

## דיני עונשין

1. **מיקום של דיני העונשים במשפט הפלילי**
2. **מטרות המשפט הפלילי**
3. **המשפט הפלילי תלוי חברה ותרבות**
4. **גבולות הדין הפלילי**

### **מיקומם של דיני העונשין המשפט הפלילי**

נהגו לחלק את המשפט הפלילי ל-2 קטגוריות :

1. **משפט פלילי מהותי**- אוסף של כללי "אל תעשה", אוסף של כללים המגדירים אילו התנהגויות הם אסורות. דיני עונשין מהווים את הליבה של המשפט הפלילי משום שדיני עונשין עוסקים בהתנהגות האסורה = עבירה. ההוראות העיקריות של דיני עונשין מרוכזות החוק העונשין 1977.
2. **משפט פלילי דיוני**- בניגוד למהותי שקובע מה אסור, מערכת משפטים נוספת שעוזרת להפעיל את המשפט המהותי. המשפט הדיוני נחלק ל-2 :
  - **סדרי הדין הפלילי**- כללים שעניינם הסדרת דרכי העמדתו לדין של הנאשם, החוק העיקרי חסד"פ 1982.
  - **דיני ראיות** – אוסף של כללים משפטיים המסדירין את הדרכים להוכחת אשמתו של הנאשם.

### **מטרות המשפט הפלילי**

המשפט הפלילי נועד להסדיר את חיי החברה, ע"י הגדרת הגדרות מסויימות כלא חוקיות וזאת באמצעות כללי אל תעשה. הכלל שכל מה שאינו אסור בחוק- מותר. אדם המפר את אותם כללים שקבועים בחוק יענש בהתאם לעונשים הקבועים בחוק (עמ' 77 סעיף 345 א1). אם לא היינו קובעים סנקציה לאחר כל עבירה הקושי באכיפה היה גדול יותר והאזרחים היו מתנהגים להוראות אלה כהמלצה ואינם היו עומדים באיסורים.

**המטרה הראשונה- הרתעה**- ישנם 2 סוגים של הרתעה, הרתעה אישית/ אינדיבידואלית והרתעה כללית. במסגרת ההרתעה האישית אנחנו מענישים את העבריין על מנת להרתיע אותו, העונש צריך ללמד אותו לקח שלא לבצע את העבירה פעם נוספת. ההרתעה הכללית- ענישת העבריין מרתיעה את הציבור כולו "למען יראו ויראו".

תיאורית ההרתעה מבוססת על ההנחה שהאדם הינו יצור רציונאלי ועל כן בטרם ביצוע אותו אדם בוחן את התועלת שהוא מפיק מביצוע העבירה אל מול הנזק שיגרם לו במידה והוא יתפס או יענש, אם העונש שצפוי לו בגין עבירה מסויימת יעלה בכמותו על הרווח שהוא יפיק מביצוע העבירה הוא יגיע למסקנה רציונאלית שלא כדאי לו לבצע את העבירה.

**המטרה השנייה- חינוך הציבור**- חינוך ועידוד על נורמות התנהגות ראויות. העברת מסרים ע"י התוויות הגבול בין המובר לבין האסור, ההנחה היא שדיני עונשין גורמים לונ להפנים את הנורמות הרצויות ולנהוג לפיהן.

**המטרה השלישית- שיקום העבריין**- התפקיד של המשפט הפלילי הוא להפוך את העבריין לאזרח שומר חוק ולשלב אותו בחברה כאזרח כזה. העונש צריך להתאים לא רק לעבירה אלא גם לעבריין ע"י זה שנגלה את הסיבות לעבריינותו וכך נצליח לשקם אותו. לדוגמא : בתי משפט לנוער.

המטרה הרביעית- מניעה- שואפת להגן על שלום הציבור ע"י הרחקת העבריין מהחברה ע"י מאסר ממושך. ההנחה שבתקופת המאסר נמנע מהנאשם לבצע עבירות אשר היה עלול לבצע לו היה מתהלך חופשי.

**המטרה הרביעית- הגמול**- התאוריה הגמולית טוענת כי תפקידו של המשפט הפלילי להטיל על העבריין עונש שיהווה גמוד צודק למעשה שלו. התכלית של השיטה הגמולית הוא לגמול לעבריין על המעשה שעשה, מידה כנגד מידה. אלו הטוענים שהמטרה צריכה להיות גמולית סוברים שלא בקשר לתוצאות עונש, שכן עצם גרימת הסבל למי שפגע בערכים החברתיים יש לה ערך מוסרי חברתי. מי שגרם סבל לאחרים בחברה, החברה צריכה לגום לו את אותו הסבל. כאשר הגמול הוא המטרה השיקול המכריע הוא הלימה- העונש צריך להלום את חומרת העבירה. ככל שהעבירה חמורה יותר העונש יהיה חמור יותר ולהפך.

בשנת 2012 נכנס לתוקף חוק בימן 1א ועניינו עוסק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. לפני כן היו פערים בענישה, היו עונשים שונים מכיוון שאף אחד לא הכווין את בית המשפט. בהבניית שיקול הדעת 40 העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו. לפני הכל העונש הוא גמולי.

### המשפט הפלילי כתלוי חברה ותרבות

המטרה שהמשפט הפלילי שואף להשיג באמצעות דיני עונשין זהה, ההבדלים העיקריים בזמנים שונים ובתקופות שונות הם בהגדרת העבירות ומדיניות הענישה. דיני עונשין הם תלוי חבה ותרבות אשר משפיעות על עיצוב דיני העונשין. כל מדינה מגבשת לעצמה דיני עונשין שמשקפים את הצרכים שלה להגן על הערכים שחשובים לה.

### גבולות השימוש במשפט הפלילי

נועדו להסדיר חיי חברה תקינים, למנוע מצב בו החז מנצח. קיימת מחלוקת לגבי תחומי ההתערבות של המשפט הפלילי, אילו התנהגויות הוא צריך לאסור ואיזה התנהגות צריך להותיר. התנהגות פלילית היא התנהגות נוגדת לדין הפלילי לאמור חוק העונשין וחוקים אחרים הקובעים עברות פליליות. הגדרת עבירה פלילית- פקודת הפרשנות בסעיף 1 (עמ' 226) שאלת ההפללה- מתי מוצדק להפליל מעשה מסוים, לשאלה אין תשובה ברורה.

## גבולות השימוש במשפט הפלילי- שאלת ההפלה

1. אוטונומיית הפרט
  2. טובת הכלל
- הבחנה בין 2 סוגים של עבירות
1. רע כשלעצמו
  2. רע כי אסור
- מקורות המשפט הפלילי
1. חקיקה ראשית
- א. חוק העונשין התשל"ז 1977
- ב. חוקים ספציפיים
2. חקיקת משנה
  3. חוקי יסוד
- א. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו פס"ד סילגדו
4. פסיקה
  5. הסטוריה של החוק
- א. התקופה העונתמאנית 1517-1922
- ב. התקופה המנדטורית 1922-1948
  - ג. התקופה הישראלית 1948-היום
6. מבנה חוק העונשין
- א. חלק מקדמי סעיפים 1-17
- ב. חלק כללי סעיפים 18-90
  - ג. עבירות סעיפים 91-505
7. סכיף 34כג

## שאלת ההפלה

בשאלת ההפלה צריכים לקחת בחשבון 2 גורמים:

- אוטונומיית הפרט
- טובת הכלל

על פי אוטונומיית הפרט יש להשאיר בידי הפרט את החירות לפעול בחופשיות מבלי שהשלטון יתערב בבחירותיו. העיקרון הזה בא להגן על זכות הפרט, למנוע שימוש מופרז בכוח השלטון. נגביל את אוטונומיית הפרט כאשר הפרט גורם נזק לאדם אחד. על פי עקרון הנזק, מוצדקת לצמצם את תפקידו של המשפט הפלילי למניעת התנהגות שהיא מזיקה לאחרים. את העקרון הזה הגה ג'ון סטיוארט מיל. על עוד אדם לא פוגע במישהו אחר צריך לאפשר לו לפעול בחופשיות. המשפט הפלילי אוסר על התנהגויות שגורמות נזק עצמי, המשפט הפלילי מגביל את חופש הפרט לא רק כלפי הפגיעה באחר אלא גם כלפי פגיעה עצמית (=פטרנליזם). פטרנליזם- הגבלת חופש האדם מפי פגיעה עצמית ע"י החוק למשל: הימורים בלתי חוקיים, סמים בצריכה עצמית, חבישת קסדה. אפשר להציק חקיקה פטרנליסטית גם על פי עקרון הנזק. טובת הכלל- אינטרסים שהחברה קובעת בהחלטה דמוקרטית שהם הכרחיים לתפקודה התקין. מדובר ברשימה של ערכים מוגנים המבטיחים שמירה על קיומה של החברה או חבריה למשל: השמירה על שלמות הגוף, שמירה על שלמות הרכוש, שמירה על בטחון המדינה, אלא הם אינטרסים ציבוריים.

שאלת ההפלה זו שאלה של איזון בין אוטונומיית הפרט למול טובת הכלל. לפרט מותר לעשות הכל כל עוד הוא לא פוגע בערכים ציבוריים. כאשר מבצעים את האיזון צריכים לקחת בחשבון 2 שיקולים:

השיקול הראשון- עקרון בדבר היכולת למנוע את הנזק. העובדה שנפליל מעשה מסויים אינה מספיקה, צריכים לבחון אם למשפט הפלילי יש את היכולת לאכוף את העבירה. צריכים לבחון שמדינת ישראל יכולה לאכוף את החוק הזה. למשל חוק איסור עישון בבתים- אוטונומיית הפרט- אין אפשרות לאכוף חוק כזה לכן אי אפשר להפיל במקרה זה. למשל איסור קיום יחסים מיניים של הומוסקסואלים (עד שנת 1988) אין אפשרות לאכוף חוק זה. אי אפשר לאסור התנהגות מסויימת ללא אכיפה.

**השיקול השני**- עקרון השיוריות- בהתאם לעקרון זה יש להשתמש במשפט הפלילי בזמן שאמצעים אחרים אינם מועילים, צריך להשאיר את המשפט הפלילי כפתרון אחרון משום שהמשפט הפלילי הוא הכי דרסטי, הוא משאיר רישום פלילי, תמיד צריך לחפש אמצעים חלופיים שיכולים להגן על העקרונות באותה מידה.

### **הבחנה בין 2 סוגים של עבירות**

**MALA IN SE**- רע כשלעצמו- מדוב בעבירות קלאסיות אוניברסליות אשר רעות מטבע בריאתן, למעשה מדובר בעבירות שנועדו להגן על המוסר: גניבה, שוד, רצח, אינוס.

**MALA PROHIBITA**- רע כי אסור, מדובר בעבירות שאין בהן פגם מוסרי, הן קיימות בחוק רק משום שנאסרו בו במפורש, עבירות שאסור לעשות בכוח החוק: איסור להחנות באדום לבן. העבירות הן עבירות הסדריות (סדר)

אין הגדרה חד משמעית לעבירה- איזה מעשה נפליל, מלומדים רבים ניסו לתת למושג עבירה הגדרה.

לוי ולנדרמן- חוקים משפטיים הגדירו בספרם את המושג עבירה, עבירה היא התנהגות המאופיינת הצתבותן של כל או מרבית קווי האופי הבאים: פגיעה באינטרס ציבורי ובמוסר שבגינה צפוי אדם להענש בעקבות הליך משפטי שהשליטה לגביי סתיחתו, ניהולו ומימוש תוצאותיו מסורה בידי הריבון. הריבון הוא זה ששולט בהליך פלילי (המדינה נגד.. פרקליטות המדינה..). אין משמעות בהליך הפלילי לרשלנות תורמת, לסליחה של הקורבן. התרשלנות תורמת יכולה לבוא לידי ביטוי בוענש אך בסופו של דבר יש 2 דרכים לסיום תיק: זיכוי או הרשעה.

מקורות המשפט הפלילי

המקור הראשון- חקיקה ראשית- החקיקה של הכנסת.  
2 סוגים של חוקים:

• חוק העונשין התשל"ז 1977

• חוקים ספציפיים

חוק העונשין- ניתן לחלק את ההיסטוריה של חוק העונשין ל-3 חלקים, 3 תקופות ציון:

• תקופה ראשונה, התקופה העונתמאנית 1922-1917, האימפריה העותמאנית כבשה את ישראל ב-1517, עבירות פליליות על פי האיסלם- דין השריעה. בשנת 1859 קודד קוד הפלילי העותמאני, היה מבוסס על הקוד הצרפתי.

• תקופה שנייה, התקופה המנדטורית 1948-1922, בסוף מלחמת העולם הראשונה כבשה האימפריה המנדטורית את ישראל, הקוד הפלילי העותמאני המשיך לחול בישראל גם בתקופת המנדט הבריטי עד שנת 1936, בשנה זו חוקקו הבריטים את פקודת החוק הפלילי (פח"פ). החוק נכתב בזיקה למשפט המקובל האנגלי.

