**מחברת מקוצרת – דיני עונשין**

**מבוא**

**ענפי המשפט הפלילי:**

**דיני עונשין**

ענף המייצג את הדין המהותי, אוסף כללים מחייבים המסדירים את כללי האחריות הפלילית:

1. כללים הקובעים **הגדרה** של עבירות פליליות.
2. כללים הקובעים **מהי הסנקציה** הצפויה למי שמבצע התנהגות שמוגדרת כעבירה פלילית.
3. כללים הקובעים **תנאים** כלליים שצריכים לחול על אדם כדי שיישא באחריות פלילית.
4. כללים הקובעים **דרכי ענישה** ואופן הפעלתן.

חוק העונשין מחולק לחלק כללי ולחלק ספציפי. הוראות החוק הכללי חלות על כל אחת מהעבירות המפורטות בחלק הספציפי.

* חקיקה פלילית קיימת גם בחוקים שאינם פליליים. **החלק הכללי בחוק העונשין חל גם על סעיפי החוק העוסקים בעבירות ופזורים בחוקים אחרים.**

**מטרות המשפט הפלילי:**

**כלומר, מה רוצים להשיג באמצעות המשפט הפלילי (צופה פני עתיד).**

**מטרתו המרכזית של המשפט הפלילי היא להגן על ערכים חברתיים מוגנים שחיוניים לקיומה של חברה מאורגנת.**

המשפט הפלילי הוא כלי רגולטורי להסדרת התנהגות והגנה מפני פגיעה בערכי הליבה של חברה מאורגנת.

הצורך בהסדרה – החשש שאם לא יהיה סדר וכללי התנהגות ברורים, תהיה אנרכיה אנדרלמוסיה – אנשים לא יהססו לפגוע על מנת למקסם את האינטרסים שלהם. חייב להיות סדר מסוים ובלמים מסוימים על מנת שהחברה תוכל להתקיים.

1. **רציונל תיאוריית האמנה החברתית "SOCIAL CONTRACT "**: הפרט יוותר על החירות לפעול כרצונו בידיעה שגם אחרים מחויבים לכך.

**בתוך כך, אחריות פלילית מבטאת קונפליקט בין הפרט לחברה בכללותה:**

* 1. תומס הובס – אם לא יהיו בלמים וסנקציות אנשים יעשו כל מה שעולה לרוחם לרווחת עצמם. משמעות האמנה החברתית היא שכולם מוכנים להפקיד את זכויותיהם בידי הריבון, ולריבון תהיה הסמכות להסדיר את כללי ההתנהגות בחברה.
  2. רוסו, ג'ון הולץ – מתארים את המשפט הפלילי כהתאגדות של פרטים ליצירת ריבון שינהל את ההדדיות הרצויה בחברה. הריבון קובע מהן ההתנהגויות הפליליות המעמידות בסכנה את האמנה הרצויה בין הפרטים במדינה.

1. **עבירות פליליות מגדירות התנהגויות אנטי חברתיות שמעמידות בסכנה ערכים חברתיים מוגנים:** המשפט הפלילי בא להגן על ערכים חברתיים הנתפסים כחשובים בעייני החברה. בכל שיטת משפט נקבעים הערכים החברתיים עליהם הדין יגן.

**המשפט הפלילי הוא הכלי הדרקוני ביותר שיש למדינה מול האזרחים, הוא נועד לאפשר סטטוס קוו של חיים משותפים**. דיני העונשין כוללים שורה של מעשים הנוגדים ערכים חברתיים אליהם מצמידים תג מחיר. **התנהגות – נורמה – סנקציה.**

בתוך כך, נכנס הנושא של עבירות. **עבירה היא טכניקה שהמשפט הפלילי משתמש בה כדי להגן על הערכים** **המוגנים**. העבירות מורכבות מהגדרת התנהגות אסורה שאמורה להתבצע ע"י אדם בעל כשרות פלילית ובבסיס אותה התנהגות ישנו ערך חברתי שעליו החברה רוצה להגן. לפי פלר, לכל עבירה נדרש להיות 4 קריטריונים מצטברים:

1. עושה העבירה – אדם בעל כשרות פלילית (בעל שליטה עצמית, לא קטין, שפוי).
2. יסוד עובדתי – התנהגות אסורה שצריכה להתבצע בנסיבות מסוימות (תנאים שקבועים בחוק), ולפעמים כוללת גם תוצאה שצריכה לקרות בגלל שימוש בה (בעבירות תוצאה).
3. יסוד נפשי – משקף את הלך הרוח / היחס הסובייקטיבי השלילי של עושה העבירה כלפי הערך המוגן בעת ביצוע המעשה.
4. אובייקט העבירה – הערך המוגן. בבסיס כל עבירה צריך להיות ערך עליו נרצה להגן שמשקף את ההצדקה להפללה.

**ייחודיות המשפט הפלילי:**

**המדינה נכנסת לנעלי המאשימה, מדובר בסכסוך ציבורי, שלחברה יש אינטרס בו, בין המדינה לבין הנאשם. הקורבן נתפס כעד אך הוא לא צד בעל סמכות לעיצוב ההליך.**

1. **האחריות הפלילית גוררת תיוג (סטיגמה) וגינוי –** מי שמורשע בפלילים נצמד לו **אות קלון**. מדובר בתפקיד אקספרסיבי, אנו באים **להעביר מסר חברתי ערכי** לאדם הפוגע ולציבור. החומרה היא לא רק בעונש אלא בתיוג הנאשם, המתבטא בסוג ההרשעה.
2. **עקרון השיוריות** – השימוש במשפט הפלילי ייעשה כמוצא אחרון. בגלל חוסר הסימטריה של ההליך הפלילי וכי ההליך מוביל לסנקציה, האחריות הפלילית נתפסת כחמורה מאוד (תיוג וגינוי, שלילת חירות וכדו'). לכן, נעדיף תחילה למצוא פתרון באמצעים רכים יותר ורק כשאין מוצא אחר נוכל להפעיל את הדין הפלילי.
3. **אחריות פלילית מותנית בקיומה של אשמה**
   1. **שליטה** – לא ראוי ולא צודק להטיל על אדם אחריות פלילית אם לא הייתה לו היכולת להימנע מהמעשה.
   2. **יסוד נפשי** – יש להוכיח שאדם מודע למעשיו, לטיב נסיבות העבירה (ולעיתים לאפשרות קרות התוצאה) כדי שיטילו עליו אחריות פלילית. עקרון האשמה משתקף גם דרך נושא הסייגים לאחריות פלילית.
4. **מבנה ההליך והצדדים לו** – ההליך הוא ציבורי, המדינה נ' הנאשם; נפגע העבירה אינו צד להליך אך יש לו זכויות.
5. **רף ראייתי –** יש להוכיח את העובדות ברמה של **'מעל ספק סביר'**.

**הצדקות להפללה:**

**על אילו ערכים ראוי שהמשפט הפלילי יגן? ואם מחליטים להגן- באיזה אופן? כמה ההגנה צריכה להיות רחבה?**

1. **עקרון הנזק** – המקרים הקלאסיים שבהם נרצה להפליל הם כאשר אדם גורם לנזק ברור לאחר או לחברה. עם זאת, עולה השאלה מה סוג הנזק הראוי להפללה?
2. **פגיעה ברגשות** – האם פגיעה ברגשות מספיקה כדי להפליל? הדבר שנוי במחלוקת.
3. **אכיפת מוסר** – מה קורה במצב בו יש התנהגות שלא פוגעת באדם עצמו אבל מנוגדת למוסר המקובל? הקביעה היא שיש הבדל בין משפט פלילים למוסר, יש מקרים בהם הם הולכים יחד (למשל, במקרי רצח) ויש מקרים בהם אין להכניס את המוסר למשפט הפלילי בכללותו.

יש להבחין בין שני סוגי עבירות:

Mala prohibita- עבירות שהרע בהן לא טבוע במעשה עצמו מוסרית, אלא אסורות בגלל שיקולים חיצוניים למוסר [עבירות של איכות הסביבה, מניעת סיכון (מוצרים פגומים); עניין של יעילות וסדר חברתי, ולא של מוסריות].

Mala per se- עבירות שברור שהן אסורות. הרע שטבוע בהן הוא מוסרי, עבירות לא מוסריות (רצח, אונס).

פרופ' הארט: תמך בגישה ליברלית – המשפט הפלילי הוא כלי שצריך להשתמש בו לשם מניעת נזק **ולא נכון להשתמש בו לאכיפת מוסר.** העמדה המקובלת כיום.

הלורד דבלין: זכותה של מדינה לקבוע אמות מוסריות ולאכוף אותן בצורה של איסורים פליליים. זאת כדי לשמור על החוסן של המדינה. **לטענתו לגיטימי לאכוף מוסר ע"י המשפט הפלילי, גם שלא כלול בזה נזק.**

**פטרנליזם –** שימוש במשפט הפלילי כדי לכפות על אנשים טוב מוסדי. למשל בשימוש בסמים: אין נזק לאחר, מדוע המדינה מתערבת? פרופ' הארט תמך בפטרנליזם, לעומת זאת ג'ון מיל טען כי יש להגביל את המשפט הפלילי ולאסור רק מעשים הפוגעים באחר שכן על המדינה לאפשר מקסימום של חירות.

**הענישה הפלילית**

**הצדקות הענישה:**

**מה מצדיק מבחינה מוסרית להעניש? הוגים שונים ניסו למצוא הצדקות לענישה, עד היום אין הסכמה גורפת בעניין. ניתן לחלק את ההצדקות ל-2 קבוצות עיקריות:**

**הצדקות גמוליות:**

העונש הוא טוב והכרחי מבחינה מוסרית: השתת רע כתגובה לרע; עשיית צדק במבט צופה **פני עבר.**

**תורת הגמול =** שם קיבוצי לקבוצה של תיאוריות המבוססות על תורת המוסר הדאונטולוגית. תורה המדגישה את הערך הפנימי של המעשה עצמו ו**בודקת האם המעשה הוא מוסרי או לא, במנותק מהתוצאות שהמעשה גרם להן**.

1. חלק מההוגים טוענים שלמדינה יש **זכות** להעניש פושעים ואילו חלק טוענים שלמדינה יש **חובה** להעניש.
2. לדעת עמנואל קאנט למדינה יש **חובה** מוסרית להעניש פושעים. **"עין תחת עין, שן תחת שן".** בחברות המודרניות המשמעות השתכללה וקיבלה צורה של מידתיות – העונש צריך להיות הולם ותואם לחומרת הפגיעה של הנאשם, כגודל הרע שעשה הנאשם נשית רע עליו.

ביקורת:המטרה היא להעניש באותה מידה שבה הנאשם פשע, אך בפועל **קשה מאוד לכמת** מעשה ל"יחידות סבל"; נקמה הכי פחות חשובה לנפגעים; אין צדק אמיתי מאחר וקשה להעריך את הסבל שנגרום לפוגע מול המעשה שביצע.

**הצדקות תועלתניות:**

**התורה התועלתנית** =משפחה של תתי תיאוריות שהמשותף בניהם הוא רעיון של תורת מוסר טלאולוגית תכליתית **שמסתכלת על התוצאות**. עשיית צדק במבט **צופה פני עתיד.** אנו מודדים את הערך המוסרי של פעולה מסוימת ומעשה מסוים על פי הערך שלו, **אך ורק על ידי התבוננות על השלכות התוצאות שלו.** אריסטומזוהה מאוד עם הגישה הזו. לפיה, **העונש הוא רע משום שהוא מוסיף סבל בעולם אך מוצדק להטילו רק אם הטלתו תחסוך סבל עתידי רב יותר בעולם** (הרווחה המצרפית תגדל ע"י כך שנרתיע ונמנע פשעים נוספים).

תחת הצדקות תועלתניות יש מס' שיקולים:

1. **הרתעה ספציפית/ אישית** – יש להטיל עונש על הנאשם מתוך מטרה להרתיע אותו לבצע עבירות בעתיד.
2. **הרתעה כללית –** יש להרתיע אנשים בחברה מלבצע עבירה, ולא רק את האדם הספציפי.
3. **הרחקה/מניעה** – ע"י מאסר, הנאשם מורחק מהחברה ולפחות לתקופת המאסר נמנעות עבירות פוטנציאליות על ידו, בכך מגנים על שלום הציבור (לא בהכרח מדויק – לפי דו"ח דורנר עדיין ניתן לבצע עבירות בתוך הכלא במקום בחוץ, הכלא הוא סוג של "חממה", או לחלופין, הוא יכול להפעיל אנשים מבחוץ כדי לבצע עבירות).
4. **שיקום –** עונש בסופו של דבר הוא במטרה לשקם, התפיסה היא שאם אדם ייכנס לכלא תהיה לו הזדמנות לעשות חשבון נפש ולתקן את דרכיו (מוכח כטעות היום).

ביקורת: זו תפיסה תמימה הרואה בעבריינים כתופסים את העולם וחושבים באופן רציונלי; אמפירית ענישה בכלא לא מצליחה לשקם עבריינים. הכלא הפך ל"בית ספר לעבריינות".

**גמול מסתכלת על העבר, השתת רע על רע. תועלתנות מחפשת לעשות צדק במבט צופה עתיד, אנו מנסים להסתכל קדימה, מה יצא מזה? אם הרווחה והאושר העולמי תגדל באמצעות השתת עונש, אז נגיד שיהיה שווה להעניש במקרה הפרטי הזה.**

**ביקורת על הענישה:**

1. **אי קטיעת פשע** – גם בתוך הכלא ממשיכים לפשוע.
2. **סינדרום הדלת המסתובבת** – אסיר חוזר מהכלא מתוחכם יותר, מנוסה יותר ועלול לעשות הרבה יותר נזק.
3. **הגמולוניים מבקרים את התועלתניים** – ביקורת בין הגמולוניים לתועלתנים יוצרת את השאלה האם ראוי בכלל להעניש? **הפתרון הוא לאמץ גישה מעורבת, רעיונות גמוליים בשילוב רעיונות תועלתניים.**

**גישה מעורבת המקובלת היום – השיקול המרכזי בענישה הוא התועלת אך כמה בדיוק להעניש זה שיקולים של גמול (לפי חומרת העונש – מתחבר לתיקון 113).**

**מתחם הלימה:**

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

התיקון נוצר לאור ביקורת על היעדר הסדרה של שיקול הדעת השיפוטי בגזר הדין אשר הוביל לחוסר אחידות ופגיעה ב-"עקרון השוויון בענישה". לפני התיקון, המחוקק לא נתן שום הנחייה לשופטים בנושא הטלת העונש, כל שופט יכול היה לקבוע את גזר הדין לפי ראותו (גמול/ הרתעה/ תועלתנות). כך נוצר מצב של חוסר הוגנות ושל פגיעה ב- "עקרון החוקיות" ו- "השוויון בענישה". זאת כי בהעדר הנחיות, כל שופט פסק באופן שונה לגבי אותם מעשים.

וועדת גולדברג – ניסתה להציע פתרונות לבעיה שהתעוררה אודות היעדר אחידות ושקיפות בגזירת העונש. להמלצתם 2 חלקים:

1. **להגדיר שיקולים מנחים בקביעת העונש** – קביעת קריטריונים אחידים שיסייעו לשופטים בעת גזר הדין.
2. **הסמכת ועדה שתקבע עונשי מוצא לעבירות שונות** – קביעת הנחיות מספריות (למשל גניבה – עונש מוצא של שנה), השופט יוכל להחליט בהתאם לנסיבות על הטלת העונש הספציפי אך יהיה לו "עוגן" התחלתי.

מה קרה בפועל? **יצרו את תיקון 113 לחוק לטובת קביעת השיקולים המנחים בענישה** (הרעיון של קביעת עונשי מוצא הושאר בחוץ).

**עיקרי החוק + יישום בפס"ד סעד נ' מדינת ישראל:**

**החוק היה צריך לבחור למי לתת את הבכורה והוא בחר לתת את הבכורה ל-"עקרון ההלימה". כלומר, יחס הולם בין חומרת/מידת העונש לבין חומרת המעשה, נסיבותיו ואשמת הנאשם. משמע, צריכה להיות פרופורציה בין המעשה לעונש. מנגנון לגזירת עונש:**

1. נדרש לבחון **האם הנאשם הורשע בכמה עבירות או עבירה יחידה**? אם עבירה יחידה, ממשיכים לשלב השני. אם מס' עבירות, צריך להבין האם כולן חלק מאירוע אחד (ואז ממשיכים כרגיל) או שמדובר בכמה אירועים (ואז העונש יהיה על כל אירוע בנפרד).
2. **ס' 40(ג)(א)** **קביעת מתחם עונש הולם** **למעשה העבירה שביצע הנאשם** – השופט נדרש לקבוע מתחם שישקף את העונש המינימלי והמקסימלי. לשם כך, יש **להתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות לביצוע העבירה שמנויות בס'(40)(ט).** לאותה עבירה יכולה להיקבע מתחם עונש הולם שונה.
3. **ס' 40(ג)(ב)** **גזירת העונש הספציפי המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם שנקבע, ללא חריגה, זאת בהתחשב בנסיבות שאין קשורות בביצוע העבירה אשר מנויות בס'40(יא), בהרתעה אישית** (**ס' 40(ו)**) **ובהרתעת הרבים** (**ס' 40(ז)**).
4. **מקרים חריגים בהם ניתן לחרוג ממתחם הענישה:**

ניתן לחרוג **לקולא** לצורך שיקום – אם השתקם הנאשם או יש סיכוי של ממש שישתקם (**ס'40(ד)(א**)).

ניתן לחרוג **לחומרה** לשם הגנה על שלום הציבור – אם חשש ממשי שהנאשם יחזור לבצע עבירות וההחמרה בעונשו נדרשת כדי להגן על שלום הציבור (**ס' 40ה**).

וועדת דורנר – הוקמה כדי לבחון את מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים בישראל. מדו"ח וועדת דורנר עלה, כי עונשי מאסר קשים וממושכים אינם מהווים גורם מרתיע בפני עבריינים, עונשים אלה אינם הוכיחו את עצמם כיעילים אף מהפן השיקומי. שיקום מחוץ לכותלי בית הסוהר הרבה יותר יעיל מאשר טיפול בבית הסוהר. הדוח כלל המלצות משמעותיות לשינוי הגישה בענישה:

* **הפחתת השימוש במאסרים** – הרצון לצמצם בעונשי מאסר נובע בין היתר ממחקרים שמלמדים כי נאשם יכול לאמץ נורמות חברתיות שליליות בתוך כותלי בית הסוהר וכך במקום לשקם אדם נורמטיבי, הוא ייחשף לדפוסים עבריינים אשר יסגל אותם כדרך חיים. לכן, מומלץ לצמצם את השימוש בו, במיוחד בעבירות קלות.
* **העדפת שיקום על פני ענישה חמורה** – הוועדה המליצה להעדיף עונשים שיקומיים כמו עבודות שירות, צווי מבחן ושירות למען הציבור, על פני כליאה.
* נדבך נוסף שצוין בדו"ח, הינו ביחס **לסעיף 40ד' לחוק העונשין**, המעגן את סמכות בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם משיקוליי שיקום ככל שאין אינטרסים נוגדים אחרים, כל עוד העונש ההולם למעשה העבירה הוא מאסר קצר. כלומר הוועדה סברה כי על בתי המשפט להרחיב שימוש זה ולא להשתמש בו רק לעיתים רחוקות.
* הפרק האחרון של הדו"ח התייחס **לוועדת השחרורים**, שבו הומלץ על ידי הוועדה כי יש לתקצב בצורה הולמת את רש"א (רשות שיקום האסיר) ויצירת תוכניות שיקומיות בשיתוף פעולה בינה לבין שב"ס, מה שיאפשר רצף טיפולי לאסיר שתלווה אותו מתקופת מאסרו ועד להשתלבותו בקהילה ללא תקופת תנאי. הוצע אף להרחיב את סמכות נציב שב"ס לשחרור אסירים שנשפטו לעונשים קצרים.

**חלופות להליך הענישה הקלאסי:**

**צדק מאחה:**

**הרעיון הוא להסתכל על הפרטים, העבירה פוגעת קודם כל באדם, בחבריו, משפחתו וקהילתו, ומתוך כך יוצרת מחויבות לאחות את הנזקים שנגרמו לצדדים.**

1. האחריות המרכזית מוטלת על מבצע העבירה, תוך שותפות קהילות התמיכה בהסדרת התנהגותו, בפיקוח עליה ובמתן תמיכה לו ולנפגע העבירה לצורך שיקומם.
2. **ההליך מותנה בהסכמת הפוגע והנפגע ובלקיחת אחריות מצד הפוגע.**
3. **ההליך מבוסס על מפגש בין הפוגע והנפגע ותומכיהם** (הקהילה/המשפחה/החברים), ונערך לאחר פגישות הכנה בנפרד שעורך מתאם ההליך עם כל אחד מהצדדים. במפגש זה הם ידברו על הפגיעה: הנפגע יספר מה הפגיעה גרמה לו ואיך השפיעה על חייו והפוגע יספר את הצד שלו איך הפגיעה השפיעה על חייו. **באותו מפגש מגנים את המעשה אבל לא את העושה** (עושים הפרדה). **ההליך שונה מההליך הפלילי הקלאסי, בו מגנים את המעשה והעושה יחד** ובכך מרחיקים את העושה מהחברה הנורמטיבית.
4. **הצדדים קובעים בעצמם את תוכנית האיחוי**. תוכנית האיחוי כוללת אלמנטים של פיקוח ותמיכה שניתנת ע"י הקהילה וכן מענה מסוים שהפוגע נותן לנפגע- פיצוי, התנדבות, התנצלות- לפי הנדרש על מנת לאחות. התוכנית מתאימה את עצמה לצדדים ולא להיפך.
5. ההפניה להליך יכולה להיעשות בשלבים שונים של ההליך הפלילי.
6. עוזרים לנאשמים להרגיש תחושת שייכות – דבר שמעצים את שיתוף הפעולה שלהם.

**ביקורת:**

1. פגיעה בשוויון – אותו מעשה יכול להביא לתוצאות שונות לחלוטין.
2. הודאות שווא – נאשמים יודו כדי "לצאת בזול" ולא להסתכן בהפללה שתביא לענישה חמורה יותר.
3. הפרטת המשפט הפלילי – המדינה מאצילה סמכויות לקהילה.
4. חסר רכיב גמולי – הרכיב הגמולי המשית כאב על כאב לא נמצא. הפוך, אנו דורשים מהפוגע לעשות טוב כנגד הרע.
5. בעייתיות בהפניה בשלבים שונים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **צדק מאחה** | **גישה עונשית** |
| **תפיסת העבירה** | התמקדות בפגיעה האישית של נפגע העבירה וסביבתו. | התמקדות בפגיעה בערך החברתי. |
| **התגובות לעבירה** | מתמקדים בשאלות-  מיהם הנפגעים? מהם הצרכים העולים מהפגיעה? מי אחראי למילוי הצרכים הללו? | מתמקדים בשאלות-  מי ביצע את העבירה? האם התקיימו יסודות העבירה? מהו העונש הראוי לעבירה זו? |
| **ההליך** | כולל כמה מודלים- גישור פוגע-נפגע, היוודעות (עם הסביבה הקרובה) ומעגל (כלל הקהילה). שלושת המודלים מועברים ע"י גורם ניטרלי ומקצועי, דנים בעבירה ובהשלכותיה. ניתן לעצור את ההליך אם אחד הצדדים לא מעוניין. | חקירה, הליך משפטי וכתב אישום, הוכחות וגזירת עונש. |
| **יתרונות** | אותנטיות של העמדות; יש מקום לשני הצדדים בהליך; תהליך גמיש וייחודי; חוויה מעצימה; מימוש התכלית לאיחוי הפגיעה והטבת מצב הנפגע והקהילה. | מסר של גינוי והרתעה; הקפדה על זכויות והליך הוגן; העונש יכול לסייע לנפגעי העבירה מבחינת החלמה. |
| **חסרונות** | הרעיונות לא תמיד מתכתבים עם הזכות להליך הוגן; חשש מהודאות שווא של חשודים; פגיעה בשוויון; הפרטת המשפט הפלילי; חסר רכיב גמולי | נפגע העבירה לא צד בהליך; הליך קבוע ונוקשה. |

**בתי משפט קהילתיים:**

**וריאציה של "בית משפט פותר בעיות": המטרה היא זיהוי של בעיית השורש שגורמת לפשיעה חוזרת וטיפול בה באופן הוליסטי ומעמיק בכדי לעצור את תופעת ה"דלת המסתובבת".**

1. הרעיון של בתי המשפט הקהילתיים הוא שבמקום להגיב על הפשע המבוצע ע"י סנקציה של פגיעה למשל, **מנסים לאתר מה הגורם השורשי שגורם לאדם לבצע פשעים שוב ושוב תוך הבנה כי פשיעה נובעת מבעיות עומק הדורשת טיפול אמיתי.** באותם סוגים של עבירות, במקום להגיב בסנקציה עונשית, **נפנה את הנאשם לשיקום עמוק, תוך פיקוח שבועי בבית המשפט, ותיתפר לו תוכנית טיפולית מותאמת**. הרעיון הוא לתמוך בו כדי שיוכל לעלות על הקו לחיים נורמטיביים.
2. **המודל חורג מהמבנה הלעומתי הנוהג** בהליך הפלילי ומאמץ עבודת צוות שבה תובע, סנגור ואנשי טיפול בניצוחו של שופט פועלים יחד לקדם הנאשם בתוכניות שיקום.
3. התוכנית אורכת שנה, אם הנאשם עמד בה בהצלחה – לא מוטל עליו מאסר. בתוך כך, הנאשם מגיע מידי שבועיים לביקורת מול השופט, שמוודא כי הוא עומד בתנאי תוכנית השיקום.
4. בתי משפט קהילתיים בישראל – תחילה הוקמו 2 בתי משפט ראשונים בבאר שבע (2014) וברמלה (2015) בהובלת ה"ג'וינט" ובליווי ועדת היגוי ארצית הכוללת נציגים ממשרדי הממשלה הרלוונטיים ורשויות האכיפה. לאחר מכן, התקבלה החלטת ממשלה להרחיב את הפיילוט הזה, ולהשתמש בשיטה בצורה יותר נרחבת בארץ. **לעת זו, הרחבת הפיילוט הביאה להקמתם של 6 בתי משפט קהילתיים, אחד בכל מחוז שיפוט**. מדובר בתוכנית קשה ולא בצ'ופר המקל על הנאשם. במסגרת המחקר של פרופ' הדר, נחקרה יעילותה של הגישה. **תובנות מהמחקר: המעבר מ- "שקופים" ל"נראים" פיתח במשתתפים תחושת שייכות גבוהה, אמון ותקווה, שבתורם תרמו ליצירת מוטיבציה לשינוי.**

**עקרון החוקיות:**

**תיקון 39 לחוק העונשין – חקיקה מחודשת של כל החלק הכללי**. את כל החלק הספציפי של העבירות עצמן השאירו כפי שהוא. **לכן כיום יש חלק כללי מעודכן וחדשני מול חלק ספציפי מבולגן וישן**. הדבר יוצר אי סדר גדול בחוק עצמו (כל מיני מושגים מהחלק הכללי נוגדים את החלק הספציפי; נרחיב בהמשך).

**עקרון העל בדיני עונשין הינו "עקרון החוקיות"** אשר מעוגן בס' 1 לחוק: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". כלומר, **רק המחוקק מוסמך להגדיר את העבירות ולא בית המשפט.**

**רציונליים:**

1. **הגינות והפרדת רשויות –** רק המחוקק מוסמך להגדיר את העבירות ולא ביהמ"ש. עקרון החוקיות משקף כלל בסיסי של הגינות, הריבון אינו יכול לצפות מהפרט לכלכל את צעדיו בהתאם לחוקים שלא היו קיימים בעת ביצוע המעשה המיוחס לו או כשהחוק אינו מפורסם וגלוי לציבור – "אין עונשין אלא אם מזהירין".
2. **הכוונת התנהגות –** החוק נועד כדישהאזרחים ידעו מראש מה מותר ומה אסור, נועד במטרה להרתיע – אם נכווין את ההתנהגות מראש וידעו מה אסור אז אנשים יירתעו מלבצע עבירות.
3. **יעילות וקידום הרתעה** – לדין הפלילי מטרת הרתעה, זאת ביצירת עבירות הנושאות סנקציות בצידן. הרשעה וענישה בלא הרתעה מפורשת וברורה מראש על איסור התנהגות תרוקן מתוכן את הרעיון החינוכי-הרתעתי המצוי בבסיס התכלית התועלתנית של הענישה, שהינה מניעת פשיעה וכינונו של סדר חברתי.
4. **חשש מפני שרירותיות הריבון ומניעת חוסר שוויון בפני החוק** – כולם שווים בפני החוק, מניעת "איפה ואיפה" ע"י הכפפת כל האזרחים למרותן של עבירות פליליות קיימות. בתוך כך, מניעת החלה רטרואקטיבית של נורמה אוסרת לאחר שכבר בוצע מעשה ע"י אדם ספציפי. בנוסף, מטרתו של עקרון החוקיות היא התוויית כללים אחידים לכלל השופטים בדמות איסור חקוק, בלא הותרת שיקול דעת לשופט עצמו האם "ליצור עבירה" במקרה שלפניו לפי ראות עיניו. מערכת משפט שרירותית, מפלה ובלתי שוויונית יוצרת זילות וחוסר אמון של הציבור בה ועלולה לגרום לאי ציות לחוק ולפגיעה ביציבות שלטון החוק.
5. **הגנה על זכויות הפרט –** התפתחותו של עיקרון החוקיות בתקופה המודרנית נבעה במידה רבה מחשש מפני כוחו הרב של הריבון ומחולשתו של האזרח למול מנגנוני השלטון שאפיינו משטרים מלוכניים ולא דמוקרטיים. חייבים להיות כללים ברורים כדי לא לפגוע בזכויות הפרט ולמנוע שימוש שרירותי לרעה בכלים של המשפט הפלילי. הצורך לאזן בין כוחו של השלטון לבין חירותו של הפרט ע"י הטלת מגבלות על השלטון.

**העמדה לדין בהתאם להוראות חוק מוגדרות, קבועות וידועות יוצרת איזון ראוי בין הפרט לריבון: מחד, היא מאפשרת לאזרחים הכפופים לחוק לאימוד את מעשיהם ביחס לחוק, לכלכל את התנהגותם ולבחור אורח התנהגות שהולם את דרישות החוק. מאידך, היא מציבה בפני הריבון חסם מפני האפשרות להעניש את האזרחים באופן שרירותי בגין התנהגויות הנדמות לכאורה לא ראויות, אלא אם הוכרזו במפורש כעבירות.**

**פרשנות**

**הנחת היסוד של המשפט הפלילי היא שאם אין איסור ברור לבצע מעשה – מותר לבצעו.**

**הבעיה הינה כאשר העבירה מוזכרת בחוק אך בצורה מעורפלת ורחבה, ובפועל בית המשפט נדרש להחליט בדיעבד מה נכלל בחוק באמצעות פרשנות. כך, נוצר מצב שהעבירה כביכול מוגדרת באופן מסודר, אך הלכה למעשה – השופט צריך לקבוע את היקף פריסתה ותחולתה, ובפועל – את משמעותה המעשית. השופט בעצם "יוצר" את ההתנהגות האסורה באמצעות "פרשנות שיפוטית" שהוא יוצק לתוך ההגדרה הכללית.**

**1954 - בפס"ד אשד** **נקבע מתן פרשנות שיפוטית מצמצמת כדי לכבד את עקרון החוקיות (ראוי לבטל את העבירה אך ביהמ"ש לא מוסמך לכך):** חברת האוטובוסים אגד השביתה את האוטובוסים למשך 5 שעות ולכן הואשמה בעבירת תקלה ציבורית. ביהמ"ש דן בשאלה איך לפרש עבירה של תקלה ציבורית. המחוקק לא הסביר מהי תקלה ציבורית, ועולה השאלה מה עולה בגדר תקלה ציבורית?

השופט חשין (רוב) – לשון החוק לא ברורה וקיימת בעייתיות לקבוע לאחר ביצוע המעשה איזה מהמעשים נכנס תחתיו שכן המוסמך לכך הוא המחוקק והדבר פוגע בממד הזמן, החוק מוחל רטרואקטיבית על הנאשם וזוהי פגיעה חמורה בעקרון החוקיות כי הרציונליים נרמסים. זה עובר על הכלל "אין עונשים אלא אם מזהירין", פוגע בחופש הפעולה והאוטונומיה של הפרט. חשין **מסרב לצקת לתוכה פרשנות אחת**, **קבועה ודווקנית שכן זו תהיה חריגה מסמכות של ביהמ"ש. לכן, חושב שעד לתיקון הסעיף ע"י המחוקק, נדרש לתת פירוש מצומצם שיעשה בכל מקרה לגופו ולא כפרשנות אחת כוללת.**

השופט זילברג (מיעוט) – מדגיש שעבירה זו נוגדת שני עקרונות חשובים: שהמחוקק הוא היחיד בעל יכולת חיקוק ושאין יוצרים עבירות חדשות מעבר לכתוב בחוק, הדבר פוגע בעקרון השוויון בפני החוק. עם זאת, הוא מדגיש כי ביהמ"ש לא יכול להתעלם מקיומו של הס' כל עוד המחוקק לא ביטל אותו ולכן הוא מציע לרכך את הפגיעה ע"י **גיבוש פרשנות ידועה, קבועה, ברורה למונח "היזק לציבור" שתאפשר לפרט לדעת מראש מהי ההתנהגות האסורה, אך קובע את כלל הפרשנות המצמצמת: המונח העמום יתפרש באופן מצמצם שיעסה רק תקלות שנגרמו לציבור ע"י רשות ציבורית כתוצאה ממעשי הנאשם**.

**1969 – פס"ד בר שלום – דוגמה נוספת לאימוץ פרשנות מצמצמת:**

עו"ד בר שלום החנה את רכבו בשעה 13:00 במקום שבו הוצב תמרור לפיו החניה במקום אסורה בין השעות 0700/1900. הוא הועמד לדין בגין עבירה של חניית רכב במקום ובשעה אסורים. בבימ"ש השלום הוא טען כי יש לזכותו כי ניתן היה להניח שהחניה אסורה בין 19:00 ל- 07:00 בבוקר, מאחר שניתן לקרוא את הכתוב בתמרור מימין לשמאל ולא להיפך. טענתו נדחתה בשלום ובמחוזי אך התקבלה בעליון והובילה לזיכויו. **ביהמ"ש העליון (הנשיא אגרנט) אימץ פרשנות מצמצמת לאיסור זה וקבע כי על הרשות להציב תמרורים המבהירים את כוונתה באופן שאינו משתמש לשתי פנים. מכיוון שניתן היה לפרש את ההוראה הכתובה על התמרור בהתאם לשתי פרשנויות העולות מלשונה – אין להלין על הנאשם.**

**בפס"ד שבס – לא ראוי לבטל את העבירה, רצון להגיע לפירוש הראוי, שלא מצמצמים מידי ולא מרחיבים מידי.** **הפסיקה הסופית של שבס היא כמעט הפוכה לפס"ד אשד**. ניכר שחל איזשהו **כרסום של עקרון החוקיות** מבחינה תוכנית.

