

“חלל תודעתי” כלפי נסיבות העברה

מאת

גיא בן דוד*

המאמר עוסק בסוגיית האחריות הפלילית במצב שבו מבצע העברה אינו נותן את דעתו לקיומן של הנסיבות המפלילות הקבועות בהגדרת העברה, וכך הוא מצוי במצב של “חלל תודעתי” כלפיהן. מטרת המאמר היא להציג תזה חדשנית חלופית, שלפיה יהיה ניתן לייחס לנאשם אחריות פלילית במצב נפשי של “חלל תודעתי”, להבדיל מהמצב המשפטי כיום שלפיו “חלל תודעתי” שקול להיעדר מודעות ולהיעדר אשם סובייקטיבי, ולכן אין להטיל בגינו אחריות פלילית. טענת המאמר היא ש“חלל תודעתי” אינו מגלם בהכרח תודעה חלולה לחלוטין, ושיש לראות ב“חלל תודעתי” מונח המתאר קשת של מצבים מנטליים שונים, המגלמים רמות שונות של אשמה. לפי זה, סיווגו של “החלל התודעתי” צריך להיות נגזרת של מידת האשמה המגולמת בו. החידוש העיקרי במאמר נוגע לתזה המוצעת בו, המציגה את “מבחן האשם המדורג” לבחינת מצבים שבהם מבצע העברה מצוי במצב של “חלל תודעתי” כלפי נסיבות העברה.

הקדמה; הגדרה של “חלל תודעתי”, הצגת הבעיה ופתרונה; מבנה המאמר.
א. סיווגו של “החלל התודעתי” בדין הישראלי; 1. סיווגו של “החלל התודעתי” עובר לתיקון 39 לחוק העונשין; (א) גישות בית המשפט העליון; (ב) גישתו של פלר; (ג) דיון ביקורתי, הבחנות ומסקנות; (1) “חלל תודעתי” כלפי נסיבות בינאריות; (2) “חלל תודעתי” כלפי נסיבות שאינן בינאריות; 2. סיווגו של “החלל התודעתי” בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין. ב. ההצדקות הנורמטיביות להטלת אחריות פלילית על עושה המצוי ב“חלל תודעתי” כלפי נסיבות העברה; 1. עקרון האשמה; 2. ההגנה על זכויות הקרבן ועל מעמדו; 3. מטרת דיני העונשין. ג. התזה המוצעת וההצדקות לשלילת המצב המשפטי המצוי; 1. “חלל תודעתי” – כהיעדר יסוד נפשי; 2. “חלל תודעתי” – כיסוד נפשי מסוג רשלנות; 3. התזה המוצעת – “חלל תודעתי” גם כמחשבה פלילית. ד. בחינת הסדרים משפטיים חלופיים ליישום התזה המוצעת; 1. הסדרים

* דוקטור למשפטים, חבר סגל בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודה לד"ר יצחק קוגלר ולפרופ' עמנואל גרוס על הערותיהם לטיוטה הראשונית של המאמר. תודה לפרופ' רות קנאי, על הדיונים המחכימים ועל הארותיה המועילות. תודה למערכת “דין ודברים” על שהערו תיה תרמו רבות לנוסח הסופי של המאמר. העמדות המובעות במאמר זה מבטאות את גישתו הפרטית של המחבר.

הכרוכים ביציאה מהתשתית המושגית הקיימת או בסטייה ממנה; 2. הצעה לפתרון אפשרי – "מבחן האשם המדורג"; (א) ההסדר המוצע והמשוכה החוקתית; 3. הסדרים הכרוכים בהחלתן של דוקטרינות קיימות על מצבי "חלל תודעתי"; (א) החלת דוקטרינת "עצימת העיניים" על מצבים של "חלל תודעתי"; (ב) הטלת אחריות פלילית על יסוד "התנהגות חופשית במקור". ה. סיווגו של "החלל התודעתי" במשפט המשווה; 1. סיווגו של "החלל התודעתי" בדין האנגלי; 2. סיווגו של "החלל התודעתי" בדין הגרמני; 3. סיווגו של "החלל התודעתי" בדין האמריקאי. מסע אל עבר "החלל התודעתי" – דברי סיכום.

