דיני עונשין

**אבחנה בין משפט פלילי מהותי (נלמד בקורס זה) למשפט פלילי דיוני:**

**משפט פלילי מהותי** עוסק במה צריך להוכיח כדי להטיל אחריות פלילית (כדי ש"הסיפור" יסתיים בהרשעה ובענישה). במשפט הפלילי המהותי, לא מעניין אותנו אם, למשל, צילמו את משה קצב בעת שעשה את המעשה, כי זה עניין ראייתי.  
**משפט פלילי דיוני** מתחלק לדיני ראיות וסדרי דין. דיני הראיות עוסקים ב"איך מוכיחים אשמה", איזה ראיות קבילות ואיזה אינן קבילות. סדרי דין עוסקים ב"איך מתנהל ההליך הפלילי" מרגע שנפתחה חקירה או הוגשה תלונה, זכויות הצדדים וכדומה.  
דוגמה: המשרת של המלך אומר: "המן הכין בחוץ עץ לתלות את מרדכי". האם אפשר להטיל אחריות פלילית על המן? מבחינת דיני ראיות, נצטרך לחשוב אם אפשר להסתמך על עדות המשרת (האם הוא מהימן, האם העדות קבילה). בדיני העונשין נחפש את העבירה המתאימה. אם נבחר את עבירת הרצח, נצטרך לבדוק האם ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בגין ניסיון לרצח (עד איזה שלב צריך לחכות על מנת לתבוע אותו, מן הסתם לא צריך לחכות עד שיבצע את הרצח).

דיני העונשין בנויים כמו מגדל בן שלוש קומות:

1. מה צריך להוכיח עבור כל עבירה.
2. מה צריך להוכיח מבחינת הכוונות, היסוד הנפשי.
3. השלמת המעגל, נגזרות: מתי אפשר להטיל אחריות פלילית לא רק על מבצע העבירה, אלא גם למי שעזר לו, או למתי אפשר להטיל אחריות על מי שנקט מעשים, אפילו שלא השלים את העבירה (בשלב זה נדבר על מסייעים ומשדלים).

דוג'- שי דרומי הרג בדואי שנכנס אליו למשק לגנוב ציוד חקלאי- מבחינה פורמאלית הוא עבר עברה פלילית של המתה, אך כאן נכנס הנושא של סייגים, למרות שיש כאן עברה פלילית יש סיטואציות שהחברה החליטה שלא נכון להטיל עליו אחריות כי יש כאן סייגים, כמו כאן שיש הגנה עצמית ולכן החברה סולחת ופוטרת מאחריות פלילית או אף מצדיקה את ההתנהגות הזו כי מעודדים הגנה עצמית. (צריך לדייק כל סייג לא בכל סיטואציה אפשר להתנהג בהגנה עצמית צריך לבחון את הסיטואציה).

יש הבדל בין השפה הפלילית לבין שפת הרחוב לדוג' במושג מזיד ובמושג אונס. לפי סעיף האונס הקורבן הוא רק אישה. לעומת זאת בשפה היומיומית יש אונס גם כשהקורבן הוא גבר. יש עברות אחרות שיכולות להיות רלוונטיות לגבר- מעשים מגונים או מעשי סדום אבל לא עברת אונס ולא אותה חמורה של עונש.

# מטרת המשפט הפלילי

המשפט הפלילי הוא "מכניזם" שנועד להבטיח חיי חברה תקינים (למנוע "ג'ונג'ל"). המשפט הפלילי מגדיר כללי התנהגות, שמטרתם למנוע פגיעה בערכים בסיסיים או אינטרסים חיוניים של החברה. כוחו של המשפט הפלילי הוא בכך שהוא מטיל סטיגמה חברתית על העובר על החוק, וכן שהוא מטיל סנקציה (העונש או האיום בעונש). כלומר: "סתם" כללים ללא משמעות חברתית – אין בהם כוח. החוק הפלילי הוא אמצעי חברתי קיצוני ופוגע שמטרתו להכווין התנהגות מעצם ההרשעה (סטיגמה חברתית) ומעצם העונש. **הפחד מההרשעה והפחד מהעונש – זה כוחו של המשפט הפלילי.**

דוגמה: בפרשת קצב, למרות שעדיין אין עונש, כבר נעשתה הפגיעה בשל ההרשעה. מחקרים קרימינולוגים מראים שמה שיותר מרתיע זה הפחד להיתפס. מכאן, שיש סיכוי שעבריינים ימנעו מההתנהגות אם יהיו יותר שוטרים, מאשר אם יחמירו את הענישה.

## האם יש קשר בין מוסר לתחום הפלילי?

אין חפיפה בין מוסר לתחום הפלילי. לא כל התנהגות לא מוסרית או לא ראויה היא עבירה פלילית. למשל: הפרת הבטחה או בגידה אינן עבירות פליליות, למרות שאינן מוסריות.

פס"ד ע"פ 706/86, צדקה נגד מדינת ישראל- פס"ד ישן- פס"ד על מישהי שהחבר שלה ניצל אותה מינית. הייתה לה מחלת עור מאוד נדירה ומראה בעייתי והוא ניצל את החולשה שלה להשגת טובות הנאה מיניות כי היא ראתה בו כחבר שלה. השופט מנסה למצוא עבירה מתאימה ומוצא את עבירת העושק- עבירה כלכלית שיכולה להיות גם לגבי טובות הנאה לא כלכליות אך התנאים שלא לא מתקיימים כאן. המסקנה היא למרות שהמעשה לא ראוי ולא מוסרי אין כאן עבירה פלילית. לא כל מה שהוא לא מוסרי והוא גועלי הוא פלילי. יש בכך גם צדק. האופציה הפלילית היא הכי קשה ומרחיקת לכת ומשתמשים בה רק לפגיעות החמורות. אין מעשים פליליים שהם מוסריים.  
**יש להיזהר מפירוש רחב מידי של דברי המחוקק כדי להימנע מתוצאות שהמחוקק לא חפץ בהן, כאשר יוטבע חותם של התנהגות פלילית על מעשים של כל יום.**

לכל משפט פלילי יש שני שלבים: הכרעת הדין וגזר הדין.  
גזר הדין – כמה שנים יקבל הנאשם. לא נעסוק בזה בצורה מפורטת. בכל הסעיפים בחוק קיים העונש שהוא בדרך כלל הענישה המקסימאלית. לשופט יש שיקול דעת אדיר, הוא יכול לתת בין "אפס" עונש לעונש המקסימאלי. ישנם חוקים בהם מתואר גם העונש המינימאלי.   
במשפט הישראלי אין כללים שמנחים את רף הענישה, או שמצמצמים את שיקול הדעת, וזה פתוח לכל שופט. יש עבירות שיש בהן עונש חובה (לשון החוק בעבירת רצח: "מאסר עולם, ועונש זה בלבד"). במשפט הפלילי, אי אפשר להטיל אחריות בגין משהו שהוא "סעיף סל" ערטילאי, כגון "חוסר תום לב".

# שאלת ההפללה

אחד המקומות הראשונים, לבדוק כדי לדעת הגדרה היא פקודת הפרשנות. פקודה זו בסעיף 1 מגדירה- עבירה: "מעשה ניסיון או מחדל שדינם ענישה". עבירה יכולה להתבצע גם על דרך מחדל לאו דווקא במעשה אקטיבי אלא גם במעשה פאסיבי. גם חוסר עשייה יכול להיחשב עבירה, כמו כן ניתן להעניש גם על ניסיון עבירה.   
עונש: "קנס, מאסר או כל ענישה אחרת. ההגדרות הן מעגליות, ומשתמשות במילה המוגדרת בתוך ההגדרה, ולכן קשה לזהות מתי יש עבירה פלילית ומתי לא.

ההגדרה לא עוזרת לשאלה המקדמית, היא שאלת "ההפללה": איזה התנהגות מתאימה להיות עבירה פלילית? הגדרות אלו עוזרות לקבוע אילו מהעבירות בתוך ספר החוקים יחשבו כעבירה פלילית (יש עונש לצידן), ואיזה לא.

**מהי מערכת השיקולים בשאלת ההפללה?**שאלה שהעסיקה מלומדים רבים (לא בישראל). מתי מוצדק להשתמש בענישה פלילית ולאיזה התנהגות. לפי האבחנה הקודמת יותר קל לענות תשובה ביחס לעברות קלאסיות מאשר לגבי עבירות חדשות שהן בשוליים. אפילו אם נקח את הערך הכי גבוה של קדושת החיים וחיי אדם גם לגביו אין הסכמה ויש ויכוח לגבי המתת חסד או המתת עובר. מה הגבולות של הגנה עצמית. כמו בסיפורים של אלאור עזריה ושי דרומי. דברים שלא מוסכמים אוניברסליית ובכל מקום הגבולות קצת שונים.

בכל שאלת הפללה נעשה איזון בין שני שיקולים מרכזיים:   
**אוטונומיה של הפרט.** עקרון האוטונומיה הוא עקרון מאוד בסיסי בשיטת המשפט. ההנחה היא שאיסור פלילי מאוד מגביל את האוטונומיה, כי הוא בעצם אוסר על האדם לעשות דברים שאולי הוא היה רוצה לעשות, וגם מטיל סנקציה מאוד חריפה ואף לעיתים גורם לאדם לשבת מאחורי סורג ובריח. הרעיון הוא שהשלטון לא יתערב במעשים של הפרט. הרעיון התפתח במאה ה-19 על מנת שהשלטון לא ישתלט על הפרט, ועל מנת שכל אחד יוכל לחיות את חייו.  
**טובת הכלל / ערך מוגן.** החברה קובעת מהם הערכים הבסיסיים שהשמירה עליהם חיונית לשם פעולתה התקינה. למשל: הכלל קובע ששלמות הגוף, שלמות הרכוש, בטחון המדינה וכדומה הם כללים וערכים בסיסיים שצריך להגן עליהם גם במחיר פגיעה באוטונומיה.

האיזון בין שני השיקולים הוא זה שמביא לקביעה האם להגדיר התנהגות כעבירה. על כן, התנהגויות הן עבירה כתלות בזמן ומקום. למשל, ייתכן שבזמן מסוים התנהגויות מסוימות היו נחשבות כ"חברמניות", והיום זה נחשב הטרדה מינית. השינויים הטכנולוגיים, והשינויים באורח החיים גם הם מחייבים התאמה של החוק.

**בכל התלבטות בשאלת הפללה יש לאזן בין האוטונומיה של הפרט לטובת הכלל.**

**הצדקה ונימוקים לפגיעה באוטונומיה**- עקרון הנזק של מיל. גישה יחסית קיצונית של ג'ון סטיורט מיל, הקובעת שאסור לשלטון להתערב באוטונומיה של הפרט, אלא אם הפרט גורם נזק לאחר. האוטונומיה של ידו של האחד, נגמרת במקום בו מתחיל האף של האחר. רק אם נגרם נזק לאחר, השלטון יכול לאסור זאת באיסור פלילי ולהתערב.

האם אפשר להצדיק את כל העבירות על פי עקרון הנזק? זה נושא של מחלוקת.

נימוק נוסף להפללה, ששנוי במחלוקת:  
**עקרון הפטרנליזם-** חוקים שנועדו להגן על האדם מפני עצמו, כמו שאב מגן על בנו. למשל: נהיגה ללא חגורת בטיחות, שימוש בסמים. אם אדם לוקח סמים ופוגע רק בעצמו, האם המחוקק צריך להתערב? במקרה זה, אפשר למתוח את עקרון הנזק ולומר שאם אדם פוגע בעצמו הוא בסופו של דבר פוגע גם באחרים (אדם נפגע בתאונת דרכים פוגע במשפחתו, בביטוח הלאומי). מיל מדבר על עקרון הנזק במובן צר יותר, ובעיניים של עקרון הנזק זה לא מוצדק, למשל, לאסור צריכת משקאות חריפים. הטלת האחריות תהיה רק בעת פגיעה באחרים.  
 **פטרנליזם, הגדרה:** הגנה על אינטרס של אדם אחר, מתוך הנחה שהמגן (במקרה שלנו, המדינה, המחוקק) יודע טוב ממנו, מה טוב בשבילו.  
הפטרנליזם פוגע באוטונומיה של הפרט. ויש דיון האם פטרנליזם הוא בסיס מוצדק להפללה או לא? אפשר למתוח את עקרון הנזק ולהגיד שגם אדם שמזיק לעצמו בעצם מזיק לחברה כולה ואפשר להתערב.. זה מרחיב וחורג מעקרון הנזק של ג'ון סטיורט מיל. בארה"ב הייתה תקופה שאסור היה לשתות- לא הענישו על עצם השתייה אלא הענישו מי ששתה ובעקבות כך פגע באחרים.

פטרלניזם זה כן בשפה של מניעת נזק. הנחה שכל אחד מהאנשים מוכן מראש שיגיבלו לו את החירות כדי שהוא לא יצטער לאחר מעשה. חגורת בטיחות- מישהו שעבר ת"ד בללי חגורת בטיחות ונגרם לו אסון, ודאי שהוא היה מעדיף שמישהו היה מכריח אותו מראש לשים חגורת בטיחות וכנראה הוא התנהג בחוסר חשיבה ובקלות דעת. סוג של חתימה על תעודת ביטוח- מסכימים שהמחוקק יבטח אותנו ויאסור עלינו לעשות דברים שמאוד מסכנים אותנו. כמו יוליסס ואי הסירנות- הוא ביקש שיקשרו אותו לתורן כדי שהוא לא יתפתה ללכת אחרי שירתן של בנות הים כי הסיפור אומר שכל המלחים שהתפתו מצאו את מותם בייסורים. הסכמה מראש שימנעו ממני לפגוע בעצמי. יש גם נזקים שהם גם נזקים לאחר אבל הם לא כל כך מוחשיים כמו גניבה ממס הכנסה יש גם פגיעה במישהו ולא רק פגיעה בעצמך. אין עבירה פלילית להתאבד- כי אין את מי להעמיד לדין לאחר המוות. הייתה פעם עבירה על ניסיון התאבדות שביטלו אותה בשנות ה50, כי הגיעו למסקנה שזו לא הדרך לטפל במי שמעוניין להתאבד אלא לתת לו טיפול נפשי ולא להכניס אותו למצוקה נוספת של משפט פלילי. יש עבירה פלילית על מי שמסייע למתאבד או משדל מישהו להתאבד.      
**מוסר-** האם ראוי לאכוף נורמות מוסריות באמצעות דין פלילי? הויכוח הוא בין הארט ללורד דבלין. דבלין טען שתפקידו של החוק לשמור על נורמות מוסריות חברתיות. הארט טען שבחברה של היום יש תרבויות רבות המקובצות יחדיו, והחוק צריך לעסוק רק בפגיעה בזכויות ולא בפגיעה ברגשות. דוגמאות בעניין מוסר: האם לאסור זנות, והאם להפליל גם את הלקוחות. היום במדינת ישראל אין איסור לעסוק בזנות, האיסור הוא על הסרסור או על אחזקת בית בושת. התפיסה היא לא התפיסה המוסרית, אלא הרצון להגן על הקורבנות.

יש הרבה מאוד מתנגדים לשימוש במשפט פלילי לאכוף נורמות מוסריות. דוגמה: עד 1988 היה בישראל איסור למשכב זכר בהסכמה. היום אי אפשר בכלל לדמיין משפט פלילי להומוסקסואלים בשל היותם. אי אפשר לחשוב על כך שהכנסת תחליט מה ראוי או לא מבחינת מוסר (האם ראוי להפליל לקוחות המשתמשים בשירותי זנות, בשם המוסר?).

היום הטיעון הזה של אכיפת מוסר כבסיס להפללה לא כ"כ מקובל, כי כל התפיסה היא של מוסריות יחסית ואין אמות שמוסכמות על כולם. מוסר כשלעצמו לא מצדיק הפללה. אך כן יש ויכוח הלורד דבלין אומר שהדבק של חברה הוא המוסריות שהם מסכימים עליהם ובית הלורדים לקח את עצמו כשומר של המוסר. כל דיון בהפללה לוקח בחשבון את העיקרון של אוטונמיה של הפרט, ומנגד את טובת הכלל. יש אינטרקציה תמידית ביניהם. צריך לאזן בין החירות של הפרט לעצב את חייו ככל העולה על רוחו לבין טובת הכלל- קביעה חברתית שנקבעה בהחלטה דמוקרטית מה הם האינטרסים החיוניים לקיומה התקין. רשימה של ערכים מוגנים שמבטיחים שמירה על תפקוד של החברה- שמירה על שלמות הגוף, הרכוש, שמירה על בטחון המדינה. ערכים שגוברים לפעמים על טובת היחיד וחירותו להחליט מה שהוא רוצה.  החברה יכולה להתווכח לגבי האינטרסים האם אפשרי להפליל אותם או לא. דיון זה הוא עקרוני. יש 3 דברים נוספים שצריך להביא גם כן בחשבון בהחלטה הסופית:  
1**.** **עקרון המינימאליות (שיוריות)-** עקרון שאומר שהמשפט הפלילי צריך להישמר רק להתנהגויות ולפגיעות החמורות יותר. לא כל מעשה ופגיעה מתאים לסנקציה פלילית. אפשר לדלות את העקרון הזה מחוק יסוד האדם וחירותו- פגיעה במידה ראויה. בנוסף העקרון מחייב שתהיה פרופורציה בין חומרת המעשה לבין חומרת העונש- איזה עונש ניתן לפי ההתנהגות עצמה.

**2. יעילות ההפללה**. עוד מסננת שצריך לעבור. גם אם מוצדק להטיל אחריות פלילית לפעמים האכיפה וההתערבות הפלילית היא בלתי יעילה או דורשת הרבה משאבים באופן שעדיף להשאיר את ההתנהגות ולא להתערב. למשל- כשהיה איסור עד 88 של יחסים הומוסקסואלים בישראל נכנס שיקול של יעילות- מה היעילות לאסור משהו שנעשה בחדרי חדרים? איזה משאבים זה דורש מהמשטרה כדי לחשוף מקרים שכאלו. אין בכך יעילות.

**3.** **הלימה- לא ליצור פער גדול בין עמדת המחוקק לעמדת הציבור**- לא נכון ליצור חוקים פליליים, כאשר יודעים שהרבה אנשים יזלזלו בהם, ויעברו על החוקים כי זה נוגד את התפיסה הציבורית. זה עלול לגרום לכך שהמשפט הפלילי יאבד מכוחו כסטיגמה. מדובר כאן גם על אי יצירת חוקים שנוגדים את המוסר הציבורי, כגון יצירת חוקים גזעניים.  
נכון שלמשפט הפלילי יש כוח מחנך, גם בהקשר לאנשים שומרי חוק, אך יחד עם זאת, זה דבר מקובל לא ליצור פער גדול.

בעניין העקרונות הנ"ל ניתן להזכיר את נושא הפירסינג, למשל. מדובר באדם שפוצע את עצמו, אבל מצד שני, לא הגיוני להפוך פירסינג לעבירה פלילית, מכמה סיבות: משום שיש כאן פגיעה באוטונומיה האישית, משום שיש כאן פגיעה בעקרון המינימאליות, ומשום שזה יוצר פער בין החוק לבין התפיסות החברתיות ועוד.

אנחנו בדקנו את שאלת ההפללה- איזה התנהגויות מתאימות לאיסור פלילי- מצד אחד האוטונומיה של הפרט, ומצד שני לראות מה טובת הכלל שמחייבת כן לאסור חלק מהבחירות באיסור פלילי. 3 בסיסים להפליה- עקרון הנזק, פטרנליזם ומוסר (פחות מקובל). ועוד מסננים של מינימאליות ויעילות. דיון זה רלוונטי לעולם אוטופי או לכתיבה אקדמית לבחון האם הסדרים פליליים רצויים או לא, אך אין תשובה חד משמעית.

**נושא הזנות כדוגמא:**  
בסיסי הפלייה שונים. האם לאסור זנות מטעמי מוסר או לא? עומד לדיון בכנסת הנושא של הפללת לקוחות זנות. אין עבירה פלילית לצורך שירותי זנות בכסף, רק אם מדובר בשירותים בקטינים. אין גם עבירה על הנשים עצמן שעוסקות בזנות. יש איסור על המנגנונים אסור להחזיק בית בושת. נקודת מבט שונות שכל אחת מתייחסת לתופעה בעין שונה ויוצרת הסדרים פליליים שונים. אכיפת מוסר היום זה משהו פחות מקובל להשתמש בו כדי לעשות איסורים פליליים. ערך אוטונומית הפרט וערך של חופש הבחירה הפך לערך המרכזי השולט. גם בחוק שלנו יש בסיסי הפלייה שונים. סה"כ החקיקה הפלילית בישראל היא ישנה, מקורות עוד מהמנדט הבריטי, ויש הרבה ספיחים של העמדות מוסריות. אחת מעבירות המין הקיימות נקראת מעשים מגונים. מעשה מגונה= ס' 348 לחוק העונשין. מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. השורש הוא מוסרי.

כשמתייחסים לזנות בצורה אחרת בסיס ההפליה שונה ואז גם הענישה. בגדול יש 4 דרכים וגישות מרכזיות שאפשר להתייחס לזנות:  
 1. התייחסות לזנות כהתנהגות שפוגעת במוסר- לא ראוי. אם זו התנהגות שפוגעת במוסר, הדיונים שהיו באנגליה סביב שנת 57, ההשלכה של כך היא לאסור באיסור את כל השותפים להתנהגות הזאת. התנהגות שרוצים למגר אותה, לא נסכים שהמשתתפים יצאו נקיים ממנה. עונש לנשים עצמן שעוסקות בזנות, עונש לסרסורים ומחזיקי בתי הבושת ונעניש את הלוקחות כי המעשה לא מוסרי ולכן נעניש כל מי שמעורב בכך. יש ויכוח האם נכון או לא נכון לאכוף מוסר.

2. זנות היא התנהגות שפוגעת בקורבן- עם עליית תפיסות פמיניסטיות, גישה שמצביעה על כך שאי אפשר לדבר על זנות כאילו אין כאן קורבן- הקורבן אלו הנשים שעוסקות בכך, ואולי אפילו ציבור הנשים בכלל נפגע מכך שיש דבר כזה זנות. יש כאן פגיעה ישירה ואנושה באחר. צריך להרשיע את הלקוחות, את המעסיקים אבל לא את הנשים עצמן הן קורבן.

3. זנות כמטרד- אנחנו לא פקחים של המוסר, אבל לא רוצים שהזנות תהיה בציבור כי זה מטריד לחברה. יכול להיות בחדרי חדרים אך לא יכול להפריע לציבור. פס"ד הלינה צימרמן - משטרה תתערב רק אם יש תלונה של שכן שזה מפריע לו. אפשר לעשות איזורים בפרברי העיר או באיזורי תעשייה אך לא נאפשר זנות רחוב או שידול ברחוב כי יש בכך מטרד. הסדר שזה יהיה במקום מסוים, אפשר גם להוסיף פיקוח של תעבורה כדי למנוע מחלות.

4. זנות כעבודה- גישה שיוצאת כנגד פמיניסטיות. זכותן של הנשים הללו לבחור את העיסוק שלהן. חופש העיסוק. כמו שאיש שעוסק באיגרוף משתמש בגוף שלו לצורכי פרנסה, כבאי ושוטר מסכנים את גופם וכמוכן זכותן של הנשים לעבוד באמצעות הגוף שלהן. צריך רק לפקח שאין ניצול אלא שהן מקבלות תנאים סוציאליים. בפועל כשרואים מקומות כאלו לא נראה שהנשים באמת בוחרות בכך, אלא הן הגיעו לזה בלית ברירה וכתוצאה מתנאי חיים קשים.

בחנו את אותה סוגיה בגישות שונות ובהתאם לכך בסיסי הפלייה שונים ומושאי ענישה שונים.  
בדין הישראלי הקו המנחה שאסור אלמנטים של ניצול ולא זנות עצמה אסורה, ולכן גם לקוחות וגם הנשים לא מופללים. כן נשמעת טענה שנשים מסכנות אלו נפגעות מכך שלא אוסרים את הזנות ולא אוסרים לצרוך את הזנות, אלא רק אוסרים הקמת בתי בושת- ואז הן לא יכולות להיות במקומות מסודרים ורק מרע את המצב שלהן. אפשר כבר להיכנס לאבחנה בין זנות חופשית לבין סחר בנשים.

**הזנות היא דוגמא לבסיסי הפללה שונים.**

**עבירות מין:** מדגים גם את הדברים שדיברנו עליהם- 1. השפה המשפטית ושפת הרחוב שונות. 2. שאריות של תפיסות שמרניות מוסריות.   
סימן ה' בפרק שעוסק בפגיעות בגוף, הכותרת- עבירות מין. בעבר הכותרת הייתה עבירות נגד המוסר, השינוי של הכותרת מבטא שינוי בתפיסה. אלו לא עבירות נגד מוסר אלא עבירות שיש בהן קורבנות ולכן זה עבירות מין. בעבירות אלו יש חומרה מיוחדת שפוגעת באישה שנפגעת, בציבור הנשים שחושש להיפגע. יש גם פגיעות בגברים, אך הרוב הן כלפי נשים. ב20 שנה האחרונות עבירת האונס השתנתה מאוד. החמירו את העונשים, הרחיבו את המעשים והקטינו את חומרת הראיות. חילחלו תיאוריות מתחום הטיפול- לא תמיד האישה יכולה להתנגד, לפעמים היא משתתקת וזה לא אומר שהיא הסכימה. לפעמים גילוי עריות נחשף רק לאחר שנים.

ס' 345 א- אינוס= 1. בעילת אישה שלא בהסכמתה, 2. או שההסכמה הושגה במרמה, 3. או שמדובר על קטינה מתחת לגיל 14,.4. בניצול מצבה הגופני, 5. בניצול מצבה הנפשי.    
ב- החמרה של הענישה בנסיבות מסוימות       
ג- בועל= המחדיר איבר או חפץ לאיבר המין של האישה. אין אונס לגבר.   
כן יש עבירה שנקראת מעשה סדום ויש לה עונש כמו אונס. כל המקרים יכולים גם לפול לס' 348- מעשה מגונה. מעשה מגונה בהעדר הסכמה או בכוח. יש עונש אך לא חמור כמו על אונס. מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. כל מעשה מיני יכול להיכנס להגדרה זו. אמירה כמו "מורה אנסה תלמיד" היא לא תקינה משפטית אין דבר כזה מבחינה משפטית. רוב הפגיעות הן בנשים. רוב ההצעות לשינוי החוק משאיר את הניסוח כמו שהוא אך כן יש תוספת גם ליחס לגבר שנפגע פגיעה מינית.

**חלוקה חשובה נוספת היא ההפרדה בין סוגי עבירות:  
עבירות מסוג רע שלעצמו (Mala in Se)** - עבירות "קלאסיות". עבירות שהן פליליות מעצם טבען (עבירות שעשייתן הינה לכשעצמה נוגדת את המוסר, אף לולא היו נאסרות בחוק). למשל רצח.

**עבירות מסוג "רע כי נאסר" (Mala in Prohibita)** - עבירות שהן פליליות רק בגלל שנקבעו כאיסור. עברות מיסוי, עבירות תנועה. זו לא עבירה שאפשר לדעת שהיא עבירה "מהרגע שנולדנו".

**אבחנה פילוסופית:**ישנה אבחנה בין גישות משפט דיאונטולוגיות, לבין גישות תועלתניות. יש שתי תפיסות עולם ביחס לשאלה מהי מטרת המשפט הפלילי. כל אחת מהגישות תיצור חוק פלילי שונה, והעבירות ינוסחו באופן שונה.

**תפיסות דיאונטולוגיות** הן תפיסות שסבורות שהגישה הנכונה היא הגישה הערכית, שבוחנת על דבר לפי מידת הצדק שהוא מגלם – בלי קשר לתוצאות שלו. בדיקת "מידת הרוע" ו"מידת האשמה" שיש בהתנהגות. הקביעה מה טוב ומה לא טוב, מעצם טיבו. התייחסות לאשמה המוסרית.

**גישות תועלתניות** טוענות שמטרת המשפט היא להגדיל את התועלת, וכל דבר נמדד במשקל של "רווח לעומת הפסד". כל הסדר משפטי נמדד על פי התועלת שהוא מצמיח. הקביעה מה טוב ומה לא היא על פי הנזק. במקום אשמה מוסרית, מסתכלים על הנזק שגרם העבריין.

השלכות של ההבדל: גישות תועלתניות ישימו דגש על הנזק בפועל לחברה. ככל שמדובר בנזק יותר משמעותי, כך יקבע שהמעשה יותר חמור. גישות דיאונטולוגיות ישימו יותר דגש על המחשבה הפלילית. פחות יחס למעשה, ויותר התייחסות להלך הרוח שהתלווה למעשה.

**שתי גישות פילוסופיות בעניין העבירה הפלילית:**

**הגישה הדאונטולגית** - גישה גמולית. המשפט צריך לטפל בהתנהגויות שבטיבן הן פסולות מאוד. הגישה הזו בודקת את מידת האשמה. לשלם לעבריין כגמולו.  
**הגישה התועלתנית** - איזה הסדר יביא את הרווח המקסימאלי לחברה. הגישה לא מתייחסת למונחי אשמה. היא בודקת איזה הסדר ישיג הרתעה מקסימאלית.   
כל אחת משתי הגישות ייצרו דיני עונשין שונים. השלכות לאבחנה בין שתי הגישות:  
1. **ענישת המנסה**- גם מי שמנסה לעשות עבירה מקבל עונש. ניסיון לעבירה הוא גם עניש. מדובר פה על מקרים שהעבירה לא התרחשה בסופו של דבר לא בדרך שתלויה במנסה אלא במניעה חיצונית. עד לשנת 94, עד תיקון 39 לחוק הניסיון גרר מחצית מהעונש של העבירה המושלמת. לאחר שנת 94, כיום העונש על נסיון ברוב המקרים זהה לעונש על ההצלחה בעבירה במלואה. ניסיון להתנקשות זהה לעונש של מי שהתנקש בחייו של מישהו. לפי גישות גמוליות- נכון לתת את אותו העונש. אין הבדל במידת האשמה בין מי שהצליח לבין מי שרק ניסה. הרבה פעמים זה הבדל של מזל. 2 אנשים שנהגו בכביש באותה פרעות ואחד גרם למותו של אדם והשני רק פצע או כלל לא פגע כי הגיע מיד צוות מיומן של מד"א ומנע את הנזק. מבחינת האשמה אין הבדל בין שניהם. תיקון 39 מבטא חילחול של גישות גמוליות לתוך המשפט. אין הבדל בין מי שבמקרה הצליח ובין מי שבמקרה נכשל. יש כאן אותה אשמה מוסרית ורק הבדל תוצאתי. לפי גישות תועלתניות הרתעתיות- מייחסות יותר משקל לתוצאה שנגרמה בפועל, ועשויות לעשות הבדל בין עבירה מושלמת לבין עבירה שנעצרה בשלב הניסיון ולא הושלמה מעולם. שמים דגש על הנזק שהתרחש.

**2.** **המשקל שיש ליחס ליסוד הנפשי-** גישות תועלתניות יתייחסו יותר לנזק שהתרחש בפועל ופוחת עוסקות בשאלה מה מידת האשמה הסובייקטיבית. גישות גמוליות מחפשות מה חומרת המעשה ומה חומרת היסוד הנפשי של המעוול. ברוב העבירות יצטרכו להוכיח יסוד נפשי סובייקטיבי שאותו אדם ידע ורצה. יהיה יותר משקל ליסוד הנפשי כבסיס להרשעה מאשר בגישות תועלתניות שפחות מסתכלות על האשמה הסובייקטיבית אלא על התוצאה בפועל ועל הנזק שנוצר לחברה. יסוד נפשי= מה היה היחס הנפשי של המעוול ביחס להתנהגות שלו?

3. **אי ידיעת הדין הפלילי איננה פוטרת מאחריות**- כלל במשפט הפלילי. כלל שבעניין תועלתניות הרתעתיות הוא נכון. מנגד לפי תפיסה גמולית יש מקרים בהם הכלל לא צודק. ייתכן ואלו מקרי יוצאי דופן, בהם המעוול היה בסדר וניסה לברר מה החוק או כי הטעו אותו. גישה גמולית לא אוהבת את הכלל הגורף הנ"ל במקרים אלו. הגישה מדייקת את חומרת העונש לחומרת האשמה וההתנהגות. כלל זה היה גורף עד לתיקון 39 בשנת 94. היו כמה מקרים שהגיעו לבימ"ש ואנשים היו צריכים לשלם מחיר בגלל הככל הגורף הזה. הגישה הגמולית תשאיר פתח מילוט במקרים מסוימים תלוי בנסיבות.

4.**מה הם השיקולים בענישה**- קיימים 4 שיקולים מרכזיים בענישה. 2 מהם רלוונטים להבדל בין הגישות. גישות תועלתניות יחפשו עונש שמקדם הרתעה של העבריין וכללית של החברה, בעוד  שגישות גמוליות יהפכו את שיקול הגמול לשיקול מרכזי בענישה- יחפשו עונש שמתאים לחומרת המעשה ולאשמתו של העבריין. הצדק מבקש לבוא בחשבון עם מי שפגע בחברה במידה בה הוא פגע ולפי רמת אשמתו.   
דוג' **פס"ד ד"נ 11/65 גדיסי נ' היועמ"ש**- אדם יצא ממוסך לאחר שתוקנו אורות הבלימה, ובאותו היום עצר אותו שוטר על אורות בלמים, לאחר שאבן פגעה במערכת וקלקלה אותה שוב. מבחינת גישה גמולית אין כאן רשלנות, אבל מבחינת הגישה התועלתנית- האדם נסע בפועל בלי אורות ברקס. בפסק הדין הוחלט כי המערער נהג ברכבו מתוך בחירתו החופשית, וכי אי ידיעת עובדת הקלקול – העדר מנס ריאה – אינה מעלה ואינה מורידה לגבי עבירת אחריות מוחלטת. כמו כן נקבע כי הסיכון הנעוץ בקפיצת אבן הוא סיכון רגיל, אשר כל נהג היוצא לדרך מן ההכרח שיביאו בחשבון, ואין לראות בכך גורם מתערב זר שיש בו לפטור מאחריות לעבירת אחריות מוחלטת.

בגדול, החוק שלנו מדגיש את עיקרון האשמה ברוח חקיקת חוקי היסוד. הגישה הגמולית מחלחלת יותר ויותר, אם כי עדיין יש בחוק הישראלי ערבוב בין הגישות.

# 3 מאפיינים לעבירה הפלילית:

**1****. שליטת הריבון בהליך**. כאשר מדובר על הליך פלילי זהו משפט ציבורי, שהחברה היא זו שבאה חשבון עם מי שהפר את הכללים שלה. לא מדובר על סכסוך בין פרטים בחברה או חלוקת נזק, אלא הגנה על אינטרסים מוגנים של הכלל. לכן מי ששולט בהליך הוא הריבון שמגיש את כתב האישום. תמיד זה תביעה של מנ"י או היועצ"ש. כן יש קובלנה פרטית אך זה רק במקרים מסוימים.

**2.** **היעדר משמעות להסכמה או למחילה של הקורבן** (ליחס הנפשי של הקורבן). אם החברה החליטה שקיימת עבירה, זה לא פלוני שנפגע – אלא החברה כולה, ולכן אדם לא יכול להסכים לכך שיבצעו בו עבירה פלילית. הסכמת הקורבן אינה רלוונטית. החברה כועסת ומענישה את העבריין שלא עמד בשמירה על הערכים המוגנים שהחברה החליטה עליהם. **אין חלוקת אחריות**. בנזיקין יש אפשרות לוותר על התשלום ולוותר על הפגיעה. במשפט פלילי אין לכך משמעות כי זה משפט ציבורי של החברה, אלא אם כן זה נמצא בהגדרת העבירה.  
המקום היחיד שבו ההסכמה היא רלוונטית, היא רק במקום שהעבירה מוגדרת על פי הסכמה. למשל- אונס, תקיפה. אם האישה הסכימה, זה לא אונס, אלא התנהגות לגיטימית.  
**דוגמה להיעדר משמעות למחילת הקורבן**: אם הוגשה תלונה במשטרה על ידי אישה שבעלה אנס אותה, ואח"כ בני הזוג משלימים ומסתדרים והאישה הולכת למשטרה ואומרת: "אני סולחת לו". זה כבר לא בשליטת האישה, המחילה שלה לא רלוונטית.

**3.** **תוצאת ההליך הפלילי**. תוצאת ההליך תהיה לרוב הרשעה ועונש או זיכוי. הענישה הפלילית היא משהו שמאפיין עבירה פלילית. אם יש הוראה חוקית שלצידה עונש, מדובר על עבירה פלילית. מטרת העונש הפלילי בשונה מהעונש האזרחי, היא נתינת עונש על מעשה שהתחיל ונגמר בעבר. שונה מהליכים אחרים, בהם תשלום הקנס תופח וגדל במטרה לאכוף את זריזות התשלום.

## דיני העונשין כתלויי מקום וזמן

המשפט הפלילי הוא החלטה דמוקרטית של החברה מה הם הערכים המוגנים שחשובים לה, שפגיעה בהם מבססת התערבות של משפט פלילי. לכן, מכיוון שמדובר בהכרעה של רוב והחברה על הערכים המוגנים שמצדיקים התערבות של משפט פלילי, זו החלטה שמשתנה ממקום למקום ומתרבות לתרבות ומשתנה על ציר הזמן. דברים משתנים ומשפיעים על התוכן של המשפט הפלילי.

נוצר גם מחקיקה. עד שנת 88 הייתה בישראל עבירה פלילית על קיום יחסים הומוסקסואלים, זו עבירה שבוטלה שמבטאת שינוי בתפיסה החברתית. כמו כן להפך- התנהגויות שפעם לא היו אסורות והיום הן עבירה פלילית- לדוג' החוק למניעת הטרדה מינית על כל הגדרויותיו קובע שהטרדה מינית היא עבירה פלילית. קביעה זו היא בחוק מ98, ולפני כן זו לא הייתה התפיסה החברתית ולא חשבו שהטרדה מינית זה פגיעה. החוק משתנה והתפיסה החברתית משתנה. התנהגות שפעם לא הייתה מוגדרת כאסורה והיום היא משפט פלילי. דוג' מהפסיקה- דנ"פ 1397/03, מדינת ישראל נגד שמעון שבס**-** שבס הואשם בין היתר במירמה והפרת אמונים. בעניין עבירה זו נפסק בבית המשפט המחוזי כי לא ניתן להוכיח, מעל לכל ספק סביר, את אשמתו של שבס בעבירה זו, הן משום שלא הוכחה המירמה בהתנהגותו והן משום שלא הוכחה, לחילופין, הפרת אמונים. ביהמ"ש העליון דחה ברוב דעות את ערעורה של העותרת והשאיר על כנו את זיכויו של שבס, **אך בדיון הנוסף הוחלט ברוב דעות, נגד דעתו החולקת של המשנה לנשיא מצא, לקבל את העתירה ולהרשיע את שבס**.

נתנו פרשנות מחודשת של "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור". לפני כן עבירה זו הייתה בעלת משמעות מסוימת מצומצמת. בפס"ד זה פירשו אחרת את היסודות של עבירה זו באופן שהרשיעו את שבס, ולאחריו עוד סוללה של אנשים חשובים במדינה. שיקוף של תפיסה חברתית שאם פעם הפרשנות הייתה קצת שונה ופחות בחומרה להתנהגות שפוגעות באמון הציבור היום מסתכלים עליהם בצורה יותר חמורה.   
כמו כן סוגיית הכאת ילדים לצורכי חינוך. התפיסה החברתית והמשפט השתנו.   
בפס"ד פלונית השופטת בייניש נותנת סקירה איך בשנות ה50 זה היה לגיטמי לתת מכות במסגרת של מנזר ובי"ס, המורים הם ידם הארוכה של המורים, לאט לאט זה הופך להיות אסור בבי"ס, והיום כמעט גם איסור של הורים. זו לא עבירה פלילית כי זה לא בחוק אך זה הכיוון והאמירה של ביהמ"ש בנושא.   
המשפט הפלילי משקף שיוניים חברתיים והוא דינאמי. לפעמים הוא משנה את הנורמה המקובלת, והרבה פעמים הוא תגובה לתהליכים חברתיים שמתרחשים.

יש גם הבדל בין המדינות השונות. לדוג'- איך מתייחסים להמתות חסד- במדינת ישראל זו עבירה פלילית חמורה של המתה ואפילו רצח, במדינות אחרות כמו שוויץ מתירים לעשות המתת חסד וזו לא התנהגות פלילית.

## מקורות המשפט הפלילי:

**1.חקיקה-** כוללת חקיקה ראשית: **חוק העונשין תשל"ז 1977**, נוסח משולב שמתחיל בפקודת החוק הפלילי 1936. פקודה שהגיעה מהמושבות הבריטיות למושבה בישראל. יש הוראות שהן התאמה ליושבי הארץ והן אפילו שרידים מהמשפט העותמאני. ב77 הלבישו את הפקודה לבוש עברי ובנוסח המוכר לנו. כוללת את כל תיקוני החקיקה מאז. בנוי מחלק כללי- עקרונות יסוד ודוקטרינות, חל על כל העבירות הפליליות שקיימות. וחלק ספציפי של רשימת עבירות ומה העונש עבור כל עבירה. מחולק לפי פרקים וסעיפים לפי ערכים מוגנים מתחיל מהכבד לקל. הנושא הראשון הוא בטחון המדינה- נחשב באופן מובהק נושא משמעותי ונושאים שונים נוספים. כל עבירה מנוסחת כהתנהגות ומה דינה. החלק הכללי עבר תיקון משמעותי בשנת 94 שנקרא **תיקון 39**. התיקון עשה מהפכה בנושאים משמעותיים כמו- יסוד נפשי. חלק מההוראות נכנסו מיד וחלק רק בשנת 95. הכניס הרבה סדר ודברים שהיו פרי פיתוח של פסיקה הפכו לפרי פיתוח של חקיקה.

**סעיפים חשובים בחלק הכללי**: ס' 24- מגדיר מה ההבדל בין חטא, עוון ופשע. ס' 34(כד)- סעיף הגדרות כמעין מילון. החלק הכללי הוא יחסית חדש. החלק של העבירות הוא חלק ישן, יש עבירות שלא שונו מאז 36 ולכן הן לא תמיד מתאימות לתפיסות החברתיות העכשוויות. לדוג' הנושא של עבירות המתה ורצח עם כוונה. יש שם סעיפים ישנים ולא תקינים. החלק הכללי יחסית חדש נוצרו בעיות של שימוש במונחים שונים. אם עושים חלק כללי חדש היו צריכים גם לשנות את סעיפי העבירה, אך לא עשו זאת. לכן הוסיפו את **תיקון 42** שמתקן את ס' 90 (א)רבתי ו90(ב) שעושים את הגשר בין מושגים חדשים לבין עבירות ישנות. הגשר הזה הוא הכרחי כדי להשתמש בעבירות הישנות.

**עבירות מחוץ לחוק העונשין+ ס' 34 (כא)**: עבירות וכל מיני חוקים שהם מחוץ לחוק העונשין. יש עבירות חמורות גם מחוץ לחוק העונשין כמו חוק נגד הנאצים וחוק נגד סמים. החלק הכללי של חוק העונשין בס' 34 (כג) משליך שהוא חל על כל העבירות באשר הן.   
החלק המקדמי- עקרונות היסוד, כללי- דוקטרינות להחלה, ושניהם רלוונטים לכל העבירות. לא צריך לדעת את כל העבירות בע"פ, מספיק לדעת את חוק העונשין.

**כוללת חקיקה משנית- תקנות:** כל שר הממונה על תחום יכול ליצור תקנות לאכיפתו, וגם לעירייה יש סמכות להתקין חוקי עזר. ס' 2 לחוק העונשין קובע שהסמכות לקביעת התקנות היא גם לקבוע עבירות פליליות על תקנות אלו. אך יש מגבלות בעונש על תקופת המאסר, ובמקרים מסוימים טעון אישור של ועדות הכנסת.

2. **חוקי היסוד-** לחוקי היסוד יש השפעה על חוקים פלילים, אך בהם אין עבירות פליליות. הם מעצבים את המשפט הפלילי. רלוונטי בעיקר לדיני מעצרים ולדברים שקשורים לסדר דין (אנחנו לא לומדים)

**3.פסיקה-** צריך לחפש פסיקה שנותנת פרשנות לסעיף המדובר. הפסיקה נותנת תוכן לסעיפי העבירות. למשל פס"ד מזרחי- אסיר שלא חוזר מחופשה ורוצים להטיל עליו אחריות פלילית לפי ס' 257 על בריחה ממשמורת חוקית. ביהמ"ש נדרש לסוגיה האם מי שלא חזר מחופשה אפשר להטיל עליו אחריות פלילית על בריחה ממשמורת חוקית. האם בריחה ממשומרת זה דווקא לגזור את גזירות הטייל ולרוץ מהכלא או יכול לחול גם בדרך של מחדל ואי הגעה? כן הרשיעו אותו. זו פסיקה שמעצבת את המשפט הפלילי.

**השפעת חוקי היסוד על דיני העונשין:**

בעבר, בראש הפרמידה נצבה חקיקת הכנסת. חקיקה הכנסת הייתה הסמכות העליונה לקבוע את גבולות המותר והאסור ותקינות ההתנהלות. בשנות ה90 המצב השתנה, בראש הפרמידה עומדים חוקי היסוד וחקיקת כנסת חדשה צריך לעמוד בתנאי חוקי היסוד. לפני כן, פס"ד פיילר- השתמשו בחוקי יסוד כאמצעי פרשני והם לא גברו על הוראות חקיקה מפורשת. דיון מעניין. העמידו לדין פעילי שלום שהקימו מגע עם אש"ף שהיה אסור. הסנגורים ניסו להגיד שזה לצורכי שלום ולא לזה התכוון החוק. ביהמ"ש לא מבטל חוק של כנסת אלא יכול להתגמש בפרשנות. מאז חקיקת חוקי היסוד בשנות ה90 הכנסת גם כפופה לחוקי היסוד כמו שאר רשויות המדינה, לפי פס"ד מזרחי.

היום אנחנו המון שנים אחרי חקיקת חוקי היסוד. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הוא מרכזי. בו אין עבירות פליליות, אבל סעיפים 2-5 לחוק זה מונים זכויות מוגנות, זכויות ליבה שכוללות חיי אדם, שם טוב, חירות, קניין, כבוד, פרטיות בנוסף לזכויות ליבה הנאמרות במפורש, ביהמ"ש הכיר גם בשורה של זכויות נגזרות שלא מופיעות בפירוש אך נגזרות מהן- חופש ביטוי, שיוויון, חוק יסוד חופש העיסוק גם יכול להיות רלוונטי למשפט הפלילי. כשיש פגיעה בזכויות בסיסיות זה פלילי. גם ההוראות הכלליות צריכות לעמוד בתנאי חוקי היסוד (תיקון 39 נחקק לאחר חקיקת חוקי היסוד, ב- 1994).

**חקיקה ישנה צריכה להיות מפורשת לאור חוקי היסוד** בג"צ 6055/95 צמח נגד שר הביטחון**-** לכמה שעות אפשר לעצור אדם בלי צו. היה הסדר של מעצרים. שיפרו מבחינת זכויות יסוד והשיפור היה מאוחר לחוק היסוד וביהמ"ש מתלבט איך להתייחס לחוק אם להתייחס לשיפור או לא. השאלה שעלתה בפסק הדין: איך מתייחסים לחוק ישן שהוכנס בו תיקון אחרי חקיקת חוקי היסוד, בעיקר במצבים בהם התיקון מקל.  
**בבג"צ צמח** **קבע בית המשפט שכל חוק, או תיקון של חוק שנחקקו אחרי המהפיכה החוקתית, כפוף אוטומטית לחוקי היסוד. לא בודקים אם התיקון מיטיב או מרע את מה שהיה פעם. מה שחשוב הוא התאריך. הרעיון של ההלכה: לפשט את הדיונים. להגיד שבסך הכול אנחנו רוצים שתמיד חקיקת הכנסת תהיה כפופה לחוקי היסוד, על ידי גישה "טכנית".**

תקפותו של חוק פלילי חדש תיבדק בשלושה שלבים:  
1. בדיקה האם נפגעה זכות יסוד מוגנת.  
2. האם הדבר נעשה לפי פסקת ההגבלה?  
3. מהי התרופה המתאימה / הסעד? (לבטל את החוק, לפנות לכנסת ולבקש תיקון).

בשלבים אלו דן פס"ד סילגדו- מתייחס לסעיף בחלק הכללי של חוק העונשין. סעיף שמדבר על אחריות נגררת של שותפים לדבר עבירה. בחלק הכללי יש הסדר בסעיף 34(א) רבתי- עבירה שונה או נוספת. תיקון 39 מטיל אחריות פלילית על שותפים לעבירה כאשר אחד מהחבורה עושה תוך כדי ביצוע העבירה עבירה נוספת. תלוי גם בחלק המקורי של אותו פרט מראש בעבירה. ניסו לתקוף סעיף זה בבג"ץ, יש פה צדדים שלא אחראים באופן ישיר על ביצוע העבירה. זה מעורר שאלות חוקתיות כבדות. ביהמ"ש בחן את 3 השלבים- האם נפגעה זכות יסוד? האם זה בהתאם לפסקת ההגבלה? מה התרופה? החוק לא בוטל ונשאר כמות שהוא.   
נבחן זאת בפס"ד סילגדו-   
1. **האם נפגעה זכות יסוד?** השופט ברק- נפגעה זכות יסוד. כל עבירה פלילית שבצידה מעצר פוגעת בזכויות יסוד. רואה גם בהרחבת האחריות הפלילית על מי שלא היה שותף לעבירה הנוספת כפגיעה בכבוד האדם וחירותו. פגיעה בזכות יסוד. להמשיך הלאה בשלבים. השופטת שטרסברג כהן אומרת שאין להכריע מיד שכל עבירה פלילית היא בהכרח פגיעה בזכות יסוד. הסדר פלילי הוא איזון בין זכויות מוגנות סותרות. למה להניח שזכותו של העבריין או הנאשם העומד לדין הן חשובות יותר מזכויות הנפגע? חוקי היסוד קידמו זכויות של נאשמים אוטומטית. לכאורה התעלמו מדמות רצינית של הקורבן שכביכול נעלם מהתמונה.   
הראשון שהחזיר והסב את תשומת הלב על זכויות היסוד של הקורבן הוא השופט שמגר בפס"ד גנימט. מביא תיאור יפה לסיפור זה- כשיש נפגעי עבירה, כחברה אנחנו לא עמדנו במשימה שלנו כלפיהם פעם אחת ובהתעלמות יש החטאה נוספת. לכן השופטת כאן אומרת שיש איזון בין זכויות היסוד ואי אפשר להגיד זאת אוטומטית. יש גם איזון בין הנפגעים הפוטנציאלים- אנס סדרתי פוגע בנפגעות פוטנציאליות. צריך להכניס לשיקול הצדדים השונים של העבירה.

2. **פסקת ההגבלה?** אפשר לפגוע בחוק יסוד אם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל.   
\* האם הפגיעה נעשה בחוק או על פיו? - אין עבירות פליליות שביהמ"ש ממציא.   
\* החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל? חוק גזעני לא עובר את המשוכה.   
\* החוק נועד לתכלית ראויה? למשל הגנה על ביטחון המדינה, שלמות הגוף. תכלית ראויה נתון לדיון ולמגוון דעות.   
\* במידה שאינה עולה על הנדרש- האם יש פרופורציה בין חומרת המעשה לבין חומרת העונש?   
ס' 2 לחוק יסוד כבוד האדם. במקרה כאן פסקת ההגבלה מסתדרת ואין צורך לעבור לשלב השלישי.

3. **תרופה**- הכי קיצונית היא לבטל חוק. יש גם תרופות ביניים.

חוקי היסוד הם מעל חוקי הכנסת. הכנסת היא רשות מרשויות המדינה שחייבת ליישר קו עם חוקי היסוד. ביהמ"ש יכול לבקר חקיקה של כנסת ולבטל. עבירות פליליות הן דוגמא למשהו שהרבה פעמים פוגע בזכויות יסוד, ואם יש חקיקה חדשה פלילית ביהמ"ש צריך לבדוק את חוקיותו של החוק הפלילי החדש. בפס"ד צמח היה הסדר לגבי שעות מעצר וביהמ"ש בדק האם מה שהחוק הזה קבע עומד בחוק היסוד או לא. בודקים לפי 3 השלבים.

**זכויות נפגעי עבירה**- המשפט הפלילי הוא משפט ציבורי. וטוב שכך. היסטורית הטיפול בפשיעה היה בידיים פרטיות. מושג של גאולת דם, כופר נפש. צעדים שננקטו ע"י פרטים בחברה ולא ע"י השלטון המרכזי. עם התפתחות המשפט הטיפול בעבריינות עבר לידי המדינה, הריבון. זה טוב ומכניס סדר, מחזק את הנפגעים שלא צריכים להילחם בעצמם כי לא תמיד יש להם את האפשרות. במידה מסוימת הלכו עם כך רחוק מידי והקורבנות התחילו להרגיש שקופים כאילו הם לא חלק מהסיפור. בביהמ"ש התובע והסנגור מנהלים את המשפט. הקורבן לא יודע מה קורה בתיק שלו, המקסימום זה שהוא מביא עדות. זו לא חוויה נחמדה להיות עד במשפט. יצר תסכול אצל הנפגעים שמשתמשים בהם ככלי משחק במשפט. קמה זעקה וקואלציות של נפגעי עבירה מסוגים שונים, כולל משפחות של נרצחים, נשים ועוד. המטרה זה להכיר בזכויות נפגעי עבירה ב3 מישורים: בהליך הפלילי- בפס"ד של איציק מרדכי לא הייתה רגישות. פיצויים- בת"ד, בפעילות טרור, עבודה, אסון טבע- יש פיצוי, טרור פנימי של עבריינים- אין פיצוי של המדינה ואין ליווי. בשנת 2001 חוקק חוק זכויות נפגעי עבירה שנותן להם זכויות והעיקר שישמעו את קולם בכל מיני נק' בהליך, במיוחד כאשר מדובר בעבירות מין ואלימות. נותנים להם זכות להשמיע. בחלק נותנים פיצוי ובחלק סיוע. התקדמות ושיפור. יש פסיקה שנותנת לכך תוכן. צריך להקשיב למה שיש לנפגע לומר בצורה רצינית. זה שינוי שמתרחש בכל העולם. חובה מוסרית כלפי הנפגעים. יש לכך משקל מרפא. לא טוב להדחיק את הפגיעה- הנפגע צריך לשתף.

דבר שמצוי בדיונים ובנסיונות לקדם את זכויות הנפגעים בלי לפגוע באשמים ובנחקרים. לעשות איזון בין הזכויות של כולם. כיום יש אפשרות לנפגע באמצעות מערכת לדעת מה מצב התיק שלו.

עקרון החוקיות

עקרון שקיים בעוד תחומי משפט. אין לשום רשות סמכות לעשות פעולה מסוימת, אלא אם כן היא קיבלה רשות לכך. בדיני עונשין מדובר על דבר אחר. התוכן הוא שאין עונשין אלא אם כן מזהירים. כל מה שלא אסור בפירוש הוא מותר.

העיקרון אומר **"****אין עונשין אלא אם כן מזהירין".** במילים פשוטות: אין להטיל אחריות פלילית, ללא עבירה פלילית מפורשת. כל מה שלא אסור מפורשות – הוא מותר.   
מראש יש דרך שמכווינה התנהגות ולאדם ברור מה מותר ומה אסור. כדי להבטיח שרק מי שאשם ישא באחריות הפלילית כי הייתה לו אפשרות לדעת מראש את הכללים. זה רעיון באידיאל, כי אנשים לא בקיאים בחוקים ובעונשים. יש המון עבירות פליליות בחוק הישראלי והאזרח לא יודע על הכול. אבל זה העיקרון.   
כיום, אחרי תיקון 39, עקרון החוקיות נמצא בסעיפים הראשונים, למרות שהמילים עצמן לא מופיעות, העיקרון והנגזרות שלו מופיעים. הערה: העיקרון הוא הפוך מעיקרון חוקיות המנהל, הנהוג במשפט הציבורי.   
  
העיקרון משרת שתי תכליות עיקריות (ועל כן הוא כה חשוב):  
1**.** **אזהרה מראש תאפשר הכוונת התנהגות.**  
אנשים נורמטיביים יוכלו לכלכל את צעדיהם (לכוון את התנהגותם) בהתאם למותר ולאסור. ההנחה היא שאנשים יודעים את החוקים ולכן הם יכולים לכוון את התנהגותם לפי הוראות החוק. מצד שני, מרבית האנשים יודעים רק את החוקים הרלוונטיים להתמחות שלהם: מהנדסים מכירים את חוקי התכנון והבניה, אנשים שעובדים בתחום המס מכירים את החוקים הרלוונטיים לתחומם, אבל לאדם "מהרחוב" אין ידע בנושא.

**2.** **אזהרה מראש תמנע שרירותיות וחוסר אחידות ביחס המשפט לאחר מעשה .**קידום אחידות ביחס לאנשים שונים. עדיף לעצב את הנורמה מראש מאשר ולא רק תגובה לאחר מעשה. אם לשלטון לא היו את הכללים מראש, לא הייתה אחידות ולא צדק. יש מחיר להגדרה מראש ולעיצוב העונש כי זה נותן אפשרות לעשות פשעים שאין עליהם עונש אך הכלל הוא שאין קובעים עונשים לאחר מעשה אלא הדין מעוצב וקבוע מראש.

## נגזרות של עיקרון החוקיות

**1.** **סמכות ליצור עבירות פליליות בחוק או על פי חוק שפורסמו בדין.** עצם הסמכות ליצור עבירות פליליות היא רק בחוק, או על פי חוק. אי אפשר ליצור עבירות בפסיקה - חייבת להיות עבירה בחוק. אין מצב להעניש מכוח קל וחומר. "אין מענישין מין הדין". הסעיף הראשון בחוק העונשין קובע את הכלל הזה בצורה מפורשת.  
**סעיף 1 לחוק העונשין: אין ענישה אלא לפי חוק.**  
אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו.   
הייתה תקופה שלא הייתה עבירה על מעשים מגונים בכפייה אלא רק על מעשים מגונים. הגיע מקרה קיצוני לביהמ"ש והוא לא הטיל אחריות פלילית כי זו עבירה שלא קיימת.  
ס' 1 ו2 לחוק העונשין קובעים זאת בפירוש שזה חייב להיות מכוח חוק, והחוק צריך להיות מפורסם. הסמכות ליצור עבירות נתונה אך ורק לחוק וזה צריך להתפרסם כדין.   
עניין נוסף שמצטרף לנושא זה, הוא פומביות החוק. חוק צריך להיות מפורסם כדין.  
יש כיום שתי עבירות תקיפה נפרדות (תקיפה סתם ס' 378 ותקיפה חמורה ס' 380). בהינתן מצב שבו היה לנו רק סעיף תקיפה רגיל, בית המשפט לא יכול היה להחליט שבמקרה של תקיפה חמורה, העונש יהיה של יותר משנתיים שנקבעו ב"תקיפה סתם".

יש יתרון במצב המאפשר לפסיקה להגיב ממקרה למקרה, ומאוד יכול להיות שהיו מגיעים לתוצאות יותר צודקות. כלומר: עיקרון החוקיות גורם לנו "לשלם מחיר" במקרים בהם ישנו שינוי בחקיקה, באופן שעבירה מסוימת "התפספסה". למשל: שכחו את עבירת התקיפה הגורמת חבלה, ואז אי אפשר לתת עונש חמור, גם אם מדובר על תקיפה חמורה.

**2.** **דיוק החוק - שאיפה לצמצום השימוש במונחים מעורפלים,** כדוגמת סעיף 198 ופס"ד אש"ד. הנגזרת הזו פונה אל המחוקק, ומבקשת ואף דורשת בבוא המחוקק להתקין נורמה עליו להימנע, או לפחות להשתדל להימנע משימוש בביטויים מעורפלים. שימוש במונח מעורפל גורם לכך שבית המשפט מעניק את הפירוש ובזאת נפגע עיקרון החוקיות. צריך שהחוק יהיה ברור לאזרח מין השורה. בחקיקה המודרנית יש נטייה להתנסח בביטויי סל, כלליים ומופשטים ובמונחים אמורפיים. לצד זה, צריך בחקיקה הפלילית לשאוף לצמצום השימוש בביטויים אלו, כדי להגן על עקרון החוקיות מהותית.   
לפעמים אין ברירה וחייבים להתנסח בביטויים כללים. סעיף הוא נגוע אם הוא לא ברור והגרעין שלו לא מוגדר.

**ע"פ 53/54 אש"ד נגד היועמ"ש** - פס"ד אש"ד דן בסעיף 105 לחוק הפלילי שעליו מבוסס ס' 198 לחוק העונשין- עבירה של גרימת תקלה ציבורית. עבירה אשר התבטלה מספר החוקים לפני כמה שנים בשנת 2008. פס"ד אש"ד ניתן ביחס לסעיף זה, אבל עברו המון שנים (משנת 54) עד שביטלו אותו.  
ס' 198: "העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית דינו מאסר 3 שנים". זוהי הגדרה מעורפלת שאפשר להכניס אליה המון דברים. בפס"ד אש"ד (לימים הפך לאגד) בוצעה השבתה כללית למספר שעות של חברה שיש לה מונופול על הסעות, וההשבתה הוגדרה כמעשה שעלול לגרום לתקלה ציבורית. בית המשפט הרשיע על סמך הסעיף, אך מתח ביקורת על ניסוח הסעיף. דעת המיעוט לא הרשיעה, בטענה שהסעיף דן רק כשיש שימוש שמערב תקלה של רשות ציבורית. יש כאן בעיה שהרשות השופטת הופכת ככה למחוקקת ויוצרת עבירות. ובאמת, אפשר להשתמש בסעיף בהרבה מאוד סיטואציות. למשל: בפס"ד אחר, הכניסו סעיף זה בעניין קיום טקס נישואין בין כהן לגרושה.  
גם היום יש המון עבירות לא ברורות שהן פתוחות וביהמ"ש נדרש ליצוק בהן תוכן, כגון: עבירה של מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור (ס' 284). עבירה רלוונטית שמדוברת הרבה בחדשות. הס' מציין על התנהגות רחבה. המטרה היא למנוע שחיתות ציבורית. פס"ד שהרחיב את ההגדרה הוא פס"ד שבס שבו נכתב רבות על עבירה זו. זו עבירה שמצד אחד בעייתית מבחינת עקרון החוקיות, מצד שני אי אפשר בלעדיה כי צריך להגן ולשמור מפני שחיתויות ואי אפשר לנסח סעיפי עבירה על כל מעשה ומעשה ולהגדיר התנהגויות רבות בתור עבירות. דיוק החוק מופנה למחוקק. בית המשפט לא ימהר לבטל חוק, אבל יבחר בפרשנות המצמצמת אשר תיקח בחשבון את עיקרון החוקיות.  
בפס"ד ד"נ שבס יש הפנייה לפס"ד אש"ד. הפסקאות של חשין 2-4 בפס"ד שבס מדברות על עיקרון החוקיות ודיון לגבי העבירה של הפרת אמונים.   
המחוקק צריך להגדיר את העבירות בצורה ברורה כדי ליישם את 2 המטרות של עיקרון החוקיות, לצד הצורך האמיתי ביצירת עבירות פתוחות ויותר רחבות.

**3. ענישה ידועה מראש.**   
אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן העונש נקבע מראש. צריך לדעת מראש מה המחיר הצפוי למי שמפר את הכלל. ענישה ידועה מראש ולא לפי ראות עיניו של השופט הוא מוגבל לעונש שנקבע חוק. מקובל לומר שענישת מקסימום ברוב העבירות מספיקה ומכסה את הדרישה של הצפיות. (יש שינוי חקיקה של הכוונה גדולה יותר של כללים מראש לשק"ד של השופט בענישה) עקרון החוקיות מחייב שלא תהיה ענישה סלקטיבית או בררנית.

**4.** **הטלת אחריות פלילית רק בהתאם לחקיקה תקפה מבחינת הזמן והמקום.** כללי התחולה בזמן נקבעים בסעיפים 3-6 לחוק העונשין. כללי התחולה לפי מקום עשיית העבירה נקבעים בסעיפים 7-17 לחוק העונשין.החוק שעל פיו אדם הורשע צריך להיות תקף מבחינת המקום והזמן. הסעיפים קובעים למשל שאין ענישה רטרואקטיבית, או מה יעשה בעניין שהשתנה לגביו הדין בין המשפט לבין מתן פסק הדין הסופי.

**5. פרשנות בפלילים.** ככל שהפרשנות מתרחקת מלשון הסעיף, כך יש פגיעה בעיקרון החוקיות. השופט בפסיקתו- ככל שנאפשר במשפט פלילי פרשנות יותר רחבה ופחות דווקנית כך נפגע בעקרון החוקיות. מעביר את תפקיד יציקת תוכן לעבירה הפלילית מהמחוקק לשופט- מה שנוגד את עקרון החוקיות והמטרה היא למנוע זאת.

סיכום עיקרון החוקיות: "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".

1. אנשים יוכלו לכוון התנהגות מראש.
2. למנוע שרירותיות של השלטון.

לעיקרון, יש שורה של נגזרות:

1. הסמכות לחוקק, ליצור עבירות, נתונה רק בידי המחוקק ולא בידי הפסיקה.
2. בהירות האיסור הפלילי, כלומר: דיוק החוק. כאשר רוצים לחוקק איסור פלילי, אין אפשרות להשתמש בביטויים מעורפלים.
3. ענישה. העונש גם צריך להיות קבוע וידוע מראש. ראינו שהשיטה שלנו מסתפקת בענישת מקסימום על מנת לקיים את עקרון החוקיות (פס"ד הלנה תורג'מן). למרות הביקורת, זה נתפס כהולם את עיקרון החוקיות.
4. תחולה במקום ובזמן. חייב שתעבר העבירה לפי הכללים של תחולה בזמן ובמקום. בחקיקה הפלילית, מכיוון הפגיעה בזכויות היסוד הבסיסיות – זה עניין הרבה יותר חריף.
5. פרשנות בפלילים. ככל שמתאפשרת פרשנות רחבה יותר, יש יותר פגיעה בעיקרון החוקיות.

פרשנות בפלילים

על בסיס הדרישה של עיקרון החוקיות, המחייב שעבירות תהיינה מוגדרות וברורות מראש, צמחה בעבר גישה שלפיה יש לפרש איסור פלילי בצורה דווקנית – פרשנות שעולה באופן ברור ממילות הסעיף. הגישה הייתה שמתן פרשנות רחבה לאיסור פלילי פוגעת בעיקרון החוקיות, ולכן יש לנקוט בפרשנות מצמצמת, שבדר"כ מקלה עם הנאשם. אי אפשר לתת פרשנות מרחיבה בפלילים, מעבר למה שהנאשם קורא ומבין בחוק, כי אחרת יש פגיעה בוודאות של ה"מותר והאסור" והחמרה עם הנאשם.  
ככל שנאפשר פרשנות יותר יצירתית המתרחקת בלשון הסעיף אנחנו פוגעים בוודאות ובעיקרון החוקיות.

**ההתפתחות ההיסטורית, והתזוזה מהגישה הנ"ל:  
1. פרשנות מצמצמת בלשון הסעיף שמקלה עם הנאשם.** הפרשנות הכי סבירה ופשוטה של לשון החוק, לטובת הנאשם. מה שמבינים מהלשון גם אנשים רגילים. היה קיים בעבר.  
**ע"פ 281/69 בר שלום נגד מד"י** - פס"ד בר-שלום דיבר על אדם שהחנה מכונית במקום שהיה בו שלט שהחניה אסורה "בין השעות 19:00/ 7:00" בשעה אחת בצהריים. הטענה שלו הייתה שהוא חשב שזה מ-19 בערב, ועד 7 בבוקר למחרת (שילוט צריך להיקרא מימין לשמאל, ואולם אין חולק כי אם היה נרשם 7:00-19:00 היה צריך לקרוא את ההוראה משמאל לימין). העליון זיכה אותו מהטעם שאיסור פלילי צריך להיות ברור: "הרשות, בבואה להציב תמרור, צריכה להבליט את כוונתה בצורה שאינה משתמעת לשני פנים."  
בית המשפט קבע שפרשנות מרחיבה פוגעת בעקרון החוקיות. אדם שרואה שלט, לא צריך להרהר לגבי מה אומר השלט, ושצריך ללכת עם הנאשם. הערכאות הנמוכות יותר חשבו שאפשר להרשיע אותו, משום שברור שבאזור תעשיה שפעיל בשעות היום, הכוונה היא שאסור לחנות בשעות הבוקר.  
**ע"פ 77/64 ברנבלט נגד היועמ"ש**. פסק דין נגד הרש ברנבלט שהיה מפקד המשטרה היהודית (יודנרט) בפולין, והאשימו אותו בסעיף 5 לחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם: "מתן יד למסירה של אדם נרדף לידי שלטון עוין בארץ עויינת בתקופת שלטון הנאצים". הוכח שברנבלט שמר על הסדר בזמן עריכת סלקציה ודאג שאנשים לא יעברו מקבוצה לקבוצה, ומנע בריחתם מאותו המקום. השאלה היא: האם בעצם זה שהוא מנע בריחה, האם זו הסגרה ומסירה לשלטון הנאצי? ההגנה התייחסה לכך שכל היהודים היו כבר מרוכזים באותו המגרש, ולכן כבר נמסרו לנאצים.  
בית המשפט קבע: המסירה היא פיזית, או שהיא הבאת מידע שיגרום למסירה. על פי הגדרות אלו, אם האסירים שאת בריחתם מנע ברנבלט כבר נתפסו, אזי מניעת הבריחה היא לא מסירה (כמו להרוג אדם שהוא כבר מת). בית המשפט אמר שלמרות שמדובר במעשה נפשע, הוא לא נכנס לקטגוריה של "מסירה". בית המשפט מדגיש שזה כלל פשוט שאין להרחיב את הפרשנות השיפוטית מעבר לתחום משמעות המילים שנבחרו על ידי המחוקק (גם אם נדמה לנו שמבחינת האינטרס הציבורי ראוי היה להרחיב, יש להעניש רק מכוח הוראה מפורשת. למחוקק הייתה סיבה להשתמש בביטוי "מסירה"). עוד נאמר בפסק הדין, שעדיף שאדם לא יקבל עונש על דבר המגיע לו, מאשר שיקבל עונש כאשר כלל לא מגיע לו עונש.  
העמדה לדין בגין חוק עשיית דין בנאצים היא ענישה רטרואקטיבית. כל ההצדקה לענישה רטרואקטיבית נובעת מכך שמדובר במעשים שלפי כל קנה מידה, הם מעשים חמורים מאוד (מעשים אוניברסאליים). יכול להיות שעומד לנגד עיני בית המשפט שהחוק מוצדק רק לצורך מעשים שהיו חמורים מאוד, ובזה מצדיקים את הענישה הרטרואקטיבית. בשל כך, יכול להיות שגם היום היו בוחרים להקל עם ברנבלט, ולדבוק בפרשנות הדווקנית של הסעיף.

**2.** **תזוזה מהגישה המצמצמת, מעבר לפרשנות התכליתית בפלילים.**התזוזה המשמעותית מגישת הפרשנות המצמצמת הייתה באמצע שנות ה-80, בפס"ד **ע"פ 787,881/79 מזרחי נגד מד"י**- בו נאמר במפורש ע"י השופט ברק- שגם בפרשנות חקיקה פלילית, אין להיצמד למילים, אלא להתחקות אחר תכלית החקיקה. בעובדות מזרחי העמידו אדם לדין בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית, בניגוד לסעיף 257 לחוק העונשין. מזרחי היה אסיר בחופשה שלא חזר לכלא בתום החופשה- איחר ולא הגיע בזמן. המדינה מעמידה אותו לדין בגין הנ"ל. השאלה: איך לפרש "בריחה" ו"משמורת חוקית". האם משמורת חוקית היא דווקא משמורת במשמעות הפיזית העובדתית, או שמשמורת חוקית כוללת גם משמורת נורמטיבית ברמה המשפטית.השופט ברק קובע שלפי תכלית החקיקה, אי חזרה מחופשה של אסיר, כמוה כבריחה. פרשנות שהולכת לפי תכלית החקיקה. ציטוט מפסק הדין, מפי הנשיא ברק: "ניתן לטעון, כי עניין לנו בהוראה פלילית, וכי יש לפרשה על דרך הצמצום, תוך מתן משמעות "פיזית" בלבד לביטויים "משמורת" ו"בריחה". אין בידי לקבל קו מחשבה זה. חוק פלילי, כמו כל חוק, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה. **מילות החוק אינן מבצרים שיש לכבשם במילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק**."על פי ברק: חוק פלילי הוא כמו כל חוק אחר, ויש לפרש אותו לפי תכלית החקיקה. פרשנות סבירה של חוק על פי התכלית שלו, לא סותרת את עיקרון החוקיות, מכיוון שהיא נמצאת במתחם האפשרויות הפרשניות הסבירות לפירוש. זוהי הגשמת מטרת המחוקק והוצאה לפועל של לשון המחוקק. בעניין מזרחי, אומר ברק, המטרה של הסעיף לשמור על משמורת חוקית ולמנוע כל סוג של התחמקות במטרה להגן על המערכת הנורמטיבית. הקו הזה מנחה בהמשך בפס"ד נוספים כמו פס"ד אסד (לא בסילבוס).

# פרשנות תכליתית - מהי תכלית החקיקה וכיצד מגלים אותה?

**ניתן לפרש את תכלית החקיקה בשני מובנים:****1. תכלית היסטורית של החקיקה**, או במילים אחרות: מה הייתה מטרת המחוקק בעת שחוקק את החוק? מה רצה המחוקק להשיג באמצעות החקיקה? תכלית סובייקטיבית. **2. תכלית אובייקטיבית**. מהי תכלית החקיקה בעיני פרשן בן זמננו, לאור עקרונות היסוד של המשפט הפלילי ושל השיטה הנהוגים היום, מפרש אובייקטיבית את תכלית החקיקה. על פי זה: המחוקק הוא לא היחידי שמפרש את החקיקה. הפרשן יפרש בעיניים של היום – מהי התכלית. זה הרבה מעבר לתכלית היסטורית.

ברק קובע, שכאשר מחפשים את התכלית, מחפשים אותה ברמות שונות ואנחנו לא מחויבים לתכלית ההיסטורית הסובייקטיבית. בודקים מהי התכלית הספציפית- אילו עקרונות יסוד של המשפט הפלילי יכולים להשפיע על הפרשנות (כמו חזקת החפות, עיקרון האשמה, עקרון החוקיות), ואילו עקרונות יסוד של המשפט (שיוויון, כבוד האדם) משפיעים, כולל החזקה שאומרת שהתכלית עולה מן המונחים הלשוניים שנעשה בהם שימוש (כלומר: גם הנוסח עוזר להבין את התכלית). **הפרשן בודק את התכלית גם היסטורית וגם אובייקטיבית**.  
השופט חשין אומר שהחיקוק הוא כמו לחם שיצא כבר מהמאפיה, ולאופה אין שליטה על מה ימרחו עליו.  
הבעיה בכך היא חוסר ודאות. בכל התחומים   
**הדגמת הפרשנות התכליתית דרך ע"פ 677/83 בורכוב נ' יפת-** בפס"ד זה עומד לדיון ס' 6 לחוק איסור לשון הרע. חוק זה מגדיר עוולה נזיקית של לשון הרע, ומגדיר לצידו עבירה פלילית לפי ס' 6. ההגדרה של העבירה הפלילית שונה מהעוולה הנזיקית, כאשר אחד ההבדלים המשמעותיים בין העוולה הנזיקית לעבירה הפלילית אלו המילים "בכוונה לפגוע" ובית המשפט צריך להחליט איך לפרש את הביטוי "בכוונה".  
**סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע: עבירה**   
המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו -מאסר שנה אחת.   
הנתבע הוא עורך עיתון "הארץ" באשמה שלפיה בכתבתו הואשם עוזר מנכ"ל מועצת הירקות בזיוף. השאלה הפרשנית בפסק הדין היא מהו פירושן של המילים "בכוונה לפגוע". והרי, עיתונאי שמפרסם משהו, בין אם אמת או לא, מטרתו היא לפרסם, לא לפגוע. ומה לגבי המקרים בהם העיתונאי מפרסם משהו, למרות שהוא יודע שזה יפגע?   
לדברי השופט ברק בעברית יש 2 משמעויות אפשריות למילה "בכוונה":  
1. האדם צופה את האפשרות שהמעשה שלו יפגע, וכן מעוניין שמישהו יפגע. יש כאן רצון לפגוע.  
2. אין לאדם עניין ורצון לפגוע, אולם הוא מודע לעובדה כי ברמת הסתברות גבוהה כי הדבר עלול לפגוע. רלוונטי כאן כי אין לעיתונאי משהו אישי כנגד הניזוק ורצון להזיק לו, אבל בכל זאת הוא צופה שתהיה פגיעה כתוצאה מהפרסום שלו בעיתון.   
מילולית, אומר ברק, המילה "בכוונה" סובלת את שתי הפרשנויות הנ"ל. יכול להיות שהיא כוללת רצון, ויכול להיות שהיא מסתפקת רק בציפייה ברמה גבוהה של וודאות, ובכל מקרה: שתי האפשרויות גורמות לעבירה להיות מצומצמת יותר מהעוולה הנזיקית, ועדיין יש להכריע בשאלה מתי העבירה תכנס למישור הפלילי.