נגד שמעון שבס הוגש כתב-אישום, שייחס לו עבירות של מרמה והפרת אמונים. עלתה השאלה מה נכלל בביטוי הפרת אמונים?

ברק: **מדובר בביטוי בעל "רקמה פתוחה", גבול התחולה של האיסור הוא עמום, על כן, יש לחתור לעבר הפירוש הראוי.** במקרה זה, **העבירה נועדה להגן על ערך ציבורי חשוב. ביטולה של העבירה או אף צמצומה מעבר לנדרש יפגעו בכוחה של החברה להגן על עצמה** מפני עובדי ציבור העושים שימוש לרעה בכוח השלטון.

חשין: בין תקלה ציבורית לבין מרמה והפרת אמונים. לדעתו, כיוון שהפרת אמונים היא ממילא עבירה שפורסת תחולתה על היקף צר יותר של מקרים (חלה רק על עובדי ציבור ורק כשקיימת חובת אמונים מוגדרת מראש) – עמימותה פוגעת בעקרון החוקיות פחות מאשר תקלה ציבורית. ביטולה ייפער חלל בלתי רצוי במערכת ההגנה על השירות הציבורי. לכן גם הוא סבור **שאין לבטלה, אך קורא להיזהר בפרשנות שמא תהייה מרחיבה**.

כיום, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הדרישה כי דבר חקיקה יהיה בהיר וודאי היא בעלת היבט חוקתי מובהק. לאור זאת, דבר חקיקה הקובע עבירה באופן רחב, גורף, מעורפל יכול להיפסל ע"י בית-המשפט בשל פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית להליך נאות.

**איך בכל זאת יש לפרש נורמה פלילית שהגדרתה אינה ברורה לאור האילוצים שמציב עקרון החוקיות?**

**1980 - בפס"ד מזרחי** **העדיף ברק את כלל הפרשנות התכליתית שאינה עולה בקנה אחד תמיד עם הפרשנות המצמצמת**.

באותו מקרה, דובר באסיר שיצא לחופשה בת 24 שעות אך לא חזר לכלא בתום החופשה. האסיר הועמד לדין בגין עבירת בריחה ממשמורת חוקית. השאלה הפרשנית שהתעוררה הייתה – האם עבירה "הבריחה" חלה גם מקום שהאסיר אינו מצוי בין כותלי בית הסוהר וגם מקום שאין עליו פיקוח ושליטה פיזיים?

ברק קבע כי **אין לדבוק באופן אוטומטי בפירוש הצר של מילות החוק כדי לפרשו לטובת הנאשם, אלא כשהחוק ניתן למס' פירושים, יש לבחון ראשית מה תכלית החוק ולחבור את הפירוש המתאים לתכלית זו. כלומר – נבחר את הפירוש שיגשים את מטרת החקיקה וייתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק.** לפיכך, הביטוי "בריחה ממשמורת חוקית" אינו כולל רק ביצוע פעולות פיזיות של הימלטות, אלא גם מחדל של אי חזרה מחופשה.

**מלומדים כמו קרמניצר, לדרמן וסנג'רו מתחו ביקורת חריפה על המגמה הפרשנית של ברק להעדיף פרשנות תכליתית ולאו דווקא דווקנית-מילולית**. הטענה העיקרית הייתה כי הסטת הדגש הפרשני של החקיקה הפלילית אל עבר התחקות אחר תכלית החוק מכרסמת בעקרון החוקיות.

**הוויכוח הוכרע ב1194 בס' 34כא לחוק העונשין אשר עיגן בחוק את גישתו של ברק** – **התכלית זה השיקול העיקרי בנתינת הפרשנות בבית הדין (תיקון 39). רק אם לפי התכלית יש כמה פרשנויות אז נלך לפי הפירוש המצמצם והמקל**. **קודם כל יש לאתר את התכלית, ורק לאחר מכן לבחור את הפירוש שמצמצם.**

**כלל ההכרעה בשני שלבים:**

1. **כשלשון החוק היא רב משמעית – יש לחתור אחר תכלית החוק.** במקרה כזה לא ניתן להסתפק במילות החוק (כלומר בפרשנות דווקנית). אם לשון החוק מאפשרת רק פירוש אחד סביר המתאים לתכלית החוק – פירוש זה ייבחר גם אם הוא מרחיב את גבולות האיסור הפלילי.
2. **אם לשון החוק מאפשרת מס' פירושים סבירים לפי תכלית החוק – על ביהמ"ש לאמץ את זאת המגשימה את תכלית החקיקה באופן המקל.**

**יישום הכלל – ב1999 – פס"ד אהובה לוי נ' מדינת ישראל** - ערעור על הרשעה בעבירת תקנת תעבורה (תקנה 169) בשל נהיגה עם אזניה המחוברת לטלפון. בתקנה כתוב שאסור לנהוג "כשלאוזניו צמודות אוזניות". טענת המערערת – האיסור הוא רק כאשר שתי אוזניות בשתי האוזניים; טענת המדינה – לפי חוק הפרשנות, יחיד כולל רבים, לכן גם אוזנייה אחת באוזן אחת.

קדמי: תכלית האיסור היא למנוע מצב שהנוהג מנותק מהסביבה (שתי אוזניות), אהובה לוי רשאית לפרש את החוק באופן שנותן לה מקסימום חירות; לדבר באוזנייה אחת. **הפרט רשאי להניח שהאיסור הוא מצומצם ומתיר לו מקסימום חירות. אם הפרט מניח את זה באופן סביר, ביהמ"ש חייב לפרש את החוק באופן שיתאים לציפיות של הפרטים ויתיר להם מקסימום חירות ויצמצם את האיסור למינימום כל עוד זה סביר**. אם המחוקק רוצה לכרסם עוד יותר בחירות הפרט עליו לעשות זאת במפורש.

**2015 – פס"ד קרופצקי נ' מדינת ישראל** – אדם ירד מרכבו כאשר חוסם נתיב בכביש וקנה בקבוק וודקה. הוא שתה את כל הבקבוק ונרדם ברכב. הנהג הואשם בשכרות.

ביהמ"ש: התכלית המרכזית בעבירות נהיגה היא חשש לפגיעה בכושר הנהיגה ומניעת סיכונים. על כן, יש ללכת לפי פרשנות תכליתית מרחיבה. היכולת לשלוט במנגנון התפעול והבקרה והשליטה ברכב יורדת לאור הפגם בשיקול דעתו עקב השכרות. אין בכוונתו הסובייקטיבית של הנאשם כדי לשנות את האחריות לנהיגה בשכרות.

**יסודות העבירה:**

**עקרון הסימולטניות – עקרון המזיגה:** היסוד הנפשי והיסוד העובדתי אמורים להתקיים בו זמנית, משמע, היחס הנפשי של הנאשם צריך להיות כלפי המעשים שהוא עושה בהתחשב בנסיבות והתוצאות של המעשה – שהוא רצה בהן.

**כדי שנוכל לייחס אחריות פלילית של אדם לעבירה מסוימת – חייב להוכיח גם את היסוד העובדתי וגם את היסוד הנפשי הקבועים בעבירה המיוחסת**. קודם כל ננתח באופן אנליטי את העבירות עצמן – מהו היסוד העובדתי, מהו היסוד הנפשי. לאחר מכן, נלך לסיפור המקרה שלנו, ננתח אותו לפיהן וננסה להבין האם אותו אדם עבר עבירה.

**היסוד העובדתי:**

**ACTUS REUS- הביטוי החיצוני אובייקטיבי של ההתנהגות שאותה ביצע הנאשם, אותו החלק שמתאר מהי ההתנהגות האסורה ולפעמים גם לאילו תוצאות ההתנהגות הזו עלולה לגרום.** הוא כולל בנוסף גם נסיבות מסוימות שמלוות את ההתנהגות ובדרך כלל הן אלה שנותנות את האופי השלילי להתנהגות. בנוסף, יכול לכלול גם תוצאות שיכולות להיגרם בעקבות ההתנהגות של הנאשם.

**היסוד העובדתי בעבירה – ס' 18:**

* 1. "פרט", לענין עבירה – **המעשה** בהתאם להגדרתה, וכן **נסיבה** או **תוצאה** שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנותעם הגדרת אותה עבירה.
  2. "מעשה" – לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.
  3. "מחדל" – הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.
* **"מעשה" – הרכיב ההתנהגותי הקבוע בעבירה. מעשה אקטיבי או מחדלי** (פסיבי). **על המעשה יש לעושה שליטה**. אנחנו לא מענישים רק על מעשים אלא גם על אי התנהגות. עם זאת, לא נעניש על מחשבות בלבד- מצפים מהנאשם להתנהג.
* **"נסיבות" –** תנאי במציאות החיצונית **שאינו בשליטה של הנאשם**, **מקנה להתנהגות השלילית את הגוון** השלילי שלה.
* **"תוצאה" –** לא תמיד תופיע תוצאה בהגדרת העבירה. **התוצאה נגרמת ע"י המעשה, והיא תולדה מאוחרת בזמן** לעומת המעשה. התוצאה צריכה לקרות בעקבות המעשים שהנאשם עושה. כלומר, בעבירה תוצאתית נצטרך להוכיח קשר סיבתי.

**בכל עבירה תמיד תהיה התנהגות אך לא בהכרח תהיה תוצאה:**

* עבירות **שיש** בהן תוצאה >> נקרא להן עבירות תוצאתיות.
* עבירות **שאין** בהן רכיב תוצאתי >> נקרא להן עבירות התנהגותיות.

**מדוע נדרש מעשה פיזי של אדם על מנת לייחס לו אחריות פלילית? מה היה קורה אם היינו מפלילים על מחשבות?**

**לא ניתן להטיל אחריות פלילית בלי הרכיב ההתנהגותי –** מאמרו של מאיר דן כהן: היסוד העובדתי נצרך מפני שהעונש מגיע על בחירה של אדם במעשה מסוים. התנהגות רצונית היא האלמנט המרכזי של היסוד העובדתי, כשההתנהגות אינה רצונית, אין יסוד עובדתי. לכן יש צורך בשלושת המרכיבים:

1. **התנהגות:** צריך שתבחר בפלילי.
2. **נסיבות: מבחן הידע:** האדם שקל את התנהגותו לאור הנסיבות, והנסיבות היו ידועות בזמן המעשה.
3. **תוצאה: מבחן הצפיות:** צריך שהתוצאה תהיה צפויה, ע"מ שיהיה קשר לבחירה של האדם.

שלושת עקרונות אלו, מובילים לכך שאדם שרוצה להימנע מתוצאה פלילית, לא יבחר במעשה פלילי. המשפט הפלילי נוהג להכווין התנהגות, לכן הרצון הוא אלמנט מרכזי. ללא רצון אין מעשה פלילי. לא תמיד רצון מספיק, יש צורך בנסיבות ובהשלכות. המבחן לנסיבות הוא הידיעה, אם הנסיבות היו ידועות או סביר שהיו ידועות. מבחן ההשלכות הוא מבחן הצפיות.

**אין לנו שליטה על מחשבות –** מאמרם של קדיש ושולופר: המאמר סוקר כמה דעות המצדיקות מדוע אין מענישים על יסוד מחשבה פלילית בלבד אלא יש צורך במעשה:

1. קדיש ושולופר: לכ ולם יש מחשבות רעות, זה יגרום לזילות ביהמ"ש.
2. מאיר דן כהן: העונש הוא על בחירה ובמחשבות אין בחירה.
3. **קושי ראייתי –** בלקסטון: לא ניתן להוכיח או לאתר מחשבות. מחשבות הן לעיתים לא מסוכנות, לפעמים הן כלי לאוורור אגרסיות. מחשבות הן לא יציבות. יש פער עצום בין מחשבה לבין הוצאה לפועל.
4. **הטבע האנושי –** וויליאמס: אדם שרק חושב מחשבות פליליות הוא לא מספיק אנטי חברתי על מנת שנרשיע אותו. הוא הופך לעבריין מקום בו הוא מתרגם את מחשבותיו לכדי מעשים. מחשבה היא תופעה אנושית ובלתי נשלטת שמתרחשת אצל כולם. מפלילים אדם כאשר הוא היה בשליטה ובעל אפשרות בחירה האם לפגוע בערך החברתי. על מעשה יש שליטה, על מחשבה אין.
5. **חשש להרחבת יתר של המשפט הפלילי –** סטפאן: מדובר בהפללת יתר- אובר קרימינליזם: אם כל דבר הוא פלילי, אז בעצם שום דבר הוא לא פלילי. אם מחשבות רעות הן מושא להפללה, אז כולנו נופלל.
6. **מחשבות כשלעצמן אינן אסורות –** סטפאן: המחשבות לבד הן לפעמים בכלל לא מסוכנות, אף אם הן רעות. לעיתם הנפש האנושית משחררת אגרסיות, החשיבה מרגיעה את המחשבות. ווילאמס אומר כי כל עוד אדם לא חצה את הקו בין לחשוב לבין לעשות -אדרבה- שיחשוב, המחשבות מהוות כלי חשוב. הוא אומר כי אף אם היה אפשר להוכיח מחשבות -אין עניין- מחשבות הן פשוט לא מסוכנות.

איך הרעיונות הללו מתרגמים למבנה החוק?

* לכל עבירה יש משמעות מעשית – לכן תמיד נבדוק קודם כל – מה הוא המעשה? תמיד יש לאדם שליטה עליו.
* לאחר מכן נבחן את הרכיבים האופציונאליים:

1. הנסיבות: תנאים מסוימים המנויים בהגדרת העבירה וחייבים להתקיים תוך כדי המעשה, הם יכולים לאפיין לנו את הזמן, המקום האופן וכו'. אין לנאשם שליטה.
2. התוצאה: מה שמאפיין רכיב תוצאתי הוא שתמיד נזהה אותו כרכיב מאוחר יותר בזמן למבחן ההתנהגות-

**א.** הוא נפרד מהמעשה.

**ב.** הוא מאוחר בזמן – הוא חייב לקרות כתוצאה מהמעשה (קש"ס).

**הצורך להוכיח קשר סיבתי מתעורר רק בעבירות שיש בהן רכיב תוצאתי.**

ישנם 2 סוגים של קשר סיבתי:

1. **קשר סיבתי עובדתי –** "מבחן האלמלא" – אלמלא אותו גורם לא הייתה מתקיימת העבירה.
2. **קשר סיבתי משפטי –** עד כמה הסיבתיות רלוונטית משפטית (האם האמא של הפושע אשמה?).

**פסקי דין שמדגימים כי לא תמיד הזיהוי בין נסיבה לתוצאה הוא ברור וחד, ישנם מקרים בהם יש התלבטות:**

**פס"ד חורי** – **חידוד ההבדל בין נסיבה לתוצאה**:

חורי נהג ברשלנות וגרם בעקבות הנהיגה שלו לתאונת דרכים, ברכב ישבה אישה הרה – כתוצאה מהתאונה יילדו את האישה, 14 שעות לאחר מכן התינוק מת. **האם ניתן לומר שעובר נחשב כ"אדם"? שהרי בעת המקרה הוא היה בבטן.**

כללים פרשניים:

* 1. כל מה שלא ניתן לסווג כמעשה או כתוצאה אז הוא נסיבה.
  2. בדרך כלל, התוצאה היא תולדה המאוחרת בזמן של המעשה; **הנסיבות בדרך כלל מתקיימות בזמן ההתנהגות- במקביל ונותנות למעשה את הגוון השלילי שלו.**

**על סמך שני כללים אלו ביהמ"ש המחוזי מחליט לזכות את הנאשם מעבירת גרימת מוות ברשלנות בטענה שנסיבת האדם לא התקיימה בזמן ההתנהגות – הוא היה ולד ולא אדם.**

**הסיפור מגיע לעליון והעליון הופך את ההחלטה ומרשיע את הנאשם.** עולות בפס"ד לפי 2 גישות:

1. גישת פלר – אדם הוא תוצאה: המילה אדם היא לא נסיבה היא חלק מהתוצאה- התוצאה היא 'מוות של אדם' ולא רק מוות. זה עוזר לפתור את בעיית התזמון כי התוצאה יכולה גם להתרחש לאחר מכן. השופט ג'ובראן לא מאמץ את הניתוח הזה משום שגישתו של פלר בעייתית מבחינה אנליטית.
2. גישת ג'ובראן – הנסיבה "אדם" כמאפיין התוצאה + החרגת רכיב הזמן: **למרות שבדר"כ נסיבות צריכות להתקיים בזמן העבירה, ייתכנו עבירות שמהן ישתמע שהנסיבה יכולה להתרחש לאחר התוצאה (כתלות בערך המוגן). הוא בעצם יוצר חריג. הוא מניח שזה יכול לקרות רק בעבירות תוצאתיות וכשהנסיבה באה לאפיין את התוצאה – מה שישפיע זה סוג הערך המוגן.** במקרה שלפנינו, עבירות ההמתה מגנות על ערך החיים שהוא כל כך חשוב שעלינו להרחיב את העברה. **הנסיבה מאפיינת פה את התוצאה ולא את ההתנהגות ולכן היא יכולה להיות מאוחרת מההתנהגות.**

**שורה תחתונה: על אף שבדרך כלל המאפיין של נסיבות הוא שהן צריכות להתקיים בזמן העבירה, ישנם חריגים, בייחוד בעבירות תוצאתיות שהערך המוגן בהן הוא כל כך חשוב כך שנחריג ונאמר שהנסיבות יכולות להתקיים שלא בזמן העבירה.**

**פס"ד כהנא** – **חידוד ההבדל בין מעשה לתוצאה**. כהנא הואשם בעבירת האיומים, בגלל ש"המאיים" הוא הרכיב ההתנהגותי והשיחה התבצעה בגרמניה, טען הנאשם שהיסוד לא התקיים בשטח הטריטוריאלי בישראל ולכן חוק העונשין לא חל. השאלה המשפטית: האם רכיב המעשה כולל רק את האיום עצמו או גם את הקליטה של האיום באוזן של הקורבן ששומע אותו? כלומר, האם 'קליטת האיום' מהווה מעשה או תוצאה? השופט ברק: ישנן שלוש אפשרויות:

1. לאיים זה רק להגיד, אין חובה שייקלט אצל אדם; 2. **לאיים זה כשהאמירה נקלטת אצל אדם אחר**; 3. לאיים זה כשהדברים מגיעים לאדם אחר ומייצרים אפקט של הפחדה והקנטה.

**ברק תומך באפשרות השנייה – כדי שהרכיב ההתנהגותי יתקיים יש להראות שהאיום נקלט באוזניו של אחר, לא צריך להראות את תוצאת ההפחדה**. למה? כי אנחנו רוצים שהמעשה יהיה אנטי חברתי כדי להרשיע עליו, הוא הופך להיות כזה כאשר הוא מגיע לאדם אחר.

עבירת פנים הינה עבירה שנעברה כולה/מקצתה בשטח ישראל, משמע, חלק מן היסוד העובדתי צריך להתקיים בישראל. **האיום נקלט ע"י 'אדם' בישראל, ולכן חלק מן היסוד העובדתי התקיים בישראל, העבירה חלה.**

**פס"ד אלבה –** אלבה פרסם דבר מתוך כוונה להסיט לגזענות. השאלה העקרונית שעלתה (באוביטר) היא האם 'דבר' חייב להיות תוכן גזעני או ניתן להרשיע גם על תוכן תמים ובלבד שהייתה מטרה להסיט. ברק אומר שראוי לפרש את הרכיב 'דבר' כפרסום שברמה האובייקטיבית הוא בעל תוכן גזעני. שורה תחתונה – נשים את מרכז הכובד על היסוד העובדתי (ולא הנפשי) ונדרוש שתוכן הפרסום יהיה בוודאות קרובה גזעני.

**עבירות חריגות ברכיב ההתנהגותי:**

בדרך כלל הרכיב ההתנהגותי הוא סוג של מעשה אקטיבי, מנוסח בצורה ממוקדת, קורה בזמן ובמרחב בנקודה מאוד ברורה. של עבירות בהן **הרכיב ההתנהגותי לא מנוסח כרכיב ספציפי** הקורה בזמן ובמקום נקודתיים, לא מדובר בפעולה ברורה. אלו עבירות חריגות המעוררות בעייתיות בהגדרתן.

**עבירות סטטוס/ מיצב:**

היסוד העובדתי בא לידי ביטוי **בהימצאותו של אדם במקום או במצב מסוים**. עצם הימצאותו בסטטוס מסוים משכללת את הרכיב ההתנהגותי.

**לדוגמא: ס' 115** – כניסה למקום צבאי: "מי שנכנס למקום מוגבל, ניסה לחדור לתוכו, שהה בו, ..."

נכנס= התנהגות, מקום מוגבל= נסיבה, ניסה לחדור לתוכו= התנהגות, שהה בו= התנהגות (סטטוס – מצב מתמשך).

**עבירות החזקה:**

**עבירות שעצם האיסור בהן מתבטא בהחזקה של חפץ כלשהו,** כדי שעבירת ההחזקה תתגבש אין צורך להראות שהאדם עושה פעולה מסוימת. **יכול להיות גם ישיר וגם קונסטרוקטיבי, מספיק להראות שיש לו זיקה או שליטה לחפץ מסוים**- כמו חומר נפץ, סמים. שוב, הביקורת היא כי מטשטש קו הגבול בין מי שברור לנו ששולט ואחראי למעשיו לבין מי שלא.

**לדוגמא: ס' 134(ג)** – פרסומי המרדה: "המחזיק ללא הצדק כדין פרסום שיש בו כדי להמריד".

המחזיק= התנהגות (החזקה), ללא הצדק כדין= נסיבה, פרסות שיש בו כדי להמריד= נסיבה.

**פס"ד הוכשטט** – **החזקה יכולה להיות גם קונסטרוקטיבית (החפץ לא חייב להיות עלייך פיזית)** – להוכשטט מיוחסת עבירה של החזקת סמים כאשר הסמים היו רשומים על שמו במכס ושטר המטען הוחזק בידי חברו.

ברק: לא הייתה לו שליטה, לא הוכח כי היה יכול לקחת את המסמך ולא הוכח כי יכול היה למשוך את החבילה ללא המסמך.

בן פורת: עצם הטיסה היא מעין הסכמה לעסקת הסמים.

חלימה: היו בפניו 2 אפשרויות – ללכת למשטרה או לטוס לחו"ל ולתת לחבר למשוך את החבילה והוא בחר לשתף פעולה עם החזקת החבילה.

**בן פורת וחלימה מגיעים לתוצאה לפיה למערער הייתה "שליטה" במידה זו או אחרת בחבילה ולכן מייחסים לו אחריות.**

**עבירות מחדל:**

**עבירות המאופיינות בכך שאין מעשה אקטיבי מסוים אלא הרכיב ההתנהגותי מתקיים בהיעדר מעשה**. את ההתנהגות הפסיבית רוצים להפליל.

הטענה הרווחת היא שביצוע במעשה יותר חמור מביצוע במחדל, **מדוע פעולה במעשה חמורה יותר מוסרית?**

1. **מידת החירות שאנו מגבילים –** צו "עשה" כרוך בהגבלת חירות גדולה יותר וככזה הוא מכביד יותר: צו "לא תעשה" מטיל דרישה אלמנטרית – להימנע מעשייה מזיקה (אל תגנוב לדוגמה); צו עשה מטיל דרישה מכבידה יותר לפעול להצלה (וכך מחייב השקעת מאמץ שעשוי להיות כרוך באי נוחות, אי נעימות ולפעמים אף בסיכון).
2. **צו "עשה" פוגע במידה רבה יותר בעיקרון החוקיות המצווה לתחום בצורה ברורה וידועה מראש את גבולות האחריות הפלילית** – צו "אל תעשה" מגדיר את הפעולה האסורה; צו "עשה" הוא מעורפל יותר ודורש להפעיל שיקול דעת כיצד לפעול בסיטואציה נתונה, כמה משאבים ומאמצים נדרש לגייס כדי לעמוד בחובה? עד כמה להתערב? איך למלא נכון את החובה?
3. **צו "עשה" נתפס כמבטא עמדה של סולידריות חברתית –** מניעת נזק היא חובה מוסרית, אך האם ראויה להפכה לחובה משפטית? אופיו המיוחד של המשפט הפלילי ככלי שיורי מחייב צמצום השימוש בו למינימום ההכרחי. האם המשפט הפלילי הוא הכלי המתאים להפגנת סולידריות חברתית? נכון שזה יפה שאנשים יתנהגו במוסריות ויעזרו אחד לשני. אופי המעשה המחדלי מקים ציפייה חברתית לפעול תחת אמות מידה מוסריות, אבל האם זה מספיק חמור כדי להצדיק סנקציה פלילית? יש שיאמרו כי **מדובר בסטייה מעקרון השיוריות של המשפט הפלילי. צריך לזכור שהמשפט הפלילי הוא שיורי והסנקציות שהוא מטיל כבדות מאוד, יש רצון לשמור את המשפט הפלילי רק למקרים הכי חמורים.**
4. **עוצמת הזיקה לערך המוגן –** מעשה, לעומת הימנעות מעשייה, מאופיין בזיקה חזקה יותר לפגיעה בערך המוגן מ-2 היבטים:
   * + השליטה במהלך העניינים ומידת האנרגיה העבריינית המושקעת – **מידת האנרגיה העבריינית שמשקיע יוצר הנזק גדולה מזו שמשקיע החודל מלמנוע נזק**. האנרגיה העבריינית מלמדת על נחישות גבוהה יותר לפגוע בערך המוגן ועל שליטה בהתפתחות הדברים. החודל רק לא מתערב, אין לו קשר בכלל בגרימה.
     + שאלת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לתוצאה המזיקה – **התנהגות אקטיבית יוצרת מהלך סיבתי שהוביל להתרחשות נזק** (בלעדי העושה – אין נזק). **הימנעות מעשייה לא יוצרת נזק אלא אינה מנתקת מהלך סיבתי קיים**. בלעדי החודל – הנזק היה ממילא נגרם.

**יסודות המחדל:** להוכחת עבירה של מחדל יש שלושה תנאים מצטברים שעלינו לבחון כחלק מהיסוד העובדתי:

1. **קיומה של נורמה אוסרת –** ס' של עבירה שניתן לעבור אותה באופן תיאורטי במחדל. מס' ניסוחי עבירות שניתן לעבור במחדל:
   * + **עבירות מחדל פשוטות –** עבירות שמנוסחות במקור על דרך של מחדל וניתן לעבור אותן רק במחדל (למשל אי מניעת פשע/חובת דיווח).
     + **עבירות מחדל מורכבות (או עקיפות) –** עבירות המנוסחות באופן כזה שהדרך לעבור אותן היא לא בהכרח ע"י מחדל, אלא ניתן גם במעשה. בעבירות כאלה נצטרך "להלביש את החובה" ממקור חיצוני אחר, כדי שנוכל להטיל אחריות על דרך המחדל.

עבירות שהרכיב ההתנהגותי מנוסח כמעשה אקטיבי, אך לפי פרשנות ניתן יהיה לבצען גם במחדל– כל מעשה הוא גם מחדל אם לא נאמר אחרת (ס' 18ב). אם ניתן, תמיד נעדיף להרשיע במעשה על פני מחדל.

**מבחני משנה ע״מ להבחין בין מעשה למחדל במקרי גבול:**

**״מבחן התנועה הגופנית״ –** קוגלר – אם האדם פעל בצורה פיזית ממש, ייחשב למעשה אם האדם לא פעל בצורה פיזית ייחשב למחדל.

**פס״ד שלום ימיני –** השופט עמית מציין כי המבחן הוא התנועה הגופנית לפיו המעשה מתבטא בהפעלת גוף האדם.

**״מבחן הדומיננטיות״ –** קרמינצר ושגב – יש ללכת אחרי המסה העיקרית שהביאה לתוצאה, **מסתכלים על הפעולה כולה תוך התחשבות בכל השיקולים ומנסים להבין לאן המקרה נוטה יותר: מחדל או מעשה**. תוך התחשבות בשאלות: האם עיקר המעשה הוא עשיית המעשה או אי עשיית המעשה – **מה עיקר ההתרחשות: הימנעות מנזק קיים או גרימת נזק; הרעת מצב או אי שיפור מצב**. **התנהגות אקטיבית – גורמת לתוצאה, פוגעת באינטרס חברתי מוגן ויוצרת מצב מסוכן.**

**פס"ד פרידמן** – עימות אלים בין בני זוג, כאשר הקורבן הייתה נתונה להשפעת אלכוהול, ובעקבות ניסיונה לדקור אותו בסכין שאחזה בידה, דקר המערער את הקורבן פעמיים בסכין שהחזיקה בידה. פעם דקירה שטחית בחזה ופעם דקירה בירך שגרמה לחתך של העורק המרכזי. הוא יצא מהדירה ולאחר ששב מצא אותה ללא רוח חיים. ביהמ"ש קבע כי לדקירה האקטיבית הצטרף גם מעשה מחדלי. מקור החובה המחדלית הינו יצירת סיכון – כשאדם יוצר סיכון לחברו, בו ברגע חלה עליו חובת הצלה. במקום שבו יש זיקה בין הקורבן לפוגע, דרך הנזק אותו יוצר הפוגע – מצופה מאותו אדם לקום ולהציל. להגיד "ניסיתי לעזור" זה לא מספיק, הוא עצמו יצר את הסיכון. במקרה זה, המעשה המחדלי של פרידמן הוא ההפקרה שלה ואי הטיפול. יש פה שני חלקים: דקירה אקטיבית+ הפקרה. אם היו חושבים שמעשה הדקירה חוסה תחת הגנה עצמית אז היו מרשיעים אותו על דרך המחדל.

**ככלל, אם יש אפשרות להרשיע גם במעשה וגם במחדל, תמיד נבחר להרשיע במעשה.**

1. **קיומה של חובת עשייה –** צריך להראות שעל הנאשם הספציפי חלה חובת עשייה. החובה הזו יכולה להיות מעוגנת בכל דין וחוזה (ס' 18 קטן). מקורות חובת "עשה" בהימנעות ממחדל:

* **חובות "עשה" הקבועות בדיני העונשין – חובות עשה שמעוגנות בעבירות מחדל פשוטות. הקטגוריה כוללת גם חובות שמעוגנות בס' 322-326 בחוק העונשין.** חובות מכוח זיקה מיוחדת של החודל לקורבן או למקור הסכנה. הסעיפים מהווים מקור לביסוס של חובה. כלומר, **ברגע שרוצים להכריע בעבירה מסוימת על דרך המחדל, והיא לא עבירת מחדל פשוטה, ניתן להשתמש באחת מהחובות בסעיפים אלה ולהלבישן על העבירות המורכבות יותר**.
  + 1. **ס' 322** – **אחריות לחסרי ישע**. **פס"ד מ"י נ' מוסאזאמי**.
    2. **ס' 323** – **חובת הורה או אחראי לקטין**: מבוסס על זיקה ביולוגית בין הורה לילדו / קשר אפוטרופוס. **פס"ד מ"י נ פרג** – פרג מוריד את בנו בן ה12 בכביש המנהרות בירושלים לאחר שבנו התחצף אליו. הוא הועמד לדין על עבירה של הפרת חובת הורה לפי ס' 337 לחוק העונשין "המפר ללא הצדק כדין את חובתו לספק לפלוני צורכי מחייה או לדאוג לבריאתו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו, פגיעה אחרת בשלומו או בבריאותו / מסכן / עלול לסכן בכך את חייו או פוגע פגיעת קבע דינו מאסר 3 שנים". השתמשו בס' 337 וצירפו את החובה הקבועה בס' 323.
    3. **ס' 325** – **חובת ממונה על מעשה שיש בו סכנה**. **בפס"ד בגיו ופשרל** – המערערים ארגנו מסיבת טבע ללא אישורים מהרשויות והמשטרה ומבלי לשכור אמבולנס. אחת המשתתפות במסיבה התמוטטה בעקבות סמים ולא פינו אותה בזמן לביה"ח למרות שידעו שמצבה חמור. הרשיעו אותם בעבירת ההמתה על בסיס הפרת החובה שחקוקה בסעיף 325, הם הפרו את חובתם לדאוג לאמצעי רפואה מינימליים ונמנעו מלהזמין אמבולנס ופינוי.
    4. **ס' 326** – **חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה**. **בפס"ד שכטר נ' מ"י** –מקרה בבריכת שחייה בו אחד הרוחצים נפצע בגופו משום שלא הותקן מכסה בטיחות בבריכה. המערער היה אחראי על המחדל והועמד לדין על חבלה ברשלנות – ס' 341 וזאת דרך החובה של ס' 326.
* **חובות "עשה" שקבועות בדין האזרחי – חובת הזהירות הקבועה בעוולת הרשלנות כמקור חובה החל על יוצר מצב מסוכן.** יש גם המתנגדים לכך כי מדובר בחובות מופשטות שביהמ"ש מפרש.

**פס"ד לורנס** – חייל בחופשה שיחק ברולטה רוסית עם נערים בני 17 תוך שימוש בנשק האישי שלו. בעקבות המשחק נהרג אחד הנערים. השופט לוין מטיל עליו אחריות על **אי הצלה, אשר נגזרת מחובת הזהירות בעוולת הרשלנות – אדם היוצר סכנה לחברו, קמה לו חובת הצלה לחברו.**

* **חובות עשה פסיקתיות –** חובות עצמאיות (מתוך הדין הפלילי) שהפסיקה רשאית ליצור. דוגמה: **חובת היוצר מצב מסוים לפעול להסרת הסיכון** (יש המפרשים כך את דעת השופט לוין בפס"ד לורנס); עדות להכרה פסיקתית בחובה זו ישנה בפס"ד פרידמן כאוביטר. החשש מיצירת חובות בדרך הפסיקה היא פגיעה בעקרון החוקיות.
* **חובת הצלה כללית מכוח חוק "לא תעמוד על דם רעך״ -** 1. אדם הנמצא לנגד עיניו 2. אירוע פתאומי. 3. סכנה חמודה ומיידית 4. ביכולתו להגיש עזרה מבלי להסתכן או לסכן את זולתי.

השאלה בדבר חובת הצלה כללית התעוררה בעקבות אירוע שהתרחש בארה"ב **–** אישה נאנסת ומותקפת באכזריות, 38 אנשים עדים למעשים החמורים ולא עושים דבר, אף אחד לא פעל מתוך מחשבה שמישהו אחר יפעל. בישראל חוקקו את חוק לא תעמוד על דם רעך וקבעו חובת הצלה לפי התנאים הקבועים בו.