הקדמה

הטלת אחריות פלילית מותנית בקיומם של שני יסודות: יסוד עובדתי (*actus reus*) ויסוד נפשי (*mens rea*). היסוד העובדתי שבעברה הוא היסוד החיצוני, הכולל את רכיביה העובדתיים. סעיף 18 לחוק העונשין (להלן: החוק)¹ מפרט את מבנה היסוד העובדתי שבעברה. יסוד זה כולל רכיב התנהגותי (אשר יכול לבוא לביטוי על דרך של מעשה אקטיבי או מחדל), רכיב נסיבתי ורכיב תוצאתי. כל עברה מותנית בקיומו של רכיב התנהגותי, אולם יתר הרכיבים (הנסיבתי והתוצאתי) הם אופציונליים, במובן זה שתיתכנה עברות ללא דרישה לקיומן של נסיבות מפלילות או לגרימתה של תוצאה אסורה.

לפיכך נהוג להבחין בין עברה התנהגותית לבין עברה תוצאתית. עברה התנהגותית אינה כוללת בין רכיביה העובדתיים דרישה לקיומה של תוצאה. דרישת היסוד העובדתי בסוג זה של עברות עומדת על התנהגות או על התנהגות ונסיבות. לעומת זאת בעברה תוצאתית נדרש במסגרת היסוד העובדתי גם רכיב של תוצאה, נוסף על רכיב ההתנהגות והנסיבות.

נוסף על דרישת היסוד העובדתי שבסעיף 18 לחוק מתנה הוראת סעיף 19 לחוק את הטלתה של האחריות הפלילית בקיומו של יסוד נפשי. היסוד הנפשי הוא יסוד מנטלי פנימי, הנלווה ליסוד העובדתי של העברה והמגלם את יחסו/מצבו הנפשי של העושה. הוראה זו קובעת כלל שלפיו אדם מבצע עברה רק אם עשאה במחשבה פלילית.² "מחשבה פלילית" מוגדרת בסעיף 20(א) לחוק, והיא בוחנת את התייחסותו

1 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994, ס"ח 348 (תיקון עקיף לחוק העונשין), התשל"ז–1977, ס"ח 226 (להלן: תיקון 39).
2 לפי הוראת סעיף 19 לחוק העונשין, לכלל האמור שני יוצאים מן הכלל: עברה פלילית מתוך יחס נפשי של רשלנות ועברות מסוג של אחריות קפידה. יוצא מכך, שבמקום שבו העברה "שותקת" (אינה דורשת יסוד נפשי מיוחד) נדרשת מחשבה פלילית.

הסובייקטיבית של הנאשם להתנהגותו, לנסיבותיה ולתוצאותיה.³ דרישת המחשבה הפלילית בעברה התנהגותית כוללת את מודעות העושה לטיב ההתנהגות ולקיומן של הנסיבות המפלילות. דרישת המחשבה הפלילית בעברת תוצאה כוללת נוסף על המודעות לטיב ההתנהגות ולקיום הנסיבות המפלילות, גם מודעות לאפשרות גרימת התוצאה האסורה וכן יחס חפצירצוני (כלפי התרחשות התוצאה) מסוג כוונה או פזיזות לסוגיה השונים (פזיזות שבאדישות או פזיזות שבקלות דעת). מהוראת סעיף 20(א) לחוק עולה כי היחס הסובייקטיבי של העושה בשעת התנהגותו כלפי רכיביה העובדתיים של העברה עשוי להתבטא באחת משתיים אלה בלבד: מודעות או היעדר מודעות לדבר קיומם.⁴ יוצא מכך, שכאשר אדם פועל ללא מודעות, אי אפשר להטיל עליו אחריות פלילית בעברה הדורשת מחשבה פלילית.

