

מחברת בחינה

דיני עונשין

ד"ר גיא בן דוד

המרכז הבינתחומי, הרצליה

משפטים וממשל, מסלול א'2

2012 – 2011

נוצר על ידי: איליה ב.

תודות ל: בני בורנשטיין, גונן גרזון, טל איסק, לירון בן-יעקב, ומור גפינוביץ. תודה לשמעון בן זכרי על העלאת מחברת בחינה קודמת של ד"ר בן דוד.

בהצלחה! 😊

תוכן העניינים:

5..... דיני העונשין

5..... מקומם של דיני עונשין במשפט הפלילי

5..... מטרות המשפט הפלילי

6..... הגדרת עבירה

7..... מקורות המשפט הפלילי

7..... חקיקה ראשית

7..... חקיקת משנה

8..... חוקי יסוד

9..... פסיקה

10..... עקרון החוקיות

10..... נגזרות/היבטים של עיקרון החוקיות

13..... פרשנות הנורמה הפלילית

13..... התפתחות פרשנות הנורמה הפלילית

15..... ביקורות על הפרשנות התכליתית

16..... תחולת דיני העונשין לפי זמן ומקום עשיית העבירה

16..... תחולת דיני העונשין לפי זמן ביצוע העבירה

16..... רטרואקטיביות מחמירה

16..... רטרואקטיביות מקלה

17..... תחולת דיני העונשין לפי המקום

17..... זיקה טריטוריאלית

17..... זיקה אקס-טריטוריאלית

19..... יסודות העבירה

19..... מדוע נדרש יסוד עובדתי?

19..... מדוע נדרש יסוד נפשי?

22..... היסוד העובדתי של העבירה (ACTUS REUS)

22..... הרכיב ההתנהגותי

22..... מעשה

22..... מחדל

23..... המקורות הנורמטיביים של החובה לפעול – איפה נאתר חובת עשה?

27..... החזקה

30..... חובת הצלה כללית מכח חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998

30..... הרכיב הנסיבתי ("נסיבות")

31..... נסיבות מחמירות ומקלות

31..... פסקי דין שעסקו ברכיב הנסיבתי של העבירה

32..... סיבתיות - סעיף 18, 309 לחוק העונשין

33..... הרכיב התוצאתי

33.....	שני סוגי עבירות
33.....	מהי תוצאה?
34.....	עבירות של "תוצאה בכח".....
35.....	הרכיב התוצאתי והקשר הסיבתי לתוצאה
35.....	קשר סיבתי.....
41.....	תנאים מוקדמים לנשיאה באחריות פלילית
41.....	קטינות והעדר שליטה
41.....	כשרות מבחינת גיל.....
42.....	היעדר שליטה.....
42.....	אוטומטיזם.....
43.....	אי שפיות הדעת
45.....	לקוי בכושרו השכלי.....
45.....	תוצאות סייג אי שפיות הדעת:
47.....	היסוד הנפשי של העבירה (MENS REA)
48.....	מחשבה פלילית
48.....	כללי: מחשבה פלילית בעבירות התנהגות.....
48.....	כללי: מחשבה פלילית בעבירות תוצאה.....
50.....	עצימת עיניים כתחליף למודעות- סעיף 20 (ג) (1).....
55.....	מחשבה פלילית בעבירות תוצאה
55.....	קלות דעת.....
57.....	אדישות.....
58.....	כוונה.....
59.....	כוונה תחילה בעבירת הרצח:
60.....	הלכת הצפיות- ס'20 (ב)
61.....	תחולתה של הלכת הצפיות על עבירות מטרה:
62.....	הלכת הצפיות בעבירות נגד בטחון המדינה:
62.....	הלכת הצפיות בעבירת הרצח בכוונה תחילה:
62.....	מחשבה פלילית מועברת- סעיף 20(ג)(2)
64.....	אחריות קפידה
65.....	הביקורות כנגד אחריות מוחלטת.....
66.....	המענה לביקורות.....
68.....	עקרון המזיגה
68.....	חריגים לעקרון המזיגה:
68.....	•עבירה מתמשכת –
69.....	•סדרת פעולות עם מטרה אחת –
69.....	•התנהגות חופשית במקור –
70.....	הניסיון לדבר עבירה

70.....	ניסיון צליח:
70.....	היסודות העובדתיים של עבירת הניסיון
71.....	ההבחנה בין הכנה לניסיון.....
72.....	ניסיון בלתי צליח
73.....	סוגי הניסיון הבלתי צליח:
73.....	היסוד הנפשי של עבירת הניסיון (צליחים ובלתי צליחים):
74.....	העונש על עבירת הניסיון
74.....	חריגים לענישת ניסיון
74.....	פטור מאחריות לניסיון.....
76	רשלנות
76.....	הביקורת כנגד הטלת אחריות פלילית בעבירות רשלנות
77.....	יסודות הרשלנות
78.....	עבירת "גרם מוות ברשלנות"- סעיף 304
81	טעות במצב דברים + טעות במצב משפטי
81.....	טעות במצב דברים = היעדר יסוד נפשי!
82.....	טעות במצב משפטי סעיף 34"ט"
82.....	טעות בדין לא-פלילי.....
83.....	הבחנה בין טעות בדין הלא-פלילי לבין טעות בדין פלילי:
83.....	טעות בלתי נמנעת באופן סביר – פירוש ההוראה:
84	צדדים לעבירה (דיני שותפות)
84.....	מבצע סעיף 29
84.....	מבצע בצוותא סעיף 29(ב)-
86.....	מבצע באמצעות אחר סעיף 29(ג).....
87.....	משדל סעיף 30
88.....	ניסיון לשידול סעיף 33
88.....	שידול לשידול.....
89.....	המסייע סעיף 31
91.....	הבחנה בין מבצע בצוותא למסייע
93.....	אחריות נגררת- סעיף 34 א

מקומם של דיני עונשין במשפט הפלילי

- המשפט הפלילי נחלק לשניים - מהותי ודיוני (פרוצדורלי).
דיני עונשין - אוסף כללים המגדירים לנו אילו התנהגויות אסורות (עבירות "אל תעשה" עם סנקציה).
דיני העונשין הם חלק מהמשפט המהותי והם מהווים את הליבה והמהות של המשפט הפלילי.
ההוראות העיקריות של דיני העונשין נמצאות בחוק העונשין התשל"ז-1977 (ישנן עבירות נושאות בעלות מכנה משותף שאינן נמצאות בחוק העונשין אלא בחוק ספציפי. למשל: עבירות סמים- פקודת הסמים, עבירות מס- פקודת המיסים).
מעבר לדיני העונשין אנו זקוקים לכלים נוספים שיסדירו המשפט המהותי:
- **סדרי הדין הפלילי** - כלים להפעלת המשפט המהותי (עיכוב, מעצר, הגשת כתב אישום וכו'). רובם מרוכזים בחוק סדר הדין הפלילי.
 - **דיני הראיות** - אסופת כללים המסדירים הדרכים להוכחת אשמתו של הנאשם (למשל: מי כשיר להעיד?). רובם מרוכזים בפקודת הראיות.

מטרות המשפט הפלילי

המשפט הפלילי נועד להסדיר חיי חברה תקינים ע"י הגדרת התנהגויות מסוימות כבלתי חוקיות באמצעות כללי "אל תעשה" (בפועל- כל שאינו אסור מותר). המפר כללים אלה צפוי לסנקציה עונשית.

תאוריות שונות למטרת המשפט הפלילי (למה מענישים?):

1. **הרתעה** - אישית- מענישים העבריין ע"מ שיסבול וימנע מלבצע העבירה שוב.
כללית - ענישת העבריין מרתיעה גם את הציבור (בעיקר עבריינים פוטנציאליים) מלבצע עבירה דומה.
תאוריית ההרתעה מבוססת על ההנחה שבני האדם רציונליים ולכן יחשבו את תועלת ביצוע העבירה לעומת נזק הסנקציות הפוטנציאליות. מכאן שעונש צריך לעלות בכמותו על רווחי העבריין מביצוע העבירה. ביקורת- מי אמר שבני האדם רציונליים? עובדה שבפועל אנשים מבצעים עבירות!
2. **חינוך הציבור** - העונש משמש כלי חינוכי להעברת מסרים ע"י התווית הגבול התחתון של המותר והאסור בחברה. הטענה היא שדיני העונשין גורמים להפנמת הנורמות הרצויות (לדוג': אב רשך ששכח את בנו באוטו ונענש יגרום לציבור להיזהר יותר במקרים דומים).
3. **שיקום** - מטרתו של המשפט הפלילי היא להחזיר העבריינים למוטב ולהפכם לאזרחים שומרי חוק. לכן העונש צריך להתאים לא רק לעבירה אלא גם לעבריין (מי אנס? למה? מה הנסיבות?). ע"מ להטיל עונש שיקומי יש לגלות את סיבת העבריין לביצוע העבירה (עבריין שגונב מתוך עוני ולא חמדנות צריך להישפט בהתאם ולקבל עזרה כלכלית ע"מ שישתקם ולא יגנוב שוב).
* לבית המשפט לנוער אוריינטציה שיקומית טהורה המשפיעה על העונשים והעבריינים בהתאם.
4. **מניעה** - ענישה מטרתה להגן על שלום הציבור ע"י הרחקת העבריין מהחברה בדרך של מאסר ממושך (מתוך הנחת **רציונליזם** (עבריינות חוזרת)- עבריין חופשי יבצע עבירות אלא אם ישב במאסר).
5. **גמול** - תפקידו של המשפט הפלילי להשית על העבריין עונש שיהווה גמול צודק למעשיו (מידה כנגד מידה- לכל עבירה מחיר).
מכאן השיקול המכריע בעונש גמולי- **עיקרון ההלימה**- העונש צריך להלוט את חומרת העבירה (עבירה קלה- עונש קל ולהיפך).

* תאוריות 1-4 הן תאוריות תועלתניות [גישה תועלתנית- גישה הבודקת הכללים, העקרונות והעונש לפי תועלתן להשגת חברה שומרת חוק (כיצד החברה תרוויח מהעונש)] ואילו תאוריה 5 היא תאוריה גמולית.

* בפועל המחוקק הישראלי לא קבע מטרה מוצהרת לדיני העונשין- יש מקום לשיקול דעת השופטים ולכן בפועל קיימים פערים בענישה.

המשפט הפלילי כתלוי תרבות וחברה

המטרות שהמשפט הפלילי שואף להשיג באמצעות דיני העונשין זהות. ההבדלים העיקריים בדיני העונשין בזמנים, תקופות ומקומות שונים הן בהגדרת העבירות ובמדיניות הענישה. שוני זה הוא פועל יוצא של שינוי גישה והשקפה של המחוקקים המושפעים מהחברה והתרבות בה המשפט מתקיים (לדוג': עבירת הביגמיה בישראל לא קיימת בכמה מדינות אחרות).

גם שינויים באקלים תרבותי/חברתי יוביל לשינוי בענישה (לדוג': בעבר הייתה קיימת בישראל עבירת ניסיון התאבדות (מתוך השקפה דתית- קדושת החיים). ב- 1966 בוטלה העבירה מחוק העונשין היות ולמשפט חדרה גם השקפה דמוקרטית ליברלית שאינה דתית).

גבולות השימוש במשפט הפלילי

המשפט הפלילי נועד לקיים מסגרת חיי חברה תקינים. קיימת משמעות חמורה ונזק כבד לכל סנקציה פלילית ושימוש בה יש לעשות רק כאשר העברין מבצע מעשים אנטי חברתיים חמורים (הפרת הבטחה, שקר ועלבון למשל אינם מובילים לסנקציה).

למעשה הציבור מחליט בעקיפין איזו התנהגות תוגדר כפלילית (=מנוגדת לדין הפלילי, ככתוב בחוק העונשין ושאר החוקים הכוללים עבירות) ע"י בחירת המחוקקים (חברי הכנסת).

הגדרת עבירה

מהי עבירה פלילית? נפנה לפקודת הפרשנות- "מעשה, ניסיון או מחדל שדינם ענישה".
אם כן מהי ענישה? "עונש לעניין עבירה- קנס, מאסר או כל ענישה אחרת" זוהי הגדרה מעגלית! מהי ענישה אחרת?!
חזרנו לשאלת ההפלה- אימתי נפליל מעשה מסוים?
בפועל לא קיימת תשובה ברורה, ככל שנתרחק מליבת חוק העונשין (רצח, אונס וכו') נתקשה יותר להצדיק הפללת מעשה.

לקביעת מעשה כפלילי יש לאזן בין שני שיקולים:

1. **אוטונומיית הפרט**- חירות הפרט לפעול בחופשיות מבלי שהשלטון יתערב בבחירותיו (המטרה היא למנוע שימוש מופרז בכוח השלטון).
2. **טובת הכלל**- אינטרסים שהחברה קובעת בהחלטה דמוקרטית שהכרחיים לתפקודה התקיין. רשימת ערכים מוגנים המבטיחים שמירה על קיום החברה (לדוג': עבירות רצח ותקיפה שומרים על ערך שלמות הגוף, עבירת גניבה שומרת על ערך שלמות הרכוש).

עיקרון הנזק- מוצדק לצמצם את תפקיד המשפט הפלילי רק לשם מניעת התנהגות המזיקה לאחרים.
פטרנליזם- הגבלת חופש האדם מפני פגיעה עצמית ע"י החוק.
ע"פ עיקרון הנזק מעשים הגורמים לנזק עצמי לא נפליל. אם כן, מדוע בפועל קיימת חקיקה פטרנליזית? (חובת חגירת חגורת בטיחות, עבירת שימוש עצמי בסמים וכו').
ניתן להצדיק חקיקה פטרנליזית ע"י עיקרון הנזק- נזק עצמי עשוי להוביל לנזק לכלל (נפגע תאונה אינו יכול לעבוד וצריך שיקום וטיפול רפואי שעולים כסף רב למדינה, צרכן סמים צריך שיקום וגמילה וכו').

אבחנה בין סוגי עבירות:

- **Mala in se** - "רע כשלעצמו": עבירות קלאסיות, אוניברסליות אשר רעות מטבע בריאתן (ברוב שיטות המשפט ישנם חוקים האוסרים עבירות אלו- רצח, אונס, שוד וכו').
- **Mala Prohibita** - "רע כי אסור": עבירות שאין בהן פגם מוסרי כשלעצמן אלא הן קיימות משום שנאסרו במפורש בחוק. (עבירות הסדריות- אסור לחנות באדום לבן וכו').

למעשה אין הגדרה חד משמעית למושג עבירה!

פרופסורים לוי ולדרמן מאמצים בספרם "עיקרים באחריות הפלילית" הגדרת עבירה- התנהגות המאופיינת בהצטברותם של כל או מרבית קווי האופי הבאים: פגיעה באינטרס הציבורי ובמוסר שבגינה צפוי אדם להיענש בעקבות הליך משפטי שהשליטה לגבי פתיחתו, ניהולו ומימוש תוצאותיו מסורה בידי הריבון (המדינה, וזאת כי יש לה אינטרס להגן על הערכים שנקבעו).

מאפייני הליך פלילי:

- אין אפקות למחילת הקורבן (אישה מוכה שסלחה לבעלה המכה לא תוביל להסרת תביעת המדינה היות ופגיעה בה היא פגיעה באינטרס הלאומי).
- אין רשלנות תורמת (כמו במשפט אזרחי).
- הצלחה או חוסר הצלחה בביצוע העבירה מניבים עונש זהה.

מקורות המשפט הפלילי

חקיקה ראשית

- חוק העונשין התשל"ז-1977
- חוקים ספציפיים (כל שלא נמצא בחוק העונשין- פקודת הסמים, פקודת המיסים וכו')

היסטוריה של דיני העונשין בישראל :

דיני העונשין עברו תהפוכות ושינויים במרוצת השנים :

- תקופה עות'מאנית (1517-1922)- האימפריה העות'מאנית כבשה את א"י ב- 1517. בראשיתה שרר בא"י משפט פלילי מוסלמי שברובו היה מבוסס על הקוראן.
- ב- 1859- חוקק הקודקס הפלילי העות'מאני שהיה מבוסס בעיקרו על הקודקס הפלילי הצרפתי שהיה יותר מודרני אך עדיין מושפע מהאסלאם.
- התקופה העות'מאנית הסתיימה עם כיבוש הארץ בידי הבריטים ב- 1917 במלחמת העולם הראשונה.
- תקופה מנדטורית (1922-1948)- הקודקס העות'מאני המשיך לעמוד בתוקפו גם בתקופת המנדט וזאת מכוח סימן 46 בדבר המלך במועצתו על א"י- המשפט הפלילי העות'מאני שהיה בארץ לפני שלטון הבריטים ימשיך להתקיים גם תחת השלטון הבריטי ועניינים שלא הוסדרו במסגרת אותו קודקס יונהגו לפי המשפט האנגלי המקובל.
- ב- 1936 חוקקה פקודת החוק הפלילי (פח"ה)- פקודה פלילית שנכתבה בזיקה לחוק האנגלי ונדדה ממושבה למושבה (כל מקום ששלטו בו הבריטים). היא החליפה לחלוטין את הקוד הפלילי העות'מאני.
- תקופה ישראלית (1948-ימינו)- פקודת החוק הפלילי נקלטה לתוך המשפט הישראלי מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט תש"ח-1948 שקבע שהמשפט שהיה קיים בתקופת המנדט יעמוד בתוקפו ומכוח סימן זה פקודת החוק הפלילי האנגלית הפכה לחוק מחייב בישראל.
- במרוצת השנים נוספו ותוקנו חוקים ועונשים (חקיקה ישראלית מקורית) וב- 1977 ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת לקחה את פקודת החוק הפלילי ושילבה לתוכו את כל התיקונים שנחקקו מ- 1948 ויצרה את חוק העונשין התשל"ז-1977. למעשה זוהי גרסה משופרת של פקודת החוק הפלילי שלא פתרה יותר מדי בעיות קיימות כך שביהמ"ש העליון פיתח בפסיקה את מה שהיה חסר בחוק ובכך השלים והסדיר הלכות. למרות המצב לאורך השנים היו דרישות לחוקק חוק עונשין חדש שלא הניבו פרי אך עם הזמן נעשו בו כמה תיקונים במרכזם תיקון 39 לחוק העונשין (1994) שהחליף את שני החלקים הראשונים בחוק (המקדמי והכללי, בחלק העבירות לא נגעו) כך שלא היו בנויים יותר כאסופת טלאים.

מבנה חוק העונשין :

- החלק המקדמי
- חלק א': החלק הכללי (מבנה האחריות הפלילית)
- חלק ב': חלק העבירות

חקיקת משנה

יצירת הרשות המבצעת- המחוקק הראשי מסמיך רשות מנהלית לחוקק חקיקת משנה. חקיקת משנה מוצאת את ביטוייה באמצעות תקנות של הרשות המנהלית המנוסחות כנורמה פלילית לכל דבר ועניין. תקנה- דבר חקיקה שהמחוקק הראשי (הכנסת) הסמיך גוף אחר להתקין. הגוף האמור הוא מחוקק משנה (לדוג': שרים, רשויות מקומיות).

פקודת סדרי שלטון ומשפט מסמיכה כל שר להתקין תקנות לביצוע חקיקה שבתחום העיסוק של משרדו. סעיף 2 לחוק העונשין קובע שהסמכות להתקין תקנות ע"י מחוקק המשנה כוללת גם סמכות לקבוע עבירות ועונשים. דוגמה מסכמת: המחוקק הסמיך עירייה להתקין תקנות הסדריות והיא קובעת שחנייה באדום לבן אסורה (נורמה פלילית) וגוררת קנס של 500 שקלים (עונש).

בפועל המצב בעייתי היות ומחוקקי המשנה (שרים למשל) אינם נבחרו ישרים כמו חברי הכנסת ולכן קיימות מגבלות לחקיקת משנה :

1. הסמכה בחקיקה ראשית.
2. הגבלת עונש מאסר עד 6 חודשים.
3. תקנות הקובעות עבירות ועונשים דורשות אישור ועדה מועדות הכנסת.

חוקי יסוד

בשנת 1992 קיבלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והחוק נועד לראשונה לעגן בישראל מגילת זכויות אדם מוגנות (יחד עם חוק יסוד: חופש העיסוק). השופט אהרן ברק כינה זאת מהפכה חוקתית. נפקות קבלת החוק בהעלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות אדם מסוימות למעמד חוקתי על חוקי (בפס"ד בנק המזרחי (1995) ביהמ"ש העליון קבע לראשונה כי חוק רגיל של הכנסת לא יכול לסתור את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

החל מ- 1992 המשפט החוקתי בישראל מבוסס על 2 שלבים חוקתיים פרשניים:

- שלב ראשון: על ביהמ"ש לבדוק **האם דבר חקיקה פוגע בזכות אדם חוקתית**. במידה וכן-
- שלב שני: על ביהמ"ש לבדוק **האם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פיסקת ההגבלה** (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). התנאים מצטברים, משמע- הפגיעה צריכה לקיים את כל 4 התנאים:
 1. הפגיעה בזכות היסוד היא בחוק או מכח הסמכה מפורשת לו.
 2. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
 3. החוק נחקק לתכלית ראויה.
 4. פגיעתו של החוק בזכויות האדם החוקתיות אינה עולה על הנדרש (פגיעה מידתית).

במידה וחוק נכשל בשני השלבים (פוגע בזכות אדם ואינו מקיים את פיסקת ההגבלה) הרי שאינו חוקתי.

המהפכה החוקתית השפיעה על כל ענפי המשפט ביניהם גם על דיני העונשין וזאת כי ניתן לטעון כי מעצם טיבם דיני העונשין פוגעים בזכויות אדם חוקתיות (הרי עבירות ועונשים מגבילים את חירות האדם). סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פיסקת שימור הדינים) קובע שהחוק הנ"ל לא יכול לפגוע בחקיקה שנכנסה לתוקף לפני 1992, הוא חל רק על חוקים שנחקקו לאחריו. עם זאת, כדי למנוע מצב שבו חוקים שנחקקו לפני 1992 יפגעו בזכויות אדם, הפסיקה קבעה שהפרשנות לאותם חוקים תיעשה ברוח חוקי היסוד החדשים. חוק העונשין נחקק ב-1977 ולכן חלק העבירות בחוק מוגן אבל שני החלקים האחרים (המקדמי והכללי) שנחקקו במסגרת תיקון 39 (1994) כפופים לביקורת שיפוטית.

שאלה שהעסיקה את ביהמ"ש העליון היא האם כל הוראת חוק פלילית הקובעת עבירה פוגעת בזכויות אדם חוקתיות?

השאלה נידונה בפס"ד **סילגדו** (2002) תוך שביהמ"ש בודק את החוקיות של סעיף 34 לחוק העונשין שנחקק במסגרת תיקון 39 שכפוף לביקורת שיפוטית.

המקרה הוא שוד שהתפתח לרצח: סילגדו ירה למוות בבעל החנות. סילגדו ושני המערערים הנוספים הורשעו ברצח ע"פ סעיף 34 לחוק העונשין הקובע כי המבצעים בצוותא של עבירה שאגב ביצועה בוצעה על-ידי אחד מהם עבירה שונה ממנה או נוספת לה שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשייתה, יישאו באחריות גם לעבירה השונה או הנוספת. המערערים טוענים שהסעיף לא חוקתי כי פוגע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היות ואין להם יסוד עובדתי (לא הם ירו) ויסוד נפשי (לא ידעו שסילגדו ירה) כך שלא יתכן שיואשמו ברצח גם כן.

ביהמ"ש בודק האם הסעיף חוקתי ע"פ השלבים החוקתיים הפרשניים:

השופט ברק שואל האם הסעיף פוגע בזכות אדם חוקתית ומשיב בחיוב- כל עבירה פלילית שבצידה עונש מאסר פוגעת בזכות האדם לחירות. מכאן ממשיך ברק לשלב השני, בודק האם הסעיף עומד בפיסקת ההגבלה ומשיב בחיוב היות והוא מקיים את כל ארבעת התנאים:

1. הפגיעה היא מכח החוק.
2. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל היות והטלת אחריות פלילית על כל השותפים עשויה לסקל את ביצוע העבירה.
3. התכלית ראויה- הגנה על אוטונומיה ושלמות הגוף.
4. הפגיעה בזכויות אדם היא מידתית וזאת כי החוק מטיל אחריות מדורגת על השותפים (כל בעל תפקיד בעבירה נשפט ע"פ מעשיו- למרות שבמקרה סילגדו כולם הואשמו ברצח).

לעומת השופט ברק **השופט שטרסברג-כהן** קובעת שהסעיף לא פוגע בזכות אדם ובכך מסיימת את הבחינה החוקתית כבר בשלב הראשון. היא טוענת שלא כל הוראת חוק הקובעת אחריות פלילית ומאפשרת לנו להרשיע אדם בגין ביצוע עבירה פוגעת בזכויות אדם מוגנות. ספק אם החירות שמוגנת בחוק היסוד היא החירות להתנכר לנורמות חברתיות. לגישה במשפט הפלילי כבר קיים איזון פנימי בין הפגיעה ההכרחית בזכויות הנאשם לבין שמירה על זכויות הקורבן וכל עוד האיזון ראוי אין בכפיית הציות לחוק פגיעה בחירות. **השופט אדמונד לוי** מצטרף לגישה ברק ולמעשה שלושת השופטים קובעים שסעיף 34 חוקתי והעתירה נדחית.

פסיקה

בישראל לא הוכרה פסיקת ביהמ"ש כמקור לגיטימי ליצירת נורמה פלילית (אין לו סמכות ליצור עונשים ועבירות). התפיסה היא שביהמ"ש אמור ליישם את המדיניות שנקבעה ע"י המחוקק. אלא שבמידה וחוק סתום, מעורפל או לא ברור בא ביהמ"ש וע"י פסיקתו ופרשנותו מכתוב מדיניות משפטית ובכך בעצם כאילו כן קובע נורמה פלילית חדשה (ראה פסק דין סילגדו- ביהמ"ש התייחס למושג מעורפל בסעיף 34 לחוק העונשין- "אדם מן הישוב" והחליט שאותו אדם מבין ששוד עשוי להתפתח לרצח).

סעיפים חשובים בחוק העונשין :

- סעיף 34 כג' - מחיל את החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין (תיקון 39) על כל העבירות הפליליות בין אם הן מצויות בחוק העונשין ובין אם מצויות בחוקים אחרים.
- סעיף 24 - מסווג את העבירות ע"פ חומרתן ל- 3 קטגוריות: **פשע** (עבירה שעונשה מעל 3 שנות מאסר), **עוון** (עבירה שעונשה מעל 3 חודשים ועד 3 שנים כולל) ו**חטא** (עבירה שעונשה עד 3 חודשים כולל).
- סעיף 35 (א) - קובע שכל העונשים שכתובים בחוק הם עונשי מקסימום.

סילבוס

עקרונות החוקיות :

חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו
 חוק העונשין, תשל"ז – 1977, סי' 17-1, 34כא.

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
גוף שיתופי לתחבורה משבית את תנועת האוטובוסים.	ע"פ 53/54 אש"ד נ. היועץ המשפטי , פ"ד ח' 785 (1954) (השופט חשין פסקאות 1-4, 16-25 ; השופט זילברג פסקאות 1-9, 16).
מניעה והגבלה מלהגיע לשטחי הרשות הפלסטינית	בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף , תק-על (1)06 320 (2006), סעיפים 1, 20-21
גברת שעסקה סרסרות למעשי זנות והחזקת מקום לזנות.	ע"פ 3520/91 תורג'מן נ. מדינת ישראל , פ"ד מז (1) 441 (1993)
שלושה קשרו קשר לביצוע שוד חנות, שהסתיים ברצח.	ע"פ 4424/98 סילגדו ואח' נ. מדינת ישראל , פ"ד נו (5) 529 (2002)

עקרון החוקיות

מהווה עיקרון יסוד במשפט הפלילי בכל שיטות המשפט המודרניות ובכללן בישראל. לא קיימת הגדרה לעיקרון החוקיות בחוק אך ניתן למצוא את נגזרותיו בסעיפים 6-1 בחוק העונשין. פרופסור פלר (מאדריכלי תיקון 39) הגדיר את העיקרון- אין עבירה ואין עונש אלא ע"פ חוק שעמד בתוקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה. משמעותו של העיקרון הינה הטלת איסור על הריבון להעניש בשל התנהגות אלא אם היא נאסרה קודם לכן ע"י חוק תקף. הצד השני של העיקרון הוא שכל אשר לא נאסר במפורש בחוק בשעת המעשה מותר. (ניתן למצוא את העיקרון כבר במשפט העברי: "אין עונשין אלא אם כן מזהירין").

טעמים לעיקרון:

1. הריבון אינו יכול לצפות מהפרט שיכלכל את צעדיו בהתאם לחוקים שלא היו קיימים בשעת ביצוע המעשה.
2. שמירה על התכלית המניעתית והחינוכית של הדין העונשי (רק באמצעות חוק שפורסם ניתן לחנך ולהרתיע את הציבור).
3. חשש מפני שרירותו של הריבון והצורך להגן על זכויות הפרט.

השופט ברק במאמרו " הקונסטטיטוליזציה של מערכת המשפט" מציין שעיקרון החוקיות לרבות נגזרותיו הוא בעל מעמד חוקתי ומעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (מתבטא בפיסקת ההגבלה). מכאן שעיקרון החוקיות הוא בעל מעמד של חוק יסוד וחוקים לא יכולים לפגוע/לסתור אותו.

נגזרות/היבטים של עיקרון החוקיות

1. עבירות ע"פ חוק בלבד- איסור על חקיקה שיפוטית. עיקרון החוקיות מחייב כי עבירה או עונש יקבעו בחוק מפורש או על פיו (חקיקת משנה)- ע"פ סעיף 1 לחוק העונשין (מאז תיקון 39). במילים אחרות מעשה לא הופך לעבירה פלילית ולא קובעים עונשים מכח הפסיקה, ההיגיון או השכל הישר אלא רק מתוך סעיפים בחוק.
2. איסור על ענישה למפרע (רטוראקטיבית)- ע"פ סעיף 3 לחוק העונשין. הסוגיה תילמד במסגרת התרגול- שיעור 1.
3. פומביות החוק- ענישה על חוק שלא פורסם מהווה ענישה ללא אזהרה ("אין עונשין אלא אם כן מזהירין"). מאחר והאזרח לא יכול לכלכל מעשיו בהתאם לחקיקת סתר, ענישה על עבירה כזו תעמוד בניגוד לכללי הגינות בסיסיים.

נשאלת השאלה- מה דינו של אדם שהועמד לדין ע"פ עבירה שפורסמה כחוק אבל לגביה קיים נוהג מושרש של אי אכיפה? האם אדם יכול לטעון שמאחר והעבירה לא נאכפת בפועל הוא כילכל את צעדיו בהתאם לנורמות ולא ראוי לעונש?

פס"ד תורג'מן דן בשאלה זו: הלנה תורג'מן הפעילה בית בושת והורשעה בעבירות זנות וסרסרות לזנות (קיבלה עונש מאסר של 18 חודשים מתוכם 6 בפועל שיבוצעו בדרך של עבודות שירות). היא ערערה על עונשה וטענה שרשויות האכיפה השלימו עם קיומם של מכוני עיסוי (הרי קל להתחקות אחר עבירות שכאלה היות וקיים פרסום פומבי רב) ושהם מטפלים רק במקרים המהווים מטרד ציבורי (תלונות שכנים) ובעצם כך הופכים את מכוני העיסוי לנורמטיביים. מכאן שעונשה מהווה הפליה והיא ביקשה להסתפק בעונש מעצר קצר בן יומיים- שלושה (סעיף 207 לחוק העונשין מחייב הטלת עונש מאסר בפועל על מי שהורשע בעבירת סרסרות לזנות). השופטים אלון ולוין טענו בדעת רוב שהחוק רואה בחומרה עבירות של זנות ולראיה העובדה שהמחוקק קבע עונש מאסר חובה לעבירות אלו. אי האכיפה של החוק היא פגומה אבל נובעת מאילוצים ובכך אין הפליה בין עבריין לעבריין ואחד לא יכול לטעון שהעובדה שנתפס אינה הוגנת. אין על ביהמ"ש להוסיף פגם על פגם ולתת עונש מצחיק. השופט חשין בדעת מיעוט משווה בין דין (מחייב- אשר פורסם ברבים) לבין דין למעשה (אשר הופך למחייב- נאסר ע"י מדיניות אכיפת החוק). הוא אומר שלעבירה של סרסרות לזנות שני פנים: מוסרי (העבירה נועדה לשמור על המוסר הציבורי ולמנוע ניצול וכ"ו) ומטרדי (העבירה נועדה לבער מטרדים- אין אלמנט של מוסר). כשהמחוקק קבע עונש חמור לעבירה מקורו בפן המוסרי אבל המשטרה פועלת ע"פ הפן המטרדי בלבד. מדיניות אי אכיפת החוק של המשטרה כמוה כחוק שפורסם, מעין חוק רחוב שאין להתעלם ממנו ולכן ביהמ"ש צריך להתחשב במציאות שיצרה המשטרה ולשפוט את הלנה תורג'מן ע"פ הפן המטרדי. הערעור נדחה. למעשה שלושת השופטים עבדו ע"פ עיקרון החוקיות: דעת הרוב פעלה ע"פ עיקרון החוקיות כפי שרואה אותו המחוקק והשופט חשין בחן את עיקרון הפומביות בעיני הציבור.

4. בהירות החוק - חוק פלילי יהיה ברור וודאי.

הדרישה מופנית למחוקק בבואו לקבוע עבירות חדשות לפיה על הנורמה הפלילית להיות ברורה. לא יתכן מצב בו ביהמ"ש נאלץ לפרש חוק לראות עיניו- זהו תפקיד המחוקק. כדי שאדם יוכל לכלכל את צעדיו ע"פ החוק הוא חייב להבינו בודאות, חוסר בהירות עשוי לגרום לאובדן הביטחון המשפטי של הפרט. סעיף יהיה נגוע מבחינת עיקרון החוקיות כאשר הגרעין המרכזי (הליבה) של אותו סעיף אינו ברור ואפשר לבטל סעיף כזה כפוגע בעיקרון החוקיות ע"פ חוק יסוד: חופש האדם וחירותו. השופטת פרוקצ'ה מצטטת מספרו של אהרן ברק (הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט) בפס"ד ואנונו: " דרישת בהירותה של הנורמה הפלילית, כחלק מדרישת החוקיות, הינה בעלת גוון חוקתי, במובן זה שאי קיומה עלול לגרור את ביטולו של האיסור הפלילי". הדוגמה המפורסמת ביותר להוראה מעורפלת היא עבירה של תקלה ציבורית (סעיף 198 לחוק העונשין- כל העושה מעשה העלול לגרום לתקלה ציבורית דינו...). סעיף זה בוטל בשנת 2008.

סוגיה זו עלתה לדיון בפס"ד אש"ד 1954- (בזמנו בעלת מונופול על התחבורה הציבורית בישראל) פצחה בשביתה של חמש שעות (10-15) בשל הלווייתו של סדרן שמת במהומה (התקיימה בשעה 11) ובכך שיתקה את כל התחבורה בארץ בזמן השביתה. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את אש"ד בעבירת תקלה ציבורית והיא ערערה לעליון. חשין בדעת הרוב פירש את המונח תקלה ציבורית ע"פ דוגמאות מהמשפט האנגלי. הוא מצא שאין מכנה משותף בין המקרים ולכן כל מקרה צריך לשפוט ע"פ נסיבותיו ולהכריע לאחר מעשה. בכך למעשה המחוקק הסמיך את הרשות השופטת להחליט בכל מקרה ומקרה האם מדובר בתקלה ציבורית. חשין לא חוסך את ביקורתו מהעבירה- לא תפקידו של ביהמ"ש לקבל שיקול דעת בלתי מוגבל ולמעשה אדם עשוי להיענש בניגוד לעיקרון החוקיות. השופט זילבר בדעת מיעוט מזכה את אש"ד ואומר שמוטב שעבירה כזו תימחק מספר החוקים (בדמנו לביהמ"ש העליון לא הייתה סמכות לבטל חוקים). הוא מצמצם את הפרשנות של תקלה ציבורית- "רק כאשר המעשה יש בו כדי להחטיא רשות ציבורית". כאן אש"ד לא החטיאה רשות ציבורית (דוג' להחטאת רשות ציבורית- תלונת שווא על אונס שגורמת למשטרה לבזבז משאבים בחיפוש וחקירה אחר פושע שלא קיים). הערעור נדחה.

פס"ד נוסף שבו עוסק ביהמ"ש בעיקרון החוקיות הוא פס"ד ואנונו (ניתן לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)- לאחר שיחרורו מהכלא הוגבל ואנונו בצו תנועה שכולל סעיף שאוסר להתקרב למרחק של 100 מטר ממעבר אפשרי לאיו"ש וחבל עזה. ואנונו עתר לבג"ץ וטען שהסעיף מעורפל ואינו חוקתי. השופטת פרוקצ'ה אומרת שלצורך קביעה אם הנורמה ברורה או לא נדרשת רמת ודאות גבוהה כך שאדם מן הישוב יבין את משמעות האיסור ויוכל לכלכל את מעשיו בהתאם ולא ישל בהם מחוסר בהירות. אלוף הפיקוד לא הצליח להגדיר בצו מהם אותם מעברים כך שקל וחומר שאדם מן הישוב לא ידע מהם. השופטת פרוקצ'ה מקבלת את טענתו של ואנונו ומבטלת את הסעיף שבצו.

סילבוס

פרשנות:

ציטוט אחיד – פס"ד	תזכורת
ע"פ 77/64 ברנבלט נגד הי"מ, פ"ד יח(2) 70, עמודים 79-82 (1964)	שיתוף פעולה עם הנאצים ומסר להם אנשים נרדפים, כמפקד המשטרה בבנדין
ע"פ 281/69 בר-שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(2) 85 (1969)	לא ציית לתמרור כאשר החנה את רכבו בשעה 13:00 התמרור אסר על חניה "בין השעות 07.00/19.00".
ע"פ 787, 881/79 מזרחי נ. מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421 (1980)	אסיר שלא שב מחופשה וברח ממשמורת חוקית.
ע"פ 677/83 בורוכוב נ. יפת, פ"ד לט (3) 205 (1985) ההחלטה של השופט ברק.	קובלנה פרטית נ' יפת בגין הפרת סעי' 6 לחוק לשון הרע.

לוי נהגה כאשר לאוזנה מוצמדת אוזניה אחת בלבד המחוברת לטלפון הסלולארי.	רע"פ 3237/99 אהובה לוי נ. מדינת ישראל , תק-על 99 (3) 243 (1999).
הכתה את ילדיה	י"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל , פ"ד נד (1) 145 (2000).
כרזה - משטרת חדרה	דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל , (לא פורסם, 11.7.2011).
העלמת מס ברכישת דלקים מבתי הזיקוק	ע"פ 10736/04 מרדכי כהן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.9.2006).
ביצעו עבירות בשטח A הקשורות בפירוק רכבים גנובים מישראל.	ע"פ 8831/08 מדינת ישראל נ' אחמד אלשחרה (לא פורסם, 30.6.2010).
לקיחת שוחד של עובד ציבור (קידום אנשים בתור במשרד הפנים)	דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן (לא פורסם, 2.3.09).

תרגול -

תחולת דיני העונשין לפי זמן עשיית העברה
סעיפים 4-6 לחוק העונשין.

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
שלוש עבירות של סחר בסם מסוכן, שבוצעו על-ידו מחוץ לתחום השיפוט) בבליגיה, בהולנד ובקולומביה)	ע"פ 4002/01 קורקין נ' מדינת ישראל , נו(4) 250 (2002).
התראיין לרדיו יממה לאחר רציחתו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל, ענה על השאלה האם הצטער על כך שיהודי נרצח לאחר שנה וחצי נקבע לפקודה מוגבלת לפרסום דברי שבח ועידוד למעשי אלימות של ארגון טרור.	מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל , תק-על (4) 474 (2005).
העבירות שנחקרו הן קבלת רכב או חלקים גנובים מרכב בוצעו כולן בכפר דורא אשר בשטח A שבשליטת הרשות הפלסטינית.	עפ 8831/08 מדינת ישראל נ' אחמד אלשחרה (לא פורסם, 30.6.2010).

תחולת דיני העונשין לפי מקום עשיית העברה
סעיפים 7-17 לחוק העונשין.

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
עבירת איומים בשיחות טלפון מגרמניה, כשהמאויים היה בארץ.	רע"פ 1178/97 כהנא נ' מדינת ישראל , פ"ד נא (3), 266 (1997).

פרשנות הנורמה הפלילית

אחד מעקרונות המשנה של עיקרון החוקיות עוסק בפרשנות הנורמה הפלילית.

כאשר דנים בפרשנות של נורמה פלילית יש לשים לב לשני דברים:

- ניסוח הנורמה הפלילית ע"י המחוקק ומחוקק המשנה- ניסוח כללי וברור/מעורפל.
- ישומה של הנורמה הפלילית ע"י ביהמ"ש בדיעבד- אם יישום הנורמה יהיה ע"פ פרשנות דווקנית הוא יתאם את עיקרון החוקיות. אם הוא יהיה ע"פ פרשנות רחבה יתכן והיא תהיה קצת תלושה מכוונת המחוקק ותיפגע האזהרה לציבור. ככל שהפרשנות רחבה יותר כך קטנה ודאות החוק.

התפתחות פרשנות הנורמה הפלילית

1. פרשנות דווקנית-

מצומצמת ללשון הסעיף. בתחילה הייתה מקובלת בבתי המשפט פרשנות זו שמעניקה משקל מכריע לטקסט הכתוב, למונח המילולי דווקני של הוראת האיסור הפלילי. כאשר התעוררה בעיה פרשנית בחרו בפרשנות המקלה עם הנאשם. ההנחה הייתה שבדרך זו ביהמ"ש מיישם את עיקרון החוקיות.

פס"ד ברנבלט- ברנבלט היה מפקד משטרה יהודית (היודנרט) בפולין. כאשר כל היהודים התאספו במגרש הספורט הוא שמר כי לא יעברו מקבוצה לקבוצה (לכל קבוצה היה ייעוד אחר: שחרור, מחנות עבודה והשמדה) ובכך מנע הצלת חיים אפשרית. הוא הואשם בעבירה לפי סעיף 5 לחוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם: "מתן יד למסירה של אדם נרדף לידי שלטון עוין בארץ עוינת בתק' הנאצים".

השאלה המשפטית היא האם מעשיו מגלים עבירה פלילית? האם באמת מסר אנשים לידי השלטון? ביהמ"ש העליון דן במשמעות המילה "מסירה" ואומר שהמילה סובלת משני פירושים: מסירה פיזית של קורבן ומסירת מידע שיוביל לתפיסת הקורבן.

המדינה טענה שברנבלט מסר יהודים לשלטון בעצם מניעת המעבר מקבוצה לקבוצה. השופט חיים כהן מבטל את הטענה כשנצמד לפרשנות הדווקנית של המילה מסירה- הוא אומר שאין אפשרות למסור יהודים לידי האויב כאשר הם כבר מסורים בידו. למרות שאין הבדל בתוצאת הפעולה אין לעשות היקש או קל וחומר בחוק אלא להיצמד לפירושו. היות ומסירה נאסרה בחוק ומניעת בריחה לא היא מזכה את ברנבלט.

פס"ד בר שלום- בר שלום חנה את רכבו בשעה 1300 ברחוב ביאליק ברמת גן (רחוב סואן) בו תמרור האוסר חניה בין השעות 0700/1900. טען שקרא את התמרור מימין לשמאל ולכן חשב שלא עבר עבירה. בית משפט השלום הרשיעו בעבירה של אי ציות לתמרור בטענה שהיה צריך להבין שמדובר ברחוב סואן ושיש לקרוא את התמרור משמאל לימין. ביהמ"ש המחוזי דחה את ערעורו והוא עירער לעליון. ביהמ"ש שמע חוות דעת בלשנית שאומרת שיש לקרוא את התמרור מימין לשמאל וקיבל עדות על תמרור מחיפה שאכן כתוב מימין לשמאל. השופט אגרנט פסק כי מחובת הרשות בבואה להציב תמרור להבליט את כוונתה בצורה ברורה שאינה משתמעת לשתי פנים. מאחר והתמרור נתון לשתי משמעויות ביהמ"ש בוחר בפרשנות דווקנית שמקלה עם המערער. הערעור התקבל.

2. פרשנות תכליתית-

עם עלייתו של אהרן ברק, בביהמ"ש העליון הסתמן שינוי בפרשנות ומעבר מפרשנות דווקנית לתכליתית וזאת בעיקר הודות לתורת הפרשנות החדשה שהביא איתו. פרשנות תכליתית היא פרשנות המתחקה אחר תכלית החקיקה.

פס"ד מזרחי- מזרחי קיבל חופשה מהכלא ל- 24 שעות ובסיומם הוא לא חזר. הוא הואשם בעבירה ע"פ סעיף 257 לחוק העונשין: "הבורח ממשמורת חוקית שהוא נתון בה בשל עבירה פלילית דינו...". מזרחי טען שבכלל לא יכול היה לבצע בריחה היות ופיזית היה מחוץ לכלא. ביהמ"ש המחוזי קיבל את טענותו, זיכה אותו מעבירת בריחה והרשיע אותו בהפרת הוראה חוקית. מזרחי והמדינה ערערו שניהם על הפסק לעליון. השאלה המשפטית: האם אסיר שמצוי בחופשה ואינו חוזר לכותלי בית הכלא, ניתן לראותו כמי שבורח ממשמורת חוקית? השופט ברק ניתח בשלב ראשון את הביטוי: "משמורת חוקית" ואמר שהוא סובל משתי משמעויות: פרשנות דווקנית מצמצמת- משמעה מצב עובדתי- הימצאות תחת פיקוח ושליטה. ע"פ פרשנות זו בריחה משמעה הימלטות פיזית.

פרשנות תכליתית מרחיבה- משמעה מצב משפטי- סטאטוס בו מוטלות עליך הגבלות נורמטיביות לחופש התנועה (בין אם מפקח בפועל ובין אם לא). ע"פ פרשנות זו (שבעצם כוללת גם את הפרשנות הראשונה) בריחה משמעה גם אי חזרה

לכלא- ברגע שנסתיימו 24 השעות מזרחי היה נתון במשמורת חוקית מבחינה משפטית וברגע שלא חזר בעצם ביצע בריחה.
ברק מעדיף את הפרשנות התכליתית על פני הדווקנית ומכריע את הסוגיה מתוך התייחסות למשמורת חוקית ע"פ המצב המשפטי (סטאטוס) ולא העובדתי.
ביהמ"ש העליון הופך את החלטת המחוזי, מרשיע את מזרחי בבריחה (עבירה פלילית) ומבטל את הרשעתו בהפרת הוראה חוקית (היות וכעת יש עבירה ספציפית שבה הורשע).

שאלת השאלה: **מהיכן למדים על תכלית החקיקה?** תשובות עיקריות:

- הצעת החוק- כוללת דברי הסבר לנוסח מחייב ולתכלית החוק.
- עקרונות יסוד של המשפט והשיטה המשפטית- עקרונות כלליים שמהווים מעין מטריה נורמטיבית הפרוסה על דברי החקיקה כולם (שוויון, צדק, מוסר, דמוקרטיה וכו'). כל חקיקה חייבת להיות ברוחם ולא לסתור אותם ולכן ניתן ללמוד מהם על תכליתה.
- לשון החוק- הכלי היחיד לפרשנות דווקנית הוא גם אחד הכלים לפרשנות תכליתית.

פס"ד בורוכוב נ' יפת- בורוכוב הגיש קובלנה פרטית נגד יפת בגין כתבות שפירסם בעיתונו "הארץ" שטענו כי בורוכוב שהיה עוזר מנכ"ל מועצת הירקות זייף עדות וגרם נזק למלחמה בהברחה חקלאית.
חוק איסור לשון הרע- סעיף 7 אומר שפרסום לשון הרע הינו עוולה אזרחית ואילו סעיף 6 אומר שאיסור לשון הרע הינו עבירה פלילית. ההבדל ביניהם הוא הכוונה לפגוע- כשיש כזו עוולה אזרחית הופכת לעבירה פלילית. מכאן שבעבירה פלילית צריך להוכיח גם את הכוונה לפגוע ולא רק את הנזק לנפגע ובמקרים אלו יש גם סנקציות ולא רק פיצויים. בימ"ש השלום זיכה את יפת בטענה שאם בכלל יש בפרסומים אלו לשון הרע הרי שמדובר בעוולה אזרחית היות והעיתונאי פירסם את דבריו מתוקף תפקידו ולא כדי לפגוע. המחוזי דחה את ערעורו ובורוכוב הגיש בקשה לערעור נוסף בעליון שמגיעה לשופט ברק. ברק אומר שהמונח "כוונה לפגוע" סובל משתי משמעויות: 1. רצון לפגוע (מזיד) 2. המודעות להסתברות גבוהה שתרחש פגיעה ללא רצון ממשי לפגוע.
כעת על ביהמ"ש לבחור את הפרשנות שמקיימת את תכלית החקיקה: ברק אומר שהמטרה החקיקתית של סעיף 6 היא לבצע הבחנה בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית. הדבר לא מקדם את ביהמ"ש היות ושתי הפרשנויות מתאימות- שתיהן מצמצמות את האחריות האזרחית לעבירה פלילית ובכך מבדילות אותה מעוולה אזרחית.
אומר ברק שבמקרה הזה לשון החוק וההיסטוריה החקיקתית לא עוזרים ועל ביהמ"ש לפנות לעקרונות הכלליים של השיטה המשפטית. במקרה שלנו ישנם 4 עקרונות שצריך לקחת בחשבון ולאזן ביניהם. תחילה הזכות לשם טוב של הנפגע למול חופש הביטוי של הנאשם- האיזון ביניהם לא מקדם את ביהמ"ש היות ועוולה אזרחית כבר לוקחת בחשבון איזון זה. אומר ברק שהעקרונות שמבדילים את העבירה הפלילית מהעוולה האזרחית הם חופש אישי של פוגע מפני סנקציה פלילית למול שלום הציבור (שהמשפט הפלילי נועד להגן עליו). מטרת הנורמה הפלילית אינה להגן על שמו הטוב של הנפגע- לכך קיימת העוולה האזרחית. הרצון לפגוע הוא שמחייב התערבות המדינה וזוהי תכלית חוק איסור לשון הרע- להפליל אנשים שפעלו מתוך רצון לפגוע ולא מתוך מודעות אפשרית לפגיעה. השופטים גולדברג ולוין מסכימים והערעור נדחה.

3. סעיף 34 כא' לחוק העונשין-

(נוסף במסגרת תיקון 39) ע"פ סעיף זה כאשר דבר חקיקה מגדיר עבירה פלילית או עונש והוא נתון לכמה פרשנויות סבירות, על ביהמ"ש לבחור מביניהם את הפרשנות שמקלה עם הנאשם.

תחילה יש לפרש את הטקסט ע"פ הפרשנות הטבעית והרגילה שלו (כבוד לטקסט הכתוב). אם לשון החוק מעורפלת/רב משמעית/עמומה לא ניתן להסתפק במילות החוק ויש לתור אחר תכלית הוראת החוק ולחלץ מתוך הטקסט את כל האפשרויות הלשוניות המגשימות אותה.

אם תכלית החוק מאפשרת לפחות שני פירושים סבירים לאיסור הפלילי יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם (תוספת תיקון 39).

פס"ד אהובה לוי- אהובה לוי נתפסה נוהגת ברכב כשלאחת מאוזניה צמודה אוזנייה והורשעה בבימ"ש השלום לתעבורה בעבירה ע"פ תקנה 169 לתקנות התעבורה הקובעת ש"לא ינהג אדם רכב... כשלאוזניו צמודות אוזניות". היא עירערה למחוזי ואח"כ גם לעליון. המחלוקת התמקדה בפרשנות המילים אוזניים ואוזניות. אהובה טענה שמאחר והצמידה אוזנייה אחת לאוזן אחת היא לא עברה על החוק. המדינה טענה שסעיף 5 לחוק הפרשנות קובע שיחיד כולל רבים

ולהיפך. ביהמ"ש בחן מהי הפרשנות שמתיישבת עם תכלית החקיקה- למנוע מצב שבו הנוהג ברכב מתנתק מהסביבה. השופט י' קדמי מסביר שהצמדת שתי אוזניות מנתקת את הנהג מהסביבה לגמרי ואילו הצמדה של אוזניה אחת לאוזן אחת מכרסמת ביכולת הקשב שלו. אילו מטרת החוק הייתה למנוע כירסום בקשב סביר שהחוק היה אוסר גם שימוש ברדיו או דיבורית וכו'. אבל, הוא מוסיף, אין להשוות הצמדת אוזנייה אחת לשימוש ברדיו או דיבורית וזאת משום שאוזנייה מציבה "מחסום" בפני רעשים, צפירות, וקריאות הולכי רגל הבאים מן הצד שבו מצויה האוזנייה, ואילו האזנה למכשירי השמעת קולות אינה מציבה "מחסום" כזה ולכן לא ניתן לומר שפרשנות זו אינה מגשימה את תכלית החקיקה. היות ושתי הפרשנויות סבירות ומקיימות את תכלית החקיקה על ביהמ"ש לפנות לסעיף 34 כא' ולבחור בפרשנות המקלה עם הנאשם. אהובה לוי זוכתה.