היות והלשון וההיסטוריה החקיקתית לא עוזרות לפרש, ברק עובר לתכלית האובייקטיבית- לעקרונות הכלליים של שיטת המשפט (מוסר, צדק, שיוויון חופש ביטוי וכדומה). בהקשר הספציפי כאן, קובע ברק, שישנם 4 עקרונות יסוד שמהווים בסיס לפרשנות:

1. זכות האדם לשם טוב של הנפגע
2. חופש הביטוי של התובע הפוגע
3. חופש אישי של התובע הפוגע מפני סנקציה פלילית
4. שלום הציבור

ברק מבין שמטרת החוק לא מצטמצמת להגנה על שמו הטוב של הפרט הנפגע, כדי לומר שמדובר בעבירה פלילית. רק הרצון לפגוע באחר מצדיק את העבירה הפלילית שכן שלום הציבור נפגע ויש פגיעה באינטרס הציבורי. מבחינת ברק יש לפרש את הסעיף בצורה מצמצמת ולומר שהוא מתייחס רק למצב שיש פרסום מתוך רצון לפגוע, ולא מסתפקים בידיעה ברמה גבוהה של וודאות של הפגיעה אם אין רצון. ברק נוקט בגישת פרשנות תכליתית ואין לו סיוע מלשון הסעיף או מההיסטוריה שלו ולכן הוא הולך לפי עקרונות השיטה, ומצדיק כאן ענישה רק על התנהגות מתוך רצון לפגוע באחר.

**3.** **פרשנות של נורמה פלילית - עיון בסעיף 34כא**

**סעיף פרשנות, 34כא.** ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.הסעיף קובע, רק אחרי שניסו לפרש סעיף על פי תכליתו ולא הגיעו למסקנות, או שהתכלית הובילה למבוי סתום, ילכו עם מה שמקל עם הנאשם. סעיף זה מקבע את פסיקתו של ברק לפרשנות תכליתית של סעיפי חוק פלילי. בדר"כ פרשנות מצמצמת היא לטובת הנאשם.   
פרופסור קרמצ'ר סובר שיש לתת יותר פרשנות למילים. יש הרואים בלשון הסעיף פשרה בין קרמצ'ר לברק. הסעיף דן כאשר יש יותר מפרשנות אחת סבירה לפי התכלית שזהו דבר נדיר ולא רווח, ואז יבחרו בפירוש המקל שמסתדר עם התכלית.  
**רע"פ 3237/99 אהובה לוי נגד מד"י**, הוא פס"ד קצר ופשוט שמסביר את ס' 34כא. אהובה לוי נהגה ברכב כשלאוזנה מחוברת אוזניה אחת המחוברת למכשיר טלפון, והועמדה לדין על פי התקנה: "לא ינהג אדם ברכב, כשלאוזניו צמודות אוזניות המחוברות למכשיר הנועד להשמעת צלילים". הבחורה נסעה רק עם אוזניה אחת ולא שתיים. המדינה התבססה בכתב התביעה על סעיף 5 לחוק הפרשנות: יחיד = רבים. ולכן גם אוזניה אחת אסורה, והנאשמת סוברת שהתקנה היא רק לגבי 2 אוזניות.   
בית המשפט עובד עם 34כא ובודק מהי הפרשנות התכליתית, וזו לא עוזרת לו לקבוע מה התוצאה ואיך צריך לפרש, כי ישנן 2 פרשנויות סבירות שמתיישבות עם הסעיף:התכלית של החוק היא הגנה למנוע נתק מהנעשה בכביש. השאלה היא איזה נתק רוצה הסעיף למנוע. ברור שלא כל הפרעת קשב היא אסורה (מותר לשמוע מוזיקה). יכול להיות שהמחוקק רצה למנוע ניתוק דרסטי של שתי האוזניים, ויכול להיות שהוא רצה למנוע נתק גם ברמה של אוזן אחת. **שני הפירושים מתיישבים עם התכלית, ולכן יש לפנות לפירוש המקל עם הנאשם.** נקבע כי תקנה 5 מתייחסת רק לשתי אוזניות על שתי אוזניים, בדרך המקלה עם הנאשמת.\* הערה: פס"ד אהובה לוי מדבר על עבירה מאוד קלה, ונדמה שבעברות חמורות יותר, בית המשפט ימצא את הפרשנות הנכונה לפי התכלית (ויעצור כבר בשלב זה). אם התכלית היא גם משהו שמכניסים את עקרונות היסוד של השיטה, את ההיסטוריה ואת דעת השופט, אז בגלל כל הפרמטרים, בדר"כ לא יגיעו ליותר מפרשנות אחת. **\*** הערה: "הפירוש המקל עם הנאשם", אין כוונה לנאשם הספציפי, אלא באופן כללי עם נאשמים באותה העבירה.

**כיצד פרשנות תכליתית או פרשנות דווקנית היו משיגות תוצאות שונות:  
1. ע"פ 3027/90 מודיעים נ' מד"י-** בפס"ד זה רוצים להטיל על חברה בע"מ קנס בגין עבירה שבוצעה על ידי רכב של החברה. החברה רוצה להטיל את הקנס על העובד שביצע את העברה, ולטענתה החברה אינה צריכה לשאת בקנס.

בפקודת התעבורה ישנו סעיף (27ב) המטיל אחריות של בעל רכב, לעבירות שבוצעו על ידי הרכב, אלא אם הוכיח שמסר את החזקה ברכב לאדם אחר (או שהוא נלקח ממנו ללא רשות). בכל מקרה, האחריות היא של "בעל הרכב". השאלה שנדונה בפס"ד מודיעים היא: מי הוא "בעל רכב"?  
בפקודת התעבורה, מנוסחת ההגדרה בזו הלשון (סעיף 1): "בעל רכב" – אחד מאלה... לעניין רכב הרשום על שם חבר בני אדם – מנהל פעיל, שותף או עובד מנהלי בכיר בחבר, האחראים לאותו רכב; ז"א הכניסו אורגנים בחברה שעלולים למצוא את עצמם לאחריות תנועה שנצפה בהן הרכב. האם ההגדרה של בעל רכב כוללת גם את החברה בע"מ עצמה- הבעלים הרשומים של הרכב? כשיש הגדרה שיש בה חוסר.   
הפרשנות שנדרשה להבנת הסעיף היא **מהי המשמעות של סימן המקף**. האם המקף פירושו "גם" (לרבות)- בא להרחיב בנוסף לבעלי הרכב שהם החברה, או שהמקף פירושו "שווה" או "רק"- ובא לצמצמם שרק אלו המנויים הם האחראיים. בדר"כ בעברית הכוונה של מקף היא שווה, רק – צמצום. לביהמ"ש ברור שהרעיון הוא להרחיב את האחריות. כלומר: מבחינת תכליתית, ברור שהכוונה היא שהמקף הוא "לרבות" ויש כאן תוספת אחריות על החברה עצמה.  
בית המשפט קובע שמתחם האפשרויות הלשוניות הם המסגרת וצריך לחפש את מה שמתיישב עם התכלית הסובייקטיבית ההיסטורית מה הייתה הכוונה, וגם עם התכלית האובייקטיבית על סמך עקרונות היסוד של השיטה איך אנחנו מפרשים. בית המשפט מעדיף בפסק דין מודיעים פרשנות תכליתית, ופוסק שברור שהחברה היא גם בעלת הרכב. הרצון ליצור פרשנות תכליתית מחייבת לומר שהפרשנות הנכונה היא "לרבות".  
ביהמ"ש אומר שחוק נעשה ברור רק לאחר שמפרשים אותו. השופטת נתניהו- ככל שהפרשנות המילולית היא קלושה, אבל התכליתית יותר ברורה, אנחנו מוכנים ללכת רחוק יותר ונסתפק באחיזה קלושה בלשון ככל שהתמיכה התכליתית גדולה ומבוססת (היסטורית, עקרונות השיטה, הגיוניות...).  
**ע"פ 2940/94 לוין נגד מד"י.** (לא בסילבוס) הנאשם העמיד את מכוניתו במקום שמיועד לפריקה וטעינה, וטען שהוא "פרק" מסמכים לעורך הדין שלו. בית המשפט אומר שנכון שמבחינה לשונית אפשר גם לפרוק נוצות, אבל לא כל מה שנדחס למשמעות הלשונית של המילה – הוא הפירוש הנכון.  
כלומר: מבין האפשרויות הלשוניות, ייקחו את הפרשנות שעולה גם עם התכלית וברור שפריקה וטעינה זה עניין מסחרי. בית המשפט מגיע למסקנה שיש הבדל בין מכוניות פרטיות למסחריות, וכמובן שלא מקבל את הטענה. נראה שגם בעזרת פרשנות דווקנית לא הייתה מתקבלת טענה כזו.  
**דנ"פ 10987/07 מד"י נ ברק כהן-** פרשנות של המונח "עובד ציבור", בדיון ובו 9 שופטים. השופט גרוניס הולך לפרשנות מצמצמת לעומת השופטת בייניש. מאבטח במוסד לביטוח לאומי במזרח ירושלים שקיבל טובות הנאה מיניות מנשים בתמורה לפעולות מיטיבות בבנק. השאלה- האם הוא נחשב עובד מדינה? רלוונטי לגבי עבירת שוחד ועבירות כלליות יותר של ס' 280- "שימוש לרעה בכוח המשרה". אלו עבירות שמתבצעות ע"י עובד ציבור. יש הגדרה צרה לעבירות שוחד. בס' 34 כד יש הגדרה צרה לעובד ציבור. דעת הרוב מרשיעה אותו כעובד ציבור רק לעבירת שוחד. ההגדרה כוללת גם "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", והפרשנות התכליתית היחידה העולה בקנה אחד עם תכליתו של סעיף לקיחת השוחד היא זו הכוללת גם תאגידים פרטיים בהגדרה. בעניין "שימוש לרעה בכוח המשרה" לפי ס' 34 כד אין התאמה בין ההגדרה ובין משרתו של הנאשם- על כן הזיכוי נותר על כנו.   
יש דיון מעניין שחושף 2 דברים: 1. השופט גרוניס הולך לפי שיטה דווקנית ולא מרחיב את פרשנות החקיקה. 2. השופטת בינייש מרשיעה יותר ומרחיבה יותר. הדיון שלה מתבסס על כך שאומנם היה פס"ד ישן שלא הרשיע עובד כזה כעובד ציבור, עברו הרבה שנים מאז והמציאות השתנתה וכיום הרבה מהאנשים שנחשבים עובדי ציבור לא בהכרח מעוסקים ע"י המדינה, והמשק הציבורי עבר שינויים והוא נעזר רבות בקבלנים פרטיים. ולכן כדי להגן על הציבור לא ניתן לעשות את החלוקה הזו. מרחיבה לפי השינוי במציאות. החוק לא מתכתב עם השינוי במציאות ולכן צריך לפרש אותו בצורה רחבה. שינויי גישות בין שופטים שונים.   
**דנ"פ 8613/96 ג'אברין נ' מד"י.** ג'ברין הוא עיתונאי מאום אל פאחם שפרסם בשנים 90 ו-91 סדרה של שלושה מאמרים בהם אמירות גזעניות, על שניהם העמידו אותו על הסתה, כאשר במאמר השלישי ג'ברין כתב כך: "האמת לאמיתה, אגיד לך, ידידי, שכל אימת שאמרתי: 'הידד, הידד' והשלכתי אבן, השתלטה עלי התחושה שהנצחון קורא לנו: 'הוסיפו לזרוק, הגבירו סבלנות, יותר לתרום ולהתעקש, ואהיה לכם השחר, שאתם מצפים לבואו מזה זמן רב'. לא אכחיש, ידידי, שכל אימת שצעקתי 'הידד, הידד' והשלכתי בקבוק תבערה, אני מרגיש, שאני עוטה הוד ותפארת, אני מרגיש, שמצאתי את זהותי ושאני לוקח חלק בהגנה על הזהות הזאת ושאני אדם ראוי לחיות חיים מכובדים. תחושה זאת מעוררת בתוכי רגשות יפים".  
המאמר השלישי הוא זה שעומד לדיון. זו הייתה אמירה פרטית ולא תחת ארגון טרור. הרשיעו אותו בערכאות הקודמות על בסיס פס"ד עידו אלבה שהעמידו אותו לדין והרשיעו אותו גם כן על סעיף זה. בעקבותיו הואשם ג'אברין בתמיכה בארגון טרור, עבירה לפי סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור. עבירה זו קובעת:  
4. אדם – (א) המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי- אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה; ... אשם בעבירה, ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים או לקנס עד 1,000 לירות או לשני העונשים גם יחד".  
השאלה שעומדת לדיון: האם בגלל הציטוט לעיל אפשר לומר שהוא עבר על 4(א)? האם לתוך ס' 4(א) צריך "לצקת" את המילים "ארגון טרור". כלומר: האם הכוונה היא לאלימות של ארגון טרור, או לאלימות בכלל?  
האם צריך לקרוא את הסעיף בצמצום ולפרש אותו רק בהקשר פעילות של ארגון טרור?  
דעת הרוב- השופט אור- במקרה זה פסקו שהצמדות לצד המילולי של הסעיף, היא לרעת הנאשם, על אף שברוב המקרים היא לטובת הנאשם. ביהמ"ש אומר שבדיקה לאור תכלית החקיקה, מביאה למסקנה שיש לייחס את הסעיף רק לפעילות של ארגון טרור: זאת לאור מיקומו של הסעיף, והשוואה לסעיפים שנמצאים בסביבת סעיף 4(א).   
נימוק נוסף הוא בדיקת האיסור לאור עקרונות היסוד של השיטה. בית המשפט מעדיף את הפרשנות שפוגעת פחות בחופש הביטוי. בשל כל הנ"ל בית המשפט מזכה את ג'אברין מהאישום בגין 4(א), ומכניסים לסעיף לכאורה מילים שלא כתובות בו של "ארגון טרור".  
השופט קדמי אומר בדעת מיעוט שיש כאן אקטיביזם שיפוטי מוגזם. התוספת של "חבר בארגון טרור" היא אקטיביזם שיפוטי שחורג מפרשנות לגיטימית, כי מבחינת האינטרס הציבורי, גם פעילות של אדם בודד היא מסוכנת. השופט לוין- הכול פה זה מטרה לא לפגוע בחופש הביטוי.  
לפני פסק דין ג'אברין העמידו לדין את הרב עידו אלבה והרשיעו אותו בסעיף. בדנ"פ ג'אברין שינו את ההלכה שנפסקה בפס"ד אלבה.

**כללי תחולה בזמן**תחולה בזמן ורטרואקטיביות: חלק מנגזרת של עקרון החוקיות- להרשיע רק על עבירות שהיו בתוקף בזמן המעשה. חקיקה במשפט מהותי חלה ככלל, מכאן ולהבא, אלא אם החקיקה עצמה סותרת את ההנחה הזו. לכן לא ניתן להחיל שינוי חקיקה רטרואקטיבית. האיסור צריך להיות תקף בזמן ביצוע מעשים. בסעיף 10(א) לפקודת סדרי שלטון ומשפט נכתב: "כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום".במשפט הפלילי הנושא של תחולה בזמן הוא מאוד חזק, כי הוא משיק לעיקרון החוקיות (להזהיר מראש מה מותר ומה אסור, מחייב להעמיד לדין רק על פי חוק שהיה תקף בעת העבירה).מסגרת הדיון ביחס לתחולה בזמן מתייחסת לסעיפים 3-6 לחוק העונשין, וקיימים שלושה כללים בסיסיים: **1. החמרה בדין פלילי פועלת רק מכאן ולהבא (ס' 3)  
סעיף 3 לחוק העונשין: אין עונשין למפרע**(א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר. (ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.סעיף 3(א): חיקוק היוצר עבירה חדשה חל מכאן ולהבא. למשל: אם בשנת 98 חוקק חוק למניעת הטרדה מינית, הרי שהחוק יחול רק על מי שביצע מעשים רק אחרי שהחוק נכנס לתוקף.סעיף 3(ב): חיקוק שקובע החמרה בעונש. אם החליטו להחמיר בענישה, ההחמרה תהיה תקפה רק למעשים שנעשו אחרי שההחמרה נכנסה לתוקף. מוסיף הסעיף וקובע שעדכון שיעורו של קנס אינו נחשב החמרה בעונש.הרבה לפני שהסעיפים הללו היו קיימים, היו מודעים לחוקי התחולה בזמן של החוק הפלילי לפי תיקון 39, ואולם קיימים שני חוקים משנת 1950 אשר חלים רטרואקטיבית:

1. חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם- לפי חוק העמים והחוקה הקנדית אייכמן עשה מעשים שלא יעשו. ועל כן הוא הורשע על אף שהחוק נכנס למפרע רק לאחר עשיית המעשים שלו.
2. חוק למניעת פשע השמדת עם.

ההצדקה לחוקים רטרואקטיביים מופיעה כפי שהיא מופיעה בפס"ד אייכמן, שמדובר במעשים שבכל קנה מידה, ובמבחינה אוניברסאלית הם פשעים מאוד חמורים.

**2. הקלות בדין פלילי יחולו על פי רוב למפרע. סעיפים 4-5.**ההיגיון מאחורי הכלל- החברה לא מענישה בגין מעשים שעל פי תפיסת ההווה, הינם מעשים שאין בהם פסול. אם החברה ביטלה את האיסור (למשל- משכב זכר), אין טעם להעמיד לדין בהווה את אותו אדם שביצע את העבירה בזמן שהיא הייתה עבירה. למרות שיש לכאורה "כעס" על אדם שעבר על הכללים החברתיים, לא מענישים על הפגיעה בכללים, אלא רק על פגיעה באינטרסים של החברה. העונש ניתן רק כאשר יש פגיעה בערך חברתי ולא מענישים על עצם העבירה של הכללים החברתיים. קו חשיבה מקובל במשפט הקונטיננטאלי, בשונה מהגישה האנגלוסקסית והייתה קיימת בישראל עד תיקון 39, אשר מדברת על כלל גורף, לפני תיקון 39, סעיף 22 בפקודת הפרשנות: "ביטולו של דין אין כוחו יפה... להשפיע על זכות או חיוב לפי הדין המבוטל ועל עיצום (מלשון סנקציה) בשל עבירה עליו." כלומר: הקלות או ביטול חלות תמיד מכאן ולהבא. בתיקון 39 ביטלו את המילים "ועל עיצום בשל עבירה עליו"- תוספת על עונשים בגין עבירות שהתבלטו נמחקה. גישה פרגמטית אשר גורסת שחקיקה פועלת מכאן ולהבא. על פי גישה זו יש להימנע ממצב שבו יש חוסר אחידות בין שני נאשמים שעשו בדיוק את אותו מעשה באותו זמן ולא יזכו לדין שונה, רק בגלל שאחד מהם משפטו התארך יותר מאשר השני ובינתיים הדין השתנה. בפועל, הבעיה הנ"ל לא צצה, כי המציאות מלמדת שעבירות שבוטלו, יש תקופה שקודמת לביטול שבה כבר לא מעמידים לדין על אותה עבירה. השינוי החברתי קודם לשינוי החוקתי. והתפיסה הזו השתנתה ומענישים רק לפי עבירות שקיימות בזמן ההליך עצמו ולא בזמן ביצוע העבירה. **בפסיקה שקדמה לתיקון 39, ישנם שני פסקי דין בהם ביהמ"ש איפשר תחולה רטרואקטיבית מסוימת, למרות שהכלל היה שביטול של דין לא חל רטרואקטיבית:  
1. ע"פ 621/88 פיילר נגד מד"י-** חבורה של פעילי שמאל נפגשו עם אש"פ בזמן שהיה איסור פלילי לבוא במגע עם חברים בארגון טרור. בעת שהם הועמדו לדין, בוטלה העבירה. ההשלכה הייתה שבית המשפט הרשיע אותם בעבירה, אבל הקל בעונשם. הביטוי לגישה שתוקנה בתיקון 39 הייתה רק בעת מתן גזר הדין. **2. (ע"פ 63/89 מזרחי נגד מד"י-** לא למדנו בשיעור. הפסיקה, בלי הוראה חוקית מפורשת מחילה את הכלל של "החלה רטרואקטיבית של שינוי מקל". מזרחי הקפיץ חברה של הבת שלו לתחנה המרכזית ובדרך ביצע בה מעשה מגונה בכפיה. במסגרת שינוי חקיקתי, שהוחל בין מועד ביצוע המעשים ובין זמן העמדתו לדין, המחוקק השמיט בשוגג את עבירת "מעשה מגונה בכפיה". לתקופה מסוימת לא היה בנמצא את העבירה הזו, אלא רק את עבירת מעשה מגונה (עד 3 שנים). בית המשפט המחוזי פסק למזרחי 4 שנים על בסיס החוק שהיה קיים בעת ביצוע המעשים. בית המשפט העליון דרש להפחית מעונשו, לעונש שלא יעלה על 3 שנים, כי בעת הדיון לא היה בנמצא בחוק "מעשה מגונה בכפיה", למרות שבית המשפט הכיר בנסיבות שבגינם לא קיימת העבירה)

**2.1 ביטול עבירה לאחר עשייתה חל למפרע- ס' 4.  
4. ביטול העבירה לאחר עשייתה-** נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה - תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם - יופסקו; ניתן גזר-דין - יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה. עבירה שבוטלה, לא תהיינה לה שום השלכות. כאשר מדובר בביטול חוק. נניח שהכנסת תחליט לבטל את סעיף משחקי הימורים. מרגע הביטול, אם אדם ישב בבית הכלא בגין משחקי הימורים, ישחררו אותו, אם עמד לדין, מיד מופסקים ההליכים. העבר הפלילי של הנאשם נמחק ומתבטל. מי שכבר ישב בכלא או שילם קנס לא מפצים אותו בדיעבד. **2.2 שינוי בחיקוק הפלילי יחול למפרע על פסקי דין שאינם חלוטים. סעיף 5(א).** כלומר: שינוי חקיקה המקלה עם העושה, בעוד ההליכים תלויים ועומדים, חל גם על מעשים שבוצעו לפני השינוי ובלבד שפסק הדין איננו חלוט. מדובר כאן על שינוי ולא ביטול ולכן זה מצריך דיון של ביהמ"ש מה שינוי זה אומר לגבי הנאשם. רק אם פסה"ד טרם הפך חלוט ועדיין ניתן לערער עליו. לא מוציאים תיקים מארכיון ובוחנים שינויים מקלים אם הם חלים על הנאשם או לא.  **5. שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה-** (א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה. שינוי בהגדרת העבירה, דוגמה: נניח שהמחוקק משנה את סעיף 402, כך שעבירת שוד מכילה רכיב של "שימוש בנשק חם". נניח שעומד לדין אדם בגין שוד תוך שימוש בנשק קר. כל זמן שפסק הדין אינו חלוט, יחילו עליו את הדין לפיו שוד הוא תוך שימוש בנשק חם (כלומר: לא ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בגין שוד). השינוי גם לטובתו ומיקל עם הנאשם.שינוי בנוגע לאחריות העבירה הפלילית -יש כללים להטלת אחריות פלילית. דוגמה: קביעה שברוב העבירות הפליליות צריך להוכיח מחשבה פלילית, מוגדרת בס' 20. אם משנים את הכלל ולא מספיק מודעות אלא מוסיפים שלכל העבירות מעכשיו צריך להוכיח כוונת תחילה (יסוד נפשי שקיים כיום רק ברצח), שינוי זה נחיל על כל מי שעדיין נדון ולא חלוט. נניח שעבירת השוד נשארה כפי שהיא, אבל שינו את הכללים הקובעים איך מטילים אחריות פלילית. כעת, כדי להחיל אחריות פלילית בגין שוד, לא מספיק להוכיח מודעות (מחשבה פלילית), אלא צריך להוכיח כוונה ממש (רף גבוה יותר של יסוד נפשי ממה שהיה קודם לכן). אם יש נאשם שעשה את המעשה לא בכוונה, אלא רק במודעות, משמע שהאופן שהגדירו את האחריות הפלילית מקל עם נאשם זה, ולכן השינוי יהיה רלוונטי (כמובן, רק אם התיק של הנאשם עדיין פתוח).סייגים. דוגמה: הגנה עצמית היא סיטואציה שמזכה מאחריות פלילית. אם נוספו לעבירה סייגים, יחולו השינויים על תיקים פתוחים, גם אם בעת ביצוע העבירה לא היה קיים הסייג. ס' 34(י). בשנת 2008 תשס"ח הוסיפו את תיקון שי דרומי 34(י1)- הרחיב את הגבולות של הגנה עצמית כשמדובר על מישהו שפורץ אלייך הביתה. בפס"ד שי דרומי, הנאשם הועמד לדין בגין ירי בבדואים שפרצו לו לחווה, והמתה של אחד מהם. בעקבות הפרשה, הכנסת חוקקה סעיף של הגנה על בית או על משק. הסעיף זכה לכינוי "חוק שי דרומי". ואכן פסק הדין נקבע בהתייחס לאותו חוק, והנאשם זוכה מאשמת הריגה והורשע בביצוע של עבירות נשק בלבד.הקלה בעונש. דוגמה: אם העונש משתנה לטובת הנאשם (מ-16 שנים ל-10 שנים), ואז הוא יחול על כל פסקי הדין שלא נעשו חלוטים. **הכלל: שינוי בחוק שמקל עם הנאשם חל רק על תיקים פתוחים ולא על פס"ד חלוט.**הערה: מהו פסק דין חלוט מבחינה פרוצדוראלית? פסק דין חלוט הוא פסק דין שאי אפשר יותר לערער עליו. ערעור על פסק דין בזכות הוא בתוך 45 יום. ערעור ברשות יש 45 יום להגיש בר"ע, ואם היא מתקבלת יש עוד 30 ימים להגשת הערעור. לא תמיד יש סיבה לאפשר בר"ע. כל זמן שזה נמצא במסגרת של דיונים, או שעבר הזמן לערעור ברשות או לערעור בזכות. **2.3 פס"ד חלוט – רק שינוי מקל בענישה חל למפרע - ס' 5 (ב).  
סעיף 5 (ב):** הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו - יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה. החברה לא מוכנה שכל שינוי בחקיקה יחול על תיקים סגורים. לחברה יש עניין שנקרא "סופיות הדיון", שמחייבת לא לפתוח תיקים סגורים לעיון מחדש. מחילים אחורנית רק שינוי בעונש. **החברה מוכנה "לפתוח" תיקים ישנים רק בהקשר לעונש הניתן.** מדובר בעניין טכני: אם העבריין נידון ל-15 שנים מתוך ה-16 המקסימאליות, ועכשיו העונש קוצר ל-10 שנים, אוטומטית העונש מתקצר ל-10 שנים – אין שמירה על פרופורציה. (ז"א לא עושים יחס 15/16 ואז נותנים לו פחות מ10 שנים לפי היחס).  
לסיכום: **החמרה תמיד היא מכאן ולהבא. הקלה, במקרה שפסק הדין הוא חלוט היא רק במקרה של ביטול העבירה, או במקרה של שינוי: יקלו בעונש בפסקי דין חלוטים, ויקלו באופן כללי על נאשמים בפסקי דין שאינם חלוטים.** (פיילר ומזרחי הם תיקים ישנים יותר לתיקון, ועל כן לא מתיישבים עם החיקוקים הנ"ל).  
**האבחנה בין פס"ד חלוט ובין פס"ד שאינו חלוט היא מאוד חשובה.**   
בעבירת הרצח, יש עונש מאסר עולם חובה. ואולם, ס' 300א מדבר על עונש מופחת בהתקיים אחת מהנסיבות המובאות בסעיף. כמו במקרה של כרמלה בוחבוט (רצחה את בעלה המתעלל) או שוקי בסו (ירה באביו המתעלל), אפשר על פי 300א שחוקק בשנת 95 להפחית מעונשם של הנאשמים. נניח ששוקי בסו ביצע את העבירה לפני שנוסף 300א. וודאי שהתשובה צריכה להיות שתלוי אם פסק הדין חלוט או לא. אם פסק הדין לא חלוט, ברור שההקלה תחול. אולם, אחרי שפסק הדין חלוט, נשאלת השאלה כיצד להתייחס ל-300א: האם מדובר בהקלה בעונש?  
**ע"פ 7853/05 רחמיאן נגד מד"י**- רצח ולא קיבל פטור. לאחר התחלת ריצוי העונש נחקק סעיף 300א רבתי- למרות האמור בס' 300 שחובת הדין הוא מאסר עולם. הסעיף מונה שלוש נסיבות שבהן ביהמ"ש ירשיע ברצח אך ישקול לתת עונש פחות ממאסר עולם. מקרים יוצאי דופן. אחד הסעיפים קשור לבעיה נפשית חמורה שהשפיעה על מעשה הרצח. השאלה אם תוספת חיקוק זו נקראת הקלה בעונש? פס"ד זה הוא חלוט והשאלה אם החיקוק החדש נחשב הקלה בעונש? בצורה הפשוטה של המילה התשובה היא לא. ס' 5(ב) מתייחס רק להקלת טכניות מנהליות שלא צריך לפתוח דיון לעומת ס' 5(א) שפותח אפשרות של שק"ד של ביהמ"ש. רחמיאן לא נהנה מס' 300(א). בית המשפט קבע בפס"ד 2 קביעות:

1. 300א (מצבים בהם יינתן עונש מופחת בעבירת רצח) הוא הקלה בעונש. **הפיכת עונש חובה לעונש בשיקול דעת הוא הקלה**.
2. סעיף 5ב לא עוסק בכל סוגי ההקלה בעונש, אלא רק כאשר ההקלה בעונש דורשת פעולה מנהלית פשוטה ולא משהו שמצריך שיקולי דעת מחדש.

**כלומר: הקלות בעונש שישפיעו רטרואקטיבית הם רק הקלות שדורשות החלטה מינהלית חותכת, ולא במקרים בהם יידרש שיקול דעת מחדש. כלל סופיות הדיון גובר.**

**3. חריג לכלל- עבירות שהזמן גרמן (סעיף 6).** עבירות אלו מהוות חריג לכלל מס' 2. עבירות זמן הן עבירות שעמדו בתוקף לתקופה מסוימת, ואח"כ הן מתבטלות כי המציאות עצמה השתנתה.   
**6. עבירות שהזמן גרמן-** הוראות [סעיפים 4](http://he.wikisource.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%A9%D7%99%D7%9F#.D7.A1.D7.A2.D7.99.D7.A3_4) [ו-5](http://he.wikisource.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%A9%D7%99%D7%9F#.D7.A1.D7.A2.D7.99.D7.A3_5) לא יחולו על עבירה לפי חיקוק שנקבע בו או לגביו שיעמוד בתוקפו לתקופה מסוימת, או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן.  
אם חל שינוי או התבטלה עבירה כי המציאות השתנתה, לא נקל עם הנאשם למפרע. יש עבירות שמראש במהות שלהן הן נכונות לתקופה מסוימת.  
דוגמאות:

1. בתקופת הצנע, היו עבירות שאסרו מוצרי צריכה מעבר למוקצב. תקופת הצנע עברה, והיום אין הגבלות ואיסורים שהיו קיימים בתקופת הצנע, ועדיין: מי שעבר עבירות שהן רלוונטיות לתקופת הצנע ובזמן ביצוע העבירה, העבירות היו בתוקף, צריך לשאת באחריות פלילית מלאה, למרות שהן לא קיימות יותר.
2. אם יש כלל שבשנות בצורת אסור להשקות מדשאות. מגיעה שנה טובה וביטלו את העבירות של המים, עדיין מי שהפעיל ממטרות כשהיה אסור פגע בחברה וראוי שהוא ישא בעונש בגין הפגיעה בחברה, למרות שעבירה זו כבר לא קיימת ולא רלוונטית.
3. העלאת מחירי הניילונים בתקופת מלחמת המפרץ, כי כיסו את החלונות במסקנטייפ וניילונים. נניח שבזמן כזה קיימת עבירה למכור ניילונים ביוקר. היום העבירות לא קיימות, כלומר: זו עבירה שהזמן גרמה. ההיגיון: בעבירות מהסוג הזה, שום דבר לא השתנה מבחינת התפיסה החברתית, השינוי היחידי הוא השינוי במציאות. העמדה כלפי מכירת ניילונים ביוקר עדיין היא עמדה שזו התנהגות פסולה! (פס"ד פיילר הוא ישן לסעיפים האלו, ולכן ההתייחסות בפסק הדין היא שונה).

**פס"ד אקסלרוד מ"ח 8390/01**. פס"ד שניתן באוקטובר 2005 (משפט חוזר). אקסלרוד התראיין בתקשורת אחרי רצח רבין, ואמר בתקשורת: "כל כלב ביג'י יומו. לא יהודי נהרג, אלא בוגד." העמידו אותו לדין בגין עבירה על סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, הוא הורשע. פסק הדין הפך להיות חלוט. על סמך פסיקה קודמת כמו פס"ד עידו אלבה שהסעיף לא צומצם לארגון טרור. בפסק דין ג'אברין השתנתה ההלכה הפסוקה וקבעה שסעיף 4(א) מחייב שיהיה מדובר בארגון טרור (כך שברור שאם אקסלרוד היה מועמד לדין לאחר ההלכה, הוא היה יוצא זכאי). אך מדובר כאן על פס"ד שהוא כבר חלוט.   
בית המשפט העליון קבע ששינוי כזה בהלכה הפסוקה מצדיק משפט חוזר, כאשר אחת מעילות הסל על פי סעיף 31 (א)(4) לחוק בתי המשפט: "חשש ממשי לעיוות דין", ומצד שני ביהמ"ש קובע הגבלות לפתיחת משפט חוזר בגלל שינוי בהלכה ואילו הן:  
1. שינוי ההלכה נעשתה בעליון.  
2. שמדובר בהלכה מאוד ברורה וחד משמעית.  
3. שההלכה החדשה משפיעה באופן ברור על האחריות הפלילית או על הענישה.  
4. יש חשש לעיוות דין.  
באותה החלטה שהחליטו לקיים משפט חוזר, זיכו את אקסלרוד מאשמה (אוטומטית). הדיון היה בתוך הבקשה למשפט חוזר. ביהמ"ש מסביר שכשמדובר בשינוי בפסיקה שחל באופן ברור כמו כאן, יווצר עיוות דין גדול אם לא יאפשרו לו משפט חוזר. משפט חוזר לפס"ד חלוט ניתן רק במקרים מאוד חריגים. זה כלי להרשעות שווא. הוא ניסה לפעול דרך מסלול של חנינה והוא לא קיבל אבל כן קיבל משפט חוזר. לצורך העניין החוק לא השתנה, אלא הפרשנות של החוק השתנתה ויש לכך השלכה חמורה.

**סיכום הכללים בעניין רטרואקטיביות:**

1. **החמרה** בדין הפלילי היא מכאן ולהבא, תמיד כאשר (סעיף 3) מדובר בעבירה חדשה או כשמדובר בהחמרת הענישה.

2. **הקלות** בדין הפלילי יחולו למפרע (סעיפים 4-5):

2.1 אם בוטלה העבירה – מופסקים כל ההליכים.

2.2 אם חל שינוי בהגדרת העבירה, בהגדרת האחריות הפלילית או בעונש:

2.2.1 אם פס"ד חלוט: מקלים בעונש בלבד. בצורה מנהלתית "חותכת".

2.2.2 אם פס"ד אינו חלוט: מחילים את ההקלות.

2.3 חריג לכלל מס' 2: עבירות שהזמן גרמן.

**הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה:**מלאכת גזרת הדין היא מלאכה קשה ולא פשוטה. השופט חיים כהן, שופט בעליון כתב רשימת הרהורים לאחר השפיטה ותיאר עד כמה זה קשה ובעל השלכות. איך השופט אמור להכריע? האם נכון לתת לשופט מרחב של שיקול דעת או שיש הנחיות? יש לזכור שמשפט פלילי זו הסנקציה החברתית שפוגעת בזכויות יסוד הכי בסיסיות ולכן צריך להיזהר באופן בה מיישמים אותה. גם העבירה וגם העונש עליה צריכים להיות ידועים מראש לפי ס' 1. מספיק שלצד כל עבירה יהיה עונש מקסימאלי כדי למלא את הדרישה שהעונש צריך להיות צפוי מראש. רוב העבירות הן בעלות עונשי מקסימום בלבד. לדוג' ס' 298- ס' על עבירת הריגה יש טווח של 0-20 שנות מאסר. נתון להכרעת השופט. יש כאן מרחב גדול. יש מקסימום אבל אין מינימום.   
בנוסף, קיימות עבירות- בדר"כ החמורות יותר, או עבירות שמגינות על אינטרס שהתפיסה של החברה כלפיו גבוהה יש גם עונש מינימום. ס' 345- עבירת האונס- המקסימום הוא 16 שנה, אך יש ס' 355 שמשלים לס' 345 שחל על שורה של עבירות בפרק זה של עבירות מין שהמינימום הוא רבע מהעונש- 4 שנים, אלא אם כן ביהמ"ש יחליט כך מטעמים מיוחדים.   
קיימות מעט עבירות שבצידן יש עונש חובה, כמו ס' 300- על עבירת רצח. "ועונש זה בלבד"- ללא שיקול דעת של השופט.   
ס' 35(א)- ממוקם בחלק הכללי ורלוונטי לכל העבירות. הקלות לגבי מקומות בהם שיקול הדעת של השופט מוגבל מראש, מלבד בעניין רצח. מעין פתח מילוט שתואם לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שנותן את האופציה למקרים חריגים בהם לא יהיה ניתן להחיל את עונש המינימום. לגבי רצח יש ס' 300 (א)- עונש מופחת. ס' חדש יחסית שנותן אפשרות לשופטים להפעיל שיקול דעת. אך ברוב המקרים העונש הוא מאסר עולם מכיוון שהערך של קדושת החיים הוא גבוה. כשיש מקרה מזעזע הסנגור ישתמש בהגנה של "אי שפיות". ס' 34ח הוא ס' סייג שפוטר מאחריות פלילית במקרים חמורים של מחלות נפש וחוסר שליטה בבחירות ואז הנאשם פטור מאחריות פלילית. יש סיטואציות שלא מגיעות לרמה של 34ח וכן יש בסיס רחב של הפרעה נפשית חמורה שלא איפשרה לאדם להבין את מעשיו ולבחור אחרת, אפשר להפעיל את ס' 300(א)(א)1 שנותן לעבריין אופציה של הקלה בעונש. ס' 300(א)(ב)- צריכה להיות פרופורציה בין הפעולה שרצו למנוע לבין הרצח. לא בכל סיטואציה מוצדק להשתמש בהגנה עצמית. מקומות בהם יש חריגה קטנה מהסבירות ולאור הלחץ שאדם נמצא בו בזמן אמת ברגע של הגנה עצמית יש פתח להתחשב אם מדובר בחריגה מועטה מהסבירות. ס' 300(א)(ג)- רציחה של מישהו שהתעלל ברוצח בהתעללות ממושכת וגרם לו למצוקה נפשית. כמו סיפור כרמלה בוחבוט. סיפורים של נשים מוכות שרוצחות את מי שמתעלל בהן. ביהמ"ש רשאי להפעיל שיקול דעת ולהקל בעונש במקרים כאלו. ברוב העבירות העונש הוא מקסימום ויש לשופטים מרחב תמרון גדול להפעיל שיקול דעת. השופט קובע שאדם מסוים אחראי על העבירה והוא צריך לקבוע כמה שנות מאסר רלוונטיות למקרה. עד לשנת 2013 המצב היה פתוח לחלוטין בשיקול הדעת בענישה. מתן מרחב זה מאפשר גמישות המסייעת למצוא את העונש המדויק המתאים למקרה הספציפי. אין שני מקרים שהם 100% דומים ולכל מקרה צריך להתייחס לגופו. גמישות זו מאפשרת דיוק והתאמת העונש הניתן למקרה הספציפי. מרחב זה מבטיח מתן עונש צודק למקרה הספציפי. עונש צודק חייב להיות תלוי בנסיבות המקרה הספציפי ושל העבריין. חליפה תפורה. מצד שני, חוסר הכוונה של שיקול הדעת של השופט בענישה ברמה כזו שהוא יכול לתת כל עונש העולה על דעתו, יוצרת חוסר אחידות ותחושה לא נוחה של שרירתיות. בס' ההריגה דבר שמאוד בולט. בסיס עקרון החוקיות הוא חשש מפני חוסר אחידות ושרירתיות- דבר הרלוונטי גם לענישה ולא רק לעבירה. פס"ד פלילי מחולק ל2 חלקים: 1. הכרעת הדין- האם הנאשם זכאי או אשם. יש כללים מובנים מה צריך להוכיח ואיך על מנת להרשיע. 2. גזר הדין- לכאורה כמעט ואין כללים. הבדל משמעותי בין 2 החלקים. תחום הענישה והשיקול פתוח. בעשרים שנים האחרונות מתפתחת תביעה בארץ ובעולם להכווין יותר את שיקול הדעת של השופט בענישה, להגביל ולהכווין את שיקול הדעת של השופט, ולצמצם את המציאות שההכרעה בגזר הדין נתונה לפי איזה שופט אתה נופל. בישראל לקח כ20 שנה לפתח את התחום.   
סקירה היסטורית לגבי הבניית שיקול דעת שיפוטי בישראל:  
1. בשנת 1997 הוגש **דו"ח ועדת גולדברג** שזו ועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין. דו"ח מעניין בעל דעת רוב ודעת מיעוט.   
2. הצעת חוק ברוח דעת הרוב של הועדה הוגשה בשנת 2006- **הצעת חוק העונשין** (תיקון מס' 92 (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה 2006))- פרסום הצעת חוק זה עורר גל של תגובות והתנגדויות. כתבו התייחסויות לעניין מכל מיני צדדים. בהתחלה היו כאלה שהתנגדו לעצם הרעיון של הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה בעיקר מצד הסנגוריה. שופטים כיום גם יתנגדו לרעיון הזה כי זה מגביל ומסרבל אותם. החשש שהבנייה כזו תביא להחמרה של העונשים ותפגע בזכויות יסוד של נאשמים בדין פלילי. נעשו הרבה דיונים, תיקונים ושינויים.   
3. לבסוף ב2013 התיקון התקבל **כתיקון מס' 113 של חוק העונשין** 2012.

מה הם שיקולי הענישה? מה צריך להיות השיקול המרכזי? כיצד מכריעים בין השיקולים השונים? יש ארבעה **שיקולים מרכזיים שעמדו בחשבון לפני הפסיקה לאורך כל השנים:**1. שיקול גמול- הלימה בין חומרת המעשה לחומרת העונש. ז"א ההנחה היא שאדם חייב לפעול לפי החובה וכאשר הוא מפר את החובה הוא צריך לקבל עונש בהתאם למעשיו ולמידת האשמה במעשה. הגמול מתייחס חברתית למה שהתרחש בעבר- מידה כנגד מידה להתאים את חומרת העונש לחומרת המעשה והאשמה שהמעשה מגלם.  
2. שיקול התרעתי- הרתעה אישית וכללית. צופה פני עתיד. מטרת הענישה הפלילית למנוע נזקים והישנות המעשה. שהנאשם הספציפי לא יחזור על המעשים שלו וגם למנוע מכל האחרים לפעול ככה. כאשר מדובר על מקרה של מכת מדינה- תאונות דרכים של פגע וברח, גניבות רכב, סבילה בנגב מגניבות של ציוד חקלאי... תחושה של פאניקה מוסרית משהו שמדובר רבות בתקשורת. כשיש תופעה שרוצים להילחם בה שלא תקרה יותר אלמנטים של הרתעה נכנסים.  
3. הגנה על הציבור או מניעה- מניעה הכוונה למנוע פיזית מהעבריין להזיק לחברה. ז"א החברה רוצה להרחיק את מי שפגע בה לתקופות ממושכות כדי שהוא לא יחזור ויפגע. שיקול שעולה הרבה בעבירות מין בהן יש הנחה מבוססת של רצציביות שאדם הוא שור מועד שעלול לפגוע שוב, ולכן החברה מבקשת להרחיק עבריין מסוכן מהאפשרות להזיק שוב. רלוונטית לעבריינים מסוכנים שיש חשש שהוא יפגע שוב והחברה רוצה למנוע את האפשרות הזו. על אף שלפי חומרת העבירה מגיע לעבריין מס' מסוים של שנים יתנו לו יותר כדי למנוע ממנו לפגוע שוב.  
4. שיקום- תפיסה שרווחה עד שנות ה70. מטרת הענישה היא הבראה של העבריין והחזרתו לחברה כאזרח נאמן. הרעיון הוא לתקן אותו כמו עבד עברי שהמטרה היא שהוא יחזור למוטב. בעבר זה היה שיקול מרכזי. בפועל השיקול נכשל. נשאר מרכזי בתחום עבריינות נוער והתמכרויות- נסיונות לטיפול וגמילה. בשאר התחומים השיקול פחות דומיננטי כי לא יודעים כיצד לעשות את זה.  
הבחירה בין השיקולים השונים היא נגזרת ישירה של מטרות המשפט הפלילי, ולפיהן ניתן לומר מה השיקול המרכזי ומה לגיטימי.  
גישות גמוליות דאונטולוגיות יעדיפו את שיקול הגמול- מתבססים במידה רבה על התפיסה של קנט- האדם הוא סובייקט ולא אמצעי להשיג מטרות חברתיות. לא צודק להשתמש באדם כדי ליצור הרתעה או מניעה. דובקים בעקרון הגמול וההלימה. עולה בקנה אחד עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לפי זכויות אדם מגיע לו שיתאימו לו את העונש שהולם את ההתנהגות.  
לעומת זאת, גישות תועלתניות (מנטן ומיל) שמחפשות להשתית את מטרות המשפט כניסיון למנוע נזקים יקדמו הרתעה. אחת הטענות של גישות אלו היא שבחברה חילונית הדרך להצדיק ענישה או התערבות בלי להתבסס על קביעות ערכיות, מוסריות חד משמעיות אלא לאפשר מרחב של מוסר יחסי היא ע"י השתתת המטרה של המשפט על מניעת נזק. שפה תועלתנית לא נשענת על אמיתות מוחלטות או מוסריות אלא על עקרון של מניעת נזק.   
בפועל עד לתיקון, בהמ"ש מביאים את מכלול השיקולים הללו בחשבון כולל התייחסות לעברו הפלילי של הנאשם, נתוניו האישיים ללא כל יד מכוונת. (כן אפשר להשתמש בפסיקה קודמת), אך לא היית הכוונה של המחוקק כדי לעשות את הפעולה הזו. שהשופטים בעצמם מתארים אותה קשה "כקריעת ים סוף"  
פס"ד פלוני משנת 79- מתאר את השיקולים השונים ומתאר את מלאכת הענישה כאשר שיקולים באים אחד על חשבון האחר. העונש הוא תוצאה משוכללת ופשרה של כל השיקולים השונים שיש להביא בחשבון.  
יש פס"ד שמדברים על גמול ויש המעצימים את הנושא של הרתעה.   
פס"ד תוהמי- מקרה הזוי וחריג בנסיבות שבו אדם חשד שאישתו מנהלת רומן עם פועל ערבי שלו, על כן הוא מחליט להתנקם בו וללמד אותו לקח. הוא הולך לכפר של הערבי ואונס את אישתו. לאחר המעשה הוא הדרדר מבחינה נפשית, והקלו בעונש בשל מצבו הנפשי החמור. הסנגור מנסה לטעון שיש להקל בעונשו כי אין אלמנט של הרתעה- ברור שהוא לא יחזור לעשות את זה וזה לא מקרה שמישהו ילך בעקבותיו ויפעל כמוהו. השופט מכריע שגם אם אין אלמנט של הרתעה צריך להכניס פה את שיקול הגמול.  
בפסיקות חדשות יותר הולכים גם לכיוון של הרתעה. התחום נותר פתוח לחלוטין לשיקול דעתו של השופט היושב בדין, אשר חופשי לגמרי לנוע בטווח שבין עונש המינימום לעונש המקסימום (בדר"כ בין 0 למקסימום לרוב אין מינימום) לפי איך שהשופט תופס את הדברים.  
השינוי מתחיל להסתמן בדו"ח ועדת גולדברג. אז מה נשתנה?   
עד 97 לא הייתה שום הכוונה בחקיקה. מטרת השינוי היא להכווין את מלאכת גזירת הדין וליצור אחידות וקביעות. דעת הרוב קבעה שעיקרון ההלימה הוא העקרון המנחה בענישה- יחס הולם בין חומרת המעשה לבין חומרת העונש. נקבעו 2 חריגים בלבד אשר בהתקיימם ניתן לסטות מעקרון ההלימה:  
1. סטייה לחומרה לשם הגנה על הציבור.  
2. סטייה לקולה לשם שיקום.  
קודם כל בודקים את עקרון ההלימה וניתן לשחק לאור שני שיקולים אלו. (הרתעה בפני עצמה לא מאפשרת חריגה והיא לא קשורה).   
בדעת הרוב נמנו שורה של נסיבות שמשליכות על חומרת העבירה נקבעו רשימה של נסיבות שחובה להתחשב בהן שהן נוגעות למעשה ולנסיבות שלו. בנוסף יש נסיבות רשות חיצוניות למעשה. חידוש נוסף של דעת הרוב היא המלצה להקים וועדת מומחים ולקבוע לכל אחת מהעבירות "עונש מוצא"- ז"א עונש שהולם את המקרה הקלאסי של העבירה. עונש ששמנו יוצאים ואח"כ שוקלים נסיבות ספציפיות. עונש שממנו מתחילים לדון לפי הנסיבות הספציפיות למעלה ולמטה.   
בהתבסס על דעת הרוב, ולאחר תקופה ארוכה מונחת ב2006 הצעת חוק מטעם הממשלה, כאשר העקרון המנחה הוא עקרון ההלימה- יחס הולם בין העונש לבין חומרת המעשה ואשמו של הנאשם. שיקול הגמול הוא השיקול המרכזי. ההצעה המשיכה וקבעה את האופן שבו יקבע העונש ההולם לאור עקרון ההלימה. ביהמ"ש הוא שיקבע מה העונש ההולם לאור שקילת הערך החברתי המוגן שנפגע ואת מידת הפגיעה בו. שיקולים שמצביעים על חומרת העבירה. וכן בהתחשב במדיניות הענישה הראויה ובמדיניות הענישה הנוהגת. הכוונה היא שביהמ"ש ישתמשו בפסיקה הקיימת, שככל שהיא משקפת את עקרון ההלימה היא אינדקציה לעונש ההולם, אך אם יש פער בין המצב הנוהג לבין הראוי לא מחויבים לכך זה רק נותן אינדקציה. בנוסף לצורך הערכת חומרת המעשה ואשמתו של הנאשם יתחשב ביהמ"ש בנסיבות מקילות ומחמירות הקשורות בביצוע העבירה המפורטות בהצעה. **הצעת החוק:**  
רשימה של נסיבות שמשליכות על חומרת המעשה ועוזרות לשופט להביא את הפרמטרים בחשבון. כל מה שהמחוקק חושב שצריך להביא בחשבון כדי לשכלל את חומרת המעשה. דוג' לנסיבות שהופיעו: נסיבה מקלה- מעשה שנעשה בנסיבות שחרגו במידה מועטה מדרישת הסבירות הדרושה לשם החלת סייג הכורח (כשמישהו מאיים עליך לבצע עבירה פלילית) והצורך (משהו במציאות שמחייב- לדוג' מדרדרת עלי אבן במהלך הנסיעה ועל כן אני חייבת לסטות בנהיגה ולבצע פעולה פלילית).   
נסיבה מחמירה- עבירה שנעברה מתוך מניע של גזענות. משליך על חומרת ההתנהגות.  
בהצעת החוק, כמו בוועדת גולדברג גם כן נקבע מנגנון של עונשי מוצא. תוקם וועדה מקצועיות שתקבע לכל עבירה מהו עונש המוצא ההולם את מקרה העבירה הטיפוסי מבלי שנלוות אליו נסיבות מיוחדות. לדוג' מה העונש עבור שוד קלאסי. משנקבע עונש מוצא לעבירה ספציפית שנדונה בפני ביהמ"ש, יקבע ביהמ"ש את העונש ההולם בהתאם לעונש המוצא ובהתחשב בנסיבות המקילות והמחמירות הקשורות לביצוע העבירה המפורטות בסעיף 40ו להצעה. בנוסף ס' 40ז להצעה מאפשר לביהמ"ש להביא בחשבון נסיבות נוספות אם ימצא לנכון מעבר למה שמפורט בסעיפים כדי לקבוע את העונש ההולם. ז"א יש רשימה כתובה ויש פתח לעוד נסיבות אם יש לשופט רעיון (כמעט ולא יקרה כי יש רשימה ממצה). מהאמור עולה כי אין בהכרח זהות בין עונש המוצא שקובעת הוועדה לבין העונש ההולם שמביא בחשבון נסיבות קונקרטיות של ביצוע העבירה. ההצעה מסבירה לשופט איך לקבוע את העונש ההולם כאשר הוא יוצא מתוך עונש המוצא. בנוסף, בקביעת העונש יביא ביהמ"ש בחשבון נסיבות מקילות ומחמירות שאינן קשורות למעשה העבירה. גם נסיבות אלו כמו עבר פלילי, הרתעת הרבים, מפורטות בהצעה, אך אין חובה להתחשב בהן אלא השופט רשאי. נסיבות אלו יבואו בחשבון ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום סטייה נכרת מהעונש ההולם הנקבע עפ"י האמור. כמו בדו"ח גולדברג הכירו ב2 חריגים בסטייה מהלימה כאשר יש חריגה לצורך הגנה על הציבור וחריגה לצורך שיקום של הנאשם. שיקול הגמול הוא הראשון, לאחריו שיקום ומניעה והרתעה נמצא הכי נמוך.  
בעקבות ביקורת כבדה מכל מיני כיוונים וחוות דעת מתחומי קרמינולוגיה ומשפט, הוכנסו שינויים מהותיים והתגבש החוק הקיים כיום. תיקון 113 ס' 40א רבתי ואילך ופס"ד סעד שמנתח את זה. לדעת את הדעה של סולברג (פסקאות 17-38) ורובינשטיין (פסקאות ו-כא).   
**התיקונים בחוק:**  
ס' 40 (א)- לחוק העונשין הגדיר בצורה מדויקת את מטרות התיקון. מדגיש שאין כאן כוונה להחמיר את הענישה (החשש שהיה למתנגדים), אלא מטרת ההסדר היא שביהמ"ש יגיע לעונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה. נכנסות כאן נסיבות העבירה ונסיבות הנאשם. סעיף זה מציף את המטרה לדייק את עקרון ההלימה.   
המחוקק השמיט לחלוטין את המנגנון של עונשי המוצא שקובעת וועדת המומחים. לפי החוק שהתקבל חומרת העבירה ומידת אשמו של הנאשם יקבעו לפי העבירה ונסיבותיה הקונקרטיות לפי ביהמ"ש ללא גורם חיצוני. השמטת המנגנון של עונשי המוצא פתר את החשש שאם יהיה עונש מוצא הוא יותר גרוע מעונש מינימום כי ביהמ"ש יקבע את עונש המוצא וייצור תעריף גבוה של ענישה לעבירות ולא מספיק יקחו בחשבון נסיבות קונקרטיות של המעשה ושל העושה. עוד נטען שבאמצעות עונשי מוצא כח רב יתן מידי לתביעה ויאלץ אנשים לחתום על הסדרי טיעון. החשש הוא שתהיה השלכה מרחיקת לכת איזה סעיף אישום בחרה התביעה להעמיד לדין. הסנגוריה חששה שכוח המיקוח של התביעה יעלה על חשבון זכויות נאשם. חשש כללי מפני קיבוע של שיקול הדעת כי כל מקרה שונה ממשנהו ואי אפשר לתת יחס אחיד וקבוע מראש לכל המקרים. לכן ויתרו על הרעיון של עונש מוצא ואין וועדת מומחים. יש בכך צמצום של יכולת הפיקוח.  
ס' 40 (ב)- רבתי קובע שהעקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו.  
ס' 40(ג)א- המחוקק מטיל על ביהמ"ש לקבוע מתחם עונש הולם. מתחם מנעד ולא עונש קונקרטי כפי שהיה בהצעה. הדבר משקף הבנה לפיה סוג וחומרת העונש ההולמים את חומרת העבירה ומידת האשמה, יוצרים טווח של עונש הולם שיקבע בשלב נוסף ע"י נתונים נוספים. ז"א עבודה בשלבים- קביעת מתחם ואח"כ בתוך המתחם קביעת העונש הקונקרטי תוך התחשבות בנסיבות. טווח ההלימה יקבע לפי העקרון המנחה, הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה, ונסיבות הקשורות בביצוע העבירה המפורטות בס' 40 ט.   
ס' 40 ט- קובע רשימת נסיבות שחובה להתחשב בהם ובמידה שהתקיימו ככל שביהמ"ש סובר שיש להן השפעה על חומרת המעשה ומידת האשמה. אבל עדיין משאירים לביהמ"ש בקביעת מתחם העונש ההולם הכנסה של שיקול דעת "ככל שסבר", ביהמ"ש יכול להחליט עד כמה הוא לוקח בחשבון כל נסיבה. גם הנסיבות הקונקרטיות שמופיעות בסעיף שונות במקצת ממה שהופיע בהצעת החוק. למשל ס' 40 ט 9 נסיבה לקולה- קובע שאם הסיטואציה קרובה לסייג לאחריות הפלילית ביהמ"ש יביא אותה בחשבון לקביעת מתחם ההלימה. בהצעת החוק היה כתוב "חריגה מסבירות" וכאן כתוב משהו יותר רחב "קירבה לסייג לאחריות הפלילית".   
ס' 40 ט א- ההבדלים בין הנסיבות הם קטנים. בין הצעת החוק לחוק יש יותר גמישות והרחבת מרחב שיקול הדעת של השופט. זה נועד כדי לקבוע טווח ולא עונש קונקרטי. לאחר שהשופט קובע את מתחם העונש ההולם הוא זה שיגזור את העונש הקונקרטי בהתאם לנסיבות שאינן קשורות בביצוע עבירה,   
ומנויות בס' 40 יא- רשימה שעוזרת לשופט לקבוע מה יהיה העונש הקונקרטי בתוך המתחם. נסיבות שאינן משליכות ישירות על חומרת המעשה כי הם אינן קשורות בביצוע העבירה. זו רשימת רשות בשונה מס' 40ט, ביהמ"ש רשאי להתחשב בהם אך לא חייב. בין היתר יופיע כאן עבר פלילי של הנאשם, נסיבות חיים קשות שהשפיעו עליו. רשימת הנסיבות בהן רשאי ביהמ"ש להתחשב איננה סגורה כאמור בס' 40 יב, וכפי שמופיע בהצעת החוק. ביהמ"ש יכול להוסיף נסיבות לפי ס' זה גם לנסיבות שבס' ט וגם לנסיבות שבס' יא.   
הבדל נוסף מהצעת החוק: שיקולי הרתעה לא מצדיקים סטייה ממתחם ההלימה. הגיוני מעצם העובדה שיש מתחם ולא עונש ספציפי. תואם את דעת הרוב בוועדת גולדברג, שהציגה את הבעיתיות שבשיקולי הרתעה. תפיסה שמחזקת שיקולי גמול ומדחיקה שיקולי הרתעה. על פי ס' 40ו ו40ז במקרה המתאים ניתן להביא בחשבון שיקולי הרתעה אישית וכללית אך הללו יובאו אך ורק כשיקול לחומרה בתוך מתחם העונש ההולם. ז"א שיקולים של הרתעה לעולם לא יצדיקו סטייה מתוך המתחם שנקבע מראש. בתוך קביעת העונש הקונקרטי ניתן להשתמש בהם. סטייה ממתחם העונש ההולם אפשרית אך ורק בשני נימוקים- 1. להקל משיקול של שיקום, 2. להחמיר משיקול של הגנת הציבור. דומה להצעת החוק. המחוקק הכניס תנאים כדי לאפשר סטיות שכאלו. על פי החוק גם כאשר שיקולי שיקום רלוונטים לאור סיכוי של ממש שהנאשם ישתקם או שהשתקם בעבר ניתן עדיין ביטוי לחומרת המעשה ונקבע בסעיף 40(ד)ב- אם המעשה ומידת האשמה .

שיעור 6-

סיכום: לפני תיקון 113 לא היה סימן כזה של הבנייה. הרעיון הזה הוא רעיון חדש. שינוי שהוא יש מאין, כאשר המטרה היא להכווין את שיקולי הדעת בענישה. תיקון שעשה מדרג וקבע מה השיקולים המנחים בענישה לפי דירוג, והוראה לשופט כיצד הוא אמור לעבוד מכאן ואילך. מלכתחילה היו הרבה התנגדויות לכך מצד הסנגוריה, מצד שופטים. בפועל הדוח הראשון שעוסק בנושא הוא דוח ועדת גולדברג מ97 . הצעת חוק מ2006, והחיקוק ב2012 שנכנס לתוקף ב2013. בגדול אפשר לומר שמהצעת החוק לחוק עצמו ניתן יותר שיקול דעת וסמכות לשופטים. באופן שבו הסעיפים מנוסחים יש מרחב תמרון לשופט, שלא היה בהתחלה בועדה ובהצעת החוק. הרעיון של עונש מוצא שהוצע נפסל בחוק עצמו. עונש מוצא אמור להיות פר סעיף ולא פר מקרה. ביהמ"ש מונחה ע"י המחוקק מה הנימוק העיקרי בענישה- ההלימה, גמול ומכך הוא צריך לקבוע למקרה הספציפי מתחם ענישה לפי עקרון ההלימה. לדוג' בעבירת ההריגה שהיא לפי החוק מ0-20 השופט קובע במקרה הזה שמדובר על מתחם של 5-10, נקבע לפי נסיבות ביצוע העבירה. לאחר מכן, בתוך המתחם יש סעיף העוסק בנסיבות רשות שעל פיהן ביהמ"ש קובע עונש קונקרטי. הרתעה לא משמשת בסיס לחריגה ממתחם ההלימה שנקבע, אבל כן לקבוע בתוך המתחם עצמו. לפי החוק גם כשיש שיקול של שיקום כן ניתן ביטוי לחומרת המעשה ונקבע בס' 40(ד)ב שאם המעשה ומידת האשמה הם בעלי חומרה יתירה (לפי החלטת ביהמ"ש), יהיה קשה לחרוג מהמתחם גם לצורך שיקום. ביהמ"ש יתן אפשרות של החמרה לצורך הגנת הציבור רק אם יש לנאשם עבר פלילי רציני רלוונטי לתחום העבירה שנעשתה, או אם הוצגה חוות דעת מקצועית על מסוכנות. החוק מתייחס לדרך הוכחת הנסיבות, רמת ההוכחה הנדרשת. הוראות שמתייחסות לריבוי עבירות. ס' 40יד מחייב חובת הנמקה לעונש הניתן. החוק מחריג את עצמו מעבריינות נוער שעליו חל חוק הנוער שהוא בגוון טיפולי.  
פס"ד סעד- השיקול המרכזי המנחה הוא שיקול ההלימה. הדבר תואם תפיסות גמוליות ודוחק למקום משני שיקולי ענישה אחרים.

**יסודות העבירה הפלילית**כדי להרשיע בעבירה פלילית צריך להוכיח שמתקיימים שני יסודות מצטברים:   
1. **יסוד עובדתי Actus Reus**: יסוד חיצוני אובייקטיבי המתייחס לעובדות שצריך להוכיח, על פי סעיף העבירה.   
2. **יסוד נפשי Mens Rea**: הלך הרוח שליווה את המעשה הפיזי, מה התחולל בנפשו של העבריין בית הביצוע.  
**מדוע צריך להוכיח יסוד עובדתי?** אחד מהכללים הבסיסיים בדיני עונשין הוא שלא מענישים על מחשבות ולכן צריך שיהיה מעשה עבירה עובדתי. כל זמן שהמחשבות לא יצאו אל הפועל, לא ניתן להחיל אחריות פלילית.  
**סיבות עקרונית מדוע לא להעניש על מחשבות:**  
1. סיבה ראייתית – קשה להוכיח מה אדם חושב בליבו פנימה אם אין לכך ביטוי חיצוני.  
2. בשלב המחשבה אין עדיין סכנה לציבור ברמה כזו שמצדיקה איסור. קיים פער בין המחשבות לבין המעשים.  
3. במשטר דמוקרטי זה מאוד חמור להעניש על המחשבות, כי מדובר על הגבלה של אוטונומיה של אדם שהיא חירות בסיסית. הגבלת המחשבות היא הגבלת חירות שהיא אפילו יותר בסיסית מחופש הביטוי.   
4. ענישה על שלב המחשבות עלול להוות תמריץ ולעודד מימוש מחשבות פסולות. כלומר: אם אדם מתכנן משהו בראש, הוא לא ימנע מלבצע אותו בפועל, כי בכל מקרה יענישו אותו ולכן אין הרתעה לעבור מהמחשבה לפסים המעשיים.  
תיקון מס' 39 שם במרכז את עיקרון האשם ונתן ביטוי לגישה הגמולית. ס' 18- היסוד העובדתי מוגדר קונקרטית בכל עבירה אחרת. אם לא זיהנו יסוד עובדתי משהו בניתוח לא נכון. מעשה חייב להיות בתוך העבירה. היסוד העובדתי מורכב מ3 דברים- מעשה, נסיבה ותוצאה. תלוי בהגדרת העבירה.   
**איזה עיקרון משרתת הוכחת היסוד הנפשי?** על פי עיקרון האשמה רוצים להטיל אחריות פלילית לפי מידת האשמה, ולא רק לפי היסוד הפיזי. היסוד הנפשי המלווה את היסוד העובדתי, מלמד על מידת הזלזול של העבריין בערך החברתי המוגן, לכן לא מספיק רק מעשה פיזי, אלא שההתנהגות הייתה מלווה ביחס פסול כלפי הערך המוגן. בדר"כ אשמה סובייקטיבית. לרוב נצדיק הטלת אחריות פלילית כשנעשית פעולה במודעות, או כשאדם סביר היה מודע לכך באותן נסיבות.   
שיטה תועלתנית נותנת יותר משקל ליסוד העובדתי, ושיטה גמולית מבוססת על היסוד הנפשי.  
דוגמה: סעיף 219 מכירת מזון מפוגל. 219. (א) המוכר בחזקת מאכל או משקה מצרך שעשוהו, או שנעשה מאליו, מזיק או בלתי ראוי למאכל או למשקה, והוא יודע זאת או שיש לו יסוד להניח כך, והמחזיק למכירה מצרך כאמור, דינם - מאסר שנה אחת.  
לא מספיק שהייתה מכירה של אוכל מקולקל, צריך להראות את היחס הנפשי של המוכר: להראות שהוא מזלזל בערך הזה, לעומת מוכר אשר קיבל מהספק מזון שנראה טרי, ולאחר מכן התברר שהוא היה מקולקל. העובדות הן זהות: מכירת אוכל מקולקל, אבל רמות היסוד נפשי הן שונות: החל ממצב בו קיימת אי ידיעה מוחלטת.  
יסוד נפשי- היחס הנפשי המגונה של הנאשם כלפי העבירה והיסוד העובדתי. בשלב זה חשוב לדעת יסוד עובדתי כי היסוד הנפשי בנוי עליו ואי אפשר לנתק בין הדברים.  
במסגרת תיקון מס' 39, סעיף 18(א) מופיעה הדרישה להוכחה של היסוד העובדתי. **כדי להוכיח יסוד נפשי, נשתמש בסעיפים 19-22**, ובמקביל נבדוק בסעיף העבירה הספציפית, מהו היסוד הנפשי שצריך להוכיח.  
**הכלל הוא דרישת מחשבה פלילית, סעיף 19:** אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –  
(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או  
(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.  
כלומר: תמיד נדרשת מחשבה פלילית (בסעיף 20 מפורט מהי מחשבה פלילית. אחד הסוגים של מחשבה פלילית הוא, למשל, מודעות), יש 2 חריגים למחשבה פלילית: 1. ס' 21- עבירות רשלנות – גם ברשלן יש מידה של אשמה, על אף שהוא לא אשם באותה מידה כמו מי שהתכוון ולכן בכ"ז נטיל אחריות פלילית.  
2. ס' 22- עבירות קפידה - עבירה של אחריות קפידה היא עבירה שיש בה אחריות מוחלטת שבה די להוכיח כי התקיים היסוד העובדתי, ואין צורך להוכיח יסוד נפשי של מחשבה פלילית או רשלנות. מדובר על עבירות קלות, שנועדות לשמירה על תפקוד תקין של החברה. דוגמה: אם נהג לא עוצר באור אדום, נהיגה בשעות החושך ללא הדלקת פנסי הרכב.   
  
לעיתים ההבדלים במחשבה הפלילית יוצרים הבדלים דרמטיים מבחינת רמת החומרה של העבירות. הדוגמה הקלאסית היא הסוגים השונים של עבירות המתה: עבירת הריגה לעומת עבירת רצח. לדוגמה: ס' 298- מאסר עד 20 שנה למי שגורם מוות בהריגה. לפי ס' 19 צריך להוכיח מחשבה פלילית על אף שזה לא כתוב בסעיף. ס' 304- גרם מוות ברשלנות הוא עבירה קלה יותר מעבירת הרצח המנויה בסעיף 300 המדברת על עונש מאסר עולם. בשלוש עבירות אלו יש את אותה התוצאה ועניין של הגנה של הערך של חיי אדם. ההבדלים הם ביסוד הנפשי בין רשלנות, מחשבה פלילית וכוונה תחילה.  
הבדל בין גרימת מוות ברשלנות לבין הריגה ורצח: לדוג' כאשר נגרמת תאונת דרכים שנהג דרס הולך רגל הנהג הרג בן אדם ויש כאן יסוד עובדתי. הוא לא עשה זאת בכוונה תחילה ולכן לא מדובר על רצח וצריך להבחין האם מדובר על מחשבה פלילית- הוא נהג בצורה כה פרועה ולכן הוא היה מודע שההתנהגות שלו יכולה לסכן חיים של בני אדם ולגרום להריגה, על אף שהוא לא רצה להרוג, הוא זלזל בערך של חיי אדם ולכן זה יותר חמור מרשלנות. גרימת מוות ברשלנות היא שכנראה הנהג נהג בחוסר זהירות אך הוא לא חשב על כך שהוא מסכן חיי אדם אבל אדם סביר כן היה מודע על אף שהנהג עצמו לא היה מודע ולכן ניתן להרשיע ברשלנות.

**היסוד העובדתי**סעיף 18 מכיל את רכיבי היסוד העובדתי. נתמקד ב-18(א) שמציג את רכיבי היסוד העובדתי: **מעשה, נסיבה ותוצאה**. ניתוח הסעיף לרכיביו השונים הוא השלב הראשון של בדיקת האחריות הפלילית.  
18(א) "פרט", לענין עבירה - המעשה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה.  
ניתוח היסוד העובדתי דומה לניתוח לשוני של משפט: תחילה מפרקים את סעיף העבירה לשלושת הגורמים ומזהים אותם, ובשלב שני בודקים האם כל אחד מהרכיבים התקיים בעובדות שלפנינו (דוגמה: ניתוח סעיף העבירה בפס"ד מזרחי).   
**מעשה-** פלר מגדיר מעשה בתור הנעת שרירים- תרומה גופנית מוטרית להתהוות העבירה, כולל מחדל- משהו גופני שאני לא עושה כאשר צריך.

המעשה הוא ההתנהגות. רכיב שחייב להיות בכל סעיף עבירה פלילית. **אין עבירה פלילית בלי מעשה**. מעשה מוגדר כ"מה שגרם ל-". למשל: בעבירת המתה, כל צורה של גרימת מוות נכנסת בתוך המעשה. מה שמשנה זה התוצאה, כל דרך שהיא תהיה חלק מהמעשה.

רוב העבירות מוגדרות כמעשים אקטיביים, אולם על פי ס' 18(ב), גם ביחס לעבירות שמוגדרות אקטיבית, ניתן לבצע אותן גם במחדל, מקום שיש חובת עשייה מכוח דין או חוזה. דוגמה: אי עמידה בחובה של אם או אב לספק תרופות או אוכל לילד, וגרימה למותו, היא המתה במחדל (פאסיבי).

דוגמאות:

1. ס' 378 (תקיפה) מוגדר כמעשה אקטיבי (מכה, נוגע, דוחף, מפעיל כוח).
2. ס' 304 (גרם מוות ברשלנות), המעשה הוא: "הגורם ל-". עבירה תוצאתית.
3. ס' 262 (אי מניעת פשע) היא עבירה שמוגדרת על דרך המחדל. אי אפשר לעבור את העבירה הזו בדרך אקטיבית. מרגלית הר שפי הואשמה בסעיף הזה כי לא מנעה את רצח רה"מ.

**אין עבירה פלילית בלי מעשה (=רכיב התנהגותי).**

מעשה כולל גם דיבור, פרסום דבר מה - לא חייב שיהיה משהו פיזי לגמרי. פרופ' פלר מגדיר מעשה כ"התרומה הגופנית מוטורית להתהוות העבירה". הגדרה זו חלה גם על מעשים פאסיביים (למשל: "לא זזתי כאשר הייתי צריכה לזוז").  
**עבירות החזקה / עבירות סטטוס** - (חלק ממעשה). דוגמה: אילו הייתה קיימת עבירה של הימצאות במצב של שכרות, מדובר על מצב שאין בו לכאורה רכיב של מעשה, זהו הסטטוס בו אדם מצוי.  
**עבירות מחדל** - להעניש אדם על כך שהוא לא פעל, זה יותר מרחיק לכת מלהעניש על מעשה אקטיבי, בפרט אם מענישים על כל המחדלים (בחוק שלנו לא מענישים על כל מחדל).  
**שליטה** - אדם צריך להיות בשליטה על המעשים שהוא עושה. דוגמאות לחוסר שליטה הן למשל מצב של היפנוזה, או מצב שבו נפלתי כתוצאה ממשהו שנפל עלי ופגעתי במישהו אחר.

## נסיבה

תנאי להטלת אחריות פלילית שלא תלויה במבצע. תנאי חיצוני, אובייקטיבי שאינו תלוי במבצע העבירה. נסיבה היא עובדה שנלוות למעשה או לעושה ונמצאת בתוך ההגדרה של העבירה. פרופ' פלר מגדיר נסיבה כך: "נתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות המהווה רכיב של היסוד העובדתי של אותה עבירה, ללא כל תלות בהתנהגות או בהימנעות ממנה".   
**בכל עבירה בעולם יש מעשה, אולם נסיבה אין הכרח שתהיה.**

**דוגמאות:  
הפרעה לעובד ציבור, 288א.** העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שנה: (1) מפריע ביודעין לעובד הציבור או למי שהוסמך למלא תפקיד של עובד הציבור במילוי תפקידו על פי דין;

* המעשה = המפריע.
* לעובד ציבור = נסיבה
* במילוי תפקידו על פי דין = נסיבה  
  שתי הנסיבות צריכות להתקיים במצטבר כדי להטיל אחריות פלילית.

**אינוס, 345(א)(1)** הבועל אשה שלא בהסכמתה החופשית

* הבועל = המעשה. ההגדרה למילה "בועל" מופיעה ב-245(ג).
* אישה = נסיבה
* שלא בהסכמתה החופשית = נסיבה של העדר הסכמה.   
  הערה: 345(ב) - דוגמה לנסיבות מחמירות, שהופכות את ההתייחסות ליותר חמורה.

**איסור משחקים 226.** המשחק משחק אסור, דינו - מאסר שנה אחת או הקנס האמור בסעיף 61(א)(2).

* המשחק = המעשה, ההתנהגות.
* משחק אסור = נסיבה. סעיף 224 מגדיר מהו משחק אסור.

ניתוח סעיף: ס' 373- הנסיבות- שמדובר בקטין מתחת לגיל 16 וללא הסכמה של האפטורופוסים שלו. 2 נסיבות מצטברות כדי שתהיה עבירה פלילית.   
הערה: ס' 34כד מכיל רשימה ארוכה של הגדרות. סעיף זה מגדיר ומפרש מונחים או מושגים שייתכן ויופיעו כנסיבות. אולם, אם ההגדרה לא נמצאת ב- 34כד, היא תופיע בראש הפרק, כמו בדוגמה לעיל שבה הגדרת "משחק אסור" נמצאת בתחילת הפרק.  
\*בכל עבירה יש מעשה אך לא בכל עבירה הכרחי שיהיה נסיבה.