הגדרה של "חלל תודעתי", הצגת הבעיה ופתרונה

מצב של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה הוא מצב שבו העושה לא נתן את דעתו לקיומה של הנסיבה המפלילה. להלן דוגמאות אשר ימחישו מצב זה. הוראת סעיף 273 לחוק אוסרת על תקיפת שוטר במילוי תפקידו. מצב של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבות משמעו כי התוקף לא נתן את דעתו להיותו של המותקף שוטר אשר מילא תפקידו כדין. על פי דוגמה אחרת, עברת האינוס הקבועה בסעיף 345(א)(1) לחוק אוסרת על אדם לבעול אישה בניגוד להסכמתה החופשית. כאשר אדם בועל אישה מבלי לתת את דעתו לשאלת הסכמתה החופשית, הרי שהוא מצוי במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבת ההסכמה של האישה. כמו כן בעברה לפי סעיף 193א(1א) לחוק, האוסרת על מכירת משקאות משכרים לקטין, מצב של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה משמעו שהעושה מכר אלכוהול לקטין מבלי לתת את דעתו להיות הקונה קטין. ואילו לפי הוראת סעיף 216(א)(2) לחוק, האוסרת על אדם לגרום לקטין שלא מלאו לו 16 שנים לפשוט יד או לקבץ נדבות במקום ציבורי, מצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבת גילו של הקטין

3 הנסיבות הן בגדר נתונים עובדתיים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות. עיקר חשיבותן נעוץ בהקנותן ממד פסול ואסור להתנהגות. ההתנהגות כשלעצמה, במנותק מהנסיבות המנויות בהגדרת העברה, מאבדת את נפקותה האמתית והופכת להיות אירוע בעלמא חסר גוון וצבע. ראו: יובל לוי ואלני לדרמן עיקרים באחריות פלילית 196 (תשמ"א); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 490 (תשמ"ד). פלר מציין כי בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי זיקה כפולה – זיקה של עיתוי, המתבטאת בכך שמערכת הנתונים שבה נעוץ הרכיב הנסיבתי צריכה להתקיים בעת ההתנהגות – זיקה ערכית, המתבטאת בכך שנתונים אלה מקנים משמעות פלילית, מן הבחינה האובייקטיבית, להתנהגות זו; שם, בעמ' 376.

4 על פי דוקטרינת "עצימת העיניים", המעוגנת בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, רואים באדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר קיום הנסיבות מי שהיה מודע להן, אם נמנע מלבררן.

משמעה כי העושה שידל קטין לפשוט יד במקום ציבורי מבלי לתת את דעתו לכך שלקטין טרם מלאו 16 שנים.

המכנה המשותף לדוגמאות שלעיל הוא שבכל אחת מהן העושה פעל ללא מודעות. העושה לא היה מודע לקיום הנסיבה ואף לא לאפשרות קיומה. לפי הגישה הקוגניטיבית, המתנה הטלת אחריות פלילית בקיומה של מודעות,⁵ "חלל תודעתי" יסווג כ"חוסר מודעות" ולא יעמוד בדרישות המחשבה הפלילית. על הנחת מוצא זו מצאתי לנכון לחלוק במאמר. טענתי היא כי "חלל תודעתי" אינו מונח חד-ממדי כפי שהוא נחזה להיות, והוא אינו מגלם בהכרח תודעה חלולה. חלף זאת מוצע לראות ב"חלל תודעתי" מונח המתאר קשת של מצבים מנטליים שונים, המגלמים רמות שונות של אשמה. לפי זה, סיווגו של "החלל התודעתי" צריך להיות נגזרת של מידת האשמה המגולמת בו. משום שמצבים שונים של "חלל תודעתי" מגלמים רמות שונות של אשמה, הרי שיש להתאים את מידת האחריות הפלילית למצב הנפשי המגולם בהם. יוצא מכאן כי "חלל תודעתי" יכול להיות שקול לאחד משלושת המצבים האלה: היעדר יסוד נפשי, רשלנות ומחשבה פלילית (להלן "התזה המוצעת"). חידוש נוסף במאמר נוגע לדרכי יישומה של התזה המוצעת. המאמר מציע מבחן חדשני – "מבחן האשם המדורג" – מפורט ומסועף לבחינת מצבים שבהם מבצע העברה מקיים יסוד נפשי של "חלל תודעתי".