פרופסור אלי לדרמן טוען שסעיף 34 כא' מיותר משום שלפי גישתו התכליתית של ברק אם תהינה שתי פרשנויות שמקיימות את תכלית החקיקה נצטרך לבחון בין היתר את עקרונות היסוד של השיטה ובכללן גם את עיקרון החוקיות וממילא לבחור בפרשנות המקלה.

פס"ד אונגרפלד - יוסף אונגרפלד הורשע בבימ"ש השלום בהעלבת עובד ציבור ע"פ סעיף 288 לחוק העונשין בגין פרסום כרזה מול תחנת משטרת חדרה, שבה נכתב "צריך לפטר את א' א' (המתלונן) בגלל שיתוף פעולה עם עבריינים כלפי אלה שהתלוננו נגדם. משטרה לא צריכה תפוחים רקובים". הוא עירער למחוזי ואח"כ ברשות גם לעליון. הוא טען כי דבריו הם דברי אמת ומשכך אינם באים בגדר "העלבה". ביהמ"ש העליון דן בשאלת היקף התפרסותה של עבירת "העלבת עובד ציבור": ההגנה על עובד הציבור במסגרת תפקידו נועדה להגן על מעמדו ויכולת תיפקודו של השירות הציבורי. עם זאת, נקבע כי יש לאזן בין תכלית זו לבין ההגנה על חופש הביטוי. ההגנה על חופש הביטוי מצריכה את צמצום גבולות העבירה באמצעות פירוש יסוד "ההעלבה" (מתי מילה נכנסת לגדר פלילית?). אומר ביהמ"ש, נפרש את המילה "ההעלבה" ע"פ תכלית החקיקה (למנוע פגיעה בעובדי ציבור שהיא בעקיפין פגיעה בשלטון החוק). ביהמ"ש פסק שע"פ תכלית זו העלבה מתקיימת כאשר היא מכוונת כלפיי ליבת הכבוד של העובד. אין די בביטוי של אלימות מילולית בוטה אלא פגיעה עמוקה בשמו הטוב של העובד שיש בה כדי לבזותו. תוכן האמירות בכרזה, מיקום הצבתה ומשך הזמן בו הוצבה מצביעים על התקיימותם של יסודות העבירה, ועל קיום אינטרס ציבורי בהעמדת העותר לדין על הפרת איסור העלבת עובד הציבור. הערעור נדחה.

ביקורות על הפרשנות התכליתית

- הפרשנות התכליתית חוטאת לעיקרון החוקיות.
- כאשר נאמץ את הפרשנות התכליתית נרחיב יתר על המידה את הטקסט הלשוני וכוונת המחוקק. איפה עובר הגבול?

תחולת דיני העונשין לפי זמן ומקום עשיית העבירה

עקרון החוקיות שזור כחוט השני בפסיקה. כדי שנוכל להעמיד אדם לדין אנחנו צריכים להראות כי החוק עליו עבר חל על המעשה הן מבחינת הזמן שבו התקיים המעשה והן מבחינת המקום הפיזי שבו נעשה המעשה.

תחולת דיני העונשין לפי זמן ביצוע העבירה

נושא תחולת דיני העונשין לפי זמן ביצוע העבירה מופיע בסעיף 3 בחוק העונשין. שם כתוב כי אין להעניש רטרואקטיבית. כמו כן, מדובר על פרסום החוק כדין- חל רק מרגע שבו מפורסם ולא רגע לפני זה. בחקיקה אזרחית למשל הכנסת יכולה לקבוע שחוק יחול רק חצי שנה לאחר קביעתו. הפירוש הוא שאין אישור לענישה במפרע (רטרואקטיבית).

השיקולים באיסור חקיקה רטרואקטיבית:

1. חוסר הגינות כלפי האזרח.
2. הרתעה- להכווין את התנהגות האנשים, ברגע שאין חוק קיים האנשים לא יוכלו לכלכל את צעדיהם, גם נושא ההרתעה נכנס.
3. שרירותיות- מתן אפשרות לריבון להעניש לאחר עשיית מעשה עפ"י ראות עיניו וכך אין חוקים מוגדרים וניתן להעניש על כל דבר.
4. האינטרסים המוגנים- רק כשהאינטרס הופך להיות חשוב (עניין דינאמי שמשתנה עם הזמן) מחוקקים חוק שאוסר לפגוע בו.

לפי סעיף קטן ב' בסעיף 3- החמרה בעונש או בחקיקה פלילית תכנס לפי המאוחר או לפי מועד הפרסום או במועד שנקבע לאחר הפרסום- במאוחר מביניהם.

רטרואקטיביות מחמירה (החמרת העונש או קביעת עבירה חדשה)

פס"ד אייכמן- בפס"ד זה עלתה בעיה שקשורה לתחולת דין העבירה כיוון ששיטת המשפט שרצתה להעמיד את אייכמן לדין לא הייתה קיימת בתקופה שאייכמן ביצע את המעשים. הפס"ד בוחן האם יש כלל בינלאומי שאוסר על חקיקה רטרואקטיבית- והוא קובע כי אין כלל כזה במשפט הבינלאומי המנהגי. לאחר מכן הוא בוחן האם הכלל שקיים בארץ שאוסר על חקיקה רטרואקטיבית מחמירה חל גם במקרה הזה.

שתי סיבות שאיפשרו לעקוף את בעיית התחולה הרטרואקטיבית במשפטו של אייכמן:
סיבה 1 – המעשים כה חמורים שברור שבכל מקום בעולם ובזמן צריך להיות ברור לעושה המעשה שזה פסול והוא עובר על ספר החוקים.
סיבה 2 - עקרון ההגינות והשרירות, לא רוצים להעניש למפרע כי זה גורם לתחושה של אי נוחות, חוק שחוקק לאחר העבירה יחול על לפני ובמקרה הזה החוש המוסרי שלנו גורם לנו להרגיש שלשחרר פושע כזה זה גורם לתחושת אי נעימות. וכך קובעים שניתן להעמידו לדין.
במקרה הזה דווקא החוש המוסרי גורם להרגיש שלא להעמיד את אייכמן לדין ולשפוט אותו על המעשים החמורים שהוא עשה- זו תהיה בעיה מוסרית. מחריגים את המקרה של אייכמן ומחליטים להעמיד אותו לדין.

כשתוקן מחוק העונשין בתיקון 39, הכנסת החריגה כמה חוקים שעליהם לא תחול הוראת סעיף 3. אחד החוקים הוא החוק לעשיית הדין בנאצים ועוזריהם היא השמדת העם- שברור כי מעשה זה אסור גם אם לא כתוב בחוק ברור שזהו מעשה אסור. הכנסת בחרה להחריג אך ורק עבירות חמורות מאוד וחריגות מאוד כמו רצח עם ולא רצח של אדם אחד למשל.

רטרואקטיביות מקלה

מה קורה במצב בו אדם מבצע עבירה- ובמהלך תהליך שיפוטו החוק מבוטל?

לפי סעיף 4- אם נעברה עבירה ובוטל החיקוק האוסר עליה, מבטלים את האחריות הפלילית, עוצרים את ההליכים

מפסיקים ביצוע גזר דין ולא יהיו עוד תוצאות שנובעות מההרשעה. לדוגמה: איסור משכב זכר- אם מישהו הועמד לדין לפני שבוטל החוק, האישום יבוטל. אם במהלך המשפט מבוטל החוק- משחררים את הנאשם, אם כבר ניתן גזר דין- מפסיקים אותו ומשחררים את הנאשם, אם הוטל אות קלון (שמונע מלעשות תפקידים מסוימים)- יוסר, ההרשעה תבוטל. לא מענישים אדם רק בגלל שהחליט לעשות מעשה אסור אלא בגלל שאדם החליט לעבור על נורמה שנקבעה

כפסולה ואותה רוצים למגר או פוגעים באינטרס שעליו רוצים להגן. משמעות השינוי של החוק- כבר לא חושבים שאותו אדם צריך להיות בכלא, אך אין צורך לפצות אותו על הזמן שבו ריצה את עונשו בגין מעשה שנחשב בעבר כעבירה.

מדוע נאפשר רטרואקטיביות מקלה: **פס"ד מזרחי**: עונשו של המערער הוקל.

סעיף 5 - שינוי בהגדרת העבירה.

ההוראה חלה בצורה שונה בשני המצבים הבאים:

1. מקרה שבו ניתן פסק דין חלוט (סופי וקבוע, עליו לא ניתן לערער)- יחול שינוי רק בעונש ולא בהגדרת העבירה, כדי לא לדון במקרה פעם נוספת בבית המשפט.
2. מקרה שבו לא ניתן פסק דין חלוט- הגדרת העבירה לא תשתנה, אם העונש הוקל העבריין יקבל את עונש המקסימום שבהגדרה החדשה, אם הוחמר העונש, יקבל העבריין את עונש המקסימום שהיה מוגדר בחוק הקודם.

אם ההוראה מקלה בעונש- רק הרשות המנהלית מבצעת את ההוראה (שחרור מהכלא ע"י רשות בתי הסוהר), לא רוצים ליצור עומס בבתי המשפט ולכן מבדילים בין מקרה בו פסק הדין חלוט ומקרה בו פסק הדין אינו חלוט.

סיכום ביניים:

עבירה שבוטלה- הביטול חל בכל השלבים של ההליך (סעיף 4).

אם העבירה שונתה (סעיף 5)- תלוי אם פס"ד חלוט או לא:

- פס"ד חלוט- הקלה רק בענישה.
- פס"ד לא חלוט- תמיד יחול המקל! (הגדרת עבירה, סייגים, עונש).

סעיף 6- מגדיר את העבירה שסעיפים 4 ו-5 לא יחולו עליה. מדובר בעבירה שנקבעה לתקופת זמן מסוימת בלבד- לדוגמה בתקופת מלחמה (השחרת פנסים). חוקים שמלכתחילה מוגדרים לזמן מסוים, כדי למנוע מצב שבו אנשים בונים על זה שבשלב מסוים אותו חוק יתבטל ועונשם יוקל.

שינוי מקל בהלכה פסוקה- מה קורה במצב שבו הלכה מקלה עם הנאשם?

כאשר יש הלכה משמעותית מקלה בעניין מסוים ניתן להחילה בצורה רטרואקטיבית בצורה של משפט חוזר ויחילו על הנאשם את ההלכה החדשה. בהלכה שיפוטית מיטיבה חלה הקלה בצורה של משפט חוזר.

שינוי בדין מהותי לעומת שינוי דינוני: מצד אחד יש את הכלל שאוסר על רטרואקטיביות מחמירה מצד שני אנחנו מדברים על עניין פרוצדורלי. ההלכה שנקבע- בניגוד לדין המהותי בו יש איסור על רטרואקטיביות מחמירה בדין הדינוני- נאפשר להחיל באופן רטרואקטיבי, אין לאדם זכות לבוא ולומר שביצע מעשה כיוון שלא חשב שאותה מעשה ישמש נגדו כראיה (לדוגמה האזנת סתר שנעשתה לפני שמעשה זה היה אסור). ניתן לעשות זאת רק במקרים בהם המשפט עדיין בתהליך.

תחולת דיני העונשין לפי המקום

מתי עבירה שכתובה בספר החוקים הישראלי תחול ומתי לא לפי המקום שבו בוצעה העבירה. יש שני תנאים לקביעת תחולת הדין לפי המקום:

1. זיקה טריטוריאלית- סעיף 12 קובע כי דיני העונשין של ישראל יחולו על כל עבירה שבוצעה בתוך שטח ישראל (עבירת פנים- סעיף 7א'). ועבירה שתוכנה מחוץ לשטח ישראל והייתה אמורה להתקיים כולה או מקצתה בתוך ישראל, מדובר כאן רק ביסוד העובדתי.

פס"ד כהנא (רע"פ 1178/97)- איים בטלפון מחו"ל על אדם שהיה בישראל, האם זה מספיק כדי לומר שכהנא עבר מקצת מהעבירה בישראל. הנשיא ברק קבע שכן כיוון שמדובר על הפניית איום על אדם והאדם קיבל את האיום- הרכיב הנסיבתי מתקיים ולכן יש זיקה טריטוריאלית.

2. זיקה אקס-טריטוריאלית- מחוץ לשטח ישראל (הגדרת עבירת חוץ- סעיף 7ב'), כל מה שאינו עבירת פנים). האם הדין הישראלי יחול גם על עבירות חוץ? (סעיפים 13-16).

שלוש זיקות פנימיות בזיקה זו :

1. זיקה פרסונלית אקטיבית- סעיף 15 בחוק העונשין. אזרח או תושב ישראל שביצע עבירה בחו"ל, כשיחזור לישראל ניתן יהיה להעמידו לדין. גם אם לא היה אזרח או תושב בזמן ביצוע העבירה וקיבל אזרחות לאחר מכן.
2. זיקה פרסונלית- פאסיבית- סעיף 14, נועדה להגן על אזרחי המדינה, כאשר קורבן העבירה הוא אזרח המדינה. ניתן להעמיד לדין עבריין שביצע עבירה כנגד אזרח ישראלי מחוץ לשטחי מדינת ישראל.
3. זיקה אוניברסלית- סעיף 16, עבירות נגד משפט העמים, למדינה יש סמכות לשפוט אדם שפעל כנגד משפט העמים (רצח עם, פשעי מלחמה), לא משנה היכן ביצע ונגד מי.
4. זיקה פרוטקטיבית- סעיף 13, תחולה של הדין הישראלי כאשר נפגעים אינטרסים חשובים של המדינה :
 1. פגיעה בביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, סדרי המשטר שלה, הפעילות התקינה של רשויות המדינה, כלכלתה.
 2. פגיעה באדם רק בגלל היותו יהודי או ישראלי.

פס"ד אלשחרה (ע"פ 8831/08) - הפעלת סעיף 13, קבעו כי לא ניתן להחיל את הסעיף. לא מדובר בפגיעה האינטרס כלכלי ולכן אין זיקה טריטוריאלית. אדם הפעיל משחתת רכבים בשטחים וכל הרכבים נגנבו בארץ ורצו להעמידו לדין בישראל ועלתה שאלה האם הדין הישראלי חל באירוע הני"ל – טענו שפוגע בכלכלת המדינה – בית המשפט קובע שלא ניתן להכיל סעיף 13

יסודות העבירה

בבואנו להרשיע אדם בעבירה פלילית צריך להוכיח קיומם של שני יסודות בעת ובעונה אחת:

1. **יסוד עובדתי - Actus Reus** (סעיף 18) - יסוד חיצוני אובייקטיבי שמשמעותו העובדת שצריך להוכיח ע"מ להרשיע אדם בעבירה ספציפית. הרכיבים הפיזיים של העבירה.
2. **יסוד נפשי - Mens Rea** (סעי' 19-22) - יסוד פנימי מנטלי של העבירה שמשמעותו הלך הרוח שליווה את המעשה הפיזי, יחסו הנפשי הפסול של האדם להתנהגותו. היסוד הנפשי העיקרי - מחשבה פלילית, סעיף 20(א).

מדוע נדרש יסוד עובדתי? מדוע לא ניתן להעמיד לדין אדם על עבירה כבר בשלב המחשבה?

1. "משטרת מחשבות" מנוגדת לדמוקרטיה היות והיא מגבילה את חירות האדם באופן בלתי סביר. הרי גם לאדם הנורמטיבי ביותר יש מחשבות פסולות. מחשבה פסולה שלא יצאה לפועל רחוקה מאוד מהמעשה.
 2. קושי ראיתי - קשה להוכיח מחשבה, בעיקר כשלא מלווה למעשה.
 3. ענישה על מחשבות מעודדת בעקיפין את ביצוע המעשה היות ובכל מקרה אנו צפויים לעונש.
 4. בשלב המחשבה אין עדיין סכנה לציבור שמצדיקה העמדה לדין פלילי.
- השופט ברק במאמרו "הקונסטרוקציה של מערכת המשפט" ציין כי הכלל לפיו אין עונשין על דברים שבלב מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - קשה לחשוב כי חוק המעניש על מחשבה ללא ביטוי התנהגותי מקיים את פסגת ההגבלה של חוק היסוד.

מדוע נדרש יסוד נפשי? מדוע לא ניתן להעמיד לדין אדם על עבירה רק ע"פ העובדות?

דרישת היסוד הנפשי משרתת את **עיקרון האשם** - עיקרון יסוד במשפט הפלילי והוא תנאי להתהוותה של עבירה פלילית. ע"פ עיקרון זה אין עבירה ללא אשמה (Nullum Crimen Sine Culpa). לא ניתן להטיל אחריות פלילית רק על מעשה אלא צריך להתלוות אליו גם יחס נפשי פסול כלפי הערך המוגן. חוסר המודעות או ההבנה מגלמים בתוכם חוסר אשמה (לכן מתחת לגיל 12 אין אחריות פלילית - אין הבחנה טובה בין נכון ללא נכון והבנה של השלכות ותוצאות ולכן אין אשם, גם לחולי נפש שמבצעים עבירה ואינם מבינים את מעשיהם אין אשם).

ע"פ עיקרון זה גם אין להטיל על אדם אחריות פלילית מעבר למידת האשמה שלו. השופט ברק במאמרו "הקונסטרוקציה של מערכת המשפט" אומר שגם עיקרון זה מעוגן בחוק היסוד - אם מטילים אחריות פלילית ללא יסוד נפשי הדבר לא יעמוד במבחן המידתיות.

לדוג': האיסור להחזיק סם מסוכן (מתוך פקודת הסמים):

- רכשתי סמים במודע - ניתן להוכיח הן את היסוד העובדתי (החזקתי בסם) והן את הנפשי (שילמתי כסף תמורתו, רציתי בו) = ניתן להרשיע.
- רכשתי אבקת סוכר שהתגלתה כקוקאין - ניתן להוכיח את היסוד העובדתי אך לא את הנפשי (לא הייתי מודע לכך שאני מחזיק סמים) = לא ניתן להרשיע.
- רכשתי אבקת סוכר במקום שידעתי שנמכרים בו סמים וקיבלתי רמזים עבים על כך שהאבקה "מיוחדת" - ניתן להוכיח את היסוד העובדתי, היות וחשדתי שמדובר בסמים ונמנעתי מלברר, זוהי עצימת עיניים ששקולה למודעות ולכן ניתן להוכיח גם את היסוד הנפשי. = ניתן להרשיע.

היסוד הנפשי חשוב גם לשם קביעת מידת האחריות הפלילית והעונש.

לדוג': שלושה אבות משאירים את ילדם ברכב והוא נחנק ומת.

הראשון הורשע ברצח ודינו מאסר עולם = כוונה תחילה - השאיר את הילד כדי להביא למותו.

השני הורשע בעבירת הריגה ודינו 20 שנות מאסר = פזיזות - סיכון בלתי סביר, אין כוונה אבל יש מודעות לאופציית המוות.

השלישי הורשע בגרימת מוות ברשלנות ודינו 3 שנות מאסר = רשלנות - שכח את בנו ברכב, אך החטא הוא ששכח במקום בו אדם/אב סביר לא אמור לשכוח. אין יסוד נפשי פלילי אלא יסוד רשלני.

בשלושת המקרים היסוד העובדתי זהה אך הנפשי שונה ולכן גם האחריות הפלילית והעונש.

לסיכום, קיימים שני עקרונות ברזל בדיני עונשין:

- ❖ אין עונשין על דברים שבלב - היסוד העובדתי
- ❖ אין עבירה ללא אשמה - היסוד הנפשי

כדי להטיל עבירה פלילית יש להוכיח את היסוד העובדתי, במידה וקיים יש להוכיח גם את היסוד הנפשי הפסול (מודעות מלאה המתבטאת לכל הפחות ברשלנות).

סילבוס

היסוד העובדתי של העבירה - חוק העונשין תשל"ז – 1977, ס' 18

רכיבי היסוד העובדתי (מעשה, נסיבה, תוצאה)

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
כניסה ללא אישור למקום פולחן, חילול המקום, בהניחו ראש חזיר על קבר עז-אלדין אלקסאם	ע"פ 3338/99 פקוביץ נ. מדינת ישראל , פ"ד נד(5) 667 (2000) השופטת בייניש פסקאות 13-15.
רב מפרסם דבר הסתה לגזענות ועידוד אלימות.	ע"פ 2831/95 אלבה נ. מדינת ישראל , פ"ד נ (5) 221 (1996) השופט מצא פסקאות 22-23, השופט ברק פסקאות 2-5, השופט גולדברג 1 - 7). =
גנת מתעללת.	ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ. שדה אור , פד"י נב(3) 374 (1998).
לפגיעה ברגשות דת לאחר שפרסמה כרוזים ובאחד מהכרוזים ציור חזיר עוטה כפייה ונכתב עליו "מוחמד".	ע"פ 697/98 סוסצקין נ מדינת ישראל , פד"י נב(3) 289 (1998).
עבירת איומים בשיחות טלפון מגרמניה, כשהמאויים היה בארץ.	רע"פ 1178/97 כהנא גדליהו נ. מדינת ישראל , פ"ד נא (3) 266 (1997).
פרשת ויסות מניות הבנקים. התערבות הבנקים, המנהלים, והפקידים במסחר שהתנהל בבורסה.	ע"פ 2910/94 יפת ואח' נ. מדינת ישראל , פ"ד נ(2) 221 (1996) 471-474, השופט שטרסברג כהן פסקאות 7-11.

תרגול

החזקה – חוק העונשין, תשל"ז- 1977, ס 34 כד (הגדרת החזקה), ס' 144, ס' 413. פקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג – 1973, סעי' 7-11.

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
חבילה שהכילה סמים לפי כתובתו ושמו של הוכשטט, החבר הוציא את החב' מהמכס עם שטר מטען בו זויפה חתימת המערער.	ע"פ 250/84 הוכשטט נ. מדינת ישראל , פ"ד מ (1) 813 (1986).
סעד נעצר במחסום משטרתי וסמוך למושב הנהג בתוך שרוול של מעיל דובון נמצאו שקיות סמים מסוג הרואין.	ע"פ 7362/01 סעד נ. מדינת ישראל , פ"ד נז (2) 241 (2002).
החזקת סמים מסוג הרואין שלא לצריכה עצמית, נוסע ברכב השליך הסם מהרכב.	ע"פ 3514/91 אבו רקייק נ' מדינת ישראל , פ"ד מו(5) 126 (1992).
ניסה לעשות עסקת סמים עם שוטרים סמויים בתחנת דלק בעפולה.	ע"פ 7282/08 אבו עמרה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.1.2010).

האחים וחלקי החילוף מלוד	ע"פ 1922/02 מדינת ישראל נ' זביידה, פ"ג נח(4) 880 (2004)
צולמו בקלטת אבטחה מסליקים אקדח לתוך ג'ריקן.	ע"פ 9631/09, 9300/09, 8435/09, 8416/09 עמירר מולנר ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.6.2010).
נסע ברכב עם דודו מבי"ש לת"א ונעצר עם סמים	ע"פ 1345/08 איסטחרוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.5.2009).

היסוד העובדתי של העבירה (ACTUS REUS)

סעיף 18 לא מגדיר מהו יסוד עובדתי אלא מגדיר את מבנה היסוד העובדתי:

א. מעשה (רכיב התנהגותי)

ב. נסיבה (רכיב נסיבתי)

ג. תוצאה (רכיב תוצאתי)

בכל עבירה חייב להיות רכיב התנהגותי (אחרת עונשין על מחשבות) אבל לא בכל עבירה נמצא נסיבה ותוצאה. במידה ועבירה כוללת מעשה, נסיבה ותוצאה חייבים למצוא ולהוכיח את כולם!

הרכיב התנהגותי

מעשה

מהו מעשה? סעיף 18 (ב) מעשה = לרבות מחדל.

ניתן לראות שהמחוקק לא הגדיר במדויק מעשה, יש אומרים שזאת משום שהוא ברור אינטואיטיבית. פרופסור פלר מגדיר מעשה כתרומה גופנית מוטורית (תנועה, הפעלת שרירים) להתהוות העבירה. רוב האיסורים בחוק העונשין מנוסחים בצורת מעשה, לשון אקטיבית (אל תעשה..).

עבירה יכולה להיות מותנית בביצוע מעשה אחד (A) אך יכולה גם לאסור מספר מעשים חלופיים (A או B). עבירה עשויה לאסור גם על רצף מעשים (A ו-B).

* עבירת גרימה- עבירה בה המחוקק לא מגדיר מפורשת את המעשה אלא נוקב בתוצאה ואומר שכל הגורם לה צפוי לעונש. הסיבה היא שלא ניתן להגדיר את כל המעשים שיוכלו לתוצאה. לדוג': סעיף 304 - "הגורם ברשלנות למותו של אדם דינו..."

מחדל

מהו מחדל? סעיף 18 (ג) מחדל = הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

רכיב התנהגותי לא יתבטא רק במעשה אקטיבי אלא לעיתים גם בהתנהגות פסיבית (מחדל). סעיף 18 אומר שע"מ להוכיח עבירה על דרך של מחדל עלינו להוכיח שני תנאים מצטברים:

1. שהייתה על הנאשם חובה לפעול (חובת "עשה").

2. הוא הפר את אותה חובה בכך שנמנע מעשייה.

מחדל בפלילים הוא הימנעות מעשייה בניגוד לחובה לגיטימית לפעול.

לדוג': אם שרוצה להרוג את בנו יכולה לעשות זאת בדרך מעשה (חניקה, הטבעה וכו') או בדרך מחדל (חוסר הנקה והאכלה).

איפה נאתר חובת עשה? סעיף 18 אומר שמקורות החובה מצויים בדין (לדוג': סעיף 323 - חובת הורה או אחראי לקטין) או בחוזה (לדוג': חוזה העסקה של מציל).

סוגי עבירות מחדליות:

עבירות של "מחדל ישיר" - מדובר בעבירות אשר מנוסחות בחוק במקור על דרך של מחדל והן כוללות בנוסח העבירה את חובת העשה המפורשת המוטלת על אותו אדם, את המחדל עצמו וכן את הסנקציות הצפויות לאותו אדם אשר יפר את אותה חובה (למעשה כל יסודות המחדל נמצאים בעבירה).

לדוג': - סעיפים 262, 263, 339, 361 לחוק העונשין, סעיפים 1 ו-4 לחוק לא תעמוד על דם רעך, סעיף 64א לפקודת התעבורה.

עבירות של "מחדל עקיף" - מדובר בעבירות המנוסחות על דרך של מעשה אקטיבי אך בהתאם לסעיף 18(ב) ניתן (אם לא נאמר אחרת) להוכיח את הרכיב התנהגותי גם על דרך של מחדל. מכיוון שעבירות אלו מנוסחות במקור על דרך מעשה ולא מחדל הרי שיש להוכיח קיומה של חובת עשה הממוקמת מחוץ לגדריו של סעיף העבירה.

לדוג': סעיף 304 - גרימת מוות ברשלנות. הגורם = מעשה, דהיינו ניתן לבצע עבירה זו גם על דרך מחדל, אך כדי להעמיד לדין יש למצוא מקור חובה ספציפי לעבירת הרשלנות.

הקשיים בענישה על מחדל

קושי אחד נעוץ בכך שהמחדל בדיני עונשין נתפס כמי שמצר את חירות הפרט יותר מאשר התנהגות על דרך של מעשה (עבירת עשה אוסרת מעשה ספציפי ובכך מאפשרת לעשות כל מעשה אחר. עבירת מחדל מחייבת עשיית פעולה ספציפית שעשויה לדרוש השקעת משאבים, זמן, מחשבה וכו').

קושי נוסף נעוץ בסיווגם של מחדלים- אין בעיה לסווג מעשה (המחוקק מתאר אותו במפורש) אך קשה לסווג התנהגות כמחדלית. ההשלכה- במחדל (בניגוד למעשה) חייבים להוכיח מקור חובה ע"מ להעמיד לדין ומאחר ולא כל ההתנהגויות קלות לסיווג קשה לשייכם למקור חובה.

מהו המבחן המשפטי הראוי להבחנה בין מעשה למחדל?

פרופסור פלר- "מבחן התנועה הגופנית": מעשה מוגדר כהוצאת אנרגיה פיזית, כתנועת גוף ואילו מחדל מוגדר כאי ביצוע פעולה כלשהי.

ד"ר קוגלר- מבחן הזזת השרירים ואיתור הפעולה שעמדה בבסיס השרשרת הסיבתית שגרמה לתוצאה: נצמד להבחנה באמצעות הזזת שרירים ומסביר שיש לאתר מהי הפעולה שעמדה בבסיס השרשרת הסיבתית (הפעולה הראשונה) שגרמה לתוצאה. אם הבסיס הוא אי הנעת שרירים אז מדובר במחדל וניתן להרשיע רק אם נאתר מקור חובה. אם הבסיס הוא הזזת שרירים (פעולה אקטיבית) הרי שלא חשוב מה הפעולות שבאו אח"כ ונגדיר זאת כמעשה.

פרופ' קרמיניצ'ר וד"ר ראם שגב- "מבחן הדומיננטיות": יש לזהות את ההתנהגות הדומיננטית מתוך הסתכלות על האירוע כולו. קביעת התנהגות כמעשה או מחדל לא יכולה להישען על מבחן אחד אלא על שיקלול כלל הנתונים הרלוונטיים לאירוע כדי להחליט מהי ההתנהגות הדומיננטית.

המקורות הנורמטיביים של החובה לפעול – איפה נאתר חובת עשה?

1) חובות עשה הקבועות בחוק העונשין (סעיפים 326-322)- אלו סעיפים הקובעים חובות עשייה בלבד כאשר אי מילוי אחת החובות הללו עשוי להוות רכיב התנהגותי פסיבי של עבירות נגד חיי אדם, גופו או בריאותו. חובות אלו נובעות מזיקה מיוחדת של העושה לאדם אחר וכן זיקה של האדם למקור הסכנה. אין בסעיפים אלו סנקציות, הם מקור חובה בלבד.

לדוג: אמא שלא השגיחה על בנה והוא טבע באמבטיה תואשם בגרימת מוות ברשלנות לפי סעיפים 304 (גרימת מוות ברשלנות- העבירה המחדלית) ו-323 (חובת הורה לקטין- מקור החובה).

פס"ד רוט - נער שסבל ממחלה רב-מערכתית קשה טופל ממושכות בטיפול תרופתי במחלקת הילדים בבית חולים רמב"ם. טיפול זה הביא לדעיכתה של המחלה, אך היה מלווה בהשפעות לוואי על אופן גדילתו והתפתחותו הפיסיולוגית של הנער. הוברר כי התרופה אותה נטל הנער חייבה שימוש רציף, חל איסור להפסיק את נטילתה באופן פתאומי, וככל שמתארך השימוש בה, גדלים הסיכויים לסיבוכים כתוצאה מהפסקת נטילתה. הורי הנער פנו לרוס, יועץ טבעוני והומיאופת, שהסכים לטפל בו אך התנה את הטיפול בהפסקת נטילת התרופות על ידי הנער. במסגרת הטיפול, הורה המערער לנער ליטול גרגרי צורן והסביר להוריו כי הדבר יגרום לנער לחום ולפריחה, וכך הרעלים והדלקת יצאו החוצה. בסמוך לאחר מכן ובשל הפסקת הטיפול התרופתי החל מצבו של הנער להידרדר. אימו של הנער פנתה, למערער, ודיווחה לו, פעמים מספר, על ההתדרדרות החמורה במצב בריאותו של הנער, שהתבטאה בסימפטומים של חום גבוה, פריחה, חוסר יכולת תפקוד וכו'. המערער שקיבל דיווחים על מצבו המתדרדר ואף בדק את הנער מספר פעמים הביע שוב ושוב שביעות רצון מן המצב והודיעם כי התהליך "עובד כמו שצריך". לבסוף פנו הורי הנער לבית-החולים שם נמצא כי הנער היה במצב קריטי ומסכן חיים. רוס הורשע בבימ"ש שלום בעבירות רשלנות לפי סעיפים 338(7) (העבירה המחדלית) ו-325 (מקור החובה) לחוק העונשין [וכן בעיסוק ברפואה והתחזות לרופא, עבירה לפי סעיפים 3 ו-48 לפקודת הרופאים]. בית המשפט קבע כי תחילת רשלנותו של רוס נעוצה בעובדה כי נטל על עצמו לטפל בחולה אשר ספק רב באם היה לו את הידע והמיומנות הדרושה לטיפול. רשלנותו העיקרית והברורה הייתה עם קבלת הדיווחים על ההתדרדרות המתמשכת במצבו, מצב בו חייב היה להפנות את הנער באופן דחוף לבית החולים. הערעור על ההרשעה בעבירות הרשלנות התבסס בעיקרו על ניסיונו של המערער לקעקע ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית משפט השלום, ואשר אומצו על ידי בית המשפט המחוזי. הערעור על ההרשעה בעבירות הרשלנות נדחה.

סעיף 326 קובע שאם בשליטתך/באחריותך נמצא דבר כלשהו (חפץ/חיה) עליך לנקוט זהירות וקפידה למנוע את הסכנה הטמונה באותו דבר. אם כתוצאה מחוסר זהירות נגרם נזק לאחר ניתן לייחס לך את החבלה כאשר מקורה הוא סעיף 326.

פס"ד שכטר- מנהל מרכז ספורט שבין השאר היה אחראי על בריכת גלים שבתחתיתה צינור יניקה שעליו בד"כ יש סורג. הסורג הוסר וילד נשאב ואיבד את ההכרה לשלושה ימים. שכטר ידע על הסרת הסורג ולא דאג להחזירו למקום. הוא הורשע בבימ"ש שלום בעבירת גרימת חבלה ברשלנות על דרך מחדל לפי סעיף 341. מקור חובת העשייה נמצא בסעיף 326 הני"ל. הערעור נדחה.

2) חובות עשה הקבועות בדין האזרחי - סעיף 18 (ג) מחייב מציאת חובת עשה לפי כל דין או חוזה. למעשה ניתן לשאוב חובת עשייה מכל דין (משפטי, מנהלי, אזרחי וכו').

גם בפסיקה וגם בספרות המשפטית ניצן למצוא התייחסויות מנוגדות לשאלה האם ניתן להשתמש במקורות חובה מהדין האזרחי:

בעד-

- **פרופסור פלר** סבור כי כל חובה סטוטורית לפעול די בה כדי להשלים התנהגות פסיבית לצורך התהוות עבירה פלילית. נניח שנקבעה בדין חובה לנקוט בצעדי תברואה מסויימים נגד מפעלים מזהמים- והסנקציה היא סגירת המפעל. נניח שכתוצאה מהזיהום מישוהו נפגע, יעלה על הדעת שלא ניקח אותה חובה מהדין המנהלי ונשאב אותה לדין הפלילי?! ודאי שכן.
- **פרופסור מירי גור אריה** אף היא סבורה כמו פלר שאין כל מניעה לייבא חובות עשה מתחומים שמחוץ למשפט הפלילי תוך שהיא מתייחסת לחובת הזהירות המושגית שבדיני הנזיקין. היא מאמצת את עוולת הרשלנות בנזיקין לדין הפלילי. בעוולת הרשלנות צריך להוכיח קיומם של 3 תנאים מצטברים:
 1. קיומה של חובת זהירות מושגית- החובה בודקת האם בכלל יש חובת זהירות בין הצדדים מהסוג הנדון (לדוג: נהג חב חובת זהירות להולך רגל).
 2. קיומה של חובת זהירות קונקרטית- בודקים האם ישנה חובת זהירות ספציפית בין המעוול הספציפי לבין הנפגע הספציפי (במקרה שהולך רגל קפץ לכביש אין חובת זהירות ספציפית)
 3. נזק- הוכחת קיומם של נזק וקשר סיבתי בין המעשה לנזק.היא מוסיפה כי נוכח עיקרון החוקיות יש להגביל את אימוצה של חובת הזהירות המושגית לאותם מקרים בהם הוכרה כבר בעבר קיומה של חובה כזו.

בפס"ד מלכה (לפני תיקון 39) קבע השופט זילברג כי לשם הרשאה בעבירה פלילית, ע"פ סעיף 218, די בכך שהנאשם הפר את חובת זהירותו כלפי הקורבן במידה שהייתה מחייבת אותו בתשלום דמי נזק אילו הוגשה נגדו בשל אותו מעשה רשלני תביעת נזיקין אזרחית.

בפס"ד לורנס (לפני תיקון 39) השופט דב לוין מתייחס לאפשרות להרשיע את לורנס בגרימת מותו של חברו על דרך מחדל בכך שלורנס נמנע מלהפסיק את משחק הרולטה רוסית. הוא קובע כי קיימת חובת זהירות מושגית בין משתתפים במשחק מסוכן.

בפס"ד שכטר (לאחר תיקון 39) השופטים קדמי ושטרסברג כהן אומרים שלאחר תיקון 39, סעיף 18 המתוקן אומר שניתן לשאוב מקורות חובה גם מדיני הנזיקין.

נגד-

• **הפרופסורים קרמניצר וראם שגב** סבורים כי קליטה גורפת של מקורות חובה מכל הדינים ללא סלקציה היא בעייתית משני היבטים:

1. פגיעה בעיקרון החוקיות- לכאורה יש עמידה בעיקרון החוקיות בהיבט הפורמלי (הדינים האזרחיים ברורים, פומביים וכו') אך יש פגיעה בהיבט המעשי - לא ניתן לעקוב אחר כ"כ הרבה חובות עשייה כך שאין הדרכה לאזרח.

2. הרחבת האחריות הפלילית שאמורה להיות שיעורית- היכולת לגרוף כל חוק מרחיבה את תחומי המשפט הפלילי שצריך להיות האופציה האחרונה (רק אם הטיפול של שאר המוסדות והדין האזרחי לא מתאים ורק בהתנהגות אנטי ציבורית חמורה).

קרמניצר הביע דיעה מרוככת יותר במאמר שכתב מאוחר יותר עם ליאת לבנון-מורג: הם אינם שוללים את השימוש בחובת הזהירות המושגית כמקור חובה לאחריות פלילית ובלבד שאם הפסיקה פיתחה עוולה חדשה הרי שיש להכילה מכאן ולהבא.

• **ד"ר קוגלר** עמד גם כן על אותה בעייתיות. הוא אומר שמוטב שנאפשר לביהמ"ש שיקול דעת במסגרת הדין האזרחי בלבד, כאשר מדובר בעבירות מופשטות. אם יש חובה ספציפית בפקודת הנזיקין אפשר לשאוב אותה אך אם אין חובה בחוק וביהמ"ש יוצר אותה קוגלר מתנגד.

בפס"ד וייצמן הסתייג השופט חשין מהאפשרות לגזור חובת עשה מהדין האזרחי באופן בלתי מוגבל: "הרכבה מכניסטית של חובות עשה כלליות על עבירות מן המניין אין לקבלה כפירוש ראוי לחוק".

בפס"ד סימון וימיני (פיסקה 51)- לאחר סקירת כל הדיעות הלרוונטיות, קבע השופט יצחק עמית שהדיעה המקובלת כיום היא שאין מניעה לאמץ את חובת הזהירות המושגית שבדיני הנזיקין כחובה לפעול.

3) חובות עשה הקבועות בחוזה - סעיף 18 (ג) מחייב מציאת חובת עשה לפי כל דין או חוזה.

פס"ד לב - נדונה אחריות של מנהלים לזיוף תעודות שקילה. ביהמ"ש קבע שאחריות אותם מנהלים נובעת בין היתר מהתחייבות חוזית (מקור חובה) של החברה כלפי החברה איתה נקשרה ושכלפיה נעשה הזיוף.

פס"ד Davis - הנאשמת גרה בביתה של אימה המבוגרת והסנילית ונהנתה מהזכויות הסוציאליות המגיעות לה. לאם לא הייתה עזרה אחרת מלבד ביתה. באחד הימים נמצאה האם מוטלת בחדר ללא חימום ומתה לאחר מכן בביה"ח. עד מומחה קבע שהאם קפאה למוות ואובחן אצלה רעב כרוני (לא הכניסה נוזלים לגופה לפחות יומיים ולא אכלה לפחות חודש). ביהמ"ש קבע שניתן להאשים את הבת במחדל ע"פ מקור חובה מכח חוזה למרות שלא היה מסמך כתוב- עצם העובדה שהבת נהנתה מזכויות אימה והפסיקה לעבוד, יצר חוזה משתמע בין האם לבת שהופר ע"י הבת. (בישראל ניתן היה למצוא מקור חובה גם בסעיף 322).

פרופסורים לוי ולדרמן אומרים שלא כל הפרה של חובה מכח חוזה תוביל להטלת אחריות פלילית- נניח ושמרטף מאחר להגיע לבית וההורים מחליטים לצאת בזמן בכל זאת ולהשאיר את הילדים זמן מה לבד והם נפגעים. לא ניתן להאשים את השמרטף- לא יעלה על הדעת שתוטל עליו אחריות פלילית מכח הפרת החוזה משום שההורים הפקירו אותם.

מקור חובה מכח חוזה יכול לצמוח גם בין מי שאינם צדדים לחוזה :

פס"ד Pittwood (1902) - פיטווד היה שומר מחסום רכבת ותפקידו היה להרים ולהוריד ידנית את המחסום. באחד הימים פתח את המחסום והלך לאכול צהריים, הגיע עגלון ונדרס ע"י רכבת. הנאשם הואשם בהריגה על דרך מחדל מכח מקור חובה שבחוזה. טען פיטווד שהחוזה הוא מול המעסיק. ביהמ"ש הכריע שהחוזה יצר חובה גם כלפי צד שלישי.

4) חובות עשה הנוצרות עקב יצירת מצב מסוכן- מדובר על דוקטרינה של יצירת מצב מסוכן. הדוקטרינה עוסקת במצבים שבהם עשה הנאשם מעשה שיצר סכנה של פגיעה באינטרס מוגן (חיו, גופו או רכושו של אחר) ולאחר שנודע לו את שאירע הוא יכול היה לפעול ולמנוע את התרחשות הנזק אך נמנע מלעשות זאת. מכח הדוקטרינה הזו חלה עליו חובה למנוע את התרחשות הנזק ואם לא פעל לשם כך ניתן להרשיעו באותה עבירה.

פס"ד לורנס - חבורת צעירים שיחקו ברולטה רוסית. לורנס היה בן 21 לאחר שירות צבאי והקורבן היה בן 17. לורנס שיחק ראשון אך מכיוון שידע לתפעל נשק וידא שלאחר סיבוב התוף הכדור לא נמצא ליד הנוקר. המנוח בתורו שיחרר יריה ומת. לורנס הורשע בבימ"ש השלום בגרימת מוות ברשלנות (לפי סעיף 304), ערעורו נדחה במחוזי והוא עירער גם לעליון. ביהמ"ש קבע כי לורנס היה אחראי לגרימת מוות ברשלנות במעשה אקטיבי (יזם ועודד את המשחק ואף השתתף בו). אם זאת בחר השופט דב לוין להתייחס לאפשרות לפיה התנהגותו של לורנס הייתה מחדלית ויצר מקור חובה מכח הדוקטרינה של מצב מסוכן ומכאן שיש חובת הצלה למנוע את קיום המשחק.

פס"ד פרידמן - המערער טען שאשתו ניסתה לדקור אותו ומתוך הגנה עצמית אחז בידה והיא נדקרה פעמיים. אשתו סירבה לקבל עזרה ופרידמן עזב את הדירה. כשחזר מצא אותה ללא רוח חיים כתוצאה מאיבוד דם מהדקירה בירך. הוא הורשע בהריגה ועירער לעליון. ביהמ"ש דחה את הערעור ופסק שאין פה מחדל אלא מעשה אקטיבי- הדקירה היא שהובילה למוות ולא ההפקרה בדירה שלאחריה. למעלה מן הדרוש השופט קדמי שאל האם בעל חב חובת הצלה כלפי אשתו והשיב כי בנסיבות העניין חובת ההצלה למנוחה היא מכח העמדתה בסיכון ממשי על חייה.

5) חובות עשה מכח הפסיקה - סעיף 18 (ג) מחייב מציאת חובת עשה לפי כל דין או חוזה. הסעיף אינו מאפשר לבתי המשפט ליצור חובות עשה פסיקתיות. יחד עם זאת גישתו של חשין בפס"ד וייצמן: הנחתנו היא כי בתי המשפט קנו סמכות פורמלית ליצירתן של חובות או להכרה בחובות (קיימות) המייצרות מחדלים בני עונשין. הבעיה- כשמקור החובה הוא פסיקתי, מדובר בפעולת שיפוט רטרואקטיבית וככזו היא מנוגדת לעיקרון החוקיות, במובן זה שלא ניתנת לאזרח אזהרה מובהרת מראש. אכן, מלומדים עמדו על כך שיצירת חובות עשה פסיקתיות אינה עומדת בקנה אחד עם עיקרון החוקיות.

פס"ד גילה - בהיותו קצין המינהל האזרחי בנפת רמאללה ידע על כוונת קבוצה מאורגנת של מתיישבים יהודים ביהודה ושומרון להניח מטעני חבלה במכוניתו של ראש עיריית אל-בירה, אך משנשלח ללוות חבלן לבדוק מכונית זו, לא גילה לו

את דבר החשד, וזה האחרון נפצע קשה מהתפוצצות המטען בעת שקרב לאותו רכב. גילה הורשע במחוזי בגרימת חבלה ברשלנות, בהפרת אמונים ובאי-מניעת פשע ועירער לעליון.
 ביהמ"ש קבע שקיימת חובת אמונים של מפקד כלפי פקודיו ואותה הפר הנאשם במחדל בכך שלא יידע את מפקדיו ופקודיו על שידע. חובה זו אינה קיימת בדין אך המקרה זועק לקביעת מקור עשייה וזה תפקידו של ביהמ"ש למרות הבעייתיות בכך. מכאן ואילך נקבע מקור החובה והבא שיפר אותו יעמוד לדין פלילי (כאן כבר אין מחלוקת שאין פגיעה בעיקרון החוקיות כי מרגע שהפסיקה ניתנה היא פומבית וברורה). הערעור נדחה.

סילבוס

מחדל - חוק העונשין תשל"ז – 1977 ס' 18, 262, 322-326, 368א
 חוק לא תעמוד על דם רעך תשנ"ח – 1998

ציטוט אחיד – פס"ד	תזכורת
* ע"פ 115/77 לב ואח' נ. מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 505 (1978) (השופטת בן פורת פסקאות 1-2, 7.	חברת "רמדו" בע"מ ומנהליה הורשעו בעבירות מרמה, סחיטה ועושק בניסיונם לקבל כסף מחב' קצא"א.
ע"פ 119/93 לורנס נ. מדינת ישראל, פ"ד מח (4) 1 (1994) השופט ד' לויין פסקאות 28-31, השופט בך).	משחק רולטה רוסית עם אקדח שהסתיים במות קטיין.
ע"פ 450/86 גילה נ. מדינת ישראל, פ"ד מ (4) 826 (1986).	קצין ליווה חבלן לבדוק מכונית, החבלן נפצע קשה מהתפוצצות המטען בעת שהתקרב לרכב. לקצין היה מידע מוקדם על כך ולא דיווח
ע"פ 1713/95 פרידמן נ. מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265 (1996), השופט קדמי פסקה 5.	תקע סכין לאישתו בירך
רע"פ 7519/97 שכטר נ. מדינת ישראל, פ"ד נב (2) 663 (1998).	שכטר, מנהל בריכה, הורשע בגרימת מוות ברשלנות בגין טביעת ילד שנשאב לגומחת יניקת המים בבריכת גלים.
רע"פ 3626/01 וייצמן ואח' נ. מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 187 (2002).	רכב פגע והרג שוטר. אף אחד מהנוסעים לא צעק "לעצור" ולא דיווח.
ע"פ 35/52 רוטנשטרייך נ' היועמ"ש, פ"ד ז(1) 8 (1953).	מנהל מפעל "אבן וסיד" נמצא אשם בגרימת מוות של שני ילדים מתוך חוסר זהירות שאין בה אחריות פושעת.
ע"פ 66/88 מדינת ישראל נ' אפרתי, פ"ד מג(1) 47 (1989).	תאונת דרכים שבה קופדו חייה של קשישה בת 70 לאחר שנדרסה והופקרה ע"י המשיבה.
רע"פ 10709/03 רוס נ' מדינת ישראל, תק-על 3)05 (2005) 36.	"ההומופס המתחזה "
ע"פ 3164, 2247/10 ימיני וסימון נגד מדינת ישראל (לא פורסם, 12.1.2011).	נסעו ברכב, פגעו בשתי הולכות רגל וברחו מהאירוע.
ע"פ 335 S.E. 2d 375 (1985) <i>tate v. Davis</i> (וירגיניה, ארה"ב).	הנאשמת חיה עם אמה, האמא נמצאה קפואה ומורעבת. מקור חובה מסוג חוזה מכללא).
R v. Pittwood, [1902] 19 T.L.R 37 (אנגליה).	שומר מחסום רכבת אשר פתח את המחסום כדי לאפשר לכרכרה לחצות את פסי הרכבת, שכח

לסוגרו והלך לאכול את ארוחת צהריים.	
גרה אצל דודתה החולה ולא נתנה לה לאכול עד שמתה.	R. V. Instan, [1893] 1 Q.B 450 (אנגליה).

- מ' קרמניצר ושי' ראם, "המחדל בדין העונשין", ספר תמיר 197 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים – 1999).
- יצחק קוגלר, "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה והעיגון הפורמלי של החובות לפעול", **מחקרי משפט כ' 201** (2003).
- יצחק קוגלר, "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות גרימה מחדליות?", **מחקרי משפט כ' 379** (2003).
- דני סטטמן, "לא תעמוד על דם רעך" – מחובות הזהירות לחובות השומרוני הטוב" **מחקרי משפט טו 89** (1999).
- ניר הנדל, "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998: השראה ומציאות", **מחקרי משפט טז** (תשס"א) 229 (2001).
- מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל" **עלי משפט ד 175** (2005).

החזקה

סעיף 18 קובע את היסוד העובדתי של העבירה. יש 2 דרישות לכל עבירה שיהיה מעשה ודורשים יסוד נפשי. היום נדבר על מקרה ספיציפי של עבירות מסוימות שהיסוד העובדתי זה החזקה. דנים בנפרד בעוד שברוב העבירות ההתנהגות מאוד ברורה לעומת זאת בהחזקה היסוד העובדתי יותר מורכב, כי ברור שיש אדם שמחזיק פיזית סמים לדוגמה, יותר קל לנו לראות שיש בכך מעשה ולעומת זאת במצב בו מישוהו שם בבית סמים – קשה לראות את יסוד המעשה כי הוא לא מחזיק בצורה פיזית של הסמים באופן גלוי ולכן מבחינים בין 2 התנהגויות שיכולות להוות התנהגות אסורה:

- (א) התנהגות אקטיבית ("מעשה")
- (ב) התנהגות פאסיבית ("מחדל")

לא נבחן מה הוביל אדם למעשה ההחזקה אלא עצם ההחזקה זה המעשה הפסול. סעיף 34 כ"ד – מגדיר החזקה והוראה משלימה קבועה בסעיף 8 לפקודת הסמים המסוכנים.

דוגמאות לעבירות החזקה – בחוק העונשין קיימים מספר מקרים בהם נאסרת החזקה:

1. החזקת סמים מסוכנים- סעיפים 7,8 שאוסרת על החזקת סמים מסוכנים ללא קשר לסיבה שהוא מחזיק בסמים.
2. החזקת נשק ללא רישיון- סעיף 144 (א) לחוק העונשין.
3. החזקת אגרופן או סכין שלא כדין- סעיף 186 לחוק העונשין.
4. החזקת מכשירי פריצה- סעיפים 409 ו-413 לחוק העונשין.
5. החזקת נכס חשוד- סעיף 413 לחוק העונשין. כאן כן בודקים כיצד הגיע הנכס לידינו של האדם.
6. החזקת חומר נפץ- סעיף 497 לחוק העונשין.
7. החזקת חומר לזיוף שטרי כסף- סעיפים 464 (5) ו-464 (6) לחוק העונשין.

