעה באותו ערך מוגן, כתוצאה מעשים אחרים.
* שורה תחתונה- אם **אין הבחנה בין מעשה לגרם מעשה אנו נמצא את עצמנו מענישים על מוסר ולא על פי דין.** הענשה עלמוסר ולא על מעשים פליליים **נוגד את כל התכליות של המשפט הפלילי.**
* **מעשה זה נורמטיבי וגרימה זה אובייקטיבי.**
* **הדגמה:** אם "מעשה" הניתוח שביצע ראובן, במשמעותו החברתית-נורמטיבית הפשוטה, ייקרא "ניתוח", וניתוח הוא אינו מעשה שנאסר בדין – אזי המשפט הפלילי צריך להתכתב עם הנורמות החברתיות, וראובן יכול לטעון שהעובדות אינן מגלות מעשה עבירה.
	+ - * טענת נגד של המשפטנים**:** ראובן לא יכול להתכחש שקיים את **היס"ע**, "מגע כוחני".
			* תשובה של **שאול:** **(1)** **אלא שזה חוזר שוב ל"מעשה" עובדתי-אוב' בלבד**, ומתעלם מהשיפוט הנורמטיבי-החברתי במעשה. **(2)** **ממילא, גם המשפטנים נותנים פרשנות נורמטיבית-חברתית-עממית, בבואם לקבוע עבירה**. למשל, היסוד "שלא כדין", שמספק פרשנות נורמטיבית. נידרש כמשפטנים להוכיח אותו רק במקרים של ניתוח וכד'; אך לא במקרים של אגרוף, **שם עצם המעשה, האגרוף, לא כדין מצד עצמו.**
			* ודוק: גם לאגרוף לא נתייחס כתקיפה רק בשל העובדה שמעשה זה מקיים את היס"ע האובייקטיבי בהגדרת העבירה, מגע כוחני – אלא רק משום שזה **בהקשר הולם מסוים, ע"פ שיפוטיה הנורמטיביים-העממיים של החברה שלנו** – מעשה של תקיפה. שהרי, יש חברות שחינוך באלימות זה רק חינוך, ולא תקיפה.
* **"תורת הייחוס הנורמטיבית" =** כאשר אנו מכנים "**מעשה**" מסוים בשם כלשהו, אנו לא רק מתארים עובדות-אובייקטיביות, אלא **מייחסים אחריות, במובן הנורמטיבי**.
* לא נרצה לכתחילה לייחס אחריות בגין אותו "מעשה", כדרך תיאור הלשוני-משפטי, ואז לשלול אותה.פרשנות זו תרחיב באופן בלתי סביר את גבולות האיסור הפלילי. אלא, יש להוכיח **כחלק מהגדרת האיסור עצמו**, כחלק מיסודות העבירה, שמדובר ב"מעשה שלא כדין". לא די בכך שהוא הותר בדין ע"י סייג.

**"התעללות" ו"הטרדה" – מעשי עבירה נורמטיביים והדגמה נוספת:**

אם עדיין יתעקש המשפטן על הגדרת "מעשה" כהתרחשות עובדתית-גשמית-אובייקטיבית, הוא לא יוכל להתהדר בהגדרה זו, לגבי שורה ארוכה של עבירות, **שההגדרה הסטטוטורית שלהם ל"מעשה", ריקה מתוכן, מלבד שם הפעולה שהוענק**. לדוג': (1) הטרדת עד (2) התעעלות.

**מעשה "הטרדה"** - **עבירת הטרדת עד:**

* **״הטרדת עד״ = ״כל מעשה שיש בו משום טרדה לעד".**
* ביקורות: (1) **הגדרה רחבה-** שאינו עולה בקנה אחד עם המושג "הטרדה" במובנו הנורמטיבי-עממי הפשוט **(2)** **פגיעה בעיקרון החוקיות-** לפיו הכל מותר אלא אם נאסר.
* **דוג': איסוף ראיות מעד ע״י פרקליט-** לפי ההגדרה העובדתית המרחיבה, איסוף ראיות ייחשב הטרדת עד. אולם, האדם העממי-מהצד, לא יגדיר זאת כ"הטרדה" כלל, או לפחות לא באותה המידה (כמו צינתוקים). למעשה הזה יהיה תוכן מתחרה טוב יותר – איסוף ראיות.← ככל שמעשה איסוף ראיות לא אסור כשלעצמו (ואפילו רצוי, אינטרס ציבורי), הרי שע"פ שיפוט נורמטיבי-עממי, זה לא ייחשב "הטרדת עד" – אפילו אם יש בכך משום טרדה מסוימת לעד.
* **אם כן קיים פער בין השיפוט הנורמטיבי-העממי, שיאפיין את מעשה האיסוף כמעשה שלא נאסר (אינו הטרדה, לכן מותר); לבין יישום מבחן עובדתי-אוב', שמאפיין את המעשה כ"אסור".**

**מעשה "התעללות"** -  **עבירת התעללות בחסר ישע:**

* העיסוק ביחס בין מה שנאסר ע"י עבירה פלילית, לבין מה שהותר ע"י סייג "הצדק", רלוונטי גם בעבירת ההתעללות. נדגים באמצעות מקרה:**פרשת מרגולין**- הועמדו לדין צוות רפואי בבי"ח פסיכיאטרי. החוסים סבלו מפיגור וכו', באופן שמסכנים עצמם. הצוות פגע בהם פיזית ונפשית, מדיניות פוגענית ומשפילה. במענה לאישום, הנאשמים טענו שמשמעות ההתנהגות היתה "**טיפול**", ולא התעללות: להכווין התנהגות החוסים, ולהביא לשינוי התנהגותם המסכנת כלפי עצמם.
* כיום, אין הגדרה סטטוטורית בחוק שמאפשרת לנו להבין האם ההתנהגות נופלת בתוך ההגדרה התיאורית (בניגוד לתקיפה). אך נניח והיה. ← **אם נחליט שיש לבחון מעשה "התעללות" ע"פ המבחן העובדתי-אובייקטיבי** – "כל מעשה שבנסיבות אחרות יש בו כדי להתעלל", למשל אם היה ננקט ע"י הורים כשיטת חינוך – אזי אנחנו הופכים את העבירה לעבירה של "גרם מעשה", והרי גרם מעשה אינו עבירה, ככל שעיסוקו של המשפט הפלילי בפעולות אנושיות. ההתרחשויות הנלוות למעשה, אינן לעצמן, המעשה האסור.
* **נדרש לייחס את "המעשה" הנורמטיבי הרלוונטי בנסיבות העניין הכוללות:** ה"מעשה" אליו טוענת ההגנה הוא אינו "התעללות" אלא נעשה מתכלית של "טיפול", גם אם מבחינה "עובדתית-אובייקטיבית", **גרמו** האמצעים שננקטו לסבל פיזי, באופן שהיינו מקשרים בנסיבות אחרות ל"התעללות". המעשה עצמו אינו התעללות. ← אלא שטענה זו רלוונטית רק בתורת אח"פ שמכירה בתוכן "הנורמטיבי" של מושג ה"מעשה".
* **ודוק: אין להניח שמדובר בהתעללות, ולאפשר לנאשמים למצוא סייג**. שכן, תתעורר

**ריכוז טענות שאול:**

* סבור כי מושג ה"מעשה"– המתייחס לעולם **לפעולה אנושית** (human action) **אינו סובל** התאמה למאפייניהם האובייקטיביים-מטריאליים של **אירוע** או **התרחשות**, שיסודם **בכוחות הטבע**. במובן זה, גם אם סופת הוריקן יכולה לגרום לפגיעה בערכים מוגנים – בגוף או ברכוש, היא לעולם אינה "תוקפת"" מטרידה", או "מתעללת" ("מעשים", שלהם משמעות נורמטיבית-מוסרית, שלא ניתן להעניק לאירוע טבע). לכן" תקיפה" "הטרדה", ובוודאי "התעללות "– כשמות תואר של "מעשים", אינן התרחשויות, כי אם **פעולות אנושיות**.
* עניינו של המשפט הפלילי הוא קודם כל בפעולות אנושיות ב"**מעשים**" ולכן, אם האיסור הפלילי חל על ״מעשים״ במובן האמור, לא ניתן להניח כי חל אוטומטית גם על ״גרם מעשים״, שהם התרחשויות הנלוות למעשה ושלעולם טבוע בהם מאפיין אקראי או טבעי, שאינו לעצמו המעשה האסור.
* אמת, ניתן לעיתים להרחיב את האיסור הפלילי גם אל "גרם מעשה", ולו בשל היותו – במובחן מ"גרימה טהורה" של כוח טבע – תולדה של **מעשה** אחר (ההתרחשות – "גרם המעשה "– מקורה בפעולה אנושית אחרת או מוקדמת). ואולם, לדעתי, הרחבה זו אינה יכולה להיות אוטומטית או מובנת מאליה.
* **רציונל ההבחנה: עקרון החוקיות = הכל מותר, מלבד מה שנאסר בדין**. כוחו של איסור מוגבל לאותו מעשה מסוים שננקט בחוק, ולא לתוצרי לוואי של פגיעה באותו ערך מוגן, כתוצאה מעשים אחרים.
* שורה תחתונה- אם **אין הבחנה בין מעשה לגרם מעשה אנו נמצא את עצמנו מענישים על מוסר ולא על פי דין.** הענשה עלמוסר ולא על מעשים פליליים **נוגד את כל התכליות של המשפט הפלילי.** מעשה זה נורמטיבי וגרימה זה אובייקטיבי.
* **ביקורת על טענת סייגים:** הטיעון לפיו אומנם התגבש "מעשה" העבירה עובדתית-אוב', אך ניתן להוכיח **סייג** לפיו המעשה היה "כדין", אינו ראוי.הרחבת האיסור אל תוכן דומיננטי מתחרה, רק משום שיש תוכן אגבי שמתכתב עם המעשה (גרם מעשה) – פוגע בעיקרון החוקיות (הכל מותר מלבד מה שנאסר); הופך את נטלי ההוכחה (האדם יוכיח סייג "הצדק" שהמעשה היה כדין); ובעייתי במיוחד אם לא יימצא סייג מהרשימה הסגורה.

**מושגים בשפה כמושגים נורמטיביים:**

הרעיון שאנו לא יכולים להגדיר מושגים של מעשה אפריורית – היא מאתגרת. חותרת תחת הנחה בסיסית של המשפט הפלילי. מי שהניח הסבר לכך הוא **ויטגנשטיין**- יש לו שני טיעונים:

* **"כלל"** הוא אינו מושג בעל תוכן אפריורי-מופשט, שהמובנים של ידיעתו/הבנתו, הם שכל יישומיו העתידיים קבועים מראש. אלא, מדובר במושג הקשור באופן הדוק בסדירות אמפירית (הסכמה). **כלומר, מושג שאת משמעותו הוא מקבל מהעובדה שהוא מיושם בפועל ע"י חבר בני אדם בדרך מסוימת**.←לכן, אם בפועל אנו נתקלים ביישום שונה שלו, לא ניתן לטעון שהכלל "הופר", אלא שאין בכלל "כלל" (אין הסכמה), או שאותו מישהו מיישם כלל חדש (שמותנה בהסכמה, ולא בתוכן קבוע אפריורית)**.** לכן עם גילוי של אי-הסכמה, בטל מאליו גם הכלל.
* **לצורך תקשורת בין בני אדם** (הסכמה על כללים/תוכן מושגים): לא די ב"הסכמה בהגדרות", אלא **נדרשת גם הסכמה בשיפוטים** (שיפוט- מושג נורמטיבי, בשונה מהגדרה, שהיא בד"כ בעלת מאפיינים תיאוריים-עובדתיים). ← אלא שהסכמה על ה"הגדרה" (שיטת המדידה), תלויה בעצמה בסדירות אמפירית (קביעות) של הסכמה בשיפוטים (תוצאות המדידה).
* כלומר, **אנו לא יוצאים מההגדרה המוסכמת של כלל, אל יישומו התוכני בפועל** (כגון מהגדרה סטטוטורית של תוכן/משמעות, כפי שעושה התיאור הלשוני-משפטי)← **אלא מתוך יישומו של הכלל בפועל, המבוסס על הסכמה בשיפוטים, אנו גוזרים את תוכנו של הכלל** (מהמשמעות היישומית העממית בפועל, אל התוכן, כדרך התיאור הלשוני-עממי). ← אבל, תוכן שכזה, לעולם יאופיין באי-היקבעות. **כלומר התוכן/ההגדרה של הכלל הנגזרים מהיישום בפועל, הם נכונים כל עוד לא ייושמו בפועל בצורה אחרת** – כל עוד ההסכמה בשיפוט ממשיכה להתקיים בכל מקרה באופן ספציפי.

**אם נבקש ליישם את הטיעונים האמורים על המעשה האסור במשפט הפלילי, נוכל לומר:**

* הגדרה של "**מעשה**", היא הגדרה של "כלל" המותנה **בהסכמה**. ההסכמה הנדרשת אינה הסכמה מופשטת לתוכן תיאורי-עובדתי מסוים, שנקבע אפריורית ל"מעשה" (כגון שתקיפה = מגע כוחני). אלא הסכמה שנקבעת **לפי היישומים בפועל של בני אדם** ביחס למובנו של אותו מעשה.
* ולמעלה מכך, ההסכמה הנדרשת היא הסכמה **שיפוטית-נורמטיבית** (ולא תיאורית עובדתית בלבד), שהיא מעצם טבעה אינה קבועה, **וקשורה בקונטקסט, זמן ומקום ספציפיים**. למשל, ברית מילה לא תיחשב חבלה, כי השיפוט הנורמטיבי החברתי אינו כזה. **אם כן:**
* מאחר ותכלית המשפט הפלילי היא ליצור תקשורת, שפה וכללים מוסכמים, בין חברת בנ"א – הרי שהגדרה תיאורית-עובדתית של מעשה, היא חסרת כל משמעות, אם היא בעלת תוכן אפריורי, שאינו מותנה ביישום בפועל במושג ע"י אותה חברה, בזמן ובמקום המסוימים.
* יתרה מכך, מאחר והיישומים בפועל קשורים בהסכמה, בשיפוטים הנורמטיביים ולא רק העובדתיים, שהם באופן מודגש אינם קבועים – הרי שהגדרות קשיחות של "מעשים אסורים" הם בעצם אשליה.
* לכן, אם קיימת הסכמה רחבה (סדירות אמפירית) בקרב חברי קבילה נתונה בזמן נתון – לפיה רופא המנתח חולה אינו תוקף אותו – לא משנה מה תהיה ההגדרה המשפטית למושג תקיפה – אין מדובר בכלל בעל תוכן/נפקות.
* **המשפט הפלילי** שמבקש ליצור שפה משותפת לגבי "מעשה אסור" מסוים, לא יכול להסתמך על הגדרות אפריוריות של מעשים, מעבר לשימוש בכינוי אותו מעשה. יישומו תהא קשורה לעולם בשיפוט נורמטיבי קונקרטי של הקשר ספציפי, בהתאם לנורמות החברתיות.
* **לכן, ההבחנה שעושה המשפט הפלילי בין תיאור לשוני-משפטי, לתיאור לשוני-עממי, היא בלתי סבירה לחלוטין.**

**הרצאה 6 - סיבתיות ה"מעשה" כמושג עובדתי או מושג נורמטיבי?**

**"מעשה" ו"גרם מעשה"** ← **"סיבתיות", "התנהגות", "נסיבות", ו"תוצאות":**

1. **"מעשה" ו"גרם מעשה" – "סיבתיות פיזיקלית" ו"סיבתיות נורמטיבית":**

**סיבתיות פיזיקלית VS סיבתיות נורמטיבית (בקצרה):**

1. **סיבתיות פיזיקלית** – תופעה פיזית x גרמה להתפתחותה המאוחרת, בזמן ומקום, של תופעה פיזית y.
	* + **תוצאה במובן הפיזיקלי** תמיד תהיה שונה במהותה מהמעשה שגרם אותה(ירי ← מוות).
2. **סיבתיות נורמטיבית**- לתופעה מסוימת יש משמעות ישירה שהיא y, ויש משמעות עקיפה ומשנית שהיא z.
	* + **תוצאה במובן הנורמטיבי** ככלל אינה מובחנת מהמעשה (המעשה הוא הטרדה והתוצאה היא שמישהו הוטרד).
		+ **"גרם מעשה" הוא ביטוי לסיבתיות נורמטיבית**. משמעותה הנורמטיבית של פעילות המנתח כ"תקיפה" היא משמעות אגבית (y) למשמעות העיקרית שהיא "ניתוח" (x).