מבנה המאמר

הפרק הראשון של המאמר בוחן את סיווגו של "החלל התודעתי" בכתיבה ובפסיקה הישראלית תוך ניתוח ביקורתי של הדין המצוי. הפרק השני דן בהצדקות להטלת אחריות פלילית בעברות של מחשבה פלילית על עושה המצוי במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה. בדיון זה קיימת התמקדות בעקרון האשמה, בהגנה על מעמד הקרבן ובהצדקות הדאונטולוגיות והתועלתניות שבבסיס דיני העונשין.

הפרק השלישי מצביע על החיסרון הטמון במצב המשפטי הקיים ועל ההצדקות לשינויו, ומציג את "התזה המוצעת" מושא החיבור, שלפיה במקרים מסוימים יש לראות במי שפעל מתוך "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה גם בעל מחשבה פלילית. בפרק הרביעי אבחן פתרונות משפטיים אפשריים ליישום "התזה המוצעת". חלקו הראשון של הפרק דן בגישות שונות של מלומדים, ולאחר מכן הוא בוחן אם גישות אלו עשויות לקדם פתרון ליישום התזה המוצעת. הפתרון הראוי שהוסק מבחינה זו אינו טמון באימוץ גישה של מלומד כזה או אחר אלא דווקא בשילובן – "מבחן האשם המדורג". בהמשך

5 לסקירת התפתחותה של התאוריה הקוגניטיבית, ראו: עדי אזור אשמה, פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי 23–26 (תשנ"ט). כמו כן ראו: הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת האחריות לעברה נגרת – הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איזון אחרת" ספר דייוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 683, 719 (דרור ארד-אילון, יורם רבין, יניב ואקי עורכים, תשס"ט).

הפרק אבחן את התאמתן של דוקטרינת "עצימת העיניים" ודוקטרינת "התנהגות חופשית במקור" ליישום התזה המוצעת.

הפרק החמישי של המאמר דן בסיווגו של "החלל התודעתי" במשפט המשווה. דיון זה יתמקד בסיווגו של "החלל התודעתי" בדיון האנגלי, הגרמני והאמריקאי כדי להתחקות על סיווגו של "החלל התודעתי" בשיטות משפט אלו כמקור להשוואה.

א. סיווגו של "החלל התודעתי" בדין הישראלי

במסגרת דיון זה אסקור את התמורות שחלו בדיני העונשין סביב היסוד הנפשי של העברה ואת השפעתן על סיווגו של "החלל התודעתי" על ציר היסוד הנפשי. כחלק בלתי נפרד מהמצב המשפטי, מושא הסוגיה שלפנינו, אדון בהתפתחות הפסיקה בעניין זה תוך ניתוח ביקורתי של הדין המצוי.

1. סיווגו של "חלל תודעתי" עובר לתיקון 39 לחוק העונשין

(א) גישות בית המשפט העליון

הפסיקה שקדמה לתיקון 39 לחוק הבחינה בין עברות הכוללות בין יסודותיהן רכיב של "ידיעה" כתנאי להטלתה של אחריות פלילית לבין עברות שאינן דורשות זאת. בעברות מהסוג הראשון נדרש להוכיח כי הנאשם היה מודע סובייקטיבית למצב הדברים.⁶ במקרים מהסוג השני ("עבירה שותקת"), הסתפק המחוקק בהוכחת מצב של הסתכנות מודעת שמא הנסיבה קיימת – מצב זה כונה בפסיקה "פזיזות". הפזיזות שנדרשה בעברות שותקות היא "פזיזות קוגניטיבית". פזיזות זו לא תוארה או נתפסה כיחס חפצירגשי כלפי הנסיבה, כגון תקווה שהיא תתקיים או אדישות לקיומה, אלא כיחס הכרתי שמשמעו נטילה מודעת של סיכון לאפשרות קיום הנסיבה.⁷

6 יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" עלי משפט ה 109, 123 (תשס"ו).
7 בספרות המשפטית בישראל (אשר עיקרה נכתב בשנות השמונים) נתגלעו חילוקי דעות באשר לשאלה אם תיתכן פזיזות באשר לנסיבות. לגישות השונות ראו: פלר, לעיל הערה 3, בעמ' 493; ש"ז פלר "טעות במצב דברים, בעקבות פסק הדין בע"פ 5612/92 (פרשת האינס "שמרת") ולנוכח תיקון מס' 39 לחוק העונשין" מחקרי משפט יב 5, 24–25 (תשנ"ה); לוי ולדרמן, לעיל הערה 3, בעמ' 403–404; יצחק קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה(1) 149, 154–156 (תשנ"ו); קוגלר, שם, בעמ' 114. כמו כן ראו את ביקורתו של לייסט על גישתו של פלר: אלקנה לייסט על הרלבנטיות של המניע במשפט הפלילי המהותי 52–57 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2008).