* **חובה מכורח חוזה או חוזים מכללא** – חוזים שברור שמחייבים אינם שנויים במחלוקת – כמו מציל, כבאי. הספק מתעורר במקרים של חוזים מכללא – חוזים לא כתובים הנכרתים בין שני צדדים – לדוג׳ שותפים לצלילה. האם ראוי כי הפרת חיוב בלתי מפורש תשכלל אחריות פלילית במחדל? לדעת הדר, נראה כי אדם ייחשב כך רק אם הוא לא עשה מאמץ אמיתי ורציני כדי למלא את החובה. אם הוא עשה מאמץ אך נכשל – זה לא ייחשב הפרת חובה. הדבר נתון להכרעת השופטים ואין הלכה בנוגע למה נחשב מאמץ אמיתי ורציני.

**וויכוח האם ראוי להלביש אחריות על מחדל בכל העבירות?**

* + - פלר – אפשר להלביש אחריות גם על מחדל בכל העבירות (כל עוד נתקיימו התנאים). בחוק אימצו את דעתו (ס'18).
    - קרמינצר – יש בעיה עם עקרון החוקיות והלבשת מחדל בצורה לא טבעית על עבירה שהתבצעה, כי האזרח שקורא זאת לא מבין שמדובר גם במחדל.

1. **הימנעות מעשייה –** הפרת החובה לפעול. אם הנאשם לא ביצע פעולה בצורה שעונה על החובה שהייתה לו ועונה על שאר יסודות העבירה ניתן להרשיעו.

**העמקה ברכיב הנסיבות**

**הנסיבות צריכות להתקיים במקביל להתנהגות ובדרך כלל לא נמצאות בשליטתו של העושה. המחוקק 'משחק' עם הנסיבות כדרך ליצירת מדרג בין חלופות שונות של עבירות.**

כשמתקיים בין שתי עבירות יחס כזה שעבירה אחת 'בולעת' עבירה אחרת או מוסיפה עליה, נקרא לנורמה הראשונה נורמה "בסיסית/רגילה", ולשנייה נורמה "מיוחדת/ספציפית".

לפי הכלל נעמיד לדין קודם כל בגין העבירה המיוחדת ורק אם לא נצליח להרשיע ננסה להרשיע בעבירה הבסיסית.

אם בין שתי עבירות לא מתקיים יחס של מיוחדת וספציפית משום שבאחת יש יסודות שלא נמצאים בעבירה השנייה, ניתן לייחס לנאשם את האחריות בגין 2 העבירות יחד. הרציונל: כל עבירה משקפת פגיעה בערכים שונים, כל עבירה מוסיפה הגנה על ערך אחר.

**תמיד ננסה לייחס אחריות על כל העבירות הרלוונטיות, אלא אם מתקיים היחס הספציפי בין המיוחדת לרגילה, ואז נעמיד לדין רק בגין המיוחדת. כיוצא בזה, אין בעיה להעמיד לדין בגין 2 ו-3 יחד משום שהן מגנות על ערכים אחרים.**

**סוגיות בקשר הסיבתי וייחוס אחריות**

**בעבירות תוצאתיות נצטרך להוכיח בנוסף להתנהגות ולנסיבות שמנויות בהגדרת העבירה גם את קיומה של תוצאה, ובנוגע לתוצאה גם קיומו של קשר סיבתי בין התנהגות הנאשם לתוצאה.**

העיגון הפורמלי לדרישת הסיבתיות קבוע **בס' 18 לחוק** – המידה "נגרמה" מראה את דרישת הסיבתיות.

**מקובל לחלק את דרישת הסיבתיות לשני מבחנים (מבחנים מצטברים, חייב את שניהם!):**

**קשר סיבתי עובדתי**: קיומה של זיקה פיזית אובייקטיבית בין מעשי הנאשם לתוצאה.

נבחן על ידי **מבחן האלמלא –** האם אלמלא הנאשם ביצע את ההתנהגות האסורה התוצאה עדיין הייתה מתרחשת? (כן= אין קשר סיבתי עובדתי, לא= יש קשר סיבתי עובדתי). **לרוב ניישם את המבחן במקרים בהם התוצאה נגרמה ע"י גורמים משלימים**. כלומר, כל אחד מהגורמים בנפרד לא יכול היה להביא להתרחשות התוצאה, אך השתלבותם זה בזה אפשרה את התרחשותה**. איך עובד מבחן האלמלא במקרה של מחדל? מבחן האלמלא משתנה בהתאם למחדל – לו היה פועל אז..**

**לעומת זאת, ישנם מס' מקרים נוספים שבהם מעורבים גורמים מצטברים**. כלומר, מס' גורמים בלתי תלויים זה בזה פועלים במקביל וגורמים לתוצאה בו זמנית. בדיעבד, מסתבר כי התוצאה יכולה הייתה להיגרם בשל כל אחד מהם בנפרד. יישום של מבחן האלמלא במקרים אלו, יוביל לתוצאה אבסורדית – ניתוק הקשר הסיבתי בין כל אחד מהגורמים לבין התוצאה. לכן, הפסיקה פיתחה חריג למבחן האלמלא, **מבחן דיות הפעולה** – יש לבודד באופן מלאכותי כל אחד מהגורמים ולבחון את השפעתו על התוצאה בנפרד, תוך התעלמות מתרומתו של הגורם האחר לתוצאה. **די בכך שאחד מהעושים הוביל לתוצאה הרעה (גם אם בזמן ובאופן אחר) כדי שנראה בו כמי שמקיים את הקש"ס העובדתי**.

**בפס"ד בלקר** המערער זרק את אשתו מהחלון. היא מתה מוות מוחי אולם חוברה המנוחה למכשירים מלאכותיים, עד לתרומת האיברים. כליות המערערת הוצאו מגופה למטרות השתלה, והמכשירים נותקו כעבור חמישה ימים מיום האירוע. בלקר טוען, כי מותה נגרם בעת שנותקה המנוחה מהמכשירים שקיימו את נשימתה ולבה באופן מלאכותי ולכן אין קש"ס. נקבעכי **ההתנהגות לא צריכה להיות סיבה מרכזית או ישירה, מספיק שתיקח חלק בשרשרת הסיבתיות לתוצאה כדי לקיים קשר סיבתי.**

**מעבר למקרים בהם מדובר בגורמים מצטברים, שבהם נטיל את מבחן הדיות, ככלל נטיל את מבחן האלמלא. אך הוא לא המבחן היחיד שנדרש להוכחת קש"ס – יש צורך להוכיח גם קש"ס משפטי.**

**קשר סיבתי משפטי:** האם ראוי מבחינה מוסרית נורמטיבית שהנאשם יישא באחריות.

נבחן **במבחן הצפיות הסבירה** – **האם האדם הסביר בנעליו של הנאשם יכול וצריך** היה לצפות את התוצאה שהתרחשה? כן= יש קשר סיבתי משפטי. **מבחן אובייקטיבי.**

1. האם האדם הסביר **יכול** היה לצפות את התוצאה? האם מבחינת המציאות הייתה **אפשרות טכנית לצפות את התוצאה**.
2. האם האדם הסביר **צריך** היה לצפות את התוצאה? **האם מצפים מבחינת המדיניות הראויה לצפות את התוצאה, בוחנים גם שיקולי מדיניות וצדק.**

**פס״ד יעקובוב –** אדם התעלל והכה את אשתו במשך שנים, לבסוף האישה התאבדה. הבעל טען שלא יכל ולא צריך היה לצפות שהיא תמות בגין מעשיו. השופטת דורנר קבעה כי מתקיים קש"ס משפטי – אדם מן היישוב שמתעלל באשתו **יכול וצריך** היה לצפות שהתאבדות תהיה תוצאה אפשרית של מעשיו.

**פס״ד פלוני – מרוץ המכוניות** – **קובע מהם השיקולים הנורמטיביים שישקלו במסגרת מבחן הצפיות.** 3 אנשים מתחרים במרוץ מכונית – לאור המהירות המופרזת, רכב אחד מתהפך והנהג ואדם נוסף מתים. הנהג ברכב השני טען כי אין קש״ס משפטי (לא היה צריך לצפות) את מותו של הנהג מאחר והוא אדם בגיר שבחר בעצמו לנהוג ברכב. השופטת ארבל קובעת כי **בנסיבות המקרה ולצד התוצאה הקשה והערך של קדושת חיי אדם, תוצאת התאונה הייתה יכולה וצריכה להיות צפויה**. **השיקולים הנורמטיביים שיש לשקול – סוג העבירה והערך המוגן שבבסיסה, הצורך בהתרעה מפני אותה פעילות, האם הסיכון שנלקח מסכן רק את נוטלי הסיכון או שמא גם אנשים אחרים, עד כמה הסיכון גבוה, ברור וממשי.**

האם ממילא שמדובר בעבירה תוצאתית של מחשבה פלילית שבה צריך להוכיח שהנאשם צפה בפועל את גרימת התוצאה, אין לי ייתור של בדיקת הקשר הסיבתי המשפטי במסגרת שלב הסיבתיות? אם הוא צפה אז מה זה משנה לי אם הוא יכול וצריך היה לצפות? ארבל בפס"ד עושה סדר. מדובר ב2 שאלות שונות. הקש"ס המשפטי נשאל האם אדם יכול וצריך ברמה הנורמטיבית. יכולה להיות סיטואציה שאדם עצמו צפה אבל הוא לא צריך היה כי מדובר על תוצאה כל כך רחוקה וחריגה. דוגמה שהיסוד הנפשי של הצפייה בפועל קיים אבל ברמה הנורמטיבית לא בהכרח הוא יכול וצריך היה לצפות. ברוב המקרים שבן אדם צופה בפועל אנחנו לא נגיד שברמה הנורמטיבית הוא לא היה צריך – זה מקרה חריג ולכן לרוב זה לא ייכנס.

**אחת השאלות המרכזיות הינה מה רזולוציית התוצאה שצריך לצפות?**

הפסיקה קובעת שהצפיות צריכה להתייחס למאפיינים האיכותיים של התוצאה. כלומר, **לאפשרות עצם התרחשות התוצאה לפי סוגה בקווים כלליים:**

1. **סוג התוצאה** – **על הנאשם לצפות את סוג התוצאה, כלומר את ראש הנזק הנגרם בפועל** (נזק גוף / רכוש / נפשי).

**פס"ד פטרומיליו –** פטרומיליו שודד קשישה בכוח ובורח, הוא לא נקט כלפיה באלימות, כתוצאה מהבהלה היא קיבלה התקף לב ומתה. הוא טוען כי לא יכל וצריך היה לצפות שמעשה הגניבה ללא הפעלת אלימות עלול לגרום לנזק מסוג מוות. ביהמ"ש קובע כי יש לצפות את סוג הנזק. במקרה הזה הוא ביצע עבירות רכוש ולכן לא ניתן היה לצפות את התוצאה של גרימת מוות ע"פ אופי המעשה (שהנזק הטמון בו שונה לגמרי). **בקשר הסיבתי המשפטי יש לצפות את סוג הנזק ולא את היקפו.**

1. **דרך קרות התוצאה ואופן התרחשותה** – **אין צורך שהנאשם יצפה בדיוק את התהליך המדויק שבו התרחשה התוצאה.** ככלל, אופן התרחשות שונה של תוצאה לא מנתק קשר סיבתי משפטי בין ההתנהגות לאותה תוצאה. מבחן הצפיות לא נדרש להתייחס, כתנאי לביצועה, להיקפה של התוצאה, לדרך המדויקת שבה התרחשה התוצאה ולממדיה.

**פס"ד ג'מאמעה** – דוגמא להתרחשות תוצאה שאותה הנאשם התכוון לגרום אך היא נגרמת בדרך אחרת שהוא לא התכוון לעשות. הבעל מכה את ארוסתו בכוונה להמית אותה, הוא זורק אותה לבאר ליד הבית תוך מחשבה שהוא זורק גופה. בפועל, התגלה לאחר נתיחה כי היא מתה בבאר מטביעה. לכן, הנאשם טוען שהוא בפועל לא רצח אותה – היא טבעה. **לא צריך להוכיח כי דרך התוצאה הייתה צפויה – מספיקה כוונה להרוג. סדרת הפעולות של המערער, שהייתה רצופה מבחינת הכוונה השיגה את מטרתה, אין נפקא מינה בפועל לדרך הפעולה. יש לצפות את סוג הנזק ולא אופן התרחשותו המדויק.**

**מה מנתק קשר סיבתי?**

**גורם זר מתערב**:האם בין פעולת העבריין ובין התוצאה קרה משהו נוסף שהביא להתרחשות התוצאה? חיצוני לקורבן. לדוגמא, אירוע טבע או תאונת דרכים בזמן הפינוי. בחינת ההתערבות מעוררת 2 גישות:

* + - 1. **בחינת השפעתו של הגורם הזר המתערב תיעשה כרגיל במסגרת מבחן הצפיות** – האם העושה יכול וצריך היה לצפות את קיומו של הגורם הזר שהתערב במהלך העניינים ויגרום לקרות התוצאה האסורה. הגישה הזו מקובלת מאוד בפסיקה. **הפסיקה קבעה כי כדי שגורם זר ינתק את הקש"ס, נדרש שהגורם הזר יחרוג מחוץ לצפיות הסבירה.**
      2. **לדעת פלר, בחינת הניתוק לא צריכה להיערך לפי מבחן הצפיות הסבירה**. פלר מבחין בין מקרים בהם אדם צופה את סוג התוצאה ופועל באדישות או בכוונה ביחס אליה אבל לא צופה את דרך התרחשות התוצאה שהיא מאוד נדירה ויוצאת דופן. **לפיו, ניתן להרשיע נאשם שפעל באדישות / בכוונה לגרום לתוצאה בתנאי שמדובר ב"מסכת עובדתית מלוכדת", גם אם לא התקיימה צפיות סבירה ביחס להתערבות הגורם הזר**. לדבריו: "כאשר מדובר בכוונה, העיקר הוא הגשמתה של התוצאה ותהליך הגרימה הוא טפל"**.**

**גולגולת דקה:** **רלוונטי לדיון בקש"ס משפטי!** העבריין נדרש לצפות את רגישות הקורבן. עליו לקחת בחשבון שהקורבן הוא רגיש וחלש יותר. לא מנתק קש"ס משפטי כל סוג הנזק שהיה צפוי הוא כזה שנגרם בפועל.

**פס״ד בלזר** – נהג אוטובוס הוכה ומרוב ההלם קיבל דום לב ומת. המכה טען כי אין קש״ס מאחר ולא היה מודה למחלת הלב של הקורבן ולכן לא יכל וצריך היה לצפות את התוצאה. **ביהמ״ש פסק כי מדובר בגולגולת דקה ומאחר והוא יכל לצפות את סוג התוצאה, ניתן להרשיעו.**

**גולגולת דקיקה:** **רלוונטי לקש"ס משפטי!** גורם נדיר מאוד שלא ניתן או צריך היה לצפות שקיים אצל הקורבן. אדם שהרגישות שלו היא כ"כ יוצאת דופן וחריגה שהיא מנתקת קש"ס משפטי.

**פס"ד דוד מלכה נ היועמ"ש –** היו המון גורמים מתערבים, המקרה התגלגל משבר ביד למוות. זילברג בחן את מבחן הצפיות והגיע למסקנה כי **סוג התוצאה הממשית, מות הילד ממחלת טטנוס עקב חדירת חיידקים שחדרו לגופו, היה נדיר עד ששום אדם סביר לא יכל לחזות זאת מראש ולכן מתנתק הקש"ס.**

**ס' 309** – גרימת מוות מהי – קיומו של קש"ס בנסיבות מסוימות של התערבות גורם זר בנסיבות שמתוארות בסעיפי המשנה.

בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף והיחיד למותו של האחר. טיפול רפואי – אם ניתן בתום לב, לא מנתק קש"ס. טיפול רפואי ינתק קש"ס רק אם היה במתכוון והוא כשלעצמו גרם לנזק (פס"ד חסיין).

**היסוד הנפשי**

**הרציונל שבדרישת היסוד הנפשי:**

**עקרון האשמה** – היות ומטרת הדין הפלילי היא גינוי והוקעת פעולות אנטי חברתיות, יש דרישה גבוהה להוכחת היסוד הנפשי השלילי שמעיד על אנטי חברתיות של הנאשם. **עקרון האשמה בא לידי ביטוי ב-2 אופנים:** 1. **אין עבירה ללא אשמה** – הבחנה בין אשמה סובייקטיבית לאשמה אובייקטיבית – אשמה סובייקטיבית באה לידי ביטוי ב"מחשבה פלילית" (יסוד נפשי הכרתי, מודעות); האשמה האובייקטיבית באה לידי ברשלנות, היעדר מודעות הנאשם. 2. **נדרשת מידתיות בין היקף האחריות שמושטת על האדם לבין האשמה שלו** – כלומר גם כשיש אשמה, היקף האחריות הפלילית שנטיל צריך להיות פרופורציונאלי למידת האשם.

**מהו הרציונל המוסרי/ פילוסופי שעומד מאחורי עקרון האשם:**

**ASHWORTH – מאזכר את רציונל האוטונומיה והנחת הבחירה**. גישה לפיה **בני אדם במהותם הם יצורים אוטונומיים שיש להם יכולת לבחור בין חלופות שונות, בין טוב לרע.** הבחירה הזו מונחת ביסוד כל התפיסה של המשפט הפלילי. כל תפיסת האשם נגזרת מן התפיסה שלאדם יש בחירה בין דרכי פעולה. **דרישת האשם היא סובייקטיבית –** יש לנקוט בשיפוט מוסרי של האדם על פי אמונותיו בזמן הביצוע (המודעות שהייתה לו בפועל). אם אדם מבצע מעשה מסוים והוא טועה לחשוב שנסיבות אחרות מתקיימות – נשפוט אותו מוסרית, לפי האופן בו האדם דימה את המציאות. **היסוד הנפשי צריך לחול על כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי.**

**קיידיש ושלהופר** – **הביטוי של בחירה הוא מודעות, אך האשם יכול לבוא לידי ביטוי גם במקרים בהם האדם מודע למעשיו אבל אין אשמה** (הגנה עצמית לדוגמה), החוק פוטר אנשים אלו מאחריות פלילית. **קיימים שני סוגים של יסוד נפשי:**

1. **במובן הרחב/הכללי –** רצון לפגוע בערך המוגן – לא בוחן האם התכוונת לעשות את המעשה הספציפי אלא האם היית מודע באופן כללי ובחרת (האם יכולת לבחור לעשות את המעשה שביצעת?). מדובר באשמה שלא חופפת בהכרח למודעות (למשל סייגי הגנה עצמית, צורך, כורח, צידוק). לפעמים אנשים נמצאים במצב שהם אנוסים לעשות משהו.
2. **במובן הצר/המיוחד (השכיח) –** היסוד הנפשי הסובייקטיבי של אדם להתנהגותו. מודעות למעשים ולהשלכותיהם ולבחירה לבצעם. מה היה המצב הנפשי של האדם בעת ביצוע המעשה והאם הוא רלוונטי לגיבוש העבירה הקונקרטית.

**חריגים – אשמה שלא חופפת בהכרח למודעות:**

1. **אין בחירה אבל יש מודעות –** במקרה שבו שתיתי ביודעין, תוך בחירה ואז איבדתי שליטה וביצעתי עבירה פלילית. במקרה שבו ב T1 הכנסתי את עצמי למצב הפסול ביודעין וב- T2 ביצעתי עבירה בלי מודעות- בלי יסוד נפשי. למרות שבנקודה T2 אין מודעות נפשית או בחירה, בגלל שהכניס את עצמו למצב הזה בנקודה T1 אנו שואבים את האשם מנקודה T1 ומעבירים אותו לT2. דוקטרינה זו נקראת **"התנהגות חופשית במקור"** – בגלל שההתנהגות במקור הייתה חופשית מבחירה, מאוחר יותר בזמן שביצעתי עבירות אני לא אוכל להנות מהפטור רק בטענה שלא היה לי יסוד נפשי. **חוק העונשין רוצה להפליל רק במקרים שבהם הייתה יכולת להימנע מההתנהגות.**
2. **אין מודעות אבל יש בחירה –** במקרה שלרשלנות, בחרת לפעול בצורה מסוימת אבל לא הייתי מודעת לתוצאות שלה, מקום שאדם מן היישוב כן היה מודע. האם יש פה בחירה? יש על זה וויכוח גדול בספרות. הגישה הקלאסית אומרת כי ברשלנות אין בחירה, עצם העובדה שאדם לא צפה את התוצאה של המעשה מקשה עלינו לומר שהוא בחר בה. מנגד יש תאורטיקנים שאומרים שהאדם הרשלן בוחר שלא לשים לב למה שאדם מן היישוב היה מודע.

**יסוד נפשי**

עקרון האשמה

בחירה (אוטונומית האדם)

מודעות (צר) אשמה שלא חופפת בהכרח למודעות

\* יש מודעות, אין בחירה (סייגים פליליים)

\* אין מודעות, יש בחירה (רשלנות)

**מפת היסוד הנפשי:**

ס' 19- ברירת המחדל

ס' 20- מהי "מחשבה פלילית"

ס' 21- מהי "רשלנות"

ס' 22- מהי "אחריות קפידה"

**דרישת מחשבה פלילית – ס' 19:** קובע את ברירת המחדל ביסוד הנפשי, את נקודת המוצא. מיום 23.8.1995**תיקון מס' 39**[ס"ח תשנ"ד מס' 1481](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1481.pdf) מיום 23.8.1994 עמ' 351 ([ה"ח 2098](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/prop-2098.pdf))**הוספת סימן ב'**

אדם מבצע עבירה רק אם ביצע אותה **במחשבה פלילית**, זולת אם –

(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.

* ההחרגות שרשומות לנו לאחר "זולת אם": קובעות לנו שאם העבירה נכנסת תחת אחת ההחרגות (רשלנות- קבוע לנו בס' 21 ואחריות קפידה- קבוע לנו בס' 22) היסוד הנפשי בעבירה הוא לא "מחשבה פלילית".
* החוק קובע לנו את ברירת המחדל ליס"נ: "מחשבה פלילית".

**מחשבה פלילית – ס' 20:** **מודעות סובייקטיבית** לכל פרטי היסוד העובדתי בהגדרת העבירה: **יסוד נפשי הכרתיממיום 23.8.1995**

**תיקון מס' 39**

[ס"ח תשנ"ד מס' 1481](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1481.pdf) מיום 23.8.1994 עמ' 351 ([ה"ח 2098](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/prop-2098.pdf))

**22**(א) מחשבה פלילית – **מודעות** לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולעניין התוצאות גם אחת מאלה: 1. כוונה; 2. פזיזות- א. אדישות, ב. קלות דעת (= יסוד נפשי חפצי).

* בעבירות התנהגותיות יש להראות שבעת ביצוע המעשה הייתה לנאשם מודעות לטיב המעשה ולנסיבות
* בעבריות תוצאתיות יש להראות שלנאשם הייתה מודעות לטיב המעשה, לנסיבות ולאפשרות קרות התוצאה (לאפשרות ממשית שתקרה ולא לתוצאה עצמה) + יסוד נפשי חפצי.

**התנהגות –** להוכיח שהאדם הבין, היה מודע לטיב המעשה.

דרישה מצטברת

**נסיבות –** להוכיח שהאדם מודע לקיומן.

**תוצאה –** מודעות לאפשרות גרימת תוצאת המעשה מקום שנמנית עם פרטי העבירה

* כאשר ניסוח העבירה לא מגדיר יסוד נפשי, נדרשת מודעות (מחשבה פלילית) + אם העבירה תוצאתית אז נדרשת גם **קלות דעת** ביסוד הנפשי החפצי.

**לעניין התוצאה** נדרש בנוסף **יסוד נפשי חפצי** (-עד כמה אני רוצה בזה), **מאחת החלופות:**

**1.כוונה –** מטרה לגרום לאותן התוצאות – **חיובי – אני צריכה לרצות!!**

**2. פזיזות – א. אדישות –** שוויון נפש לאפשרות גירמת התוצאות – **נטרלי – חוסר אכפתיות**.

**ב. קלות דעת –** נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות מתוך כוונה להצליח למנוע אותן – **"לי זה לא יקרה" – לא רוצה שיקרה אבל פועל מתוך הבנה שזה יכול לקרות.**

* קלות דעת הוא הרכיב החפצי המינימלי שמספיק כדי להטיל אחריות. כלומר אם העבירה שותקת, נדרש לכל הפחות קלות דעת.
* מה יקרה אם המחוקק ירצה ליצור עבירה שרף הכניסה אליה הוא יותר גבוהה, למשל אדישות? במקרים בהם המחוקק לא מסתפק ברכיב החפצי הכי נמוך- קלות דעת**,** הוא יצטרך לציין זאת במפורש בהגדרת העבירה.

**ביקורת למחשבה הפלילית –** החיים הם ממש לא שחור או לבן, אפשר לנהוג ולהיות מודע אבל לא להתרכז. אפשר לקרוא ולא לדעת מה קוראים. יש משהו בתודעה האנושית שהיא לא באמת בינארית- יש מצבי ביניים, הסיחי דעת וכו'. המחוקק הישראלי לא מגדיר בכלל מה היא מודעות. ריכוז? הבנה? ממבנה החוק אנו מבינים כי יש הבחנה בין המצבים- או שיש או שאין.

**חריגים למחשבה הפלילית: רשלנות ואחריות קפידה**

**רשלנות ס' 21**

* ס' 21 מגדיר לנו את הרשלנות הפלילית – **היעדר מודעות!** מספיק שחסרה מודעות לגבי פרט אחד (מעשה/ נסיבות/תוצאה) שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאותו פרט, ניתן לומר שמדובר ברשלנות. אם כל אחד לא יכול לצפות את זה – מדובר בשוגג. **האשם קם רק במקום שבו אני לא מודעת לאחד מפרטי היסוד העובדתי, אבל אדם מן היישוב כן היה יכול לדעת.** מדובר באנטי חברתיות – אדם שמרוכז בעצמו. **זהו יסוד נפשי שמבחינה נורמטיבית נתפס פחות חמור מן המודעות, כי האדם לא צפה את יסודותיו ולכן הבחירה היא חלשה יותר**. עונש המאסר הוא עד שלוש שנים.
* כדי שהיסוד הנפשי הנדרש יהיה רשלנות, **המחוקק צריך לציין זאת במפורש בהגדרת העבירה. עם זאת, יהיו חריגים של עבירות ישנות מלפני תיקון 39 ובהם ביהמ"ש פסק באופן פסיקתי שנדרש יסוד נפשי של רשלנות מבלי שזה יצוין במפורש.**

**אחריות קפידה ס' 22**

* סוג נוסף וחריג של מקרים בהם לא תתקיים ברירת המחדל – לא יידרש יסוד נפשי של מודעות בכדי להפליל בעבירה.
* עבירות האחריות הקפידה הן עבירות שמספיק שהתביעה מוכיחה את היסוד העובדתי שלהן כדי שאפשר יהיה לייחס לנאשם אחריות בגין אותה עבירה. זה לא אומר שאין יסוד נפשי, זה פשוט אומר שלא צריך להוכיח אותו. עבירות אלה קובעות חזקה לפיה בהינתן שהתביעה מוכיחה את היסוד העובדתי, חזקה על הנאשם שיש לו יסוד נפשי ולכן אין צורך להוכיח אותו. אם הנאשם טוען שלא היה יסוד נפשי- זו תהיה טענת ההגנה שלו.

**יש לזכור כי בשרטוט המפה, ברירת המחדל היא מחשבה פלילית והחריגים הם עבירות אחריות קפידה ועבירות הרשלנות. חוץ מזה- ברירת המחדל היא תמיד מחשבה פלילית. ככל שמדובר בעבירות התנהגותיות נדרשת רק מודעות לקיום המעשה ולקיום הנסיבות. בעבירות תוצאתיות- בנוסף ליסוד ההכרתי ולאפשרות גרימת התוצאה, יש לנו יסוד נפשי חפצי- כוונה, אדישות וקלות דעת. ואם העבירה לא אומרת דבר- ההנחה היא שדי בקלות דעת כדי לייחס את העבירה לאותו אדם. ניתן לייחס לאדם את העבירה מקלות דעת ומעלה- אלא אם כן יש לי עבירה עם הערה לחומרא- ואז אוכל לייחס רק מרף הכניסה המינימלי המצוין.**

**ס' 90(א) פרשנות הדין בדבר היסוד הנפשי בעבירה- ס' המרה/ מעבר**

**ס' זה הוא כמו מקרא/ מילון שעוזר לנו להבין את המושגים הקבועים בחלק הישן ולא מפורשים בחלק החדש.**

**(1)** **"זדון" או "מזיד"** – יהיה היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה - **מודעות** כאמור בסעיף 20(א) רישה, ולעניין תוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה - גם פזיזות;

* 90א(1)- ס' המעבר אומר כי המושג **"מזיד"** הוא מחשבה פלילית – מודעות אז רף הכניסה המינימאלי במקרה זה הוא קלות דעת.

**(2)** **"בכוונה"** – מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה, יתפרש המונח כמניע שמתוכו נעשה המעשה או **כמטרה להשיג יעד** כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשר;

* 90א(2)- **"כוונה" –** ישנם מקרים בהם השימוש במונח כוונה לא מתאר לי תוצאה- אלא השגת יעד שהאדם רוצה להשיג, אבל אותו תנאי לא חייב להתממש כדי לגבש את העבירה. ניתן להיתקל במונח כוונה גם לא ביחס לתוצאת המעשה. חייב להיות רצון להשגת יעד מסוים אבל ההתממשות של אותו יעד היא לא תנאי להתגבשות העבירה.
* **הכוונה כאן היא לקבוצה של עבירות שמכונות עבירות מטרה/ כוונה מיוחדת**. מדובר בעבירות שמוכיחים בהן כוונה/רצון (לא בהכרח כעבירת תוצאה). התביעה צריכה להוכיח את הרצון של האדם להשיג את אותו יעד.
* לדוגמא- ס' 192: "המאיים על אדם בכוונה להפחידו" אין צורך שהאדם יפחד כדי לגבש עבירה. מספיק שהתכוונתי להפחיד. כשלא מדובר בתוצאה במישור העובדתי אלא ביעד של כוונה – לא צריך שהכוונה תתממש כדי לגבש את העבירה. עבירות אלה נקראות **עבירות מטרה.**

**(3)** **"ביודעין"** או מונח בעל משמעות דומה – יתפרש המונח **כמחשבה פלילית** כאמור בסעיף 20(א);

* 90א(3)-"ביודעין או מונח בעל משמעות דומה" – זה כאילו לא כתוב לי כלום, זה כאילו העבירה שותקת.

**(4) "יש לו יסוד להניח"** או ביטוי בעל משמעות דומה – יתפרש הביטוי כאדם **שחשד**, כאמור בסעיף 20(ג)(1);

* 90א(4) "יש לו יסוד להניח" = חשד.. **(כלל עצימת העיניים).**

**(5)** **"התרשלות"** – יתפרש המונח **כרשלנות** כאמור בסעיף 21.

* 90א(5)- "התרשלות" שווה לרשלנות.

ברגע שאנו זוכרים ומבינים את ס' 90א אנו לא מתרגשים מהבלגן הזה, אכן נוצרת בעיה מבחינת עקרון החוקיות, זו מיושבת ע"י 90א.

**חזקות עובדתיות ומשפטיות:**

**המחשבה הפלילית נמצאת במוחו של אדם, לכן פעם רבות קשה לתביעה להוכיח אותה. לשם כך פותחו חזקות עובדתיות וחזקות משפטיות.**

**חזקות עובדתיות:**

חזקות שלא קבועות בחוק ומבוססות על עובדות מסוימות, שאם הן מוכחות – ביהמ"ש מסיק מסקנה מסוימת בנוגע לדרישה המודעות.

**עצימת עיניים** – **תחליף למודעות למעשה או לנסיבות**. יורחב למטה.

**חזקת המודעות הכללית (ניסיון החיים) –** מוכיחה את **המודעות לאפשרות גרימת תוצאות מעשה העבירה**. **תחליף רק למודעות לאפשרות קרות התוצאה.** האם ניסיון החיים מלמד שמעשה מסוים יוביל לתוצאה מסוימת? לדוגמא, ניסיון החיים מלמד שירי מטווח קצר למקום חיוני יוביל למוות.

**בפס"ד בלזר** – מקרה בו נהג מונית צועק על נהג אוטובוס שהפריע לו בנסיעה. כשהאוטובוס מגיע לתחנה האחרונה נהג המונית מכה את נהג האוטובוס. לאחר שהכה אותו נמרצות השניים נלקחים לתחנת משטרה ונהג האוטובוס נפטר לאחר שלקה בליבו. **נקבע שמודעותו של נהג המונית לאפשרות קרות התוצאה הוכחה באמצעות חזקת המודעות הכללית. חזקה על אדם שמכה אחר בצורה כ"כ ברוטאלית שידע שהדבר עשוי להוביל לפגיעה בו ואף למותו.**

**חזקה משפטית:**

קביעה המוסדרת בחוק, הרעיון שעומד מאחוריה הוא העברת נטל ההוכחה מצד אחד לצד אחר.

**ס' 34כב** חזקת החפות – הדרישה להוכחה מעל לספק סביר.

**ס' 34יח** טעות במצב דברים – "העושה מעשה בדמותו של מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו **כפי שדימה** אותו" (יחול גם ברשלנות).

* נניח שבעבירת מין אדם טועה לחשוב שהאישה מסכימה, בסיטואציה כזו בא הסעיף ואומר- אנו נעריך נורמטיבית את המעשים של האדם הזה **לפי האופן שבו הוא דימה אותם**. אם הוא דימה אותם באופן פלילי הוא חייב, אבל אם לא- לא חייב. האישה בפועל לא הסכימה- היסוד העובדתי התקיים. לפי ס' 34יח- יש לבדוק את האחריות לפי המצב שהנאשם דימה. אז אם הוא היה בטוח שהסכימה, בעילה של אישה בהסכמה היא לא דבר פלילי- אז הוא פטור. הרעיון הזה מתקשר עם **עקרון האשמה הסובייקטיבי**, אנו הולכים עם תפיסתו של האדם את הסיטואציה. אנו רוצים להפליל רק אנשים שפעלו נגד הערכים החברתיים. ולכן אם האדם טעה באופן כן ואמיתי- באמת לא ידע, ובית המשפט משתכנע בכך- המשמעות היא שהוא פטור מאחריות פלילית.
* אם המשמעות המעשית של 34יח היא זיכוי בנסיבות בהן לנאשם אין מודעות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי- למשל הנסיבות, אז למה צריך את הס'? על פניו ס' 19 הרגיל דורש מודעות. מה מוסיף 34יח?? ס' שיחול לקולא במקרה בו יש יסוד עובדתי מלא אבל אין יסוד נפשי מלא כיוון שהוא דימה את הדברים האחרים.