מה האינטרס של המשפט הפלילי בהכרה בעבירות מסוג החזקה: (הרי מדובר בחפצים שהשימוש בהם בחברה בעינינו פסולה ביותר).

- ❖ מניעה - רוצים למנוע את השימוש שנובע באופן סביר מאופן החזקה, בד"כ מדובר בחפצים שהשימוש בהם פסול וגורר סכנה גדולה בהתאם לנורמות החברתיות המקובלות. במקרה של החזקת נכס חשוד- הגיע אל האדם כתוצאה ממעשה פסול שפוגע באינטרס החברתי ולכן רוצים למנוע מאותו אדם לעשות שימוש באותו החפץ.
- ❖ הרתעה.
- ❖ הגנת האינטרס הציבורי.

בהחזקת נכס חשוד מדובר בהגנת נכס ציבורי כגון עבירה של שוד וגניבה. אנתנו אומרים שהחפצים הגיעו אליך הגיעו בדרך לא לגיטימי.

פירוש המונח "החזקה" פס"ד הוכשטט – ניתן לראות תופעה שברק מביע דעת מיעוט שהופכת אח"כ לדעת רוב במשפטים אחרים.

- דעת רוב השופטת בן פורת והשופט חלימה שבוחרים לדחות הערעור.
- ברק בדעת מיעוט – בוחר לזכות. השופט ברק מבחין בין שני סוגים של החזקה:
 1. סוג אחד זה החזקה הממשית סופית 34 כד' רישא
 2. סוג שני זו החזקה קונסטורקטיבית – כארש לאדם אין החזקה ממשית ברכוש אך עדיין נרצה לייחס לו החזקה
 3. מה זו החזקה בעיניו – לא חייבת להיות פיזית החזקה בידיים כדי שתהיה אסורה. המונח המרכזי בו משתמש זה מונח השליטה.

עקרון השליטה

1. פיזי: לאדם היכולת ע"פ מהלך העניינים הטבעי והרגיל להגיע לעשייה פיזית בחפץ או שבידו היכולת לקבוע את גורלו הפיזי של החפץ... תנאי לשליטה זה שהיכולת תהיה בלעדית לאותו אדם או לאנשים שפועלים איתו בצוותא.
 - ❖ שליטה אינה דורשת בהכרח קרבה פיזית הדוקה (למערער לא הייתה גישה לשטר המטען ולכן לא ניתן לומר ש"שלט" בחבילה.
 1. דוגמה של מטען מוחזק בתחנת רכבת ואתה בעל המפתח ויש לך בלעדיות על החפץ
 2. או דוגמה על מחנה צבאי סגור שיש לך חפץ בו וביקשת ממישהו להביא לך מהבסיס
 - ❖ עניין השליטה אינו נבחן מבחינה משפטית אלא מציאותית – בין הזכות להחזיק חפץ מבחינה משפטית והחוק למשל יכול להיות מצב שנגנב ממני רכוש מסוים ואז למרות שהרכוש שייך לי לא יהיה בשליטתי ולגנב יש אחריות משפטית על החפצים הללו אבל הזכאות לא שלו.
 - ❖ בלעדיות השליטה – תנאי לכך שתקיים החזקה היא שהיא תהיה בלעדית לאותו אדם או לאנשים אחרים שפועלים איתו יחד. תנאי השנוי במחלוקת בפסיקה. זו הגישה שהובאה בפס"ד הוכשטט אך יש גישות נוספות
 1. לדוגמה אדם שמחביא כסף בגזע עץ אומנם החפץ נמצא ברשות הרבים אך לא כל אחד יכול להגיע להחזיק בחפץ כי רק הוא יודע ואם שמים את החפץ במקום שכולם יכולים לגשת תנאי הבלעדיות לא מתקייפ
 2. לדוגמה שיתוף אופקי – בעל ואשה
 3. שיתוף אנכי – לדוגמה אדם נותן לשומר מטעמו לשמור על החפץ ולכן מתקיימת שליטה.

מהי חזקה? חזקה שבעובדה- ניסיון החיים מלמד שכאשר עובדה מסוימת מקיימת ניתן ללמוד ממנו על קיומה של עובדה נוספת. המשפט נדרש לפעמים קיצורי דרך כיוון שקשה להוכיח למשל את הלך רוחו של אדם, שהוא התכוון לעשות דבר מסוים- במקרה כזה יש חזקה משפטית (הנחה) שאומרת שאדם מתכוון לתוצאה הטבעית של מעשיו (למשל מי שיורה מתכוון להרוג את האדם לכיוונו הוא יורה). פרקטית משפטית- במקום שהתביעה תצטרך להביא ראיות ממשיות לכוונתו של אדם- מספיק שיראו כי האדם עשה את המעשה כדי להוכיח שנעברה העבירה. רוב החזקות המשפטיות הן חזקות שניתן להפריך אותן, הנאשם יכול להביא ראיות לכך שבמקרה שלו לא צריך להחיל את החזקה.

במקרה של החזקה אומרים שאם חפץ נמצא בידו של אדם יש חזקה שהוא מחזיק בו. התביעה לא צריכה להוכיח שהנאשם שולט בנכס שנמצא בידו של הנאשם- חזקה היא שהנאשם שולט באותו נכס, הנאשם יכול להביא ראיות שיפריכו את הנחה זו.

הוכחת השליטה ע"י חזקות:

- 1) החזקה הבסיסית ביותר- אם החפץ נמצא בידי אדם הוא מחזיק בו (ביסוד הפיסי).
 - פס"ד אוסאמה סעד: הנאשם טען שלא מתקיים היסוד הפיסי של השליטה כיוון שלא ידע שהסמים נמצאים ברכב. מתקיים דיון בנושא הפעלת החזקה- לא ניתנו הסברים מספקים את הדעת ולכן ביהמ"ש אומר כי יפעיל את החזקה כיוון שהאדם נסע ברכב בו היו הסמים.
 - פס"ד הוכשטט (השופט ברק): "מבחינתו של היסוד הפיסי, חפץ נמצא בשליטתו של אדם כאשר החפץ נמצא בידו..."
 - ביהמ"ש רואה את מכלול נסיבות המקרה וכך בוחר אם להפעיל את החזקה או לא. מספיק שמעורר ספק סביר כדי שהחזקה לא תחול. ניתן לסתור את אותה חזקה.
- 2) חזקה ביסוד הנפשי- מכלול הממצאים יכול לעורר חזקה שבעובדה שלפיה מי שהחזיק בחפץ מסוים גם ידע שהחזיק באותו חפץ. ביסוד הנפשי משתמש ביהמ"ש כדי לומר שבהתנהגות מודעת שאדם החזיק, אפשר להוכיח את היסוד העובדתי- שהחפץ היה בידו של אדם.

- 3) מקום בו נמצא נשק רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשק (חזקה שכתובה בחוק- סעיף 144 (ד) לחוק העונשין). אם יש לי בבית נשק- אני המחזיקה בנשק.
- 4) המחזיק סם המפורט בתוספת השנייה לפקודת הסמים המסוכנים, בכמות העולה על הכמות המפורטת חזקה שהחזיק את הסם שלא לצריכה עצמית.
- 5) "כלל החזקה התכופה"- משנמצאו בחזקת אדם מיטלטלין אשר נגנבו זמן קצר קודם לכן ניתן להסיק מכך, בהיעדר ראיה לסתור, כי המחזיק השיגם בדרך אסורה.
- כל החזקות הללו ניתנות לסתירה באמצעות ראיות. ישנן גם חזקות שלא ניתנות לסתירה (צו גיוס שנשלח בדואר- חזקה שהאדם יודע על קיומו של הצו).

היסוד הנפשי – מצריך צורך בידיעה שהאדם ידע שמחזיק בחפץ.

- ❖ לדוגמה: פס"ד לוזיה 509/79 מערער גנב תיק שבתוכו אקדח ולאחר כמה זמן נתפס עם התיק ולא ידע שיש שם אקדח ורצו להאשים אותו בהחזקת אקדח ללא היתר, קבעו במחוזי שניתן להאשימו מכוח החזקה. נקבע כי סעיף 144א היסוד הנפשי שצריך לאפשר לאותו חזקה זה מודעות ולכן מזכה את הנאשם – המחוזי דווקא בחר להרשיע.
- ❖ עבירות החזקה מצריכות יסוד נפשי להוכחתן – בנוסף לרכיב הפיסי (שליטה) יש להוכיח גם כי הנאשם היה מודע לכך שהחזיק בחפץ (נפשי).

פס"ד לוזיה 509/79 - אדם שגנב תיק סגור ולא ידע כי בתוכו יש אקדח. רצו להאשים את האדם בהחזקת אקדח. במחוזי קבעו כי אפשר להרשיע מכוח החזקה, ביהמ"ש העליון קבע כי יש לבטל את ההרשעה כיוון שהחזקה לא חלה הנאשם לא ידע שבתוך התיק יש אקדח- ולכן מזכה את הנאשם.

2. החזקה קונסטרוקטיבית:

- לשון החוק מלמדת גם על קיומה של החזקה קונסטרוקטיבית (סעיף 34כד סיפא). ברישא ניתן להראות שכל אחד מאותה חבורה היה בעל שליטה- יכולת או פוטנציאל להגיע לעשייה פיסית בנכס. בסיפא, רק לאדם אחד יש יכולת להגיע לעשייה פיסית בנכס, לאחרים אין אך הם מסכימים לשימוש של האדם האחד בנכס.
- אם לאחד מבני החבורה יש החזקה ממשית בחפץ אזי יכולים שאר חברי החבורה להיחשב כמחזיקים ובלבד שהחזקה נעשית בידיעתם ובהסכמתם (הוכשטט). שלושת התנאים להחזקה קונסטרוקטיבית:
 - לפחות לאחד מאותה חבורה תהיה החזקה פיסית.
 - לנאשם יש ידיעה על החפץ.
 - הנאשם מסכים להחזקה הממשית.

כיצד מפרשים מה המשמעות של הסכמתו של האחד להחזקה הממשית של האחר? איך מוכיחים הסכמה?

לדבריו של ברק נדרשת לא רק הידיעה אלא גם הידברות מוקדמת לגבי החזקה. כמו שחבורה היא לא סתם כמה אנשים שהתאגדו אלא קבוצה שהתאגדה עפ"י תכנון מוקדם.

ברק בהוכשטט - נדרשת הידברות מוקדמת כדי שתהיה הסכמה וידיעה לדבר, מה זה חבורה זה לא סתם אנשים שהתאגדו יחד צריכה להיות להם מחשבה מוקדמת משותפת (מישהו שבא ליד מישהו ושואל אותו אם אכפת לו שיעשן לידו סמים – זה לא נחשב להחזקה של זה שלא השתמש לפי ברק). קובעים ע"פ מה שהוא עשה שלא דיווח למשטרה/או עזב את הארץ נתן ידו להסכמה של הדבר הזה.

פס"ד אבו רקייק - כאשר אנחנו לא בטוחים ביסוד הנפשי, מישהו בסמטה זרק מהרכב משהו לעברו והוא טען שאין לו מושג מה זה ושהוא לא ראה את זה בכלל.. מדובר היה בסמים בסופו של דבר.

פס"ד איסחטרוב - החלה של חזקה דומה בנושא החזקה הממשית והקונסטרוקטיבית – אנחנו נבחן את נסיבות ההתרחשות לקיבוצם של האנשים יחד ונסתכל ונרצה לראות האם הנוכחות מובילה לכיוון הידיעה או שאין תכנון מוקדם.

פס"ד מולנר - החזקת נשק.

כיוון שברק בודק החזקה ממשית ומוצא שאין, עובר לבדוק מצב של החזקה קונסטרוקטיבית- ומוצא כי הוכשטט לא ידע על קיומם של הסמים ולכן הוא לא החזיק בסמים. השופטים האחרים אומרים כי ניתן להוכיח החזקה קונסטרוקטיבית- כיוון שהוכשטט לא עשה דבר כדי למנוע את העבירה ונעלם מהשטח ולא הפריע להחזקה. בפס"ד אבו רקייק- השופט אור אומר כי לא הפריכו את החזקה שאבו רקייק ידע והסכים ולכן יש להשאיר את ההרשעה בעינה.

חובת הצלה כללית מכת חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998

האם יש להטיל חובה על אדם להציל את זולתו? חוק זה חריג היות והוא מטיל אחריות להציל זולת מזדמן ללא זיקה מסוימת של הנאשם לקורבן או לעבירה. בשל כך חובה זו מאוד מצומצמת ודורשת פעולה מינימלית בכדי לעמוד בה (אזעקת הרשויות מספקת, אין חובה לאדם לסכן עצמו).

עד 1998 לא היה במדינת ישראל חוק שהטיל חובת הצלה לזולת מזדמן. אז התקבל החוק הנ"ל בכנסת ומטרת החוק הייתה לעגן בחקיקה ראשית את הערך המוסרי והחברתי מספר ויקרא: "לא תעמוד על דם רעך". סעיף זה מטיל חובה על כל אדם לסייע להצלת חייו של אדם אחר. חוק זה הוא דוגמא למחדל ישיר- הוא כולל מקור חובה, הגדרה להפרת החובה וסנקציה.

- סעיף 1 (א)- הסכנה צריכה להיות "חמורה ומיידית". "מבלי להסתכן או לסכן את זולתו"- חובת ההצלה מוגבלת ומונעת את מצב המציל המקלקל.
- סעיף 1 (ב)- קיום החובה מתבטא בהרמת טלפון לרשויות בלבד.
- סעיף 4- גם אם לא עשה אדם את המוטל עליו הסנקציה המקסימלית היא קנס כספי.

נשאלת השאלה- האם ניתן להשתמש בסעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך (בכל מחדל ישיר) כמקור חובה לצורך ביסוסה של עבירה על דרך של מחדל עקיף?

לדוג': ראובן ראה את שמעון טובע, לא עשה דבר ושמעון מת. ברור שניתן להאשים את ראובן בעבירה על חוק לא תעמוד על דם רעך ע"פ סעיף 1. אך האם ניתן להאשים את ראובן בעבירת הריגה על דרך מחדל כשמקור החובה לכך הוא אותו סעיף 1?

ניתן לאתר שלוש גישות:

- הגישה המרחיבה של ד"ר קוגלר- תומך בעמדה שלפיה כל עבירה של מחדל ישיר יכולה לשמש מקור חובה לצורך עבירת הגרימה הרלוונטית.
- הגישה המצמצמת של פרוספור קרמניצר וראם שגב וכן גישתו של חשין בפס"ד וייצמן – יש לייחס אחריות לתוצאה רק למי שיש לו קשר ייחודי לנזק ע"י קירבה למקור הנזק או לקורבן עצמו ולא למי שמוטלת עליו אחריות כללית להציל בשל היקלעותו למקום הסכנה באקראי.
- גישת הביניים (פרופסור Fletcher)- לא כל הפרת חובה באשר היא מספיקה כדי להרשיע אדם בעבירת הגרימה הרלוונטית שכן הכל תלוי בנסיבות העניין.

בפס"ד סימון וימיני השופט יצחק עמית סקר גישות אלה ומצא להשאיר שאלה זו בצריך עיון.

* הסבת מבחן האלמלא (קשר סיבתי) לעבירות מחדלים- אילו הנאשם היה מקיים את חובתו האם התוצאה הייתה נגרמת.

* לא צריך להוכיח שהחדל היה מודע לחובה שקיימת בחוק היות ולעולם הנאשם יוכל לטעון לחוסר ידיעה ואי ידיעת החוק אינה פוטרת. לעומת זאת צריך להוכיח את המודעות של החדל לתנאים היוצרים את החובה.

(לדוג': אמא לא מניקה בביה"ח את תינוקה והוא מת- אין צורך להוכיח שהכירה את החובה בחוק (סעיף 323- חובת הורה לקטין) אך יש להוכיח שידעה שהתינוק שלה כך שנוצרו התנאים לחובתה).

הרכיב הנסיבתי ("נסיבות")

פרופסור פלר מגדיר נסיבות כנתונים המצויים במציאות האובייקטיבית, בשעת ההתנהגות המהווה רכיב של היסוד העובדתי של אותה עבירה, ללא כל תלות בהתנהגות זו או בהימנעות ממנה. נסיבות למעשה הם חלק מהמציאות האובייקטיבית שאינה תלויה בעושה או במעשה. כל עבירה מתבצעת במציאות מסוימת ומציאות זו היא הנסיבות לעבירה. אם ביסוד העובדתי של העבירה מצויות נסיבות חייבים להוכיח את התנאים שבגדרם בוצעה העבירה.

צריך להוכיח רק את הנסיבות המצויות בהגדרת העבירה משום שאלו הן הנסיבות המהוות תנאי לשם הטלת אחריות פלילית באותה עבירה.

דוגמאות: [מעשה, נסיבות]

- סעיף 273- תקיפת שוטר- התוקף שוטר והתקיפה קשורה למילוי תפקידו...
- סעיף 345- עבירת האינוס- הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית...
- סעיף 373 (א)- חטיפה ממשמורת- המוציא במעשה או בפיתוי קטין שלא מלאו לו 16 שנים...
- סעיף 176- ריבוי נישואין- נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר...

נסיבות מחמירות ומקלות

לעיתים תפקיד הרכיב הנסיבתי הוא להחמיר או להקל את הפלילות של ההתנהגות. לדוג':

- עבירת השוד סעיף 402 (א)- אם ביצע שוד דינו- 14 שנות מאסר. (ב)- אם השוד היה מזויין דינו- 20 שנות מאסר. [נסיבות מחמירות]
- המתת תינוק- סעיף 303- - במידה ואשה הניקה תינוק עד שנה וההמתה בוצעה עקב דיכאון שלאחר לידה אף על פי שמדובר ברצח/הריגה דינה מאסר 5 שנים. [נסיבות מקלות].

פסקי דין שעסקו ברכיב הנסיבתי של העבירה (דגש על דרך העבודה של ביהמ"ש בניתוח היסוד הנסיבתי)

פס"ד פקוביץ'- הורשע במחוזי במספר עבירות שתכליתן לפגוע במוסלמים, בין היתר הנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי. כתבי האישום ייחסו לו בין השאר עבירה על סעיף 172- כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה. לעבירה כמה חלופות (נכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או נוהג במת שלא בכבוד או...) וביהמ"ש המחוזי הרשיע את פקוביץ' ע"פ שתי החלופות הראשונות. הנאשם הגיש ערעור לעליון וטענותיו התייחסו לכך שלא התקיימה הנסיבה "ללא רשות" וזאת משום שלא צריך רשות להיכנס למקום ציבורי כבית עלמין. ביהמ"ש יכול היה לדחות את טענתו ולהתבסס רק על החלופה השנייה אך השופטת בייניש התייחסה גם לחלופה הראשונה- כניסה שלא ברשות. אומרת בייניש: אין לפרש את המונח שלא ברשות בפרשנותו הדווקנית כי היא מחטיאה את תכלית החקיקה. תכלית הסעיף היא להגן על רגשות דתיים בקשר למקום שבו מצוי המת. לכן המונח "שלא ברשות" יבחן ע"פ מבחן אובייקטיבי, היינו כניסה שלא ברשות, משמעה כניסה שיש בה כדי לפגוע ברגשות, בהתעלם מההיבט הקנייני של המונח. הערעור נדחה.

פס"ד אלבה- רב שהורשע במחוזי בחמישה אישומים שונים ובהם עבירת "איסור פרסום הסתה לגזענות" שמתייחסת למאמר שהפיץ בקרב תלמידיו "בירור הלכות הריגת גוי". הרב עירער לעליון וטען שהמאמר אקדמי ומטרתו עיון ולא מעשה, אך הפרקליטות האמינה שמטרת פרסום המאמר הייתה להסית לגזענות ולשכנע כי מותרת פגיעה בערבים. את עיקר טענותיו הפנה הרב אלבה להרשעה בעבירה זו: סעיף 144ב. (א)- המפרסם (מעשה) דבר (נסיבות) מתוך מטרה להסית לגזענות (יסוד נפשי), דינו מאסר 5 שנים.

השאלה המשפטית- מהו אותו דבר שיש בו כדי למלא את יסודה העובדתי של העבירה? במילים אחרות, האם גם דבר שתוכנו אינו גזעני אך פורסם במטרה להסית לגזענות עשוי למלא יסוד זה? המדינה טענה ש"דבר" הוא גם שתוכנו תמים ואם נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות אזי יש פה עבירה פלילית. הסנגור טען ש"דבר" הוא רק פרסום שתוכנו מכיל קריאה מפורשת המסיקה לגזענות וקיימת הסתברות גבוהה שהתוכן יסית לגזענות. לשיטת הסנגור יש שני קשיים בגישת המדינה: 1. גישת המדינה נוגדת עיקרון יסודי כי אז נעניש על כוונה שאין בצידה מעשה ואין עונשין על מחשבות. 2. האיסור הפלילי בסעיף מטבעו פוגע בחופש הביטוי, ומאחר שהוא פוגע בזכות יסוד יש לצמצמם את הפרשנות והפגיעה- רק ביטוי גזעני שמכיל מסר ברור של פגיעה בערבים צריך להפליל. ביהמש מפרש את המקרה ע"פ פרשנות תכליתית של המילה "דבר":

השופט מצא: (דעת יחיד) **דבר = תוכן תמים + מטרה להסית לגזענות.** לגישתו המחוקק אסר על פרסום "דבר" גם אם תוכנו אינו מסית כל עוד נעשה במטרה להסית לגזענות. כתימוכין לדבריו הוא מציין את שתי החלופות שהיו בהצעת החוק (המפרסם דבר הסתה לגזענות והמפרסם דבר מתוך כוונה להסית לגזענות). היות ולבסוף המחוקק בחר באפשרות השנייה הרי שהעדיף את פרשנות זו. יתר על כן הוא אומר שגם מבחינה פרקטית נכון להעדיף פרשנות זו כי אם נחייב את המשטרה והפרקליטות למצוא רק תוכן מסית מפורש הדבר יערים קשיים על תפקידם (לפעמים טקסט יהיה עמום ומעורפל, הכותבים ערמומיים).

השופט ברק: **דבר = תוכן מסית + בעל פוטנציאל להסתה + מטרה להסית לגזענות.** לגישתו פרסום דבר אינו כולל דבר תמים- טקסט שעל פי תוכנו אין בו כל הסתה לגזענות אינו הופך לטקסט אסור רק בשל קיומה של מטרת הסתה. ביסוד גישתו מונחים שני שיקולים עקרוניים: 1. הפללה של אמירה תמימה המלווה במטרה להסית לגזענות מתקרבת קירבה

מסוכנת להפרת הכלל האוסר על ענישת דברים שבלב. 2. עבירה זו היא בגדר פגיעה מוצדקת בחופש הביטוי משום שלא מדובר בסתם ביטוי אלא בזוה שקורא להסתה לגזענות. פגיעה זו מוצדקת בשל התכלית הראויה (גזענות פוגעת בכבוד האדם, בחירותו, בשוויון וכו') ויש בה סתירה למהותה וערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. עם זאת הוא אומר הפגיעה בחופש הביטוי צריכה להיות מידתית ולדעתו הטלת אחריות פלילית בגין הסתה לגזענות כאשר הפרסום הוא תמים לחלוטין, וההסתה היא רק במחשבתו של המפרסם הרי שהיא מעבר למידה הדרושה ואינה מידתית. השופט גולדברג: (דעת יחיד) **בעל זיקה ישירה או עקיפה לגזענות + מטרה להסית לגזענות**. מעין דיעת ביניים- ליבה של העבירה היא מטרת המפרסם להסית לגענות. לכן לעניין תוכן הפרסום אין זה מן ההכרח שיסית ברורות לגזענות או שיהא בעל פוטנציאל הסתה לגזענות ומצד שני גם אין מדובר בתוכן תמים. העבירה מכוונת לתוכן שיהא בו שמץ של זיקה לגזענות (ישירה או עקיפה). הערעור נדחה.

סילבוס

סיבתיות - סעיף 18, 309 לחוק העונשין.

ציטוט אחד – פס"ד	תזכורת
* ע"פ 341/82 בלקר נ. מדינת ישראל, פ"ד מא (1) 1 (1986) השופט בייסקי פסקאות 1-3, השופט שטרסברג כהן כל ההחלטה (1986).	הנאשם שפך על אשתו נפט ואח"כ השליכה מבעד לחלון נגרם לה מוות מוחי.
* ע"פ 418/77 ברדריאן נ. מדינת ישראל, פ"ד לב (3) 3 (1978) השופט שמגר פסקות 1-12.	שני נאשמים דקרו את הקורבן, דקירות קטלניות, והוא מת מפצעיו לאחר מכן בבי"ח.
* ע"פ 707/83 פטרומיליו נ. מדינת ישראל, פ"ד לח (4) 821 (1984).	אישה לקתה בהתקף לב ומתה בעקבות גניבת תיקה ע"י המערער.
* ע"פ 47/56 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1543 (1956).	עגלון פגע בילד בן שנתיים ונגרם לו שבר בזרוע, מת לבסוף ממחלת הטטנוס.
ע"פ 5870/01 חסיין נ. מדינת ישראל, פ"ד נו (1) 221 (2002).	שדקר את אחותו בסכין קומנדו. האחות נפטרה בבי"ח כתוצאה מאיבוד דם.
ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ. מדינת ישראל, נו (5) 506 (2003) השופט חשין פסקאות 26-35	זקנה נדרסה במעבר החצייה ע"י אופנוען, שהשתולל בכביש.
ע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ. בלזר, נט (2) 08 (2004).	נהג מונית הכה נהג אוטובוס, לנהג המוכה טרשת עורקים ובשילוב הלחץ הנפשי מהאירוע נפטר במהלך עדותו במשטרה.
ע"פ 311/72 צברי נ. מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 505 (1973).	בחורה שפחדה מאונס של המערער וחברו, שהגיעו לביתה, קפצה מחלון הקומה החמישית ומתה.
ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ. מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 141 (1986).	תאוונה, מהתפוצצות צמיג מכוניתו ומהירות נהיגתו.
דנ"פ 983/02 יעקובוב נ. מדינת ישראל, פ"ד נו (4) 385 (2002).	אשת המערער התאבדה בקפיצה מחלון דירתם, בעקבות התעללות פיזית ונפשית לאורך זמן

שספגה מבעלה.	
ע"פ 482/83 מדינת ישראל נ' סעיד, פ"ד לח (2) 33 (1984). במהירות גבוהה בו הנהג נהג ללא רישיון. כתוצאה מהתאונה נהרגו נהג הרכב ושלושה מנוסעיו .	
ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34 (2001). הגיעו לבית המנוח ותוך כדי איומים גם תקפו אותו בכלי ברזל ומקלות עד שנפטר מ"כישלון לב".	
ד"נ 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701 (1964). רינגר נפגע בת"ד לה אחראי ליאון (ואח').	
ע"פ 566/86 חוסיין נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 77 (1988). הרעיל את אשתו השנייה בפרתיון בדרכה ללדת, הודה בכך בפני מדובב בתא המעצר.	
ע"פ 10023/06 טואלבו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 4 (2009). דקירה, פצעי לחץ.	

הרכיב התוצאתי

בעוד שהמעשה הוא רכיב חובה התוצאה (כמו גם הנסיבה) היא רכיב אופציונלי אך במקום שקיימת יש להוכיחה.

- סעיף 298 הריגה- "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם..."
 - סעיף 300 (א)(2) רצח- "גורם בכוונה תחילה למותו של אדם..."
 - סעיף 304 רשלנות- "הגורם ברשלנות למותו של אדם..."
- בכל עבירות אלו המחוקק אוסר על מעשה שיגרום לתוצאה האסורה- מוות.
עבירת גרימה היא עבירה עם רכיב תוצאתי אשר נעדרת הגדרה מפורשת של המעשה. הגדרת העבירה מתרכזת בתוצאה האסורה וכל מעשה שיגרום לתוצאה זו אסור.

שני סוגי עבירות

1. **עבירה התנהגותית**- עבירה המטילה איסור על ההתנהגות כשלעצמה ללא התייחסות לתוצאה. היסוד העובדתי לא כולל רכיב של תוצאה אלא רכיב של התנהגות או התנהגות ונסיבה (לדוג': עבירת האינוס- אין תוצאה, אין דרישה להוכחת נזק).
2. **עבירה תוצאתית**- עבירה הכוללת במסגרת דרישת היסוד העובדתי שבה רכיב של תוצאה. אם יש רכיב תוצאה חייבים להוכיח אותה ואם לא נעשה זאת אי אפשר להרשיע באותה עבירה (עבירות המתה למשל- אם הקורבן לא מת לא נוכל להרשיע בעבירות אלו אך נוכל להרשיע בעבירה אחרת כגון תקיפה).

מהי תוצאה?

- **פרופסור פלר** מגדיר תוצאה כפגיעה בשלמותו, בתקינותו או באיכותו של האובייקט הפיזי נשוא העבירה. יסוד התוצאה מוגבל לפגיעה פיזית מוחשית באובייקט.
- **פרופסור קרמניצ'ר** מגדיר תוצאה דרך מימד הזמן- מושג תוצאה משתרע על כל שינוי במציאות שהתנהגותו של העושה אמורה לחולל. לפיו, כל שבגדר התרחשות עתידית הוא תוצאה.
- **פרופסור גבריאל הלוי** מגדיר תוצאה כנתונים עובדתיים הנובעים מן ההתנהגות.
- **פרופסור רון שפירא** חלק במאמרו על ההבחנה המסורתית בין עבירות התנהגות לתוצאה- לגישתו כל העבירות תוצאתיות כי גורמות נזק ויוצרות שינוי במציאות. גישתו אינה מקובלת.

דוגמאות: [מעשה, נסיבות, תוצאה]

- סעיף 288- העלבת עובד הציבור- המעליב... עובד הציבור... דינו...

- יש להוכיח מעשה ונסיבות ולא תוצאה (שאותו אדם נעלב). **עבירה התנהגותית**
- סעיף 304 - גרימת מוות ברשלנות - הגורם ברשלנות (יסוד נפשי) למותו של אדם דינו... **עבירה תוצאתית**
- סעיף 378 - תקיפה - **עבירה התנהגותית**
- סעיף 380 - תקיפה חבלנית - התוקף חבירו וגורם לו בכך חבלה של ממש דינו... יש להוכיח קשר סיבתי - מעשה התקיפה גרם לתוצאה - חבלה של ממש. אם לא נצליח להוכיח תוצאה נאשימו בתקיפה רגילה. **עבירה תוצאתית**
- סעיף 334 - פציעה - הפוצע (מעשה ותוצאה) חברו שלא כדין דינו... המילה פצע מוגדרת בסעיף ההגדרות (34) **עבירה תוצאתית**
- סעיף 368 ג' - התעללות בקטין - העושה בקטין... מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו... **עבירה התנהגותית** :

פס"ד שדה אור - גנתת שהפעילה אלימות כלפיי ילדי הגן. הואשמה בעבירת תקיפה ובעבירת התעללות בקטין לפי סעיף 368. המחוזי זיכה אותה משתי העבירות - סיווג את עבירת ההתעללות כעבירה תוצאתית ומאחר ולא הוכח נזק לא מצא לנכון להרשיע. המדינה עירערה ובעליון נקבע שעבירה זו היא התנהגותית ולא תוצאתית ומכאן שהתביעה לא צריכה להוכיח חבלות חמורות וכו'. למרות זאת, ביהמ"ש הכריע שהתביעה לא הוכיחה מעל לספק סביר שאכן הייתה התעללות והוא משאיר את הזיכוי על כנו. לעומת זאת העליון מרשיעה בעבירת התקיפה ומחזיר את הדין למחוזי לגזר דין מחודש.

- סעיף 192 - איומים - המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו... בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו... **עבירה התנהגותית**. הסעיף מגדיר איום כמעשה ולא כתוצאה (הקורבן הרגיש מאוים) :

פס"ד גדליהו כהנא - הורשע בשלום בעבירת איומים בשל שיחות טלפון מאיימות שביצע מגרמניה לאדם בארץ היות וביהמ"ש קבע כי בנסיבות אלו מדובר בעבירת פנים. המחוזי דחה את עירעורו והוא ביקש לערער לעליון שדחה את בקשתו. השופט ברק אמר שקליטת דברי האיום מהווה חלק מן היסוד העובדתי של העבירה כך ש"מקצת העבירה" נעברה בארץ ולכן היא עבירת פנים. למעשה עבירה זו היא עבירה התנהגותית ועל הקורבן לשמוע את האיומים (אין הכרח שירגיש מאוים).

ביקורת על קביעת "עבירות תוצאה" (תוצאה=מזל) - קיימת ביקורת רבה על עבירות שיש בהן תוצאה משום שתוצאות הן עניין של מזל, אותו מעשה בדיוק יכול להסתיים בדרכים שונות. כנגד טענות אלו אומרים שמבחינה חברתית לתוצאות יש משמעות, אנחנו כחברה מסתכלים אחרת על מעשה שגרם לתוצאה של מוות לעומת אותו מעשה שגרם לתוצאה אחרת. אנחנו גם אינטואטיבית שופטים אחרת מעשה שגרם לתוצאה מסויימת. אפשר לומר גם שתוצאה קשה יותר מלמדת על מעשה חמור יותר (למשל נאשם שהתכוון להמית ידקור יותר פעמים את הקורבן). דבר נוסף, אנו אומרים שגורם המזל מנטרל ע"י כך שאנו לא פותרים את אותו אדם שגרם לתוצאה אחרת ונעמיד גם אותו לדין על עבירות ניסיון (מי שניסה לרצוח ונכשל יועמד לדין על עבירת ניסיון לרצח). דרך אחרת להתגבר על גורם המזל היא לנסח את העבירות באופן שונה :

עבירות של "תוצאה בכח" ("העמדה בסיכון", "נסיבות היפותטיות"). ע"פ אותה דרך נעמיד אנשים לדין לא רק אם גרמו לתוצאה מסויימת בפועל, אלא גם כאשר לא נגרמה התוצאה האסורה ודי בכך שהעמידו בסיכון את האינטרס המוגן (תוצאה בפועל - התוצאה קרתה, תוצאה בכח - התוצאה עלולה הייתה להיגרם). פרופסור גבי הלוי מכנה עבירות אלו בספרו כנסיבות היפותטיות והן מכונות גם עבירות העמדה בסיכון. עבירות אלו מנותחות כעבירה התנהגותית משום שבסופו של דבר התוצאה לא קרתה. לכן התוצאה בכח היא הנסיבה.(למרות זאת יש שסוברים שעבירות אלו יש לסווג כתוצאתיות).

דוגמאות: [מעשה, נסיבות, תוצאה, תוצאה בכח=נסיבות היפותטיות]

- סעיף 490 (6) - עוזב או קושר חיה באופן שיש בו כדי לגרום הפרעה בדרך ציבורית
- סעיף 218 - העושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו...
- סעיף 338 - העושה אחת מאלה בדרך נמהרת או רשלנית שיש בה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה דינו...

- סעיף 449- הגורם ברשלנות לשריפת דבר לא לו, או הגורם ברשלנות סכנת שריפה לדבר לא לו דינו... (הסעיף מחולק: הרישא הוא עבירת תוצאה בפועל והסיפא הוא עבירת תוצאה בכח).
* במבחן יש לכתוב "עבירה של תוצאה בכח המסווגת כעבירה התנהגותית".
* מונחים הרומזים לעבירה של תוצאה בכח- "שיש בו כדי", "עלול ל", "סכנה".

פס"ד סוסצקין- הורשעה במחוזי במספר עבירות, בשל פרסום כרוזים שבהם ציור חזיר עוטה כפייה שכתוב עליו "מוחמד" דורך ורושם בספר שכתוב עליו "קוראן", וביניהם עבירה על סעיף 173- פגיעה ברגשי דת (+ סעיף 25: סעיף הניסיון- היות והעבירה לא הושלמה).
ביהמ"ש העליון לראשונה נדרש להכריע האם סעיף 173 (1) העוסק בפגיעה ברגשות דתיים הוא עבירה התנהגותית או תוצאתית. אם העבירה תוצאתית יש להוכיח את התוצאה- שמישהו נפגע, אם היא התנהגותית מספיק שיש פוטנציאל לפגיעה במעשים. ביהמ"ש פסק שהעבירה היא התנהגותית שלא דורשת פגיעה בפועל: "סעיף זה מציג דרישה להתנהגות, אשר יש בה פוטנציאל אובייקטיבי לפגיעה כזו, על כן אין מדובר ברכיב תוצאתי אלא בנסיבה התוחמת את טיב ההתנהגות האסורה". ביהמ"ש מוסיף שהחברה הדמוקרטית המיוחדת שבה אנו חיים כוללת פסיפס רב ומורכב של אמונות, השקפות ודתות, ובמצב דברים זה תמיד טמון פוטנציאל פגיעה ברגשות דתיים. לכן הגישה התוחמת את העבירה לפגיעה ברגשות דתיים, למקרים בהם מדובר בפוטנציאל לפגיעה קשה ומשמעותית היא התכלית הראויה. במקרה סוסצקין מתקיים היסוד הנסיבתי הנדרש לקיום העבירה. הערעור נדחה.

הרכיב התוצאתי והקשר הסיבתי לתוצאה

ס' 18 לחוק העונשין דן ברכיבי היסוד העובדתי של העבירה- מגדיר שקיימות עבירות תוצאתיות בהן יש להראות שמתקיים קשר בין המעשה האסור לתוצאה. ההבחנה המקובלת בין עבירות התנהגותיות לעבירות תוצאתיות- עפ"י פלר, פגיעה פיסית בגורם ממשי. (חבלה- פוגעים בתקינות...)
להבדיל מעבירות תוצאתיות, בעבירות התנהגותיות- המעשה עצמו הוא הפסול, לא נדרש קיום של תוצאה מסוימת. נושא הגדרת העבירות כהתנהגותיות או תוצאתיות- לא תמיד ברור, הפסיקה מכריעה בנוגע להגדרת העבירות. בעוד שס' 379 אומר כי מי שתוקף דינו מאסר שנתיים, ס' 380 מוסיף אלמנט תוצאתי- תוקף וגורם חבלה של ממש- דינו מאסר שלוש שנים.

ס' 415- קבלת דבר במרמה

אם נסווג כעבירה תוצאתית- יש להוכיח קיומו של קשר סיבתי. האם המעשה הוא שגרם את קבלת הדבר במרמה. הקביעה אם העבירה היא תוצאתית או התנהגותית- משנה את דרך השיפוט, מה נדרש להוכיח- את ההתנהגות הפסולה בלבד או גם את הקשר הסיבתי בין המעשה לקבלת הדבר. הרכיב ההתנהגותי מורכב משניים:

1. הצגת טענה כוזבת.
2. קבלת דבר מכוח אותה טענה.

קשר סיבתי

יש שמשייכים את הקשר הסיבתי לס' 18. הפסיקה הבחינה באופן מסורתי בין שני מבחנים לקביעת הקשר הסיבתי:

קשר סיבתי עובדתי- מבחן ה"אלמלא"

השאלה שנשאלת היא האם אלמלא התנהגותו של הנאשם התוצאה הייתה נגרמת/ נמנעת? אם התשובה שלישית- נקבע כי יש קשר סיבתי בין ההתנהגות לתוצאה ונראה בהתנהגות "סיבה שבלעדיה אין" לקרות התוצאה. בוחנים רטרוספקטיבית את רצף האירועים שהובילו לתוצאה האסורה ובוחנים האם אפשר לשייך אותם לעבירה ולעברין. מבחן רלוונטי גם למעשה וגם לתוצאה- היישום משתנה:

- במקרה של מחדל- רוצים לבדוק אלמלא הנאשם היה חדל- היה ממלא את חובתו האם התוצאה הייתה קורית או לא, נחליט האם ניתן להטיל אחריות פלילית. (מציל שלא מסתכל כשאדם קופץ למים- ואינו יודע לשחות, אם המציל היה ממלא את חובת העשה שלו, האדם לא היה טובע).
- במקרה של מעשה- השאלה היא אלמלא היה עושה.

מקרים בהם ישנם מספר גורמים משלימים שגורמים לתוצאה- הם מקרים בהם בעייתי לקבוע את הקשר הסיבתי העובדתי, הספרות הגדירה כמה סוגי גורמים:

א. גורמים משלימים- קיימים כמה גורמים לא תלויים שכל אחד מהם לא יכול היה להביא לתוצאה האסורה. אלמלא כל אחת מהפעולות- התוצאה לא הייתה נגרמת, המבחן מטיל אחריות על כל אחד מהגורמים למרות שכל אחד לכשעצמו לא היה מביא לתוצאה (פס"ד ליכטנשטיין).

ב. גורמים מצטברים- כל אחד מהגורמים יכול להביא לתוצאה האמורה, ולכן כל אחד מהגורמים יכול לטעון כי אלמלא המעשה שלו התוצאה עדיין הייתה נגרמת ע"י הגורם השני.

האם ניתן להרוג אדם פעמיים? **פס"ד ברדריאן**.

פס"ד בלזר- היה גורם נוסף שהביא למותו, המחלה הייתה מביאה למוות בכל מקרה. ביהמ"ש קבע כי התנהגותו של הנאשם תרמה מהותית להתקיימות התוצאה ולכן יש להטיל אחריות פלילית.

פס"ד בלקר- מחיל את הלכת ברדריאן, התרומה המהותית. באם מחילים את מבחן זה- ברור כי מעשהו של הנאשם תרם מהותית למות אשתו למרות שמה שהרג אותה באופן מוחלט הוא הניתוק מהמכשירים.

הבעיה היא שתהיה תשובה חיובית למבחן האלמלא, נקבעו שני מבחנים בפסיקה לבעיה זו:

• שיטת הבידוד המלאכותי- פרופ' פלר: בידוד כל אחד מהגורמים ובדיקה האם כל אחד בנפרד היה גורם לבדו לתוצאה. אם התשובה היא כן, מבחן האלמלא חל.

• שיטת ה"דיות"- האם די באותו מעשה כדי לגרום לאותה תוצאה. אם התשובה היא כן, מבחן האלמלא מתקיים.

ג. גורמים חלופיים- כשאשר יש מספר גורים הפועלים להשיג את אותה תוצאה, אך אחד משיג את השני ומונע ממנו להגיע לתוצאה. בניגוד לגורמים המצטברים- גורם אחד נשאר בגדר "אופציה" אך אינו מתממש (א' חישמל את דלת חדר השינה של ב' במטרה להרוג אותו כשיחזור הביתה, אך בדרכו הביתה נהרג ב' התאונת דרכים) נשאלת השאלה האם אנו רוצים להטיל אחריות פלילית על הגורם שלא הצליח להשיג את התוצאה. גישתו של פלר אומרת כי אין צורך לדון בגורמים ש"איחרו" ובהם ניתן לדון בעבירת הניסיון).

דוגמה הממחישה את ההבדל בין הגורמים: ראובן יצא לטייל במדבר ולקח איתו מימיה. א', ב' וג' רוצים כל אחד בנפרד וללא ידיעת האחרים החליטו לגרום למותו של ראובן: א' הרעיל את המים במימיה; ב' חורר את המימיה כדי לגרום לדליפת המים החוצה; ג' שם פצצת זמן בביתו של ראובן, שכוונה להפעלה ביום שיחזור הביתה. כשנזקק ראובן לשתות- ראה כי המימיה ריקה וכתוצאה מכך מת ראובן מצמא.

הגורמים כאן נחשבים גורמים חלופיים- רק מעשהו של ב' יצא לפועל, אך את א' וג' ניתן להעמיד לדין בעבירת הניסיון. אם נוסף את ד' שחורר גם הוא את המימיה אחרי שהיא כבר ריקה- הופך להיות גורם חלופי. אם היו במימיה מים הרי שהחור הנוסף גרם לאיבוד המים- ניתן להחיל את מבחן האלמלא. אם המימיה כבר הייתה ריקה- היה הופך לגורם חלופי. אם לא שתה כי הריח שיש רעל במימיה- וכתוצאה מכך מת מצמא, גם אם לא שתה את המים המורעלים, נרצה להטיל אחריות כי אם לא המים לא היו מורעלים היה שותה ולא היה מת.

אפשר להסתכל על הסיטואציה בה יש רעל במימיה כסיטואציה בה מישו מחורר מימיה ריקה- אם היה מים התוצאה הייתה נגרמת ואם המימיה ריקה, יש רק פוטנציאל לגרום לתוצאה. גם ככה יש מים- אם היה שותה הוא היה מת.

קשר סיבתי משפטי- מבחן ה"צפיות"

הקש"ס העובדתי לא תמיד מספיק "שאם לא תאמר כן, תגיע סוף סוף לאדם הראשון כעילת העילות לכל פשעי האנושות". השאלה הנשאלת היא עד כמה אחר צריך ללכת כדי להטיל אחריות פלילית. מבחן הצפיות בודק האם הנאשם היה יכול וצריך לצפות כי מעשהו יגרום לתוצאה. שתי שאלות עולות בהקשר למבחן:

א. האם מדובר בצפיות אובייקטיבית (צפיות סבירה) או סובייקטיבית (האם בוחנים את הצפיות של הגורם עצמו)? כשמדובר ברשלנות לא בודקים צפיות סובייקטיבית.

ב. אלו ממאפייני התוצאה צריך לצפות?

מבחן הצפיות- האם ניתן היה לצפות שההתנהגות תגרום לתוצאה? הבחנה בין עבירות בהן קיים יסוד נפשי של רשלנות לבין שאר העבירות בהן נדרשת מחשבה פלילית.

במצב של רשלנות- אין מודעות, לא בוחנים האם אותו אדם ידע או לא ידע, בוחנים האם אדם סביר בנעלי הנאשם היה צריך לצפות או להתנהג בצורה כזו או אחרת- צפיות אובייקטיבית בלבד.
הפסיקה עשתה הבחנה כי בעוד שבעבירות רשלנות אין מודעות- בעבירות בהם נדרשת מודעות בכל מקרה על מנת להוכיח את היסוד הנפשי, חייבים מודעות לגבי כל אחד מרכיבי העבירה. מכיוון שבכל מקרה צריכים להוכיח יסוד נפשי של מודעות לרכיב התוצאה- מבחן הצפיות האובייקטיבי מתייחס כי בכל מקרה צריך להוכיח צפיות סובייקטיבית, בכל מקרה נדרש רף הוכחה גבוה יותר ליסוד הנפשי. בעבירות רשלנות יש להוכיח יסוד נפשי אובייקטיבי לגבי כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה- לא שאותו אדם צפה בפועל אלא שאדם סביר בנעליו היה צריך לצפות את התרחשות התוצאה.

מבחן הצפיות הוא תמיד אובייקטיבי!

בעבירות בהן יש דרישה ליסוד נפשי של מודעות- צריכה להיות מודעות לגבי כל אחד מהרכיבים של היסוד העובדתי. האם צריך להחיל את מבחן הצפיות במקרה כזה? לא, כיוון שהתביעה צריכה להוכיח שהנאשם אכן צפה בפועל לא משנה האם אדם סביר בנעליו היה צופה זאת גם. אנחנו בוחנים צפיות ברמה יותר גבוהה- אין טעם להוכיח צפיות אובייקטיבית שהיא ברמה יותר נמוכה. ביהמ"ש מוותר לעצמו- דורש צפיות בפועל (סובייקטיבית) וצפיות בכוח (אובייקטיבית).

היקף הצפיות הנדרשת- הבחנה בין גורמים שונים:

- צפיות איכותית- נדרש לצפות את סוג התוצאה ואת עצם התרחשות הנזק.
- צפיות כמותית- לא נדרש לצפות את דרך התרחשות והיקף הנזק.

קשר סיבתי משפטי הוא מסננת- מטרתו לסנן מתוך כל ההתנהגויות והגורמים רק את אלה עליהם אנו רוצים להטיל אחריות. כשמדברים על צפיות אובייקטיבית- רף ההוכחה נמוך יותר. קשה יותר להוכיח את סובייקטיבית. בעבירות שדורשות מחשבה פלילית- כיוון שגם ככה היסוד הנפשי שנדרש הוא לפחות מודעות או פזיזות, לא צריך לבחון את הצפיות האובייקטיבית, נצטרך להוכיח שהאדם צפה בפועל סובייקטיבית כדי לבסס את היסוד הנפשי. אם מחליפים את היסוד הנפשי למודעות – צריך להוכיח רלוונטיות לכל הרכיבים לגבי התוצאה גם – האם צריך להכיל צפיות אובייקטיבית גם כאן? התשובה היא שאין צורך כי התביעה צריכה להוכיח מודעות הנאשם לתוצאה ולכן אין צורך להוכיח שאדם סביר בנעליו היה צופה. מכיוון שמבחן המודעות מחמיר יותר עם הנאשם אין צורך בעבירות הכוללות מודעות לכלול מבחן של צפיות אובייקטיבית.

פס"ד ליכטנשטיין – האם הסכנה הייתה "בתחום הסכנה הצפויה"?

היקף הצפיות הנדרש – איזה מההבטים של התוצאה אני צריך לצפות? צריך לצפות באופן כללי את התוצאה והדרך שבה התרחשה ולא במדויק מה שיקרה/קרה. (בן אדם שנוסע מהר צריך לצפות שיקרה איזשהו משהו שלא בהכרח יוכל להתמודד איתו)

- a. ציפיות אכותית – עצם התרחשות הנזק וסוג.
- b. לא נדרשת צפיות כמותית – דרך התרחשות המדויקת והיקף הנזק.

למה צריך לצפות בשביל להטיל אחריות על ה"צופה". אלו ממאפייני התוצאה יש לצפות?
יש הבחנה בין צפיות איכותית לכמותית. צפיות איכותית מתייחסת לדרישה לצפות את סוג הנזק ועצם התרחשותו. לעומת זאת צפיות כמותית אינה נדרשת היא לא צריכה להוכיח שהנאשם צפה את הדרך שבה הנזק התרחש ולא את היקפו.

צפיות סוג הנזק: צריך לצפות את אחד משלושת הדברים:

- גוף.
 - רכוש.
 - פגיעה בבטחון המדינה.
- כאשר אדם עושה עבירת גניבה כל מה שמתלווה לכך הנזק שאותה התנהגות צפויה להוליד זה רק נזק לרכוש לעומת זאת בסיווג העבירה לנזק לגוף – עבירת שוד, צפוי גם נזק לגוף. הבחנה בין עבירות מסוג כזו או אחר יכולות להשפיע על התוצאה כאשר הצפיות היא לרכוש ולא לגוף יכול להיות שמבחן הצפיות לא התקיים.

צפיות תהליך גרימת התוצאה (יונתן פגע במוטי, הוא הובל לביה"ח במצב יציב, בבית החולים הוכש ע"י נחש ומת. האם יונתן אחראי למותו של מוטי? הוא היה צריך לצפות את סוג הנזק שזה נזק לגוף.)

- אין צורך לצפות את הדרך קרות התוצאה ואופן התרחשותה ובלבד שלא יהיו חריגים באופן קיצוני. (פס"ד מלכה – מות ילד כתוצאה מטטנוס לאחר שעבר תאונת דרכים ע"י נהג). מדובר בצפיות ב"כוח". ההנחה שיונתן פעל ברשלנות. מאחר ודרך ההרתחשות הייתה מאוד חריגה ומיוחדת. יונתן לא ייחשב כמי שגרם למותו של מוטי.

- אם הוא בסוף מת מחיידק האם זה משנה את התוצאה? המבחין בין שני האירועים זו מידת החריגות לדבר התרחשות התוצאה.

- מה לגבי מקרה בו יוכח כי יונתן התכוון להרוג את מוטי: (פס"ד בלקר), בעבירות שדורשות מחשבה פלילית לא בוחנים כלל את מבחן הצפיות.

צפיות היקף התוצאה ומימדיה: לא נדרש להוכיח צפייה של היקף הנזק שנגרם בפועל (פס"ד ליאון נגד רינגר – ההנחה היא שהיקף הנזק שנגרם בפועל, אף אם הוא שונה מהנזק הצפוי, הוא בגדר סיכון שהנאשם נוטל על עצמו).

מבחן הגולגולת הדקה: הפוגע מקבל את הנפגע כמו שהוא על מגבלותיו וליקויו ועל בסיס כלל זה יש את עקרון הגולגולת הדקה – מקבלים את הנפגע כמו שהוא ואני אחראי כלפיו כלפי כל היקף הנזק שיגרם, אלמנט מאוד חשוב זה הליקוי ועל פניו.

- בחינה תחילה של קשר סיבתי עובדתי – מתקיים (תאונה בהולך רגל שהביא להתקף לב ולמותו)
- קשר סיבתי משפטי – מבחן הצפיות בכוח (עבירת רשלנות).
 - האם ניתן להרשיע אותו אחד? פ"סד ליאון, פ"סד בלזר (נהג מונית הכה נהג אוטובוס), פס"ד אבו ג'נאם.
- מקעקע את פס"ד מלכה (פס"ד רינגר), מופיע כפוטנציאל בפס"דים קיצונים וחריגים... (גולגולת דקיקה).