את ההכרה בפזיזות הקוגניטיבית באשר לנסיבה התווה השופט אגרנט בעניין אבו רביעה,⁸ בנוגע לעברה של חטיפת קטינה. בעניין זה ניסה הנאשם ועמו אדם נוסף לחטוף נערה אשר הייתה באותה העת מתחת לגיל 16. הנאשם עשה כן לאחר שנתקל בסירוב מצד אביה של הנערה לשאת אותה לאישה. אבו רביעה הורשע בין היתר בעברה של ניסיון לחטוף קטין מתחת לגיל 16 מרשות האפוטרופסות החוקית של הוריו, עברה בניגוד לסעיף 255 ו-29 לפקודת החוק הפלילי.⁹ אגרנט, אשר דן בין היתר בשאלת היסוד הנפשי הדרוש לנסיבת גילה של הנערה, קבע:

מסקנתי היא אפוא, שהמחוקק לא ויתר, בנוגע לעבירה הנדונה, על התמלאות הדרישה של *mens rea*. אולם, יש להטעים כי דרישה זו אין פירושה כאן, שמחובת הקטגוריה להוכיח, שלנאשם הייתה ידיעה ממשית בדבר היות הצעירה למטה מגיל 16 שנה, כי אם היא תצא ידי חובתה, גם אם ייקבע כי בשעה שהנאשם לקח את הצעירה מרשות אפוטרופסה, הוא קיבל על עצמו בודעין את הסיכון, שהיא טרם הגיעה לגיל זה, וזאת אם מפני שאותה שעה לא היה אכפת לו הדבר, ואם משום שקיווה אז שהיא כבר עבירה על אותו גיל. במילים אחרות, דעתי היא שהמחוקק הסתפק בקשר לאלמנטים העובדתיים, הסובבים את מעשה החטיפה...בדרגת *mens rea* מסוג "פזיזות".¹⁰

אגרנט מסווג את "החלל התודעתי", אשר לווה באדישות כלפי קיום הנסיבה, כפזיזות. התוצאה שלפיה יזוכה נאשם אשר לא היה מודע לגיל הנערה רק משום שהוא לא נתן את דעתו לנתון זה והיה אדיש כלפיו, אינה צודקת בעיניו. אגרנט מטעים את קביעתו בכך שמבחינת מטרת דיני העונשין אין יסוד להבחין בין מקרה שבו אדם חטף קטינה בידעו שטרם מלאו לה 16 שנים, לבין זה שעשה את המעשה האמור מבלי שהייתה לו הידיעה הזאת, כשהוא מקבל על עצמו מראש את הסיכון שהיא טרם הגיעה לאותו גיל,¹¹ ובמיוחד כאשר מצבו הנפשי בעניין זה היה מאופיין באדישות גמורה וב"אי-אכפתיות".¹² בהמשך הדברים מסביר אגרנט כי במקרים שבהם פלל המחוקק בין יסודות העברה אלמנט עובדתי מהסוג של "גיל" או "זמן", אזי פירוש הדבר שהוא מתח קו חד ושרירותי בעניין עובדה חיונית, אשר כל אחד יודע מראש שהיא קיימת במידה כלשהי. לפיכך לעולם אין לומר שפלוני לא נתן את דעתו לגיל הנערה בעת שהחליט לחטפה, וללא עדות שאותו אדם טעה עובדתית בנוגע לגילה, מן הדין לייחס לו מצב

8 ע"פ 291/62 אבו-רביעה נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז 2913 (1963) (להלן: עניין אבו רביעה).
 9 פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 263.
 10 עניין אבו רביעה, לעיל הערה 8, בעמ' 2929.
 11 שם, שם.
 12 שם, בעמ' 2929-2930.