**דוקטרינת עצימת עיניים**

**קבועה בס' 20(ג)(1) – היא מתייחסת לשאלה של מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות. מדובר במצב בו אדם מגבש חשד לגבי משהו, אך הוא לא יודע אותו בוודאות. הכלל מרחיב את האחריות הפלילית. חשד + נמנע מלברר.**

**מספיק שהנאשם חשד ולא פעל לבירור החשד – נראה אותו כאילו היה מודע**. **תחליף למודעות לטיב המעשה והנסיבות.** דוקטרינה זו מניחה שהנסיבות מתקיימות יחד עם ההתנהגות.

* **ההבדל** בין טעות במצב דברים לעצימת עיניים הוא שבטעות במצב דברים המחשבה בכלל לא חלפה בראשו. בעצימת עיניים הוא חשד ולא בירר את העניין.
* מיישר לנו קו בין הרף שנדרש ביחס לתוצאות לבין הרף שנדרש בין המעשים והנסיבות. למה בנסיבות המעשה כן צריך את עצימת העיניים? כיוון שבציר הזמן, הנסיבות והמעשה מתרחשים בזמן המעשה והתוצאה לאחריו.

מה אמורה להיות רמת החשד על מנת שנגיד שאדם עוצם את עיניו? החוק לא אומר לנו. **מקובל לחשוב כי די בחשד ממשי ולא תיאורטי.**

**מה קורה באותם מקרים שבהם הנאשם בעל חשד ממשי, לא בירר אבל גם לא יכל לברר?** מתוך מאמרו של יצחק קוגלר:

1. במקרים בהם אפשר לברר – חובה לברר.
2. במקרים בהם אי אפשר לברר – 20ג שותק בעניין. ניתן לטעון שלא הייתה יכולה מעשית לברר.

**בשונה מהחוק, קוגלר אומר שמי שחושד צריך להימנע מלפעול.**

* דוגמת החנוכייה הגנובה בשוק – הייתה חנוכייה גנובה שנמכרה במחיר זול מאוד, האדם חשד שהיא גנובה אך לא היה לו איך לברר.
* **החוק אומר** כי אם אתה חושד עלייך לברר- אם הפרכת את החשד- תפעל. אם ביררת וגילית שהחשד מוצדק- תמנע. אם לא ביררת נראה אותך כמודע. **קוגלר אומר** כי אם אתה חושד פשוט אל תפעל. אבל, אם נראה לך **שהסיכון סביר**, תפעל וקח בחשבון שיכול להיות שבית המשפט יראה אותך כמודע. האדם צריך להחליט האם במקרה הקונקרטי מדובר בסיכון סביר. **קוגלר אומר כי כל חובת הבירור היא מיותרת. הוא אומר שהדין הרצוי בעיניו הוא כזה שקובע שמי שפועל וחושד- לוקח סיכון. אם החשד יתברר כנכון – נצטרך לבדוק האם הסיכון שלקח היה סביר בנסיבות העניין.**
* **השאלה האם הסיכון סביר או לא היא שאלה נורמטיבית (דיון ערכי).** מה השיקולים, לדעת קוגלר, שיבחנו כדי להחליט אם הסיכון סביר?
  + - **סוג ההערך המוגן –** ככל שהערך המוגן חשוב יותר, כך מצפים ממך פחות לקחת סיכונים והסיכון שתיקח ככה"נ יתברר כלא סביר (קשור גם לתוצאה שתקרה מהחשד).
    - **מה התועלת –** אם מהמעשה אין ערך חברתי חיובי שיקרה ולעומת זאת הנזק שיגרם מאוד חמור, ניטה לומר שהסיכון הוא לא סביר. לעומת זאת, אם מאחורי המעשה יש ערך חברתי חיובי והנזק שיגרם הוא לא על הערכים המוגנים הכי קריטיים אז ניטה לומר שהסיכון סביר.
    - **הסתברות החשד –** אם חשדתי במידה רבה מאוד, ובכל זאת פעלתי, ככה"נ ניטה להגיד שהסיכון לא סביר.
    - **השאלה אם יכולתי לברר או לא – יכולה להיכנס כשיקול בתוך מערך השיקולים שלמעלה בדיון בביהמ"ש.** כלומר, במה הבירור היה כרוך? קוגלר לא בוחר להגיד שהבירור הוא תנאי ושיקול עצמאי בפני עצמו, בניגוד לחוק ששם את הדגש על הבירור.
* למשל במקרה החנוכייה – יש סיכוי שהחנוכייה גנובה אבל אין לו איך לברר ומנגד עומד ערך המסחר. בית המשפט יצטרך לשאול את עצמו האם הסיכון שלקח האדם סביר בנסיבות העניין. זה קצת בעייתי מבחינת עקרון החוקיות שכן כאשר אדם לוקח סיכון הוא לא יודע מה יחשוב עליו בית המשפט. קוגלר אומר כי כאשר אדם לוקח סיכון הוא צריך להיות מודע לכך שסבירות הסיכון תיבחן ע"י בית המשפט. ואם בית המשפט יחליט שהסיכון לא סביר- אותו אדם יישא באחריות פלילית.

לסיכום, לפי קוגלר – עצמית עיניים בדין הרצוי שונה מאוד מהרציונל שאומץ בס' 20ג(1) לחוק העונשין:

**חוק העונשין –** לחשוד>> לברר>> החשד הופרך>> תפעל>> החשד לא הופרך>> אל תפעל>> לא ביררת>> נראה אותך כמודע.

**קוגלר –** האם האדם שחשד ופעל לקח סיכון סביר>> שאלת הסבירות תקבע בדיעבד ע"י בית המשפט >> שיקולים: מידת החשד, הערך החברתי המוגן בעבירה, מה הערך החברתי החיובי הטמון במעשה שעשה>> אם בית המשפט החליט שהסיכון היה סביר הוא יפטור מאחריות.

הקושי בשיטת קוגלר: פגיעה בעקרון החוקיות- אדם לא יכול לדעת מראש מה בית המשפט יחשיב כסביר ומה לא.

**פס״ד הר שפי –** חברה של יגאל אמיר שהואשמה בעבירת אי מניעת פשע ביחס לכוונותיו של אמיר לרצוח את רבין. היא טענה שלא ידעה על כוונותיו ואהבה אותו ולכן לא ידעה שיבצע את הרצח למרות העובדות שהיו גלויות לו. **חומר הראיות הוא כזה שביהמ"ש לבסוף מסיק כי הר שפי ידעה – לא היה צריך להזדקק לשאלת עצימת העיניים ולכן כל השיח בנושא הוא בגדר אוביטר.** **האם ניתן להחיל את כלל עצימת העיניים על עבירת מחדל?**

1. **בית המשפט יכול להחריג ולהחליט שס' מהחלק הכללי לא חל על עבירה ספציפית מסוימת לאור שיקולי מדיניות.**
2. לפי חשין באוביטר, **ככל שמדובר בעבירה מחדלית, חשד לא יספיק להפליל אלא ידיעה של ממש**. **לכן, ראוי להחריג את כלל עצימת העיניים ולא להחיל אותו על ס' 262.** המשמעות היא שצריך להוכיח ידיעה ברורה על מנת להפליל בעבירה הזו ולא די בחשד. **למה? כי עבירת מחדל גם ככה מרחיבה את האחריות הפלילית ואם נחיל גם את כלל עצימת העיניים נרחיב יתר על המידה – לכן נכון לצמצם**. במשפט הישראלי, עבירת אי מניעת פשע רחבה מאוד: היא חלה כלפי כל עבירה שהעונש עליה הוא 3 שנים ומעלה, והדבר מייחד אותה מעבירות דומות בשיטות משפט אחרות. החלת כלל עצימת העיניים מעוררת בשל כך קושי רב עוד יותר. בסופו של דבר הפרשנות נעשתה לטובת הנאשם ובאופן שמצמצם את האחריות הפלילית. ולכן עקרון החוקיות לא נפגע פה, זה בשונה מהרחבת אחריות פלילית.
   1. קרמינצר – לא מסכים עם חשין, לטענתו גם במחדל ניתן להחיל את הדוקטרינה מאחר וזה מתיישב עם עקרון החוקיות , חשיבות הצלת חיים ובכדי לא לרוקן את החוק מתוכן. (הלכת הר שפי הינה אוביטר ולכן אינה מחייבת).

**עבירות כוונה ועבירות מטרה:**

**ישנם מקרים בהם המחוקק לא מסתפק ביסוד נפשי של פזיזות – אלא דורש כוונה כסף מינימום. כלומר, רצון פוזיטיבי לפגוע בערך המוגן**.

* **עבירת מטרה – עבירה התנהגותית שרכיב המטרה בה מתייחס להשגת יעד שהוא לא תוצאתי (איומים לדוגמה); עבירת כוונה – עבירה תוצאתית שרכיב הכוונה בה מתייחס לתוצאה.**
* עבירות מטרה הן עבירות שמבטאות רצון אך לא מחייבות שתתקיים תוצאה. **עבירות מטרה לא חייבות להכיל את המילה "במטרה", יכול שנמצא גם מילים כמו "כדי", "לשם", "בכוונה", "בשביל" ומילות תכלית נוספות. יש צורך להוכיח כוונה של הפועל להשיג יעד מבלי שאותו יעד הוא רכיב תוצאתי** (לא חייב להיות מושג בפועל אלא רק צריך לרצות להשיגו). לכן, **עבירות מטרה הן בדר"כ התנהגותיות.**

עבירות כוונה או מטרה יכולות להופיע בשני הקשרים:

1. קביעת היסוד הנפשי של כוונה כצורה מוחמרת של עבירת פזיזות קיימת (עבירת חומרה).
2. בעבירות בסיסיות – עבירות שאין בהן מדרג, המינימום שצריך להתקיים אצל הנאשם זה כוונה- פחות מזה אין עבירה בכלל.

**קוגלר במאמרו** מציע נימוקים המצדיקים את יצירת העבירות שדרישת הסף המינימלית שלהן היא כוונה:

1. **יש נזקים שהם נזקי ביניים – "נזקי אמצע" –** נזקים אלו מצד אחד מצריכים את המשפט הפלילי ומצד שני הם קלים יחסית לעבירות החמורות. לכן נצמצם ונדרוש את היס"נ החפצי הגבוה ביותר בכדי לייחס אחריות פלילית (לשון הרע לדוגמה).
2. **בעבירה יש ערך חיובי/ ערך חברתי פודה/ חירויות נלוות –** בעבירות שיש בצידן ערך חברתי חשוב, הדרך של המחוקק לאזן בין ההגנה על הערך לבין הפגיעה בזכות היא ע"י דרישת סף של כוונה. מי שעושה את העבירה מתוך כוונה אמיתית לפגוע נכנס בגדר העבירה. לדוגמא – עבירות הסתה לגזענות, לא מספיק להיות מודע לאפשרות שתסית לגזענות, יש לעשות זאת מתוך כוונה להסית..
3. **עבירות בהן הערך המוגן נפגע רק כאשר יש כוונה (לא מספיקה פזיזות או קלות דעת).**

בעיקרון הסיכום בנושא הוא שהמחוקק לא רוצה להגביל את החירות בצורה קשה לכן ניצור מדרג.

**בעבירות מטרה התנהגותית – יסוד נפשי ויסוד עובדתי. ביסוד הנפשי מוסיפים, בנוסף ליסוד נפשי הכרתי, איך גם ההתנהגות מהווה שאיפה להשיג את אותו היעד (כוונה ביחס למטרה – מניע).**

**בעבירות מטרה תוצאתית – יסוד עובדתי, קש"ס, יסוד נפשי – ביסוד הנפשי (הכרתי + חפצי) גם מישור של מטרה (כוונה ביחס למטרה - שאיפה להשיג את המניע שלי.**

**הלכת הצפיות (חזקה משפטית):**

**ס' 20ב אומר שלעניין כוונה בעבירות תוצאתיות, מספיק שהנאשם צופה שהתוצאות יקרו כאפשרות קרובה לוודאי. ישנה הנחת שקילות בין אפשרות קרובה לוודאי לבין קיומו של רצון. תחליף ליסוד חפצי מסוג כוונה.**

**כלומר, כאשר תהיה עבירה שדורשת תנאי שהפללה בה היא הוכחה של כוונה, אם נוכיח שהנאשם צפה את התוצאה בוודאות קרובה לוודאי אז נראה בו כמי שרצה והיה לו כוונה.**

**מה ההבדל בין כלל עצימת עיניים להלכת הצפיות?** עצימת עיניים חל במישור ההכרתי ביחס למודעות להתנהגות ולנסיבה, ואילו כלל הצפיות חל בהקשר לתוצאה במישור החפצי, ביחס לכוונה.

קוגלר – יש מכנה משותף בין כוונה לצפיות – והוא **הבחירה בקרות התוצאה** **והפגיעה בערך המוגן**. גם כאשר אני רוצה וגם כאשר אני צופה בוודאות מעשית >> יש לי בחירה.

פלר – חולק על קוגלר – אין מכנה משותף בין כוונה לצפיות (בכוונה אדם רוצה, בהסתברות קרובה לוודאי הוא לא רוצה, הוא צופה אך לא רוצה) אלא ההשוואה ביניהם נעשית על בסיס מטען ערכי דומה.

לפני תיקון 39 מדובר היה בהלכה פסיקתית (= הלכת הצפיות; **פס"ד קורט סיטה נ' מ"י**). תיקון 39 **עיגן הלכה זו בחוק ואימץ את גישתו של פלר.**

**האם בעבירות מטרה התנהגותיות מספיק שאראה שהנאשם צפה בוודאות מעשית את התממשות המטרה כמו ב- 20(א)?**

מבחינת 20(א)1 נראה כי מדובר בעבירות כוונה תוצאתיות, החוק שותק לגבי התחולה של הלכת הצפיות (20(ב)) לגבי עבירות מטרה התנהגותיות. השאלה מתעוררת כי אפשר להגיד שאם ההבדל היחיד בין העבירות הוא רק ביסוד העובדתי, למה שדיני היסוד הנפשי לא יהיו זהים? הפסיקה עסקה בשאלה הזו וניתן לראות שהובאו כמה גישות:

**בפס"ד אלבה נגד מדינת ישראל** העוסק בדיון על עבירת הסתה לגזענות ס' 144א(ב):

שופטי המיעוט (מצא ובך) – **נקטו בגישה הגורפת: מהרגע שהחוק קבע תחולה גורפת לכלל הצפיות על כל עבירות התוצאה, ברור שהייתה כוונה להכיל את זה גם בעבירות מטרה התנהגותיות**. לא ניתן ללמוד מזה הסדר שלילי. הולכים לס' 90א שמגדיר מי שפעל במטרה בכוונה להשיג את היעד – אומרים שבכוונה ובמטרה זה אותו דבר ולכן זה צריך לחול באופן גורף.

שופטי הרוב (ברק, דורנר, טל, טרקל וכו') – **נקטו בגישה הגמישה/ בררנית** **המתאימה לסיטואציה**: **מדובר בשאלה עניינית לגבי כל עבירה ועבירה**. **בכל עבירה שתגיע בפניו יצטרך בית המשפט לדון בשיקולי מדיניות משפטית ולהחליט באילו מקרים נכון להרחיב את רף הכניסה ע"י צפייה קרובה לוודאי**.

**בפס"ד אלגד** היה דיון על ס' 244- שיבוש הליכי משפט, עבירת מטרה התנהגותית. **בייניש אימצה את הגישה הגמישה/ בררנית.** היא מסבירה **ששיקולי המדיניות האם ההלכה תחול או לא הם שיקולי מדיניות בהיבט הערך החברתי המוגן שעומד ממול**. כלומר, **האם מעשה העבירה תורם למשהו שחשוב ברמה החברתית** – **כשאתה עושה מעשה שפוגע צריך לבחון מה הערך הפודה שעומד ממול ומצדיק את המעשה**. במקרה זה, אם אתה משקר בחקירה אין שום ערך חברתי מוגן שמצדיק את המעשה. לכן בית המשפט אומר כי **מספיק שצפה בוודאות מעשית** כי מעשיו יובילו לשיבוש הליכי משפט, כדי לשקלל את דרישת המטרה. **כלל הצפיות מוחל באופן קונקרטי על המקרה הספציפי. משמע, ערך חברתי חשוב = לא מחילים את הלכת הצפיות ולהיפך.**

**בפס"ד ביטון נ' סולטאן** דנים בחוק איסור לשון הרע בס' 6 ושואלים מה קורה כאשר אדם מפרסם לשון הרע לא כי הוא רוצה לפגוע, אבל הוא יודע בוודאות קרובה שזה יכול לפגוע? **הנשיא ברק** שוב קובע כי לא מדובר בתחולה גורפת אלא **בתחולה פרטנית** הנקבעת לפי תכלית האיסור. **הוא קובע כי ספציפית במקרה הזה של עבירת לשון הרע- הלכת הצפיות לא תחול. זאת כי מדובר בעבירת ביטוי ויש לנו צורך להגן על הביטוי.**

**\*(בקייסים יש להראות דיון, להסביר את גישת המיעוט הגורפת, ולבחור את גישת הרוב הגמישה). בעבירות ביטוי (לשון הרע, פרסום הסתה לגזענות וכו' – לא נחיל כי נרצה לצמצם את האחריות הפלילית; במקרים בהם אין תועלת לחברה מהצד השני כמו שיבוש הליכי חקירה – נחיל ונרחיב את האחריות הפלילית.**

**לסיכום הלכת הצפיות/כלל הצפיות:**

**כלל הצפיות שעוגן בחוק לאחר תיקון 39 תמיד יחול על עבירות תוצאתיות עם יסוד חפצי מסוג כוונה.**

**הלכת הצפיות – הלכה פסיקתית לפני תיקון 39 – יחול על עבירות מטרה התנהגותיות בכל מקרה ומקרה בהתאם להחלטת ביהמ"ש תוך בחינת שיקולי מדיניות.**

**העמקה בפזיזות: אדישות וקלות דעת**

**הפזיזות עוסקת בשני סוגים של יסוד נפשי חפצי: אדישות וקלות הדעת.**

* **עד תיקון 39, לא הייתה הבחנה בין סוגי הפזיזות:** המשפט האנגלו-אמריקני דיבר על שלוש מדרגות: כוונה, פזיזות (אין רצון אך יש תוצאה) ורשלנות.
* **תיקון 39 הבחין בין שני מקרים:** אדישות (פעולה ניטרלית- לא משנה לנאשם) וקלות דעת (שלילית- הנאשם לא רצה שהתוצאה תקרה אך נטל סיכון בלתי סביר והיא קרתה).

**אדישות:**

**במצבים בהם אדם רוצה להשיג משהו מסוים ולשם כך הוא צריך לעשות פעולה שאין לו רצון בה. אבל לא אכפת לו אם תקרה איזו תוצאת לוואי ממנה בדרך להשגת הדבר הרצוי**. (לדוגמא: אסיר שמתכנן בריחה מהכלא, הדרך היחידה היא לפוצץ את הקיר. הוא יודע שאם יפוצץ את הקיר- אדם ייפגע. זהו לא רצונו, אבל לא אכפת לו, הוא אדיש לכך).

**פס"ד דוד בלאי –** מקרה בו אדם דקר מישהו אחר מחוץ לשיפודיה וחזר באדישות לשבת עם חבריו ולאכול את השיפודים, תוך זריקת הערה לחבריו של הקורבן. ביהמ"ש הכריע שהצטברות הנסיבות מלמדות ביתר שאת על טיב אדישות המערער לרצח המנוח.

**האם נדרש באדישות להוכיח נטילת סיכון בלתי סביר?**

קרמינצר סבור שדרישת הסיכון הבלתי סביר קיימת גם בצורה של אדישות למרות שהמחוקק לא מזכיר זאת במפורש. זה לא נכתב כדי לא להכביד על התביעה ולקבוע זאת כדרישה, אבל מדובר בדבר שהוא משתמע וברור.

**מה עם כוונה? אדם רוצה שהתוצאה תקרה- האם עלינו להוכיח נטילת סיכון בלתי סביר או שגם אם זה סיכון סביר נרשיע?**

1. קרמינצר – גם אם העושה פועל מתוך כוונה, עדיין צריך להוכיח סיכון בלתי סביר, ורק אם הוא בלתי סביר נרשיע.
2. קוגלר – חולק עליו שלעניין כוונה, אם הסיכון סביר, ואדם פועל מתוך רצון, עלינו להרשיע אותו. האנטי חברתיות כל כך גדולה שגם אם לקחת סיכון סביר, עצם הרצון לפגוע מצדיק הפללה במקרי כוונה.

**קלות דעת:**

**מקרה בו האדם מעוניין לשמור על הערך המוגן אבל בוחר בקו פעולה שיביא לפגיעה באותו ערך.**

**פס"ד גרייב נ' מדינת ישראל** – מקרה בו המערער דרס למוות שוטר והורשע בעבירות הריגה והפקרה לאחר פגיעה. נקבע שפעל בקלות דעת כיוון שהוא האט מעט את רכבו בתחילת הנסיעה לשוטר וסטה ימינה ושמאלה בכדי להימנע מפגיעה במנוח. מה שמראה על כך שהייתה לו תקווה שהתוצאה לא תתרחש, אולם דרך הפעולה שננקטה לשם כך, מתאפיינת ב"נטילת סיכון בלתי סביר".

**היסוד הנפשי של קלות הדעת מבוסס על ההנחה שאדם נוטל סיכון לא סביר. שאלת סבירותו של סיכון היא נורמטיבית ונקבעת על פי שקלול של הערך הטמון במעשה, חשיבות הערך המוגן בעבירה, הסתברות הצפייה של הסיכון וכדומה.** לדוגמא- אם מדובר במקרה של ערך חיי אדם ואין במעשה שום ערך חברתי חיובי- הסיכון יהיה בלתי סביר.

**נדגיש את ההבדלים בין פעולה מתוך יחס נפשי של קלות דעת לבין פעולה מתוך רשלנות:** יש הבדל עצום- אין קשר! בקלות דעת, האדם לחלוטין **מודע** לאפשרות קרות התוצאה, ברשלנות- העושה **לא** **מודע** לאפשרות שהמעשים שלו ייגרמו לתוצאה, אין לו את האינפורמציה הזו בראש. קל הדעת מדחיק את המודעות, הרשלן בכלל לא יודע (מדובר בהבדל שהוא כביכול דק אבל ההשלכה שלו היא עצומה, ברוב העבירות אי אפשר להרשיע ברשלנות).

מאמרה של קרן שפירא אטינגר – דנה בקלי דעת לא מרוכזים – מתייחסת למצבי קלות הדעת ואומרת כי מבחינת האינטואיציה המוסרית, מקרים אלו **מעוררים סלידה חברתית פחותה**. זאת כי האדם מקווה שהתוצאה לא תקרה, שלא כמו באדישות. עם זאת, המקרים הללו שרויים בחוסר רציונליות, אם לא רצית שתגרם התוצאה – אז למה ביצעת את המעשה?? למה זה קורה? **אטינגר מכנה את העושים במצבים אלו**, בהם אדם מעוניין לשמור על אינטרס מסוים ובכל זאת עושה זאת **כמהמרים מטורפים או כאיוולים גמורים.**

שפירא-אטינגר אומרת כי הדרך להסביר את המקרים של ההימור המטורף היא לראות את המקרים הללו כ **Wishful thinking** – הם לא נובעים ממחשבה רצונית של העושה, **אלה מצבים בהם למרות שהעושה צופה את הסיכון, הוא דוחה אותן לקרן זווית ומקווה ומאמין באמת (משכנע את עצמו) שלו זה לא ייקרה.** מעין מנגנון הגנה שגורם לעושה להאמין לעצמו שזה לא יקרה, למרות שהסיכון הוא קונקרטי ואמיתי. אלו המקרים של הימור מטורף (חצייה באור אדום, לסמס בנהיגה וכו).

אטינגר מבחינה בין רוחב הדעת לעומק הדעת –

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

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

* המהמר המטורף לא יהיה אדם אשר מקיים מודעות מקסימלית וריכוז מקסימלי, משום שאם הוא מוחלט בשני המקרים הוא הופך למתכוון (כלל הצפיות), אפילו לא לאדיש. נחשיבו כמי שאינו פועל בקלות דעת, אלא בכוונה.
* ישנם אנשים שהחסר במחשבה הפלילית שלהם לא בא לידי ביטוי במודעות אלא בעד כמה באותו רגע הם נותנים את דעתם ומרוכזים בפעולה עצמה.
* כל אותם אנשים שהיו מודעים להסתברות במידה מסוימת וגם היו מרוכזים בה במידה מסוימת ימוקמו על הציר.

ישנם 4 סוגים של קלי דעת שניתן להבחין ביניהם ברמת עומק המודעות ורוחב המודעות. (לטענתה יש להתחשב בשני קריטריונים אלה)

1. **אדם שמודע ומרוכז, אך בעיקרון לא רוצה שיקרה** – מהמר מטורף / איוול מוחלט – כי הוא זה שיש לו את כל הנותנים ובכל זאת בוחר לבצע את המעשה. היא מביאה דוגמא של רופא שיודע בוודאות כי אחד מעשר הבקבוקונים הנמצאים בארון מחיל רעל (והשאר תרופה) ובכל זאת בוחר להמר ולתת את הבקבוקון לחולה. יש בידו את האינפורמציה לחשב את ההסתברות, והוא גם מאוד מרוכז. כמו **בפס״ד דויטש** (אדריכל שלא הקשיב לפקחים שעלולה להתרחש מפולת רצינית שכתוצאה ממנה נהרגו 2 פועלים). מדובר במקרי קיצון.
2. **אדם שיש בידיו כל האינפורמציה, אך הוא לא מרוכז** – כמו הסיפור של הצריף (חיילים שיחקו בנשק ונפלט כדור שהרג מישהי) מקרה פרדיגמטי של קל דעת של קרן שפירא. \*רוחב מודעות - גבוה. עומק מודעות - נמוך.
3. **אדם מרוכז, ויש לו אינפורמציה אך נמוכה** - קל דעת אחר. יש לו נתוני מידע מסוימים, אך לא רבים. \*רוחב מודעות - נמוך. עומק מודעות - גבוה.

קרן בעצם אומרת שכל אחד שקיים אצלו רמה מסוימת של מודעות (או עומק או רוחב) ייחשב כקל-דעת. לא מדובר במצב בינארי, אלא יש הרבה מצבים, והמודעות יכולה להיות חסרה באחד הצירים. כלומר, נדרשת מודעות מסוימת.

1. **המקרה האחרון הוא רשלן –** הנמצא בראשית הצירים. כיוון שהמודעות שלו היא אפסית, לא עמוקה ולא רחבה. זה נמדד אובייקטיבית - שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע.

האתגר ששפירא לוקחת על עצמה הוא לנסות להבין ולתרגם את מושג המודעות בצורה פחות בינארית, שהרי מושג המודעות הוא הרבה יותר מורכב. זה לא הכל או כלום. זה שהמשפט הפלילי מאמץ חשיבה דיכוטומית לתוך הדוקטרינה מהווה חטא למציאות- במציאות זה לא 0 או 100. מה עם כל הספקטרום שבאמצע?

בכל אותם מצבי הביניים של המודעות החלקית בתי המשפט מוצאים את עצמם במצב שבו הם צריכים להחליט הכל או כלום- או שכן או שלא ולדחוף את המקרה למקום לא % 100 מתאים. המצב הקיים לא מייחס מידת אשמה הנכונה לאדם בעבור המעשים שהוא עשה.

* **מה הבעיה שלנו?** המשפט הישראלי מכיר רק בציר הX- האם אדם היה מודע להסתברות התרחשות התוצאה או שלא. מבנה זה חוטא למציאות.
* **מה ההצעה?** להרחיב את מושג קלות הדעת גם לעומקו. עם זאת, בהתייחס למידת האשם, עדיין יש לראות את קל הדעת כמי שצריך להיכנס תחת עולם המחשבה הפלילית (בניגוד למשפט הגרמני, שמוציא אותו מעולם זה) (מאמר דין מצוי דין רצוי).
* **אופציה אחרת:** יש להוסיף קטגוריית ביניים בין הרשלנות למחשבה הפלילית- את קלות הדעת יש לחלק לכמה מצבים כשלעצמם.
* **מה היתרון בהצעתה השנייה של קרן?** נוצר מדרג מוסרי שיאפשר לייחס לנאשמים את מידת האשמה במעשיהם בצורה מדויקת יותר לנסיבות העניין ומידת אשמתם.
* קרן מציעה להרחיב את יריעת בחינת היסוד הנפשי ההכרתי. למעשה, תהא אפשרות להתייחס למצבים שהם לא רק מודעות לטיב ההתנהגות וקיום הנסיבות, אלא ליצור מדרג גם לעניינם.
* **מסקנה:** יש להבין את מושג קלות הדעת בצורה מורכבת יותר משהיא מובנת כיום.

איפה היא ממקמת את קל הדעת כפי שהיא מבינה אותו בין האדישות לרשלנות??

לעומת הגרמנים, שפירא טוענת כי בקל הדעת יש אשמה המצדיקה את תפיסתו כחלק מעולם המחשבה הפלילית (חוסר ריכוז זה חוסר רגישות – יש בכך אנטי חברתיות). על כן, על קלות הדעת להיות בתוך המחשבה הפלילית. היא טוענת כי במקרי המודעות החלקית יכול להיות שיש להכניס אותו למחשבה הפלילית כפי המצב כיום, ויכול להיות שיש ליצור מצב ביניים שכולל את מצבי הביניים של קלות הדעת.

**היתרון שביצירת קטגוריה נפרדת לקלות דעת:** יש יותר הכוונה לבית המשפט והוא יוכל להגיע לתוצאות יותר מדויקות ופחות קיצוניות התואמת את מידת האשמה. מתיישב עם עקרון החוקיות- הנאשם יידע מה מצפה לו.

**\*פרקטית, בקייס- אנו נדון לפי המשפט הקיים. אם שואלים על קרן שפירא – ניישם.**

**משפט משווה – אפיון קלות הדעת:**

**במשפט הגרמני –** המשפט הגרמני מאור נזהר בהרשעה ונותן מקום לכבוד האדם.

הדקדוק הגרמני:

עולם המחשבה הפלילית כולל: **כוונה ישירה-** רצון ; **כוונה עקיפה-** הלכת הצפיות ; **אדישות**. **קלות דעת נכללת ברשלנות.**

**עבירות הרשלנות** שלהם מסווגת כרשלנות את כל המקרים בהם אדם נוטל סיכון בלתי סביר בין אם עושה זאת ביודעין ובין שלא. מדוע החיתוך נעשה כך? כי החיתוך נעשה לפי אלמנט הבחירה – אם הוא רוצה או צופה או לא אכפת לו אנו נגיד שהתכוון. אך כשהוא נוטל סיכון בלתי סביר זה לא משנה אם זה ביודעין או לא = אין פה בחירה.

מה הקשר למשפט הישראלי?

**במשפט הישראלי** מניחים את קו הגבול בין הרשלנות לקלות הדעת, משכך, קלות הדעת מסמלת את קו הגבול הנמוך ביותר לכניסה למחשבה הפלילית. קלות הדעת היא המקום שבו הנאשם קיווה לא לפגוע בערך החברתי המוגן ולכן בעיני הגרמנים אין פה בחירה. הם לוקחים את קלות הדעת ומוצאים אותה מתוך עולם המחשבה הפלילית. הם מרחיבים את דוקטרינת הרשלנות על חשבון דוקטרינת המחשבה הפלילית.

המשמעות היא גדולה: כאשר קלות הדעת נכנסת למחשבה הפלילית, היא חושפת את האדם לרוב העבירות הפליליות הקיימות.

**במשפט הישראלי** קל הדעת חשוף לנשיאת אחריות בגין רוב העבירות הפליליות, זהו הסף התחתון של המחשבה הפלילית. לעומת זאת **במשפט הגרמני**, בגלל שקלי הדעת לא מוגדרים כבעלי מחשבה פלילית וקלות הדעת נכנסת לרשלנות – קלי הדעת בדר"כ לא יופללו.

הכתיבה הגרמנית עוסקת המון בהבדלים בין אדישות לרשלנות. אצלנו הדיון המעניין יהיה בין קלות הדעת לרשלנות – כי זה קו הגבול בין המחשבה הפלילית לבין הרשלנות.

**במשפט האנגלי** החיתוך הוא הכי גס: יוצא שיותר מחמירים עם נאשמים במשפט האנגלו-אמריקאי. כי כל מי שהוא מודע, גם אם הוא לא רוצה – נכנס בגדר המחשבה הפלילית, אצל הגרמנים אם הוא לא רוצה הוא לא נכנס.

**עד תיקון 39** הדין הישראלי היה מבוסס על הדין האנגלו-אמריקאי. **התיקון נחקק מתוך ניסון לייצר אבחנה יותר נאמנה לעקרון האשם. בין הרשלן לאדיש – הכנסנו את קל הדעת. אך לא עד הסוף, עד הרפורמה בעבירות ההמתה לא היו עבירות ספציפיות בחוק העונשין שהבחינו בין אדישות לקלות דעת. ברוב המקרים, או שהמחוקק דורש כוונה או שהוא לא אומר כלום ואז נדרשת קלות דעת, למעשה לא היו עבירות שבהן יש דרישה לאדישות.**

אז למה צריך את האבחנה הזו? התקווה הייתה שכשהמחוקק יתחיל לארגן את החלק הספציפי הוא ישתמש באבחנה הזו בין אדישות לקלות דעת וזה באמת מה שעשו ברפורמה של עבירות ההמתה. המחוקק יוצר מדרג חומרה של עבירות תוך אבחנה בין כוונה לקלות דעת, לאדישות ורשלנות. יש תקווה כי בעתיד המחוקק יוציא את קלות הדעת וישאיר רק אדישות וכוונה אבל אז יהיו חייבים לתקן גם את החלק הכללי. היום אנו לא שם. המחוקק הישראלי עדיין מובחן מן הגרמנים- קלות הדעת עדיין נכללת בכוונה.

דיון על ההבדל בין שיטות המשפט האנגלי – גרמני – ישראלי:

* בעוד **שבאנגליה** רזולוציית האבחנה היא **גסה –** כוונה, פזיזות, רשלנות.
* **בישראל** יש חיתוך **יותר דק –** הפזיזות מחולקת לקלות דעת ואדישות. אצלנו רק רשלנות היא מחוץ לעולם המחשבה הפלילית, בעוד אצל הגרמנים גם קלות דעת.
* **ובגרמניה אף יותר דק –** קו הגבול של המחשבה הפלילית נחתך לפני קלות הדעת. לעומת אדישות, שכן מכניסה את הנאשם תחת המחשבה הפלילית. המשותף לאדישות ומעלה הוא שהנאשם לא רצה לפגוע – הוא השלים עם זה ולא אכפת לו.