• תקופה שלישית, התקופה הישראלית 1948- היום, 1948 קמה מדינת ישראל ופקודת החוק הסלילי נקלטה אל תוך המשפט הישראלי. החוק שחל בישראל בתקופת המנדט יעמוד בתוקפו גם בתקופת הקמת המדינה. במהלך השנים תיקנה ישראל את פקודת החוק הפלילי ( ביטלה את עונש המלקות והמוות) וחוקקה חוקים חדשים, לצד הפח"פ חוקקו חוקים נוספים עד שנת 1977. בשנת 1977 לקחה ועדת חוקה ומשפט של הכנסת את פקודת החוק הפלילי ושילבה לתוכו את כל התיקונים שנערכו עד שנת 1977 ואז יצרה את חוק העונשין התשל"ז, נוסח משולב. לכאורה- חוק ישראלי בשפה העברית, אך זו לא יצירה ישראלית מקורית, זוהי גירסאה משופרת של הפח"פ.

חוק העונשין לא היה יצירה משפטית ישראלית ולכן בית המשפט העליון היה גורם חשוב ומשמעותי שתפקידו היה לפקח על הפסיקה.

בשנת 1994 נתקבל תיקון 39 לחוק העונשין (משנת 1977 ישנם תיקונים וכל תיקון קיבל מספר).

תיקון 39 לחוק העונשין- התיקון הכי חשוב לחוק העונשין, החליף את החלק המקדמי והחלק הכללי של חוק בעונשין. הוא לא החליף את העבירות, רוב העבירות הן עבירות שירשנו מהבריטים.

החלק הכללי והמקדמי- כל העקרונות, הבסיס של חוק העונשין.

### **מבנה חוק העונשין**

חלק מקדמי סעיפים 1-17

חלק כללי סעיפים 90-118- אלו הסעיפים הכי חשובים בדיני העונשין.

יש עבירות מסוימות שאינן מופיעות בספר דיני העונשין לדוגמא: שוהה בלתי חוקי, חוק הטרדה מינית, מיסים, במקרים כאלה נחפש בחוקים ספציפיים.

**סעיף 34 כג'** - סעיף חשוב מאוד, אפ אין בחוק הוראה שקובעת משהו אחר, כל מה שקבוע בחלק המקדמי והכללי יחול על כל עבירה פלילית באשר היא גם אם היא אינה נמצאת בחוק העונשין. מקור נוסף זה **חוקת משנה** - חקיקה שהינה יצירה של הרשות המבצעת, המחוקק הראשי – הכנסת, מסמך רשות מנהלית לחוקק חקיקת משנה אשר יש בה משום נורמה פלילית. תקנות-תקנה הינה דבר חקיקה שהמחוקק הראשי הסמיך גוף אחר להתקין. הגוף האמור הוא מחוקק המשנה שעשוי להיות שר, רשות מקומית וכו'. למחוקק המשנה יש סמכות להתקין תקנות שהן נורמה פלילית. לדוגמא: השר לאיכות הסביבה יכול להתקין שאסור לזהם את האוויר, משעה 23:00 אסור להפריע לשכנים- אלו הן תקנות אך לפעמים התקנות הן נורמות פליליות- מי שירעיש לאחר 23:00 יקבל קנס זוהי נורמה פלילית.

אם קובעים סנקציה פלילית התקנה הופכת להיות עבירה פלילית. לחוקק הראשי אין את הידע שיש למחוקק המשני (למשל ראש עיר) ולכן ניתן לו את הסמכות להתקין תקנות. לפי סעיף 2 בחוק העונשין- המחוקק המשני יכול לקבוע את העונש על אותה תקנה אך העונש לא יעלה על 6 חודשי מאסר, ואם העונש הוא קנס הסכום הינו מוגבל. הגבלה נוספת- אם הקביעה שהתקנה עם עבירה פלילית צריך לעבור ועדה של הכנסת, אפשר לקבוע תקנות אך אם העונש גורם לתקנות להיות עבירה פלילית הכנסת צריכה לאשר זאת.

המקור השלישי- **חוקי יסוד** - חקו כבוד האדם וחירותו. בשנת 1992 קיבלה הכנסת את חוק כבוד האדם וחירותו. החוק נועד לעגן מגילת זכויות אדם חוקתיות, השופט ברק כינה את החוק כמהפכה חוקתית. החוק נמצא מעל כל החוקים. הכנסת העלתה את הרמה הנורמטיבית של אותן זכויות. בפס"ד מזרחי פסק דין מכוון של המהפכה החוקתית- חוק רגיל של הכנסת לא יכול לפגוע בזכויות חוקתיות שבחוק היסוד אלא אם כן הוא עומד ב-4 תנאים הקבועים **הפסקת ההגבלה** (סעיף 8 לחוק האדם וחירותו). למעשה המשטר החוקתי לאחר חוק כבוד האדם וחירותו מבוסס על 2 שלבים פרשניים- **בשלב הראשון** נבחנת השאלה האם דבר חקיקה פוגע בזכות אדם חוקתית, אם התשובה חיובית עוברים **לשלב השני**- בשלב זה נבחנת השאלה האם הפגיעה באותה זכות מקיימת את תנאייה של פסקת ההגבלה:

- א. האם הפגיעה בחוק היסוד היא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת
- ב. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
- ג. החוק נועד לתכלית ראוייה
- ד. פגיעתו של החוק באותן זכויות אדם אינה עולה על הנדרש/ פגיעה מידתית.

סעיף 10- כל החוקים שהתקבלו עד שנת 1992 הם מוגנית מבחינה חוקתית. אי אפשר לבטל אותה בבית המפשט. כל מה שנחקק מ-1992 הילך כפוף לחוקי היסוד. לבית המשפט יש אפשרות לבטל הוראות שנקבעו במסגרת תיקון 39, בית המשפט קונה סמכות מכוח סעיף 10. גם חקיקה שנחקקה לפני 1992 צריכה להיות ברוח חוק היסוד.

- הקשר בין חוקתי לדיני עונשין:
  - דיני עונשין פוגעים במהותן בזכויות אדם חוקתיות, האיסור הפלילי פוגע בזכות החוקתית לחירות. גם הענישה פוגעת בחוקי אדם חוקתיות (למשל מאסר). מותר לפגוע בחוקי האדם החוקתיות כל עוד הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה.

## **פסיקה**

לא הוכחה פסיקת בית המשפט כמקור לגיטימי ליצירת נורמה פלילית, הרשות השופטת היא אמור ליישם את המדיניות שקבע המחוקק והיישום הזה אינו כולל סמכות ליצור הסדרים חדשים לדיני עונשין. אין סמכות לקבוע ענישה חדשה. במסגרת הפרשנות השיפוטית של בית המשפט לא מן הנמנע לבחון האם פרשנות שיפוטית רחבה אינה יוצרת נורמה פלילית חדשה בפועל השונה מאוד במהותה מן הנורמה הפלילית הקיימת טרם החלת הפרשנות השיפוטית הרחבה.

**פס"ד סילגדו**: השאלה המשפטית הנידונה בסלגדו- האם כל הוראת חוק פלילית הקובעת עבירה פוגעת בזכות אדם חוקתית? בפס"ד ניסו לתקוף את סעיף 34א שחוקק בתיקון 39. כל השלושה מורשעים בעבירת שוד. אחד מואשם ברצח, 2 האחרים הורשעו בעבירת הרצח בסעיף 34א לחוק העונשין שדן בעבירה נגררת.

נחקק ב-1994 ואפשר לבטל אותו כי הוא פוגע בזכות החוקתית של האדם. גם המשדל וגם המייסע ישלמנו בחירותן על הפשע. בסילגדו טענו ה-2 הנוספים שהעונש פוגע בחירות שלהם באופן לא מידתי.

לפי השופט ברק: קובע לפי שלב א' כל הוראת חוק פלילית המאפשרת להטיל על אדם עונש מאסר פוגעת בזכות החוקתית של האדם.

בשלב השני בודק ברק את התנאים של פסקת ההגבלה:

- א. הפגיעה היא בחוק
  - ב. הפגיעה נועדה לתכלית ראויה- ההבדל בין מקרה לבין אחד שהולך לבצע שוד – צריכים לקחת בחשבון שהעבירה תדרדר לעבירה אחרת, השניים הנוספים לא עצרו את סילגדו, האם אשמים לעבירה.
  - ג. הולמת את עריכה של מדינת ישראל
  - ד. הפגיעה היא מידתית- על כל אחד מהשותפים לשוד מטיילים עונש אחד, כולל המשדל והמסייע.
- סעיף 34 פוגע בזכות החירות אך עומד בפסקת ההגבלה.

לפי השופטת שטרסברג כהן, חלקה על דעתו של ברק בשלב הראשון ואמרה שהחירות של אדם לפגוע בחברה/באחר לא מעוגנת בחוק כבוד האדם וחירותו לכן חוק 34 הוא חוקתי.

### סעיפים חשובים בדיני עונשין: סוף 35, 24 ו-34 כ"ג

סעיף 35- כל העונשים הקבועים בחוק הם עונשי מקסימום.  
סעיף 24- מסווג את העבירות לפי העונש שלהם, לפי מידת החומרה לפי 3 קטגוריות: חטא, עוון ופשע

**חטא**- עבירה שהעונש הקבוע בצידה עד 3 חודשים כולל

**עוון**- מעל שלושה חודשים עד שלוש שנים כולל (למשל סעיף 304 מוות ברשלנות)

**פשע**- מעל שלוש שנות מאסר

סעיף 34 כ"ג- הסעיף שמכיל את כל המקדמות של החלק המקדמי והכללי, חל על כל העבירות באשר הן גם אם אינן מופיעות בחוק דיני עונשין.

### עקרון החוקיות (סעיפים 1-6)

- מהות של עקרון החוקיות
  - הנגזרות/ ההבטים של עקרון החוקיות
1. עבירות על פי חוק בלבד והאיסור על חקיקה שיפוטית
  2. איסור על ענישה למפרע (סעיף 3)- הכלל וחריגיו
  3. פומביות החוק (פס"ד הלנה תורגמן)
  4. בהירות החוק (פס"ד אש"ד וואנונו)

עקרון החוקיות מהווה עקרון יסוד במשפט הפלילי בישראל ובכל שיטות המשפט המודרניות. הנגזרות של עקרון החוקיות מצויים בסעיפים 1-6 לחוק העונשין. פרופסור פלר מגדיר את עקרון החוקיות בספר שלו והוא קובע- אין עבירה ואין עונש אלא על פי חוק שעמד בתוקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה. המשמעות של העקרון הזה הוא הטלת איסור על הריבון להעניש בשל התנהגות אלא אם כן היא נאסרה קודם לכן בחוק תקף. אפשר למצוא את עקרון החוקיות כבר במשפט העברי הקדום- "אין עונשין אלא אם כן מזהירים"

### מהם הטעמים המרכזיים העומדים בבסיס עקרון החוקיות

1. הגינות- הריבון יאנו יכול לצפות מהפרט לכלכל את צעדיו בהתאם לחוקים שלא היו קיימים בעת ביצוע המעשה או בהתאם לחקיקת סתר.
2. שמירה על התכלית החינוכית של דיני עונשין, עקרון החוקיות מבטיח את השגת מטרתם החינוכית של דיני עונשין ושמירה על היותם כלי לחינוך הציבור ולהעברת מסרים על ידי קביעת נורמות המגדירות את האסור בחברה והזהרת הציבור מפני הפרתן.
3. חשש מפני שרירותו של הריבון והצורך להגן על זכויות הפרט. לנוכח הכוח העצום של הריבון למול החולשה של האזרח הקטן, עקרון החוקיות מאזן בין הכוח של הריבון לחולשה של האזרח, עקרון החוקיות אומר למדינה שהיא יכולה לשים אנשים לדין רק אם ישנו איסור על המעשה שהם עשו. חסם של המדינה לשים לדין אזרחים שמעשהם לא היה אסור בחוק ברגע ביצוע העבירה.

עקרון החוקיות מעוגן בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו.

### הנגזרות של עקרון החוקיות לאחר תיקון 39

1. עבירות על פי חוק בלבד והאיסור על חקיקה שיפוטית (סעיף 1 לחוק העונשין)- עקרון החוקיות מחייב כי עבירה או עונש יקבעו בחוק מפורש או על פיו (חוק מפורש- חוק של הכנסת, על פיו- תקנה/חקיקת משנה).
2. איסור על ענישה למפרע/רטואקטיבית- הנגזרת קבועה בחוק 3 לחוק העונשין, כל הוראה חוקית היוצרת עבירה היא חלה מאותו הרגע ולהבא (מיום פרסומו של החוק או מיום כניסתו לתוקף לפי המאוחר). יחד עם זאת בישראל יש שני חריגים לכלל (חוקים שחלו רטואקטיבית) החוק הראשון לעשיית דין בנאצים ועוזריהם בשנת 1950 ובחוק השני החוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם משנת 1950. החוקים האלה מהווים חריג משום שהחוקים פוסרמו בשנת 1950 כאשר העבירות קרו בשנת 1933-1943, למרות זאת יש הטוענים שלא מדובר בחקיקה רטואקטיבית כי למעשה מה שהנצאים עשו היה אסור תמיד, השלטון הנאצי עבר עבירות כנגד האנושות. ב-1950 חוקקנו בישראל את מה שהיה מחוקק במשפט הבנלאומי.