**הבחנה בין סיבתיות פיזיקלית לבין סיבתיות נורמטיבית (מורחב):**

* + - 1. המושג "**גרם מעשה**" כמצב המתאר פגיעה בערך המוגן במעשה אסור **אחד** (תקיפה), אגב עשייתו של מעשה **אחר** (ניתוח), עשוי לטעת תוכן מוטעה או בלתי מדויק:
* המילה "**גרם**" נושאת בחובה את מובנה המילולי של המילה "**סיבה**" (מלשון לגרום), שיש לה תוכן דומיננטי של **תופעה פיזית-גשמית אחת**, הגורמת **להתפתחותה** של **תופעה פיזית-גשמית אחרת, נוספת ושונה**, המאוחרת לסיבתה על ציר הזמן, ומתהווה לעתים אף בנקודת מיקום אחרת על ציר המרחב. ← זיקת קשר סיבתית זו, נקראת "**סיבתיות פיזיקלית**", והיא משמשת בד"כ להסבר תופעות והתרחשויות במציאות הריאלית בטבע.
	+ - 1. אלא שבביטוי "**גרם מעשה**", שאול מתכוון לקש"ס מסוג אחר:
* "**סיבתיות נורמטיבית**": מצב בו משמעותה הנורמטיבית, הישירה, הפשוטה, או העיקרית של פעולה, **אינה סיבתה הפיזיקלית של משמעותה הנורמטיבית העקיפה**, הנלווית, האגבית, או המשנית, של פעילות זו כ"**גרם מעשה**". זאת, משום **שאין מדובר במהויות פיזיות שונות**. ← לדוג', משמעותה הנורמטיבית הישירה של פעולת ראובן "ניתוח", אינה הסיבה הפיזיקלית של המשמעות הנורמטיבית של "גרם מעשה תקיפה" ← ההתנהגות במובנה הפיזי היא **אותה התנהגות** (מגע כוחני); המשמעות השנייה (גרם מעשה תקיפה) **אינה התפתחות של הראשונה** (מעשה ניתוח), על ציר הזמן/ציר המרחב (שתי המשמעויות נוצרות בו"ז ובאותו מרחב).
* ההבחנה בין משמעות "**ישירה**" למשמעות "**עקיפה**" / בין משמעות "**עיקרית**" למשמעות "**אגבית**" ← מציעה קש"ס מסוג אחר: דבר **אחד** יכול להיות **עקיף** רק לדבר **אחר** המאפיין אותו ככזה. לכן מעמדו של הדבר האחר **כעיקרי**, מהווה את **סיבת האגביות** של אותו דבר **אחד**. בלעדי סיבה זו, אין מקום לדבר על האגביות של הדבר הראשון בכלל.
* יישום על דוג' המנתח: משמעותה הנורמטיבית של פעילות ראובן המנתח כ"תקיפה" היא משמעות אגבית **רק משום שלפעילות זו יש משמעות ישירה, עיקרית ודומיננטית יותר, ע"פ שיפוטינו הנורמטיביים הפשוטים** – כמעשה ניתוח. ← מעמדה הנורמטיבי העיקרי של המשמעות הראשונה (ניתוח) מהווה את הסיבה למעמדה המשני של המשמעות השניה (תקיפה).
* זיקה סיבתית זו אינה פיזית, אלא נורמטיבית, משום ש"משמעות", קיימת רק בתודעת האדם. ואולי זו אכן דרך נוספת לתאר את ההבחנה בין מעשה עובדתי בעולם הטבע, לבין מעשה נורמטיבי בעולם האדם.
* עם זאת, אין בכוונת הניתוח דלעיל, כדי לטעון כי **לסיבתיות פיזיקלית אין כל מעמד בשיפוטינו הנורמטיביים** ביחס לטיבו של "**מעשה**" בהשוואה ל"**גרם מעשה**":
* שכן, ככל שניתן להצביע על **שוני פיזי גדול יותר בין התנהגות להתפתחות** שנגרמה ממנה, או על ריחוק גדול יותר של זמן ומרחב ביניהן, כך תהא נטייתנו **לזהות את ההתנהגות כ"מעשה" השונה במשמעותו הנורמטיבית ממשמותה של התפתחותו** ← לדוג', אם מוות אירע שנה אחרי תקיפה, באנגליה יגדירו כתקיפה ולא כהמתה.
* עם זאת, **הסיבתיות הפיזיקלית הזו יכולה לשמש אותנו אך כנתון רלוונטי אחד בשיפוטינו הנורמטיביים**, שאינו נהנה מיתרון על פני נתונים אחרים, ובוודאי שלא בלעדי.
* **דרך נוספת** להצגת ההבחנה בין **"מעשה" במובנו הנורמטיבי**, לבין **"מעשה" במובנו האוב'-עובדתי"** (הרחבה להלן):
* "**מעשה**", במובנו **הסיבתי-פיזיקלי**, לעולם **יהא שונה במהותו** מן ה"**תוצאה**" שנגרמה ממנו.
* "**מעשה**", במובנו **הנורמטיבי**, לעומת זאת, **אינו מובחן** מ**"תוצאתו**". ← שהרי תוצאה ביחס למעשה הנורמטיבי היא תוצאה נורמטיבית בלבד (תקיפה כתוצאה מניתוח) – שאם אנו מכירים בקיומה הנפרד, הרי המעשה שגרם לה אינו עוד "מעשה" ביחס אליה – כי אם "גרם מעשה" (אם מבחינה נורמטיבית התקיפה היא תוצאה, הרי שהמעשה אינו תקיפה, אלא ניתוח).
* **לכן מעשה במובנו הנורמטיבי, הוא התנהגות בלבד; בעוד שגרם מעשה הוא מעשה שנלוו לו נסיבות/תוצאות שאינן חלק מהגדרתו – ולכן הוא מעשה תוצאתי**:
1. **"מעשה" כמושג א-טומי וכולל; ו"גרם מעשה" כצירוף של רכיבים עובדתיים נפרדים:**

הניתוח של מושג ה"מעשה" כמושג נורמטיבי, מציע מסקנה מעניינת וחשובה:

**"מעשה" עבירה**  = **תלכיד שיפוטי-נורמטיבי של הקשר התנהגותי-נסיבתי-תוצאתי**; מושג אטומי, **שלא ניתן להפרדה לרכיבים** התנהגותיים, נסיבתיים ותוצאתיים.

* **מלאכת התיאור הנורמטיבי של מעשה כ"מעשה X",** היא מלאכת הטמעת הקונטקסט ההתנהגותי-נסיבתי-תוצאתי, הרלוונטי כולו, כמקשה אחת, בתוך אותו תיאור נבחר**.**
* **דוגמה**- "תקיפה"; "הטרדה"; "אונס" (אם נוציא את הנסיבה של אי הסכמה, זה כבר לא אונס); במקומות שבהם נהוג שמורים סוטרים לתלמידיהם וזה נקרא ״חינוך״, הנסיבה שמדובר במורה שסוטר לתלמיד הופכת את הפעולה לחינוך, ובהעדר הנסיבה הזו למעשה הזה היו קוראים תקיפה.

**"גרם מעשה" עבירה =** **מבוסס על הרכבתם של רכיב התנהגותי, נסיבתי ותוצאתי**, הנפרדים ומובחנים בתיאורם זה מזה, לכדי תיאור התרחשות כוללת, העולה כדי פגיעה בערך המוגן.

* **נוסחה כללית:** גרם מעשה עבירה = מעשה X (אינו מעשה העבירה); שלא כדין = Z (נסיבות שמאפייינות המעשה כבלתי סביר/אסור); שגרם לY (פגיעה בערך המוגן בעבירה הפלילית הרלוונטית).
* **דוגמה-** "תקיפה" = ראובן ניתח את שמעון (התנהגות/מעשה), שלא כדין (נסיבות), באופן שהפך את ההתנהגות לבלתי סבירה (נסיבות) וגרם לפגיעה בערך המוגן של תקיפה (תוצאה).
1. **"מעשה עבירה" כ"ביצוע התנהגותי" של העבירה; ו"גרם מעשה עבירה" כ"ביצוע תוצאתי" של העבירה:**

**עבירות התנהגות ועבירות תוצאה – האומנם?**

מסקנה חשובה נוספת הנגזרת מהניתוח של ההבחנה בין מעשה לגרם מעשה כמושגים נורמטיביים:

* **אין בסיס מוצדק להבחנה בין עבירות ״התנהגות״ לעבירות ״תוצאה״** ← **יש מקום רק לאבחנה בין אופני ביצוע של עבירה:** אם "מעשה" (ו"מעשה עבירה" בכלל זה) הוא אכן מושג נורמטיבי, אזי ההבחנה הרלוונטית בין התנהגות, נסיבות, או תוצאה – אינה הבחנה אוב'-עובדתית, אלא הבחנה נורמטיבית. ← לכן, השאלה החשובה אינה מה ההתנהגות במציאות האוב', השונה מהנסיבות/התוצאות האוב' – אלא מהו אפיונו הנורמטיבי של המעשה, שמחוצה לו ניתן לזהות נסיבות/תוצאות שאינן חלק מאפיון זה.
* **אם "מעשה" העבירה בוצע כפשוטו** ←אופן ביצוע התנהגותי (תלכיד רכיבי המעשה)← **עבירת התנהגות** (סטירת לחי כתקיפה).
* **אם בוצע "גרם מעשה" עבירה** ←אופן ביצוע תוצאתי (התנהגות נפרדת מהתוצאה)← **עבירת תוצאה** (ניתוח כתקיפה).
* ודוק: זה לא משנה אם יש ריחוק זמן ומקום בין ההתנהגות לתוצאה, כי ה"מעשה" הוא אינו אירוע עובדתי, אלא מושג נורמטיבי.
* **השאלה אם לפנינו עבירת התנהגות או תוצאה, קשורה לשאלה איך הגדרנו את המעשה האסור:** לפי ניתוח זה, עבירות **תוצאה** אינן שונות מעבירות התנהגות, אלא בכך שתיאורן מבוסס באופן מובנה על הבחנה בין ה"פעולה" כפי שהיא מוגדרת בהן, לבין ה"תוצאה" המתוארת בהן בנפרד ובמובחן מה"פעולה" (תוצאה הנגרמת מהפעולה); לעומת עבירות **התנהגות**, אשר מכלילות בתוך תיאור המעשה שנאסר על פיהן, את כל התוצאות המהוות חלק מתיאור זה ← **מעמדה של עובדה כהתנהגות, נסיבות, או תוצאה – תלוי אפוא בשאלה אם בוחרים להכליל/להטמיע עובדה זו בתוך תיאור הפעולה, אם לאו.**
* ״אונס״- הופך את העבירה לעבירה שהיא עבירת התנהגות, אין בה נסיבות ותוצאות, הכל תלכיד אחד בתוך המעשה.
* ״בעילת אישה שלא בהסכמתה החופשית״- הופך את העבירה לעבירת ״תוצאה״, לפי ניתוח זה. התנהגות- בעילה, נסיבות- שלא בהסכמת האישה, תוצאה- אונס.
* **לכן, למעשה, ניתן לעבור כל עבירה הן בביצוע התנהגותי והן בביצוע תוצאתי – שכן הם אינם אלא, ביצוע מעשה העבירה כפשוטו, לעומת ביצוע גרם מעשה העבירה (בהתאמה)**.
1. **מעשה ותוצאה – זיקת הקשר הסיבתי:**

**הקשר הסיבתי בדין המצוי בישראל** ("מעשה" כמושג עובדתי)

יש הבחנה בין קש"ס עובדתי לקש"ס משפטי, אולם ממילא שניהם רלוונטיים רק בעבירות תוצאה:

1. **בעבירות התנהגות:** קש"ס עובדתי (שאינו אלא התגבשות יסודות העבירה), מקיים מאליו גם קש"ס משפטי (ייחוס מעשה האווירה).
* קש״ס עובדתי –קיימת הנחה משתמעת לפיה יש קש״ס עובדתי בין ההתנהגות לבין הנסיבות / הפגיעה בערך המוגן; הקש"ס העובדתי זהה להתגבשות יסודות העבירה.
* דוג' הטרדת עד: אם הטרדת אדם שהוא עד, בקשר לעדותו – יש קש"ס בין ההתנהגות להטרדה, ובין ההטרדה לעדות (הנסיבות). יש קש"ס גם לגבי הפגיעה בערך המוגן של עבירת ההטרדה (התוצאה) אך זה בעצם יסודות העבירה. אלמלא התקיים, לא היית מואשם.
* קש"ס משפטי – אין הבחנה בין קש"ס עובדתי למשפטי. אם מתקיים קש״ס עובדתי, ניתן לייחס לו העבירה – כלומר, מתקיים קש"ס משפטי.
1. **בעבירות תוצאה:**
* קש״ס עובדתי- בין התנהגות לנסיבות, מניחים שקיים (לעיל)**;** בין התנהגות לתוצאה, מאחר שהתוצאה שונה מההתנהגות בפן העובדתי-אוביי', צ"ל שהתוצאה נגרמה מההתנהגות.
* קש״ס משפטי- נדרש. בוחן האם נכון, באותן נסיבות, לייחס לאדם אחריות על התוצאה האסורה.