זה ההבדל גם בהצדק ופטור במשפט האנגלי והגרמני: **במשפט הגרמני:** פטור- המעשה לא בסדר אבל נפטור אותך, הצדק- המעשה מוצדק רצוי וראוי= למשפט הפלילי תפקיד אקספרסיבי. **בתפיסה האנגלו-אמריקאית** זה הרבה פחות מדוקדק- פטור או לא פטור. הבחירה של הגרמנים לעשות את החיתוכים דקים יותר מניחה שיש לכך משמעות חינוכית והכוונתית.

**רשלנות**

**רשלנות נתפסת כסוג של יסוד נפשי פחות חמור, הנמצא מחוץ למחשבה הפלילית ובכל זאת מייצג מספיק אשמה על מנת להטיל אחריות פלילית.**

**נבחן את הבעייתיות דרך קו הגבול של הרשלנות:**

כשמדברים על רשלנות, ברמה המושגית מדברים על סוג של יסוד נפשי המייחס מידת אשמה פחות חמורה, אך מידת אשמה גובהה מספיק המצדיקה הטלת אחריות פלילית. המצב הנפשי שהוא לא פלילי נקרא "שגגה" (מקרה בו אדם לא מודע מקום שגם אדם מן הישוב לא יכול היה להיות מודע).

**מדוע רשלנות נראית למלומדים כלא מתאימה להפללה?**

1. **מידת האשם –** בנוי על קבלת החלטות מודעות, נדרשת **בחירה** בשביל להטיל אשמה. הטענה היא כי מי שלא היה מודע לכך שהמעשים שלו ייפגעו בערך המוגן, לא בחר לפגוע בו. אם אין בחירה – אין בסיס להטלת אשמה.

תגובת נגד: גם ברשלנות מגולמת בחירה, הבחירה לא לשים לב, לא לחדד את החושים- זו בחירה ערכית. אם אדם מן היישוב היה צריך לדעת ואתה לא ידעת, הבחירה המסוימת שקיבלת היא לא לדעת.

1. **חוסר הגינות/טריוויאליזציה –** כולנו באיזה מקום רשלנים כל הזמן, כולנו לפעמים לא מספיק זהירים. אם זהו **טבע האדם** ואין שום דרך סבירה לחיות חיים בלי להיות רשלנים- אין מקום להשתמש במשפט הפלילי השיורי. אנו רוצים להוקיע רק את הלא בסדר, אם כולנו מסכימים שזה שכיח, ברור שזה לא המקרים בהם צריך לטפל המשפט הפלילי.

תגובת נגד: יש לשאוף לקיומה של מציאות טובה יותר, למציאות הראויה, לא בהכרח האידיאלית.

1. **הקושי בהרתעת הרשלן –** יש שאומרים כי אי אפשר להרתיע רשלנים, אם בן אדם **לא מודע**, גם אם יקבל עונש זה לא ירתיע אותו כי הוא בכלל לא מודע לזה. קשה לייצר תמריץ עבור אדם לפעול אם הוא לא מודע, זה לא ישנה את התנהגותו.

תגובת נגד: לא מדויק- אם אני יודעת שקיימות עבירות רשלנות אני אהיה זהירה ואבדוק את עצמי כל הזמן.

1. **הרתעת יתר –** אנשים **יפחדו לחיות**, אם אני אעשה משהו בטעות ויפלילו אותי, זה ייצור אפקט מצנן על ההעזה של אנשים לחיות חיים נורמליים.

תגובת נגד: ניתן לצמצם את כמות עבירות הרשלנות, כדי לא להרתיע הרתעת יתר נשתמש בה רק במקרים מאוד מסוימים ולהגנה על ערכים חשובים.

**יסודות עבירת הרשלנות:**

**כדי שעבירה תהיה עבירת רשלנות חייב שהדבר יהיה כתוב בה במפורש!**

("יש יסוד סביר להניח" – רשלנות; בלי שיהיה כתוב לו).

* + 1. **אי מודעות לטיב ההתנהגות או לקיום הנסיבות או לאפשרות גרימת התוצאה –** צריך להיות חוסר מודעות לגבי אחד מהם לפחות (אבל אסור שתהיה שגגה לגבי אף אחד מהם).
    2. **מקום שאדם מן הישוב –** כדי שרשלנות תקום כיסוד נפשי, לא מספיק להראות שהאדם לא היה מודע סובייקטיבית אלא אם **אדם מן היישוב היה יכול אובייקטיבית לצפות את זה – מבחן המודעות בכוח – האם לאדם המצוי מן הישוב היה פוטנציאל להיות מודע לכך**. תיקון 39 החליף את המונח "האדם הסביר" (סטנדרט גבוה – פס"ד בש) במונח "אדם מן הישוב" (במטרה להקל עם הסטנדרט). הכוונה היא לא ליצור מלאך מדומיין (אדם אידיאלי רצוי לפי ביהמ"ש) אלא לבחור איך הנאשם פעל ביחס לאנשים בשר ודם, שאינם מושלמים (אדם מצוי וסטנדרטי).

**בנסיבות העניין** – **לוקחים בחשבון גם את הנסיבות החיצוניות שליוו את האירוע.**

נשאלה השאלה מה פירוש "בנסיבות העניין"? שאלה זו נשארה פתוחה:

1. **רשלנות אובייקטיבית** (משפט אמריקאי) – אדם סביר / אדם מן הישוב – משווים את הנאשם לאדם אחר המייצג סט של ערכים רצויים. יוצא שנאשמים שונים בעלי תכונות ומאפיינים שונים מושווים לאותו סטנדרט. הרציונל הוא יצירת הגנה על הערך המוגן השווה כלפי כולם. כלומר, **נסיבות העניין הן חיצוניות לנאשם עצמו, בודקים האם אדם היה מודע לפי נסיבות האירוע וללא קשר לתכונות האדם הקונקרטי.**

**הביקורת –** אנשים עומדים לדין והם מתחת לממוצע מושווים לאדם ממוצע. הגישה לא מכוונת את הבחינה לנאשם הספציפי, היא מקשה מידי עם נאשמים מתחת לממוצע ומקלה מידי עם אלו שמעל.

1. **רשלנות סובייקטיבית** (משפט גרמני)– **משווים את הנאשם לאדם מן היישוב אבל מתחשבים בתכונות, האייקיו והניסיון שלו** – מודל קרוב יותר לאשמה ומודל אינדיווידואלי (הצעת קרמינצר – הציע לפרש את בנסיבות העניין כנסיבות אינדיבידואליות).

**הביקורת –** פרופ' גור אריה טוענת שבחינת תכונותיו של הנאשם הקונקרטי עלולה לגרום לבית המשפט להדביק סטריאוטיפים ולתייג קבוצות אוכלוסייה מסוימות. הביקורת הזאת לא קיימת בגישה הגרמנית הבוחנת את הנאשם ממש.

**בפועל הפסיקה בארץ לא אימצה בצורה גורפת את הצעתו של קרמינצר. רוב הפסיקה דנה במודל רצוי שלא ממש לוקח בחשבון את תכונותיו של הנאשם – רשלנות אובייקטיבית. פסק דין יעקובוב כן מייצג בחינה מסוימת המותאמת ליכולותיו של הנאשם הקונקרטי לצפות את התוצאה. יתרונות הגישה ברורים.**

**בפס"ד בש – בית המשפט מפרש את המושג אדם סביר לפי מבחן נורמטיבי – מה נכון וראוי שאנשים יחשבו וינהגו לפיו, יוצר סטנדרט זהירות גבוה מאוד. זה כבר לא "האדם הממוצע" אלא האדם הערכי- האדם האידיאלי.** מדובר על יציר פסיקה – אדם ראוי ששואף לעשות טוב ומגיע עם מידות טובות.

**בפס"ד יעקובוב** – **מראה שלא חל שינוי כלשהו למרות תיקון הנוסח** – מרשיעים את בוריס בגרימת מוות ברשלנות, הוא טען כי לא העלה על דעתו שאשתו תתאבד בעקבות מעשיו. ביהמ"ש אומר שלמרות שינוי הנוסח, הוא בודק מה ראוי, לא מודד אמפירית. **נקבע שלא רק שהנאשם היה צריך לדעת, אדם סביר בעל ערכים רצויים היה יודע שהתוצאה יכולה הייתה לקרות.**

רות קנאי, "רשלנות כבסיס לאחריות פלילית: האם חל שינוי בעקבות תיקון 39?" – במאמרה בוחנת האם תיקון 39 הביא לשינוי בקנה המידה לבדיקת הרשלנות? כדי לענות על כך נבחן 2 שאלות:

1. האם יש הבדל בין האדם הסביר לבין אדם מן היישוב? האדם הסביר מהווה מבחן נורמטיבי, אותו קובע ביהמ"ש (מחמיר את רמת הזהירות). אדם מן היישוב הוא אובייקטיבי אך לא נורמטיבי ותלוי בהתנהגות האנשים (מקל את חובת הזהירות). אך למעשה, בפועל הפסיקה קבעה כי אין הבדל בין המבחנים (פס"ד יעקובוב).

2. האם מתחשבים בתכונות האישיות של הפועל? ניתן לראות במשפט המשווה כי ישנה התחשבות בתכונות מסוימות. השאלה היא באילו תכונות נכיר ובאילו לא, על מנת לשמור על האובייקטיביות של המבחן.

* + 1. **לקיחת סיכון בלתי סביר –** **בעבירות תוצאה צריך להוכיח שהנאשם נטל סיכון בלתי סביר ביחס לתוצאה/סכנה**.

**פס״ד צור –** חבורת מטיילים שיצאו לנחל. המדריכים ידעו שקיים סיכוי נמוך מאוד לשיטפון בנחל ובכ״ז יצאו לטיול כמתוכנן. **שלום-** האדם הסביר לא היה צופה שיטפון כזה . **מחוזי-** האדם הסביר היה צריך לצפות שטפון כזה. **עליון-** צריך לקחת בחשבון את התועלת החברתית שבמעשה- ערך הטיולים בארץ. יש להתיר ביצוע מעשים שנקיטתם כרוכה בסיכון סביר, נרשיע רק אם הסיכון שנלקח הוא בלתי סביר.

* + 1. **עבירה שאיננה מסוג פשע –** עבירות הרשלנות הן חריג במספר שלהן והן גם מאופיינות בענישה מופחתת. כאן החוק אומר לנו שלא ניתן להעניש ברשלנות מעל 3 שנים (כלומר לא ניתן להרשיע על עבירות מסוג פשע).

**הרפורמה בעבירות ההמתה:**

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

**הדירוג החדש כולל את הספקטרום הרחב של המקרים ומאפשר לביהמ"ש להפעיל שיקול דעת לשם הלימה ראויה.**

הדין הישן: א. עבירת הרצח שכללה גרימת מוות בכוונה תחילה (מאסר עולם חובה). ב. עבירת ההריגה שכללה כל גרימת מוות מודעת אחרת (20 שנות מאסר) ג. עבירת גרימת מוות ברשלנות.

בעיה: עבירת ההריגה רחבה מאוד, ויכולה להכליל מצבים שהם על גבול הרשלנות. בנוסף, היו מצבים של מקרים חמורים שלא הצליחו להכניס אותם להגדרת הרצח מכיוון שלא הצליחו להוכיח כוונה תחילה.

לפיכך הציעו רפורמה המתאימה את המעשה למידת האשמה:

* רצח בנסיבות מחמירות (301א) – רצח לאחר תכנון וגיבוש החלטה, למשל: רצח בפיגוע טרור, רצח חסר ישע, רצח בידי בן זוג שקדמה לו התעללות בקורבן, רצח על כבוד המשפחה. מאסר עולם כעונש חובה + פתח מילוט – אם יש תחושה שרצח בנסיבות מחמירות חמור מידי למקרה, ניתן להאשים ברצח בסיסי (ולקבל מאסר 15-20 שנה).
* המתה בנסיבות של אחריות מופחתת (301ב) – (זה הפתח מילוט) החוק מאפשר הקלה בעונש מאסר עולם כשמדובר בנסיבות "מיוחדות": תגובה לאחר התגרות שהנאשם התקשה לשלוט בעצמו; מעשה בשל הפרעה נפשית או כושר שכלי שמגבילים הנאשם (למשל אישה מוכה שרוצחת את בעלה המכה). מאסר 20 שנה/ 15 שנה.
* רצח בסיסי (300א) – יסוד נפשי של כוונה ואדישות – מאסר עולם כעונש מירבי ולא כעונש חובה. החידוש הוא פיצול לאדישות וקלות דעת. כלומר, גם אם לא הוכח שהנאשם ביצע את המעשה בכוונה, מעתה והלאה- לא יואשם בהריגה אלא ברצח ויתאפשר לגזור עליו גם מאסר עולם.
* המתה בקלות דעת (301ג) – מקרים בהם הנאשם נוטל סיכון בלתי סביר שמתממש אך מקווה שהתוצאה הקטלנית לא תתרחש. אדישות ומעלה לא נכנס כאן. לדוגמה – נהג שמתעסק עם הפלאפון וגורם לתאונה קטלנית בה נהרגים אנשים, משחק בנשק וכו. מאסר 12 שנה.
* גרימת מוות ברשלנות (304) - מאסר 3 שנים.

אחד החידושים המרכזיים הוא ההבחנה שנעשתה בין יסוד האדישות ליסוד הקלות דעת. עבירת ההריגה שהייתה קיימת לפני הרפורמה בוטלה ובעצם פוצלה. חלק מבין המקרים שנכללו בעבר בעבירת ההריגה, אלו שבהם הנאשם גילה יחס של אדישות כלפי המוות, כעת יכנסו לגדרי עבירת הרצח הבסיסית או עבירת הרצח בנסיבות מחמירות. יתר המקרים יכללו בעבירה שחומרתה פחותה – המתה בקלות דעת.

דוגמאות של המתה בקלות דעת הן נהיגה מסוכנת; משחק בנשק; קריסות מבנים; מסיעי מחבלים; אסון צפית ועוד.

**צורות נגזרות של אחריות פלילית**

**עבירות הכנה והניסיון הפלילי:**

**דוקטרינת הניסיון מתייחסת למצבים שבהם האדם לא משלים את כל פרטי היסוד העובדתי של העבירה. התחיל כדוקטרינה ותיקון 39 עיגן זאת בס' 25. את מי עוד ניתן להפליל מלבד המבצע העיקרי? את המנסה (דוקטרינת הניסיון) ואת הצדדים הנוספים לעבירה (שאינם המבצע העיקרי, כגון: משדל, מסייע, מבצע בצוותא). הצורות הנגזרות מאופיינות בכך שאין להן קיום עצמאי, הקיום שלהן נגזר מקיומה של עבירה מושלמת עצמאית או מקיומו של ניסיון.**

**סוגיית הניסיון יכולה להתעורר מקום בו התוצאה לא קרתה או שמא ההתנהגות עצמה לא הושלמה. אי ההשלמה יכולה להיות ביחס לכל מיני היבטים של היסוד העובדתי. מה שחשוב זה שרכיב אחד לפחות מן היסוד העובדתי לא הושלם.**

**שיקולים המצדיקים את ענישת המנסה:**

1. **שיקולי אשמה –** הרצון להסיט את המשקל מן התוצאה אל עבר האשם המוסרי ולנטרל את אלמנט המזל. שהרי פגיעה בערך המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי (הנזק הוא לא האישיו- אלא האשם!).המנסה לא הצליח בגלל עניין של מזל. הוא רע לא פחות ממי שביצע את העבירה המושלמת, ההבדל בניהם הוא עניין של מזל ותו לא. "מגיע לו באותה מידה".
2. **שיקולי תועלת –** אלמנט ההרתעה. גם מעשים שהם בגדר ניסיון בלבד מצביעים על נחישותו הפלילית של המנסה להוציא לפועל את מזימתו העבריינית. קיים חשש כי המנסה שלא הצליח להגשים את מזימתו פעם אחת, ישוב וינסה להגשים אותה בהזדמנות נוספת. בענישה על ניסיון אנו משדרים מסר מאוד משמעותי של הרתעה- "דעו לכם שלא כדאי לנסות".
3. **אנטוני דף – ההצדקה המוסרית להפללה על ניסיון –** נפליל אדם שאנחנו יודעים שהייתה לו כוונה רעה ובחר לפגוע בערך החברתי המוגן כשנקט מעשים שמתקרבים לביצוע העבירה המושלמת. בדוקטרינת הניסיון הפגיעה היא רעיונית, לא צריך להצליח כדי שהפגיעה תתממש. כמו בפיגוע שלא נפגע בו איש- עדיין היה פיגוע. **הפגיעה היא באיום על הערך המוגן.**

יורם שחר במאמרו **– המוסר הילדי אל מול המוסר הבוגר: ילדים מתייחסים לתוצאה בלבד לעומת מבוגרים שמייחסים חשיבות מכרעת גם להליך, לכוונה. ככל שמתבגרים, אנשים מייחסים יותר משקל לכוונות, מנטרלים ומוציאים מחוץ למשוואה את עניין המזל, קרי מייחסים עונש מלא גם למי שנעצר במתחם הניסיון ולא השלים את העבירה. ולכן, אם הכוונה רעה והיא לוותה במעשים למימושה – היא ברת הפללה. זוהי התפיסה הישראלית המודרנית.**

מה צריך להיות משטר הענישה? איך נעניש את המנסה?

בעבר – העונש על הניסיון היה לכל היותר מחצית מהעונש של העבירה המושלמת, משום שהתפיסה הייתה שכל עוד לא נגרם נזק, הערך החברתי לא נפגע פגיעה מהותית שמצדיקה עונש מלא ולכן החוק נתן לכך ביטוי. הנימוקים שעמדו בבסיס התפיסה הזו היו שהתוצאות חשובות יותר מהכוונות ושאם יוטל אותו עונש על הניסיון, זה יהווה תמריץ לעבריינים להשיג את התוצאה ו"ללכת עד הסוף" כי הם יודעים שממילא ייענשו עונש מלא בין אם ישלימו את ביצוע העבירה ובין אם לא.

**לאחר תיקון 39 (1994) – החוק אימץ את הגישה המקובלת בעולם לפיה הניסיון שווה בחומרתו לעבירה המושלמת ולכן גם העונש זהה. לכן, כיום אם אדם יבצע ניסיון לעבור עבירה מסוימת, הוא יהיה חשוף לעונש המקסימלי של אותה עבירה מושלמת.** מצד שני, מי שהתחרט טרם השלמת העבירה יוכל לטעון ל"פטור עקב חרטה" לפי ס' 28 לחוק ולמעשה לצאת ללא עונש ואף ללא הפללה (פטור מלא). נרחיב על כך בהמשך.

**ס' 34ד'** – תחולת דין העבירה

"מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון, שידול, ניסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה".

* מיום 23.8.1995

**תיקון מס' 39**

* [ס"ח תשנ"ד מס' 1481](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1481.pdf) מיום 23.8.1994 עמ' 355 ([ה"ח 2098](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/prop-2098.pdf))

**הוספת סעיף 34ד**

מיום 7.8.1995

**ת"ט תשנ"ה-1995**

[ס"ח תשנ"ה מס' 1537](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1537.pdf) מיום 7.8.1995 עמ' 400

**החלפת כותרת השוליים**

הנוסח הקודם:

* סייג לנסיון, לשידול ולסיועאם לא נאמר אחרת, הדין שחל על עבירות מושלמות חל גם על ניסיון. זאת מכיוון שאין לנו כל הוראה שאומרת שהעונש יהיה שונה. לכן אנו מתייחסים אליהם באותה הדרך, ניסיון חושף את האדם לענישה השקולה לעונש בדבר ביצוע. חלק מהרעיון הוא הענקת שיקול דעת רחב לבית המשפט בשקילת מידת האשמה לפי פרטי המקרה הרלוונטיים לשם מתן עונש מתאים ומדויק.

**ס' 34ג'** – סייג לניסיון לשידול או לסיוע

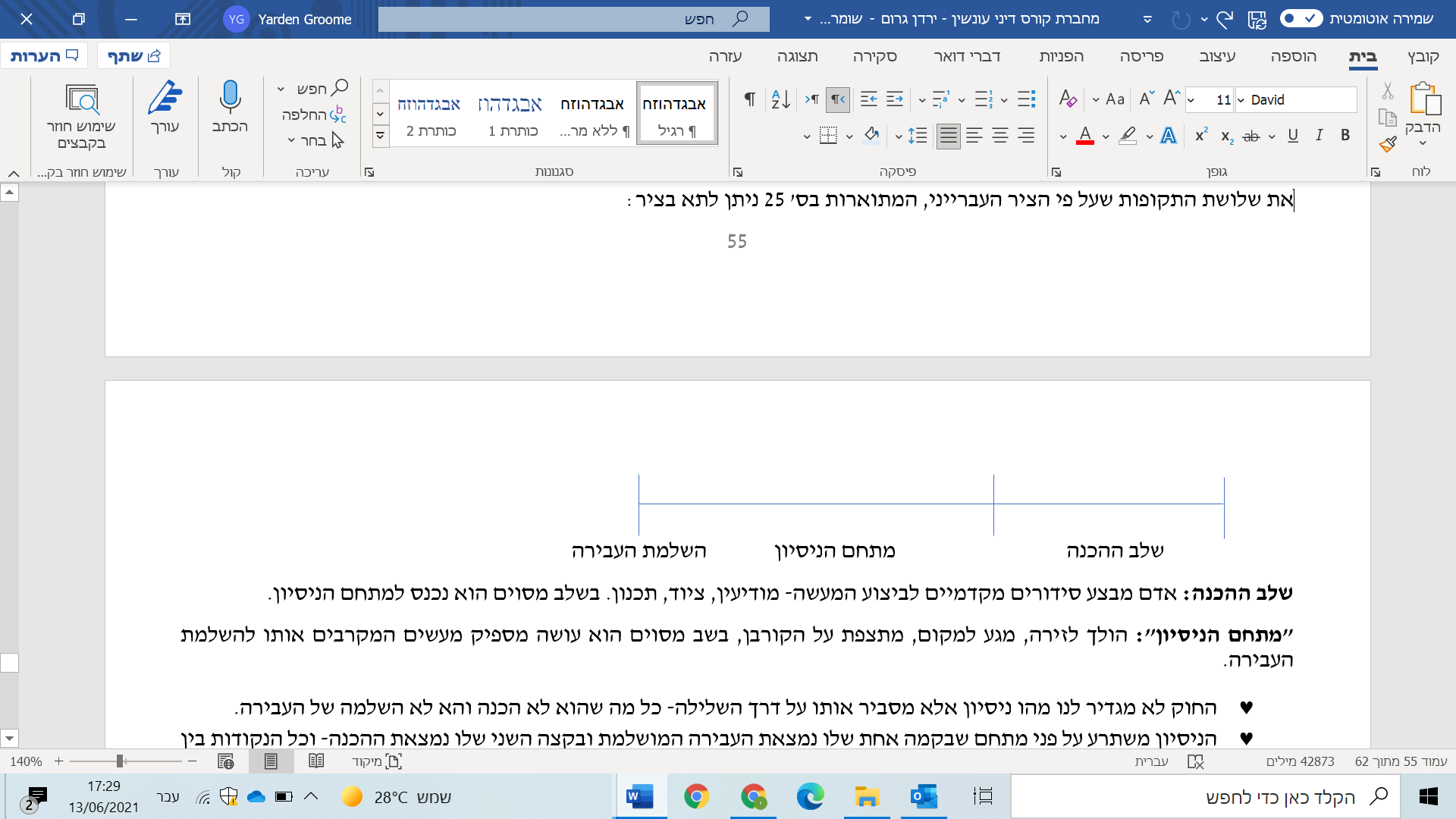
"הניסיון, השידול, הניסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש".

סייג לנסיון, לשידול ולסיועהמחוקק אומר כי בעבירות מאוד קלות – אין ניסיון (חטא- עד שלושה חודשים). הרציונל הוא בכך שגם ככה עבירות הניסיון מרחיבות את האחריות הפלילית, ולכן אנו נציב גבול ולא נכניס עבירות קלות בגדר העבירות שיכולות להשתכלל ע"י ניסיון.

**היסוד העובדתי של הניסיון:**

**סעיף 25** – "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

הסעיף בעל הגדרה שלילית – לא אומר מה זה ניסיון, אלא אומר מה זה לא ניסיון. למה זה חשוב? כי ככלל, **שלב ההכנה אינו עניש. לכן מה שחשוב זה השאלה האם הנאשם חצה את מתחם ההכנה.**



**שלב ההכנה:** אדם מבצע סידורים מקדמיים לביצוע המעשה – מודיעין, ציוד, תכנון >> בשלב מסוים הוא נכנס למתחם הניסיון.

**מתחם הניסיון:** הולך לזירה, מגיע למקום, מתצפת על הקורבן >> בשלב מסוים הוא עושה מספיק מעשים המקרבים אותו להשלמת העבירה.

מדוע מעשי ההכנה אינם ענישים? **גור אריה**

1. **מסוכנות:** מעשי ההכנה אינם מסוכנים לכשעצמם. מעשים אלו הם ביטוי להוצאת אגרסיות ופריקת אנרגיות. לפעמים יש מקרים בהם אדם מתכנן משהו, הוא עצבני וכועס, זה שהשלב שבו הוא עדיין סוער ומתלבט עם עצמו. שלב ההכנה לא מהווה איום מספיק משמעותי כדי להגדירו כפגיעה.
2. **החלטה אנטי חברתית:** חציית הפער שבין מעשה ההכנה לבין הביצוע מהווה בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר, הניסיון מגלם קפיצה "איכותית" לקראת ביצוע. החלטה כזו הופכת את ההתנהגות של מי שניגש לבצע עבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי חברתי שמצדיק תגובה עונשית.

**החריגים:** בחלק הכללי ישנם סעיפים המרשיעים על עבירות הכנה. כגון:

**ס' 497-** החזקת חומרים – עצם העובדה שאתה מחזיק חומר נפץ/מכשיר מסוכן/מזיק מתוך כוונה לבצע באמצעותם פשע, משכלל עבירה עצמאית שבמהותה היא עבירת הכנה.

**ס' 499-** קשר לפשע או לעוון – כש-2 אנשים מסכימים ביניהם על ביצוע מעשה בלתי חוקי בעתיד, אנו נחליט להרשיע אותם, ללא קשר האם היא תבוצע או לא. קשירת קשר לביצוע פשע נתפסת ככל כך אנטי חברתית שלא צריך יותר מתכנון כדי להפליל כי כששני אנשים פועלים ביחד, יש חשש שעצם הדיבור מגביר את הסיכוי לביצוע. שהתוכנית מדוברת, היא כבר לא במחשבה, היא יוצאת מן המחשבה אל העולם. יש משהו באנרגיות העברייניות המשותפות עם אדם אחר שיגרום לכך שאף אם צד יתחרט, הוא לא יביע את החרטה בקול ופשוט יבצע כי לא נעים מהאחרים.

**שורה תחתונה: שלב ביצוע העבירה מסתיים בהשלמת רכיבי היסוד העובדתי, אבל מתחיל מהרגע שבו הנאשם חצה את מתחם ההכנה וביצע פעולות שהן בליבת הניסיון עצמו. לדברי מרים גור אריה – חציית הפער בין ההכנה לבין הניסיון משפיע גם על היסוד הנפשי של הנאשם: מעשי ההכנה מלווים בהתלבטויות, זו דרך טובה עבור הנאשם לפרוק זעם ולאחר מכן להימלך בדעתו ולחזור בו מביצוע העבירה. לכן היא אומרת שזו דרך טובה לשחרר תסכול ולמעשה זה שלב שלא מייצר סיכון מספיק ממשי לערך חברתי מוגן.**

**גבולות מתחם הניסיון**

**שאלת הסיווג בין הכנה לניסיון רלוונטי רק בניסיונות בלתי מושלמים / בלתי מוגמרים, מקרים בהם העושה לא סיים לבצע את כל הרכיב ההתנהגותי** (לא בהכרח התוצאה התרחשה או היסוד הנפשי התקיים). **השאלה לא מתעוררת במקרים בהם אדם ביצע ניסיון מושלם / מוגמר.**

**הניסיון המושלם/המוגמר – הסיבה שהעבירה לא הושלמה היא נסיבה או תוצאה שלא היו תלויות במעשיו של הנאשם. הנאשם עשה כל שביכולתו כדי להשלים את העבירה והשלים את הרכיב ההתנהגותי.** בניסיונות מושלמים, העושה ביצע את כל הפעולות שתלויות בו כדי לבצע את העבירה, אבל העבירה לא התגבשה מסיבות שלא תלויות בו. ולכן חסרה אחת מנסיבות העבירה שהיא לא הרכיב ההתנהגותי. אין ספק לגבי הכוונה שלו. דוגמה: פלוני מתחבא מאחורי שיח ומכוון את נשקו לעבר קורבן שנמצא במרחק ממנו. הוא יורה, הקורבן באותו רגע זז והכדור מחטיא ב-2 ס"מ בלבד. הקורבן ניצל.

**הניסיון הלא מוגמר** – **הנאשם לא ביצע את כל התנאים שתלויים בו לביצוע העבירה, לא השלים את כל הרכיב ההתנהגותי**. דוגמה: פלוני מסתתר מאחורי שיח מצויד בנשק, מתמקם ומכוון לעבר הקורבן. שנייה לפני שפלוני יורה בקורבן, שוטר תופס אותו ועוצר אותו כך שאפילו לא הייתה ירייה.

מרים גור אריה במאמרה טוענת כי נסיבות שונות מביאות לכך שהמעבר בין הכנה לניסיון משתנה: במאמרה היא נותנת דוגמה לבקבוק רעל. אם המנסה מחביא את זה במזווה כדי להגיש מאוחר יותר לקורבן – זה הכנה. אבל אם מסתבר שהוא החביא את זה במקרר כי הוא יודע שהקורבן יוציא את זה לאחר מכן וישתה – זה ניסיון מושלם.

**מבחנים שעוזרים לקבוע את קו הגבול בין הכנה לניסיון:**

**\*במבחן נדרש לבחון את כל המבחנים, לרוב המבחנים בסופו של דבר מכוונים אותנו לאותו כיוון.**

**מבחן המעשה האחרון –** מבחן שמקורו במשפט האנגלי, **פעולה שאדם ביצע נכנסת לגדר ניסיון רק כאשר עשה את המעשה האחרון שנדרש מצידו לביצוע העבירה המושלמת.** **מבחן שלא אומץ בפסיקה הישראלית** וננטש מתוך הבנה שהוא לא מספיק רגיש ונכון. הבעיה: נכנס להגדרת הניסיון רק כאשר מדובר בניסיון מושלם ולכן אין באמת מתחם ניסיון.

**מבחן הקרבה להשלמה –** מבחן שפותח בפסיקה **ודורש שתהליך ביצוע העבירה יתקרב קרבה מספקת ומוחשית להשלמת העבירה.** כדי שאדם יכנס לניסיון, עליו להראות תהליך של ביצוע במסגרתו מתקרב מספיק לביצוע העבירה המושלמת. **כמה צעדים משמעותיים נותרו שחסרים לעבירה המושלמת? נקודת המוצא היא העבירה המושלמת, וממנה בודקים אחורנית את הפעולות שנותרו (גם מבחינת כמות וגם איכות) לשם השלמתה. מרים גור-אריה מציעה להיעזר במדדים של מקום וזמן – אלו מהווים אינדיקציה לעד כמה הנאשם קרוב לביצוע העבירה המוגמרת. ככל שיש כמות גדולה יותר של שלבים חסרים או שיש שלבים איכותיים במיוחד שחסרים – הרי שביהמ"ש יפסוק שמדובר בהכנה בלבד. ככל שיש פחות שלבים חסרים או שהם לא איכותיים באופיים, ביהמ"ש ייטה להכריע שמדובר בניסיון.**

**מבחן החד משמעות/"הסרט האילם"** – התנהגות נכללת בגדר ניסיון מקום בו החל המבצע בביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונתו. **כשניתן ללמוד מהמעשים על כוונת הנאשם לבצע את העבירה הקונקרטית, זה המקום שבו נסמן את הכניסה למתחם הניסיון**. דרך המעשים ניתן ללמוד על הכוונה ולכן המעשים הם אמצעי ראייתי להוכחת הכוונה. **ברור יהיה למי שצופה מהצד באופן חד משמעי שהעושה מולו מנסה לבצע עבירה.**

פלר מדמה את המבחן ל"סרט אילם": מסתכלים על התרחיש כמו על סרט אילם. אין הסבר על מטרות האדם, אי אפשר לקרוא את מחשבותיו, אך ברגע שבו נוכל (כשמסתכלים מהצד) להבין באופן חד משמעי שהנאשם מנסה לבצע עבירה – זה מסמן את הכניסה למתחם הניסיון. מבחן הסרט האילם קורא לבוחן לדמיין שהוא צופה באדם שעושה פנטומימה בלא הסברים.

גור-אריה עומדת על החסרונות של המבחן:אם אנו מסתכלים על מה האדם עושה כלפי חוץ, יכול להיות שנפליל על כוונה. המשפט הפלילי לא רוצה להפליל על כוונה אלא על מעשים. אנו נפליל על בסיס מה שאנחנו רואים ולא על בסיס מהות ההתנהגות. מדובר במבחן שנתון למניפולציה כי סף ההפללה תלוי במבט מבחוץ. לא תמיד הוא מסוגל להבחין בין התנהגות תמימה לבין התנהלות פלילית של ניסיון. אנשים מתוחכמים יכולים להסוות את מעשיהם וגם הפוך – אנשים תמימים שיש להם מזל רע יכולים ליפול בו.

**פס"ד ברואיר** – המשיב תכנן לשדוד בנק ולברוח מהארץ. ביום השוד הגיע לבנק ועזב בגלל הקהל הרב. כשחזר בשביל לבצע את השוד כבר נעצר על ידי המשטרה. המחוזי זיכה אותו מניסיון שוד, מכאן הערעור.

השופט לוי: הפסיקה מאפשרת שתי צורות להבחנה בין הכנה לניסיון:

1. מבחן הקרבה להשלמה: ככל שהמעשה קרוב יותר להשלמת ביצוע העבירה, כך הוא יותר נכנס למתחם הניסיון. יש שהציעו להשתמש במדדים של זמן ומקום לצורך כך אך ישנם מדדים אחרים.

2. מבחן החד משמעיות: התנהגות שמבטאת באופן חד משמעי את כוונת העושה לבצע את העבירה (סרט אילם).

אפשר לראות ששני מבחנים אלה מתקיימים בנאשם, בנוסף גם היסוד הנפשי של כוונה להשלים את ביצוע העבירה מתקיים. לכן יש להחזיר את הדיון לביהמ"ש קמא כדי לגזור מחדש את עונשו של הנאשם.