3. פומביות החוק-באה לביטוי בחובה לפרסם דברי חקיקה פליליים, ענישה על חוק שלא פורסם מהווה ענישה ללא אזהרה. לא מספיק לקבוע שמעשה מסויים הוא אסור, צריכים לפרסם את זה, להביא את זה לידיעת הציבור. האזרח אינו מסוגל לכלכל את צעדיו בהתאם לחקיקה נסתרת, חקיקה שלא פורסמה. ענישה של אדם שלא היה מודע עומדת בניגוד לכללי הגינות בסיסיים. פומביות החוק חל על חקיקה ראשית ועל חקיקת משנה. סוגיה שעלתה בפסיקה מה הדין במצב שבו אדם הועמד לדין בגין עבירה שפורסמה ברשומות אלא שלגביה קיים נוהג מושרש של אי אכיפה, האם הפרט יכול לטעון כי כרף העובדה שהאיסור פורסם ברשומות הוא למעשה כלכל את צעדיו בהתאם לאותו נוהג. פס"ד תורגמן- הלנה תורגמן פתחה בית בושת והעסיקה בחורות שעבדו בזנות, המדינה פתחה נגדה תיק פלילי בגין סרסרות לזנות וניהול בית בושת. בעבר היה סעיף 207 לחוק העונשין שהסעיף קבע שמי שהורשע בעבירות של סרסרות לזנות חובה להטיל עליו מאסר בפועל. בית המושפט המחוזי הרשיע את הלנה תורגמן (6 חודשי עבודות שירות). הלנה תורגמן מערערת לבית המשפט העליון והטענה שלה היא שהיא לא היחידה שמנהלת בית בושת אבל היא היחידה שתפסו- עקרון החוקיות אם תפסו את כולם ואז גם אותי או שאם מעלימים עין תשחררו אותי. תורגמן טוענת שהחוק פורסם אך ברגע שלא אוכפים את החוק נוצר דין כפול, דין בחוק ודין רחוב, אם מעלימים עין אז המשכתי לנהל את העסק. הערעור היה לגבי העונש- אם חייבים להטיל עלי עונש מאסר אפשר להטיל עלי יום/יומיים. השופט אילון בדעת רוב- מתן של יומיים לשושה זה להפוך את החוק ללעג, הסיבה שיש עונש חובה הוא מהסיבה שהעבירה היא חמורה. לגבי הטענה של הלנה לגבי הרשות המבצעת השופט הצדיק אך בגלל עניין של תקציב לא כל העבירות נאכפות. אבל אם כבר המשטרה תפסה את הלנה אז אי אפשר להגיש את הטענה של "למה תפסו דווקא אותי". השופט איילון דוחה את ערעורה
- דעת מיעוט של חשין- עבירה של סרסרות לזנות : פן מוסרי ופן מטרדי. הפן המוסרי- תפקיד של העבירה להגן על המוסר א מנגד ישנו הפן המטרדי- נמצא בבין מגורים, אנשים גרים באותו מקום. 5 שנים שקבועות בחוק מבטאות את הפן המוסרי, כאשר המשטרה הגיעה למכון של הלנה הם סגרו את מכון הלווי בגלל הפן המטרדי, אם המשטרה פעלה לפי הפן המטרדי גם העונש צריך להיות בהתאם- קנס/ מאסר של יום/יומיים. חשין משווה בין דין מחייב לאחר שפורסם לבין דין למעשה שנוצר ע"י האכיפה. מדיניות המשטרה הפך להיות דין "רחוב".
4. בהירות החוק- על פי נגזרת זו הדרישה היא כי החוק הפלילי יהיה ברור וודאי, למעשה מופנית למחוקק בבואו לקבוע עבירות חדשות. נורמה שלא מנוסחת בצורה ברורה עלולה לפגוע בעקרון החוקיות, האזרח לא יכו לכלכל את צעדיו בהתאם לנורמה מעורפלת, לא יכול לדעת אם המעשה שהוא עושה הוא מותר או אסור. צריך לחוקק את הנורמה בצורה ברורה. כשהגרעין המרכזי של הסעיף אינו ברור אז נוכל לטעון שיש פגיעה בעקרון החוקיות.
- דוגמה לנורמה לא מובהרת שבוטלה בשנת 2008 :
- פס"ד ואנונו- השופטת פרוקציה קבעה שדרישת בהירותה של הנורמה הפלילית כחלק מעקרון החוקיות היא בעלת גוון חוקתי במובן זה שאי קיומה עלול לגרור את ביטולו של האיסור הפלילי.
- פס"ד אש"ד מדבר על עבירה שבוטלה "העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית, דינו מאסר 3 שנים", סעיף 198 שבוטל בשנת 2008.
- פס"ד אש"ד ניתן 1954- פקודת החוק הפלילי, עבר רפורמה לחוק העונשין. במקרה זה אש"ד (היום אג"ד) מונופולית בארץ, באחד הימים אחד הסדרנים נפטר בעקבות התפרעות של המונים וביום ההלויה השביתה אש"ד את התחבורה בכל מדינת ישראל משעה 00:15-10:00 (השעות הכי עמוסות) המטרה הייתה ללמד את הציבור לקח אבל המטרה המוצהרת היא שכל הנהגים יגיעו להלוויה. נוצרה תקלה ציבורית והעמידו את אשד לדין בגין העבירה, אש"ד נקנסה והיא ערערה לבית המשפט העליון, השאלה במשפט היא מהי תקלה ציבורית, האם אש"ד עברה עבירה של תקלה ציבורית, אש"ד טענה שלא כי היא רצתה שכל הנהגים וסדרנים יחלקו כבוד לסדרן שנטר ויגיעו להלוויה, בית המשפט טען שהיית תקלת ציבורית מכיוון שהיא מונופולית והיא שבשבה למשך 5 שעות את התחבורה בארץ.
- השופט זילברג- אם המטרה של המחוקק היא להשאיר את העבירה עמומה. זילברג בדעת מיעוט מזכה את אש"ד, אומר שעבירה כזאת צריכה להמחק מדיני עונשין אך זהו תפקידו של המחוקק (בשנת 1954 לא היה סמכות לבית המשפט לבטל חוקים), זילברג פירש את הסעיף בצמצום ולגישתו תקלה ציבורית בסעיף זה היא למעשה היא כשמישהו מחטיא רשות ציבורית, ולכן אש"ד לא עברה תקלה ציבורית.

חשין בדעת רוב מרשה את אש"ד, אש"ד רצתה לדעת למה התווכנו הבריטים שחוקקו את העבירה, חשין הולך למשפט האנגלי ומנסה למצוא מכנה משותף, הגיע למסקנה שאין מכנה משותף וצריכים לבחון כל מקרה לגופו. "כל המקרים אינם סובבים על ציר אחד", אם באנגליה לא הגדירו מהי תקלה ציבורית אז בישראל נגדיר? עבירה רחבה, לא מוגדרת ומנוסחת בצורה לא טובה, חשין אומר שבית המשפט יקבע אם במקרה הזה היית תקלת ציבורית ובמידה וכן העונש יתן כמו עונש באנגליה. אש"ד עברה עבירה ציבורית. פס"ד ואנונו- הוציאו צו שמגביל את תנועותיו של ואנונו, היה קיים חשש שהוא יצא מהכלא הוא ימכור את הסודות. במסגרת הצו היית הוראה שואנונו צריך לתרחק מרחק של 100 מטר ממעבר יהודה ושמרון וחבל עזה (לא ציינו מקומות ספציפים) טענותו של ואנונו היית שהנורמה לא ברורה, לוקה באי בהירות, לא ברור לו מאיזה נקודות עליו להתרחק. השופטת פרוקציה- קיבלה את הטענה של ואנונו, צו המגביל את תנועתו של אדם אשר הפרתו יכול לגרור ענישה פלילית חייב להיות ברור, שאותו אדם לא יכשל בהתנהגותו.

## פרשנות הנורמה הפלילית

### תיאור התפתחות עקרון הפרשנות בפסיקה הישראלית

1. פרשנות מצומצמת ללשון הסעיף ובחירה בפרשנות המקלה עם הנאשם (פס"ד ברנבלט ובר שלום)
2. המעבר לפרשנות המתחקה אחר תכלית החקיקה (פס"ד מזרחי והורוכוב)
3. סעיף 34 כא לחוק העונשין (נחקק בתיקון 39)  
סעיף 5 לחוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם - "מתן יש למסירה של אדם נרדף ליד שלטון עוין בארץ עוינת בתקופת הנאצים דינו 10 שנים מאסר".

### פרשנות מצומצמת/דווקנית

בשלב בראשון מתייחס לניסוח של הנורמה הפלילית ע"י המחוקק. כאשר המחוקק מחוקק עבירה מסויימת חשוב שהנורמה תהיה בהירה ותתרום לבהירות משפטית. פרשנות מצומצמת ללשון הסעיף ובחירה בפרשנות המקלה עם הנאשם - מבחינה פרשנית זאת הייתה השיטה הישנה. תכלית הייתה מקובלת הפרשנות המצומצמת **הפרשנות הדווקנית** אשר העניקה משקל מכריע לטקסט הכתוב, למובן המילולי, המילוני, הפשוט והטבעי של האיסור הפלילי. בתי המשפט בישראל נטו להצמד לטקסט הכתוב, הפרשנות שהטיבה עם הנאשם בהנחה שזאת הדרך הראויה ליישם את עקרון החוקיות במשפט הפלילי. דוגמא לפס"ד ששם בית המשפט יישם את הפרשנות הדווקנית - ברנבלט - היה מפקד המשטרה היהודית-היודנרט בפולין, ברנבלט הואשם בסעיף 5 לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם - לפי סעיף 5 מי שנותן יד לשלטון עוין בארץ עוינת שבמסירת יהודים לנאצים אפשר להטיל עליו עונש מאסר עד 10 שנים. ברנבלט מנע את המעבר של היהודים מקבוצה לקבוצה בדרך הזו הוא מסר יהודים לנאצים. השאלה שעלתה לדיון בבית המשפט העליון הייתה האם ברנבלט עבר עבירה פלילית, אין ספק שהוא מנע מעבר יהודים מקבוצה לקבוצה אך האם זאת עבירה פלילית? האם זאת מסירה? בבית המשפט העליון מפרשים את המילה מסירה, ישנה 2 משמעויות למילה, דרך א' מסירה פיזית ודרך ב' מסירת מידע שמביאה לתפיסת היהודים.

התביעה טענה שמניעת בריחה = מסירה.

השופט חיים כהן-פירש את המקרה כך שאי אפשר למסור יהודים שכבר היו בידי הנאצים. פועל על פי הפרשנות הדווקנית - פירש את המילה מסירה ב-2 דרכים ולכן טוען שברנבלט אינו מסר את היהודים כי מסירה אינה מניעת בריחה, נצמד ללשון החוק.

פס"ד נוסף שהפרשנות בו הייתה בדווקנית - פס"ד מאיר בר שלום, רח' ביאליק ברמת גן בו היה תמרור כי בין השעות 07:00-19:00 תמרור זו נורמה פלילית כמו סעיף חוק. בר שלום החנה רכבו בשעה 13:00 והוא טען כי בעברית מבחינה לשונית יש לקרוא התמרור מימין לשמאל בין השעות 07:00 - 19:00 בבוקר. התביעה באה ומסרה כי מספרים קוראים משמאל לימין, כמו כן התביעה טענה כי זהו רחוב סואן בעיריית רמת גן. לא הגיוני שאסור לחנות בשעות הלילה אלא בשעות הבוקר. בר שלום ערער לבימ"ש המחוזי ולא אישרו לו את הערעור. הגיש בקשת ערעור לבימ"ש העליון וזה מזכה אותו מאחר והרשות בעיריית רמת גן הייתה צריכה לרשום את השעות בין השעות 07:00 עד 19:00 מאחר והם הציבו תמרור לא ברור וכל אחד יכול לפרש אותו אחרת, בימ"ש נצמד לפרשנות המקלה = זו שמזכה את בר שלום.

### פרשנות תכליתית

עד שנות ה-80 הייתה מקובלת הפרשנות הדווקנית, אחרי שנות ה-80 אהרון ברק מונה לכהונת שופט בבית המשפט העליון, הסתמן שינוי בדרכי הפרשנות, השופט ברק הביא עימו תורת פרשנות חדשה - הפרשנות התכליתית.