**האם לא ראוי לבחון קש״ס משפטי גם בעבירות התנהגות? לסווג האם נכון לייחס אחריות לאדם באותן נסיבות של מעשה? כיום לא קיים בדין הישראלי, משום שמושג ה"המעשה" הוא עובדתי.**

**הקשר הסיבתי בדין הרצוי לדעת שאול** ("מעשה" כמושג נורמטיבי)

**בביצוע התנהגותי של העבירה ("מעשה" עבירה) (תקיפה כפשוטה):**

* + 1. **קש״ס עובדתי-**
			1. ככלל, יש זהות בין ההתנהגות, הנסיבות והתוצאות ← ולכן יש **הנחה שמתקיים קש״ס עובדתי.**
			2. אם יש פער בזמן או במקום בין ההתנהגות עצמה לבין תוצאתה (למשל ברצח, בין הדקירה למוות) ← **צ"ל קש״ס עובדתי.**
		2. **קש״ס משפטי-** עקרונית גם בעבירות ביצוע התנהגותי צ"ל קש"ס משפטי, הגינוי של המעשה. אולם, ← **קיימת הנחה שמתקיים קש״ס משפטי**. כשמדובר בעבירה כפשוטה, ברגע שהחלטנו שמישהו ביצע פעולה מסוימת – קבענו מיניה וביה שראוי נורמטיבית לייחס למבצע "מעשה" מסוג זה – לייחס לו אח"פ.

**בביצוע תוצאתי של העבירה ("גרם מעשה" עבירה) (ניתוח שלא כדין)-**

1. **קש״ס עובדתי- כנ"ל**
2. כשאין הבחנה פיזית בין המעשה לתוצאה ← הנחת המוצא היא **שמתקיים קש״ס עובדתי** (למשל, טיפול רפואי שגרם לתקיפה).
3. אם יש פער של זמן או מקום בין ההתנהגות לתוצאה ← **צ"ל קש״ס עובדתי**. (למשל נסיעה באור אדום שגרמה למוות).
4. **קש״ס משפטי-** **בכ"מ יש לבחון קש״ס משפטי.** אם קבענו שהמעשה שבוצע הוא לא העבירה כפשוטה (ניתוח ולא תקיפה), אלא מעשה אחר (ניתוח), יש צורך בטעם/הצדקה משפטיים כדי לייחס אחריות (שלא כדין). ← לכן, גם בהתנהגות ש"גרמה" לתקיפה (ההתנהגות זהה פיזית לתוצאה, אך שונה ממנה נורמטיבית; ניתוח); וגם כשיש מרחק בין ההתנהגות לתוצאה (גם הבחנה פיזית, וגם הבחנה נורמטיבית, בין ההתנהגות לתוצאה; נסיעה באור אדום) – צריך לבחון קש"ס. ← מעשה עבירה נורמטיבי חייב תמיד להתבסס על קש"ס, בין אם יש צורך לבחון גם קש"ס עובדתי, ובין אם הלה מובן מאליו**.**

**נשים לב שקש״ס משפטי יכול להתקיים רק כשהחוק קובע שאפשר וראוי לקבוע קש״ס משפטי:**

* אפשר- ניתן לבצע את העבירה **בגרם מעשה** (ביצוע תוצאתי).
* ראוי- המעשה הוא ״**שלא כדין**״ או ״**לא סביר**״.

**ביקורת הגדרת המעשה הפלילי בסעיף 18 לחוק העונשין:**

מבנה היסוד העובדתי

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

          (ב)  "מעשה" - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.

          (ג)   "מחדל" - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

* המסקנה הנגזרת מהניתוח עד כה, היא **שהגדרת "המעשה הפלילי" / "היסוד העובדתי" של העבירה, לפי ס18 לחוק העונשין, היא הרחבה עצומה של היקף תחולתם של האיסורים הפליליים בישראל** (וכנגזרת, הרחבת תחום האכיפה):
* **אם הרכיב ההתנהגותי בעבירה הפלילית, אינו אלא "הזזת שריר" / "תנועת גוף" / מעשה שאינו לעצמו "מעשה העבירה כפשוטו"** (כפי תפיסתו של אוסטין**;** לדוג', ניתוח כרכיב התנהגותי של תקיפה) ← **אזי ניתן לייחס לאדם "מעשה עבירה" X מסוים, אגב כל מעשה שעשה, אשר פגע בערך המוגן שבעבירה X, ושלדעת התביעה וביהמ"ש ראוי גם לאכיפה פלילית**.
1. במילים אחרות: אם "מעשה פלילי" מאופיין תמיד כ"התנהגות X" (כל פעולה/מעשה שהם); ב"נסיבות Z"; שגרמו ל"תוצאה Y" (פגיעה בערך מוגן) ← **אז ניתן לבצע כל עבירה, בכל מעשה, שהוא "גרם מעשה" העבירה בלבד; שהוא אינו "מעשה העבירה כפשוטו**".

דוג':

* **מזרחי: ״הבורח ממשמורת חוקית״ –** אם המעשה האסור אינו "לברוח" דווקא, אלא כל "תנועה גופנית/מחדל", כל פעולה ש"גורמת לבריחה" (כגון, אי חזרה של אסיר מחופשה) – הפוגעת בערך המוגן בעבירה (ההגנה על המשמורת החוקית), אזי ניתן להרשיע את מזרחי ← אבל זה אומר שהרחבנו את האיסור בעבירה "ממעשה העבירה" כפשוטו (בריחה), לכל "גרם מעשה העבירה" (גרם בריחה).
* **הנחיית פרקליט המדינה 2.2: פרסום זנות** – אם מה שאסור זה "פרסום" כפשוטו, אז בעל הדפוס אינו מפרסם אלא מדפיס, ולכן לא ניתן להרשיעו. ← אך אם "פרסום" כולל כל מעשה שמביא לפגיעה בערך המוגן, כל חוליה בשרשרת העובדתית, אז ניתן להרשיע גם את בעל הדפוס וגם את כורת העצים של הדפים, אם אמרנו להם שזה לפרסום זנות.
* ודוק: **הקושי** הכרוך באימוץ תפיסתו של **אוסטין** ביחס ל"מעשה הפלילי", **אינו** נובע מפרשנותו הספציפית של היסוד ההתנהגותי כ״הזזת שריר/תנועת גוף״ דווקא, **אלא מאימוץ הרעיון שלפיו הרכיב ההתנהגותי לא חייב לבטא את "מעשה העבירה כפשוטו".**
1. לעומת זאת, אם הנחת המוצא היא שלא ניתן לעבור עבירה אלא ב"**מעשה העבירה כפשוטו**" (תלכיד התנהגותי, נסיבתי, תוצאתי)← אזי האיסור הטמון בעבירה פלילית הוא צר ומוגבל בהרבה, ואיתו גם סמכות האכיפה וההרשעה בדין.

**פרשנות היקף תחולתה של עבירה פלילית:**

**ביצוע עבירה כביצוע "מעשה העבירה כפשוטו" בלבד (ביצוע התנהגותי)**

* **ככלל, את "המעשה האסור" שנקבע בעבירה, יש להבין לפי תוכנו הלשוני-נורמטיבי הפשוט, לא יותר ולא פחות** ← **כלומר, אדם עבר עבירה, רק אם ביצע את המעשה שנקבע בה, כפשוטו.**
* במילים אחרות: אם מעשה הוא מושג **נורמטיבי** ולא עובדתי, ולכן הוא גם מושג **אטומי** שאינו ניתן לפירוק לרכיבים התנהגותים, נסיבתיים, או תוצאתיים נפרדים ← אזי הנחת המוצא היא שכל עבירה, ניתן לעבור רק **בביצוע המעשה שנקבע בה כפשוטו**, שכן רק מצב זה מבטא את ביצוע אותו "מעשה עבירה".
* **האפשרות ש"מעשה עבירה" יהיה "גרם מעשה", אינו "מעשה העבירה כפשוטו", קיימת, אך תלויה בהגדרת המחוקק את העבירה:**
* אם ה"מעשה האסור" המוגדר בעבירה הוא פשוט בניסוחו, ההתנהגות זהה למעשה האסור, ← לא ניתן להרחיבו בשל עיקרון החוקיות, והעבירה תתבצע בביצוע "**מעשה העבירה כפשוטו**", שכן "אין עונשין על דרך ההיקש.
* אם ה"מעשה האסור" הוא רחב בניסוחו, ההתנהגות היא אינה המעשה האסור במישרין, ← אזי ניתן לעבור עבירה ב"כל מעשה", גם ב"**גרם מעשה**".
* **לדוג'**: "**עבירת הטרדת עד**" מגדירה את "מעשה העבירה" כפשוטו: התנהגות "המטריד", בצירוף נסיבות של עד. לכן "המעשה האסור" הוא מעשה מטריד כפשוטו. שאלמלא כן, נדרש ניסוח להתנהגות "הגורם לטרדתו של אדם"; כנ"ל לגבי עבירת "**התעללות**"; כנ"ל לגבי "**מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור**" (שלא יכול להיות מכירת טובין במהלך עסקים רגיל). ← לעומת זאת, "עבירת **תקיפה**" מגדירה ההתנהגות בחוק, כ"מגע כוחני", כלומר, "המעשה האסור" של "תקיפה", מורחב לכל מגע כוחני שהוא, בצירוף הנסיבות הנדרשות. אז תקיפה ניתן לעבור ב"גרם מעשה תקיפה". (עם זאת, לא ניתן לעבור ב"גרם מעשה" של מגע כוחני).

**"גרם מעשה" כמושג יחסי**

* בשביל להבין את הכלל האחרון שהוצע לעיל, שכל מעשה עבירה יש לפרש כפשוטו בלבד, יש לעמוד גם על מובנו היחסי של המושג גרם מעשה:
* **"גרם מעשה" הוא מושג יחסי: לכל "מעשה" ניתן להציג "גרם מעשה"** ← **ואותו "גרם מעשה" נחשב "מעשה" לעצמו** ← **שביחס אליו ניתן להציג "גרם מעשה" אחר.**
* דוגמה: **תקיפה** (מעשה) ← **מגע כוחני** (גרם מעשה) ← **ריקוד לא זהיר** (גרם-גרם מעשה).
* הסבר: היות שבדין הישראלי מגע כוחני, שהוא גרם מעשה, מוגדר כעבירת תקיפה, ניתן לעבור באמצעותו את עבירת תקיפה**;** ריקוד לעומת זאת, לא מוגדר כתקיפה, ולא נחשב כמגע כוחני במשמעותו הנורמטיבית הפשוטה, אלא כריקוד (אינו "מעשה" של מגע כוחני, אלא "גרם מעשה" של מגע כוחני). לכן לא ניתן לעבור באמצעותו את התקיפה, כי זה יהיה גרם-גרם תקיפה.
* דוגמה נוספת (עבירות המתה ישנות): **הגורם למותו** (מעשה) ← **נטילת סיכון בלתי סביר/שלא כדין, שגרם למוות** (גרם מעשה) 🡨 **נטילת סיכון, לנטילת סיכון שגרמה למוות** (גרם-גרם מעשה).
* ודוק: ההבחנה בין נטילת סיכון לגרום למוות, לבין נטילת סיכון לנטול סיכון לגרום למוות, היא **הבחנה נורמטיבית** ולא עובדתית-אוב' ← **מה עשוי להיחשב עבורנו נורמטיבית כמעשה של גרם המתה** (יצירת סיכון), **באופן שמגבש את עבירת המתה** ← **ומה ייחשב גרם-גרם המתה** (אפשור סיכון), **שלא מגבש עבירה**:
* **דנפ פלוני, מירוץ מכוניות:** גרוניס ערך אבחנה בין אדם שהוא ״מאפשר סיכון״ לבין אדם שהוא ״יוצר סיכון״:
	+ - 1. **מאפשר סיכון**- מישהו שמאפשר למישהו אחר ליצור סיכון למוות. יש כאן 3 מדרגות- מוות 🡨 סיכון למוות 🡨 סיכון לסיכון למוות. (גרם-גרם מעשה).
			2. **יוצר סיכון-** מישהו שבעצמו יוצר סיכון למוות. לדוגמה, אדם שנוהג בפראות, אם יהרוג מישהו יואשם בהריגה. כאן יש 2 מדרגות: מוות 🡨 סיכון למוות. (גרם מעשה).

לפי **גרוניס**, המשתתף במירוץ המכוניות הוא רק בדרגת **מאפשר סיכון**, ולכן אין לראותו כאשם בתוצאה של מות המתחרה שלו.

* **ההבחנה בין" גרם מעשה" ל"גרם-גרם מעשה", היא הבחנה נורמטיבית, ולא עוב' אוביי'** ← מה עשוי להיחשב עבורנו נורמטיבית כ"גרם מעשה", באופן שמגבש עבירה (אם החוק מאפשר) ← ומה ייחשב "גרם-גרם מעשה", באופן שלא יגבש עבירה.

**סיכום פרק:**

* ס18(א) לחוק העונשין בישראל קובע כי "מעשה עבירה" מורכב מ-3 רכיבים עובדתיים נפרדים ומובחנים זה מזה: (1) התנהגות (2) נסיבות (3) תוצאות ← לפי הגדרה זו, ניתן לייחס לנאשם באופן ישיר, רק את הרכיב ההתנהגותי של מעשה העבירה (תנועות גוף), בעוד שהרכיבים האחרים ניתנים לייחוס באופן עקיף (נלוו/נגרמו מההתנהגות). ← הגדרה זו מאפיינת את ה"מעשה הפלילי" כמעשה של "גרימה" = תנועת גוף שגרמה להתגבשותו של צירוף עובדתי-נסיבתי-תוצאתי מסוים, המבטא פגיעה בערך החברתי המוגן בעבירה הפלילית.
* ואולם, ניתוח זה של מושג ה"מעשה", **מחטיא** לדעת שאול, באופן עמוק, את מובנו הבסיסי ביותר של מה שניתן לכנות "ייחוס מעשה עבירה" (כפי שמובן ע"י בנ"א מהיישוב – אם בנאדם תקף, הוא תקף וכו'). נדרש, פשוט לטעון כי הנאשם ביצע את המעשים הללו ממש, כפשוטם.← **ביצוע מעשה עבירה מסוים כפשוטו, משמעותו, שאין כל הבחנה נורמטיבית בין התנהגות/נסיבות/תוצאה, במיוחסים כולם באופן ישיר לנאשם, כחלק בלתי נפרד מאופיה הנורמטיבי של פעולתו.** ← ולכן, תקיפה/הטרדה וכו, הם שמות של מעשים/פעולות, ולא ביטוי לתוצאות שונות שנגרמו מפעולה גנרית של תנועת גוף.
* ניתוח זה מניח הבחנה חשובה, בין "מעשה" לבין "גרם מעשה" / בין "לעשות" או "לגרום": "**מעשה עבירה**" = מבטא את ביצוע מעשה העבירה כפשוטו; "**גרם מעשה**" = פגיעה בערך חברתי מוגן הקבוע בעבירה, אגב ביצוע מעשה, שאינו, לעצמו, מעשה העבירה. ← ואולם, אם תכליתה של כל עבירה הוא לאסור מעשה מסוג מסוים, אז לא ניתן לגזור איסור נלווה על מעשה, הפוגע באותו ערך מוגן – כי מדובר בהרחבת האיסור על דרך ההיקש, באופן המנוגד לעקרון החוקיות.
* בשביל להימנע מכשל כה יסודי בייחוס "מעשה עבירה" לאדם ← יש לבחון בקפידה האם ביצע הנאשם את המעשה שנאסר ע"י העבירה שמבקשים לייחס לו **כפשוטו**. ולא, האם "גרם" הנאשם במעשיו לפגיעה בערך המוגן בבסיס העבירה. **לעתים העבירה תדרוש זאת בעצמה** (מגע כוחני בעבירת תקיפה). **אך הכלל הוא שיש לייחס לנאשם מעשה עבירה אם הוא מעשה שנאסר כפשוטו, בלבד.**
* **המסקנה החשובה** = **המסורת של פירוק העבירה הפלילית לרכיבי יסודות ההתנהגות/נסיבות/תוצאה** ← **היא למעשה העמדת "גרם מעשה העבירה" כפרדיגמת יסוד לייחוס מעשה עבירה לאדם**. ← ואולם, זו הרחבה עצומה בלתי מידתית ובלתי סבירה, של היקף תחולתם של איסורי המשפט הפלילי, אל המון מעשים שאינם לעצמם, המעשה האסור בעבירה.
* **לכן לדעת שאול יש לבטל את ס18(א) לחוק העונשין.**