**שני פסקי דין המהווים דוגמאות לפרשנות של נסיבות:  
1**. ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מד"י. הדיון נסוב סביב ס' 172, "כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה": **172.** הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לוויית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללוויית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו - מאסר שלוש שנים.פקוביץ הועמד לדין על שורה של מעשים שמטרתם לפגוע ברגשות של מוסלמים ואחד מהם הוא הנחת ראש חזיר על קבר שהנאשם האמין שהוא קברו של אז'אדין אל קאסם. טענותיו של פקוביץ התייחסו לרכיב העובדתי "הנכנס ללא רשות". לטענתו, המעשה = הנכנס, הוא רכיב שמתקיים אולם הנסיבה = "ללא רשות" היא נסיבה שלא התקיימה, כי הכניסה הייתה ברשות.בית המשפט העליון הסכים עם המחוזי, שאפשר להרשיע את הנאשם בחלופה אחרת של היסוד העובדתי של העבירה: "נוהג במת שלא בכבוד", ואז אפשר לעצור את הדיון. ביהמ"ש הרשיע לפי חלופה אחת ולכן לא צריך להמשיך במשפט לנתח את החוק זה מספיק.הדיון התיאורטי המשיך, כי חשוב היה לבית המשפט העליון לדון בנסיבה "ברשות". הגדרת הנסיבה "שלא ברשות" כנסיבה שפירושה "הסגת גבול" יוצרת שני קשיים בפס"ד פקוביץ, אשר הופכים את הטענה ללא הגיונית: 1. מדובר במקום שפתוח לציבור הרחב (בית העלמין) 2. הקושי מההיבט של הערך המוגן: מופיעה בסעיף תחת פגיעה ברגשות דתיים. מההקשר עולה שזה הערך המוגן בעבירה, אז עצם השגת הגבול מדיני קניין היא לא רלוונטית. כדי לתת פרשנות לפי תכלית הסעיף והערך המוגן, חייבים לומר שהמילים "ללא רשות" משמעותן היא כניסה שיש בה פרובוקציה: טיב הכניסה (מטרתה) הוא לפגוע ברגשות דתיים. זו לא כניסה תמימה כדי לפקוד קבר, אלא כיסוד עובדתי הוא נכנס כדי לפגוע ברגשות דתיים. ביהמ"ש מבקש לקשר בין פרשנות היסוד העובדתי לערך המוגן בעבירה (ובמקרה זה לא משנה מה היסוד הנפשי). בית המשפט דוחה את הטענה שמדובר ב"ללא רשות" מבחינה קניינית, ובוחר בפרשנות של "כניסה שיש בה משום פגיעה ברגשות דתיים". ביהמ"ש אומר שגם בהקשר של פגיעה בכבוד המת, צריך לפרש על פי ההקשר והתכלית.

2. ע"פ 2831/95 אלבה נגד מד"י- הרב עידו אלבה כתב מאמר "בירור הלכות הריגת גוי", והואשם בסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור ("אדם - המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה..."), ובסעיף 144ב (א), סעיף שאוסר פרסום הסתה לגזענות ("144ב. (א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות...."). הוא לא רק כתב מאמר אלא גם הואשם בשמירת נשק ועוד מספר דברים. ניתוח ס' 144:

* המפרסם = התנהגות- יסוד עובדתי
* דבר = נסיבה
* מתוך מטרה להסית לגזענות = יסוד נפשי

"המפרסם" צריך לקבל פירוש דרך סעיף 34כד. ההגדרה של פרסום היא רחבה, ולכן זה לא עמד לשאלה. הבעיה שהתעוררה היא מהו אותו "דבר" שצריך לפרסם. המדינה סברה ש"דבר" הוא "כל דבר", כלומר: כל פרסום שהוא, כולל פרסום תמים (מבחינה אובייקטיבית), אם יש לו מטרה להסית, עולה כדי ס' 144ב (א). מנגד הסנגורים טענו שאם יחייבו באחריות פלילית פרסום של כל דבר, בלי קשר לתוכנו, יש כאן קרבה להענשה על מחשבות, כי מענישים על המטרה הפסולה, למרות שהפרסום עצמו אין בו פסול. יש עקרון בסיסי בדיני עונשין שלא מענישים על מחשבות. עוד טענו הסנגורים, שכדי להיות מואשם בסעיף יש צורך להראות שתוכן הפרסום הוא מסית: צריך שתהיה וודאות קרובה, שהדבר עלול להסית (פוטנציאל גבוה של הסתה בתוך הפרסום). יש כאן פגיעה בחופש הביטוי וצריך לפרש את הנסיבה "דבר" בצמצום.  
**השופטים השונים נתנו חוות דעת שונות** (הערה: בתוצאה הסופית הייתה תמימות דעים: כל השופטים הסכימו שיש במאמר הסתה לגזענות, אך ביהמ"ש העליון השתמש במקרה לערוך דיון תיאורטי בעניין "המפרסם דבר").  
השופט מצא: המאמר הספציפי הסית לגזענות, ובכך תם הדיון. מאידך, המדינה צודקת: העבירה הנדונה היא עבירה שהמרכז שלה הוא היסוד הנפשי, ולכן עלינו להתייחס ביחס הפוך ליסוד העובדתי. יש להסתפק במעשה אובייקטיבי מינימאלי. מצא בוחן את הצעת החוק, ובודק מה קדם ל-144(א). מסתבר שהיו 2 חלופות: 1. המפרסם דבר הסתה לגזענות ...  
2. המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות...(הנוסח הסופי).  
המחוקק בחר בחלופה ששמה את הדגש על היסוד הנפשי. כלומר: כל פרסום, יהא תוכנו אשר יהא, אם נעשה מתוך מטרה להסית, שייך לסעיף. לדברי מצא, גם מבחינה פרקטית יש בכך הגיון: והרי לא הגיוני לדרוש מהמשטרה או מהתביעה לבדוק את תוכן הפרסום. ביטויים שנעשים מתוך מטרה להסית, לא צריכים לקבל את חופש הביטוי. השופט שואב חיזוק לעמדתו מתוך 144ג (ב) (על פי סעיף זה, אם אין מטרה להביא לגזענות, אזי אין עבירה).  
השופט ברק- סובר אחרת, לטענתו "המפרסם דבר" לא כולל פרסום תמים. טקסט תמים נכלל בסעיף, צריך שיהיה בו תוכן של הסתה. השיקולים:  
1. הטלת אחריות פלילית על פרסום תמים רק בגלל הכוונה והמחשבה הפסולה זה קרוב מאוד להענשה על מחשבות ולא מסתדר עם ח"י כבוד האדם וחירותו. לא סביר להטיל אחריות בגין כל סוג של פרסום, לא עומד עם פסקת ההגבלה. צריך לפרש בצורה שעולה עם קנה אחד לפי ח"י.  
2. חופש הביטוי. עדיף לבחור פרשנות שאינה פוגעת בחופש הביטוי.  
על פי ברק, בתוך ה"דבר" שמתפרסם חייב להיות פרסום עם פוטנציאל להסית. ברק לא רוצה לקבוע כרגע מה הוא המבחן ההסתברותי הנדרש באופן כללי, כי במקרה של אלבה זה לא רלוונטי וכאן התוכן הוא חד משמעי מסית.  
השופט גולדברג- מדגיש את הצורך בקיום מימד אובייקטיבי, פיזי של הסתה לגזענות. לא נדרשת תוצאה של הסתה, וגם לא נדרשת פוטנציאל של הסתה. כלומר: אין צורך לעמוד בשום מבחן הסתברותי: מספיק שהוכיחו מטרה להסית + תחילה של מימוש הכוונה להסית. לפי גולדברג, לא יענישו על פרסום שהוא לחלוטין תמים, אבל כדי להחיל את סעיף 144ב (א), מספיק שיהיה בפרסום פוטנציאל כלשהו, ושהתחילו לממש את הכוונה להסית (והרצון למימוש בא לביטוי אובייקטיבית מתוך הפרסום).

## רכיב התוצאה

בחלק מהעבירות יש תוצאה, ובחלק לא. **פרופ' פלר** מגדיר תוצאה כפגיעה בשלמותו, בתקינותו או באיכותו של האובייקט הפיזי נשוא העבירה. במקרים בהם אין פגיעה פיזית בתוך הגדרת הסעיף, העבירה היא עבירה התנהגותית שלא דורשת תוצאה. תוצאה היא נזק מוחשי שנקלט באחד החושים. **פרופ קרמניצר** מגדיר תוצאה דרך מימד הזמן: כל מה שמופיע בסעיף עבירה, והוא התרחשות עתידית שמנותקת מהמעשה, פער זמנים בין ההתנהגות והתרחשות שקוראת בעקבות זאת יחשב "תוצאה". זה יכול להיות גם פער של שנייה- צריך להבדיל בין המעשה לתוצאה. צריך להבדיל בין עבירות התנהגות לבין עבירות תוצאתיות ויש לכך השלכות שונות בעונשים. בנוסף היחס ליסוד הנפשי שונה.   
ישנן עבירות שבהן יש להוכיח תוצאה - **עבירות תוצאתיות** (לעומת עבירות התנהגות). דוגמאות:  
**סעיף תקיפה 379** מסביר מהי תקיפה סתם. זוהי עבירת התנהגות, אין בה תוצאה.  
התוקף = התנהגות. חברו = נסיבה  
**סעיף 380 המגדיר "תקיפה הגורמת חבלה ממשית" הוא סעיף עבירה תוצאתית.**בסעיף 34כד יש הגדרה של חבלה: "חבלה" - מכאוב, מחלה או ליקוי גופניים, בין קבועים ובין עוברים. בעולם הפיזי נגרמה תוצאה: החבלה. לכן זו עבירה תוצאתית. בעבירות תוצאתיות צריך גם להוכיח קשר סיבתי. להוכיח שהמעשה גרם לתוצאה.  
**ס' 428- סחיטה באיומים** יש עונש בסיסי כאשר העברה היא התנהגותית. לא צריך להוכיח שהסחיטה הצליחה וקרה משהו. בסיפא של הסעיף, אם מעשה האיום התרחש ויש קש"ס לתוצאה בפועל מדובר על עברה תוצאתית והעונש יותר חמור.   
**עבירת האינוס בסעיף 345(א) היא** **עבירת התנהגות**. אולם בסעיף 345(ב)(3) מתווספות התוצאות: תוך גרימת חבלה גופנית או נפשית או הריון. גם הריון הוא תוצאה (יש קשר סיבתי בין האונס לבין ההריון). לכן סעיף זה הוא עבירה תוצאתית.לפי תיקון 39 יש השלכות לאבחנה בין עבירות תוצאה ועבירות התנהגות. למשל: היסוד הנפשי הוא שונה. בעבירות תוצאה חייב להיות קש"ס. **הביקורת שיוצאת כנגד ההתליה של תוצאה בעבירות תוצאה:** עבירות תוצאה נותנות משקל רב למזל מוסרי = משהו שלא משנה את מידת האשמה. דוגמה: שני נאשמים שנהגו בדיוק אותו דבר. במקרה הראשון, האדם שנפגע מת, במקרה השני: האדם שנפגע לא מת, כי עבר שם בדיוק אמבולנס והציל ממוות. ההבדל הוא תולדה של מזל – זהו המזל המוסרי.גישות תועלתניות יצדיקו עבירות תוצאה, ויצדיקו את האבחנה בין עבירות תוצאה להתנהגות (ויחמירו את הענישה בעבירות תוצאה). גישות גמוליות שמחפשות את מידת האשמה יטו שלא לייחס משמעות לשאלה האם הייתה תוצאה בפועל.מצד שני, יש מקרים שבהם תוצאה חמורה יותר מלמדת על נחישות גדולה יותר לפגוע בערך המוגן, או שההתנהגות הייתה יותר חמורה. זה לא תמיד, ובוודאי לא פותר את סוגיית המזל המוסרי.גורם המזל מנוטרל גם בעניין עבירות תוצאה, מכיוון שברוב המקרים שהתוצאה לא התרחשה, ניתן להעמיד לדין בגין ניסיון. הענשת המנסה פותר באיזה שהוא אופן את סוגיית המזל המוסרי- בישראל, על פי כללי הטלת אחריות פלילית, מטילים אחריות זהה בגין ניסיון ובגין עבירה מושלמת, וגם מבחינת הענישה מענישים בגין ניסיון באותה חומרה ברוב המקרים כמו עבירה מושלמת.  
**עבירות תוצאה בכוח- עבירות של העמדה בסיכון**   
עבירת התנהגות שמוגדרת דרך יצירת הסיכון. מעשה שעלול לפגוע בבריאותו של אדם. אלו הם סעיפים שראוי להתייחס אליהם **כעבירות התנהגות**, למרות שאפילו הפסיקה לעיתים מתבלבלת. בעיקר כאשר מדובר בערך חברתי חשוב כמו עבירות שהערך המוגן בהן הוא חיי אדם. החברה רוצה למנוע מצבים של המתה, ובכך מענישה גם על יצירת הסיכון.   
דוגמה: סעיף 430- לא מחייב שתקרה תוצאה ואסון, אבל כן מחייב שיהיה סיכון מהשארת הדבר. סעיף שהוא תולדה של פס"ד בש. סעיף זה נותן הגנה רחבה על ילדים. רוצים לעשות הרחבה סביב הערך המוגן של חיי ילדים ומענישים גם על עצם העמדה בסיכון.  
סעיף 332- סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה.  
**מעשי פזיזות ורשלנות, סעיף 338(א).** העושה אחת מאלה בדרך נמהרת או רשלנית **שיש בה כדי לסכן חיי אדם**...  
עבירה זו היא עבירה התנהגותית.   
סעיף 144 (א)- סעיף התנהגותי ולא תוצאתי. לגבי אלבה לא צריך להוכיח שמישהו באמת הוסת לגזענות כתוצאה מכך.

**ניתוח סעיפים, דוגמאות:**  
1. **סעיף 334. תוצאה-** הפוצע (המעשה + תוצאה, כי "הפוצע" מוגדר כ"גורם לפצע") חברו (נסיבה) שלא כדין (נסיבה).  
2. **סעיף 415. תוצאה-** "המקבל דבר במרמה, דינו – מאסר שלוש שנים, ...". מרמה = המעשה, ו"המקבל דבר" = התוצאה. הנאשם מקבל משהו בזכות זה שהוא רימה. זו עבירת תוצאה: אם מישהו רימה אבל לא קיבל כלום בגלל הרמייה, לא ניתן להרשיע אותו. צריך שיהיה קש"ס. דוג'- מישהו שרימה ושלח טפסים לבקשת מלגה באוניברסיטה, אך הטפסים שלו לא נשלחו והוא קיבל את המלגה מסיבות אחרות. למרות שהיה פה מרמה לא היה קש"ס בינו לבין התוצאה.   
3. **סעיף 192. התנהגות-** המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו – מאסר שלוש שנים.  
סעיף 192 הוא עבירת התנהגות. הביטוי "בכוונה להפחיד" עלול לבלבל, אולם לא צריך להוכיח שמישהו חש פחד או הקנטה. לא צריך להביא את המאוים – מספיק שההתנהגות הייתה במטרה להפחיד. **זוהי עבירת התנהגות שיש בה יסוד נפשי של מטרה**.  
בעניין סעיף 192 נזכיר אתפס"ד גדליהו כהנא. בפס"ד זה השאלה הייתה איך לנתח את 192, כאשר מוקד הדיון היה בשאלה: מה קורה בסיטואציה שבה האדם המאוים לא קלט את האיום? דוגמה: אני מאיימת על מישהו בטלפון, ולא שמתי לב שהשיחה נותקה מזמן. סעיף 192 מנותח בפסק הדין כעבירת התנהגות, אבל חלק מההגדרה של היסוד העובדתי היא המאיים על אדם. המאיים = התנהגות. על אדם = נסיבה. אומר ביהמ"ש שהנסיבה "על אדם" לא מתקיימת במקום שבו המאוים לא קלט את האיום.   
יש הרבה עבירות מטרה, כמו בפס"ד אלבה שבהן לא צריך להוכיח תוצאה.  
**ביקורת נוספת על האבחנה בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות:**מאמר על היסוד העובדתי של פרופ' רון שפירא 2001. שפירא טוען שבעולם האמיתי, במציאות – אין מעשה שאין לו תוצאה. לכן קשה לנו להבין למה עבירות כגון "הבועל אישה" היא עבירת התנהגות. הרעיון: האבחנה המשפטית היא מאולצת, כי כל מעשה שמצליח הוא התוצאה, וקדם לה המעשה. אפילו אם הזזנו את היד, יצרנו תוצאה. דוג' לקושי לעשות אבחנה בין עבירת תוצאה לעבירת התנהגות: עבירת גניבה- "נוטל דבר בלי הסכמת בעלים" באופן רגיל נחשבת עבירת התנהגות ללא תוצאה. הכסף נשאר אותו דבר. פלר הגדיר תוצאה כפגיעה באובייקט הפיזי נשוא העבירה. אם האובייקט הוא הרכוש בעבירת הגניבה לא קרה לחפץ שום דבר, ולכן עבירת גניבה מוגדרת בכרך הראשון בספר של פלר בתור עבירת התנהגות. בכרך השלישי הוא מתייחס לעבירת הגניבה כעבירת תוצאה, כי הוא מגדיר אחרת את האינטרס הפיזי המוגן- סך הרכוש של אדם מסוים נפגע מגניבת החפץ. לעומת זאת יש עבירות שזה יותר פשוט לעשות את האבחנה.

לסיכום:

* ביקורת על עבירות תוצאה: מזל מוסרי + בעולם האמיתי אי אפשר לעשות הפרדה בין המעשה ובין התוצאה שלו, ויוכיח פרופ' פלר, שמתייחס בכרך א' לעבירת הגניבה כעבירת התנהגות (החפץ הנגנב – לא קרה לו שום דבר. האובייקט המוגן הוא הכסף), ובכרך ג' הוא מתייחס לעבירת הגניבה כעבירת תוצאה כי הערך המוגן הוא סך הנכסים שהיה לאדם ממנו הם נלקחו.
* במטרה להפחיד = עבירת התנהגות עם יסוד נפשי מיוחד (מסוג מטרה).

# מחדל בפלילים (עדיין חלק מהיסוד העובדתי).

מחדל הוא כאשר מטילים אחריות פלילית על מי שנמנע מלעשות מעשה, שהייתה חובה לעשות. אפס פעולה. היעדר עשייה, במקום שהייתה חובה לפעול. התנהגות פאסיבית. לדוג'- המציל בסוכת המציל נמנע מלהציל אדם שטבע בים- יש בכך מחדל. יותר קשה להעניש על מחדל.   
**מדוע הענשה על מחדלים הינה קשה ומרחיקת לכת?**   
1. כאשר המחוקק אומר מה לא לעשות (בצורה אקטיבית) יותר ברור מה המחוקק רוצה. הרבה יותר מסובך לאזרח כאשר מבקשים מאדם "לפעול", "לתרום", "להשקיע מאמצים" קשה להבין איך למלא את אותה הציפייה, כאשר יש להפעיל את שיקול הדעת. דוג' בולטת- העבירה של אי מניעת פשע ס' 262. הסיפור של מרגלית ארשפי שידעה/ הייתה שותפה על כך שיגאל אמיר מתכנן לרצוח את רבין. היא הורשעה על העבירה של אי מניעת פשע. זה סעיף שמושך הרבה ביקורת.   
2. אם היינו מטילים על כל אזרח במדינה חובת עשייה כללית, לפעול באופן כללי להצלה של אחרים, ואחריות בכל המקרים בהם הוא לא מנע מקרי נזק, היינו פוגעים בצורה חמורה בעיקרון החירות. עיקרון החירות מחייב צמצום של הטלת האחריות בגין מחדל (אחרת אנשים לא יוכלו לשבת בנחת על שפת הים, בלי להיות חרדים שאולי מישהו טובע). הענשה על מחדל דורשת רף גבוה יותר של סולידריות חברתית, מאשר הענשה על מעשים. הטלת החובה החברתית היא גדולה יותר. "מה ששנוא עליך, אל תעשה לחבריך" הוא יותר פשוט לביצוע מאשר "ואהבת לרעך כמוך".  
על כן יש לצמצם את ענישת המחדל רק למקומות שבהם ניתן לזהות את החובה לפעול (חובה קונקרטית של עשייה). אין חובת הצלה כללית. **כדי להעניש על מחדל צריך להצביע על חובת העשייה- ס' 18(ג).**  
3. יש הטוענים שהענשה על מחדל פוגעת בחירות. כאשר אומרים לאדם "לא לרצוח", אומרים לו בעצם: "אתה יכול לעשות את כל מגוון הפעולות בעולם, חוץ מלרצוח". לעומת זאת, כאשר יש חובת פעולה מסוימת (להציל, לדווח), החירות מוגבלת יותר כי המשמעות: "אתה לא יכול לעשות שום דבר מלבד לבצע את מה שמוטל עליך". פרופ' פלצ'ר אומר שבמציאות זה לא ככה מראש יש רק 2 אופציות ואופציה אחת נחסמת באותה מידה. זהו טיעון חלש, כי ניתן לטעון שגם בהוראות האוסרות פעולות יש הגבלה של החירות.  
**האם יש הבדל מוסרי בין מעשה אקטיבי ומחדל?**האם יש הבדל בין לא לחבר למכונת הנשמה או לנתק ממכונת הנשמה? האם זה הבדל מוסרי או רק הבדל בהרגשה שיותר קל לנו לשבת ולא לעשות מאשר לעשות מעשה אקטיבי?   
התשובה מורכבת- בחוק "החולה הנוטה למות" החוק מאפשר לא לחבר למכונות הנשמה, אך לא מאפשר המתה אקטיבית ולהפסיק חיים. המחדל לעיתים יהיה מאוד חמור, ולא פחות חמור ממעשה אקטיבי במקרים מסוימים: אמא שמרעיבה את הילד שלה, יש במחדל שלה משהו חמור.   
מעבר לכך ס' 18 אומר שכמעט בכל עבירה אפשר להרשיע, ובהתאם לחומרה ניתן לראות את קבלת העונש.  
פרופ' קרמיניצר אומר שגם במצבים זהים מבחינת יסוד נפשי, במעשה יש יותר נחישות עבריינית, ומוטיבציה להשגת המטרה. במחדל יש פחות מחויבות וזיקה לתוצאה. זהו היסוד למחשבה שמעשה אקטיבי הוא חמור יותר. לא קיימת קביעה שענישה על מחדל היא פחות חמורה מעונש על מעשה אקטיבי, כי בגזר הדין לוקחים מכלול שיקולים וזה תלוי סיטואציה.  
במחדל קשה להצביע על קש"ס מאשר בעשייה אקטיבית. לדוג'- חוסר עזרה לנפגע ת"ד שדימם למוות, קשה לייחס קש"ס. לדוג'- ע"פ 232/55 היועץ המשפטי נגד גרינוולד- גרינוולד הוא עיתונאי שייחס דברים חמורים על קסטנר ועל כך העמידו אותו לדין פלילי על הוצאת דיבה. הפך להיות משפט קסטנר ופתחו לדיון באיזה מידה קסטנר אחראי לרצח יהודים על ידי הנאצים? בפס"ד זה נשאלות שאלות של קשר סיבתי. מסובך יותר לקשור את התוצאה כאשר מדובר במחדל. בסופו של דבר גרינוולד יצא זכאי על אף דבריו וקסטנר נרצח.   
יש גם חשש קיים מפני המציל המקלקל- אם מישהו לא מבין בתחום הוא יכול רק להזיק ולכן עדיף לא לפעול.  
**לאור אלו הענשה על מחדל זה יותר מסובך מלהעניש על מעשה אקטיבי, וצריך להצביע על החובה לפעול.  
ההגדרה: סעיף 18(ב+ג)**   
18(ב) "מעשה" - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.  
18(ג) "מחדל" - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.  
**סוגים שונים של עבירות מחדל:**  
1. **עבירות שמנוסחות כמחדל, ובתוך סעיף העבירה מנוסחת גם חובת הפעולה.** דוגמאות:  
**אי מניעת פשע, סעיף 262.** מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים.   
זהו סעיף בעייתי משום שהוא מטיל חובה לא ברורה.  
**הפרת חובה של הורה או אחראי, סעיף 337.** המפר ללא הצדק כדין את חובתו לספק לפלוני צרכי מחיה או לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ומסכן או עלול לסכן בכך את חייו, או פוגע או עלול לפגוע בכך בבריאותו פגיעת קבע, דינו - מאסר שלוש שנים.  
זוהי עבירת מחדל, שהחובה מוגדרת בתוך הסעיף.  
2**. עבירות גרימה- עבירות שאפשר לבצע אותן גם במעשה אקטיבי וגם במחדל. אם קיימת חובת עשייה ניתן להרשיע גם על מחדל.**  
**הריגה, סעיף 298.** הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנים.  
**גרימת מוות ברשלנות, ס' 304.** הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו - מאסר שלוש שנים.  
גם אם בסעיף 304 לא כתוב "מחדל" במפורש, אפשר להחיל את המחדל על סעיף זה.  
**אחריות לחסר ישע, סעיף 322.** מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו - בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי - חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו, **ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה**.  
יש כאן חובה על מי שאחראי על חסר ישע לספק לו צרכי בריאות. דוגמה: אי מתן תרופות כאשר חייבים לתת.  
**3. עבירות שמנוסחות כמעשה אקטיבי, שלגביהן אפשר לבצע במחדל,** לדוג'- פס"ד מזרחי- האסיר לא חזר מחופשה ונכנס להגדרה של מחדל בכך שהוא נמנע מלחזור ולכן מורשע בעבירת בריחה על אף שהתנהגותו היא פאסיבית. לאחר מכן זה נכנס להגדרה בסעיף 18 שכמעט של עבירה ניתן לבצע במחדל. **פרט לעבירות מאוד מסוימות, שאותן ניתן לבצע רק במעשה אקטיבי,** כמו בס' 368: המרת דת, דוגמה למשהו שלא ניתן לבצע במחדל.  
4. **קושי של סיווג**- מקרים בהם קשה להבחין האם ההתנהגות היא מחדלית או אקטיבית. איך מתייחסים לאי שמירת מרחק בין 2 רכבים או אי ציות לרמזור? אי שמירת מרחק- התנהגות של נסיעה בטווח קרוב מידי. מתן תרופת פלציבו לחולה- האם זה מעשה או מחדל? איך מתייחסים לניתוק ממכונות הנשמה? לכאורה יכול להישמע אקטיבי. פרופ' קוגלר שכותב על מחדל נצמד לאבחנה של "הזזת שרירים"- אם נעשו הזזת שרירים זו פעולה אקטיבית. מבחינה מושגית זה פשוט, אך מבחינה מוסרית יש כאן בעיה. כיצד נפתרה הדילמה? פתרו זאת ב"חוק החולה הנוטה למות"- הפכו טיפולים רצופים לטיפולים בדידים על ידי מעין "טיימר". לכן מכונת הנשמה היא טיפול בדיד שנמשך זמן מסוים, ובין חיבור לחיבור ניתן להפעיל שיקול דעת.   
**מקורות החובה לפעול**  
סעיף 18(ג) מפרט: "מחדל" - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה. כלומר: צריך להראות את מקורות החובה מכוח דין או חוזה.  
ככל שמרחיבים את מקורות החובה, ומאפשרים לביהמ"ש ליצור חובות, כך פוגעים יותר בעיקרון החוקיות. כלומר- ככל שאפשר לשאוב את המקורות ולאפשר לבית המשפט ליצור מקורות פעולה, אנו מרחיבים את הבסיס להרשעה בפלילים ולכן פוגעים יותר בוודאות המשפטית = עיקרון החוקיות.  
**סוגים של מקורות:**  
**1. חובות מכוח הדין הפלילי (חובות פעולה מתוך החוק הפלילי):**  
(א) עבירות (מחדליות) שמכילות בתוכן את ההגדרה של החובה לפעול + סנקציה למי שמפר את החובה. דוגמה: "חוק לא תעמוד על דם רעיך". ס' 1 קובע חובת עשייה- כשאתה יכול לעזור חובה עלייך לעזור כולל קריאה לרשויות, ובסעיף 4 נקבעת העבירה והעונש למי שלא עושה זאת. החובה מנוסחת בצורה מאוד מצומצמת. אם נשווה את סעיף זה לסעיף "אי מניעת פשע" בחוק העונשין, כמובן שהחובה כאן הרבה יותר מוגדרת, וספציפית.  
להפקיר פצוע היא התנהגות חמורה דיה כדי שתחשב עבירה פלילית. זוהי עבירת קנס, ומצד שני: זוהי התנהגות שיש להטיל אחריות פלילית בגינה.  
ס' 263- מי שלא עוזר לעובד ציבורי או שוטר למנוע עבירה חייב במחדל.   
(ב) חובות עשייה כלליות בתוך חוק העונשין. חוקים שמייצרים חובת עשייה, ובצידם אין שום סנקציה. מטרתם: לשמש בסיס לאישום במחדל דרך סעיפים אחרים.   
דוגמה: סעיף 323. על פיו לא ניתן להעמיד לדין, אלא רק מקור חובה. אפשר להשתמש במקור החובה, אם רוצים להאשים הורה בעבירה אחרת פלילית על דרך המחדל. דוגמה: אם הורה לא סיפק אוכל לילדו, ירשיעו אותו על גרימת חבלה חמורה במחדל, תוך הצבעה על סעיף 323 (סעיף חובה).  
**2. חובות מחקיקה חוץ פלילית**על פי ס' 18(ג) מדובר על חובות לפי כל דין או חוזה ולאו דווקא דין פלילי. בע"פ 119/93 לורנס נגד מד"י- חבורה ששיחקה ברולטה רוסית, לורנס היה המוביל של המשחק. המנוח הרג את עצמו כי נפלט לו כדור על עצמו. ביהמ"ש מנסה להטיל אחריות פלילית על לורנס בגין גרימת מוות ברשלנות ע"י פעולה שלו. השופט דוב לוין מכיר בחובה של יוצר הסיכון להסיר את הסיכון אשר היא נגזרת מתוך דיני הנזיקין. נאמר שניתן לשאוב חובות עשייה מדיני הנזיקין, ומתוך חובת הזהירות המושגית בנזיקין ואפשר לייבא אותה לתוך הדין הפלילי ולקחת ממנו חובות. עוולת הרשלנות בנזיקין: בדיני הנזיקין נוצרו חובות מוסריות (מורה – תלמיד, מפעיל בריכה – שוחה). על פי השופט לוין ניתן להתבסס על מקורות עשייה שמקורן בנזיקין ולבסס עליהם אחריות פלילית. מעבר לזה, ביהמ"ש קובע שמספיק שיש חובת זהירות מושגית כדי שזה יכנס לתחום הפלילי.ביהמ"ש אומר שלביהמ"ש יש את היכולת ליצור חובות עשייה: בעיקרון, אין פסיקה שהכריעה בעניין זה, אולם האמירה בפס"ד זה בתוספת לאמירה בסעיף 18 מבססות את הטענה.  
פס"ד שכטר- ילד שנשאב למכונה בבריכה. השאלה לגבי שאיבת חובות מדיני הנזיקין נשארת בצריך עיון וכנראה שאפשר.  **מחדל בדין הפלילי - חזרה**

* הבסיס: אין להטיל חובת עשייה או הצלה כללית, בגלל הבעייתיות שבדבר. על כן למרות הקביעה של סעיף 18 שמעשה כולל גם מחדל, חייבים להראות חובת עשייה קונקרטית על מנת להעניש על מחדל.
* סעיף 18(ג) צריך לזהות חובה על פי כל דין או חוזה. והשאלה הנשאלת היא: מהיכן נגזרות החובות? ככל שירחיבו את המקורות מהן נגזרות החובות, כך פוגעים יותר בוודאות המשפטית. דוגמה: אם נותנים לפסיקה ליצור חובות יש מאין, תהיה פגיעה קשה בעיקרון החוקיות.

# מקורות החובה לפעול

**1. מקורות חובה מתוך חוקים פלילייים** (בעיקר חוק העונשין, אך לאו דווקא) –  
א) חובות שנמצאים בתוך סעיף העבירה הפלילית. אותו החוק יוצר את החובה, וגם מראה את העונש. הדוגמה הפחות מוצלחת: סעיף 262 "אי מניעת פשע", והדוגמה הטובה היא חוק "לא תעמוד על דם רעיך".  
ב) חובות כלליות. דוגמת סעיף 323, 322. חובות שאין בצידן עונש. אם הקטין נפטר בגין מעשים על פי סעיף 323 יואשם הבגיר האחראי עליו בגין גרם מוות, תוך שתהיה הצבעה על החובה המנויה בסעיף 323.  
**2. חובות מדין לבר פלילי:** סעיף 18(ג) משתמש בביטוי הכולל "כל סוג של דין". כלומר: ניתן לייבא חובות פעולה מדין שאינו פלילי. למשל: דיני הנזיקין. בפסיקה יש אמירות של שופטים שסוברים שניתן לבסס אחריות פלילית בגין מחדל על חובות מדיני הנזיקין. בפס"ד לורנס השופט דב לוין אומר שאפשר לזהות חובת פעולה של יוצר סיכון, להסיר את הסיכון. ניתן לשאוב את החובה (ובאופן כללי, ניתן לשאוב חובות) מכוח דיני הנזיקין.   
כדי להטיל אחריות לנזק בגלל רשלנות צריך להוכיח חובת זהירות מושגית (כגון: חובת מורה-תלמיד, מעביד-עובד, מפעיל בריכה – מי שבא להשתמש בבריכה, מטפל-מטופל, חובת אדם שיוצר סיכון להסרת הסיכון). אומר השופט בפס"ד לורנס שאפשר לשאוב את החובות מדיני הנזיקין. אין ספק שיש פה פגיעה בעיקרון החוקיות, והרחבת הבסיס להפללה. השופט בך, בפס"ד לורנס השאיר את השאלות הללו בצריך עיון. **הפסיקה בסופו של דבר לא השתמשה בדיני הנזיקין, אך השאירה פתח לשימוש בהם.**  
בפס"ד שכטר, **רע"פ 7519/97 שכטר נגד מד"י**- מדובר על ילד שנחבל בגלל משאבה בבריכה, בית המשפט מצא פיתרון בתוך החוק הפלילי. השופטים גם בפס"ד זה מביעים את דעתם, שאחרי תיקון 39 ניתן להשתמש בחובות עשייה גם כשהם באים מדיני הנזיקין. הם מביעים את דעתם בנושא, למרות שבפס"ד הנדון לא היה שימוש בחובות מחוץ לדיני העונשין.  
בין מלומדים יש מחלוקת האם, ועד כמה לייבא חובות מחוץ לדיני העונשין (עקרון החוקיות נפגע ככל שמייבאים יותר, ומצד שני רוצים להשאיר לבית המשפט את שיקול הדעת). ישנם מלומדים שאומרים שמותר לייבא חובות מכל מקום, אבל "צריכים להיות זהירים ולהפעיל שיקול דעת, ולא לייבא אוטומטית חובות מדיני הנזיקין אל חובות המחדל בפלילים" (קרמניצר). גישה מצמצמת יותר אומרת שגם אם אפשר לייבא חובות מדיני הנזיקין, צריך לייבא חובות שהוכרו בפסיקה בעבר ולא ליצור חובות חדשות.   
**3. חובות עשייה מכוח חוזה (או הסכם):** יש אפשרות לגזור חובות עשייה מכוח חוזה. למשל: מציל המועסק על ידי חוזה, ועל פי החוזה חובתו להציל מתרחצים. ניתן לגזור את החובה מתוך החוזה על מנת להעמיד לדין פלילי בגין מחדל. למשל: אם המציל נרדם בסוכת המציל, והילד טבע. דוגמה נוספת: מעביד מכוח חוזה העבודה חייב לספק אמצעי בטיחות לעובדים שלו. אם המעסיק לא עומד בחובה החוזית אפשר להטיל עליו אחריות פלילית אם נעברה עבירה. יכול להיות מכוח חוזה גם על צד שלישי שלא משתתף בחוזה אך נפגע מכך- כמו מוצר שמישהו קונה. אפשר לגזור חובות שמשתמעות מהחוזה- כמו לדוג' בייביסטר שההורים אמרו שהם יחזרו עד 12 והם לא חזרו מה החובות שלה לאחר מכן ומה משתמע.  **4.** **עבירת מחדל קלה (א) כבסיס לעבירה אחרת (ב):** דוגמאות:1. ס' 262 לחוק העונשין (אי מניעת פשע), גרמה לכך שמישהו נרצח. למשל, בגלל שמרגלית הר שפי לא הודיעה בעוד מועד שיגאל עמיר מתכנן את רצח רה"מ. האם אפשר לקחת את ס' 262 ולומר: החובה לפעול נמצאת בס' 262, אבל נשתמש בחובה על מנת להעמיד לדין בגין גרימת מוות (לא להתייחס לסיפא של ס' 262 שמתייחס לענישה).  
2. חוק לא תעמוד על דם רעיך קובע שמי שלא מזעיק את הרשויות כאשר ראה תאונה מוטל עליו קנס. אם אדם לא עשה כלום לנוכח פצוע, וכתוצאה מחוסר הפעולה שלו נגרם מוות. האם אפשר להטיל עליו אחריות פלילית לא רק בעבירת קנס, אלא בעבירה יותר חמורה של גרם מוות ברשלנות?  
3. סעיף 362 (הזנחת ילדים). האם אפשר לקחת את סעיף 362 ולומר שהורה שהפר את החובה המנויה בסעיף, ובגין ההפרה קרה אסון (מוות, חבלה חמורה) – האם ניתן להצביע על חובת הפעולה בסעיף, ולהשתמש בה כמקור חובה לעבירה כבדה יותר?  
התשובות לשלוש השאלות:  
השופט חשין בפס"ד ויצמן, **רע"פ 3626/01 וייצמן ואח' נגד מד"י**- אומר שהמילים "כל דין" כולל גם חובות מהפסיקה, אבל גם כאשר יש חובה חוקית מפורשת לא מייבאים חובה באופן אוטומטי לצורך הרשעה במחדל. כאשר מדובר בחובות עשייה יש להפעיל שיקול דעת, ולבדוק את החובה הנדונה (לא משנה מהיכן באה): את עוצמת החובה, מידת הקונקרטיות וכן יש לבדוק: האם על פי תכלית החוק שממנו מייבאת החובה, ניתן להשתמש באותו חוק כבסיס למחדל.  
לדעת חשין, אי אפשר להשתמש בחוק "לא תעמוד על דם רעיך" כבסיס חובה לצורך עבירה חמורה יותר, מכיוון שהמחוקק התכוון למצות את הדין במסגרת ס' 4 לחוק שבו העונש הוא קנס. לא ברור אם דעתו של חשין היא כללית או ספציפית לחוק "לא תעמוד על דם רעיך".  
פס"ד ימיני- השופט עמית אומר שהסוגיה נשארה בצריך עיון. פלר מתייחס לסיוע במחדל.  
לדעתה של ד"ר ויזל לא נכון לומר שעבירה מחדלית קלה לעולם לא תשמש בסיס להרשעה בעבירה חמורה יותר. ניתן לבסס הרשעה על עבירות מחדליות קלות, אבל תלוי באיזו עבירה מדובר.  
לדעתה, ס' 262 (אי מניעת פשע) היא חובה שלעולם לא ניתן להשתמש בה כבסיס לעבירה חמורה יותר. אין זיקה מספיק חזקה בין מי שנדרש למנוע פשע ובין הפושע. מצד שני, בחובה הנמצאת בסעיף 1 לחוק "לא תעמוד", שהיא חובה מאוד מוגדרת ופשוטה. זוהי חובה שלפי מידת הקונקרטיות והדיוק בה, יש לאפשר להשתמש בה כמקור לעבירה חמורה יותר. מי שעובר בכביש, והוא לבד שם ולא טורח להרים אפילו טלפון לנוכח אדם גוסס – יהיה אפשר להטיל אחריות פלילית בגין סעיף חמור יותר. הזיקה הנוצרת בין האדם שמסרב להגיש עזרה ובין האדם הפצוע במסגרת סעיף 1 לחוק "לא תעמוד על דם רעיך" היא חזקה יותר (לדעתה של ד"ר ויזל, ובסתירה לדעתו של השופט חשין).  
ס' 361- השארת ילדים ללא השגחה ובמטרה לנטוש- אסור להשאיר ילד לבד, אך אם השארת וקרה משהו, השאלה תעלה האם ניתן להשתמש בסעיף זה שאסור להשאיר ילדים ללא השגחה ולומר במקרה קרה משהו.   
**5. חובה של מי שיצר סיכון להסיר את הסיכון:** חובה המוכרת מדיני הנזיקין, אך מובאת בנפרד, משום שהפסיקה הפלילית במפורש הכירה בחובתו של יוצר סיכון להסיר את הסיכון שיצר. בפס"ד לורנס ישנו דיון על חובות מדיני הנזיקין, אך הפסיקה מכירה לראשונה בפס"ד פרידמן, **ע"פ 1713/95 פרידמן נגד מד"י**, במקור החובה הזה.  
פרידמן מצא את אשתו בביתו שיכורה עם גבר זר. הוא דקר את אשתו בירך כחלק מהגנה עצמית (הוא טען שהיא תקפה אותו). בית המשפט טוען שגם אם הדקירה הייתה במסגרת הגנה עצמית, אפשר היה להטיל עליו אחריות פלילית משום שלא פינה אותה לבית החולים (השאיר אותה מדממת למוות) ולא קיבלו את הטענה שלו. הוא יצר סיכון חמור לחייה, ולא הסיר את הסיכון, לכן ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בגין מחדל, בשל חובת יוצר סיכון להסיר את הסיכון שיצר. ז"א לא הייתה הגנה עצמית, וגם במידה והייתה חובה עליו להסיר את הסיכון.  
דוגמה נוספת: פס"ד מילר (פס"ד אנגלי). הומלס פלש לבית, ונרדם עם סיגריה בוערת בפיו. התעורר וברח. ההומלס יצר את השריפה (הסיכון) ולא פעל על מנת להסיר את הסיכון. הסיגריה שלו הציתה וזה כביכול מעשה אקטיבי, אך זה היה תוך כדי שינה ולכן יש פה מימד של מחדל.  
לסיכום: כדי לבסס אחריות פלילית בגין מחדל יש להצביע על חובת פעולה. חובה+ העבירה הספציפית. מקורות החובה יכולים להיות חובות חוקיות מחוק פלילי ומחוק חיצוני. אך לא כל עבירה יכולה לשמש בסיס להרשעה פלילית. חובות מכוח חוזה. חובות מכוח יצירת מצב מסוכן- מי שיוצר מצב מסוכן חייב להסיר את המצב הזה.   
רוב החובות הן ביטוי לזיקה בין גורם הנזק לבין הקורבן, או זיקה לסיטואציה. ככל שהזיקה יותר קרובה כך יהיה יותר קל להטיל אחריות. גם תאונת פגע וברח זו אחריות של יוצר הסיכון להסיר את הסיכון. לפעמים מכוח אחריות מיוחדת לקורבן כמו הורה או אחראי, לפעמים מכוח אחריות על גורם הנזק- בעל בריכה או חפץ מסוכן אחראי עליו. אפשר ללמוד מדיני הנזיקין וליצור חובות בפסיקה. תחום בעייתי שפוגע בעקרון החוקיות ולכן יש מקום רחב לשיקול דעת.   
פסקי הדין הרלוונטיים לנושא המחדל: לורנס, שכטר, וייצמן, פרידמן.

# עיקרון המזיגה = עקרון הסימולטניות

היסוד הנפשי והיסוד העובדתי צריכים להתקיים בעת ובעונה אחת. מעבר לכך, היסוד העובדתי צריך לנבוע ולהיות קשור ליסוד הנפשי (למעט רכיב התוצאה, שיכול להיות מאוחר יותר. דוגמה: המוות התרחש לאחר כמה ימים). דוגמה: אדם מתכנן לרצוח מישהו שגר בצפת. הוא יוצא לדרכו. בדרך, במקרה, דורס אדם אשר בהמשך הוא מגלה, שמדובר באותו האדם שאותו התכוון לרצוח. אין במקרה זה אפשרות להעמיד לדין בגין רצח. ההתנהגות נבדקת על פי היסוד הנפשי בעת הדריסה.   
הכלל אומר שלא מענישים על צירוף מקרים. צריך שיהיה קשר רציונאלי בין היסוד הנפשי ובין היסוד העובדתי.   
עיקרון המזיגה לובש צורה מיוחדת במעשים מתמשכים. מעשה שמזוהה על ידי בית משפט כמעשה מתמשך מרחיב את עקרון הסימולטניות. דוגמה: בלי משים דרכתי על רגל של מישהו. ביצעתי סוג של תקיפה, ללא יסוד נפשי - אבל כששמתי לב, זה "מצא חן בעיני" והמשכתי לדרוך. (דוגמה נוספת: נעלתי בטעות מישהו בחדר, וכשנוכחתי בדבר, החלטתי ל"סגור איתו חשבון" ולהשאיר אותו שם). בית המשפט יאמר שמעשה שהתחיל ללא יסוד נפשי, אבל בהמשך הצטרף היסוד הנפשי. במקרים כאלו עקרון המזיגה חייב להתגמש. מצד שני, דוגמאות כגון הדוגמאות לעיל יכולות להיפטר על ידי מחדל: אחריות פלילית בגין אפס מעשה במקום שבו היה נדרש מעשה.  
**סיטואציות שמעלות שאלה בהקשר של עיקרון הסימולטניות, בדר"כ יפתרו על ידי אחריות בגין מחדל.**  
**ע"פ 2588/90 ורטר נגד מד"י:** ההתנהגות האסורה קדמה למחשבה הפלילית והסתיימה לפני שנוצרה מחשבה פלילית. זיכוי שלעיתונאי בשם עיקרון הסימולטניות. בבית המשפט פנתה אליו סנגורית ושאלה אם הוא מכיר צלם. הוא הציע לה מישהו מתוך מערכת העיתון, ואח"כ השתמש בתמונות. ורטר שהואשם בקבלת דבר בתחבולה טען: "בשעה שהושלם היסוד העובדתי, לא היה שום יסוד נפשי. לא התכוונתי לעשות שימוש בפילים". כלומר: בזמן שהוא ביצע את העבירה מבחינה פיזית, לא היה שם שום יסוד נפשי – הוא לא התכוון לעשות שימוש בפילים, ורק לאחר מכן כאשר הפילים היו כבר בידיו הוא השתמש בהם.   
**ע"פ 334/74 ג'מאמעה נגד מד"י**, הוא פס"ד בו בית המשפט **לא** קיבל טענה בדבר עיקרון הסימולטניות: הנאשם חנק את אשתו והשליך אותה אל הבאר. הוא הועמד לדין בעבירת רצח. האישה לא מתה מהחנק, אלא מתה מטביעה. הנאשם טען: כשחנקתי אותה, לא התממשה התוצאה שהיא חלק מהרכיב העובדתי של עבירת המתה. מאוחר יותר, כאשר התקיים היסוד העובדתי (המתה), לא היה יסוד נפשי, כי השלכתי אותה אל הבאר כשחשבתי שהיא כבר לא חיה. ביהמ"ש הרשיע אותו, על ידי כך שהסתכל על כל שרשרת המעשים כמקשה אחת: מעין "חריגה" מעיקרון הסימולטניות בשם הצדק. כל ההתנהגויות שבוצעו היו בכוונה להמית, ובסופו של דבר הסתיימו במוות.   
פס"ד חורי- מציאות שעולה על כל דמיון. הדיון בשאלה האם צריכה להיות חפיפה בו זמנית בין ההתנהגות לבין הנסיבות שלה? בדר"כ זה מתרחש באותו זמן ולכן אין שאלה. כמו באונס- העדר הסכמה חייב להיות תוך כדי מעשה הבעילה. הייתה תאונה שבה אדם פגע ברכב בו נהגה אישה. האישה הייתה הרה וילדה בעקבות התאונה ילד שלכאורה מת. הצליחו להחיות אותו וכעבור 14 שעות הוא מת. השאלה היא האם אפשר לייחס לנהג עבירה של גרימת מותו של אדם. האם מתקיימת הנסיבה של אדם? במהלך התאונה התינוק עוד היה בבטן והיה עובר ולא אדם. העבירה היא ס' 304 לחוק העונשין- "גרימת מותו ברשלנות של אדם"- האם מדובר במקרה כאן באדם ונתקיימה הנסיבה בסעיף? ההגנה טענה שבשעת העבירה לא היה אדם, ולא היו כל יסודות העבירה ולכן צריך לזכות מעבירה של גרימת מוות ברשלנות. ביהמ"ש לא קיבל את הטענה והרשיע בגרימת מותו של אדם. לא נדרשת חפיפה של בו זמניות קבועה בין הנסיבות להתנהגות, למרות שברוב המקרים יש דרישה כזו לא ב100% מהמקרים חייבת להיות חפיפה בין ההתנהגות לנסיבות. לא דרשו סימולטניות בין הנסיבה להתנהגות. לקחו בשיקול הדעת בין היתר את הערך החברתי המוגן. ככל שהערך החברתי המוגן יותר גבוה בסולם הערכים, לצורך פרשנות תכליתית ננקוט בפרשנות מרחיבה גם כשאין חפיפה. כשמדובר באינטרס חשוב נרחיב. יש הבחנה בין עבירות התנהגות לבין עבירות תוצאה- בהן הרבה פעמים התוצאה מתרחשת זמן רב לאחר ההתנהגות (כמו בהר הרצל שהעמודים נפלו כמה ימים לאחר ששמו אותם). השאיר פתח לביהמ"ש, ויש כאן חריגה מעקרון הסימולטניות. אם האישה הייתה נפצעת והעובר מת בתוך גופה הוא לא נחשב אדם. ס' 308- הגדרה לאדם.

היעדר שליטה

**היעדר שליטה, סעיף 34ז.** לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לענין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה

כדי להטיל אחריות פלילית יש לוודא שההתנהגות הייתה בשליטה. אם האדם היה במצב של חוסר שליטה על תנועות הגוף שלו, אי אפשר להטיל עליו אחריות פלילית, מכיוון שהוא לא עשה מעשה. צריך שהמעשה יהיה רצוני. שליטה היא תנאי חיצוני מוקדם לקיומה של אחריות פלילית. דוגמה: אדם ישן נתן למישהו מכה מתוך שינה, או אדם שתוקף מישהו אחר תוך התקף אפילפסיה, אין להם אחריות פלילית.  
יש הבדל בין סיטואציה של העדר מודעות- שאדם לא יודע שאורות הבלמים שלא לא עובדים והוא נוהג ככה למרות שאסור, לבין סיטואציה בה אדם קיבל התקף ולא שולט בגופו. נושא זה יכול להתעורר גם בעבירות של רשלנות. אי אפשר להרשיע מישהו שעשה מעשה רשלני תוך העדר שליטה. התנאי הבסיסי להרשעה הוא האם הייתה לאדם יכולת לבחור אחרת. רלוונטי גם להתנהגות אקטיבית וגם להתנהגות מחדלית. זה אפילו לא סייג לאחריות אלא תנאי סף. זה כן מופיע בתוך הרשימה של סייגים לאחריות פלילית.

מבחינת הגישה הגמולית, המחפשת אשמה, לא ניתן להאשים אדם שלא הייתה לו שום יכולת בחירה. המשפט הפלילי רוצה להעניש אנשים שבוחרים לפעול כנגד האינטרסים המוגנים של החברה. גם גישות תועלתניות שמבקשות להרתיע אנשים שלא יפגעו בחברה, לא רלוונטיות לאנשים שלא היו בשליטה בזמן שביצעו את המעשים.

היעדר שליטה רלוונטי גם למעשה אקטיבי וגם למחדל. דוגמה למחדל: מציל, שבגלל שמישהו קשר אותו לסוכת המציל, הוא לא הציל אדם שטבע. הכוח שכבל אותו לעץ הוא כוח חיצוני. נכון שיש למציל חובת עשייה, אבל צריך תחילה להוכיח שליטה על התנועות הפיזיות, והיעדר שליטה מביא להיעדר אחריות פלילית.

בפסיקה הישנה "היעדר שליטה" כונתה "היעדר רציה". בתיקון 39 הוחלט להתייחס לנושא בסעיף 34ז כאל "היעדר שליטה". דרישות השליטה הן רלוונטיות לא רק לעבירות של מחשבה פלילית אלא גם לעבירות לאחריות קפידה או עבירות רשלנות.

דוגמה נוספת: אדם שלא עצר ברמזור כי היה לו שיתוק זמני ברגל, לא ניתן להטיל עליו אחריות פלילית כי מדובר ב"היעדר שליטה".

**אין זהות בין "היעדר שליטה" ובין "כורח".** אם אדם ביצע עבירה כי איימו עליו שיהרגו אותו או את קרוביו אם לא יבצע. הבחירה של אותו אדם היא מצומצמת מאוד ועל כן לא ניתן להטיל גם עליו אחריות פלילית. החברה תנסח מה התנאים המדויקים כדי להשתמש בהגנת "הכורח"- אפשר להחליט שיש עבירות שלא עושים אותם גם בכורח (לא קיים בחוק כיום והגנה זו קיימת בכל מקרה לפי שיקול דעת).  
בסיטואציה של העדר שליטה לא מטילים אחריות פלילית.  
**מדוע חשובה האבחנה? מה ההבדל בין אדם שמבצע פשע תחת היפנוזה ובין אדם שמאוים שאם לא יבצע יפגע?** היעדר שליטה הוא תנאי סף בסיסי, והוא בכלל לא יכנס למעגל הפלילי. הדיון ייסגר מכיוון שאין לו שום מידה של אשמה. לעומת זאת, ב"כורח" האדם עדיין פועל מתוך בחירה, ועדיין יש כאן שיקול דעת של החברה האם לפתור את האדם מאחריות פלילית בסיטואציה (אם איימו על אדם שיפנצ'רו לו את הצמיגים של הרכב אם לא ישדוד בנק, אזי הבחירה כבר יותר רחבה). הבדיקה תהיה עד כמה צומצמה הבחירה. החברה תקבע את התנאים לבחירה להיכנע לאיום. למשל: ניתן להחליט שיש עבירות כגון רצח, שלא משנה מה היה האיום – אדם לא יהרוג אדם אחר (זו הייתה הדעה בעבר).  
**מה קורה במקרים בהם אדם הגיע להיעדר שליטה בגלל שברגע הקודם להיעדר השליטה הוא לא לקח תרופה?** אם אדם נכנס במודע למצב של היעדר שליטה, החברה רוצה בכל זאת להטיל אחריות, על מנת להגן על עצמנו מהתנהגויות כאלו, כדי שהחברה לא תפגע מאנשים שמכניסים את עצמם לסיטואציות של העדר שליטה ופוגעים בחברה. סמים, שכרות ואי שפיות זוכים לטיפול מיוחד בהסדר חוקי שמתייחס ספציפית לתופעות האלו.  
דוגמה: חולה אפילפסיה תוקף אדם אחר תוך כדי התקף. אבל: מה אם יצויר שהאדם ידע על מחלתו והרופאים אמרו לו שהוא צריך לקחת תרופות על מנת למנוע את ההתקפים והוא לא לקח במודע, ולא טיפל במצבו?

דוגמה: אדם נרדם על ההגה וגורם לתאונה קטלנית. בזמן השינה אין לו שליטה על הפעילות הפיזית שלו, אבל רגע קודם, אותו הנאשם נסע על כביש 6 אחרי לילה הלום מסיבות ומרגיש שהוא עומד להירדם ובכל זאת ממשיך לנהוג. איך נטיל עליו אחריות פלילית? והרי כל גישה שבעולם תרצה להטיל עליו אחריות פלילית. ניתן לומר שהמחדל (לא עצר בצד) הוא הגורם למוות. אך לא תמיד המחדל יפתור את הבעיה.   
**איך כחברה ניתן להגן מפני נזקים ופגיעות של אנשים שפועלים בחוסר שליטה?**

* בעת ביצוע המעשה העברייני לא הייתה שליטה ולכן לא ניתן להטיל אחריות פלילית, אבל אפשר לזהות בנקודת זמן קודמת שבה הייתה שליטה. זוהי כניסה לסיטואציה של היעדר שליטה, בשליטה. דוגמה: אדם שנרדם על ההגה, בסיטואציה שבה הנהג הרגיש את העייפות ובחר שלא לעצור בצד. מחפשים דרך להטיל עליו אחריות, כי יש בו מידה של אשמה, הטלת האחריות היא לא בנקודת הזמן שהוא כבר ישן ואין לו שליטה, אלא בנקודת הזמן הקודמת שעוד יש לו שליטה על המצב.
* חולה אפילפסיה שנמנע מלקיחת התרופות, אם הוא ביצע עבירה כשאין לו שליטה כבר אז אין להטיל אחריות פלילית על כך, אבל בנקודת הזמן הקודמת יש מקום להטיל אחריות פלילית.

## התנהגות חופשית במקור

דוקטרינה שלקוחה מאירופה (לטינית: actio libera in causa). הדוקטרינה אומרת שישנם מצבים שנטיל אחריות פלילית למרות שהאדם היה במצב של העדר שליטה בעת ביצוע המעשה או המחדל האסור. אנו נטיל אחריות כי המעשה (או המחדל) היו "חופשיים במקור": כי האדם יכול היה לבחור לא להיכנס למצב העדר-השליטה. במקרים כאלו נבדוק את הכוונה פלילית לפני הכניסה למצב העדר השליטה.  
מי שפועל בהיעדר שליטה אין לו יסוד נפשי, אין לו את הכוונה לבצע את המעשה, ובדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור בעצם מעבירים את היסוד הנפשי מההתנהגות שיש בה שליטה לנקודת הזמן שלא הייתה בה שליטה.  
מי שנוהג ומרגיש שהוא הולך להירדם ולא עוצר להתרעננות בתחנת דלק, דוקטרינה זו תאפשר להטיל עליו אחריות פלילית על העבירות שבוצעו כתוצאה מכך שהוא נרדם. הייתה לו שליטה לא להיכנס למצב של הרדמות והעדר שליטה.   
כדי להכריע באיזה עבירה להרשיע נבחן באיזה יסוד נפשי האדם נכנס למצב- האם נכנס בשליטה ומה היה היסוד הנפשי שליווה את הבחירה? האם כשהנהג היה עייף על ההגה הוא חשב על האפשרות שהוא ירדם?   
**אפשרויות של יסוד נפשי:**  
1. **רשלנות**. זה לא עלה בדעתו שהוא יכול להיכנס למצב שעלול להסתיים בתאונה, אך אם אדם סביר היה חושב כך נרשיע אותו ברשלנות.  
2. **מחשבה פלילית**. מודעות לאפשרות. אותו אדם ידע שהוא עמד להירדם, וידע שזה עלול להסתיים באובדן שליטה ובתאונה, הייתה מחשבה פלילית.  
3. כשאדם נכנס **למצב של היעדר שליטה בכוונה**. כאשר האדם מודע ורוצה להירדם (בכוונה) על מנת לגרום למוות ולפגוע באדם אחר או להתאבד.  
הדוקטרינה אומרת שאם האדם נכנס למצב ברשלנות, אז ירשיעו אותו בסעיף של גרימת מוות ברשלנות ואם הוא נכנס במצב פלילי אז ירשיעו אותו בסעיף 298 של הריגה, הייתה מחשבה פלילית.  
כלומר: נמצאה דרך להטיל אחריות פלילית על אדם שהתנהגותו הייתה נשלטת במקור. מטילים אחריות לפי נקודת הזמן שהייתה בה שליטה, מנקודה זו לוקחים שני דברים: את השליטה ואת היסוד הנפשי. יש צורך קודם כל בשליטה, לאחר מכן יש צורך ביסוד נפשי + יסוד עובדתי. את היסוד הנפשי ואת השליטה לוקחים בנקודת הזמן של ההתנהגות במקור, ו"מדביקים" אותם בנקודת הזמן שהאדם היה בהיעדר שליטה.  
זה היה הדין בעבר, עד לתיקון 39:

## כניסה למצב בהתנהגות פסולה

**34יד (א).** הוראות סעיפים **34ז**, 34יא ו-34יב (העדר שליטה) לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב; ובלבד שענינו של המעשה שנעשה במצבים האמורים בסעיף 34יא או בסעיף 34יב, לא היה הצלת אינטרס הזולת.

במסגרת תיקון 39 המחוקק קבע את כלל הכניסה למצב בהתנהגות פסולה, כתוספת לסעיף 34ז.  
**סעיף א' קובע שני תנאים:**   
1. הכניסה למצב של היעדר שליטה היה **בהתנהגות נשלטת ופסולה**. בכדי להחיל את סעיף 34יד, יש להראות שהמצב בכניסה היה בהתנהגות נשלטת ופסולה. התנהגות פסולה זה לאו דווקא התנהגות שאיננה חוקית, ביהמ"ש הוא זה שקובע מהי התנהגות פסולה מבחינה ערכית: כשאדם נרדם על ההגה זו התנהגות פסולה.   
2. (תנאי שעושה את ההבדל בין הסעיפים) הנאשם היה מודע, או **אדם מן היישוב היה מודע** לכך שהוא עלול לעבור את העבירה, ולאבד שליטה. מספיק שאדם מן היישוב היה מודע לכך, או שיכול היה להיות מודע.

**34יד (ב).** במקרה כאמור בסעיף קטן (א), רואים את האדם כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה; נכנס אדם למצב כדי לעבור את העבירה, והיא מותנית גם בתוצאה, רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה.  
ס' ב' מוסיף לעניין המחשבה הפלילית: אם התקיימו התנאים של כניסה בשליטה בהתנהגות פסולה ואדם מן היישוב היה צופה או הנאשם צפה, אז ניתן להטיל על אותו נאשם אחריות בעבירות של מחשבה פלילית. רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה.   
הסעיף שונה מקודמיו: אם אדם נכנס בהתנהגות פסולה אך נשלטת וצפה מה שעלול לקרות או אדם מן היישוב צפה, אפשר לייחס לו שליטה אבל אפשר גם להרשיע אותו בעבירה של הריגה בנקודת הזמן הלא נשלטת, כלומר אפשר להרשיע אותו על המחשבה הפלילית הרגילה ולא בכוונה.  
דוג'- אדם שנרדם על ההגה בכביש ועשה תאונה קטלנית ואדם נהרג. אם זה היה בכוונה זה יכול להחשב רצח, ואם ברשלנות זה גרימת מוות ברשלנות. מכיוון שמדובר על מחשבה פלילית אפשר להחשיב את העבירה שלו כהריגה. מספיק להוכיח בעיניים של אדם סביר ולא סובייקטיבית על אותו אדם האם הוא ידע והתכוון להיכנס למצב של העדר שליטה.  
יש הרואים בסעיף זה פגיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, כי ישנם עבירות שיש צורך להוכיח מחשבה פלילית. מטילים אחריות על אדם שבשום שלב לא הייתה לו אחריות פלילית.  
אם במצב ששני התנאים המצטברים התרחשו, אז סעיף ב' אומר שנטיל אחריות פלילית על עבירה שדורשת מחשבה פלילית סובייקטיבית.   
**סעיף 34יד נועד להגן על החברה**, החברה מעוניינת למזער את הפגיעות שלא הייתה בהן שליטה, אם היו נשארים בהתנהגות חופשית במקור, היה הרבה יותר קשה להוכיח מה היה היסוד הנפשי בנקודת הזמן שהייתה בה שליטה. היה צריך להוכיח שבנקודת הזמן האדם היה צריך לצפות. גם בגלל שאין הרבה עבירות של רשלנות החברה רוצה להגן על עצמה. רוב העבירות הן לא עבירות רשלנות.   
סעיף 34יד אומר כי מספיק שהאדם מן היישוב היה מודע לאפשרות שזה מה שיקרה זה מספיק בכדי להטיל אחריות פלילית בגין עבירות שהיה בהן מחשבה פלילית. ייתכן שיקרה מצב שדווקא אם ת"ד התרחשה כשהאדם ישן האחריות הפלילית תהיה יותר חמורה ומאשר אם ההתנהגות בוצעה כשהאדם ער וזה קרה ברשלנות. אם האדם ער צריך להוכיח מעל לכל ספק סביר שהייתה לו מחשבה פלילית, לעומת כשאם ישן המדד הוא אדם סביר.   
**ההבדלים בין התנהגות חופשית במקור לבין סעיף 34יד:**1. בדוקטרינה אין דרישה שההתנהגות תהיה פסולה, אלא מספיק שהיא תהיה חופשית.2. לסעיף 34יד יש השלכות רחבות יותר (מרחיקות לכת) מאשר לדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור. בעבר, לפי דוקטרינת "התנהגות חופשית במקור" ניתן היה להטיל אחריות פלילית על אדם שהתנהג בהיעדר שליטה אך ורק לפי סוג היסוד הנפשי שהיה לו בעת הכניסה למצב, ספציפית באותה נקודה. יש פה יותר אחריות על האדם והגנה רחבה יותר על החברה. לפי סעיף 34יד (ב), מי שעמד בתנאים של סעיף 34יד (א) ניתן להטיל עליו אחריות בעבירות של מחשבה פלילית. **בסעיף 34יד (ב) ישנה התייחסות ליסוד הנפשי הקובע כי אדם העומד בדרישות של 34יד (א), כלומר: נכנס למצב של היעדר שליטה בהתנהגות חופשית או פסולה וצפה, או שהיה צריך לצפות את המעשה, תוטל עליו אחריות פלילית כאילו היה מודע למעשיו.**  
הערה: היעדר שליטה, הכוונה היא אך ורק לתנועות פיזיות (כחלק מהסייגים לאחריות פלילית).

## נטל ההוכחה

**34ה.** מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.נקודת המוצא שרוב הפעילויות העברייניות נעשות בתנאים של היעדר סייג. רוב הפעילויות העברייניות נעשות בשליטה, בתנאים שאין בהם סייג לאחריות הפלילית, חזקה שמעשה נעשה בשליטה. חזקה זו ניתן להפריח במצבים בהם ישנו היעדר שליטה. לא צריך להוכיח על דרך השלילה שהסייג לא מתקיים.

## נפקותו של ספק

**34כב.** (א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.  
בכדי להטיל אחריות פלילית יש להוכיח מעל לכל ספק סביר שכל יסודות העבירה התקיימו- ז"א 97%. התביעה לא צריכה להראות לביהמ"ש שאף אחד מהסייגים לא רלוונטי. אם לא התמלאו יסודות העבירה יכול להיות זיכוי מספק.   
הסעיפים משלבים את ההנחה הבסיסית שרוב המעשים נעשים בהיעדר סייג, ואת עניין חזקת החפות, לכן אם התעורר ספק שאיזשהו סייג רלוונטי התביעה צריכה להסיר אותו. כמו סיטואציה של שי דרומי שהתעורר סייג של הגנה עצמית. הנאשם צריך להראות שכנראה מתקיים סייג מעל לספק סביר שיערער את בטחון ביהמ"ש.   
**היעדר שליטה הוא "סייג רדום", רק אם הוא הועלה יש להתייחס אליו,** אם לא אז אין מקום להתייחס.

**אי שפיות הדעת**  
**34 ח.** לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש –1. להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או  
2. להימנע מעשיית המעשה.  
אדם שפועל בהיותו בלתי שפוי איננו אשם ואיננו ראוי לעונש. צריך למצוא הגנה אחרת של החברה מפני אנשים חסרי שפיות ולא באמצעות עונש פלילי, כי בסיטואציה זו הוא פטור מאחריות פלילית. בהרבה מאוד מקרים של העמדה לדין, הסנגורים טוענים לאי שפיות, שולחים להסתכלות, כציבור ישנה תחושה לא נעימה, התנהגות שסוטה מהתנהגות של אדם מן היישוב. אין אלמנט של הרתעה או גמול, כי המחלה לא תלויה באדם. לכן יש סייג של אי שפיות בעל תנאים מחמירים. ביהמ"ש לא פותר בקלות בגלל תנאים של אי שפיות **(סעיף 34ח – אי שפיות הדעת- במסגרת תיקון 39)**.   
החוק קובע בסעיף 34 ח' אי שפיות הדעת- הרעיון של פטור מאחריות בגלל אי שפיות מקובל בכל שיטות המשפט, אדם שפועל בגלל מחלה שפוקדת אותו והוא לא שולט על מעשיו, הוא לא אשם, ולא ניתן להטיל עליו אחריות פלילית, אם מענישים אדם על רקע שכזה בעצם מטילים אחריות פלילית על המחלה, ואין מקום לבוא לאדם כזה בטענות ולחפש אשמה.  
החברה אכן צריכה הגנה מאנשים שאינם שפויים, ולכן ישנו טיפול פסיכיאטרי (אישפוז). החוק לא יוצר הסדר שמגן מפני פגיעות של אנשים חולים במחלות נפש בצורה מוחלטת, אין הגנה שלמה, הכללים של אישפוז לא בהכרח זהים לכללי הפטור מאחריות פלילית, יש אנשים שפטרו אותם מעונש ולא ניתן באופן מוחלט להגן על הציבור שלא יפעלו שנית. **סעיף 34ח ישנם שני סוגים של פגיעות:**   
1. הסוג הראשון של כשל: חוסר הבנה. מחלה שפוגעת בכושר הקוגנטיבי, אדם לא מבין שהוא עושה מעשה פסול. במישור ההכרתי.  
2. מחלת נפש עלולה לפגוע גם ביכולת לשלוט בעצמך. זה לא בא על ציר ההכרה (מבין לא מבין), ישנם כוחות שיש במחלת נפש שגורמים לכך שהאדם לא יכול לשלוט בעצמו. דחף שלא ניתן לשלוט בו. זה לא במישור של חוסר הבנה, אלא שמחלת הנפש גורמת לדחף שהוא לא יכול לשלוט עליו.  
בסעיף אי שפיות הישן הופיע רק את מה שקשור למישור ההכרתי, קוגנטיבי, רק אי שפיות שגורמת לחוסר יכולת להבין, ולא היה את סעיף קטן 2 שדיבר על חוסר היכולת לשלוט על הדחף.  
**הפסיקה חידשה ויצרה את נושא של "דחף לאו בר כיבוש":**  
הנשיא אגרנט בפס"ד מנדלברוט מזהה שלא ניתן להרשיע אדם שסבל ממחלת נפש שפגעה ביכולת שלו לשלוט בעצמו. העדר רציה- רצון שמקורה במחלת נפש. לא היה סעיף מפורש ולכן מחלת נפש גוררת זיכוי וגוררת פטור מאחריות פלילית, כך זה נקבע בפסיקה גם לפני שהיה סעיף מפורש בחוק, וכך נוהגים מאז, ובעקבות כך ישנו חוק בתיקון 39. אין להטיל אחריות פלילית בגין מחלת נפש. הפסיקה עוגנה בסעיף 34ח (2), זה מופיע בפירוש בסעיף ומדובר בדחף הפוגע ביכולת השליטה, מקורו של הדחף הוא במחלת נפש או בפיגור שכלי. חסר יכולת של ממש- 1. להבין את מה שהוא עושה. 2. להבין את הפסול במעשה שהוא עושה. 3. לשלוט או לבחור מרצון במעשה שלו.   
נשאלת השאלה מהי מחלת נפש ומהו דחף לאו בר כיבוש, מהי ההגדרה המדויקת לכך?  
מי שמאבד את העשתונות מחמת זעם לא בהכרח יהיה פטור מאחריות פלילית. רוצים להטיל אחריות על אנשים שמאבדים עשתונות. המשפט הפלילי רוצה לפטור מאחריות רק את החולים במחלת נפש, את חסרי היכולת לשלוט בעצמם. ביהמ"ש מאוד זהירים בכל הקשור לקביעה מהי מחלת נפש ובהכרה של דחף לאו בר כיבוש. הפסיקה אומרת הרבה מאוד פעמים שהקביעה היא קביעה משפטית ולא קביעה רפואית. ביהמ"ש קובע זאת ומסתמכים כמובן על חוות דעות של מומחים. ביהמ"ש יכול לבקר את מהימנות חוות הדעת מכיוון שהקביעה היא קביעה משפטית ולהם הסמכות. לא ממהרים לקבוע חוסר יכולת של ממש. פסיקה ישנה יותר עושה הבחנה בין מחלות נפש שונות. יש צורך במחלת נפש של ממש ולא בהפרעה, דבר שפוגע ביכולת לשלוט בעצמך.  
בסעיף 34ח ישנו פטור לאדם שפעל בחוסר שליטה בגין מחלת נפש, מחלת נפש זה דבר משפטי. ביהמ"ש זהיר בהכרת מקרה כמחלת נפש.   
סעיף 34ח שתוקן בתיקון 39 תיקן מצב משפטי פגום: פעם אי שפיות בחקיקה כללה רק אי שפיות שגורמת לחוסר יכולת להבין, ולא היה בנמצא סעיף קטן 2: חוסר היכולת לשלוט. הפסיקה יצרה את הסעיף בפס"ד מנדלברוט, הנשיא אגרנט בדעת יחיד שאח"כ התקבלה להלכה: אי אפשר להרשיע אדם שסבל ממחלת נפש שפגעה ביכולת שלו לשלוט בעצמו. הפסיקה (אח"כ גם בפס"ד מיזן) אח"כ עוגנה בסעיף קטן 2.  
מדובר בדחף הפוגע ביכולת השליטה, כאשר מקורו הוא במחלת נפש או בפיגור שכלי.  
חוסר שליטה שמקורה במחלת נפש זוכה ליחס מיוחד למרות שמדובר בהיעדר שליטה, **ההפרדה** **מהיעדר שליטה** מכיוון שישנו הבדל בין אי שליטה כתוצאה ממחלת נפש לבין אי שליטה מסוג אחר:  
1. טיפול מיוחד במסגרת אישפוז לא קיים במצב של סתם היעדר שליטה.  
2. בעוד שבהיעדר שליטה לפי 34ז (סעיף 34יד המתייחס ל-34ז) ישנם כללים של כניסה למצב בהתנהגות פסולה, הרי שאין כלל דומה בכניסה למצב של התנהגות פסולה ביחס למחלת נפש. (לחברה אין אפשרות לחייב אדם חולה נפש לקחת תרופות). לכן אין הגנה מושלמת על החברה מפני פגיעות של חולי נפש.

אדם בלתי שפוי, בהנחה שהוא עומד בתנאים הנוקשים של 34ח, אי אפשר להחיל עליו את הכלל של הכניסה למצב בהתנהגות פסולה (גם אם מצבו הדרדר כי לא לקח כדורים). בהרבה מהסיטואציות של 34ח יש טיפול במסגרת החוק לטיפול בחולי נפש, על מנת למנוע מאותו אדם להזיק לחברה. **ניתן לזהות שאין חפיפה בין 34ח (הפטור מפני אי שפיות) ובין הכללים על פי החוק לטיפול בחולי נפש.**

## סעיף 15 בחוק לטיפול בחולי נפש

**אשפוז או טיפול מרפאתי של נאשם על פי צו בית משפט**

1. הועמד נאשם לדין פלילי ובית המשפט סבור, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם אחד מבעלי הדין ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו הוא, כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת היותו חולה, רשאי בית המשפט לצוות שהנאשם יאושפז בבית חולים או יקבל טיפול מרפאתי, החליט בית המשפט לברר את אשמתו של הנאשם לפי סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן - חוק סדר הדין הפלילי), יהיה הצו שניתן כאמור בר-תוקף עד תום הבירור ומשתם או נפסק הבירור והנאשם לא זוכה - יחליט בית המשפט בשאלת האשפוז או הטיפול המרפאתי.
2. הועמד נאשם לדין פלילי ובית המשפט מצא כי הוא עשה את מעשה העבירה שבו הואשם, אולם החליט, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם אחד מבעלי הדין ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו הוא, שהנאשם היה חולה בשעת מעשה ולפיכך אין הוא בר-עונשין, ושהוא עדיין חולה, יצווה בית המשפט שהנאשם יאושפז או יקבל טיפול מרפאתי. סעף שרלוונטי כאשר גם בזמן המשפט הנאשם עדיין אי שפוי.
3. לא יתן בית משפט צו לפי סעיפים קטנים (א) או (ב) אלא לאחר קבלת חוות דעת פסיכיאטרית ולצורך כך יצווה כי הנאשם יובא לבדיקה פסיכיאטרית ואם הוא קטין - לבדיקה כאמור בידי פסיכיאטר מומחה לילדים ולנוער, הודיע הפסיכיאטר המחוזי לבית המשפט כי לא ניתן לערוך את הבדיקה הפסיכיאטרית אלא בתנאי אשפוז, רשאי בית המשפט לצוות על אשפוזו של הנאשם לשם עריכת בדיקה והסתכלות, לתקופה שיקבע בצו.
4. בית המשפט לא יתן צו לטיפול מרפאתי אלא אם כן סבר שאין בכך כדי לסכן את שלום הציבור או את שלום הנאשם.
5. לא מילא הנאשם אחר צו בית המשפט בענין טיפול מרפאתי, או חל שינוי לרעה במצבו הנפשי ונתמלאו בו התנאים למתן הוראת אשפוז לפי סעיף 9, יורה הפסיכיאטר המחוזי על אשפוזו; דין הוראת אשפוז לפי סעיף קטן זה כדין צו בית משפט, לכל דבר וענין.
6. לענין ערעור, דינו של צו לפי סעיפים קטנים (א) או (ב) כדין הרשעה.
7. הפסיכיאטר המחוזי יקבע באיזה בית חולים או מרפאה יבוצעו צו או הוראת אשפוז לפי סעיף זה.