**מבחן תחילת הביצוע (הצעד האפקטיבי) –** המעבר בין ההכנה לניסיון מתרחש **בביצוע מעשים המהווים חוליה בשרשרת חוליות אל עבר העבירה המושלמת, שכן אם לא היו נפסקים מסיבה מסוימת, העבירה הייתה נשלמת**. מסתכלים על מה שכבר נעשה (גם אם מינימליסטי), ובחונים האם לא היינו מפריעים לו, זה היה מסתיים בהרשעה.

**פס"ד סריס** – המערער ניסה לאנוס את המתלוננת אך ברח כשהגיעה מונית. מואשם בניסיון לאונס. בערעור טען שמדובר רק בתקיפה או מעשה מגונה כי התנהגותו אינה מגיעה לכדי מעשה גלוי לעין, למימוש אותה עבירה.

ברק: היסוד הנפשי הוא המטרה לבעול אישה ללא הסכמתה, מתוך מודעות של העושה לכך שהאמצעים שהוא נוקט יביאו לבעילתה של אישה ללא הסכמתה החופשית (יס"נ של העבירה המושלמת + מטרה להשלמת העבירה). היסוד העובדתי של הניסיון הוא אותה התנהגות אשר מגדר הכנה יצאה ולגדר השלמת העבירה המוגמרת לא הגיעה. איך נדע אם חצה את ההכנה למתחם הניסיון?

**מבחן תחילת הביצוע: ההתנהגות היא "מעשה גלוי לעין" המהווה חוליה בשרשרת חוליות התנהגותיות שהיו מוליכות להשלמת היסוד ההתנהגותי אלמלא הופסקו. אין כל דרישה, כי חוליה התנהגותית זו תהיה המעשה האחרון, הסופי או המכריע. ההכנה בלבד אינה מספקת**. נדרשת "תנועה" לעבר הביצוע, היוצאת משלב ההכנה. מתקיים אצל המערער ולכן הערעור נדחה. **תנאי הוא, כמובן, כי סדרת פעולות זו לא השלימה את היסוד העובדתי, שהרי אם התרחשה ההשלמה, שוב אין לנו עניין בניסיון אלא בביצוע העבירה "המושלמת" עצמה.**

**טיב ההתנהגות – דוקטרינת "הניסיון הבלתי צליח"/ "הניסיון הצליח":**

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

1. **ניסיון צליח –** מצב בו השלמת העבירה תיאורטית יכולה הייתה להצליח אך נכשלה כי לא היו מפריעים לנאשם/הוא לא היה מחטיא/לא היה מתחרט:

* העושה ביצע את כל הפעולות הנדרשות מצידו להשלמת העבירה אך החטיא.
* לפני שהספיק להשלים את העבירה, התחרט ונסוג מהביצוע.
* ניסיון שסוכל ע"י גורם חיצוני לעבריין שמנע/ הפריע/ הפסיק את ביצועה.

1. **ניסיון בלתי צליח –** מצב בו הביצוע נועד לכישלון מראש מחמת חוסר אפשרות אובייקטיבית להשלים את העבירה (טעות במצב דברים). למשל: ניסיתי לצלוף באדם אבל בפועל צלפתי בדחליל.

* חוסר צליחות בהקשר של נסיבה שהיא רכיב מרכיבי העבירה. למשל – אדם יורה בגופה כשהוא חושב שממדובר באדם חי; אדם מחזיק קמח ובטוח שמדובר בקוקאין.
* חוסר יכולת עובדתית הנובע מהיעדר נסיבה להשלמת העבירה. למשל – אדם פורץ לכספת לאחר שכל הכסף כבר הוצא ממנה; א' מגיע לבית של ב' כדי לרצוח אותו אבל ב' לא בבית.
* חוסר היכולת העובדתית נובע משימות באמצעי בלתי הולם. למשל – ניסיון לרצוח ע"י רובה מקולקל; ניסיון לרצוח עם כמות רעל קטנה.

**ס' 26** (חוסר אפשרות לעשיית העבירה) **מגדיר לנו שניסיונות בלתי צליחים דינם כניסיונות צליחים, ניתן להרשיע בגינם.**

**מה עומד מאחורי החלטת המחוקק להשוות את העונש בין הניסיונות?**

**עקרון האשם –** שופטים את האדם לפי מצב הדברים שאותו הוא דימה, שלגביו הוא טעה. לכן, אם אדם טועה לחשוב שמצב הדברים יגרום למעשה אליו התכוון והוא טועה – נפליל אותו. האשם המוסרי של אותו אדם גבוה, נקודת מבט גמולנית. אם יש במעשה כוונה לעשות רע, גם אם לא עלה בידי הנאשם לממש את התוכנית, הרי שהמטען האנטי חברתי משמעותי.

**הניסיון האבסורדי**

**מקרים שבהם המנסה לא טועה טעות בעובדה אלא טועה בתפיסת המציאות.** לדוגמה: פלונית מנסה להרעיל את אלמוני באמצעות סוכר, כשהיא יודעת שמדובר בסוכר, מתוך אמונה כי בכך יהיה ניתן לגרום לו למות. היא מודעת לחלוטין להכל, להבדיל מאדם שחשב שמדובר ברעל, ועדיין היא מנסה להרוג אדם עם סוכר. חוסר הצליחות האובייקטיבית היא לא בגלל טעות העושה במצב הדברים אלא בשל טעות בתפיסת המציאות.

האם ניתן להפליל על ניסיון אבסורדי? עד כמה נשקפת סכנה מעושים שהם מנסים אבסורדיים?

יש האומרים שאין להשתמש במשפט הפלילי כלפיהם כי הם לא תופסים את המציאות נכון ולכן לא באמת מאיימים על החברה. אך לפי הגישה האחרת מדובר בהתנהגות שיש לה פוטנציאל להיות מסוכנת בגלל הסכנה הסובייקטיבית של המבצע, אשר נובעת מהנחישות שלו לבצע את העבירה.

**פלר וגור אריה** מחזיקים בהשקפה לפיה **לא נכון להטיל אחריות פלילית על הניסיון האבסורדי**. שכן במקרים האלה, אנו מרחמים על המנסה, **מדובר בעושה לא רציונאלי בעל תפיסת עולם מעוותת.** הם לא באמת מהווים סיכון אמיתי לציבור.

**מנגד, ס' 26 לא מבחין בין ניסיונות בלתי צליחים רגילים לניסיונות בלתי צליחים אבסורדים**. להיפך, לפני התיקון היה סעיף שדרש כתנאי לקיומה של עבירת ניסיון "שימוש באמצעים מתאימים להגשמתה". הדרישה הזו הושמטה בתיקון 39, ניתן ללמוד מכך על כוונת המחוקק להרחיב את התחולה של עבירת הניסיון באופן שיכיל גם ניסיונות אבסורדיים. אם הולכים עם תיקון 39, ועם הרצון להטיל אחריות פלילית, כל אימת שאדם מגבש כוונה ומתחיל בביצוע – יש להפלילו.

**כלומר, באופן טכני ניתן להפליל גם על הניסיון האבסורדי ע"י ס' 26, אבל עמדת רוב המלומדים היא שזה בעייתי מאוד כי הניסיון גם כך מרחיב את האחריות הפלילית ולכן הפללת הניסיון האבסורדי היא בבחינת "הרחבה על הרחבה".**

**אין הלכה בישראל שמכריעה בעניין, בדר"כ מדובר באנשים לא שפויים וזה לא מגיע להעמדה לדין.. או שאין הרבה מקרים כאלו. פרופ' הדר מאמינה שביהמ"ש לא ילכו בדרך כ"כ קיצונית, לא תוטל אחריות פלילית על המבצע האבסורדי.**

**ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית**

**מצב שבו אדם עושה מעשה וחושב שהוא אסור, אבל זה מעשה מותר.**

לדוגמה: פלוני מסתיר סחורה במכס מתוך כוונה להתחמק מתשלום מכס, אבל הוא לא יודע שבכלל אין מכס על אותה סחורה. כלומר, אין בכלל איסור פלילי כשהוא חושב שכן יש איסור פלילי כזה.

**במצב כזה לא נפליל אותו אעפ"י שיש לו נכונות להפר את החוק. מדוע? מתוך התפיסה שמפלילים רק כשיש חוק שמגן על ערך מוגן. אין עבירה על נכונות להפר חוק שלא קיים בפועל.**

**טעות במצב משפטי – ס' 34יט:**

אם אדם טועה טעות משפטית, כלומר, **מדמה שהמעשה שלו מותר אעפ"י שהמעשה אסור, זה לא יפטור אותו מאחריות פלילית**. אם החוק צריך להתאים את עצמו לכל אדם לפי מה שהוא דימה, זה יתמרץ אנשים לא לדעת את החוק ולמעשה נגיע למצב שלכל אדם תהיה "מערכת משפט" משלו. **בדיוק ההפך מניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית.**

**לסיכום, פרט לניסיון בלתי צליח מחמת שימוש באמצעים אבסורדים, ופרט לניסיון בלתי צליח עקב חוסר אפשרות חוקית להשלים את העבירה – אין מקום להבחין בין ניסיונות צליחים רגילים לניסיונות בלתי צליחים עובדתית**. שניהם גוררים אחריות פלילית, שניהם חושפים את הנאשם לעונש המקסימלי הקבוע בעבירה המושלמת. והטעם לכך טמון באנטי חברתיות המשותפת לעושים בשני המקרים. אנו מסתכלים על העושה כאדם שיש לו פוטנציאל עברייני הנשקפת ממנו סכנה.

**היסוד הנפשי בעבירות הניסיון:**

גם בניסיון, כמו בעבירה המושלמת, יש רכיב עובדתי ורכיב נפשי. לפי ס' 25, מעשה ייחשב כניסיון כאשר הוא נעשה מתוך שאיפה (רצון) לבצע את העבירה המושלמת.

**היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בניסיון לבצע עבירה הוא כפול:**

1. **נצטרך להוכיח שלאדם היה את היסוד הנפשי של העבירה המושלמת** – מודעות לכל רכיבי העבירה + היסוד הנפשי החפצי הדרוש לתוצאה (ככל שמדובר בעבירת תוצאה). בניסיון בלתי צליח – הכרה מוטעית לגבי מצב הדברים בהם מותנה ביצוע העבירה.
2. **נצטרך להוכיח יסוד נפשי כלפי הניסיון עצמו, יסוד נפשי מוגבר של כוונה להשלים את העבירה** – לא מדובר ברצון או כוונה לגבי משהו ביסוד העובדתי – אלא רצון או כוונה להשלים את העבירה.

**מדוע בעבירת ניסיון מוסיפים את דרישת הכוונה להשלמת העבירה (דרישה מוגברת)?**

לפי ההסבר המקובל – זה מהווה מעין **"פיצוי" על הרכיב החסר ביסוד העובדתי** (שהרי העבירה לא הושלמה). **האנטי חברתיות נעוץ בהיבט הנפשי ולכן טבעי שנעלה את דרישה זו**, כל שמי שבא במטרה להשלים את העבירה וביצע מעשים שלא הושלמו – יופלל. זו **מעין הקבלה בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי.**

**שחר אלדר** במאמרו מבקר את ההסבר המוקבל – האם באמת יסוד נפשי ויסוד עובדתי הם שני רכיבים שניתן לקזז אותם??? **יש בהקבלה הזו בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי משהו מעושה** (נותן מטאפורה – בהכנת עוגה: לא ניתן להמיר כוס סוכר בכוס קמח). **אלדר אומר כי מדובר ברכיבים השונים מהותית אחד מן השני. כל אחד מהם הוא חשוב ונועד להבטיח דבירים מסוימים**. **בנוסף, יש סוגים שונים של ניסיונות**: יש ניסיון שהוא כמעט מושלם, יש ניסיון שרחוק מלהיות מושלם, יש ניסיון שהוא קצת מעל מתחם ההכנה. **ולכן, ההסבר המקובל מבצע "הכללה" לא רלוונטית**. **הוא מדבר גם על השוני בין סוגי העבירות עצמן** – יש עבירות מטרה, עבירות התנהגות, עבירות תוצאה וכו' – **כשלכל סוג יש דרישות שונות מבחינת היסוד הנפשי ולכן "הפיצוי" הזה הוא לא אחיד ומעושה**. בעבירות מטרה למשל, גם כך צריך להוכיח מבחינת היסוד הנפשי מטרה להשלים את העבירה ולכן זה "בולע" את היסוד הנפשי של הניסיון שגם הוא דורש כוונה להשלים את העבירה, לכן כל הרעיון הזה של פיצוי לא באמת רלוונטי.

**מה שחר אלדד מציע באמרו? הביקורת שלו מובילה להצעתו לוותר על דוקטרינת הניסיון המעוגנת בחוק שמבצעת הבחנה בין הניסיון הצליח לניסיון הבלתי צליח ובמקום זה ליצור עבירות בעלות הגדרה ברורה למהו "ניסיון" באופן שלא יפגע בעקרון החוקיות** (כי במצב הנוכחי אנחנו לא יודעים מהו קו הגבול בין הכנה לבין ניסיון וזה פוגע בעקרון החוקיות) ולייצר מעין קודקס של עבירות מטרה לכל עבירה. **כלומר, הוא מציע במאמרו הצעה להוכיח קודקס שבה לכל עבירה יש התייחסות שונה למה דרוש מבחינת היסוד הנפשי כדי לשכלל אותה. "הפיצוי" מבחינתו לא רלוונטי, זו תפיסה מעוותת ולא נכונה. אומר שצריך להוכיח מטרה של הנאשם להשלמת העבירה בשל הנימוק השני** (כלומר מה דרוש מבחינת הניסיון ולא להסתפק רק ביסוד נפשי מוגבר).

**מה הבעיה בהצעתו? אם לכל עבירה נתחיל להגדיר מהו ניסיון לעבור את אותה עבירה, יהיה לנו קודקס פלילי מסורבל, לא פרקטי ובעייתי** כי יכולים להיות ניסיונות שונים לעבור כל עבירה ולכן זה עוד יותר יסרבל את המצב. המאמר שלו מעלה את השאלה עד כמה נכון ללכת על "משהו מושלם וסגור" לעומת המצב הנכחי שמתיר הפעלת שיקול דעת בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה.

**יישום משמעות דרישת הכוונה – פס"ד קובקוב נ' מדינת ישראל** **–** הרקע למעשיו הוא הפיגוע בדולפינריום. בעקבות הפיגוע, קובקוב רוצה לבצע פעולת תגמול נגד ערבים. הוא מכין עשרה בקבוקי תבערה, מתקרב למסגד, רואה שיש שם מלא שוטרים באזור ולכן עוזב את המקום. המשטרה חשדה בו, עצרה אותו וגילתה את שניסה לבצע פעולת תגמול. הוא טוען שהוא טרם גיבש כוונה קונקרטית לביצוע העבירה המושלמת ועוד לא הייתה לו תוכנית מגובשת איך להשתמש בבקבוקי התבערה. הוא מיישם את מה שגור אריה אומרת, לפעמים אדם עושה הכנות אך הוא עוד לא ממש גיבש כוונה, הוא חושב על כך אבל עוד לא מגבש תוכניות. בעצם ההכנה הוא משחרר את כעסיו ובשלב מסוים מחליט שלא לפעול. בית המשפט מקבל את טענתו, מזכה אותו מהרשעה בגין ניסיון לגרום לחבלה חמורה ומרשיע אותו בעברה של החזקת נשק. **אנו נרשיע רק כשיש יסוד הנפשי חפצי ברור וכוונה חד משמעית לפעול.**

**חידוד חשוב:** דרישת היסוד הנפשי המוגבר בעבירת ניסיון אינה חלק מהמבחנים להבחנה בין ניסיון לבין הכנה – אלה שני דברים שונים שנבחנים באופן נפרד.

תחילה, ככל שעולה התלבטות – נבחן האם הנאשם חצה את מתחם ההכנה (שאינו בר הפללה) אל מתחם הניסיון (שהוא כן בר הפללה) באמצעות מבחני הפסיקה שלמדנו בשיעור על דוקטרינת הניסיון.

לאחר מכן, בהנחה שהגענו למסקנה שהנאשם חצה אל מתחם הניסיון – יש להמשיך בניתוח ולבחון גם האם יש לו את היסוד הנפשי הדרוש של הניסיון [שהרי, לא די במעשים בלבד, משום שדרושה השתכללותו של היסוד הנפשי). כזכור, במסגרת היסוד הנפשי נבחן: (א) את התקיימות רכיבי היסוד הנפשי של העבירה המושלמת אותה ניסה הנאשם לבצע; (ב) היסוד הנפשי הדרוש לעבירת הניסיון עצמה שהוא הכוונה להשלים את העבירה המושלמת (יסוד נפשי מוגבר).

לפיכך, היסוד הנפשי לא "נבלע" במבחנים שמבחינים בין הכנה לבין ניסיון - כאמור, אלה שני דברים נפרדים לחלוטין.

**אשר לשאלה כיצד בודקים את היסוד הנפשי המוגבר הדרוש בעבירת ניסיון (כוונה להשלים את העבירה) – הדבר נלמד מהמעשה עצמו, מנסיבות חיצוניות למעשה (כלומר, מסכת הראיות הקיימות בתיק), מהתבטאויות המבצע בעת ההתנהגות עם תחילת הביצוע וכו'. כלומר, במסגרת בדיקת היסוד הנפשי המוגבר של המנסה, נבדוק את תחילת "הגשמת הכוונה" שבהשלמת העבירה.**

כשהנאשם חוצה את מתחם ההכנה אל מתחם הניסיון – נראה שהוא אכן מעוניין להשלים את העבירה ושיש לו את היסוד הנפשי הדרוש [שהרי - בשלב ההכנה הוא בדר"כ רוכש אמצעים/מגבש תוכנית/אוסף מידע וכו' ולאחר מכן, עם הכניסה אל מתחם הניסיון, הוא נמצא בשלבי הוצאת התוכנית אל הפועל]. אבל, כאמור, וכפי שאמרנו בשיעור - התביעה צריכה להוכיח את זה, וכאן לעיתים טמון הקושי.

**שלבי הפתרון בקייס – ניתוח הנורמה האוסרת לפי המבצע העיקרי > להראות שרכיב לא קרה והעבירה לא הושלמה > לבחון לפי המבחנים האם הוא היה בהכנה או ניסיון > ניסיון צליח / בלתי צליח > הוכחת יסוד נפשי.**

**האם ניתן להשתמש בדוקטרינת עצימת העיניים (= תחליף למודעות להתנהגות/נסיבות) או בהלכת הצפיות (= תחליף להוכחת יסוד נפשי חפשי של כוונה) בעבירת ניסיון? כן!**

ביקורת (פרופ' דן לייב) – אסור להשתמש בהלכת הצפיות בניסיון כי זה מרחיב את מעגל ההפללה.

**האם יכול להיות ניסיון לבצע עבירת רשלנות? לא!**

רשלנות = חוסר מודעות. איך ניתן לבצע ניסיון לגבי משהו שהנאשם אינו מודע אליו? רשלנות וניסיון לא הולכים יחד, הם 2 דברים נפרדים.

**עבירות ניסיון עצמאיות – מקרים מיוחדים שבהם המחוקק קובע שעצם הניסיון הוא עבירה בפני עצמה** (לפני תיקון 39). הכללים שחלים על הניסיון יחולו גם על עבירות הניסיון העצמאיות. לדוגמה – ס' 305 ניסיון לרצח. אין ניסיון לניסיון.

**ס' 28 – פטור עקב חרטה:**

ס' חדש שלא היה קיים לפני תיקון 39 שמשמעותו **פטור מלא למי שהתחרט טרם השלמת ביצוע העבירה**. מדובר בטענת הגנה של נאשם. חזקה על מעשה שנעשה ללא סייג לאחריות הפלילית, אך אם יש סייג- על הנאשם לעלות אותו. בית המשפט לא יפנה מיוזמתו לבחון את שאלת הפטור.

**לפני תיקון 39 –** החרטה של המנסה לא הוכרה כסייג שפוטר מאחריות לגמרי, אלא שיקול לקולא בגזר הדין. אם אדם חצה את קו ההכנה, נכנס לגדר הניסיון והתחרט, הוא היה נושא באחריות לניסיון. לפני התיקון העונש המקסימלי על חרטה היה חצי. התקיים מעין איזון: מצד אחד נחשף הנאשם לחצי מהעונש, ומצד שני בגלל שגם ככה לא החמירו איתו, לא ניתן היה לזכות בפטור מלא.

**תיקון 39 –** מצד אחד מחמירים את הענישה ומשווים אותה לעונש של השלמת העבירה, ומצד שני אם האדם התחרט, נפטור אותו לחלוטין. הרציונל הוא יצירת **תמריץ** להפסקת המעשה. בנוסף, הרציונל מאחורי סייג הפטור עקב חרטה הוא פטור ולא הצדק, למרות שהאדם פעול באופן עברייני אנו נפטור אותו אם הוא התחרט.

מוסרית, אם אדם חוזר בו בנקודה מספיק מוקדמת בזמן, ומרצונו מחליט לחדול מהמעשה הרע, הוא בבחינת "בעל תשובה". ולכן, משיקולי אשם נכון יותר לפטור אותו באופן מלא.

לסיכום, השיקולים העומדים ביסודו של מתן הפטור:

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

**התנאים של ס' 28, מצטברים:**

**"אם הוכיח" –** טענת הגנה של נאשם, שאם תעלה במשפט, תעלה מיוזמת הנאשם. נאשם יצטרך להוכיח אותה במאזן ההסתברויות.

**"מי שניסה לעבור עבירה" –** כל הדיון מותנה בכך שהתקיים ניסיון, התביעה צריכה להוכיח את כל יסודות הניסיון, ורק אז מתעורר הדיון בשאלת הפטור.

**"מחפץ נפשו בלבד" –** חזר בו מרצונו החופשי ולא עקב סיבה חיצונית / לחץ של גורם חיצוני אחר. הסיבה לחרטה צריכה להיות סיבה פנימית אישית, היא אינה יכולה לנבוע מסיבה חיצונית (למשל: אם השוטר עוצר אותך שנייה לפני שאתה יורה – זה לא נחשב).

**"ומתוך חרטה" –** המניע הוא חרטה. זה המצב המנטאלי הנדרש לגיבוש הפטור>> ברוב שיטות המשפט המניע לא חייב להיות מוסרי (חרטה מתוך תשובה), אלא מספיק שתהיה חדילה מרצון (לא הייתה השפעה חיצונית שבגללה חדל).

**"חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות" –** לא הוכרע בפסיקה למה הכוונה אך בספרות ישנם 2 עמדות:

* + - 1. תרומה אפקטיבית – על הנאשם למנוע פיזית את השלמת העבירה.
      2. הסתפקות בנקיטת צעדים שמבחינת מהותם מסוגלים למנוע את תוצאות העבירה (למשל: טלפון למשטרה).

**מהי אותה חרטה?**

**בפסד מצראווה** – הנאשם ניסה לאנוס אישה, היא נמלטה ממכוניתו רק משום שהייתה חזקה ממנו פיזית. לכן העבירה לא צלחה והנאשם חדל וברח מהמקום. ביהמ"ש קבע הדבר לא מעניק לו את הפטור כי נסיבות המקרה מלמדות שהוא לא חדל מרצון מוסרי. **נקבע שנדרשת חרטה אתית, מדובר "בבעל תשובה" ולא במי ששקל שיקולי כדאיות**. **הפטור יינתן עקב חרטה נפשית מוסרית, חרטה משיקולי מדיניות לא מצדיקה פטור. פרופ' הדר חושבת שלפי הלכת מצראווה הולכים היום, פס"ד פלוני הוא אוביטר בלבד ולכן לא משנה את ההלכה.**

**פס"ד פלוני נ' מדינת ישראל** – השופט ג'ובראן דן **באוביטר** בשאלת הפטור עקב חרטה – **האם החרטה הדרושה היא חרטה אתית וכנה או גם חרטה תועלתנית?** ג'ובראן מחליט ללכת עם הלכת נחושתן ולא מצארווה. למה? כי לטענתו בסופו של דבר יש עניין **לתת לאנשים תמריץ לחזור בהם**. כך שגם אם אדם נמצא בתוך שלב ביצוע העבירה, יהיה לו תמריץ גדול לחזור בו ולהתחרט. **וגם אם הוא מתחרט משיקולים שהם לא מוסריים – זה עדיין רצוי**. אם הפטור של ס' 28 יינתן רק ל"חוזרים בתשובה", הסעיף יתרוקן מתוכן – האנשים הללו כבר פנו לעשיית עבירה, צדיקים הם לא. הוא אומר כי יש לו עניין לייצר מנגנון יציאה מהעולם הפלילי שהוא יותר **ריאלי**. ביהמ"ש משתמש גם במשפט משווה ומנמק שרוב שיטות המשפט בעולם מסתפקות בחרטה תועלתנית.

**צדדים לעבירה**

**מהותה של השותפות והרציונליים התיאורטיים להטלת אחריות על שותפים לעבירה**

**עד כה, דיברנו על מקרים שבהם אדם פועל לבד. כעת נדבר על מצבים בהם כמה אנשים תורמים ביחד לביצוע עבירה תוך חלוקת תפקידם ביניהם, פרק השותפים קובע כללים מיוחדים המאפשרים לסטות מדרך המלך הרגילה (יסוד עובדתי ונפשי מלא).**

**איך נחלק את האחריות הפלילית בהתאם לחלקם באירוע? יש לנו 3 "כוכבים":**

1. **המסייע –** מי שסיפק אמצעים שהקלו על הביצוע, לא נמצא בלב העשייה. לא חלק מהתכנון. המשקל שלו על העזרה נמוך יותר. הוא עושה מעשים שנועדו להקל אבל הם לא בליבה.
2. **המשדל –** מי שנוטע את הרעיון העברייני במוחו של המבצע הישיר, בזכות ההצעה והמידע שלו- הפשע מתקיים. לאחר מכן, הוא מנתק מגע.
3. **המבצע בצוותא –** אנשים שמתכננים יחד ומחלקים בניהם תפקידים. המשפט מסתכל על המבצעים בצוותא כגוף אחד ולכן ייתכן וניתן יהיה להאשים אותו כמבצע.

**+ המבצע באמצעות אחר –** המשתמש באדם אחר שאינו בעל אחריות פלילית כזרוע ארוכה לביצוע עבירה. מי שמשתמש ועושה ככלי בידיו אדם אחר שבדר"כ לא נושא אחריות פלילית ייחשב כמבצע באמצעות אחר ויישא באחריות פלילית. למשל שליחת קטין לגנוב.

**משמע, גם כאשר אדם לא מבצע את כל יסודות העבירה העובדתיים בעצמו – עדיין ניתן לייחס לו אחריות פלילית.**

**מהם הרציונליים להרחבת האחריות הפלילית על שותפים לעבירה?**

1. **רציונל תועלתני – נשען על "רעיון הסיכון המוגבר"** הטמון בביצוע משותף, בהשוואה לסיכון הטמון בביצוע בידי יחיד. ההנחה היא שבביצוע עבירה רבת משתתפים יש סיכון מוגבר. התפיסה אומרת שכאשר אדם מחליט לקשור גורלו עם אדם אחר, הוא **בוחר לוותר על השליטה.** הסיכויים לשיבושים וחריגה מהתוכנית המקורית יותר גבוהים ככל שיש יותר אנשים. למה הסיכון מוגבר יותר?
   1. ביצוע משותף שולל מכל שותף את השליטה הבלעדית על דרך הביצוע ועל השתלשלות העניינים ובכך מעצים את הסיכון לחברה – מס' המעורבים הרב מגביר סיכוי ל"היתקלויות" עם גורמים בלתי רצויים ומעלה את החשש לחשיפה והיתפסות. כמו כן, הסיכוי שתבוצע עבירה שונה/נוספת שחורגת מהתוכנית המקורית גדל.
   2. מידת האנרגיה העבריינית עשויה להיות גבוהה יותר לעומת ביצוע בידי יחיד – הביצוע המשותף יוצר רמת מחויבות גבוהה מצג כל שותף לתוכנית העבריינית ולחלקו בה (הרבה יותר קשה לסגת ולהתחרט; לחץ חברתי), לעומת ביצוע ביחידות, המאפשר חרטה בכל עת.
2. **רציונל גמולי (שיקולי אשם)** -
   1. **רציונל סיבתי – תרומתו הסיבתית של השותף לביצוע העבירה.** למשל, אם ניקח את דמות המשדל – הוא זה שנוטע את הרעיון העברייני במוחו של המבצע, לולא המשדל העבירה לא הייתה מתבצעת. לכן, תרומתו הסיבתית היא גבוהה.
   2. **רציונל של יצירת סיכון –** **השותף תרם בהתנהגותו להגברת ההסתברות שתבוצע עבירה** (אף אם בפועל לא תרם לה סיבתית). יש שותפים מסוימים שמבצעים פעולות מסוימות שבפועל תורמות לסיכון שתבוצע העבירה.

הרציונל החזק יותר הוא הרציונל הסיבתי כי רציונל יצירת הסיכון נגזר ממנו. שניהם מתכתבים עם התרומה הפיזית.

* 1. **רציונל הסכמה והזדהות עם הפגיעה בערך המוגן –** **השותף הפגין בהתנהגותו נכונות לפגוע בערך המוגן.** רציונל זה שם דגש על המצב הנפשי והפנימי (ולא על התרומה הפיזית). חשוב להדגיש שלא מדובר רק בדברים שבלב, נדרש שתהיה התנהגות חיצונית שמלמדת על זה.

לפעמים הרציונליים יכולים לבוא יחד, כל אחד מהרציונליים שם דגש על היבט אחר שמצדיק הפללה.

**אופייה הנגזר של אחריות השותפים – האם אחריות נגזרת מאחורי המבצע העיקרי או מהמעשה האסור שהוא ביצוע?**

קדיש מציע 2 גישות:

1. **האחריות של השותף אמורה להיגזר מאחריות המבצע העיקרי –** בלי שותף עיקרי שנושא אחריות פלילית, מגדל הקלפים נופל, אין ממה לגזור את השותפות.
2. **האחריות של השותף לא נגזרת מאחריות המבצע העיקרי אלא מעצם הפסול שבמעשה העבירה (שעשה המבצע העיקרי) –** מסתכלים על אשם סובייקטיבי. אם המבצע העיקרי ביצע את יסודות העבירה, גם אם בסופו של דבר הוא לא יישא באחריות פלילית (נגיד עומד לו סייג מסוג הצדק או פטור) ניתן להטיל אחריות על שותפו לעבירה. למשל אדם שכיוונו לו אקדח לראש, חייב לשדוד או שיורים בו, אני הגשתי לו כלי פריצה. המאוים יקבל פטור אבל אני לא. אין עבריין עיקרי, אבל יש מסייע.

**הנפקות בין הגישות עשויה להתעורר במקרים בהם המבצע העיקרי ביצע את יסודות העבירה אך לא נושא באחריות פלילית מחמת סייג העומד לו. במקרה זה, לפי גישה אחת, הוא לא יישא באחריות ולפי הגישה השנייה, הוא יישא באחריות פלילית.**

**רוב החוקרים מסכימים עם הגישה הראשונה – וזו הגישה הרווחת בישראל**, פרופ' הדר מסכימה עם הגישה השנייה:

1. **גישת פלר – עקרון אחדות העבירה** – **השותפים חייבים להיחשב כאדם אחד, ניתן יהיה לייחס להם אחריות לעבירה אחת ומסוימת.** השידול והסיוע נופלים בגדר התנהלות עבריינית, לכן הם עלולים לגרור אחריות פלילית רק במידה שהם צמודים לביצוע העיקרי של אותה עבירה. בלי התחלה של ביצוע, אין להם משמעות פלילית. המשמעות היא שאנחנו תמיד נסתכל על המבצע העיקרי וממנו נגזור את אחריות השותפים. המסייע לדוגמה יורשע בסיוע לעבירה שבה המבצע העיקרי הורשע, גם אם היסוד הנפשי שלווה למעשה שלו הוא קל יותר כי לאחריות המסייע אין קיום עצמאי. **הדין בישראל.**
2. **הגישה המטילה אחריות מכוח הפסול שבמעשה ומנתקת בין העושים –** לפיה, הבסיס **לאחריות נעוץ בהתבוננות על אחריות הצדדים השונים כמנותקת וסובייקטיבית**. האחריות לא נגזרת מהאחריות של המבצע אלא מהפסול במעשה – שותפים שונים לאותה עבירה עשויים להיות מואשמים בביצוע עבירות שונות (לדוגמה רצח והמתה בקלות דעת). איך זה הגיוני? הרי ביצענו את אותה עבירה –הניואנסים בסופו של דבר נובעים מן היסוד הנפשי, שהרי היסוד העובדתי הוא משותף. האחריות נגזרת מהפסול במעשה וכך מאפשרת לדייק ביסוד הנפשי של כל אדם. גישה זו מתכתבת עם עקרון האשם.

בשיטות משפט שהן לא אנגלו-אמריקניות, השותף נתפס כשותף למרות העדר המבצע האשם (השיטה השנייה). למשל השיטה הגרמנית הולכת על הגישה השנייה, זה קשור גם למבנה החוק הגרמני, אצל הגרמנים המבנה של יסודות העבירה הוא משולש: יסוד נפשי+ יסוד עובדתי (צריך להראות שקיים בשניהם פסול במעשה) ובנוסף, בוחנים האם אין פטור או הצדק.

הבחנה בין הסייגים לאחריות פלילית:

1. **סייגים פוטרים** – שנותנים פטור. באים ואומרים: "זה לא שהמעשה שלך מוצדק- הוא לא מוצדק, אבל בנסיבות שהיית, לא היינו יכולים לדרוש ממך לפעול אחרת ולכן אתה פטור" (למשל טעות במצב דברים).
2. **סייגים מצדיקים** – פוטרים את הנאשם מאחריות פלילית משום שמעשיו תחת הנסיבות המסוימות שבהם ביצע את העבירה, ברמה החברתית, בסופו של דבר הם מוצדקים (למשל הגנה עצמית).

**כוכב ראשון: המסייע**

**בס' 31 לחוק** מוגדר לנו מי הוא המסייע. **המסייע הוא השותף הכי רחוק מהגרעין. הסיוע מהווה תרומה עקיפה ומשנית לביצוע העיקרי:**

1. תרומה **עקיפה** – המסייע **אינו נוטל חלק** בביצוע העיקרי (לעומת המבצע הישיר שמשתתף באופן ממשי בביצוע).
2. תרומה **משנית** – המסייע מהווה **שותף זוטר** למבצע העיקרי (לא חלק מהמתכננים; הוא לא עושה מעשים שבלעדיהם אי אפשר היה להסתדר). מספיק שלמעשה הסיוע יש סגולה לבצע, גם אם באופן ממשי המבצע הישיר לא השתמש באותו סיוע.

**הגישה הרווחת בישראל –** תנאי מקדמי להטלת אחריות בגין סיוע לעבירה X הוא **תחילת הביצוע** של עבירת X ע"י העבריין העיקרי (הגישה של פלר- עיקרון אחדות העבירה). **הדין בישראלי קובע כי ניסיון לסיוע אינו עניש!** מה זה תחילת ביצוע? שאדם נכנס למתחם הניסיון.