פס"ד מזרחי היא הדוגמא לכך: מזרחי אסיר בכלא רמלה קיבל חופשה מיוחדת בת 24 שעות ולאחר החופשה אינו חזר, האשימו אותו בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית. מזרחי טען שהוא אינו ברח הוא פשוט לא חזר, ולכן אי אפשר להעמיד אותו לדיון. השאלה המשפטית הייתה האם אסיר המצוי בחופשה ושאינו חוזר לכלא למרות החובה המוטלת עליו, האם ניתן לראותו כמי שברח ממשמורת חוקית. בית המשפט המחוזי זיכה את מזרחי משום שקבע שאי חזרה אינה שווה לבריחה. הפרקליטות ערערה לבית המשפט העליון ושם הורשע מזרחי על פי הקביעה של השופט ברק.

ברק ניגש למשמעות של המונח משמורת חוקית, ישנם 2 משמעויות האחת - מצב עובדתי של המצאות בפיקוח ושליטה לדוגמא: כלא, בית מעצר. השנייה - מצב משפטי מעין סטאטוס של שלילת חופש התנועה, הגבלה נורמטיבית על חירות התנועה.

לאחר שניתח את בריחה ל-2 משמעויות. הפרשנות הראשונה - פרשנות מצומצמת/דווקנית, הפרשנות השנייה - מרחיבה/תכליתית.

השופט ברק בוחר בפרשנות המרחיבה, הפרוש המרחיב את הביטוי משמורת חוקית הוא הפרוש הטבעי והנכון, כשם שהמשמורת היא מצב משפטי ולא דווקא כליאה פיזית כך גם בריחה היא השתחררות שלא כדין מכבלי הנורמה הכובלת בלא שתהיה מלווה בהמלטות פיזית דווקא. עכשיו כשבית המשפט מפרש נורמה הוא אינו מסתכל רק על הפרשנות המילולית הוא מחפש את התכלית, וגם אז הפרשנות צריכה לעלות בקנה אחד עם חוקי היסוד. כאשר המילה עמומה ולא ברורה- מחפשים את תכלית החקיקה. ברק אמר שתכלית החקיקה היא למנוע מצב של בריחה גם פיזית וגם משפטית ולכן בריחה = אי חזרה.

בפרשנות של ברק אומצה גם בפס"ד בורוכוב נגד יפת- הוצאת לשון הרע- עוולה נזיקית ויכולה להיות גם עבירה פלילית. כאשר מישהו מוציא לשון הרע התביעה יכולה להיות אזרחית (פיצוי כספי) או הליך פלילי (עונש מאסר). על פי סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע (עמ' 149) אזרחי- פרסום לשון הרע לאדם אחד או יותר תהיה עוולה אזרחית. סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע- מי שמפרסם לשון רע בכוונה לפגוע הינה עבירה פלילית. בורוכוב היה עוזר מנכ"ל המועצה לשיווק ירקות ויפת היה עיתונאי שפרסם בעיתון הארץ מספר כתבות שנטען שהיה בהם הוצאת לשון הרע. בורוכוב הגיש קובלנה אישית פרטית פלילית נגד יפת לכן בע"פ זה בורוכוב נגד יפת ולא המדינה נגד יפת.

בית משפט השלום מזכה את יפת משום שטוען שאם כבר יש הוצאת לשון הרע היא אזרחית ולא פלילית, אין עבירה פלילית משום שזה במסגרת עבודתו העיתונאית והוא אינו פסם את הכתבות במטרה לפגוע. בורוכוב מגיש ערעור לבית המשפט המחוזי שם עדין יפת מזוכה ומשם מערער בורוכוב לבית המשפט העליון. השופט ברק דן במשמעות המילה "כוונה"- עבירה פלילית נשאת על המונח כוונה. בשלב הראשון ברק מפרש את המונח כוונה- פרשנות אחת, היא רצון לפגוע זאת אומרת שאם נפרש את העבירה על פי פרשנות זו נתפוס רק אנשים שרוצים לפגוע. משמעות שניה, מודעות להסתברות גבוהה כי תתכן פגיעה שקולה לכוונה.

ברק אומר שצריכים לעשות שימוש במילה הנכונה- עקרונות אלה כוללים עקרונות של שוויון, צדק, מוסר, הפרדת רשויות, שלטון החוק, חופש הביטוי, חופש התהלוכה והפולחן, חופש העיסוק, כבוד האדם, טוהר השיפוט, שלום הציבור ובטחוננו, ערכי הדמוקרטיה של המדינה, עקרונות אלה כוללים גם תום לב, צדק טבעי, הגינות וסבירות. ברק אומר שצריך לפנות לתכלית החקיקה- 2 הפרשנויות מצמוצמות ביחד למשפט האזרחי, במקרה הזה צריך לאזן בין הזכות לשמו הטוב של האדם הנפגע לבין חופש הביטוי של הפוגע. חקיקה שאוסרת על לשון הרע היא מגנה על שם הטוב של הציבור אך מנגד היא מגבילה את חופש הביטוי (עקרון יסודי). רק אם זה הדבר נעשה כדי לפגוע מתקיימת עבירה פלילית.

### **סעיף 34 כא**

במסגרת תיקון 39 נחקק **סעיף 34 כא** והיא מסבירה את שאלת הפרשנות של הנורמה הפלילית- כאשר דבר חקיקה המגדיר עבירה פלילית או עונש, נתון לכמה פרשנויות סבירות על בית המשפט לבחור מביניהן את הפרשנות המצמצמת את תחולת האיסור והמאפשרת לנאשם להנות מהסיכוי כי התנהגותו לא תוגדר כעבירה פלילית. אם עומדים על מהות הסעיף עובדים על פי 3 שלבים :

1. יש לפרש את האיסור על פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו- כבוד לטקסט הכתוב. אולם אם לשון החוק מעורפלת, עמומה או רב משמעית הרי שלא ניתן להסתפק במילות החוק ויש לעבור לשלב השני.
2. חילוץ אפשרויות לשוניות המגשימות את תכלית החקיקה. במסגרת השלב הזה במקרים בהם קיים מגוון של משמעויות לשוניות יש לתור (לחפש) אחר תכלית הוראת החוק ולאחר מכן לחלץ מתוך הטקסט את כל האפשרויות הלשוניות שמגשימות את תכליתו. בית המשפט בוחר רק את הפרשנויות שמגשימות את תכלית החקיקה.
3. אם תכלית החוק מאפשרת לפחות שני פירושים סבירים לאיסור הפלילי יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם. פירושה של הוראת חוק לפי הלשון שלה מעלה כמה פירושים וכל אחד מהם הוא פירוש סביר שמגשים את תכלית החקיקה בית המשפט צריך לבחור את הפירוש התכליתי שמטיב על הנאשם.

פס"ד אהובה לוי מדבר על תקנה 169 לתקנת התעבורה- אהובה לוי נהגה עם אוזניה אחת ושוטר טען שהיא עברה על תקנה 169 לחוק התעבורה- לא ינהג אדם ברכב שלאוזניו מוצמדות אוזניות ומחוברות למכשיר המשמיע צלילים. אהובה לוי טענה שהחוק טוען על הצמדת אוזניות (רבים) לאוזניו (רבים) המחוקק אוסר על 2 אוזניות ולא על אחת. בית המשפט השלום בוחר את הפרשנות את אותה תקנה. המידה קבעה שסעיף 5 לחוק הפרשנות קובע שיחיד כולל רבים וההפך. אם נפרש את החוק כי אוזניות ואוזניים זה גם יחיד וגם רבים אהובה לוי עברה עבירה פלילית.

הערעור מגיע לבית המשפט העליון ושם בוחנים את התקנה. התקנה רוצה למנוע מהנהג להתנתק מהסביבה. תכלית התקנה היא למנוע מצב שהנהג מתנתק מהסביבה, יוצא מצב ש2 הפרשנות מקיימות את תכלית החקיקה גם ביחיד וגם ברבים (אוזניה אחת התנתקות חלקית 2 אוזניות התנתקות מלאה).

בית המשפט טוען שיש עדין הבדל בין השניים, שיש 2 אוזניות אתה מתנתק לחלוטין ואוזניה אחת זה כרסום ביכולת הריכוז של הנהג. בית המשפט אומר שאם המחוקק רוצה למנוע כרסום ביכולת הריכוז הוא היה מונע דברים נוספים כגון: שמיעת רדיו, העברת שירים ותחנות, ילדים שצועקים במושב האחורי, אם המחוקק מנע 2 אוזניות הוא רצה למנוע ניתוק מהסביבה. לכן כשיש 2 פרשנויות סבירות צריכים לבחור בפרשנות המקלה עם אהובה לוי ולכן היא מזוכה.

פס"ד אונגרפלד-התנחל בכניסה למשטרת חדרה עם שלט ששוטר מסויים הוא תפוח רקוב משום שיש לו קשרים עם עבריינים, הורשע בבית המשפט השלום בעבירה של העלבת עובד ציבור (סעיף 288 לחוק העונשין עמ' 68), אין עבירה של העלבת אדם את חברו, אך השוטר הוא עובד ציבור. דיון נוסף בבית משפט העליון (9 שופטים) השאלה המשפטית היא מהי העלבה. איזה תוכן יש ליצוק למושג העלבה, כיצד נפרש את המילה העלבה בסעיף 288. העברה מטילה איסור על העברת מסרים: מילים, תנועות, מעשים אלא שהמסרים האלה גם כאשר הם פוגעים ומזיקים נכללים בגדרו של חופש הביטוי. בית המשפט צריך לתת כבוד לחופש הביטוי בעת פירוש המילה העלבה ומצד שני הוא צריך להגן על השירות הציבורי, למנוע מצב שאנשים מעליבים את השירות הציבורי- כמו להעליב את המדינה. מהי התכלית של העבירה הזו-העלבה של שוטר = העלבה של המשטרה = העלבה של המדינה. התכלית של העבירה הזו היא למנוע העלבה של עובד ציבור, היא לא נועדה למנוע מאנשים להעלב. רק משמעות שתקיים את תכלית החקיקה היא תבחר כפרשנות ראויה, תוך פגיעה מינימלית בחופש הביטוי. בית המשפט מגיע למסקנה (השופטת פרוקציה) שיש צורך לעבור מבחן כפול ראשית העלבה מתקיימת כאשר היא מכוונת כלפי ליבת כבודו אישי של העובד כלומר נדרשת פגיעה עמוקה בשמו הטוב של עובד הציבור שיש בה כדי לבזות אותו בעיני אחרים והמבחן השני, מבחן הסתברותי אשר נועד להגביל את תחום התפרסותה של העבירה רק למצבים שבהם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בערך המוגן בעבירה, כלומר וודאות קרובה שהביטויים יובילו לפגיעה עמוקה בתפקוד של השירות הציבורי.

לגבי הביקורת של הפרשנות התכליתית של ברק- ברגע שהיא מרחיבה את האיסור הפלילי אנחנו אומרים שבדרך לא דרך בתי המשפט יוצרים איסורים חדשים.

## היסוד העובדתי של העבירה

1. יסוד עובדתי ACTUS REUS (סעיף 18)
2. יסוד נפשי MENS REA (סעיף 20-22)

כאשר אנחנו באים להאשים להרשיע בעבירה פלילית תמיד צריך קיומם של שני יסודות : עובדתי ונפשי. יסוד עובדתי- בכל עבירה פלילית יש להוכיח עבירה פלילית עובדות שצריך להוכיח כדי להרשיע אדם בעבירה ספיציפי יסוד עובדתי מתייחס לרכיבים הפיזיים של העבירה , המבנה של היסוד העובדתי מעוגן בסעיף 18 לחוק העונשין בנוסף צריך וחיוב להוכיח גם יסוד נפשי-הכוונה למעשה הלך הרוח שליווה את המעשה הפיזי או במילים אחרות יחסו הנפשי המגונה של האדם אשר ליווה את המעשה הפיזי, האשמה, המבנה של היסוד הנפשי של העבירה הינו בחוק העונשנים סעיף 20-22.

**דוגמא:** "הבועל אישה שלא הסכמתה החופשית", יש להוכיח 2 עובדות יסודיות. יסוד עובדתי- להוכיח שהייתה בעילה של אישה אשר לא הסכימה להיבעל. יסוד נפשי- צריכים להוכיח שהבועל היה מודע לזה שהוא בועל אישה ושהוא מודע שהיא לא מסכימה להיבעל.

אי אפשר להרשיע אדם רק על פי מחשבה, חייב להוכיח את היסוד העובדתי, ואי אפשר להרשיע אדם רק על פי יסוד עובדתי חייב להוכיח את היסוד הנפשי, שני היסודות הכרחיים. במשטר דמוקרטי ענישה על מחשבות היא דבר קשה המגביל את חירות האדם באופן בלתי סביר. ענישה על מחשבות עלולה לעודד מימוש מחשבות זדון, משום שאותו אדם יודע שגם ככה יענישו אותו אז עדיף לבצע את המעשה. ישנו קושי ראייתי להוכיח מחשבה.