**פוטרים מאחריות פלילית חולי נפש, אך מטפלים בהם לפי החוק בסעיף 15 מטפל בשני מקרים:**1. הוא מייצר כללים לגבי מי שאינו כשיר בשעת ההעמדה לדין, ולא יודעים אם הוא היה כשיר בזמן ביצוע העבירה.2. אנשים שהוכח לגביהם שבעת ביצוע המעשה הם לא היו ברי עונשין בשל אי שפיות, ובעת ניהול המשפט הם עדיין בלתי כשירים.במחלות נפש, יש תקופות שהמחלה פעילה ויש תקופות של רגרסיה, ולכן יש חשיבות לסעיף 15. **המכנה המשותף: בשעת הדיון האדם הוא בלתי כשיר.**בית המשפט הוא מאוד זהיר ודקדקן בהפעלת 34ח (חוסר שליטה כתוצאה ממחלת נפש). בנושא זה צריך לבדוק היטב אם מדובר באמת במחלת נפש, או שמדובר באישיות אנטי-חברתית. את הסוג השני החברה כן מעוניינת להעניש. הדרישה בסעיף 34 ח היא כבדה.

בפס"ד **ברוכים ע"פ 8220/0** הכירו בכך שדי בגריעה ממשית ביכולת השליטה. החילו עליו את הכלל של 34 ח ופטרו אותו מאחריות. כך למשל, סעיף 300 הוא סעיף הרצח (הקובע מאסר עולם ועונש זה בלבד), ניתנת לפי סעיף 300א (א) הפחתה בעונש למי שעבר את העבירה בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי. על פי 300א (א) יש עונש מופחת אבל לא הפחתה באחריות. לא צריך להוכיח חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34ח, אלא רק כי הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת. במקרה זה לא מחויב בית המשפט בעונש מקסימאלי וניתן שיקול דעת. ביהמ"ש לא שש להשתמש בסעיף זה. התפיסה היא שחיי אדם הוא ערך מקודש ועבירה פלילית דורשת עונש חמור.   
פסק הדין הדן בהבדלים בין 34ח ובין 300א (א) הוא פס"ד **מליסה ע"פ 5951/98** שם השופט קדמי מאפשר לנאשם ליהנות מסעיף 300א (א) גם כשמדובר באי שפיות זמנית, שכן אין אבחנה בסעיפים הללו בין אי שפיות זמנית וקבועה. מכניס שם גם שבשיקול דעת של ביהמ"ש האם חלים תנאי הסעיף של 300 (א) יבדקו חוות דעת ויבדקו האם העבריין הכניס את עצמו לסיטואציה הזו.   
(פס"ד דניאל עוקב- קצין ביחידה מובחרת, כנראה הלום קרב. לקח 2 טרמפיסטים לאילת ובדרך עצר וניסה לרצוח אותם. הכירו בסעיף הזה).   
הערה: עונש מופחת בסעיף 300א (א) חוקק בעקבות הרצח שבצעה כרמלה בוחבוט.  
לסיכום: סעיף 300א (א) הוא סעיף שהמבנה שלו דומה לסעיף 34ח. כאשר קיימות נסיבות מסוימות, האחריות היא לא אחריות מופחתת, אבל העונש הוא מופחת (המחוקק בחר שלא להפחית מרמת האחריות).  
בסעיף זה, בניגוד ל-34ח מסתפקים ב"הגבלת היכולת במידה וניכרת" ולא "חוסר יכולת של ממש" (מצד שני, מדובר ב-300א(א) על "הפרעה נפשית חמורה"). **ולמרות כל האמור: עם כל ההרחבה בסעיף, יש לזכור שהוא מתייחס: א. רק למקרה רצח. ב. רק להפחתה בעונש.**  
הערה: אם חלה נסיגה במחלה, ובעת ההעמדה לדין האדם כבר "בסדר" – עדיין לא ניתן להעמיד אותו לדין.

**שכרות**34.ט. א. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו. לטובת הנאשם- במידה והוא השתכר בעל כורחו או בלי ידיעתו.  
ב. עשה אדם מעשה במצב של שכרות והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעת, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה. אדם שעושה מעשה תחת שכרות אפשר לייחס לו אחריות של מחשבה פלילית, אך לא ייחסו כוונה. אלא אם-  
ג. גרם אדם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה, רואים אותו כמי שעבר אותה במחשבה פלילית אם היא עבירה של התנהגות, או בכוונה אם היא מותנית גם בתוצאה. דוג'- מחבל מתאבד שלוקח סמים כדי שיהיה לו אומץ להתפוצץ  
ד. בסעיף זה, "מצב של שכרות" - מצב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה. הכוונה כאן שכרות מלאה ואין על האדם שליטה כמו במחלת נפש.   
ה. סעיפים קטנים (א), (ב) ו-(ג) חלים גם על מי שלא היה חסר יכולת כאמור בסעיף קטן (ד), אך עקב שכרות חלקית לא היה מודע, בשעת מעשה, לפרט מפרטי העבירה.  
גם בשכרות, כמו במחלת נפש, כמו בהיעדר שליטה, החומר המשכר גורם לאדם חוסר יכולת להבין ולשלוט. מה שמיוחד בסעיף: הסעיף הוא **חזקה חלוטה**: אדם שלוקח מרצונו חומר משכר, זהו כניסה במודע למצב בהתנהגות נשלטת ופסולה. מספיק שאדם מודע למה הוא צורך בשביל לייחס לו אחריות להתנהגות שלו.   
סעיף זה אינו סייג, אלא **הרחבת האחריות הפלילית**. מה שמהווה סייג לאחריות הוא רק סעיף קטן א' (מי שלא יודע שהוא לוקח חומר מסוים). למשל: נניח שאדם מאושפז בבית חולים לחולי נפש, ומוזרקים לו סמי הרגעה. אם הסמים הללו גורמים לו לבצע פעולות מסוימות, הוא לא יהיה אחראי להתנהגות שלו. ברם, רוב העבריינות בהשפעת חומרים היא כאשר העבריין ידע מה הוא לקח.  
סעיף קטן ה מאפשר להטיל אחריות פלילית גם אם מצב השכרות גורם להיעדר יכולת להבין, או לחשוב מחשבות פליליות. רוב מקרי השכרות לא מגיעים לחוסר יכולת של ממש לשלוט כמו בסעיף קטן ה, ואז האחריות הפלילית היא מלאה.  
כאשר יש עבירה שדורשת כוונה מסוימת, אם מחבל מתאבד לקח סמים כי הוא ידע שיהיה לו קשה לבצע את הפעולה בלי סמים, ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בגין רצח.

**יסוד עובדתי- עבירות החזקה:** קטגוריה חשובה שמשתמשים בה בעיקר לגבי שימוש בסמים והחזקת סמים. עבירה שכיחה היא של החזקת רכב גנוב והעבירה היא על עצם ההחזקה. לא מדובר כאן על נזק של צד שלישי אלא רק החזקה של משהו אסור- החזקה של סמים, של נשק. (לגבי רכב יש אינדקציה למעשה של גניבה שפגע בצד שלישי, אבל עצם ההחזקה לא מזיקה). מה ההגדרה להחזקה? ניתן לראות זאת בפרק ההגדרות בסעיף 34כד לחוק העונשין- מדובר על האלמנט הפיזי העובדתי- בין אם זה החזקה ישירה ובין אם זה החזקה של חבורה שהוא לוקח חלק מהחבורה. ס' 8 לפקודת הסמים המסוכנים הוא סעיף משלים. ביהמ"ש מסתכל על שני הסעיפים ומיישב ביניהם.  
פס"ד הוכשטט- השופט ברק (בדעת מיעוט ניסה לזכות) נותן את ההלכה והפסיקה המנחה להגדרת החזקה. מדובר על מעביד שהזמין חבילה עם סמים בפנים על שמו של העובד שלו הוכשטט, ללא ידיעתו של העובד. הבוס לקח מהדואר את האישור מטען שבעזרתו אפשר להוציא את הדברים מהמכס, ואז מספר להוכשטט, שלא מרוצה מהעניין אך לא עושה כלום. הוא מציע להוכשטט לטוס לחו"ל על חשבון המעביד כדי לא להסתבך ולא לקחת חלק מהעסקה. הוכשטט יודע כל הזמן שהמעביד שלו יכול ללכת למכס ובאמצעות ייפוי כוח או זיוף לקבל את הסמים לידיו וזה אכן מה שקרה. הוכשטט בזמן זה כבר לא היה בארץ. מעמידים את הוכשטט לדין על החזקת סם אסור. ברק מניח את היסודות של נושא ההחזקה. החזקה= קיימת כאשר לאדם היכולת על פי מערך העניין הרגיל להגיע לעשיה פיזית בחפץ, או שבידו היכולת לקבוע את גורלו הפיזי של החפץ. האלמנט המרכזי הוא אלמנט השליטה. בנוסף האלמנט של בלעדיות- בהחזקה בלעדית שלו, או בלעדית שלו ביחד עם עוד אנשים. לא משהו שכולם יודעים אליו וכולם יכולים לגשת אליו כמו משהו שנמצא ברשות הרבים, לבין משהו מוחבא שיש בלעדיות לגבי ידיעת מקום המצאו. צריך ידיעה והסכמה ושכולם יכולים להנות מזה וגם להענש מזה. הסכמה היא שכמוכיחים שהוא נועדו יחד למטרה משותפת. השופטת בן פורת סוברת להוכשטט יש אפילו החזקה ישירה והוא יכל לגשת למכס ולהוציא את הדבר אף בלי אישור המטען. ברק לא התייחס כי התביעה לא העלתה את האפשרות הזו. הייתה ידיעה וכנראה שהייתה הסכמה כלשהי כי הוא אכן טס לחו"ל. השופטת סוברת כי הייתה החזקה פיזית והוא יכל ללכת בעצמו למשטרה והוא לא עשה זאת.   
אלו עבירות שהן סוג מיוחד של התנהגות, בהן אין התנהגות אקטיבית אך הן מוגדרות כחלק מהן.

**קשר סיבתי:**הנושא הזה מתעורר אך ורק בעבירות תוצאה. בעבירות תוצאה צריך להוכיח את ההתנהגות, את התוצאה וגם את הקש"ס בין ההתנהגות לתוצאה (כאשר אין נסיבות). צריך להראות שההתנהגות היא זו שגרמה לתוצאה על מנת להטיל אחריות פלילית. הקושי כאשר לא ברור מה גרם למה, או איך לייחס אחריות ולקשור בין ההתנהגות לבין התוצאה. לדוג'- כשהורה שוכח ילד ברכב והילד נפטר- ברור שהשכחה של הילד במשך 5 שעות ברכב היא זו שגרמה למותו של הילד. אפשר להטיל עליו אחריות של גרימת מוות ברשלנות. כאשר מדובר בכמה גורמים שמצטרפים לתוצאה שמתרחשת יותר מורכב להצביע על הקש"ס והשאלה למי ואיך לייחס אחריות. השאלה היא- מה הזיקה הנדרשת בין ההתנהגות לבין התוצאה כדי להגיד שההתנהגות היא שגרמה לתוצאה? נבחן את הקש"ס בשתי בחינות:  
1. ראשית נבחן קש"ס עובדתי- האם יש קש"ס עובדתי בין ההתנהגות לבין התוצאה. סיבה בלעדיה אין- מבחן האלמלא- ז"א אם נמחק את ההתנהגות נבדוק אם גם ככה הייתה נגרמת התוצאה ללא ההתנהגות. מבחן זה עשוי לזהות מספר רב של גורמים לתוצאה. אך לא בכולם מתקיים השלב השני.  
2. שנית נבחן קש"ס משפטי- לא נטיל אחריות על הורים שילדו ילד והוא אח"כ רצח. אין להטיל עליהם אחריות על אף שאם הם לא היו יולדים אותו לא היה מתרחש הרצח.   
השאלה מתעוררת לגבי קש"ס עובדתי כאשר יש כמה גורמים מעורבים.   
נראה 2 דוגמאות:  
**1. גורמים מצטברים:** יותר שכיח. נניח ששתי דקירות של הקורבן גרמו למותו- שתי הדקירות ביחד גרמו למוות אבל לא כל אחת בפני עצמה. כל אחת מהדקירות גרמה למותו. תאונה שבה מישהו נפצע ואז גם הייתה רשלנות בבי"ח ונגרם מוות. אך ללא התאונה האדם כלל לא היה מגיע לבי"ח. כל אחד מהגורמים הוא סיבה שתרמה לתוצאה אך עדיין השאלה למי לייחס את האחריות. נטיל אחריות עובדתית על כל אחד מן הגורמים.  
**2. גורמים חלופיים:** פחות מצוי. א' דוקר את ב'. ב' גוסס ועומד למות, וג' מגיע טרם מותו וגורם למותו המיידי. הגורמים הם לא מצטברים אלא חלופיים. כל אחת מהפעולות הייתה גורמת לתוצאה הסופית גם אם לא הייתה מתרחשת הפעולה השנייה. ב' היה מת בין אם א' או ג' דקרו אותו. כאן ההתלבטות האם להטיל אחריות על כל אחד מהם או לא. במקרה זה נשתמש במבחן סיבה בלעדיה אין, ויש מבחן נוסף במקרים פחות שכיחים- מבחן עובדתי נוסף שנקרא מבחן הדיות- נבחן האם די במעשה של הנאשם כדי לגרום לתוצאה. לפי מבחן זה אם התשובה היא חיובית קיים קש"ס עובדתי.   
בסיוג לכך, פרופ' פלר אומר שלא ניקח בחשבון גורמים היפותטיים שלא התממשו במציאות. לדוג'-2 אנשים רוצים להמית את אותו אדם אבל רק אחד מהם עשה את זה- אחד שם פצצה שתפעל ב9 והשני שם פצצה שתפעל ב10. ז"א השני המית אדם שכבר מת, ולכן הוא לא אחראי למותו והוא רק גורם היפותטי.   
גם כשלא מתקיים קש"ס, זה לא אומר שהמבצע בהכרח יצא זכאי ללא אחריות פלילית, אלא רק לא יישא באחריות פלילית של גרימת תוצאה של גרימת מוות, הוא יישא באחריות פלילית אחרת אולי הוא יורשע על עבירת יצירת הסיכון או ניסיון רצח, אך אי אפשר לייחס לו אשם בגרימת התוצאה.  
משאלות אלו אפשר לזהות המון גורמים לתוצאה. אך לא בטוח שאפשר לייחס אחריות לכל הגורמים העובדתיים. בעבירות מחדל כשהאשמה היא בחוסר עשייה יותר קשה לראות את הקש"ס.   
בשלב הבא המשפטי שואלים שאלה נורמטיבית משפטית באילו תנאים נייחס אחריות לתוצאה. רק לאחר שיש קש"ס עובדתי נבחן את השאלה המשפטית.   
מבחן זה כולל שתי שאלות: 1. האם ניתן היה לצפות באורח סביר את התוצאה?  
2. האם צריך היה לצפות באורח סביר את התוצאה?   
זו קביעה נורמטיבית שנתונה להכרעת ביהמ"ש לפי שיקול דעתו. לא צריך לדעת את פרטי ההשתלשלות ושהנאשם ידע בדיוק איך זה יקרה, סביר לומר שאם מישהו נפגע קשה בת"ד אפשר לצפות שהטיפול הרפואי עלול להיות רשלני. וניתן להטיל אחריות על הפוגע בת"ד כאשר הטיפול בנפגע לקוי. לעומת זאת לא צריך לצפות אם מישהו הגיע לבי"ח בעקבות ת"ד ובדיוק הרופא התורן היה איש ששונא אותו ולכן לא נתן לו טיפול ראוי. נתון לשק"ד של ביהמ"ש. יש כאן אלמנטים של קביעות נורמטיביות.   
נבחן זאת לאור מספר פס"ד:  
פס"ד פתרוניליו: הנאשם היה גונב תיקים. הוא חטף תיק של אישה זקנה. (שאלה אם זה נחשב שוד- שוד זו גניבה שמלווה באלימות). לא היה מגע פיזי, הוא שלף את התיק והאישה הזקנה נבהלה. כתוצאה מהבהלה היא חטפה דום לב ומת. השאלה- האם ניתן להרשיע אותו בגרימת מוות? האם יש כאן קש"ס?  
ההגנה טענה שהוא לא הרג אותה וזו תוצאה שהיא מחוץ לגדר הצפיות לא ניתן ולא צריך לצפות תוצאה כזו. העליון קיבל את הטענה שהתוצאה רחוקה מהתוצאה שניתן לחשוב עליה בעת חטיפת תיק.  
פס"ד ע"פ מלכה- ת"ד שנפגע הולך רגל ילד, כי מישהו נסע בחיפה באופן רשלני עם עגלת אבטיחים. התאונה גרמה לשבירת ידו של הילד בשבר לא חמור. שמו לילד גבס, החבישה הייתה לא נכונה והוא לא היה מחוסן נגד טטנוס. הוא הזדהם ולבסוף מת. הכול התחיל בת"ד קלה, אך לא כתוצאה מכך נגרם המוות, ולכן ביהמ"ש לא ייחס אחריות כי לא ניתן היה לצפות ולא צריך לצפות שזה יקרה מהת"ד הקלה. זו שרשרת התרחשויות יוצאת דופן.   
עקרון הגולגולת הדקה- עצם זה שמדובר בגולגולת דקה לא בהכרח מנתק את הקש"ס, צריך לצפות שזקנה או חלש יגיבו בחומרה למעשה ויהיו תוצאות רחוקות. צריך לקחת את זה בחשבון. אך גולגולת דקיקה לא נלקחת בחשבון, ובמקרים חריגים של רגישות מיוחדת הקש"ס מתנתק כי לא הייתה צפיות. ביהמ"ש יקבע תלוי סיטואציה לפי הראיות שבאות לפניו.   
פס"ד יעקובוב- יש ע"פ וגם ד"נ בו התוצאה נשארה על כנה. יעקובוב היה בעל מכה, ואישתו סבלה מהתעללות ומכות במשך שנים רבות. הוא היה חולה ומוגבל והמשיך לחרף ולגדף אותה, והאישה גלינה המשיכה לשרת אותו בנאמנות כ8 שנים. היא ניקתה בלשכת הרווחה וסיפרה שם למישהו על הצרות שלה. שוטרים הגיעו לבית, התחילו לתחקר את הבעל שהכחיש מכל וכל, והם עזבו את הבית והשאירו אותה איתו. מיד לאחר עזיבתם הוא התפרץ עליה וזרק עליה חפצים והיא הגיעה למצב של חוסר אונים- אפילו המשטרה עזבה אותה והמצב רק הוחמר. היא קפצה אל מותה והתאבדה. אפילו שהיא עשתה מבחירה את הפעולה ביהמ"ש ייחס לו אחריות וקש"ס למותה והוא הורשע בגרימת מוות ברשלנות. ללא ההתנהגות שלו היא לא הייתה קופצת הוא הביא אותה למצב של חוסר מוצא משווע. קש"ס משפטי מיוחס לו שהוא היה יכול וצריך לצפות שאם הוא מוביל אותה לכזה מקום של חוסר אונים שהיא תפעל כך ותתאבד. התנהגותו הייתה מאוד קיצונית ולכן יותר פשוט להאשים אותו ולייחס לו אחריות. צריך לשאול כמה רחוק ביהמ"ש צריך ללכת בדרישה לצפיות?  
פס"ד פלוני מכונה "מירוץ המכוניות": במקרה זה חבר'ה עשו ביניהם מירוץ מכוניות מטורף, ואחד עשה שטות ונהרג בגלל מעשה שלו. רצו לחייב את השני שהשתתף במירוץ באחריות. ביהמ"ש הכריע שקיים קש"ס משפטי בין כל מי שמשתתף במירוץ לבין תוצאה אפשרית של גרימת מותו של אדם- יש הנחה שהמשתתף במשחק יודע שהמשחק שלו עלול לגרום למוות של אחד המשתתפים או של עובר אורח. יש חובה לצפות שתוצאה זו תקרה. נכנס פה שיקול מדיני שיש מטרה להרתיע מפני משחקי מירוץ מכוניות נוספים. פס"ד מרחיק לכת שמטיל אחריות פלילית. מדובר פה על אדם חופשי שעשה בעצמו את הפעולה וזה נכנס כשיקול של לא להטיל אחריות, אך בכל זאת בנסיבות המקרה והתוצאה הקשה כאן והערך המוגן של קדושת חיי אדם כן הכריעו שמתקיים קש"ס משפטי והטילו על המשתתף השני אחריות פלילית בגרימת מוות).

היסוד הנפשי

יסוד נפשי מתייחס לכל אחד מהפרטים של האקטוס ראוס (מעשה, נסיבה, תוצאה). צריך להבחין בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה כשבוחנים יסוד נפשי. אין הכוונה מחשבת רשע כללית, אלא יסוד נפשי הוא הלך הרוח שליווה את מעשה העבירה כלפי כל אחד ואחד מהרכיבים של היסוד העובדתי. במשפט פלילי לא מטילים אחריות פלילית בלי אשמה. הסוג המרכזי של היסוד הנפשי הוא אישי, סובייקטיבי- מחשבה פלילית. התפיסה היא תפיסה גמולית. ללא אשמה לא מטילים אחריות. אחריות פלילית זה גינוי חברתי חמור.   
תיקון 39 מסדיר את נושא היסוד הנפשי, בהתאמה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.  
הסעיפים הרלוונטיים הם 19-22 (כאשר 22 זה לא בדיוק יסוד נפשי, אולם הסעיפים נלמדים כחטיבה אחת). לפני כן הפיתוח היה פרי פסיקה בלבד, ובעת התיקון נכנס לחוק. יש לכך יתרונות וחסרונות לעובדה שכיום זה מסודר בחוק.  
(פס"ד סטיבנסון: נווד שהלך לישון באסם, הדליק אש והלך לישון. רצו להעמיד אותו לדין באשמת הצתה. בשל דרישת יסוד נפשי **סובייקטיבי**, זיכו אותו מאשמה: הוא עצמו לא היה יכול היה להיות מודע לתוצאות המעשה.)  
**סעיף 19 הוא המבנה של המחשבה הפלילית:**  
**דרישת מחשבה פלילית, 19.** אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –  
1. נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או  
2. העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.  
בדרך כלל, צריך להוכיח "מחשבה פלילית". נתבונן בסעיף סעיף 298 (הריגה): "הגורם במעשה או במחדל אסורים..." בסעיף הנ"ל אין שום יסוד נפשי! כל המילים שבסעיף אינם מביעות יסוד נפשי, ואולם, **סעיף 19 אומר שגם בעבירות שהן שותקות ביחס ליסוד הנפשי, יש להוכיח יסוד נפשי**. נק' המוצא היא שאין הרשעה פלילית בלי מחשבה פלילית, מלבד 2 חריגים:  
**החריגים המוגדרים בסעיף 19:** 1) רשלנות- ס' 21. 2) אחריות קפידה- ס' 22.   
**סעיף 20 מגדיר מהי "מחשבה פלילית".**   
במחשבה פלילית ובמשפט פלילי הדרישה היא להוכיח מעל לכל ספק סובייקטיבי שהעומד לדין היה בעל מודעות, ללא קשר לאדם הסביר.   
רשלנות, אחריות קפידה ומחשבה פלילית הם שלושה סוגים של עבירות מבחינת היסוד הנפשי. על מנת לזהות שהעבירה היא עבירת רשלנות, יהיה בסעיף ביטוי בהגדרת העבירה "רשלנות". למשל: ס' 304 (המילה "רשלנות" היא לא המילה היחידה המלמדת על רשלנות, אבל היא העיקרית).  
נלמד בהמשך כיצד ניתן לזהות עבירות של "אחריות קפידה". בדר"כ מדובר בעבירות קלות כגון עבירות תנועה, תכנון ובניה, מס. בעבירות כאלו עיקר העניין הוא "מי צריך להוכיח מה".  
לפני תיקון 39 הפסיקה דנה בכל סעיף שעמד לדיון, האם זהו סעיף הדורש מחשבה פלילית, וגם אז החשיבה הייתה שרוב העבירות הן עבירות של מחשבה פלילית. היתרון הברור של קביעת יסוד נפשי בפסיקה הוא הגמישות. תוצאה צודקת יותר במקרה הקונקרטי. מצד שני, ברור שהיתרון הגדול בתיקון 39 הוא הכנסת הסדר בעניין היסוד הנפשי, וזה משרת את עיקרון החוקיות.

בעיה נוספת בתיקון 39: מדובר בחלק כללי חדש שצריך לחול על עבירות ישנות, ולא תמיד קיימות התאמות במונחים.  
חריגים לכלל של מחשבה פלילית:  
**ס' 21- רשלנות** היא יסוד נפשי אובייקטיבי. אדם סביר היה יכול להיות מודע לגבי אותו פרט, מה אדם מן היישוב היה צופה ויודע באותה סיטואציה. רוב העבירות הן לא של רשלנות. אין למשל עבירת אונס ברשלנות, צריך שיהיה מצוין בסעיף של העבירה שניתן לעבור עליה ברשלנות.   
**ס' 22- אחריות קפידה** באחריות מוחלטת אין צורך להוכיח יסוד נפשי כלל. לפני התיקון ביהמ"ש קבע על עבירות מסוימות שיש עליהן אחריות מחולטת, והיום הן נקראות עבירות בעלות אחריות קפידה. ברגע שהוכח היסוד העובדתי, אין יותר מה לעשות (נסעת באור אדום אזי מוטלת עליך אחריות פלילית אוטומטית). היום זה נקרא "אחריות קפידה" כי האחריות היא לא מוחלטת וסגורה, לנאשם יש פתח: התביעה לא צריכה להוכיח יסוד נפשי אלא רק יסוד עובדתי, אבל לנתבע יש הזדמנות אם יוכיח שלא התרשל ושלא הייתה מחשבה פלילית, אז הוא יכול להסיר ממנו את האחריות- נטל ההוכחה עובר אליו.   
  
פס"ד מאוד ישן בנושא עוד לפני התיקון: פס"ד יעקובוביץ’. מכונן ובסיסי בדיני עונשין, פס"ד זה מתאר את אחד ממעשי הרצח הראשונים במדינה (שנת 49), אשר עורר זעזוע. הרצח היה בגן מאיר בתל אביב. בגן ישבו אחים חורגים, ויעקובוביץ’ שרצה לאנוס את הבחורה, היכה את הבחור והבחור מת מהחבלות. זיכו אותו מאשמה של רצח בתוך ביצוע העבירה. בית המשפט אומר שהרעיון של מחשבה פלילית: לא מדובר במחשבות רשע וזדון כלליות, אלא צריך להראות מחשבה פלילית: הוא צפה שהמכות שהנחית על הקורבן יגרמו להמתה. כבר אז ביהמ"ש אומר שצריך להוכיח **יסוד נפשי אובייקטיבי של צפיות של התוצאה**.  
יש כאן מקום לקשת של מצבים נפשיים, וגם אם האדם שיתף ביחס הנפשי שלו קשה לדייק אותו. כאשר נקבע בחקיקה מראש מפספסים מצבים מנטליים שלא הוכנסו להגדרות מראש. ברגע שהדברים מאוד מסודרים הם לא נותנים מענה למצבי ביניים.   
כאשר מדברים על יסוד נפשי, מתעוררות שאלות של הוכחה: איך מוכיחים יסוד נפשי אם נאשם לא מספר על כוונותיו? התשובה היא שימוש בחזקות. למשל: אם האדם ירה באדם אחר מטווח אפס, חזקה שהוא ידע שזה יסתיים במוות.

3 עבירות עיקריות של גרימת מוות:  
300- רצח. 300 א.2. הגורם בכוונה תחילה למותו של אדם. כוונה היא סוג מיוחד של מחשבה פלילית בעל רף גבוה. העונש הוא מאסר עולם.  
298- הריגה. עבירה רחבה, הדורשת מחשבה פלילית רגילה והדין הוא מאסר של 0 עד 20 שנה.   
304- גרימת מוות ברשלנות, מסתדר עם ס' 21ב, שדינה מאסר 3 שנים. (ס' 24.1. פשע- חמור ממאסר של 3 שנים ). הגינוי החברתי הרבה יותר נמוך לעומת העבירות הקודמות.  
\*עומדת לדיון הצעת רפורמה על הדיון של גרימת מוות כי זה לא מספיק, והעבירות לא מבטאות מדרג מתאים להבדלים בין הסוגים השונים של המתת אדם. רוצים לעשות מדרג של כ5 אפשרויות שונות, עם דגש לגבי ההבדלים ביסוד הנפשי.

**החידוש של תיקון 39 הוא סעיף 20: מחשבה פלילית.**  
20(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:  
1. כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;  
2. פזיזות שבאחת מאלה:  
(א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;  
(ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.  
(ב) לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.  
(ג) לענין סעיף זה –  
(1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם;  
(2) אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות.  
הרישא: צריך להוכיח מודעות עבור כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. צריך להוכיח יסוד הכרתי, קוגנטיבי: הנאשם מודע למעשה ולתוצאות האפשריות. למשל: הנאשם באונס היה מודע לבעילה, לכך שמדובר באישה, ולכך שאין כאן הסכמה.   
**יש הבדל בין עבירות התנהגות ותוצאה:**  
**בעבירות התנהגות** צריך להוכיח מודעות סובייקטיבית לשני הדברים הבאים: (1) לטיב המעשה (2) לנסיבות. ברוב המקרים אין ויכוח לגבי ההתנהגות והמודעות לטיב המעשה, אבל כן יש התלבטות לגבי הנסיבות.  
דוגמה שיש בה שאלה בעניין מודעות לטיב המעשה: 340א הוא סעיף התנהגות. מדבר על יריות באיזור מגורים, עצם הירייה עצמה גם בלי פגיעה היא עבירה פלילית. צריך להוכיח גם ירייה, וגם להוכיח מודעות לכך שהאקדח טעון ושהאקדח אמיתי. אם האדם יורה מתוך מחשבה שהוא יורה בנשק שאינו טעון או שאינו אמיתי – אז אין מודעות לטיב המעשה.  
מודעות לנסיבות: למשל: 345א (1). הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית. כדי להטיל אחריות פלילית צריך להוכיח מודעות לנסיבת אי ההסכמה. כלומר: רק אם התביעה מוכיחה מעל לכל ספק סביר מודעות לנסיבה, אחרת התוצאה תהיה זיכוי.  
**מחשבה פלילית בעבירות התנהגות היא מודעות לטיב המעשה ולנסיבות.**

**בעבירות תוצאה**, שוב על פי סעיף 20(א), גם כאן צריך להוכיח מודעות לטיב המעשה, לנסיבות וגם **לאפשרות גרימת התוצאה.** למשל: בעבירת גרם מוות ברשלנות, הנאשם צריך להיות מודע לאפשרות שהמעשים שלו יסכנו חיי אדם + **יחס חפצי (מהמילה "לחפוץ", לרצות) ביחס לתוצאה: 1. כוונה 2. פזיזות.  
1. כוונה** היא מטרה לגרום לאותן התוצאות (רצון בתוצאה). **2. פזיזות** היא סוג של מחשבה פלילית רק ביחס לתוצאה.   
**ישנם שני סוגים של פזיזות: 1. אדישות 2. קלות דעת.**פזיזות מסוג אדישות - שיוויון נפש. פזיזות ברמה גבוהה יותר. כלומר: הנאשם היה מודע להתרחשות התוצאה, אבל הוא היה אדיש לזה. דוגמה: גנבים שבורחים מהמשטרה, ונוסעים מאוד מהר: הם מודעים לאפשרות שאנשים יפגעו, אבל לא אכפת להם.  
פזיזות של קלות דעת – פזיזות ברמה נמוכה יותר. אדם שפועל מתוך מודעות לאפשרות שהתוצאה תתרחש + פזיזות של קלות דעת: האדם מתנהג תוך נטילת סיכון בלתי סביר, מתוך תקווה (לא כל כך ריאלית) שהתוצאה לא תתממש. לדוגמה: אמבולנס שנוסע בצורה חסרת אחריות. הנהג לוקח סיכון מאוד לא סביר (נוסע מאוד מהיר). הסיכון לעומת הסיכוי הוא לא הגיוני, אבל זה נעשה מתוך תקווה שהכול יעבור בשלום.  
בעבירות תוצאה תמיד צריך להוכיח יחס חפצי של אחת משלושת האפשרויות: כוונה, פזיזות מסוג אדישות, פזיזות מתוך קלות דעת (מסודר על פי רמות החומרה, כאשר פזיזות מתוך קלות דעת היא כמעט רשלנות).  
**בעבירות שותקות של תוצאה, מספיק להוכיח קלות דעת – כי העבירות עצמן לא מבחינות בין שני הסוגים. לעיתים התביעה תרצה להוכיח אדישות, כדי להראות שזה יותר חמור.**

**חזרה על השיעור הקודם:**

* קיימים מצבים שונים של מודעות. למשל: נהיגה בזמן עייפות יכולה להיות ברמות שונות של מודעות לרמת העייפות.
* תיקון 39 הגדיר את היסוד הנפשי בצורה מסודרת ומובנית, סעיפים 19-22. לפני תיקון 39, הכל היה פרי פסיקה, אשר נתן מרחב תמרון ואפשר תגובות בהתאם לנושא הספציפי, אך לא התאים לעיקרון החוקיות.
* ס' 19 קובע את הכלל: על מנת שתהיה אחריות פלילית, חייבים להוכיח יסוד נפשי של מחשבה פלילית. החריגים הם: רשלנות, ס' 21 ואחריות קפידה, ס' 22.
* בעניין רשלנות: עבירות שבתוך ניסוח העבירה יש רמיזה או שנכתב בהם במפורש שמדובר ברשלנות. אם העבירה שותקת, יש להוכיח מחשבה פלילית.
* מחשבה פלילית היא לעולם סובייקטיבית. מדובר ברף קשה להוכחה (לעומת רשלנות: הנאשם צריך להוכיח שלא התרשל).

# המחשבה הפלילית

ישנם כמה סוגים של מחשבה פלילית (סובייקטיבית). ס' 20 מגדיר מהי מחשבה פלילית, כאשר הוא מבהיר שלא מדובר במחשבת רשע כללית, אלא מחשבה שצריכה להתייחס לכל אחד מרכבי היסוד העובדתי: למעשה, לנסיבות ולתוצאה.  
חלוקה בין מחשבה פלילית בעבירות התנהגות, ותוצאה:  
**בעבירת התנהגות יש להוכיח:**  
1. **מודעות לטיב המעשה**  
2. **מודעות לנסיבות.**  
למשל: עבירת בעילה של קטינה. יש להוכיח מודעות לכך שהייתה בעילה, וגם מודעות שהאישה היא מתחת לגיל 14.  
**בעבירות תוצאה:**  
1. **מודעות לטיב המעשה**  
2. **מודעות לנסיבות**  
3. **מודעות לאפשרות התרחשות התוצאה + יסוד חפצי.**  
למשל: בעבירת הריגה, צריך להוכיח מודעות לאפשרות שהמעשה יגרום למותו של אדם. מדוע רק מודעות? כי כל דבר שהוא עתידי הוא אינו וודאי.  
כל המחשבה הפלילית שנדרשת בסעיף 20 היא על ציר ההכרה, הקוגנטיבי, ולא קשור לנושא הרצייה.  
ביחס לתוצאה: צריך להוכיח מודעות לאפשרות שתתרחש התוצאה + יסוד חפצי = יסוד הרצייה. מה היה היחס החפצי ביחס למודעות. למשל: הנהג היה מודע שהנהיגה שלו תגרום למוות – מה היה היחס שלו למודעות?  
**יש כמה סוגים של מחשבה פלילית ביחס לתוצאה החפצית:**  
20 (א) (1) - כוונה לגרום לתוצאה. רצון להשיג את התוצאה. (לא רלוונטי ביחס לנסיבות).  
20 (א) (2) - פזיזות. שני סוגים: פזיזות מסוג אדישות, פזיזות מסוג קלות דעת.  
פזיזות מסוג אדישות היא "שוויון נפש ביחס לאפשרות שתתרחש תוצאה..." ובמילים שלנו: חוסר אכפתיות. הדוגמה: עבריין נמלט שלא אכפת לו לדרוס עוברי אורח.  
באשר לקלות דעת, צריך להוכיח שהתנהגת בסיכון בלתי סביר שתתרחש התוצאה, תוך תקווה שזה לא יקרה.

**דירוג המחשבות הפליליות:  
כוונה תחילה (רק ברצח)  
כוונה  
פזיזות- אדישות  
פזיזות- קלות דעת**רשלנות (רשלנות היא לא מ"פ, ולכן לא הודגשה. כל המודגש הוא מחשבה פלילית).

סעיף עבירה שהוא עבירת תוצאה, שכולל במפורש דרישה לכוונה מיוחדת, הוא סעיף שלגביו צריך להוכיח מודעות שתתרחש התוצאה + כוונה (רצון). לעומת זאת, סעיפים תוצאתיים שותקים, מסתפקים במחשבה פלילית רגילה: מודעות לאפשרות התוצאה + פזיזות של קלות דעת.

**בחוק שלנו, אין פיצול בין סוגי הפזיזות שצריך להוכיח.**מדוע צריך את "אדישות" אם תמיד מסתפקים ב"קלות דעת"? במקרה מתאים, **התביעה תרצה להוכיח אדישות כדי להחמיר בעונש**. אם המחשבה הפלילית היא חמורה יותר, העבירה חמורה יותר ואפשר יהיה להחמיר בעונש.

## קשיי הוכחה:

וודאי שיש קושי להוכיח מצב נפשי (כיצד, למשל, ניתן להוכיח שמשה קצב היה מודע להיעדר הסכמה?). חשין אמר באחד מפסקי הדין, שהמצב התודעתי של אדם זהה למצב של קיבתו (כמו שלא יודעים מה מתרחש בקיבתו של אדם, אי אפשר לדעת מה מצבו התודעתי). אם האדם לא מודה משתמשים **בחזקות עובדתיות**: חזקה על אדם שהוא מודע לתוצאות הטבעיות שעולות מהמעשה שלו. זוהי חזקה עובדתית ולא משפטית. דוגמה: אדם שיורה באדם אחר מטווח אפס, אז ברור שהוא מודע לכך שהאדם האחר ימות. ואולם, **זוהי חזקה לא מחויבת, כי המודעות היא סובייקטיבית.** אם החזקה נסתרה במקרה הספציפי, אי אפשר להרשיע.

בתאונות דרכים יש הבדלים דרמטיים בין העבירות השונות: איך מחליטים אם הייתה מודעות או לא. כאן משתמשים **בחזקת המודעות, או חזקת הכוונה**. נדמיין מצב קיצוני: אדם נהג בסביבת גן ילדים, במהירות 250 קמ"ש. חזקה שהיה מודע לסיכון שהוא יצר.  
לסיכום: **המבנה הכללי אומר כי כל עבירה דורשת מ"פ סובייקטיבית = מודעות סובייקטיבית לכל אחד מרכיבי האקטוס ראוס. ביחס לתוצאה, צריך להוכיח בעבירות שותקות: קלות דעת, ובעבירות כוונה – להוכיח רצון.**  
הערה: חרטה לאחר מעשה, לא משנה את מימד האדישות. רלוונטי רק מה היה בזמן המעשים (עיקרון הסימולטניות), ואולם יהיו מקרים שדברים שאמר נאשם לאחר מעשה ילמדו על היסוד הנפשי שהיה לו בזמן אמת. כל המודעות שדיברנו עליה, היא מודעות לרכיבים של האקטוס ראוס. מודעות למעשה במקרה אינוס: צריך להוכיח, למשל, שהוא מודע מבחינה פיזית למעשה ולנסיבות, אך לא צריך להוכיח שהאדם היה מודע לכך שהמעשה הוא אסור.

**נפרק את המחשבה הפלילית לגורמים, ונדבר על כל אחד מהמרכיבים:**

## מודעות

המודעות היא התנאי הבסיסי של כל סוגי המחשבה הפלילית. לא עוזר כאן "האדם הסביר". עולה השאלה: "מה ביחס לאדם שלא היה מודע לקיומה של נסיבה, אבל הוא חשד שקיימת הנסיבה, ונמנע מלברר?" לדוגמה: לצורך סעיף 346)א) (1), איסור בעילת קטינה מתחת לגיל 16. הסעיף קובע:  
**בעילה אסורה בהסכמה 346(א) (1).** הבועל קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים, והיא אינה נשואה לו, או הבועל קטינה שמלאו לה שש עשרה שנים וטרם מלאו לה שמונה עשרה שנים, תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, או תוך הבטחת שווא לנישואין, דינו – מאסר חמש שנים.  
נניח לצורך השאלה שלנו, שאדם ביצע בעילה של נערה בת 15 וחצי, והוא לא שאל אותה בת כמה היא, ולא ראה תעודת זהות אבל: ידע שהיא לומדת בתיכון בכיתה ט'. כלומר: יש חשד, אבל לא ידיעה ממשית. מחפשים דרך להטיל עליו אחריות פלילית.  
**עצימת עיניים.** סעיף 20(ג) (1) משלים על מנת "לתפוס" את החושד: "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם;"  
**במילים אחרות:** **חשד + הימנעות מלברר = מודעות.** משווים את דינו של החושד לדינו של היודע. צריך להוכיח חשד סובייקטיבי.  
בדר"כ מספיק חשד, כי אם בירר, והיא אמרה לו שהיא בת 15 וחצי, זה עובר למצב של מודעות, ואם שיקרה לו, אזי יש לו מידע מוטעה, אבל אין לו חשד. כל זמן שהוא לא בירר, הוא בסיטואציה של חשד, ואחרי שבירר הוא באחת הסיטואציות לעיל.  
מדוע, אם כן, מוסיפים את "הימנעות מלברר"? על מנת לומר שהייתה אפשרות לברר.  
שתי נקודות מאפיינות חשובות:  
1. **די בכל רמה של חשד.** במילים אחרות: שינינו את הכלל של המחשבה הפלילית. אם אמרנו שצריך להוכיח מודעות, הרי שמה שקיים עכשיו: **הורדת הרף של המחשבה הפלילית מ"מודעות" לחשד באופן גורף**.  
החושד, והיודע – נחשבים בעינינו כ"יודע". לא ביקשו בסעיף חשד ברמה גבוהה של הסתברות. בתי המשפט נוטים בהרבה מקרים להסיק קיומו של חשד.   
2. **מדובר בחשד סובייקטיבי.** כלומר: לא רלוונטי רשלנות או אדם סביר. כלומר: גם אם מדובר בנסיבה שכל אדם אחר בעולם היה חושד, אבל הנאשם סובייקטיבית לא חשד, אי אפשר להטיל עליו אחריות פלילית.   
הערה: במקרים רבים, ביהמ"ש לא יאמין לטענה שהוא לא חשד.  
הסעיף הוא חלק מתיקון 39. בהצעת החוק קראו לסעיף זה "עצימת עיניים". ובדברי ההסבר לסעיף נאמר שרצו להכליל בגדר מודעות את כל מי שנטל על עצמו סיכון לקיומה של הנסיבה, גם אם לא ידע על קיומה. לפני תיקון 39, הפסיקה עשתה את העבודה, וקבעה ביחס לכל עבירה פלילית בעולם, מה רמת היסוד הנפשי, וגם בעבירות של מחשבה פלילית.   
ביהמ"ש מדבר על כמה אפשרויות של מחשבה פלילית. הנשיא אגרנט בפס"ד אבו רביע אומר: ישנם כמה סוגים: 1. מודעות ממש. 2. נטילה מודעת של הסיכון לקיום הנסיבה. הנשיא אגרנט קורא לזה "פזיזות ביחס לקיומה של הנסיבה". (חשוב מאוד: המונח פזיזות כיום הוא רלוונטי רק לעניין התוצאה! לא להתבלבל בין הגדרתו של הנשיא אגרנט ובין פזיזות כפי שהיא מוגדרת כיום!!!)  
העבירה הייתה ניסיון חטיפה של קטינה מבית אפוטרופוסה. הנאשם טוען שלא ידע שהיא קטינה, ובית המשפט טוען שהייתה פזיזות ביחס לקיום הנסיבה. עד לפס"ד בארי (האונס בשומרת) אומר ביהמ"ש שיש מקרים שצריך להוכיח מודעות, ויש מקרים שבהם צריך להוכיח נטילה מודעת של הסיכון שהנסיבה קיימת. היו בפירוש סעיפים שלגביהם ביהמ"ש אמר שצריך ידיעה ולא מספיק נטילה מודעת, גם לגבי סעיפים שהוגדרו עם המונחים "יודע" ו"ביודעין". כלומר: לפני תיקון 39 היו שתי צורות של מחשבה פלילית ביחס לנסיבות:  
# ידיעה ממש.  
# נטילת סיכון ("פזיזות" בלשון הפסיקה דאז ולא בכוונה של המונח כיום)  
גם כאשר ביהמ"ש הגיע למסקנה שצריך "ידיעה ממש", הסיטואציה הייתה כוללת "עצימת עיניים מכוונת". אין הכוונה שצריך להוכיח ידיעה ב-100%. כלומר: קיים בליבו של הנאשם חשד כבד ומבוסס והוא מחליט לעצום עיניים כדי שלא יגידו שפעל מתוך ידיעה.  
המקרה הידוע של עצימת עיניים מכוונת: בחור שהעמידו אותו לדין בגין השתמטות מצו גיוס. הבחור קיבל את המכתב מצה"ל סגור וחתום. כל חבריו קיבלו את הצו. הוא זרק את המכתב. הוא לא ראה את תוכנו, אבל יכול היה לשער מה תוכנו.  
**היום, לפי סעיף 20(ג) (1) כל רמה של חשד מספיק. כלומר: אי אפשר לעשות חלוקה בין עבירות שדורשות ידיעה ממש ובין עבירות שמסתפקות בחשד.** הסעיף יצר "האחדה". כל העבירות מסתפקות ב"חשד". קביעה גורפת שהיא לא מוצלחת בכל המקרים.   
כיום, לפי 20(ג) (1) + 90א (3) מספיק לצורך ההרשעה: חשד. זוהי הרחבה מאוד גדולה של המעגל הפלילי.

**שתי הנקודות הנ"ל מעלות קשיים:  
1. הקשיים בעניין "כל רמה של חשד".** אין רמה מסוימת של חשד. מספיק חשד כלשהו. בעבירות ישנות, כולל עבירות שמשתמשו בשורש המילה "ידע", הסעיף אומר שדי בחשד. נוסיף את סעיף 90א (3) הקובע: "ביודעין" או מונח בעל משמעות דומה - יתפרש המונח כמחשבה פלילית כאמור בסעיף 20(א).במילים אחרות: גם אם כתובות כל הטיות השורש ידיעה, עדיין מספיק חשד. יישור הקו הוא בעייתי לנאשם ובעייתי לפסיקה המשפטית: ברור שהמחוקק התכוון לידיעה, אבל אין גמישות פרשנית על פי סעיף זה. למשל: אם תיאורטית ישנו סעיף שלפי דעת המחוקק (דעת החברה) צריך ידיעה, הרי שהסעיפים הללו כובלים את ידי המשפט.

דוגמה לפסיקה ישנה- פס"ד מרגלית הר שפי היא מועמדת לפי סעיף "אי מניעת פשע". סעיף מחדלי. חשין אומר: צריך להוכיח במקרה של מרגלית הר שפי ידיעה ממש (בהמשך הוא אכן מוכיח שהיא ידעה ממש), אי אפשר להסתפק בחשד. כיצד חשין טוען את זה? הוא מדגיש שמדובר במחדל, והרי אמרנו שבהענשה על מחדלים יש יותר מקום לפרשנות ושיקולי מדיניות משפטית. ס' 262 הוא דין ספציפי לעומת דין כללי של 20 (ג) (1), ולכן הדין הספציפי הוא הקובע (לפי הכלל שאם יש דין ספציפי וחלק כללי, הדין הספציפי גובר). אולם יש כאן סתירה, כי מדובר בחלק כללי, ושוב: מכיוון שמדובר בעבירת מחדל, אזי יש מקום לשיקול דעת. צריך ידיעה ולא מספיק עצימת עיניים וחשד.   
אותה הבעיה יכולה להיות רלוונטית גם לעבירות חדשות: כאשר רוצים להגדיר את ההתנהגות האסורה דרך ידיעת הנסיבות, כביכול לפי 20(ג) (1), גם אם נשתמש בשורש "ידע" זה לא תהיה ידיעה ממש. הדרך היחידה תהיה לכתוב במפורש שעל סעיף זה, לא חל סעיף 20(ג) (1), והרי כתוב בסעיף "באין הוראה לסתור" - אם כך, ניתן לתת הוראה לסתור. ניתן לראות דוג' בס' 4 לחוק איסור הלבנת הון.  
לסיכום: אחת הביקורות על סעיף 20(ג) (1), שהוא משווה באופן גורף בין החושד ליודע. דין לא צודק בין חושד ולבין יודע.  
מה לגבי עבירות אחרות מלבד עבירה של אי מניעת פשע? פס"ד ע"פ 5529/12 אוהב ציון ואחרים נ' מדינת ישראל מנתח את ס' 411 לחוק העונשין. אתי אלון והבנק למסחר. הייתה בתפקיד יחסית בכיר בבנק. אחיה הסתבך בהימורים ושוק אפור והיא התחילה למעול בכספי הבנק. תפסו אותה בגניבות רציניות. אנשים מהשוק השחור שקיבלו מאתי אלון כספים גנובים הואשמו על בסיס ס' 411 לחוק העונשין- קבלת רכוש גנוב, וס' 4 לחוק הלבנת ההון- שבו כתוב שהעבירה לא כוללת עצימת עיניים. ביהמ"ש לא קיבל את הטענה שלא להפעיל את כלל עצימת העיניים ב411. השאלה מה רמת הידיעה שצריכה להיות כדי להפעיל את סעיף זה?  
הסעיף דורש ידיעה שהנכסים גנובים. לפי ס' 20ג1 מספיק חשד. ביהמ"ש מתלבט ומאזכר את הר שפי בהקשר של עבירה אחרת.  
**דעת הרוב-** כדי לשאת באחריות פלילית על ס' זה מספיק חשד ממשי ולא צריך רק חשד גבוה. **דעת מיעוט-** השופט הנדל- לא מספיק חשד ממשי, צריך חשד גבוה. מתבסס על כך שהפסיקה לפניו השאירה פתח לקבוע לגבי סעיפים מיוחדים. נפתח בעניין מרגלית הר שפי. הוא הפנה לפס"ד ע"פ 5938/00 אזולאי- פס"ד בעניין עבירות מין. מישהו יצא עם בחורה צעירה שלא סיפרה את הגיל האמיתי שלה. הוא שלט בה ובסוף אנס אותה. התלבטות האם הייתה מודעות להסכמה או לא. מצא בדעת מיעוט מזכה והשופטת בייניש מרשיעה. אם משאירה פתח לשאלת רמת החשד. בעבירות מין מספיק חשד ממשי ולא צריך להוכיח מעבר לזה. נוצר פתח צר שהנדל הרחיב ביחס לס' 411.   
**לסיכום:** לפי ס' 20ג1 מספיק חשד. לא מציינים מה רמת החשד והאם החשד צריך להיות מכוון. סטנדרט אחיד של חשד מינימאלי שרלוונטי לכל העבירות, כולל עבירות שדורשות ידיעה. פס"ד הרשפי קובע הלכה לגבי 262, ופס"ד אוהב ציון מרחיב פתח לס' 411 (אומנם בדעת מיעוט ולכן לא נפסק להלכה).

**2. הקשיים בעניין חשד סובייקטיבי.** הבעיה נובעת מהדרישה בסעיף **להוכחת** **חשד סובייקטיבי.** אין הסתפקות במדד אובייקטיבי של אדם סביר, מדובר על מצב מנטלי שאין לו מענה בסעיף 20. הסעיף לא מספיק מרחיב לסיטואציות של רשלנות, רק בחשד סובייקטיבי.  
**חלל תודעתי / חלל ריק (ריק תודעתי)**- מה דינו של אדם שלא חשד בקיומה של נסיבה, למרות שהנסיבה "צועקת"? קיומה של הנסיבה מאוד בולט, אבל שהנאשם הספציפי בכלל לא חשד בקיומה – יש לו חלל ביחס לנסיבה, היא בכלל לא עברה לו בראש.  
באיזו דרך נוכל להטיל אחריות פלילית על אדם שלא היה אכפת לו אם הנסיבה קיימת או לא והוא ביצע את המעשה? לפני התיקון, הפסיקה לא התקשתה להתייחס למצבים של חלל תודעתי כסוג של מחשבה פלילית ביחס לנסיבות. היחס הנפשי שניתן היה להשתמש בו "פזיזות ביחס לנסיבות" (לא הייתה רק פזיזות ביחס לתוצאה, אלא שאדם גם פזיז לנסיבה. זה מבלבל כי היום השימוש של פזיזות שונה, לגבי נסיבות רלוונטי רק מודעות).  
בפס"ד אבו רביע- חטיפת קטינה מתחת לגיל 16 מידי האפוטרופוס שלה ויש דיון האם הוא ידע את גילה או לא. הנשיא אגרנט קובע שלא רק שהנאשם מודע לנסיבה או לאפשרות קיומה של הנסיבה, אלא גם כאשר בשעת מעשה השאלה האם הנסיבה קיימת או לא, לא הטרידה את הנאשם. כלומר, הנשיא אגרנט אומר שגם אם אדם לא יודע, אבל לא חושב על זה כי לא אכפת זה לא יפתור אותו מאחריות. במקרה זה לא היה אכפת לו מה הגיל שלה.   
צריך להוכיח פזיזות כלפי הנסיבות שמתקיימת ב3 אפשרויות: 1. כשנאשם מודע לקיום הנסיבה. 2. כשהנאשם מודע לאפשרות שהנסיבה קיימת. 3. בשעת מעשה הוא כלל לא היה עסוק אם הנסיבה קיימת או לא.  
בע"פ 5424/91 פלוני נ' מ"י - דובר על הרשעה של נאשם במעשה סדום של קטינה שהייתה מלצרית במסעדה שלו. בת 17 ו-9 חודשים (באותו זמן החוק הוגדר למתחת לגיל 18, כיום זה מתחת לגיל 16). הנאשם טען שהוא לא ידע שהיא מתחת לגיל 18. השופט בך קבע: כדי להרשיע את הבחור, אין צורך להוכיח באופן פוזיטיבי שהוא ידע בת כמה היא. אם עולה מהנסיבות שקיימת האפשרות שהנסיבה קיימת (הוא ידע שהיא לפני גיוס), מספיק להוכיח "פזיזות" לנסיבה. כלומר: מספיק להראות שלא היה אכפת לו בת כמה היא, שהוא לא חשב על השאלה בת כמה היא.  
**לסיכום שני פסקי הדין:** בעבר הוכרה "פזיזות ביחס לנסיבות". יכלו להטיל אחריות פלילית גם אם הנאשם נטל על עצמו סיכון מודע, או שלא היה אכפת לו אם הנסיבה קיימת או לא. גם אם הפסיקה לא השתמשה בביטוי "חלל ריק" לא הייתה לפסיקה בעיה להתמודד עם מצב שכזה.

השאלה התעוררה בפס"ד 5612/92 בארי (האונס בשומרת). לפני הכללים של תיקון 39. במקרה הזה ייחסו להם את המחשבה הפלילית הסובייקטיבת וקבעו שהם ידעו, אך **באוביטר** השופטים דנו על מקרה שחוסר ההסכמה זועק אך הנאשם לא מודע לו ולא עסוק בו. השופט שמגר אומר שאפשר להרחיב את כלל "עצימת העיניים" גם במקרים שבהם לא התעורר חשד סובייקטיבי אצל הנאשם, אלא קיים חשד אובייקטיבי אצל אדם סביר. הפתרון של שמגר לא רלוונטי אחרי תיקון 39, כי ס' 20 לא מאפשר להטיל אחריות בגין חשד אובייקטיבי ומדדים של האדם הסביר.  
השופט גולדברג אומר שדוקטרינת עצימת עיניים מתפרשת גם על מצבים של "חלל תודעתי". כלומר, יש להטיל אחריות על מי שלא מתעניין בשאלה אם קיימת הסכמה, לא מקדיש לכך זמן ונוטל סיכון במודע שהנסיבה קיימת. לפיו חלל תודעתי כלול בעצימת עיניים וניתן גם להרשיע.  
פרופ' פלר- היחס הנפשי היחידי שרלוונטי לנסיבות לפי 20(א) (1) הוא היחס הנפשי ההכרתי. אין רלוונטיות ליחס חפצי לנסיבות. ביחס לנסיבות, אומר פלר, "או שאתה יודע או שלא, או שאתה חושד או שלא". צריך להוכיח חשד שהנסיבה קיימת.   
**בפועל:** בתי משפט בסיטואציות של חלל תודעתי, עוקפים את הבעיה: מבחינה עובדתית מסיקים חשד סובייקטיבי (ביהמ"ש אומר לנאשם: וודאי שחשדת, רק שנמנעת מלברר ולכן לא צרוך לדון לגבי ההמשך). אבל מבחינה אנליטית, אם הולכים עד הסוף עם הסעיף, אז לא ניתן להרשיע אם לא היה קיים חשד.  
בפס"ד ע"פ 115/00 טייב, אישה באה לפיזיותרפיסט והוא ביצע בה עבירה מינית. דן גם הוא במודעות להסכמה, השופט אנגלרד הולך בדרכו של השופט גולדברג ב"בארי" (למרות שהתקבל כבר התיקון), ואומר שסעיף 20(ג) (1) כולל גם מצבים של חלל תודעתי. באותו פס"ד, באותה חוות דעת: אנגלרד עצמו קובע שטייב חשד שאין הסכמה, וכך עקף את הבעיה כאשר הוא מוצא חשד סובייקטיבי. מלבד הקביעה העקרונית בעניין החלל התודעתי, הוא גם מתבסס על קביעה עובדתית שהיה חשד. כלומר: מצבים של חלל תודעתי לא מטופלים במסגרת 20(ג) (1), ולמרות זאת השופט אנגלרד מכניס את זה בסעיף. מצד שני, כאמור, ברוב המקרים יקבעו שהיה חשד סובייקטיבי בפועל.

מאיפה נולד הקושי? מדוע ס' 20 לא מכסה את הסיטואציה של חלל תודעתי מראש?  
כברקע של תיקון 39 עומד פרופ' פלר אשר חושב שביחס לתוצאה עתידית יש יחס הכרתי וגם יחס חפצי (רצייה, אדישות). בס' 20 העניין מעוגן ביחס לתוצאה, אולם לא ביחס לנסיבות. על פי פרופ' פלר: היחס הנפשי לנסיבות הוא רק על ציר הידיעה, ולא על ציר הרצון (אני יודע או לא יודע שהיא בת 16 ולא "אני רוצה שהיא תהיה בת 16"). פרופ' רות קנאי טוענת כנגדו שאפשר לבדוק רצייה ביחס לנסיבה (למשל: אדם שבאמת לא רוצה שהנסיבה תתקיים, או רוצה שהנסיבה תתקיים כי הוא פדופיל). הסעיף, כאמור, לא נותן פיתרון.  
יש טיפוס שלילי שלא חושב על הנסיבה כי היא לא מעניינת אותו ולא אכפת לו. אם היו אומרים לו הוא היה ממשיך בכל זאת והוא אדיש לנסיבה, לעומת מישהו שבאמת לא ידע על הנסיבה ואילו הוא היה יודע היה נמנע מהפעולה.   
המקרים האלו מתעוררים בעיקר בעבירות מין כי קשה להוכיח את החשד שהאישה לא מסכימה או שהיא בגיל צעיר. באנגליה מרשיעים גם כאשר הנאשם היה רשלן לגבי ידיעת הדברים.

# טעות במצב דברים

טעות עובדתית או טעות במצב דברים, סעיף 34יח, הוא הצד השני שמחייב את התביעה להוכיח את המחשבה הפלילית הסובייקטיבית עבור כל אחד מחלקי האקטוס ראוס.  
**טעות במצב דברים, 34יח.**   
א. העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.  
ב. סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב).  
כלומר: לפי סעיף זה, ולפי תיקון 39, נאשם יכול להנות מטענה של "טעות במצב הדברים" בכל מקרה בו מדובר בטעות כנה.  
כאשר מדובר בטעות ביחס לעובדות- למציאות, אז אין מחשבה פלילית, וגם אין חשד. גם אם האנס חשב שהאישה הסכימה אי אפשר לומר שהוא חשד או שהוא היה מודע. 34יח מגיע מהכיוון השני ואומר: המציאות שבגינה תוטל עליו אחריות פלילית, היא המציאות שהוא ראה בעיניו.  
הסעיף הוא שיקוף של סעיף 20: אי אפשר להטיל אחריות אלא לפי הנתונים שהיו בתודעתו של הנאשם. הטעות הכנה פותרת מעבירות של מחשבה פלילית.  
דוגמה: אדם גנב תיק, וחשב שזה סתם תיק. התברר שהתיק שייך למעביד שלו. אם מאמינים לו, אי אפשר להטיל עליו אחריות על גניבה ממעביד, אלא אחריות בגין גניבה.  
על פי סעיף 34יח (ב), בעבירות רשלנות בהם בודקים על פי האדם הסביר, לא מספיק להוכיח טעות כנה, אלא גם טעות סבירה כי המדד של עבירות רשלנות הוא אדם סביר.  
תמונת ראי של דרישת היסוד הנפשי: אם אדם טעה ביחס לתפיסת המציאות, אנו בוחנים את התנהגותו לפי המציאות כפי שהיא השתקפה בעיניו. בעבירות שדורשות מחשבה פלילית, אם מדובר בטעות, די להראות שהיא כנה (לא צריך להראות שהיא סבירה). דוגמה: בעבירת אונס, אם תוכח טעות ביחס להסכמה, הנאשם יזוכה.

לפני תיקון 39: מצד אחד, עבירות מחשבה פלילית פורשו באותה צורה: מודעות לכל רכיבי האקטוס ראוס. אולם מצד שני, הסעיף הישן שדיבר על טעות בעובדה דרש שהטעות תהייה כנה וגם סבירה (היום השמיטו את הסבירות). זה מאוד הגיוני: כי ברגע שיש טעות, לא יכולה להתקיים מודעות לכל הרכיבים.   
ס' 34יח א - עבירות של מחשבה פלילית  
ס' 34יח ב - עבירות של רשלנות ואחריות קפידה.

הסעיף הוא לכאורה מיותר (אבל הוא לא, זאת יוסבר בהמשך), וכן יש הצדקה היסטורית לקיום שלו. סעיף א' לא מכיל שום מידע על עניין הסבירות. היעדר סבירות היא כלי להוכיח היעדר כנות. סעיף קטן ב' דורש גם סבירות בכל הנוגע לנושא הרשלנות.  
**מקרים בהם הסעיף אינו מיותר: כאשר צריך להוכיח מודעות ביחס לסייגים.** דוגמה:  
כאשר מדובר ב"הגנה מדומה", כמו בפס"ד ע"פ 54/49 עסלה,: אישה שיש לה כלי נשק, בעלה מנסה להיכנס לבית והיא יורה בו כי חושבת שמדובר בפורץ. האישה פעלה לגמרי במחשבה פלילית. היא רצתה לגרום למותו, היא ראתה שמדובר באדם שמנסה להיכנס לבית ורצתה במכוון לגרום למותו. הטעות שלה הייתה בכך שהיא חשבה שמדובר בתוקף ולכן חשבה בטעות שהיא נמצאת בסיטואציה של הגנה עצמית. הייתה לה טעות ביחס ליסודות של סייג ההגנה העצמית בס' 34י. היא חשבה שמדובר ב"תקיפה שלא כדין". ביהמ"ש התייסר בגלל האלמנט של יסוד הטעות. כשמדובר על טעות ביחס ליסודות של הגנה לא מספיק שהייתה טעות כנה צריך שהיא גם תהיה סבירה. **לו היה אז את סעיף 34יח, היה אפשר בקלות לזכות אותה.**   
כלומר: **סעיף 34יח הוא סעיף הכרחי למצב של טעות ביסודות ההגנה (סייגים).** סבירות רלוונטית רק בעבירות של רשלנות ששם יש דרישת סבירות, ובמקרים אחרים לא צריך סבירות.   
פס"ד מורגן (אנגלי). חייל שאמר לחבריו השיכורים שהם יכולים לבצע בעילה באשתו, ואמר להם שאם היא אומרת שהיא לא רוצה, זה סתם. בוצע באישה אונס קבוצתי. החברים טענו שהייתה טעות ושהם חשבו שהיא מסכימה כי זה מה שבעלה אמר. הרשיעו אותם בגלל שהטעות לא עומדת במבחן הסבירות. העניין התגלגל לבית הלורדים, ושם נאמר שאין צורך להוכיח סבירות, אם ביהמ"ש רואה בטעות טעות כנה אפשר להרשיע. חוסר סבירות הרבה פעמים מלמד על חוסר כנות ושהטענה לא אמינה. **טענה מאוד מופרכת מבחינת הסבירות, לא תתקבל כמשהו שיכול להיות כן ואמין.**

**לסיכום:** הסעיף הוריד את דרישת הסבירות מעבירות טעות במחשבה הפלילית.  
הסעיף חשוב לסיטואציות טעות ביסודות סייג.

עד כה טעות עובדתית = טעות במצב דברים. כעת נבדוק את נושא הטעות המשפטית:

## טעות בדין: סעיף 34יט - טעות במצב משפטי

**טעות במצב משפטי, 34יט.**  לעניין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.  
הסעיף עונה על השאלה: האם בנוסף למודעות לרכיבי האקטוס ראוס, צריך להוכיח גם מודעות לכך שההתנהגות אסורה? התשובה היא חד משמעית: לא. **צריך להוכיח מודעות לתנאים הפיזיים, אבל אין צורך להראות שהנאשם ידע שהוא מפר חוק.** לא צריך להראות שהנאשם מודע למשמעות הנורמטיבית של ההתנהגות שלו. כלומר: טעות בדין פלילי אינה פותרת מאחריות פלילית.  
פס"ד פלוני- פלוני שעשה מעשה סדום בצעירה בת 17 ו-9 חודשים. אם הנאשם טעה לחשוב שהיא כבר בת 18, אז אין את המודעות לאחד מסעיפי העבירה, ואז לא ניתן להרשיע. אולם, אם פלוני היה מודע לגיל שלה אבל טעה לחשוב שהחוק אוסר מעשה סדום רק בבחורות מתחת לגיל 16 - זה לא פותר אותו.  
פס"ד ע"פ 45/49 מפן- דובר על טיפול ברכוש נטוש שערבים אשר ברחו מהעיר העתיקה השאירו אחריהם. מפן היה מפקד בצבא. על מנת למנוע ביזה של הציוד, הוסכם שהציוד יועבר למחסן מרכזי ע"י החיילים של מפן, כאשר אחוז מסוים מהציוד יועבר לקופת היחידה. הוא לגמרי חשב שהוא עושה מעשה תקין. הוא לא הסתיר, ואף דיווח ושיתף את הממונים עליו. ביהמ"ש אומר שלמרות שמפן לא ידע שהוא עושה מעשה לא חוקי, הייתה מחשבה פלילית לכל אחד מרכיבי האקטוס ראוס, הטעות שלו הייתה טעות משפטית "ואי ידיעת הדין אינה פותרת". ביהמ"ש שינה את העונש מ-200 לירות ללירה אחת, כי השופט אגרנט אמר שמדובר באדם הגון, אבל העיקרון נשאר: זה לא רלוונטי שהוא לא יודע את החוק.