**היסוד העובדתי בעבירת הסיוע**

**טיב המעשה – מהו היחס שבין ההתנהגות המסייעת לבין ביצוע העבירה העיקרית?**

הפסיקה בישראל **(פס"ד פלונית**) אימצה גישה לפיה **לא צריך להראות קש"ס ואפילו לא תרומה בפועל** של המעשים שהמסייע עושה לביצוע העבירה. **די בהתנהגות בעלת פוטנציאל לסייע,** אף אם בפועל לא תרמה תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה. **בנוסף, כדי שהתנהגות תיחשב לסיוע במישור העובדתי, צריך שלהתנהגות יהיה "ייעוד מוחשי". משמע, יש להראות שהסיוע מופנה כלפי עבירה ספציפית וקונקרטית, לאדם יש יעד ספציפי לביצוע עבירה** (**פס"ד יוסופוב**).

* גם אם אני מבצעת מעשה של סיוע ובסוף הסיוע לא מסייע לעבירה העיקרית- אנו לא נקרא לזה "ניסיון לסיוע", עדיין נרשיע בסיוע של ממש.

בהצעה של תיקון 39 – הנוסח המקורי שניסחו פלר וקרמינצר היה: "מי שעשה מעשה **שהיה בו** כדי לאפשר את הביצוע".

מה קרה? בזמן תהליכי הניסוח של תיקון 39 **בטעות הושמטו שתי המילים** הללו והנוסח שהתקבל הוא: "עשה מעשה **כדי** לאפשר את הביצוע". מה הבעיה? כעת המילה "כדי" הופכת להיות כמו יסוד נפשי – זה יוצר בלגן. אנשים חושבים שצריך יסוד נפשי של כוונה למרות שמנסחי התיקון ניסו רק לאפיין את טיב המעשה. במילים אחרות, **היום המעשה עצמו הוא נטול כל אפיון, כל מעשה עלול להיכנס בגדר הניסוח. אבל המטרה המקורית הייתה מעשה המאפשר את הביצוע.**

בתי המשפט התחקו אחרי הכוונה המקורית של מנסחי התיקון **ופרשו את התיקון כמעשה שלפחות יש לו פוטנציאל לסייע. הפסיקה עשתה את העבודה ואימצה את הפרשנות של מנסחי הצעת החוק**. נדרש מעשה בעל יכולת לסייע, גם אם בפועל לא התממשה היכולת הזו.

**בפס"ד פלונית** – המערערת הורשעה במחוזי בסיוע לרצח של מדריך חברתי (תומר הירש) בפנימייה שבה שהתה. הרצח בוצע בידי חניך בפנימייה שהיה חבר של המערערת ושיתף אותה בתכנון המעשה ובפרטיו. היא הסבירה לו כיצד לבצע את העבירה, קנתה איתו את הסכין וכו'. ביהמ"ש קבע כי מספיק שמראים **שהמסייע ביצע מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע**. שכל ההתנהגויות האלה הן אלה שתואמות ליצירת תנאים לביצוע הרצח – **מדובר בסיוע פיזי מובהק**.

**בפס"ד אנגליקה יוסופוב** **– מקרה בו אפילו רק נוכחות יכולה להוות התנהגות מסייעת:** זייד מנסה לבצע ניסיונות פיגוע כשהוא מלווה באנג'ליקה, אחד האישומים מכוון כנגד הנחת מטען בחוף הדולפינריום. אנג'ליקה טענה שמעבר ללהיות לידו היא לא עזרה בכלום ולכן טענה שיש להרשיעה באי מניעת פשע בלבד. **ביהמ"ש קובע שעצם הנוכחות של אנג'ליקה ליד זייד יצרה תנאים שסייעו לו להניח את מטען החבלה ליד חוף הדולפינריום, נוכחותה הקלה עליו, היא זאת שגרמה לכך שלא חשדו** בו. היא זו שזיכתה אותו בחופש תנועה יחסי בין קהל השוהים בים- הם מצטיירים כעוד זוג רומנטי, אף אחד לא מסתכל, זה נראה רגיל**. כדי שהתנהגות תיחשב לסיוע במישור העובדתי, צריך שלהתנהגות יהיה "ייעוד מוחשי". משמע, יש להראות שהסיוע מופנה כלפי עבירה ספציפית וקונקרטית, לאדם יש יעד ספציפי לביצוע עבירה.** עזרה בעלמא לא מגבשת עבירת סיוע – אם אני נותן למישהו סתם סכין בלי כוונה קונקרטית ואח"כ מתברר שהוא דקר מישהו – אני לא הואשם בסיוע.

**זה לא אומר שכל נוכחות אוטומטית היא סיוע, אדם יכול להיות נוכח אקראי ועדיין הוא לא מסייע לעבירה. הפסיקה קבעה כאן איזו שהיא חזקה – נוכחות לא מקרית של אדם בזירת העבירה, יוצרת חזקה שהאדם לפחות מסייע אם לא מבצע בצוותא. החזקה הזו ניתנת לסתירה. אם אדם מוכיח שלמרות הנוכחות שלו, היא הייתה מקרית- הוא לא מסייע, הוא לא יישא באחריות.**

התרומה של המסייע יכולה להיות או פיזית או רוחנית:

1. **רוחנית –** מדובר בעידוד ותמיכה לאחר שהעושה כבר החליט לבצע את העבירה (לא שכנוע שזה כבר משדל).
2. **פיזית –** לתת עצות התורמות ליצירת תנאים לביצוע העבירה, לתת כלים, כסף, אינפורמציה.

**עיתוי הסיוע: בס' 31** כשמדברים על סיוע לעבירה העיקרית אנו **חייבים להראות שהסיוע נעשה לפני העבירה או בשעת העבירה**, כי כל סיוע בזמן אחר לא מסייע למעשה עצמו.

**החריג –** "פעולה שעיתויה לאחר ביצוע העבירה, אך הובטחה לפני שהעבירה הושלמה-תיכלל בגדר סיוע". **מקרה בו אדם מבטיח לפני העבירה שיסייע למבצע אחרי העבירה כן יכנס בגדר ס' 31,** גם אם לא אעמוד בהבטחה שלי בדיעבד. כי עצם ההבטחה נוטע במבצע ביטחון בעת העבירה, מחזק את רוחו ומטייב את תנאי ביצוע העבירה (מדובר בסיוע רוחני).

סיוע **לאחר** מעשה >> מוסדר בעבירה ספציפית בס' 260-261 לחוק, למשל אדם שעוזר לחברו להימלט. ולכן לא נכלל בס' 31.

**שאלת מודעותו של המבצע העיקרי לסיוע הניתן לו: כעקרון אחריות בגין סיוע עשויה לקום גם כשהמבצע אינו מודע לסיוע הניתן לו. במקרים כאלה, יש פה סיוע, אם בסופו של דבר המעשים שעשיתי מקלים על ביצוע העבירה, על אף שלא ידע -הסיוע מתקיים.** אך כמובן שמדובר בסיוע פיזי ולא בסיוע רוחני (שאז העושה חייב היה להיות מודע, כי אם המבצע לא יודע על הסיוע הרוחני- לא חיזקתי אותו, לא עודדתי אותו, לא סייעתי לו רוחנית).

**הרציונאל:** מודעותו של המבצע לעצם הסיוע אינה משליכה על שאלת האשם של המסייע או של המבצע עצמו, ולפיכך אין להתחשב בה.

**האם ניתן לסייע במחדל?** בגדול התשובה היא **חיובית – ניתן לסייע במחדל ע"י אי עשיית פעולה**. אי עשייה = פעולה שאדם היה צריך לבצע ולא ביצע אותו. לפי ס'18 – מעשה לרבות מחדל. כלומר, ברמה הפורמלית החוק לא חוסם לי (צריך גם לבחון כמובן את היסוד הנפשי שהיה לו רצון וזה לא בשגגה). דוגמאות:

* שתיקתו של אורן מעודדת את רוחו של אורי לבצע את העבירה שכבר החליט לבצעה. כדי להגיד שזה נכון אני אצטרך להראות שאורי הוא דמות מרכזית בחייו של אורן ובמקרה כזה זה ייחשב סיוע רוחני במחדל (כמו רב לדוגמה בחייו של אדם דתי).
* יוסי, אחראי חדר כספות בבנק, מפר את חובתו (מכוח חוזה העסקתו) לנעול את חדר הכספות במטרה לסייע לאחרים לפרוץ אל הבנק ולגנוב כספים.
* **פרשת ויצמן** – **סיוע על דרך של מחדל לשתי עבירות של מחדל** – מורי השוטר אומר לרכב לעצור, כאשר ברכב יושבים ארבעה חבר'ה. הם הבינו שמורי אומר להם לעצור, הם ניסו לברוח, הם פוגעים בו וחובטים בו חבטה נוראית. הם מבינים מה קרה. אורנה צורחת ושלומי וקרן שישבו במושב האחורי ראו וידעו מה קרה. שלומי אומר לוויקטור "סע" ואורנה וקרן לא אומרות דבר. **השאלה היא בדבר אחריותן של הבנות – האם ניתן לייחס להן סיוע על דרך של מחדל ל-2 עבירות מחדל: הפקרה ואי דיווח**. **טענת אורנה וקרן היא שאין עליהן שום מקור חובה לפעול – הן לא יצרו את המצב המסוכן.**

ביהמ"ש: ס'31 שעניינו מסייע כולל את הביטוי "עשה מעשה". לפני ס' 18ב כל מעשה הוא גם מחדל אלא אם נאמר אחרת. לכן, ניתן לקרוא את ס'31 כהוראה שחלה גם על מי שחדל מחדל כדי לאפשר את הביצוע או לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה. כלומר, **אדם יהיה מסייע לביצוע של עבירה אם נמנע מלעשות עשייה מסוימת**. בדר"כ יש צורך להראות שהנאשם הפר את חובתו לפי דין או חוזה. עם זאת, בפס"ד ביהמ"ש קובע ש**לא צריך מקור חובה חיצוני לעבירה כדי להטיל אחריות על חובת סיוע במחדל (ואפילו בעבירה מחדלית). העבירה העיקרית משמשת כמקור לחובה של המסייע לפעול (נגזר מגישתו של פלר). מכאן שאי מניעת עבירה (כשניתן למנעה) עשויה להיחשב לסיוע במחדל לאותה עבירה (סיוע על דרך של מחדל).** **ככל שהעבירה העיקרית חמורה יותר ופוגעת יותר בעומקם של סדרי החברה, כך ביהמ"ש ייטה להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך של מחדל.** חשין אומר כי במקרה הזה, בגלל שמדובר בעבירה כ"כ חומרה, סיטואציה שפוגעת בערכים חברתיים כ"כ ברורים, משיקולי מדיניות אנו לא נחפש מקור חובה עצמאית. אלא נסתפק בחובה המוטלת על המבצע העיקרי ומכך נגזור את חובתו של המסייע.

**הביקורת:** בעוד שכדי להרשיע מבצע על דרך של מחדל אנו חייבים מקור חובה לפעול. כדי להרשיע מסייע- שהוא יותר רחוק, דווקא לגביו לא צריך מקור חובה. ככל שאנו מתרחקים צריך יותר להקל, מדובר בפגיעה בעקרון החוקיות.

**מה ההבדל בין דוקטרינת המסייע לבין דוקטרינת אי מניעת פשע?**

1. היסוד העובדתי שונה, סיוע זה כל מעשה שמקל על המבצע לביצוע הפשע, אי-מניעה זה לא לעדכן על משהו שידוע כי הולך לקרות. בסיוע לא מספיקה רק מודעות, אלא נדרשת התנהגות מסוימת שמלווה בכוונה לסיוע. השתיקה במקרה של ויצמן הייתה כוונה לסייע למבצע גם אם לא היה רצון שהתוצאה תקרה.
2. אי-מניעת פשע זו עבירה עצמאית, כדי להרשיע לא תלויים בהרשעה של המבצע העיקר, בעוד בסיוע נדרש להוכיח קודם את אחריותו של המבצע העיקרי ורק משם נגזרת האחריות של המסייע (התיאוריה של פרופ׳ פלר).
3. לאי-מניעת פשע יש עונש קבוע, בעבירת הסיוע העונש המקסימלי יהיה מחצית מהעונש הקבוע בחוק לעבירה העיקרית. סיוע לעבירות שונות שהעונשים שלהם שונים – יוליד עונשים קבועים למסייעים.

**היסוד הנפשי בעבירת הסיוע**

בפסיקה שלאחר התיקון הובאו 3 גישות ביחס ליסוד נפשי הנדרש כלפי שני המישורים (העבירה העיקרית ועבירת הסיוע):

1. **גישת המודעות –** **(דעת הרוב בפס"ד פוליאקוב)**
   1. **מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרי (על יסודותיה העובדתיים והנפשיים) בידי העבריין העיקרי.**

**+**

* 1. **מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית (מודעות לסיוע). מודעות במישור היחס הנפשי לעצם ההתנהגות המסייעת.**

הגישה הראשונה אומרת כי מספיק שהוא מודע לכך שעבריין הולך לבצע את העבירה והוא מודע לכך שהוא מסייע לו. ובכך מתכתבת עם כוונתו המקורית של המחוקק. גישה זו הוצעה בהצעת החוק אך לא נתמכה בלשונו >>> מרחיבה את היקף דוקטרינת הסיוע (פוגעת בעקרון החוקיות; הכי מחמירה עם הנאשם).

1. **גישת הכוונה (דעת מיעוט בפס"ד פוליאקוב**)
   1. **מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע + כוונה שתבוצע** (לרבות הלכת הצפיות).

+

* 1. **מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע** (לרבות הלכת הצפיות).

1. **גישת ה"ביניים"** **(ברק בפס"ד פלונית) – הגישה שהתקבלה כהלכה מחייבת**
   1. **מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע –** מספיק מודעות בלבד, לא צריך להראות שהוא ממש רוצה שהעבירה תקרה.

**+**

* 1. **מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות כי תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע** (לרבות הלכת הצפיות) – מודעות לכך שהוא מסייע לביצוע העבירה הקונקרטית ורצון לסייע (גם אם המסייע צפה שקרוב לוודאי מעשיו יסייעו רואים זאת כרצון לסייע). אני יכולה לסייע למישהו למרות שאין לי רצון שהעבירה העיקרית תקרה.

שיקולי המדיניות שמציג ברק בפס"ד פלונית שהובילו לגישת הביניים: לשון החוק משתמשת בלשון "כדי", לא ניתן להתעלם מזה, ולכן הגישה הראשונה של מצא בפוליאקוב היא מוטעית (מתעלמת מלשון החוק). ברק אומר כי לא נדרשת מצד המסייע כוונה להגשים את זממו של המבצע העיקרי, הוא לא צריך להזדהות עם הפגיעה בערך המוגן. זה בדיוק ההבדל בין המבצע למסייע- אם נגיד שהוא התכוון- אנו מקרבים אותו למבצע העיקרי.

כמו כן, ברק מדבר על העונש: עצם העובדה שתיקון 39 בחר למקם את העונש של המסייע במחצית העונש העיקרי, מחזקת את הגישה שאין לדרוש הזדהות עם הגשמת העבירה, גישה כזו מקרבת יתר על המידה את המבצע למסייע. אז למה הוא לא הולך על מודעות?? כי אם נדרוש רק זיקה של מודעות זה יכול לקרב בין העבירה הנגזרת של סיוע לעבירה של אי מניעת פשע.

**כוכב שני: המשדל**

**ס' 30 – מי זה בעצם ה"אחר"? המבצע הישיר. כלומר, מי שמביא מבצע לידי עשיית עבירה בידי דרך כלשהי שכתובה, הוא משדל.** **המביא אחר = קשר סיבתי**. בלעדיו המבצע הישיר לא היה מבצע את העבירה.

בניגוד למסייע, המשדל הוא שותף עקיף וראשי. התרומה שלו מכרעת:

1. תרומה **עקיפה** – המשדל **אינו נוטל חלק** בביצוע העיקרי של העבירה. הוא מתנתק לאחר השידול.
2. תרומה **ראשית** – תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא מכרעת והוא **מהווה ה"מוח", "אביהו הרוחני של העבירה".**

**ייחודו של השידול הוא בהשפעת המשדל על תודעתו של המבצע הישיר, המשדל הוא שגרם למבצע להחליט לבצע את העבירה – כך המשדל "מוליד" לא רק עבירה אלא גם עבריין.**

**החומרה שבשידול:** תפיסת המחוקק בשידול היא התפיסה של "חומרה יתרה". הוא נתפס חמור במיוחד לכן גם העונש של המשדל זהה לעונש של המבצע העיקרי, זאת בשל הפגיעה בערכים המוגנים והחלק הסיבתי שלו בעבירה.

**בעוד שניסיון לסיוע הוא לא עניש, ניסיון לשידול (ס' 33) הוא כן עניש. ניסיון לשידול היא צורה חריגה, המחוקק יוצר אותה והופך אותה לענישה בגלל החומרה המיוחדת של המשדל.** מה זה ניסיון לשידול? אדם מנסה לשכנע אדם אחר אבל המסר לא הגיע למוחו של המבצע / המבצע לא משתכנע לבצע את העבירה.

**היסוד העובדתי בשידול:**

**רכיב התנהגותי: התנהגות בעלת אופי משדל –** הרכיב ההתנהגותי הוא מאוד רחב, אין שום הגבלה על הדרך הספציפית של הבאת המשדל לידי ביצוע העבירה. לא משנה איך, העיקר שמתקיים קש"ס.

האם יכול להיות שידול במחדל?הדעה הרווחת בקרב מלומדים בארץ ובשיטות משפט זרות: **נדרש מעשה אקטיבי כתנאי הכרחי להתגבשות השידול, יש הגורסים כי שידול במחדל כלל אינו אפשרי.**

**אבל באופן תיאורטי ניתן לדמיין מקרים בהם אדם אחד גורם לאחר לבצע עבירה רק באמצעות שתיקה.** לדוגמה שמתקיימת מערכת יחסים היררכית בין בעל הסמכות לבין אדם שתחתיו. כך, האדם שתחתיו יכול לבצע את העבירה רק בגלל אותה השתיקה של הממונה עליו. אנחנו נצטרך להוכיח קש"ס שזה אכן מה ששידל את המבצע (וכמובן גם יסוד נפשי).

בועז סנגרו אומר שאמפירית זה כנראה יהיה מקרים מועטים יותר. באופן תיאורטי אין סיבה לחשוב שלא ניתן שיהיה שידול במחדל.

**רכיב נסיבתי: קיומו של משודל אחראי בפלילים – הרכיב החשוב הוא הרכיב של קשר סיבתי.** השידול גרם לביצוע העבירה או לכל הפחות הטה את כפות המאזניים שהובילה לביצוע העבירה.

**"המביא אחר" –** צריך שיהיה "אחר" (ספציפי); **"לביצוע עבירה" –** האחר נכנס לפחות למתחם הניסיון.

**ההבדל בין 'המשדל' ל-ביצוע באמצעות אחר':** הבדל בין שידול לבין ביצוע באמצעות אחר הוא שבמקרה של שידול האחר הוא אדם בגיר, אוטונומי ושפוי שיכול לקבל החלטות. **במקרה של מבצע באמצעות אחר, המבצע לא נושא באחריות פלילית, בעוד שהמשודל כן נושא באחריות פלילית**.

**רכיב תוצאתי: ביצוע עבירה ע"י המשודל** – האם המשודל חייב לעבור את העבירה המושלמת על מנת להיות אחראי לשידול לעבירה המושלמת, או מספיק שניסה לעברה? עשיית עבירה = ניסיון ומעלה. חייב לחצות את מתחם ההכנה. **לכן נדרש להראות שהשידול מתקיים כאשר המשודל (המבצע הישיר) ביצע לפחות ניסיון.**

אם השלמתי את כל מה שיכולתי כדי לשדל אבל המשודל לא חצה את קו ההכנה אז זה יהיה ניסיון לשידול.

**קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה ע"י המשודל:**

**מדברים על קש"ס בין התנהגות השותף לבין ביצוע העבירה העיקרית. ביצוע העבירה העיקרית כאילו נתפסת כתוצאה אחת גדולה. לכן, הקש"ס הוא בעיקר על ידי מבחן האלמלא** (האם אלמלא השידול הייתה מתבצעת העבירה? אם התשובה היא כן, אין בהכרח קש"ס). **חייב להראות שאלמלא התנהגות המשדל לא הייתה מתבצעת העבירה.**

**ייתכן בשני מקרים:**

1. **המקרה הקלאסי בו המשדל נטע את רעיון ביצוע העבירה במוחו של המבצע.** המבצע כלל לא חשב על הרעיון לפני.
2. מקרה נוסף שבו **המבצע הישיר העלה על דעתו את הרעיון של הביצוע אבל הוא לא החליט לבצע עבירה. הוא שקל בדבר ואז בא המשדל ובאותה השפעה שהוא הטיל על המשודל הוא גרם לו לבצע את העבירה. "הטיית כפות המאזניים" – השידול מחויב להיות זה שמכריע את הכף לטובת הביצוע (פס"ד אסקין).** שונה מהמסייע הרוחני ששם המבצע העיקרי כבר החליט לבצע את העבירה והמסייע הרוחני רק עודד אותו אך לא גרם לו להחליט לבצע אותה. **המבחן בין אם אתה משדל או מסייע רוחני יושב על הקש"ס – חייב להראות שבגלל התנהגות השותף המבצע החליט לבצע את העבירה (מבחן האלמלא).**

**בפס"ד אסקין** היה דיון על מקרה בו המערער הורשע בשידול למעשה של כניסה ללא רשות למקום קבורה ובקשירת קשר לביצוע עוון בגין פעולה של הנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי, ובשידול לביצוע מעשה הצתה ובקשירת קשר לביצוע פשע בגינו. ההרשעה התבססה על הודאותיו של עד התביעה המרכזי-על טיב מערכת היחסים בניהם. האם הזיקה שבין המערער לעד הביאה לכדי "שידול"? **ביניש אומרת כי גם מקרים של נטיעת הרעיון מלכתחילה (לא חשב על כך לפני כן) וגם מקרים בהם המבצע חשב אבל לא החליט (הטיית כפות המאזניים) יקיימו את הקש"ס הסיבתי. בעיקר במקרים בהם מדובר במנטור, שהוא מחכה למוצא פיו בכדי לפעול.**

**היסוד הנפשי של המשדל:**

הבעיה: כשאנו קוראים את ההגדרה של ס' 30, **אין שום ציון מפורש של יסוד נפשי כלשהו הנדרש להוכחה**. לכאורה משתמע כי נדרשת רק מחשבה פלילית (מודעות לרכיבי היסוד העובדתי+ פזיזות כלפי התוצאה); ואולם:

**בייניש בפס"ד אסקין*:*** **קובעת שנדרש להראות בפועל יסוד נפשי כפול –**

1. **מודעות של המשדל לטיב ההתנהגות המשדלת ומודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית** (קיומו של משודל)**.**
2. **להראות שאיפה/רצון – ממש מטרה – מצד המשדל שהעבירה העיקרית (נושא השידול) אכן תבוצע על כל יסודותיה בידי המשודל.** כלומר, יש להראות כוונה/מטרה שהעבירה העיקרית תתרחש על ידי אותו אחד שעליו הפעלתי את הכוח (המשודל). **הכוונה צריכה להיות בשני המישורים – גם כוונה להביא לכך שהעבירה העיקרית תקרה, וגם כוונה** **לשדל** (שלא כמו בסיוע, שצפיות מספיקה, עם זאת, הלכת הצפיות יכולה לחול).

טעמים התומכים בדרישת היסוד החפצי הנוסף:

1. **אופיו התכליתי של השידול – מחייב מבחינת היסוד הנפשי שיתקיים מתאם בין ההתנהגות המשדלת לבין התכלית לגרום לביצוע העבירה**.
2. **הטלת אחריות פלילית על אדם רק בגלל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אחר בעייתית – לכן העלאת רף ההרשעה באמצעות דרישה מוגברת של יסוד נפשי נועדה "לרכך" את הקושי**. בסוף המשודל הוא אדם אוטונומי שנושא באחריות ולכן ברמה הפילוסופית יש הטוענים שכל הרעיון הזה של להטיל אחריות פלילית על אדם רק משום שייתכן ויש לו השפעה על האחר היא בעייתית (כולנו בחיי היום יום מושפעים מהמון דברים מסביב והרבה בוחרים לא לבצע דברים שליליים). קייניש בספרות לדוגמה טוען שבשידול יש קש"ס (בגלל הפעלת הלחץ המשודל מבצע את העבירה) לטענתו ניתן להסתכל על הסיבתיות הזו כמו הסיבתיות הפיזיקלית של חפצים בטבע – תמיד בסוף המשודל יכול לקבל החלטה לא לבצע את העבירה, זה לא משהו פיזיקלי שקורה אוטומטית, יש למבצע רצון משלו ולכן לא נכון להטיל אחריות על המשדל. מכאן, בייניש אומרת שהיא מכירה בקושי הפילוסופי הזה ולכן לפחות נדרש לצמצם את הדוקטרינה ולעלות את רף ההרשעה באמצעות דרישה מוגברת של יסוד נפשי של כוונה.
3. **העונש הנלווה לשידול – לאחר התיקון העונש הושווה עם הביצוע, לפיכך דרישת רף גבוהה יותר של יסוד נפשי נראית מוצדקת.**
4. **הרצון לבדל את השידול מן הסיוע** – ראיית המשדל כשותף עקיף ראשי מצדיקה את ההחמרה ביסוד הנפשי בעוד שהמסייע כשותף עקיף משני לא מצדיק זאת (המסייע נדרש רק מודעות ביסוד נפשי ולא כוונה). כך יהיה ברור שהדוקטרינה של המסייע פחות חמורה מהשידול.

**אחריות המשדל מבוססת על שילוב בין שני רציונליים:**

1. **הרציונל הסיבתי –** יש להראות קש"ס בין המשדל לבין ההחלטה לבצע את העבירה**.**
2. **רציונל ההזדהות וההסכמה –** יש להראות כוונה לשדל וכוונה לגרום לביצוע העבירה.

**לולא השידול לא היה מבצע המשודל את העבירה, ושאיפתו של המשדל כי העבירה מושא השידול תבוצע מלמדת על הזדהות עם הפגיעה בערך המוגן (אלמנט המשתקף בדרישת היסוד הנפשי-כוונה כפולה).**

**ניסיון לשידול – ס' 33**

**מקרים המאופיינים בהיעדר כל תחילת ביצוע (לא חוצה את מתחם ההכנה לניסיון) מטעם המשודל.**

המקרה הקלאסי – שהמשדל משכנע את המשודל לבצע משהו מסוים אבל המשודל לא ניגש לביצוע / נתקע בשלבי ההכנה ולא חוצה למתחם הניסיון. עונש הניסיון לשידול הינו מחצית מהעונש על העבירה המושלמת.

**שילוב בין שידול לסיוע**

**דוגמא:** מיכל מדברת על ליבה של חברתה לבצע רצח ובנוסף משאילה לה אקדח לצורך ביצוע הרצח.

**כיצד נתייחס למקרים בהם מעשיו של אדם מהווים הן סיוע והן שידול?** 2 אפשרויות:

1. **צורת האחריות המוחמרת:** אדם המשדל ומסייע – **נחמיר איתו, נאמר שהשידול בולע את הסיוע כי הוא יותר חמור**.
2. **גישת פלר – מיכל תחשב כמבצעת:** כשאדם גם משדל וגם מסייע, **יש לו חלק רב בעבירה- זה כבר חורג משידול. ולכן פלר אומר כי במקרה כזה, נראה בו מבצע בצוותא**. בשידול הוא משדל וזהו, לא ממשיך הלאה, פה הוא נשאר וממשיך לעזור.

**שורה תחתונה: בשתי האפשרויות עונשה יהיה זהה (עונש הזהה לביצוע עיקרי) אך הסיווג כמשדלת או כמבצעת יכול להיות בעל נפקות במישורים אחרים** (פטור עקב חרטה, אחריות לעבירה שונה או נוספת וכו').

**בפס"ד רון** ביהמ"ש המחוזי מרשיע את מארי פיזם כמשדלת והיא מקבלת את העונש המקסימלי. בעליון דנו בשאלת התיוג אותו יש להצמיד לאם- משדלת/ מבצעת בצוותא, שהרי גם כמשדלת וגם כמבצעת בצוותא היא הייתה מקבלת את אותו עונש. כאן מובא לידי ביטוי התפקיד האקספרסיבי של הדין הפלילי. לתיוג יש משמעות ערכית מעבר לענישה, וכן השפעה על פטור עקב חרטה ואחריות לעבירות נוספות.

**פטור עקב חרטה על מסייע ומשדל– ס' 34**

**ההבדל בין הפטור למנסה (ס' 28) לבין הפטור לשותפים (ס' 34):**

**בעוד שפטור לפי ס' 28 עוסק בתנאים של פטור מלא לאחריות פלילית למי שמנסה- חצה את קו הניסיון אך התחרט, ס' 34 קובע הסדר של פטור לגביי משדל או מסייע.**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **ס' 28 – פטור למנסה** | **ס'34 – פטור לשותפים** |
| **התרומה העובדתית** | ברגע שהעבירה הושלמה – אין פטור | גם אם העבירה הושלמה – יוכל לזכות בפטור, אם הודיע מבעוד מועד לרשויות לשם מניעה העבירה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת. כלומר, **אני לא צריכה להראות שמנעתי בפועל, מספיק שאני מודיעה לרשויות ועושה כל שאני יכולה כדי למנוע, אך בפועל אני לא מצליחה למנועה והעבירה מושלמת, אפשר לפתור אותי לגמרי מסיוע / שידול.** |
| **היסוד הנפשי** | "מחץ נפשו בלבד ומתוך חרטה" – צריך להיות מרצונו החופשי וחרטה מוסרית (מצראווה) | מנע את עשיית העבירה או השלמתה, או אם הודיע מבעוד מועד לרשויות.." – **אין דרישה לחרטה מוסרית אתית וכנה, די בכך שעושים כל מה שיכולים למנוע, גם אם משיקולים תועלתניים, מה שחשוב זה לתמרץ אנשים לסכל עבירות.** |

**למה מבחינת הרכיב הפיזי אנו מקבלים על שותפים עקיפים? כי הם במעגל החיצוני. המבצע בצוותא לוקח חלק בביצוע העבירה עצמה. ולכן היכולת שלו להשפיע על קטיעת העבירה בליבה היא הרבה יותר משמעותית, המשדל או המסייע לא שותפים בעבירה עצמה ולכן היכולת שלהם לקטוע אותה היא יותר מוגבלת.**

**שידול לשידול: בפס"ד סוגאקר נ' מדינת ישראל: נראה שזה אפשרי ונקבע ע"י דורנר כי זה בעצם שידול לעבירה העיקרית גם אם א' שידל את ב' ששידל את ג'** (אם זה ניסיון לשדל – ג' לא עובר את מתחם ההכנה ולכן האם א' הוא גם אחראי על ניסיון לשידול? – שאלה פתוחה שאין עליה תשובה). **לא משנה שיש שרשרת של שידולים. מצד שני, אפשר להגיד שזה כבר נגזרת שנייה וזה רחוק מידי – קש"ס מוגזם.**

**כוכב שלישי – המבצע בצוותא**

**ס' 29(ב) לחוק:**

* בין אם אתה מבצע יחיד/ באמצעות אחר/ בצוותא, אתה מבצע. כלומר, אתה כפוף לעונש המרכזי והיסוד הנפשי שלך הוא זה שקבוע בעבירה המושלמת. **אנו מדברים על שותפים שעושים מעשים לביצוע ולא משנה אם המעשים נעשים ביחד, לא משנה לנו החלוקה הפנימית בין השותפים עצמם, ובלבד שניתן להגיד שכל אחד מהם משתתף בביצוע.**
* אם היינו בוחנים את המבצע לפי הפעולה בפועל שבוצעה אז עבריינים היו חומקים מהדין על ידי פיצול המעשים לכמה אנשים שלכל אחד מעשה "מקל". לכן, הדין בא ואומר שברגע שאנשים כבר נמצאים בתוך מתחם הניסיון (כלומר, מתחילים ביצוע), **הם מבצעים בצוותא, לא משנה אם המעשים נעשו יחד או כל אחד עשה קצת ויש חלוקת תפקידים. כל עוד הם מבצעים את התוכנית בצוותא נסתכל עליהם כגוף אחד והעבירה תשתכלל**. הדוקטרינה מאפשרת לעקוף כל מיני מקרים שבהם אנשים יכולים לעשות מעשים שוליים אם נסתכל עליהם לבד.

**במישור הרכיב העובדתי:**

**המקרה הפשוט – הפרדיגמטי: קיים תכנון משותף, קיימת חלוקת תפקידים שווה במשקל שלה. המבצע בצוותא הוא שותף ישיר (נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה) וראשי (חלק מהמתכננים, שותף לקבלת החלטות ותכנון המזימה). אין צורך שכל אחד מהמבצעים בצוותא יבצעו בעצמם את כל יסודות העבירה המושלמת** (כלומר, חלוקת תפקידים)**.**

בתוך הרכיב העובדתי אנחנו **לפעמים נתקלים במקרים בהם יש שיתוף פעולה מוסכם בין השותפים אבל חלוקת התפקידים היא לא שווה** (אחד מאבטח, אחד מבצע, אחד רק מתכנן וכו') ואז נשאל, מהו חלקו של כל אדם בעבירה? **השאלה בדבר קו הגבול בין סיוע/שידול לביצוע בצוותא מתעוררת במקרים בהם אין לנו את המבצע הפרדיגמטי שלוקח חלק פיזי בביצוע העבירה.**

לא מסתכלים על מה היה נטו הביצוע של השותף אלא על **מכלול הדברים**. **עלינו להסתכל על הדינמיקה של הדברים בסיטואציה.**

נבחין בין מסייע למבצע בצוותא:

1. מסייע – "מי אשר לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה עשה מעשה כדי לאפשר את עשייתה".
2. מבצע בצוותא – "מי שמשתתף בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה".

**הפסיקה פיתחה מבחנים להבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע:**

יכול להיות שכל מבחן יוביל לתוצאה אחרת. ועדיין, בסוף די ברור שהמסה הקריטית מושכת לכיוון מסוים. מדובר במבחני עזר, לפעמים שופטים שונים יכולים להפעיל מבחנים שונים / להפעיל את אותו מבחן ולהגיע לתוצאה אחרת. המטרה של המבחנים זה לתת כללי אצבע. מבין המבחנים כן יש מבחנים יותר מקובלים לעומת אחרים, נרחיב כעת.