השופט ברק כתב במאמר שלו (בסילבוס) שישנו כלל שאין עונשין על דברים שבלב מעוגן בחוק יסוד האדם וחירותו, טוען שקשה לחשוב על חוק שיעניש על מחשבה ויעמוד בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד. כל עוד לא מוציאים את המחשבה לפועל אין עונש על מחשבה. ברק קובע שעקרון האשמה מעוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לגישתו חקיקה פלילית המטילה עונשי מאסר בלא לדרוש מחשבה פלילית וללא דרישה של רשלנות תהיה לרוב מעבר למידה הדרושה (לא תהיה מידתית ולא תעמוד בפסקת ההגבלה).

דרישת יסוד הנפשי הוא באה לשרת את עקרון האשם- עיקרון יסוד במשפט הפלילי, אין עבירה בלא אשמה. הדרישה ליסוד נפשי באה לידי ביטוי NULLUM CRIMEN SINE CULPA, רק שיש אשמה נגיד בוצעה בעבירה, לאשמה יש משקל נכבד במישור של התגובה החברתית לעבירות שכבר בוצעו. מידת האשמה מעידה על חומרת העבירה, ככל שהאשמה גדולה יותר ככה העבירה תהיה חמורה יותר והעונש צריך להיות כבד יותר.

**דוגמא:** פקודת הסמים (סעיף 7) אוסרת על החזקת סם מסוכן, "לא יחזיק אדם בסם מסוכן..". היסוד העובדתי- אחריות פלילית רק אם האדם החזיק סם מסוכן היסוד הנפשי- היה מודע לכך שהוא החזיק בסם מסוכן.

**דוגמא:** מגיעים למכולת ומבקשים 5 גרם אבקת סוכר ובמקום זה מוכרים בשקית סם מסוכן. היסוד העובדתי- אחריות פלילית משום שהאדם החזיק סם מסוכן. יסוד נפשי- אותו אדם לא היה מודע לכך שהוא החזיק סם מסוכן ולכן אי אפשר להרשיע אותו.

עצימת עיניים- כאשר הנאשם חשד שמדובר בסמים והוא נמנע מלברר. עצימת עיניים נחשבת ליסוד נפשי ולכן אם מתקיים היסוד העובדתי יש אשמה. אם לא מטילים אחריות פלילית אנשים היו "ראש קטן", אם אותו אדם לא מברר מה הוא קונה, עבור מה הוא משלם, כאילו הוא קנה סמים.

אם לא קיים היסוד העובדתי אך קיים יסוד נפשי – זהו נסיון ולכן מטילים אחריות פלילית. היסוד העובדתי לבדו לא מספיק וגם היסוד הנפשי לבדו לא מספיק מטילים אחריות פלילית רק במקרה ששני היסודות מתקיימים. כל עבירה פלילית צריכים לנתח- לפרק ולבדוק מה היסוד העובדתי? מה היסוד הנפשי? לבדוק האם היסודות התקיימו אצל הנאשם.

### רכיבי היסוד העובדתי של העבירה

סעיף 18 לחוק העונשין- מציג את המבנה של היסוד העובדתי של העבירה. הסעיף לא אומר מהו היסוד העובדתי אלא קובע את המבנה שלו.

1. רכיב התנהגותי

2. רכיב נסיבתי

3. רכיב תוצאתי

חוק העונשין אומר לנו שבכל עבירה ללא יוצא מן הכלל חייב להיות מעשה (רכיב התנהגותי), חוק העונשין נותן מקום לכלל שלא מענישים על מחשבות, אם אין משהו פיזי זאת מחשבה.

רכיב נסיבתי ותוצאתי הם רכיבים אופציונאליים. אם בהגדרת העבירה מופיעים כל הרכיבים או חלק מהם חייבים להוכיח את כל הרכיבים.

לדוגמא: המשקר דינו 5 שנות מאסר

התנהגותי- לשקר

המשקר לחברו וגרם להטעיה דינו 5 דנות מאסר

התנהגותי-לשקר

נסיבתי- לחברו

תוצאתי- הטעיה

אם הרכיבים האלו קיימים חייב להוכיח אותם, אם לא מוכיחים אותם אין עבירה.

בשלב הראשון-נפרק את היסוד העובדתי למעשה, נסיבה ותוצאה.

### הרכיב ההתנהגותי של העבירה- יכול לבוא לידי ביטוי בהתנהגות אקטיבית ובהתנהגות פאסיבית (מחדל)

דוגמא להתנהגות אקטיבית- אמא יכולה להרוג את התינוק שלה בכך שתטביע אותו באמבטיה  
דוגמא להתנהגות פאסיבית- אמא יכולה להרוג את התינוק שלה בכך שלא תניק אותו/תאכיל אותו.

**רכיב התנהגותי על דרך של מעשה-חייב להתקיים בכל עבירה אחרת נעניש על מחשבות. לא תיתכן עבירה פלילית ללא מעשה. המילה מעשה אינה מוגדרת בחוק, סעיף 18 (ב) המחוקק כותב שמעשה זה גם מחדל אך לא מגדיר מהו מעשה. הרכיב ההתנהגותי יכול להתקיים על דרך של מעשה וגם על דרך של מחדל. כשאין הגדרה בחוק הולכים לדעות מלומדים, פרופ' פלר הגדיר מעשה כתרומה גופנית מוטורית אקטיבית של האדם להתהוות העבירה. האיסורים בחוק העונשין מנוסחים לרוב בלשון אקטיבית, לשון של "אל תעשה" והפרתם מבוצעת בדרך כלל על ידי מעשה אקטיבי.**

עבירה יכולה להיות מותנת:

בביצוע של מעשה אחד- למשל סעיף 111 לחוק העונשין, איסור על מעשה אחד.

ברצף של מעשים חלופיים- למשל סעיף 378 לחוק העונשין, או, צריכים להוכיח את אחד המעשים. ברצף של מעשים מצטברים-למשל סעיף 383 לחוק העונשין, גם, להוכיח רצף של מעשים.

**רכיב התנהגותי על דרך של מחדל- לא רק במעשה אקטיבי אלא גם בדרך של התנהגות**

פסיבית, סעיפים הרלוונטיים הם 18(ב)+ג-בהתנהגות אקטיבית מטילים על אדם עבירה על מה שהוא עשה, בהתנהגות פאסיבית מטילים על אדם עבירה על מה שלא עשה, אם יש בדין או בחוזה מסויים קיים חובה ואדם הפר את החובה זהו מחדל.

בעברות מחדליות אפשר להטיל אחריות פלילית רק אם היית על אותו אדם חובה לפעול.

## רכיב התנהגותי על דרך של מחדל

1. מהו מחדל? סעיף 18 (ב) ו-18(ג)
2. סוגי מחדלים  
א. עבירות של מחדל ישיר  
ב. עבירות של מחדל עקיף
3. הקשיים בענישה על מחדל  
א. פגיעה באוטונומיה של הפרט- המחדל כמי שמצר באופן ניכר את האוטונומיה  
ב. קשיי סיווג
4. מהו המבחן המשפטי הראוי להנחה בין מעשה למחדל?  
פרופ' פלר – מבחן המניעה הגופנית  
ד"ר קוגלר – מבחן הפעולה שעומדה בבסיס השרשרת הסיבתית שגרמה לתוצאה  
פרופ' קרמינצ'ר ודר' שגב- מבחן הדומיננטיות
5. המקורות הנורמטיבים של החובה לפעול

## מהו מחדל

רכיב התנהגותי יכול לבוא על דרך של מעשה (לאיים, ליטול, לחנוק) וגם על דרך של מחדל (אם אמא של הניקה את בנה וכתוצאה מכך הוא מת זהו מחדל).  
אין הבדל בין מעשה למחדל. סעיף 18 מדבר על הרכיב ההתנהגותי 18(ב) וסעיף 18 (ג) מדבר על מחדל.  
18(ג)- קובע מהו מחדל- המנעות מעשייה, מחדל פלילי הוא המנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.  
כדי להוכיח עבירה על דרך של מחדל עלינו להוכיח 2 תנאים במצטבר- התנאי הראשון שהיית לנאשם חובה לפעול, התנאי השני שהנאשם הפר את אותה חובה בכך שהוא נמנע מעשייה.  
כאשר החובה נמצאת בדין הוא חוזה ומפרים את אותה חובה זהו מחדל פלילי.  
עבירות של מחדל ישיר- מדובר בעבירות שמנוסחות במקור על דרך של מחדל והן כוללות את כל הביטויים המגלמים את הרכיב ההתנהגותי בעבירה עצמה. עבירה מסוג של מחדל ישיר כוללת את מקור החובה, את המחדל עצמו ואת הסנקציה. עבירה של מחדל ישיר אפשר לעבור אותה רק בדרך של מחדל אי אפשר לעבור אותה בדרך של מעשה.  
לדוגמא סעיף 262 לחוק העונשין- אי מניעת פשע- אפשר לעבור את העבירה רק על דרך של מחדל, אם לא מדווחים על הפשע זהו מחדל.  
עבירות של מחדל עקיף- עבירה המנוסחת על דרך של מעשה אקטיבי אך בהתאם לסעיף 18 (ב) לחוק העונשין ניתן (אם לא נאמר אחרת) להוכיח את הרכיב ההתנהגותי שבה גם על דרך של התנהגות פסיבית. מכיוון שהעבירות הללו מנוסחות במקור על דרך של מעשה ולא על דרך של מחדל הרי שיש להוכיח את קיומה של חובת "עשה" הממוקמת מחוץ לגדריו של סעיף העבירה. לדוגמא סעיף 304- הגורם ברשלנות למותו של אדם- אפשר לעבור את אותה עבירה במחדל- בעבירות של מחדל עקיף צריכים למצוא את מקור החובה ואז צריכים להוכיח שהפרו את אותה חובה וגרמו לתוצאה. רוב העבירות מנוסחות על דרך של מחדל עקיף.  
הקשיים בענישה על עבירות מחדליות

1. פגיעה באוטונומיה של הפרט- מי שמצר באופן ניכר את האוטונומיה של הפרט יותר מאשר התנהגות על דרך של מעשה. בעבירות של מחדל פוגעים באוטונומיה של הפרט כי מגבילים את החירות שלו, רוב העבירות מנוסחות על דרך של מעשה לא פוגעות באוטונומיה של הפרט לעומת זאת כאשר מדובר על עבירה של מחדל- צריך לעשות, יש מקור חובה, עבירה מחדלית פוגעת באוטונומיה של הפרט בכך שהיא מחייב אותו לעשות את אותו מעשה. הטלת חובה רק בסיטואציות מסויימות וכך המשפט הפלילי מצמצם את הפגיעה באוטונומיה של הפרט.
2. קשיי סיווג- נהוג להתייחס למחדל כאפס מעשה, מחדל זה כאשר אדם לא מפעיל תנועת גוף, בדרך כלל נצליח לסווג את המקרה. הסיווג בין מעשה למחדל חשוב משום שמדובר במעשה לא צריך להצביע על מקור חובה. כאשר מדובר במעשה מעמידים לדין אך במחדל אם לא מצביעים על חובת עשה אי אפשר לטעון שזוהי עבירה פלילית.  
כשאר ההבחנה היא כל כך חשובה וקיימים קשיי סיווג- לצורך זה יש דעות של מלומדים והם עוזרים לאבחן בין מעשה למחדל. בחוק העונשין אין הגדרה ברורה למהו מחדל.  
מהו המבחן הראוי לאבחן מהו מעשה או מחדל.  
**פרופ' פלר** הציע את מבחן התנועה הגופנית- מעשה מוגדל כהוצאת אנרגיה פיזית, כתנועת גוף ואילו המחדל מוגדל כאי ביצוע פעולה כלשהי. מה שמאפיין את המחדל לפי פלר היא

ההתנהגות הפסיבית. לפי פלר ניתוק ממכונת הנשמה זהו מעשה. המבחן של פלר לא עונה על כל אותם מקרה ביניים.

**ד"ר קוגלר** מציע מבחן הנסמך על הפעולה שעמדה בבסיס השרשרת הסיבתית שגרמה לתוצאה- לפי קוגלר צריך לבדוק מהי הפעולה שעמדה בבסיס השרשרת הסיבתית, אם הבסיס הוא אי הנעת שרירים אזי מדובר במחדל לעומת זאת אם הבסיס הוא הענת שרירים, פעולה אקטיבית לא חשוב מה היו הפעולות אחר כך ומדובר במעשה.

**פרופ' קרמיצר וד"ר שגב** מציעים מבחן משולב שאותה הם מכנים מבחן הדומננטיות, לפי המבחן הזה הם אומרים שעלינו לזהו את ההתנהגות הדומיננטית לאור בחינת האירוע כולו, תוך התחשבות בכל השיקולים המהווים את הבסיס לאבחנה בין מעשה למחדל.