**הרצאה 7- "מעשה מכוון" כמושג מוניסטי**

**"מעשה" כ"מעשה מכוון"**

**"מעשה מכוון" במובחן מ"מעשה בצירוף כוונה"**

* עמדנו על תוכן המושג "מעשה" במובנו הנורמטיבי, המובחן מ"התרחשות" עובדתית-אוב'. מתוך הניתוח הזה, נבסס טענה לפיה: **"מעשה" במובנו הנורמטיבי-האטומי, "מעשה עבירה כפשוטו", הוא לעולם, גם "מעשה מכוון".** אם הנאשם "עשה" את מעשה העבירה, הרי הוא עשה אותו בהכרח במכוון ← אך אם הוא רק "גרם" למעשה העבירה, הרי שבעוד שהמעשה ה"גורם" (הסיבה הנורמטיבית) נעשה במכוון, הרי "מעשה העבירה" נעשה שלא במכוון.
* אם ייחסנו לאדם "**מעשה עבירה כפשוטו**" ← הרי בכך ייחסנו לו "**מעשה עבירה מכוון**"; (לדוג', סטירה כתקיפה, התקיפה מכוונת).
* ולהפך, אם ייחסנו לאדם "**גרם מעשה עבירה**" ← הרי בכך ייחסנו לו "**מעשה עבירה לא מכוון**" (למרות שהמעשה שגרם לעבירה, הוא מעשה מכוון). (לדוג', ניתוח כתקיפה, הניתוח מכוון, התקיפה לא מכוונת).
* **עניין זה מבטא את מובנה העמוק של הטענה לפיה אין אפשרות להבחין בין היס"ע ליס"נ:** כלומר, מושג ה"כוונה" הפלילית (לרבות המודעות) בכל הנוגע לייחוס "מעשה מכוון" לאדם, ולייחוס אח"פ בגינו, הוא ריק מתוכן:

**ייחוס מעשה עבירה – המעשה הוא העיקר (ולא הכוונה המחשבתית):**

* **המעשה הוא העיקר** ← **מה שמכונן את העבירה הוא אופיו הנורמטיבי של ה"מעשה", ולא ה״כוונה״ שעמדה בראשו של העושה.** המילה ״מכוון״ כאן, משמעותה הוא ״כיוון/יעד״, להבדיל מ״כוונה״. ← אנחנו לא עוסקים כאן **בכוונה** הכרתית-מחשבתית של **העושה,** אלא בשאלה מה היה **היעד** של **המעשה**.
* **לכוונה המחשבתית-הכרתית אין משמעות לעניין ייחוס האחריות-** הכוונה ההכרתית-מחשבתית יכולה להשפיע על חומרת המעשה, אך לא על ייחוס האחריות של טיב המעשה, התגבשות העבירה. ← אם ה"מעשה" שנעשה הוא "מעשה העבירה כפשוטו", אין בהיעדרה של כוונה מחשבתית-הכרתית, כדי לשלול ממנו את אופיו כ"מעשה עבירה מכוון"; ואם המעשה שנעשה "אינו מעשה העבירה כפשוטו", לא תועיל שום "כוונה מחשבתית" כדי לאפיינו כמעשה עבירה מכוון. מה הטעם אז בכוונה מחשבתית-הכרתית, במובן המובחן מ"המעשה" שנעשה לעצמו? ← **בשלב זה של ייחוס אחריות על "מעשה", אין מעמד ליס"נ ההכרתי** ← **מחשבות אינן יכולות להעניק למעשה תוכן שאין לו לעצמו, בדיוק כפי שאין בכוחן לשלול תוכן שהוא חלק בלתי נפרד ממשמעותו.**

**דוגמה 1-** היעדרה של כוונה (אינטרוספקטיבית) לא משפיעה על ייחוס אחריות במעשה תקיפה: סטירת לחי אינסטנקטיבית, לא חייבת להיות מלווה במודעות או בכוונה, והיא עדיין תהיה מעשה מכוון של בן אדם. אם סטירה בהקשר נסיבתי מסוים, לפי שיפוט נורמטיבי של החברה, היא מעשה של "תקיפה"; **ואם רצונו של ראובן לעשות בדיוק את הפעולה הזו ובאותו הקשר (כמעשה רצוני)** ← אז המסקנה ההכרחית המתבקשת היא גם שמעשה תקיפה זה של ראובן הוא **מעשה מכוון**.

* ודוק: תארי הפעולה "רצוני" או "מכוון" לא כללו משמעות/תוכן מחשבתיים-הכרתיים (לא רצון לסטור שקדם לסטירה, ואף לא מודעות לתנועת הגוף), אלא משמעות ותוכן מעשיים בלבד – כאלה שאינם מובחנים מהמעשה שלעצמו. ועדיין, אין בכך כדי לומר שלא מדובר במעשה רצוני/מכוון, ואף לא כדי לפטור מאח"פ בגין כך.

**דוגמה 2-** אין בכוחה של כוונה (אינטרוספקטיבית) להפוך מעשה של תקיפה ל״מעשה המתה מכוון״: אדם מתכנן (כוונה אינטרוספקטיבית) להרוג אדם אחר, אך לא מזדמן לו. יום אחד הוא פוגש בו במקרה ומתנפל עליו בכוונה (אינטרוספקטיבית) להרוג אותו. אנשים מפרידים בניהם והוא מספיק רק לתת לו סטירה. לאחר זמן מה, וכתוצאה משטף דם מהסטירה, הקרבן מת. מי שהרג הופתע (כי נתן רק סטירה, למרות שרצה שהוא ימות עקרונית). **לא ניתן לייחס כאן עבירת רצח**, למרות שבוצע מעשה כלשהו שגרם לתוצאת מוות ולוותה לו כוונה אינטרוספקטיבית. זאת, משום שהמעשה שנעשה כאן הוא לא מעשה של רצח, אלא של תקיפה, במובנה הנורמטיבי הפשוט. (למרות שתקיפה עשויה להוביל למוות).

יש לציין כי ניתן יהיה להרשיע אותו בגרם מעשה של המתה על פי הניתוח הבא:

* + - * המעשה המכוון הוא תקיפה. התקיפה היתה שלא כדין מעצם טיבה. התוצאה היא מוות. התקיפה היא גרם מעשה של המתה. יש קש"ס משפטי משיקולים נורמטיביים- יש קשר בין התקיפה למוות.
			* אך כפי שנראה בהמשך – גם לגבי גרם מעשה יהיה קושי, שכן **גרם מעשה נחשב מעשה לא מכוון, שהוא מעשה פזיז/רשלני של גרימת מוות**, ולכן יהיה אפשר לייחס עבירת הריגה, שעניינה הוא מעשה המתה לא מכוון).
* **לתיאור המעשה יש משמעות אקוטית לבחינת האחריות הפלילית של העושה** ← **שכן, תיאור מעשה הוא ייחוס אחריות**. אם ייחסנו לפלוני "מעשה X" ("רצח"), קבענו מאליו שמעשה X הוא המעשה **המכוון** שלו, שלא נדרש להוכיח מעבר אליו יס"נ כלשהו; ואם זה המעשה המכוון שלו, קבענו גם את **אחריותו הפלילית** של פלוני בגין אותו מעשה.
* **דוגמה-** טענת הנאשם שהוא לא דחף/תקף את הקרבן, אלא נפל עליו, אינה נשמעת כטענת הגנה מסוג ״העדר יסוד נפשי״ אוטענה לסייג לאחריות מסוג של העדר שליטה, אלא **היא כפירה בהתגבשות המעשה האסור עצמו**, תוך הצעת תיאור אלטרנטיבי להתרחשות, ההולמת אותה יותר מבחינת השיפוט הנורמטיבי. הנאשם טוען שהוא בכלל לא ביצע תקיפה, אלא נפילה (אירוע ולא מעשה).

**מעשה מכוון – כמעשה ב"רצייה"**

* **"מעשה מכוון" = "מעשה ברצייה":** כאמור, "מעשה" במובנו הנורמטיבי-קונטקסטואלי, הוא כשלעצמו "מעשה מכוון", גם בלי שילווה בהליך הכרתי-מחשבתי נפרד כלשהו ← משמעות ואפיון המילה "**מכוון**", כשהיא מתכתבת עם מעשה ולא עם מחשבה, הינה בעצם "**ברצייה**".
* **רצייה ביחס ל"מעשה" כולו במובנו הנורמטיבי-קונטקסטואלי, ולא ל"תנועת הגוף" בלבד?** הטענה המקובלת ע"פ **פלר** היא שברכיבי היס"ע, "מעשה" הינו "תנועה גופנית", ובאופן נפרד קיימות נסיבות/תוצאות. לפיכך, "מעשה ברצייה" הינו "תנועת גוף רצונית" (התנהגות רצונית). ← **שאול** טוען: זו פריזמה צרה מדי. **הרצייה יכולה לקיים זיקה ל"קפסולת מעשה" רחבה יותר מ"תנועת גוף" בלבד – הכוללת בתוכה הקשים נסיבתיים ותוצאתיים, שהוטעמו באופן בלתי מובחן, בתיאור המעשה כאותו "מעשה"** (למשל, תיאור "מעשה" כ"פציעה", מאפשר "פציעה ברצייה": האדם לא רוצה רק להזיז את ידיו עם סכין, הוא רוצה לפגוע באדם אחר, ושאותו אדם יפצע).
* **ה"רצייה" היא בעצם היעד/התכלית של הפעולה**. ייתכן שתכלית/יעד אלה קיבלו ביטוי גם במחשבתו של העושה, אבל "הרצייה" היא היעד עצמו, ולא ההרהורים עליו. כלומר, מה שמאפיין את הרצייה זה העובדה ש"המעשה" נעשה מרצון, במובחן מהשאלה אם נלווה רצון מחשבתי-הכרתי – ולכן גם מעשה ספונטני ייחשב מעשה ברצייה. ← **ובעצם כל מעשה פוטנציאלית יכול להיות מעשה ברצייה** (הטרדה ברצייה, תקיפה ברצייה וכו').