נפשי של אי-אכפתיות בנוגע לאותו יסוד.¹³ לגישתו של קוגלר, ניתן למצוא בפסק דינו של אגרנט בעניין אבו רביעה התייחסות ל"אדישות במובן הרחב", שמשמעה הפגנת אדישות לקיומה של הנסיבה, מבלי שזו מצריכה מודעות ממשית לקיומה.¹⁴ בעקבות הלכת אבו-רביעה, קבעה השופטת בן-פורת בפסק הדין בעניין שבירו,¹⁵ כי לעניין היעדר הסכמה בעברת אינוס ניתן להסתפק גם בפזיזות של הנאשם. דהיינו, בידיעת הסיכון שמא המתלוננת אינה מסכימה למעשה הבעילה, שכן על הנאשם בעברה זו לתת דעתו לשאלת ההסכמה, שהיא השאלה הקרדינלית בפשע חמור זה. בפסק הדין בעניין דהרי¹⁶ נחלקו דעות השופטים גולדברג וכן פורת באשר ליסוד הנפשי הדרוש להיעדר הסכמת הקרבן בעברת האינוס. השופטת בן פורת חזרה על עמדתה בעניין שבירו,¹⁷ ואף הוסיפה ודירגה את היסוד הנפשי מסוג "פזיזות" בדרגה הנופלת מדיעה ממשית, בציינה כי פזיזות אינה "עצימת עיניים" (שכמוהו כידיעה ממשית) אלא נטילת סיכון ביודעין שמא הנסיבה מתקיימת.¹⁸ לעומתה, היה השופט גולדברג בדעה כי היסוד הנפשי הנדרש בעברת אינוס הוא מודעות של הנאשם כי בעילתו היא בניגוד לרצונה של המתלוננת,¹⁹ וכי הסתכנות מסוג זה נכנסת בגדר מודעות, לפי הדוקטרינה של "עצימת עיניים".²⁰

כעשור לאחר פסקי הדין שנדונו לעיל ועל רקע הביקורת שנמתחה על פסיקת בית המשפט העליון אשר הכירה בפזיזות באשר לנסיבה, דן בית המשפט העליון פעם נוספת בסיווגו של "חלל התודעתי". היה זה בפסק הדין בעניין פלוני (להלן: עניין פלוני).²¹ באותה פרשה הורשע המערער בעברה של ביצוע מעשים מיניים בקטינה בת 17 שנים ותשעה חודשים בעת האירוע, אשר הועסקה על ידיו במסעדה, וזאת לפי סעיף 347(א)

- 13 שם, בעמ' 2932.
- 14 קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 123–125. הרעיון שלפיו יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית מבלי להידרש לקיומה של מודעות ממשית, הובע אף במאמרו של קוגלר וזכה לכינוי "אדישות במובן הרחב". לעומת "האדישות במובן הצר", המתייחסת למקרה שבו אדם היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה במישור ההכרתי ואדיש לה במישור החפצי, "אדישות במובן הרחב" תתקיים במקרים שבהם העושה אינו ער כלל לאפשרות שהמעשה שלו יגרום לתוצאה האסורה, בשל היותו אדיש כלפיה. אדישות זו נובעת מתכונת אופי או מנטיית אופי, המתגלה ובאה לביטוי באירוע הנדון; שם, בעמ' 115. ודוק, האדישות במובן הרחב מתייחסת לרכיב התוצאה, שכן המונח "אדישות", מבחינה לשונית ומשפטית, מתאר יחס חפצי כלפי התוצאה.
- 15 ע"פ 862/80 מדינת ישראל נ' שבירו, פ"ד לה (2) 775, בעמ' 782 (1981) (להלן: עניין שבירו).
- 16 ע"פ 564/83 מדינת ישראל נ' דהרי, פ"ד מג (1) 617 (1984) (להלן: עניין דהרי).
- 17 שם, בעמ' 627.
- 18 שם, שם.
- 19 שם, בעמ' 624.
- 20 שם, בעמ' 624–625.
- 21 ע"פ 5424/91 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (4) 497 (1992) (להלן: עניין פלוני).