### המקורות הנורמטיבים של החובה לפעול

בעבירות מחדליות ניתן להטיל אחריות פלילית רק כאשר המחדל/ ההתנהגות הפסיבית היא בניגוד לחובת "עשה". בכל עבירת מחדל יש להצביע על מקור החובה. החובה לפעול היא למעשה מונח מפתח בעבירות מחדליות. יש צורך בחובה לפעול משום שאם היא אינה הייתה קיימת היה ניתן לייחס את העבירה מבחינה אובייקטיבית לכל העולם. אנחנו נטיל את האחריות הפלילית רק למי שיש לו את החובה לפעול. החובה לפעול קיימת רק בנסיבות מסוימות כלפי אנשים מסויימים במצבים מסויימים. בעבירות של מחדל עקיף החובה לא נמצאת בסעיף ולכן צריכים למצוא את אותה חובה.

1. חובות עשה הקובעות בדיני העונשין סעיף 322-326 – מטילים חובת עשה מפורשת, הסעיפים קובעים חובות עשייה בלבד כאשר אי מילוי אחת החובות הללו עשוי להיות רכיב התנהגותי פסיבי של עבירות נגד חיי אדם, גופו או בריאותו. באופן כללי אפשר לומר שסעיפים אלה עוסקים בחובות עשה הנובעות מזיקה מיוחדת של העושה לאדם אחר (קטין או חסר ישע) או למקורות הסכנה לדוגמא- חפץ מסוכן. בסעיפים אלה אין סנקציה משום שאינם חוקי איסור (עבירות) אלא מדובר על חובות עשה, במחדל עקיף אין מקור חובה וסעיפים אלה הם מקור החובה לכן אין סנקציה.
- סעיף 322**- אחריות לחסר ישע- מטיל חובת הספקה צרכי מחייתו של מי שמחמת גילו, מחלתו או ליקויו הרוחני אינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו. מי שאחראי על חסר ישע חייב לדאוג לו. אם אדם לקח על עצמו לדאוג לאדם מסויים, גם אם אותו אדם התנדב לטפל באדם חסר היישע.
- סעיף 323**- אחריות הורה לקטין- כל ההורים חייבים לספק לקטין את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו.
- סעיף 325**- חובת הממונה על מעשה שיש בו סכנה- מי שנותן טיפול רפואי או כירוגי לאדם, חייב להיות מיומן וחובה עליו לפעול בזהירות. (פס"ד רוס)
- סעיף 326**- חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה- מי שבאחריותו דבר נייד/ נייח בין אם חי או דומם עליו לנקוט מידה סבירה של זהירות.

## מקורותיה הנורמטיביים של החובה לפעול

- א. חובות עשה הקבועות בחוק העונשין (סעיף 326-322).
- ב. חובות עשה הקבועות בדין האזרחי  
מצדדים: פרופ' פלר, פרופ' מרים גור אריה, ש' זילברג בפס"ד מלכה, ש' דבלין בפסק דין לורנס, פס"ד שכטר ש' עמית בפס"ד + מיני וסימון.  
מתנגדים: ד"ר קוגלר, ד"ר שגב בפס"ד ויצמן.
- ג. חובות עשה הקבועות בחוזה ופסק דין לב, פסק דין DAVIS, פסק דין PITTWOOD.
- ד. חובות עשה הנוצרות עקב יצירת מצב מסוכן (פסק דין לורנס פרידמן).
- ה. חובות עשה פסיקתיות (טרושין – בוויצמן פס"ד גילה)

### חובות עשה הקבועות בחוק העונשין סעיפים 326-322

- סעיף 322** - אחריות לחסר ישע- מטיל חובת הספקה צרכי מחייתו של מי שמחמת גילו, מחלתו או ליקויו הרוחני אינו יכול לספק לעצמו את צורכי חייו. מי שאחראי על חסר ישע חייב לדאוג לו. אם אדם לקח על עצמו לדאוג לאדם מסוים, גם אם אותו אדם התנדב לטפל באדם חסר הישע.
- סעיף 323** - אחריות הורה לקטין- כל ההורים חייבים לספק לקטין את צורכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו.
- סעיף 325** - חובת הממונה על מעשה שיש בו סכנה- מי שנותן טיפול רפואי או כירורגי לאדם, חייב להיות מיומן וחובה עליו לפעול בזהירות. (פס"ד רוס)
- סעיף 326** - חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה- מי שבאחריותו דבר נידד/ ניח בין אם חי או דומם עליו לנקוט מידה סבירה של זהירות.

### חובות עשה הקבועות בדין האזרחי

סעיף 18 (ג) מדבר על חובה מתוקף חוזה או דין, הגדרת דין לצורך איתור חובה לפעול כוללת דין פלילי, מנהלי, אזרחי. כל דין לא רק בחוק העונשין. מכאן אנחנו רואים שהמחוקק כותב בסעיף 18 (ג) המחוקק מפנה אותנו לא רק לדיני עונשין אלא לכל דין. בפסיקת בית המשפט בעליון ובספרות המשפטית ניתן למצוא התייחסויות סותרות באשר לשאלה האם ניתן להשתמש במקורות חובה מהדין האזרחי.

כשרוצים לשאוב חובות עשה מהדין הנזיקי מתעוררת מחלוקת.  
בדיני נזיקין, צריכים להוכיח 3 תנאים:

1. חובת זהירות מושגית- האם בכלל קיימת חובת זהירות בין צדדים מהסוג הנידון.  
לדוגמא: בין רופאים למטופלים, מורה כלפי תלמידים, בעל בריכה כלפי השוחים, מעבדי כלפי עובדים.
2. חובת זהירות קונקרטית- בודקת אם ישנה חובת זהירות קונקרטית ספציפית בין המעוול הספציפי לבין הנפגע הספציפי.
3. גרימת נזק + קשר סיבתי

**מצדדים** בייבוא חובות עשה מדיני הנזיקין: פרופ' פלר סבור כי כל חובה סטטוטורית לפעול די בה כדי להשלים התנהגות פסיבית לצורך התהוות עבירה פלילית. פלר אומר נניח שיש לנו מפעל שמזהם את הסביבה ואחת הסנקציות היא סגירת המפעל, נניח שכתוצאה מהזיהום אחד הילדים שגר בקרבה חלה בלוקמיה- פלר אומר שלא יעלה על הדעת שנסגור את המפעל לאחר שילד חלה בלוקמיה, צריכים לשאוב את החובה הזאת לדין הפלילי.

כמו פלר גם פרופ' מירי גור אריה סבורה כל פלר- אין כל מניעה לייבוא חובות עשה מתחומים שמחוץ למשפט הפלילי תוך שהיא מתייחסת לחובת הזהירות המושגית שבדיני הנזיקין אלא שפרופ' מירי גור אריה אומרת שנוכח עקרון החוקיות יש להגביל את אימוצה של חובת הזהירות המושגית לאותם מקרים בהם כבר הוכרה בעבר קיומה של חובת זהירות מושגית בסוג היחסים הספציפי שבין הנאשם לקורבן.

השופטים קדמי ושטרסברג כהן בפס"ד שכטר הביעו את דעתם שלאחר תיקון 39 ניתן לשאוב חובות עשה מדיני הנזיקין. הגישה לפייה עוולת הרשלנות בדיני הנזיקין יוצרת מקור חובה למחדל פלילי הוקרה לפני תיקון 39 – פס"ד מלכה בית המשפט קבע שלשם הרשעה בגרימת מוות

ברשלנות הקבוע די אם העושה הפר את חובת זהירותו כלפי הקורבן במידה שהייתה מחייבת אותו בתשלום דמי נזק אילו הוגשה נגדו בשל אותו מעשה רשלני תביעת נזיקין אזרחית.

פס"ד לורנס- רולטה רוסית, השופט דב לוין מתייחס לאפשרות להרשיע את לורנס בגרימת מותו של אחד המשתתפים על דרך של מחדל בכך שהוא נמנע מלהפסיק את המשחק. השופט דב לוין קבע שקיימת חובת זהירות מושגית בין משתתפים במשחק מסוכן והוא גזר את הדוקטרינה הזאת מדוקטרינה נזיקית מקובלת לפיה מי שיצר את הסיכון נושא בחובה להסיר אותו.

**המתנגדים :** דעה לפיה אפשרות להתבסס על חובות עשה מהדין האזרחי בעייתית וספק אם היא ראויה וזאת בשל החשש מהרחבת יתר של האחריות הפלילית והן בשל החשש לפגיעה בעקרון החוקיות.

פרופ' קרמינצ'ר וד"ר שגב סבורים כי קליטה גורפת של מקורות חובה מכל תחומי הדין ללא סלקציה בניהן היא בעייתית מ-2 היבטים :

1. השאיבה יוצרת קושי מבחינת עקרון החוקיות בפן המעשי שלו- היכולת של האזרח להיות מודע למה שאסור או מותר. הפניה גורפת לכל דין היא אולי עמידה בעקרון החוקיות במובן הפורמלי אך קשה מאוד לראות בכך הדרכה של ממש לאזרח.
  2. עניינו בסכנה הטמונה בהרחבת יתר של האחריות הפלילית האמורה להיות שיוויון. אם לוקחים חובות מהדין האזרחי לדין הפלילי מרחיבים בצורה לא מידתית את המשפט הפלילי (מאמר 1999 על המחדל, בשנת 2005 קרמינצ'ר כתב מאמר נוסף והביע דעה מרוככת יותר, במאמר משנת 2005 קרמינצ'ר לא שולל את השימוש בחובת הזהירות המושגית בדיני הנזיקין כמקור חובה לאחריות פלילית ואם הפסיקה פיתחה עוולה חדשה יש להכיל אותה מכאן ולהבא).
- ד"ר קוגלר עמד אף הוא על הבעייתיות עליה הצביעו קרמינצ'ר ושגב במיוחד בהקשר להכרה בחובת עשה המבוססת על עוולת הרשלנות (עוולת הרשלנות מעוגנת בסעיפים 35-36 בדיני נזיקין) השופט חשין בפס"ד ויצמן- הרשיעו אותם בסיוע להפקרה, מי שמפקיר אדם זה מי שנוהג ברכב, בפס"ד הנ"ל האשימו את השלושה נוספים במחדל- סיוע במחדל לעבור עבירת הפקרה. בית המשפט אומר שגם כשאנחנו נוסעים ברכב (לא נוהגים) חלה עלינו חובה. חשין מודע לכך שצריכים לקחת חובות עשה אך לא בצורה מכנית לפני שלוקחים את החובה לדין הפלילי צריכים לראות האם זה צודק. יש הבדל בין פיצוי כספי לבין מאסר.

#### חובות עשה הקבועות בחוזה

לגבי חוזה אין מחלוקת שהוא מהווה מקורה חובה לעבירה מחדלית כי כך קבע המחוקק. בפס"ד לב נדונה אחריות של מנהלים לזיוף של תעודות שקילה של אבנים (מטענים) אשר בוצעה ע"י העובדים שלהם. המנהלים ידעו על הזיוף ולא עשו דבר. בית המשפט קבע שהאחריות של המנהלים נובעת מ-2 מקורות- יחסי עובד מעביד והשני התחייבות חוזית של החברה כלפי החברה עימה היא נקשרה וכלפיה בוצע הזיוף.

חוזה יכולה לנבוע מתוך חוזה מפורש לעיתים חובה יכולה לנבוע מחוזה מכללא (משתמע) – אין באמת חוזה כתוב אך לכולם ברור שיש חוזה בעל פה, גם אם אין חתימה. פס"ד דיוויס- דיוויס גרה עם אמה, האם הייתה נכה וסנילית והבת טיפלה באם. לאם לא הייתה עזרה מלבד הבת. יום אחד מצאו את האם ללא הבת באחד החדרים בדירה והיא מתה לאחר מכן בבית החולים. בנתיחת הגופה התברר שהאם קפאה למוות והיא לא אכלה במשך 30 ימים ולא הכניסה נוזלים לגופה במשך יומיים. הטילו אחריות פלילית במחדל על הבת. את מקור החובה מצאו בחובה חוזית- קיים חוזה בין הבת לבין האם, הבת טענה שלא קיים חוזה כתוב, אך בית המשפט טען שנוצר חוזה משתמע. גם חוזה משתמע יכול להטיל חובה משפטית של הבת לטפל באמה, וברגע שהיא הפרה את אותה חובה אפשר להטיל עליה אחריות פלילית. חובה יכולה לצמוח גם בין מי שאינם צדדים לחוזה – למשל בפס"ד פיטווד- היה שומר מחסום רכבת, פיטווד הרים את המחסום והלך לאכול צהריים, עגלה עם עגלון הגיע באותו זמן עם הרכבת והעגלון נדרס, האשימו את פיטווד בגרימת מוות במחדל. בית המשפט טען שחוזה יכול להטיל חובות גם מי שהוא אינו צד לחוזה, החוזה נועד למנוע את מותם של הציבור הרחב.