גורם זר מתערב: עוד דרך לבחון האם היה ניתן לצפות או איזה מהנתונים העובדתיים גרמה לתוצאה המזיקה. הטענה היא שכשיש התערבות של גורם זר שלא נשלט ע"י הגורם הראשון הגורם מנתק את הקשר הסיבתי בין הגורם הראשון לתוצאה. למבחן צפיות זה מס' הנחות:

- ❖ צריך להיות גורם זר – אין קשר בין הגורם השני לראשון (פס"ד ברדיראן – כאשר פועלים יחד זה לא תקף).
 - ❖ משלימים אחד את השני בהתרחשות התוצאה.
 - ❖ הגורם הזר מתרחש בדרכי אחרי הגורם הראשון.
- איך מבחינים בין גורם זר שינתק את הקשר הסיבתי לגורם זר שלא ינתק אותו.

מגמה בעבר בחנה לפי סוג התנהגות הגורם הזר – התנהגות מכוונת או רשלנות רבתי (קיצונית) כאשר ההתנהגויות היו מכוונות ביה"מ קבע שלא ניתן לצפות התנהגות כזו (פס"ד ערעור אזרחי סימון נגד מנשה – מישהו נסע באוטו הוא פספס פנייה ובשביל לקחת את הפנייה לקח רוורס ומשאית נכנסה בו ושאלו האם התנהגותו של המשאית שהייתה רשלנית מנתקת את הקשר הסיבתי, ביה"מ אומר שהתנהגות לא הייתה מכוונת ולכן אין ניתוק של הקשר). המגמה בעבר הבחינה בין רמות האחריות – היסוד הנפשי של גורם זר מתערב כאשר בקבוצה אחת התנהגויות מכוונות שבהן אף פעם לא נקבע שניתן לצפות אותן.. ובקבוצה השנייה התנהגויות שהיסוד הנפשי בהן יותר נמוך שבהן יכול להיות היה ניתן לצפות. הביקורת הייתה שבמקום לדון ברמת האחריות של הרשלה או בוחנים אחריות של מישהו מנותק מהמקרה ובכך הדיון עובר לספירה אחרת.

שינוי מגמה – מעבר למבחן של צפיות (פס"ד אלגביש – נקבע סייג והלכה שהתחילו ליישם לאחר מכן – ביה"מ במקום לדון ביסוד הנפשי עדיף לדון ברמת הצפיות של מי שעשה את המעשה ושואלים מעתה ואילך האם הנאשם יכול היה לצפות את אותו גורם זר)

פס"ד יעקובוב – (סמן קיצוני לגבי כמה רחוק מתרחקים המגישה של פס"ד סימון... כי שם אף התאבדות לא ניתקה את הקש"ס) הייתה תאונה כי אדם יצא לעשות עקיפה מסוכנת וזה שישב לידו הטה לו את ההגה כי הגיע רכב ואז נגרמה תאונה ודנו בסוגיה האם הנגיעה הוותה גורם זר מתערב) הנטייה כיום היא להרחיב מבחן זה גם למצב שבו האשם מהווה גורם יסודי ומהותי בגרימת התוצאה הקטלנית גם אם אינו בבחינת "גורם בלעדי אין".

קשר סיבתי סטטוטורי - סעיף 309 (רלוונטי לגבי עבירות המתה).

למה צריכים את הסעיף הנ"ל? רשימת מקרים שבהם הקשר הסיבתי לא יתנתק. הרשימה הינה פתוחה ולכן יש הרבה שסבורים שלא צריך את הסעיף הזה. כי ע"י המבחנים שאומצו בפסיקה אנו יכולים להגיע לתוצאות זהות, אבל – עד כמה אפשר להשתמש את המקרים שנמצאים ברשימה וליישם אותם בעבירות שאינן עבירות מוות... ובתי המשפט עושים זאת. אם כללי הסיבתיות הם כללים לא ברורים מספיק כאן יש מקרים ספיציפיים לאיך ליישם את עיקרי הסיבתיות. (אפילו משתמשים בהקשה לנזיקין לפעמים).

- 1) סעיף 1 – אם אני גרמתי לך שתהיה זקוק לטיפול רפואי לא יכול להיבנות מטענה שהטיפול הרפואי הוא זה שגרם לנזק. (פס"ד בלקר – ביה"מ קובע שהיזקקות לטיפול רפואי והחלטה לא לתת טיפול רפואי זה אותם צדדים לאותו מטבע ולכן הסעיף לא חל, פס"ד חסיין – ביה"מ לא מקבל את הטענה לפיה הטיפול הרפואי מהווה גורם כלשהו כי הגורם היחידי למותה של אחותו זה הדקירות ולכן לא נדרש לסעיף קטן 1).
- 2) סעיף 2- מזכיר עקרון גולגולת דקה במובן המנטאלי, מדבר על אדם שנפגע ומחליט לא ללכת לטיפול רפואי. מקבלת את הניזוק שלי גם אם הוא לא הולך לקבל טיפול (פס"ד פרידמן).
- 3) סעיף 3- פס"ד צברי – איימו על בחורה ובאו לרדוף אחריה כי הייתה חייבת להם משהו והיא קפצה אל מותה כשניסתה להימלט. במקרים מסוג זה אמור לחלול חריג לסעיף קטן 3. בפס"ד יעקובוב – בעייתי כי היא התאבדה ולא דנו בסעיף בכלל ועולה שאלה פתוחה האם ניתן להחיל זאת – "מהו טבעי בנסיבות המקרה". באופן עקרוני יכול להיות קיים ביעקובוב או שלא כתלות בראייה...
- 4) סעיף 4- מצב של משהו שמחיש את המוות (פס"ד בלזר ניתן לטעון שהוא היה יכול למות בהקדם וזה רק החיש את המוות) ואז סעיף זה אומר שגם אם החשת רק את המוות עדיין ישמר הקשר הסיבתי.
- 5) סעיף 5.

הערות:

- הרבה מהפסיקה הישנה מפנה לתביעות נזיקיות- בנזיקין מתעסקים הרבה בעוולת הרשלנות. הופכת בידי נזיקין לעוולה משמעותית, מנסים לקחת את הצפיות מעולם הנזיקין- שם התפתחה הצפיות, אל העולם הפלילי.
- בנוגע לגולגולת דקיקה- עדיף לא לציין את המונח אך ניתן לציין שבעקבות פס"ד מלכה יש מקרים חריגים בהם דרך התרחשות התוצאה החריגה יכולה לפגוע במבחן הצפיות.

סילבוס

תרגול

תנאים מוקדמים לנשיאה באחריות פלילית

קטינות - חוק העונשין, סעיף 134.
העדר שליטה - חוק העונשין סעי' 34, 34ב, 34ג.

ציטוט אחיד – פס"ד	תזכורת
* ע"פ 415/68 כרמל נ. מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 803 (1968).	איבוד הכרה ואוטומטיזם, קודם לת"ד שגרם מול רכב צה"לי.
ע"פ 382/75 חמיס נ. מדינת ישראל, פ"ד (ל) 729 (1976).	כוחות משטרה שהגיעו להוציא לפועל צו הריסה, נפגעו מהמערער שהשתלט על הטרקטור והתפרע.
ע"פ 118/53 מנדלברוט נ. היועץ המשפטי, פ"ד י 318, 281 (1956).	עובד ב"אתא" ירה במס' עובדים ואף הרג אחד. טען למחלת רוח שגרמה לו לפעול כאוטומט.

אי שפיות הדעת - חוק העונשין, סעי' 34ח. חוק העונשין, סעי' 300א.
חוק לטיפול בחולי נפש, תשנ"א – 1991, ס' 1, 15, 21, 24, 28-29.
חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב – 1982 ס' 170.

ציטוט אחיד – פס"ד	תזכורת
ע"פ 118/53 מנדלברוט נ. היועץ המשפטי, פ"ד י 281, 289-90, 311-313 (1956).	– הריגת עובד בבית חרושת "אתא" (ר' גם בהעדר שליטה).
* ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועמ"ש, פ"ד יא 769 (1957).	הואשם ברצח ילדה בת 6, הגופה נמצאה על שיש צבר, טען למחלת נפש.
ע"פ 2947/00 מאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 636	הנ"ל ביצע מס' עבירות תקיפה כלפי אשתו

ובנותיו. כתוצאה ממחלת נפש.	(2002).
46 דקירות שברייב, מתוך שכרות ואי שפיות.	ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, מיום 22.2.2007) סעי' 34 לפס"ד של השי ארבל.
האב שפך נפט על בנו בן השנתיים והציתו באמבטיה. טען לאי שפיות.	ע"פ 7761/95 חמאד נ. מדינת ישראל, פ"ד נא (3) 245 (1997).
הנאשם צלב את דודתו וגרם למותה ולאחר מכן שרף את הגופה, כי האמין שהיא ערפד.	תפ"ח (מחוזי- ב"ש) 501/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 5.5.2003).

תנאים מוקדמים לנשיאה באחריות פלילית

קטינות והעדר שליטה

סייגים לאחריות פלילית- סעיף 34 (ו) ה' 1 לחוק העונשין, תנאים מוקדמים לנשיאה באחריות פלילית. יכולים להתקיים באותו אדם רכיבים להטלת אחריות פלילית, אך יש סייגים לנשיאה באותה אחריות. המטרה לקיומם של הסייגים היא כאשר הטלת אחריות בקיומו של הסייג, לא תשרת את מטרת דיני העונשין. מטרת כמו מניעה, הרתעה, שמירה על אינטרס חברתי מוגן. הסייגים נועדו למנוע מצב שבו מטילים אחריות מבלי שהטלת האחריות תשרת מטרה כלשהי. (מי שלא מסוגל להבין את משמעות הדבר שהוא עושה- מה פסול, סיבה ותוצאה, הטלת אחריות עליו לא תשרת חלק ממטרות דיני העונשין). קיימים גם סייגים שנותנים צידוק- למרות שקיימים כל היסודות, בנסיבות המקרה האינטרס החברתי מצדיק את פעולתו של הנאשם (שצריך היה להגן על עצמו למשל) למרות שהיא יכולה להיחשב כתקיפה ולא את אינטרס התוקף.

נהוג לחלק את הסייגים המופיעים בפרק ה'1 לשלוש קבוצות עיקריות:

1. תנאים מקדמיים: קטינות, העדר שליטה, אי שפיות הדעת ושכרות- מקרה מיוחד אליו לא נתייחס.
2. סייגים לאחריות פלילית. במקרים אלה, אדם מקיים את כל התנאים לקיום העבירה, כאשר אדם לא מקיים את התנאים המוקדמים לא נמשך ונבדוק את התקיימות היסוד העובדתי והנפשי. (למשל אם עושה העבירה הוא קטין, לא נבדוק את קיום היסוד העובדתי והנפשי. כדי לשאת באחריות פלילית על אדם להיות בגיר). במקרה הסייגים, למרות קיום היסוד העובדתי והנפשי- מוצאים שקיים צידוק לאי הטלת האחריות הפלילית.
3. מעין סייגים: מצב יותר מורכב, הכותבים בתחום נוהגים לסווג אותם כשוללים את אחד היסודות. (זוטי דברים- המעשה שעושה הנאשם הוא זניח, לכן לא נרצה להטיל אחריות פלילית, המעשה כל כך זניח עד שלא מקיים את היסוד העובדתי).

תנאים מקדמיים לאחריות פלילית: אין עבירה בלא עושה בעל כשרות פלילית- לא מספיק שהאדם מבצע עבירה, צריך לבחון אם עושה העבירה היה מסוגל לציית לנורמה שאומרת כי המעשה לא קביל.

מושג הכשרות מורכב משני נדבכים עיקריים:

1. כשרות מבחינת גיל- קטינות
2. כשרות מנטלית, כשרות הרוח:
 - a. המישור השכלי- היכולת להבין את מהות המעשה ולהבין את הפסול המוסרי במה שעושה.
 - b. המישור הרצוני- היכולת של אדם לשלוט במעשיו.

כשרות מבחינת גיל

מעוררת שאלות עקרוניות- מתי אדם הופך להיות כשיר לעמוד לדין?
James Burgler- ילד בן כ-3 שנחטף בקניון בליוורפול ע"י שני ילדים בני 10, לקחו או כ-4 קילומטר מהקניון ואמרו כי הוא אחיהם. בסופו של דבר הרגו את הילד במכות והניחו את הגופה על פסי רכבת וגופתו הושחטה. הועמדו לדין וישבו בכלא- באנגליה ניתן להעמיד לדין פלילי מגיל 10. בישראל גיל ההעמדה לדין הוא 12. לאחר המקרה, ביקשו להעלות את גיל ההעמדה לדין.

השאלה היא מדוע רוצים לקבוע גיל מינימום לאחריות פלילית?

- לא בטוח שהטלת אחריות על מישהו שלא מבין את מעשיו תשרת את מטרת המדינה. מהו המבחן לקביעת גיל האחריות הפלילית?
- אופטימלית ראוי היה לבחון כל מקרה לגופו- לבדוק האם במקרה הזה היה מסוגל להבין מה עשה ולהבין את הפסול ואת הסיבתיות. בפועל מאוד קשה ולכן ברוב המדינות קובעים גיל ממוצע שלתפיסתה הנורמטיבית של החברה- קטין הופך להיות לבגיר, מתוך הבנה שקביעת גיל עשויה לפספס את מקרי הקיצון (ילדים בעלי בגרות מנטלית מפותחת או ההפך). תלוי תרבות ותלוי תפיסה. בשנים האחרונות מחקרים פסיכולוגיים הראו- שלאור כמות המידע וההתפתחות הטכנולוגית אליהם נחשפים הילדים, יש להצעיר את גיל האחריות הפלילית כיוון שההתפתחות יותר מוקדמת.

הקשיים בקביעת הגיל והשוני התרבותי נורמטיבי- הובילו לשוני מאוד גדול בגיל ההעמדה לדין במדינות השונות, נראה מאוד שרירותי. בהיבט הנפשי אי אפשר לקבוע מספר- בגיל יותר קל לעשות "קו". גם בעניין הנפשי- יש איזה קו מנחה בנוגע למחלות נפש והגדרותיהן.

כיום בישראל, הסייג של קטינות "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו 12 שנה".

- בפח"פ מבחן הגיל היה יותר גמיש- מתחת לגיל 9 לא מטילים, בין גיל 9 ל-12- בחינה ספציפית, מעל גיל 12- כשיר לעמוד לדין.
- ב-78, הגיל תוקן ל-13 (מבחן מוחלט).
- בשנת 84 תוקן שוב לגיל 12.

המצב בישראל:

במקרה דומה למה שקרה בבריטניה- לא ניתן היה להעמיד לדין, אך חוק הנוער- קובע דרכי טיפול בקטין מתחת לגיל 12 שביצע עבירה.

בגילאי 12-18 : כללי שפיטה, ענישה ודרכי טיפול בצורה שיותר מקלה ומאפשרת שיקום. (ביהמ"ש לנוער). נפקויות נוספות לגיל האחריות הפלילית :

- הוראות מיוחדות לחקירת קטינים (מתחת לגיל 14).
- משקל ראייתי של עדות קטין (מתחת לגיל 12).

היעדר שליטה

כשאין יסוד רצוני- לא נראה להטיל אחריות פלילית- סעיף 34 ז'.

שליטה פיסית על מה שאדם עושה היא תנאי לאחריות פלילית- בעבר הסעיף דיבר על רצייה. מבלבל כי מתקשר ליסוד נפשי. בתיקון 39 תוקן ל"היעדר שליטה"- כשאין מדובר על היסוד הנפשי אלא האם האדם שלט פיסית על מעשיו (כוח שמופעל על האדם או הימצאות תחת היפנוזה).

הטלת אחריות פלילית על אדם שלא מסוגל לשלוט על מה שעושה לא משרת את מטרות דיני העונשין : היעדר שליטה/ כורח/ אי שפיות.

היעדר שליטה- אין אפשרות פיזית לשלוט על המעשה. חוסר יכולת פיסית להחליט אם לעשות או לא לעשות את המעשה.

כורח- כופים על אדם לעשות משהו, לא מדובר בהיעדר שליטה- יש אפשרות לבחור מה לעשות (גם אם יכול לגרום לתוצאות קשות).

אי שפיות- יש יכולת לשלוט פיסית על מה המעשה.

יכולות להיות נסיבות אחרות בהן לאדם אין שליטה על מעשיו, למרות שהן לא מופיעות ברשימה שבסעיף החוק. מדובר ברשימה פתוחה :

1. רפלקס (דבורה שעוקצת נהג ונגרמת תאונה עקב הזזת היד).
2. היפנוזה
3. התקפי אפליפסיה- גם התקפי זעם שקשורים למחלה
4. סהרוריות- מקרה Corgdon, אישה שחלמה שביתה נמצא בשדה קרב וחייל תוקף את הבת שלה, לקחה גרזן- חשבה שהורגת את החייל אך ערפה את ראשה של ביתה, זוכתה כיוון שהובאו הוכחות שהיא עושה פעולות תוך כדי שינה.
5. כפייה בשל כוח חיצוני עודף- למשל כוח המשיכה, נפילה על אדם אחר, או מקרה שבו משתמשים בידי אדם כדי לעשות מעשה עברייני.

אוטומטיזם

- אוטומטיזם שפוי- סעיף 34 ז' (במנדלברוט השתמשו באי שפיות כדי להוכיח אוטומטיזם- לפני ההבחנה שיצר תיקון 39). כאן נכנסים כל הסייגים עליהם דיברנו (היפנוזה...)

- אוטומטיזם בלתי שפוי- סעיף 34 ח' (2), אחרי תיקון 39. אדם שכתוצאה ממחלת נפש מאד שליטה על מעשיו- לא מבין מה הוא עושה. (סעיף 34 ח' (1) אדם שמבין מה הוא עושה- אך לא יכול לשלוט במעשיו)

פס"ד חמיס- השאלה שעלתה היא האם חמיס פעל מתוך אוטומטיזם? ביהמ"ש קבע כי הנאשם פעל בשליטה על מעשיו וטענותיו לא התקבלו.

פס"ד כרמל- מדובר במקרה שנפל על ראיות, התביעה לא הצליחה להפריך את הטענה של היעדר השליטה וכיוון שביהמ"ש פסל את עדותו של היושב ליד הנהג- שהצדיקה את הטענה להיעדר שליטה, הערעור התקבל ע"י ביהמ"ש העליון.

כניסה למצב בהתנהגות פסולה:

סעיף 34 יד'- המחוקק מגדיר את הסיטואציה שבה אדם יכול לשלוט על מה שיקרה איתו כיוון שהוא יודע שהמקרה עשוי להתרחש (למשל אדם חולה אפילפסיה שידע שעשוי להיכנס להתקף כשינהג- ובכל זאת נוהג ועושה תאונה). תנאים לקיום הסייג לסייג:

1. האדם נכנס למצב במודע
2. תנאי של צפיות- האם העושה היה מודע או שאדם סביר בנעליו יכול היה להיות מודע לתוצאות שיגרמו כתוצאה מהכניסה למצב.

הערות:

הסייגים לאחרייות פלילית לא חלים בדין האזרחי- אך יכול לקרות מצב שבו לא נרצה להאשים ברשלנות עקב כך אך לא באופן גורף.

אי שפיות הדעת

ריצ'רד לורנס- צייר בריטי, בגלל שנחשף לכימיקלים איבד את שפיות דעתו. חשב שהוא מלך אנגליה והאמין שבגלל ארה"ב הוא ירד מנכסיו ושיש לרצוח את אנדרו ג'קסון שהיה נשיא ארה"ב. ניסה להתנקש בחייו של ג'קסון- במהלך המשפט צעק "אני מלך אנגליה", המשפט הופסק ונקבע כי הוא לא כשיר לעמוד לדין בשל מחל נפש. ג'קסון בילה את חייו במוסדות סגורים לחולי נפש. הוא זכה להיות הראשון שניסה לרצוח את נשיא ארה"ב.

סעיף 34(ח) קובע את סייג אי שפיות הדעת:

- דבר ראשון בו אנו רוצים להבחין הוא בין כשרות דיונית לבין כשרות מהותית.
כשרות מהותית- כאשר אי השפיות נטענת לזמן עשיית העבירה- לא היה שפוי בעת ביצועה. נידון בסעיף 34(ח).
כשרות דיונית- אדם מבצע עבירה כשבוא שפוי אך בשלב הדין המשפטי מתפתחת מחלת נפש וכשתוצאה ממנה לא יכול להבין את התהליך המשפטי. אז בד"כ נפסק המשפט.

הבחנה בין סעיף קטן 1 ל-2:

- 1. חוסר הבנה של מהות המעשה (לא מבין מה עשה מבחינה פיסית) נורמטיבי של הפסול המוסרי שבמעשה (לא מבין מדוע פסול).
 2. היעדר רצייה- אדם מבין מה הוא עושה אך לא מסוגל להימנע מעשיית המעשה. (דחף לאו בר כיבוש).
- בסעיף מדובר על שני סוגי לקויים- ליקוי ברוח (היעדר שפיות) וליקוי שכלי (פיגור). נשאלת השאלה מדוע אנו כחברה רוצים שיהיה סייג שיפטור מפגרים או חולי נפש מאחרייות פלילית?
 1. היעדר יסוד נפשי.
 2. לא משרת את המטרות- אנו רוצים להרתיע ולשקם את העברייני- במקרה של מפגר או חולה נפש לא בטוח שההרשעה תוביל למניעה או לשיקום של חולה נפש או לקוי בשכלו.

הפסיקה דיברה פעמים רבות על מהותו של הסייג:

1. הנשיא ברק- הטלת אחרייות פלילית על מי שלא מבין את מהות המעשה פוגעת בכבוד האדם.

2. השופט אגרנט בפס"ד מנדלברוט- "הענשתו בשל מעשהו הפלילי כמוה כהענשה בשל טירופו, דבר שרגש הצדק סולד בו"
 3. פרופ' פלר- תפקיד המשפט להגן על נורמות חברתיות ע"י חינוך והרתעה. ענישה של חולי נפש לא תביא לא לחינוכם ולא להרתעתם, שכן כשביצעו את העבירה לא שלטו בהתנהגותם ועל כן ענישתם לא תביא להרתעה כללית.
- בעבר היה סעיף ספציפי לעיין סייג היעדר שפיות- סעיף 18 קבע חזקה כי אדם היה שפוי בעת ביצוע מעשיו אלא אם הוכיח אחרת. היום קיים סעיף שמדבר על סייגים לאחריות פלילית באופן כללי- סעיף 34(ה) חזקה שכל מעשה נעשה בתנאים שאין בהם סייג אחריות פלילית אלא אם הוכח אחרת, הנאשם צריך להקים ספק בנוגע לתחולת הסייג בעניינו (ולא רק בעניין שפיות הדעת).
- אדם שחולה בנפשו, לא מספיק שהוא חולה בנפשו הוא צריך לעמוד בכל התנאים- להעלות ספק סביר לגבי שפיותו. סעיף 34 (כב) קובע את הכלל שלפיו אם הנאשם מעלה ספק בדבר קיומו של הסייג- נטל ההוכחה להפריך את זה עובר לתביעה. בעניין של סייגים- ההגנה צריכה לעלות את העניין, ביהמ"ש לא מעלה את הנושא מיוזמתו.

התנאים לתחולת הסייג:

1. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה.

פס"ד מאיר- לא נכון לעשות הבדלה בין הסייגים השונים- במקרה של אי שפיות צריך לזכות את הנאשם. ביהמ"ש אומר שצריך להיות סטטוס מיוחד לאדם שאינו בר עונשין- מצד אחד לא רוצים לזכות כי לא ראוי לנקותו מכל רבב, אך מצד שני לא ראוי להאשים. נקבע סטטוס ביניים לעניין אי השפיות- אינו בר עונשין.

- עוד מדובר על נאשם שמוכחת אי שפיותו- סנגורו יכול לבקש להמשיך לקיים את המשפט כדי להוכיח שהנאשם זכאי: ולטען לקיומו של סייג אחר. או שיוצא זכאי או שנקבע כי לא הצליח להפריך את האשמה הוא אינו בר עונשין.
 2. בשעת מעשה- אדם צריך להיות לא שפוי בשעת המעשה, להבדיל מבשעת הדיון.
 3. "בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי"- מהי מחלת נפש שמספיקה כדי לקבוע את קיום הסייג של סעיף 34(ח)?
- בעבר הפסיקה עשתה הבחנה דיכוטומית בין "פסיכוזה" לכל המצבים האחרים. הגדרה זו בעייתי כיוון שגם בעולם הפסיכיאטרי מתקשים להגדיר במדויק את ההבחנה בין מחלות אלה. הבחנה מתוך הבנה שבמצבי פסיכוזה יש חוסר הבנה של המציאות ולכן נרצה להחיל את הסייג.
 - מהי פסיכוזה? הדגש הוא על הפרעה קשה בשיפוט המציאות.**
 - ביהמ"ש הוא זה שתמיד מכריע האם מדובר במחלת נפש- הצדדים מביאים חוות דעת ועל סמך אותן חוות דעת מתקבלת ההחלטה. ההגדרה המשפטית שונה מההגדרה הפסיכיאטרית והיא משרתת מטרות אחרות. דוגמה בפסק דין מביהמ"ש המחוזי: מקרה של אדם שחשב שדודתו היא ערפד ושרף אותה- 4 פסיכיאטרים הגישו חוות דעת (2 מההגנה ו-2 מהתביעה). ביהמ"ש לוקח את חוות הדעת ומנתח במשקפיים משפטיים ובודק האם חל הסייג או לא. הנאשם זוכה ברוב דעות. השופט הנדל קבע כי התביעה לא עמדה בהוכחת אי קיומו של הסייג- יש ספק בקשר לאי שפיותו של הנאשם.
 - כיום יש מעבר לבחינה שלא באמצעות ההגדרות הקשיחות אלא של הסימפטומים- חוסר ההבנה של המעשה ושל הבעייתיות שבו וחוסר היכולת לעצור את העשייה. גם אם אדם לא מצליח להוכיח קיום של מחלת נפש בהתאם להגדרות המדויקות- עדיין ניתן להוכיח שהסימפטומים קיימים ולהחיל את הסייג.

דוגמאות מפסקי דין:

- השופטת דורנר בפס"ד באבו חמאד- העילה לפטור היא לא מחלת הנפש אלא חוסר יכולת לגבש מחשבה פלילית. באין מחשבה פלילית לא מתבצעת עבירה.
- השופטת ארבל בפס"ד זלנצקי- יש לבחון עד כמה שללו התסמינים את יכולתו לגבש מחשבה פלילית. (חלק מהמגה עליה דיברנו- מעבר לבחינת הסימפטומים ולא רק בהתייחס למחלה מוגדרת) הערעור לא התקבל- הורשע ברצח.

לסיכום:

הרחבת התחולה גם לגבי מקרים שאינם עונים להגדרה הקלאסית של "מחלת נפש" (פסיכוזה):

1. הפרעות נפשיות שאינן פסיכוזה.
2. מצבים שאינם פסיכוטיים בעלי תסמינים המאיימים להגדרת סעיף 34(ח).

לקוי בכושרו השכלי

חוק הסעד (טיפול במפגרים) התשכ"ט 1969. יש וועדה שקובעת את יכולתו של העושה להבין את מה שהוא עושה או להינמע ממנו- החלטת הוועדה מחייבת. "היה חוסר יכולת של ממש" סעיף 34 (ח) : שתי פרשנויות של הביטוי "של ממש" - האם מספיק להוכיח איזו יכולת להבין או שגם כשיש יכולת מועטה להבין אפשר להטיל אחריות :

1. חסר של ממש- פרופ' פלר : כושר ולו מינימלי מקנה לאדם כשרות פלילית. מבחן המקשה עם הנאשם- אם הייתה יכולת ולו קטנה ביותר להבין את מהות המעשה, הוא יכול לעמוד לדין.
2. יכולת של ממש- הגישה שהתקבלה הפסיקה: לא שלילה מוחלטת, אלא גריעה ממשית. לא כל ליקוי קטן ביכולת יגרום לך להיות אחראי.

פס"ד גודמן- דוגמה לגישה של פלר. היה מדובר על אדם שעלה מארה"ב והתגייס לצבא. התפתחה אצלו שנאה כלפי המיעוט הערבי- התגבר אחרי אוטובוס הדמים. הרגיש צורך בביצוע מעשה נקם. עלה להר הבית עם נשק וירה בכל מי שנתקל בו, לאחר שנגמרו הכדורים הסגיר את עצמו למשטרה. ההגנה טענה שהוא לוקה בסכיזופרניה והתביעה טענה שהוא לא חולה נפש אלא לוקה בתסמונת אחרת. בפס"ד זה נקבע כי כשלאדם יש יכולת מינימלית להבין את המציאות- לא ניתן להחיל את הסייג.

פס"ד יריב ברוכים- דוגמה לגישה השנייה. היה בטוח שהוא המשיח, שרף מכוני עיסוי (סבר שאלוהים אמר לו לעשותכן), שרף גם מכוון על כל יושביו. הוא טען לאי שפיות, ביהמ"ש אמר כי למרות שהייתה לו יכולת מינימלית להבין אתמעשיו- הסייג הוחל לגביו.

פס"ד חמאד- בהקשר לסעיף 300 א' (א), שדן במקרים בהם יוקל העונש. במקרים מסוימים- בהם לא חל הסייג של סעיף 34(ח) אך קיימים מצבים מקלים בעבירת הרצח אם היה חוסר יכולת של ממש בכל זאת.

התנאים לתחולת הסייג:

"להבין את אשר הוא עושה או את הפסול במעשהו" (ס"ק א')

שתי חלופות המופיעות בסעיף :

1. חסר יכולת של ממש להבין את אשר הוא עושה- אם הוא לא מבין מה המשמעות של מעשהו.
2. חסר יכולת של ממש להבין את הפסול שבמעשהו (פלוגי שהרג את דודתו- הבין מה הוא עושה אך חשב כי הוא עושה דבר טוב)- לא מבין שמה שהוא עושה חורג מהנורמות המקובלות.

"להימנע מעשיית המעשה" (ס"ק ב')

- המצב לפני תיקון 39 :

פס"ד מנדלברוט : הוכח כי הוא כן הבין מה הוא עושה, אך הוא טען כי בגלל מחלת נפש הוא לא שלט על מעשיו. נופל לגדר 34(ח)2- לא היה קיים לפני תיקון 39. מה קורה במצבים בהם לאדם אין שליטה במה שהוא עושה- לא במובן הפיסי, כאשר זה נובע ממחלת נפש. השופט אגרנט אמר שצריך להחיל את סייג היעדר הרצייה ולהרחיבו גם למצבי אי שפיות. השופטים האחרים הסכימו עם ההחלטה אך לא עם הדרך. התנגדו להרחבה שעשה השופט אגרנט.

פס"ד מיזאן : נקבע בהתאם לדבריו של אגרנט שניתן להחיל את סייג היעדר הרצייה גם על מצבים של מחלת נפש.

היום ההלכה מעוגנת בחוק. בעבר זה היה קבוע בסעיף היעדר השליטה ובהלכה, כיום מעוגן בסעיף- יחול הסייג של סעיף 34(ח) ולא סייג של היעדר שליטה.

תוצאות סייג אי שפיות הדעת:

חוק טיפול בחולי נפש- סעיפים הדנים בכשרות הדיונית ובכשרות הפלילית :

- ס' 15(א) כשרות דיונית- ביהמ"ש יכול לשלוח לטיפול אם אינו יכול לעמוד לדין. אם מצבו משתפר ניתן להמשיך את המשפט לפי סעיף 21.

- ס' 15(ב) כשרות מהותית- כאשר בזמן העמדה לדין ביהמ"ש מוצא כי הוא עשה את המעשה אך החליט שהיה חולה בשעת המעשה ולפיכך אינו בר עונשין, מורים על אשפוזו. לא ניתן לחזור ולהעמיד לדין- הוא לא בר עונשין לגבי אותה עבירה.
- ס' 21- העמדה לדין לאחר השחרור- מצב של אי כשרות דיונית, מופסק משפטו של הנאשם כתוצאה ממחלת נפש כאשר הוא משוחרר צריך אישור יועץ משפטי כדי להעמידו לדין בשנית כיוון שהמשפט לא הגיע למיצוי.

האם חולה נפש אשר מפסיק ליטול כדורים ייכנס לגדר "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" (כאמור בסעיף 34(יד)?
התשובה היא לא כי הסייג חל עליו. הסעיף קובע כי לא ניתן לטעון על כניסה למצב התנהגות פסולה במקרה של אי שפיות.

היסוד הנפשי של העבירה (MENS REA)

שיטות המשפט המודרניות דורשות בנוסף ליסוד העובדתי גם יסוד נפשי- מידת האשמה של האדם. יסוד נפשי הוא יחס הנפשי של האדם כלפי מעשיו. ההשקפה לפיה "אין עבירה ללא אשמה" הושרשה וקיבלה ביטוי במימרה הלטינית: "nullum crimen sine culpa", מכאן שחשיבות דרישת היסוד הנפשי נעוצה בעיקרון האשם.

עקרון האשם הרחב טומן בחובו שני עקרונות משנה:

1. **אין עבירה ללא אשמה**- אין עבירה ללא יסוד נפשי פסול. מכאן שהיסוד העובדתי לבדו אינו מספיק ואינו הופך את העושה לעבריין אלא אם כן המעשה שלו מלווה באשמה. מסווגים את האשם לשתי קטגוריות:
 1. אשם סובייקטיבי (מחשבה פלילית)- בוחנת את ההתייחסות הסובייקטיבית של העושה להתנהגותו, לנסיבותיה ולתוצאותיה. מוגדרת בסעיף 20 (א). רוב העבירות מצריכות מחשבה פלילית.
 2. אשם אובייקטיבי (רשלנות)- רשלנות בוחנת את האשם מההיבט האובייקטיבי שלו, היינו מטילים אחריות פלילית על אדם שהתרשל בכך שהוא לא פעל כפי שאדם סביר היה פועל במקומו.
2. **אין להטיל על אדם אחריות פלילית (ועונש) מעבר למידת אשמתו**- מכתוב לנו מידתיות.

היסוד הנפשי מוסדר בסעיפים 19-22. סעיפים אלו הוספו לחוק במסגרת תיקון 39. לפני כן לא היו בחוק העונשין הגדרות ליסוד הנפשי- הפסיקה יצרה את ההגדרות.

סילבוס

היסוד הנפשי של העבירה - מחשבה פלילית-סעיפים 19-22, 90א, 298, 300, 300א, 301 לחוק העונשין. לוי ולדרמן, עמ' 396-410; פלר, חלק א' עמ' 485-502; רות קנאי "דיני עונשין - התפתחות ומגמות" **עיוני משפט כג** 717 (2000); יובל לוי "היסוד הנפשי בעבירה - גוונים במושג המחשבה הפלילית", **ספר שמגר - מאמרים** חלק ב' 5 (2003).

היסוד ההכרתי: מודעות ותחליף של "עצימת עיניים" -חוק העונשין תשל"ז - 1977 סעיף 20, 90א. סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס - 2000 (ס"ח 293).

תזכורת	ציטוט אחד - פס"ד
בדואים- חטיפת קטינה.	ע"פ 291/62 אבו רביעה נ. היועץ המשפטי, פ"ד יז 2913 (1963).
אי מניעת פשע- רצח רבין.	ע"פ 3417/99 הר שפי נ. מדינת ישראל , נה(2) 735 (2001) השופט חשין פסקאות 23-46 .
בית דפוס, ארגון טרור.	ע"פ 538/89 ורשבסקי נ' מדינת ישראל , פ"ד מד (2) 870 (1990).
הטרדה מינית של מלצרית.	ע"פ 5424/91 פלוני נ. מדינת ישראל , פ"ד מו (4) 497 (1992).
הטרדה מינית- פיזיותרפיסט.	ע"פ 115/00 טייב נ. מדינת ישראל , נד(3) 289 (2000) השופט אנגלרד פסקאות 1-44 .
אונס, ילדה מפנימייה.	ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל , פ"ד נה(3) 873 (2001).
משחקים בחצר האחורית.	ע"פ 621/76 בארי נ. מדינת ישראל , פ"ד לא (3) 60 (1977) השופט אשר פסקאות 1-2, 8-9 .
נהג מונית שקיבל גרב עם סמים להעביר תמורת כסף	ע"פ 1282/07 בן אבו נ' מדינת ישראל , תק-על 1121 (3) 2007 (2007).

מחשבה פלילית

סעיף 19 לחוק העונשין קובע כלל על פיו אדם מבצע עבירה רק אם עשה אותה במחשבה פלילית. לכלל זה שני חריגים הקבועים בסעיף:

1. אם נקבע בהגדרת העבירה כי היסוד הנפשי הדרוש הוא רשלנות (סעיף 21).
 2. אם העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה (סעיף 22).
- למעשה סעיף זה ממיין את העבירות לשלושה סוגים: מחשבה פלילית, רשלנות וקפידה. אם כן, נשאלת השאלה- מה לגבי עבירות שלא צוין דבר לגביהם? לפני תיקון 39 ביהמ"ש העליון קבע שחוק עשוי להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות כלפי יסוד מיסודות העבירה גם ללא הוראה מפורשת אלא מכח תכלית החקיקה (ע"פ 696/81 **אזולאי נ' מדינת ישראל**), אולם כיום לאור לשונו המפורשת של סעיף 19 לחוק, עבירה שאינה מציינת את היסוד הנפשי הנדרש להוכחה הינה עבירה הדורשת הוכחה של מחשבה פלילית (ובמקרים מיוחדים גם אחריות קפידה).

החידוש המרכזי של תיקון 39 הוא ההגדרה המדויקת למחשבה פלילית שבסעיף 20 לחוק העונשין (פורס בפנינו את המבנה הבסיסי של המחשבה הפלילית).

תנאי ראשון לקיום מחשבה פלילית הוא **מודעות** סובייקטיבית של הנאשם לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה. זהו המכנה המשותף לכל עבירות המחשבה הפלילית- גם התוצאתיות וגם ההתנהגותיות. ברוב העבירות שבחוק העונשין שנחקקו לפני תיקון 39 לא נעשה שימוש במושג "מודעות" אלא במגוון מושגים שונים. בשנת 1995 (שנה לאחר תיקון 39), חוקק סעיף 90א במסגרת תיקון 43 לחוק העונשין, במסגרתו קבע המחוקק הוראות התאמה בין חוק העונשין שלפני תיקון 39 לבין חוק העונשין שלאחר התיקון. תיקון 43 מהווה מעין תחנת החלפה למושגים שעניינם היסוד הנפשי (לדוג': כשהמחוקק כתב "ביודעין" או "במזיד" הכוונה מודעות=מחשבה פלילית).

מחשבה פלילית בעבירה התנהגותית אינה דומה למחשבה פלילית שבעבירה תוצאתית:

כללי: מחשבה פלילית בעבירות התנהגות

כשמדובר בעבירה התנהגותית הדורשת יסוד נפשי מסוג מחשבה פלילית, הכוונה היא מודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה, כלומר מודעות סובייקטיבית של הנאשם לטיב המעשה ולקיום הנסיבות.

• סעיף 273- תקיפת שוטר: "התוקף שוטר והתקיפה קשורה למילוי תפקידו כחוק..."

סיווג: עבירה התנהגותית.

יסוד עובדתי: מעשה- "התוקף", נסיבות- "שוטר" "קשורה למילוי תפקידו כחוק".

יסוד נפשי: מאחר ומדובר בעבירה שותקת (אין דרישה להוכחת יסוד נפשי ספציפי) נפנה לסעיף 19 לפיו בכלעבירה

שותקת נדרשת מחשבה פלילית:

מודעות לטיב המעשה- מודע שתקף, מודעות לקיום הנסיבות- מודע שהנתקף הוא שוטר במילוי תפקידו.

• סעיף 345- אינוס: "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית..."

סיווג: עבירה התנהגותית

יסוד עובדתי: מעשה- "הבועל", נסיבות- "אישה" "שלא בהסכמתה החופשית".

יסוד נפשי: מאחר ומדובר בעבירה שותקת (אין דרישה להוכחת יסוד נפשי ספציפי) נפנה לסעיף 19 לפיו בכל עבירה

שותקת נדרשת מחשבה פלילית:

מודעות לטיב המעשה- מודע שבעל, מודעות לקיום הנסיבות- מודע שהיא אישה ושלא הסכימה.

כללי: מחשבה פלילית בעבירות תוצאה

בעבירות תוצאתיות אם לא הוכחנו תוצאה אי אפשר להעמיד לדין, לכן גם המחשבה הפלילית צריכה להתייחס לאותה תוצאה. לעומת עבירות התנהגות בהן צריך להוכיח את היסוד הנפשי רק במישור ההכרתי, בעבירות תוצאה צריך להוכיח את היסוד הנפשי גם במישור ההכרתי וגם במישור החפצי. ע"פ סעיף 20:

- במישור ההכרתי- נצטרך להוכיח את המודעות הסובייקטיבית של הנאשם לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה.

- במישור החפצי- נצטרך להוכיח יחס חפצי סובייקטיבי של הנאשם כלפי התוצאה. זאת עושים ע"י הוכחת אחת משתיים ("ולעניין התוצאות גם אחת מאלה"):

(1) **כוונה**- מטרה/חפץ לגרימת התוצאה.

(2) **פזיזות** - אחת מאלה (א) אדישות- שיוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה (ב) קלות דעת- נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה, מתוך תקווה להצליח למנעה.

במסגרת תיקון 39 המחוקק שם דגש על סוגיית המודעות. זאת משום שכאשר אדם מבצע עבירה מתוך מודעות הרי שהוא מעדיף את האינטרסים שלו על פני האינטרסים המוגנים של החברה (אדם שאונס אישה מספק את יצריו המיניים על חשבון הפגיעה באישה).

כלל ברזל- סעיפים 19 ו-20 אומרים לנו שכאשר העבירה שותקת נדרוש מחשבה פלילית. כשמדובר בעבירה **תוצאתית** הכוונה היא שבמישור ההכרתי נוכיח מודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה (טיב המעשה, קיום הנסיבות ואפשרות גרימת התוצאה) ובמישור החפצי נסתפק בהוכחת יחס חפצי של פזיזות מסוג קלות דעת כלפי התוצאה. דהיינו, אם נצליח להוכיח קלות דעת הרי שהוכחנו את היסוד הנפשי של העבירה.
*נדרוש יסוד נפשי חפצי מסוג כוונה כאשר העבירה לא שותקת, אלא דורשת יסוד זה בהגדרתה ("במטרה ל", "כדי" "בכוונה ל" מעידות על יסוד נפשי מסוג כוונה).

• **סעיף 298- הריגה: "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם..."**

סיווג: עבירת גרימה תוצאתית (יש להוכיח: מעשה, תוצאה וקשר סיבתי ביניהם).

יסוד עובדתי: מעשה- "הגורם", נסיבה- "של אדם", תוצאה- "למותו".

יסוד נפשי: מאחר ומדובר בעבירה שותקת (אין דרישה להוכחת יסוד נפשי ספציפי) נפנה לסעיף 19 לפיו בכל עבירה שותקת נדרשת מחשבה פלילית:

יסוד הכרתי: מודעות לטיב המעשה- מודע שגרם, לקיום הנסיבות- מודע לכך שהוא אדם, לאפשרות גרימת התוצאה- היה מודע לאפשרות המוות.

יסוד חפצי: העבירה שותקת ולכן נסתפק בפזיזות שבקלות דעת- לקח סיכון לא סביר שאדם ימות למרות שקיווה שלא יהיה כך.

• **סעיף 333- חבלה חמורה: "החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין..."**

סיווג: עבירה תוצאתית (יש להוכיח: מעשה, תוצאה וקשר סיבתי ביניהם).

יסוד עובדתי: מעשה- "החובל", נסיבה- "בחברו", שלא כדין, תוצאה- "חבלה חמורה".

יסוד נפשי: מאחר ומדובר בעבירה שותקת (אין דרישה להוכחת יסוד נפשי ספציפי) נפנה לסעיף 19 לפיו בכל עבירה שותקת נדרשת מחשבה פלילית:

יסוד הכרתי: מודעות לטיב המעשה- מודע שחבל, לקיום הנסיבות- מודע שהוא אדם, לאפשרות לגרימת התוצאה- היה מודע לאפשרות החבלה החמורה.

יסוד חפצי: העבירה שותקת ולכן נסתפק בפזיזות שבקלות דעת- לקח סיכון לא סביר שתיגרם חבלה חמורה למרות שקיווה שלא תתרחש.

• **סעיף 334- פציעה: "הפועז חברו שלא כדין..."**

סיווג: עבירה תוצאתית (יש להוכיח: מעשה, תוצאה וקשר סיבתי ביניהם).

יסוד עובדתי: מעשה ותוצאה- "הפועז", נסיבה- "חברו".

יסוד נפשי: מאחר ומדובר בעבירה שותקת (אין דרישה להוכחת יסוד נפשי ספציפי) נפנה לסעיף 19 לפיו בכל עבירה שותקת נדרשת מחשבה פלילית:

יסוד הכרתי: מודעות לטיב המעשה- מודע שפצע, לקיום הנסיבות- מודע שהוא אדם, לאפשרות לגרימת התוצאה- היה מודע לאפשרות הפציעה.

יסוד חפצי: העבירה שותקת ולכן נסתפק בפזיזות שבקלות דעת- לקח סיכון לא סביר שתיגרם פציעה למרות שקיווה שלא תתרחש.

• **סעיף 415- קבלת דבר במרמה: "המקבל דבר במרמה..."**

סיווג: עבירה תוצאתית (יש להוכיח: מעשה, תוצאה וקשר סיבתי ביניהם- התוצאה התקבלה בשל המרמה).

יסוד עובדתי: מעשה- "במרמה", נסיבה- "דבר", תוצאה- "המקבל".

יסוד נפשי: מאחר ומדובר בעבירה שותקת (אין דרישה להוכחת יסוד נפשי ספציפי) נפנה לסעיף 19 לפיו בכלעבירה שותקת נדרשת מחשבה פלילית:

יסוד הכרתי: מודעות לטיב המעשה- מודע שרימה, לקיום הנסיבות, לאפשרות לגרימת התוצאה- היה מודעלאפשרות שהתוצאה תתקבל בשל המרמה.

יסוד חפצי: העבירה שותקת ולכן נסתפק בפזיזות שבקלות דעת- לקח סיכון לא סביר שתגרום התוצאה בשלהמרמה למרות שקיווה שלא תתרחש.

דירוג יסוד נפשי על פי חומרתו: היסוד הנפשי החמור ביותר בחוק העונשין הוא כוונה תחילה (רק ברצח), אח"ככוונה, פזיזות שבאדישות, פזיזות שבקלות דעת, רשלנות (בה אין כלל מודעות סובייקטיבית).

מה יש להוכיח כדי לבסס מחשבה פלילית אשר נגרמה על דרך מחדל?

קרמניצר וראם **גב** מציינים בספרם כי כאשר מדובר בעבירה על דרך מחדל צריך להוכיח כי הנאשם היה מודע ליסוד העובדתי של העבירה, ובנוסף שהיה מודע לנתונים העובדתיים המצמיחים את החובה לפעול (המשמעות- התובע לא צריך להוכיח כי היה מודע למקור החובה עצמו אלא לנתונים שיוצרים אותו).

שאלת ההוכחה של היסוד הנפשי (המחשבה הפלילית):

ישנם מקרים שבהם אין בעיה להוכיח את היסוד הנפשי של העבירה (לרוב כאשר הנאשם מודה בכוונה). ברוב המקרים אין הנאשמים מודים בביצוע העבירה כך שעל התביעה להוכיח את קיום היסודות העובדתיים והנפשיים. **את היסוד הנפשי נוכיח על דרך חזקות ראייתיות עובדתיות הנסמכות על ניסיון החיים והשכל הישר.** החזקה משמשת אמצעי להוכחת יסוד רלוונטי לאשמה- מתוך קיומן של עובדות בסיסיות, מסיקים מסקנה המתחייבת מאותן עובדות, ומסקנה זו נעוצה בשכל הישר ובניסיון החיים (מכאן שלמדים על היסוד הנפשי דרך היסוד העובדתי).

- **חזקת המודעות-** ע"פ אותה חזקה אדם מודע לרכיבי היסוד העובדתי שהוא ביצע.

- **חזקת הכוונה-** חזקה על אדם שהתכוון לתוצאות הטבעיות הצומחות ממעשיו.

החזקה עומדת לרשות התביעה ועליה להוכיח את התקיימותה (בפועל- על התביעה להוכיח מודעות או חזקת מודעות, כוונה או חזקת כוונה). ומנגד הנאשם די לו לעורר בה ספק סביר.

עצימת עיניים כתחליף למודעות- סעיף 20 (ג) (1)

המודעות לטיב המעשה אינה מעוררת כל קושי (לרוב אדם מודע למעשיו). הקושי מתעורר כאשר צריך להוכיח מודעות לקיום הנסיבות. מחשבה פלילית ביחס לנסיבה משמעה מודעות סובייקטיבית לקיום הנסיבות. מה קורה כאשר אדם אינו מודע סובייקטיבית לקיום הנסיבה אך חושד שהיא קיימת?

סעיף 20 (ג) (1) קובע נוסחה: **חשד + הימנעות מלברר = מודעות (מחשבה פלילית).**

כאשר אדם חושד בקיום הנסיבה אך נמנע מלברר רואים זאת כעצימת העיניים השקולה למודעות מבחינת החוק. דוקטרינת עצימת עיניים מתייחסת לטיב המעשה ולנסיבות, ולא לתוצאה. זאת משום שהמחוקק לא דורש מודעות לתוצאה אלא מודעות לאפשרות התוצאה שכוללת בתוכה חשד.

דוקטרינת עצימת עיניים הוכרה בפסיקה שנים רבות לפני תיקון 39 (אז עוגנה בסעיף 20 (ג) (1)) וכונתה בעבר "עיוורון מכוון":

פס"ד ורשבסקי- היה מנהל עמותה של הפצה ופרסום מידע שלא פורסם בתקשורת, כאשר בין לקוחותיו ארגוני מחאה ושמאל רדיקליים. בין היתר הועברה לרשותו חוברת שהדריכה את פעילי החזית העממית (ארגון טרור) כיצד לעמוד בתנאי מעצר ולהתמודד עם חוקרי השב"כ (כתב היד היה בערבית ונשא את סמל החזית העממית). ורשבסקי טען שלא בדק את תוכן הדברים כך שלא היה מודע להם. הוא ועמותתו הורשעו במחוזי בעבירה על תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 והם עירערו לעליון. השאלה המשפטית הייתה האם הוכחה המחשבה הפלילית? השופט בייסקי: אופי פעילות המערערים והחשד בתוכן החוברת חייבו בדיקה. המערערים שנמנעו מלברר עשו זאת מתוך עצימת עיניים אם לא מעבר לכך. הערעור נדחה.

דוקטרינת עצימת עיניים לאחר תיקון 39:

פס"ד אזולאי - הורשע באינוסה של נערה בת 14 (סיפרה לו שהיא בת 16) לאחר שקיים איתה יחסי מין למרות שבתחילת ביצוע המעשה לא הסכימה הנערה. אזולאי עירער לעליון וטען שלא היה מודע להיעדר הסכמתה היות שבהמשך המעשה היא לא בכתה, לא התנגדה ולא צעקה, אלא חיכה והנהנה בראשה. העליון קבע כי הראיות העובדתיות (הייתה קפואה ומאובנת, אמרה לא בהתחלה, גילה הצעיר, המעשה התבצע בבניין נטוש בפינה חשוכה) מוכיחות שהיה לאזולאי חשד סובייקטיבי ברמה גבוהה להיעדר הסכמתה של הנערה, אך הוא בחר להתעלם מחשדו ולא לבררו = עצימת עיניים = מודעות. העירעור נדחה.

פס"ד בן אבן - נהג מונית מב"ש שנעצר ע"י אדם, שלטענתו אינו מכיר, שנתן לו גרב עם הרואין להעביר למישהו בשדרות, שגם אותו טען שלא הכיר. בן אבן ביקש 200 שקלים תשלום אך קיבל 500 במקום והתבקש לא לשאול שאלות. הוא הורשע במחוזי בעבירות סמים, עירער לעליון וטען שלא היה מודע לתוכן הגרב ולכן לא הייתה לו מחשבה פלילית. העליון פסק שעל-סמך הודאתו כי חשד שהוא מעביר יהלומים ואח"כ גם שיתכן כי אלו סמים, ועל סמך הראיות העובדתיות מדובר בעצימת עיניים. העירעור על ההרשעה נדחה.