**"מעשה" – כפעולה "מכוונת יעד" או "תכלית" מתוך עצמה:**

* ראינו לעיל ש"**מעשה**" במובנו הנורמטיבי-קונטקסטואלי, **יכול** לקיים זיקה עם "**רצייה**". אלא, ששאול טוען טענה **מרחיבה** יותר: **"מעשה בלא רצייה אינו מעשה כלל, ורצייה בלא מעשה אינה רצייה כלל."** ← **אם התגבש "מעשה" אזי מדובר בהכרח ב"מעשה ברצייה", ואם קיימת "רצייה", אזי בהכרח נעשה "מעשה".**
* **מעשה בלא רצייה, אינו מעשה כלל –** "**מעשה**" הוא אפיון של **התנהגות אנושית** (במובחן מאירוע/התרחשות, שהם תופעת טבע), **והתנהגות אנושית** היא מטיבה בעלת **מטרה/יעד/תכלית ("רצייה")** (**וולזל**). ← כלומר, "הרצייה", שאינה מתבטאת בהכרח ב"רצון" מחשבתי, היא **הסיבה** ל"מעשה".
* "מעשה" שהוא תוצר של רפלקס/עווית/מעידה ← **אינו בגדר "מעשה" כלל**, משום שהסיבה לו היא בטבע, ולא ברצון האדם.
* **רצייה בלא מעשה, אינה רצייה כלל –** "**רצייה**" היא **הביטוי המעשי של ה"רצון" שלנו**. ← כדי לזקק את היקף הרצייה ביחס למעשה, נשאל ״**מה עשה העושה מ"רצון**״ ← ולא, ״מה רצה העושה לעשות״, שכן, ה"רצון" שנשאר בגדר מחשבות, העודף בתוכנו על ה"רצייה" של מעשה שנעשה, אינו בעל נפקות בשאלת ייחוס אחריות, שכן "אין עונשין אלא על מעשים".
* הבחנה בין "רצייה" ל"רצון": "**רצון**" הוא מופשט, יכול להיות ללא מעשה כלל, או רצון לממש יעד העודף בתוכנו הנורמטיבי על מעשה. ← "**רצייה**" צורת ביטוי של ה"רצון" בגדר עולם המעשה בלבד. היא "רצון" שטמון במעשה שנעשה בלבד.
* **דוג':** בדוגמת הרצח ע"י סטירה, זה שראובן רצה להמית את שמעון, אין בכך כדי לייחס לו מעשה המתה: ה"תקיפה" היא מעשה עם רצייה (אין מעשה בלא רצייה), אך הרצח הוא רצייה בלא מעשה (אין רצייה בלא מעשה).
* **דוג' נוספת**: שמעון מתכנן להרוג את חברו ראובן, הוא נוסע בדרך להרוג את חברו בביתו וממהר לעשות זאת. כדי להגיע מהר הוא נוסע באופן לא חוקי שמסכן חיי אדם. הוא פוגע בהולך רגל והורג אותו. מתברר שהולך הרגל הזה היה ראובן. ← מלומדים רבים התחבטו בשאלה האם ניתן להרשיע את שמעון **ברצח**. מחד, יש יס"ע ויס"נ- כוונה להמית. מצד שני, זה נראה אבסורדי.
* **שאול**- **לא ניתן לגבש עבירת רצח, בשל ההבחנה בין רצייה לרצון.** בעוד שה"רצון" להמית התגבש במוחו של ראובן, ה"רצייה" קשורה ב"מעשה שנעשה לעצמו" – והמעשה שנעשה לעצמו הוא נהיגה פזיזה/נטילת סיכון בלתי סביר, ולא "מעשה המתה במובנו הפשוט". ← אם המעשה ברצייה הוא אינו רצח, אז לא ניתן להרשיע ברצח בשל הרצון, כי אין עונשין אלא על מחשבות. מה שעשה ראובן, זה נהיגה בפזיזות בלבד.
* והרי לנו: "**מעשה**" = מעשה ברצייה/מכוון; "**מעשה ברצייה/מכוון**" = מעשה.
* **ההבחנה בין היס"ע ליס"נ בעבירה, עשויה להוביל לתוצאות אבסורדיות:** הבחנה זו, מביאה להטלת אח"פ על מעשי-עבירה, בשל כוונה לבצעם, אף בלא שבוצעו בפועל (המוות מסטירה, שיכול להיחשב לכל הפחות גרם מעשה עבירה) ← **אימוץ הבחנה מושגית זו, מפרה את העיקרון לפיו "אין עונשין על מחשבות"**.
	+ 1. **"מעשה ברצייה" כ"מעשה", ו"רצון לעשות" כ"מניע":**
* **דרך נוספת להבחנה בין "רצייה" ל"רצון":** דרך נוספת בה ניתן לאבחן בין **"רצייה"** במובנה כביטוי המעשי בלבד של הרצון, ובין **"הרצון"** כיסוד מחשבתי, היא ← **על יסוד ההבחנה המקובלת בין יסוד נפשי למניע**:
	+ 1. **יסוד נפשי**- היס"נ הנדרש לייחוס המעשה, לגיבוש אח"פ ← **הרצייה**.
		2. **מניע**- יס"נ העודף על היס"נ הנדרש לגיבוש אח"פ ← **הרצון המחשבתי**. ידוע שאין למניע מעמד בשאלת התגבשות האחריות הפלילית.
* **דוגמה**: הנהיגה הפזיזה של ראובן היא "**המעשה ברצייה**", ואילו הרצון להמית את שמעון הוא "**המניע**" למעשה.
* **דוגמה – עבירת רצח בכוונה תחילה**: גם אם ראובן היה הורג את שמעון באופן מכוון, בירי לראש, אזי ה"**מעשה**" היה "מעשה ברצייה", ועדיין ה"**רצון**" להמית את שמעון, מאופיין ביחס למעשה רק כ"מניע". לכן, עבירת "רצח בכוונה תחילה" היא עבירה עם יס"נ של מניע. ← אולם, מאחר וירי בראש הוא מעשה המתה מובהק שבוצע ברצייה, **הרי שכדי לאפיינו כ"מעשה מכוון", לא נדרש להוכיח, לדעת שאול, יס"נ נוסף של "רצון" להמית, הנפרד או מובחן מהמעשה לעצמו**.
* **דוגמה – סטירה חינוכית**: אם סטירת הלחי נחשבת בשיפוט הנורמטיבי-קהילתי, כמעשה של "תקיפה" (להבדיל מ"מעשה חינוכי"), אזי היס"נ הנדרש לייחוס המעשה, הוא "רצייה" – למרות ש"הרצון" של הנאשם, הוא "**רצון לחנך**" - מדובר ב"**מעשה תקיפה ברצייה**".
* **"מושא הרצייה" – נקבע למעשה ע"פ השיפוט הנורמטיבי של החברה, ולא ע"פ מחשבתו/רצונו של הנאשם:** כלומר, האם שמעון התכוון לתקוף או להרוג, "הרצייה" שבמעשיו, נקבעים ע"פ הפרשנות הנורמטיבית-חברתית-אוב' למעשיו; ולא ע"פ מחשבותיו/רצונו הסוב'. ← לכן השיפוט הנורמטיבי של "מה נעשה" (איזה "מעשה" נעשה), מגבש מאליו את האח"פ, שהרי ה"מעשה" שנעשה לעצמו, הוא לעולם "מעשה ברצייה", וכל שנותר הוא לקבוע מה התיאור הנורמטיבי ההולם את המעשה.
	+ 1. **דוגמה- סטירה של מורה כחינוך או תקיפה-** אם בני החברה מקבלים את המעשה הזה כמעשה של חינוך, הרצייה של המורה היא ביחס ל״מעשה חינוך״. אם בני החברה חושבים שמדובר בתקיפה, הרצייה של המורה היא ביחס ל״מעשה תקיפה״. זאת, למרות ש"הרצון/הכוונה" של הנאשם, לעשות "מעשה חינוך" – שאינם אלא "מניע", שנעדר כל משמעות ביחס להתגבשות אח"פ.
		2. **שאול:** **מקביל לתורת הקוונטים בפיזיקה**: כשאנו צופים ב"פעולה אנושית" איננו מתארים סיטואציה עובדתית (תנועות גוף/מודעות וכו'), אלא קובעים אותה, שכן צפייתנו אינה עובדתית-אוב', אלא שיפוטית-נורמטיבית.
		3. **"מעשה מכוון" – כמעשה בכוונה רגילה, ו"מעשה בצירוף כוונה" – כמעשה בכוונה מיוחדת:**
* **הקבלה נוספת** להבחנה בין מעשה ברצייה/מעשה מכוון**,** לביןמעשה בצירוף רצון/כוונה ← ההבחנה שבין מעשה בכוונה רגילה לבין מעשה בכוונה מיוחדת:
	+ **מעשה ב"כוונה רגילה"** ← מעשה שתכליתו גדורה בתוכני ההתנהגות עצמה**;** מעשה בו עצם ה"מעשה" הוא-הוא גם ה"תוצאה/התכלית/היעד" אליהם חותר העושה**;** מעשה של "התנהגות" בלבד (שמכילה בתוכה "תוצאה). ← **מעשה ב"רצייה"/מעשה "מכוון" (כפשוטו).**
	+ **מעשה ב"כוונה מיוחדת"** ← מעשה בעל תכלית העודפת בתוכניה על אלה הטמונים בהתנהגות עצמה**;** מעשה בו עצם ה"מעשה", משמש כ"צעד/אמצעי" להשגת "תוצאה/תכלית/משמעות נורמטיבית", העודפת במשמעותה על משמעותו הנורמטיבית הפשוטה של ה"מעשה"**;** מעשה בו ה"התנהגות" נפרדת מ"התוצאה" הפוטנציאלית שלו. ← **מעשה בצירוף כוונה/רצון.**
* **נפקות על תוכני היס"נ, ודוגמה**:
	+ **מעשה בכוונה רגילה** = מעשה מכוון, במובן שהוא לא תאונתי,נצטרך להוכיח רק שהמעשה אינו תאונתי (מעשה תאונתי לא יחשב לעולם מכוון) ← **מעשה בכוונה מיוחדת** = תוצר של תכנון במחשבה שגובשה מראש, מחשבה אותה נוכיח בנפרד.
	+ דוג': **עבירת רצח בכוונה רגילה**, לא תדרוש הוכחה מעבר למעשה עצמו, שנחשב נורמטיבית כמעשה מכוון – כמו ירי בראש; ואילו **עבירת רצח בכוונה מיוחדת**, תדרוש הוכחת רצון/יעד נפרדים להמית, מעבר למעשה עצמו של ירי בראש.
		1. **"מעשה" כ"ביצוע ישיר", ו"גרם מעשה" כ"ביצוע עקיף"**
* הניתוח דלעיל, מאפשר להתייחס למעשה עבירה במובנו הנורמטיבי הפשוט כאל ביצוע ישיר; בעוד אל גרם מעשה עבירה, כביצוע עקיף:
	+ **"מעשה" = ביצוע ישיר:** ביצוע ישיר של מעשה העבירה, ביצוע התנהגותי. המעשה כלשעצמו פוגע בערך המוגן של העבירה.
* "מעשה", בהגדרתו, כמובחן מאירוע טבע, זה העובדה שמדובר ב"מעשה ברצייה/מכוון" 🡨 " מעשה ברצייה/מכוון", זה העובדה שמדובר ב"מעשה עבירה כפשוטו", מעשה התנהגותי 🡨 כלומר, **המאפיין "מעשה" – זה שזיקת ה"רצייה", היא זיקה ישירה ביחס למשמעות הנורמטיבית של "מעשה העבירה"**.
* דוג': במעשה עבירה כפשוטו, סטירת לחי כתקיפה, הזיקה של הרצייה היא זיקה ישירה ביחס למשמעות הנורמטיבית – תקיפה**;** ואילו אם היה מדובר במעשה שאינו כפשוטו, ניתוח כתקיפה, הזיקה של הרצייה היא זיקה עקיפה ביחס למשמעות הנורמטיבית – תקיפה.
	+ ״**גרם מעשה״ = ביצוע עקיף:** ביצוע עקיף של העבירה, ביצוע תוצאתי. אני עושה מעשה, שהוא כשלעצמו, לא פוגע בערך המוגן, אלא הפגיעה היא נגזרת.
* לכאורה גם "גרם מעשה", מעשה ש"גרם" לפגיעה בערך מוגן, שאינו לעצמו מעשה העבירה, הוא כשלעצמו מעשה "ברצייה". 🡨 אולם פה, **המאפיין "גרם מעשה" – זה שזיקת ה"רצייה", היא זיקה עקיפה ביחס למשמעותו הנורמטיבית של "מעשה העבירה".**
	+ - * גרם מעשה במובנו הסיבתי-פיזיקלי ← ה"מעשה" הוא נטילת סיכון לגרימת "תוצאה" שונה בזמן ובמקום: במקרה זה, המעשה הוא ברצייה, אך **הפגיעה בערך המוגן אינה ברצייה**. למשל, הכאה שמביאה למוות. יש רצייה ישירה ביחס למעשה ההכאה, אך אין רצייה ביחס לתוצאת המוות**;** בין המעשה ברצייה (נטילת הסיכון, הכאה) לפגיעה בערך המוגן (תוצאה, מוות) יש תווך עובדתי-מטריאלי המאופיין כ״אירוע טבע״ (השתלשלות הסתברותית שאינה בשליטת העושה). ← **לכן, ה"רצייה" ביחס למעשה העבירה, היא "זיקה עקיפה".**
			* גרם מעשה במובנו הסיבתי-נורמטיבי ← היחס הנורמטיבי ל"מעשה", שונה מהיחס הנורמטיבי ל"תוצאה" ממנו- אומנם מבחינה עובדתית, מעשה מסוים יכול להיחשב מעשה העבירה (ניתוח כתקיפה), ולמעשה זה קיימת "רצייה"**;** אולם אם מבחינה שיפוטית-נורמטיבית המעשה ראוי להיחשב כמעשה מותר (ניתוח), הרי שקיים תווך נורמטיבי חוצץ, בין המובן הנורמטיבי של ה"מעשה" (כניתוח), לבין המובן הנורמטיבי של "מעשה העבירה" (תקיפה). ← **לכן, "הרצייה" ביחס למשמעות הנורמטיבית של מעשה העבירה, היא "זיקה עקיפה".**
* הבנה נוספת – ביצוע ישיר VS ביצוע עקיף:
	+ **בביצוע ישיר**, של "**מעשה עבירה**" כפשוטו, "**הרצייה**" מתבטאת כ"**רצון ישיר**", במובנו המעשי של הרצון – לפגוע בערך מוגן בשל המעשה – "**מעשה מכוון**".
	+ **בביצוע עקיף**, של "**גרם מעשה עבירה**", ה"**רצייה**" ביחס למעשה העבירה, היא "**רצון עקיף**" – מאופיינת כ"**הסכמה**" או "**השלמה**" עם הפגיעה בערך המוגן כתוצאה מהמעשה – **מעשה לא מכוון**.
* עבירת **רצח** היא עבירה של **מעשה המתה מכוון**. **בפרשת וחידי** התגעלה מחלוקת בין **שטיין לגרוסקוף:**

שטיין אומר: שעצם כך שהמוח ציווה על הגוף לעשות מעשה המתה זה מספיק כדי להיחשב כרצח. גרוסקוף מנגד: אומר שכוונה היא המניע, כלומר שהנאשם רצה להמית. גרוסקוף נותן דוגמא לשטיין שלדעתו מסבירה לשטיין שהוא טועה: אדם סוטה מהנתיב שלו כי הוא מזהה שרכב עומד לפגוע בו, בשל הסטייה הוא פוגע בהולך רגל. במקרה הזה גרוסקוף מסביר כי המוח ציווה על הגוף לסטות אך אי אפשר להגיד על הפעולה שהיא בגדר רצח. **המרצה:** חושב שגרוסקוף טועה – אנחנו נסביר כי המתת הולך הרגל הוא מעשה של **גרם המתה** (כלומר כדרך אגב) **ולכן לא ניתן לדבר על רציה.**