#### חובות הנוצרות עקב יצירת מצב מסוכן

הדוקטרינה של חובות הנוצרות עקב יצירת מצב מסוכן טוענת שמעשה שיצר מצב מסוכן של פגיעה באינטרס מוגן לאחר שנודע לו את אשר אירע יכול היה לפעול ולמנוע את התרחשות הנזק אך הוא נמנע מלעשות כן. במקרה זה מכוח הדוקטרינה האמורה חלה עליו החובה למנוע את התרחשות הנזק ואם הוא לא פעל לשם כך ניתן להרשיעו בעבירה הנידונה.

ביחס לחובה ישנה התייחסות מפורטת בפסיקה, יצירת מצב מסוכן מטילה אחריות לנטרל את הסיכון (פס"ד לורנס).

השופט דוב לוי קובע שניתן להרשיע את לורנס גם על דרך של מחדל, אפשר לראות בלורנס כמי שגרם למותו של המנוח בדרך של מחדל, השופט דוב לוי יוצר מקור חובה- כאשר אדם יוצר מצב מסוכן עליו לנטרל את המצב הזה. אם הוא לא מנטרל את המצב המסוכן הוא יישא בכל התוצאות שהמצב המסוכן יצר. לורנס היה חייב להפסיק את המשחק וברגע שהוא לא הפסיק את המשחק זה מחדל, חלק מהשופטים ראו המעשה זה מעשה אקטיבי ולעומת זאת דב לוי רואה במעשה זה מחדל.

פס"ד נוסף הוא פרידמן- נאמר באמרת אגב, פרידמן דקר את אשתו ברגל, פגע לה בעורק הראשי, האישה לא הסכימה לקבל עזרה מפרידמן, פרידמן עזב את הדירה והיא דיממה למוות. בית המשפט קובע שפרידמן גרם למותה בהתנהגות אקטיבית. בית המשפט המחוזי קבע שפרידמן אחראי במעשה ולא מחדל. בבית המשפט העליון השופט קדמי קבע שהנאשם פרידמן חב חובת הצלה לאשתו מכוח העמדתה בסיכון ממשי לחייה, ברגע שפרידמן יצר מצב מסוכן הוא היה חייב לנטרל אותו.

כאשר הקורבן מסרב להתפנות לבית החולים- גורם זר מתערב (סעיף 309).

### חובות עשה מכוח פסיקה

סעיף 18 (ג) לחוק העונשין מאפשר לקלוט חובות עשה המעוגנות בדין או בחוזה. על פי לשונו של חוק העונשין לא מאפשר ליצור חובות בהלכה הפסוקה אך ניתן למצוא גישה שונה כפי שהוצגה ע"י חשין בפס"ד ויצמן (עמ' 210). - חובה יוצרת עבירה. בתי המשפט קנו סמכות פורמלית ליצור חובות- הבעיה בהכרה של חובות עשה שבית המשפט יצר אותם- הפסיקה יכולה ליצור חובות (דב לוי יצר מקור חובה בפס"ד לורנס). יש פגיעה בעקרון החוקיות, עקרון החוקיות אומר שכל עבירה צריכה להיות קבועה בחוק, כל עונש צריך להיות קבוע בחוק על מנת שכל אדם מהישוב ידע את מקור החובה. למה בכל זאת קיימת סמכות לבית המפשט- כדי להגיע לתוצאה צודקת לדוגמא פס"ד גילה- הואשם בגרימת חבלה ברשלנות בכך שהפר אמונים ולא מנע את הפשע. בית המשפט קבע שקיימת חובה של מפקד כלפי המפקדים שלו.

### חובת הצלה כללית- חוק לא תעמוד על דם רעד (עמ' 170 בחוק העונשין)

עד שנת 1998 היו בחוק העונשין חובות חקוקות שנובעות מיחסים מיוחדים. בשנת 1998 חוקק חוק בישראל לא תעמוד על דם רעד, מטרת החקיקה היא להגן בישראל את הערך המוסרי והחברתי שמקורו בספר ויקרא (בתורה), החובה היא לסייע להצלת חייו של כל אדם גם כשאין זיקה אליו. בכל החובות האחרות קיימת זיקה בחוק הנ"ל אין זיקה. החוק מורכב מ-6 סעיפים- חובת הצלה והושתת עזרה סעיף 1- חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עניו עקב אירוע פתאומי בסכנה חמורה כאשר לאל ידו להושיט את עזרה מבלי להסתכן או לסכן את זולתו. מי שמתקשר לרשויות (משטריה, כבאות, מגן דוד אדום) או מזעיק אדם אשר יכול להושיט עזרה יראו בו כמי שהושיט עזרה בעצמו. סעיף 4- מי שעובר על הוראות סעיף 1 דינו קנס. החוק הנ"ל הוא חוק מוסרי.

חוק לא תעמוד על דם רעד זהו **מחדל ישיר** סעיף 1 קובע את החובה וסעיף 4 קובע את העונש. אפשר לעבור על החוק רק בדרך של מחדל.

אי מניעת פשע היא עבירה של מחדל ישיר- האם אפשר לקחת עבירה (חובה) שנמצאת בעבירה של מחדל ישיר והפוך אותה למקור חובה למחדל עקיף, לדוגמא, מישהו עומד לתבוע ולא רציתי להציל אותו מקסימום אקבל קנס, אותו אדם תבע ומת, האם אני גרמתי למוות? בגלל שלא הצלתי אותו גרמתי למוות שלו? האם אפשר להטיל עלי אחריות פלילית וליחס את התוצאה? ישנה מחלוקת. ישנן 3 גישות:

1. גישה מרחיבה של ד"ר קוגלר- תומך בדעה המרחיבה שלפיה כל עבירה של מחדל ישיר יכולה לשמש מקור חובה לצורך עבירת הגרימה הרלוונטית, לכן לפי גישתו של קוגלר אין מניעה על הרשעת מרגלית הרשפי בגרימת מותו של ראש הממשלה לשעבר יצחק רבין. זה בכפוף לכך שהוכח היסוד הנפשי של אותה עבירה.
2. הגישה של פרופ' קרמיצר וראם שגב וכן של השופט חשין בפס"ד ויצמן- לפי גישה זו יש לייחס אחריות לתוצאה רק למי שיש לו קשר ייחודי לנזק ע"י קרבה למקור הנזק או לקורבן עצמו ולא למי שמוטלת עליו אחריות כללית להציל בשל הקלעות למקור הסכנה באקראי.

3. גישה ביניים- הגישה של פרופ' פלטצר- בהתאם לגישה לא כל הפרת חובה באשר היא מספיקה כדי להרשיע אדם בעבירת הגרימה הרלוונטית, הכל תלוי בנסיבות העניין.

### הרכיב הנסיבתי של העבירה

סעיף 18 קובע שבנוסף לרכיב המעשה ההכרחי בכל עבירה יתכן שהעבירה תכלול גם רכיב נסיבתי זאת אומרת שתיתכן עבירה ללא רכיב נסיבתי אך אם המחוקק הגדיר בגוף העבירה רכיב נסיבתי חייב להוכיח את הרכיב.

נסיבה- אין הגדרה בחוק העונשין ולכן הולכים לספרות המשלימה פרופ' פלר מגדיר נסיבות כנתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות המהווה רכיב של היסוד העובדתי של אותה עבירה, ללא כל תלות בהתנהגות או בהימנעות ממנה. נסיבה היא חלק מהמציאות האובייקטיבית, עובדה שקיימת במציאות שאינה תלויה בעושה או במעשה. לדוגמא- יושבים בחדר מואר, הרצח בוצע באמצעות סכין הסכין הוא נסיבה, תקיפת שוטר השוטר הוא נסיבה.

מדוע צריכים להוכיח את הנסיבות שכתובות בעבירה- הנסיבות מקנות למעשה את האופי הפלילי שלו, הן צובעות את ההתנהגות בגוון פלילי.

כל מעשה בעולם מתרחש במערכת נסיבתית מסוימת.

צריכים להוכיח רק את הנסיבות שקבועות בהגדרת העבירה. בשלב הראשון צריכים לאתר את המעשה ובשלב השני צריכים לאתר את הנסיבות.

דוגמא- סעיף 273 תקיפת שוטר- התוקף שוטר והתקיפה קשורה למילוי תפקידו- המעשה זה התוקף שוטר זה נסיבה, התקיפה קשורה למילוי תפקידו גם נסיבה.

סעיף 345 א1- הבעול אישה שלא בהסכמתה החופשית- הבעול זהו מעשה, אישה נסיבה, לא בהסכמה החופשית גם היא נסיבה.

תקפידו של הרכיב הנסיבתי הוא להחמיר את הפלילות של ההתנהגות או להקל לדוגמא- עבירת השוד בסעיף 402 לחוק העונשין א.

סעיף 172 לחוק העונשין- הנכנס-מעשה שלא ברשות-נסיבה למקום פולחן או קבורה- נסיבה (בתי עלמין מקום ציבורי) נוהג- מעשה במת- נסיבה

תכלית הסעיף היא להגן על כבוד המת ולא לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות את עדתו. הפרשנות הקניינית היא לא נכונה השופטת בייניש אומרת כי רכיב נסיבה שלא ברשות תבחן עפ"י מבחן אובייקטיבי. מאחר והסעיף בא להגן על הרגשות הדתיים הרי שאין חשיבות כלל לרשות בלשון של בעלות, קניין, אלא- כל כניסה שנועדה במהותה לפגוע ברגשות דתיים בקשר למקום בו מצוי המת תחשב לכניסה שלא ברשות.

## הרכיב הנסיבתי של העבירה

### פס"ד אלבה-

144ב' (א) המפרסם (מעשה) דבר (נסיבה) מתוך מטרה להסית לגזענות (יסוד נפשי) מהו אותו פרסום דבר שיש בו כדי למלא את היסוד העובדתי של העבירה האם דבר שתוכנו אינו גזעני ופורסם במטרה להסית לגזענות עשוי למלא יסוד עובדתי? המדינה טענה שכל דבר גם אם הוא דבר תמים ואין בו הסתה כל עוד זה נעשה תוך מטרה להסית לגזענות זו עברה על סעיף 144ב'. לעומת זאת הסנגור טען שדבר הוא דבר הסתה- רק דבר שהתוכן שלו מסית לגזענות. רק מאמר כזה/ פרסום כזה שהתוכן שלו מכיל קריאה מפורשת המסיתה לגזענות רק בר כזה הוא בגדר עבירה.

מתי עוברים עבירה פלילית? יש מחלוקת משפטית לגבי השאלה הזו. **השופט מצא**: מקבל את הפרשנות של המדינה וקובע שלפי אותה פרשנות המחוקק אסר על פרסום דבר גם אם התוכן אינו מסית, תוך שהוא נעשה במטרה להסית לגזענות. הפרשנות מתחייבת מתכלית העבירה, תכלית העבירה נועדה למנוע פרסומים המסיתים לגזענות ולכן אומר מצא שמרכז הכובד של העבירה אינו בתוכן של אותו דבר שפורסם אלא במטרה של המפרסם.

כאשר יש מחלוקת הולכים להחלטת החוק:

1. המפרסם דבר הסתה לגזענות- דבר הסתה, התוכן מסית
2. המפרסם דבר מתוך כוונה להסית לגזענות- דבר תמים אשר נועד להסית המחוקק בחר את האפשרות השנייה וויתר על האפשרות השנייה. השופט מצא אומר שאם נקבל את הפרשנות של ההגנה שזה רק דבר הסתה זה יכביד על הרשויות ובתי המשפט משום שאז יהיה צריך לבדוק בדקדקנות את התוכן עצמו. לגישתו של מצא כל דבר גם אם זה דבר תמים כאשר הוא נעשה במטרה להסית לגזענות.

**השופט ברק** חלק על גישתו של מצא- אומר שפרסום דבר אינו כולל פרסום דבר תמים. ברק אומר שטקסט שעל פי תוכנו אין בו כל הסתה לגזענות אינו הופך לטקסט אסור רק בשל קיומה של מטרת הסתה. בגישתו של ברק יש 2 שיקולים:

1. הטלת אחריות פלילית על אמירה תמימה המיובאת במטרה להסית לגזענות מתקרבת קרבה מסוכנת להפרת הכלל הבסיסי האוסר על ענישת דברים שבלב.
2. הטלת אחריות פלילית בגין הסתה לגזענות פוגעת בחופש הביטוי, מגבילה את חופש הביטוי אך זה נעשה לתכלית ראויה.

הגזענות פוגעת בכבוד האדם, בסדר החברתי, גזענות יש בה סתירה למהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אם זאת הפגיעה בחופש הביטוי בגין איסור הסתה לגזענות צריכה להיות מידתית.