1. **הגישה המופיעה בדברי ההסבר להצעת החוק (תיקון 39) – דורשת שני תנאים מצטברים כדי שמעשהו של פלוני יהפוך אותו למבצע בצוותא להבדיל ממסייע:**
2. מעשהו של השותף **יהיה חיוני לביצוע העבירה** (מעין קש"ס). האם בלעדי המעשים של פלוני העבירה הייתה מתבצעת? אם התשובה היא לא, הוא מבצע בצוותא; אם התשובה כן, הוא מסייע.
3. מעשהו של השותף **אינו בעל אופי מקדמי-הכנתי בלבד.** אם היינו מסתכלים על ציר מתחם ההכנה והניסיון, המעשים האלו היו עוברים את מתחם ההכנה ונמצאים בניסיון.

\*מבחן קצת מצר, שם דגש על יסודות פיזיים, **פחות מקובל.**

1. **מבחן השליטה הפונקציונאלית: מקובל**

המבצע בצוותא הוא **אדון הפעילות העבריינית**. יש לו שליטה מהותית על העשייה. הוא חלק מהחלטה משותפת, מתוכנית כוללת, לביצוע העבירה, ולכן תרומתו "פנימית". **השליטה באה ואומרת מה החלק הפונקציונלי המשמעותי שיש לכל אחד מהשותפים על התפתחות העניינים – אם שותף מסוים שולט על הביצוע הקונקרטי והתפתחות העניינים ויכול להשפיע אז הוא מבצע בצוותא.**

איך נחליט אם לשותף יש שליטה? קרמינצר מסביר **שהשליטה באה לידי ביטוי בכך שכל אחד מהמבצעים בצוותא יכול על ידי משיכת ידו להכשיל את התוכנית** (לא בהכרח שהיא לא תתבצע אלא שהתוכנית תשתבש ותהיה שונה). היכולת של הנאשם להשפיע על התוכנית עצמה מראה שיש לו שליטה. גם אם העבירה הייתה מתבצעת בלעדיו הדברים היו נראים שונים. **פס"ד פלונים** - 4 אנשים תכננו פיגוע בשוק הקצבים בירושלים במטרה להביא למות ערבים כנקמה על מותו של מאיר כהנא. עד לשלב הזה שבו הם מתכננים את הרעיון אנחנו מדברים על קשירת קשר לאירוע. בהמשך שניים מהם מחליטים לצאת לסיור מוקדם בשוק (רוצים לראות דרכי מילוט, איפה הכי נכון לזרוק רימון וכו'). לאחר כמה ימים כל ה4 עורכים הגרלה לחלוקת תפקידים באירוע. ההגרלה יוצאת כך שזאב אמור להיות זה שזורק את הרימון, נחמיה וגרשון יהיו תצפיתנים וטל הוא המודיע על הפיגוע לתקשורת ועל לקיחת האחריות. הם קובעים תאריך ובבוקר היום המיועד לפיגוע, נחמיה וגרשון יחד עם זאב נפגשים במשרדי התנועה **וטל השותף הרביעי לא מגיע. טל אומר שהוא לא רוצה לעשות את זה היום ונסוג מהסיטואציה**. השלושה שנשארו מחליטים לצאת לבצע את התוכנית בלעדי טל.

השאלה כיצד יש לסווג את טל השותף שלא היה בזירה והשתתף רק בתכנון? אם ננתח את מעשיו של טל – טל היה שותף בחלק הראשוני של יצירת הרעיון והתכנון. **טל טוען שהוא היה מעורב רק בשלבי התכנון הראשוני. כלומר, היה חלק מעבירת קשירת הקשר, לפיו ההחלטה לא לקחת חלק בביצוע מנתקת את השלב שבין קשירת הקשר לביצוע עצמו.**

**המדינה ביקשה להרשיע גם את טל בכל זאת ולייחס לו אחריות כמשדל – טענו שבשלבים הראשונים הוא היה מאוד פעיל, אקטיבי והיה זה שנטע את הרעיון. גם אם הוא לא עשה מעשים לביצוע אז לפחות יש פה שידול.**

**השופט ברק קובע שטל הוא מבצע בצוותא**. למה? ברק מהדהד ומפתח את מבחן השליטה הפונקציונאלית. **לפי ברק, כל הרעיון של המבחן הזה הוא לראות את המבצע בצוותא כמי שהייתה לו שליטה מהותית על העבירה: הוא חלק מההחלטה המשותפת, חלק מהתכנון המוקדם, יש לו אינטרס חזק כמו לאחרים.** טל היווה חלק מהחבורה, נטל חלק מרכזי. אי השתתפותו בשלב זריקת הרימון שאינה מגיעה לכדי חרטה, לא מורידה משותפתו בעבירה. הוא הניע את עגלת הביצוע ובלא שמנע שום דבר. הוא לא הסתפק בשידול אלא עשה פעולות להגשמת הביצוע. על כן, יש לראותו כמבצע בצוותא. אין זה תנאי הכרחי שהעושה נוכח במקום העבירה. הוא עשוי לפעול "בשלט רחוק" או להימצא במרחק כשומר/מרתיע.

**האם מעשי תכנון מספיקים להרשעת אדם כמבצע בצוותא?** ברק שם פחות דגש על ההיבט הפיזי אלא הפונקציונאלי. **בעוד שהמשדל נוטע את הרעיון, המבצע בצוותא מתכנן ממש.** האם תכנון נחשב כ- "עשיית מעשים לביצוע"? אנו רגילים לחשוב על מעשי תכנון כמעשי הכנה, כדי לומר שהוא נכנס לניסיון עלינו להראות שעשה מעשים מספיק מתקדמים לביצוע. **בית המשפט אומר כאן כי גם מעשי תכנון של שותפות ועיצוב העבירה מהווים ביצוע בצוותא.**

נמתחה ביקורת על פסק הדין: ביהמ"ש מותח את גבולות דוקטרינת הביצוע בצוותא על חשבון דוקטרינת הסיוע. **כמה נוכחות היא אמת מידה לשליטה שיש לבן אדם על התוכנית?** האם נכון להגיד שהמתכנן שלא נכח ולא ביצע בעצמו פעולות פיזיות הוא אכן מבצע בצוותא (ולא רק מסייע)? **לפי מבחן השליטה הפונקציונאלית ברק אומר שאכן ראוי לראות אותו כמבצע בצוותא לאור שליטתו בפרטים, כל עוד הוא לא ביצע מעשים לסיכול, הוא נמצא בליבה ומבצע מעשים בתוך המעגל הפנימי.**

ניתן לראות גישה דומה במאמר שלפרופ' אנקר: ["על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע"](https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/1660049/course/section/846536/mechkarey-mishpat-17-2-339.pdf)– אנקר אומר כי יש משהו בתכנון שנותן לשותף שליטה גדולה על ביצוע העבירה, השותף בתכנון שולט בביצוע העבירה (אדריכל). ולכן גם אם בשלב מאוחר יותר, אחרים מבצעים בפועל, התכנון מקנה לאותו שותף שליטה גדולה המקנה לו מעמד של מבצע בצוותא. פרופ' אנקר שותף למסקנה כי **שותפות בתכנון מספיקה על מנת לראות את הנאשם כמבצע בצוותא. תכנון התוכנית מתווה את הביצוע, ככל שאדם מעורב בשלבי התכנון יש לו שליטה מאוד גדולה איך יקרה הביצוע עצמו. לעומת זאת, בנוגע לעבירה שונה שחורגת מהתוכנית – פה אנקר אומר שאותו מבצע בצוותא כלפי העבירה המקורית, ברור שלגבי העבירה החורגת אין לו שליטה כי הוא לא נכח.**

אין ספק שיש פה פגיעה כלשהי **בעקרון החוקיות** כי החוק מדבר על "עשיית מעשים לביצוע", להגיד שתכנון הוא עשיית מעשים לביצוע זה לא אינטואיטיבי. וכן נפגע העקרון לפיו הולכים עם הפרשנות המקלה עם הנאשם.

1. **המבחן המשולב: מקובל**

שילוב בין פרמטרים המצביעים הן על:

1. **תרומה במישור העובדתי** – התרומה הפיזית.
2. **מעורבות והיחס הנפשי** וצירופם למסה קריטית אחת שתכריע את הכף האם מדובר בביצוע בצוותא או בסיוע.

מבחן שהוצע בפסיקה כדי להתגבר על קשיים שמבחן השליטה מעורר- הטענה היא שבחינה לפי מבחן השליטה עלול להוציא החוצה משתתפים שהיחס הנפשי שלהם היה מאוד משמעותי כשל מבצע, אבל החלק הפיזי היה מאוד מאוד קטן. נגיד מעשה פריצה שיכול היה להתבצע ע"י שניים ונעשה עי שלושה- ניתן לומר שהשלישי סתם נלווה, התרומה הפיזית שלו הייתה מאוד חלשה- נתקשה לומר שיש לו שליטה משמעותית על ביצוע העבירה. ועדיין אם אנו יודעים שאותו השותף מושקע בעבירה מבחינת האינטרס והיסוד הנפשי- מבחן השליטה יוציא אותו החוצה באופן שגוי. לכן הפסיקה החליטה **לשלב בין הפרמטרים של המעורבות הנפשית וגם של היסוד הפיזי ומתוך כך להחליט איפה הנאשם נכנס.** **ככל שהמעורבות הנפשית של השותף גבוהה יותר כך אנחנו נסתפק בדרגה נמוכה יותר של מעורבות פיזית (ולהיפך).** **מעורבות נפשית במובן כמה יש לי עניין בביצוע העבירה ברמה המנטלית, כמה אכפת ורצון יש לי שהעבירה תתבצע.**

**פס"ד משולם** מדגים את היישום של המבחן המשולב – על אף שלא התבצר עם תומכיו בבית ולא נכח כלל בזירה, הייתה לו האפשרות לשלוט על הנעשה. הוא היה בעל השפעה נפשית גבוהה מאוד.

1. **מבחן חבות העונש: בעייתי וקשה ליישום, פחות מקובל**

מבחן ערכי המבקש **להעריך את מעשיו של השותף מבחינת הסנקציה הפלילית הראויה** לו. לפי מידת המעורבות של השותף ייקבע עונשו ולפי העונש – הוא יסווג כמסייע או כמבצע בצוותא.

חשין מציע את המבחן בכמה פסקי דין, בעיקר בעקבות חוסר סיפוק מהמבחנים האחרים ששמים דגש על השליטה הפיזית. הבדיקה בסופו של דבר צריכה להיעשות ע"י הערכה של המעשים של הנאשם מבחינת הסנקציה הפלילית. איזה עונש נכון לתת לאדם הזה? קל או כבד? ולפי הערכה זו נקבע אם האדם מבצע בצוותא או מסייע. מבחן מאוד בעייתי מבחינת סדר הדין (הטלת אחריות ואז ענישה) ועקרון החוקיות. חשין מסביר יש סוגים 'שונים של מסייעים' - כאלה שקרובים לבצע בצוותא, ויש כאלה שהם כמעט לא מסייעים- האם יש לתת להם את אותו עונש?? חשין אומר שלא, נוכל להטיל על כל מסייע כפי מידתו. בואו נראה תכלס כמה אנו מרגישים שמגיע לנאשם.

1. **מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון:** גם אותו צריך ליישם במבחן

נבודד את חלקו של שותף בעבירה רבת המשתתפים **ונבחן במישור היסוד העובדתי בלבד, האם מעשיו נכנסים למתחם הניסיון.** **אם כן- מדובר במבצע בצוותא, אם לא (כלומר לא חצו את שלב ההכנה ולא נכנסו למתחם הניסיון) - השותף יסווג כמסייע**.

המבחן הוצע ע"י **מרים גור-אריה** ומבקש לערוך **התבוננות השוואתית בין מקרים של ביצוע משותף לבין מקרים בהם העבירה יכולה להתבצע ע"י מבצע יחיד** (עקרון אחדות העבירה של פלר). גור-אריה אומרת כי במקרים בהם אדם מבצע את העבירה לבד, מתגבשת במוחו הכוונה לבצע את העבירה, הוא עושה הכל, על השלבים המוקדמים של ההכנה אנו לא מטילים אחריות פלילית. לעומת זאת, כאשר כמה חוברים לביצוע עבירה, יוצא שכמה שותפים שונים תורמים לשלבים השונים בדרך להיווצרות העבירה. הכוונה התגבשה אחרי שהמשדל נטע במוחו את הרעיון (בייניש באסקין), פעולות ההכנה נעשות ע"י המסייע בעבור המבצע ולביצוע עצמו ניגשים המבצעים בצוותא. במקרה זה, אם הביצוע יושלם- כולם יישאו באחריות לפי מידת תרומתם. גור-אריה אומרת, בגלל שהתרומה של המסייע והמשדל הייתה לשלבים המוקדמים שכשלעצמם אינם ענישים כאשר נעשים ע"י מבצע יחיד, אז האחריות שלהם תיגזר מביצוע העבירה. **יש לבודד את החלק של כל שותף ולהסתכל עליו בנפרד-** **רק אז נשאל האם המעשים חורגים מהכנה ונכנסים לניסיון או לא. ככל שמעשיו הכנתיים- נאמר שהוא מסייע, ככל שמעשיו נכנסים לניסיון- נגיד שהוא מבצע בצוותא.**

מבחן האנלוגיה אותו מבצעת גור אריה הוא **בעייתי**, הקושי הוא שלא תמיד היכולת לבודד את המעשים היא אפשרית- למשל: מקרה של אדם שנוכח בזירת העבירה- ותפקידו הוא לאבטח את הביצוע. מקרי השותפות מורכבים ממקרים של ביצוע יחיד וכוללים תפקידים שונים שמבצע יחיד לא נוהג לעשות (נגיד אבטחה). אז קצת קשה לבודד את המעשים. הרעיון של גור-אריה הוא בעיקר להסתכל על אופי התפקיד- ולהבין האם הוא הכנתי או נכנס לביצוע.

**המשולב והשליטה הפונקציונאלית הם המבחנים העיקריים. גם גור אריה יכול לעזור.**

**הגבול בין מבצע בצוותא לבין משדל**

**רון נ' מדינת ישראל** – ערעור סביב פרשת הרצח של הילדה רוז פיזם. אימה של רוז הורשעה בעבירה של שידול לרצח בכוונה תחילה. במקרה זה עומדת השאלה האם יש להרשיע את המערערת כמבצעת בצוותא, במקום הרשעתה כמשדלת?

**נק' להבחנה בין המשדל למבצע בצוותא:**

1. **אופי היחסים בין המערערים**: למערערת הייתה השפעה על המערער ועל התוכנית.
2. **בחינת היסוד הנפשי של המערערת ביחס לגרימת מותה של רוז:** היא רצתה שלגרום למותה.
3. **המשדל מתנתק מביצוע העבירה לאחר ששידל אדם אחר לעשותה, ואילו המבצע בצוותא ממשיך להיות מעורב בעבירה עצמה –** כמו המערערת.
4. הדבר מתיישב גם עפ"י **מבחן השליטה**- למערערת הייתה השפעה חד משמעית על ביצוע הרצח, היא יכלה למנוע אותו בכל שלב אך בחרה לפעול למימושו עם המערער.
5. ניתוח עפ"י **המבחן המשולב** מורכב יותר- שכן לא ברור מהן נסיבות מעשה ההמתה ולא ידוע חלקה של המערערת ברכיב ההתנהגותי.
6. בנסיבות מסוימות, בהן אופי היחסים בין השותפים לעבירה, **גם מתן הסכמה לביצוע העבירה עשוי לעלות לכדי "ביצוע בצוותא"**. תרומת מבצע בצוותא יכולה להתבטא גם בשתיקה במקום שמשמעותה היא "תמיכה".

לכן, בשל הראיות, יש לדחות את טענות המערערת ולהרשיע אותה כמבצעת בצוותא של עבירת הרצח.

יש מי שמותחים **ביקורת** על העניין, **שחר אלדר** חושב שביהמ"ש מותח את גבולות הביצוע בצוותא על חשבון השידול. באופן כללי, ביהמ"ש נוטה יותר ויותר להרחיב את הביצוע בצוותא על חשבון הסיוע והשידול, גם **גור-אריה** מביעה את אותה ביקורת בפס"ד פלונים.

**היסוד הנפשי של המבצע בצוותא**

הסעיף שותק ביחס ליסוד הנפשי הנדרש, **ביהמ"ש אומר כי היסוד הנפשי הנדרש הוא כפול:**.

1. **היסוד הנפשי במישור העבירה –** צריך להראות שמתקיים **היסוד הנפשי הנדרש בעבירה המושלמת כלפי כל אחד מהשותפים שמבצעים בצוותא.**
2. **היסוד הנפשי במישור השותפות –** צריך להראות שיש **מודעות לפעולה בצוותא.** כל אחד מהמבצעים צריך להיות: 1) **מודע לחלקו בעבירה**; 2) **לחלקם של האחרים**; 3) **למזימה העבריינית בכללותה**. לשלושתם יחד – ז"א יש צורך להראות שהם מודעים לכך שהם פועלים יחד עם משימה משותפת ושכל אחד מבצע את חלקו כדי לקדם אותה.

**אז מה דינה של שותפות ספונטאנית – "עבירת ההמון"**

שותפות ספונטאנית = אנשים שלא תיכננו עבירה משותפת מראש אלא נקלעו לסיטואציה ופתאום שיתפו פעולה באופן ספונטאני.

**פס"ד עזיזיאן** – המון אדם מתפרץ לשתי דירות, שם גרו נוצרים- ההמון נכנס לדירות ועושה נזק לרכוש. עזיזיאן נמצא שם במקרה, הוא רואה חפצים נזרקים, הוא מחליט לעלות לראות מה קורה למעלה, הוא נשאר שם 10 דקות, ומסתלק מהמקום. ברור שבאותה סיטואציה הוא חובר אליהם והם פועלים יחד למרות שלא תכנן זאת מראש. העמידו אותו לדין בגין עבירות של קשירת קשר לעשות פשע, התפרצות, היזק בזדון, הצתה וגניבה. ביהמ"ש מזכה אותו כי לא השתתף פיזית וגם כי לא השתייך לאותו המון. המדינה ערערה, טענה שלקח חלק גם אם לא היה לו רקע אידאולוגי משותף, גם אם לא תכנן. **ייתכן מצב שבו אדם בחסות ההמון משתתף כשותף גם אם אין ביניהם הידברות ובלבד שקיימת מודעות של המשתתפים לכך שיש המון מסביב הפועל יחד איתם, זו שותפות ספונטאנית. יש להראות מודעות של כל אחד בעת הביצוע לזה שהאחרים פועלים ביחד, מודעות לחלקם של האחרים.**

(כאמור, לא יהיה ביצוע בצוותא ברשלנות, אך זה לא מפריע לשותפות ספונטאנית- שכן יש בה מודעות של כל אחד לגבי חלקו בעבירה).

**שותפות ברשלנות? (גם ביחס לשידול וגם ביחס לסיוע)**

א. רשלנות ביחס לתוצאה.

ב. רשלנות ביחס לשותפות.

הרעיון של שותפות היא "הידברות". לפיכך, ישנה סתירה רעיונית לגבי שותפות ברשלנות. עם זאת, יכולה להיות שותפות מודעות לעבירת רשלנות.

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

**המבצע באמצעות אחר**

29. (א) "מבצע עבירה – לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר"

**מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים**, כמשמעותם בחוק זה:

(1) **קטינות (ס' 34ו') או אי שפיות הדעת (ס' 34ח')** – קטין הוא אדם שטרם מלאו לו 12 שנים; לא שפוי הוא אדם שבשעת המעשה לא הבין את מה שעושה או את הפסול שבמעשה או לא יכל להימנע מעשיית המעשה עקב מחלה שפגעה ברוחו או ליקוי בכושרו השכלי.

(2) **העדר שליטה (ס' 34ז')** – אדם שלא יכל לבחור אם לבצע את המעשה או לא עקב חוסר שליטה על תנועותיו הגופניות (דוגמה: אדם שהפנטו אותו).

(3) **ללא מחשבה פלילית** – לא מדובר בסייג, בשונה מהאחרים, אלא בתנאי שאם לא מתקיים לא ניתן לייחס אחריות פלילית. כאשר אדם לא מודע למעשה/לנסיבות וכו' הוא לא יישא באחריות פלילית.

(4) **טעות במצב דברים (ס' 34יח')** – כאשר עושה המעשה מדמה דבר שאינו קיים, שופטים אותו כאילו המצב האמיתי היה כפי שדימה אותו (לדוגמה: הגנה עצמית מדומה).

(5) **כורח (ס' 34יב) או צידוק (ס' 34יג(ג)) –** כורח הינו מצב בו אדם עשה מעשה פלילי עקב איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה בחייו/חירותו/גופו/רכושו שלו או של זולותו והיה אנוס לעשות את המעשה עקב כך; צידוק הינו מצב בו אדם לא יישא באחריות פלילית אם עשה מעשה שהיה חייב לעשות לפי דין, עשהו על פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לציית לה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי להצלת חיי אדם (לדוגמה רופא), כאשר המעשה נעשה באדם בהסכמה לצורך טיפולים רפואיים לטובתו/טובת זולתו, כאשר המעשה נעשה תוך פעילות ספורטיבית שאינם אסורים לפי דין ובהתאם לכללים הנהוגים בפעילות.

**בצידוק הפסיקה הבחינה בין פקודה בלתי חוקית סתם** – במצב כזה ה"פקוד" מחויב לענות לפקודה ללא הפעלת שיקול דעת. פקודה זו מייצרת פטור מאחריות פלילית. כלומר, אם בדיעבד יסתבר שמדובר בעבירה פלילית, יהיה לו פטור מסוג צידוק.

**לבין פקודה בלתי חוקית בעליל** – פקודה ש"דגל שחור" מתנוסס מעליה, היא בלתי חוקית בצורה חריגה ואין לבצע אותה. במצב כזה לאדם יהיה ברור מאליו שאין לבצע את המעשה ולכן עליו להפעיל שיקול דעת ולא לבצעו. אם יבצע, תיוחס לו אחריות פלילית.

**חשוב לשים לב שבמקרים של טעות במצב דברים או פעולה בלא מחשבה פלילית, "האחר" לא חייב תמיד לצאת פטור לחלוטין, יהיו מצבים בהם ניתן יהיה לייחס לו אחריות פחותה או עבירה בגין רשלנות אם עונה על ההגדרה.**

לדוגמה: עושה אינו בעל מחשבה פלילית עשוי להיות בעל יסוד נפשי מספיק של רשלנות ולשאת בעבירת רשלנות (ככל שהעבירה אותה עבר יכולה להתבצע ברשלנות).

**במשפט הגרמני** – הדוקטרינה של מבצע באמצעות אחר טיפה שונה. היא לא בנויה כך שה"אחר" בהכרח פטור מאחריות פלילית אלא מה שחשוב זה להוכיח שהייתה היררכיה בין המבצע באמצעות לבין האחר. כלומר, שהמבצע באמצעות ניצל את האחר.

**מישור היסוד העובדתי**

**המבצע באמצעות אחר** הוא מבצע בצוותא לכל דבר, הייחוד שלו הוא ברכיב ההתנהגותי, מדובר באדם שמניע אדם אחר באופן שגורם לאותו אחר לבצע את הרכיב ההתנהגותי של העבירה במקום מי ששולח אותו.

השיטה הזו נועדה להתגבר על מקרים בהם עבריינים שולחים מישהו אחר שהוא יהיה אשם או מישהו שפטור מאחריות פלילית ואז שניהם יהיו מזוכים.

**"שעשהו ככלי בידיו" –** האחר נמצא במצב של נחיתות מול המבצע באמצעות (נחיתות של ידע, שליטה, יכולת- יש פה מצב של ניצול). **חייב להיות פער בין המבצע לאחר – פער גדול או קטן שיתבטא בענישה (פטור, הקלה).** במקרה כזה- אנו נייחס למבצע באמצעות אחריות מלאה**.** האחר הוא המבצע הישיר והמבצע באמצעות הוא עקיף.

**המקרה הפרדיגמטי:** בדר"כ האחר לא נושא באחריות.

האם מתעוררת בעיה מבחינת עקרון אחדות העבירה?

יש פה מישמש בין המשפט הגרמני לאנגלי- בין עקרון אחדות העבירה לעקרון האשם. פה המשפט הגרמני השפיע- ולכן העבירה חורגת מעקרון אחדות העבירה ונאמנה לעקרון האשם (דוגמא יפה לאיך שתיקון 39 משתמש בחוק הגרמני וסוטה קצת מגישת פלר).

הערה: לפי עקרון אחדות העבירה אם ה"אחר" פטור מאחריות פלילית, אז אין מבצע עיקרי אחראי, ולא ניתן לגזור ממנו אחריות. כלומר אם לא הייתה דוקטרינה של מבצע באמצעות אחר, מי שהיה מנצל את ה"אחר" ומשתמש בו ככלי בידיו- היה פטור גם כן.

**מישור היסוד הנפשי של המבצע באמצעות אחר**

1. היסוד הנפשי שנדרש להרשעה בעבירה העיקרית (כך נדרש מכל מבצע).
2. מודעות לכך שיש היררכיה מסוימת בינו לבין "האחר" בכך שה"אחר" חוסה תחת אחד המצבים המצויים בחוק. עצימת עיניים גם מספיקה. כלומר, אם אני חושדת ונמנעת מלברר.

למה הס' נוקב בביטוי 'מצב כגון'? אולי יש מצבים נוספים שלא נכנסים לרשימה הזו אך מבחינת המהות שלהם הם יגלמו את אותו רציונל.

**ההבחנה בין שידול, ביצוע בצוותא ומבצע באמצעות אחר**

**שידול –** במערכת יחסים רגילה של משדל ומשודל, המשודל הוא אדם אוטונומי ועצמאי. המשדל נוטע את הרעיון במוחו ואז נסוג, המשודל יכול להחליט האם לבצע את הפעולה או לא. אין פער במידע בין המשודל למשדל, הם חשופים לאותו מידע. כמו כן לא חייבת להיות היררכיה ברמת הכוח/הסמכות.

**מבצע בצוותא** – כמבצע בצוותא הוא חייב להשתתף בזמן ביצוע העבירה הקונקרטית. הפסיקה הרחיבה וקבעה שגם אם הוא לא נוכח פיזית ייתכן והוא מבצע בצוותא כל עוד היה מודע והשתתף בכל ההכנות ופרטי העבירה הקונקרטית. בנוסף, בביצוע בצוותא יש היררכיה שוויונית בין כל המבצעים.

**מבצע באמצעות אחר** – ה"אחר" נדרש לשמש ככלי והוא פטור לרוב מאחריות פלילית. חייב להיות היררכיה בין המבצע לאחר. בנוסף, המבצע באמצעות חייב להיות מודע לעבירה קונקרטית בעלת יעד מוחשי אותה ביצע "האחר".

**לא צריך לדעת למבחן:**

**שאלת רב העבריינים – "שליטה ארגונית" (ארגוני פשיעה):**

אחת הנקודות שיושבות על התפר בין ביצוע באמצעות אחר לשידול הוא המקרה שנקרא "שליטה ארגונית". **הדוקטרינה מתייחסת למצב בו רב עבריינים עומד בראש ארגון פשע ושולח אנשים לבצע עבירות בלי ללכלך את הידיים.** ארגוני פשיעה הרבה פעמים בנויים בצורה בה ראש ההיררכיה לא רק שלא משתתף בביצוע עצמו של העבירות, הוא אפילו לא מכיר את המבצע הספציפי. השולטים הם כל כך למעלה שהם ממדרים את עצמם מלהכיר את המבצעים או את העבירות. הם מכירים את היעדים, מקורות אבל הם לא מתעסקים בעבירות עצמם. זה מזכיר צבא- מפקדים, חיילים...

יש היום מחקר שלם בתאוריה של תורת הארגונים: המבנה הוא מבוזר ולא מרוכז, ראש הפירמידה לא יודע הכל.

**השאלה שמתעוררת היא מה האחריות של ראש הארגון לעבירות הספציפיות שמתרחשות תחת הנהגתם. ברור שהתרומה היא אדירה, ומצד שני הוא לא מודע/יודע/מכיר את העבירה ברמה הספציפית. קיימת דילמה בשאלה איך יש לטפל במקרים הללו.**

**פס"ד ברגותי:** מרואן ברגותי היה ראש ארגוני הפת"ח באזור איו"ש, אשר היו אחראיים על שורה של כ-40 פעולות טרור. מרואן הגדיר את היעדים, השיג אמצעים והנחיל את האני מאמין של הארגון. הפיגועים עצמם לא בוצעו על ידו אלא ע"י חוליות. לא הייתה מחלוקת לגבי העובדה שהוא התווה את המדיניות הכללית, אבל לאנשי השטח הייתה נתונה עצמאות וחופש פעולה בביצוע הפעולות הספציפיות. לא רק שלא היה מעורב, היו לו חוצצים - אחיו היה ממדר אותו מהעבירות הקונקרטיות, כל התפקיד שלו היה לדאוג לכך שמרואן לא ידע בדיוק על הפעולות, הם עשו את זה מתוך הבנה שכשיועמד לדין יהיה עליו להוכיח שלא ידע על העבירות. **כדי להיות שותף** **צריך לדעת על העבירה הספציפית** ולא על עבירה בעלמא. בית המשפט ממש התלבט, מה עושים אם אדם **שברור שהוא לא משדל** **ועקיף**, שכן יש לו משקל משמעותי ודומיננטי. יותר מזה, למשודל יש אוטונומיה, בניגוד לכך – כשברגותי הוציא פקודה היא בוצעה. המאפיין ארגוני פשיעה רבים היא שלחיילים יש מחויבות לראש הארגון, הם לא יכולים להגיד על דעת עצמם שהם לא מבצעים פעולה כלשהי ולכן הוא יודע שמה שהוא אומר יבוצע בין ע"י חייל כזה או אחר. הוא לא משדל במהות. **והוא גם לא מבצע בצוותא** כי הוא לא משתתף פיזית, לא מתכנן את העבירות ולא מודע קונקרטית לפרטים. הוא קובע מדיניות. אין לו יסוד נפשי של מבצע בצוותא. הביצוע בצוותא גם מניח שוויון מסוים בין המבצעים. במקרה של ברגותי יש היררכיה בוררה וקיצונית. אז בעצם נשאר **"ביצוע באמצעות אחר" – אך זה גם בעייתי** כי החיילים שמבצעים את הפעולה מודעים למשמעות ונושאים באחריות פלילית מלאה, אי אפשר להגיד שהם פטורים ממנה.

**כלומר, יוצא ששום דוקטרינה לא מתאימה בצורה מושלמת למקרה של רב עבריינים.** ביהמ"ש עושה צעד מורכב, הוא מזכה את ברגותי מאשמה שכן קובע כי מרואן לא גיבש מודעות בייחס ליעד עברייני מוחשי ולכן לא ניתן להרשיעו לפי דיני השותפות. פס"ד הנ"ל גרר קיום פתרון ספציפי למקרים כאלה – חוק ארגוני פשיעה.

**פס"ד משולם נ' מדינת ישראל**

עוד מקרה שמדגים את ההתלבטות בקשר לאיך להתייחס לאדם שברור לנו שהוא עומד בראש קבוצה. משולם עמד בראש ארגון ושם לו למטרה לחשוף את פרשת חטיפת ילדי תימן. הכל התחיל בסירובו לפנות מכלית ליד ביתו שחסמה נהג, הנהג קרא למשטרה, משולם קרא לתומכים שלו והתפתח עימות אלים ביניהם לבין המשטרה. במהלך העימות נעצרים חלק מהתומכים שלו. כתוצאה מכך, עוד תומכים מגיעים לביתו של משולם ומתבצרים שם - מתחילים חילופי יריות בין תומכיו למשטרה. הוא מציב דרישות – שחררו את העצורים, הקימו וועדת חקירה. הם משחררים עצורים והוא ממשיך לאיים באלימות. אחרי שישה שבועות הוא מסכים להיפגש עם מפכ"ל המשטרה. הוא אמר: "כל שוטר שיגיע יקבל כדור בין העיניים לפי ההלכה". הוא נעצר, ואחרי שעוצרים אותו התומכים שלו ממשכים במאבק אל מול המשטרה. במסגרת כך, בוצע ירי לעבר מסוק משטרה ע"י אחד מתומכיו בזמן שמשולם עצמו נמצא במעצר.

השאלה המשפטית: מה הבסיס לאחריות של משולם למעשים של תומכיו בזמן שהוא במעצר? (לפני כן כשהיה איתם היה מבצע בצוותא).

התפתח דיון מעניין, התעוררה שאלה עקרונית. שופטי העליון נחלקים בדעתם:

גלגול ראשון – שופטי הרוב בוחרים לבסס את אחריותו למעשים כשהיה במעצר **כמשדל**, הטענה היא שהאחריות לא מגיעה לידי צוותא כי הפעולה לא תוכננה מראש והוא היה במעצר ולכן לא השתתף בה פיזית או הכיר עליה. עם זאת, הוא משדל כי הם פועלים תחת כוחו, הוא שותף עקיף בעל שליטה על המשודל, נטע את הרעיון. בית המשפט התעלם מהשאלה של עבירה בעלת ייעוד מוחשי. הוא שידל בעלמא- לא הייתה התייחסות לעבירה קונקרטית.

**בדיון הנוסף הופכים את ההחלטה, משולם אחראי כמבצע בצוותא לירי בזמן מעצרו.** **ברק מנמק את השינוי בהחלטה בכך שמעמדו המיוחד של משולם בהנהגת העבירה הופך אותו למבצע בצוותא**, הוא בלב העשייה העבריינית. **רמת המעורבות הנפשית שלו היא גבוהה מאוד – מיישם את המבחן המשולב.**

**חשין:** משווה אני לנגד עיני חבורת עבריינים ובראשם מנהיג, המנהיג מחלק תפקידים, קובע דרכי מילוט, אלא שלעת ביצוע העבירה הוא מבלה על ספינת שעשועים בלב ים.

הביקורת שהתעוררה על פס"ד: מחליטים לייחס לו אחריות כמבצע בצוותא כאשר הקושי הוא ד**ילוג על היסוד של עבירה בעלת ייעוד מוחשי.**

**הפתרון שנוצר – חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003**

הפרשה מביאה לחקיקת החוק למאבק בארוני פשיעה. החוק נחקק ב- 2002 **ומבסס את האחריות הפלילית של ראשי ארגון פשיעה ונושאי תפקידים מסוים על עבירת סטטוס,** במקום לגזור את אחריותו מהעבירה הקונקרטית, העבירה שתיוחס לו היא עבירת סטטוס עקב היותו נמצא במצב של ארגון פשע. במקרה כזה, צריך יהיה להראות שהוא פועל באופן שיטתי ומתמשך לביצוע מטרות פשע. **העונש הקבוע הוא עשר-עשרים שנות מעשר, תלוי בחומרת העבירות שמבצע הארגון.**