**ב. "מעשה פזיז" ו"מעשה רשלני" – כמעשים לא מכוונים**

**"מעשה פזיז" ו"מעשה רשלני" – כ"גרם מעשי עבירה" (מעשים לא מכוונים)**

* הוכחנו לעיל ש"מעשה" במובנו הנורמטיבי הוא "מעשה מכוון"; וש"גרם מעשה" הוא "מעשה לא מכוון"←כעת נטען ש"מעשה פזיז" ו"מעשה רשלני" – נחשבים "גרם מעשה", כלומר "מעשים לא מכוונים":
* **טיב האחריות הפלילית, בגין "מעשה פזיז/רשלני" של עבירה** ← **צריך להיגזר מהניתוח שלהם כ"גרם מעשי עבירה" – כ"ביצוע עקיף" של המעשה, "מעשה לא מכוון".**
1. **גרם מעשה עבירה** = מבטא מעשה שמשמעותו הנורמטיבית הפשוטה, היא אינה משמעותו הנורמטיבית הפשוטה של המעשה המוגדר בעבירה, למרות שהוא גרם כתוצר לוואי אגבי, לפגיעה בערך המוגן שבאותה עבירה.
2. **מעשה פזיז/רשלני** = מבטא מעשה שאינו מעשה העבירה כפשוטו, שגרם לפגיעה בערך המוגן באותה עבירה; לצד זאת, מאופיין (כמו כל גרם עבירה), בהיותו מעשה "בלתי סביר" בנסיבותיו (שלא כדין), על רקע הסיכון הטמון בו לגרימת פגיעה בערך המוגן בעבירה. ← **אפיון כפול זה, הוא בדיוק מה שמאפיין גרם עבירה:** מעשה X (שאינו מעשה העבירה), בנסיבות אוסרות X (סיכון בלתי סביר), שגרם לפגיעה בערך המוגן בעבירה הרלוונטית (תוצאה Y).
* ע"פ אפיון כפול זה: קיימת זהות בין פזיזות לבין רשלנות – במישור טיב/אופי המעשה ←העובדה שמעשה מסוים (ניתוח) גורם/עשוי לגרום, לפגיעה בערך המוגן במעשה עבירה (תקיפה), עשויה להצדיק את הרחבת האיסור של מעשה העבירה, גם אל "המעשה הגורם/שעשוי לגורם" לפגיעה בערך המוגן באותה עבירה (מעשה פזיז/רשלני). 🡨 אולם, גרימת פגיעה זו, בערך המוגן בעבירה, לעצמה – אינה מספיקה לאפיון "המעשה הגורם" כמעשה פזיז/רשלני, אלא אם בנסיבות העניין הקונקרטיות, המעשה הוא גם "בלתי סביר/שלא כדין", באופן המצדיק לכנותו בשמות הגנאי פזיז/רשלני, ולהצדיק בכך גם את הרחבת תחולת האיסור החל על מעשה עבירה – גם אליו.
* **קרמניצר** אמר – "בלתי סביר" צריך להיות גם בעבירות כוונה, למשל אדם קנה למכר שלו כרטיס טיסה בחברת תעופה מסוכנת כדי להרוג אותו, אזי שצריך להגיד שהוא רצח. המרצה אומר שקרמינצר טועה באמירה שמעשה מכוון צריך גם להיות בלתי סביר: **הטעות היא שעצם הפעולה של קניית כרטיס טיסה היא פשוט לא מעשה המתה כפשוטו** (מבחינת שיפוט נורמטיבי). **לדעת המרצה, עצם עשיית מעשה המתה הוא אסור ולכן לא צריך את הממד של "בלתי סביר".**
* כאשר עושים בפזיזות או רשלנות עוסקים בשאלה של מודעות. שאלת המודעות עולה **רק כי מדובר ב"גרם מעשה" (מעשה אגבי)**. אם מעשה העבירה נעשה במכוון אין צורך לבחון את המודעות כי המעשה נעשה במכוון.
* כאשר הנאשם מתעלם התעלמות מודעת מסיכון שאינו מוצדק (אינו מוצדק זה שיפוט נורמטיבי שהרי מה שמוצדק בעיני אחד לא מוצדק בעייני אחר). יש צורך להוכיח **שההתנהגות בלתי מוצדקת וסוטה באופן מהותי מהתנהגות אדם שומר חוק.**
* **"מעשה פזיז/רשלני" =** בעל שני מאפיינים: **(1) גרם מעשה עבירה-** עשיית מעשה שמשמעותו הנורמטיבית הפשוטה, היא **אינה** משמעותו הנורמטיבית הפשוטה של המעשה המוגדר בעבירה, למרות שהוא גורם כתוצר לוואי אגבי, לפגיעה בערך המוגן באותה עבירה **(2) שלא כדין-** המעשה שנעשה, כשלעצמו, בלתי סביר בנסיבותיו, על רקע הסיכון הטמון בו לפגיעה בערך המוגן.
	+ ״**גרם מעשה עבירה״-** במעשה פזיז/רשלני, מעשה העבירה הוא **אגבי/תוצאתי למעשה שנעשה**- כיאה ל"גרם מעשה עבירה". מעשה **תאונתי**. ← הדגש בביקורת על מעשה פזיז/רשלני, הוא לא על המעשה עצמו שנעשה, אלא על **ההשלכות/המשמעויות השליליות הנלוות למעשה, בנסיבות העניין**. ייתכן שבנסיבות אחרות המעשה היה נמצא ראוי.
		1. מעשה פזיז/רשלני = גרם מעשה עבירה ← בשל ההגדרה המשפטית של פזיזות/רשלנות: לפי ההגדרות המשפטיות של יסודות פזיזות/רשלנות, ניתן להטיל אח"פ על מעשה; שאינו מעשה העבירה; שגרם לפגיעה בערך המוגן של אותה עבירה; ושהוא בלתי סביר (שלא כדין) 🡨 זהו "גרם מעשה עבירה".
		2. המילים "פזיז/רשלני" משמעות כ"מילות גנאי", למעשה שאינו מגונה בעצמו- בשונה ממעשה עבירה כפשוטו, שהוא מעשה מכוון, וראוי לגנאי מצד עצמו (סטירה כתקיפה); מעשה פזיזות/רשלנות, כ"גרם מעשה עבירה" – כשלעצמו אינו מגונה, אלא שמשמעותו הנורמטיבית של מעשה העבירה – הוא "מעשה לא מכוון".
* ודוק: במעשה פזיזות/רשלנות, גרם מעשה העבירה = מעשה העבירה, מבחינה נורמטיבית: הדרישה למעשה שיש בו "נטילת סיכון", שהוא כשלעצמו לא פסול, היא דרישה ל"גרם מעשה", אך ביחס לעבירות הפזיזות/רשלנות, זהו "מעשה העבירה" הנדרש. ולכן, נחשב "מעשה מכוון". ← **צריך להיזהר לא להרחיב את גרם המעשה הנדרש בעבירה, לגרם מעשה: "נטילת סיכון לנטילת סיכון".**
* לדוג': עבירה "נהיגה בפזיזות" – ניתן לעבור רק ב"מעשה מכוון/כפשוטו" של "נהיגה בפזיזות". לא ניתן למשל, להרשיע נהג אמבולנס בנהיגה בפזיזות, למרות שאילו היה אדם רגיל נוהג כך, זה נחשב נהיגה בפזיזות. המעשה של נהג האמבולנס, מבחינה נורמטיבית, הוא "הצלת חיים", וגרם המעשה הוא "נהיגה בפזיזות".
	+ **״שלא כדין״-** המעשה הפזיז/הרשלני, כשלעצמו מותר, הוא אינו עבירה. בשביל לשוות למעשה **אופי אסור**, נדרש שהמעשה שייעשה, יהיה לא כדין – נטילת **סיכון בלתי סביר**. היסוד שלא כדין/סיכון בלתי סביר- תחליף לאיסור עצמו, שלא קיים במעשה פזיז/רשלני.
* מעשה פזיז/רשלני של עבירה – אינו מעשה העבירה כפשוטו, אלא "גרם מעשה העבירה". ← לכן, האיסור שנקבע בעבירה על מעשה העבירה כפשוטו, לא חל כהנחת מוצא על ביצוע פזיז/רשלני של אותו מעשה עבירה.
* אולם, מאחר שמעשה פזיז/רשלני, מאופיין כמעשה בעל השלכה/תוצאה רעה בדמות הפגיעה בערך המוגן במעשה ← הרי בנסיבות אלה של השלכות שליליות, באיזון הערכי מול התכלית במעשה, הוא מתאפיין כמעשה לא סביר, שראוי לאסור ← מתרחב האיסור שהוטל על מעשה העבירה גם אל המעשה הפוגע באופן אגבי בערך מוגן של העבירה.
* **ובקיצור:** האיסור על "מעשה עבירה" עשוי להתרחב גם אל **מעשה פזיז/רשלני** כ"גרם מעשה עבירה", ובלבד שהאחרון הוא מעשה "**שלא כדין/בלתי סביר"** בנסיבות העניין הקונקרטי.

מסקנות – ע"פ ניתוח זה:

* **מעשה פזיז/רשלני** =סוג של **"מעשה אסור**": הרחבת מושג "מעשה העבירה האסור", או הרחבת "צורת הביצוע האסורה של מעשה עבירה" ← **ולא** סוג של **מחשבה פלילית/יסוד נפשי.**
* **מעמד היס"נ ההכרתי (מודעות) במעשה פזיזות/רשלנית:** מעשה פזיזות/רשלנות, הוא "**גרם מעשה עבירה**". מה שנעשה במכוון הוא **אינו** מעשה העבירה עצמו. לכן במקרים אלה מתעוררת השאלה ← האם בשעה שאדם עשה מעשה אחד (שלכאורה אינו אסור), הוא היה **מודע** לאפשרות **הפגיעה** בערך המוגן, שנגרמה **לבסוף** ממעשיו? (בשונה ממעשה העבירה כפשוטו, מעשה מכוון, שם ברור שהאדם מודע, ונותר לשאול הוא "מעשה העבירה").לדוג', לשים מקרר בחוץ 🡨 מוות לילד.
* ודוק: ניתוח מעמד המודעות נכון ב"גרם מעשה עבירה" עם **סיבתיות פיזיקלית** (לשים מקרר בחוץ, מוות לילד) ← אך **לא** במקרים של "גרם מעשה עבירה" עם **סיבתיות נורמטיבית**, שם מדובר ממש באותו מעשה, ללא תוצאה נפרדת, והאדם וודאי היה מודע לטיבו (ניתוח, תקיפה – ברור שיש מודעות למגע הכוחני).

**הרצאה 8- יסוד אי החוקיות – עבירה כמעשה אסור וסייג לאחריות של הצדק כמעשה מותר**

* פזיזות ורשלנות הן גרם מעשה עבירה, היות שהן עוסקות במקרים בהם אדם עושה פעילות שאינה מעשה העבירה כפשוטו, בנסיבות מסוימות, שגורמת לפגיעה בערך המוגן בעבירה.
* הראנו גם שאין הבחנה בין מעשה עבירה כפשוטו לבין מעשה עבירה מכוון, ושאין הבחנה בין גרם מעשה עבירה לבין מעשה עבירה לא מכוון.
* הראנו שאין אבחנה בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי ביחס להגדרת המעשה (בגרם מעשה לעתים נדרשת מודעות בפועל או בכוח).

**הצורך בקביעת איסור בגרם מעשה עבירה**

* + כשמדובר במעשה העבירה כפשוטו, שאלת אי החוקיות לא מתעוררת. אם מעשה העבירה נאסר, הוא אסור.
	+ **שאלת אי החוקיות של מעשה מתעוררת ביחס ל״גרם מעשה עבירה״, שכן זהו מעשה מותר על פניו. כדי לקבוע שהוא אסור יש צורך באיזושהי נוסחת איסור**.
	+ לצורך קביעת איסור יש לקבוע שני דברים:
		1. **מתי ראוי בכלל להרחיב איסור של מעשה עבירה גם על גרם מעשה עבירה?**
			- נדבר על זה בהמשך
		2. **מהי נוסחת האיסור- מהן אמות המידה לאפיון מעשה כ״בלתי סביר״ ולכן אסור?**
			- במשפט האמריקאי, עצם נטילת הסיכון אינה דבר אסור. להפך, לפעמים החברה דווקא רוצה שאנשים ייקחו סיכון כי זה תורם להתפתחותה.
			- קביעת נוסחת איסור מחמירה מדי שכוללת בתוכה הרבה מעשים שאינם מעשה העבירה, יכולה לפגוע גם בהתפתחות החיונית וגם בחירות הפרט בצורה בלתי מידתית.
			- נטילת הסיכון **הופכת לאסורה** כשהיא **מבטאת סטייה מהנורמה ההתנהגותית החברתית, בהתחשב בנסיבות.** ״התנהגות שהיא בלתי מוצדקת ומבטאת סטייה גדולה מהתנהגותו של אדם שומר חוק״.
			- **המשפט האמריקאי קובע אמות מידה לבחינה האם מדובר בהתנהגות בלתי מוצדקת:**
				1. תכלית הסיכון- מה התכלית שלשמה אנחנו לוקחים את הסיכון? הצלת חיי אדם? הצלת רכוש?
				2. טיב הסיכון- מהו הסיכון שאנחנו יוצרים בהתנהגות? (מוות? פציעה? נזק לרכוש?) מהו הערך המוגן שעומד מנגד? (חיי אדם, קניין, וכו׳)
				3. ממשיות הסיכון- מה עוצמת הסיכון שאנחנו יוצרים?
				4. דרגת הסיכון- מה דרגת הסיכון? מה הסיכוי שהוא יתממש?
			- **יש לאזן בין אמות המידה** האלה כדי להחליט האם מדובר בהתנהגות שהיא בלתי מוצדקת ומבטאת **סטייה מהתנהגותו של אדם שומר חוק** (שתמיד מאזן כראוי).
* לדוגמה, במקרים בהם תכלית הסיכון היא הצלת רכושו של א׳, אבל טיב הסיכון הוא פגיעה בחייו של ב׳, נראה שזה יהיה סיכון בלתי סביר. לעומת זאת, אם תכלית הסיכון היא הצלת חייו של א׳, וטיב הסיכון הוא פגיעה בחייו של ב׳, יש צורך לבחון את עוצמת ודרגת הסיכון, ולראות האם כדאי לקחת את הסיכון (כי למשל הסיכון הוא בהסתברות של 5% וההצלחה היא של 95%).
* ישנם **אין סוף של גרם מעשה עבירה**, ולכן יש צורך להגביל את העבירות שהן גרם מעשה עבירה, ולכן את רוב הגרם נרצה להתיר ולא להרשיע בפלילים, ולשם כך נקבעה נוסחת הסיכון הבלתי סביר.
* בחזרה **לפרשת וחידי** – הדוגמה של **גרוסקוף** הייתה כי אדם הסיט את ההגה בגלל שהיה בסכנת חיים על הכביש. במקור עשיית הסטייה מהכביש הייתה רצונית, אך ההמשך של פגיעה באדם לא היה רצוני.

**היסוד הנורמטיבי של ״אי סבירות״ (נוסחת האיזון) ועקרון החוקיות**

* מבחן סבירות הסיכון נועד למפות את ההקשרים הנסיבתיים שבהם **ראוי ומוצדק להרחיב את העבירה גם אל גרם מעשה** **עבירה**, כלומר מעשה שאינו מעשה העבירה כפשוטו ובנסיבות מסוימות הוא מביא לפגיעה בערך המוגן.

**מתח בין מבחן הסבירות לעקרון החוקיות:**

* **הרעיון של ייחוס אחריות על גרם מעשה עבירה מעמיד אותנו בין הפטיש לסדן:**
* מצד אחד, האיסור על גרם מעשה עבירה נועד למנוע **פגיעה קשה בערכים המוגנים** שלנו.
* מאידך מבחן סבירות הסיכון מעורר קושי עקרוני עם **עקרון החוקיות**:
	+ 1. המושג סבירות הוא **עמום** ולא עומד בדרישת בהירות הנורמה המתחייבת מעקרון החוקיות.
		2. אמות המידה ליישומו של מבחן זה הן כלליות ביותר ובעלות אופי מובהק של **שיפוט רטרוספקטיבי**. בכך יש משום קביעת האיסור בדיעבד.
		3. נחדד, לא רק מבחן הסבירות על אמות המידה שלו יוצר קושי עם עקרון החוקיות, אלא עצם ההרחבה של האיסור אל **מעשי פזיזות ורשלנות** (גרם מעשה עבירה) **שאינם מוגדרים מראש יוצרת את הבעיה הזאת**.