יכולנו לחשוב שיש מקום לפטור מאחריות בגין טעות במצב משפטי, ולהטיל אחריות על מי שיודע שמשהו אסור, ו"מצפצף" על הכללים – זה הרבה יותר חמור. מצד שני, המטרה של המשפט הפלילי היא ליצור נורמות התנהגות מקובלות, והחברה לא מוכנה לקבל נורמות של אדם זה או אחר אם הן סותרות את הנורמות הכלליות. החברה מעוניינת ליצור אחידות מבחינת הנורמות המחויבות ושכל אזרח יישר קו עם הנורמות המחייבות. דוגמה: עבירה פלילית של הטרדה מינית. ישנם סעיפים של הטרדה מינית מילולית. יכול אדם לטעון שהוא רואה בהתנהגותו לגיטימית וללא פסול. הוא רואה בהתנהגותו התנהגות "חברמנית". כלומר, הוא מעדיף את הנורמות שלו על פני הנורמות של החברה, ולכן אין לפתור אותו מאחריות. החוק הפלילי הוא שיוצר את הנורמה המחייבת והאחידה.   
בנוסף, יש הנחה שכל האנשים יודעים את החוקים – לפחות ברמת היכולת. כל החוקים הם פומביים ויש אפשרות גישה אליהם. זוהי הנחה קצת בעייתית, אולם לרוב האנשים מכירים את הכללים בתחום העיסוק שלהם – וזה מספיק.   
**שתי הקביעות הנ"ל יוצרות את הכלל "אי ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש".** כלל שחל על כל סוגי העבירות.  
מצד שני, עשויים להתעורר מקרים חריגים שיהיה ניתן להשתמש בסייפא של 34יט. "הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר". דוגמה: בפס"ד מפן, מכיוון שדיווח ובדק ולמרות זאת לא ידע, כנראה היו מזכים אותו על פי החריג (התיקון נעשה לאחר פס"ד מפן ולכן לא השתמשו בו).  
הכלל הוא רלוונטי גם לעבירות קלאסיות וגם לעבירות הסדר חברתי. גם לעבירות male in se וגם לעבירות male in prohibita. כלומר: גם אם אדם יודע שאסור לאנוס, הוא לא בהכרח מכיר את החוק. כלומר: האדם לא בהכרח יודע כיצד אונס מוגדר, למשל הוא לא יודע שבחוק, קיום יחסי מין עם קטינה מתחת לגיל 14 היא אוטומטית אונס.  
לפעמים קשה להחליט אם הטעות היא במצב משפטי או עובדתי. זה קורה כאשר בהגדרת העבירה משתמשים בביטויים שהם לא ממש פיזיים או עובדתיים. כאשר יש במונחים מימד נורמטיבי ערכי נוצרת בעיה. דוגמה: ס' 284- מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור אשר פוגע בציבור. זהו סעיף שבו האקטוס ראוס מוגדר בצורה שיש לה אופי נורמטיבי ולא רק פיזי. מה קורה אם הנאשם לא יודע שהמעשה שלו הוא הפרת אמונים? היכן עובר הגבול? מה צריך להוכיח מבחינת מחשבה פלילית?  
פס"ד בעניין זה הוא **פס"ד ע"פ 5046/93 הוכמן-** רפי הוכמן ראש עיריית אילת מועמד לדין בסעיף הנ"ל. כי הוא נסע לכנס ביפן עם אשתו, במימון חברה יפנית שיש לה עסקים באילת. הוכמן העלה בפני החברים במועצת העיר האם תקין שהחברה תממן לו את הנסיעה, ואם לא יהיה עדיף שהעירייה תממן את הנסיעה להוכמן, והוא יממן לאשתו. רוב החברים הסכימו שאין עם זה בעיה. הוא גם פנה לממונה על המחוז מטעם משרד הפנים, שאמר לו שהנסיעה של עצמו זה בסדר. לימים, החברה פונה לקבלת היתר מהוועדה לתכנון ובנייה באילת, ומעמידים אותו לדין בעבירת 284, שהיא שותקת מבחינת היסוד הנפשי, כלומר נדרשת מחשבה פלילית רגילה. רכיב נסיבתי בעל אופי נורמטיבי.   
מה צריך להוכיח כדי להרשיע את הוכמן? האם כדי להטיל עליו אחריות צ"ל שהוכמן ידע או לפחות חשד שיש כאן מעשה של הפרת אמונים, או שמספיק שהוא מודע לטיב הפיזי של ההתנהגות שלו, ובית המשפט הוא זה שיחליט האם זה הפרת אמונים או לא. בפס"ד, דעת הרוב קבעה שכדי להרשיע בהפרת אמונים צריך שהנאשם מודע לכך שהמעשה הוא מעשה של הפרת אמונים. ביחס להוכמן- הוא מזוכה כי הוא העיד שהנסיעה שלו ושל אשתו הוא מעשה כשר וראוי (כי הוא גם שאל).  
על פס"ד זה נמתחה ביקורת רחבה:  
על פי פרופ' רות קנאי: לא היה מקום לזכות את הוכמן. הטעות של הוכמן היא איננה טעות עובדתית. לטענתה, מספיק להוכיח מודעות של הוכמן לרכיבים הפיזיים של ההתנהגות, והמשמעות הערכית זה כבר עניין לביהמ"ש. **העמדה של רות קנאי התקבלה** בפס"ד שבס- זהו פס"ד שהתגלגל בכל הערכאות והגיע גם לד"נ. הוא קו פרשת המים, שלאחריו ניתן היה להרשיע במרמה והפרת אמונים, מה שכמעט לא היה ניתן לפי הוכמן. אם הוכמן היה מועמד לדין אחרי תיקון 39, יכול להיות שביהמ"ש היה אומר, שהטעות הייתה בלתי נמנעת באופן סביר, ואולם, אם היה מזוכה בשל הסייפא של הסעיף, המסר שהיה עובר הוא מסר שונה: תיאורטית אפשר להרשיע אותך בעבירה, אבל אתה נהנה מהחריג שבסייפא של הסעיף.  
פס"ד ע"פ 172/78 טל סופרמקט**-** בנושא עבירות על חוקי שירות התעסוקה. אסור להעסיק עובדים נגד חוקי השירות, פרט למשרות אמון. מנהל הסופר העסיק 2 קופאיות לא דרך שירות התעסוקה. טענתו הייתה: חשבתי שקופאית זו משרת אמון אישי מיוחד. בית המשפט החליט שזו לא משרת אמון מיוחד. בנוסף החליט בית המשפט שזו טעות משפטית ולא טעות בעובדה, מכיוון שאין שום טעות ביחס ל"מה התפקיד של קופאית", אלא טעות ב"מהי משרת אמון מיוחד" ולכן הטילו עליו אחריות פלילית. זהו מקרה שמדגים את העניין הבא: **כאשר מדובר בתחום העיסוק שלך, ההנחה שאתה יודע את הכללים היא חזקה במיוחד!**

## טעות בדין לבר פלילי

על פי הסעיף 34יט מתייחסים לטעות דווקא בפלילים. מדוע? כי טעות במצב משפטי אזרחי (דיני קניין, דיני משפחה וכו'), יכולה להיות מקור לטעות עובדתית במשפט פלילי, והרי שהיא פוטרת מאחריות.  
דוגמאות:   
\*סעיף הצתה, 448(א): "המשלח אש במזיד בדבר לא לו...". נניח שאדם טועה טעות משפטית קניינית וחושב שיש לו בעלות בשדה. הוא רכש שדה על ידי כך שהוא סיכם עם מישהו ונתן לו תמורה. משפטית השדה עדיין לא בבעלותו, כי הבעלות לא עברה בכתב. יש לו טעות משפטית בדיני קניין. טעות זו מולידה טעות ביחס לנסיבה של "לא לו", כי אין לאדם מודעות ביחס לכך שהשדה אינו שלו. במקרה זה: הטעות פוטרת מאשמה פלילית. הטעות נובעת מטעות משפטית בדיני קניין. במקרה זה הוא פטור מאחריות כי יש חוסר במחשבה הפלילית לאחד מנסיבות העבירה.   
\*סעיף 176, ריבוי נישואים- איסור ביגמיה. אדם שיש לו טעות מבחינת דיני המשפחה והוא טועה לחשוב שהוא גרוש, בעוד שלאמיתו של דבר הוא נשוי, והוא מתחתן עם אישה אחרת. הטעות הזו פוטרת מאחריות פלילית כי היא גוררת טעות עובדתית. הייתה לו טעות משפטית מבחינת דיני המשפחה, שגררה טעות בעובדה ולכן סעיף 34יט מנוסח תוך התייחסות לטעות משפטית בתחום הפלילי ולא בכל התחומים.  
כלומר: חשובה האבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר פלילי, במיוחד כאשר מדובר על עניינים כגון כללי גיוס לעבודה. מה שיכול לעזור לאבחנה: לבדוק איפה נעוצה הטעות של הנאשם: האם הטעות בגלל שהוא מעדיף סולם ערכים אחר (במקרה כזה לא מוצדק לפטור אותו מאחריות פלילית), או שהוא מסכים עם הנורמות – אבל יש לו טעות בהבנת מצב הדברים (נשללת המחשבה הפלילית). התשובה תינתן לאחר שיקולי מדיניות משפטית.  
למשל: בע"פ 172/78, "טל סופרמקט" הטעות היא לא בדין לבר פלילי, כי יש לו עמדה אחרת ביחס לנורמה: הוא חושב שקופאית היא משרת אמון. (הוא טעה ביחס לעבירה פלילית שהיא מחוץ לחוק העונשין, אבל עדיין ביחס לעבירה פלילית... לא להתבלבל). מטרת המחוקק היא שגיוס עובדים ייעשה דווקא דרך שירות התעסוקה ואם יכירו בטעות הנאשם כטעות לבר פלילית נסכל את רצון המחוקק ולא נצליח להוקיע את ההתנהגות הבלתי ראויה (זוהי גם דוגמה לשיקול מדיניות).  
פס"ד שניתן לפני תיקון 39 הוא ע"פ 389/91 ויסמרק,פסק הדין עוסק באדם שניהל עסק של נגריה והואשם בשימוש חורג לפי דיני תכנון ובניה. במשך מספר שנים קיבל הנאשם רישיון עסק מהעירייה וסבר בטעות שהעובדה שיש לו רישיון עסק מקנה לו היתר לשימוש חורג בנכס מבחינת דיני תכנון ובנייה, אך מסתבר שאלו 2 דברים שונים והוא צריך 2 רשיונות ויש לו רק רשיון עסק. השופט מצא מטיל עליו אחריות פלילית, ואומר בפסק הדין כי הטעות שלו היא טעות שבדין ולכן איננה פוטרת. השופט בך לעומתו מוצא דרך לזכותו ע"י קביעה כי הטעות היא בדין לבר פלילי (קביעה זו איננה נכונה כי מדובר כאן על חוק פלילי). השופט ברק גם הוא מזכה אותו כאשר הוא מסתמך על הרעיון שבסיפא של סעיף 34יט למרות שפסק הדין ניתן לפני התיקון (אך בסמוך לו) וסעיף זה עדיין לא היה בתוקף. במיוחד כאשר הוא קיבל אישור מהעירייה שנתנו לו כביכול מצג שווא שאישר את מה שהוא עושה. כיום לאחר התיקון אין כל בעיה לזכותו לפי הסיפא של סעיף 34(יט) לפיה ניתן לפטור אם הטעות הייתה **בלתי נמנעת באורח סביר**. צריך להשתמש בסיפא בצמצום ורק במקום הרלוונטי. לדוג' בטל סופרמקט הייתה לו אפשרות לשאול בשירות התעסוקה ולברר את הפרט, אם הנאשם היה מבקש יעוץ מהיועץ המשפטי של שרות התעסוקה הוא יכול היה להנות מהסיפא של סעיף 34(יט) מכיוון שהוא עשה כל שביכולתו לקיים את הדין. זו לא טעות בלתי נמנעת באורח סביר. כמו כן המפקד מפן שאל את הממונים עליו והיום היו יכולים לפטור אותו דרך הסעיף הזה.   
האם לסיומת הזו נכנסת חוות דעת מקצועית? אם מישהו מסתמך על עו"ד או רואה חשבון אפשר למצוא פטור דרך הסעיף הזה? פרופ' מירי גור אריה אומרת שצריך לפרש את הסיפא בצורה מצמצמת ולא לפתוח לכל חוות דעת. לדעתה יש לאפשר רק חוות דעת של הגורם המוסמך ולא עו"ד או רואה חשבון פרטי שיתן את הפרשנות שהלקוח רוצה. דוג' שהיא מביאה- מישהו שחי במדינה שהסחר בעבדים הוא חוקי, ומגיע למדינת הים להביא עבדים, חוזר למדינת המוצא שלו עם הרכש וכשהוא חוזר עוצרים אותו, מכיוון שבזמן שהוא לא היה במדינה חוקקו חוק שאוסר את העבדות. זו סיטואציה בה הטעות בלתי נמנעת באורח סביר, לא הייתה לו אפשרות לדעת שהחוק השתנה. בסיפור כמו בר שלום שהוא טעה בקריאת השלט של חנייה אפשר להשתמש בסיפא של סעיף זה. 2 פס"דים חשובים מלאחר התיקון:   
ע"פ 1182/99, הורוביץ נ' מ"י- ביקשו להרשיע את הורוביץ בעבירה של התחמקות ממס בכוונה שכן הוא השמיט מידע מדוחות של מס הכנסה. הנאשם טוען שהוא הסתמך על חוות דעת של היועצים המשפטיים שלו ולכן לא ניתן להרשיעו. ביהמ"ש מזכה את הורוביץ בטענה שלנאשם לא היה את היסוד הנפשי שנדרש בעבירה (כוונה- "בכוונה להשתמט ממס במזיד") מכיוון שהסתמך על חוות דעתם של היועצים שלו שאמרו לו שהוא לא חייב לדווח. הפטור שניתן לנאשם במקרה דנן נובע מכך שלא מתקיים כאן יסוד הכוונה שדורשת העבירה. הביקורת מופנית כלפי העובדה שהשופט אור שנתן את פס"ד לא הדגיש מספיק שההגנה ניתנת דווקא משום שהעבירה דורשת כוונה מיוחדת, ועלולים להסיק שהסתמכות על חוות דעת מומחה פרטי בתו"ל שולל את האחריות הפלילית. כלומר **חשוב להדגיש שאע"פ שהתוצאה של פסק הדין ראויה חייבים להדגיש את הצמצום עקב דרישת העבירה לכוונה.** השופט אור לא היה מספיק חד בתתו את פסק הדין והזיכוי לא ניתן עקב סעיף 34יט סיפא אלא עקב **דרישת היסוד הנפשי של הכוונה המיוחדת שלא התקיימה**.   
ע"פ 845/02, פס"ד תנובה- השופטת בייניש מתייחסת לחוות דעת משפטית כבסיס לסיפא של סעיף 34יט. כאן ביהמ"ש מרחיב מעט. למרות שאפשרי להסתמך על חוות דעת פרטית בכל זאת יש הבדל בין המקור הרשמי לבין חוות דעת פרטית. השופטת בייניש מגדירה רשימת קריטריונים האם חוות הדעת טובה מספיק, ויסודית, ונעשתה בתו"ל, על מנת שיהיה ניתן להכיל את הסייפא של 34יט:  
1. תשתית עובדתית רחבה - בפני עורך הדין הונחה מלוא התשתית העובדתית.  
2. עורך הדין מומחה בתחום.   
3. ההצעה רצינית- חוות הדעת היא בכתב.   
4. אין אמצעי בירור מתאימים יותר. אם יש אפשרות לברר שאלה מול משרד רלוונטי יכול להיות שלא מספיק שנתקבלה חוות דעת ממקור אחר. בדר"כ גם יבדק תום לב.   
5. חייב להיות מקרה שבו מדובר בטעות בדין הפלילי. טעית לחשוב שזה חוקי, שזה מותר.  
מומלץ לקרוא את פסקאות 25-38 בפס"ד תנובה, החלטתה של בייניש.   
**המבנה של סעיף 34יט מתאים לתיקון 39 לתפיסה שאומרת שמחפשים אשמה סובייקטיבית, מחפשים את הגמול,** **הכלל הגורף שאי ידיעת הדין הפלילי אינה פוטרת אבל בכל זאת יש פתח מילוט.**   
ע"פ (ב"ש) 7245/98 נעמן דג נגד רשות שמורות הטבע- כוורן (דבוראי) שעבר על חוק הגנת הטבע ופגע בחיית בר מוגנת (גירית הדבש), שזו עבירה פלילית. הנאשם זוכה משום ש- 17 שנה קודם לכן, שופט אחר באותו עניין, במשפט של אותו הנאשם, קבע שהחיה אינה חיה מוגנת. ביהמ"ש קבע שהשופט במשפט הראשון טעה: החיה היא אכן חיה מוגנת, אולם הסיפא של סעיף 34יט עמדה לזכותו של הנאשם- מדובר בטעות משפטית בלתי נמנעת באורח סביר. הנאשם התבסס על המשפט הקודם ולכן זיכו אותו. כמובן שזיכוי זה לא יעמוד בתוקפו אם יעמוד אותו הנאשם שוב לדין באותו עניין.

# מחשבה פלילית מסוג כוונה

סעיף 20(א) קובע כי **מחשבה פלילית קיימת כשיש מודעות לטיב המעשה, לנסיבות ולאפשרות התרחשות התוצאה.** ביחס לתוצאה יש להוכיח גם כוונה או פזיזות. המונח כוונה מתייחס רק לכוונה כאשר התוצאות הן חלק מרכיבי העבירה. (דוג' לטיב המעשה אם למישהי נדבקת שרשרת של מישהי והיא לוקחת איתה זה כביכול גניבה אבל אין אחריות פלילית כי אין כאן מודעות לטיב המעשה לא מתקיימת הנסיבה של "נושא ונוטל").  
לפי סעיף 20(א)(1) כוונה פירושה **"מטרה לגרום לאותן תוצאות".** כלומר בעבירות תוצאה יש להוכיח בנוסף למודעות גם רצון או שאיפה לגרום לאותה תוצאה (חפץ בתוצאה, יחס חפצי).

## כוונה בעבירות תוצאה:

(מדובר על עבירות תוצאה בלבד) **בסעיף שותק, מספיק להוכיח מודעות לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי ובנוסף גם פזיזות מסוג קלות דעת ביחס לתוצאה. אם העבירה התוצאתית דורשת בפירוש כוונה חייבים להוכיח את אותה הכוונה על מנת להרשיע.** אין משמעות לאדם שרוצה להרוג מישהו ולכן הוא מקלל אותו, צריך להוכיח שהוא עשה התנהגות שעלולה להוביל למותו של האדם וגם הוא רוצה בכך.  
דוגמאות:

**רצח בכוונה תחילה,**  ס' 300 א (2)  
**חבלה בכוונה מחמירה, 329 (א).** העושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה, או להתנגד למעצר או לעיכוב כדין, שלו או של זולתו, או למנוע מעצר או עיכוב כאמור, דינו - מאסר עשרים שנים:  
המילים "בכוונה להטיל נכות או מום" הן דרישת הכוונה והסיפא של הסעיף הוא התוצאה. צריך להיות מודע וגם לרצות **סחיטה באיומים, 428.** המאיים על אדם בכתב, בעל פה או בהתנהגות, ... הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו - מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו - מאסר תשע שנים.  
המילים "הכל כדי להניע..." הן דרישת הכוונה והמילים "נעשו המעשה או המחדל..." הן התוצאה בעבירה. זו עבירה תוצאתית כי צריך להראות כאן קש"ס לתוצאה.

## כוונה בעבירות התנהגות – עבירות מטרה

ישנן לא מעט עבירות שאינן תלויות בהתממשות תוצאה כזו או אחרת הכוללות בנוסף למחשבה פלילית רגילה גם כוונה או רצון לגרום לתוצאה מסוימת גם אם בסופו של דבר לא התקיימה התוצאה בפועל. לא צריך להוכיח את התממשות התוצאה, אבל כן צריך להוכיח שהיה יסוד נפשי ורצון של הנאשם שהתוצאה הזו תתרחש. דוגמאות: (ניתן לראות זאת בעיקר בעבירות הקשורות לביטחון המדינה)  
**איומים, סעיף 192.** המאיים על אדם... בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו... זוהי עבירת התנהגות. לא צריך להוכיח שהייתה תוצאה- שהמאוים חש פחד או הקנטה, מספיק שהייתה התנהגות מתוך כוונה להפחיד או להקניט.   
**מסירת ידיעה לאוייב, סעיף 111.** מי שביודעין מסר ידיעה לאויב... והתכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה דינו מאסר עולם.  
\*"ביודעין" מעיד על מחשבה פלילית רגילה.  
\*"התכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה", דינו מאסר עולם גם אם בפועל ביטחון המדינה לא נפגע.  
יש הרבה עבירות התנהגות שבהגדרתן דורשות כוונה. השאלה שנשאלת היא מה פירוש המונח כוונה, כאשר הוא מופיע בעבירות התנהגות?  
**לפי סעיף 20(א) המונח כוונה רלוונטי רק לרכיב התוצאתי** אולם יש גם דרישת כוונה גם בעבירות התנהגות. **סעיף 90א (2)**- עושה גשר בין עבירות ישנות לבין החלק הכללי החדש בתיקון 42. הסעיף גורס כי מקום שהמילה "כוונה" מופיע בעבירות התנהגות יפורש המונח כמניע או מטרה. לכן מכונות עבירות אלו **עבירות מטרה**. לפני התיקון נקראו עבירות אלו "עבירות של כוונה מיוחדת". סעיף זה הוא השלמה לסעיף 20(א), שפותר את הדילמה שיש עבירות התנהגותיות מסוג מטרה ומניע וצריך להוכיח רצון. רוב העבירות ההתנהגותיות הן עבירות מטרה ולא עבירות מניע- מניע בדר"כ לא רלוונטי בתחום הפלילי.   
**לפי הפסיקה יש מקום להבחנה בין עבירות מניע למטרה.** ההבדל בין מניע למטרה הוא שמטרה הוא הדבר שאותו רוצים להשיג בביצוע העבירה ומניע הוא הדבר שהוליד את מעשה העבירה. רבים חלוקים על הבחנה זו וכן קשה היא ליישום.   
סעיף 144 ב (א) לחוק העונשין, בפס"ד על עידו אלבא- "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות דינו מאסר 5 שנים". הדיון הוא על היסוד העובדתי- איך מפרשים את הנסיבה דבר? מדובר כאן על מחשבה פלילית מיוחדת שדורשת כוונה. זו עבירת התנהגות שדורשת הוכחת רצון להשיג מטרה של הסתה לגזענות. לא צריך להוכיח שהתוצאה הושגה בפועל.  
סעיף 90 (א) אומר שבעבירות התנהגות מדובר על מניע או מטרה. מה ההבדל ביניהם? מניע= קשור לעבר ולהווה מה הביא את הנאשם לבצע את העבירה. מטרה= צופה פני עתיד- לשם מה הנאשם ביצע את העבירה? זו אבחנה קשה. לדוג'- מישהו רוצח את אבא שלו כדי לקבל את הירושה- האם זה עבירת מניע או מטרה? המניע זה הדלק של מכונית העבירה, והמטרה זה הכיוון של הנסיעה. רוב העבירות הן עבירות מטרה ולא עבירות מניע.

הלכת הצפיות

**מחשבה פלילית, סעיף 20 (ב).** לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן. כלל שהסעיף קובע שחל על עבירות שיש דרישה פלילית של כוונה. הסעיף אומר שכמות המודעות הופכת לאיכות. לפי ס' א היינו צריכים להוכיח שהיה לנאשם רצון, כאן יש חידוש שגם אם הנאשם לא רצה שזה יקרה, אך הוא צפה שזה יקרה הידיעה הזו נכללת בכוונה. יש כאן שקילות מוסרית שמולידה שקילות משפטית- אדם שפועל מתוך ידיעה שמשהו הולך להתרחש בהסתברות גבוהה, גם אם הוא לא רצה בכך זה נחשב כוונה.   
**הלכת הצפיות בעבירות תוצאה**הסעיף עיגן בחקיקה את כלל הלכת הצפיות (שהיה קיים קודם לכן בפסיקה). הרעיון העומד מאחוריו הוא, שאדם הפועל מתוך ידיעה ברמה גבוהה של וודאות שהמעשה שלו עלול להביא לתוצאה יחשב כמי שהתכוון לגרום לאותה תוצאה. הכמות = מידת הידיעה, הופכת לאיכות = חפץ ממש בתוצאה.  **במקרים בהם אין רצייה, אבל הייתה מודעות ברמה גבוהה של וודאות לכך שהתוצאה תתממש, אזי מודעות זו תחשב כאילו הנאשם רצה בתוצאה.**סעיף 20(ב) לכל הדעות חל על עבירות תוצאה ולכן בכל עבירת תוצאה הדורשת כוונה ניתן להרשיע גם בהתקיים סעיף זה בלבד. כלומר: **סעיף 20 (ב) הסדיר את הלכת הצפיות בעבירות תוצאה.**  **הלכת הצפיות בעבירות מטרה התנהגותיות:**לפני תיקון 39, לאור גישתו של פרופ' פלר, נהוג היה להבחין בין עבירות מניע לעבירות מטרה כאשר מקובל לומר **שביחס לעבירות מניע אין להחיל את הלכת הצפיות** שהרי מדובר על מעשה שבעבר- או שהיה מניע או שלא. לכן אם מחליטים על עבירה מסוימת שהיא עבירת מניע יש להוכיח כי אכן היה מניע ולא ניתן להסתפק בהלכת הצפיות. לעומת זאת בעבירות מטרה, שהיא עבירת התנהגות שנעשית מתוך שאיפה לגרום לתוצאה מסוימת (למרות שאין דרישה כי אותה תוצאה תתרחש בפועל), הפסיקה דנה בשאלה האם להחיל או לא להחיל את הלכת הצפיות – האם להחיל אותה על הסעיף, ולא על המקרה. השתנה מסעיף לסעיף לפי שיקולי מדיניות משפטיים ולא הייתה הכרעה גורפת. אבחנה בין מניע למטרה היא קשה. ברוב העבירות המשמעות היא מטרה ולא מניע. מניע בדר"כ לא רלוונטי למשפט פלילי אל אם כן זה מופיע במפורש. יש סעיף שמדבר על "מניע להסית לגזענות"- 144 ו רבתי. (בבחינה אפשר לצאת מנק' הנחה שכנראה שהעבירה היא עבירת מטרה)כיום נשמעים קולות רבים נגד החלוקה וההפרדה שבין עבירות מטרה למניע, מכיוון שבד"כ המניע כלל איננו רלוונטי בעבירות הפליליות ומבחינה יישומית קשה להבחין בין השניים (דוגמה: אדם אשר יורה באביו כי הוא רוצה את הירושה. האם הירושה זה מטרה או מניע?). בעבירות בהן קבוע במפורש שיש להוכיח מניע כנסיבה מחמירה, כמו בעבירה שלפי סעיף 144ו (עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי הציבור), הפסיקה אינה יודעת לקבוע האם להחיל את ההלכה או לא **רוב העבירות ההתנהגויות שדורשות כוונה מיוחדת הם עבירות מסוג מטרה,** כי המניע לא רלוונטי בדר"כ במשפט הפלילי.

**לפני תיקון 39** הפסיקה קבעה שכל סעיף מסוג מטרה יבדק לגופו של סעיף וביהמ"ש יחליט אם להחיל את הלכת הצפיות או לא. שיקול בעד החלת הלכת הצפיות- אם לא נחיל אותה נרוקן את הסעיף מתוכן מכיוון **שרוב מי שעובר את העבירה לא פועל מתוך רצון. מעטים מאוד המקרים שיכללו בסעיף ולכן צריך להחיל אותה.**שיקול נגד החלת הלכת הצפיות- מבנה של עבירות בסיס ועבירות חומרה. עבירות שמורכבות שיש עבירה בסיסית שמסתפקת בעבירה פלילית רגילה ויש עליה עונש מסוים, ויש על גביה עבירה יותר חמורה שאם מוכח מטרה העונש יותר חמור. אם ביהמ"ש לא יתעקש על הלכת הצפיות ולא תוכח כוונה בכל זאת הנאשם יקבל עונש.   
**אחרי תיקון 39, סעיף 20(ב) מעגן את הלכת הצפיות בחקיקה. בוודאי רלוונטי לתוצאה. אבל מה קורה עם עבירות התנהגות מסוג מטרה?**   
**מה קורה לאחר תיקון ס' 20 ב? יש 3 אפשרויות:**  
\*מכלל הן אתה שומע לאו- היות והמחוקק ייחד את ס' 20 ב לעבירות תוצאה, זה אומר שבעבירות התנהגות לא נחיל את כלל הצפיות, כי זה לא נכתב בפירוש. עבירות תוצאה הן יותר חמורות ויותר מסכנות את הציבור ולכן לגביהן צריך להרחיב את ההגדרות של כוונה.  
\* ס' 20 ב חל על כל סוגי העבירות הדורשות כוונה מיוחדת בין אם מדובר בעבירות התנהגות ובין אם מדובר בעבירות תוצאה. משרת את עקרון החוקיות. המחוקק הביע דעתו שיש שקילות מוסרית בין ידיעה ברמה גבוהה של וודאות לבין רצון ולכן צריך להחיל את זה בצורה גורפת על כול סוגי העבירה שבנוסח שלה דורשת כוונה או מטרה.  
\* השאלה האם להחיל את הלכת הצפיות על עבירות כוונה התנהגותיות פתוחה להכרעה פסיקתית. יש גמישות וביהמ"ש יכריע לגבי כל סעיף וסעיף אם יש להחיל את הלכת הצפיות או לא.

בעניין זה יש מחלוקת, כאשר קיימות שתי גישות עיקריות מנוגדות וגישת ביניים: 1. **הגישה הרווחת- גישתו של השופט ברק** (אוביטר של פס"ד אלבה- כתב הלכות הריגת גוי והואשם בפרסום דבר כדי להסית לגזענות). סעיף 20 ב חל רק על עבירות תוצאה, ביחס לעבירות מטרה התנהגותיות, הדין הקודם ממשיך לחול: **בית המשפט יקבע בכל סעיף וסעיף האם להחיל או לא**.   
2. גישת השופט מצא (אוביטר של פס"ד אלבה) וגישתו של השופט אנגלרד (פס"ד פוליארקוב). לדעתם סעיף 20(ב) חל גם על עבירות התנהגותיות מסוג מטרה, מספיק רמה גבוהה של וודאות ולא צריך להוכיח רצון.   
3. השופטת דורנר- בפס"ד אלבה- ס' 20 ב לא חל על עבירות התנהגות מסוג מטרה (=עבירות מטרה), יש 2 סוגים של עבירות מטרה: א. עבירת מטרה שהגשמתה היא תוצאה טבעית של ההתנהגות האסורה. במצב כזה נחיל את הלכת הצפיות. ב. כשמדובר במטרה שהגשמתה אינה תוצאה טבעית של ההתנהגות. במצב כזה אין להחיל את הלכת הצפיות. לדוג'- אם מישהו מפרסם דבר הסתה התוצאה הטבעית היא הסתה לגזענות. לעומת זאת אם מדובר בעבירה שהתממשותה תלויה בעוד גומרים אין להסתפק בידיעה- ולא נחיל את הלכת הצפיות, כמו סיוע לעבירה. נהנים מגמישות אבל תלוי באיזה סעיף מטרה מדובר.   
השופט גולדברג- שיקולי מדיניות הם שיכריעו, כאשר נקודת המוצא היא שלרוב צריך להחיל את הלכת הצפיות (סימוכין בפס"ד סולטן). יש דמיון לגישתו של ברק ויש דמיון לגישתה של דורנר.   
השופט חשין- בפס"ד ביטון- מסכים עם השופט ברק שס' 20 ב לא חל על עבירות מטרה אלא רק על עבירות תוצאה. מסכים שלגבי עבירות מטרה עדיין יש גמישות פסיקתית, אבל השינוי שחל בעולם לגבי עבירות תוצאה עם הולדת של ס' 20 ב משליך גם על תחולת הלכת הצפיות בעבירות מטרה. המחוקק חוקק סעיף שכזה ובכך העולם לא יכול להשאר אדיש והמצב לא נשאר כמו שהיה לפני התיקון ויש השלכות גם על עבירות התנהגות. מפנה לדורנר מפס"ד אלבה ואומר שלפחות המינימום הוא שבעבירות התנהגותיות שבהן הסיכון לתוצאה הוא גבוה יש להחיל את הלכת הצפיות בעבירות מטרה. נשען על דעתה של דורנר ומוסיף לבטים כללים לגבי התיקון של ס' 20 ב לגבי תחולת הלכת הצפיות על עבירות מטרה. יש עבירות מטרה שהתוצאה כ"כ צומחת מההתנהגות שקשה להפריד בינן לבין עבירות תוצאה.   
הערה: **בשאלה פתוחה, יש ללכת על פי גישתו של ברק.**

דוגמאות בפסיקה שהחליטו האם להחיל את הלכת הצפיות או לא:  
1. פס"ד עג'מי. סעיף 447, השגת גבול כדי לעבור עבירה. בפס"ד היה סכסוך בין הבעל לאישה. הבעל שכר צלמים על מנת שיפרצו לדירה, ויצלמו אותה עם גבר זר. עג'מי טען שמטרתו הייתה להשיג ראיות למשפט.  
קבע בית המשפט שלא צריך להוכיח רצון להקניט. מספיק שהנאשם **ידע ברמה גבוהה של וודאות**, ולכן יש להחיל את הלכת הצפיות. השופט אגרנט אמר שאומנם לא היה רצון להקניט אבל הייתה מודעות גבוהה שזה מה שיקרה. השיקול המרכזי: ללא הלכת הצפיות, הסעיף שאומר שאסור להשיג גבול כדי להקניט, יתרוקן מתוכן.   
**2.** **הלכת הצפיות בעבירות נגד בטחון המדינה**  
הרבה מעבירות נגד בטחון המדינה מותנות במטרה מיוחדת (מטרה לפגוע בביטחון המדינה / לסייע לאוייב). לגבי עבירות אלו מתעוררת השאלה האם להחיל את הלכת הצפיות. הערך של ביטחון המדינה הוא חשוב ויש לא מעט עבירות התנהגות שתלויות בכוונה לפגוע בביטחון המדינה ולא צריך להוכיח שביטחון המדינה באמת נפגע. הנושא מאוד רלוונטי, בעיקר במקרים של ריגול, כיוון שלרוב המעשים נעשים מתוך מניע כספי או סיבות צדדיות, ולא מתוך רצון לפגוע בביטחון המדינה. לכן שאלה זו מקבלת משנה חשיבות.  **ריגול חמור, סעיף 113 (ב).** מי שמסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך והתכוון לפגוע בביטחון המדינה, דינו - מאסר עולם.זוהי עבירת התנהגות מסוג מטרה.  **מסירת ידיעה לאויב, סעיף 111.** מי שביודעין מסר ידיעה לאויב או בשבילו, דינו - מאסר עשר שנים; היתה הידיעה עלולה להיות לתועלת האויב, דינו - מאסר חמש-עשרה שנה; התכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה, דינו - מאסר עולם; גרם ברשלנות שתימסר לאויב או בשבילו ידיעה העלולה להיות לתועלתו, דינו - מאסר שלוש שנים. **י**ש כאן מדרג עבירות (שיקול שלא להחיל את ההלכה). כיצד יש להתייחס לעבירות כאלו? מצד אחד, שיקול נגד החלת הלכת הצפיות הוא המדרג שבעבירות אלו. מצד שני, **וזה מה שקבעה** **הפסיקה: יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירות אלו** משתי סיבות:1. ביטחון המדינה הוא ערך מאוד חשוב, ויש לשמור עליו מכל משמר.2. היות ורוב המרגלים פועלים מתוך מניע כספי ולא מתוך מטרה לפגוע במדינה, הרי שאם לא נחיל את הלכת הצפיות, נרוקן את הסעיפים הללו מתוכן.פס"ד ואנונו- מוזכרים בפס"ד עוד 2 פס"דים:  
בפס"ד סילבסטר- סילבסטר זוכה. זהו פס"ד מזמן קום המדינה. חברת חשמל ערבית-ישראלית (שסילבסטר היה פקיד באותה חברה). ערבים ירו במקומות שונים בעיר, ופגעו ברשת החשמל. הנאשם הודיע לצד הערבי איפה צריך לתקן. העמידו אותו לדין בגין העברת ידיעות חשובות במטרה לסייע לאויב. הטענה של סילבסטר: הוא לא התכוון לסייע לאויב, והוא העביר אינפורמציה מקצועית. ביהמ"ש זיכה אותו, למרות שהוא היה תותחן ואמור היה לדעת שזה מסייע לאויב הדיווחים שלו.  
פס"ד סיטה- סיטה הורשע. מרגל שמסר סודות דרך אדם שהיה בקשר איתו בגוש המזרחי. טענתו הייתה שהוא לא רצה לסייע לאויב. בית המשפט טען שהוא ידע מה התוכן של הידיעות שהוא מסר וזה מספיק, ולכן הרשיעו אותו.  
מה ההבדל בין שני המקרים? השופט זילברג מסביר שזיכו את סלבסטר מכיוון שיש שני מימדים למודעות: יש רוחב למודעות (באיזה רמה אתה יודע שהתוצאה תתרחש: ברמה גבוהה או ברמה רגילה) ויש את עומק הוודאות – יש דברים שנמצאים במוקד המודעות של האדם. האדם ער אליהם בצורה ממוקדת, ויש דברים שהאדם מודע אליהם בצורה מטושטשת יותר. סילבסטר הוא דוגמה לאדם שלא היה ער בצורה בהירה שהוא מסייע לאויב. מידת האשמה של היודע שקולה לכוונה כאשר מדובר בידיעה בהירה שהנאשם ער לקיומה, ולא בידיעה "אגבית". המימד הזה מפריד בין 2 המקרים. זו הפרדה שלא קיימת בהלכת הצפיות.   
השופט שמגר מסביר שרמת הידיעה שהייתה לסיטה גבוהה מרמת הידיעה שהייתה לסילבסטר. סיטה ידע ברמה גבוהה של וודאות. כלומר: **גם אם מחליטים להחיל את הלכת הצפיות, יש להתאים את התנאים בהלכה למקרה הקונקרטי**.  
המסקנה של בית המשפט הייתה, שאם מישהו היה מאיר לעיניו של סילבסטר שהוא מסייע לאויב, בית המשפט התרשם שהוא תמים בעניין, עד לרמה, שאם אכן היו מאירים את עיניו, הוא היה חודל.  
ואנונו היה מאוד יצירתי בדעותיו- הוא מסר ידיעות סודיות שהוא ידע שהן סודיות (סודות גרעין). טענתו הייתה שהמשך פיתוח האטום פוגע בביטחון המדינה, כך שלמעשה הוא תורם לביטחון המדינה ע"י מסירת המידע (בדומה למקרה ענת קם). ביהמ"ש מרשיע אותו. השופט שמגר: לצורך הרשעה בסעיף 113(ב) מספיק להוכיח ידיעה ברמה גבוהה של וודאות. ואנונו ידע שמדובר בסודות, ולכן מוחזק כמי שהתכוון לפגוע בביטחון המדינה. לא צריך להוכיח רצון. שמגר מוסיף ואומר, שכשאר הידיעה של הנאשם היא ברמה כל כך וודאית כמו במקרה ואנונו ניתן ממש לראות בה כוונה- חפץ- רצון (זה אפילו מעבר להלכת הצפיות הרגילה). הוא אומר שממש אפשר לראות ברמת הוודאות הזו חלק מרצון. ההקבלה היא למצב שאדם חותך ראש של צבי ואומר שהוא לא התכוון להרוג את הצבי אלא רק לתלות את ראשו בבית.מספיק שהמדינה סבורה שהמעשה פוגע בביטחונה וואנונו יודע וזה מייחס לו כוונה. מה שפוגע במדינה זה לא בעיניו של ואנונו אלא בעיניים של המדינה. מחיל את הלכת הצפיות.  
השופט גולדברג מגיע לאותה המסקנה בדרך אחרת (שהלכת הצפיות אכן חלה): הוא הולך לסעיף 93, הקובע שסייג הכורח איננו רלוונטי לעבירה לפי 113ב. כלומר: עבירה על 113ב שנעברה בתנאים של כורח לא תהנה מסייג לאחריות פלילית. תנאי הכורח רק ימתיקו את העונש.סעיף 93 מפנה לסעיפים שהיום מספרם שונה. היום סייג הכורח הוא 34יב (מישהו מאיים על מישהו וגורם לו לאחריות פלילית). לדבריו, אם החוק קובע שתנאי כורח לא פוטרים מאחריות לגבי ביטחון המדינה, המשמעות היא שגם אסור לעבור על עבירת 113ב בתנאים של כורח- תנאים כאלו הם בהכרח תנאים שבהם אדם מוסר מידע לא מתוך רצון לפגוע בביטחון המדינה. ומכאן, עבור הסעיף הזה לא צריך להוכיח רצון.  
באופן עקבי מחילים את הלכת הצפיות כאשר מדובר על עבירות הנוגעות לביטחון המדינה, גם אם מדובר בעבירות התנהגות.  
3. **עבירת לשון הרע**- פס"ד בורכוב נ' יפת- ידיעה שלילית שפורסמה בעיתון. (למדנו בתחילת שנה בפרשנות תכליתית במשפט) לא מחיל את הלכת הצפיות. האם לצורך הרשעה בעבירה של איסור לשון הרע צריך להוכיח רצון או שמספיקה ידיעה? בחוק איסור לשון הרע יש עוולה נזיקית ועבירה פלילית. בהגדרת העבירה הפלילית בס' 6 מופיעות המילים "בכוונה לפגוע". השאלה שעמדה בפני בית המשפט: איך לפרש את "בכוונה לפגוע". המילים הללו, על פי ברק, יכולות לשאת שתי משמעויות:  
- צפייה של אפשרות הפגיעה ברמה רגילה של סבירות + רצון לפגוע.  
- צפייה מאוד חזקה של תוצאת הפגיעה, גם אם אין רצון.   
המסקנה- אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירה זו. הוא סבור שהדבר משרת את ההפרדה בין העוולה הנזיקית לעבירה הפלילית. הפרשנות המצמצמת את תכולת האיסור היא המתאימה כאן. השופט ברק מכריע שצריך שיהיה רצון. השופט גולדברג מדגיש את הערך של חופש הביטוי. השדה הנזיקי יותר מתאים לעבירה זו מאשר לעבירה הפלילית.  
ברק אומר שצריך לאזן בין 4 ערכים: 1. חופש ביטוי  
2. חופש אישי מפני הטלת סנקציה פלילית  
3. זכות לשם טוב  
4. שלום הציבור  
לא החילו את הלכת הצפיות על עבירת לשון הרע. לאחר כ20 שנה שאלה זו עלתה שוב בפס"ד ביטון נ' סולטן- בשורה התחתונה דעת הרוב נשארת שאין להחיל את הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע כמו בבורכוב, מסכימים שס' 20 ב הוא לא הסדר שלילי והוא לא חל על עבירות התנהגות, אך לא באופן גורף ויש גמישות. חלפו הרבה שנים ויש הסכמה שצריך לבחון את השאלה הזו שוב כי התפיסות החברתיות השתנו. היועמ"ש היה בעד להחיל את הלכת הצפיות על חוק לשון הרע. (צד התביעה רוצה לעשות הלכה גורפת). המציאות החברתית השתנתה באופן כזה שהיום מאוד קל לפגוע באמצעות פרסום בניגוד לימי בורכוב, ולכן צריך להרחיב את ההגנה של הערך של שמו הטוב של האדם. הפס"ד נותן הרבה דעות, ויש מגוון דעות- חשין, מצא, נאור- כן היו בעד להחיל את הלכת הצפיות. אפשר להסיק מפסה"ד שנק' המוצא היא כן להחיל את הלכת הצפיות ומחפשים סיבות למה לא להחיל. מדובר על רשות ערעור פלילי של שני מקרים- 1. סייעת שהחליטה לשים קץ לכינים בגן ונקטה בפעולות לא נעימות כלפי הילדים ופרסמו אותן בעיתון המקומי. 2. פרסום פוליטי של עימותים בתוך עיריית בית שמש. בשני המקרים נשאלת בין היתר השאלה של תחולת הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע. מדברים בשפה החדשה של סעיף 20(ב).  
השופט ברק- עקבי בדעתו. לא צריך להחיל את הלכת הצפיות באיסור לשון הרע. א. הפירוש של המילה כוונה הוא בעל 2 משמעויות. ב. הערך של שקילות בין ידיעה ברמה גבוהה של ודאות לבין רצון, שנמצא בסעיף 20 (ב) הוא לא ערך יחיד יש ערכים שגוברים על זה למשל חופש הביטוי. ג. אם רוצים לזהות שינוי השינוי מאז בורכוב הוא לכיוון זכויות של חו"י כבוד האדם ו34יא- במקום שיש התלבטות פרשנית עדיף לקחת את הפירוש המקל. לפי איך שהוא מפרש את התיקון צריך לעשות פרשנות תכליתית לכל עבירה ועבירה. מה שהוא קבע בפס"ד אלבה נכון. כל אלו שטוענים שאי החלת הלכת הצפיות פוגע בעקרון החוקיות טועים ודווקא בכך שהוא לא מרחיב את הסעיף יש שמירה על עקרון החוקיות. צריך לאזן בין 4 הערכים שהוא מביא בבורוכוב. היועצמ"ש טוען במקרה זה ששלום הציבור היום יותר פגיע מבעבר, כי בלחיצה אחת אפשר לפגוע בהיקפים נרחבים. ברק אומר שהתמונה יותר רחבה ויש עוד שינויים- התחזק חו"י כבוד האדם והתחזקו הזכויות של חופש הביטוי וזכות האדם לשם טוב. בשיכלול בין רכיבים אלו הפרשנות שצריך לתת בחוק איסור לשון הרע הוא רצון.   
השופט מצא- סעיף 20 (ב) חל על כל העבירות ולכן גם כאן צריך להחיל את הלכת הצפיות.  
השופט חשין- מסמן שינוי מסוים בתפיסה. יש כאן קריאת כיוון של אולי שינוי עתידי. לא ערכי ולא הגיוני לא לטפל בעבירות התנהגות מסוג מטרה ולא להחיל עליהן את הלכת הצפיות. אין באמת הבדל בין עבירות התנהגות לבין עבירות תוצאה. אפשר להתווכח האם זה מוצדק בלי סוף על כך שהמחוקק לא התייחס בצורה מפורשת לעבירות התנהגות, אך עם זה שהמחוקק בחר אין ברירה ולא ניתן לפרוץ את הגבול של החוק. הוא מסכים עם השופט ברק שס' 20 ב לא חל על עבירות התנהגות, ושהפסיקה ממשיכה להינות מגמישות ולהכריע. הוא לא מסכים עם ברק בשורה התחתונה הוא כן בעד להחיל את הלכת הצפיות לגבי איסור לשון הרע. הוא אומר שסעיף 20 ב יצר שינוי בעולם שמקרין גם על עבירות מטרה שמקרין מה המחוקק מתכוון במילה "בכוונה"- הפסיקה מכריעה, בעבירות התנהגות שבהם הסיכון לתוצאה הוא גבוה נק' המוצא היא כן להחיל את הלכת הצפיות. הוא רואה בעבירה הספציפית של פרסום לשון הרע בכוונה לפגוע עבירה שדומה מאוד לעבירות תוצאה. יש ידיעה שהתוכן הוא פוגע וזה כמעט כמו לכלול תוצאה כי היא וודאית במקרה כזה ולכן צריך להחיל את הלכת הצפיות. עבירת לשון הרע מאוד דומה לעבירת תוצאה. הוא משווה בין פגיעה בגוף לבין פגיעה בנפש. משווה את ס' 329 (א)1- גרימת חבלה חמורה במטרה לגרום חבלה לאיסור לשון הרע ולכן גם כן צריך להחיל את הלכת הצפיות. לא מסכים עם העקרונות שברק מציג. האינטרסים שמתחרים כאן הם רק 2 : חופש הביטוי והזכות לשם טוב. הם נגזרים מכבוד האדם- מתח בין חופש הביטוי של העיתונאי לבין שמו הטוב של נשוא הכתבה. הוא מחליט להחיל את הלכת הצפיות, ואם לא יחילו אותה בסעיף זה ירוקנו אותו מתוכן כי ברוב המקרים של לשון הרע קשה להוכיח מוטיבציה לפגוע. ועדיין יהיה הבדל בין העבירה הנזיקית לבין העבירה הפלילית. נק' המוצא כמו ברק אבל שורה תחתונה שונה.  
בשורה התחתונה- דעת הרוב היא של ברק: העבירה הפלילית לפי חוק איסור לשון הרע מתקיימת רק כשיש רצון ולא מספיקה ידיעה. ההלכה הרווחת והמחייבת- ביחס לעבירות מטרה ס' 20 ב לא חלה הלכת הצפיות והפסיקה יכולה להכריע מסעיף לסעיף האם להחיל או לא את הלכת הצפיות.  
ההשלכות על כך: א. זה יכול להשתנות בעתיד.  
ב. הרוח והכיוון של פס"ד ביטון הוא שנק' המוצא היא כן להחיל את הלכת הצפיות.   
פס"ד 7153/99 אלגד- (פס"ד שמאוזכר בסולטן). שוטר שנפצע בעין בקטטה במועדון. השוטר רצה להסתיר שזה קרה לו בקטטה במועדון, הוא חשש שיחשבו שהוא עובד במועדון ולכן הוא המציא סיפור כיסוי איך הוא נפצע וחבר שלו עזר לו. בחקירת הקטטה הוא מסר עדות שיקרית לשוטרים על הפציעה שלו. המוטיבציה הייתה לשמור על שמו הטוב. העמידו אותו לדין בגין ס' 244 לחוק העונשין- סעיף התנהגותי: "העושה דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי דינו מאסר 3 שנים. לרבות חקירה פלילית". השופטת בייניש- לא צריך להכריע הכרעות כלליות. ס' 20 ב כמו העמדה הרווחת מתייחס רק לעבירות תוצאה. כאן כל הגישות יכריעו שצריך להחיל את הלכת הצפיות במקרה זה בין אם מכוח 20 ב ובין מכוח שיקול דעת. היא נסמכת על העובדות של המקרה הספציפי. היא אומרת שמדובר על שוטר שמשקר בחקירה וזה מצדיק להחיל את הכלל. עבירה קלאסית שיכולים להיות בה הרבה מניעים שוליים לשיבוש הליכי משפט, כמו במקרה כאן. לכן מספיק להוכיח שאיפה או ידיעה שהוא משבש הליכי משפט. יש החלה של הלכת הצפיות. היא אומרת שהיא נשענת גם על הסעיף וגם על הנסיבות של המקרה הקונקרטי.   
המרצה מבקרת את דעת השופטת וחושבת שצריך להחליט לגבי כל סעיף האם להחיל את הלכת הצפיות וכאן היא נותנת משקל לנסיבות של המקרה הקונקרטי של שקר בחקירה. יש כאן פגיעה בעקרון החוקיות כאשר בונים על הנסיבות של המקרה הספציפי. כן ניתן לסייג שאם עבירות התנהגות נהנות מגמישות אפשר לפעול כך.  
**סיכום:** יש גישה גורפת שסעיף 20(ב) חל על עבירות התנהגות מסוג מטרה. מנגד, גישה מקובלת מאוד גורסת שעבירות מטרה תפורשנה כל אחת לגופה (כמו בפסיקה הישנה) כאשר השיקולים האם להחיל או לא להחיל הם שיקולי מדיניות משפטית.  
פירוט מעמיק בספר של קוגלר: כוונה בהלכת הצפיות.  
דוגמאות לשיקולים רלוונטיים:  
1. איזון אינטרסים. האם לא נפגע בערך מוגן באופן בלתי סביר אם נחיל את הכלל (לדוגמה: איסור לשון הרע וחופש הביטוי).  
2. בחינה האם יש עבירה דומה מבחינת היסוד העובדתי המסתפקת ברמה נמוכה יותר של מחשבה פלילית (עבירות בסיס ועבירות חומרה), אזי לא יחילו את הלכת הצפיות.  
3. האם דרישה של חפץ (רצון) תרוקן את הסעיף מתוכן. דוגמה: ריגול, כאשר הפעולה היא לא מתוך רצון שמתואר בסעיף. התלבטות האם ידיעה מספיקה ולא צריך דווקא רצון.

ערעור פלילי 2017/04 אלקורעאן- ס' 332 סעיף מטרה שאיננו תוצאתי. החילו לגביו את הלכת הצפיות. סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה. מישהו שפגע במשטרה וברח ורצה להתחמק מדוח של המשטרה ונהג כמו מטורף ועשה עבירות תנועה בטיעון שהוא לא רצה לקבל דוח. הוא לא עומד בכוונה שמתוארת בסעיף של לפגוע במשתמש בנתיב תחבורה. ביהמ"ש מחיל את הלכת הצפיות בגלל הערך המוגן. ביהמ"ש אמר שבהיעדר ערך גובר המקיים פירוש סביר שלא להחיל את הלכת הצפיות יש להחילו. נקודת המוצא הראשונית היא להחיל את הלכת הצפיות ורק אם יש ערך גובר שמציע פרשנות סבירה אחרת לא נחיל את הלכת הצפיות.   
סעיף 20 (ב) מדבר על חזות התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי- ברמה גבוהה של וודאות. האם במקרה הספציפי היה לנאשם את הידיעה הנדרשת. בפס"ד אלגד ביהמ"ש לא דקדק והשופטת התחשבה בנסיבות. לא בכל מקרה יש רמה גבוהה של וודאות והיישום לא יהיה רלוונטי.

## הלכת הצפיות בעבירת הרצח בכוונה תחילה

עבירת הרצח בכוונה תחילה היא עבירת תוצאה, המותנית בכוונה. סעיף 300א (2).  
האם נכון להחיל את הלכת הצפיות על עבירת הרצח? מצד אחד, זו עבירת תוצאה ולכן הלכת הצפיות מוחלת אוטומטית, ומצד שני, מדובר בעבירה מיוחדת שמותנית בכוונה תחילה: עבירה שמצמידה על מצחו של הרוצח אות קלון חמור, ולכן אולי יש לשמור אותה לעבירות הכי חמורות.

פסיקה ישנה (לפני תיקון 39), פס"ד אילוז ואליאס קבעה שאין להחיל את הלכת הצפיות. אחרי התיקון, הייתה מחלוקת בעניין זה. לכאורה זה חל על כל העבירות בכוונת תחילה וכמו כן על רצח. אומנם יש הסוברים שצריך להחיל את הלכת הצפיות על רצח בכוונת תחילה מכוח סעיף 20 (ב). השופט אלנגלרד בפס"ד פוליארקוב אומר: מכיוון שזו עבירת תוצאה יש להחיל את הלכת הצפיות. פה לא היה רצח אלא סיוע לרצח. המושג "כוונה תחילה" כולל דרישה להוכיח כמה דברים ספציפיים, אבל מבחינת ידיעה ורצון – אין הבדל בין עבירה זו לעבירות תוצאה אחרות. בס' 301 "כוונה תחילה" יש כמה מרכיבים שצריך להוכיח. ברכיב של כוונה אפשר להחיל את הלכת הצפיות.   
מצד שני, יש הסוברים שאין להחיל את סעיף 20(ב) על רצח בכוונה תחילה- כוונה תחילה זה חמור יותר וגם רצח זה משהו חמור יותר. אין פסיקה ברורה בנושא. זה שאלה שעלתה ויש לגביה התייחסויות בדר"כ באוביטר ולא לגופו של עניין. השאלה גם עלתה בפס"ד של יגאל עמיר אך לא היה רלוונטי כי ברור שהוא רצה והייתה כוונה.   
פס"ד אלימלך- הנאשם דקר את המנוח שתי דקירות סכין בנוכחות אביו של המנוח (קרא למנוח שיבוא, ודקר אותו). סמוך לרצח, הנאשם התקשר לבית הורי המנוח ושוחח בטלפון עם שוטר שהציג עצמו כאחיו של המנוח והנאשם אמר לו: "מזלו של אחיך שהאב היה נוכח, כי אם לא- הייתי הורג אותו". הוא לא ידע שהוא מת מהתקרית וחשב שהוא עדיין בחיים. המשפט הזה הציל אותו. הוא זוכה מעבירה של רצח בכוונה תחילה והואשם בהריגה, כי השיחה מראה שהוא לא חשב שהוא המית את המנוח.  
השופט מצא חילק את העניין ל2- 1. אומר שיש כלל עובדתי ראייתי שנקרא "חזקת המודעות / הכוונה": אדם מודע ומתכוון לתוצאות הטבעיות הצומחות מהמעשה שלו. כלומר: אדם שדוקר שתי דקירות בחזה, החזקה אומרת שהוא התכוון להמית במקרה הרגיל. אולם, מדובר בחזקה ראייתית-עובדתית בלבד. במילים אחרות, במקרה המתאים, חזקה זו עלולה להיות מופרכת. שיחת הטלפון המזדמנת (לא משהו שהיה מתוכנן) העידה שחזקת הכוונה לא רלוונטית והנאשם לא התכוון להמית ולכן החזקה הראייתית נפלה.  
2. עוד טוען מצא, מבחינה מהותית- צריך לבחון את תחולת הלכת הצפיות בעבירת הרצח בכוונה תחילה, והתשובה היא לדעתו שלילית. הוא מנתח את סעיף 20(ב) מדקדק ואומר שהוא מדבר על **כוונה ספונטנית ולא על כוונה תחילה**. הסעיף חל רק על עבירות שדורשות כוונה ספונטנית, ולדעתו ברצח צריך לדרוש כוונה תחילה (מאמץ את דעתו של קוגלר). דוחה את גישתו של אנלגלרד בפוליארקוב.  
\*חזקה זה רק כלי והלכת הצפיות זה כלל משפטי בעל משמעות חד משמעית שלא משתנה לפי הנסיבות.  
השופטת בייניש מסכימה עם הכרעת הדין של מצא, אבל אומרת שלעניין הלכת הצפיות ברצח בכוונה תחילה היא משאירה את זה בצריך עיון, כי גם אם מתקיימת הלכת הצפיות, אז אין רמת וודאות מספיק גבוהה במקרה זה שמקיימת את ההלכה.  
השופט השלישי מסכים עם מצא. דעת הרוב: **אין** **להחיל את הלכת הצפיות ברצח בכוונה תחילה.** אך אין בזה תקדים לערכאה בעתיד, רלוונטי למקרה הנ"ל.   
הערה בעניין הכוונה: מהי **כוונה מועברת**, סעיף 20(ג) (2)? אם אדם רצה לרצוח פלוני ורצח אלמוני, זה נחשב רצון לצורך ההרשעה (שלח מעטפת נפץ לכתובת לא נכונה). הכוונה מועברת כאילו מלכתחילה התכוון לפגוע במי שהוא פגע. אבל צריך להיות דווקא אדם ולא כלב. הקורבן המיועד והקורבן בפועל צריכים להיות מאותו סוג. צריך לבחון האם יש השלמה עובדתית ומה ההשלכות של הנסיבות. לדוג'- אדם רוצה להמית את שכן שלו ובמקום זה הוא ממית את אבא של השכן. הוא צריך לשאת באחריות פלילית לגרימה בכוונה תחילה למותו של אדם. אך אם הוא רצה להמית את השכן שלו במקום זה הוא המית את אבא שלו וכאן זה סעיף בתוך עבירת רצח- הגורם במזיד למותו של אביו. אי אפשר להרשיע בהמתת אב כי לא הייתה מודעות ומחשבה פלילית להמתת אביו. אפשר לקחת את הקורבן המיועד ולשים אותו בנעלי הקורבן שבפועל, אפשר להרשיע אותו בהמתת אדם זר. ולהפך אם הוא רצה להמית את אביו ובטעות הוא המית אדם זר אי אפשר להרשיע אותו ברצח אב כי חסרה המחשבה הפלילית בנסיבה של אבא, יש רק יסוד נפשי. אפשר להרשיע אותו בנסיון.  
דוג' נוספת- ס' 303- עבירה של הממת תינוק. רלוונטית לדיכאון של אחרי לידה. אם אמא ממיתה בטעות ילד של אחרים ולא שלה.   
**שימו לב (אזהרה): הלכת הצפיות היא רק בעבירות שדורשות כוונה מיוחדת. לא להתייחס להלכה זו בשום הקשר אחר!**

## מחשבה פלילית ביחס לתוצאה

מודעות לאפשרות+ פזיזות- עבירות תוצאה שדורשות פזיזות, עבירות תוצאה רגילות.   
דוגמה: ס' 298, הריגה. אין ביטוי על דרישה להוכיח כוונה מיוחדת, ואז כשחוזרים לסעיף 20: מחשבה פלילית רגילה. בעבירות תוצאה רגילות צריך להוכיח מודעות לטיב המעשה + פזיזות (אדישות / קלות דעת).   
קוגלר- אין משמעות לאדישות או קלות דעת מספיק להוכיח מודעות לאפשרות+ נטילת סיכון בלתי סביר. בפועל כן משנה לגבי העונש מה היה היחס החפצי האם הנאשם היה אדיש או לא. עבריין שבורח מהמשטרה ולא אכפת לו לפגוע במשתמשי דרך זו אדישות. מתפתחות עבירות חדשות הרלוונטיות לאדישות ולכן יש משמעות להבדל.   
המבנה הוא פשוט: **מודעות לאפשרות התרחשות התוצאה + פזיזות.** על מנת להאשים אדם בהריגה, צריך להוכיח: מודעות לאפשרות שהנהיגה תסתיים במוות + פזיזות שהיא לפחות מסוג קלות דעת.  
מאוד מסובך להכריע אם הפעילות הייתה מתוך מודעות סובייקטיבית או בהיעדר מודעות. קשה להחליט, כי קשה להוכיח מה עבר בראשו של אותו נהג שנסע בשטח עירוני במהירות 90 קמ"ש. קשה להוכיח אם הוא היה מודע לאפשרות שהוא ידרוס אישה זקנה, או שרק האדם הסביר היה יכול להיות מודע.  
סעיף 20 עושה חלוקה דיכוטומית שלא מתאימה לעולם האמיתי: או אפס מודעות, או מודעות מלאה, ולכן קשה להגדיר במילים או במושגים מתי אדם פועל במודעות.  
ההתלבטות בין הריגה לבין גרם מוות ברשלנות (פער גדול בעונש) קיימת בהרבה מקרים של תאונות דרכים ומשחקים בנשק, אבל ישנם מקרים נוספים בהם קיימת התלבטות: ילדה שבאה לניתוח לתיקון פזילה, והרופאה המרדימה הלכה לישון. הילדה מתה על שולחן הניתוחים. הרשיעו את הרופאה המרדימה בהריגה. השאלה מתחילה האם הייתה מודעות שזה עלול להסתיים במוות, וההבדל גם בעונש וגם בגינוי החברתי הוא של שמיים וארץ. דוג' נוספת- אמא ששמה ילד באמבטייה ויוצאת לדבר עם שכנה והילד טובע. אם הילד רק נחבל- האם אפשר להגיד שהיא ידעה שיש סכנת החלקה וטביעה בכך שהיא השאירה לבד את הילד? אם כן נטיל עליה אחריות בעבירה של מחשבה פלילית, או שיש לומר שלא עלה על דעתה סיכון זה ולכן אי אפשר להרשיע בעבירה של מחשבה פלילית אלא רק בעבירה של רשלנות.   
במציאות קשה להכריע ולכן בעבירות תוצאה בתי המשפט עושים שימוש אינטנסיבי **בחזקת המודעות** – חזקה עובדתית הניתנת לסתירה שאומרת שהנסיבות שאופפות את המעשה מלמדות על המודעות. חזקה, כך ניסיון החיים מלמד, **שאדם מודע לתוצאות הטבעיות הצומחות מההתנהגות שלו**. ככל שמדובר בהתנהגות שסוטה מרף ההתנהגות הנורמטיבי המקובל, כך תתחזק הנטייה להסיק מודעות. **"רשלנות רבתי" מחזקת את המסקנה שהנאשם פעל במודעות.**

**לסיכום-** בכל עבירה פלילית שהיא לא רשלנות או אחריות קפידה יש להוכיח מחשבה פלילית סובייקטיבית. על מנת להרשיע בעבירות המתה, יש להראות מודעות סובייקטיבית. הנאשם לא צריך "לראות" כיצד התאונה תתרחש. הקשיים בעניין המודעות:   
1. קושי להוכיח (דיני ראיות).  
2. קושי מהותי – קשה להגדיר מצבים מנטאליים. אפילו אדם כלפי עצמו לא תמיד ידע להגדיר את המודעות שלו (הדוגמה הקלאסית היא המחשבה: "עברתי את הצומת באור אדום, או לא?")  
כדי להתגבר על הקשיים יש שימוש בשתי חזקות:  
1. אדם מודע לתוצאות הטבעיות של מעשיו (חזקת המודעות).  
2. ככל שמדובר בהתנהגות שסוטה מרף ההתנהגות הנורמטיבי המקובל, כך תתחזק הנטייה להסיק מודעות. "רשלנות רבתי" מחזקת את המסקנה שהנאשם פעל במודעות.  
העניין בא לידי ביטוי פעמים רבות בהקשרים של מוות של הולך רגל בתאונת דרכים, או תאונת ירי. במקרים אלו, ההבדל בין הריגה לבין גרם מוות ברשלנות יהיה בהתאם להוכחת המודעות. בעבר, לא היה צורך להוכיח מודעות לתוצאה (למוות). אחרי תיקון 39 יש להוכיח מודעות למוות, כלומר: שהנאשם יהיה מודע לאפשרות שההתנהגות שלו תגרום מוות.

פס"ד מגידיש- אחרי התיקון. הגיע אחרי פס"ד וינצקי. בניגוד למצב המשפטי לפני התיקון, צריך להוכיח מודעות לתוצאת המוות. לפני התיקון היה מספיק מודעות לסיכון הבריאות. יכולנו לחשוב שכתוצאה מהשינוי יהיו יותר זיכויים של עבירות הריגה, אך לא כך בגלל השימוש בחזקת המודעות- חזקה עובדתית לפיה אדם מודע לתוצאות הטבעיות הצומחות ממעשיו.  
בפס"ד ממדוב, ע"פ 1196/99- חבורה של הומלסים שיכורים מתגודדת ואחד הבחורים בועט בבטנו של הקורבן אשר מת כתוצאה מאותן בעיטות. הנאשם טען שמטרתו הייתה להעיר את הקורבן. הוא היה שתוי לגמרי. בפס"ד זה השופטים עדיין מתלבטים אם צריך מודעות לתוצאת המוות או מודעות לסיכון החיים. השופט קדמי- צריך מודעות לסכנה חמורה ולא למוות. מתייחס גם לפס"ד וינצקי ופלוני כפס"ד שלא הכריעו האם צריך דווקא מודעות לתוצאת המוות. שם לא היה צריך להכריע כי במקרים האלו הייתה מודעות לאפשרות המוות, לעומת בעיטות לבטן. השופט זמיר- משאיר בצריך עיון האם לדרוש מודעות דווקא לתוצאת המוות. השופט זועבי- אומר שצריך להוכיח מודעות לתוצאת המוות. בית המשפט לא מקבל את טענת הבועט שהוא רצה להעיר את חברו. זוהי בדיוק חזקת המודעות: בגלל סוג ואופי הבעיטות (בעיטות חזקות למקום רגיש כמו הבטן), הנאשם היה מודע. אומר השופט קדמי, שגם אם הוא לא ידע זאת בבהירות, זה היה כיוון שהוא היה במצב של שכרות – מצב שמרחיב את האחריות הפלילית (על פי 34יט אין בכך הגנה). קיימת ביקורת כלפי השופטים על הפעלה אוטומטית של חזקת המודעות.  
פרופ' רות קנאי כתבה מאמר 5 שנים לאחר התיקון לגבי השינוי שחל- לפעמים קשה לשופטים להכריע למה נאשמים מודעים ולמה לא. במקרים כמו ממדוב בו עולם הנאשם כ"כ רחוק מעולמו של השופט, יש נטייה להחיל בקלות את החזקת המודעות. השופטים בכלל לא מצליחים להבין את הסיטואציה.   
מקרה זה בסימן שאלה האם ממדוב ידע את ההשלכות של הבעיטות שלו. ביהמ"ש הכריע שכן, על סמך הממצאים של פרופ' היס (חוקר במכון לרפואה משפטית). לשופטים קשה להזדהות עם עבירות של נאשמים שמגיעים מעולם שונה.  
פס"ד ע"פ 4463/00 אבו אלוובה- הפעלת חזקת מודעות. ריב בין משפחות, בסופו של דבר סכין ננעצה בירך של הקורבן וכתוצאה משטף דם נגרם מותו. דובר בחתך עמוק של 11 ס"מ. השימוש בחזקה- אם הנאשם דקר עמוק בכזה מקום אי אפשר להאמין לו שהוא התכוון רק לפצוע או לשרוט. השופט מצא- עושה חזקה על גבי חזקה ומפעיל כך את חזקת המודעות- אדם נועץ סכין ויודע שיש סכנה לחבלה חמורה לפחות+ שהוא יודע מתוך ניסיון החיים שחבלה חמורה מסתיימת לפעמים למוות. לכן מי שמודע לסכנה של חבלה חמורה מודע גם לסכנה של ממות. השופטת בייניש- כאשר החבלה החמורה מעצם טבעה מסכנת חיים מתקיימת מודעות לאפשרות של תוצאה קטלנית. יותר מדייקת ממצא. לא כל חבלה חמורה, אלא חבלה חמורה שהיא כזאת שמטבעה מסכנת חיים כמו במקרה כאן. קשה להוכיח מודעות, ולכן בסיטואציות של קלות דעת נשתמש בחזקת המודעות.   
\*עושים שימוש בחזקה שהאדם מודע לתוצאות הטבעיות של מעשיו ככל שמדובר במעשה שמבטא רשלנות רבתי. ככל שהמעשה יותר חורג מנורמת ההתנהגות המקובלת ככה תהיה נטייה להפעיל בצורה יותר משמעותית את החזקה.  
בפס"ד ע"פ 3158/00 מגדיש נ' מ"י- אחרי ממדוב. תאונת דרכים- מגדיש נוסע במהירות 95 קמ"ש, פוגע באישה זקנה שחוצה את הכביש ביבנה, ומביא למותה. האם אפשר להרשיע אותו בהריגה? יש שימוש בחזקות עובדתיות. ביהמ"ש מכריע שכדי להכריע בהריגה צריך להוכיח מודעות סובייקטיבית לתוצאות, מכיוון שא"א לדעת מה בראשו של הנאשם משתמשים בחזקת המודעות. השופט אנגלרד- אומר במפורש שרשלנות רבתי מעידה על רשלנות בפועל – זוהי חזקה עובדתית בלבד (ולכן ניתנת לסתירה כי זו לא חזקה משפטית. מה שלא היה ברור לפני תיקון 39). ביהמ"ש קבע שמגדיש היה מודע לכך שהנהיגה שלו תגרום למוות. הוא נסע במהירות 95 קמ"ש (45 קמ"ש מעל המותר, ולא "רק" 20, לדוגמה) מגדיש הכיר את האיזור, וידע שמדובר בשטח בנוי ולא היה מרוכז בנהיגה. הוא לא לקח בחשבון שמישהו ירד לכביש, משמע שהוא לקח על עצמו את הסיכון שהתנהגותו תגרום למוות. ככל שהמעשה יותר רשלני יש יותר אפשרות להטיל אחריות שהוא ידע שיש סיכון לחיי אדם.   
פס"ד נוסף בעניין תאונת דרכים שבו הנהג הורשע בהריגה הוא פס"ד ע"פ 7251/01 אקנין- הנימוק במקרה זה היה היכרותו של אקנין את אזור התאונה, והידיעה שאי מתן זכות קדימה עלולה להסתיים במוות. הנהג לא נתן דעתו על הנעשה בדרך לפניו, אך הוא הכיר את הדרך ואת ההשלכות של לא לעצור להולך רגל במעבר חצייה שזה עלול להוביל לתוצאות קטלניות, ולכן הוא אחראי. מקרה שכיח שבו הסיקו מודעות, אך מודעות כזו לסיכון שבהתנהגות שלו לא נמצאת במרכז התודעה שלו. היא קיימת איפשהו בראש- מצב קלאסי של קלות דעת.   
פס"ד מגידיש ואקנין הם דוגמאות למקרים בהם אדם פועל מתוך קלות דעת ומורשע בהריגה. הוא לא שם לב למה שהוא עושה אבל הוא יודע שהמעשה מסוכן ועלול לגרום למוות.   
בסעיף 20 ישנה חלוקה דיכוטומית, ובמציאות ישנם גווני ביניים ולכן קשה להוכיח מודעות.

אומרת פרופ' קרן שפירא-אטינגר שיש ליצור מדרג מפורט יותר של מחשבה פלילית. טענתה המרכזית היא, שלמודעות של אדם יש שני מימדים: 1. רוחב 2. עומק. מבחינה רוחבית נבדוק עד כמה או באיזו רמה התוצאה הייתה צפויה, ומבחינת העומק (מימד שלא מופיע בחוק) עד כמה המודעות הקיימת, הכללית עומדת במרכז תודעתו של הנאשם. אדם בוחר איזה מידע יהיה במרכז תודעתי ומה יהיה בשבילו אגבי. ככל שאדם יותר חרד להגנת חיי אדם המידע הזה יותר נוכח בתודעה שלו. אפשר לבוא לנאשם בטענות שהמידע היה אצלו בראש אך הוא סמך על עצמו שזה לא יקרה לו. מודעות חזקה לעומת מודעות חלשה, אגבית. ד"ר ויזל משווה את זה ל"כמות" ו"איכות".  
**הסבר למציאות של פעולה מתוך קלות דעת:** מדובר במצב תודעתי של "לי זה לא יקרה". מדובר ב"הכשלה עצמית" – אדם שעושה משהו שיודע שלא יעבוד, ובכל זאת לוקח את הסיכון (כמו מלצר שמעמיס יותר מידי כלים). אנשים קלי דעת לא פועלים במודעות של 100%. ברוב המקרים, ברור לנו שאם אדם היה יודע שבמידה והוא יעשה תאונה היא תהיה קטלנית הוא היה נוהג אחרת. קלות דעת היא כאשר יש לאותו אדם "ידיעה כללית", אבל זה לא מופנם אצלו. כולנו עושים דברים מסוכנים אבל בכל זאת לפעמים מתנהגים בחוסר זהירות שהיא יותר חמורה מרשלנות. קשה להחליט איפה עובר קו הגבול בין רשלנות לקלות דעת. ביהמ"ש לא מתייגע בדיונים האלו, אלא בדר"כ מסיקים שהייתה מודעות לתוצאה.  
ע"פ 6131/01 פרבשטיין- תיאור של אדם שנסע בכביש מעוקל ותלול. עקף מכוניות שנסעו גם הן מהר מימין ומשמאל, זגזג ואיבד שליטה. הוא הגיע לצלע ההר והסיט את הרכב שמאלה וגרם לת"ד קטלנית. ביהמ"ש מייחס לו את חזקת המודעות- לא צריך להוכיח שהוא ידע איך תתרחש התאונה, אלא שידע שאם הוא נוסע בדרך כזו בצורה כזו זה עלול לגרום לתאונה קטלנית ולא משנה איך היא תקרה ומי יפגע. הוא ידע שזה עלול להסתיים בתאונה קטלנית. הסיפור הזה להחליט אם להרשיע בהריגה או לא עלה בפס"ד נוסף- ע"פ 452/09 לופו רוסו (פס"ד 40016/07, מדינת ישראל נ' ד"ר חיים סטולוביץ. הערה: פס"ד הוא על שמו של מנתח העיניים. הרופאה המרדימה היא הנאשמת השנייה בתיק. רופא העיניים סטולוביץ לא הואשם בהריגה), מדובר במקרה בו ילדה שנכנסה לניתוח פזילה יחסית פשוט, מתה על שולחן הניתוחים. המרדימה נרדמה בעצמה ב10 דק' קרטיות ולא הורידה את המינון של ההרדמה של הילדה שגרם למוות. הוכח שהרופאה הייתה מודעת לאפשרות שרשלנותה תגרום למוות. במקרה זה היה מדובר ברשלנות רבתי. היא לא רק נרדמה, אלא גם החלישה את המוניטור שלא יפריע לה לישון.

**(בעבירת ההריגה אין מדרג** (גם טווח העונש הוא מ-3 שנים ועד 20). העבירה כוללת גם מקרים שממש מתקרבים לרצח, והרף התחתון שלה יש בו פסיעה קלה אל גרם מוות ברשלנות. המדרג הקיים בעבירות המתה הוא:

* כוונה תחילה 300א (2)
* הריגה > אדישות
* הריגה > קלות דעת
* גרם מוות ברשלנות.

שלושת הסוגים הראשונים מתייחסים למחשבה פלילית.

יש הטוענים שהתנהגות שהיא קלת דעת בכלל לא צריכה להיות מחשבה פלילית, אלא צריכה להיות חלק מהרשלנות. אחרים, כמו פרופ' קרן שפירא טוענים שקלות דעת היא כן חלק מהמחשבה הפלילית כי בסיס המודעות המוחלשת מלמד על אותו אדם, שהערך חיי אדם הוא לא במרכז מעייניו. אדם שנוסע במהירות מופרזת יש לו הבחירה המודעת לכך שנסיעתו מסוכנת, וזה מה שמעיד על זלזול בחיי אדם.

לסיכום:

* יש קושי להוכיח מודעות בפועל ולכן עושים שימוש בחזקות.
* החזקות הן עובדתיות בלבד וניתנות לסתירה.
* ההתלבטויות מופיעות כל הזמן.

אריק קרפ נרצח סתם כך על ידי חבורה. בית המשפט הרשיע אותם בהריגה ולא ברצח, כי לא הוכח שהייתה להם כוונה להמית. לא הצליחו להוכיח כוונה תחילה (כלומר: מודעות לאפשרות לא הייתה בעיה להוכיח, אבל הייתה בעיה להוכיח כוונה תחילה). זוהי דוגמה להרשעה בעבירה של מחשבה פלילית רגילה כאשר הרווח בין עבירת ההריגה במקרה זה לבין עבירת הרצח הוא קל ביותר. פס"ד זה עורר ביקורות רבות, ושוב עלתה ההצעה לשנות את מדרג העבירות (אולי לפי רצח דרגה 1, רצח דרגה 2 וכו')).

**אחריות פלילית ללא מחשבה פלילית**על פי סעיף 19, דרישת המחשבה הפלילית:  
אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –  
1. נקבע בהגדרת העבירה כי **רשלנות** היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או  
2. העבירה היא מסוג העבירות של **אחריות קפידה**.

**רשלנות**  
**סעיף 21 שמגדיר מהי רשלנות קובע:**  
(א) רשלנות - אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –  
1. שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור.  
2. שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר.  
(ב) רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע.  
כלומר, על פי סעיף 21:  
1. רשלנות היא היעדר מודעות בפועל של הרכיבים של האקטוס ראוס – הנאשם לא היה מודע לאחד מפרטי העבירה.  
2. אדם מן הישוב בנעלי הנאשם, כן היה מודע.  
3. לא מדובר בסיכון סביר.  
סעיף 21(ב) ממשיך וקובע, שרשלנות, יכול שתקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירות **שאינן מסוג פשע**. כלומר: עבירות רשלנות הן רק לעוון או חטא, על פי הגדרתם בסעיף 24. המשמעות: עבירות רשלנות הן בעלות חומרה של **עד 3 שנות מאסר**. זה הכי הרבה שניתן לתת כעונש על עבירת רשלנות.   
במקביל ס' 90(ב) קובע כלל פשוט- עונש על עבירות רשלנות:  
90ב. בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין תיקון מס' 39, ושבו היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה הוא רשלנות, ולאותה עבירה נקבע עונש מאסר העולה על שלוש שנים - יהיה העונש בשל אותה עבירה, מאסר שלוש שנים.  
במילים אחרות: כל עבירה חדשה שהיא של רשלנות היא של מקסימום 3 שנים. אם יש סעיף ישן שהעונש בו הוא של מעל 3 שנים - אם מדובר בסעיף רשלנות, אז זה יופחת לשלוש שנים.

## רעיון ההטלה של אחריות פלילית בגין רשלנות

בדיני נזיקין, הרשלנות היא עוולה מאוד רצינית. זה כמובן בשל התכליות השונות של דיני העונשין ודיני הנזיקין.  
במשפט הפלילי, המדינה היא זו שבאה בחשבון עם העבריין, והעיקרון המוביל והמנחה הוא עקרון האשמה. נאשם בעבירות של מ"פ סובייקטיבית, מראה שהוא מעדיף את האינטרסים שלו (את טובתו שלו), על פני ערכי החברה הבסיסיים. במקרה זה קל להטיל אחריות פלילית, ואולם ברשלנות, הנאשם לא מודע לסיכון של המעשה שלו, הוא לא מודע לאחד מפרטי ה"אקטוס ראוס" ולא באמת מעדיף את האינטרסים שלו על פני אלו של החברה, אלא הוא סטה מנורמת התנהגות מקובלת. סובייקטיבית הנאשם לא צפה את העניין ולכן אין לו את אותה מידת אשמה.   
מידת האשמה של הרשלן נמוכה ופחותה לעין שיעור. עבירות רשלנות הן חריגות במשפט הפלילי. רואים זאת בס' 19, בעונש המופחת, סביב עבירות של ערכים של חיי אדם שרוצים לתת להם הגנה ואין רשלנות לגבי רכוש. בחוק הישראלי אין עבירה של רכוש ברשלנות.

**מהי אם כן ההצדקה המוסרית להעניש את הרשלן? מהי בכל זאת מידת האשמה?** אין ספק שהדרישה של החברה מאדם לא להיות רשלן היא הרבה מעבר לדרישה לא לפגוע מתוך מודעות. הדרישה של החברה מאדם לא להיות רשלן, היא הדרישה מאדם להיות עירני לנעשה סביבו, ולבדוק האם התנהגותו טומנת בחובה סיכונים. צפייה בסיסית מכל אחד מהחברה לא לסטות מהסטנדרטים של האנשים שסביבו. למרות שאדם שהוא רשלן לא בוחר באופציה להזיק בצורה מודעת, אפשר לומר שבנקודת הזמן הקודמת, האדם בוחר שלא להיות מודע: הוא בוחר להיות מרוכז בעצמו.  
מבחינה דאונטולוגית, אפשר להצדיק הרשעה בגין רשלנות. אנחנו כחברה "אומרים" לאדם הרשלן: בזמן הביצוע אולי לא היית מודע, אבל לכך שאתה לא מודע לדברים שאדם מן הישוב כן מודע אליהם הוא, שבשלב הקודם למעשה ("הקודם" במובן הרחב, לא במובן של כמה דקות לפני המעשה), באופן שאתה מנהל את חייך, אתה מרוכז בצרכים שלך ולא "רואה ימינה או שמאלה". לכן יש הצדקה מסוימת לעבירות רשלנות כאשר שומרים את עבירות הרשלנות לסיכונים הגדולים, כגון סיכון לגוף האדם. ואכן, בדרך כלל, עבירות הרשלנות שמורות לפגיעות היותר חמורות: למשל: חבלה ברשלנות או גרם מוות ברשלנות.  
מבחינה תועלתנית וודאי שיש הצדקה להאשים ברשלנות. החברה רוצה למנוע נזק: גרמת נזק לחברה, תשלם את המחיר. גישות תועלתניות יטו ליצור כמות גדולה יותר של עבירות רשלנות.  
לכאורה, בעבירות של רשלנות אין מה לדבר על הרתעה עתידית. בעבירות מודעות, למשל אונס, החברה רוצה להטיל סנקציה חריפה, על מנת שאדם שיש לו את חופש הבחירה לפגוע או לא לפגוע – הוא יעדיף שלא. נשמע כאילו, בעבירות רשלנות אי אפשר לדבר על הרתעה, כי האדם לא ידע. אם היה מודע, לא היה מתנהג ככה. אבל למעשה, כן קיים אלמנט של הרתעה, כי יצירת עבירות כאלו מעלות את רף הזהירות. באמצעות עבירות כאלו, אנחנו מחנכים את הציבור. למשל: אם הורים שהשאירו את ילדם ברכב והוא נפטר יואשמו בגרם מוות ברשלנות, אזי הציבור יזהר יותר. ההנחה היא שהמשפט הפלילי, בשל היותו ציבורי, יש לו כוח מחנך (ואולי הדוגמה הנ"ל היא לא ממש טובה, כי הסיפור עצמו בלי שום קשר למשפט הפלילי הוא סיפור מחנך).  
לסיכום: אפשר להצדיק עבירות רשלנות גם בעיניים תועלתניות וגם בעיניים דאונטולוגיות.  
**בהסתפקות ביסוד נפשי של רשלנות יש פגיעה בעיקרון החוקיות**: כאשר מדברים בהרשעה על בסיס רשלנות, ביהמ"ש בא לאחר מעשה וקובע שהייתה רשלנות. שוב, זו הסיבה שמצמצמים את השימוש בעבירות האלו לעבירות החמורות ביותר.  
בפס"ד דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מ"י-דובר באישה מוכה שבעלה התעלל בה התעללות מתמשכת. בסופו של דבר, בזמן אירוע נקודתי ולאחר שהמשטרה עזבה את המקום ובעלה התפרץ עליה, היא קפצה אל מותה. הטילו על בעלה אחריות פלילית בגרם מוות ברשלנות. בית משפט קובע שאדם מן הישוב היה מודע לזה שהתעללות כזו באישה במשך שנים, יגרום להתאבדות.  
יש כאן דוגמה שבה אפשר לומר שיש כאן בעיה עם עיקרון החוקיות, כי רק אחרי שקורה המקרה הראשון, יודעים שאלו הן התוצאות. במקרים הבאים, עיקרון החוקיות לא נפגע באותה מידה.  
דוגמה דומה היא פס"ד בש, אשר בעקבותיו חוקק **סעיף 340** (ציטוט בהמשך)בש, בהתנהגותו, היה הראשון שקרה לו כזה דבר. בפסק הדין בש ישנה פגיעה בעיקרון החוקיות: בית המשפט החליט שההתנהגות היא לא של אדם סביר. ושוב, אחרי שמתרחש "בש ראשון", בפעם הבאה כבר לא תהיה בעיה עם עיקרון החוקיות.  
כלומר: כאשר מדובר במעשים שחוזרים, כבר אין את אותה הפגיעה בעיקרון החוקיות. ואולם, **הבעיה עם עיקרון החוקיות היא בעיה בלתי פתירה.**  
במבנה נכון של החוק, הייתה צריכה להיות בצידה של כל עבירת רשלנות גם עבירה של מחשבה פלילית. זה לא תמיד קיים, ואז נשאלת השאלה: בהנחה שיש כאן רק רשלנות, האם אפשר להרשיע באותה העבירה גם כאשר הייתה מחשבה פלילית? גם נושא זה אינו פתיר, ישנם אנשי אקדמיה שחושבים שבהחלט ניתן (פרופ' רות קנאי) וכאלו שחושבים שבהחלט לא (פרופ' פלר).