נשאלה השאלה מהי רמת החשד הנדרשת לשם הכלת הדוקטרינה?

פרופסור פלר טוען כי החשד צריך להיות רציונלי וזוה שיש לו אחיזה במציאות ואין די בחשד תיאורטי בלתי מבוסס. **בפס"ד ורשבסקי** אמר השופט בייסקי כי החשד צריך להיות מעשי רציונלי והוא תלוי בנסיבות, בהתחשב בגורמים הסובייקטיביים העשויים לעורר את החשד האמור.

פרופסור רות קנאי מציינת במאמרה כי אין צורך בחשד ברמה גבוהה ויש לומר שדי בחשד סובייקטיבי ממש. הפסיקה שלאחר תיקון 39 אימצה את הגישה כי לעניין עצימת עיניים יש צורך בחשד ממש, מעשי ורציונלי ואין להסתפק בחשד מופרך שאין לו אחיזה במציאות.

החשד וההימנעות מלברר עשויה להוליד מספר מצבים :

בעילת קטינה, סעיף 345 (א) (3) :

מערכת נסיבות 1: הנאשם חשד ונמנע מלברר = עצימת עיניים.

מערכת נסיבות 2: הנאשם חשד, בירר וחשדו אומת = מודעות.

מערכת נסיבות 3: הנאשם חשד, בירר וחשדו הופרך = אין יסוד נפשי ("טעות במצב דברים").

אמרנו כי החשד צריך להיות סובייקטיבי, היינו צריך שהנאשם עצמו יחשוד וימנע מלברר. נשאלה השאלה האם ניתן/ראוי להכיר בחשד אובייקטיבי או בחלל תודעתי בעבירות של מחשבה פלילית?

חשד אובייקטיבי- מצב בו הנאשם לא חשד בקיומה של נסיבה אך אדם סביר היה חושד בקיומה.

חלל תודעתי (גם "חלל הכרתי", "חלל ריק")- מצב בו הנאשם לא נתן כלל את דעתו לקיומה של הנסיבה (לא מעניינת אותו (אדיש/ קל דעת) כך שאין לו חשד לקיומה).

המצב המשפטי עובר לתיקון 39 : הגישה שהייתה מקובלת בפסיקה שלפני תיקון 39 היא זו שהכירה ביסוד נפשי מסוג של פזיזות קוגניטיבית. הכוונה שניתן היה להרשיע אדם לא רק במקרה שבו היה מודע לקיומה של הנסיבה אלא גם כאשר נטל בידועין את הסיכון שהנסיבה מתקיימת. את גישה זו התווה השופט אגרנט בפס"ד אבן-רביעה :

פס"ד אבן-רביעה - דרוזי שרצה לשאת נערה בת 16 בניגוד לרצון אביה וניסה לחטוף אותה ממנו אך נכשל היות והאב הסתיר אותה לפני שהגיע עם חבריו. הואשם בעבירת ניסיון חטיפת קטינה מרשות האפוטרופוס החוקי שלה (סעיף 373). בין היתר דן השופט אגרנט בשאלת היסוד הנפשי הדרוש בעבירה זו ואמר: "אין דרישה של ידיעה ממשית של גיל הקטינה ע"י הנאשם, ניתן להרשיע גם אם נטל בידועין את הסיכון שטרם הגיעה לגיל 16. דעתי היא שהמחוקק הסתפק בקשר לאלמנטים העובדתיים הסובבים את מעשה החטיפה בדרגת mens rea מסוג פזיזות" (פזיזות ביחס לנסיבה!). הוא בעצם אמר כי עבירה זו היא התנהגותית, וככל עבירה התנהגותית צריך להוכיח מודעות לנסיבה (גיל הנערה), אלא שבמקרה זה, די אם נסיק כי כאשר הנאשם לקח את הנערה הוא קיבל על עצמו בידועין את הסיכון שטרם מלאו לה 16 שנים. הוא רואה במקרה בו אדם לא נתן את דעתו לקיומה של הנסיבה והיה אדיש אליה, כמצב של פזיזות קוגניטיבית ומידת אשמתו אינה פחותה ממידת אשמתו של אדם שהיה מודע לגיל הנערה. אין יסוד להבחנה בין ידיעה ממשית לבין נטילת סיכון ממשית שמא הנסיבה קיימת ואם נדרוש ידיעה ממשית נחטיא את מטרת עבירה זו.

פס"ד פלוני - בעל מסעדה שהחזיר מלצרית שלו שהייתה בת 17 ותשעה חודשים לביתה והורשע בביצוע מעשה סדום בקטינה (16-18). בעירעור לא הכחיש מעשיו אלא טען שלא היה מודע שטרם מלאו לה 18 (הגיל הצעיר מהווה נסיבה לחומר). השופט בדן נתן את דעתו לשאלת היסוד הנפשי הנדרש ביחס לגילה של המתלוננת וקבע שע"מ להרשיע אדם

בגין עבירה לפי סעיף 347(א), אין חובה לתביעה להוכיח באופן פוזיטיבי שהנאשם אכן היה מודע לעובדה שלמתלוננת טרם מלאו 18 שנים, מספיק שהתביעה תוכיח פזיזות ואי אכפתיות לעניין זה. לא יעלה על הדעת שנאשם ימלט מעונש רק כי לא היה מודע לשאלת הגיל שלא עניינה אותו. אם עולה מהנסיבות שהנאשם היה חייב להיות מודע לפחות לאפשרות שהמתלוננת בגיל זה, אזי הוא מקבל על עצמו סיכון בחוסר התעניינותו, ופזיזותו תהפוך לו לרועץ אם יתברר אובייקטיבית כי הנסיבה מתקיימת אצל המתלוננת (חוזר על דברי אגרנט באבו רביעה).

עבירת האינוס עברה מספר גלגולים - העבירה הקלאסית דרשה, מעבר לאי הסכמה של המתלוננת, גם הוכחה של שימוש בכח והתנגדות בכח. בתיקון 22 לחוק העונשין (1988) שונתה הגדרת האינוס, אך עדיין נדרש להוכיח שימוש בכח אם כי הפסיקה פירשה את הכח כמינימלי (הפשטה, דחיפה וכו'). בשנת 2001 התקבל תיקון 61 לחוק, במסגרתו נמחק הביטוי "עקב שימוש בכח". תיקון זה מגן על אוטונומיית האשה במנותק משאלת הכח. [בעבירות אינוס רוב הנאשמים לא כופרים בעובדות אלא בשאלת ההסכמה (נסיבה) שקשה יותר להוכיח את מודעותם אליה].

פס"ד בארי - אונס של נערה בת 14 ע"י ארבעה נערים כבני 17 שטענו שחשבו שהיא מסכימה. ביהמ"ש המחוזי פסק שההגנה יצרה ספק (ע"פ סתירות בעדויות המתלוננת) וזיכה אותם. המדינה עירערה לעליון שהרשיע את כולם (פסק הדין עמוס בסוגיות שונות שחלקן לא רלוונטיות). ביהמ"ש פסק שהם עצמו עיניהם ולכן בין היתר דן (באמרת אגב) בסוגיית החלל התודעתית:

השופט שמגר - דוקטרינת עצימת עיניים = חשד סובייקטיבי או אובייקטיבי. התייחס (באמרת אגב) לאדישותו של נאשם לשאלת הסכמת הקורבן בעבירת האינוס, ואמר כי חלל תודעתי כמוהו כעצימת עיניים. הגישה שלפיה יש להסתפק בחשד סובייקטי של העושה מעוררת קשיים, שכן תיתכן מערכת נסיבות כזאת שמשמעותה תזדקק לעיני בר דעת על אף שלא תעורר את חשדו של הנאשם. פתרוננו הוא הסתכלות אובייקטיבית אל הנסיבות כדי להסיק מה אדם סביר היה למד מהנתונים העובדתיים שמולם ניצב עושה העבירה. השופט שמגר מרחיב את דוקטרינת עצימת עיניים - בנוסף לחשד הסובייקטי הוא מוסיף חלופה בדמות חשד אובייקטיבי שצריך היה להתעורר בהתאם לנסיבות.

השופט גולדברג - דוקטרינת עצימת עיניים = הימנעות מכוונת. מתייחס בפסק דינו לחלל התודעתי בעבירת האינוס וקובע שניתן לראותו כעצימת עיניים. לגישתו מצב זה שקול למצב נפשי של הימנעות מכוונת מבדיקת המצב לבירורו ובהתעלמות מודעת מן האפשרות בדבר היעדר הסכמה.

המצב המשפטי לאחר תיקון 39: אין מקום להבחנה בין מודעות לבין פזיזות כלפי הנסיבה, שכן פזיזות מוגדרת כיסוד נפשי המתייחס לתוצאת העבירה בלבד. לאחר תיקון זה המצב הנפשי היחיד באשר לנסיבה הוא מודעות או חוסר מודעות ובכלל זה גם עצימת עיניים.

פלר וקרמניצר הביעו את עמדתם במאמר - במקרים שבהם אדם לא היה מודע להתקיימותה של נסיבה רלוונטית וגם לא חשד בקיומה, אין להם מקום בחוק והם מצויים מחוץ לתחומי המחשבה הפלילית.

גם **ד"ר קוגלר** במאמרו ציין כי בעבירה שותקת נדרשת מודעות לנסיבה או חשד בקיומה והימנעות מבירור. מכאן שבמצב של מודעות אובייקטיבית וחלל תודעתי אין מחשבה פלילית ויש לזכות.

יורם רבין ויניב ואקי הביעו את דעתם בספרם כי הכרה בחלל תודעתי מהווה חריגה לא מוצדקת מהתפיסה הסובייקטיבית של המחשבה הפלילית, והרחבת האחריות הפלילית מעבר לחשד הסובייקטיבי מהווה סטייה מעיקרון החוקיות, באשר אין היא מבוססת על לשון החוק. אם החוק דורש חשד סובייקטיבי, לא ניתן להכיל קיומו במצב של ריק תודעתי.

קיים קונצנזוס משפטי באשר לאי ההכרה במצב של חלל תודעתי כלפי הנסיבות.

בפס"ד טייב (לאחר תיקון 39) ניתן לראות דיעה שונה של השופט אנגלרד:

פס"ד טייב - פיזיותרפיסט שהואשם בביצוע אינוס ומעשה סדום במטופלת שלו במהלך עיסוי שנתן לה. המחוזי זיכה אותו מעבירות אלו בקובעו כי נותר ספק שמא האמין בטעות שהמתלוננת הסכימה למעשיו, והרשיעו בעבירה של מעשה מגונה. שני הצדדים עירערו לעליון. עירעור המדינה התקבל וטייב הורשע בעבירת אינוס ובעבירת מעשה סדום. השופט אנגלרד התייחס (באמרת אגב) לביצוע עבירת אינוס תוך אי נתינת הדעת להסכמת האשה, וציין כי עצימת עיניים בנוגע לעבירת האינוס מתפרסת גם על חוסר אכפתיות לשאלה אם המתלוננת מסכימה לבעילה ואם לאו.

לאחר תיקון 39, הושמעה ביקורת על כך שסעיף 20(א) אינו מבחין בין רמות שונות של מודעות אשר תחולנה בהתאם למהותה וחומרתה של העבירה הפלילית:

פס"ד הר שפי - הואשמה כי ידעה על כוונת יגאל עמיר לרצוח את יצחק רבין ולא עשתה דבר. בבימ"ש השלום נקבע כי הר שפי ידעה על כוונתו של יגאל עמיר, ע"ס 12 נדבכים עובדתיים והיא הורשעה בעבירה של אי מניעת פשע. הר שפי

עירערה למחוזי שם נדחה עירעורה בדעת רוב של השופטים בייזר והמר. השופט ברלינר, בדעת מיעוט, קבע כי 12 הנדבכים, שעל פיהם ביססה השופטת לידסקי את החלטתה בבימ"ש השלום, ניתנים לפירושים סבירים אחרים. יתכן שהר שפי חשבה כי יגאל עמיר רברבן, וקירבתה אליו יצרה בתודעתה עיוות מחשבתי, ולכן יש לקבל את הסברה לפיה לא באמת ידעה על רצונו.

הר שפי עירערה גם לעליון, שם השאלה שעלתה לדיון היא כיצד נפרש את המונח "שידע" שבסעיף 262 לחוק? התהליך הוא כזה:

- העבירה נחקקה לפני תיקון 39 כך שיש לפנות לסעיף 90א(3) (תחנת ההחלפה) שאומר כי המונח "ביודעין" יתפרש כמחשבה פלילית.

- כעת נפנה לסעיף 20א(א) שאומר שמחשבה פלילית = מודעות.

- כעת נפנה לסעיף 20ג(1) שאומר שמודעות = עצימת עיניים.

מכאן שאפשר להרשיע אדם בעבירה "אי מניעת פשע" משתי סיבות: כשידע שפלוני זומם לעשות פשע וגם כשחשד ונמנע מלברר.

השאלה המשפטית: האם הר שפי ידעה על כוונתו של יגאל עמיר? והאם בעבירה של אי מניעת פשע יש לדרוש ידיעה, היינו מודעות לכך שפלוני זומם לעשות מעשה פשע, או שניתן להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים לפיה די אם החדל חשד שפלוני זומם לעשות פשע אך נמנע מלבררו?

השופט חשין קבע כי ע"מ להטיל אחריות פלילית בעבירה של אי מניעת פשע, אין להסתפק בחשד כי פלוני מתכנן לבצע פשע אלא יש לתבוע ידיעה ברורה ונקייה. סעיף 20ג(1) הוא למעשה הוראת חוק כללית המשווה חשד למודעות. אלא שהוראה זו תיעצר על סף דלתו של סעיף 262, אשר הוא הוראת חוק מיוחדת ואל ביתו לא תבוא (הוראת חוק כללית תיסוג מהוראת חוק מיוחדת/ספציפית).

הוא מבסס את החלטתו על 4 טעמים:

1. עבירה של אי מניעת פשע היא עבירה בעלת אופי מיוחד- רכיב הידיעה בעבירה זו היא רכיב מכונן, ומאחר שמדובר בבסיס העבירה יש לפרשו בצמצום ולא בהרחבה.

2. בהתנהגות אקטיבית העושה יכול לפתור עצמו במקרה של חשד ע"י כך שימנע מהתנהגות. בהתנהגות מחדלית- במידה ונפרש ידיעה גם כעצימת עיניים, הרי שאנו מטילים עליו נטל נוסף שכן לא תהיה לו יכולת לסגת- הוא יהיה חייב לברר את חשדו.

3. קושי פרגמטי- לאדם יש קושי אמיתי לדעת ולברר מה זומם אדם אחר. מבחינה ראייתית קשה להוכיח.

4. אם נכיל את דוקטרינת עצימת עיניים על עבירה זו, כי אז נהפוך את החברה שלנו לחברה של אדם לאדם בלש. אם נטיל חיוב ברור על כל חשד שיהיה, יחסי החברה לא יהיו תקינים.

לאור כל זאת אין להחיל את דוקטרינת עצימת עיניים על סעיף 262.

למרות זאת, פסק חשין כי הר שפי ידעה בבירור על כוונותיו של עמיר ולא עשתה דבר ולכן הותיר את ההרשעה על כנה.

אחד המבקרים העיקריים להלכה זו של השופט חשין הוא **פרופסור קרמניצר**: לדעתו ראוי להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים על רכיב הידיעה שבעבירה זו. מסקנתו של קרמניצר נתמכת במספר טעמים:

1. החלק הכללי של חוק העונשין מאפשר במפורש להחיל את הכלל של עצימת עיניים על כל העבירות.

2. בדרך כלל לא תהיה ידיעה ממשית על כך שפלוני זומם לבצע פשע, אלא חשד, ולכן הלכת הר שפי למעשה עוקרת מן האיסור את המקרים הטיפוסיים שלהם הוא נועד.

3. גישתו של חשין מתמרצת את החושד להישאר במצב של חשד ("להקטין ראש") כדי להימנע מאחריות פלילית. לעומת זאת אם נטיל אחריות פלילית גם על החושד, נגן על האינטרס הציבורי.

עמדתו של חשין הפכה להלכה שעומדת על כנה עד עצם היום הזה- אי אפשר להחיל את דוקטרינת עצימת עיניים על עבירת אי מניעת פשע. למעשה ניתן לראות כי לביהמ"ש העליון יש סמכות לבחון את רמת המודעות בכל עבירה ועבירה ולהחליט האם בעבירה מסויימת הדורשת מודעות ניתן להסתפק גם בעצימת עיניים.

נשאלת השאלה- מה לגבי עבירות חדשות שלאחר תיקון 39? המחוקק יסייג ידיעה למודעות בלבד (לדוג: סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון: "לעניין סעיף זה, ידיעה- למעט עצימת עיניים").

סילבוס

המישור החפצי - פיזיות סעי' 20, 90 לחוק העונשין.

ציטוט אחד – פס"ד	תזכורת
ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145 (1999).	מריבה על מקום חנייה.
ע"פ 1100/93 סובאח נ. מדינת ישראל, פ"ד מז (3) 635 (1993).	תאונה - חציית קו לבן.
ע"פ 4463/00, מדינת ישראל נ. אבו אלהוא, פ"ד נה (3) 327 (2001).	אב ובנו, היו מעורבים בתגרה אלימה עם שכניהם, שהביאה למות אדם.
דנ"פ 3285/98 יאסר נ. מדינת ישראל, תק-על 98 (3) 1577 (1998).	נהג במשאית בשטח עירוני, לא שם לב לדרך ודרס זקנה שחצתה את הכביש.
ע"פ 3158/00 מגידיש נ. מדינת ישראל פ"ד נד (5) 80 (2000).	מגידיש פגע ברכבו בהולכת רגל שחצתה מעבר חצייה כשנסע מעל המותר.
ע"פ 2569/00 דהן נ. מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 613 (2001).	ניסה לחצות עם רכבו מסילת רכבת והרכבת פגעה בו. חברו שישב ברכב מת.
ע"פ 3841/94 צלנקו נ. מדינת ישראל תק-על 94 (3) 767 (1994).	צלנקו ניסה לעקוף רכב משמאל ופגע ברכב אחר שבו העיף צעירה שפסעה לצד הכביש.

פיזיות פס"ד שלא היו חובה בסילבוס :

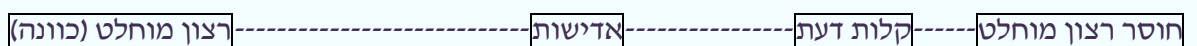
ציטוט אחד – פס"ד	תזכורת
ע"פ 1/52 דויטש נ. היועץ המשפטי, פ"ד ח 456 (1954).	ארכיטקט שלא שעה לאזהרות בדבר סכנה הצפויה לעובדיו
ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ. רפאל, פ"ד כב (2) 749 (1968).	נהג אוטובוס נסע מהר מדי ועקף במקום שהכביש מתחלק לשני נתיבים עם פס-לבן המפריד ביניהם.
ע"פ 1196/99, ממדוב נ. מדינת ישראל, פ"ד נה (1) 700 (1999).	בעט לחברו השיכור בבטן.
ת.פ (מחוזי ת"א) 40016/07 מדינת ישראל נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ תק-מח 2009(1) 12439 (2009) וכך ערעור על פסק דין זה : ע"פ 4512/09 ד"ר סבטלנה רוסו נ' מד"י (לא פורסם, 31.8.2010).	רופאה מרדימה, השתיקה את המוניתור, הלכה לישון, חולה מת.

מחשבה פלילית בעבירות תוצאה

סעיף 20(א) הוא סעיף המחשבה הפלילית גם בעבירות תוצאה, אלא שבאלו צריכים להוכיח גם את מודעותו של הנאשם לאפשרות התרחשות התוצאה, וכן יחס חפצי כלפי אותה תוצאה (פזיזות או כוונה). סעיף 20(א) מדרג לנו את היחס החפצי כלפי התוצאה מהקל לחמור- קלות דעת, אדישות, כוונה. יסוד חפצי מסוג כוונה הוא למעשה היחס החפצי הפסול החמור ביותר. אך החברה סולדת לא רק ממי שהתכוון לגרום לתוצאה האסורה, אלא גם מאנשים פזיזים, היינו אנשים שגילו חוסר עניין בהתרחשות התוצאה, שהתבטא באחת משתיים: אדישות או קלות דעת. אפשר להמחיש הבדל זה בדוגמא הבאה:

אדם נוהג ברכבו וקולט בזווית עין הולך רגל שמתחיל בחציית הכביש. הנהג עדיין רחוק מספיק כדי לבלום את הרכב, אך בכל זאת הוא פוגע והורג את הולך הרגל. ניתן להניח שלושה תרחישים שונים הקשורים ליחס החפצי של הנהג לתוצאה:

1. מגביר מהירות מתוך כוונה לפגוע באותו אדם = **כוונה**
2. ממשיך באותה מהירות מתוך שיוויון נפש וללא כל מטרה ספציפית, יתכן שהולך הרגל יפגע ויתכן שלא = **פזיזות שבאדישות**
3. מגביר מהירות מתוך תקווה לחצות את מעבר החצייה לפני שהולך הרגל יגיע למקטע השני שלו. הנהג נוטל במודע סיכון בלתי סביר שיפגע בהולך הרגל אך מקווה שזה לא יקרה = **פזיזות שבקלות דעת**



מספר דגשים:

- חשוב לציין כי היחס החפצי נבחן על פי סטנדרט סובייקטיבי של הנאשם.
- יחס חפצי קיים אך ורק כלפי התוצאה (המנויה בעבירה).
- בעבירת תוצאה תמיד נבחן את היסוד החפצי לאחר שהוכחנו יחס הכרתי. למעשה אם לא הייתה מודעות למעשים או לנסיבות לא נבדוק כלל את היסוד החפצי. [בעבודה/מבחן נניח שהיחס ההכרתי מתקיים כדי להמשיך לבחינת היסוד החפצי]
- בניגוד למישור החפצי, במישור ההכרתי יש שתי רמות בלבד- מודעות או חוסר מודעות.

קלות דעת

בעבירה הדורשת יסוד חפצי מסוג קלות דעת יש להוכיח שני רכיבים מצטברים:

1. מודעות של העושה לכל פרטי העבירה (טיב המעשה, הנסיבות, אפשרות גרימת התוצאה).
2. יחס חפצי מסוג קלות דעת כמוגדר בסעיף 20(א)(2)(ב).

אחת ממטרות דיני העונשין היא לחנך את הציבור, ואחת הדרכים לעשות זאת היא להטיל אחריות פלילית על אנשים פזיזים, למרות שאין להם רצון ממשי בקיום התוצאה. הקל דעת נוטל סיכון בלתי סביר שהתוצאה תתרחש למרות שהוא מקווה למנוע אותה- אם לא היה חפץ בהתרחשותה הרי שהיה חדל מההתנהגותו. יחס חפצי זה מגלה רמת אשמה מסויימת שלמשפט הפלילי יש אינטרס בהפלתו.

על התביעה להוכיח כי הנאשם היה מודע לכך שהוא נוטל סיכון בלתי סביר, מכאן שמתר ליטול סיכון סביר. נשאלת השאלה- **מהו סיכון סביר?** הכלל הוא ששאלת הסבירות היא שאלה התלויה בנסיבות, כך שיש לבחון את הסיכון הספציפי שהעושה נטל על עצמו, אל מול צרכי החיים המקובלים והתועלת החברתית שבהתנהגותו.

באילו עבירות תוצאות נדרשת קלות דעת? בעבירות שותקות (אינן דורשות יסוד נפשי מסוים). כמו כן, בעבירות שנחקקו לפני תיקון 39, בהן הוגדר היחס הנפשי של העושה כ"זדון" או "מזיד", ניתן להסתפק בקלות דעת ע"פ סעיף 90א(1) (תחנת ההחלפה): זדון = מודעות (מחשבה פלילית) = עבירה שותקת = נסתפק בפזיזות שבקלות דעת.

את קלות הדעת כלפי התוצאה ניתן להדגים באמצעות עבירת ההריגה (סעיף 298): עבירת ההריגה מסתפקת ביסוד נפשי מסוג מחשבה פלילית. מאחר ומדובר בעבירה שותקת נפרשה במישור ההכרתי כמודעות לטיב המעשה, לנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה, ובמישור החפצי נסתפק בקלות דעת.

שנים רבות התלבטה הפסיקה באשר ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה וההלכה בעניין זה השתנתה מספר פעמים. תיקון 39 לחוק שם קץ למחלוקות בכך שהגדיר מהי מחשבה פלילית.

סקירה של התפתחות הפסיקה באשר ליסוד הנפשי בעבירות הריגה:

המצב המשפטי עובר לתיקון 39: **הרשלנות יוחסה בשעתו ליסוד העובדתי של העבירה**- משמעותה של הרשלנות ככל שנגעה ביסוד העובדתי הייתה סטייה מרמת זהירות סבירה. כאשר המחשבה הפלילית הייתה כדי אדישות- הדרישה

ההתנהגותית הצטמצמה לרשלנות, וכאשר רצו להוכיח קלות דעת- עלה הצורך להוכיח כי התנהגותו של הנאשם עלתה כדי רשלנות רבתית (אדישות חמורה מקלות דעת ולכן אפשר "להנמיך" את היסוד העובדתי).

פס"ד דויטש/פס"ד רפאל - הריגה מתוך :

- אדישות = רשלנות - סטייה מרמת זהירות סבירה.

- קלות דעת = רשלנות רבתית - סטייה חמורה מרמת זהירות סבירה.

פס"ד סובאח - חצה פס הפרדה רצוף למסלול הנגדי, כך שחסם את מסלול נסיעתה של מכונית שהגיעה ממולו, וגרם לה לסטות לשוליים ולהתנגש ברכב אחר. שלושה מנוסעי הרכב נהרגו. ביהמ"ש פסק:

- קלות דעת/אדישות = רשלנות

הפסיקה קבעה שאין צורך יותר ברשלנות רבתית! לאחר פס"ד זה לא משנה אם אתה קל דעת או אדיש, יש להוכיח רשלנות רגילה ולא רבתית.

- אם הוכחה רשלנות רבתית - חזקה שאדם היה קל דעת

השופטים מצא וגולדברג מוסיפים קביעה נוספת לפיה במידה והתביעה תוכיח קיומה של רשלנות רבתית (יסוד עובדתי) קמה חזקה עובדתית שהנאשם היה קל דעת. למעשה, גם אם לתביעה אין ראיות ליסוד נפשי- אם תוכח רשלנות רבתית ביסוד העובדתי הוכח יסוד נפשי של קלות דעת.

קושי- במשפט הפלילי התביעה היא שצריכה להוכיח את היסוד הנפשי והעובדתי מעל לספק סביר, ואילו בפס"ד זה נקבע כי התביעה פטורה מלהוכיח יסוד נפשי.

הטיעון שכנגד הוא שלא חזקה זו יהיה קשה להוכיח יסוד נפשי, היות וקשה להיכנס לראש הנאשם. מעבר לכך לנאשם עדיין יש יכולת להתגונן בכך שיוכיח ספק סביר בחזקה.

השופט קדמי והשופט דורנר מעלים קושי זה **בפס"ד צלנקו** באומרים כי קיומה של "פזיזות" נקבעת ע"פ אמת מידה סובייקטיבית, ולא יתכן כי התביעה תהא פטורה מלהוכיח שהתקיימה.

חרף הביקורת, זיקה זו קיימת, וגם לאחר תיקון 39 בית המשפט לא זנח אותה.

המצב המשפטי לאחר תיקון 39: הגדיר מחדש מחשבה פלילית- יש להוכיח גם יסוד עובדתי וגם יסוד נפשי, כך שלכאורה הזיקה ביניהם לא קיימת יותר. בפועל:

פס"ד יאסר - נהג מערבל בטון באזור מאוכלס, לא הבחין בהולכת רגל שחצתה את הכביש, והרג אותה. הורשע במחוזי בהריגה שבקלות דעת, ערעורו לעליון נדחה והוא ביקש דיון נוסף. ברק כדן יחיד דחה את טענתו וקבע כי הייתה זו התרשלנות רבתית מכח הנסיבות (ראות טובה, מרחק סביר לעצירה וכו'), ואופי זה של היסוד העובדתי מעלה הנחה (חזקה), הניתנת לסתירה, כי הוכח יסוד נפשי של קלות דעת.

סוגיה נוספת שעלתה בפסיקה, הקשורה לעבירת ההריגה, נגעה ליסוד ההכרתי (מודעות). השאלה שעלתה- **האם בעבירת הריגה יש להוכיח שהנאשם היה מודע לאפשרות גרימת תוצאת המוות, או שניתן להסתפק בכך שהנאשם היה מודע לאפשרות של גרימת חבלה (פגיעה בשלמות גופו של אחר)?**

בפסיקה שלפני תיקון 39 קבע ביהמ"ש העליון כי מבחינת יסוד המודעות לאפשרות גרימת התוצאה אין נדרש כי העושה יהיה מודע לאפשרות של תוצאה קטלנית דווקא, ודי בכך שהיה מודע לסיכון של גרימת חבלה חמורה.

במסרת תיקון 39 נחקק סעיף 20(א) שדורש מודעות סובייקטיבית בפועל "לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה". דהיינו, אם תוצאת המוות נמנית בעבירה, צריך להוכיח מודעות לאפשרות גרימת מוות.

פס"ד ויניצקי - החנה רכבו בחניה של דייר אחר. ירד אדם (בן 67), דרש שיפנה את החניה ודחף אותו. ויניצקי איים שהוא יתן לו מכה שיכולה להשכיב אותו וכך עשה- נתן לו אגרופ במצח. האדם נפל, שבר את גולגולתו ומת מדימום במוח. ויניצקי הואשם במחוזי בעבירת הריגה ועירער לעליון. השופט אור קבע כי לאחר תיקון 39 המחשבה הפלילית בעבירת ההריגה היא זו הדורשת הוכחת מודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה, ביניהם מודעות לאפשרות הגרימה של התוצאה הקטלנית וכן פזיזות כלפי תוצאת המוות. ביהמ"ש קבע שהוא אכן היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית והיה אדיש לה ודחה את העירעור (עמודים 150-151).

פס"ד מגידיש - השופט ברק חזר על קביעת השופט אור מפס"ד ויניצקי, לפיה בעבירת הריגה יש צורך להוכיח מודעות לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית וזו בלבד, היינו לא די באפשרות גרימה של נזק.

קושי- ניתן לטעון שכתוצאה מכך ירבו הזיכויים, שכן קשה יותר להוכיח מודעות לתוצאה הקטלנית בלבד. בפועל, המציאות הוכיחה שהפסיקה לא הובילה לשום שינוי. ביהמ"ש פשוט מוכיח שהייתה מודעות לתוצאה זו:

פס"ד אבו אלהוא - אב ובן שהיו מעורבים בתיגרה אלימה עם שכניהם. במהלך התיגרה הלם האב באלה בעורפו של המנוח, הגדיל הבן לעשות ונעץ סכין בירכו שחדרה לעומק 11 סנטימטרים.

הבן הואשם בהריגה אך המחוזי הרשיעו בגרם מוות ברשלנות, בטענה שכיום צריך להוכיח שבזמן נעיצת הסכין בירך היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית והתביעה לא הוכיחה זאת מעל לכל ספק סביר. המדינה עירערה לביהמ"ש העליון.

השופט מצא קבע שהנאשם היה מודע לתוצאת המוות ע"פ שילוב שתי חזקות: **חזקת המודעות** - אדם הנועץ סכין בירכו של חברו, בכוונה לחבול בגופו, מודע שעלולה להיגרם חבלה חמורה. **חזקה שנייה** - ניסיון החיים והשכל הישר מלמדנו שחבלה חמורה עלולה לסכן חיי אדם ולהוביל למותו.

השופטת ביניש קבעה שהנאשם היה מודע לתוצאת המוות ע"פ חזקה אחת: כאשר המודעות לגרימת חבלה גופנית היא מודעות המתייחסת לחבלה חמורה שמעצם טיבה מסכנת חיי אדם, חזקה שמתקיימת מודעות לתוצאה הקטלנית.

ההבחנה בין השיטות - מצא מדבר על כל חבלה ובייניש מדברת על חבלה חמורה שמעצם טיבה מסכנת חיי אדם (גישתה נחשבת מדויקת יותר).

השופט חשין הסכים עם שניהם, העירעור התקבל והבן הורשע בעבירת הריגה.

אדישות

צורה של פזיזות אשר קלה מכוונה וחמורה מקלות דעת. מוגדרת בסעיף 20(א) (2) כ"שיוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות".

אילו עבירות דורשות יסוד נפשי מסוג אדישות? רק כאשר ישנה עבירה ובה דרישה ליסוד נפשי חפצי מסוג אדישות יש להוכיח יסוד זה.

למה יש שתי רמות של פזיזות? להבדל בין רמות אלה יש משמעות לעניין העונש משום שרמת האשמה באדישות גבוהה יותר מרמת האשמה בקלות דעת.

סילבוס

המישור החפצי-כוונה - חוק העונשין תשל"ז - 1977 סעיף 20, סעיף 90א.

תזכורת	ציטוט אחד - פס"ד
רצח רבין.	ע"פ 3126/96 יגאל עמיר נ' מדינת ישראל , פ"ד נ(3) 638 (1996).
בעל ששכר חוקרים לפרוץ לדירת אשתו.	ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועמ"ש , פ"ד יג 421 (1959).
קובלנה פרטית נ' יפת בגין הפרת סעי' 6 לחוק לשון הרע.	ע"פ 677/83 בורוכוב נ. יפת , פ"ד לט (3) 205 (1985).
ועונו מערער על כך שסייע לאויב במלחמה לפי סעיף 99 לחוק העונשין.	ע"פ 172/88 ועונו נ. מדינת ישראל , פ"ד מד (3) 265 (1990) הנשיא שמגר פסקאות 20 - 23, השופט גולדברג).
עבירות כנגד ביטחון המדינה ובכללם קשרים עסקיים עם איראן.	ע"פ 6411/98 מנבר נ. מדינת ישראל , נה(2) 150 (2000) פסקאות 49-51.
רב מפרסם דבר הסתה לגזענות ועידוד אלימות.	ע"פ 2831/95 אלבה נ. מדינת ישראל , פ"ד נ(5) 221 (1996)
רצח העובדת במכון הליווי ע"י שלושת החברים והנהג.	ע"פ פוליאקוב נ' מד"י , פ"ד נג(1) 289 (1999) השופט אנגלרד פסקאות 7, 12-22.
דקר את המנוח פעמיים בחזהו לאחר שלא רצה	ע"פ 5446/99 אלימלך נ. מדינת ישראל , נו(4) 49

בכך.	(2002)
הפעיל תקנות כנגד חוק ניירות ערך	ע"פ 5640/97 רייד נ. מדינת ישראל, נג(2) 433.
קיבל תשלום עבור מידע בטחוני	ע"פ 6269/99 פלוני נ. מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 496 (2001)
אישומים בגין הפרת סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, הלכת בורוכוב.	רע"פ 9818/01 ביטון נ. סולטן, נט(6) 554 (2005)

כוונה

הצורה החמורה ביותר של שאיפה לתוצאה הקבועה בחוק. מוגדרת בסעיף 20(א)(1) כ"מטרה לגרום לאותן תוצאות". בעבירות תוצאתיות הדורשות יסוד נפשי של כוונה (נלמד מהניסוח: "בכוונה ל...", "במטרה ל...", "כדי") יש צורך להוכיח: במישור ההכרתי- מודעות לרכיביה העובדתיים של העבירה, במישור החפצי- יחס חפצי מסוג כוונה. בנוסף, כשנדרש יסוד נפשי של כוונה, יש צורך להוכיח כוונה בלבד (לא מסתפקים ברשלנות או פיזיות).

בחוק העונשין יש מעט מאוד עבירות תוצאתיות הדורשות יסוד נפשי של כוונה:

- **סעיף 329(א)(1)** חבלה בכוונה מחמירה- "העושה אחת מאלה **בכוונה** להטיל באדם נכות או מום... פוצע אדם או גורם לו חבלה חמורה שלא כדין".
 - **סעיף 417** כישוף- "המתחזה לעשות מעשה כישוף **בכוונה** לקבל דבר, דינו... קיבל דבר בעד מעשה הכישוף או על פיו דינו..."
- בחוק העונשין כ- 60 עבירות התנהגותיות הדורשות יסוד נפשי של כוונה, והן נקראות עבירות מטרה:

המחשבה הפלילית בעבירות מטרה (כוונה מיוחדת)

עבירות מטרה הן עבירות התנהגותיות הדורשות בנוסף לקיומה של המחשבה הפלילית גם מטרה לגרום לתוצאה מסויימת, גם אם בפועל התוצאה לא התממשה.

- **סעיף 111** מסירת ידיעה לאויב- "מי שביודעין מסר ידיעה לאויב או בשבילו, דינו מאסר 10 שנים". יודעין = מחשבה פלילית (סעיף 90א.3).
- עבירה התנהגותית. "הייתה הידיעה עלולה להיות לתועלת האויב, דינו מאסר 15 שנה". עבירת תוצאה בכח. "התכוון בכך לפגוע בבטחון המדינה, דינו מאסר עולם". עבירת מטרה- בנוסף למחשבה הפלילית צריך להוכיח יסוד נוסף של כוונה.

למדנו שיסוד חפצי קיים רק בעבירות תוצאתיות היות ומתייחס רק לתוצאה, אז כיצד יתכן שבעבירה התנהגותית נדרשת כוונה? סעיף 90א.2) תחנת ההחלפה- בעבירה התנהגותית נפרש את המונח "כוונה" כמניע (מה הרצון בעבר שהוליד את המעשה?) או מטרה (מה שואפים להשיג בעתיד?). לענייננו נפרש את המילה כמטרה ולא כמניע.

- **סעיף 244** שיבוש מהלכי משפט- "העושה דבר **בכוונה** למנוע או להכשיל הליך שיפוטי... דינו מאסר 3 שנים". עבירת מטרה- לא נדרשת תוצאה, אלא כוונה שנפרש כמטרה.
- **סעיף 447** הסגת גבול כדי לעבור עבירה- "העושה אחת מאלה **כדי** להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו... דינו מאסר שנתיים". עבירת מטרה- לא נדרשת תוצאה אלא מטרה להפחיד, להעליב וכו'.
- **סעיף 192** איומים- "המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו...**בכוונה** להפחיד את האדם או להקניטו, דינו..."

לסיכום, בעבירות מטרה יש צורך להוכיח יסוד נפשי כפול: במישור הכרתי- מודעות לטיב המעשה ולנסיבה (אין תוצאה), ובנוסף צריך להוכיח מטרה.

- עשה מעשה שיש בו **כדי** לסכן חיי אדם = עבירת תוצאה בכח
- עשה מעשה **כדי** לסכן חיי אדם = עבירת מטרה

סילבוס

"כוונה תחילה" (היסוד הנפשי בעבירת הרצח) - סעי' 300, 303 לחוק העונשין.

ציטוט אחיד – פס"ד	תזכורת
ע"פ 46/54 היועץ המשפטי נ' סגל, פ"ד ט 393 (1955).	רצח את ארוסתו שסיפרה לו שבגדה בו תוך כדי ריקודים והתלהבות
ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573 (1996).	רצח את אשתו והמאהב באוטו.
ע"פ 3126/96 יגאל עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 638 (1996).	רצח רבין.
דני"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, תק-על 60(4) 2221 (2006).	המנוח איים על הורי הנאשם והוא תקף בזנב תרמיל פגז והביא למותו

כוונה תחילה בעבירת הרצח:

סעיף 300 לחוק העונשין מגדיר את עבירת הרצח: העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו מאסר עולם ועונש זה בלבד: (א)1- בעבירה תוצאתית- מזיד= פזיזות. חומרת גרימה למות בן משפחה, מנמיכה את דרישת המחשבה הפלילית לפזיזות.

(א)3- בעבירה תוצאתית- מזיד= פזיזות. חומרת גרימה למות אדם תוך ביצוע עבירה, מנמיכה את דרישת המחשבה הפלילית לפזיזות.

(א)2- החלופה הקלאסית של עבירת הרצח- רצח בכוונה תחילה. המחוקק דורש יסוד נפשי מיוחד שנקרא "כוונה תחילה" (שונה מהכוונה שבסעיף 20(א)).

כוונה תחילה מוגדרת בסעיף 301. היא מורכבת משלושה יסודות מצטברים, כאשר ברגע שהתביעה הוכיחה יסודות אלו ניתן לומר שהרצח בוצע בכוונה תחילה (אם אחד היסודות חסר לא בהכרח נזכה, יתכן ונרשיע בעבירת המתה אחרת עם יסוד נפשי נמוך יותר):

- 1. החלטה להמית-** משמעה כי בשעת מעשה ההמתה כיננה בלב העברין כוונת קטילה. כוונת הקטילה מורכבת משתי יסודות- מודעות לאפשרות התרחשות תוצאת המוות, וחפץ בה. **בפס"ד ביטון** השופט ברק אומר שיסוד ההחלטה להמית שקול לדרישת המחשבה הפלילית בעבירות כוונה. הוא למעשה מתאים בין סעיף 301 לסעיף 20(א)1.
- 2. הכנה-** הנאשם הכין עצמו פיזית למעשה (הצטייד בכלי, ביצע מעקבים). בפסיקה נקבע כי גם אם מסתובב דרך קבע עם סכין על גופו- ההנפה נחשבת הכנה, במידה ונועדה להרוג.
- 3. היעדר קינטור** (התגררות)- יש להוכיח כי הנאשם לא קונטר בסמוך לפני מעשה ההמתה. ברגע שהייתה התגררות בתכוף לפני המעשה שגרמה לנאשם לאבד את עשתונותיו, הרי שהרצח כבר לא בוצע בדם קר אלא בדם חם. אם הוכח קינטור הרצח יונחת/יופחת להריגה.

במסגרת דוקטרינת הקינטור המחוקק וביהמ"ש מתחשבים בחולשת הטבע האנושי, לפיה כאשר בני אדם מקונטרים הם מאבדים את קור רוחם ועשתונותיהם והם עלולים שלא לחשוב על תוצאות המעשה. מידת האשמה שלהם נמוכה מזו של אדם שרצח בדם קר. הפסיקה קובעת שיש להוכיח שהנאשם קונטר בתכוף למעשה, במידה והיה לנאשם זמן "להתקרר" לא יוכל לטעון שקונטר.

פס"ד החלוץ שמדבר על מבחני הקינטור הוא פס"ד סגל- בו ביהמ"ש קבע שני מבחנים מצטברים להוכחת היסוד של היעדר קינטור:

פס"ד סגל- רצח את ארוסתו לאחר שנודע לו כי יש לה חבר חדש. בדקות שלפני הרצח סיפרה לו על בילוייה עם החבר החדש, תוך שהיא מדגימה ריקודים ושרה שירים.
המבחן הסובייקטיבי- יש להתייחס למצבו הנפשי הסובייקטיבי של הנאשם בנסיבות האירוע הספציפי. יש להוכיח שההתנהגות המתגרה גרמה לנאשם לאבד את עשתונותיו בתכוף למעשה וכתוצאה מכך הוא המית את הקורבן. אם הנאשם צולח את המבחן הראשון ביהמ"ש עובר ל:

המבחן האובייקטיבי - בודק כיצד אדם סביר בנעליו של הממית היה מגיב להתנהגות המתגרה ומשווה בין התנהגותו של הנאשם לזו של האדם הסביר. יסוד הכוונה תחילה ישלל רק אם יוכח שהנאשם צלח את שני המבחנים. הערעור התקבל והמשיב הורשע ברצח בכוונה תחילה.

יורם שחר במאמרו "האדם הסביר והמשפט הפלילי" - מצב פרדוקסלי - האדם הסביר אינו רוצח גם מתוך קינטור, אז כיצד ניתן לפנות אליו לאחר המשוכה הסובייקטיבית? בפועל רק 3 אנשים עברו את שני המבחנים מקום המדינה ולכן המבחן האובייקטיבי מיותר.

פס"ד אזואלוס - חשד שאשתו ושכנו מנהלים רומן זמן מה למרות הכחשתם, ועזב את הבית. באחד הערבים יצא לחפש את אשתו ופגש בה ובשכן כשהגיעו במכוניתו. מאוחר יותר, כאשר השכן חיבק ונישק את אשתו בפניו, במטרה להבהיר שהם ביחד (אמר לו "קפוץ לי"), איבד אזואלוס את עשתונותו וירה למוות בשניהם. טענתו הייתה שפעל בהשפעת קינטור. המחוזי פסק שהוא אינו צולח את המבחן הסובייקטיבי - החיבוק והנשיקה לא הפתיעו אותו היות וחשד כבר ביחסיהם.

אזואלוס עירער לעליון והשופט ברק קיבל את עירעורו והרשיעו רק בהריגה. לטענתו, העובדה שהם הכחישו תקופה ארוכה את יחסיהם, מראה שאזואלוס לא ידע זאת בודאות ופעולתו הייתה ספונטנית ונעשתה מתוך איבוד שליטה. המבחן האובייקטיבי - "דמו של הישראלי המצוי עלול לרתוח כאשר רואה את בן/ת הזוג בבגידתו/ה וכאשר מעשה הבגידה מכוון כל כולו ללמד על מעשה הבגידה".

אורית קמיר מבקרת במאמרה "איך הרגה הסבירות את האשה - חוס דמם של האדם הסביר והישראלית המצויה בדוקטרינת הקינטור בהלכת אזואלוס" את פסיקתו של ברק ואומרת שהאדם הסביר משתנה רק ע"פ ביהמ"ש העליון. ישראלי סביר זה אינו מתיימר לייצג איש מלבד ביהמ"ש העליון, ובטח שלא ישראלי מצוי. הביקורת הכללית על מבחני הקינטור מתייחסת למבחן האובייקטיבי - עבירת רצח הינה עבירה של מחשבה פלילית - יסוד נפשי סובייקטיבי. אם הנאשם באמת קונטר ורוצים להתחשב בחולשת המין האנושי למה צריך מבחן אובייקטיבי?

בשנת 2004 **בפס"ד ביטון** התכנס ביהמ"ש העליון בהרכב מורחב של שבעה שופטים כדי לבחון האם יש הצדקה למבחן האובייקטיבי. השופט ברק עמד על יתרונות וחסרונות המבחן, והחליט להשאיר את המצב על כנו. כולם הצטרפו לדעתו והמבחן תקף עד היום. חרף זאת מונתה ועדת קרמניצר לבחון רפורמה בעבירות ההמתה, המלצותיה הוגשו לשר נאמן לפני שנה ואנו ממתניים לתוצאות.

הלכת הצפיות - ס' 20 (ב)

ס' 20 (ב) נחקק במסגרת תיקון 39, ועיגן בחוק את הלכת הצפיות שהייתה נהוגה בפסיקה (מכונה כיום גם כלל הצפיות).

בעבירות תוצאתיות המותנות ביסוד נפשי חפצי של כוונה - הידיעה ברמה גבוהה של הסתברות, שהתוצאה הרלוונטית לגיבוש העבירה תגרם, אפילו אם העושה לא שם לו למטרה לגרמה, שקולה כנגד כוונה, ומהווה לה תחליף (מי שצפה תוצאה ברמה גבוהה של הסתברות - כמוהו כמתכוון לגרמה). הרעיון המנחה: הכמות הופכת לאיכות - רמה גבוהה של ידיעה (כמות) הופכת לכוונה (איכות).

חשוב להדגיש כי הלכת הצפיות שבס' 20 (ב) שייכת לדין המהותי, ונועדה להחליף כוונה (מחילים הלכה זו רק על עבירות תוצאתיות עם יסוד חפצי של כוונה).

לעומת זאת, חזקת הכוונה, שייכת לדין הפרוצדוראלי (ראיות) ומסייעת לתביעה להוכיח כוונה של הנאשם. על ההבדל שבין חזקת הכוונה הראייתית לבין הלכת הצפיות המהותית, עמד **השופט גולדברג בפס"ד יגאל עמיר** (649-650) - חזקת הכוונה היא עובדתית יחסית - אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו. הנאשם יכול לסתור, וגם השופט רשאי לדחות החזקה. הלכת הצפיות מהווה תחליף מהותי לכוונה, ומשמעותה כי אף שלא הוכח יחס רצוני כלפי התוצאה, יראו את הגורם לה, כמי שהתכוון לכך, אם צפה בהסתברות קרובה לוודאי את התמששותה (ידיעה שקולה לכוונה).

למעשה, משתמשים בחזקת הכוונה כשאין מספיק ראיות להוכחת כוונה וניתן לסתורה. את הלכת הצפיות אי אפשרת לסתור - היא חזקה חלוטה.

הלכת הצפיות שבס' 20 (ב) חלה על עבירות תוצאתיות בלבד ומתייחסת רק ליחס חפצי מסוג כוונה (מפנה 20(א)(1)). אך האם ניתן להחיל את הלכת הצפיות גם על עבירות מטרה?

תכולתה של הלכת הצפיות על עבירות מטרה: האם ניתן להוכיח יסוד נפשי מסוג "מטרה" באמצעות הלכת הצפיות?

עובר לתיקון 39: הפסיקה קבעה כי כל סעיף ייבחן לגופו, וע"פ שיקולי מדיניות משפטית יקבע, האם בעבירה התנהגותית הדורשת מטרה יש להוכיח חפץ ממשי, או שמא ניתן להסתפק גם בידיעה ברמה גבוהה של הסתברות שהתוצאה תתממש. שיקולי המדיניות המשפטית שנעשה בהם שימוש:

- איזון אינטרסים- האם לא נפגע באינטרס המוגן באופן בלתי סביר אם נחיל את הלכת הצפיות? דוג: חופש הביטוי בעבירת לשון הרע.
- האם ישנה עבירה דומה המסתפקת ברמה נמוכה יותר של מחשבה פלילית? אם קיימת, ניטה לומר שיש לדרוש כוונה ממשית. (נטייה לא מוחלטת. יוצא דופן- עבירות הריגול).
- האם דרישה של חפץ לא תרוקן הוראת הסעיף מתוכו, ועקב כך תיפגע תקנת הציבור? (דוג: עבירת הריגול- רוב המרגלים פועלים מתאוות כסף, לכן מוחלת הלכת הצפיות בעבירות בטחון).

פס"ד עג'מי- הנאשם חשד שאשתו בוגדת בו, והגיע לדירתה עם נוספים, במטרה לצלמה בעת הניאוף. המערערים פרצו לדירתה תוך שבירת דלת הכניסה, והחלו לצלמה במערומיה. הם הורשעו בין היתר בהסגת גבול (אז ס' 286 לפח"ה, כיום ס' 447 לחוק העונשין). לטענתם, מטרתם הייתה לאסוף ראיות, ולא להרגיז, כנדרש בעבירה, למרות שהבינו שתוצאה זו בלתי נמנעת. לראשונה, ביהמ"ש מחיל את הלכת הצפיות על עבירה של הסגת גבול- **השופט אגרנט**, טען כי התוצאה הבלתי נמנעת של צילום האישה בחברת גבר זה, תהא הרגזתה. לכן הכרחי להסיק כי בידיעה זו, מונח היסוד של ה"כוונה להרגיז". העירעור נדחה.

לעומת זאת **בפס"ד בורכוב נגד יפת**, לא החיל ביהמ"ש את הלכת הצפיות על עבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע (החריג את הלכת הצפיות על עבירה זו). **השופט ברק**, בפרשנותו התכליתית קבע, כי לשם הרשעה בסעיף זה, יש צורך להוכיח כוונה ממשית לפגוע, ואין להסתפק בהלכת הצפיות (בין היתר על מנת למנוע פגיעה שאינה מידתית בחופש הביטוי). מבסס ההבדל בין העבירה הפלילית לעוולה הנזיקית (לה אין יסוד נפשי).

הלכה זו, שרירה וקיימת עד ימינו. **בפסד ביטון נגד סולטן (ניתן ב- 2005)**, ביהמ"ש העליון קבע בהרכב מורחב כי בעבירת ס' 6 נדרשת כוונה ממשית ואין להתספק בהלכת הצפיות, וזאת לאור מעמד חופש הביטוי לאחר ח"י: כבוד האדם וחירותו.

לאחר תיקון 39: האם סעיף 20(ב) לחוק, יוצר הסדר שלילי ביחס לתכולת הילכת הצפיות בעבירות מטרה? שכן אם התכוון המחוקק להחילה גם על עבירות מטרה, היה מצוין זאת במפורש.

שאלה זו נדונה **בפס"ד אלבה-** רב שהורשע במחוזי בחמישה אישומים שונים ובהם עבירת "איסור פרסום הסתה לגזענות" לפי ס' 144ב. (א) בעקבות מאמר שהפיץ בקרב תלמידיו "בירור הלכות הריגת גוי". השאלה היא האם ניתן להחיל את הלכת הצפיות על עבירת מטרה זו, לאחר חיקוק ס' 20(ב)?