**לפי שאול, את המתח הזה ניתן לרכך באמצעות 4 כללים:**

1. כלל ראשון- הטלת איסור על גרם מעשה עבירה **כחריג ויוצא דופן** – איסור פלילי צריך לחול רק על מעשה העבירה כפשוטו, ואילו על גרם מעשה העבירה רק במקרים חריגים. מקרים אלה מתקיימים כשמדובר בפגיעה בעבירות החמורות ביותר, שנועדו להגן על הערכים המוגנים החשובים ביותר שלנו (חיי אדם, בטחון המדינה וכו׳). יישום כלל זה מבטאת את עקרון ״המידתיות במובנה הצר״ לפיו ככל שהתועלת הצורך או ההכרח ליישם את מבחן סבירות הסיכון אקוטיים יותר, כך יהיה ניתן להצדיק יותר את הפגיעה בעקרון החוקיות. (זה לדעת שאול הרציונל מאחורי ברירת המחדל בדין הגרמני בעוד בישראל זה הפוך- ניתן לעבור כל עבירה בפזיזות).
* **ברירת המחדל** לא צריכה להיות גרם מעשה (ס'18), אלא **מעשה עבירה כפשוטו, מעשה מכוון**. **ס'15 לקודקס הגרמני**: מעשה עבירה ניתן לעבור רק במכוון. בחריג יהיה ניתן לעבור את העבירה ברשלנות/פזיזות (גרם מעשה). **ס'19 בחוק האנגלי** קובע שפזיזות היא המינ' של היס"נ, אך ניתן להרשיע בפזיזות רק כאשר נאמר במפורש בס' העבירה. אנו אימצנו זאת באופן מוטעה בס'18.
1. כלל שני- **הצהרת הדין** בדבר הרחבת האיסור הפלילי לגרם מעשה עבירה- כל הרחבה של האיסור שהוטל על מעשה עבירה כפשוטו אל ״גרם מעשה עבירה״ חייבת להיות מותנית בהצהרה מפורשת בדין. למשל: הגדרת איסור שמגביל את המעשה האסור למצבים שהם ״גרימת תוצאה בפזיזות או רשלנות״ או קביעה שיש איסור על ביצוע מעשה x שלא כדין, או בנסיבות המאפיינות אותו כבלתי סביר. זה מרכך את הפגיעה בעיקרון החוקתיות כי זה מזהיר את האדם, שבמקום של סיכונים בתחום של העבירה, הוא עלול להיות מואשם.
* ס'15 בקודקס הגרמני קובע, שכל עבירה ניתן לעבור רק במעשה מכוון (מעשה כפשוטו), אלא אם כן נקבע בעבירה שניתן לעבור אותה ברשלנות (גרם מעשה). כך זה גם בדין האנגלי: קבעו שכוונה היא מחשבה פלילית, ופזיזות היא הרחבה של מעשה מכוון, הרחבה ממעשה לגרם מעשה. להבדיל מהדין הישראלי, בו **ניתן לעבור כל עבירה בפזיזות**. זה מרחיב את העבירה ופוגע באופן לא מידתי בעקרון החוקיות. **שאול** אומר שזו הטעות הכי קשה של תיקון 39, והוא חושב שלמעשה מדובר בשגיאה ולא הבינו את הדין האנגלי כראוי.
1. כלל שלישי- ״גרם מעשה אסור״ כסטייה התנהגותית **בלתי סבירה במידה ניכרת** (gross deviation) מהסטנדרט של אדם שומר חוק - הרחבת האיסור הפלילי תעשה רק בנסיבות שגרם מעשה העבירה הוא בלתי סביר + במידה ניכרת. כלל זה מרכך את הפגיעה בעקרון החוקיות ב3 אופנים:
2. מגדיר בצורה מינימלית את האיסור המוטל על התנהגויות שאינן אסורות כשלעצמן (לא סביר/ לא מוצדק).
3. מגביל את הרחבת האיסור למעשים שהם בלתי סבירים בלבד, ושולל אפשרות להטיל אחריות על כל פגיעה אגבית או כל נטילת סיכון לפגיעה.
4. מידת אי הסבירות צריכה להיות גדולה וניכרת עד כדי אפיון ההתנהגות בגרם מעשה העבירה כmala in se, כך שהצורך בעקרון החוקיות בעניינה הוא חלש יותר.

המאמר מציג 3 דרכים שעומדות בפני המחוקק כדי ליישם את הכלל השני והשלישי. בגדול, השימוש במילים ״שלא כדין״ או ״פזיז״/״רשלני״ בהגדרתן של עבירות, מקיים את דרישות הכלל השני והשלישי וכך מרכך את הפגיעה בעיקרון החוקיות.

1. כלל רביעי- המחוקק יגדיר את אמות המידה בחקיקה – המטרה היא שלנאשם יהיה דרך להתגונן. בדין הישראלי אין אמות מידה ל-שלא כדין/בלתי סביר, לדעת **פלר** סביר/לא סביר זה עניין לשופטים בלבד, **שאול** מסכים חלקית שכן למרות שזה עניין לשופטים לנאשם יכולה להיות דרך לשכנע שהמעשה סביר. אמות המידה בהשאלה מהמשפט האמריקאי: תכלית נטילת הסיכון; טיב/ סוג הסיכון שניטל; דרגת הסיכון.

**מעשה ״שלא כדין״ כ״גרם מעשה״ בלתי סביר (נסיבת ״שלא כדין״)**

* הצגנו את המושג ״שלא כדין״ כמושג שמטרתו היא מחד להרחיב את האחריות הפלילית בעבירות של גרם מעשה עבירה, ומאידך להגביל את היקף ההרחבה למעשים פוגעניים שהם ״שלא כדין״ בלבד.
	+ בהקשר זה**, דיברנו על נוסחת האיסור. שבוחנת בפועל את סבירות המעשה**. נוסחת האיסור. נכנסת לתמונה כאשר המעשה שמבטא ״גרם מעשה עבירה״ הוא **מעשה שאינו אסור על פניו, אלא מותר**. בהקשר זה, המושג ״שלא כדין״ עוזר לנו לבחון האם מדובר במעשה שבהתחשב בנסיבותיו, הוא לא סביר, שלא כדין.
	+ **עם זאת**, נוסחת האיסור היא לא המשמעות היחידה שיש למושג ״שלא כדין״.י**שנם מקרים בהם אדם עובר ״גרם מעשה עבירה״ באמצעות מעשה שהוא לא מותר על פניו, אלא אסור בדין**. למשל, אדם נוהג בשכרות וכך גורם מוות. אם הנהיגה בשכרות היתה מותרת בדין, היינו משתמשים בנוסחת האיסור, **אך היות שהחוק אוסר בפירוש על נהיגה בשכרות, אין צורך לבחון את הסבירות** באמצעות נוסחת האיסור שמגולמת במילים שלא כדין״. כלומר, **ניתן לעבור עבירה בשלושה אופנים:**
		1. מעשה העבירה כפשוטו (המתה)
		2. גרם מעשה העבירה, המותר כשלעצמו (למשל, רכיבה על סוס שגורמת למוות). נבחן לפי נוסחת האיסור. בהקשרים האלה ״שלא כדין״ מהווה מושג מקביל ל״לא סביר״.
		3. גרם מעשה העבירה, שהוא שלא כדין כשלעצמו מכוח איסור נפרד (נהיגה בשכרות 🡨 מוות).

**זיקת הרכיב הנורמטיבי של ״נוסחת האיסור״ ב״גרם מעשה עבירה״ לסייגי ההצדק לאחריות הפלילית**

* לפי הגדרותיו של **פלטשר, היסוד העובדתי בעבירה הוא אוסף עובדות שצירופן זו לזו מבטא באופן קוהרנטי הפרת נורמה בחברה נתונה בזמן נתון**, כלומר מדובר בנתונים שנחשבים ל״מעשה רע על פניו״. ל**עומת זאת, היסוד העובדתי של ההצדק, מבטא אוסף מתחרה של נסיבות**, שבחישוב כולל של עובדות היס״ע ושל עובדות ההצדק, יוצא שהמעשה הוא לא רע למעשה, all things considered.
* בעבר, **דיברנו על כך שיש זיקה עניינית-תכנית בין היסוד העובדתי בעבירה**, ליסוד העובדתי של **סייגי ההצדק**. שכן, לשניהם מהות אחת- השיפוט הנורמטיבי של המעשה. התגבשות סייג מסוג הצדק, שוללת את התגבשות היסוד העובדתי בעבירה, ואילו אם בסופו של דבר מתברר שאכן אופיו הרע של המעשה הוכח לא רק על פניו, נשללת האפשרות להשתמש בהצדק.

במקרים אלה, מתגבשת הנחת מוצא לפיה נעברה עבירה, ואז יש הזדמנות לסתור אותה.

* כעת, **שאול** טוען **שהזיקה העניינית תכנית בין היס״ע של העבירה ליס״ע של ההצדק היא חזקה וחריפה יותר במקרה של גרם מעשה עבירה.**
* כשאנחנו מדברים על ״גרם מעשה עבירה״, אין הנחה לכאורית שהמעשה שנעשה הוא אסור, אלא ההנחה היא שהמעשה שנעשה הוא מותר, ביצוע גרם מעשה העבירה לעצמו אינו מגבש את המינימום ההכרחי להוכחת היסוד הנורמטיבי. אבל אולי all things considered נגלה שהמעשה הוא לא סביר ולכן אסור.
* אולם, נ**וסחת האיסור ב״גרם מעשה עבירה״ מאופיינת כמבחן של ״מעשה רע בחישוב כולל**״ ולא רק על פניו (כפי שנקבע בכוונה רגילה), שבוחן את ההתנהגות לאור כל העובדות הרלוונטיות, כלומר אין הבחנה בין עובדות המקימות מעשה רע לבין העובדות המקימות הצדק. נוסחת האיסור מבצעת את מלאכת שיפוטה של התנהגות בחישוב כולל, ההולמת בד״כ את אופן בחינת התגבשות **הסייג**. לכן, החישוב הכולל בוחן גם התגבשות סייג הצדק, למרות שהיא משמשת כחלק מהגדרת היסוד העובדתי נורמטיבי של העבירה.
* ההבחנה בין בחינת התגבשותו של מעשה רע על פניו (עבירה) ובחינת שאלת התגבשותו של סייג ההצדק, אינה תקפה במקרה של ״גרם מעשה עבירה״. זה מעניק לפזיזות ולרשלנות (גרם מעשה עבירה) אופי של **יסוד אחריות הוליסטי, שבמסגרת הגדרתו נבחנת התגבשות העבירה והתגבשות ההצדק כאחד**.

**ייחוס ״גרם מעשה עבירה״ – רשימה בלתי סגורה של סייגי ״הצדק״**

* בגרם מעשה אין מדובר בזיקה מושגית תוכנית אלא למעשה **בביטול מעשי** של ההבחנה הרעיונית צורנית בין הוכחת מעשה רע לשלילת יסוד זה בחישוב כולל (הצדק). מכאן שאין הבחנה צורנית בין עבירה לבין הצדק.
* **למרות שאי אפשר להבחין מהותית בין התגבשות העבירה לבין התגבשות סייג ההצדק, ניתן להבחין בניהם פרוצדוראלית**: התביעה צריכה להביא את כל העובדות שתומכות בתזה שלה לפיה המעשה היה שלא כדין, all things considered, ואילו הנאשם צריך להביא את העובדות שתומכות בתזה שלו לפיה המעשה שעשה היה כדין, all things considered.
* **לדיון נפקות חשובה-** ישנה מחלוקת בספרות **האם רשימת הסייגים היא רשימה סגורה**. בגרם המעשה האיסור אינו קוגנטי, אופי המעשה כאסור תלוי בשאלת הסבירות ובאין סוף הקשרים נסיבתיים שאינם יכולים להכנס לרשימה סגורה. לכן:
* יש לאפשר לנאשם לטעון כל טענה של הצדק, **ולא להגביל אותו לרשימה סגורה**.
* זאת, משום שבהקשר זה האחריות מתבססת על מעשה שהוא על פניו מותר, ולכן טענת ״הצדק״ בהקשר הזה שוללת את האיסור מעיקרא.
* התביעה מנסה להסביר למה האיסור קיים, ואילו הנאשם מנסה להסביר למה המעשה שעשה כלל לא היה אסור. **התגבשות האיסור בגרם מעשה עבירה לא מוגבלת לרשימה סגורה של הקשרים נסיבתיים ועובדתיים, ולכן אין להגביל את ההצדק לרשימה סגורה.**

**הרצאה 9- יסוד האשמה, עבירה כמעשה ״בר אשם״ וסייג לאחריות מסוג של פטור כמעשה ״נעדר אשמה״**

**מבחן האשמה (יחס אנטי חברתי תודעתי-מוסרי) = סטייה מהתנהגותו של אדם שומר חוק**

* הגדרת היסוד של ״פזיזות״ במשפט האנגלו אמריקאי כוללת בתוכה רכיב נורמטיבי שמורכב משניים: מעשה בלתי מוצדק או בלתי סביר + **וסטייה מסטנדרט התנהגותו של אדם שומר חוק**. נעסוק כעת ברכיב השני.

**מושג האשמה**

בעבר, אמרנו שמושג האשמה מבטא יחס אנטי חברתי של הנאשם כלפי הערך החברתי המוגן בעבירה מסוימת, כפי שהוא מקבל ביטוי בביצוע אותה עבירה. **שתי תפיסות מתחרות למובנו של היחס האנטי חברתי הזה:**

* + - * 1. **יחס אנטי חברתי תודעתי- הכרתי**: היחס האנטי חברתי התודעתי הכרתי מתבטא באחת משתיים:
1. **פלר-** בהחלטה המודעת של הפרט לנהוג בניגוד לנורמה החברתית (או ליטול סיכון לפגיעה).
* ביקורת- החלטה מודעות לנהוג בניגוד לנורמה לא בהכרח מבטאת יחס אנטי חברתי (דוגמת נהג האמבולנס שמסכן חיי אדם כדי להציל חיי אדם).
1. **הלוי-** בבחירה החופשית של הפרט לנהוג בניגוד לנורמות החברתיות.
* ביקורת- לא תמיד העדר בחירה חופשית שולל יחס אנטי חברתי (דוגמת הריגת אדם, בכפייה, כדי להציל רכוש).
	+ - * 1. **יחס** **אנטי חברתי תודעתי- מוסרי**: האשמה, היחס האנטי חברתי, מתבטאת בשיפוט הכרעותיו הנורמטיביות המעשיות של הפרט בהשוואתן להכרעות הנורמטיביות המעשיות שהחברה רשאית לצפות מחבריה בנסיבות דומות. אם יש ״קונפליקט אידיאולוגי״ ערכי נורמטיבי בין הפרט לחברה, שמתבטא במעשי הפרט, יש יחס אנטי חברתי.

**סייג הפטור**

* **בהמשך, הצענו שני ניסוחים אפשריים להגדרת מהות תכנו של סייג הפטור כשולל את האשמה:**
	+ מדובר בביצוע מעשה עבירה (מעשה רע) שבנסיבותיו הקונקרטיות אינו מבטא שיפוט א-נורמטיבי-ערכי מעשי של הפרט, לפחות לא ברמה המצדיקה גינוי (כלומר**, המעשה רע, העושה אינו רע).**
	+ מדובר **במצב הנעדר סטייה מסטנדרט ההתנהגות הנורמטיבי** שלדעת החברה ניתן וראוי לצפות לו מאדם שומר חוק בנסיבות, אף אם לא מדובר בהתנהגות אידאלית.
* לכן, טענו **שהאשמה כיסוד בעבירה, מבטאת ״גינוי״** של הפרט **על יחסו האנטי חברתי התודעתי-מוסרי** המתבטא בשיפוטיו המעשיים הא-נורמטיביים, ו**שלילת האשמה בסייג הפטור** מבטאת את **היעדרו של יחס אנטי חברתי תודעתי-מוסרי** שמתבטא בשיפוט נורמטיבי מעשי שונה מהחברה. כלומר, יסוד האשמה בעבירה והסייג מסוג פטור, מהווים תמונת ראי נורמטיבית אחד של השני.