## כיצד מזהים עבירת רשלנות?

לפני תיקון 39 ביהמ"ש הכריע עבור כל סעיף. פס"ד אורלי אזואלי- ביהמ"ש לקח על עצמו את האחריות להכריע אם מדובר ברשלנות. היום, עבירה שותקת היא עבירה של מחשבה פלילית ואילו עבירה שמסתפקת ברשלנות היא רק עבירה **שבה נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש**. מספר דוגמאות פשוטות (עבירות בהן מופיעה המילה רשלנות בהגדרת העבירה):

* סעיף 304 - גרם מוות ברשלנות.
* סעיף 449 - הגורם ברשלנות לשריפת דבר לא לו...
* סעיף 108(ב) - מי שגרם ברשלנות נזק לרכוש שהוא בשימוש כוח מזויין או סיכן ברשלנות את האספקה לכוחות המזויינים...
* סעיף 338- מעשים שנעשו בדרך נמהרת או ברשלנות

יש לשים לב בדר"כ עבירות רשלנות הן כלפי גוף האדם, אבל בדוגמאות הנ"ל ישנן שתי עבירות שמתייחסות לרכוש. הסיבה: אלו הן עבירות שמסכנות משמעותית את ערכי החברה (אש, פגיעה בביטחון המדינה).   
ברור שהפסיקה לא יכולה ליצור עבירות רשלנות. אי אפשר שהפסיקה תחליט שזו עבירת רשלנות. בעבירות חדשות יהיה כתוב "רשלנות", אך יש לא מעט עבירות ישנות, אשר קדמו לסעיף 19, שלא כתובה בהן במפורש המילה. דוגמאות: **סעיף 341, חבלה ברשלנות:** העושה מעשה שלא כדין, או נמנע מעשות מעשה שחובתו לעשותו, והמעשה או המחדל אינם מן המפורטים בסעיפים 338 עד 340, ונגרמה בהם חבלה לאדם, דינו - מאסר שנה.  
לכאורה מדובר בעבירה של מחשבה פלילית רגילה, אולם הכותרת של הסעיף היא: "חבלה ברשלנות" ולכן משתמע מהכותרת, מהעונש הקל (עד 3 שנים) ומההקשר בין הסעיפים שזה כתוב, שמדובר פה בסעיף רשלנות, על אף שזה לא מצוין בתוך הסעיף.  
סעיף 19 הוא המפתח. בסעיף כתוב ש"אם נקבע בהגדרת העבירה...", אבל לא כתובות המילים "נקבע במפורש", לכן אפשר לומר שסעיף 341 היא עבירת רשלנות, כי **משתמע מהגדרת העבירה שהיא עבירת רשלנות**.  
**סעיף 218 (רישא), מעשה העלול להפיץ מחלה:** העושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו - מאסר שלוש שנים;  
לפני תיקון 39, בעבירות כגון אלו עלתה השאלה מהי "התרשלות". המונח "התרשלות" לא בהכרח מלמד על יסוד נפשי, ויכול שיתאר את היסוד העובדתי. שתי האפשרויות רלוונטיות, ולפני התיקון הייתה התלבטות כיצד לפרש מילה זו. ואולם, במקרה זה, בשל מבנה הסעיף המדורג (המכיל בסיפא שלו מחשבה פלילית במזיד), ברור שמדובר ביסוד נפשי של רשלנות, ולא ביסוד עובדתי. כיום, לאחר תיקון 39, סעיף 90א (5) קובע במפורש שהתרשלות משמעותה רשלנות.   
**סעיף 340, סכנה לילדים:** המשאיר או מפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו, ויש יסוד סביר להניח שילדים ישחקו בדבר או יטפלו בו בדרך אחרת, ושבעשותם כן הם עלולים להינזק בבריאותם או לסכן חייהם, ואינו נוקט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע תוצאות כאלה, דינו - מאסר שנה. (כאמור, הסעיף אשר נחקק בעקבות פס"ד בש).  
המילים בסעיף אשר מלמדות על רשלנות הן: "יש יסוד סביר להניח". זהו ביטוי שמלמד על מדד **אובייקטיבי**.   
אם בודקים את סעיף 90א (4), אז ניתן לראות שיש הבדל בין "יש **לו** יסוד להניח" ובין כך ש"היה באופן כללי יסוד סביר להניח".  
ע"פ 987/02 מדינת ישראל נגד איסמעיל מתייחס לסעיף 413: החזקת נכס חשוד, סעיף 413. המחזיק דבר, כסף, נייר ערך או כל נכס אחר שיש עליהם חשד סביר שהם גנובים, ואין בידו להניח את דעתו של בית משפט שרכש את ההחזקה בהם כדין, דינו - מאסר ששה חדשים.  
על הניסוח "שיש עליהם חשד סביר", בית המשפט אומר שביחס להחזקת הדבר צריך מודעות (צריך שיהיה מודע שהוא מחזיק בנכס), **אבל לגבי טיבו של הנכס (שאולי מדובר בחפץ גנוב), די ברשלנות.** כלומר: ביהמ"ש פירש את הסעיף כסעיף שמסתפק ברשלנות בהקשר לטיב החפצים.

**תנאי הרשלנות על פי ס' 21:**  
1. **הנאשם לא היה מודע**- מספיק חוסר מודעות למשהו מבין הרכיבים.   
2. **אדם מן הישוב היה יכול להיות מודע**

בפס"ד בש- אדם סביר זה משהו שבית המשפט קובע לפי ניסיון החיים שלו. יש פער בין האדם הממוצע למה שנקבע בבית המשפט. בדיון הנוסף במקרה בש נאמר, שהשופט יכול להיעזר במומחים, אבל בסופו של דבר – השופט הוא שיקבע.  
בהתחלה בחנו לפי המושג של "אדם מן היישוב"- סטנדרט של אדם ממוצע. בהמשך הסטדנרט הזה ננטש ע"י ביהמ"ש מאז פס"ד בש ששם נקבע שהסבירות נקבעת לפי נסיון החיים והידע של השופט. השופט יכול להעזר בעדים מומחים, אך הוא בסופו של דבר קובע מה היה צופה אדם מן היישוב באותן נסיבות. מאז פס"ד בש נפער פער בין האדם הסביר ובין האדם הממוצע. הרף הנקבע בבית המשפט הוא גבוה יותר מהרף של האדם הממוצע. בית המשפט מעלה את רף הזהירות דרך שימוש באדם הסביר, ובנקודה זו קיימת ביקורת על הפסיקה: כל ההסברים שהצענו להטלת אחריות ברשלנות מתאימים יותר לשימוש באדם ממוצע, ולא על "האדם הסביר" יציר הפסיקה.   
בפס"ד יעקובוב נשאלת השאלה, האם **יש משמעות לניסוח של המילים "אדם מן הישוב" בתיקון 39?** השופטת דורנר קובעת שזהו **שינוי חסר משמעות**. בכך נגנזה תקוותם של האקדמאים להחזיר את ה"אדם הסביר" להיות האדם הממוצע, בעקבות שימוש במונח "אדם מן הישוב". בית המשפט פסל את התקווה הזו.  
פרופ' פלר סובר אחרת, שצריך לנהוג לפי אדם ממוצע ולא דמות פיקטיבית שביהמ"ש ממציא אותה.   
**האם לצורך יצירת האדם הסביר צריך לקחת בחשבון נתונים סובייקטיביים?** האם ראוי להשתמש בנתונים קונקרטיים של הנאשם? למשל: אדם שיש לו מוגבלות פיזית – חירש או עיוור. האם מתייחסים לגיל של הנאשם? תכונות שמשפיעות על מידת המודעות לפרטים של העבירה. האם אנחנו לוקחים אדם סביר בעל אותה מגבלה? אפשר לומר שזה אכן רלוונטי, והטענה כנגד אומרת: אדם שיש לו מוגבלות ומודע לה, צריך להיזהר שבעתיים.  
הרבה מלומדים חושבים בהחלט שיש להתחשב, כי יש לפעמים אלמנטים שאדם לא מודע למוגבלות שלו (למשל: מגבלות של גיל). ומצד שני, ברור שלא כל תכונה מצדיקה התחשבות (למשל: בהחלט תכונות של סוציומטיות או אגואיזם לא ילקחו בחשבון).  
**ככלל: במשפט הישראלי לא עשו קונקרטיזציה של האדם הסביר. באקדמיה סבורים שכן היה צריך.**  
בפועל, אין התחשבות בנתונים אישיים. זה רלוונטי רק לעניין העונש בנושאי רשלנות מקצועית וזה לרעת הנאשם (והרי אין טעם לקחת אדם סביר שאין לו הכשרה רפואית, כאשר נבדקת רשלנות של רופא שמצפים ממנו יותר בגלל המקצועיות רפואית שלו). באופן כללי במשפט הפלילי בפסיקה הישראלית אין קונקרטיזציה לאדם הסביר הן לעניין הרשלנות והן לעניינים אחרים בהם המדד הוא האדם הסביר.

**3. אי סבירות נורמטיבית / ערכית-** סעיף 21 אומר שמלבד שהנאשם לא היה מודע לסיכון, יש תנאי נוסף: שהסיכון לא היה בגדר הסיכון הסביר. יש סיכונים שהחברה רוצה לעודד לקחת, אם זה סיכון סביר, ואז גם אם הנאשם לא היה מודע במקום שמישהו אחר היה מודע – לא תוטל עליו האחריות. זו קביעה נורמטיבית של ביהמ"ש. אין כאן התחשבות לעמדת הציבור.  **תמיד בודקים את מידת הסיכון מול הערך של הפעולה.** למשל: פס"ד צור הוא פס"ד ישן בשנות ה-70 של מטיילים שנקלעו לשיטפון- ביהמ"ש קובע כקביעה ערכית שיש ערך לטיולים במדינת ישראל.היו יכולים להשתמש במבנה היפה של הסעיף על מנת לפגוע פחות בעקרון החוקיות. טענה זו אומרת: במקרה הראשון שמופיע, בית המשפט צריך להשתמש בסעיף 21 ולומר שיש צורך לבדוק שני תנאים נפרדים: האם אדם מן הישוב היה צופה? והתשובה היא: לא. לא היה צופה, כי לא היה מקרה כזה קודם. כאשר יבדק התנאי השני, הוא תנאי הסיכון הסביר: ביהמ"ש יאמר שהסיכון לא היה סביר, ולכן בפעם הבאה שיחזור על עצמו מקרה דומה אפשר יהיה להטיל אחריות פלילית. מדובר ברעיון נחמד, אבל מבחינה פרקטית הוא לא טוב שהרי הציבור שומע רק על ההרשעה או הזיכוי, ולא ממש קורא את פסק הדין.  
הפסיקה לא עושה ככה, אלא קובעת אחריות לפי מבחנים של אחריות מנזיקין. רשלנות בפלילים בודקים כמו בנזיקין- מה היה עליו לדעת, חובת זהירות. יש ביקורת שמאמצים את הרף האזרחי ואין דרישה מיוחדת ושונה ממשפט נזיקין. יש ביקורת שמתעלמים לגמרי מנסיבות אישיות של נאשם. יש הצעות חקיקה, אך זה כרגע המצב.

# אחריות קפידה

סוג של עבירות שהן מסוג של אחריות קפידה- לא צריך להוכיח לא רשלנות ולא מחשבה פלילית. מספיק להוכיח את היסוד העובדתי (ולכן וודאי שאחריות קפידה היא חריג בעונשין). מופיעות בס' 22. יש הטוענים שזה צריך להיות עבירות מנהליות ולא עבירות פליליות.  
לפני תיקון 39 היו עבירות של **אחריות מוחלטת**. אחריות קפידה היא סוג של "מוטציה" לעבירות אלו. לפני התיקון, ברגע שהיה ביצוע של היסוד העובדתי, הוטלה אחריות פלילית מוחלטת. כמובן שגם לפני התיקון התייחסו אליה כחריג. לא היה צריך להוכיח יסוד נפשי. המילה מוחלטת מלמד שלא היה צריך גם שיהיה יסוד נפשי ולא רק שלא צריך להוכיח אותו. דוג'- לא לעצור ברמזור אדום.

פס"ד שבו ביהמ"ש קבע אחריות מוחלטת: פס"ד גדסי- אבן פגעה בבלמים, מיד אחרי תיקון. הוא יצא מהמוסך וחשב שהאוטו תקין. במזל ביש עצר אותו שופט ונתן לו דוח שהוא היה בלי אורות. בית המשפט קובע שזוהי עבירה של אחריות מוחלטת ולכן אין מה לפתוח דיון: אם אדם נתפס ללא אורות בלימה – מוטלת עליו אחריות קפידה. גם אז עבירות אחריות מוחלטת היו חריג. ביהמ"ש ניסה לזהות אם זו עבירה שמתאימה מטבעה להיות אחריות מוחלטת או דורשת מחשבה פלילית. בתחום של עבירות הסדר "פרוהיבטה"- עבירות שאם היה נוחת כאן מישהו מכוכב אחר או מארץ אחרת הוא לא היה יודע כיצד צריך להתנהג- כמו באיזה צד של הכביש צריך לנהוג. גם עבירות אלו לא תמיד יהיה בהן אחריות מוחלטת, זה חריג.   
היסטורית, רעיון האחריות המוחלטת נולד במשפט האנגלוסקסי בשל השינויים של המהפכה התעשייתית- הופך להיות ייצור המוני ומסועף בעל פוטנציאל של נזק מאוד גדול, וגם יש קושי להוכיח איפה הייתה מחשבה פלילית או רשלנות, רצו להקל על המשפט ולהגיד שאם מוצר פגום יוצא לשוק ועלול לגרום לנזק המוני לא יתחילו לחקור מי לא היה מודע ומי לא היה רשלן. עבירות אלו מכתיבות כללי התנהגות שבהן לא צריך לבחון כל מקרה לגופו. תפסיה תועלתנית. הרעיון הוא להגן על החברה ע"י עבירות קלות המסדירות שטחי חיים מתפתחים. באופן זה מעלים את רף הזהירות ויש חזקה חלוטה שהייתה רשלנות. הנאשם לא יכול לסתור את חזקת הרשלנות שמחוקק יצר. אחריות פלילית אוטומטית.  
בפס"ד אבו רביע הוחלט שמדובר בעבירה של מחשבה פלילית ולא אחריות מוחלטת, כי אחריות מוחלטת שמורה לעבירות שמסדירות תחומים מתפתחים (תנועה, תכנון ובנייה) ולא לעבירות קלאסיות.  
היום, לאחר התיקון, אין עבירות של אחריות מוחלטת. לפי סעיף 19 העבירה צריכה להיות מהסוג של אחריות קפידה. השדרוג לאחריות קפידה: **באחריות קפידה יש לנאשם פתח מילוט.** גם אם ביצע את האקטוס ראוס, קיים עליו הנטל להוכיח את אחד הדברים המנויים בסעיף 22. המעבר לאחריות קפידה בוודאי עולה בקנה אחד עם ח"י כבוד האדם וחירותו. יש משהו לא הוגן באחריות מוחלטת אם הנאשם כן יכול להראות שהוא היה בסדר.  
**באחריות קפידה בדר"כ מדובר על עבירות קלות שמטרתם להסדיר תחומים חברתיים מתפתחים.** רצו לקבוע כללים שימנעו נזק. להעלות את רף הזהירות הכולל בחברה. למשל: אנחנו קובעים שלנסוע בלי אורות תקינים במכונית זו אחריות קפידה, ואז לא צריכים אפילו להוכיח רשלנות.  
**אחריות קפידה והיקפה, סעיף 22.**   
(א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" - לרבות בהלכה פסוקה.  
(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה.   
(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.   
הסעיף אומר: כדי שעבירה תחשב לעבירה של אחריות קפידה, צריך שבהגדרת העבירה יהיה כתוב שזו עבירה שלא צריך להוכיח בה מ"פ או רשלנות. כאן נטל ההוכחה עובר לנאשם. התביעה צריכה בסה"כ להוכיח יסוד עובדתי ואז יש מחשבה פלילית, והנאשם צריך להוכיח:  
1. שהוא לא פעל במחשבה פלילית וללא מודעות,   
2. לא ברשלנות- כל אדם סביר היה נוהג כך בסיטואציה זו.   
3. עשה כל שביכולות כדי למנוע את הפגיעה. מירי גור אריה חושבת שזו תוספת מיותרת ומספיק להראות שהוא נהג בסבירות. קרמצ'ר אומר שכן צריך להראות שהוא פעל מעבר לאדם סביר מינימאלי. תיאורטית אם הוא היה עושה הכול כדי למנוע את העבירה- העבירה הייתה נמנעת, אך לא מצפים ממנו את זה.   
מה רמת ההוכחה שמוטלת עליו? הפסיקה הכריעה שצריך לפי מאזן הסתברויות כמו במשפט האזרחי- לפי 51%. (מעל לכל ספק סביר- 98%, ועודף ראיות 51% ולעורר ראיות לספק זה 3%). הנטל להוכיח עובר לצד שיש לו יותר מידע- ליצרן של מוצר פגום יש יותר מידע מאשר לתביעה.   
ס' קטן ג- אדם לא יקבל עונש של מאסר אלא אם הוכיחו מחשבה פלילית או רשלנות.   
  
בחקיקה חדשה, יהיה כתוב בפירוש שהעבירה אינה טעונה מ"פ או רשלנות, בדיוק כמו שמופיע ברישא של סעיף 22 (א). המשך הסעיף מתייחס לסעיפים הישנים, שנחקקו לפני ס' 22, וברור שהן אחריות קפידה כי נקבע בדין. הסיפא של הסעיף, אומרות **שעבירות שנקבע בדין שהן של אחריות מוחלטת, ימשיכו להתפרש כעבירות של אחריות קפידה**. למשל: סעיף 28 לחוק זכויות החולה.   
כל העבירות שחוקקו מאז התיקון כדי שהעבירה תחשב אחריות קפידה חייב להיות כתוב זאת בסעיף שהיא אינה טעונה הוכחה של אחריות פלילית או רשלנות. למשל בס' 28 לחוק זכויות החולה כתוב זאת בפירוש. סעיפים ישנים שהיו מוגדרים כאחריות מוחלטת הופכים להיות כיום אחריות קפידה.  
**הודאה של נאשם.** בכתב האישום מתוארות העובדות הפיזיות והסעיף להעמדה לדין. מה קורה כאשר הנאשם מודה בעובדות? התעוררה השאלה, במה הנאשם מודה? באקטוס ראוס, או במ"פ או ברשלנות? ואם אכן הודה רק בעובדות, אז המשפט נגמר, ואז לא ניתן לתת לו מאסר.  
בפסיקה יש התלבטות קצרה. השופטת בייניש בפס"ד לקס אומרת שכאשר הנאשם מודה, הוא מודה גם ביסוד הנפשי, אולם היא כתבה את זה רק בתור דעה. בסופו של דבר הפרקליטות הוציאה הנחיות שבכתב התביעה יפרטו גם את היסוד הנפשי, ולכן כאשר נאשם מודה, הוא מודה גם במחשבה הפלילית.  
**מה קורה ביחס לעבירות ישנות שאין פסיקה לגביהן?** יש מחלוקת בנושא הזה: האם ביהמ"ש יכול לקבוע אחרי תיקון 39? בפס"ד לקס- השופט קדמי- אי אפשר לקבוע היום בפסיקה שעבירה ישנה היא עבירה של אחריות קפידה- אי אפשר להחליט ביחס לעבירות שאין לגביהן פסיקה, שהן עבירות אחריות קפידה.   
פס"ד רע"פ 1875/98 אורן מתכות בנגב- השופט ברק- ניתן לקבוע ביחס לעבירות ישנות שלא זכו לפסיקה. השופט ברק נותן גם מדדים להחליט האם זו אחריות קפידה, אך בסופו של דבר משאיר את הנושא בצריך עיון.  
ההתלבטות- אם נצטמצם לקביעות העבר אנחנו בוודאי נשרת את עיקרון החוקיות, ובוודאי שנשרת את העיקרון של תיקון 39 שאומר שאי אפשר ליצור בפסיקה את סוג המחשבה הפלילית. זוהי הגישה הפורמלית. מצד שני, אנחנו יוצרים מצב אבסורדי שהשאלה תלויה באלמנט "המזל" של אותו הסעיף – אם זכה או לא זכה להתייחסות בפסיקה בעבר, זה עניין של מזל, וזה בוודאי פוגע בכוונת המחוקק המקורית.   
לאור השיקולים השונים, כנראה בית המשפט יסיק שמדובר בעבירה של אחריות קפידה רק במקומות שזה מאוד ברור שכוונת המחוקק הייתה לאחריות קפידה. רק במקומות שבהם להגיד שהעבירה היא של מ"פ ייצור אבסורד.   
אפשרות ביניים היא להגיד שאת המילים "נקבע בדין" בסעיף 22(א) צריך לפרש את זה בצורה רחבה: הכוונה היא לעבירות **מסוג דומה**. במקום שהפסיקה קבעה ביחס למשפחה של העברות שזה אחריות קפידה.  
  
פס"ד אורן מתכות הוא פסק דין חשוב, משום שברק מאפיין את עבירות אחריות קפידה: נותן אמות מידה כדי לקבוע איזו עבירה מתאימה להיות אחריות קפידה. ברק מדבר על זה שהעבירות הללו באות להעלות את רמת הזהירות. היה שם עבירות מע"מ וההחלטה הייתה שהן לא עבירות של אחריות קפידה.   
עבירות של אחריות קפידה מקורן בדר"כ בהתפתחות במציאות חיי החברה. לאור זאת ולאור העונש הלא קל של עבירות מע"מ, הוא מחליט שאלו עבירות שדורשות מחשבה פלילית. הוא מודה שהאבחנה לא קלה וקשה לסווג בעבירות שלא כתוב בהן מפורש, ומה שיכול לעזור:  
1. עבירות של אחריות קפידה הן עבירות של חזקת הרשלנות.  
2. מדובר בעבירות הסדר ולא בעבירות קלאסיות. מדובר בעבירות שבאות להסדיר התנהגות חברתית. הדגש הוא על הנזק ולא על האשמה.  
מה שאופייני להם:  
א. עבירות עם עונש קל.  
ב. מסדירות תחומי חיים מתפתחים.  
ג. מטרתן להעלות את רף הזהירות.  
בפס"ד אורן מתכות נידונו עבירות מע"מ וברק קבע שהן עבירות מ"פ, בגלל העונש לעבירה ובשל אי התאמתה לתנאים.

סיכום- השיעור למדנו את שני החריגים למחשבה פלילית: רשלנות ואחריות קפידה.

עבירות נגזרות

עבירה נגזרת היא עבירה שאין לה קיום עצמאי והיא לא עומדת בפני עצמה, אלא הקיום שלה נגזר מעבירה אחרת:  
1. ניסיון לעבור עבירה.  
2. שידול.  
3. ניסיון לשדל.  
4. סיוע.  
5. מבצע בצוותא.  
6. מבצע באמצעות אחר.

או באופן כללי: ניסיון, וצדדים לעבירה.  
גם אם אי אפשר להוכיח שנתקיימו כל היסודות העובדתיים והנפשיים בעבירה, ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית על נאשם ובלבד שהוא עומד בכללים הקבועים בפרק ה' (עבירות נגזרות) לחלק הכללי של חוק העונשין. הפרק כולל כללים איך ומתי אפשר לגזור אחריות פלילית מתוך עבירה כזו.  
יש כאן הרחבה של הגרעין הפלילי ולכן אין הרחבות נוספות והולכים רק לפי מה שכתוב בפרק. לכן גם לא מטילים אחריות פלילית על נגזרת של נגזרת, למשל: סיוע לסיוע, החריג לעניין זה הוא **ניסיון לשידול**, שמפורט בסעיף. בעבירות נגזרות תמיד הנגזרת נצמדת לאחד מסעיפי העבירה, היא לא עומדת בפני עצמה. למשל- ניסיון רצח, שוד, אונס זה משהו מהפרק הזה +עבירה ספציפית.

## הניסיון פרק ה סימן א

אין קיום עצמאי לניסיון. זה חייב להיות צמוד לעבירה קונקרטית. עבירה פלילית שהיא לא מושלמת. סעיפי הניסיון: 25-28. הכלל המנחה הוא "לא מענישים על מחשבות". לא הגיע לכדי עבירה מושלמת, אך כן היה ניסיון ולא בגדר מחשבה בלבד.   
**סעיף 25 מגדיר מהו ניסיון:** אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה.  
**סעיף משלים, הוא סעיף 34ד:** סעיף שרלוונטי לכל הפרק  
34ד. מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה.   
כלומר: לעניין ניסיון, אומר 34ד, ככלל: **דין אחיד למנסה ולמצליח**. העונש למי שמנסה ולא מצליח זהה לעונש של מי שביצע את העבירה בשלמותה. בסעיף 27 יש הבדלים בין העונש על נסיון לבין העונש על עבירה שלמה.   
בעבר, לפני תיקון 39 העונש על ניסיון היה חצי מהעונש על עבירה מושלמת. הסברה הייתה שצריך להעניש על פי מידת הנזק (גישה תועלתנית), בנוסף סברו שכאשר מדובר בשלב הניסיון יכול להיות שהאדם יתחרט, אם ידע שהעונש שלו יהיה קל יותר (כדי להמריץ עבריינים לעצור בשלב הניסיון, כדי לעודד את החרטה). נקודת ההנחה הזו התבררה כשגויה.  
היום התפיסה היא שונה, ומייחסים יותר משקל לאשמה הסובייקטיבית. מבחינת אשמה סובייקטיבית לא נראה שיש הבדל גדול בין המשלים את העבירה ובין המנסה. לתת עונשים שונים זה לתת משקל גדול מידי למזל המוסרי, ולאור שיקולים גמוליים בחרו להשוות בין השניים. לא רוצים שהמזל הוא שיקבע את חומרת המעשה ומה העונש המתאים.  
יתר על כן, יש כאן פוטנציאל של סיכון לחברה מכיוון שאדם שלא הצליח היום, ינסה שוב בעתיד.  
לגבי שיקול החרטה: נמצא שברוב המקרים, על פי מחקרים קרימינולוגיים, עבריין לא נרתע ממידת העונש. מה שמשפיע הרבה יותר זה וודאות האכיפה. הוכח שמה שמכוון את העבריינים זו השאלה האם יש סיכוי שיתפסו אותם, ופחות משפיע ומרתיע הוא ההבדל בעונשים. לכן, לא ההקלה בעונש היא שתעודד חרטה ולכן אין הצדקה להקל עם המנסים באופן כללי.  
החוק החדש יוצא מנקודת הנחה שכדי לעודד חרטה, לא צריך להקל עם כל המנסים. סעיף 28 נותן **פטור עקב חרטה** למי שבאמת מתחרט, גם אם העבריין כבר נמצא בשלב הניסיון.  
**סעיף 28, פטור עקב חרטה:** מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה.  
רק אם מדובר בחרטה אמיתית, אז הוא ייהנה מההקלה, מהפטור. זהו מצב עדיף מהקודם, כי לא פוטרים מאחריות את כל המנסים.  
**סעיף 27, עונש מיוחד על ניסיון:** הוראה שבה נקבע לעבירה עונש חובה או שנקבע לה עונש מזערי, לא תחול על נסיון לעבור אותה.  
למשל בסעיף 275, לעניין הפרעה לשוטר העונש הוא מינימום שבועיים ועד 3 שנים. ואולם, במקרה זה יש פער גדול בין הניסיון ובין העבירה המושלמת, לכן משאירים לבית המשפט את שיקול הדעת לתת עונש קל יותר ולא מגבילים אותו בעונשי חובה או בעונש מינימום.   
**סעיף 34ג קובע סייג לנסיון, לשידול ולסיוע:** **סעיף 34ג.** הנסיון, השידול, הנסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש.  
זוהי הגבלה נוספת על העבירות הנגזרות: לא מענישים על ניסיון לעבור עבירה של חטא (עבירות קלות של עד 3 חודשי מאסר). הסיבה: לא מעוניינים להרחיב עד כדי כך את המעגל הפלילי.  
לסיכום, **דין אחיד למנסה ולמצליח**, כאשר הסייגים הם:  
1. פטור עקב חרטה.  
2. הוראות של עונשי חובה או מינימום לא יחולו.  
3. עבירות חטא.

## רכיבי הניסיון

נפרק את סעיף 25: אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה. ליסודות הנפשיים והעובדתיים של הניסיון.  
במטרה לבצע = יסוד נפשי.  
מבחינת יסוד עובדתי:  
1. עשה מעשה.  
2. העבירה לא הושלמה  
3. שאין בו הכנה בלבד.

**1. עשה מעשה**- ידוע על פי סעיף 18 שאין אחריות פלילית ללא מעשה, וכן שמעשה יכול להיות על דרך מחדל.גם ניסיון יכול להיות במעשה או במחדל, אולם נדירים המקרים שבהם יש ניסיון במחדל אבל זה ייתכן: אמא שמנסה להרעיב את הבת שלה למוות, או שלא מספקת תרופות, ורשויות הרווחה נכנסות לתמונה ומצילות את הילדה. לא נעברה עבירה של גרימת מוות. **2. העבירה לא הושלמה**- משהו מהרכיבים העובדתיים לא התקיים. יכול להיות חוסר במעשה, בנסיבה או בתוצאה.\* חוסר במעשה: ניסיון אונס. המעשה מוגדר כבעילה. אפשר להרשיע בניסיון אונס גם אם לא בוצעה בעילה. \* חוסר בנסיבה: רוצים להרשיע באחזקת סמים. המשטרה החליפה את השקית בשקית אבקת סוכר. רוצים להאשים את סוחר הסמים, אבל בפועל, אין אחזקת סמים, כי זה לא היה סם. אפשר להרשיע בניסיון להחזיק סם אסור.\* חוסר בתוצאה. השכיח ביותר. הנאשם ניסה להמית והחטיא את המטרה. **3. מעשה שאין בו הכנה בלבד**- מדוע צריך לדאוג לכך שהמעשה הוא יותר מהכנה? הרעיון המגולם בתנאי הוא שלא מענישים על מחשבות. ההכנה רחוקה מידי מהעבירה המושלמת בשביל להעניש עליה.החריג הוא **קיומן של עבירות הכנה**. לדוגמה, סעיף 116 הוא סעיף עבירה המכילה: הכנה, ניסיון, עבירה מושלמת.**מתי עוברים משלב ההכנה לשלב הניסיון?** מדובר ב"מתחם" הניסיון, שהגבול העליון שלו הוא העבירה המושלמת, אולם הגבול התחתון שלו אינו ברור. בתוך מתחם הניסיון, יש פעולות שיותר קרובות להכנה, ויש פעולות שיותר קרובות לסוף.הסעיף לא מכיל הגדרה, ולכן המבחנים שנקבעו בפסיקה הישנה נשארו רלוונטיים. בארצות השונות, כמו בפסיקה שלנו, הציעו מבחנים על מנת לבדוק מתי נכנסנו למבחן הניסיון. אף אחד מהמבחנים הוא לא אידיאלי. נציג את המבחנים:

1. **מבחן המעשה האחרון.** מדובר במעשה האחרון לפני ביצוע העבירה המושלמת. מבחן שבודק מה היה הצעד האחרון לפני ביצוע העבירה, כאילו המשטרה עמדה בצד ועצרה את זה. זה מבחן מסוכן, והוא קיצוני מידי.
2. **מבחן המעשה הראשון**. מבחן לא ברור, וגם ייתכן מאוד שמדבר על שלב יותר מידי מוקדם.
3. **מבחן הקרבה.** עד כמה הנאשם קרוב להשלמת העבירה. עד כמה הנאשם נחוש בדעתו. ככל שהנאשם יותר קרוב להשלמת העבירה.
4. **מבחן החד משמעיות.** מחפשים מעשה שמעיד באופן חד משמעי על כוונה לבצע את העבירה. כאילו שמדובר בסרט אילם, שברור מההתנהגות שהעבריין מתכוון לבצע. גם כאן מחכים לשלב קצת מאוחר, וזה מבחן נוקשה מידי.

פסק הדין המנחה הוא פס"ד ע"פ 5447/93 סריס**,** שנקבע לפני התיקון, אבל נשאר כהלכה. השופט ברק- **"ניסיון הוא ביטוי התנהגותי גלוי לעין שמהווה חוליה אפילו ראשונה בשרשרת הפעולות שהיו מובילות לביצוע העבירה המושלמת אילולא הופסקה".**  
כלומר: מנסים לזהות את תחילת הביצוע. אין דרישה למעשה אחרון / סופי או מכריע. הכנה מתאפיינת בדר"כ בכך שמדובר ברכישת אמצעים, תכנון, איסוף מידע. והניסיון הוא כל מה שמעבר: תנועה לעבר העבירה המושלמת שיוצאת משלב ההכנה.  
**לסיכום:** אין מבחן ברור. צריך לבדוק האם הנאשם התחיל להוציא לפועל את כוונתו. גם שלבים ראשונים של עשייה יכולים להיחשב כניסיון, ובלבד שהם קרובים מספיק להשלמת המעשה הפלילי.  
בפס"ד סריס, בית המשפט דחה את הטענה שאומרת שצריך שתהיה התחלה של האקטוס ראוס, כי לפעמים גם השלבים שלפני נחשבים ניסיון. זה דומה לטענה שכדי להרשיע בניסיון לאונס, צריך להראות שהייתה התחלה של הבעילה עצמה (ובית המשפט פוסל את זה).  
נניח שהניסיון לרצוח את יצחק רבין כשל: יגאל עמיר, הצטייד בנשק ובכדורים, זו בוודאי הכנה, אבל כאשר הוא יורד במדרגות לכיוון רבין, זה כבר מעבר להכנה. השאלה היא מה בשלב שהוא עומד ומתצפת? מדובר כאן במארב ממש, ולכן לטענת המרצה זוהי כניסה ממש למתחם הניסיון, וזה שונה ממעקב כללי שיאפשר לרוצח לדעת איפה יהיה הקורבן באותו היום.

**המחשבה הפלילית בניסיון**צריך להוכיח על פי סעיף 25 "מטרה לבצעה". כלומר: צריך להוכיח רצון לבצע את העבירה המושלמת.מכיוון שמסתפקים באקטוס ראוס "נמוך", אז דורשים יותר ב"מנס ריאה", דורשים:1. מטרה לבצע. רצון להשלים את העבירה.2. שהתמלאו היסודות הנפשיים של העבירה הקונקרטית.דוגמה: נניח שנאשם לא הגיע לעבירת האונס המושלמת, כי הגיעו אנשים למקום והוא נבהל וברח, אזי צריך יהיה להוכיח: 1. מטרה לבצע את הבעילה על פי ס' 25. 2. על פי סעיף האונס, 345 (א) (1), ביחס להסכמה, מספיק חשד. מספיק שהיה לנאשם חשד בעניין ההסכמה שלה.פס"ד ע"פ 9511/01 קובקוב- רצו להרשיע אותו בניסיון לגרום חבלה חמורה לפי 329 (א) (2) + ניסיון הצתה + עבירה מושלמת של נשיאת נשק שלא כדין. הרקע: נקמה על הפיגוע בדולפינריום. קובקוב הגיע קרוב למסגד, הכין 10 בקבוקי תבעירה. 8 החביא, ו-2 לקח בכיסים. הוא הגיע למסגד, וראה שאין שם הרבה אנשים, והתחיל ללכת לעבר יפו. עצרו אותו בתחילת הדרך.בעליון זיכו אותו מניסיון הצתה, ההיפך מהמחוזי. הסיבות:1. עובדתית. ספק אם קובקוב עבר את שלב ההכנה. הניסיון הוא התחלת ביצוע. והשאלה היא כמה הפעולה מובהקת, ובית המשפט אומר שספק אם ההליכה לכיוון יפו עובר את שלב ההכנה.2. יסוד נפשי. טרם התגבשה כוונה. עדיין לא הייתה לו תוכנית קונקרטית מה לעשות בבקבוקים.ביהמ"ש: אין לומר מעבר לספק סביר שהיה ניסיון להצתה / חבלה חמורה (הרשיעו אותו בסופו של דבר בעבירה מושלמת של 497 (הכנת עבירה בחומרים מסוכנים), סעיף עבירה מושלמת של הכנה, אשר התקיים בנסיבות של קובקוב. בשורה התחתונה: מבחינת העונש, לא הייתה לזה השלכה).הערה לגבי סעיף 497: הכוונה בסעיף זה לא צריכה להתייחס לעבירה ספציפית, לעומת ניסיון שחייב להיות קשור לעבירה ספציפית.  
**לסיכום כדי להרשיע בניסיון:**

* ביטוי חיצוני של מעשה שהוא יותר מהכנה – אין בחוק ביטוי של הקריטריון. הפסיקה עושה שימוש במבחנים שונים: פס"ד סריס הוא המרכזי שבהם.
* יסוד נפשי מסוג מטרה לבצע + יסוד נפשי של העבירה.

יש בחוק העונשין עבירות מושלמות של ניסיון: ניסיון רצח ס' 305, ניסיון שוד ס' 403. מדוע יש אותן? לפני התיקון, כאשר היה הבדל בין ענישת המעשה לענישת הניסיון, רצו להרחיב את האחריות הפלילית ולכן נוצרו העבירות הנ"ל.  
האם ניתן לגזור עברות כאלה? האם ניתן להעניש על ניסיון של עבירת ניסיון, או של עבירת הכנה? פורמאלית, אין מניעה, כי זו עבירה מושלמת. מצד שני, יש הטוענים שלא גוזרים נגזרת כי אין להרחיב עד כדי כך את המעגל הפלילי.  
בעניין הכנה: גם עבירות הכנה בעצמן הן חריג, אז קל וחומר שאין לגזור מהן (חריג על חריג).  
שני אנשים שפעלו מתוך אותו מנס ריאה (התפרעו על הכביש). האחד המית, והשני לא המית. את הראשון ניתן להאשים בהריגה, ואת השני לא ניתן בגלל מזלו, וגם לא ניתן להאשים אותו בניסיון, כי לא הייתה לו מטרה. יש כאן פער גדול שקשה לקבל. הפתרון: משפט פלילי שבנוי נכון, צריך שיהיו בו מספיק עבירות של העמדה בסיכון, שבשבילן אין צורך במטרה (שמסתפקות בתוצאה בכוח – הפוטנציאל של התוצאה).

# ניסיון בלתי צליח

**חוסר אפשרות לעשיית העבירה, סעיף 26.**

לעניין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. כלומר: העבירה לא הושלמה כי לא הייתה אפשרות לבצע אותה.  
אם המשטרה עוצרת את שרשרת ההתנהגויות, אזי זהו מעשה של ניסיון צליח שהופסק. ניסיון בלתי צליח הוא למשל, אדם שמנסה להמית אדם מת. ניסיון שגם אם שרשרת ההתנהגויות הסתיימה, אז העבירה לא התבצעה. ניסיון בלתי צליח הוא כאשר אדם מנסה לעבור עבירה, אבל אי אפשר אובייקטיבית לעבור את העבירה (עוד דוגמה: להשתמש במים על מנת לנסות להרעיל, כאשר העבריין חושב שזה רעל).  
**ניסיון בלתי צליח,** **הגדרות:**   
1. חוסר אפשרות לעבור עבירה מחמת היעדר נסיבה חיונית לעבירה להתבצע: להרוג אדם מת, להחזיק סמים כאשר בפועל מדובר בשקית של אבקת כביסה.  
2. משהו בנסיבות הן לא מה שהנאשם חשב. דוגמה: א' גונב בשביל ב'. כדי להפליל את שני הגנבים, המשטרה משתפת את בעלי הסחורה, והוא משתף פעולה. הגנב לא יודע שהבעלים הסכימו. נעדרת הנסיבה של חוסר הסכמת הבעלים. אפשר להאשים את הגנב בניסיון לקבל דבר גנוב. סעיף 26 פותר את ההתלבטות, ואומר במפורש שניתן להאשים גם כאשר מדובר בניסיון בלתי צליח.  
3. חוסר אפשרות לעבור עבירה מחמת היעדר אפשרות חוקית - אדם רוצה לבצע עבירה פלילית, והוא חושב בטעות שההתנהגות שלו אסורה. אם קיימת טעות כזאת, במצב משפטי אז בוודאי אין אחריות פלילית, ואין עונש, ואין הפללה. **כאשר הטעות היא משפטית, המעשה הוא לא עניש.** למשל: אדם מנסה להבריח חפץ במכס, אבל מדובר בחפץ שלא חייב במס, לא ניתן להרשיע. זה משלים את נושא הרטרואקטיביות ואת נושא הטעות במצב משפטי. מענישים אנשים רק אם הם פגעו בערך מוגן ולא רק על עצם המוכנות לעבור עבירה. ס' 25 מדבר על עבירה נגזרת, זה חייב להשען על עבירה כלשהי ואם אין עבירה אז גם אין משמעות לנגזרת.   
4. חוסר אפשרות לעבור עבירה מחמת שימוש באמצעים אבסורדים. למשל: אדם מנסה להמית אדם אחר באמצעות בובת וודו, או כישוף ("פולסא דנורא"). האם אפשר להעניש בניסיון אדם כזה? אפשר להתלבט בנושא זה. לפני תיקון 39 דובר על שימוש באמצעים **סבירים**, ושלל את השימוש באמצעים אבסורדים. לאחר התיקון, נושא האמצעי הסביר הושמט. לכאורה, אין הגבלה, אבל לא ירשיעו במקרה כזה. אפשר לעשות שימוש בנושא של אי שפיות או בסייג של **זוטי דברים**. אין עניין לציבור להפליל במקרה כזה.

# פטור עקב חרטה

**סעיף 28.** מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה.  
חשוב לזכור: **מדובר על ניסיון בלבד, לא על עבירה מושלמת!**  
זהו האיזון של תיקון 39: בין החמרת הענישה על המנסה, ובין האפשרות לפטור מאחריות את המנסים שהתחרטו. **רק מקרים בודדים נכנסים לסעיף הזה.**  
השיקולים למתן הפטור:  
1. שיקול מוסרי - מי שמתחרט באמת (והעבירה לא הושלמה בעקבות החרטה), ראוי למחילה, או לפחות אפשר להגיד, שמראש לא הייתה אותה הנחישות, הכוונה לא הייתה מושלמת (המנס ריאה הוא אחר, נמוך יותר).  
2. אם מדברים על חרטה אמיתית, מטעמים פנימיים אזי הסכנה ממנו מנוטרלת. הרי אמרנו, שהניסיון עניש כי אותו האדם הוא מסוכן לחברה (לא הצליח היום, ינסה מחר שוב, לעומת המתחרט שלא ינסה שוב).  
3. שיקול פרגמטי - לעודד חרטה. אם אדם ידע שהוא לא ישא באחריות פלילית מלאה אם יתחרט, זה יהיה תמריץ יעיל.  
**דרישות הסעיף:**  
1. הנאשם נמצא בתוך שלב הניסיון (עברנו את שלב ההכנה).  
2. המעשה לא הושלם. הנאשם חדל מלהשלים (הצטייד בנשק, הלך לקורבן, כיוון את הנשק ואז התחרט ולא ירה).  
3. אם מדובר בעבירת התוצאה, אז הוא צריך להראות שהוא תרם תרומה ממשית למניעת התוצאה. דוגמה: אדם הרעיל מישהו, ואח"כ הציל אותו על ידי כך שניטרל את הרעל כי הוא מבין בכימיה.   
4. המניעים הם מניעים אמיתיים של חרטה: מחפץ נפשו בלבד, ומתוך חרטה. זהו המיקוד של הסעיף. אם מישהו הגיע למקום, זו בוודאי לא חרטה אמיתית פנימית. מניע פנימי יכול להיות משני סוגים: מניע **טהור** (החליט שמתוך מניע מוסרי טהור), מניע של **כדאיות** (השתכנעת שהסיכוי להיתפס הוא גבוה).   
**האם מניעים של כדאיות הם רלוונטיים?** בפס"ד ע"פ 7399/95נחושתן, ובמאמר של פרופ' ביין משתמע שהעיקר הוא שמדובר במניעים פנימיים כולל מניעים של כדאיות, ולא משנה אם זה מניעים של כדאיות או מניעים טהורים. הראייה היא ראייה פרגמטית: לא חשוב למה מתחרטים, העיקר שלא מבצעים עבירות ואי אפשר באמת לדעת מה בליבו של אדם. דעה אחרת משתמעת מפס"ד ע"פ 401/99 מצארווה- לגבי אונס נסיון לבצע תקיפה מינית במלצרית שהתנגדה. מדובר בעניין מוסרי. יש כאן דגש על המניעים, ורוצים להתייחס רק למניעים הטהורים.  
5. אם הוכיח (הנאשם) ברמה של מאזן הסתברויות שבאמת הוא התחרט. נטל ההוכחה הוא על הנאשם ולא על התביעה. צריך להוכיח בעודף ראיות שהוא חזר בו מנימוקים פנימיים.   
6. הסעיף מציין שהעבירה שהושלמה על ידו, אם קיימת כזאת, היא עבירה ענישה. למשל: האדם התכוון להמית, ואחרי הירייה הראשונה התחרט ועשה מעשים למניעת התוצאה, ואז האירוע לא הסתיים במוות. ניתן יהיה, כמובן, להרשיע אותו בחבלה או בפציעה. הוא צריך לשאת באחריות פלילית מלאה על העבירה שהוא השלים.   
**נבחן את סעיף 406 (ב): סעיף 406 (ב)** המתפרץ למקום כאמור בסעיף קטן (א) בכוונה לבצע גניבה או פשע, או המתפרץ מתוכו לאחר שביצע בו גניבה או פשע או נכנס אליו לשם כך, דינו - מאסר שבע שנים.אדם מתפרץ לבית הכנסת בכוונה לגנוב ספר תורה. הוא עומד מול ארון הקודש עם מסור, ומשהו בתוכו גורם לו לחזור על עקבותיו בלי להמשיך. לכאורה, העבירה המושלמת בסעיף הנ"ל התבצעה. **האם ניתן להחיל את רעיון החרטה של סעיף 28 על הסיטואציה הזו?** על פניו, ניתן להטיל על העבירה אחריות פלילית בגין העבירה המושלמת, אך נשאיר את השאלה הזו פתוחה.

## ניסיון בעבירות המתה

* ניסיון להרוג מורכב מסעיף 25 + סעיף 298. סעיף 298 הוא של מ"פ רגילה, אבל בגלל שצרפנו את ס' 25 אז צריך מטרה. עונש של 20 שנה.
* ניסיון לרצח בכוונה תחילה מורכב מסעיף 25 + 300 (א) (2). צריך להוכיח מטרה להמית + כוונה תחילה. עונש: ברצח יש מאסר עולם חובה, אולם בניסיון אין עונש חובה (34ד). סעיף 41 קובע שכאשר יש עונש של מאסר עולם לא כעונש חובה, אלא כעונש מקסימום – אז המקסימום הוא 20 שנה.
* ניסיון לרצח, סעיף 305 (1) צריך להוכיח מטרה להמית. עונש של 20 שנה.

שלוש עבירות, שהעונש אליהן זהה. יוצא מזה שניסיון הרצח היא עבירה מיותרת.

פסק הדין המנחה בעניין זה הוא פסק דין סריס. בהבחנה בין הכנה לניסיון, מזכירים 2 מבחנים כחלופיים לזה שהציע השופט ברק בסריס: מבחן הקרבה ולחילופין מבחן "תחילת ביצוע" , ובלבד שהמעשה מעיד באופן ברור על המטרה העבריינית.  
הבחנה בין ניסיון להכנה- פס"דים שמוסיפים את התוספת של מבחן החד משמעיות לפי הביצוע של העבירה:  
בפס"דים אלו הפכו את פסיקת המחוזי. ההבחנה בין הכנה לניסיון היא קשה וניתן לראות את זה מכך שהעליון הופך את דעת המחוזי- קשה להכריע בעניין. הכנה- כולל הכנת הדברים לפני הביצוע וזה יכול לכלול הרבה שלבים, ואיך אפשר להבחין מתי נעשית הקפיצה שהמעשה הופך לניסיון? קשה לתת מבחן וצריך לבחון כל מקרה לנסיבותיו.  
פס"ד מדינת ישראל ע"פ 9809/45 ברואיר- הרשיעו את ברואיר בנסיון שוד. מדברים על 2 מבחנים חלופיים: 1. מבחן הקרבה- עד כמה היה רחוק מהשלמת העבירה. מלמד על היסוד הנפשי כמה הוא היה נחוש.  
2. ביצוע התחלתי- התחלת ביצוע המגלה חד משמעית את כוונת העושה. חוליה בשרשת הביצוע שהייתה מובילה להשלמת העבירה אילולא הופסקה. בנוסף צריך גם לבחון שהמעשים משקפים באופן חד משמעי את הכוונה של העבריין.  
ביהמ"ש אומר שככל ששרשרת הפעולות ארוכה יותר, וככל שזיקתן של הפעולות הללו להגשמת העבירה היא אדוקה יותר כך נטה לומר שהחל הביצוע.   
כאן מדובר על ניסיון שוד בנק שעצרו את הנאשם לפני שהוא נכנס לבנק. מסתבר שכמה ימים מראש הוא הגיע לבנק לראות מה קורה שם ולהכין את השטח. היה איתו פתק שתוכנו אומר "זה שוד"- הוא היה מוכן למעשה. ביהמ"ש אומר שכאן הגיע מתחם הניסיון- נמצא שיש על הנאשם סכין, מעטפות ריקות, פתק שכתוב עליו שמדובר בשוד, כובע, משקפי שמש ו2 חולצות עליו (כדי לשנות זהות כשהוא יוצא מהשוד). השופט לוי- מרשיע ברוב דעות. מדבר על 2 המבחנים החלופיים- קירבה ותחילת ביצוע. בשלב התחלתי צריך גם להפעיל את מבחן החד משמעיות.   
הוא היה כבר כמה פעמים עם הפתק לא ממש את זממו, ובכל זאת ביהמ"ש משוכנע שכעת מדובר על ניסיון ולא צריך לחכות עד שהוא יכנס וממש יסכן את מי שנמצא בתוך הבנק. יש כאן גם שמירה על האינטרס הציבורי. מסתפקים בתחילת ביצוע. חד משמעית האדם היה ממוקד מטרה והיה מסיים את השוד אם לא היו עוצרים אותו בכניסה לבנק. השופט לוי ממשיך את ההלכה של פס"ד סריס ולא מחולל שינוי.  
פס"ד ע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' סנקר- הרשיעו בנסיון חבלה חמורה בכוונה חמורה. (יש סעיף כזה). נסיון לפגוע בהלפרון. מדובר על נאשמים שסיירו בסביבה שבה הקורבן נוהג לשתות, ומצאו אותם נוסעים ברכב עם נשק שאיננו נצור- מוכן לפעולה. ביהמ"ש מגיע למסקנה שיש כאן ניסיון חבלה חמורה, כמה ימים הם נסעו באיזור זה שבו הלפרון מסתובב ועקבו אחריו. ביום זה הם החליפו רכב, נסעו למקום שבו היה הקורבן ונעצרו. הייתה שם התפתחות נוספת- אחד החברים מהאוטו נסה לברוח רגלית מהמשטרה, והם ניסו לדרוס שוטר. הרשיעו אותם במחוזי בעבירת "קשר לביצוע פשע"- וזיכו אותם במחוזי מעבירת ניסיון. לא היה מספיק ברור שהם נכנסו לניסיון. העליון מרשיע גם כן בניסיון לחבול חבלה חמורה. אין תשובה ברורה מתי זה הכנה ומתי זה ניסיון. המעבר הוא דק ומעומעם. תלוי בנסיבות של כל מקרה ומקרה. ביהמ"ש ממשיך את ברואיר ושוב שם את אותם המבחנים- קירבה והתחלת ביצוע. ברור לביהמ"ש המטרה של הנאשמים והרשיעו אותם בניסיון לחבול חבלה חמורה בקורבן המסומן.   
ניסיון וחרטה הולכים ביחד ובחלק מפס"ד בודקים גם את החרטה. חרטה- מחפץ נפשו בלבד. חזרה בתשובה אמיתית. ס' 28 מביא זאת בין התנאים. יש שאלה- האם החזרה חייבת להיות ממניעים מוסריים וטהורים או שזה לא משנה- כל עוד הוא החליט לא לעשות את העבירה זה נכנס לסעיף? יש 2 עמדות:  
1. בפס"ד נחושתן- הקשור להסדר כובל. אמרו שמספיק שהחרטה היא עצמאית של הנאשם ופנימית שלו ולא צריך שזה יהיה משיקולים מוסריים.  
2. בפס"ד מצרוואה- חזרה בתשובה אמיתית. צריך דווקא לחפש נימוק מוסרי שגורם לנאשם לחזור לאחריו. יותר נכון גמולי וזה גם מפרש יותר נכון את הסעיף ששם דגש.  
פס"ד מאוחר לשניים מ2015 מדייק בתנאי של חרטה מחפץ נפשו ומחרטה בלבד- ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל- ביהמ"ש אומר כמו בנחושתן. לצורך שימוש בס' 28- סעיף החרטה מספיק שתהיה חזרה מלאה וביוזמת הנאשם ולא צריך שזה יהיה דווקא מטעמי מוסר פנימיים. ביהמ"ש מביא היסטוריה של הסעיף. רצו בהתחלה לכתוב מיוזמתו. אם המשטרה הגיע ועצרה אותו זו לא יוזמה שלו. בימה"ש מדייק שמדובר ב2 תנאים שונים ולא תנאי אחד- 1. חפץ נפשו 2. חרטה. מפרשים בנפרד את 2 הביטויים- חפץ נפשו דומה ליוזמתו. מתוכו ולא ע"י גורם חיצוני. חרטה- יותר קשור למניעים. צריך להיות שהוא חוזר בו מכוונתו להשלים את העבירה וזה לא חייב להיות דווקא ממניעים מוסרים טהורים. המטרה היא ניטרול הסיכון. ואם הנאשם החליט מיוזמתו לא לבצע- ניטרלו את הסיכון.  
בכל מקרה, בפס"ד זה הרשיעו. פס"ד זה מדבר על אבא שחנק למוות את ביתו הילדה, הוא הפעיל לחץ ממושך. היא לא מתה מפעולה זו. הסתבר שהיא רק איבדה את ההכרה. היא התעוררה והוא קרא לכוחות הצלה שהגישו לה עזרה והיא נצלה. הדיון הוא האם ניתן להרשיע את האב בניסיון רצח. האב טען לחרטה. ביהמ"ש אומר שאין בעיה להגיע למסקנה שמדובר כאן ב2 מעשים נפרדים- יש כאן מעשה ראשון שהושלם- ניסיון רצח בשלב הראשון. לאחר מכן יש מקרה שני בו הוא קרה לעזרה. ביהמ"ש דן בטענה של הנאשם על חרטה. הטענה בס' 28 – הוא לא חדל מהשלמת המעשה הוא חנק אותה במשך דקות ארוכות והיה ניסיון רצח. התנאי בסעיף "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה"- צריך להיות לא בגלל גורם חיצוני ולא משנה מה סיבת החרטה. ביהמ"ש מפיל את הטיעון של חרטה מעבר לכך שניתן להגיד שזה 2 מעשים נפרדים, ניתן גם להגיד שיש גורם חיצוני- האב חשב שביתו מתה ואין כאן יוזמה שלו לעצור את מהלך הדברים. הוא ראה שהיא בסוף נשארה בחיים ולכן שינה את התנהגותו לפי הגורם החיצוני.   
ע"פ 297/11 סעיד- מדובר בתושב עזה שהואשם בניסיון חטיפת חייל לשם סחיטה או רצח. הוא תכנן לחטוף חייל לובש מדים. במחוזי הרשיעו אותו ב2 עבירות בניסיון לחטוף לשם סחיטה או רצח. בעליון מטעמים עובדתיים (בדר"כ העליון לא מתערב בממצאים עובדתיים) הוכיחו שמעל לכל ספק סביר הוא מורשע רק בניסון חטיפה אחד ולא שניים. בעונש במקום 10 שנים שהוא קיבל במחוזי הורידו ל9. ביהמ"ש אומר שצריך להקפיד על "עקרון הסימולטאניות"- היסוד הנפשי והעובדתי צריכים להיות חופפים בזמן. ביהמ"ש אומר שגם בניסיון צריך להראות שהמחשבה הפלילית לבצע את העבירה הייתה גם בזמן הניסיון. ברוב המקרים זה ככה אבל פה זיכו כי לא הצליחו להוכיח מחוסר ראיות. ביהמ"ש אומר שעקרון הסימולטניות מחייב שהיסוד הנפשי ילווה גם את המעשים שנכנסו למתחם הניסיון. ביהמ"ש מסיק שהיה ניסיון חטיפה לשם סחיטה או רצח והיה מעבר משלב ההכנה לביצוע- הוא יצא לעבר הגבול, הוא היה מאוד קרוב לגבול כשנתפס. הייתה לו תוכנית מפורטת וקונקרטית שמיועדת לחטיפת חייל (לא חייל ספציפי). ביהמ"ש לא קיבל טענה של חרטה כי לא היתה חרטה מחפץ נפשו והוא ממשיך להיות מסוכן לציבור.   
\*היו לו 2 תוכניות לבצע עבירה אחת החטיפה שהיא כבר ניסיון ועוד פעולה שהיא רק הכנה ולכן הוא לא הורשע בגינה.  
**ניסיון בלתי צליח**- ניסיון שאין לו סיכוי להצליח ולא נקטע באיבו ואילולא היה נקטע הוא לא היה מצליח. ס' 26 אומר שאין נפקא מינה למה הניסיון נשאר בגדר ניסיון, אם זה כי עצרו אותו או כי המעשה לא היה יכול לקרות כמו להרוג אדם שכבר מת.  
יש 2 סוגים: 1. ניסיון בלתי צליח עניש: טעות עובדתית- כשהנאשם טועה טעות חמורה ביחס לאחד הפרמטרים. אפשר להרשיע אותו בניסיון רצח ולא ברצח כי המציאות לא איפשרה למימוש העבירה.   
2. כשמשתמשים באמצעים אבסורדיים- ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית- ז"א נאשם מנסה לעבור עבירה פלילית שלא קיימת. הוא מנסה לעשות מעשה כי הוא חושב שהוא עושה מעשה אסור, אך הוא טועה וזה מעשה שאיננו אסור. זו טעות משפטית ולא עובדתית ולכן אי אפשר להטיל עליו אחריות פלילית מבחינה משפטית. אי אפשר להטיל אחריות פלילית על משהו שהוא לא אסור. אם אדם מבריח סחורה מהמכס ומסתבר שאין עליה חובת מכס- לא ירשיעו אותו. כמו כן להפך כשיש איסור משפטי ואדם לא יודע- כן ירשיעו אותו.  
רע"פ 220/16 רועי מור יוסף נ' התביעה הצבאית- ביהמ"ש מזכה את החייל מור יוסף מעבירה של החזקת סם אסור בניגוד להרשעות של הערכאות הצבאיות. הוא נתפס לוקח סם שנקרא "nice guy" מורכב מכל מיני חומרים שלא היו מנויים בפקודת הסמים האסורים. העליון מזכה אותו. ביהמ"ש אומר שיש טעות משפטית- אי אפשר לנסות לעבור עבירה שאינה קיימת. להחזיק סם שאיננו אסור. גם אם האדם מרגיש עבריין ומוכן להסתכן ולצפצף על הכללים לא יענישו אותו אם הוא לא מפר כללים שהם עבירה פלילית. הוא כן הסתבך והיה לא פשוט בערכאות הקודמות. מדובר כאן על ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית. מה שמותר ואסור משקף את הערכים של החברה, ובמקרים כאלו אין סטייה מהדרישה של החברה ואין כאן סיכון בפועל.

## קשר / קשירת קשר

חוק העונשין סעיפים 499 ו-500 הן עבירות של עבירת הקשר. מדובר על סעיפים של עבירות מושלמות.  
**קשר לפשע או לעוון, סעיף 499.**   
(א) הקושר קשר עם אדם לעשות פשע או עוון, או לעשות במקום שמחוץ לישראל מעשה שהיה בגדר פשע או עוון אילו נעשה בישראל והוא עבירה גם לפי דיני אותו מקום, דינו –  
(1) אם העבירה היא פשע - מאסר שבע שנים או העונש שנקבע לאותה עבירה, הכל לפי העונש הקל יותר;  
(2) אם העבירה היא עוון - מאסר שנתיים או העונש שנקבע לאותה עבירה, הכל לפי העונש הקל יותר.  
(ב) הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב' לפרק ה'.  
**קשר למעשים אחרים, סעיף 500.**   
הקושר קשר עם חברו לאחת המטרות האלה, דינו - מאסר שנתיים:  
(1) למנוע או להכשיל ביצועו של דין או אכיפתו;  
(2) לגרום נזק לגופו של אדם או לשמו הטוב;  
(3) להביא לירידה בערך נכסו של אדם;  
(4) למנוע או להפריע אדם מהעביר באופן חפשי וכדין נכס שלו בערכו הראוי;  
(5) להזיק לאדם במשלח ידו או במקצועו;  
(6) למנוע או להפריע אדם מעסוק באופן חפשי וכדין במשלוח ידו, במקצועו או בעבודתו, ובלבד שהיה במעשה משום עבירה אילו עשאו יחיד;  
(7) להשיג מטרה אסורה;  
(8) להשיג מטרה כשרה באמצעים אסורים.  
קשירת קשר היא הסכמה של אנשים לבצע עבירה פלילית.   
אם רוצים להשוות בין קשירת קשר לבין ניסיון: בניסיון דרשנו מעבר להכנה, וכאן מסתפקים במשהו מוקדם יותר של ההסכמה, משום ההנחה: כאשר יותר מאדם אחד קושרים יחד, הם מציבים סיכון גדול יותר לחברה, ולכן מרשיעים על התנהגות שלא היו מרשיעים אילו היה מדובר באדם בודד. ההתארגנות היא מסוכנת כשלעצמה: הכוונה יותר ברורה, וכך גם הנחישות (תחושת המחויבות לקשר).  
לפני תיקון 39 הפסיקה הטילה אחריות הדדית לקושרים לעבירות שהתפתחו. מי שקשר קשר נאשם גם בעבירות שהחברים ביצעו – בין אם הנאשם ידע ובין אם לא: אחריות קולקטיבית משמעותית, גם ביחס לעבירות עצמן ולא רק ביחס לעבירת הקשר (למשל: אדם שחבר עם אחרים בתכנון לבצע שוד, אבל לא הופיע לבצע את השוד ביום הקבוע. בשוד עצמו נורה אדם. לפני התיקון: אחריות קולקטיבית).   
תיקון 39 עשה סוף לאחריות הקולקטיבית. מטילים על הקושר קשר אחריות בגין הקשר + אחריות בגין העבירה שביצע.  
על פי סעיף קטן ב, "רק אם היה צד" - כדי להרחיב את האחריות הפלילית אל העבירה המתוכננת צריך לעמוד בכללים של החלק הכללי. הפסיקה, בעת שפירשה את הכללים, הרחיבה את האחריות מאוד.  
בפס"ד הלפרון הם הורשעו גם בקשירת קשר ולא רק בניסיון. רלווטני אך ורק כשיש כמה שותפים לעבירה.  
אלו סעיפים שיש בהם בעייתיות. במסגרת תיקון 39 צמצמו את ההשלכות של עבירת הקשר.  
היום יש חוק ספציפי לטיפול בארגוני פשיעה. "חוק המאבק לאירגוני פשיעה". חוק משנת 2003. הכללים הקיימים לפני החוק לא מפלילים את הבכירים באירגונים שמנתקים את עצמם מביצוע העבירות. לכן יש חוק מיוחד שמטפל בכך.   
לאור התיקון והחוק החדש עבירת הקשר היא עבירה יותר קלה ואין אחריות הדדית של הקושרים. העבירה מזכירה עבירות שבאופיין הן עבירות הכנה. ההכנה באה לידי ביטוי בתכנון המשותף של מס' אנשים. מאז החוק החדש חל פיחות במעמד עבירת הקשר לגבי מאבק באירגוני פשיעה, אך היא עדיין קיימת.   
האם ניתן להרשיע בניסיון לקשור קשר?- פורמאלית עבירת הקשר היא ספציפית ואפשר להרשיע מישהו בניסיון לקשור קשר. מעשית ומהותית יש כאן הרחבה מוגזמת של האחריות הפלילית ואין מקרים כאלו בפועל.

צדדים לעבירה

צדדים לעבירה זו נגזרת נוספת. כל מי שתורם לביצוע העבירה עשוי למצוא עצמו אחראי במידה זו או אחרת, גם אם לא ביצע את הכל. הצדדים יסווגו לפי מידת התרומה, ועל פי זה מידת האחריות שתוטל עליו, לפי מה קבוע בחוק.  
**בעלי התפקידים:**  
**1. המבצע- סעיף 29.**  
**סעיף 29.**  
(א) מבצע עבירה - לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.  
(ב) המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.  
(ג) מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:  
(1) קטינות או אי שפיות הדעת;  
(2) העדר שליטה;  
(3) ללא מחשבה פלילית;  
(4) טעות במצב דברים;  
(5) כורח או צידוק.  
(ד) לענין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד.

* מבצע יחיד.
* מבצע בצוותא - חלק מחבורה של מבצעים של עבירה אחת. יכול להיות שהוא לא מבצע בעצמו חלק או את כל האקטוס ראוס.
* מבצע באמצעות אחר.

מדובר בשותף ראשי לעבירה, שנמצא במעגל הפנימי של הפעילות העבריינית.

**2. המשדל - סעיף 30. סעיף 30.** המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה.

* אותו אדם ששתל את הרעיון של ביצוע העבירה. הוא נחשב שותף מרכזי, אך עקיף. הוא יוצר את היסוד הנפשי אצל העבריין העיקרי.
* השידול תלוי בתוצאה.
* המחוקק מתייחס אליו בחומרה, כי הוא הרוח החיה מאחורי העבירה. הוא מרכזי אך לא ישיר.

**3. המסייע – סעיפים 31 + 32.  
המסייע, סעיף 31.** מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע. **עונש על סיוע, סעיף 32.** הסיוע לעבור עבירה, עונשו - מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי; ואולם אם נקבע לה –(1) עונש מיתה או מאסר עולם חובה - עונשו מאסר עשרים שנה;(2) מאסר עולם - עונשו מאסר עשר שנים;(3) עונש מזערי - עונשו לא יפחת ממחצית העונש המזערי;(4) עונש חובה כלשהו - הוא יהיה עונש מרבי, ומחציתו תהא עונש מזערי.

* המסייע הוא צדדי ומשני, נמצא במעגל החיצוני. התרומה שלו היא ביצירת התנאים המאפשרים את הביצוע (למשל: זה שממתין עם הרכב למטה).
* הערה: יכול להיות ששני אנשים מקבלים תפקיד זהה בפעילות העבריינית, ואחד יחשב מסייע והשני מבצע.

המשדל יותר חמור מהמסייע.

**4. ניסיון לשידול. ס' 33.   
סעיף 33.** הנסיון לשדל אדם לבצע עבירה, עונשו - מחצית העונש שנקבע לביצועה העיקרי; ואולם אם נקבע לה –(1) עונש מיתה או מאסר עולם חובה - עונשו מאסר עשרים שנים;(2) מאסר עולם - עונשו מאסר עשר שנים;(3) עונש מזערי - עונשו לא יפחת ממחצית העונש המזערי;(4) עונש חובה כלשהו - הוא יהיה עונש מרבי, ומחציתו תהא עונש מזערי.שידול שלא הביא לעבירה הוא גם עניש. זה חריג לכלל שאין עושים נגזרת לנגזרת. סיטואציות בהן השידול לא הצליח גם מחייבות בהרשעה. מראה כמה שידול הוא חמור ולכן גם ניסיון לשידול הוא עניש.

## סיוע לאחר מעשה

יש עבירות ספציפיות שבמהות שלהן הן נגזרות: סעיפים 260-261 הם דוגמאות לעבירות כאלו.  
**מסייע לאחר מעשה, סעיף 260.**   
(א) היודע שפלוני עבר עבירה ומקבל אותו או עוזר לו בכוונה שיימלט מעונש, הריהו מסייע לאחר מעשה, זולת אם היה בן זוגו, הורהו, בנו או בתו של העבריין; ואולם אשה שבנוכחותו ובמרותו של בעלה קיבלה עובר עבירה שבעלה השתתף בה או עזרה לו, כדי שיימלט מעונש - אינה בגדר מסייעת; לענין סעיף זה, "עבירה" - למעט חטא.   
(ב) מסייע לאחר מעשה אפשר להעמיד לדין ולהרשיע, אף אם מבצע מעשה העבירה לא הורשע תחילה או שאי אפשר לנקוט הליכים נגדו או לאכוף עליו ענישה בשל העבירה.  
**דין מסייע לאחר, סעיף 261.** מסייע לאחר מעשה, דינו -   
(1) אם העבירה היתה פשע - מאסר שלוש שנים;   
(2) אם העבירה היתה עוון - מאסר מחצית תקופת העונש שנקבע לאותה עבירה.  
הסעיף מדבר על סיוע לאחר מעשה, במובן של שיבוש הליכי משפט. כמו לדוג'- מישהו שעוזר לגנב להמלט לאחר הגניבה.

## שידול או סיוע להתאבדות

שידול או סיוע להתאבדות, סעיף 302. המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה, או מסייע אדם להתאבד, דינו - מאסר עשרים שנים.

דוגמה נוספת לעבירה שהיא נגזרת. חשוב שתהיה עבירה כזו, כי אין עבירה של "התאבדות", ולכן לא ניתן ליצור עליה נגזרת. לדוג'- רופא שנותן למטופל שרוצה להתאבד כדורי מוות, או מישהו שמשדל מישהו להתאבד.   
הערה: בעבר היה עונש על ניסיון התאבדות. ביטלו את העבירה לא בגלל שזה לא פסול, אלא הבינו שצריך לטפל באותם אנשים, ולא להעניש אותם. אין כאן זילות בערך חיי אדם, אלא הבנה שהמנסה להתאבד לא צריך הליך פלילי אלא טיפול נפשי.

**לסיכום:** די ברור שהמחוקק לא רצה ליצור נגזרת לנגזרת, פרט למקרים נדירים. בית המשפט סטה מעיקרון זה בע"פ 1028/03, סוגקאר נ' מדינת ישראל – בית המשפט שירשר שידול בלי לנמק ובלי הצדקה (מישהו שרצה לפגוע במתחרה, שלח אחרים, ששלחו מבצעים בפועל, שניסו לשפוך חומצה על המתחרה ולא הצליחו).

יש המון פסיקה שמתעסקת בהבחנות בין הצדדים השונים לעבירה.

## המבצע, סעיף 29

לפעמים הסיוע הוא גם ביצוע. לעיתים נצטרך להתאמץ על מנת להבחין בין סוגי הצדדים.  
למשל: בפקודת הסמים המסוכנים, ס' 13, המילה "להקל" = סיוע. בסעיף עצמו יש גם אם מייבאים וגם אם מסייעים לייבא. על פי סעיף 19א בפקודה, דינו של העובר עבירות המנויות בפקודה, מאסר 20 שנה.  
**לפני תיקון 39 לא היה הבדל, למעט עניין הענשת הניסיון, אולם היום:**  
1. יש שוויון בין ניסיון וביצוע.  
2. יש הבדל בין הסיוע לביצוע. המבצע מקבל את העונש המלא, והמסייע: חצי מהעונש.  
יש אתגר להחליט מתי מדובר על מבצע בצוותא לבין מסייע או משדל.   
לפני תיקון 39 לא היה הבדל בעונש בין הצדדים השונים. היום, קיים הבדל דרמטי. השוו את דין המנסה, אבל הבדילו בין מסייע שמקבל מחצית מהעונש לבין מבצע בצוותא שמקבל עונש מלא. לכן דרמטי להבין מי מבצע ומי מסייע.  
יש השלכות נוספות לקביעה- ס' 34(א) נידון בין היתר בפס"ד סילגדו- מה האחריות של השותפים לעבירות שלא תוכננו מראש. תלוי בשאלה האם נאשם מבצע, מסייע או משדל. רלוונטי לאחריות של עבירות לא צפויות שקרו בפועל- לדוג' כאשר שוד של חבורה מתפתח לרצח ואחד מהמבצעים רוצח את אחד מהפקידים. קריטי לעשות את ההבחנות כדי לדעת מה ההשלכות על האחריות והעונש של שאר החברים בחבורה שביצעה את השוד.

## מבצע באמצעות אחר, 29ג

הסעיף מרחיב את האחריות הפלילית גם למבצע עקיף שמשתמש באחר ככלי בידיו. התרומה של המבצע באמצעות אחר, כאשר האחר הוא כמו כלי. הביצוע הוא עקיף , אבל האחריות הפלילית היא מלאה.   
הסעיף עצמו מונה רשימה לא סגורה של דוגמאות, כשהאחר היה נתון במצב **כגון (רשימה פתוחה):**  
1. העדר כשירות- קטינות (מתחת לגיל 12) או אי שפיות הדעת;. נניח שמישהו שולח ילד בן 10 להוציא את הארנק מהכיס של אבא שלו, מורה של כיתה א' שאומרת לכל הילדים לתקוף את אחד הילדים. האחריות היא על השולח ולא על המבצע.  
2. העדר שליטה; למשל: א' דוחף את ב' על ג', הרי שיש כאן תקיפה באמצעות אחר. ב' הוא כמו חפץ שדחפו אותו ולא היה לו כוח להתנגד. דוגמה נוספת: המבצע מנצל מישהו שנמצא תחת היפנוזה.  
3. האחר פועל ללא מחשבה פלילית.  
4. טעות במצב דברים. דוג': שולחים אדם להוציא כסף ממגירה, והאדם ששלח חושב שזה כסף ששייך לשולח.   
לפעמים הטעות לא שוללת מחשבה פלילית ולא תמיד חופף כי ייתכן שהטעות במצב דברים יכולה להיות כהגנה - אם אני תוקפת אדם, ואז בא אדם ג' ואני אומרת לו שהוא מנסה לתקוף אותי ו-ג' עוזר לי, יש לו טעות.   
5. האחר פועל בנסיבות של כורח או צידוק. כורח זה אילוץ מתוך איום אנושי, הוא סייג לאחריות הפלילית (ס' 34יב) לדוג'- מצמידים אקדח לראשו של אדם ומכריחים אותו לשדוד בנק. צידוק זה גם סיטואציות של סייג, כמו חייל שמבצע פקודה בלתי חוקית- החייל יהנה מסייג צידוק בגלל הכפיפות שלו למפקד והעובדה שאין לו בחירה. חייל פשוט צריך לשמוע למפקד שלו גם אם מדובר בפעולה בלתי חוקית (אך לא כאשר מדובר בפעולה בלתי חוקית בעליל). המפקד ניצל את יחסי מרות סמכות שלו על החייל כדי לבצע עבירה פלילית והחוק מטיל על המפקד אחריות במקרה כזה על המעשה גם אם הוא לא עשה בעצמו. האחר הוא כמו כלי.   
ס' 29 ד- **עושה מיוחד**: 29(ד) לענין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד. הס' אומר שאם עושה מיוחד לגבי האחר ולא לגבי השולח כמו יחסי עובד ומעביד אפשר להרשיע את השולח בגניבה ממעביד שזה יותר חמור מגניבה רגילה למרות שהשולח הוא לא עובד של המעביד אלא רק האחר. (עושה מיוחד- עובד ציבור, שוטר, חייל וכו'.. ). רשום "גם אם האחר" – זה בוודאי לא עובד ההפך (כלומר: המבצע לא יכול ליהנות מכך ש"האחר" הוא לא עובד ציבור...)