שלוש גישות עיקריות:

השופט מצא- הלכת הצפיות שבסעיף 20(ב), מחילה עצמה הן על עבירות כוונה תוצאתיות והן על עבירות מטרה התנהגותיות. לדעה זו הצטרף גם **השופט אנג'לד בפס"ד פוליאוקוב** שסבר כי אין מניעה להחיל את סעיף 20(ב) לעבירות מטרה (גם המחוקק מגדיר בס' 20(א)1 כוונה כמטרה).

השופט ברק בדעת רוב - סעיף 20(ב) חל רק על עבירות תוצאתיות הדורשות יסוד נפשי חפצי של כוונה, אך אינו יוצר הסדר שלילי לגבי הלכות שנקבעו לפני תיקון 39, והחילו את הלכת הצפיות הפסיקתית על עבירות מטרה. למעשה ע"פ גישה זו, הלכת הצפיות החקיקתית, תחול רק על עבירות תוצאתיות עם יסוד נפשי חפצי של כוונה, ואילו הלכת הצפיות הפסיקתית תחול על עבירות מטרה, ע"פ שיקולי מדיניות משפטית. ע"פ גישת מצא, אין שיקול לביהמ"ש בעבירות מטרה, ואילו ע"פ גישת ברק יש שיקול.

השופט דורני בדעת יחיד- כאשר הגשמת המטרה הינה תוצאה הצומת באופן טבעי מן ההתנהגות, אין מניעה להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה. אך כאשר הגשמת המטרה תלויה בגורמים אחרים ואיננה תוצאה טבעית הנובעת מן המעשה אין להחיל את הלכת הצפיות (גם כך זה המצב, שכן אם התוצאה תלויה בעוד גורמים, הרי שלא ניתן לומר שיש רמה גבוהה של הסתברות שתיגרם).

לסיכום, רוב השופטים בפס"ד אלבה, סברו כי סעיף 20 ב' אינו חל על עבירות מטרה, אך גם אינו יוצר הסדר שלילי, להלכת הצפיות הפסיקתית אותה החילו וימשיכו להחיל על עבירות מטרה, באופן סלקטיבי. **דעת ברק היא המקובלת בפסיקה.**

הלכת הצפיות בעבירות נגד בטחון המדינה: ברוב מקרי הריגול, הנאשם לא פועל מתוך מטרה לפגוע בבטחון המדינה, אלא ממניעים כלכליים. ע"פ הפסיקה, די בידיעה ברמה גבוהה של הסתברות שתרחש פגיעה בבטחון המדינה, ואין צורך להוכיח כוונה (הלכת הצפיות הפסיקתית). זאת משתי סיבות:

1. רוב מקרי הריגול הם במטרת בצע כסף.
2. בטחון המדינה הוא ערך חברתי חשוב ביותר ויש להישמר מכל פגיעה בו.

לפני תיקון 39, פס"ד ועונונו, ולאחר תיקון 39, פס"ד מנבר וגיל.

הלכת הצפיות בעבירת הרצח בכוונה תחילה:

לפני תיקון 39: נקבע כי לא ניתן להחיל את הלכת הצפיות על עבירת הרצח, בשל חומרתה היתרה של עבירה זו. לאחר תיקון 39: מחד, ניתן לטעון כי הלכת הצפיות מחליפה כוונה ולא כוונה תחילה. כמו כן, הלכת הצפיות מדברת על כוונה שמצויה בחלק הכללי, וחוק ספציפי גובר (301). מאידך, ניתן לטעון כי המונח כוונה שבסעיף מדבר גם על כוונה תחילה, היות וכוונה תחילה היא סוג של כוונה, בהקשר ההחלטה להמית.

פרופ' פלר, ציין כי הלכת הצפיות יישימה גם בכוונה תחילה, ואף ביתר שאת.

ד"ר קוגלר, ציין כי ניתן לשלול תחולתה של הלכת הצפיות בכוונה תחילה, משום שסעיף 20(ב) עוסק בכוונה ולא בכוונה תחילה.

פרופ' קרמינצ'ר, התנגד להחלת הלכת הצפיות על כוונה תחילה.

בפס"ד עמיר, השופט גולדברג השאיר שאלה זו בצריך עיון.

בפס"ד פוליאוקוב, השופט אנג'לד ציין באוביטר (לא היה רלוונטי למקרה), כי נוטה להחיל את הלכת הצפיות גם על עבירת הרצח.

בניגוד לכך, **בפס"ד אלמילך,** נקבע בדעת רוב של **השופט מצא** (אליו הצטרפה פרוקצ'יה), כי אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירת הרצח, משום שזו הרחבה ניכרת של המקרים בהם יהיה על ביהמ"ש להרשיע ברצח. השופט בניש השאירה את השאלה בצריך עיון.

אם המחוקק התכוון להחיל הלכת הצפיות על עבירת הרצח- יש לכתוב זאת במפורש. השאלה לא הוכרעה.

מחשבה פלילית מועברת- סעיף 20(ג)(2)

הדוקטרינה דנה במקרים בהם המעשה הפלילי נעשה באדם/נכס אחר מזה שלגביו היה אמור המעשה להיעשות. במקרים אלו לא קיימת זהות בין הקורבן המיועד לקורבן בפועל.

דוג: שמעון רצה לרצוח את ראובן ורצח בטעות את לוי. לולא הדוקטרינה היינו צריכים לפצל את האירוע לשתי עבירות שונות: עבירת נסיון לרצח של ראובן, וגרימת מוות ברשלנות/הריגה של לוי. הדוקטרינה מאפשרת לבחון את האירוע כעבירה אחת- הקורבן המיועד נכנס בנעלי הקורבן בפועל, וניתן יהיה להאשים את ראובן ברצח לוי (משליך על העונש- במקום 20 שנות מאסר על כל אחת מהעבירות, יקבל מאסר עולם על רצח).

דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת מועגנת בסעיף 20(ג)(2) שנחקק במסגרת תיקון 39 (לפני כן הייתה קיימת רק כדוקטרינה פסיקתית). ניתן להחילה בשני מצבים: טעות בזיהוי, והחטאת הפעולה. ניתן להחילה גם בעבירות התנהגותיות (עבירת האינוס למשל) וגם בתוצאתיות. רציונל הסעיף הוא הגנה על חיי אדם ללא הבחנה הנוגעת למיהות הקורבן.

דוג: ע"פ סעיף 303 (המתת תינוק), כאשר רצח התינוק בוצע כתוצאה מדיכאון שלאחר לידה, עונש המקסימום הוא 5 שנות מאסר. נניח והאם קיבלה תינוק אחר בטעות בחדר הלידה ורצחה אותו, מועברת המחשבה הפלילית. חשיבות הדוקטרינה בכך שלולא קיומה היינו מאשימים את האם ברצח ודנים אותה למאסר עולם.

סילבוס

רשלנות סעי' 21, 29, 304 לחוק העונשין.

ציטוט אחיד – פס"ד	תזכורת
-------------------	--------

השאיר מקרר, הורשע.	ע"פ 196/64 היועץ המשפטי נ. בש , פ"ד יח (4) 569 (1964)
השאיר מקרר, הורשע שוב.	ד"נ 15/64 בש נ. היועץ המשפטי , פ"ד יט (1) 309 (1965)
טיול בנחל + שיטפון.	ע"פ 364/78 צור נ. מדינת ישראל , פ"ד לג (3) 626 (1979)
הכה את אשתו שהתאבדה.	דנ"פ 983/02 יעקובוב נ. מדינת ישראל , פ"ד נו (4) 385 (2002)
שוטרים + צעירה עם סמים בפה.	ע"פ 4188/93 לוי ואח' נ. מדינת ישראל , פ"ד מט (1) 539 (1995)

תרגול

אחריות קפידה - סעי' 22 לחוק העונשין.

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
טרקטור בלי אור אחורי.	ד"נ 11/65 גדיסי נ. היועץ המשפטי , פ"ד כ (1) 57 (1966).
עבירות מס.	רע"פ 26/97 לקס נ. מדינת ישראל , פ"ד נב (2) 673 (1998).
לא בדקו משקל אבנים.	רע"פ 1875/98 אורן בנגב מתכות בעמ' נ. מדינת ישראל , פד"י נד (4) 529 (2000).
עובדת נהגה בלי רישיון.	רע"פ 4184/02 לוי נ. מדינת ישראל , תק-על 02 (2) 2638 (2002).
נהיגה ברכב עם הודעת אי שימוש.	רע"פ 2929/04 מדינת ישראל נ' אוחנה , תק-על 07 (2) 4650 (2007).
משאית שנפל ממנה סל שלא נקשר	ד"נ 17/59 מאור מזרחי נ. היועץ המשפטי , פ"ד יד 1882 (1960).
בתחנתו (דלק) נמצא כי הבנוזין שסיפק היה בעל אוקטן נמוך מן הנדרש לפי התקן הרשמי	ע"פ 1060/97 בן עטר נ' מדינת ישראל , נא (5) 321 (1997).

עקרון המזיגה

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
עיתונאי שצילם חומר משפטי	ע"פ 2588/90 ורטר נ. מדינת ישראל , פ"ד מו (4) 712 (1992)
זרק את ארוסתו לבאר	ע"פ 334/74 ג'מאמעה נ. מדינת ישראל , פ"ד כט (2) 29 (1975)
ייבוא בדים לא חוקי	ע"פ 156/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' חכם , פד"י יג 651 (1959).

מימון כפול של נסיעה לחול	ע"פ 742/78 טל נ' מדינת ישראל , פ"ד לג (3) 449 (1979).
החזיק חלקים של נשק.	ע"פ 867/85 מחריבי נ' מדינת ישראל , פ"ד מב (2) 802 (1988).

הניסיון לדבר עבירה - סעי' 25-28 לחוק העונשין.

תזכורת	ציטוט אחד – פס"ד
רימון בלי נצרה התפוצץ בטעות.	ע"פ 180/83 סרור נ. מדינת ישראל , פ"ד לח (2) 444 (1984).
ניסיון לאונס בין הסלעים.	ע"פ 5150/93 סריס נ. מדינת ישראל , פ"ד מח (2) 183 (1994).
בקבוקי תבערה למסגד (דולפינריום).	ע"פ 9511/01 קובקוב נ. מדינת ישראל , פ"ד נו (2) 687 (2002).
תכנן לשדוד סניף בנק	ע"פ 400/88 עית' נ. מדינת ישראל , פ"ד מד (1) 778 (1990).
ניסיון לאונס, הבחורה נלחמה.	ע"פ 401/99 מצארווה נ. מדינת ישראל , פד"י נג(3) 561 (1999).
סמים באלבום שהוחלפו	ע"פ 675/88 גרציאנו נ. מדינת ישראל , פ"ד מ (3) 763 (1986) -
עסקת סמים בירדן.	ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ברואיר , תק-על 2006 (4) 1894 (2006) -
ניסיון לביים שוד במטרה ליהנות מכספי הביטוח.	R. v. Robinson [1915] 2 K.B 34

אחריות קפידה

בעבירות אלה נדרש מהתביעה להוכיח את קיום היסוד העובדתי בלבד ולא נדרש להוכיח יסוד נפשי. יש פגיעה בעקרונות יסוד של דיני העונשין, בראש ובראשונה הדרישה לאשמה, אותה מייחסים למחשבה פלילית: כוונה, מודעות ולכל הפחות רשלנות. בעבירות אלה יש וויתור מכוון על ההגנה על האלמנטים האלה בשביל להשיג בד"כ מטרות חברתיות שנוהגים לסווגן כ"תקנת הציבור"- מונח קצת אמורפי. כחלק מהוויתור שנעשה על היסוד הנפשי, יש וויתור מצד התביעה על חומרת העונש שניתן להטיל.

מדוע צריך עבירות מסוג אחריות קפידה/ אחריות מוחלטת?

1. רצון ליצור נורמה חברתית- סטנדרט זהירות גבוה. למשל בדיני תעבורה- רוצים להנחיל נורמה חדשה, רוצים שהנהגים ינהגו לפי סטנדרט זהירות מאוד גבוה. כשהמחשבה הפלילית לא נדרשת להוכחת העבירה- סטנדרט הזהירות מאוד גבוה.
2. קושי בהוכחת יסוד נפשי- להקל על התביעה בדברים מסוימים בכך שלא תצטרך להביא ראיות לקיומו של היסוד הנפשי. במיוחד בעבירות בהן המחוקק בוחר לוותר על אלמנטים מסוימים כדי להגן על האינטרס המוגן.

בעבר הייתה אחריות הקפידה כונתה אחריות מוחלטת. אם הולכים אחורה לתחילת המאה ה-13 הייתה הסכמה ברורה שנדרשת מחשבה פלילית על מנת להרשיע אדם.

לאחר מכן, בסביבות המאה ה-19 התחיל להתפתח חריג לכלל הבסיסי- כלל אחריות מוחלטת. החריג הכיר בקיומן של עבירות בהן התביעה נדרשת להוכיח רק יסוד נפשי. בד"כ היה מדובר בעבירות של "תקנת הציבור". מאוד קשה להבין, מדובר במונח שסתום- הערכים, האינטרסים והעקרונות העיקריים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח. תקנת הציבור היא המכשיר באמצעותו החברה מבטאת את האני מאמין שלה... עבירות תקנת הציבור יוחסו לעבירות יותר קלות בתחומים מאוד מוגדרים- תעבורה, תכנון ובנייה, מיסוי. יש להבין שלמרות ההגדרה הרחבה בהקשר לאחריות קפידה, צימצמו אותה.

עד תיקון 39, המונח היה אחריות מוחלטת (פס"ד גדיסי)- מספיק שמתקיים היסוד העובדתי על מנת להרשיע את הנאשם. בעצם בפועל אין לו כמעט כל דרך להתחמק מאחריות במידה וביצע את היסוד העובדתי, למעט מקרים מאוד מאוד מסוימים של היעדר רצייה למשל. גם עד תיקון 39 שאחריות מוחלטת הייתה קיימת- היה נחשב חריג וצריך היה להחילו בצמצום בגלל הפגיעה שהוא נושא בחובו לעקרונות של דיני העונשין.

לפני התיקון, כאשר ביהמ"ש נתקל בעבירה שיכולה להיות עבירה של אחריות מוחלטת הוא בחן את טיב העבירה והיה עליו להחליט אם ראוי לפרש כעבירה של אחריות מוחלטת או של מחשבה פלילית. אם הוחלט על אחריות מוחלטת, למעשה כל שהיה נדרש מהתביעה להוכיח זה את היסוד העובדתי בלי שהייתה צריכה להוכיח את היסוד הנפשי. לנאשם כמעט ולא הייתה אפשרות להפריך את אחריותו.

פס"ד מאור מזרחי- השופט ויתקון מפרש את עניין עבירות אחריות מוחלטת. מדבר על עניין החזקות- הנאשם מוחזק כרשלין בעבירות אלה. עבירות רשלנות הן מעין חריג- סוג שונה של מחשבה פלילית, מסווגים גם כעבירות ללא מחשבה פלילית. בעבירות רשלנות אומרים- אמנם לא הייתה מודע אך אדם סביר בנעליך היה צריך להיות מודע. אדם סביר נבחן לפי רף זהירות מסוים, ביהמ"ש קובע מהו רף הזהירות המינימלי אותו צריך לקיים כדי לא להיות רשלין. השופט ויתקון אומר שאחריות מוחלטת היא סוג של חזקת רשלנות. המחוקק כשהוא מחוקק עבירות אחריות קפידה הוא קובע בעצמו מהו רף הזהירות המינימלי. (אם ניקח כדוגמה את מקרה גדיסי בו נהג הטרקטור נהג ללא אור אחורי, מי שנוהג חייב שיהיו לו אורות בלם תקינים).

ההבדל בין חזקת אחריות קפידה לחזקות אחרות:

חזקת האחריות המוחלטת היא חזקה חלוטה שלא ניתנת לסתירה- אסור לרדת מרף הזהירות אותו המחוקק קבע. לא ניתן להפריך את החזקה הזו.

אם מדובר על עולם של אחריות מוחלטת, שאינו קיים עוד- קיימת חזקה חלוטה שאם למשל נסעת בלי אורות בלם אתה אשם.

ההיבט המנהלי- בעקבות קיומה של האחריות המוחלטת עלו כל מיני ביקורות. בין היתר היו מלומדים שטענו שסוג העבירות הזה בגלל אופיין יותר מתאים לעולם המשפט המנהלי. למשל דוחות חנייה- קנס מנהלי ולא פלילי. ההתנהלות לא מול מדינת ישראל אלא מול רשות. בין היתר אין לאדם כתם שעבירה פלילית נושאת איתה- לא נחשב לעבריין אם החנית שלא כחוק. עבירות אלה יותר מתאימות לעולם זה כיוון שההליכים המנהליים יותר קצרים- יש כלים לזירוז התהליך בצורה פשוטה.

הביקורות כנגד אחריות מוחלטת כפי שמופיעה בפס"ד מאור מזרחי או גדיסי:

- פגיעה בעקרון החוקיות- אדם לא יכול לכלכל את צעדיו מראש- לא יודע אם עובר עבירה של אחריות פלילית או אחריות מוחלטת, לא ידוע מראש כיצד ביהמ"ש יפרש את העבירה, מה רף הזהירות שנדרש ממך.
- פגיעה בעקרון האשם- אדם יכול להיות אשם גם אם עשה את שימוש בכל האמצעים כדי להימנע מהעבירה, הוא עדיין יכול להיות מורשע בעבירת אחריות מוחלטת.
- הטלת עונשים חמורים הפוגעים בתחושת הצדק- בפועל למרות שדיברו על כך שמדובר בעבירות קלות יחסית, לא היה כלל שחייב את ביהמ"ש לקבוע אחריות מוחלטת רק על עבירות קלות, אלא הוא יכול היה לקבוע אחריות מוחלטת גם על עבירות חמורות יותר.

פס"ד גדישי: בגלל האבן שפגעה בפנס, קבעו שהוא אחראי. עשה מה שניתן כדי למנוע את התרחשות העבירה ועדיין הורשע- מעמיד את השופט בעמדה לא נוחה. ענישת אשם על לא עוול בכפו- ללא אשמה מוסרית. השופט אגרנט קורא למחוקק לפעול ואומר כי גם בישראל המחוקק צריך לתת את דעתו על הנושא ולשנות את האחריות המוחלטת לעבירת אחריות דווקנית (קפידה) שבה יוכל הנאשם להפריך את הטענה.

המענה לביקורות- נחקק ס' 22 לחוק העונשין בנושא אחריות קפידה:

ס' קטן (ג) קובע כי לא ניתן להטיל מאסר בעבירות של אחריות קפידה אלא אם הוכח אחרת.
ס' קטן (ב) צומצמה הפגיעה בעקרון האשם- יש לנאשם אפשרות לצאת מגדרי האחריות.
ס' קטן (א) קובע בפירוש שכדי שעבירה תחשב כעבירה של אחריות קפידה- לא עוד בהימ"ש קובע את סיווג העבירה אלא המשימה הזו תהיה נתונה למחוקק.

לא נאמר שעבירות אלה הן עבירות שאין בהן מחשבה פלילית או רשלנות אלא שהתביעה לא צריכה להוכיח את קיומן. ההבדל המרכזי בין האחריות המוחלטת לבין אחריות קפידה הוא שבאחריות קפידה יש לנאשם אפשרות להוכיח שהוא עשה מאמצים כדי למנוע את העבירה ויכול לצאת זכאי. עבירות אלה נקבעו גם בניסיון להקל על התביעה בעבירות מסוימות- עדיין נשאר גם אחרי התיקון, כיוון שנטל ההוכחה נשאר על הנאשם להוכיח שהוא לא אשם.

בסעיף 19 נקבע לאחר תיקון 39- אדם יחשב שעשה עבירה רק אם הייתה מחשבה פלילית, רשלנות או אחריות קפידה. סעיף 22 קובע את היקף האחריות הקפידה:

(א) צריך להיות קבוע במפורש בסעיף החוק שמדובר בעבירה של אחריות קפידה. פסקת שמירת דינים, "בדין"- לרבות בהלכה פסוקה, אם כבר נקבע בפסיקה בעבר שעבירה מסוימת היא מסוג אחריות קפידה, מעמדה לא ישתנה. כדי שהמחוקק לא יצטרך לחפש את העבירות בכל ספר החוקים, קיימת פסקת שמירת הדינים.

כלומר, חוק ישן שכתוב בו שלא דורש מחשבה פלילית- נשאר כמות שהוא. חוק שלא כתוב שהוא דורש מחשבה פלילית אך הפסיקה פרשה אותו ככזה- מצבו לא משתנה. כמו כן, ביהמ"ש לא יכול לקבוע לגבי עבירות חדשות שהמחוקק לא קבע לגביהן אם הן עבירות של אחריות קפידה.

האם ניתן לסווג עבירות שותקות שנחקקו לפני תיקון 39 והן עבירות שותקות שלא כתוב שהן עבירות של אחריות קפידה וביהמ"ש עדיין לא פרש אותן ככאלה?

- **הסיבה לאפשר לביהמ"ש לפרש:** השאלה האם העבירה הגיעה לביהמ"ש כדי שביהמ"ש יסווג- היא שאלה של מזל. אין סיבה להבדיל בין עבירה שבמקרה כן הגיעה לביהמ"ש לבין עבירה שלא הגיעה.
- **הסיבה לא לאפשר לביהמ"ש לפרש:** המחוקק נתן את דברו בתיקון 39, מעתה והלאה צריך לצמצם כמה שיותר עבירות אחריות קפידה אותן יכול רק המחוקק לקבוע. אנחנו לא רוצים שביהמ"ש יקבע אחריות קפידה- בהתאם לביקורת שניתנה על האחריות המוחלטת לפני תיקון 39.
- **השאלה הגיעה לביהמ"ש במספר פסקי דין:**

רע"פ לקס- עלתה שאלה לגבי העבירות שנחקקו לפני תיקון 39 ולא נקבע עדיין אם הן עבירות של אחריות קפידה או לא. השופט קדמי קובע שלא ניתן אחרי תיקון 39 שביהמ"ש יקבע על עבירות ישנות שהן עבירות של אחריות קפידה. אמר שמה שכתוב בחוק זה מה שקובע. השופטת ביניש אומרת שצריך לפרש בצורה מצמצמת, להיזהר בקביעה. בנוסף אומרת שצריך לעשות זאת לגבי סוג עבירות שנקבע בעבר שהן עבירות של אחריות קפידה (למשל סוג מסוים של עבירות תעבורה- לגביהן נקבע בעבר שהן עבירות של אחריות קפידה).

בפס"ד אורן בנגב- השופט ברק אומר שהוא מסופק האם ההלכה שקדמי קבע היא אכן נכונה (מצטרף לדעתה של ביניש).

פס"ד אוחנה- ההודעה שהרכב בו נהג הנאשם לא שמיש, הגיעה לידי אדם אחר. השופטת נאור קובעת בין היתר שהשיקול האם לעשות את פסקת שמירת הדינים- הוא מטעם מעשי. לכן, היא אומרת שביהמ"ש עדיין יכול לקבוע על עבירות מסוימות הן עבירות של אחריות קפידה, כמו ביניש אומרת שצריך לעשות זאת בצמצום. במקרה זה היא קובעת שלא ניתן לקבוע את העבירה הנדונה כעבירה של אחריות קפידה.

הפסיקה היום לא חד משמעית בנושא, אך יש נטייה ללכת עם הדרך של ביניש. הגישה של קדמי לא ממומשת. הגישה של ברק מדברת על הפרשנות התכליתית של החקיקה:

- מתעסק בהגנה- מה צריך לעשות אדם כדי להקים את ההגנה שלא מתקיימת לגבי אחריות קפידה. בניגוד לעבירות רגילות- בהן התביעה צריכה להוכיח, בעבירות של אחריות קפידה- הנאשם בעל נטל ההוכחה להפרכת החזקה.

- עולה השאלה מה זה "עשה כל שניתן"? מאוד מאוד רחב ומחזיר אותנו לעולם האחריות המוחלטת. הייתה ביקורת על השימוש במונחים אלה, קרמניצר ומלומדים אחרים יצאו נגד השימוש במונח הזה כיוון שזה מחזיר לעולם האחריות המוחלטת.
 - אם מפרשים כלשונו- חוזרים לאחריות מוחלטת, כל שניתן היה לעשות בעולם.
 - אם מפרשים כמה שאדם סביר היה יכול וצריך לעשות- רשלנות.
 - ביהמ"ש אימץ גישה ביניהם- לא מספיק להראות שאדם סביר בנעליך, אלא קצת יותר מזה. נקודה כלשהי בין האחריות המוחלטת לרשלנות. קצת יותר מרשלנות.
- אחת הביקורות הייתה שניתן להחיל אחריות מוחלטת גם על עבירות שאינן קלות. סעיף זה קובע שלא ניתן להטיל עונשי מאסר בעבירות של אחריות קפידה. נוצר מצב אבסודי- בפס"ד לקס, הנאשמים העלו טענה שמדובר בעבירות של אחריות קפידה וצריכים לקבל רק קנס ולא מאסר. הנאשמים הודו רק בקיום היסוד העובדתי ולא ביסוד הנפשי- ולכן לא ניתן לשים אותם בכלא. ביהמ"ש קובע שמשעה שהם הודו בקיומן של העובדות הם לכל הפחות הודו ביסוד נפשי של רשלנות וכך מתחמק מהסעיף הזה.
- הפרקטיקה היום דורשת בשעת לקיחת עדות במשטרה יש לקחת גם הודאה ליסוד נפשי כדי להימנע מסיטואציות דומות.

עקרון המזיגה

ראובן מתכנן לרצוח את שמעון ובדרך לרצוח אותו במקרה הוא דורס אותו, האם ניתן להאשימו ברצח במצב כזה? התשובה היא לא – כי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי לשם העבירה לא התקיים ביחד.

הכלל הבסיסי שמכונה בפסיקה עקרון המזיגה דורש שהמחשבה הפלילית תגרוור את המעשה, רואים את זה נובע מסעיף 20א' שאומר שמחשבה פלילית היא נדרשת בחלק מאוד ניכר מהעבירות – או מודעות לטיב המעשה וכו'. הנמנים עם פרטי העבירה. צריך להיות קשר של גרימה של היסוד הנפשי והיסוד העובדתי. במילים אחרות: עקרון המזיגה דורש שהמחשבה הפלילית היא זו שתוליד או תוביל לקיום היסוד העובדתי. וכחלק מזאת, אפשר להוציא דרישה שלא נטיל אחריות כמו במקרה הזה היסוד העובדתי של העבירה התקיים ממזל במקרה ולא מאופן שיש מחשבה פלילית שגרמה לו.

- עקרון הסימולטניות/בו זמניות מכיוון שדורש בו זמניות של יסוד נפשי ויסוד עובדתי שיתרחשו באותו הזמן.
- גם מתקשר לעקרון הבסיסי שאין עבירה ללא מחשבה פלילית שאנו מכירים.
- האם הוא רלוונטי לגרימת מוות ברשלנות = הנ"ל לא רלוונטי כי אין שם מחשבה. לא רלוונטי לגביהן כי אין מחשבה פלילית בעבירות כאלו.

פס"ד ורטור (שופט ברק) – מדובר במשפט שהוצגו שם תצלומים שהיו בידי צד אחד ולא בשני ועורכת הדין רצתה להשיג העתקים ולכן פנתה בקפיטריה לקבוצה של עיתונאים שיעזרו לה בצילומים וורטר הפנה אותה למישהו שיבצע תצלומים. לאחר שהפנה אותה לאותו אדם ביקש ממנו לשמור תשליל ואז השתמש בזאת לטובת כתבה שפרסם. ניסו להאשים אותו בתחבולה – קבלת דבר בתחבולה והטענה שעלתה שבאותו הזמן שהעיתונאי נתן את העצה לפנות לצלם הזה ולזה יוחס לו המעשה העובדתי עדיין לא קוננה בליבו המחשבה הפלילית. זיכו אותו לבסוף כי השופט ברק קובע שנדרש בו זמניות של יסודותיה השונים של העבירה. מתייחסים לכך שהיסוד ההתנהגותי של העבירה – העצה והנפשי – המודעות לעניין התחבולה לא מתקיים במקביל ולכן אין עקרון המזיגה.

עקרון המזיגה דורש 2 זיקות :

- א) זיקת העיתוי – הם צריכים להתקיים במקביל, בו זמניות של יסודות העבירה.
- ב) זיקה עניינית – דורשת קשר גרימתי, המחשבה הפלילית תוביל לקיומו של היסוד העובדתי.

אמרת אגב: בפסיקה באופן עקרוני אפשר לדרוש בעקרון המזיגה סימולטניות של הרכיב ההתנהגותי יתקיים עם המחשבה הפלילית. הרמה הנוספת זו דרישה שגם הרכיב הנסיבתי יתקיים ביחד עם היסוד הנפשי. (בארץ עוד לא התקבל).

פס"ד טל – מדובר בחוקר במכון מחקר שאמור לקבל כספים כדי לטוס לחול, בשעה שקיבל את הכסף תכנן לטוס לחול ובסוף החליט לא לטוס ולהעביר את הכסף לצורכו הפרטי. הוא טען שברגע שקיבל את הכסף לא התכוון להשתמש בכסף לצרכיו הפרטיים. זיכו אותו בסוף בגלל עקרון המזיגה כי אין מזיגה בין התקיימות היסוד הנפשי ליסוד העובדתי. קבלת דבר במרמה זו עבירה רגעית, ולכן היסוד הנפשי חייב להתקיים באותה שעה של היסוד העובדתי ולכן בעייתי להאשים אותו בזאת, שרלוונטי זה זיקת העיתוי לדבר זה. בגלל שמצב זה יוצר אי נוחות ניסו למצוא בפסיקה כל מיני חריגים לכך.

חריגים לעקרון המזיגה:

- עבירה מתמשכת –

פס"ד מרחבי – החליף נשק עם אחד מאלון המורה שהיה מעורב בתקרית מוות בשכם. התברר לו אח"כ שיש פרשה שמתרחשת במקביל וידע על זה אבל לא נתן זאת בחזרה. בהיבט עקרון המזיגה הטענה שעלתה כאן זה שבזמן שהחליף את החלקים של הנשק הוא לא ידע מדוע ולא הייתה לו מחשבה פלילית. ביה"מ התעלם מעקרון המזיגה כי זו עבירה מתמשכת (כמו החזקה לדוגמה). ביה"מ מסווג עבירה זו כעבירה נמשכת ואומר שאומנם שבזמן שקיבל את החלקים לא התגבשה אצלו מחשבה פלילית, מספיק שלאחר מכן התגבשה בו המחשבה הפלילית כדי להאשים אותו (שיבוש הליכי משפט נקבע בפסיקה זו כעבירה מתמשכת).

פס"ד FAGAN – פסיקה באנגליה מקרה ששוטר הגיע לרכב שישב בו אדם ורצה לתת לו דוח מהירות והאדם הכניס לרוורס נסע לאחור ובטעות עלה על רגלו של השוטר, הנהג התעצבן וסירב להוריד את הרכב מרגלו של השוטר וטען בביה"מ שאין עקרון מזיגה בשעה שהכניס את הרכב לרוורס ועלה על רגלו לא התכוון לדרוס אותו. המחשבה הפלילית התגבשה רק לאחר מכן. ביה"מ לא קיבל את הטענה וקבע שעבירת תקיפה היא עבירה מתמשכת (סיווג די בעייתי כי זה אירוע רגעי ולא מתמשך) בפסיקה נשמעו קולות שקובעות שניתן לייחס לו אחריות של תקיפה במחדל – הוא יצר מצב מסוכן והתקיפה התבצעה ברגע שנמנע מלהוריד את הרגל.

פס"ד MILLER – מעורר סיטואציה בעייתית, אדם שיכור נרדם עם סיגריה והחדר שבו היה הוצת ובאיזשהו מצב החום העיר אותו והוא נמנע מלכבות את האש והוא עבר לחדר אחר. עקרון המזיגה לא התקבל והוא הורשע.
כך גם בפס"ד חכם.

• **סדרת פעולות עם מטרה אחת –**

פס"ד THABO MELI – 4 אנשים תכננו להרוג מישהו והיה להם תוכנית להכות אותו רוצו שיחוש כתאונה, השקו אותו ברעל וזרקו אותו מצוק ואז בנתיחה גילו שהוא מת מהתייבשות אחרי שהוא נפל. ביה"מ קובע שמדובר בסדרת פעולות של מטרה אחת וכולן היו במטרה להשיג תוצאה אחת ולכן עקרון המזיגה מתקיים.

פס"ד CHURCH – טיפה מסבך את העניינים, די דומה לגמעמה הישראלי שבו בן אדם הכה אדם אחר הרג אותו ואזבשביל להעלים ראיות זרק אותו לנהר והתברר שמת מטביעה בנהר ולא מהמכות. בפס"ד הראשון התוכנית הייתה מסודרת מלכתחילה, אך בפס"ד השני התוצאה של הטביעה היא משהו שלא תוכנן מראש. ביה"מ מרחיב אתהדוקטרינה ומחיל אותה גם על מקרים שקרו מבלי שתוכננו מראש.

פס"ד ג'מעמעה – דומה ל-CHURCH הישראלי. השופט לנדוי – אומר דבר חשוב. מאמץ את הדוקטרינה ואת ההרחבה ואומר שמשעה שהייתה כוונה בתחילת סדרת הפעולות לא משנה היכן התקיימה התוצאה בשלב הפעולות העיקר שבו צעה התוצאה.

• **התנהגות חופשית במקור –**

יש כמה חריגים שנקבעו בחוק על מנת למנוע מצב שאדם יכנס למצב של סייג. לדוגמה אוטומטיזם, היעדר שפיות, חריג נוסף זה השכרות וכו'..

- סעיף 34 יד' (כניסה למצב בהתנהגות פסולה) – מי שנכנס בהתנהגות פסולה לסיטואציה שמתקיים לגביה סייג, בעצם נמתח את היסוד הנפשי שמתקיים אצלו עד שיגיע ליסוד העובדתי של העבירה. לדוגמה בן אדם נוסע בלילה אחרי מסיבה כי הוא מאוד עייף ומתחיל לנקר אך הוא ממשיך לנסוע ואז נגרמת תאונה – הוא יכול לטעון לאוטומטיזם. סעיף זה יקבע שאם נכנסת לאוטומטיזם בהתנהגות פסולה הסייג לא יחול לגביה. (רק לגבי היעדר שליטה, כורח או צורך).

- סעיף 34 ט' (שכרות) – רק אם מישהו גרם לי להיות שיכור זה יחול לרוב זה לא יחול.

הניסיון לדבר עבירה

עד היום דיברנו על ענישה והדרכים לבחינת עבירה מוגמרת- בה מתקיימים כל היסודות העובדתיים והיסוד הנפשי. נדבר על האפשרות להטיל אחריות על עבירה שלא הושלמה- אחד מהיסודות העובדתיים לא מתקיים. מדוע יש הצדקה להעניש על מקרים כאלה? ובאיזה מקרים נרצה להעניש.

מהי עבירת ניסיון?

עבירת ניסיון תמיד תהיה עבירה נגזרת- לא קיימת עבירת ניסיון לרצח אלא סעיף כללי המדבר על ניסיון, עבירת הניסיון נגזרת מהגדרת העבירה השלמה. לכן יש ניסיון לרצח או ניסיון לאינוס למשל. עבירת הניסיון יכולה להתקיים רק כאשר העבירה העיקרית לא הושלמה. למרות שמדובר בעבירת ניסיון- גם לה יש יסוד עובדתי ויסוד נפשי, דורשת התקיימות של יסודות מסוימים. חלק מהם קשורים להגדרת העבירה העיקרית וחלק קשורים לעצם הגדרת הניסיון.

מדוע רוצים להעניש על עבירת הניסיון?

1. **חשש מפני ניסיון חוזר**- אדם שהגיע לאיזה מצב, ובמקרה משהו גרם לו לא לבצע את העבירה, יש לו איזו נחישות לבצע. בהנחה שלא נעניש עשוי לחזור ולבצע את העבירה השלמה. אם לא נעניש- חוששים שאותו אדם ימשיך לנסות לבצע את העבירה.
2. **יסוד נפשי**- יסוד האשם, הטלת אחריות על אדם אשם, פעמים רבות נעוץ בקיומה של מחשבה פלילית. במקרה של ניסיון רוצים להעניש על קיום היסוד הבסיסי של האשמה. עצם הניסיון מהווה כשלעצמו התנהגות שראוי למנוע אותה, המעבר לניסיון גולם בתוכו אנטי חברתיות שאנו רוצים למנוע.
3. **נחישות המנסה לעבור את העבירה השלמה**- מעשים המגיעים לכדי ניסיון ניתן ללמוד על נחישות המנסה לבצע את העבירה השלמה ולהוציא לפועל את המחשבה הפלילית.

הגדרת הניסיון קבועה בסעיף 25 לחוק העונשין- ניסיון הוא מה שלא נכלל בגדר. הגדרה על דרך השלילה, לא מנסים להסביר מהו ניסיון אלא מהו על דרך השלילה. **ההגדרה מדברת על שלושה חלקים של העבירה:**

1. מעשי הכנה- לא ענישים עפ"י סעיף 25. מעבר ממחשבה למעשה או לאי עשיית מעשה.
2. הניסיון.
3. עבירה מוגמרת- כאשר מתקיימים כל היסודות העובדתיים של העבירה.

בקצה אחד נמצאת העבירה המושלמת ובקצה האחר שלב ההכנה- הגבול התחתון לאחריות פלילית. באמצע נמצע הניסיון.

שני סוגי ניסיון:

1. **ניסיון צליח**- ניסיון שניתן לבצע אותו.
2. **ניסיון בלתי צליח**- אובייקטיבית לא ניתן להביאו לידי מימוש.

ניסיון צליח:

שלושה סוגי ניסיון צליח:

- א. הניסיון שלא הצליח- עשיתי ניסיון אך לא הצלחתי לפגוע במטרה למשל. (מה שמבדיל בין הניסיון שלא הצליח לבין ניסיון לא צליח השאלה האם אובייקטיבית ניתן להגיע לעבירה- למשל אדם המאמין שניתן לבצע עבירה ע"י כשפים, אובייקטיבית לא יכול לקרות).
- ב. חרטה- מגיע לשלב של ביצוע העבירה, חש חרטה לאחר תחילת ביצוע העבירה ומפסיק את הביצוע.
- ג. סיכול- כאשר אדם רוצה להביא לקיום העבירה אך משהו מונע בעדו. (המשטרה מסכלת למשל).

היסודות העובדתיים של עבירת הניסיון

עבירה נגזרת ולכן מתווספים יסודות הקשורים לעבירה המוגמרת:

1. **"עשה מעשה"**- דורשים שיהיה מעבר ממחשבה לביצוע, לא מענישים על מחשבות. ניתן לעשות ניסיון גם במחדל עפ"י הקביעה של סעיף 18 לפיו "מעשה לרבות מחדל" (אמא שניסתה לרצוח את בנה בכך שלא נתנה לו לאכול ונעצרה טרם מותו).

2. "שאינ בו הכנה בלבד" - יש הבחנה לטווח תחילת העשייה שיהיה בלתי עניש.. מעשי ההכנה קרובים לשלב המחשבות ורוצים יהיה משהו מתקדם יותר ממעשי הכנה בשביל להעניש. יכול להיות שבן אדם יחליט להתחרט מבלי שמעשיו יהיו לו משמעויות פליליות לגביו ואף המרחק מהעבירה המוגמרת רחוק.
 3. "והעבירה לא הושלמה"- האבחנה היא יותר ברורה, בניגוד להבחנה בין הכנה לניסיון. מתקיימים כל רכיבי היסוד העובדתי.
- א. חוסר בתוצאה- למשל יורה במישהו אך מחטיא אותו- יסוד התוצאה לא מתקיים. אם רק פצעת- יכול להיחשב ניסיון לרצח, התוצאה אליה התכוונתי לא התקיימה.
 - ב. חוסר בנסיבה- אדם רוצה להחזיק בסמים, מסתבר כי לא מחזיק בסם מסוכן.
 - ג. חוסר במעשה- אם אין מעשה לא צריך לבחון את היסודות האחרים, נמצאים בשלב המחשבות ולא מגיעים לשלב הביצוע עצמו.

ניתן להחיל גם על עבירה התנהגותית כמו למשל עבירת החזקת סם או אינוס- בד"כ מדובר במקרים נדירים. לא נדרשת תוצאה אלא שהתוצאה לא תתקיים.

למה לא רוצים להעניש על מעשי הכנה בלבד?

1. מעשי ההכנה מאוד קרובים לשלב המחשבות- רוצים משהו יותר מתקדם ממעשה ההכנה כדי להעניש.
2. שלב ראשוני- רוצים לאפשר לאדם מרווח בו יוכל להתחרט לפני שמעשיו מקבלים גוון פלילי.
3. יש מרחק בין ההכנה לביצוע- המרחק של מעשי ההכנה מאוד רחוק מהעבירה המוגמרת.

חריג- יש עבירות שהן עבירות מושלמות למרות שהן רק הכנה. למשל- סעיף 116, הכנת מעשה ריגול חמור, סעיף 472 הכנת מתכת לזיוף. מדוע כן רוצים להעניש על עבירות אלה? מי שאצלו נמצאה מתכת לזיוף מטבעות- כנראה שזו הסיבה היחידה בגינה מחזיק במתכת. אין סיבה טובה למה אדם מתחיל לבצע את מעשה ההכנה, אין שום כיוון אחר.

הבחנה בין הכנה לניסיון

לפני תיקון 39, הגדרת הניסיון הייתה אחרת. ניסתה להגדיר ללא הצלחה מהו ניסיון- "מתחיל להוציא את כוונתו את הפועל במעשה הגלוי לעין". הרחבה של גדר הניסיון וצמצום ההכנה. בתיקון 39 המחוקק בחר לסגת מהניסיון להגדיר ניסיון והגדיר אותו על דרך השלילה. בהרבה מדינות ניסו להגדיר מבחנים להבחנה בין הכנה לניסיון- לא מצאו תשובה טובה הנותנת מענה מלא. ההבחנה בסופו של דבר תלויה בנסיבות המקרה.

פרופ' גור אריה מעלה כמה נקודות בהקשר זה :

1. מעשי הכנה לא מסכנים את הערך המוגן
2. סידורים מוקדים לביצוע העבירה לא מסוכנים לכשעצמם- מדבר על קפיצה איכותית.
3. העמדה הנפשית של המבצע כלפי ביצוע העבירה המוגמרת
4. מעשה ההכנה אינו מגובש לגבי האם הוא באמת רוצה להביא לקיום כל יסודות העבירה.
5. מעשי הכנה יכולים להוות אמצעי רצוי בעבור מי שרוצה לעבור עבירה- כדי לפרוק תסכולים, כל עוד לא מביא למעשה באמת מסוכן, לא רוצים להעניש. אפשר פריקת מתחים שאינה מסוכנת לגישה.

המבחנים השונים שהובאו בפסיקה להבחנה בין הכנה לניסיון

- **מבחן המעשה האחרון-** לא התקבל בפסיקה בארץ, אנגלי במקורו. מיוחס לפס"ד Robinson. במקרה זה אדם רצה לעשות הונאת ביטוח, ביים שוד בחנות היהלומים שלו (כדי להגיש תביעה לביטוח צריך להגיש תלונה במשטרה). המשטרה הגיעה ושחררה אותו, גילו שהוא החביא את היהלומים. אמר שמעשיו מהווים מעשה הכנה ולא ניסיון כיוון שלא פנה לחברת הביטוח. הטענה התקבלה בבית המשפט לערעורים- מעשיו היו עדיין מעשי הכנה כיוון שלא פנה לחברת הביטוח. הלכת המעשה האחרון- כדי שמהו ייחשב כניסיון, עליו להתחיל לבצע את המעשה האחרון לפני שהעבירה תיחשב כמוגמרת (למשל לחיצה על ההדק בניסיון לרצח). לפי מבחן זה הניסיון מאוד מצטמצם. אחת הסיבות שלא נקלט בארץ הוא הנוסח הישן של הניסיון- "מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל".

- **מבחן הקרבה המספקת-** בא לידי ביטוי ב :

פס"ד סרור: עלתה השאלה האם נכנסים לגדר ניסיון לרצח? ביהמ"ש קובע כי מדובר בניסיון לרצח, פתיחת הנצרה הייתה כל כך קרובה להגיע למצב אמת. הנאשם טען כי היה רק בשלב ההכנה, ביהמ"ש דוחה את הטענה וקובע אתמבחן הקרבה המספקת- נדרש כי תהליך ביצוע העבירה יתקרב קרבה מספקת מוחשית או מסוכנת להשלמת העבירה. בהתאם לגישה זו גם המעשים הראשונים יכולים להיחשב ניסיון באם הם קרובים מספיק לביצוע העבירה המושלמת. המבחן מסתכל עד כמה המקום אליו הגענו קרוב לעבירה המוגמרת.

פס"ד שמש- מקרה דומה למקרה רובינסון. שמש היה בעל חנות, הייתה לו שריפה בחנות והוא רצה להגיש תביעה לביטוח שם הוסיף נתונים שלא התקיימו באמת. הוא מסר את הרשימה וגילו שמדובר ברשימה כוזבת. בימ"ש השלום זיכה אותו כשהוא מיישם את מבחן המעשה האחרון. ביהמ"ש המחוזי הרשיע אותו כשעשה הבחנה בין הלכת רובינסון למקרה שלנו- במקרה זה הנאשם כן פנה לחברת הביטוח, לכן גם לגישת רובינסון מעשיו יצאו מגדר ההכנה. ביהמ"ש העליון אומר שצריך לזנוח את מבחן המעשה האחרון ומחיל את מבחן הקרבה המספקת.

• **מבחן "הסרט האילם" / החד משמעיות-** הוצע ע"י פרופ' פלר. באיזה שלב במעשיו של האדם ניתן לומר חד משמעית שהוא מוביל לביצוע העבירה המושלמת. הדרישה לחד משמעיות מצמצמת את מרחב הניסיון. מסתכלים על מעשיו הגלויים של העבריין (במנותק מהמחשבות) ובודקים באיזה שלב ברור שמעשיו מראים על כוונה לבצע את העבירה המוגמרת. כמו להסתכל על סרט אילם- בלי להתייחס למחשבה ולדבריו של העבריין. (**פס"ד נחושתן**).

• **מבחן השרשרת/ הצעד האפקטיבי-** בא לידי ביטוי ב:

פס"ד סריס- טען כי המעשים לא חורגים מגדר ההכנה ולא מגיעים לכדי ניסיון. ביהמ"ש קובע את מבחן השרשרת- הסתכלות על שרשרת של פעולות, אם ברור ששרשרת הפעולות מובילה לעבירה הסופית, לא משנה שהשרשרת נקטעה בשלב מוקדם ומחליט להרשיע. דורש שיהיה ברור מתחילת ביצוע הפעולות לאן הן מתקדמות.

פס"ד נחושתן- הגבלים עסקיים, חברת מעליות שניסה להגיע להסדר כובל- לא ניתן שמספר חברות יחברו יחד ויקבעותנאים קבועים. במקרה זה היה ניסיון להגיע להסדר כובל עם חברה נוספת, התקיים משא ומתן- נחושתן הציעה. האם מספיק כדי להגיע לניסיון- טענו שכל עוד מדובר בשלב המשא ומתן עדיין הכנה. ביהמ"ש מחיל את מבחן השרשרת- הצעה לצד השני וכל שנדרש הוא ההסכמה של הצד השני כדי להשלים את העבירה, ברור שמדובר בניסיון.

ההבחנה בין המבחנים היא שמבחן הסרט האילם דורש מעשה הכנה יותר מאוחר- באופן חד משמעי יביא לעבירה. מבחן השרשרת לא דורש חד משמעיות ודורש מעשה שנמצא בתחילת שרשרת אירועים שעשויה להוביל לעבירה הסופית. מאוד קשה להבדיל בין המבחנים ולהחילם, תלויים בנסיבות המעשה תמיד.

כמה נקודות שחוזרות על עצמן במבחנים:

1. אין מבחן אחד אותו מיישם ביהמ"ש- משתמש בדרכים שונות בפסיקה בארץ, למעט מבחן המעשה האחרון.
2. נדרש ביטוי חיצוני המעיד על התחלה של ביצוע- יציאה מגדר המחשבה.
3. השיקולים של ביהמ"ש יהיו עד כמה חמור מעשה הניסיון, עד כמה מסכן כשלעצמו אינטרסים ראויים, עד כמה מתקרב לעשיית העבירה וכו'.

ניסיון בלתי צליח

המבחן בינו לבין ניסיון צליח הוא שמצב הדברים האובייקטיבי לא יכול היה לאפשר לנאשם לבצע את העבירה. לא מדובר על מצב בו ביצוע העבירה לא צלח, אלא שמבחינה אובייקטיבית לא ניתן היה להצליח לבצע את העבירה. בניגוד לניסיון רגיל בו משהו מונע מהנאשם לבצע את העבירה, בניסיון בלתי צליח גם דבר לא היה מונע ממנו, לא היה יכול לבצע את העבירה.

דוגמאות לניסיון שאובייקטיבית לא ניתן היה לצלוח אותו:

- אם אדם יורה באדם מתוך כוונה לרצוח אותו- ואותו אדם כבר מת.
- אם אדם מחזיק בידיו חומר וחושב אותו לסם כשבעצם מדובר על סוכר.
- אדם שמנסה לירות על אדם אחר מתוך כוונה להרוג אותו, אך עושה זאת באמצעות רובה מים.

פרקטית, כיוון שאין נפקות פרקטית לשאלה- הפסיקה לא מדברת על זה, אין מבחינים להבחנה בין ניסיון צליח לבלתי צליח. מבחינת התוצאה זה לא באמת משנה. סעיף 26 לחוק מגדיר מהו ניסיון בלתי צליח.

סוגי הניסיון הבלתי צליח:

1. חוסר אפשרות עובדתית לבצע את העבירה:
 - א. **מחמת העדר נסיבות חיוניות.** למשל במקרה בו אדם חושב שהוא מחזיק סם, אל בעצם מחזיק עמילן תירס- חסרה הנסיבה של הסם המסוכן שהוא חלק מהגדרת העבירה ולכן לא ניתן להשלים את העבירה.
 - ב. **מחמת העדר נסיבה שאינה רלוונטית בהכרח.** ההבחנה בין שני הסוגים לא תמיד חדה וברורה. למשל אדם הפורץ לכספת והיא ריקה- נסיבה שהיא לא ממש מחייבת בהגדרת העבירה. אדם לא מגיע למימוש העבירה בשל סיבה חיזונית. אדם שגונב משהו והוא בעצם לא שייך לאף אחד. הפסיקה לא מבחינה בין העדרי הנסיבות. חסר משהו חיזוני לבצע את העבירה.

פס"ד גרציאנו: ניסיון בלתי צליח הוא מצב בו מסתכלים על הדברים מנקודת המבט של המנסה. אנו שואלים שבהנחה שמה שחושב הנאשם היה אמת- האם ניתן היה להשלים את העבירה. מניחים שהמצב אותו דימה המנסה באמת היה נכון- אם היה משלים בנסיבות אלה, האם היה מתקיים ניסיון? הפסיקה מדמה את המצב העובדתי בהתאם לאמונתו שלהעברייני- במקרה זה האם ניתן היה להשלים את העבירה? בחינת היסוד העובדתי של המנסה בהתאם למה שהוא האמין שהיה נכון- סובייקטיבית. מבחינת הפסיקה והספרות מתייחסים באופן זהה לשתי החלופות של העדר נסיבות. פרופ' פלר אמר שאין נפקות חיונית להבחנה בין נסיבה רלוונטית לבין נסיבה שאינה רלוונטית בהכרח, העבירה נדונה לכישלון בכל מקרה עקב חוסר אפשרות אובייקטיבית לבצע את העבירה, אך בהתאם לאמונתו של המנסה ניתן היה להשלים את העבירה.