**אשמה בהגדרת הפזיזות בדין האמריקני**

* בהגדרת הפזיזות בדין האמריקאי, נדרש כאמור סטייה מסטדנרט התנהגות של אדם שומר חוק. **המבחן הזה נדרש לגיבוש יסודות העבירה מסוג פזיזות.**
* **מבחן זה הוא מבחן האשמה, במובן ההכרתי-מוסרי** 🡨 אי עמידה של הנאשם בציפיות הערכיות נורמטיביות המעשיות של החברה מ״אדם שומר חוק״. מדובר בשיפוט ערכי נורמטיבי של הכרעותיו.
* אנחנו רואים שהגדרת ה״אשמה״ (סטייה מאדם שומר חוק) ביסודות העבירה של פזיזות, מבטאת תמונת ראי של סייגי ה״פטור״. אי עמידה בסטנדרטים נורמטיביים חברתיים אינה רק שוללת פטור, אלא גם מגבשת את האחריות.
* **מתעוררת שתי שאלות:**
	+ 1. האם התגבשות האשמה כיסוד בעבירה לא שוללת מאליה את הפטור?
		2. האם מבחן האשמה במודל לדוגמה רלוונטי רק ל״גרם מעשי עבירה״ או גם למעשי עברה כפשוטם? ואם כן, כיצד הוא מקבל את ביטויו בעבירות אלה?

**סטייה נורמטיבית ערכית (אשמה) במעשה עבירה כפשוטו + בגרם מעשה עבירה**

ראינו שיש זיקה תכנית מהותית בין יסוד האשמה בגיבוש האחריות הפלילית (יחס אנטי חברתי שמתבטא בשיפוטים נורמטיביים פסולים) לבין סייג מסוג פטור (העדר יחס אנטי חברתי כזה, או קיומו במידה שלא מצדיקה גינוי).

**ביחס למעשה עבירה כפשוטו**: **האשמה היא מושג אינהרנטי למעשה**

* מעשה שהוא מושג אטומי וכולל- האשמה מתגבשת מעצם ייחוס מעשה העבירה לאדם מסוים. תכלית מעשה העבירה, מתוך הגדרה, היא מנוגדת לשיפוטים נורמטיביים של החברה. כשאנחנו אומרים שראובן תקף את שמעון, אנחנו מניחים שראובן ״נגע״ בשמעון מתוך מטרה לתקוף אותו, והתקיפה היא היא המעשה שהחברה ביקשה לאסור. **כלומר, ביצוע מעשה עבירה כפשוטו, מבסס מתוך עצמו את הגינוי החברתי שמתבטא בשיפוטים נורמטיביים פסולים.**
* **למעשה העבירה כפשוטו, שכולל בתוכו את יסוד האשמה, יש זיקה מהותית לסייג הפטור.**
* עם זאת, במישור ״כללי המשחק״ **ניתן להצביע על הבחנה צורנית-כרונולוגית**: הוכחת מעשה העבירה היא הוכחה לכאורית להתגבשות יסוד האשמה (התנהגות אנטי חברתית), והפטור הוא שלילה של הנחת מוצא לכאורית זו (considered ) לא מדובר ביחס אנטי חברתי.

**ביחס לגרם מעשה עבירה**: **האשמה היא תנאי נוסף ונלווה לייחוס האחריות**

* המעשה שנעשה **לא מגבש אפילו הנחת מוצא להתגבשות אשמה**. גרם מעשה העבירה הוא מעשה שתכליתו או המטרה (רצייה) העומדת ביסודו אינן ראויות בהכרחת לגינוי.
* זאת, משום שייתכן מצב שבו שיפוט נורמטיבי של המעשה עצמו יביא למסקנה שאסור היה להתנהג כך (התעללות בחוסים), אך נסיבות המקרה יביאו למסקנה שהנאשם (המטפלים) לא ראוי לגינוי, כי המעשים שלו, בנסיבות העניין הקונקרטיות, לא מבטאים סטייה נורמטיבית מספיקה לצורך גיבוש האשמה. בדוגמת החוסים, מטרת המעשה היתה טיפולית, וגם אם הם שגו מבחינה התנהגותית ובחרו במעשה לא סביר (כלומר ביצעו גרם מעשה אסור), עדיין לא מדובר בשיפוט נורמטיבי ערכי פסול במידה המצדיקה גינוי פלילי.
* למשל **פסד סומך** (בחור מחזר אחר אשתו של ניר סומך במשך זמן רב, לבסוף סומך הורג את הבחור ב3 כדורים) **סולברג** קובע שצריך לדון אותו ע"פ מצבו וכל הרקע ולכן קובע הגנה עצמית (הבעיה היא שזה הצדק ולא פטור, סטנדרט של פטור נמוך יותר).
* **לכן, כשמנסים להרשיע בגרם מעשה עבירה, צריך להסביר למה המעשה הזה בנסיבותיו המסוימות, מבטא אשמה** ברמה המצדיקה גינוי פלילי.
* דוגמת הנהגת חסרת הביטחון, שמרוב חרדה לפגוע בחיי אדם משתלבת בנתיב והורגת אדם:
* נסיבות העניין לא מצביעות על יחס אנטי חברתי תודעתי מוסרי. לכן, אי אפשר לומר שהתנהגות הנהגת ראויה לגינוי במישור הנורמטיבי.
* מטרת המשפט הפלילי היא לטפל בסטיות ערכיות נורמטיביות, ולא בטעויות בשיקול הדעת. כשיש תמרור ״זכות קדימה״ והנהגת מנסה להשתלב, היא מפעילה שק״ד קוגנטיבי ומנסה להבין מתי נכון להשתלב. אם המחוקק הותיר בידיה את שיקול הדעת הזה, הוא לא יכול לצפות ממנה שלא תטעה, ולכן לא נכון להעניש אותה באמצעות גינוי של המשפט הפלילי (להבדיל מענישה מנהלית).
	+ - * אנחנו רואים ששיטה משפטית המבססת אשמה על פרמטרים קוגנטיביים (מודעות), עשויה להביא להרשעת נאשמים נעדרי אשמה במובן הערכי נורמטיבי.
			* הגדרת הפזיזות (וגם הרשלנות) במודל האמריקאי**:**
* **כוללת בתוכה מבחן של אשמה, כמבחן עצמאי ונפרד. מבחן האשמה הזה מאופיין כמבחן של ״חישוב כולל**״, האם ההתנהגות היתה של אדם שומר חוק, כחלק מהגדרת העבירה עצמה.
* לכן, בגרם מעשה עבירה לא **מדובר רק בזיקה מהותית מושגית בין הפטור ליסוד האשמה, אלא בביטול מעשי של ההפרדה הצורנית** שבין הוכחת אשמה לכאורה לבין שלילת אשמה בחישוב כולל. כלומר, **בחינת התגבשות האשמה לצורך התגבשות מבחן ״האדם שומר החוק״, כוללת מתוך עצמה בחינה נורמטיבית של ההתנהגות על כל נסיבותיה, באופן המבטל את ההבחנה בין יסוד האשמה בעבירה ליסוד הפטור.**
* אנחנו רואים גם כאן, אופי הוליסטי של יסוד האחריות, שבמסגרתו נבחנת שאלת התגבשות האשמה בעבירה ושאלת התגבשות הפטור כמקשה אחת.
* **עם זאת, למרות העדר הבחנה צורנית בין הפטור לאשמה, יש עדיין הבחנה פרוצדוראלית-כרונולוגית:**
	+ - * 1. כל עוד לא עלה בידי התביעה להציג ״תמונת אירוע״ המאפיינת את התנהגות הנאשם כביטוי של יחס אנטי חברתי תודעתי מוסרי, חוסר דאגה מספק לאינטרס החברתי או אי עמידה בציפייה הנורמטיבית של החברה, לא עלה בידיה להוכיח את יסוד האשמה, גם לכאורה, והנאשם יוכל לטעון ״אין להשיב לאשמה״. אם התביעה הצליחה לבסס אשמה לכאורית, הנאשם צריך לנסות להוכיח אחרת.
				2. **משמעות מהותית נוספת- לנאשם יש אפשרות לטעון איזה טענות פטור שירצה והוא לא מוגבל לרשימה סגורה.** זאת, משום שהמבחן של האשמה בהגדרת העבירה (פזיזות ורשלנות) הוא מבחן כללי של סטייה מציפייה חברתית. המעשה האסור לא היה ידוע קטגורית מראש, אלא הוא נמדד באמצעות שיקולים כלליים ב״חישוב כולל״. בנסיבות אלה, לא יהיה נכון להגביל את הנאשם להתמודד עם הטענה לפיה סטה מהציפייה החברתית, כשזו לא הוגדרה מראש, לרשימה סגורה של עילות, כי ה״ציפייה החברתית״ במקרה זה היא שאלה פתוחה ולא קטגורית.
				3. אם הצליח הנאשם לבסס את טענתו שההתנהגות שלו לא סוטה מהתנהגות המצופה מאדם שומר חוק, הוא שולל את יסוד האשמה **מעיקרא**.
* **הניתוח הנ״ל רלוונטי גם לעבירות מסוג רשלנות**. בעבירות רשלנות יש להשוות את סטנדרט הזהירות שנקט הנאשם לסטנדרט המצופה מאדם בנסיבות אלה. המבחן אינו הכרתי גרידא- למה צריך אדם להיות מודע בנסיבות, אלא מבחן נורמטייבי- כיצד עליו להתנהג באותם נסיבות. י
* יוצא, **שגם בעבירות רשלנות**, תנאי להתגבשות האחריות הוא אי עמידה בסטנדרט חברתי, שמבטא אשמה ומצדיק להטיל גינוי. גם כאן מדובר ברכיב עצמאי שלא נובע מהמעשה עצמו, אלא נבחן בנפרד לו.

**״אשמה״ כמושג ייחודי ל״רשלנות״ בדין הרומי העתיק ובדין הקונטיננטלי**

**Culpa= אשמה בדין הרומי,** מתייחסת למצב של רשלנות, במשמעותו כ״מעשה לא מכוון״. הculpa מתייחסת לתוצאה שנגרמת ממעשה, בנסיבות של אי עמידה בחובת הזהירות **שנלוותה לאותו מעשה**, אך לא למעשה שנעשה לעצמו. (כלומר, גרם מעשה עבירה).

* + אשמה כמושג אחריות נפרד ומובחן רלוונטית רק למצבים של גרם מעשה עבירה. בניגוד לכך, בעבירות שהן dolus malus, מעשה עבירה מכוון, האשמה כלולה אינהרנטית במעשה, והיא לא יסוד עצמאי ביחס אליו.
	+ המבחן המקובל להתגבשות culpa נטוע בשאלה עד כמה ובאיזה מידה חייב אדם לבדוק את מידת ההשפעה שיש למעשיו על אחרים. זהו מבחן שבודק בעצם ״חוסר זהירות״, והוא מנסה לאפיין אחריות על פעולות אגביות למעשה.

**כך גם בדין הגרמני:**

* + - * 1. ביצוע מעשה עבירה מכוון, כולל מאליו יסוד של אשמה.
				2. בביצוע רשלני, של מעשה עבירה לא מכוון יש להוכיח את האשמה בנפרד, במובנה כסטייה ערכית נורמטיבית סובייקטיבית.

**דוגמאות לסייגים:**

* 1. **כניסה למצב בהתנהגות פסולה** (תיקון 39)
* הסייגים של **העדר שליטה, צורך וכורח, לא יחולו במצב בו אדם נכנס למצב בהתנהגות פסולה**. לדוג': ראובן הולך לריב עם שמעון השולף אקדח במהלך הריב, ראובן צריך להתגונן ויורה בשמעון וטוען **להגנה עצמית**. ביהמ"ש יגיד לו הכנסת את עצמך בהתנהגות פסולה למצב אזי סייג של הגנה עצמית לא תקף.
* **אז למה צריך את סעיף?** בהתאם לדוג' לעיל, אפשר להאשים את האדם בעבירה של **המתה בפזיזות,** ומי שנכנס למצב בפזיזות לא יכול לטעון להגנתו להגנה עצמית. שאול אומר שבאמת **לא צריך את הסעיף** הזה בדין הישראלי, כי הסעיף הזה יוצא מנקודת הנחה **שלא** ניתן לייחס כל עבירה בגרם מעשה עבירה. **אבל בדין הישראלי** כל עבירה ניתן לבצע בפזיזות, כלומר, **כל עבירה ניתן לבצע בגרם מעשה עבירה** (זו ברירת המחדל).

**הדין הגרמני**

**בדין הגרמני אין מודעות, היסוד הנפשי הוא מעשה מכוון או לא מכוון.** מודעות קשורה לגרם מעשה**, אם ביצע גרם מעשה, האם היה מודע לתוצאה. אבל בניגוד לדין הישראלי, המודעות אינה היסוד המבחין, אלא הכוונה. יש 2 סוגי עבירות:**

1. **עבירת כוונה**
2. **עבירה שאין בה כוונה (רשלנות).**
	1. **החטאה/טעות במצב דברים**:

**לדוג': כאשר הנאשם רצה להרוג את בנימין, אלא שפספס והרג את נפתלי בטעות. ההרג של נפתלי הוא תוצאת לוואי, כלומר גרם מעשה.** עילות התביעה:

* **בדין הגרמני: הנאשם יועמד לדין בגין (א)** ניסיון לרצח **של בנימין ו(ב)** הריגה **(גרם מעשה) של נפתלי.**
* **בדין האנגלי: הנאשם יועמד לרצח בכוונה** מועברת **(כלומר מעבירים את הכוונה לרצוח את בנימין לכוונה לרצוח את נפתלי). \*נלקח גם לדין הישראלי בחוק העונשין ס'** (ג)(1)- "אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות".
* **שאול בביקורת על הדין הישראלי: למה צריך את הכוונה המועברת? רשום בעבירה "הגורם למותו של אדם" אין משמעות לאיזה אדם זה. יש יסוד עובדתי, יש כוונה להרוג אדם ויש סימולטניות, אזי אין צורך בכוונה מועברת.**

דנ"פ פלוני: **לפי** הנדל **(בהשראת פס"ד קנדי),** מעשה אוטונומי מנתק קשר סיבתי ממעשה קודם. **אחד המבחנים לכך הוא:** מעשה אוטונומי הוא מעשה מכוון, **כלומר,** מעשה כפשוטו **(ברצייה).** שאול **מסביר שמעשה מכוון הוא לא מעשה בכוונה, אלא מעשה מכוון של העבירה, במקרה זה נטילת סיכון.**

פס"ד מאנגליה סאונדרס וארצ'ר 1571- **רקע: סאונדרס רצה להתגרש מאשתו אבל לא היה יכול כי היה נשוי לה בנישואים קתוליים. ארצ'ר הציע לסאונדרס להמית את אשתו עם תפוח מורעל וסיפק לו את התפוח המורעל. סאונדרס נתן לאשתו את התפוח, והיא נתנה את התפוח לבת שלהם. סאונדרס רואה זאת, הבת מתה.** ביהמ"ש קבע: **מעשה ההמתה היה זה שסאונדרס לא מנע מביתו לאכול את התפוח. זה** מחדל של סאונדרס**, לא של ארצ'ר. כלומר, מעשה אוטונומי (מחדל של סאונדרס) שמנתק קשר סיבתי (של ארצ'ר להבאת התפוח עבור מות האישה), זו לא כוונה מועברת!** סאונדרס הורשע והומת בתלייה**.** ארצ'ר זוכה.