לחוק העונשין, האוסר על ביצוע מעשה סדום בקטין שמלאו לו 14 שנים וטרם מלאו לו 18 שנים. המערער לא הכחיש את מעשיו, אך טען בין היתר כי לא ידע שלמתלוננת טרם מלאו 18 שנים. השופט בך, אשר נתן את דעתו ליסוד הנפשי הנדרש מצד הנאשם באשר לגיל המתלוננת, קבע כי על מנת להרשיע אדם בגין עברה לפי סעיף 347(א) לחוק העונשין, אין חובה על התביעה להוכיח פוזיטיבית כי הנאשם אכן היה מודע לעובדה שהמתלוננת הייתה שייכת לטווח הגילים האמור. די אם יוכחו קיומן של "פזיזות" ואי-אכפתיות לעניין זה.²² בך הדגיש כי אין הנאשם יכול להימלט מהרשעה בעברה זו בטענה ובשכנוע שלא ידע על דבר גילה של המתלוננת מפני שלא התעניין כלל בנושא זה ולא חשב עליו.²³ השופט בך חזר על דבריו של השופט אגרנט בעניין אבו רביעה וציין לגופו של עניין כי הראיות מעידות שהנאשם היה אדיש ולא אכפתי לשאלת גילה של המתלוננת, ואי-אכפתיות זו מוגדרת בלשון המשפטית – "פזיזות".²⁴

בשלהי שנת 1993 ניתן פסק הדין בעניין בארי (להלן: עניין בארי).²⁵ במסגרת פסק הדין התייחסו השופטים, באמרת אגב, לסוגיית "החלל התודעתי" בעניין נסיבת אי-הסכמתה של האישה למעשה הבעילה בעברת האינוס. השופט שמגר התייחס לאדישותו של העושה לשאלת הסכמת הקרבן וקבע כי בכל הנוגע לאינוס, רואים באדם פזיז אם היה שווה נפש ולא הקדיש מחשבה לאפשרות שייתכן כי האישה אינה מסכימה,

22 שם, בעמ' 501.

23 "אין חובה על התביעה להוכיח באופן פוזיטיבי, שהנאשם אכן היה מודע לעובדה, שהמתלוננת הייתה שייכת לטווח הגילים האמור. די אם יוכחו קיומן של 'פזיזות' ולא אכפתיות בנקודה זו....אם עולה מהנסיבות, שהנאשם חייב היה להיות מודע לפחות לאפשרות שהמתלוננת הינה מתחת לגיל שצוין בסעיף האישום, אזי מקבל הוא על עצמו סיכון בחוסר התעניינותו, ופזיזותו תיהפך לו לרועץ, אם אובייקטיבית יסתבר, כי המתלוננת אכן השתייכה לאחד הגילאים שהחוק בא להגן עליהם במיוחד". שם, בעמ' 501. לגישתו של פלר, דבריו האמורים של בך סובלים מאי-דיוק, שכן מדובר בדבר והיפוכו; "חייב היה" פירוש הדבר שהנאשם "לא היה", ואילו פזיזות מותנית דווקא ב"היותו". אם די בפזיזות, הרי שנדרשת, כתנאי בל יעבור, "מודעות בפועל" לצרכיה של המחשבה הפלילית. פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 23.

24 רות קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" מחקרי משפט יא 147, 164 (התשנ"ד). יש לציין כי בשני פסקי הדין האמורים נתעוררו מקרים גבוליים שבהם נדונה שאלת גילן של הנערות, שאותן הכיר כל אחד מהנאשמים. לדירה של קנאי, ייתכן שכבר אז, בפסק הדין בעניין אבו רביעה, פיתח אגרנט את הגישה שלפיה מי שלא נתן את דעתו לנסיבות נחשב לאדיש, אולם יש להגביל קביעה זו לנתונים כמו גיל או זמן, אשר כל אחד יודע שהם קיימים במידה מסוימת, ועל כן ניתן לסווג יסוד נפשי זה כפזיזות.