לדעת ברק הטלת איסור לפרסום הסתה לגזענות כאשר הפרסום הוא תמים לחלוטין והסתה לגזענות היא רק בחשיבתו של המפרסם אומר ברק הטלה כזאת היא מעבר למידה הדרושה. השופט ברק בודק הסתברות לפגיעה בעקבות דבר הפרסום

השופט גולדברג- מטרת ליבה של העבירה היא מטרת המפרסם להסית לגזענות ואילו לתוכנו של הפרסום אין זה מן ההכרח כי יסית באופן ברור לגזענות או שיהיה בעל פוטנציאל הסתה לגזענות אולם חייב שיהיה בו שמץ של זיקה לגזענות לפי גולדברג התוכן צריך להיות קשור לגזענות בין במישרין ובין בעקיפין ולכן זאת עמדת ביניים.

### **המונח שלא כדיון הוא תמיד נסיבה.**

ישנן עבירות מסוימות בחוק העונשין שכוללות את הרכיב הנסיבתי שלא כדיון.

### הרכיב התוצאתי של העבירה

סעיף 18 א קובע את היסוד העובדתי של העבירה רכיב התנהגותי עלול לכלול גם נסיבה (רכיב נסיבתי) ולכלול תוצאה (רכיב תוצאתי) מקום שבו המחוקק מציין בהגדרת העבירה תוצאה מסוימת חייבים להוכיח שהתוצאה נגרמה. יש עבירות שמוטנות בגרימת תוצאה ועבירות שאינן מוטנות בגרימת תוצאה, לדוגמא: עבירות המתה- רצח (300 א) הגורם בכוונת תחילה למותו של אדם, הריגה (298) הגורם במעשה או מחדל אסורים למותו של אדם, גרם מוות ברשלנות (304)- הגורם ברשלנות למותו של אדם. המשותף לכולם שעבירות אלה הן עבירות תוצאתיות- חייבים להוכיח את מותו של האדם. אם התוצאה אינה מוות אי אפשר להטיל על הנאשם את העבירות האלו.

**עבירות גרימה** - עבירה עם רכיב של תוצאה אלא שעבירה זו נעדרת הגדרה מפורטת של מעשה, הגדרת העבירה מתרכזת בתוצאה וכל מעשה שיגרום לתוצאה המנויה בעבירה הוא אסור. עבירות שמרכז הכובד שלהם הוא לא במעשה הוא בתוצאה עבירות אלה נקראות עבירות גרימה. מה שחשוב זה התוצאה לא המעשה. כל עבירות ההמתה הן עבירות גרימה - מרכז הכובד הוא בתוצאה.

עבירות שבהן המחוקק קבע תוצאה מסוימת, אפשר להטיל אחריות פלילית על המעשה רק אם הוא גרם לתוצאה שקבועה בעבירה.

ניתן לסווג את העבירות ל-2 סוגים:

1. עבירה התנהגותית
2. עבירה תוצאתית

עבירה התנהגותית - עבירה המטילה איסור על ההתנהגות כשלעצמה ללא התייחסות לתוצאה - מדובר בעבירות שאינן כוללות ביסוד העובדתי שלהן כל רכיב של תוצאה. העבירות כוללות מעשה או מעשה ונסיבה לדוגמא: עבירת האינוס - הבעל (מעשה) אישה (נסיבה) שלא בהסכמתה החופשית (נסיבה).

עבירות תוצאתיות - עבירה הכוללת במסגרת דרישת היסוד העובדתי שבה גם רכיב של תוצאה. דוגמא: כל עבירות ההמתה.

פלר הגדיר תוצאה כפגיעה בשלמותו, בתקינותו או באיכותו של האובייקט הפיזי של נשוא העבירה. תוצאה לפי פלר מוגבל רק לפגיעה פיזית, מוחשית, ממשית אשר נתון לקליטה למדידה ולהערכה בחושי האדם.

דעה נוספת של פרופ' קרמינצ'ר - מגדיר תוצאה דרך מימד הזמן - מושג התוצאה משתרע על כל שינוי במציאות שהתנהגותו של העושה אמורה לחולל, היינו כל מה שהוא בגדר התחרשות עתידית הוא תוצאה.

פרופ' גבריאל הלוי מגדיר תוצאה בדומה לקרמינצ'ר כנתונים עובדתיים הנובעים מההתנהגות.

לדוגמא - סעיף 415 לחוק העונשין - המקבל (תוצאה) דבר (נסיבה במרמה (מעשה) - עבירה תוצאתית.

לפי פלר זאת עבירה התנהגותית.

לפי קרמינצ'ר וגבריאל הלוי זאת עבירה תוצאתית.

סעיף 288 - העלבת עובד ציבור - עבירה התנהגותית יש בה מעשה ונסיבות.

סעיף 378 - תקיפה - עבירה התנהגותית.

סעיף 334 - עבירה תוצאתית פצע מוגדר בסעיף 34 כד

סעיף 201 - המביא (מעשה) אדם (נסיבה) לידי מעשה זנות (תוצאה) עם אדם אחר

סעיף 249 - המטריד (מעשה) אדם (נסיבה) בנוגע להודעה שמסר האדם (נסיבה) .. בהליך שיפוטי - עבירה התנהגותית

סעיף 368 ג' - העושה (מעשה) בקטין (נסיבה) או בחסר ישע (נסיבה) מעשה התעללות גופנית (תוצאה? נסיבה?)

פס"ד שדה אור - גננת שעבדה בגן ילדים ונהגה לתקוף קטינים הואשמה בעבירה בגין סעיף 368 ג', זיכו אותה מבחינה ראייתית, בית המשפט המחוזי קבע כי העבירה היא עבירה תוצאתית - העבירה כוללת בתוצאותיה התרת עקבות פיזיים או נפשיים. ברגע שהתביעה לא הצליחה להוכיח את התוצאה אי אפשר להרשיע את הגננת.

בית המשפט העליון השופטת דורנר קבעה - התעללות בקטין זוהי עבירה התנהגותית, ניתן לשער מצבים קשים של התעללות אשר אינם מותירים אחריהם סימנים ובכל זאת הם יחשבו כמעשים חריגים ואכזריים ולכן דורנר קובעת שמדובר בעבירה התנהגותית ולא תוצאתית.

סעיף 192 - המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו... בכוונה להפחיד או להקניטו - עבירה התנהגותית - איום.

על אדם - תוצאה או נסיבה? פס"ד גדליהו כהנא - כהנא היה בגרמניה ואיים באמצעות הטלפון על מישוהו מישראל, עלתה השאלה איפה העבירה בוצעה, פירשו את המונח על אדם - לפי בית המשפט שא' מאיים על ב', ב' צריך לקלוט את דברי האיום זה נקרא על אדם. הקורבן קלט את המילים בישראל, הקליטה בוצעה בישראל ולכן יש סמכות שיפוט ואפשר להעמידו לדין בישראל. עבירה התנהגותית - באיום א' צריך לאיים וב' צריך לקלוט את האיום.

ביקורת על קביעת עבירות תוצאה- קיימת ביקורת רבה על קביעת עבירות שיש בהם תוצאה, יש ביקורת שהמחוקק מכליל תוצאה משום שתוצאות הן עניין של מזל, אנשים יכולים לעשות בדיוק אות אותו מעשה עם אותו יסוד נפשי אך בשל מזל נקרה יסתיים במוות נניח ומקרה שני לא יסתיים במוות.

נניח שרובן מכוון את הנשק לעבר שמעון ופעם אחת שמעון לא שם לב והכדור פוגע במצחו, בפעם השנייה הכדור לא פוגע בשמעון והמקרה לא יסתיים ברצח אדם נוהג במהירות 170 קמ"ש במקרה ראשון הוא פגע בהולכת רגל שחצה את הכביש במקרה השני הוא פגע בה ובאותו זמן היה רופא היא קיבלה טיפול מידי והיא לא מתה. עבירות של תוצאה הן מותנות במזל- לא הוגן להתנות אחריות פלילית כאשר התוצאה תלויה במזל.

משיבים לביקורת הזו ואומרים שמבחינה חברתית לתוצאות יש משמעות, יש הבדל בין מקרה יסתיים במוות ובין מקרה שלא. כשיש תוצאה אנחנו שופטים אחרת את המעשה. ברוב המקרים המזל מנוטרל ע"י כך שאנחנו נעמיד לדין את אותו אדם בעבירת ניסיון. דרך אחרת להתגבר על המזל בעבירות תוצאה היא לקבוע עבירות של תוצאה בכוח בשם האחר שלהן- עבירות של העמדה בסיכון.

### **עבירות של "תוצאה בכוח"- עבירות של העמדה בסיכון**

אחת הדרכים להתגבר על המזל היא לנסח את העבירה בדרך שונה לפיה לא נדרוש התקיימות של תוצאה בפועל אלא תנאי בכך שהנאשם התנהג בדרך אשר עלולה לגרום לתוצאה האסורה. מדובר על עבירות שבהם הנאשמים העמידו בסיכון את הערך המוגן, לא צריך להוכיח שהם פגעו בערך המוגן.

מעמידים לדין עצם גרימת הסיכון לא עצם הפגיעה בפועל.

#### **העבירות הללו מנותחות כעבירות התנהגותיות.**

כאשר התוצאה בפועל היא הנסיבה. רכיב נסיבתי של העבירה.

דוגמא : 490 (6)- עבירות רחוב- עוזב (מעשה) או קושר (מעשה) חיה (נסיבה) **באופן שיש בו כדי לגרום להפרעה** (תוצאה בכוח) בדרך ציבורית (נסיבה)

218 לחוק העונשין- העושה (מעשה) בהתרשלות מעשה (מעשה) **העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות** (תוצאה בכוח=נסיבה).

סעיף 338(א) העושה אחת מאלה בדרך נמהרת או רשלנית **שיש בה כדי לסכן חיי אדם** (תוצאה בכוח=נסיבה)

בפס"ד סוצקין- הואשמה במספר עבירות כאשר אחת מהן הייתה סעיף 173(1) לחוק העונשין- מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים דינו.. סוצקין הכינה כרוזים ובכרוזים הופיע ציור של מוחמד בדמות חזיר והחזיר הזה עומד על ספר פתוח על הקוראן. היא נכנסה לחברון ונסתה להפיץ את הכרוזים. הגיע לבית המשפט העליון ובית המשפט העליון דן האם זו עבירה התנהגותית או תוצאתית.

## הרכיב התוצאתי של העבירה- קשר סיבתי בין מעשה לתוצאה (סיבתיות)

1. קשר סיבתי עובדתי

2. קשר סיבתי משפטי

- ריבוי גורמים: משלימים, מצטברים, חילופיים.
- מבחן האלמלא המורחב (קשר סיבתי הסתברות)

צריכים להוכיח שהתוצאה נגרמה בעקבות המעשה, רק אז נוכל לקבוע שהיסוד העובדתי של העבירה התקיים.

קשר סיבתי הוא חלק מהיסוד העובדתי של העבירה.

צריכים לבדוק קשר סיבתי בכל עבירה תוצאתית בלי קשר ליסוד הנפשי.

הדרישה לקשר סיבתית מעוגנת בסעיף 18 לחוק העונשין.

לקשר הסיבתי יש 2 רבדים: רובד עובדתי ורובד משפטי. תמיד מתחילים עם קשר סיבתי עובדתי ולאחר מכן עוברים לקשר סיבתי משפטי.

קשר סיבתי עובדתי- המבחן הראשון לבחינת הקשר הסיבתי הוא מבחן עובדתי הבודק את הקשר הפיזי בין המעשה לתוצאה, הוא בודק היסטורית שהמעשה של הנאשם או ההתנהגות של הנאשם הייתה הסיבה ההכרחית בבחינת "הסיבה שבלעדיה אין" להתרחשות אותה תוצאה, צריכים להוכיח שמבחינה פיזית שהמעשה היה זה שגרם לתוצאה, מבחן האלמלא.

מבחן האלמלא מוכר גם כמבחן "הסיבה שבלעדיה אין"- ללא המעשה התוצאה לא הייתה נגרמת. כאשר בודקים קשר סיבתי עובדתי שואלים את מבחן האלמלא- האם אלמלא התנהגות הנאשם התוצאה האסורה הייתה מתרחשת? (האם ללא אותה התנהגות האם התוצאה הייתה מתרחשת). אם אלמלא התנהגות הנאשם התוצאה לא הייתה נגרמת, כאשר משיבים בחיוב על מבחן האלמלא- הקשר הסיבתי עובדתי מתקיים.

על פי מבחן זה נדרש שהתנהגות הנאשם תהווה את אחת הסיבות בשרשרת הסיבות שהובילו לתוצאה האסורה ואין זה משנה היכן היא מצויה בתוך אותה שרשרת (צמודה לתוצאה או מרוחקת ממנה) אך בלעדי אותה התנהגות התוצאה לא הייתה נגרמת.