**מהו ההבדל בין שידול ובין מבצע באמצעות אחר?** בשידול, האחר הוא אוטונומי. במבצע באמצעות אחר, האחר לא בוחר באופציה העבריינית הוא בסה"כ כלי. המבצע משתמש באנשים אחרים לא מתוך בחירה שלהם, אלא מתוך העדר בחירה או ניצול של טעות של מישהו.   
האם זה אומר בהכרח שהאחר לא יישא באחריות פלילית? סעיף 29 מרחיב את האחריות על המבצע, הוא לא מתייחס לאחר. נראה שיש 3 סיטואציות של אחריות על האחר:  
1. המקרה הראשון השכיח: אפשר להטיל אחריות על המבצע, ואי אפשר להטיל על האחר, בגלל כל המקרים שמנינו קודם.  
2. האפשרות השנייה: שניהם אחראים באותה מידה (גם המבצע וגם האחר). למשל: אדם שמשתמש בשיכור. כי לפי 34יט אם נכנס למצב שכרות במודע, הוא לא פטור מאחריות, ולכן שני הצדדים אחראים.  
3. לפי האפשרות השלישית: שניהם אחראים בפלילי, אבל לא באותה רמה של אחריות או לא באותה עבירה. למשל: המבצע מואשם בעבירת מ"פ והאחר ברשלנות. דוגמה: המבצע אומר לאחר לירות ואומר לאחר שהאקדח לא טעון.

אין הרבה התעסקות בנושא זה בפסיקה.

## מבצע בצוותא (29(ב))

"משתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה". כל אחד מהמשתתפים צריך לעשות מעשים לביצועה של העבירה. (בשונה מיצירת התנאים לביצועה של העבירה, כאן יש שותפות לביצוע ממש).   
אין צורך להוכיח נטילת חלק באקטוס ראוס של העבירה עצמה. צריך לתפוס את כל מי ששותף מרכזי, גם אם לא בעצמו פרץ את דלת הבית ורק היה חלק מההתארגנות הזו.   
**גוף אחד הפועל עם זרועות**, תוך חלוקת תפקידים. יש להוכיח שותפות. אין צורך בתכנון מוקדם משותף. אפשרית שותפות ספונטנית. **מרכזי. ישיר. איש פנים**. יסוד נפשי - היסוד הנפשי הנדרש לעבירה העיקרית + מודעות לעובדה שהוא פועל בצוותא.  
דוגמאות:  
1) א' וב' סוחבים ביחד כספת- שניהם שותפים לעבירה ברמה של ביצוע בצוותא.   
2) א וב' ששומעים שבביתו של אדם בשכונת יוקרה יש חפץ בעל ערך- כספת עם הרבה זהב. הם פורצים לבית. אחד בודק בקומה הראשונה והשני בקומה השנייה. הראשון מוצא את החפץ וגונב אותו. השני לא לקח את החפץ. שניהם יוצאים מהבית. לגבי עבירת הפריצה אין שאלה- שניהם פרצו לבית. למרות שרק אחד גנב בפועל והשני חיפש ולא מצא נתייחס לשניהם כמבצעים בצוותא בעבירת הגניבה- הם עשו שניהם מעשים לביצוע העבירה תוך חלוקת תפקידים פנימית בניהם. הם פועלים כגוף בעל זרועות. גם אם הם היו מתכננים מראש שהחזק מביניהם יסחוב את הכסף, זה עדיין נחשב ביצוע בצוותא. ולא צריך שכל אחד מהם יעשה את האקטוס ראוס של העבירה.  
3) שוד- א' מאיים על ג' באקדח ובינתיים ב' גונב למאוים את הארנק מהכיס. יש כאן ביצוע משותף. למרות שאחד איים ואחד כייס העבירה היא על שניהם. אנחנו מזהים שיש כאן שניים שיש ביניהם שותפות עבריינית וחלוקת עבודה פנימית. הם עובדים כמו גוף אחד תוך חלוקת עבודה וזה לא משנה מה כל אחד מהם עושה אלא הם פועלים בצוותא ומבצעים את העבירה ביחד.   
4) א' מאיים על ג'. ב' עובר במקום במקרה, מנצל את הסיטואציה וחוטף לג' את הארנק ובורח. כאן לא נטיל אחריות של ביצוע בצוותא כי אין כאן חלוקת עבודה. יכולה להיות גם החלטה באותו רגע להצטרף לביצוע עבירה משותפת ולא צריך בהכרח תכנון לכך מראש.   
5) כדי שיהיה ביצוע בצוותא צריך אלמנט כלשהו של שותפות. שאלה של פרשנות הסעיף כי כתוב "משתתפים בביצוע עבירה". אין דרישה שהתנאי של משתתפים יהיה קבוע מראש במפורש, יכולה להיות שותפות ספונטית. אם א' וב' מרביצים לג' וד' מגיע ומצטרף אליהם למכות, הוא יחשב כשותף למבצע בצוותא למרות שלא הייתה חלוקת תפקידים מראש, ומכיוון שהוא הצטרף הוא חייב גם על המכות של א' וב' מההתחלה לפני שהוא הצטרף.  
פס"ד עזיזיאן- נזירות חיו במאה שערים. המון משולהב מהשכונה פורץ לבית שלהם על רקע אידיאולוגי, משחית רכוש, מצית, גונב. עזיזיאן בחסות הבלאגן הזה נכנס לדירה וגונב כמה פריטים קטנים מהבית- חפצי איפור וכאלה.   
הוא טוען לזוטי דברים שהוא גנב דברים קלי ערך. אין שאלה שאפשר להרשיע אותו בגניבה על כך שהוא לקח חפצים לא שלו. השאלה כאן האם אפשר להרשיע אותו גם בשאר הדברים שקרו בבית בתור שותף לעבירה? האם בגלל שהוא מצטרף לסיטואציה בשלב מאוחר יותר אפשר לזהות אותו כמי שאחראי גם למעשים החמורים שקרו ולא למעט פרטים שהוא גנב? האם הוא נחשב מבצע בצוותא של העבירות שנעשו?  
דעת הרוב- אי אפשר להרשיע אותו כמשתתף. אלא, אך ורק לייחס לו אחריות על המעשים שהוא ביצע. דעת המיעוט- השופטת דורנר רצתה להרשיע אותו גם בעבירות של האחרים. יש כאן הצטרפות ספונטנית אל ההמון, וביזה בחסות ההתפרעות. היא מגיעה למסקנה שהוא מבצע בצוותא והוא משתתף בביצוע.   
גם השופטים שזיכו את עזיזיאן לא זיכו בגלל ההשתתפות המאוחרת והספונטנית, ולא בגלל שהוא לא היה שותף לתכנון מראש, אלא בגלל העובדות המיוחדות של המקרה. הוא היה שונה מהאחרים באידיאולוגיה שלו ובמעשה שהוא עשה. האחרים התפרעו מטעמי אידיאולוגיה וממטרות שונות ולכן הוא לא קשור אליהם. הוא רק ניצל את הסיטואציה ועשה עבירה פלילית משלו ולא הצטרף אליהם. ביהמ"ש מדגיש שכן יכולה להיות שותפות ספונטנית- אם הוא היה בא באיחור ומצטרף אליהם למטרה שלהם הוא היה נחשב מבצע בצוותא. אך הוא לא חלק מהם ולא הצטרף אליהם לביצוע, ולכן הוא אחראי רק על מה שהוא לקח.  
פס"ד זה מלמד אותו שמבצעים בצווותא אלו משתתפים ביחד בביצועה של העבירה- שותפים שפועלים כגוף אחד עם כמה זרועות. שותפות שיכולה לבוא לכמה צורות. אין תנאי שיהיה תכנון משותף מראש, יכול גם להיות ספונטני. אבל צריך שיהיה קשר.   
נלמד על מסייע ואז נבחין בין המקרים השונים. הדוגמאות שנתנו הן פשוטות, אך כאשר צריך להבדיל בין מבצע למסייע זה יותר מסובך. בעזיזיאן הקביעה שהוא לחלוטין לא שותף וזה יותר קל מאשר להכריע אם הוא מבצע בצוותא או רק מסייע.

**מסייע- סע' 31-32:**   
המסייע מקבל רק חצי מהעונש על העבירה הכללית בהתאם לסעיף 32. הסעיף קובע מה עושים במקרים של עבירות עם עונש מקסימום או מינימום, אך בגדול לרוב זה חצי מהעונש של העבירה העיקרית.  
הסיוע מוגדר בס' 31 כך: מי שעשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו, לאבטח אותו, למנוע תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת התנאים לשם עשיית העבירה הוא מסייע לעבירה. ס' שכולל בתוכו הרבה צורות של סיוע. יכול להיות לפני, תוך כדי ואחרי.   
המסייע עושה מעשה כדי לאפשר את הביצוע או כדי ליצור את התנאים לביצוע. התרומה של המסייע היא  
תרומה עקיפה ומשנית, איש "חוץ". שותף זוטר שנמצא במעגל החיצוני של העבירה.  
הסעיף כולל את כל אפשרויות הביצוע. הן מבחינת אופי הסיוע והן מבחינת עיתוי הסיוע. יכול להיות סיוע פיזי כמו תצפית, שמירה על המקום. יכול להיות גם סיוע רוחני- רק להתלוות למבצע כי הנוכחות משרה ביטחון. סיוע יכול להיות גם במעשים וגם במחדל. "עשה מעשה" כולל גם סיוע במחדל. (על זה נדבר בנפרד בהמשך). בענישה של מסייע מדובר על ענישה של אדם על עבירה שהוא לא ביצע. למה מרשיעים אותו?  
אפשר לחשוב על שני דגשים שנטיל אחריות על מי שרק סייע ולא ביצע. כל הסבר נותן דגש אחר:  
1**.** **יסוד עובדתי:** היות שהמעשה סייע בפועל לקיומה של עבירה בצורה אובייקטיבית יש להטיל על המסייע אחריות. מישהו תרם לביצוע עבירה עובדתית והוא איפשר אותה, ולכן נטיל עליו אחריות. המעשה של המסייע סייע לעבירה.  
**2. יסוד נפשי:** יש להטיל אחריות פלילית על מסייע בגלל היסוד הנפשי שלו והזדהותו של המסייע עם המשימה העבריינית.   
ההבדלים בין שני הדגשים ינסחו את עבירת הסיוע בדרכים שונות והאם הדגש הוא על האקטוס ריאוס סיוע בפועל, או המנאוס ריאה המטרה הפסולה לסייע לדבר עבירה. זו שאלה שהייתה מחלוקת בין שופטים שונים שפירשו אחרת את סעיף 31 לחוק העונשין. ס' שתוקן בתיקון 39 והיו לגביו כמה פרשנויות. פרשנות אחת נקבעה בפסיקה.  
הייתה שגגה בניסוח והיה הבדל בין הצע"ח לבין החוק עצמו. 2 מילים שהיו בהצע"ח לא נכנסו לחוק הסופי והן שינו את המשמעות של החוק. מהנוסחים המקוריים של הצע"ח עלתה כוונה ברורה שעולה גם מדברי ההסבר שסיוע הוא מעשה שהקל או איפשר את הביצוע של העבירה. כלומר הסיוע היה אפקטיבי ובנוסף שהמסייע היה מודע לכך. בנוסחים המקוריים לא הייתה דרישה למחשבה פלילית מיוחדת ולמטרה, אלא רק לאופי ההתנהגות מבחינה אובייקטיבית בנוסח הסופי הושמטו מילים ששינו את משמעות המשפט ונשאר ס' 31 כמו היום שפתוח לפרשנות שהיא שונה מהכוונה המקורית של המחוקק. הפסיקה לא פירשה בהתאם לכוונות המקוריות של כותבי החוק.  
בסעיף כתוב "מי אשר עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע"- ננתח את זה בתור עבירת מטרה. נשמע כמו מחשבה פלילית שיש כאן כוונה ומטרה לאפשר את הביצוע. בהצע"ח היה כתוב שיש בו כדי לאפשר ואז זה תיאור אובייקטיבי של המעשה. כיום הסעיף מנוסח ככה. וזה נשמע כמו יסוד עובדתי ושצריכה להיות מחשבה פלילית מיוחדת. ביהמ"ש בפסיקות פורש כמה אפשרויות ניתוח. ברור שיש פער בין הנוסחים הראשונים לבין הנוסח שהתקבל.   
הכול קשור לשאלה- מה המדיניות הרצויה ? מה הופך את הסיוע לדבר עניש- הצד העובדתי של התנהגות שעזרה או הצד הנפשי של הזדהות ומוכנות לעזור לדבר עבירה? מה צריך להיות המוקד של הסעיף? איך מבחינת מדיניות נכון לנסח? פס"ד פוליאקוב- מביא הסבר של ההיסטוריה החקיקתית. רקע זה משמעותי כדי להבין איך פירשו בפסיקה את היסוד העובדתי והנפשי. נפרק את היסודות האלו:  
**יסוד עובדתי:** צריך להוכיח התנהגות שיש בה פוטנציאל לסייע. מעשה המסוגל לסייע. לא צריך להוכיח סיוע אפקטיבי, ושההתנהגות סייעה בפועל, ולא צריך סיוע כזה שבלעדיו העבירה לא הייתה מתבצעת.   
אינדקציה נוספת- הפליליות של ההתנהגות שמסייעים לה. ז"א צריך שהמבצע יבצע עבירה פלילית או עומד לבצע עבירה פלילית.   
**יסוד נפשי**: כאן יש פיצול בין דעות שונות. בסופו של דבר יש שורה תחתונה שהתקבעה בפסיקה והיא הנכונה. יש 3 אפשרויות:  
1) דעת הרוב בפס"ד פוליאקוב- המילים "כדי לסייע" בס' 31 מתארות את האופי העובדתי פיזי של העבירה. לא קשור ליסוד נפשי. לכן מספיק להוכיח מודעות של הנאשם לכך שהמעשה שלו מסייע+ מודעות לעבירה. מספיקה מחשיבה פלילית רגילה. צמד המילים הזה הוא לא יסוד נפשי אלא יסוד עובדתי. זו גישה טועה. ביהמ"ש כאן מחייה בצורה מלאכותית את הכוונה המקורית של מנסחי החוק. הם השאירו את הסיוע כנשען על היסוד העובדתי יותר מאשר על היסוד הנפשי ומספיק מודעות ולא צריך יסוד נפשי מיוחד. זו לא ההלכה היום.  
2) דעת הרוב בפס"ד פלונית- כדעת המיעוט בפוליאקוב, אומרת מבחינת יסוד נפשי- מודעות לכך שיש בכוחה של ההתנהגות לסייע + מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע/עומד לבצע עבירה (לא צריך את פרטי התכנון עצמם) + יסוד נפשי מיוחד של מטרה לסייע לעבריין העיקרי.   
השופט ברק אומר שזה הפירוש היחיד שניתן לתת למילים "כדי לסייע". כיסוד נפשי של מטרה. אין אפשרות לפרש אחרת. גם אם הניסוח היה בעבר אחר, זה הניסוח היום וזה המשמעות. כך גם נכון מבחינת מדיניות משפטית נכונה. לזהות את המסייע כראוי לעונש בגלל שיש לו מטרה של לסייע לעבריין.  
ברק מוסיף שעל המטרה לסייע שמופיעה פה (כי זו לא עבירת תוצאה ), אפשר להחיל את הלכת הצפיות. אם יש רמה גבוהה של וודאות שהמעשה של המסייע מסייעת לעבריין העיקרי כדי שיחשיבו אותו כמסייע. לדוג'- סיוע רצח- יש הרבה נימוקים למה לא יחילו את הלכת הצפיות על רצח. אבל סיוע לרצח כן אפשר להחיל את הלכת הצפיות לפי דעת ברק. הסיוע דורש מודעות לטיב המעשה של העבירה הפלילית של העבריין ורמה גבוהה של וודאות של ידיעה שהמעשה של המסייע מסייע לרצח, גם אם אין רצון שזה יתממש. (**הרצון לסייע לא קשור להזדהות עם המעשה העברייני-** יכול להיות שהסיוע הוא בגלל תשלום מראש, או בגלל שהמסייע רוצה לעזור לעבריין כי הוא "אוהב אותו", אבל לא מתעניין בעבירה) לא חייבים להוכיח רצון, אפשר להשתמש בהלכת הצפיות. **זאת ההלכה עד היום- מודעות לכך שההתנהגות היא בעלת פוטנציאל לסייע (מודעות לטיב המעשה)+ מודעות לנסיבה של פליליות ההתנהגות של העבריין העיקרי (מספיק גם חשד)+ צריך להוכיח מטרה לסייע לעבריין העיקרי (לא סתם חשד, אלא רצון. או הלכת הצפיות- ידיעה ברמה גבוהה של וודאות).**  
3) דעת מיעוט של אנגלרד בפס"ד פוליאקוב- מודעות לכך שהמעשה מסייע+ מודעות לביצוע העבירה בהווה או בעתיד+ מטרה לסייע+ מטרה שהעבירה תושלם. הוא עושה זיהוי בין המטרה לסייע לעבריין לבין מטרה להשלים את העבירה. ההבחנה בין 2 אלו היא בדר"כ הבחנה מלאכותית. בדר"כ מי שרוצה לסייע לעבריין רוצה גם לסייע לעבירה עצמה.  
בדעתו יש חוסר בהירות. בסיוע לרצח הוא לא מזקיק כוונה תחילה, והוא מחיל את הלכת הצפיות. דעתו לא התקבלה.   
**לסיכום:** כדי להוכיח סיוע צריך להתמלא: יסוד עבודתי של מעשה שיש בו פוטנציאל סיוע. בנוסף צריך להוכיח נסיבה של פליליות ההתנהגות שמסייעים לה- שהעבריין העיקרי ביצע/ ניגש לביצוע העבירה. ביסוד הנפשי צריך להוכיח מודעות שההתנהגות מסייעת או עשויה לסייע+ מודעות לפליליות ההתנהגות של העבריין+ מטרה לסייע.

\* כדי להרשיע בסיוע לעבירה מסוימת צריך לדעת שהעבירה המסוימת הזו מתבצעת. לגבי דברים שלא היו צפויים והמסייע לא ידע עליהם יש לכך הסדר אחר. כדי להיחשב מסייע צריך להיות רמת ידיעה כלשהי. אי אפשר לייחס למוכר בחנות שמוכר כלי נשק שהוא מסייע לעבירה של מישהו שהמית בכלי נשק שהוא קנה אצלו.

האתגר העיקרי הוא ההתלבטות אם השותף בעבירה הוא מסייע או מבצע.

## סיוע במחדל

סע' 31 מגדיר סיוע "מי שעשה מעשה". סע' 18 - מעשה - לרבות מחדל. לכן נלמד שאפשר לעשות סיוע גם במחדל.  
דוגמה לסיוע במחדל: יומנאי שתפקידו להזעיק עזרה כשיש משהו, שמשלמים לו כסף על מנת שלא יענה לקריאה בקשר לעבירה.   
דוג' נוספת- עוזרת בית שמשאירה חלונות פתוחים ביום כדי להקל על הפורצים בלילה.  
בסיוע יש צורות שונות, ויש גם סיוע בעצם הנוכחות. סיוע בעצם הנוכחות נחשב ליותר מסיוע במחדל כי יש כאן אלמנט של עידוד וחיזוק. יש משמעות לעצם השהות שם וזה לא מחדל טהור.   
בפס"ד אברמוב- המערערים היו אנשי מג"ב שהסיעו עצורים בג'יפ. השוטרים האחרים שישבו מאחור היכו את העצורים ואלו שישבו מקדימה לא עשו כלום. ביהמ"ש קבע שעצם הנוכחות בסיטואציה+ המחדל, נחשבים סיוע. כדי להרשיע בסיוע צריך מסוגלות של המחדל לסייע+ כוונה לסייע. **בפס"ד זה לא מדברים על מקור חובה של עשייה. במחדל בדר"כ צריך להראות חובת עשייה. ברור כאן שלשוטרים יש חובה למנוע הכאה שלא כדין, ולכן ביהמ"ש הרשיע בקלות בסיוע.** לפי ס' 18 צריך לזהות מקור חובה, אולם בפס"ד זה אין דיון בנושא מקור החובה גם בגלל שזה פס"ד ישן, וגם בגלל שברור שלחיילי מג"ב יש להם חובות בדין.

בפס"ד פוליאקוב- הרשיעו את פוליאקוב בכך שהמשיך לנהוג כאשר בספסל האחורי של המכונית שלו רצחו אישה שעוסקת בזנות. פעולה זו על פי ביהמ"ש היא לא מחדל, אלא סיוע אקטיבי. כי הוא לא הפסיק אלא המשיך לנסוע. ביהמ"ש קבע שבאופן כללי אין מניעה להרשיע כאן בסיוע במחדל.   
השופט מצא מעיר, תוך התבססות על פסקי דין ישנים ועל עמדת פלר- **לא צריך להציע על חובת עשייה מפורשת בדין על מנת להרשיע בסיוע במחדל.**עמדת פלר – יש הבדל בין עבריין עיקרי שפועל במחדל לבין הפרת חובה על רקע של ביצוע עבירה מושלמת בידי אחר. במילים אחרות- בסיוע במחדל לא צריך להצביע על חובת עשייה מפורשת בדין, מכוון שבסיוע במחדל קמה חובת עשייה. כאשר יש אירוע עברייני קונקרטי שמתרחש כרגע, ההשתלבות של המסייע באמצעות מחדל תחשב לסיוע עניש גם כשאין חובה קונקרטית בדין. מי שמסייע במחדל מתוך מטרה לסייע יש פה חובה אינהרנטית וקונקרטית לפעול.  
על עמדת פלר יש ביקורת בטענה שיש כאן הרחבה כפולה של המחשבה הפלילית מדובר פה גם על מחדל וגם על מסייע.  
בפס"ד שלומי ויצמן- חובות עשייה ניתן ללמוד גם מהפסיקה. חשין- סיוע אפשרי גם במחדל ככל שהמסייע קרוב יותר למעשה העבירה, לעבריין וככל שמדובר בעבירה יותר חמורה, כך יטה ביהמ"ש להכיר במחדל גם ללא חובת עשייה. עצם ההשתתפות בעבירה זה מקור חובה לפעול.   
גישה שמרשיעה על סיוע במחדל בלי למצוא חובת עשייה קונקרטית.

**האם ניתן להרשיע בניסיון במצב בו היה סיוע או שידול אך בסוף לא התרחשה העבירה?** במצב בו לא הרשיעו את העבריין המרכזי מסיבות מסוימות כי הוא נעלם או משהו, ניתן להרשיע את המסייע או המשדל. לכאורה היינו חושבים שגם במצב בו העבירה לא התרחשה צריך להטיל אחריות פלילית, אך כדי להרשיע בסיוע או בשידול זה מותנה בביצוע או התחלת ביצוע של העבירה.   
פרופ' פלר אומר שצריך אחדות של העבירה- שכל השותפים לעבירה נושאים באחריות. יש עבירה קונקרטית שכל השותפים לה נושאים באותה אחריות לעבירה. לפי זה, אם אין אחריות פלילית על העבירה הגרעינית גם כן אין אחריות פלילית על הצדדים לעבירה- המסייע או המשדל. זה לא אומר שצריך עבריין מורשע, אלא צריך שההתנהגות העבריינית עצמה עולה כדי עבירה פלילית אך לא בהכרח צריך שהעבריין הראשי יורשע כדי להרשיע את המסייע או המשדל.   
כשמדובר על **עבירות נגזרת** הגרעין הוא העבירה העיקרית שמבוצעת על ידי המבצע הראשי. האחריות על הצדדים האחרים כמו המסייע והמשדל נגזרת מהעבירה העיקרית הדעה הרווחת והניסיון היא להרשיע את העבריין העיקרי ואת הצדדים כמו סיוע ושידול יהיו על אותה עבירה- אם היה רצח, הסיוע יהיה סיוע לרצח.

**לסיכום: בסיוע** צריך שיהיה **יסוד עובדתי**: 1. מעשה- שיש בו פוטנציאל לסייע. 2. נסיבה- פליליות מעשה העבריין העיקרי- עבריין שביצע/ ניגש לביצוע העבירה.   
בנוסף צריך שיהיה **יסוד נפשי:** היה שינוי בין הצע"ח לחוק הסופי ששינה את לשון הסעיף את פרשנות ביהמ"ש של היסוד הנפשי הדרוש. התוספת בהצע"ח הייתה "עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע"- תיאור עובדתי של ההתנהגות. הסעיף כמו שהוא מובן ב3 אפשרויות. כאשר דעה מרכזית הוכרעה להלכה: צריך שיהיה מודעות לטיב המעשה+ לנסיבה+ מטרה לסייע (כדי לאפשר) ברצון/ הלכת הצפיות.   
  
**פס"ד רלוונטיים לסיוע:**  
1. ע"פ 11131/02 אנג'ליקה יוסופוב נ' מדינת ישראל- המערערת היא עולה מחבר העמים, שיש לה קשר רומנטי עם תושב שטחים. היא מורשעת בסיוע לניסיון רצח בשל ידיעתה שהחבר שלה עומד לבצע פיגועי טרור בישראל ובשל העזרה שהיא הושיטה לו בהוצאה לפועל של פיגועי הטרור. עיקר עזרתה בעצם הנוכחות שלה והיא העניקה להתנהגות שלו מראה של התנהגות תמימה והיא זאת שאיפשרה לו לישון ולהסתובב בת"א. הם שכרו מקומות לינה אמצעות השם שלה. בעובדות מצוינים מס' אירועים בהם החבר מעורב, וביניהם- הפיגוע בדולפינריום.  
היה ביניהם קשר ארוך והם נפגשו לעיתים מזומנות, ישנו ביחד. הסיפור הוא שבמהלך ספטמבר 2000 אח שלו נהרג בתהלוכה בשכם והוא מחליט לנקום את ההמתה של אחיו. לכן, הוא ביקש ממנה לשכור דירה בת"א שבה הם יגורו. היא ידעה שהוא שב"ח ואסור לו לשהות בישראל. היא מצאה דירה לשניהם בישראל, השכירות הייתה על שמה והוא שילם. שבועיים לאחר מכן הוא יצא כאשר יש לו בתיק סכין מטבח. הוא הלך לשוק הכרמל שם הוא שיסף בסכין קצין צה"ל, שנפצע אנושות וניצל בדרך נס. זייד הורשע בניסיון רצח על פיגוע זה. הוא נמלט מהארץ ודיבר איתה בטלפון ונתן לה תירוצים למה הוא עזב. היא זיהתה שהסכין לא נמצאת ושאלה אותו לגבי זה, והוא ענה שהוא לקח את הסכין לצורכי ביטחון. הוא אמר לה לבטל את חוזה השכירות כי הוא התחתן עם אישה אחרת, והיא התעקשה להמשיך לשמור איתו על קשר. לבסוף הוא סיפר לה על מעשה הדקירה והסביר לה שהוא לא יכול להכנס יותר לישראל, והיא לא עשתה כלום בנידון. כמה חודשים אח"כ הוא יצר קשר עם ארגוני טרור והשיג 2 מטעני חבלה ואקדח. הוא חזר לישראל כדי לבצע פיגועים. הוא חזר לארץ והתקשר אליה שתבוא לאסוף אותו. למערערת היה ברור שהוא זקוק לה כי אסור לו לשהות בישראל. הם הולכים לחוף הים בבת ים והוא מראה לה את האקדח שהוא נושא, הוא אומר לה שאם יפנה אליו שוטר ויבקש ת.ז הוא ישתמש באקדח ויהרוג את השוטר. הם נמצאים בלילה בהוסטל, ולמחרת עולים על אוטובוס לת"א והוא אומר לה שיש לו בתיק חומר נפץ וחוזר על כך שאם שוטר יבקש ת.ז הוא ירה במטען חבלה וישתמש בו.   
הם נכנסו יחד למסעדה, ושם זייד התכוון לפוצץ את התיק. הנוכחות שלה והלווי איפשר לו להסתובב בישראל, ונתן לו מראה של אדם תמים ולא מחשיד. הייתה לה ת.ז והיא גם לא הייתה נראית חשודה.  
במסעדה הם הזמינו אוכל. הוא הולך לשירותים מכין את המטענים, הניח אותו והם מהר עזבו את המקום והשאירו שם את התיק. הם עלו על מונית ונסעו ליפו. שם הוא מתקשר שוב ושוב לטלפון הסלולארי שמחובר למטען והוא לא מצליח לפוצץ אותו. הוא מספר לה שהוא שם מטען במסעדה ושהוא לא מצליח לפוצץ אותו. היא לא נסערת ומסתפקת בשאלות טכניות איך הוא הרכיב את הפצצה. חבלן משטרתי מפוצץ את המטען ולא קרה כלום. הוא מורשע בניסיון רצח 2. כשהוא מבין שהמטען לא התפוצץ הוא התקשר למפעיל שלו שנתן לו את המטענים והביא לו הוראות איך להפעיל את המטען השני וככה הם הגיעו באותו ערב לדולפינריום בת"א. אירוע שלישי של זייד שבו הוא מנסה לרצוח. בידיעתה ובנוכחותה הוא מניח את המטען ליד הרבה אנשים. לעיניה הוא מרכיב את הפצצה. הם מתרחקים. מהמונית הוא מתקשר לטלפון הסלולארי שמחובר למטען שגם כן לא מתפוצץ. הוא חוזר איתה לחוף הים, ולוקח את המטען. על הנחה זו הוא גם מורשע בניסיון רצח 3.   
הם ממשיכים לשוטט עם המטען ביד שלהם, הם מגיעים למועדון ביפו שהוא נכנס לדבר עם חבר והיא נשארת בחוץ לשמור לו על המטען. בשלב מאוחר יותר המערערת שמה לב שהם שכחו את המטען במועדון והיא מחזירה לו אותו. כאן מגיעה תפנית שפעלה לטובתה- הוא אומר לה שהוא מתכנן לחזור לכפר שלו ולקבל את הכסף שמגיע לו בגין הנחת המטענים, על אף שהם לא פעלו על זה שהוא סיכן את עצמו, ואח"כ כוונתו לחזור לגור בת"א. יכול להיות שהיא השתכנעה מזה שהוא מרים ידים ולא רוצה להיות יותר טרוריסט.   
הם ישנים ביחד, כי זו הדרך שלו להשאר בת"א כשהוא שוכר איתה חדר על שמה כאשר היא שוכרת והוא משלם. למחרת, לפנות צהריים הם יוצאים מההוסטל והמערערת מלווה אותו לרכבת. שם הוא עולה על מונית שירות ונפרד ממנה בנסיעה צפונה. עוצרים אותו במחסום ושם ביקשו ממנו ת.ז. ובתוך המונית הוא ירה בתיק והמפיצוץ נהרג נוסע, ונוסעים אחרים נחבלו. בגין הפיצוץ הרשיעו אותו ברצח בכוונת תחילה, חבלה, גרימת התפוצצות של חומר מסוכן. ביהמ"ש קובע שהמערערת סייעה לזייד לבצע את הנחת המטען במסעדה, בדולפנריום ואת הפיגוע במונית. המחוזי הרשיע בהכול, העליון מזכה אותה בחלק מהעבירות. העליון מזכה אותה מסיוע לפיגוע שבמונית. היא בפועל סייעה ואיפשרה את הביצוע, ובלעדיה הוא לא יכל לבצע את הפיגוע. ביהמ"ש לא משתכנע שהייתה פה מטרה לסייע או ידיעה ברמה גבוהה של וודאות שהמעשה יתבצע. יום קודם הוא סיפר לה שאם הוא יעצר על ידי שוטר הוא ירה במטען וביהמ"ש המחוזי ייחס לזה חשיבות- המערערת ידעה על קיומה של אפשרות שהמונית תעצר על ידי שוטר והוא יפעל כמו שהוא אמר, ולכן הרשיע אותה בסיוע. העליון לא מקבל את המסקנה הזו. צריך להוכיח שהמסייע היה מודע בעת הגשת הסיוע שקיימת אפשרות שפעולתו תסייע למבצע העיקרי לבצע עבירה ממשית. צריך שלעבירה יהיה יעוד מוחשי, אין די בידיעה על נכונות איפוטטית של המבצע לבצע את העבירה. בעניינו אף שהייתה מודעות כללית לנכונות של זייד לירות במטען אם שוטר יבקש את מסמכיו, לא השתכנענו מעבר לספק סביר שכאשר הנאשמת סייעה לו לעלות על המונית היא הייתה מודעות לאפשרות הרציונאלית שהעבריין העיקרי יבצע פיגוע. המערערת הייתה בשלב זה, שהוא אמר שהוא הולך לכפר וחוזר לת"א, היא חשבה שפעילותו הטרוריסטית הגיעה לקיצה. בנוסף היא חשבה שהמטען שיש לו בתיק לא תקין לאור אירועי העבר. לפיכך לא הצליחו לסתור את הגרסה שלה שהיא האמינה שאין אפשרות ממשית לרצח ולא נתקיים בה היסוד הנדרש לעבירת סיוע בפיגוע במונית.   
גם אם העליון הוא מקבלים את הכרעת המחוזי שהמערערת כן הייתה מודעת, אין ספק שאין בעובדות כדי להראות שהמערערת ידעה שההתנהגות עשויה לסייע קרוב לוודאי לביצוע עבירת רצח. המחוזי קבע שהמערערת הייתה מודעת לאפשרות הסבירה וההגיונית שהנאשם יבצע את העבירה וגם ציין שהיא לא ידעה בוודאות קרובה שהעבירה העיקרית הולכת להתבצע, ולכן אי אפשר לומר שהייתה מודעת לכך שההתנהגות שלה עשויה קרוב לוודאי לסיוע להתממשות הפיגוע. הלכת הצפיות לא מתקיימת כאן כי אין ידיעה ברמה של קרוב לוודאי שהתנהגותה מסייעת. לכן זיכו אותה מסיוע בעבירה זו. ביהמ"ש אומר גם שיש חוסר ביסוד העובדתי, כי צריך שיהיה קונקרטיות של יעד עברייני. כשהיא סייעה היה חסר את היעד העברייני כי הוא עוד לא היה מתוכנן.  
בפס"ד זה ביהמ"ש מנתח את יסודות הסיוע לפי הלכת פלונית.   
המערערת הורשעה בסיוע לעבירות הקודמות וקיבלה עונש, אך לא בסיוע לעבירה השלישית.  
**לפי פס"ד זה עולה שצריך שתהיה מטרה לסייע לעבירה הקונקרטית ולא סתם מטרה לסייע לנאשם**. ייתכן והיה לה חשד שהוא הולך לבצע עבירה במונית. ביהמ"ש מפיל את העניין שהיא לא רצתה לסייע לעבירה המסוימת של פיגוע במונית. לא הוכח ברמה של קרוב לוודאי שזה מה שהולך לקרות, היו ספיקות בקשר למה שהיא חשבה כי היא חשבה שהוא הפסיק להיות טרוריסט ושהמטען לא עובד. בימה"ש מזקיק מטרה לסייע לעבירה ייעודית ולא מספיק שבאופן כללי היא מסייעת לו לנסוע במונית כשיש לו עליו מטען ואקדח והיא מכירה באופן כללי את האמירה שלו שאם שוטר יעצור אותו הוא ירה במטען. ייתכן והנאשם המקורי בשלב זה עוד לא תכנן בעצמו את העבירה ומה הוא הולך לעשות.  
הפסיקה מבססת את הלכת פלונית שרוצה שתהיה מטרה לסייע ושהמעשה יהיה קרוב לוודאי סיוע לעבירה.

2) ע"פ 7580/02 ג'באר נ' מדינת ישראל- יעוד קונקרטי של עבירה. גם פה העליון משנה את הכרעת המחוזי. המחוזי הרשיע את המערער בסיוע לרצח בגין הסעת מחבל מתאבד לנתניה ועיקר השאלה היא על היסוד הנפשי של סיוע. העבריין התאבד ולא ניתן להרשיע אותו אבל יש עבירה ולכן כן טכנית אפשר להרשיע על סיוע.  
המערער, בחור צעיר בן 22 , היה מסיע במשך שבועיים תושבי שטחים לתוך ישראל. היה גובה 6 ₪. ביום מסוים ב2001 המערער הסיע אדם שהסתבר לאחר מכן כמחבל ממחסום ליד נתניה. הוא לא הכיר אותו קודם. הוא הסיע אותו למקום הפיגוע. הוא לא ידע בוודאות שהנוסע הוא מחבל, אך היו הרבה פרטים מחשידים. המחבל הגיע למחסום עם מלווה, היה לבוש בג'קט אלגנטי גדול ממידותיו ביום חם- אולי מסתיר משהו. נהגים אחרים לא הסכימו להסיע אותו, כנראה קלטו שמשהו לא בסדר. המערער הסכים להסיע אותו בסכום של 100 ₪. המלווה ניהל המו"ת. המלווה חוזר לטול כרם כשהם מתחילים לנסוע. בהמשך עלו נוסעים נוספים ששילמו 6 ₪. לא היה דיבור בין השניים. בשעות הבוקר סביבות 11 הוא מוריד אותו בקניון השרון בנתניה- מקום הפיגוע וחוזר. המחבל המתאבד הפעיל את המטען באיזור הקניון ונהרגו 5 בני אדם ונפצעו 86. הפיגוע צלח. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את המערער בסיוע לרצח ובסיוע לחבלה בכוונה מחמירה. אנשים מתו ונפצעו ואלו 2 עבירות שונות. ביהמ"ש ביסס את הקביעה שלו בכך שהמערער חשד בפועל, סובייקטיבית שהנוסע איתו הוא מחבל. למרות שהוא חשד וכנראה הבין שמדובר במחבל, מכל מיני סיבות שביהמ"ש מפרט, הוא בכ"ז מעלה אותו לרכב ומסיע אותו למקום הפיגוע. המערער טוען כי הוא לא חשד. לא הייתה שיחה בין השניים. הוא רק חשב שהוא אדם מוזר שהולך עם חליפה בקיץ. על מחיר הנסיעה לא היו לו טענות הכחשה כי המחבל שילם 100 ₪. הוא הסביר שמדובר בהסעה ספיישל שעולה 50-60 ₪ והוא נשמע את הנהגים האחרים מדברים על מחירים גבוהים. לטענתו הוא קלט שמדובר במחבל מפגע רק אחרי שהוא כבר חזר למחסום, דיבר עם נהגים נוספים ושמע בחדשות על הפיגוע. ביהמ"ש לא האמין לו וקבע שהמערער חשד שמדובר בנוסע שהוא מחבל, אך הוא לא ידע זו בוודאות או בכמעט וודאות. הוא לא בירר ושאל שאלות כי הוא רצה להרוויח את הכסף. הוא ספציפית חשד לפי הממצאים ולא רק אינדקציה של אדם סביר היה חושד- הלבוש, התשלום המופרז, נהגים אחרים לא הסכימו לקחת אותו.  
המחוזי הרשיע אותו. הוא מנתח את יסודות הסיוע בסיוע וקבע שגם היסוד העובדתי וגם היסוד הנפשי מתקיימים. אדם שחושד כי חברו עומד לבצע עבירה מסוימת, ונמנע מלברר את העניין ואף פועל מתוך מודעות לכך שמעשהו יסייע קרוב לוודאי לביצוע העבירה ע"י חבירו ניתן לראותו כמסייע. ביהמ"ש גם קובע כי אין צורך להוכיח שהמסייע צפה את ביצוע העבירה העיקרית כאפשרות קרובה לוודאי. "די בכך שהוא היה מודע באופן סביר וממשי לאפשרות ביצוע העבירה". (לא צריך להשתמש במילה סביר, היא מבלבלת מספיק חשד ממשי).  
"המערער חשד במחבל אך בחר להתעלם מהחשדות. עוד נקבע שהמערער היה מודע לקיומה של אפשרות סבירה וממשית שהנוסע שעלה על רכבו הולך לבצע פיגוע שבו עלולים להיהרג ולהיפצע בני אדם". ההסעה לנתניה סייעה לביצוע הרצח. ביהמ"ש המחוזי אומר בשולי דבריו, שיש הרשעה לסיוע ברצח ובכל מקרה ניתן היה להרשיע את המערער בעבירת הריגה. העליון קובע שהשאלה המרכזית הנתונה במחלוקת היא האם התקיים היסוד הנפשי של סיוע. העליון קבע שלא התקיים יסוד נפשי של סיוע, הוא חולק על המחוזי בעניין הזה. העליון מזכה מסיוע. הוא מביא את פרשת פלונית הקובעת להלכה מה זה היסוד הנפשי של סיוע- מודעות לטיב המעשה+ לנסיבה+ מטרה לסייע למבצע העיקרי, וגם מחילים את הלכת הצפיות.  
לא צריך להוכיח לאחר התיקון שהיסוד הנפשי של המסייע יהיה זהה ליסוד הנפשי של המבצע העיקרי. משמעותי בעיקר בעבירות תוצאה (מחקו את גישת אנגלרד). העליון מביא פה את פרשת יוספוב ומדגיש שהחשד צריך להיות סובייקטיבי וממשי ולא חשד של אדם סביר. כאן השופט גרוניס מכריע- "לא התקיים במערער היסוד הנפשי הנדרש בהרשעה לסיוע ברצח או בחבלה. אין חולק שהמערער לא היה מודע בפועל לכך שהמחבל עומד לבצע פיגוע או כי הסעתו לנתניה תסייע לו בכך. בנוסף לכך, הכול מסכימים כי המערער לא פעל מתוך מטרה לסייע למחבל ולמרות זאת ביהמ"ש קמא הסתפק בזה שהוא חשד". בין המחוזי לעליון ניתן פס"ד יוספוב. "גם אם נצא מנק' הנחה שהמערער חשד בכוונת המחבל לבצע פיגוע, וחשד כי הסעת המחבל מסייעת. זה לא מספיק ליסוד הנפשי של סיוע. אי אפשר לומר שהמערער פעל מתוך מודעות לכך שהתנהגותו תסייע למחבל בביצוע הפיגוע ברמה של קרוב לוודאי" **במילים אחרות- צריך להוכיח מעל לכל ספק סביר שהנאשם ידע בוודאות, או כמעט בוודאות (קרוב לוודאי) שהעבירה העיקרית עומדת להתבצע.**   
לכן אין אפשר להחיל פה את הלכת הצפיות. ביהמ"ש דורש בעקבות יוספוב ידיעה בוודאות או כמעט בוודאות שעומדת להיות עבירה.   
מה שכן- הרשיעו את ג'באר בעליון בהריגה- היסוד של הריגה: "הגורם למותו של אדם". צריך להוכיח קש"ס עובדתי ומשפטי. מבחינה עובדתית זה שג'באר לקח את המפגע לנתניה זה קש"ס עובדתי ומשפטי. בפועל בלי ההסעה הזו לא היה נגרם הפיגוע. ההסעה של המחבל לנתניה גרמה למותו של אדם. גם מבחינה משפטית היה עליו לצפות שכשהוא מסיע אדם כזה הוא עלול לגרום למותו של אדם. מבחינת יסוד נפשי- לא הרשיעו אותו ברשלנות אלא במחשבה פלילית שבה צריך מודעות של הנאשם שהמעשה שלו יכול לפתוח אפשרות של המעשה + קלות דעת. המערער עצמו חשד שמדובר במחבל, ז"א הוא מודע לאפשרות שהוא הולך לבצע פיגוע והתקיים בו יסוד נפשי של קלות דעת ביחס לאפשרות שהמחבל יבצע פיגוע. הרשיעו אותו בהריגה.   
\*ביקורת של המרצה- פס"ד נשמע מלאכותי, היינו חושבים לפי ההיגיון אחרת שדווקא יש כאן סיוע לרצח וסיוע לגרימת חבלה חמורה, ולא הריגה.

שני פסקי הדין הללו מנכיחים שכדי להרשיע בסיוע צריך יותר מחשד. צריך רצון לסיוע העבירה או לדעת ברמה גבוה של וודאות שמדובר על סיוע לעבירה.   
בשורה התחתונה- המסייע הוא שולי, חיצוני, והתרומה שלו היא לא מרכזית בביצוע העבירה. לכן התקבלה הלכת פלונית שדורשת ביסוד הנפשי יותר מסתם מודעות. יש דרישה, גם לפי לשון הסעיף, מטרה לסייע.   
רוב הפסיקה היא בשאלה מה הפער בין מבצע למסייע ומה הוא חלקו של כל אחד.

בפס"ד ג'באר הסיוע היה מאוד משמעותי והוא איפשר את העבירה. בלעדיו היא לא הייתה מתרחשת.   
הרף התחתון של סיוע הוא **סיוע במחדל**- "עשה מעשה"- מעשה כולל גם מחדל, לפי ס' 18 לחוק העונשין. במחדל צריך להוכיח חובת עשייה. כשמדובר על סיוע במחדל, יש דעה מרכזית שגם מובאת בחלק מהפסיקה שכשאתה מסייע לדבר עבירה לא צריך להוכיח חובת עשייה נוספת, כמו שראינו בפסיקה בשיעור הקודם.

## סעיף 260 מסייע לאחר מעשה

עבירה מושלמת בפרק הדן בשיבוש עשיית משפט. שונה לחלוטין מס' 31. מסייע לאחר מעשה זו עבירה בפני עצמה. ס' 260 קובע "מסייע לאחר מעשה", שיבוש הליכי משפט. זה סעיף שלפני התיקון. היום המסייע מקבל חצי מהעונש שניתן למבצע.   
מדובר על התנהגות שנכנסת אחרי הביצוע, **לא משהו שהעבריינים התבססו עליו** ולא משהו שהעבריינים לקחו אותו בחשבון בתכנון העבירה. אדם שהעבריינים הסתמכו עליו שיסתיר אותם יחשב מסייע או מבצע בהתאם לנסיבות. מי שמסייע כאן, הוא לא מישהו שהסתמכו עליו, אלא רק לאחר מכן הוא מסייע לעבריין להימלט מעונש. למשל: הגבר מגיע הביתה כולו נסער בורח מהמשטרה, ואשתו מחביאה אותו בארון.  
חריג: בני משפחה מקרבה ראשונה- לא מצפים מהם לא לקבל את העבריין, ואין בקבלם שותפות לעבירה פלילית.

בס' 261 (1) מדובר על מאסר 3 שנים. בעבר, כאשר למסייע ולמבצע יש את אותו העונש, אז אין בעיה בקביעה שעל עבירת פשע יש 3 שנים. היום, העונש שונה. זו תקלה: זה יוצר בעייתיות: מסייע "רגיל" יהיה עונשו שנתיים על עבירה מושלמת של 4 שנים, שהוא מחצית מ-4. אבל המסייע לאחר מעשה יכול לקבל עד 3 שנים. לא יכול להיות שהמסייע לאחר מעשה צפוי למאסר ארוך יותר ממסייע. בפועל, גזירת הדין היא סלט ובתי המשפט מתמודדים עם זה.

## משדל - ס' 30

"המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע וכו' או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ"

המסייע הוא כדמות עקיפה ומשנית. המשדל הוא דמות עקיפה ומרכזית. עקיפה כי הוא לא עושה את העבירה עצמה, ראשית כי תרומתו היא מרכזית- הוא נטע את היסוד הנפשי בלב העבריין. לכן חלקו מרכזי אף שתרומתו עקיפה. החוק מתייחס למשדל בחומרה. עונשו זהה למבצע העבירה שהוא משדל אליה. ( ע"פ 7894/03 נסרין מסראווה)   
משדל הוא בין מבצע למסייע, יש דברים שהוא יותר קרוב למבצע ויש דברים שהוא יותר קרוב למסייע. מתייחסים אליו יותר כמו מבצע, ובחומרה. ניתן לראות שמתייחסים לשידול בחומרה יתרה כי יש גם איסור על ניסיון שידול בסעיף בפני עצמו בס' 33.   
נפרק את רכבי הסעיף של שידול:  
**יסוד עובדתי** – הרכיב ההתנהגותי- "בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ"- התנהגות שיש בה פוטנציאל לשדל. שכנוע, הפעלת לחץ.   
בספרות יש שאלה- האם אפשר לשדל בדרך מחדל? לסייע אפשר בדרך מחדל. לפי הספרות, מבחינה אנליטית זה אפשרי- כל מעשה כולל גם מחדל. מבחינה מהותית קשה לחשוב על סיטואציה של שידול על ידי מחדל. אולי ניתן להבין זאת ביחסי היררכיה ואז יש משמעות גם לשתיקה שיכולה להיחשב כשידול. יש מי שכותב ששתיקת המנהיג היא לא מחדל, והוא מגדיר מחדל בצורה אחרת ובעיניו שתיקה של בר סמכא המשפיעה ביותר אינה נחשבת מחדל. דיון זה קיים בספרות. זה לא מקרים שכיחים וזה דיון יותר מהותי ופחות פרקטי.   
**נסיבה** - קיומו של אחר הטעון הנעה מנטאלית לצורך קבלת החלטה לבצע את העבירה. צריך שיהיה אדם אחר שהמשדל הניע אותו לפעולה. יש פער בין שידול לבין ביצוע באמצעות אחר. בשידול חייבת להיות נסיבה של אדם שבחר באוטונומיה לבצע את העבירה והוא ישא באחריות פלילית עליה. המשדל דחף אותו לבצע אבל לא השתמש בו ככלי כמו ביצוע באמצעות אחר. ברוב הדוגמאות, האחר יהיה פטור מאחריות פלילית, לעומת המשודל. אם זה כורח, אז מבצע באמצעות אחר. אם לא מדובר בכורח, זה שידול.  
**תוצאה** - ביצוע עבירה או ניסיון. שידול (ולא ניסיון שידול) מותנה בתוצאה, לעומת סיוע שלא חייב להיות תוצאה. צריך שההתנהגות המשודלת גרמה לעבריין לבצע את העבירה או לנסות לבצע אותה.  
**קש"ס** - השידול הביא להחלטת ה"אחר" לבצע, צריך להוכיח קש"ס.   
מה קורה כשהמשודל רק ניסה לבצע את העבירה? האם המשדל יורשע בשידול לעבירה או בשידול לניסיון העבירה? נשמע הגיוני שהמשדל שידל לצורך ביצוע העבירה, אך זה יהיה אבסורד כי כך המשדל יקבל עונש יותר חמור מהמבצע.   
בפסיקה- ההרשעה בפס"ד סודקר- ההרשעה ניתנה בגין שידול לעבירה המוגמרת, על אף שהיה מדובר רק בניסיון של עבירה.   
הבעיה מתעוררת לגבי השאלה מה העונש של שידול לביצוע רצח? העונש על שידול הוא כמו העונש על העבירה המושלמת, ולכן עולה שלכאורה עונשו שהמשדל לרצח הוא מאסר עולם חובה. ביחס לסיוע היה סעיף שהגדיר מה קורה עם עונשי חובה ומינימום וריככו אותם. כאן אין סעיף כזה וחלה הוראה רגילה של ס' 34 ד רבתי, ונשמע שהעונש על שידול לרצח הוא כמו העונש של רוצח. הסנגוריה הציבורית טוענת שיש כאן רף ענישה בלתי הולם, לפחות לא בכל המקרים והיו צריכים להשאיר פתח לשיקול דעת, כי בכל זאת תרומתו היא לא ישירה אך עקיפה.   
ע"פ 7894/03 נסרין מסראווה נ' מדינת ישראל- ביהמ"ש קובע משהו שקשור לניסיון רצח. אם המשדל שידל לרצח והוא לא הצליח, ירשיעו אותו בשידול לניסיון רצח ואז אין עונש חובה מאסר עולם. הייתה כאן קביעה שלא יכול להיות שהמשדל יהיה חשוף לעונש יותר גבוה מהמבצע עצמו. בית המשפט חושב שצריך לתת שיקול דעת בעניין שידול לרצח. על פי החוק אין מקום לשיקול דעת.  
צריך להראות קש"ס בין מעשה השידול לבין ביצוע העבירה. כאן יכולים להכנס מקרים פשוטים- המשדל הוא זה שגרם למשודל ללכת ולבצע את העבירה שחור על גבי לבן. יש מקרים יותר מורכבים, אפורים, כשהמשודל כבר היה בתוך הרעיון של ביצוע העבירה הפלילית, היה כבר קיים רצון בסיסי שלו לביצוע העבירה אך הוא טרם קיבל את ההחלטה הסופית והתלבט, והמשדל הוא זה שגרם להחלטתו הסופית לבצע את העבירה. יש מקרים בהם קשה להכריע.   
**יסוד נפשי** -יש כאן עבירה שותקת. לכאורה ברירת המחדל היא שמספיקה מחשבה פלילית רגילה- המשדל צריך להיות מודע לטיב ההתנהגות שלו +פזיזות. בפס"ד אסקין השופטת בייניש קבעה שהיסוד הנפשי הנדרש הוא כוונה- שהמשדל פועל מתוך מטרה שהוא יבצע את העבירה. בבסיס יש כאן כוונה כרכיב חפצי של רצון. מכיוון שמדובר בעבירת תוצאה מחילים את הלכת הצפיות מכוח ס' 20ב. בייניש מוסיפה לשידול ביסוד הנפשי רצון להתממשות העבירה= כוונה, מה שלא קיים בסיוע.   
צריך שיהיה כוונה של המשדל שהעבירה תבוצע לפי הרכיבים של ס' 20 ב:  
רכיבי המחשבה הפלילית: מודעות ברמה גבוהה לאופי המשדל של ההתנהגות + מודעות ברמה גבוהה לקיומו של אחר הטעון הנעה לפעולה + מודעות לאפשרות שהאחר ישודל כתוצאה מהפעלת הלחץ + כוונה לשדל (כרכיב חפצי)- הלכת הצפיות חלה.  
\* לא חייב שהמשדל יגיד כיצד תתבצע העבירה, מספיק שלמשל, כמו בעניין רצח הילדה רוז, האם שלחה מכתב לסבא שהיא רוצה שהוא יפטר מהילדה בכל דרך.  
\* (נלמד זאת בהמשך) מלבד העונש, יש הבדלים נוספים בין מבצע למשדל:  
1. בנושא של חרטה- סעיף חרטה מתייחס רק למשדל ולמסייע ולא למבצע.  
2. מה האחריות של כל אחד מהם של עבירה נוספת שבוצעה על ידי אחד השותפים שלא תוכננה מראש.  
\* הפסיקה תכריע ששידול ומסייע הופך למבצע או מבצע בצוותא.

## ניסיון לשידול- ס' 33

מוכיח כמה השידול חמור, שמענישים גם אם מדובר בניסיון שידול, כאשר הוא לא צלח.   
לא הייתה תוצאה של עבירה פלילית- א' משדל את ב' והשידול מצליח. ב' ניגש לבצע את העבירה אך לא נכנס לאיזור מתחם הניסיון. עדיין יהיה ניתן להרשיע את א' בניסיון שידול על אף שהעבירה לא התרחשה.   
לא הושלם מעשה השידול - במקרים בהם השידול התבצע מצד המשדל אך לא הצליח- מישהו שלח מכתב בדואר של שידול אך המשודל כלל לא פתח את המכתב.   
חוסר בקש"ס- זו עבירה תוצאה וצריך שיהיה קשר סיבתי. יש שידול אבל המבצע כבר בעצמו השתכנע ולא היה צורך במשדל, אז יש כאן רק ניסיון שידול.  
העונש קל יותר לפי סע' 33. העונש על ניסיון שידול הוא כמו העונש על סיוע.   
יש סיטואציות שבהן מדובר על שידול לשידול- מישהו רוצה לרצוח או לפגוע באדם אחר והוא שולח מישהו שמשדל מישהו אחר. השידול לא חייב להיות בחוליה אחת, ויכול להיות גם בכמה חוליות.   
בפס"ד סודאקר- היה שידול לשידול של ניסיון חבלה חמורה- שפכו על מישהו חומצה בשוק כדי שיפצע. העבירה לא הושלמה כי הקורבן הצליח לברוח. היה שידול לשידול לניסיון עבירה חמורה והרשיעו את כל המשדלים. הכירו בשידול לשידול ופסקו שאין הבדל בין שידול ישיר לבין שידול בשרשרת. ביהמ"ש רואה בכך מעין שידול ישיר. התפיסה היא שמבחינת אשמת המשדל אין הבדל. אם לא יכירו בו כמשדל זה יביא אנשים מתוחכמים להרחיק את עצמם ממעשה עבירה על ידי שרשרת שידול וכך להותיר את עצמם חפים מפשע.

## אבחנה בין מבצע בצוותא למסייע

יש הבדל גם בפן המוסרי אם ביצעת רצח או סייעת. יש גם הבדל דרמטי בעונש כי מסייע מקבל רק חצי עונש. ייתכן כי בפועל זו אותה תרומה ופעם אחת זה יחשב כמבצע בצוותת ופעם אחת זה יחשב כמסייע.   
אחרי התיקון יש משמעויות מרחיקות לכת להבדל:  
1. עונש  
2. סעיף החרטה- מתייחס רק למסייע ולמשדל ולא למבצע בצוותא  
3. עבירה שלא תוכננה מראש, כדי לדעת איך היא מקרינה על השותפים לדבר עבירה צריך להבחין אם מדובר במסייע, משדל או במבצע.   
זו אבחנה קשה, וקשה לדבר על מבחן חד משמעי, השופט חשין התבטא בלשונו הציורית על הקושי בפס"ד מרדכי- "ההבדל בין הניסוחים בחוק הוא כה דק עד שדומה על הקורא כי הוטל עליו לפענח כתב חידה מיני קדם" פס"ד ע"פ 2796/95 פלונים- שוק הקצבים- "ניתן עתה להרבות ולומר- המבצע בצוותא והמסייע אינם אך כזאב וככלב שאין מכירים ביניהם לפני עלות השחר. גם לאחר עלות השחר, כזאב וככלב הם שלפני עלות השחר. נוכל לומר על המבצע בצוותא ועל המסייע- לא תמיד אך לעיתים מזומנות כי ההבדל ביניהם אין הוא אך הבדל דק- הבדל דק דק הוא, דק מכל דק, דק על דק עד אין נבדק".  
יש המון מדיניות משפטית, איך השופט הספציפי תופס את חלקו של כל אחד, ומבין את מידת השותפות שלו.  
הפסיקה באופן מגמתי נוטה להכיר בהרבה שותפים כמבצעים ולא כמסייעים. למרות שהחוק עשה הבחנה וביטל אחריות הדדית של קושרים קשר שהייתה לפני תיקון 39, מגמת ביהמ"ש היא להכיר בביצוע בצוותא ולהרחיב את האחריות הפלילית.

## יש 4 מבחנים שהוצעו לאבחנה:

1.מבחן סובייקטיבי - האם הנאשם ראה עצמו כחלק מהמשתתפים בביצוע ואת המשימה העבריינית כמשימתו שלו. מחשבתו נלמדת מן הנסיבות. מה מידת ההזדהות שלו עם המשימה העבריינית. על המחשבה שלו אפשר ללמוד מן הנסיבות- עד כמה הוא היה פעיל, יוזם, שותף ומודע לתכנון. נכריע שמדובר במבצע לפי כמה הוא מרגיש מחוייב לעבירה ויש לו רצון שהיא תצליח, לעומת מסייע. המסייע שולי יותר ויש לו רק ידיעה כללית, לא בהכרח יודע את כל הפרטים.   
יש קושי במבחן כי לא יודעים מה בלבו של האדם, ולא תמיד הוא בעצמו יודע מה רמת המעורבות שלו. לא בטוח שראוי להשתית את האבחנה על תחושה סובייקטיבית שמשתנה מאדם לאדם.  
2. מבחן התרומה האובייקטיבית – אופי התרומה, האם לנאשם יש חלק מהותי בעבירה- מבצע, לעומת מסייע שרק יוצר את תנאים לביצוע העבירה. מבחן שמתאר את לשון הסעיף.   
3. מבחן השליטה על אופן הביצוע- האם יש לנאשם ביחד עם אחרים שליטה על ביצוע העבירה ואופן ביצועה. עד כמה הוא אדון לביצוע. ככל שיש לנאשם יותר שליטה על אופי העבירה והפרטים ככה נראה אותו כמבצע ולא כמסייע כי יש לו יותר השפעה.  
4. הכנה/ניסיון- פרופ' מירי גור אריה אומרת שאבחנה בין שלב ההכנה לשלב הניסיון היא האבחנה בין מסייע למבצע. אם המעשים של הנאשם הם רק בגדר הכנה נכון להתייחס אליו כמסייע בלבד, לעומת זאת אם הוא כבר נכנס למתחם הניסיון נתייחס אליו כמבצע. זה מבחן יפה אך לא תמיד עוזר ולפעמים יכול לבלבל. למשל כשמציבים סולם גבוה מתחת לחלון בשביל לאפשר לפרוץ לבית. במבחן בין הכנה לניסיון נומר שזה כבר שלב מתקדם של התארגנות ונראה יותר כמו מבצע, אך יכול להיות שבסופו של דבר יתייחסו אליו כמסייע. גם התנהגויות שהן מתחם הניסיון יכולות להיחשב כמסייע ולא כמבצע. זה גבול דק שקשה לאבחנה .

## מבחני הפסיקה

**הפסיקה שילבה בין המבחנים ויצרה מבחן משולב** - זו הצעה של פרופ' פלר. המבחן משולב ופועל במקבילית כוחות. בודקים את מידת התרומה האובייקטיבית וגם בחינת מידת ההזדהות של הנאשם עם העשייה העבריינית. ככל שהיסוד הנפשי יותר ברור, כך יסתפקו פחות ביסוד העובדתי ולכן זו מקבילית כוחות. שני גורמים שפועלים במשולב, אם האחד יותר חזק השני יכול להיות יותר חלש ועדיין תהיה תוצאה של ביצוע.  
מבחן עזר- **מבחן השליטה-** מלמד על מידת המעורבות של נאשם, מבחינת היסוד הנפשי ומבחינת היסוד העובדתי כמה הוא תורם ומעורב בעבירה.  
הפסיקה מתייחסת לנוכחות בזירה וקובעת שאלמנט הנוכחות איננו תנאי הכרחי אך גם לא תנאי מספיק. למשל בפס"ד ע"פ 92/89 פלונים- (מדובר בקטינים ולכן פלונים) ביהמ"ש אומר שכדי שנוכחות תשמש מדד לסיוע, חייב להיות שמדובר על נוכחות מכוונת ולא אקראית. מדובר על כמה חברים ערבים שטיילו ביער, אחד מהם החליט להצית אש ולשרוף יערות. כוחות הצלה הגיעו מהר וכיבו את השריפה. ביהמ"ש הכריע שלנוכחות של החברים האחרים לא היה קשר ולכן לא הטילו עליהם אחריות. לעומת מקרים בהם עצם הנוכחות מסייעת כמו בפס"ד יוספוב. הנוכחות עשויה ללמד במקרה המתאים על מידת המעורבות.   
ד"נ עוזי משולם- נוכחות לא הכרחית פיזית ויכול להיות גם קשר ללא נוכחות פיזית, זה לא תנאי הכרחי. פרמטר שיכול ללמד כמה אתה מעורב וחלק אך לא בהכרח.  
בפס"ד בעניין עוזי משולם יש התייחסות למבחן המשולב, למבחן השליטה כמבחן עזר ולסוגיית רב העבריינים.

**רב העבריינים**- נידון בפסיקה. בדר"כ באוביטר. איך נתייחס לרב העבריינים שלא לוקח חלק בעבירה עצמה?  
כמו עוזי משולם ששולט בחסידים שלו. לכל היותר יש לו חלק בתכנון או ידע. יש הבדלים בין שופטים ומלומדים בגישות. ניתן להסביר את ההבדלים השונים בין השופטים בשאלה העובדתית איך הם מגדירים את רב העבריינים- יש כאלו שאין להם שום חלק בתכנון, ויש כאלה שהם יותר מעורבים. תלוי במי מדברים.  
השאלה היא איך מפרשים את הסעיף של מבצע מה מוגדר מבחינת מעשים לביצוע- באיזה מעשים הוא צריך להיות שותף כדי שנייחס לו אחריות. לפעמים יהיה קשה לראות במי שהיה שותף רק בשלבים המוקדמים ולא בביצוע עצמו כמבצע בצוותא ויהיה יותר קל לראות אותם כמשדלים שיצרו את העבירה ויצאו מהתמונה.  
בפס"ד משולם רוב השופטים התייחסו לרב העבריינים כמבצע. השופטת דורנר כאן, וכמו כן בפס"ד גולדברג- מחפשים יותר מעורבות בביצוע עצמו כדי להרשיע בביצוע.   
בעוזי משולם רוב השופטים ראו בו מבצע, למרות שזו לא דוגמא טובה כי הוא שלט בעניינים ולא היה קשה לראות בו מבצע.   
בפס"ד משולם- המחוזי היה עוד לפני תיקון 39. פסה"ד לא היה חלוט ובעליון דייקו את ההגדרות לפי התיקון. רוב השופטים פסקו שרב העבריינים משדל. בד"נ רוב השופטים קבעו שרב עבריינים הוא מבצע כי הוא בשלבי תכנון. השופטת דורנר- ראתה ברב העבריינים כמשדל ולא הסכימה לראות בו מבצע. משולם נחשב מבצע כי גם כאשר הוא היה בכלא הוא היה חלק מהביצוע והייתה לו שליטה.   
השופט חשין- מזהה את רב העבריינים כמבצע בצוותא- מייחסים לו שותפות לביצוע העבירה, אבל דומה בעיניו למבצע באמצעות אחר. חשין מציג את הגישה הזו אך היא לא קיימת בפס"ד זה. כמו מפקד שחייליו מקשיבים לו.   
אם מדובר ברב עבריינים שאין לו שום קשר לביצוע הקונקרטי ורק יודע כמו ברגוטי בכללי, הפרק של צדדים לעבירה לא עוזר.  
פס"ד ברגוטי- מי שלא מעורב בפרטי התכנון ועומד מאחורי המעשים. אם הוא לא מעורה בכלל אלא רק באופן כללי שולח אנשים לבצע עבירות פליליות. הוא שולח אבל לא שותף בתכנון הקונקרטי של עבירה ספציפית לא יוגדר כמבצע. כי זה לא תואם את ההגדרה בס' 29. לעיתים גם לא ניתן להרשיע אותו כמשדל.   
במקרים אלו בהם רב העבריינים הוא לא מבצע, לא מסייע ולא משדל יצרו חוק חדש ב2003 שנקרא "חוק למאבק בארגוני פשיעה". במטרה לשים את היד על מארגני פשיעה וראשי מאפייה שהם הרוח החייה שלא מלכלכים את ידיהם. יש ארצות שתופסים אותם על עבירות מס כי קשה להוכיח את התנאים של אירגוני פשיעה.  
במחוזי הביעו תסכול שלא ניתן לתפוס באחריות פלילית לפי הפרק שדן בצדדים לעבירה את רב העבריינים שלא שותף פעיל. יש כאן מבוי סתום.  
**חוק מאבק באירגוני פשיעה:**   
מסיבה זה חוקקו בשנת 2003 חוק שמטרתו להלחם באירגוני פשיעה. כאשר מדובר על אירגון עם הרכיכיה פנימית, אפשר להרשיע בעבירה על עצם השותפות באירגון ועל מעשים שנעשים כדי לקדם את האירגון.   
לא היה פתרון במסגרת חוק העונשין ולכן יצרו את החוק הזה.  
החוק הגיע בהבנה שהחקיקה הקיימת לא מספקת, וגם בהבנה שיש בישראל פשע מאורגן שפוגע בחברה בישראל ובחפים מפשע שכלל לא קשורים לעבירה.  
פס"ד נאצר ופס"ד זוארץ- מסבירים את הצורך בחוק זה.  
חוק זה בא למלא את החלל שהיה חסר בחוק העונשין בסיטואציות בהן הכללים של שותפות בעבירה לא עוזרים כדי להרשיע פושעים. זה לא מבטל את הצדדים לעבירה, אלא מתווסף. החידוש הוא שגם מי שמנהל את העסק ולא שותף לעבירה נושא באחריות של ניהול הארגון ועמידה בהירככיה. סתם עבירה בתוך אירגון מחמירה את העונש ומכפילה- כי יש ניסיון להלחם מלחמת חורמה באירגוני פשיעה. זה כלי חיוני כדי להלחם באירגוני פשיעה.   
לא פשוט לזהות ארגון פשיעה לפי כל הקריטריונים. ברגוטי קודם לחוק הזה.   
  
**נבחן את ההבחנה בין מסייע למבצע בצוותא ונראה איך מיושם בפסקי דין:**פס"ד מרדכי- רצח במהלך שוד. צריך לשכנע מעל לכל ספק סביר שמדובר במבצע בצוותא ולא סיוע.   
בספר של ואקין ורבין מדברים על כך שאלו שאלות פרשניות, והטענה שמכיוון שמדובר בדין פלילי מצופה מביהמ"ש ללכת לפירוש המקל כאשר יש התלבטות. יש ביקורת על כך שביהמ"ש מכריע ולא בהכרח מקל.  
בפס"ד זה האבחנה קשה. המבצע הוא שותף ישיר והמסייע הוא שותף עקיף.  
מבצעים בצוותא = גוף אחד למשימה העבריינית הפועל באמצעות זרועות. תרומה פנימית תוך חלוקת עבודה.למבצע יש חלק מהותי מתוך יחס נפשי של יוצר העבירה. משימה שלו. יש לו שליטה פונקציונלית על הביצוע.המסייע = עקיף, משני, איש חוץ, לא במעגל הפנימי של הביצוע. מעשי עזר פעולות חיצוניות. והמבצע בצוותא הוא במעגל הפנימי. זהו פס"ד חשוב (!), מתייחס לענייני הסיווג בין מסייע למבצע. הפסיקה מרחיבה את הפרשנות של המבצע.

פס"ד ע"פ 2796/95 פלונים- שוק הקצבים- 4 קטינים פעילים בתנועת כהנא חי, החליטו לנקום את רצח הרב כהנא בחלוף שנתיים לרצח שלו, הם קשרו קשר ותכננו, חלק מהם גנבו רימון היה מתוכנן גם דרכי מילוט. באותו יום, אחד הקטינים, טל, לא הגיע, והוא מתואר שהוא המנהיג של החבורה והרוח החיה שלה. באותו בוקר החברים התקשרו אליו והוא אמר להם "לא היום". הם אמרו שהם הולכים בלעדיו, והוא אמר להם "תלכו" ויצא מהתמונה לחלוטין ולא היה מעורב בביצוע עצמו. השאלה היא האם טל נחשב מבצע בצוותא? בהימ"ש משתמש באותה טרמינולוגיה והרשיע את טל כמבצע בצוותא: גוף אחד עם מספר זרועות, ויש חלוקת עבודה. לא חייב שיהיה אחידות בזמן ובמקום. הנוכחות אינה הכרחית. גם מי שמסיע את העבריינים יכול להיחשב כמבצע וגם אם זה תפקיד קטן והחלק של הביצוע הוא קטן, זה לא משנה כל עוד הוא מעורב בתכנון.   
במהלך הפעילות אחד חשש, אחד זרק את הרימון ואחד קרא למשטרה. כתוצאה מזריקת הרימון בשוק הקצבים אדם נהרג ו-7 נפצעו.  
מדברים על המשדל כאב הרוחני של העבירה. המסייע יוצר את התנאים בלבד והוא במעגל החיצוני, אך בית המשפט זיהה את טל כראשון לעשייה, הוטלה עליו אחריות פלילית מלאה. מאשימים אותו כמשתתף.  
השופט חשין אומר שצריך לבדוק את חומרת המעשה על מנת לדעת את חומרת העונש הראוי. זוהי רמת ההפשטה של המבחנים השונים, למרות ש"ללכת הפוך" זה משהו שלא מתקבל תמיד. מנחה אותו מה החומרה של העונש שצריכה להיות במקרה.  
יש כאן הרחבה של המבצע, ויש בכך השלכות מרחיקות לכת. יש על כך גם הרבה ביקורת.   
כל זמן שאין פטור עקב חרטה לפי התנאים של ס' 34 (לדוג' מתקשר לרשויות להודיע על כך שמתוכנן הפיגוע), אז הרחבת האחריות היא מוצדקת. טל לא נכנס לסעיף זה. הסעיף מאפשר חרטה רק למסייע ולמשדל, סעיף החרטה לא עוזר למבצע. (נלמד בהמשך). יש שופטים שפחות דורשים מעורבות בביצוע עצמו כדי להרחיב את האחריות הפלילית על המתכננים. ההבדל גם נובע מהיחס של השופטים לרב עבריינים.  
**לסיכום- יחשב שמדובר במבצע אם מדובר על :** גוף משותף. חלוקת עבודה. לא חייבת להיות אחידות במקום ובזמן. אדון לפעילות. שליטה פונקציונלית. אין צורך בנוכחות. מבצע=איש פנים. ראש וראשון לעשיה. יש כאן פרשנות מאוד מרחיבה למבצע.  
ד"נ 1294/96 עוזי מושלם- עוזי משולם הוא היה רב שעמד בראש עמותה שמטרתה לחשוף את סיבת העלמותם של ילדי תימן בראשית שנות המדינה. בשנת 94 משולם וחסידיו התבצרו בביתו ביהוד והגיעו לעימות קשה עם המשטרה. לאחר 7 שבועות של התבצרות משולם הסכים להיפגש עם מפכ"ל המשטרה. בפגישה עצרו אותו. הוא איים שדם של שוטרים ישפך על הרצפה, ושרק הוא יגיד לחסידיו לעצור. כל שוטר שיתעמת איתם יקבל כדור.   
לאחר עצירתו, מתוך הבית ירו לעבר מסוק משטרתי. ועל כך רצו להטיל עליו אחריות פלילית. הוא היה במעצר והמשיכו להתבצע עבירות פליליות בתוך הבית.  
בחילופי יריות עם המשטרה אחד המתבצרים נהרג. המתבצרים הסגירו את עצמם למשטרה וככה זה נגמר.   
שופטי הרוב הרשיעו אותו כמבצע. דיברו באותה שפה וטרמינולוגיה- נוכחות לא נדרשת, למרות שאפשר לדבר על נוכחות גם במובן הרחב- אם יש דרכים לשלוט על מה שקורה בבית גם בלי להיות שם פיזית זו נוכחות מורחבת. גם בטלפון אפשר להיחשב נוכח. הפעילו מבחן משולב הייתה כאן יכולת השפעה.  
השופט מצא- הערה חשובה למקרים אחרים- במקרה מתאים גם כשאין שליטה יכול להיות שמישהו יורשע כמבצע, בודקים את המבחן המשולב, מה קרבתו של המשתתף למעגל המבצעים. מצטטים את המילים משוק הקצבים. פה זה מקרה קל כי גם כשהוא במעצר הוא ממשיך לשלוט על מה שקורה בבית שלו.  
מבחן משולב- משלב את המבחן הסובייקטיבי עם האובייקטיבי, רמת ההזדהות שלו ורמת התרומה שלו.  
גם כשהוא לא נמצא הוא עדיין חלק משמעותי.  
לאחר מכן ביהמ"ש דן לגבי רב העבריינים. הרוב- מתייחסים לרב העבריינים כמבצע. השופטת דורנר- רב העבריינים בכללי הוא משדל. מבצע חייב לתרום תרומה פיזית לביצוע, ולכן רב העבריינים לא מבצע אלא משדל. היא מתארת לעצמה רב עבריינים מסוג אחר של משולם שפחות מעורב מבחינה עובדתית.   
חשין- להתייחס לרב עבריינים כמשדל זה לא ממצה את התפקיד שלו בסיפור, זה לא מספיק. הוא רומז לכיוון של מבצע באמצעות אחר. הוא שותף מרכזי, ולכן הוא אומר שמדובר במבצע בצוותא.

שורה תחתונה: מכל פסקי הדין שלמדנו, ובעיקר מהפס"ד של שוק הקצבים מתכנן דומיננטי שנכנס לפרטי התכנון ייחשב כמבצע, בשונה מראש אירגון כללי יותר שלא יורד לפרטי ביצוע אלא מסמן מטרות באופן כללי- לעיתים נפעיל את החוק מ2003, לא תמיד אפשרי להוכיח שיש ארגון פשיעה מאחורי הפעילות העבריינית.   
ברמה המעשית מלומדים מדברים על כך שלמרות שבתיקון 39 ביטלו את האחריות ההדדית האוטומטית של הקושרים לקידום מטרות הקשר, הפסיקה הרחיבה את האחריות על השותפים באופן כזה שבהרבה מקרים מדובר על מבצעים בצוותא.