- ג. **חוסר יכולת עובדתית להשלים את העבירה-** עושים הבחנה בין חוסר יכולת עובדתית יחסית לבין מוחלטת.
 - **יחסית:** האמצעי מתאים להשגת המטרה, אך יש בעיה יחסית שמונעת את השלמת העבירה מבחינה אובייקטיבית. הנאשם מאמין כי בידי נשק טעון, אך בעצם לנשק אין נוקר- אובייקטיבית לא יכול לקיים את העבירה. בהסתכלות סובייקטיבית בנעלי הנאשם, העבירה הייתה יכולה להיות מושלמת.
 - **מוחלטת:** שימוש ברובה מים כדי להרוג- האמצעי לא מתאים כלל למטרה אליה רוצים להגיע.
 - **חריג: שימוש באמצעים אבסורדיים- לא עניש:** אדם מאמין שבאמצעות שימוש בוודו ניתן לגרום למוות של אדם. מבחינה אובייקטיבית אותו אמצעי לא יכול לגרום לתוצאה, אך לא בגלל שאני טעיתי באמצעי בו השתמשתי. אין פער בין מה שהמנסה תופס לבין המציאות, אלא במה שהמנסה תופס המציאות לא יכולה להביא לגרימת התוצאה. מחוקק מגדיר אמצעים אבסורדיים עפ"י מה שבתפיסה הנורמטיבית לא תואם את המציאות. (כישוף לא יכול להביא למוות של אדם). במקרה של שימוש באמצעים אבסורדיים- לא ניתן להאשים בניסיון בלתי צליח. למרות שמתקיים באותו אדם הרצון לבצע את העבירה- אנחנו לא רוצים להעניש. בסיטואציה הזו כמה שאדם ינסה- התפיסה היא שהאינטרס המוגן לא יפגע אם המנסה ינסה לבצע את העבירה שוב, כיוון שהוא עושה שימוש באמצעי שבאופן מציאותי לא יכול באמת לגרום לנזק. יוצאים מנקודת הנחה שכל עוד הוא לא מנסה לבצע עבירה באמצעות שימוש באמצעים שיכולים באמת לגרום לנזק, לא משנה מבחינת המשפט הפלילי.
- ד. **חריג: חוסר אפשרות לעבור את העבירה מחמת חוסר אפשרות חוקית- לא עניש:** ביצוע מעשה שאינו מוגדר כעבירה. כאשר אין הוראת חוק שאוסרת על קיום המעשה מלכתחילה לא יכול להיות ניסיון. לא נחשב כניסיון במובן העניש. אין אחריות פלילית על המנסה. אין עבירה- עבירת הניסיון היא עבירה נגזרת, אם אין עבירה אין ניסיון לעבירה.

היסוד הנפשי של עבירת הניסיון (צליחים ובלתי צליחים):

- סעיף 25 מוסיף יסוד נפשי "במטרה לבצעה"- את העבירה השלמה. בעבירות ניסיון. היסוד הנפשי מתחלק לשניים:
1. כיוון שזו עבירה נגזרת- צריך להתקיים אצל המנסה היסוד הנפשי הדרוש לשם השלמת העבירה העיקרית.
 2. מעשה הניסיון נעשה במטרה להביא לקיום העבירה המושלמת.
- היסוד הכפול הזה קצת בעייתי כיוון שמציב רף מאוד גבוה. בעבירות ניסיון יש בעיה כללית להבחין בין מצבים של הכנה לבין מצבים של ניסיון. הדרישה של מטרה לבצע נועד לכפר על היסוד העובדתי החסר, יש פער ביסוד העובדתי ולכן רוצים להעמיד רף של יסוד נפשי גבוה יותר.

היסוד הנפשי בעבירות של ניסיון בלתי צליח- כיצד מתמודדים עם העובדה שמדובר במקרה בו אובייקטיבית לא ניתן לבצע את העבירה? כדי לקיים את היסוד הנפשי בניסיון בלתי צליח, בוחנים את התקיימות היסוד הנפשי בהנחה שמצב הדברים היה כפי שהנאשם חשב שהוא. היסוד הנפשי לא נמדד מנקודת מבט אובייקטיבית אלא מנקודת מבטו של המנסה- האם המנסה מקיים יסוד נפשי במקרה בו היסוד העובדתי היה מתקיים במציאות כפי שנראתה בעיניו של המנסה.

פס"ד קובקוב: ביהמ"ש אומר שכדי להרשיע בעבירת הניסיון מתוך הצורך לכפר על החסר ביסוד העובדתי, דורשים יסוד נפשי יותר חמור. לא מספיקה הצהרת כוונות כללית אלא כוונה ספציפית מובהקת להשלמת העבירה. הצבת רף גבוה בנוגע ליסוד הנפשי.

העונש על עבירת הניסיון

לפני תיקון 39 העונש על עבירת הניסיון היה שווה למחצית מהעונש על העבירה המושלמת. תיקון 39 השווה את העונש של עבירת הניסיון לעונש על העבירה המושלמת. השאלה היא מדוע רצו להשוות את העונש- הרי יש הבדל בין המנסה לבין המבצע שמצליח.

האם ההרתעה משרתת אותנו? ברגע שמשווים את העונש על עבירת הניסיון לעבירה המושלמת- לא משנה לעושה האם עשה ניסיון בלבד או כבר עבירה מושלמת, מדוע שהעושה יעצור. המחוקק התבסס על מחקרים שהעונש לא מהווה שיקול ממשי בעבור העבריין בשאלה האם לבצע את העבירה. רוב העבריינים יוצאים מנקודת הנחה שלא ייתפסו. הגיעו למסקנה שיש להשוות את העונש- בהשוואת העונש ניתן חופש פעולה רחב יותר לביהמ"ש – יכול לתת גם רק מחצית מהעונש הקבוע בחוק, אך יכול גם לבחור להשית את העונש המלא. פוטנציאל הסכנה לחברה- בא לידי ביטוי בעצם הטלת העונש על המנסה לבצע את העבירה אך לא מגיע למימושה באופן מלא.

חריגים לענישת ניסיון:

1. סעיף 27- עונש מיוחד על ניסיון. עונשי מקסימום ומינימום לא משפיעים על החלטתו של ביהמ"ש לתת עונש כזה או אחר. למשל תקיפת שוטר- קיים עונש מינימום, בניסיון לתקיפה עונש המינימום לא יהיה מחייב. גם עונש חובה לא יחייב את ביהמ"ש כאשר יאשים בעבירת ניסיון.
 2. הוראת סעיף 34ג- חלה על כל העבירות הנגזרות. בעבירות חטא הניסיון הוא בלתי עניש. המחוקק אומר מצד אחד שהוא לא מזכה את העושה- עדיין עשה עבירה, מצד שני לא מתכוון להעניש כיוון שמדובר בסוג של "זוטי דברים", נתפס כמשהו זניח שלא כדאי להעניש עליו.
- אם אדם מבצע עבירת ניסיון ובמקביל מבצע עבירה אחרת- מתייחסים לעבירה הנוספת בצורה נפרדת וניתן להאשימו בשתי עבירות במקביל.

פטור מאחריות לניסיון

סעיף 28- פטור עקב חרטה. מטרת הסעיף לעודד עבריינים להתחרט ולא להגיע לביצוע העבירה המושלמת. הפטור לא חלק כאשר איזו נסיבה חיצונית מונעת ממני לבצע את העבירה אלא רק כאשר אדם מחליט שהוא מונע את הגעה לעבירה. בתיקון 39 מצד אחד השוו את העונש של הניסיון לעונש של העבירה המוגמרת מצד שני הוסיפו את הפטור עקב חרטה.

מדוע אנו רוצים פטור עקב חרטה?

רוצים לתת "דרך מילוט"- לאפשר דרך לא להשלים את העבירה מבלי להיענש עליה. הבעייתיות בהשוואת העונש היא זה שאין מניע למנסה לא להשלים את העבירה הסופית, ברגע שנותנים את האפשרות להתחרט נותנים לו מניע לא להשלים את העבירה כיוון שאז לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה.

שלושה שיקולים:

1. מניע מוסרי- מי שהחליט מתוך מקום מוסרי לא לבצע את העבירה, ראוי לפטור מאחריות פלילית בגין אותה עבירה. כמו כן, כנראה שגם היסוד הנפשי לא היה מספיק מגובש.
2. מי שמתחרט מסוכן פחות בנוגע לניסיון נוסף לביצוע עבירה- הסכנה לביצוע חוזר "נוטרלה". החשש שהמנסה יחזור לבצע את העבירה- פוחת כאשר אדם התחרט משיקוליו שלו.
3. שיקול פרגמטי- לעודד נאשם לחזור בו ולא לבצע את העבירה המושלמת.

הצדקות לפטור עקב חרטה:

1. הגישה התועלתנית- לא תהיה תועלת. יכול לעודד את העבריין שלא לבצע את העבירה המוגמרת.

2. גישה מוסרית- אדם שהתחרט באמת רוצים למחול לו, הענישה לא באה לשרת מטרת תועלתניות אלא מוסריות.

התנאים למתן פטור:

1. חייבת להתקיים התחלת ביצוע, כדי שיהיה פטור חייב להיות ניסיון. העושה התחיל מעשים הנכנסים לגדר ניסיון וחדל לפני שהגיע להשלמת העבירה הסופית.
2. העושה חדל מהניסיון מחפץ נפשו בלבד- בחר שלא לבצע את העבירה המושלמת ולא מתוך משהו חיצוני שעצר בעדו.
3. החדילה נובעת מחרטה.

נטל ההוכחה מוטל על הנאשם. בניגוד לנטל ההוכחה בד"כ בפלילים- מעל לספק סביר, נטל ההוכחה המוטל על הנאשם הוא נטל הוכחה של מאזן ההסתברויות, אינו נדרש לעמוד בנטל ההוכחה שהתביעה נדרשת לעמוד בו אלא הוכחה של מעל 50%.

המניעים לחרטה

עלתה בפסיקה השאלה האם כדי שפטור החרטה יחול צריך לראות שהאדם הבין את הפסול במעשיו והחליט לא לבצע את העבירה? יכול להיות שדווקא המניעים הלא טהורים הם אלה שיישארו ליותר זמן. מצד אחד נאמר בפסיקה שיש לתת פטור רק ממניעים טהורים ומנגד נאמר גם ההפך. **בפס"ד נחושטן**, השופט חשין אמר כי לא חייבת להיות חרטה טהורה אלא יכולה להיות גם חרטה ממניעים כלכליים וחברתיים. רוב הפסיקה מקבלת את הדעה כי חרטה חייבת לבוא ממניעים טהורים, וזאת כיוון שנראה שהעושה מבין את הפסול שבמעשה וכנראה לא יחזור על הניסיון שנית. **פס"ד מצראווה**.

רשלנות

סעיף 19 קובע לנו כלל- אדם מבצע עבירה רק אם עשה אותה במחשבה פלילית. שני חריגים לכלל: עבירות אחריות קפידה ורשלנות.

סעיף 21(א) מגדיר מהי רשלנות. בעוד שהיסוד הנפשי הטיפוסי הוא מודעות, רשלנות נתפסת כחריג במשפט הפלילי, ולכן המחוקק מייחד רשלנות לעבירות שנועדו להגן ולשמור על ערכים חשובים כחיי אדם ושלמות הגוף, ולא לעבירות רכוש למשל.

החידוש של תיקון 39, היא הקביעה שע"מ שעבירה מסוימת תסתפק ביסוד נפשי של רשלנות יש לקבוע אותה בחוק במפורש (דהיינו, אי אפשר לפרש עבירה שותקת כרשלנות אלא כמחשבה פלילית). מה שכן, לא מחייב שתופיע בהגדרת העבירה אלא אפשר שתופיע בכותרת הסעיף או במשתמע (לדוג: סעיף 341- חבלה ברשלנות- עבירה שותקת). סעיף 90א.5) קובע כי התרשלנות = רשלנות (דוג: סעיף 218- "העושה בהתרשלנות מעשה העלול להפיץ מחלה...").

מהי התנהגות רשלנית? פרופ' אלי לדרמן בספרו מגדירה כסטייה מאורח התנהגות מקובל, המתבטא בחוסר עירנות לאפשרות קיומם או גיבושם של יסודות האקטוס ריאוס, בנסיבות נתונות. אופיה הפסול, מוקנה לה בכך שאדם סביר בנעלי המתנהג היה מודע לסיכון האמור, ובעקבות זאת היה פועל באורח שונה.

מדוע נאשים אנשים בעבירות רשלנות? כאשר אדם פועל מתוך מחשבה פלילית, הוא מעדיף אינטרסים שלו על פני אינטרסים חברתיים, ולכן הוא בר אשמה, ויש הצדקה להטלת אחריות פלילית. לעומת זאת, ברשלנות הוא כלל לא מודע למעשה/נסיבה/תוצאה, ובכל זאת מענישים אותו בגלל שסטה מנורמת התנהגות מקובלת. המחוקק דורש מאיתנו להיות זהירים ועירניים יותר, ולבחון בכל רגע אם המעשה שלנו אינו טומן בחובו סיכונים בלתי סבירים, במטרה ליצור חברה מתוקנת. חריגות הרשלנות מוצאת את ביטויה בסעיף 21(ב) שקובע כי עבירת רשלנות לא יכולה להיות פשע. סעיף 90ב. משלים את סעיף 21 בקובעו כי בעבירות ישנות לתיקון 39 עם יסוד נפשי של רשלנות, שהעונש בגינן מעל 3 שנות מאסר, אי אפשר להטיל מעל 3 שנות מאסר (לדוג: סעיף 343- הסעה בכלי תחבורה מסוכן).

הביקורת כנגד הטלת אחריות פלילית בעבירות רשלנות:

1. עבירות רשלנות פוגעות בעיקרון החוקיות- מכיוון שמחליטים לאחר מעשה איך היה על הנאשם לנהוג ומה היה עליו לצפות. אלא שאומרים שעם הזמן הפגיעה בעיקרון החוקיות מצטמצמת היות ומצטברת פסיקה הקובעת אמות מידה להתנהגות זהירה. בנוסף, עבירות רשלנות מצומצמות רק להגנה על ערכים חשובים מאוד ולכן נשמר האיזון.
2. פרופסור לדרמן אומר שקושי נוסף טמון בעמידה על מושגי הסבירות- לקיחת האדם הסביר ואדם מן היישוב והפיכתם לנקודת מוצא לבחינת היסח הדעת שגילה הנאשם. בתחילה דיברה הפסיקה על תבונתו של אדם בר דעת רגיל, בהמשך החלה לדבר על האדם הסביר ועל צפיות סבירה, ולשיאם הגיעו הדברים בפס"ד בש, אז נפער פער בין האדם המצוי לבין הרצוי.

פס"ד בש- השאיר מקרר שיצא מכלל שימוש בחצר ביתו, ושני ילדים שנכנסו למקרר מתוך משחק ננעלו, נחנקו ומתו. המחוזי זיכה את בש, אך העליון החזיר את פסק דינו של בימ"ש השלום על כנו. הסנגוריה הביאה שורה ארוכה של עדים, כולם אנשים סבירים ושומרי חוק, ואף אחד מהם לא היה צופה מראש שילדים ישחקו במקרר נטוש שכזה וימצאו בו את מותם. ביהמ"ש פסק שאנשים סבירים אינם השכנים או בש עצמו, ושמידת הצפיות אשר על ביהמ"ש לקבוע נלמדת מניסיון החיים- "הידיעה הכללית שמקרר נטוש העומד בחצר הבית מקור סכנה הוא אשר ילדים מטבע בריאתם נמשכים אליו ואינם יכולים לעמוד כנגדו". חשובים דבריו של השופט חיים כהן שמדד את האדם הסביר ע"פ קנה מידה אובייקטיבי והוסיף: "בבוא ביהמ"ש לקבוע קנה מידה זה עשוי הוא להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופדו חיי אדם". בש פנה בבקשת דיון נוסף והבקשה נדחתה.

פרופסור יורם שחר ביקר פסיקה זו במאמרו "האדם הסביר והמשפט הפלילי". ניתן לסכם ולומר שעד תיקון 39 עסקה הפסיקה באדם סביר, שדמותו שיקפה קנה מידה אובייקטיבי ואפילו נורמטיבי. אמנם ביהמ"ש אמר שדמותו אינה מנותקת מהמציאות ושמדובר באדם המצוי עם שמץ מן הרצוי, אך בפועל הוטחה האחריות ברשלנות לפי מדד אובייקטיבי נורמטיבי ולא ע"פ מדד האדם המצוי. בתיקון 39 המחוקק קבע בסעיף 21 שאחריות נמדדת ע"פ "אדם מן היישוב", והציפיה הייתה שהמחוקק הנמיך חזרה את הרף לאותו אדם בר דעת.

אלא שבפס"ד **יעקובוב** ביהמ"ש העליון פסק כי למרות חילופי המילים לא חל שינוי בהלכה והאדם מן היישוב אינו אלא האדם הסביר המוכר: השופטת דורנר קבעה שהשוני בין האדם מן היישוב לבין הסביר הוא סמנטי בלבד.

גם השופט חשין קבע כי "אותו אדם מן היישוב הוא חלף דיבור לאדם סביר, ידידנו הוירטואלי שמלוונו משכבר הימים, אותו אדם סביר אינו אלא ביהמ"ש, ומתוך שיש זהות בינו לבין ביהמ"ש יקל על ביהמ"ש לדעת מה היה האדם הסביר יכול לצפות מראש".

3. ביקורת נוספת הציגה השאלה: כיצד יכול דגם אחד לשמש אמת מידה הוגנת, לבחינת תגובותיהם של נאשמים שונים, שחלקם בעלי כושר הבנה ורמת קליטה נמוכים מהמוצא? כלומר אם מענישים אדם משום שלא צפה מה שאדם סביר היה צופה למעשה מענישים אדם על הרמה השכלית הלקויה שלו, ועל החיסרון הטבוע באישיותו. במשפט הפלילי בעולם התפתחו שני דגמים המהווים אמת מידה לבחינת התנהגות הנאשם בעבירות רשלנות:

מבחן הצפיות הסבירה - קנה המידה להערכת התנהגות הנאשם, הוא הפוטנציאל של האדם הסביר, היינו אדם בעל פוטנציאל אינטלקטואלי וכושר תפיסה ממוצע. אי המודעות של הנאשם תיבחן על פי מבחן צפיות סבירה. קנה המידה של צפיות סבירה הוא גולם, אין אדם סביר ממשי לשאול אותו.

מבחן הצפיות האישית - מבחן אינדיבודואלי אישי (מקובל לרוב באירופה), על פיו נבדקת התנהגות העושה לאור כושר התפיסה והפוטנציאל המנטלי שלו עצמו. ביהמ"ש שואל עצמו - בהנחה שהנאשם היה ממצא את מירב היכולות והכשרים שלו, האם יכול היה להיות מודע לטיב הפיזי של העבירה? למעשה, הדרישה מהנאשם היא להשתמש במלוא הכשרים שלו. ניתן לומר שמודל זה תואם יותר לעיקרון החוקיות. ישראל אימצה את מבחן הצפיות הסבירה משום שסברה שישמש מנוף להעלאת רף הזהירות של הציבור. הפסיקה קובעת שיש לחנך את הציבור להתנהג ע"פ סטנדרט אחיד, למרות שעשוי להיות לא הוגן.

4. בעבירות רשלנות אין לדבר על הרתעה כללית - שהרי אפשר להרתיע אדם רק כאשר מבצע מעשים מתוך מודעות. חרף ביקורת זו, אומרים שיש אפקט מרתיע בעבירות רשלנות (ראה פס"ד ב-ש- אף אחד לא ישאיר יותר מקרר בחצר).

5. בעבירות רשלנות גם שיקול השיקום מאבד מתוקפו - שהרי מדובר באנשים שפעלו באקראי מתוך טעות/היסח דעת/חוסר זהירות ואין צורך לשקמם.

יסודות הרשלנות

ההסדר לגבי יסוד נפשי מסוג רשלנות מצוי בסעיף 21 שמאמץ הגדרה לרשלנות הפלילית ובכך מנתקה מהרשלנות הנזיקית. דרישת הרשלנות מורכבת מארבע דרישות מצטברות:

1. **אי מודעות לאחד מפרטי העבירה** - יש להוכיח כי הנאשם לא היה מודע לטיב המעשה או לנסיבות או לאפשרות גרימת התוצאה.
2. **כשאדם מן היישוב, יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט** - השאלה נמדדת לפי מבחן הצפיות הסבירה/הצפיות האישית.
3. **שלעניין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות כאמור** - לתנאי הבסיסי של אי מודעות לאחד הרכיבים, מתווסף התנאי לפיו לגבי שאר רכיבי העבירה הייתה לפחות רשלנות (אם לגבי שאר הרכיבים הייתה אף פזיזות או קלות דעת התנאי מתקיים, אם לגבי שאר הרכיבים לא הייתה מודעות וגם אדם מן היישוב לא יכול היה להיות מודע התנאי לא מתקיים).
4. **שאפשרות גרימת התוצאות לא הייתה בגדר סיכון סביר** - (נכון רק לעבירות תוצאה (בפועל או בכח)) דרישה זו מכונה גם אי סבירות נורמטיבית. עבירת רשלנות תקום רק כאשר העושה נטל סיכון בלתי סביר. מכאן למדים שמותר ליטול סיכון סביר (סיכון יום-יומי שהחברה מוכנה ליטול על עצמה ובגינו לא צומחת עבירת רשלנות). ע"מ לקבוע אם סיכון מסוים הוא בלתי סביר יש לשקלל בין התועלת החברתית שבהתנהגות, לבין הסכנה הטמונה בהתנהגות זו, בהתחשב בחומרת הסכנה ובמידת ההסתברות של התממשותה. לצורך קביעה זו לא בהכרח שביהמ"ש יתחשב בעמדה הרווחת בציבור.

פס"ד צור - מדריך ומארגן טיול הורשעו במחוזי בגרימת מוות ברשלנות לאחר שבמהלך טיול נחל דרגות התרחש לפתע שיטפון ושישה מהמטיילים טבעו. הם עירערו לעליון- בעבירת רשלנות ביהמ"ש צריך לבדוק שלא היו מודעים לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית, שאדם סביר צריך להיות מודע לה, וכן שהסיכון שנטלו היה בלתי סביר. ביהמ"ש הוא שקובע אם הסיכון הוא בלתי סביר תוך לקיחה בחשבון של הסבירות והתועלת החברתית.

השופט ויתקון הכניס להכרעה זו את נחיצות וערך הפעולה (טיול) - שייכות ואהבת הארץ: "כנגד גודל הסיכון הכרוך בפעולה מסוימת יש להביא בחשבון, בין היתר גם את חשיבות הפעולה מבחינה חברתית, כדי לקבוע אם הסיכון היה סביר". הערעור התקבל.

פס"ד לורנס בית המשפט קבע כי רולטה רוסית היא משחק, שהסיכון שנלווה אליו אינו כסיכון סביר שנלווה למשחקי ספורט אחרים, אלא סיכון שמהווה מטרה ולכן אינו סביר.

עבירת "גרם מוות ברשלנות" - סעיף 304

מדובר באחת העבירות הנפוצות בחוק העונשין (לעיתים גם בעקיפין - ביהמ"ש מפחית אישום של הריגה או רצח לגרם מוות ברשלנות). עבירה זו מסווגת כעוון, שכן אין עבירת רשלנות שהיא פשע. עבירה זו למעשה טוענת את ההגנה על ערך חיי אדם באשר הם, בכך שנפליל אנשים לא רק כאשר פועלים במודע (כוונה או מחשבה פלילית) אלא גם כאשר פוגעים בערך חיי אדם ברשלנות.

במשך השנים הפסיקה אשר דנה בעבירת "גרם מוות ברשלנות", למעשה השוותה את הרשלנות הפלילית לרשלנות הנזיקית (עוולת הרשלנות). זאת אומרת שע"מ להרשיע בעבירה זו ביהמ"ש בחן: א. אם קיימת חובת זהירות. ב. אם הנאשם הפר חובה זו. ג. אם נגרמה התוצאה הקטלנית. ד. אם קיים קשר סיבתי. (ראה פסקי דין: דויטש, בש, לורנס, ליכטנשטיין ואחרים).

למעשה ביהמ"ש בדק אם קיימת חובת זהירות בדיני הנזיקין ואם לא הייתה קיימת לא היה מטיל אחריות פלילית! במשך שנים האקדמיה מתחה ביקורת על פסיקה זו בטענה שאין מקום להשוואה בין הרשלנות הפלילית לנזיקית. הטענה העיקרית של הביקורת התבססה על ההבדל בין התחום הפלילי לתחום הנזיקי: במסגרת המישור האזרחי, האחריות הנזיקית מותנית בשאלה: האם במסגרת היחסים בין המזיק לניזוק, מן הראוי להטיל את המעמסה הכספית בגין הנזק שגרמה ההתנהגות המזיקה, על המזיק, ולחייבו בפיצויים לניזוק בהתחשב באינטרסים של הצדדים וסוג הנזק? במסגרת המשפט הפלילי, ביהמ"ש צריך לשאול האם התנהגות הנאשם היא בעלת אופי אנטי- חברתי המחייב תגובה עונשית מצד החברה (גם אם אין חובת זהירות בדיני הנזיקין), וזאת בהתחשב בערך שהועמד בסכנה ע"י ההתנהגות, ובאשמתו של העושה המבטאת את יחסו השלילי לערך זה?

* יש לציין כי במחדלים, מותר לביהמ"ש לשאוב מקורות חובה מהדין האזרחי, היות ובהגדרת מחדל כתוב "לפי כל דין". בעקבות תיקון 39 בו המחוקק הגדיר לראשונה מהי רשלנות, נוצרה ציפייה שבתי המשפט לא יפנו עוד לדין האזרחי. חרף זאת בחלק מפסקי הדין אנו רואים ששופטים עדיין פונים לדין האזרחי כדי לבדוק אם ניתן להטיל אחריות (בפס"ד יעקובוב למשל, השופט חשין פונה לדיני הנזיקין למרות שאין צורך בכך). פרופסור רות קנאי במאמרה "השפעתו של תיקון 39 על עבירות רשלנות" סבורה כי מן הפסיקה אמנם עולה הסכמה רחבה שלפיה ההגדרה החדשה שבסעיף 21(א) מנתקת את הרשלנות הפלילית מהנזיקית, אך אין לכך משמעות מעשית, היות ובתי משפט עדיין פונים לדינים אזרחיים כדי לבדוק האם קיימת חובת זהירות.

פס"ד לוי - שלושה שוטרים שקיבלו מידע מודיעיני על בחורה שיצאה מתחנה לממכר סמים, תפסו אותה בחוזקה ולחצו על גרונה במטרה להוציא את הסם מפיה שם חשדו כי הוא מוסתר. הם גרמו לחבלות חמורות בעצם הלשון שהובילו למותה מחנק, והואשמו בעבירת "גרם מוות ברשלנות". למרות שלא מדובר במחדל, ביהמ"ש פנה לדיני הנזיקין וקבע כי השוטרים חבים חובת זהירות לחשודה מתוקף תפקידם (תיקון 39 נכנס לתוקף שנה לאחר חיקוקו ב-94. היות ופס"ד לוי ניתן ב-95, חרף התיקון ביהמ"ש לא פנה להגדרת הרשלנות שבסעיף 21, אלא נהג כבעבר ופנה לדיני הנזיקין).

סילבוס

צדדים לעבירה (לרבות אחריות נגרת) סעי' 34-29, 260-262 לחוק העונשין.

ציטוט אחיד – פס"ד	תזכורת
* ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מזינת ישראל , פ"ד נ (3) 239 (1996).	שוד- שני עבריינים, אחד העבריינים הכה את בעל החנות עם מוט ברזל והעבריין השני עצר אותו מהמכה השלישית.

חברי "כהנא חי" זרקו רימון רסס בשוק הקצבים עיר העתיקה.	ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (3) 388 (1997)
שידול לייצוא סמים.	ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, נט(3) 453 (2004) פסקאות 22-41.
ניסיון לשריפה בחורשה – קטינים.	ע"פ 92/89 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (3) 24 (1989).
עומד בחוץ בזמן שריפת בית הכנסת.	ע"פ 9282/00 ירחי נ. מדינת ישראל, פ"ד נה (5) 759 (2001).
רצח העובדת במכון הליווי ע"י שלושת החברים והנהג.	ע"פ 4317/97 פוליאקוב ואח' נ. מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 289 (1999).
סיוע לרצח של מדריך בפנימייה.	ע"פ 320/99 פלונית נ. מדינת ישראל, פ"ד נה (3) 22 (2001).
החברה של המחבל שהייתה איתו בקשר במהלך כל ניסיונותיו לבצע פיגוע.	ע"פ 11131/02 יוספוב נ. מדינת ישראל, פד"י נח(3) 917 (2004).
נותן הרעיון להנחת ראש החזיר בבית קברות מוסלמי - שידול לחילול מקום קבורה	ע"פ 8469/99 אסקין נ. מדינת ישראל, פד"י נה(2) 65 (2001) השופטת בייניש פסקאות 10-12.
לפגוע במתחרהו וביקש מאדם אחר לעשות זאת. אותו אדם פנה לשניים נוספים וביקש מהם לעשות זאת תוך מתן הוראות מדויקות.	ע"פ 992/03 מדינת ישראל נ. סוגאקר, תק-על 03 (2) 3929 (2003).
רצח תוך כדי שוד, ערעור המבצעים שלא ביצעו את הרצח.	ע"פ 4424/98 סילגדו ואח' נ. מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 529 (2002).
אונס התיירת הגרמנית באילה ע"י האחים שעלו מארה"ב.	ע"פ 1639/98 דהן נ. מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501 (2001) פסקאות 1, 8 עד הסוף.
האחים שבאו לשדוד, אח אחד חיכה בחוץ והשני כנס לחנות ורצח את בעל החנות תוך כדי ניסיון השוד.	ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"די נג(5) 871, 877-878 (1999).
השוטרים שניסו להוציא מפיה של חשודה סמים והביאו למותה.	ע"פ 4188/93 לוי ואח' נ. מדינת ישראל, פ"ד מט (1) 539 (1995).
שלושת החברים שישבו באוטו עם נהג שפגע בשוטר וברח מהמקום	רע"פ 3626/01 שלומי וייצמן ואח' נ. מדינת ישראל, נו (3) 187 (2002).
ראש העמותה שאנשיה התבצרו בביתו וירו לעבר מסוק	דנ"פ 1294/96 משולם ואח' נ. מדינת ישראל, פ"ד נב (5) 1 (1998).
אדם שראה קטטה והצטרף אליה בלי שידע את זהות הקורבן והתוקפים.	ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580 (2002).
התפרצות אדם שלקח חלק מסוים בפריצה המונית ואלימה לדירות של נוצרים במאה שערים.	ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ. עזיזיאן, נג(5) 747 (1999).

רצח את בעלה של המאהבת שלו, שלא עצרה בעדו מלעשות כן.	ע"פ 7894/03 מסראווה נ' מדינת ישראל , תק-על 2391 (1) 2008.
מסחר בניירות ערך בבורסה בתוקף תפקידם כאנשי ייעוץ והשקעות וכמבצעים בבורסה.	ע"פ 8573/96 מרקדו ואח' נ. מדינת ישראל , פ"ד נא (5) 481 (1997).

תרגול

טעות במצב דברים סעיף 34 יח לחוק העונשין.

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
אונס, ילדה מפנימייה.	ע"פ 5938/00, אזולאי נ. מדינת ישראל , פ"ד נה (3) 873 (2001)
שוטרים שניסו להוציא למנוחה סמים מהפה.	ע"פ 4188/93 לוי נ. מדינת ישראל , פ"ד מט (1) 539 (1995) השופט גולדברג פסקה 23
ירתה בבעלה שלא הזדהה בניסיון כניסה מהחלון	ע"פ 54/49 היועץ המשפטי נ. עסלה , פד"י ד 496 (1950).
ראש העמותה שאנשיה התבצרו בביתו וירו לעבר מסוק משטרתי שלא בנוכחותו אך בהנחייתו.	דני"פ 1294/96 משולם נ. מדינת ישראל , פ"ד נב (5) 1 (1998) השופט מצא פסקאות 8 – 15.
המערער דקר את המנוחה לאחר שטען שקינטרה אותו.	ע"פ 2534/93 מליסה נ' מד"י , פ"ד נא(2) 597, 608-609 (1997).
פיזיותרפיסט שאנס מטופלת במהלך עיסוי.	ע"פ 115/00 טייב נ' מד"י , פ"ד נד(3) 289 (2000)
תחרות מי השולף המהיר ביותר .	ע"פ 9112/07 חייפץ נ' מד"י , תק-על (2) 2411 (2008)

טעות במצב משפטי

תזכורת	ציטוט אחיד – פס"ד
שימוש חורג במבנים ללא היתר – נגריות.	ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ. ויסמרק ואח' , פ"ד מט (5) 705 (1996).
קשר חברי של שופט עם פרקליט המופיע בתיק	ע"פ 1182/99 הורביץ נ. מדינת ישראל , פד"י נד(4) 1 (2000) השופט אור פסקאות 36 – 39.
חברות ביטוח פניקס ואיילון	ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ. בורוביץ , נט(6) 776 (2005) פסקאות 1-3, 95-96, 177-183.
העסיקו קופאיות ולא דרך משרד התעסוקה- משרת אמון	ע"פ 172/78 טל-סופרמרקט נ. מדינת ישראל , פ"ד לב (3) 634 (1978).
חברות בשר חילקו מוצרים וקבעו מחירי מינימום בניגוד לחוק תוך יעוץ משפטי מוטעה	ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה , תק-על (4) 129 (2007).

טעות במצב דברים + טעות במצב משפטי

סייג מעניין זה סייג הטעות – 2 סייגי הטעויות דברים ומשפטי. מעלים סוגיות שראויות התייחסות. טעות במצב דברים סעיף 34"ח: "מקום שאדם טועה, טעות כנה, לגבי קיומו של מצב דברים, בוחנים את התנהגותו באספקלריה של טעותו".

א) **סעיף א'** זה ראי לדרישה של מחשבה פלילית, כמו שסעיף זה דורש שלא תהיה טעות אלא מודעות ויסוד נפשי נכון להתקיימות יסודות עובדתיים ולכן זה 2 צדדים לאותו מטבע של מחשבה פלילית. על מנת שתתקיים מחשבה פלילית נדרשת מודעות לגבי כל אחד מיסודות העבירה אם אצל בן אדם לא מתקיימת מודעות אין אצלו מחשבה פלילית. בטעות לגבי אחד מיסודות העבירה הוא טעה לגבי אחד מיסודות העבירה ולכן לא היה מודע סוביקטיבית לקיומו של אותו רכיב ולכן זה 2 תנאים לקיומו של אותו מטבע ושניהם דורשים שהאדם יהיה מודע ולא יטעה לגבי קיום של רכיב עובדתי. "טעות כנה" – האם אותו אדם היה מודע/לא מודע לקיום הרכיב העובדתי השווה ליסוד הנפשי (נקבע באזולאי)

לפני תיקון 39 סעיף הטעות היה שונה והדרישה הייתה גם שהטעות תהיה סבירה בנוסף לכנה וזה יצר בעיות כי נוצר מצב שניתן להרשיע אדם על עבירה של מחשבה פלילית גם אם מתקיים אצלו יסוד נפשי של רשלנות. זה הכניס אינוס ברשלנות – בעייתי והמחוקק לא התכוון לעשותו. קבעו שלא נדרש סבירות אבל סבירות זה סוג של מבחן כדי לדעת אם הטעות הייתה כנה.

ב) **סעיף קטן ב'** קובע שסעיף קטן א' יחול גם על עבירת רשלנות ובלבד שהטעות הייתה סבירה ואחריות קפידה. ואז בעצם גם לגבי סוגי העבירות הללו המחוקק משווה את הדרישה ליסוד הנפשי. אם יסוד נפשי נדרש בעבירת רשלנות בוחנים לפי מבחן הסבירות – על מנת שתחול הטעות לגבי עבירות רשלנות הטעות צריכה להיות סבירה. בעניין אחריות קפידה משווים את הדרישה לאחריות בהתאם למה שנדרש באחריות הקפידה.

i. רשלנות - הדרישה לטעות סבירה בדומה ליסוד הנפשי בעבירת רשלנות

ii. אחריות קפידה מוכפף לסעיף 22ב'.

לדוגמה: אדם בועל אישה בעוד שהוא סבור בכנות שהיא מסכימה לשכב עימו. סעיף 345... עצימת עיניים היא שוות ערך למודעות ולכן גם נקבע כשיש עצימת עיניים לא יכולה להיות טעות. אם אדם לא מודע להתקיימות הנסיבה ולגבי הרכיב הנסיבתי בהיעדר הסכמתה החופשית ולכן לא נדרשים לסייג הטעות במצב דברים.

טעות במצב דברים = היעדר יסוד נפשי!

חשוב לציין שלפעמים קבלת טענת טעות גם אם היא חלה לא מביאה לזיכוי מלא אלא להרשעה בעבירה פחות חמורה, כך למשל בכמה סוגים של עבירות שהופכות להיות יותר חמורות אם מוסיפים להן נסיבות. אם יש טעות לגבי התקיימות אחד מיסודות העבירה אולי נוכל להרשיעו בגניבה ולא גניבה בידי עובד ס' 391 שהוא חמור יותר.

למה צריכים את סייג הטעות?

פס"ד לוי - טעות ביסודות הסייג = היעדר יסוד נפשי. כאשר קיימת רשלנות אצל מישהו הוא לא יכול להיות שטעה בנוגע לרשלנות. אם הנאשם פעל שלא כאדם הסביר סייג הטעות לא יכול לחוג לגביו. יכולה להיות טעות בעבירות רשלנות אך אם נקבע שמישהו רשלן לא יכולים לטעון לו טענת טעות.

פס"ד עסלה – ירתה בבעלה שלא ענה בדלת. סייג הצורך שנידון בפס"ד דיבר על סוג של הגנה עצמית. היא טענה שטעתה לגבי התקיימות סייג הצורך בעניינה כי חשבה שמדובר בפורץ שמנסה להיכנס לדירה ושהייתה חייבת לפעול כמו שפעלה. סייג הטעות במצב דברים וסייג הצורך ביה"מ מחליט לזכות אותה. משלבים את סייג טעות במצב עובדתי עם סייג הצורך. יכול הלהיות טעות גם לגבי יסודות עובדתיים של סייגים - טעות לגבי סייג מסויים.

פס"ד משולם - נטען שהמתבצרים חשבו שהשוטרים רוצים להזיק להם ולכן הפעלו מתוך הגנה עצמית. ולכן טעו במצב דברים. ביה"מ לא קיבל את הטענה, כי היא לא הייתה כנה, לא סבירה וזו לא הייתה טעות.

פס"ד אזולאי – בינייש וריבלין דעת הרוב, מצא דעת מיעוט. השאלה שעלתה מה נדרש שטעות תיחשב כטעות כנה. מהי טעות כנה. עצימת עיניים שוות ערך למודעות לא יכול הלהיחשב כטעות כי היא יסוד נפשי. מי שהיה קיומה של נסיבה או חשד בקיומה של נסיבה אינו יכול להיחשב שטעה טעות כנה לגביה. הוא עצם עיניו לגבי הסכמתה. מצא חשב שבמצב ובעובדות מתקיימת טעות ויש לזכותו.

טעות במצב משפטי סעיף 34"ט

הכלל: אי ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש. אך יש סייג לאי ידיעת הדין והוא כאשר הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר ושם יכולה אי ידיעת הדין לפטור מעונש.

- במצב דברים – עובדות ונסיבות מסוימות הוא רואה בעיני רוחו מציאות ששונה מהמציאות האמיתית.
- במצב משפטי – האם אדם היה מודע לכך שהמעשים אסורים בכלל (לא עובדות אלא בכלל במעשה). האדם רואה את העובדות כפי שהן במציאות והוא טועה במשמעות המשפטית שלהן.

מדוע יש כלל לפיו אי ידיעת החוק אינה פוטרת?

- ❖ הסדרת חיי חברה
- ❖ בעיית ההוכחה – אם היה נדרש להוכיח לגבי כל אחד אם היה מודע/לא מודע לחוק היה קשה להרשיע.
- ❖ עידוד ידיעת החוק
- ❖ יציבות ואחידות המשפט הפלילי

יש שני סוגים של עבירות

- MALA IN SE – אסורות מבריאנתן.
- MALA PROHIBITA – אסורות מטעמים של רצון להסדיר את החברה (תעבורה).

פס"ד טל - סופרמרקט – סופר מקרט שלקח 2 קופאיות בניגוד לחוק שלפיו היה צריך להעסיקן בצורה מסוימתומטרת החוק היה לעודד שיוויון בתעסוקה. החוק קבע סייג למשרות הדורשות אמון מיוחד וניתן להעסיק שלא דרך לשכות התעסוקה ובעלי הסופר טענו שלא הבינו נכון. קופאיות זה מצריך אמון מיוחד וטעו במצב משפטי. ביה"מ לאקיבל הטענה, והסיבה היא שלמרות שמדובר בעבירה מסוג שני ולא ראדון לא רוצים לתת להעניש אנשים להתחמקמהעונש כדי שאנשים ילמדו את הדין לגבי זה.

פס"ד ויסמרק - (השופט בד). תכנון ובנייה והיתרי הפעלה של עסקים – במהותם עבירות מסוג שני להסדרת חיי החברה. כל מי שנוגע ועוסק בתחום שלגביו יש עבירות שנקבעו הוא צריך להכיר את החוק ותוכנו.

טעות בדין לא-פלילי

עד תיקון 39 סעיף החוק קבע שאי ידיעת הדין אינה פותרת ולאחר טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור. עלתה שאלה האם יש צורך להבחין בין דין פלילי לבין דין חיצוני לדין הפלילי (כמו חוזים או נזיקין). כיום חייבת להיות הבחנה. טעות לגבי דין פלילי חל עליו טעות במצב משפטי ובעוד טעות שבדין לבר פלילי חל סייג טעות במצב עובדתי.

דוגמה: ראובן שורף כרם ענבים של שמעון מתוך מחשבה שהכרם שייך לו מכיוון שחתם על חוזה לגבי הבעלות על הכרם עם שמעון לפני זמן מה ועדיין לא העבירו את הבעלות במקרקעין. אפשר להגיד שעל מנת לקבוע בעלות צריך ללכת לדיני החוזים אז הדין בלבר פלילי ומצד שני ניתן להגיד ששיך לפלילי כי שרף את השדה. אם זה טעות במצב משפטי הכלל הרבה יותר חמור כדי שהסייג יפעל ואילו בטעות במצב דברים צריך רק להוכיח שהטעות כנה.

-דין פלילי = < בחינה לאור מצב משפטי

-לא דין-פלילי = < בחינה לאור מצב עובדתי

דוגמאות להבחנה הנ"ל עבירה על חוק ההקבלים העסקיים – לגבי קיומו של הסדר כובל. האם פלילי או לא-פלילי? החוק לא מסביר מהו איסור פלילי. הפרשנות המקובלת שברגע שנמצאים בדין שהוא לא דין-פלילי בוחנים לפי סעיף טעות במצב דברים.

יש לבחון מה הטעות – האם הטעות לגבי קיומו של איסור מסוים בחוק הפלילי, או טעות משפטית. צריך להוכיח שהטעות כנה במצב עובדתי אלא במצב משפטי צריך להוכיח טעות שבלתי נמנעת באופן סביר (רף הרבה יותר גבוה).

אם אדם טוען שלא ידע על קיום עבירת האונס וזה טעות במצב משפטי. הדין יכול טעות במצב משפטי למרות שנמצא מחוץ לחוק העונשין. על מנת להבין את משמעות סעיף זה בתוך חוק העונשין צריך ללכת לדינים חיצוניים לדוגמה חוזים וקניין.

הבחנה בין טעות בדין הלא-פלילי לבין טעות בדין פלילי:

- פרופ' קנאי – יש לבדוק את מטרת הסעיף הספציפי עליו מדברים ואת המדיניות המשפטית.

פס"ד ויסמרק - נגריה המצריכה אישור חורג וחשב שאישור העסק כולל זאת ולא צריך אישורים נוספים והוא טעהלטענתו במצב משפטי כי הוא חשב שאישור העסק כולל את האישור הנ"ל דעות השופטים נחלקו... – השופט בך בדעת הרוב (ציטוט – ההוראה הפלילית הקובעת שאסור להפעיל עסק ללא היתר נסמכת על חוקים המקנים מה מותר ומה אסור.. וזהו דין חיצוני ולפי גישת השופט וזה דין לבר פלילי ולכן הכלל שצריך לחלול זה טעות במצבועובדתי ולא מצב משפטי) **לעומתו מצא** קובע שזה טעות במצב משפטי. מצא משתלב עם עקרון נוסף ששאלנו למה צריך כלל של טעות בדין – אי ידיעת הדין אינה פותרת. ברק מצטרף למסקנה של בך אך מסתייג מהכרעתו של סיווג הטעות.. הוא קובע שלא מסכים שמדובר בטעות בדין לברפלילי וחושב שזה טעות בדין פלילי אבל הנאשם יצא ידי חובתו להוכיח שלא ידע באופן סביר הלכה = סיווג הטעות כמו של מצא.. (כי יש הוראות עונשיות שלא רק בחוק העונשין – למשל בחוק ההגבלים העסקיים, ניירות ערך וכו'..).

טעות בלתי נמנעת באופן סביר – פירוש ההוראה:

- מהו הרף שנאשם צריך להוכיח כדי שטעותו תיחשב בסייג.
- בויסמר מצא מפרש באופן מצמם וההלכה היא לפי מה שמצא קובע בויסמרק והיא מצמצמת. (דוגמה: סוחר עבדים שנחקק חוק חדש במדינתנו בזמן שהפליג).. יכול להיות שיוכל לטעון שלא יכל לדעת.

עוד שאלה שעולה זה הסתמכות על חוות דעת של עו"ד, האם ראוי להכיר בסייג במקרים אלו?
פרופ' גור אריה – הסתמכות על עצה מוטעית של עו"ד כתבה מאמר רצתה שיהיה כלל שאסור להסתמך על עו"ד.

פס"ד תנובה - הנאשם פרט את העובדות מול עו"ד חוות דעת בכתב ולא בעל פה/טלפונית, עורך דין המומחה בתחום, לא הייתה אפשרות לפנות לרשות המוסמכת. מכיוון שהכלל של אי ידיעת הדין אינה פותרת ויש המון מקומות שהדין מאוד סבוך וצריך מומחיות בדין כדי להבין וחוששים ממצב בו אנשים יקסתחו מעצמם כדי לא לשאת באחריותפלילית. ברוב המקרים ניתן לפנות לרשות המוסמכת. בפס"ד תנובה נקבעו הכללים לכך. צריך לפרוש את מלוא התמונההעובדתית הנכונה מבלי לסלף אותה.. חוות דעת בכתב... תנאי נוסף העומד בסתירה לפרופ' גור אריה לפנות למומחהבתחום ביה"מ צריך לדרג את עו"ד.. ולא הייתה אפשרות לפנות תחילה לרשות המוסמכת בעניין הנ"ל.

צדדים לעבירה (דיני שותפות)

סעיפים 29-34 ד. נושאים את הכותרת "צדדים לעבירה" ומגדירים את דרכי השותפות לדבר עבירה. סעיפים אלו מגדירים לא רק את אחריות הצדדים לעבירה המקורית, אלא גם את אחריותם לעבירה שונה או נוספת. סעיפים אלו נחקקו במסגרת תיקון 39 וחלקם שינה את חוק העונשין ואת ההסדר שהיה קיים לפני התיקון. מטרתם להסדיר מצבים שבהם מספר אנשים עוברים עבירה אשר בהתאם להגדרתה בחוק עשויה להתבצע ע"י מבצע יחיד. דיני השותפות מאפשרים להסתכל על כל האירוע כמקשה אחת ולהטיל על כל אחד מהשותפים אחריות לעבירה ע"פ מידת שותפותם.

דיני השותפות כלולים בקטגוריה של עבירות נגזרות, שכן "סימן ב': צדדים לעבירה" הוא חלק מ"פרק ה': עבירות נגזרות". דיני השותפות למעשה מרחיבים את האחריות הפלילית, מעבר לאדם הספציפי שביצע את העבירה, גם למשדל, למסייע ולדמויות נוספות.

דוקטרינת הסיוע מצויה בפרק ה' של חוק העונשין שכותרתו "עבירות נגזרות" שמשמעותה- אחריות כל אחד מהשותפים נגזרת מהביצוע העיקרי של העבירה. ככלל לא תיתכן עבירה נגזרת במקום שבו אין עבירה עיקרית (למעט חריג התאבדות- אין עבירה עיקרית, אך יש סיוע ושידול).

בנוסף, לא ניתן להרחיב את האחריות הפלילית מעבר לזו הקבועה בחוק, היינו לא ניתן לגזור "גזירה כפולה" (אין שידול לסיוע למשל) (שני חריגים: סעיף 33 לחוק- ניסיון לשידול, ושידול לשידול שלא קבוע בחוק אלא נקבע בפס"ד סוגאקר). * יש לציין כי למרות שניתן לגזור רק פעם אחת, כשיש עבירת ניסיון/שידול מושלמת בחוק, אפשר לגזור שוב- (דוג: סיוע לניסיון לרצח, סיוע לשידול להתאבדות, סיוע לשידול לזנות).

כל אחד מהשותפים מסווג ע"פ מידת תרומתו לעבירה. מספר בעלי תפקידים:

- **מבצע** (יחיד, בצוותא, באמצעות אחר)- הדמות המרכזית (סעיף 29).
- **משדל**- מביא אחר לידי עשיית עבירה (סעיף 30).
- **מסייע**- עושה מעשים כדי לאפשר את הביצוע (סעיף 31-32).
- **מנסה לשדל**- מנסה לשדל אדם לביצוע עבירה- אך הוא לא ביצעה, או שביצעה ואין קשר סיבתי (סעיף 33).
- מעבר לעבירות אלו קיימות עבירות ספציפיות של שידול וסיוע (לדוג: סעיף 302- שידול או סיוע להתאבדות, סעיפים 260-261- סיוע לאחר מעשה). אלו עבירות מושלמות ולא נגזרות (לכאורה סעיפים אלה מיותרים).

סעיפים בעלי הוראות משותפות שחלות על כל הצדדים לעבירה:

- ג.34- לא מרחיבים את האחריות הפלילית לעבירה מסוג חטא (אין גזירות בעבירות מסוג חטא, מלבד מבצע בצוותא).
- ד.34- כלל הצמידות- כאשר ישנה עבירה וגוזרים ממנה אחריות נוספת, כל אותם כללים שהמשפט מחיל על העבירה העיקרית, יחולו גם על העבירה הנגזרת אלא אם כן קיימת הוראה ספציפית הקובעת הסדר אחר (לדוג: עונשו של המשדל לא קבוע בחוק ולכן זהה לזה של המבצע העיקרי). לפני תיקון 39 עונשו של המסייע היה זהה לזה של המבצע, ולכן לא הייתה משמעות גדולה למבחנים ולאבחנה ביניהם. לאחר תיקון 39 לא ניתן להטיל על המסייע יותר ממחצית העונש של העבירה העיקרית וכעת האבחנה חשובה ומשמעותית.

מבצע סעיף 29

סעיף 29 לחוק מסדיר את דינם של המבצעים:

מבצע בצוותא סעיף 29(ב)-

יסוד עובדתי: סעיף 29(ב) קובע שאין צורך שכל המבצעים בצוותא יבצעו את כל היסוד העובדתי של העבירה, העיקר הוא שכל אחד מהמשתתפים תרם תרומה חיונית להגשמת התוכנית המשותפת. השופט ברק בפס"ד פלוניס: "החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משויכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשתתפיו".

לדוג: עבירת השוד, סעיף 402(א): שוד = גניבה+אלימות/איום באלימות (כדי לקבל את הדבר הנגנב). ראובן ושמעון ביצעו ביחד שוד: ראובן נשא אקדח כדי לאיים, ושמעון נשא שק כדי לקחת את הכסף. ללא הקונסטרוקציה של סעיף

29(ב) לא היה ניתן להאשים אף אחד מהם בעבירת השוד, שנושאת עונש של 14 שנות מאסר (כל אחד היה מואשם ע"פ היסוד העובדתי שביצע- ראובן בעבירת איומים, ושמעון בעבירת גניבה, עבירות הנושאות עונש של 3 שנות מאסר). היות ועבירת השוד היא המתארת נכונה את המציאות, סעיף 29(ב) הוא המתאים לייחס להם. סעיף זה מאפשר לנו להשקיף על העשייה המפוצלת כמקשה אחת ולסווג כל אחד מהם כמבצע בצוותא גם אם התנהגותם בנפרד לא קיימה את כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה. החשוב הוא ששניהם יחד ענו על רכיבי היסוד העובדתי של העבירה. בנוסף, אם נתבונן על מעשיהם בנפרד יתכן ויהיו מבצעים בצוותא שלא ניתן יהיה להטיל עליהם אחריות פלילית: לוי עמד בשער וחסם את הכניסה לבנק. מעשהו בנפרד לא מהווה עבירה ולכן לא ניתן להאשימו. סעיף 29(ב) מאפשר להגיש כתב אישום גם כנגד אנשים שלא ענו על הרכיבים העובדתיים של העבירה, כל עוד פעלו בגוף אחד והיו שותפים לתכנון. בנוסף, סעיף זה מאפשר גם להטיל עליהם אחריות בגין עבירה שונה או נוספת מכח סעיף 34א.