אחריות נגררת

קשה לעשות אבחנה בין משדל ומסייע. משדל הוא זה שהביא את האחר לביצוע העבירה, וסיוע תורם לתנאים של העבירה. הפסיקה הרחיבה את גבולות המבצע כמו בפס"ד שוק הקצבים. אחת ההשלכות להרחבה זו היא במידת האחריות לעבירה שהתפתחה תוך כדי ביצוע העבירה המקורית: למשל, כאשר קבעו לבצע עבירה מסוג אחד (תקיפה), ונעברה עבירה אחרת (רצח).

ס' 34א מדבר על הכללים לאחריות נגררת- סעיף מאוד חשוב. סעיף שמסדיר סיטואציות של עבירת רבת משתתפים שכוללת התפתחות שלא הייתה צפויה מראש.  
הסעיף מטיל אחריות לשותפים לעבירה על מעשה לא מתוכנן שביצע אחד המבצעים. אפשר לנמק את הסעיף בצידוק תועלתני- נועד כדי להרתיע עבריינים מלצאת לביצוע של עבירת רבת משתתפים. הנחה בסיסית, שמבוססת על המציאות שכשחבורה יוצאת לבצע עבירה יש סיכון יותר גדול לחברה. גם מבחינת הנחישות והוודאות שתתבצע העבירה, וגם מהבחינה שדברים יכולים לצאת מכלל שליטה, לעומת מבצע יחיד ששולט על הכול. בסעיף יש 2 יתרונות: 1. החברה רוצה להרתיע מלהשתתף בעבירות רבות משתתפים.   
2. הסעיף יכול גם לגרום שהצדדים לעבירה יבטיחו את עצמם מראש שלא יהיו הפתעות, ויתנהגו יותר בזהירות- לא יתנו אקדח לאדם פזיז.  
יש כאן גם הצדקה גמולית- טענה לנאשם, שאדם שמשתתף בביצוע עבירה רבת משתתפים, ומצטרף לחבורה עבריינית לוקח על עצמו סיכון מודע שדברים יסתבכו. שיכולה להיות התפתחות שלא תוכננה מראש ולא תהיה בשליטתו המלאה.   
לא בכל מקרה יטילו על האחרים אחריות, אבל גם לא נכון תמיד לא להטיל אחריות. צריך להפעיל שיקול דעת בהתאם למקרה ולנסיבות.   
דוגמה: קבוצה יצאה לבצע שוד, ואחד מהם רצח את השומר. מהי אחריות החברים האחרים בקבוצה? הסעיף מסביר סיטואציות של התפתחות שלא הייתה צפויה מראש. **הסיכון שיוצרת חבורה שיוצאת לעשות עבירה הוא גדול מהסיכון של אדם יחיד, ועל כן יש צורך בהסדר מיוחד לנושא זה.** הסדר זה מוצדק מטעמים תועלתניים, אך ניתן למצוא לו גם צידוק גמולי, שכן אדם שהוא חלק מחבורה מוכן לקחת על עצמו סיכון שהדברים יצאו משליטתו.  
בפס"ד סילגדו (שוד ורצח במהלכו) נטענה טענה כי ס' 34 א אינו חוקתי, שכן התיקון מאוחר לחוקי היסוד. ההסדר מטיל אחריות פלילית באופן רחב מידי שפוגע בזכויות יסוד בצורה בלתי הולמת. האחריות למעשים על צדדים לעבירה שהם לא לקחו חלק בתכנון שלהם ובעשייה שלהם. הייתה הרחבה על צדדים השותפים לעבירה שלא צפו שככה יתגלגלו פני הדברים, ובכל זאת לפי הסעיף מוטלת עליהם אחריות.  
ערך בית המשפט בחינה של החוק ומצא אותו לתכלית ראויה, מידתי וכו' ולכן הטענה לא התקבלה והסעיף הוכרע כחוקתי.  
צריך לבדוק חוקתיות של סעיף ולא רק לבחון האם המצב קודם היה יותר או פחות טוב. הוויכוח סביב ס' 34א הוא האם הסעיף לא מרחיב מידי את האחריות הפלילית.  
 **סעיף 34א- עבירה שונה או נוספת:**  
(א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –  
(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;  
(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

## התנאים לקיום הסעיף:

**1. "עבר מבצע"** - בכדי להטיל אחריות פלילית על צדדים לעבירה צריך שאת העבירה הנוספת ביצע אחד המבצעים. **רק המבצע, שהוא חלק מהמעגל הפנימי, מקרין על הצדדים האחרים, ולא להיפך**. זהו מקום בו חשובה האבחנה בין מבצע/ מסייע שכן חשוב מי ביצע את העבירה שלא הייתה חלק מהתכנון המקורי. רק המבצע ולא שותף משני (לא מסייע ולא משדל). עומד בתנאים של ס' 29 והוא מבצע של העבירה המקורית.  
לדוג'- במהלך שוד, נשאר אחד מאחור שתפקידו לשמור או להיות ברכב המילוט והוא יורה במישהו שמתקרב. נבחן על פי המבחנים של מידת השליטה והנוכחות האם הוא מבצע או מסייע, וצריך לפצל את התשובה מהו הדין אם יחשב כמבצע ומה יהיה הדין אם יחשב כמסייע. יכול להיות שמדובר במסייע ש"הגדיל ראש" והוא עדיין לא חלק אינטגראלי מהחבורה ואז מעשיו לא ישקפו את האחרים. אומר חשין שבסופו של דבר נשתמש ב"מה שנראה", ואז בכל זאת הוא יחשב כמבצע.  
**2. "אגב עשיית העבירה"** – יכולים להיות כמה פירושים:   
\* הכוונה תוך כדי, במהלך, בסמוך עבירה. קרה באותו אירוע כאירוע מתגלגל.   
\* קשר ענייני רציונאלי ולא רק סמיכות זמנים, כלומר: קשר בין העבירה המקורית והעבירה הנוספת, כגון: הסרת מכשולים בדרך. לדוג'- אם חבורה הלכו לשדוד בנק ואחד מהמבצעים ממית את אחד הפקידים בגלל סיבה חיצונית שהוא שונא אותו אין כאן קשר ענייני כי זה לא חלק מהעבירה.   
 ד"ר ויזל חושבת ש"אגב ביצוע העבירה" משמעותו סמיכות זמנים (מספיק קשר תוך סמיכות זמנים ולא צריך להתעקש על סמיכות עניינים כי מקרים כאלו יפלו בתנאים הבאים).  
**"עבירה שונה ממנה או נוספת לה"** - עבירה מקורית + עבירה נוספת או העבירה המקורית ששינתה צורתה.  
**3.** **אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה.** בפס"ד מרדכי (רצח במהלך שוד), השופט ברק קבע כי יש ארבע אפשרויות להתפתחויות מאוחרות בעבירה שלא תוכננה מראש שיכולה להתקיים עבירה נוספת, **ורק אחת מהן מתאימה לסעיף 34א.** האפשרויות הן:  
\* עבירה שנצפתה כחלק מהתכנון המקורי - לא נכללת בסעיף 34א אלא זה חלק מהשותפות.  
\* עבירה שאפשרות עשייתה על ידי אחד המבצעים נצפתה בפועל, למרות שהיא לא חלק מהתכנון המקורי – גם כאן יחולו דיני השותפות הרגילים ולא יחול 34א.  
\* **עבירה שאינה חלק מהתכנון ולא נצפתה כאפשרות, ושאדם מן הישוב כן היה צופה אפשרות התרחשותה - המקרה היחיד עליו חל סעיף 34א.** פה מתקיים התנאי של הסעיף שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע.  
\* עבירה שגם אדם מן הישוב לא היה צופה את אפשרות התרחשותה - אזי אין אחריות ליתר השותפים על העבירה הנוספת. לדוג': אחד מהשודדים מגלה שאחד מהעובדים בבנק היה שכן שלו שהוא שונא ורוצה "לסגור איתו חשבון" ומחליט לרצוח אותו, או חבורה שבאו לבצע שוד ואחד מהם ראה בחורה יפה והחליט לבצע אונס (גם אדם מן הישוב שיוצא לשוד, לא צופה שיתרחש אונס תוך כדי, ולכן אי אפשר להטיל אחריות פלילית על האחרים).  
**אדם מן הישוב** - כדי לדעת מה אדם מן הישוב היה צופה, בודקים את האדם מן הישוב "בנעליו" של אותו הנאשם. כלומר: מה אדם מן הישוב היה עושה באותה סיטואציה, באותם תנאים, לפי המידע שהיה בידי השותפים. מדובר על עניין אובייקטיבי (מה אדם מן הישוב היה עושה) בסיטואציה סובייקטיבית.

ע"פ 1639/98 דהן נ' מ"י**-** פס"ד דהן מס' עבריינים שותפים לביצוע עבירת אונס של תיירת (הוכרו כשותפים לעבירת האינוס). לאחר ששניים עזבו את המקום, אחד השותפים שנשאר שם עם הקורבן חבט בראשה בקרש שהוא מצא שם, כיסה אותה בניילון וגלגל אותה במדרון וחשב שהרג אותה, אך היא ניצלה. התיירת לא נהרגה, והתלוננה במשטרה. ביהמ"ש זיכה את השותפים שעזבו מעבירת של גרימת חבלה חמורה וניסיון רצח, שכן **לא הוכח מעל לכל ספק סביר שאדם מן הישוב באותן נסיבות היה יכול לצפות שזה מה שיקרה לאחר שעזבו את המקום.** השותפים לא היו אחראים למעשים שנעשו לאחר שהם עזבו את המקום. גם אדם מן היישוב לא היה צופה שזו תהיה ההתרחשות לאחר מכן.

**לסיכום:** בהתאם לפס"ד מרדכי, ישנם שלושה תנאים להטלת אחריות של סעיף 34 א:  
1. את העבירה עבר מבצע.  
2. אגב עשיית העבירה = סמיכות זמנים+ קשר ענייני.  
3. אדם מן הישוב היה צופה.

**מה היקף האחריות של השותפים לעבירה הנגררת שביצע המבצע?**יש מידה שונה של אחריות לצדדים שונים. דוג': המבצע המית תוך כדי שוד, כאשר אדם מן הישוב היה צופה (ולא הייתה צפיות בפועל – פס"ד מרדכי). על פי 34א (א) (1), המבצעים האחרים נושאים באחריות לאותה עבירה. המבצע האחר, כאשר לא הייתה צפיות בפועל, תוטל עליו אחריות פלילית כמו המבצע! (זוהי הרחבה של המעגל). השותף לעבירה אחראי בגין מעשים שיקרו לאחר מכן על ידי אחד מהמבצעים, כל עוד אדם מהשורה היה צופה את זה. מייחסים לו אחריות פלילית.  
על פי הסייפא של 34א (א) (1): " ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת **בכוונה**, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של **אדישות** בלבד". כלומר: במקרה שבו המבצע שביצע את העבירה הנוספת, ביצע עבירה שדורשת כוונה (מחשבה פלילית מיוחדת), אז המשמעות תהיה, שירשיעו אותם רק בעבירה של אדישות ושל מחשבה פלילית רגילה.דוגמה שהיא לא נכונה (ומיד יוסבר מדוע): אם תוך כדי שוד בוצע **רצח בכוונה תחילה**, אז המבצע בצוותא יורשע **בהריגה** בלבד. מדוע הדוגמה הזו **לא נכונה**? כי סעיף 300 (א) (3) מדבר על רצח תוך כדי עבירה אחרת, וזהו סעיף של מחשבה פלילית רגילה, ואז הדוגמה הנ"ל לעולם לא תתקיים כי יש גם ס' רצח ללא כוונה תחילה. **כאשר אדם שהמית תוך כדי ביצוע שוד, הוא יואשם ב-300(א)(3), ואז גם המבצע בצוותא יואשם גם הוא באותה העבירה:** 300(א)(3).על פי סעיף 34א (א) (2): "יישא באחריות לה גם **המשדל או המסייע**, כעבירה של **רשלנות**, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי".   
כלומר, האחריות של המסייע או המשדל לעבירה הנוספת פחותה משמעותית: ניתן להטיל עליהם עבירת רשלנות. בדוגמה של רצח במהלך שוד יוכלו להטיל עליהם אחריות בגין גרם מוות ברשלנות.  
ניתן לראות שהמבצעים יואשמו בעבירה חמורה, ואילו המסייע והמשדל יואשמו בעבירה קלה הרבה יותר, ואם לא קיימת עבירת רשלנות באותו נושא, הם לא יואשמו בשום עבירה – נוצר כאן פער גדול מאוד בין מבצע ובין מסייע ומשדל, שהאחריות שלהם פחות חמורה ממבצעים אחרים.   
מזכיר את הסעיף של כניסה פסולה להתנהגות שתייחס אחריות פלילית.   
ד"ר הדר דנצגיר כתבה מאמר חשוב על הסעיף הזה, בניסיון להצדיק אותו בתיאוריות גמוליות. היא הציגה מס' סעיפים בעלי אותו הגיון שהאדם בוחר להיכנס לסיטואציה שאח"כ הוא צריך לשאת בהשלכות שלה.   
34א (ב) קובע: "הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו". סעיף זה מאפשר לבית המשפט שיקול דעת לתת פחות מעונש החובה (עונש חובה נותנים לדוג' על רצח), וזה מה שבסופו של דבר "מציל" את השותף לעבירת השוד שנגררה לרצח.  
\* הערה: אין כאן אחידות ברמות האחריות. לעיתים משדל יותר חמור ממסייע, ולעיתים המסייע והמשדל הם באותה רמה.

בפס"ד דהן התביעה ביקשה להרשיע את המבצעים בצוותא הנותרים בעבירה של גרימת חבלה חמורה, למרות שהמבצע הישיר הורשע בניסיון רצח: לא יכלו להאשים אותם בניסיון רצח, כי זו עבירה הדורשת כוונה, ולכן בחרו גרימת חבלה חמורה שדורשת מחשבה פלילית רגילה.

לזכור: על פי 34א ניתן להטיל אחריות פלילית כאשר אדם מן הישוב כן היה צופה, והנאשם הספציפי כן היה צופה - רק אז עובדים עם הסעיף הזה.

פטור עקב חרטה בסעיף 34

פטור זה שונה בתכלית השינוי מסעיף 28 שכותרתו היא גם "פטור עקב חרטה". הכותרת של הסעיף לא לגמרי מתאימה, כי הוא לא ממש מדבר על חרטה במובנה הפנימי:  
**פטור עקב חרטה, סעיף 34:**  
(א) משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.  
(ב) "רשויות", לענין סעיף זה - משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה.

הסעיף הזה הוא תועלתני, ורלוונטי רק למשדל או למסייע, כאשר התרחשה העבירה או היה ניסיון לעבירה. מטרת הסעיף לתמרץ משדלים ומסייעים למנוע את העבירה שהם סייעו או שידלו לה. המשדל והמסייע אין להם שליטה על הביצוע עצמו, ולכן המחוקק יצר סעיף שפותח פתח לעצירת "הרכבת של העשייה הפלילית". במילים אחרות: משדל או מסייע, שהתרומה שלהם עקיפה – אם הם עומדים בתנאי 34, הם יהיו פטורים מאחריות פלילית.  
בפס"ד של שוק הקצבים אמרו שסעיף זה לא חל לגבי טל, אך זה לא משנה כי הוא הוכרע כמבצע ולא כמסייע כך שהסעיף הזה בכל אופן לא רלוונטי עבורו. ייתכן ואם הוא היה מרים טלפון לרשויות היו מגדירים אותו כמסייע ופוטרים אותו תחת סעיף זה.  
לפי הסעיף אם המשדל מנע את עשיית העבירה או הודיע מבעוד מועד לרשויות וגם עשה כמיטב יכולותו למנוע אותה בדרך אחרת, הוא יהיה פטור מאחריות פלילית. אבל הוא לא יפטר מעבירה פלילית לעבירות שאותן הוא ביצע עד אותו רגע. ואם יש עבירת קשר שהושלמה הוא כן יישא עליה באחריות פלילית.  
לדוג'- אם מסייע לעבירה של גרימת חבלה, עצר לפני שנגרמה חבלה חמורה, אז הוא לא יישא באחריות פלילית של חבלה חמורה, מצד שני: לעבירת התקיפה הם היו שותפים עוד קודם, ולכן הם יישאו באחריות לה.  
דוגמה נוספת- תכנן רצח וגנב נשק. אם הודיע לרשויות ומנע את הרצח, יואשם רק בגניבת הנשק- עבירה מושלמת שביצע.

בסעיף זה אין רלוונטיות לסיבות שבגינם נעשתה פעולת ה"חרטה", לעומת סעיף 28 שיש בו דגש על המניעים.  
**אין פטור עקב חרטה למבצע בסעיף זה**.

נפקות של נתון אישי, סעיף 34ב

הסעיף אומר שאם יש נתון **ענייני** שרלוונטי להגדרת העבירה, ומתקיים רק על חלק מהשותפים – אז הוא מקרין על השותפים האחרים. אם מדובר על נתון **אישי** (למשל אחד מהם לא שפוי או קטין), זה לא משליך על האחרים. מזכיר את סעיף 29 ד, אבל כאן זה כללי יותר.  
**נתונים עניניים ואישיים, 34ב.** נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים.

הסעיף מבחין בין נתון אישי לנתון ענייני. נתונים עניינים הם נתונים שמשפיעים על מידת האחריות הפלילית למשל: גניבה ממעביד. אם המבצע גונב ממעביד ויש לו מבצעים בצוותא או מסייעים, שאינם עובדים של המעביד - אפשר להטיל עליהם אחריות על גניבה ממעביד, על אף שהם לא גנבו ממעביד שלהם.  
דוגמה נוספת: אם יש עבירה של שוד תוך שימוש בנשק חם – בעבירה רבת משתתפים, מספיק שרק אחד מהם מחזיק בנשק.   
לעומת זאת נתון אישי- גיל, מצב נפשי וכו' לא מקרין על אחרים.

**הבעיה בסעיף:** קשה מאוד להחליט מה זה נתון אישי ומה זה נתון ענייני. בדוגמאות לעיל קל להחליט, אבל יש דוגמאות שבהם קשה יותר: על פי פלר, הדוגמאות הבאות הן של נתון ענייני.

**סיכום לקראת המבחן:**

למדנו כמה שלבים- עקרונות יסוד והשאלה של הפללה. למה מפלילים, מה הם בסיסי הפללה ומה מצדיק הפללה- איזה התנהגות מצדיקה איסור פלילי? יש כללים שעוזרים לנמק מה עבירה פלילית ומה לא.  
למדנו מאפייני משפט פלילי, למדנו על שיקולי ענישה ותיקון 113 לחוק העונשין שמנחה את השופט איזה שיקולים להעדיף ולבחור, ואיך לעשות- מתחם עונש הולם וקביעת עונש ספציפי.  
אח"כ למדנו עקרון החוקיות שרלוונטי גם לנושאים בהמשך.  
למדנו נגזרות שלו- סמכות לחוקק עבירות פליליות, דיוק החוק- מופנה למחוקק, פרשנות, רטרואקטיביות- תחולה זמן ובמקום, וענישה- לפי החוק.  
עד כאן ההקדמות שהן כולן רלוונטיות למבחן.  
יסוד עובדתי- העדר שליטה, אי שפיות, עבירות מיוחדת- החזקה וסטטוס. ההבדל בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות. מחדל.  
על גבי היסוד העובדתי עברנו ליסוד הנפשי. היסוד הנפשי בנוי על בסיס היסוד העובדתי. צריך קודם כל לעשות ניתוח של הסעיף לפי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי ואז להמשיך הלאה. הדיון על האחריות הפלילית צריך להתחיל בניתוח של הסעיף לפי היסודות.  
בהמשך למדנו עבירות נגזרות- ניסיון וצדדים לעבירה.

**מבנה המבחן:**

שלוש שאלות:  
1. קייס גדול   
2. שאלת מחשבה שיכולה להיות בצורת קייס קטן. השאלה קשורה למה שלמדנו או לפרשנות של סעיך, הסדר, או הצע"ח שמעוררת מחשבה. צריך ליישם עקרונות ורציונאלים.  
3. להגדיר 2 מושגים מתוך שלושה שלמדנו.

**עבירות המתה:**

עבירות המתה, מדברות על אינטרס מוגן של ערך חיי אדם. חיי אדם ולא בע"ח. פגיעה בחיי אדם יכולה לבוא בהרבה צורות- פאסיבי, אקטיבי, מכוון, ספונטני, אכזרי. מדובר על חיי אדם בשלבים שונים- אדם צעיר, אדם הנוטה לחיות (פגים או שלבים מוקדמים של החיים), אדם הנוטה למות.   
ייתכן ותהיה התייחסות שונה להמתה של אדם צעיר ואדם גוסס הנוטה למות תהיה שונה.  
האיסור "לא תרצח" הוא אוניברסלי בכל המדינות. לפי זה הרשיעו את אייכמן- אלו מעשים שאסורים לפי כל כלל אנושי באשר הוא, ולא צריך חוק שיגדיר שזה בעייתי.   
לכאורה, מתייתר הצורך לדון בעבירות רצח כי הן מוסכמות על כולם, אך גם בהקשר של עבירות המתה יש הבדלים בין תרבויות- סיטואציה של המתת חסד, הגנה עצמית- "הבא להורגך השכם להורגו", עונש מוות- יש מדינות בהן יש הצדקה להמתה כעונש. יש מה לדון על הגבולות וזה משתנה בין חברות ובין השקפות שונות.  
בישראל, יש 3 סעיפים מרכזיים הדנים בגרימת מוות:  
1. **סעיף 300- רצח**.  
2. **סעיף 298- הריגה**. עבירה של מחשבה פלילית רגילה  
3. **סעיף 304- גרימת מוות ברשלנות**.  
הסעיפים האלו לא מספיקים ולא מכסים הכול. יש הבדלים משמעותיים בין העבירות השונות והוא בעיקר יסוד נפשי.  
(יש עוד כמה סעיפים קטנים לגבי סיטואציות ספציפיות, שבהן לא נתמקד:  
סעיף 303- אישה שממיתה את התינוק שלה עד גיל 12 חודשים  
סעיף 302- שידול או סיוע להתאבדות).

סעיף 300: ביחס לרצח רגיל העונש הוא מאסר עולם חובה. רק לגבי חוק עשיית דין בנאצים העונש הוא מוות.  
סעיף 298: העונש הוא מ0-20 שנות מאסר.  
סעיף 304- המאסר הוא 0-3 שנים. עונש מקסימאלי של עבירות רשלנות. (אם כתוב בסעיף שהעונש הוא 3 שנים, הכוונה היא עד 3 שנים זאת אומרת לשיקול דעת השופט מאפס עד למקסימום).

ברצח יש כמה חלופות, אנחנו נתמקד בסעיף 300 (2)- "גורם בכוונה תחילה למותו של אדם". זו העבירה הכי חמורה, והעונש עליה הוא הכי חמור שניתן.  
עד 1954 היה עונש מוות על עבירת הרצח. באנגליה עד המאה 18 היה עונש מוות גם לגבי עבירות הקשורות לרכוש. בשנה זו המירו את עונש המיתה בעונש מאסר עולם חובה. ונשאר רק עונש מוות על חוק עשיית דין בנאצים. למה הסירו? שר המשפטים היה פנחס רוזן- אומר שטענת ההפחדה היא המובילה את עונש המוות. אך כיום יש חשש כבד לטעות בלתי הפיכה וזה לא מרתיע בהכרח יותר על פני עונשים אחרים. העונש השונה לא מעיד על כך שהמעשה פחות חמור, אלא בגלל החשש לטעות הוחלט לשנות אותו.   
בעבר הנשיא היה קוצב את העונש. בשנת 2001 אחד הנשיאים עזר ויצמן לא היה מוכן לשמש בתפקיד של קציבת עונשים לרוצחים, ולכן עשו חוק- "חוק שיחרור על תנאי ממאסר"- דן בכמה דברים. החוק קובע שיש ועדת שחרורים מיוחדת שדנה בעונשים של מי שנידון למאסר עולם חובה. בבית הכלא יש ועדות שיכולות לאחר 7 שנים מריצוי המאסר, לקצוב את העונש כך שיהיה לפחות 30 שנה. 30 שנה זה סדר גודל של מאסר עולם. המינימום הוא 30 שנה, וזה בדר"כ, יכול להיות יותר גבוה. אם מנקים לו שליש יש לו רק 20 שנה.

רצח בכוונה תחילה- מה זה כוונה תחילה שהופכת את ההתנהגות לעבירה כל כך חמורה שאין לגביה שום שיקול דעת, העונש הבלעדי הוא מאסר עולם?  
עקרון (לא לפי הפסיקה עכשווית, מתבסס על פרופ' פלר ייתכן ויכנס לחוק בעתיד)- הרעיון שעומד בבסיס כוונה תחילה היא האבחנה בין רצח ספונטני לבין רצח מתוכנן והרצון להמית. בהרבה מדינות בעולם יש תפקיד לרמת הכוונה. לא תמיד יש את אותו תפקיד. יש התלבטות מה עושה את העבירה לחמורה יותר:  
**גישה קונטיננטאלית** (כי השלטון התורכי שלט בארץ)- כוונת תחילה חמורה יותר מכוונה ספונטנית או רגילה כי הרוצח שקל, תכנן ועשה את הדברים בקור רוח ולכן המעשה חמור יותר.  
**גישת המשפט המקובל**- כוונת תחילה היא לא תמיד ולא בהכרח ההבדל היחיד שמצדיק החמרה ביחס להמתה. יש מקרים של כוונה רגילה= ספונטנית שהם לא פחות מרושעים, חמורים ומסוכנים. לפעמים גם מעשה אימפולסיבי הוא מאוד מסוכן.

פרופ' פלר מדגים את ההתלבטות באמצעות שתי דוגמאות:  
1. אמא של ילד מאוד פגוע בנכות כבדה. היא רואה את הסבל שלו ובמשך זמן מתכננת ושוקלת ומחליטה לבצע המתה שלו.  
2. אדם הולך על גשר רואה ילד קטן יושב על הגשר ובהחלטה של רגע סתמית דוחף אותו לנהר והילד מת.  
אלו שתי דוגמאות שמערערות את החד משמעיות שהפרמטר היחיד שעושה את ההבדל בחומרה הוא כוונה תחילה. האם הדגש הוא מסוכנות לחברה או הפסול במעשה?  
החוק בישראל, מגדיר בסעיף 301 מהי כוונה תחילה- הכלאה בין רעיונות שונים. הנוסח הוא בדיוק הנוסח של סעיף 216 לפקודת החוק הפלילי 1936. הטויטות עוד לפני כן משנות ה20 של המאה הקודמת. זה מאוד ישן ולא תואם את המציאות החברתית העכשווית. הסעיף לא השתנה, והפסיקה קוראת למחוקק לשנות את הגדרת הרצח ובכלל את השינוי בדירוג של עבירות ההמתה.  
פס"ד ד"נפ 1042/04- ביטון- פס"ד שפותח את כל המרכיבים של כוונה תחילה ובודק את הפסיקה שהתחילה בשנות ה50 ולא כ"כ משנה אותה. פונה למחוקק בקריאה שהגיע הזמן לשנות את הסעיף. גם בגלל התוכן.  
  
הניסוח של סעיף 301 הוא בעברית משובשת. לפי סעיף 301 (א) צריך להוכיח 3 תנאים מצטברים:  
1. החלטה להמית- כוונה להמית.   
2. הכנה- "הכין עצמו" / "הכין את המכשיר"  
3. העדר קנטור- בלי שגמרה התגרות למעשה.

הפסיקה פירקה את זה ל3 רכיבים. נתחיל עם **פרופ' פלר** שמבקר את הפסיקה. הוא מחפש במושג "כוונה תחילה"- כוונה איכותית. תהליך איכותי של שקילה, חשיבה- מה שמאפיין דם קר. איכות מיוחדת של כוונה. 3 שלבים נפרדים- 1. הוולדות הרעיון לבצע את העבירה. 2. שקילה באשר לעשייתה. 3. החלטה לעשותה. יש כאן תהליך בשונה מהמתה ספונטנית. לדוג'- אם גנב פורץ לבית כשהוא חושב שהוא ריק ומישהו מפתיע אותו שהוא נמצא בבית ואז הוא הורג אותו- אין כאן כוונה תחילה, כי אין שיקול דעת לפני המעשה עצמו.  
רעיון זה מבוטא בפסיקה בדעת מיעוט בתחילת שנות ה50. פלר מסביר שההחלטה להמית צריכה להיות בתהליך שקול ואיכותי. בנוסף, פלר מפרש את הכנה והעדר קנטור כאלמנטים שמלמדים על איכות כוונת התחילה. הוא יוצר זיקה (שקיימת בסעיף) בין דם קר וכוונה שקולה להמית לבין הכנה והעדר קינטור. עבריין שמכין את עצמו, אפילו נפשית למעשה העבירה זה מתפרש כאיכות הכוונה שלו. וכמו כן העדר קינטור- מעשה מעליב שגורם לממית לאבד עשתונות, כמו ברז שמתפוצץ. כשברז מתפוצץ לא ניתן לראות כוונה תחילה, העדר קינטור משליך על כוונה תחילה ולא התפרצות.

בשונה מפלר שעושה זיקה בין 301 ורכיביו לבין כוונה תחילה ומימד נפשי מיוחד, ביהמ"ש ניתק את הפרמטר.   
החוק שהתקבל שם דגש על כוונה תחילה כמו הגישה הקונטנניטאלית. השופטים, מתבססים על המשפט המקובל האנגלי ופותחים עוד פרמטרים מלבד היסוד הנפשי של כוונה תחילה במובן של מחשבה פלילית.   
**רצח בכוונה תחילה בפסיקה בישראל:**מעבר לדעות מיעוט בשנים הראשונות של קום המדינה שמשכו לדעות של פלר, אגרנט וכל הבאים אחריו פירשו את הסעיף אחר. נבחן את שלוש הרכיבים:  
א. "החלטה להמית"- צריך להוכיח שבשעת מעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית. מדובר פה על יסוד נפשי פנימי שכולל 2 רכיבים (לפי לשון תיקון 39):  
1. צפייה מודעות לאפשרות שיתרחש מוות- במישור ההכרתי.  
2. רצון ומטרה שהתוצאה הקטלנית תתגשם- במישור הרגשי, חפצי.לפי לשון סעיף 20- החלטה להמית זו כוונה. לפי הפסיקה ההחלטה יכולה להתגבש בשלבים או כהרף עין ואפילו תוך כדי המעשה. העיקר שיהיה אפשר להוכיח מודעות לאפשרות שיתרחש מוות ורצון במוות. אין שום הבדל בין כוונה לבין החלטה להמית. יש 2 פסקי דין ההולכים בדרך אחרת:  
הרצח של אריק קרפ- בביהמ"ש המחוזי לנוער. אדם שישב עם ביתו ואישתו בחוף הים וסתם חבורת נערים בני מיעוטים התנפלו עליו וגרמו למותו בלי סיבה. סיפור נוראי שחסר מניע. הוא צעק וניסה להתחנן שיפסיקו וזה לא עזר.   
לא הרשיעו אותם ברצח בכוונה תחילה. פס"ד יוצא דופן שלא עולה בקנה אחד עם שאר הפסיקה. רוני רוזנברג כתב על זה מאמר.  
פס"ד פלונית- נדבר בהמשך.  
הפסיקה בשאר המקומות אומרת שהרצח יכול להתגבש כהרף עין ולכן ההחלטה להמית לא עושה הבדל, אלא רק שני הפרמטרים הנוספים. כן צריך להבדיל שהכוונה תהיה להמית.   
איך יודעים שהייתה כוונה להמית? לפי **חזקת הכוונה**- חזקה על אדם שהוא מתכוון לגרום לתוצאות הטבעיות של מעשיו. יש מקרים שזה ברור ויש מקרים שקשה להבחין אם היה מדובר ברצון ממש להמית או רק ברצון לפגוע. למשל במקרים של מריבות וקטטות קשה לייחס חזקת כוונה של מעל לכל ספק סביר.  
משתמשים בחזקה זו לפי ניסיון החיים – מי שיורה במישהו אחר בטווח של 0 אפשר להסיק שהוא רוצה להרוג אותו. להריגה רגילה לא צריך כוונה אפשר גם להרשיע כשיש מודעות לאפשרות ופזיזות, רק לרצח בכוונה תחילה יש את יסוד הכוונה. (יסוד הכוונה- התוכן שלו לפי סעיף 20).  
ב. יסוד ההכנה: ההיגיון הוא שההכנה הוא מדד שמלמד על מעשה שקול ועל טיב הכוונה. אינדקציה שהעבריין שקל את מעשיו. הפסיקה פירשה את יסוד ההכנה כיסוד פיזי, אובייטקיבי טהור וניתקה אותו מהמשמעות הראשונית שלו. ברגע שסעיף 301 מונה את הכנה כפרמטר ביהמ"ש מתייחס אליו כאמנט חיצוני מעשי שיש לבדוק מבחינה מעשית- האם נעשו פעולות להכשרת הביצוע? הכנת מכשיר זו דוגמא.  
ביהמ"ש אומר שההכנה יכולה להיות לפני המעשה וגם ממש תוך כדי ובתכוף למעשה. ההפך המוחלט מרעיון של מכין את עצמו בשלבים לפני המעשה. ביהמ"ש מחפש כאן יסוד אובייקטיבי לסמן עליו וי.  
בפס"ד צ'קולה- הנחתת מכות גרזן על ראש המנוחה כמה פעמים הינם הכנה. הטענה שלו הייתה שהוא לקח את הגרזן מהיד של אישתו וטען שלא הייתה הכנה. ביהמ"ש הכריע שאפילו אם הוא לא הלך להביא גרזן אלא הויא מידיה של האישה יש הכנה, כי הוא נתן כמה מכות גרזן ויש בכך הכנה.  
במקרים בהם יש כמה דקירות ניתן לראות זאת כהכנה. אגרנט אומר שבדר"כ במקרים בהם הוכחה החלטה להמית והוכח היעדר קינטור לא תהיה בעיה לזהות הכנה. כמעט תמיד יהיה ניתן לזהות הכנה. הקרטריון של הכנה מנותק מהמות וההיגיון הבסיסי שלה. אגנרט מתרחק מהמשמעות של כוונה תחילה והולך אחרי הגישה האנגלית. מסיבות פרקטיות זה יותר קל להוכיח ואין כאן דרישה לפער בזמנים בין התכנון לביצוע.   
גם בפס"ד ישנים לדוג' פס"ד בנו- אגרנט מתייחס לפלר ומביא ביקורות אליו, ועדיין מכריע שהכנה היא יסוד פיזי טהור. פס"ד ביטון- ברק בפירוש מסביר שאלמנט ההכנה בא לזהות הכנה שקולה, אך הפסיקה טיהרה את יסוד ההכנה ממאפייניו הנפשיים. הפכו את הכוונה לנסיבה ולא ליסוד נפשי. זה אומנם במקור אמצעי להשיג כוונת תחילה, אך הלכה למעשה לא מפעילים את זה בצורה כזו, אלא ניתקו את זה.   
הכנה זה משהו שקל לזהות- פעולה שחוזרת על עצמה. פס"ד על מישהו שגרם למוות בחנק- החזקת הידיים לזמן ממושך על הצוואר נקרא הכנה.   
ג. העדר קינטור- ביהמ"ש מתייחס להעדר קינטור ולהכנה כמבחנים קונקרטיים. אלמנטים שמראים שהיה שיקול דעת, וזה יכול להיות תוך כדי ביצוע המעשה. מטרת הקינטור להראות שההמתה לא הייתה בדם קר. לא הייתה סיטואציה שאפשרה לנאשם לחשוב, להבין ולשקול את מעשיו. התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר את כל הפרמטרים שלא היה קינטור. יסוד שהרבה פעמים הוא מרכזי ועושה הבדל אם הוכיחו כוונה, והכנה זה משהו שקל להוכיח ולכן זה פרמטר משמעותי. האם הייתה התגרות בתכוף למעשה. התגרות- פרובוקציה שגרמה לממית לאבד עשתונות. חייב להיות סמוך למעשה כי זה מלמד על ספונטניות. אם היה פסק זמן, ולפעמים אפילו של דקות שנותנות להתקרר ואז הייתה המתה לא יכירו בקינטור כי מרווח הזמנים ניתק בין הקינטור לבין ההמתה.   
ביהמ"ש והספרות מתייחסים בצורה מסוימת לקינטור מצטבר- בודקים רק תכוף למעשה. לפעמים קינטור מצבטבר ויחסים מלפני כן יכולות להסביר כמה הקינטור התכוף למעשה היה חמור מעין "קש ששבר את גב הגמל". רק במקרים כאלו תהיה משמעות שזה נותן מדד לעוצמת ההתגרות הסמוכה. אבל אין הכרה בהתגרות מצטברת אם ההתגרות האחרונה לא סמוכה למעשה.   
אם יש קינטור- ההרשעה לא תהיה ברצח בכוונה תחילה אלא בהריגה. יכולים להיות מקרים של המתה מכוונת, אך בגלל ההכרה בקינטור זה יחשב ברף הגבוה של הריגה ולא בתור רצח. ההבדל הוא בין עונש של מאסר 20 שנה לבין עונש מאסר עולם חובה.

**המבחנים להעדר קינטור- ביהמ"ש קבע 2 מבחנים שלאורם יסיקו שיש קינטור שפוטר מאשמת רצח. אלו מבחנים מצטברים:**  
1. מבחן סובייקטיבי- מצבו של הנאשם הספציפי בנסיבות העניין הקונקרטי. הגיוני- השאלה האם ההתגרות השפיעה בפועל על הנאשם כך שהוא איבד את שליטתו? האם הייתה כאן התפרצות כתגובה של מקרה שגרמה לו לרצוח?  
2. מבחן אובייקטיבי- כיצד אדם מן היישוב היה מגיב להתנהגות המקנטרת. בודקים האם אדם מן היישוב באותו מצב עלול היה לאבד שליטה עצמית ולהגיב בתגובה קטלנית. (ההנחה היא שאדם סביר הוא לא רוצח, ובודקים האם אדם סביר היה עלול לאבד שליטה במצב שכזה).

שאלה מרכזית שהועלתה בפסיקה- האם יש הצדקה למבחן האובייקטיבי? בתחילת הדרך, פס"ד המנחה הוא פס"ד 46/54 סגל- דעת הרוב דרשה קיום של מבחן אובייקטיבי ולא הסתפקה במבחן סובייקטיבי. דעת הרוב השתרשה בפסיקה והפכה להיות הלכה. לאורך כל השנים הועלו ספקות ביחס להצדקה זו ע"י שופטים וע"י מלומדים שביקרו את המבחן האובייקטיבי. בפס"ד סגל- השופט זילברג בדעת מיעוט- התנגד למבחן האובייקטיבי. פקפק בו ואמר שאם יכניסו למבחן האובייקטיבי פרמטרים סובייקטיבים יצומצם הפער בין הגישות. אם מצריכים מבחן כזה צריך כן להכניס נתונים של האדם הקונקרטי. הוא אומר שאין שום הגיון ואין אחיזה בלשון הסעיף למבחן אובייקטיבי. לפי הסעיף יש דרישה רק לפרמטרים סובייקטיבים. זילברג אומר שזה מקל על השופט בהכרעה ועושה לו חיים קלים. יש כאן בעיתיות אמיתית.  
הפסיקה באופן עקבי מחייבת את העמידה בשני המבחנים כדי להכיר בקינטור. עוצמת הקינטור יכולה להיות כזו שלא ישתכנעו אפילו סובייטקיבית.  
בפס"ד דנ"פ ביטון- נשאלה שוב השאלה לגבי ההצדקה של המבחן האובייקטיבי. הנשיא ברק ועם שאר השופטים- משאיר את ההלכה על כנה. סובר שלמרות שתאורטית אנליטית המבחן האובייקטיבי של קינטור הוא בעייתי, מבחינת מדיניות רצויה אין לוותר עליו, לגבי התגובה הממיתה. רצון להרחיב את עבירת הרצח גם לגבי המתות מכוונות של חמומי מוח.  
השופט רובינשטיין בכמה פס"דים אומר שאי אפשר לוותר על המבחן האובייקטיבי כי המתה בכוונה חייבת להחשב רצח בחברה המקדשת את עקרון חיי האדם.  
יש כאן מדיניות משפטית שאומרת שאין לנו בחוק הישראלי כמה רמות של רצח. התוצאה של אדם שהמית אחר בכוונה לא מורשע בעבירת רצח אלא בעבירת הריגה ובחמורה פחותה היא לא תוצאה רצויה.   
ברק בביטון אומר שהגיע הזמן לרפורמה חקיקתית מקיפה ולא פסיקתית.  
המבחן האובייקטיבי מהווה איזון בין ערך קדושת החיים לבין תפיסת האשמה הסובייקטיבית ומודעות לחולשת הטבע האנושי, שנוטה לפעמים לאבד עשתונות.   
**לסיכום, יש 3 קשיים במבחן האובייקטיבי :**1. לגיטימיות של מבחן אובייקטיבי לבחינת כוונת תחילה  
2. המבחן האובייקטיבי לא מספיק מתחשב בחולשת הטבע האנושי. לא מספיק רגיש. הבחינה של אדם סביר היא נוקשה.   
3. הרצון להגן על חיי האדם דרך המבחן האובייקטיבי שוכח שמדובר בסה"כ בהפחתה מרצח להריגה ולא מדובר על זיכוי מוחלט.   
פסה"ד לאורך כל השנים מעוררים את הבעיות ונצרכים למבחן. בביטון קוראים שוב למחוקק לעשות שינוי משמעותי. כך הופכים את הקינטור מיסוד נפשי לרכיב של נסיבה מקלה.

**פס"ד רלוונטים לעניין- קשורים לנושא של מבחני הקינטור:**פס"ד ע"פ 3071/92 אזואלוס- אדם שחשד באישתו. היא רצתה להתגרש ממנו. כשהוא ראה בעיניו קשר רומנטי בינה לבין המאהב שלה, הוא ירה בשניהם. ביום האירוע הוא חיפש אותה, מצא אותה במכונית של השכן, כאשר השכן מחבק ומנשק אותה על פיה כדי להראות לו שיש ביניהם קשר רומנטי. המערער איבד את עשתונותיו וירה על שניהם באמצעות אקדח שנמצא עליו תמיד. ביהמ"ש אומנם אומר שיש לעיין במידת הצדקתו של המבחן האובייקטיבי והאם צריך לשנות או לצמצם אותו, אך מקרה זה אינו מצריך שינוי מרחיק לכת. ביהמ"ש במקרה זה הכיר בקינטור והעביר את הקינטור לפי המבחן הסובייקטיבי והאובייקטיבי. האדם הממוצע המאפיין את אורח חייהם של רוב אזרחי המדינה הוא האדם על פיו בודקים האם הוא עלול לאבד שליטה בסיטואציה שנוצרה. ייתכן שקינטור צריך להיות חלק מנסיבות מקילות ולא אחד מהרכיבים של כוונה תחילה. זו לא התנהגות ראויה כי אם התחשבות בטבע האנושי וחולשותיו ולכן אזואלוס הורשע בהריגה בלבד ולא ברצח בכוונה תחילה.   
לגבי פסיקה זו הייתה ביקורת נרחבת.   
ע"פ 759/97 אלי אביאב- אדם רצח את אישתו, היא העליבה אותו והוא חנק אותה למוות. מדובר בשנים של סכסוכים ולא משהו יוצא דופן. כאן לא הכירו בקינטור, ביהמ"ש מדבר על חשיבות המבחן האובייקטיבי המאזן בין ערך קדושת החיים לבין תפיסת האשמה הסובייקטיבית וחולשת הטבע האנושי. קינטור כנסיבה מקילה המבחינה בין המתה בדם קר לבין דם חם. פעולת חנק מטבעה היא מקפחת חיים ויפעילו כאן את חזקת הכוונה שהוא מודע ורוצה בתוצאת המוות. הכנה- בדר"כ היא בנפרד מהמעשה, עם זאת לא פעם ההכנה ומעשה ההמתה שלובים זה בזה בלי פסק זמן נראה לעין. כך בחניקה בידיים ההחלטה להמית, ההכנה ומעשה ההמתה שלובים זה בזה. ההכנה כאן- הפעלת הלחץ על הצוואר ומשכו. השימוש בידיים דומה לנטילת כלי משחית. לגבי קינטור- צריך להיות התגרות פתאומית שמובילה לאבדון שליטה בתכוף. מעשה אחרון על רקע נסיבות העבר- כאן לא היה אפילו קינטור סובייקטיבי. הייתה שיחה מעליבה לא חריגה והיא לא נחשבת קינטור ואפילו לא קינטור סובייקטיבי.   
ע"פ 8332/05 איסקוב- פס"ד טרגי. אדם מת כתוצאה ממריבה בכביש. נסיעה של שני רכבים והנהגים הסתכסכו במהלך הנסיעה ללא הכרות מוקדמת. ברכב אחד נהג המערער שהוא יותר מבוגר מהבחור השני, אישתו, ביתו וחבר שלו. ברכב השני נהג אליה בחור צעיר, אביו המנוח, אימו, אישתו ביתו. המריבה הייתה על רקע צורת הנהיה. התחיל בקללות ברמזור. המערער ביקש להתנתק מהריב ועצר בשוליים בכוונה שהם יעקפו אותו. אליה עצר לידו ומכאן הידרדרו הדברים לתגרה שהובילה למוות. המערע שלח אקדח, אליה ואביו המנוח שלפו את המערער מהרכב בכוח. הוא היה נתון לרצף התגרויות והתעלף. לאחר שהתעורר הוא שמע את ביתו צועקת ואז השתמש באקדח. הוא היה בין 66. ברכב המשפחתי של הצעיר חזרו מפיקניק קצת שתויים.  
ביהמ"ש הכיר כאן בקינטור לפי המבחן האובייטקיבי והסובייטקיבי. האדם הסביר איננו על אנושי, ובהתגרות חזקה הוא עלול לפעול לא בשיקול דעת לפי להט יצרים.  
הייתה כאן גם ספק אם הייתה החלטה להמית. הירייה הייתה בכתף של אליה, והמנוח התקרב אליו ואז הוא ירה בו 4 כדורים שניים מתוכם בחזה. המבחן האובייקטיבי מעורר לא מעט קושי.  
מבחן אובייקטיבי למדד לכוונת תחילה סובייטקיבית זה דבר שלא מסתדר. כמו כן מלומד בשם ווילאמס אמר וצוטט כבר בפס"ד סימן טוב- פרדוקס להשתמש באדם סביר כמדד לקינטור. כי אדם זהיר הוא בדר"כ זהיר, נבון, ואיך אפשר להגיד שהוא איבד עשתונות ועשה עבירת רצח. אי אפשר בלעדיו כי הוא מגן על אינטרסים חשובים. (לא מספיק שאדם סביר היה רואה במקרה תגרה אלא שגם הוא היה מאבד עשתונות במקרה כזה- הפסיקה לא מכירה בחוסר נאמנות של בן זוג כקינטור).  
ביהמ"ש זיהה שמדובר כאן באדם מבוגר שנקרא לתגרה אלימה עם חבר'ה צעירים ממנו ולא ברור שהייתה החלטה להמית והיה כאן קינטור. כשהוא ראה מה קרה הוא שאל: "מה עשיתי?"  
השופטת ארבל אומרת כאן - בפס"ד ביטון ריככו את מבחן האדם האובייקטיבי. מדברת על תגרה של אדם מבוגר לעומת 2 צעירים אלימים. לכן יש כאן הרשעה בהריגה בלבד. אי אפשר לוותר על מבחן אובייקטיבי בחברה אלימה כמו החברה הישראלית.  
  
המשך הנושא של היעדר קינטור מבחן אובייקטיבי: פס"ד ע"פ מליסה- עולים מאתיופיה, במרכז קליטה. אישה שנרצחה והגבר שרצח יש ילדה שמותפת. הגבר סיפר סיפור שלם שהיא הגיעה עם הבת וטענה שהיא לא בת שלו, ושינתה לה את השם. הוא מספר סיפור שהיה איתה גבר שתקף אותו וזה היה הגנה עצמית. ביהמ"ש לא מאמין כי איכשהו הגבר הזה נעלם. העליון שואל האם המבחן האובייקטיבי ראוי לבחינת קינטור ועוצמתו? ביהמ"ש אומר שמבחן זה הוא לא ראייתי אלא ערכי שבא לאזן בין קדושת החיים ובין הכרה בחולשת הטבע האנושי. בחוק הישראלי אין אבחנה ברצח בדרגה ראשונה או דרגה שנייה. ואם היו מסתפקים במבחן סובייקטיבי בלבד רוב המקרים לא היו נכנסים להגדרת רצח בכוונת תחילה. הפחתה בקינטור משמעותה הפחתה מרצח להריגה כדי להרחיב את האחריות ברצח. המבחן האובייקטיבי הוא סנן ערכי שעוזר להגיע לתוצאה שאדם שרצח בכוונה יורשע ברצח בכוונה תחילה.  
המחוזי אמר ששני המבחנים לא התקיימו. העליון הפיל דרך המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר.

סיכום ההצדקה לקיומו של מבחן אובייטקיבי- לא מסתדר עם הרעיון המקורי של כוונה תחילה. היעדר קינטור הופך להיות נסיבה מנסיבות עבירה שמנותקת מהיסוד הנפשי.

בהנחה שהמבחן האובייקטיבי תקף- האם יש להביא בחשבון נתונים אישיים של הנאשם? חוזר לשאלה מיהו האדם הסביר? כשבחונים קינטור בעיני האדם הסביר- האם לוקחים בחשבון של אותו נאשם את הגיל, המוצא, הרקע או מדובר על אדם סביר נייטרלי. כמה להביא בחשבון נתונים אישיים של אדם סביר?   
בגדול, המשפט עוור לרף תרבותיות ולא מוכן לתת קריטריונים סובייקטיבים לאדם הסביר האובייקטיבי.   
פס"ד סגל- השופט ברנזון אמר בדעת הרוב- קבע שקנה המידה למבחן האובייטקיבי האדם הישראלי הטיפוסי, ההולך ונוצר בארץ (שנות ה50). אין להתחשב במוצא עדתי, בנורמות תרבותיות וכדומה. מבחן אובייקטיבי צריך להיות אובייקטיבי.   
(השאלה התרבותית מעניינת כי אי אפשר להתעלם מכך שיש פערים בין התרבויות שיכולות לבוא לידי ביטוי).  
השופט זילברג מפתח את הנושא, מציף את ההתלבטות וטען שככל שנרכך את מבחן האדם הסביר וניתן לו מימדים סובייקטיבים תהיה פחות בעיתיות במבחן. מציין פס"ד אנגלי מאפריקה המערבית- מושבה בריטית. בן כפר מחוף הזהב המית מישהו. השאלה- האם השופט הבריטי צריך לבחון בעיניי אדם סביר או בעיני בן כפר מאפריקה? בפס"ד זה בחנו ספציפית כיצד אדם סביר מאותו איזור היה נוהג. פס"ד אנגלי נוסף מ1954- פס"ד בדר- בחור בין 18 איפוטנט שקיים יחסים עם אישה והיא לעגה לו. היא בעטה במבושיו וסתרה לו. הוא הוציא במקום סכין ודקר אותה פעמיים והיא מתה. הרשיעו אותו לרצח ודנו אותו למוות. בדקו קינטור לפי אדם סביר ולא לפי אדם עם מגבלה כמו שלו. זילברג לא מבין למה לא התחשבו בחולשה שלו. זה דומה בעיניו למישהו עם רגל עם דלקת שנותנים לו שם מכה וזה כן נחשב קינטור.  
בשנים שחלפו מאז פס"ד זה גם באנגליה קצת התרככו. ההתלבטות היא אמיתית. ודאי שיש נתונים שאין להתחשב בהם כמו מזג חם, ודאי שיש לשאוף לשמירת שיוויון בפני החוק ולא לשנות בין נדונים שונים.   
גבול ההתחשבות הוא מאתגר, קשה ולא ברור.  
  
נושא האובייקטיביות של האדם הסביר מוזכר גם בד"נ ביטון- ברק מזכיר את הנושא, ונאמר שהנושא צריך לעבור לטיפול המחוקק. ברק מצא שצריך קצת לרכך במעט את קשיחות האדם האובייקטיבי, ושהמחוקק יתן דעתו לשאלות שעולות בפסיקה.  
בפסיקה מאוחרת, השופטים אומרים שבביטון היה ריכוך.  
פס"ד ע"פ 3062/06 פלוני- הביאו בחשבון את העובדה שדובר בקטינים. ביחס לנסיבה של גיל קיבלו את הריכוך. בשורה התחתונה הרשיעו 2 קטינים ברצח, על אף שריככו את המבחן זה לא עזר בסופו של דבר כי הם לא עמדו גם במבחן מרוכך. שניים של דקרו את המעסיק שלהם ב30 דקירות בגוף. ביהמ"ש אומר- שביהמ"ש יוצר סטנדרט התנהגות של הישראלי הראוי בבחינת בלם ערכי מוסרי, שנועד לקבע בציבור נורמה של התנהגות נוכח הערך העליון של קדושת החיים. ביהמ"ש הסכים שניתן לרכך את המבחן כשמדובר בקטין, אך במקרה זה ההתנהגות לא עומדת גם במבחן האובייקטיבי המרוכך וכמו כן לא עמדו כאן אף במבחן הסובייקטיבי.  
בגדול הפסיקה לא מתחשבת בנתונים ספציפיים או מוצא- כמו עולה חדש, ויש על כך ביקורת מעקרון האשמה.  
העיוורון לשונות בין נאשמים גורמת לכך שלא מודדים את האדם לפי נורמות התנהגות שתואמות את היכולות שלו. מצפים ממנו משהו שהוא לא מסוגל להגיע אליו. מצד שני, כחברה דמוקרטית יש קווים אדומים ועקרון ערך החיים הוא חשוב וראשי.

ס' 300(א)(1)- רצח. גם אם אין כוונה תחילה ומדובר על רצח הורים או סבים זה הופך להיות רצח ולא הריגה.  
באנגליה יש יחס של חומרה לרצח של הורים כדי להשיג ירושה. יש כאן גנות למי שקוטע חיים של מי שנתן לך את החיים. שילוב של "לא תרצח" ו"כבד את אביך ואת אימך".

**רצח שקשור בביצוע עבירה אחרת: סעיפים 300 (א)(3)+(4)** - סעיף רחב. לא צריך להוכיח כוונה תחילה.  
רלוונטי גם כשדיברנו על אחריות על עבירה אחרת, לפעמים תוך כדי ביצוע עבירה אחרת מגיעים גם לרצח. לדוג'- מישהו הלך לעשות גניבה ולא תכנון לרצוח, ומבהלה הוא ירה ירשיעו אותו ברצח ולא בהריגה.  
יכול להיות תוך ביצוע עבירה, או כדי להימלט מעונש.  
מה ההצדקה לזה שהמתה תוך ביצוע עבירה אחרת נחשב רצח? מה החומרה היתרה של רצח שהתבצע תוך כדי שוד? יש קושי גדול להצדיק זאת. למה זה שההמתה היא תוך כדי עבירה נוספת זה הופך לרצח עם עונש מאסר עולם חובה בלי שיקול דעת.   
**הצעות לנימוקים להצדקה:**  
- מבצע מגלה פה שיותר חשוב לו לבצע את העבירה מאשר חיי אדם. מקדם את האינטרסים שלו מזלזל בערך של חיי אדם.   
- רצון להרתיע. שאם מישהו יבצע עבירה שיזהר שהעניינים לא יובילו להמתה של אדם.  
אלו נימוקים לא משכנעים. כל המתה היא חמורה ולמה כאן זה יותר חמור מהמתות אחרות?  
פרופסור אנקר אומר שלא הרבה מקרי עבירה מסתיימים ברצח וזה לא משהו שכיח שצריך לתת לו חומרה מיוחדת כדי למגר אותו.

מלשון הסעיף משתמע שהוא מאוד רחב:   
1. כי אין הגבלה לסוג העבירה בין אם מדובר על עבירה קלה ובין אם מדובר על עבירה חמורה.   
2. אין דרישה לשני מעשים ולשתי עבירות שהתבצעו. לכאורה מלשון הסעיף משתמע שלא צריך שני מעשים- גם חבלה שגמרה במוות זה רצח תוך ביצוע עבירה (הפסיקה פירשה אחרת).  
3. לכאורה אין דרישה לקשר תכליתי בין העבירות, אלא רק לקשר של זמן.   
4. מסתפק במחשבה פלילית רגילה.  
לאחר תיקון 39, פס"ד רלוונטי בנושא של צדדים לעבירה גם הוא פס"ד ע"פ 4389/93 מרדכי- המתה תוך ביצוע שוד של כמה שותפים. אחד מהם הנחית מוט ברזל על הנשדד והוא מת. לרצח תוך ביצוע העבירה מספק להוכיח מודעות לאפשרות+ אדישות. משאירים בצריך עיון את השאלה אם מספיקה גם קלות דעת. הפעילו את חזקת המודעות.   
ברוב המקרים של רצח תוך ביצוע עבירה אין קושי להוכיח אדישות. למה לא להסתפק בקלות דעת? לפי סעיף 20 מספיק פזיזות של קלות דעת.   
מקרה לדוג'- סעיף 490 (א) סעיף המדבר על הפרעה לשימוש בדרך, ודן על עבירות רחוב. אם מישהו שם שרשרת ברזל כמחסום על הכביש, עובר אופנוע שלא רואה את זה מתהפך ומת. לכאורה זו סיטואציה שמי ששם את השרשרת לא פעל באדישות אלא בקלות דעת שיש בכך סיכון לחיי אדם. אם יסתפקו בקלות דעת מקרה כזה יחשב כרצח.  
אין קביעה בפסיקה שצריך לצמצם לאדישות.

שאלה על היסוד העובדתי- מה היחס בין עבירת גרימת המוות לבין העבירה האחרת?  
האם סיטואציה של חבלה שמסתיימת במוות גם נכללת? נעיין בפסיקה:  
פס"ד ע"פ 67/54 דהוד- אדם מת כתוצאה מכך שהציתו את המקום בו הוא ישן. המניע היה איבה פוליטית. כנראה שמי שהצית את האש היה גם שיכור. עבירה ראשית היא הצתה. רצח תוך ביצוע שוד אלו שני מעשים שונים, כאן יש מעשה אחד של הצתה שיש לו תוצאה של מוות. מעשה אחד שמזין שתי עבירות. ביהמ"ש מכריע שמבחינת יסוד עובדתי לא צריך שני מעשים נפרדים, והרשיעו כאן ברצח בגלל ההצתה. לא חיפשו קשר תכליתי בין שני המעשים. מבחינת יסוד נפשי הייתה צפייה של התוצאה+ אדישות.   
פס"ד ע"פ 97/57 כדורי- קטטה, ותוך כדי הקטטה פציעה שהובילה למוות. ביהמ"ש אומר שמה שהתחיל בפציעה ונגמר במוות זה לא שתי עבירות שונות. הסעיף מחמיר כאשר יש שתי עבירות שונות. רצח תוך ביצוע עבירה לא מדבר על סיטואציה של שתי עבירות שנבלעות אחת בשנייה- עבירת החבלה נבלעת בתוך עבירת הרצח.   
**לסיכום ההבדל בין 2 פסקי הדין: צריך שתי עבירות שונות בעלות סיכונים שונים, ולא צריך בהכרח שני מעשים שונים כדי להחיל כלל זה.**לפרופסור אנקר יש מאמר על עניין זה- אם עבירת סיכון התממשה יש כאן רצח תוך כדי עבירה? לא. יש כאן בליעה. לא נתייחס לעבירת סיכון שהתממש כשתי עבירות נפרדות.

פס"ד ע"פ 4711/03 אבוזייד- חשוב ויחסית חדש מדבר על חלופה מספר 4 של הימלטות מעונש. השופטת בייניש דנה כאן גם בסעיף 3. מישהו החזיק נשק שלא כדין. הוא נסע על אופנוע והסתיר את הנשק בנסיעה שלו. המשטרה רודפת אחריו כדי לתפוס אותו ולראות מה הוא מסתיר. תוך כדי נסיעה הוא יורה וממית שוטר.  
הסנגור טוען שעבירת נשיאת נשק שלא כדין נבלעת בעבירת ההמתה. לא קיבלו את טענה זו.  
השופטת בייניש "תופסת טרמפ" על המקרה ומנתחת את שני הסעיפים לעומק. עבירה אחרת= נסיבה. שני הסעיפים של נשיאת נשק ורצח תוך ביצוע עבירה הם שונים ולא ניתן להגיד שיש כאן בליעה. נשיאת נשק שלא כדין היא לא פעולה שבפני עצמה פוגעת בזולת, אלא התנהגות בעלת פוטנציאל של פגיעה בזולת. עבירת הרצח כוללת יסוד נוסף לפי סעיף קטן 4 שמונע מאמירה שהעבירות נבלעות- ההימלטות. יש כאן יסוד שמתמלא "כדי להמלט מעונש" וזה שונה ממקרה שבו מחזיקים נשק שלא כדין והורגים בו.   
**לפי בייניש לכל החלופות שמוצגות בסעיף קטן 3 ו4 חייב להיות קשר תכליתי בין העבירה האחרת לבין גרימת המוות. שהמוות התבצע כדי להקל על ביצוע העבירה והקדמת האינטרס של העבריין.  
זה צמצום שהיא מוסיפה וקוראת ללשון הסעיף. ההתנהגות שגורמת למוות הייתה במטרה לקדם את העבירה האחרת.**

פרופסור אנקר מביא דוגמא גם לעבירות מאוד רחוקות- מישהו חופר בהר ותוך כדי דורך על פרחים מוגנים. הוא עובר על חוק הגנת הטבע ותוך כדי יוצר מפולת מדרדר סלע שגורם למותו של אדם- האם ניתן להגיד שיש כאן עבירה אחרת שכ"כ קלה ואי אפשר להחשיב את זה כעבירה אחרת?   
מישהו שממית אדם אחר תוך כדי שהוא מעשן סם אסור? אם אין קשר זה לא עונה על הגדרת התכליתיות.  
  
ביחס לכל החלופות של רצח הולך להיות תיקון בחוק. כל הבעיות שהעלנו בשיעורים האחרונים, משתקפים בהצע"ח חדשה שמשנה את המצב.

**קווים כללים לשינוי החוק**: פס"ד ביטון ופסקי דין נוספים במהלך השנים.  
הקימו ועדה שהגישה דו"ח באוגוסט 2011 לבחינת יסודות עבירת ההמתה. הדו"ח הפך בהמשך להצע"ח. הנחת הועדה שהמדרג הקיים של רצח- הריגה- גרימת מוות ברשלנות, לא טוב. עבירת הרצח ועבירת ההריגה הן מאוד רחבות. אין כ"כ שימוש בסעיף 300 א רבתי שיש בו עונש מופחת.  
לפעמים עונש מאסר עולם חובה הוא חוסר צדק.  
צריך שיהיה בחוק עבירת רצח בסיסית ועבירת רצח בנסיבות מחמירות. הויכוח הוא לגבי ההגדרה של שני המושגים הללו.   
יהיו 5 עבירות ולא 3.

**הדיון הוא:** מה היסוד הנפשי הנדרש לרצח. לא בטוח שמה שהופך את המעשה לכ"כ חמור הוא כוונה תחילה, יכולים להיות עוד פרמטרים שהופכים את הממתה לחמורה. כולם הסכימו שצריך עבירה רצח בסיסית ועבירת רצח בנסיבות מחמירות.   
דעת הרוב- מדברת על רצח בסיסי ורצח בנסיבות מחמירות. בס' 300: "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם דינו מאסר עולם". לא דומה בכלל לסעיף הנוכחי. דעת הרוב הוסיפה את הנושא של אדישות. אין כאן כוונה תחילה ואין כאן מאסר עולם חובה. במצב החוקי הנתון אין שום עבירה שמבקשת דווקא אדישות. כל העבירות התוצאתיות מסתפקות בקלות דעת, זהו שינוי חקיקתי שישנה את המצב הזה.   
דעת מיעוט- הסנגוריה הציבורית. רוצה שיהיה רק בכוונה בלי אדישות.   
דעת הרוב ממשיכה: ס' 301- הסעיף הנוסף שלא קיים היום הוא "רצח בנסיבות מחמירות"- העונש הוא מאסר עולם חובה. משאירים פתח בנסיבות יוצאות דופן ונימוקים מיוחדים. מתאים לתפיסה גמולית. יש גרסה מרוככת, הלכת הצפיות לא תחול. בנסיבה מחמירה העונש הוא מאסר עולם חובה. **מה הן הנסיבות המחמירות?** הועדה מונה 13 נסיבות, שהופכות את הרצח לרצח בדרגה חמורה יותר, חלקן קשורות לכוונה תחילה וחלקן לא. רשימה סגורה. רצח בכוונה או באדישות +אחת מן הנסיבות:  
1. רצח לאחר תכנון ושקילה  
2. רצח מתוך מטרה לבצע עבירה אחרת, או במטרה להמלט מהדין (תחליף לרצח תוך עבירה בחוק הקיים). כאן צריך להיות קשר של מטרה. הועדה מדברת שהחומרה המיוחדת היא כי יש נכונות של עבריין "להלך על גוויות" ובלבד שמטרתו העבריינית תתגשם.  
3. פגיעה בעד בהליכים פלילים במטרה לשבש הליכי משפט. – שני ערכים מוגנים: חיי אדם וסדרי השלטון והמשפט. צירוף שגורם לחומרה יתרה.  
4. מעשה במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או להניע רשות שלטונית ממעשה. מעשה טרור- הרצח הבסיסי הופך להיות רצח מוחמר. יכול להיות גם טרור של אדם יחיד ולאו דווקא דרך אירגון.  
5. מניע גזעני. הגדרת הגזענות בס' 144א.   
6. מעשה שנעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או לכפות אורחות התנהגות על הציבור. הכוונה היא לרצח על כבוד המשפחה. מיכאל קריאני- מומחה למשפטים אמר שלדעתו חשוב שזהו תהיה נסיבה לחמורה אבל ההקשר של כבוד המשפחה הוא לא תמיד שלילי אלא רק ברצח ולכן הנסיבה נוסחה כך.  
7. רצח תוך התעללות נפשית או גופנית או אכזריות מיוחדת. הבעת סלידה מיוחדת מרצח שנעשה תוך התעללות או התאכזרות מיוחדת.   
8. קורבן קטין שנרצח על ידי האחראי עליו. רצח ילדים. שמים לב לשני דברים כהנמקה לנסיבה- קורבן קטין חלש וזקוק להגנה מיוחדת. יש כאן פגיעה גדולה באמון הבסיסי.   
9. המתת חסר ישע- כולל קטינים. גם אם אתה לא אחראי עליו. ערכים של חמלה, אנשים חלשים שזה אכזרי לפגוע בהם. ס' 368א- הגדרה לחסר ישע ואחראי על קטין: גיל (לא כל קטין הוא חסר ישע), מחלה או מגבלה נפשית, גופנית או שכלית...   
10. פגיעה המכוונת להפריע למילוי תפקיד שלטוני, ציבורי, משפטי. נגיד כשרוצחים שופט- יש ערך נוסף שנפגע. בהתחלה דיברו יותר על תפקידי משפט ואכיפה, אח"כ הוסיפו גם ח"כ, נשיא, ראש רשות מקומית.   
11. סיכון חמור לגופו של אדם נוסף מלבד הקורבן. למשל כשמטמינים פצצה יש חשש שזה יפגע בעוד אנשים מלבד אלו שנרצחו. הייתה התלבטות אם מספיק סיכון של אדם אחד או המונים והסתפקו באדם אחד.   
12. הרצח נעשה במסגרת אירגון פשיעה או ארגון טרור. נסיבה מחמירה כי עצם החברות באירגון כזה היא מסכנת את הציבור. היו כאן כמה התלבטויות:   
\* דחו אפשרות של ביצוע בצוותא. כי יש כאן הרחבה גדולה.   
\* פחדו שהיה הפללת יתר כי הגדרת אירגון פשע היא רחבה. מדובר רק על מסגרת אירגון וכדי לקדם את מטרותיו.  
13. מעשה לשם סיפוק מיני או תאוות דם.   
הורידו את הסעיף של המתת הורים וסבים.  
יש שתי רמות של רצח- רצח בסיסי- עונשו מאסר עולם לא חובה, ורצח בנסיבות מחמירות שעונשו מאסר עולם חובה.  
יהיה סעיף שיקבע בפירוש שסעיף 41 לא יחול על עבירת הרצח גם לא הבסיסית. כשכתוב מאסר עולם ולא עונש חובה המשמעות היא 20 שנה. לפי פרק זה מאסר עולם לא כפוף לפרק זה. או מאסר עולם כמשמעו או 30 שנה. גישות מודרניות שמשאירות פתחי מילוט- במקרים מיוחדים ביהמ"ש יכול לא להרשיע בעבירה חמורה של רצח, גם אם התקיימה נסיבה מחמירה אם סבר שהמקרה אינו מבטא דרגה גבוה של חומרה ואין חומרה באחריות. זה יהיה במקרים נדירים מאוד. דעת המיעוט- רצתה לעשות פתח שיקול דעת לחרוג מעונש חובה ולא הכניסו את זה.   
דעת הרוב לגבי יסוד נפשי של רצח- אומרת שגם האדיש מגלה יחס מזלזל לערך של חיי אדם והמתה באדישות היא רצח. אדישות מרוב קרובה לכוונה ויכולה להיות אפילו יותר מרושעת. הסנגוריה לא מקבלת את זה ורוצה שהרצח ישאר רק לכוונה. החשש שהסטיגמה של רצח ילך וישחק. רוצים להציע עבירת ביניים שתקרא "המתה באדישות"- מתחת לרצח ומעל המתה בקלות דעת. העונש יהיה 20 שנות מאסר. דעת הרוב קיבלה את העמדה בנק' אחת- אין להחיל חזקות חוקיות של חזקת אדישות על עבירת הרצח. כגון בשיכרות, בנושא של עבירה שונה או נוספת- ס' 34א, וכניסה למצב. שלושה סעיפים אלו בעלי רעיון משותף- כניסה למצב. האדם אחראי על כניסתו לסיטואציה ובגלל זה יטילו עליו אחריות גם על עבירות של אדישות. לא יחול לגבי הפרק הדן בהמתה. התביעה צריכה להוכיח פוזיטיבית אדישות והחזקה לא תוכיח.   
**המתה בקלות דעת**- העונש עד 9 שנות מאסר. התלבטות גדולה כי המתה בקלות דעת נכנסין בה תאונות דרכים, תאונות נשק.   
בחוק החדש, בצדק, יש ס' 301 ב (דומה ל300א של היום) מדובר על הפחתה בנסיבות של אחריות מופחתת. הפרעה נפשית לדוג' משפיעה על הפרמטרים של אחריות ולא רק על הפרמטרים של העונש. הייתה התלבטות גדולה איזה נסיבות להכניס כדי להגיד שיש אחריות מופחתת. מזכיר קינטור של היום, הפרעה נפשית, קרבה לאחריות לסייגים פלילים.  
מידת האשמה לא מצדיקה להרשיע ברצח הגמור אבל גם לא ברצח הרגיל. העונש הוא סביב 15 שנה. זה לא הפחתה בעונש של רצח, אלא הפחתה באחריות ואז מדובר בעבירה אחרת שעונשה הוא סביב 15 שנה. **הנסיבות להפחתת האחריות:**  
1. דומה לקינטור. הנסיון מלמד שהאדם הסביר לא מתאים למדד של קינטור לרצח. האדם הסביר לא רוצח. עשו כאן הסדר חדש לגמיר- המעשה בוצע בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, וכן א. בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו- סובייקטיבי.  
ב. יש בקושי כדי למתן את אשמתו בשים לב למכלול נסיבות המקרה.  
יש כאן הוצאה של המבחן האובייקטיבי. הגדרה חדשה שמכניסה ממד סובייקטיבי. ביהמ"ש יבחן בכל מקרה אם יש בהתגרות משום הצדקה להפחית באשמה. רגש עז שהתעורר עקב הרגזה- צריך לבחון האם הוא השפיע על מידת האשמה במקרה הקונקרטי. אין כאן מימד אובייקטיבי. מיקום יותר נכון של היעדר קינטור- לא חלק מיסוד נפשי, אלא נסיבה להפחתת האחריות.  
2. התעללות מצד הקורבן דומה לסעיף 300א של היום (כרמלה בוחבוט)- הסנגוריה רצתה להקל בתנאים.   
3. במצב של הפרעה נפשית חמורה או מוגבלות שכלית אבל לא ברמה של אי שפיות של הנאשם להבין או להימנע ממה שהוא עושה.  
4. חריגה מועטה מתנאי הסייגים. היום יש לנו חריגה מועטה מתנאי הסבירות שבסייגים. בסיג צריכה להיות סבירות בין המעשה לבין מה שהוא בא למנוע. צריך להראות שכל התנאים של הגנה עצמית התקיימו ושזה היה סביר. יש כאן הרחבה ללא סבירות, ושבחריגה מאוד תנאים ניתן יהיה להשתמש בסעיף.   
5. מצבים של חזקות חוקיות של אדישות- לא מפעילים את החזקות החוקיות של אדישות על רצח. במצבים כאלו כמו שיכרות המעשה יכנס לעבירה של המתה בנסיבות מופחתות.

מאוד דומה לסעיפים הקיימים כיום, השינוי הוא שלא מדובר על ענישה מופחתת אלא על אחריות מוחלטת.

300ד- המתה בהסכמת הקורבן. סעיף שמדבר על המתות חסד- מותנה בתנאים אובייקטיבים של חולי וסבל. הסעיף קובע כמה תנאים. 1. בקשה מודעת. 2. סובל סבל רב ולא ניתן להקל על סבלו באורח סביר. 3. סבלו או בקשתו של הקורבן אינם של תולדה של לחץ או מעשים מצד הנאשם.

**גרימת מוות ברשלנות:** הועדה התבקשה לנסח את דעתה לגבי רשלנות. יש צד שאמר שסה"כ הסעיף טוב וצריך להוסיף בו שינוי קוסמטי ויש שרצו להכניס שינוי דרמטי בעקבות הפסיקה.

**ס' 304א- גרימת מוות בהתרשלות רבתי:** דרגת ביניים בין המתה בקלות דעת לבין גרימת מוות ברשלנות רגילה. היסוד העובדתי של הסעיף הזה חמור יותר. העונש הוא של 5 שנים. הסנגוריה לא אוהבת את הסעיף מעדיפים שבסיטואציה של רשלנות העונש יהיה עד 3 שנים. דעת הרוב היא שצריך ליצור עבירת ביניים בין סוגי הרשלנות- צריך: 1. מודעות להתנהגות המסוכנת. 2. רשלנות ביחס לתוצאה +התנהגות של רשלנות רבתי.   
מתאים לתאונות דרכים שיש לגביהן התלבטות. התלבטות אם בהתנהגות כזו מאסר רלוונטי ואולי צריך לתת לסוג כזה עבודות שירות (כיום אפשר לתת עבודות שירות רק על עבירות של מאסר חצי שנה אז לא אפשרי).

**לסיכום**- היום יש 3 עבירות: רצח- בעיקר בכוונה תחילה, הריגה במחשבה פלילית רגילה, וגרימת מוות ברשלנות.  
**השינוי:** 1. עבירת הרצח הופכת להיות הגורם בכוונה או באדישות- מאסר עולם לא חובה.  
2. עבירת רצח בנסיבות מחמירות- עונש מאסר עולם חובה. 13 נסיבות שרק אחת מהן קשורה לכוונה תחילה והשאר קשורות לערכים מוגנים נוספים.  
3. עבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת- מוסיף על 300א רבתי. מוסיף הגדרה חדשה של קינטור. חזקה של אדישות נכנסת לסעיף. אם יש נסיבות מחמירות ואחריות מופחתת, העבירה היא אחריות מוחלטת ובתוכה יתחשבו בנסיבות המחמירות ויתנו עונש יותר חמור. כ15 שנות מאסר.  
4. עבירת המתה בקלות דעת- 9 שנות מאסר.  
5. עבירת התרשלות רבתי- ההתנהגות מבטאת עבירה של חוק והתרשלות. מודע להתנהגות אבל רשלן לגבי התוצאות. 5 שנות מאסר.  
6. עבירת גרימת מוות ברשלנות- רצון לשנות באופן כללי את הגדרת הרשלנות.  
יש גם התייחסות להמתת תינוק, שידול וסיוע להתאבדות ולגרימת מוות. וסעיף נוסף של המתה בהסכמה.

למבחן:  
עקרונות

יסוד נפשי- אבחנה בין התנהגות לתוצאה. עבירות מיוחדות- סטטוס.