נניח שבזמן שראובן איים על הפקידה, אבי, שבמקרה היה בבנק, לקח את הכסף וברח. האם אפשר להאשימו כשותף? היות שפעל לבדו ולא היה שותף לתכנון, הוא לא זרוע ביצועית של הגוף העבריני, ואומרים שאין כאן שותפות (אם לאחר מכן היה מתחלק בכסף עם כולם, הייתה חבירה מאוחרת שכן מהווה שותפות).

פס"ד דהן - האחים משה וישראל דהן חברו לאורך ואנסו תיירת. תחילה בעל אותה אורן והאחים החזיקו בה כדי למנוע את התנגדותה. לאחר מכן בעל אותה משה והאחים החזיקו בה. ישראל למעשה לא בעל אותה בעצמו. השופטת ביינש מיישמת את מבחני הפסיקה וקובעת: "העבריין המחזיק בקורבן כדי למנוע התנגדות מצדו שעה ששותפו לביצוע עושה בו מעשה אלימות או מעשה מיני, נוטל ללא ספק חלק ממשי באירוע העבריני עצמו, ואין לראות בו אך "מסייע" השייך ל"המעגל החיצוני" של מבצעי העבירה". "ישראל הוא בגדר "מבצע בצוותא" של שני מעשי האונס. אחיזתו בכוח במתלוננת וחסמת פיה לשם מניעת התנגדותה מהוות מעשים שתרומתם מהותית וממשית להגשמת עבירת האונס. אין כל ספק כי ישראל מילא תפקיד מרכזי בהגשמת העבירה- מניעת התנגדותה של המתלוננת בעת מעשה האונס; הוא היה בעל שליטה מהותית בביצוע העבירה והיווה שותף מלא להתהוות המעשים הפליליים. ניתן לומר כי במקרה שלפנינו ישראל הציב עצמו בלב לבו ובתוך תוכו של "המעגל הפנימי" של העבירה. בנסיבות אלה אין לראות בו "מסייע" בלבד". ההרשעה על עבירת האונס נותרה בעינה.

פס"ד רוש - איציק וחנניה רוש תכננו לשדוד חנות תכשיטים. איציק ביצע בפועל את השוד, בעוד חנניה סיפק לו אמצעים שונים לביצועו, ומילט אותו במכונית לאחר ניסיון השוד. במהלך השוד התנגד בעל החנות לניסיון השוד, ובתגובה שלף איציק פגיון שהיה מצויד בו, דקר אותו למוות ונמלט. המחוזי הרשיע אותם בעבירה של קשירת קשר (בעבירת הרצח הרשיע רק את איציק). המדינה עירערה לעליון שקיבל את העירעור. השופט מצא קבע כי שניהם ביצעו בצוותא עבירה מושלמת של ניסיון לשוד. חנניה שותף לעבירה משום שנטל חלק בהחלטה משותפת לביצוע תכנית עברינית, שייך למעגל הפנימי ועל כן נושא באחריות פלילית של מבצע בצוותא.

לסיכום- הכלל הוא שכל אחד מהמבצעים בצוותא צריך שיעשה מעשה לביצוע העבירה. אין צורך שכל אחד מהמבצעים בצוותא יעשה חלק מפרטי האקטוס ראוס של העבירה (המעשים יכולים להתחלק בין כולם, ויכול שיהא שותף שלא יענה כלל על היסוד העובדתי).

יסוד נפשי: סעיף 29(ב) מהווה למעשה הוראה שותקת ככל שנוגעת ליסוד הנפשי של העבירה, ולכן נסתפק במחשבה פלילית. מכאן, שהיסוד הנפשי של המבצע בצוותא הוא **היסוד הנפשי של העבירה המקורית** (אשר במצב רגיל צריך להיות מוכח לגבי כל עושה בנפרד) + **מודעות של כל אחד מהמבצעים לכך שהם פועלים בצוותא** (לרוב יש תכנון משותף או קשירת קשר שיוצרים מודעות זו, ומהווים הוכחה לקיומה).

האם תיתכן שותפות ספונטנית לדבר עבירה? האם אדם יכול להצטרף לביצוע עבירה מבלי שיטול חלק בתכנון המוקדם שלה? בפסקים עזיזאן ובביזאיב ביהמ"ש העליון פסק כי אדם יכול להצטרף באופן ספונטני לביצועה של עבירה ולהיחשב כמבצע בצוותא, גם אם לא היה שותף לתכנון המוקדם. אך אין בכך כדי ליתר את בדיקת היסוד הנפשי.

פס"ד עזיזאן - המון אדם התפרץ לשתי דירות נוצרים במאה שערים, ניתץ ושבר את המצוי בדירות, השליך מהחלונות את מרבית תכולתן והעלה אותן באש. עזיזאן עלה וירד לדירה פעמיים, שהה בה כ-10 דקות וגנב תמרוקים. לטענתו, נקלע למקום באקראי בעת טיול לילי, לא הכיר איש מן המון, ונכנס לדירה מתוך "סקרנות טיפשית".

המחוזי זיכה אותו מעבירות ההצתה וההיזק בזדון ואף מעבירת הגניבה (בהגנת "זוטי דברים" – מעשה קל ערך שאין בו מידה מינימלית של סכנה לערך החברתי המוגן, כך שלא מצדיק התערבות של המשפט הפלילי). המדינה עירערה לעליון, ושם הדיעות נחלקו:

השופטים אילן ולוין, בדעת רוב, מותירים את הזיכוי על כנו לגבי ההצתה וההיזק בזדון- עזיזיאן אינו חרדי, ואינו מכיר אף אחד מהמתפרעים, כך שלמרות שתיתכן שותפות ספונטנית, אי אפשר להוכיח מודעות לכך שפעל בצוותא, משום ששהה בדירה רק 10 דקות.

הם מרשיעים אותו גם בעבירות השגת גבול וגניבה- למרות שהערך הכלכלי של הגניבה היה נמוך, העובדה שהתרחשה תחת מטריית ההתפרעות והשגת הגבול, מחייבת תגובה עונשית מבחינת האינטרס הציבורי, כך שהגנת "זוטי דברים" אינה תקפה במקרה זה.

השופט דורנר, בדעת מיעוט, מסיקה על היסוד הנפשי מהעובדות (חזקת המודעות) ואומרת שדי בכך שעזיזיאן השיג גבול וביצע מעשה פלילי תחת מטריית ההתפרעות, כדי להוכיח מודעות לכך שפעל בצוותא. לפיכך יש להרשיעו גם בעבירות של היזק בזדון והצתה.

פס"ד בביזאיב – הועמד לדין בעבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיפים 333 ו-335(א)(2) לחוק, לאחר שהשתתף, עם אחרים, בתקיפה. המחוזי זיכה את המשיב מעבירה זו, והרשיעו בעבירה של תקיפה, לאחר שקבע כי אין לדעת אם התוקפים חברו יחד לביצוע התקיפה או שהמשיב הצטרף אליהם בלי שהכירם.

העליון קבע כי בביזאיב הוא שותף ספונטי- מבחינת ההקשר הפנימי הטקסטואלי, קיים דמיון רב בין היסוד של "חברו יחד" שבסעיף 335(א)(2) לבין ההגדרה של מבצעים בצוותא לפי סעיף 29(ב). כיוון שיש להחיל על סעיף 335(א)(2) את דיני השותפות הרגילים, תחול גם ההלכה שלפיה אין הכרח בתכנון מוקדם של השותפות, ודי בשותפות ספונטנית שנוצרה לשם השגת מטרה משותפת שבני החבורה מודעים לה.

השופט טירקל בדעת מיעוט: אותה "חבירה יחד" שבה מדובר בסעיף אינה יכולה להיות, מן הבחינה הלשונית ומבחינת המטרה שביסודו, המשתקפת גם בהכפלת העונש, מעין "חבירה משתמעת" או "חבירה קונסטרוקטיבית". עליה להיות חבירה שיש עמה התקשרות מוקדמת, היוועדות או תכנון מראש. אם לא תאמר כן, הרי שכל מי שהורשע כמבצע בצוותא של עבירה של גרימת חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, יראה כמי שפעל בנסיבות מחמירות. בנוסף, כלל גדול הוא כי בפרשנות של הוראת חוק פלילית יש לנקוט את הפרשנות המקלה עם הנאשם.

האם תיתכן שותפות לעבירת רשלנות? האם תיתכן שותפות רשלנית לעבירה כלשהי?
שותפות מחייבת הידברות והעברת מידע בין השותפים, ולכן אין שותפות אלא מתוך מודעות. סעיף 29(ב) מחייב מודעות לעצם הביצוע בצוותא, ולכן לא יתכן ביצוע בצוותא לעבירה של רשלנות, היות וברשלנות אין מודעות.
בפס"ד לוי לא היה ניתן להרשיע את שלושת השוטרים בביצוע בצוותא של עבירת "גרם מוות ברשלנות", ולכן הם הואשמו בנפרד כמבצע יחיד.

מבצע באמצעות אחר סעיף 29(ג)

מצב בו אדם משתמש באחר והופכו לכלי בידיו. אותו אדם הנקרא "מבצע באמצעות אחר" הוא למעשה סוג נוסף של מבצע.

יסוד עובדתי:

המייחד יסוד עובדתי של ה"מבצע באמצעות אחר" הוא עצם ההנעה של האחר, באופן הגורם לו לבצע את היסוד העובדתי של העבירה, במקומו (משול לזרוע ארוכה שמופעלת על ידו). ניתן להטיל עליו אחריות פלילית, למרות שלא ביצע את היסוד העובדתי בעצמו.
אם האחר לא נתון במצבים שבסעיף 29(ג), היינו הוא בר אחריות פלילית, התנהגות שולחו תסווג כשידול.

יסוד נפשי:

יש להוכיח כי "המבצע באמצעות אחר" הוא בעל דרגת המחשבה הפלילית הנדרשת באותה עבירה, וכן בעל מודעות לנסיבות היותו של האחר כלי בידיו (בשל היותו נתון באחד המצבים שבסעיף 29(ג)). במילים אחרות, נדרוש הוכחת היסוד הנפשי של העבירה המקורית+ מודעות לכך שהוא מפעיל אחר.

האחריות הפלילית של האחר: 29(ג)- ס' קטנים (1)-(5)

אם האחר נתון במצב של קטינות או אי שפיות הדעת (1), היעדר שליטה (2), או כורח או צידוק (5), הרי שהוא פטור מאחריות פלילית.

❖ סעיף 34. צידוק- מעשים לא חוקיים שיש בהם צידוק בחוק שפוטר מאחריות פלילית.
דוג: ללא סעיף קטן (5) עבירות במשחקי ספורט, עשויות היו לגרור אישומים בעבירות תקיפה. גם חייל שמבצע פקודה לא חוקית שקיבל ממפקדו, פטור מאחריות, מכח סייג הצידוק (לעומת זאת, פקודה בלתי חוקי בעליל לא מוגנת בסייג הצידוק).

אם האחר נתון במצב של טעות במצב דברים/עובדתי (4) או ללא מחשבה פלילית (3), אז לא בהכרח פטור- אם חסר מחשבה פלילית יתכן ויש לו יסוד נפשי של רשלנות, ואם נתון במצב של טעות במצב דברים עשוי לשאת באחריות מכח סעיף 34.יח. [דוג: ראובן ביקש משמעון לירות באקדח מול לוי ע"מ לאיים עליו, ושיקר לו באומרו שהאקדח אינו טעון. שמעון עשה זאת והרגו. אפשר להאשים את שמעון בעבירת איומים מכח ס' 34, ואף בעבירות גרם מוות ברשלנות, או הריגה]

סעיף 29(ד) אומר כי המבצע באמצעות אחר הוא למעשה המבצע העיקרי, וחייבות להתקיים בו התכונות הכלליות של עושה העבירה. לפיכך, אין צריכים להתקיים בו הנתונים המיוחדים של עושה העבירה ודי בכך שהם מתקיימים אצל האחר (נניח ועבירת "רישום כוזב במסמכים בנקאיים" יכולה להתבצע רק ע"י פקיד בנק. המבצע באמצעותו עבירה זו ישא באחריות לה, למרות שאינו פקיד בנק בעצמו כנדרש בעבירה).
מה בדבר אדם שגורם לאישה להרוג את תינוקה? קיימת מחלוקת שלא הגיעה לפסיקה, האם נתון זה עובר, ויואשם בהמתת תינוק (5 שנות מאסר) או שיואשם ברצח רגיל (מאסר עולם).

משדל סעיף 30

עבירת השידול היא העבירה הראשונה בהיסטוריה (הנחש שידל את חווה). המשדל נחשב לאב הרוחני של העבירה, יוצרה וזורע זרעיה, כמי שנוטע את הרעיון העברייני אצל המשודל. המשפט הפלילי רואה בחומרה את מעשיו של המשדל שכן לא רק שיוצר עבירה, אלא גם יוצר עבריין. זאת ניתן לראות בכך שעונשו של המשדל זהה לעונשו של המבצע העיקרי, וגם בכך שהניסיון לשידול הוא עניש (גזירה כפולה שהמחוקק עיגן). עבירת השידול היא עבירה נגזרת ולכן יש להוכיח את יסודותיה: (עבירת השידול היא עבירה תוצאתית שותקת)

יסוד עובדתי: יש להוכיח מעשה, נסיבות, תוצאה וקשר סיבתי בין מעשה השידול לתוצאה:
מעשה- רכיב המעשה שבעבירת השידול כולל התנהגות של "שכנוע, עידוד, דרישה, הפצרה, או כל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ".

בפס"ד אסקין השופטת ביניש קבעה, כי העיקר הוא שאותה התנהגות משדלת תהיה בעלת אפקטיביות פוטנציאלית, העשויה להשפיע על המשודל, לבצע את העבירה מושא השידול.
נסיבה- ביניש בפס"ד אסקין: רכיב זה מצריך הוכחת קיומו של משודל, הטעון הנעה מנטלית לצורך קבלת ההחלטה לבצע את העבירה. רכיב זה עשוי להתקיים גם במצבים בהם הרעיון העברייני עלה לראשונה במחשבתו של המשודל, אך טרם התגבשה החלטתו לבצע את העבירה. אם ההתנהגות המשדלת היא שהביאה לגיבוש החלטתו הסופית, הרישמתקיים הרכיב הנדרש.
* המשדל הוא אדם אוטונומי שיודע מה הוא עושה, ובכך נבדל מה"אחר".

תוצאה- המשדל הביא את המשודל לידי עשיית העבירה שלשמה הוא שודל. אין צורך להוכיח את הצלחת העבירה מושא השידול, אלא יש להוכיח את הצלחת השידול, ולכן נאמר שדי בכך שהמשודל התחיל לבצע את העבירה באופן שניתן יהיה להאשימו בניסיון לביצוע אותה עבירה (והפסיקה הוסיפה שניתן יהיה להאשים את המשדל, בשידול לשידול של אדם שלישי- פס"ד סוגאקר).

קשר סיבתי- מאחר ועבירת השידול היא תוצאתית צריך להוכיח מעבר לתוצאה, קיומו של קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה ע"י המשודל, או לכל הפחות ניסיון ביצוע העבירה ע"י המשודל, או שידול של המשודל. זאת מוכיחים ע"י מבחני הפסיקה הרגילים (אלמלא וצפיות).

יסוד נפשי: למקרא הסעיף רואים שהעבירה תוצאתית שותקת, דהיינו המחוקק לא ציין יסוד נפשי מפורש ונסתפק במחשבה פלילית, מסוג פיזיות שבקלות דעת. פיזיות בהקשר זה, משמעה שהמשדל נטל סיכון בלתי סביר שהמשודל יבצע את העבירה למרות שקיווה שזה לא יקרה.

על קושי זה עמדה **ביניש בפס"ד אסקין** באומרה שלא יעלה על הדעת שעבירת השידול, שמהותה הנעת אחר לבצע עבירה, תדרוש יסוד נפשי של קלות דעת. היא קובעת כי באשר לרכיב התוצאתי של עבירת השידול, לא ניתן להסתפק

יותר בפזיזות, אלא יש להוכיח כי המשדל **התכוון** להביא את המשודל לידי ביצוע העבירה מושא השידול. היא למעשה הופכת את העבירה התוצאתית השותקת, לעבירה הדורשת יסוד נפשי מוגבר מסוג כוונה (משרת את אינטרס הנאשם, שכן הוגבר היסוד הנפשי שצריך להוכיח לדרגה הגבוהה ביותר של יחס חפצי). היא מסיקה זאת משלוש סיבות:

1. תכלית עבירת השידול- מעשה הנעה, המחייב מתאם בין מעשה ההנעה לבין התכלית לגרום לביצוע העבירה. 2
2. הטלת אחריות פלילית על אדם, רק בשל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אדם אחר היא בעייתית, אפילו מדובר בהשפעה שלילית שהמשדל מודע לה, וזאת במיוחד לנוכח זהות העונשים בין המבצע למשדל. 3
3. ע"מ ליצור הבחנה בין המשדל למסייע (שעונשו מחצית מהמבצע), יש להגביר את היסוד הנפשי (שיקול זה נמוך יותר, היות וגם בסיוע יש להוכיח מטרה).

יש לציין כי ביניש מתייחסת רק למישור החפצי של העבירה, ומודעות עדיין נדרשת!

ברגע שביניש הפכה את עבירת השידול לעבירה עם יסוד נפשי של כוונה, הרי שאפשר להחיל את הלכת הצפיות שב20(ב) גם על עבירת השידול. דהיינו, אפשר להעמיד אדם לדין על עבירת השידול, גם אם לא התכוון להניע אדם לבצע עבירה, אך ידע ברמה גבוהה של הסתברות שזה מה שיקרה.

עונשו של המשדל: סעיף 30 אינו קובע במפורש את עונשו של המשדל לכן תחול ההוראה הכללית שבסעיף 34. דהיינו עונשו של המשדל זהה לעונשו של המבצע.

נשאל בפסיקה, מה לגבי שידול לרצח? האם מוצדק להטיל מאסר עולם חובה גם על המשדל? סעיף 300א. מדבר על מקרים, שבהם יתכן ורוצח נופל למצב שבו ביהמ"ש יכול לתת לו עונש מופחת שאינו מאסר עולם. היות וסעיף זה לא חל גם על משדל, יתכן מצב אבסורדי, שבו המשדל ישא עונש מאסר עולם חובה והרוצח עצמו יזכה לעונש מופחת.

שאלה זו הוכרעה ב**פס"ד מסראווה**, שם קבע ביהמ"ש העליון במפורש כי למרות הביקורת, הכלל שלפיו עונשו של המשדל הינו כשל המבצע העיקרי, חל גם על עבירת השידול לרצח, וכי עונשו של המשדל לרצח יהיה כעונשו של הרוצח-מאסר עולם ועונש זה בלבד.

ניסיון לשידול סעיף 33

זוהי גזירה כפולה שלכאורה אסורה, אלא שנקבעה בחוק בסעיף 33 (סממן לחומרתה). יתכנו שלושה מצבים של ניסיון לשידול:

1. מצב שבו חרף ההתנהגות המשדלת המשודל לא ניגש לביצוע העבירה (לא ניסע לבצעה וגם לא שידל אחר).
2. מצב בו ההתנהגות המשדלת לא פעלה את פעולתה על המשודל משום שלא השולמה (דוג: מכתב שנשלח והגיע לדיינים אחרות).
3. מצב בו יש התנהגות משדלת, והעבירה בוצעה ע"י המשודל, אלא שנעדר קשר סיבתי בין השניים (דוג: המשודל כבר גיבש את ההחלטה לבצע העבירה, או שכבר ביצע העבירה לפני השידול).

העונש על ניסיון לשידול הוא מחצית מהעונש על העבירה המקורית.

שידול לשידול

שאלה שעלתה בפסיקה היא האם ניתן לבצע גזירה נוספת לעבירת השידול? א' שידל את ב' ששידל את ג'.

לכאורה, מלשון החוק לא ניתן לבצע גזירה נוספת- הדיעה הייתה שניתן להאשים את א' בניסיון לשידול בלבד, היות והשידול לא צלח, ובי' לא ביצע את העבירה אלא שידל מישהו אחר (בי' יואשם בשידול).

אבל ב**פס"ד סוגאקר** (לאחר תיקון 39) קבע ביהמ"ש העליון כי מקום בו קיים שירשור של משדלים, קמה צורת אחריות של שידול, ואין המעשה נותר בגדר ניסיון לשידול, גם אם בסופו של דבר לא עלה בידי המשודלים להשלים את העבירה.

פטור עקב חרטה- ס' 34- (נכון לשידול, לסיוע ולניסיון לשידול). הפטור ניתן אם:

- מנע את עשיית העבירה או השלמתה (בפועל) או
 - הודיע מבעוד מועד לרשויות על העבירה, לשם מניעתה או השלמתה, ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת.
- אבסורד- למבצע לא ניתן פטור, אך לשותפים העקיפים כן.

סעיף זה נבדל מסעיף 28 (פטור מעבירת ניסיון) שבו חובה להוכיח שהפסקת העבירה נבעה מחרטה מתוך מניע מוסרי, ואין חשיבות להשלמת העבירה. בסעיף 34. (א) אין חשיבות למניע החרטה, וחובה למנוע בפועל את השלמת העבירה או לפחות להודיע לרשויות בזמן.

המסייע סעיף 31

המסייע הוא שותף משני ועקיף, שאינו נוטל חלק בביצוע, ומצוי במעגל החיצוני של העבירה. בשעה שהמבצע עושה מעשי ביצוע, המסייע עושה מעשים שנועדו לאפשר את הביצוע ("להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, או כדי לתרום בכל דרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה"). לעיתים די בנוכחותו של המסייע בזירת העבירה, כדי להטיל עליו אחריות פלילית מכח חוק העונשין.

הנוסח שהוצע: "עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע" = אובייקטיבית איפשר את הביצוע. הנוסח שהתקבל: "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע..." = מטרה סובייקטיבית, רצה לסייע.

עבירת הסיוע היא עבירה התנהגותית מסוג מטרה, כך שאין צורך להוכיח את הצלחת הביצוע אלא קשר סיבתי.

יסוד עובדתי: יש להוכיח מעשה ונסיבות.

רכיב התנהגותי - "עשה מעשה" - הוכחה של מעשה כלשהו. מנוסח החוק די בכך שהמסייע עשה מעשה, גם אם לא היה לו פוטנציאל לאפשר את הסיוע.

אלא ששופטי הרוב ב**פס"ד פוליאקוב** קבעו באוביטר, כי נדרש איפיון אובייקטיבי מינימליסטי של המעשה, כבעל סגולה לסייע. אמרת אגב זו התקבלה ב**פס"ד פלוני** ע"י השופט ברק שאמר כי המעשה צריך להיות מסוגל לסייע להגשמתה של העבירה העיקרית, אם כי לא נדרש כי ההתנהגות המסייעת תהיה אפקטיבית או כי הסיוע יהיה תנאי בלעדיו לא הייתה מתגבשת העבירה.

גם הבטחה לסייע, אפילו אם לא התממשה, היא בגדר סיוע, היות והמבצע מסתמך על ההבטחה.

האם נוכחות בזירת העבירה מכניסה בהכרח את הנוכח לגדר מסייע?

סעיף 31 אינו דורש רכיב נוכחות, ולכן אדם יכול להיחשב למסייע גם אם לא נכח בזירת העבירה. אולם קיימת חזקה עובדתית (=שניתן לסתור ע"י הוכחת ספק סביר) שלפיה נוכחות אדם בזירת העבירה, שאינה נוכחות מקרית, מלמדת על כך שאותו אדם הוא בגדר מסייע לפחות.

פס"ד ירחי - תיכנן עם שני חבריו להצית בית כנסת. המחוזי קבע כי שני חבריו נכנסו לחצר בית הכנסת בעוד המערער עמד ליד הגדר, ולאחר ששמע קול ניפוץ זכוכית וראה עשן, נסוג לביתו. לטענתו, אין במעשים אלה משום סיוע וכן אין מתקיים היסוד הנפשי הדרוש לעבירה. נקבע כי נוכחותו לא הייתה תמימה ונועדה לסייע לביצוע העבירה (היה תצפיתן), והוא הורשע בסיוע להצתה. בעליון פסק השופט ריבלין כי נוכחות בזירת העבירה היא עובדה נטרלית אך קיימת חזקה כי הנוכח הוא לפחות מסייע.

האם אפשר לסייע בדרך של מחדל?

מבחינת לשון החוק אין בעיה, וניתן לסייע במחדל ("עשה מעשה" = "לרבות מחדל").

יש להבחין בין שני מצבים:

סיוע במחדל לעבירת עשה - בנקאי יודע שיתבצע שוד ולא נועל את הבנק, ע"מ לאפשרו - אין קושי.

סיוע במחדל לעבירה מחדלית - האם אפשר לסייע במחדל לעבירה מחדלית?

שאלה זו נדונה לראשונה בהרחבה ב**פס"ד וייצמן** - מוטי, אורנה וקרן נסעו ברכבו של ויקטור, שנהג בפראות, ובמהלך הנסיעה פגע בשוטר אשר סימן לו לעצור, כשניסה להתחמק ממנו. לאחר הפגיעה, אורנה וקרן שתקו, ומוטי אף אמר לויקטור "סע סע". ויקטור לא עצר, וכל הארבעה המשיכו בנסיעה, בלי לחוש לעזרת השוטר אשר נפטר מן הפגיעה. ויקטור הורשע בעבירת הריגה קלאסית (העליון הפחית את החומרה לגרם מוות ברשלנות, בטענה שויקטור לא היה קל דעת). מוטי עשה מעשה באומרו "סע סע".

אורנה וקרן שצרחו וראו את הרג השוטר, אך לא ביקשו מויקטור לעצור ולסייע, הורשעו בכך שסייעו במחדל לבצע עבירה של הפקרה לאחר פגיעה ועבירה של אי-דיווח. עירעורן במחוזי נדחה, ובעליון התקבלה רשות עירעור, שצומצמה לשאלה - האם ניתן לבסס אחריות פלילית על דרך מחדל לעבירה מחדלית?

השופט חשין הציג 3 אסכולות בפס"ד זה, וד"ר קוגלר במאמריו הוסיף אסכולה נוספת:

1. **אסכולת החובה המפורשת** - (אסכולה מלפני תיקון 39) נדרש מקור חובה סטטוטורי מפורש, ע"מ להרשיע אדם המסייע על דרך של מחדל.
2. **אסכולת הזיקה המיוחדת של קרמניצר וליאת לבנון מורג** - נדרש מקור חובה סטטוטורי וכן זיקה מיוחדת. לגישתם יש לבצע בחינה דו שלבית - בשלב הראשון יש לאתר מקור חובה (פלילי או לבר פלילי). בשלב השני יש לבחון האם אותה חובה סטטוטורית מבוססת על זיקה מיוחדת בין החדל לסכנה, או לקורבן. לגישתם בעבירת ההפקרה חובת הפעולה חלה על הנהג בלבד, היות והוא הכתובת לתבוע ממנה את האחריות (עבר הכשרה, מתפעל הרכב, יוצר הסיכון). (יש לציין כי חשין הציג אסכולה זו תוך התייחסות לזיקה המיוחדת בלבד, אך קרמניצר הבהיר כי גישתו מחייבת גם איתור מקור חובה).
3. **אסכולת הסיוע הנגזר מהעבירה העיקרית של פרופ' פלר ופרופ' גבי הלוי** - יש צורך במקור חובה לעבירה העיקרית, אך לא לעבירת הסיוע הנגזרת ממנה. למעשה ברגע שקיימת חובה על המבצע (הנהוג ברכב) היא מקרינה גם על המסייעים (הנוסעים שאיתו).
4. **ד"ר קוגלר** - יש צורך במקור חובה גם לגבי המסייע, אך החובה ע"פ דין יכולה להיווצר בפסיקת ביהמ"ש, שכן המונח 'דין' כולל גם פסיקה, ובלבד שזו תחול מכאן ואילך.

חשין נוקט בגישת ביניים, ומהלך בין האסכולה של פלר לזו של קוגלר - הוא שואב את מקור החובה של המסייע מהחובה שבעבירה העיקרית החלה על הנהג (גישת פלר), אלא שבהמשך מצהיר כי עמדה המוותרת על מקור חובה לסיוע במחדל, יש בה הרחבת יתר של האחריות הפלילית. לכן למרות שע"פ אסכולת פלר אין צורך בחובה נפרדת על המסייע, ההחלטה אם להטיל אחריות פלילית במקרה מסוים, תעשה ממקרה למקרה ע"פ נסיבות העניין (חשין למעשה יצר אסכולה נפרדת ובכך גישתו מתקרבת לגישת קוגלר). הוא ממשיך ואומר - ככל שהעבירה העיקרית חמורה יותר ופוגעת יותר בסדרי החברה, כך תתעצם ותלך נכונותנו להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך של מחדל. למעשה הוא אומר שיש כאן חובה מוסרית, ושיקולים ערכיים יהיו שיקול מן המעלה הראשונה.

פס"ד ימיני וסימון - סימון נהג ברכב, שפגע והרג את מיטל אהרונוסון, ופצע אנושות את מלי יזדי. ימיני ישב לצידו. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את סימון בעבירת הריגה והפקרה, ופסק 20 שנות מאסר, ואת ימיני כמבצע בצוותא לעבירת ההפקרה ופסק 5 שנות מאסר. הם עירערו לביהמ"ש העליון שקבע כי עונשו של סימון כבד מדי, וקיצרו ל-14 שנים. את ימיני הוא מסווג כמסייע ומטיל עליו שנתיים וחצי. כשנדרש השופט יצחק עמית להכריע האם נדרש מקור חובה לעבירת סיוע על דרך מחדל, ציין כי פטור מלדון בשאלה זו שכן חשין הכריע זאת בפס"ד וייצמן, והיות ועובדות המקרים כמעט זהות, הוא הולך בדרכו לצורך הכרעת הדין. חרף זאת הוא סוקר את הגישות השונות (כפי שהוצגו בפס"ד וייצמן ע"י חשין, ומאוחר יותר ע"י ד"ר קוגלר) ומבקר אותן, ומשאיר בצריך עיון את שאלת האסכולה הנבחרת.

רכיב נסיבתי

1. עיתוי הסיוע - יש להוכיח כי היה לפני או במהלך ביצוע העבירה. אם היה לאחר ביצוע העבירה, מדובר ב"מסייע לאחר מעשה" לפי סעיף 260. [במידה והייתה הבטחה מוקדמת לסייע לאחר המעשה, מדובר במסייע לפי סעיף 31. עיתוי ההבטחה הוא שנחשב]
2. תחילת ביצוע העבירה ע"י העבריין העיקרי - נקבע **בפס"ד פלונית** כי לעניין אחריות המסייע, אין נדרש כי העבירה העיקרית תושלם, די בכך שהעבריין ניגש לביצוע (אינדיקציה - אם ניתן להרשיע את המבצע העיקרי בניסיון, אז ניתן להרשיע את המסייע בסיוע).

יסוד נפשי

ההלכות הנוגעות ליסוד הנפשי של המסייע עברו מספר תהפוכות במרוצת השנים: ע"פ הנוסח שהוצע - "שהיה בו כדי", די במודעות הנאשם לכך שהוא מסייע לעבריין העיקרי, כדי שנטיל עליו אחריות פלילית כמסייע. דהיינו, לא נדרשת הוכחת מטרה. אלא שבנוסח שהתקבל הושמטו המילים "שהיה בו" בשל טעות, כך שהמילה "כדי" לבדה, מעידה על יסוד נפשי מוגבר של מטרה. שאלה שנשאלה בעקבות הנוסח שהתקבל - **האם בנוסף לרכיב המודעות, יש צורך גם במטרה לסייע לעבריין העיקרי?**

ביהמ"ש נדרש לענות על שאלה זו לראשונה לאחר תיקון 39 **בפס"ד פוליאקוב** - דימה היה נהג במכון ליווי ובאחד הערבים הסיע שלושה מעובדי המכון וזונה. במהלך הנסיעה היה עד לחניקתה והריגתה של הזונה, ואף לזריקת הגופה וכיסוייה באבנים. נאמר לו לשתוק ולהמשיך בנסיעה וכך הוא עשה. השאלה שעלתה היא מה חלקו של דימה? המחוזי הרשיעו בסיוע לרצח. במסגרת העירעור ביהמ"ש העליון שאל את עצמו מהו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה כמסייע?

מצא וטירקל בדעת רוב- היסוד הנפשי הנדרש הוא מודעות בלבד, ואין צורך שהמסייע יפעל במטרה לסייע לביצוע העבירה. קביעה זו למעשה סתתה מלשון החוק. לטענתם המילה "כדי" מתארת את היסוד העובדתי האובייקטיבי של העבירה ולא היסוד הנפשי. סיבה נוספת היא, שמקום בו לא נאמר כי היסוד הנפשי הדרוש כולל רכיבים אחרים או נוספים (=עבירה שותקת), אזי שהעבירה אינה מצריכה יותר ממחשבה פלילית, דהיינו מודעות (טענה בעייתית- העבירה אינה שותקת!!). בנוסף לטענתם תפקיד השופטים הוא לאבחן בין המבצע למסייע, שעונשו חצי מהעבירה המקורית. אם נדרוש מהמסייע גם יסוד נפשי של מטרה, נקרב אותו למבצע העיקרי, ואז מה ההצדקה להטיל עליו חצי מהעונש? **השופט אנגלרד בדעת מיעוט- יש צורך במודעות לכך שהמעשה מסייע+ מודעות לביצוע העבירה+ מטרה לסייע למבצע העיקרי+ יסוד נפשי התואם את היסוד הנפשי הדרוש בעבירה המושלמת.** למרות זאת אנגלרד לא מזכה את דימה, אלא מכיל את הלכת הצפיות החקיקתית ומרשיעו בסיוע לרצח.

נוצרה מבוכה- לשון החוק אינה תואמת את דברי ההסבר של החוק, שמתייחסים לנוסח המקורי שלא התקבל בגלל טעות! עוד לא יבשה הדיו על הביקורת שנמתחה על דעת הרוב בהלכת פוליאקוב וההלכה התהפכה:

פס"ד פלונית- נערה צעירה אשר סייעה לחברה לרצוח מדריך בפנימייה, הלכה איתו לקנות סכין, הדריכה אותו אך לחתוך את המדריך ואף עזרה לו לבחור את הבגדים שילבש בעת הרצח. ביהמ"ש מרשיעה בעבירה של סיוע לרצח, וקובע הלכה באשר ליסוד הנפשי של עבירת הסיוע, במסגרתה הוא מאמץ את דעת המיעוט של אנגלרד בפוליאקוב בסטייה קלה: הלכת פלונית קובעת כי לגבי עבירת הסיוע **יש צורך בנוסף למודעות לרכיבים העובדתיים ולכך שמסייע, גם מטרה לסייע לעבריין העיקרי.** החידוש הוא, שהשופט ברק קובע כי ניתן להחיל את הלכת הצפיות הפסיקתית על עבירת הסיוע, דהיינו די בכך שהנאשם ידע ברמה גבוהה של הסתברות/אפשרות קרובה לודאי שהמעשה יסייע, ואין הכרח שרצה לסייע (ברק שינה את הלכת אנגלרד, שהכיל את הלכת הצפיות החקיקתית, היות וסעיף 20(ב) אינו חל על עבירות מטרה).

פס"ד יוסובוב- הורשעה בסיוע לניסיון לרצח, בשל ידיעתה על ניסיונותיו של חברה הפלסטיני לבצע פיגועי טרור בישראל, בשל העזרה שהושיטה לו ובשל נוכחותה בזמן שביצע פעולות בעניין זה. השופט ריבלין קבע מספר קביעות חשובות:

1. באשר ליסוד הנפשי של המסייע- נדרשת מודעות ומטרה (הולך בדרכו של ברק בפלונית).
2. מכיל את הלכת הצפיות הפסיקתית על עבירת הסיוע (הולך בדרכו של ברק בפלונית).
3. מכיל לראשונה את דוקטרינת עצימת העיניים, כתחליף למודעות לרכיבי העובדתיים של עבירת הסיוע מכח סעיף 20(ג)1. דהיינו גם אם אין מודעות לסיוע מספיק שחשד ונמנע מלברר. למעשה, הלכת הצפיות הפסיקתית החליפה כוונה, ודוקטרינת עצימת עיניים החליפה מודעות.

כאשר העבירה היא תוצאתית, הדורשת יסוד נפשי של כוונה, האם נדרש כי גם המסייע יתכוון לכך שהמבצע העיקרי יממש את כוונתו?

לדוג: עבירת הרצח- האם נדרש שהמסייע רצה שהקורבן ימות? אנגלרד למעשה קבע שכן, באומרו שנדרש יסוד נפשי התואם ליסוד הנפשי שבעבירה המקורית. ברק בפלונית השיב על כך בשלילה, בקביעתו כי המילה "כדי" מלמדת על כוונתו של המסייע לסייע לעבריין העיקרי, אך אין להסיק מכך כוונה שהעבריין העיקרי יגשים את כוונתו.

עונשו של המסייע מחצית מעונשו של המבצע ע"פ ס' 32.

מה קורה כאשר אדם הוא גם משדל וגם מסייע? (לדוג: גם משדל וגם מספק אמצעי) **אופציה 1-** להטיל אחריות פלילית כמבצע בצוותא- אומרים שרמת מעורבותו כ"כ גבוהה, שאפשר לצרף את השידול והסיוע, ושניהם הופכים אותו למבצע עיקרי. פלר ציין בספרו כי שילוב התרומה במישור המנטלי (שידול) עם התרומה במישור המעשי עובדתי (סיוע), מצמיח שותפות ששקולה לביצוע העיקרי. ראשיות השידול ומשניות הסיוע, משוות האחריות למבצע. **אופציה 2-** להטיל אחריות פלילית כמשדל- צריך לבחור צורה נגזרת אחת. שידול חמור מסיוע.

הבחנה בין מבצע בצוותא למסייע
לסיווג זה משמעויות ונפקויות רבות:

- עונשו של המסייע הוא מחצית מעונשו של המבצע (עובר לתיקון 39 העונשים היו זהים כך שלא הייתה נפקות ממשיית למבחנים).
- המבצע בצוותא נושא באחריות לעבירה שונה או נוספת ע"פ סעיף 34א, ואילו המסייע נושא באחריות כעבירה של רשלנות בלבד (אם העבירה הנוספת נעברה בכוונה, אחריותו תופחת לאדישות- בעבירת רצח למשל יורשע המסייע בהריגה).
- סעיף 34(א) מעניק פטור עקב חרטה למסייע ולמשדל, אך לא למבצע.
- בניגוד לביצוע, סיוע לעבירות מסוג חטא אינו עניש.

חרף ניסיונותיו של תיקון 39 להגדיר במדויק מיהו מבצע ומיהו מסייע, עדיין ישנו תחום אפור עמום ביותר, שבו מתעורר קושי לסווג את השותפים. אין מבחנים לכך בחוק העונשין, אך גם בתי המשפט וגם מלומדים, נרתמו לסייע לבית המשפט לערוך הבחנה נכונה בעזרת מבחנים:

1. **מבחן השליטה הפונקציונלי**- המבחן העיקרי בפסיקה לאחר תיקון 39. ע"פ מבחן זה אם לאחד השותפים ישנה שליטה פונקציונלית, יחד עם השותפים האחרים על התפתחות העניינים, הרי שהוא מבצע בצוותא. ההנחה היא שמבצעים בצוותא פועלים ביחד, ולכן בידי כל אחד מהם נתון גורלו של הביצוע כולו. כל אחד מהם יכול להכשיל את התכנית אם ימשוך ידו ממנה, או שלפחות תהיה זו עבירה שונה. לכן מבצע בצוותא הוא שותף אשר הפונקציה שלו בביצוע העבירה היא מהותית וחיונית, לעומת מסייע שלו אין שליטה על התפתחות העניינים, ועל כן אומרים שהוא מבצע מעשי עזר הנפרדים מהביצוע. מבחן זה אומץ בים השאר בפס"ד פלוניס (שוק הקצבים), ובמשולם. מבחן זה בעייתי, משום שהוא מוציא מתחום המבצעים בצוותא, משותפים שאין זה ראוי להוציאם ממנו (בפס"ד פלוניס טל סווג כמבצע בצוותא למרות שלא הייתה לו שליטה). לכן מבחן זה אינו בלעדי.
2. **המבחן האובייקטיבי (העובדתי)** של פרופ' מירי גור אריה- יש לבודד את חלקו של השותף, ולהתייחס רק ליסוד העובדתי של ביצועו- אם מעשיו נכנסים למתחם הניסיון- נגדירו כמבצע. אם מעשיו מעשי הכנה בלבד- נגדירו כמסייע.
3. **המבחן המשולב** (גם "מקבילית הכוחות") של פלר- אומץ ע"י גולדברג במרקדו וע"י מצא במשולם. משלב שני מבחנים: הראשון מצוי במישור העובדתי, וביטויו באיכות התרומה הפיזית של עושה העבירה. השני מצוי במישור הנפשי, ועומד על היחס החפצי של השותף בביצוע העבירה. סיווגו של שותף כמבצע בצוותא או כמסייע מתקבל כתוצאה מסינתזה של שני מבחנים אלו- ככל שהיסוד הנפשי גבוה וחמור יותר, יש מקום להסתפק בדרגה נמוכה יותר של יסוד עובדתי ולהיפך (יש לציין כי אין לוותר על היסוד הנפשי לגמרי).
4. **מבחן התכנון המוקדם** של הביצוע הפיזי של העבירה של פרופ' גבי הלוי- השתייכות השותף לביצוע או לסיוע, נעוצה בהשתתפותו בתכנון המוקדם של העבירה. פרופ' הלוי מצא כי המכנה המשותף של רוב המקרים שבהם הורשעו נאשמים כמבצעים הוא שותפות בתכנון ולכן- השתתפות העושה בתכנון המוקדם תוביל לסיווגו כמבצע בצוותא, ואי השתתפותו בתכנון המוקדם תוביל לסיווגו כמסייע.

פס"ד פלוניס / שוק הקצבים - ארבעה נערים תכננו פיגוע בשוק הקצבים, בעקבות מותו של כהנא, ע"מ לפגוע בערבים. נחמיה זרק את הרימון, גרשון וזאב נטלו חלק פעיל בביצוע וטל שנטל חלק בתכנון לא השתתף בפיגוע, היות והיה חולה (ביקש שידחו את הפיגוע, ומשסרבו אמר להם "תעשו"). בפיגוע נהרג אדם אחד ושבעה נפצעו. כל הנאשמים היו בני 15.5-16 והועמדו לדין בשל אחריותם לעבירות הרצח, ניסיון לרצח וקשירת קשר. המחוזי ראה בטל מנהיג החבורה, ולכן סיווג אותו כמבצע בצוותא. במסגרת העיור לעליון, טען טל שאין לסווגו כמבצע בצוותא, משום שלא השתתף בפיגוע עצמו. זהו הפס"ד הראשון שבו נטו השופטים לסווג את מי שנטל חלק בתכנון כמבצע בצוותא, למרות שלא נכח כלל בזירת העבירה. העירעור של כולם נדחה- ע"פ חוק הנוער מאסר עולם הוא מקסימלי ולא חובה- נחמיה קיבל 15 שנות מאסר כמבצע עיקרי, גרשון וזאב קיבלו 10 שנים, וטל קיבל רק 5 שנים. למעשה למרות שטל סווג כמבצע בצוותא ביהמ"ש לקח בחשבון את העובדה שלא נטל חלק פעיל בביצוע, ולכן עונשו היה חצי מעונשם של האחרים- כמו עונש על סיוע. מכאן שלמרות שאין נפקות לנוכחות, ביהמ"ש מתחשב בכך.

5. **מבחן הסנקציה הפלילית** של השופט חשין- בפס"ד מרדכי קבע חשין מבחן חדש לפיו הבדיקה תיעשה בשלב ראשון ע"פ הערכת מעשיו של הנאשם מבחינת הסנקציה הפלילית. לאחר שנקבע מה העונש המגיע לו נסווג אותו בהתאם (חשין הופך את הסדר). מבחן זה ספג ביקורת רבה ולא התקבל בפסיקה כמבחן בלעדי, למרות שבפועל חשין עשה ואמר מה ששופטים רבים חשבו.

פס"ד ימיני וסימון- דיון מקיף בפס"ד זה עסק בשאלה האם ימיני הוא מסייע לעבירת הפקרה או מבצע בצוותא?

ע"פ ס' 34א, החובה מוטלת על הנהג ברכב. האם השתיקה היא בגדר סיוע או יותר מכך?
ביהמ"ש המחוזי סיווגו כמבצע בצוותא, ונימק את סיווגו בכך ששתיקתו של ימיני היוותה הסכמה למעשה, ועודדה את סימון להמשיך בנסיעה, אך טשטוש הראיות, דומיננטיות ימיני לעומת סימון, והעובדה שימיני לא הודיע לרשויות, הופכים אותו למבצע בצוותא.
בעליון השופט יצחק עמית, אליו הצטרפו יתר השופטים, פסק בניגוד לכך וסיווגו כמסייע, בקובעו:
א. לא ניתן לראותו כמבצע בצוותא, בהיעדר תכנון או קשר מראש.
ב. נוכחות ברכב אינה חבירה ספונטנית, אלא היקלעות לזירה ללא תכנון מראש של עבירת ההפקרה. ג. לא הוכחה שליטה של ימיני על סימון המגיעה לידי ביצוע בצוותא.
מכאן, שאפס המעשה במהלך הנסיעה, והוראתו של ימיני לסימון לטשטש את הראיות, הקלו על סימון לבצע את העבירה ומנעו את תפיסתו, או תרמו בדרך אחרת ליצירת תנאים לביצוע העבירה.
הסיווג השונה בין המחוזי לעליון מעיד על בעייתיות השיטה, היות ואותם מבחנים מובילים לתוצאות שונות (פגיעה בעיקרון החוקיות).

מבחן נוסף שעלה בפסיקה הוא **מבחן המעגלים** - מבצע בצוותא הוא מי שנוטל חלק בביצוע העבירה, ע"י מעשים שמעצם טיבם מצויים במעגל הפנימי של ביצוע העבירה. לעומת זאת המסייע הוא מי שתורם בהתנהגותו לביצוע העבירה, והיות ותרומתו אינה ביצועית, אומרים שהיא נותרת חיצונית למעגל הפנימי של העבירה.
* יש ליישם את כל המבחנים! היות ותוצאות הסיווג עשויות להשתנות ממבחן למבחן.
סיווגו של רב עבריינים:

רב עבריינים הוא למעשה כינוי למנהיג עבריינים שעומד בראש ארגון פשיעה, שבו יש לו שליטה ארגונית על העבריינים הנחותים ממנו (חייליו). המציאות העבריינית של ארגוני פשיעה לא תמיד מתאימה למושגים הרגילים של דיני השותפות, היות ויחסי הכוחות בין רב העבריינים לחייליו שונים מאלה שאנו מכירים. מציאות זו גם לא עונה על כללי המבצע בצוותא, משום שרב העבריינים לרוב שומר על ריחוק פיזי מזירת העבירה, ואינו נוטל חלק פעיל בביצועה (מטיל זאת על חייליו, ואינו מלכך את ידיו).

שאלת סיווגו של רב עבריינים עלתה לדיון ב**פס"ד משולם** - רב שעמד בראש עמותה שמטרתה המוצהרת היא לחשוף את סיבת היעלמם של ילדים מעדת בני תימן בראשית ימיה של המדינה. משולם וחסידיו התבצרו חמושים בביתו והתעמתו עם המשטרה. לאחר שבעה שבועות של התבצרות שוכנע משולם להיפגש עם מפכ"ל המשטרה, שדרש ממנו להורות לחסידיו להתפרק מנשקם ולהסגיר עצמם למשטרה. משולם דחה את דרישתו ואיים בשפיכות דמים. בגין איומיו עצרה אותו המשטרה יחד עם אדם שנלווה אליו. לאחר המעצר ירו חסידיו יריות מגג הבית לעבר מסוק משטרה, וכתוצאה מחילפוי האש אחד מהם נהרג.
השאלה שעלתה היא מה חלקו של משולם?
שופטי הרוב בדיון הפלילי ביטלו את הרשעתו כמבצע בצוותא והרשיעו אותו כמשדל.
על רקע זה נולד הדיון הנוסף בו הייתה מחלוקת: דעת הרוב ראו במשולם מבצע בצוותא של הירי, למרות שלא נכח בזירת העבירה ולא ציווה על חניכיו לירות לעבר המסוק.
השופטת דורנר בדעת מיעוט ראתה בו משדל בלבד משום שמעצרו ניתקם מהתכנית, כך שאף לא נתנו לחסידיו הוראות. בנסיבות אלו ע"פ מבחני הפסיקה הם חדלו להיות מבצעים בצוותא.

יורם רבין ויניב ואקי ציינו שאין הבדל בין הדיעות לגבי הסיווג, משום שהם רואים במשולם דמות אחרת (הרוב אומרים שיש לו שליטה על הביצוע כמתכנן והוגה, ודורנר רואה בו משדל בלבד).
דרך אחרת שהוצעה בספרות אותה מעלה חשין במשולם, היא לראות ברב העבריינים מבצע באמצעות אחר. סעיף 29(ג) מציג רשימה פתוחה של מצבים בהם היה נתון ה"אחר", כך שאפשר להכניס לתוכה כל מצב שמתאים לסעיף (הרציונל הוא שהחיילים הם נשלטים ולכן עונים להגדרת "אחר").
דרך נוספת היא להטיל אחריות פלילית ע"פ החוק למאבק בארגוני פשיעה (2003). סעיף 2(א) מייתר את בדיקת הקשר בין ראש הארגון לעבירות המבוצעות: התפישה היא שקיימת זהות בין ראש הארגון לארגון עצמו (משול לזרועותיו), ולכן אפשר להטיל עליו אחריות פלילית מכח חוק זה, רק ע"י הוכחת היותו ראש הארגון (הסעיף לא דורש יסוד נפשי ועובדתי).

אחריות נגררת - סעיף 34א

העבירה נגררת, היות ולא הייתה בתכנון המקורי. שוד שהתפתח לרצח- היורה הוא מבצע עיקרי לעבירת הרצח. מה לגבי האחרים?

- א. העבירה הנגררת צריכה להיות אגב ביצוע עבירה - צריכה להיות זיקה בין העבירה הנגררת לעבירה המקורית.
- ב. אדם מהישוב יכול היה להיות מודע לעבירה הנוספת - בודקים את מודעות האדם הסביר, אילו היה בנעלי אותו שותף, בתהחשב בידע שהיה לשותף בהתאם לנסיבות. זאת אומרת, נבדוק את האדם הסביר לאור המידע הסובייקטיבי שהיה לשותף.
- אם אדם מהישוב לא יכול היה להיות מודע, אין תכולה לסי' 34א ונזכה את הנאשם מהעבירה הנוספת.
- אם הייתה מודעות של הנאשם לעבירה הנוספת, אין תכולה לסי' 34א והוא יואשם ע"פ דיני השותפות הרגילים.
- ג. ייחוס אחריות :
- מבצע בצוותא - ישא באחריות פלילית לעבירה הנוספת.
- סייג : אם מדובר בעבירה הדורשת כוונה - ישא באחריות פלילית לעבירת אדישות (אותה עבירה עם אותו יסוד עובדתי, אך יסוד נפשי של אדישות. למשל : רצח יומר להריגה).
- מסייע/משדל - ישא באחריות פלילית לעבירת רשלנות.

מבצע עיקרי	רצח בכוונה תחילה 300(א)(2)	רצח תוך ביצוע עבירה 300(א)(3) (פזיזות)	הריגה 298	אינוס 345
מבצע בצוותא	הריגה 298	רצח 300(א)(3)	הריגה 298	אינוס 345
משדל/מסייע	גרמ"ש 304	גרמ"ש 304	גרמ"ש 304	לא נושא באחריות פלילית - אין אינוס ברשלנות.

* במבחן אין צורך לחפש עבירה דומה עם יסוד נפשי של רשלנות. במידה ולא מכירים כזו, מספיק לכתוב שמשדל/מסייע ישא באחריות לעבירת רשלנות במידה וקיימת.

פירוט רב יותר על פסקי הדין (מרבית אלו שהינם בקטגוריית הסילבוס) ימצא בחוברת פסקי הדין.

סוף!

בהצלחה ותודות לכל
המסייעים לדבר עבירה
(הכנת מחברת בחינה זו)...