25 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993) (להלן: עניין בארי). בפסק דין זה דובר בארבעה נערים בני 17, אשר קיימו במהלך חמישה ימים רצופים מגעים מיניים קבוצתיים עם בת 14.5. המתלוננת טענה במשפט, כי המעשים נעשו שלא מרצונה החופשי, בעוד שהנאשמים טענו כי המגעים המיניים נעשו בהסכמתה המלאה. בית המשפט המחוזי זיכה את כל הנאשמים מעבירות המין השונות. בית המשפט העליון הפך את החלטת בית משפט מחוזי והרשיע את כל המשיבים, לאחר שנקבע כי המערערים עצמו את עיניהם ולא מנעו מביצוע המעשים, חרף חשדם לגבי אי-הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי המין.

שכן בנסיבות אחרות לו הוקדשה מחשבה כלשהי לנושא, היה ברור לעושה שיש סיכון שהאישה איננה מסכימה.²⁶ אף ששמגר מעלה את השאלה כשאלה תאורטית נפרדת, הוא מוצא לנכון להשיב עליה. לגישתו, "חלל תודעתי" כמוהו כ"עצימת עיניים". הגישה שלפיה יש להסתפק ב"חשד סובייקטיבי" של העושה מעוררת קשיים, שכן תיתכן מערכת נסיבות כזאת שמשמעותה תזדקק לעיני כל בר דעת אף שלא תעורר את חשדו של הנאשם בדבר אי-הסכמתה של הקרבן לבעילה.²⁷ במקרה זה החשד הסובייקטיבי הוא "תחליף דל" למחשבה הפלילית הרגילה. דלותו באה לביטוי בהשאירו מחוץ למעגל האשמה מקרים שבהם קיום הנסיבות היה מעורר חשד אצל אדם סביר, אלא חשד שכזה לא התעורר אצל העושה, אם מפני שהוא גילה אדישות כלפי קיום הנסיבות ואם מפני שהוא לא נתן את דעתו לכך. הפתרון שמציע השופט שמגר הוא הסתכלות אובייקטיבית על הנסיבות כדי להסיק מה אדם סביר היה למד מן הנתונים העובדתיים שמולם ניצב מבצע העברה. במילים אחרות, יש להוסיף חלופה בדמות "חשד שהיה צריך להתעורר לאור מכלול הנסיבות", אשר יהיה תחליף הולם למחשבה הפלילית במלוא היקפה.²⁸ השופט גולדברג התייחס בפסק דינו לסוגיית "החלל התודעתי" בעברת האינוס וקבע כי ניתן לראותו כנמנה עם "עצימת עיניים".²⁹ לגישתו, מצב של "חלל תודעתי" שקול למצב נפשי של הימנעות מכוונת מבדיקת המצב לאשורו ומבירורו וכהתעלמות מודעת מן האפשרות בדבר היעדר הסכמה.³⁰

(ב) גישתו של פלר

במאמר שכתב פלר, בעקבות פסק הדין בעניין בארי, מתח המלומד ביקורת על הדרך שבה פסע בית המשפט העליון בהכירו בהיות "חלל תודעתי" מקרה פרטי של "עצימת עיניים".³¹ פלר מציין כי אשר לנסיבות אשר החלופה ההיפותטית הבלבדית לקיומן, כמות שהן, היא אך ורק אי-קיומן (להלן "נסיבות בינאריות"), אין כל מקום לטענה בדבר "חלל תודעתי".³² דוגמה לנתונים מתת-סוג זה הם גילו של הקרבן, אשר העברה מותנית

26 שם, בעמ' 350–351.

27 שם, בעמ' 359.

28 שם, בעמ' 360.

29 שם, בעמ' 383.

30 השופט חשין נמנע מלנקוט עמדה בוויכוח, בסוברו שבכל מקרה יש להרשיע את המשיבים שכן נתקיימו בהם דרישות המחשבה הפלילית. שם, בעמ' 381–382.

31 פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 27–33. פלר מעדיף את הכינוי "חלל הכרתי" מן המונח "חלל תודעתי", בהסבירו כי "הצירוף חלל הכרתי נותן ביטוי מהימן יותר להלך הנפש שבו שרוי אדם שאינו מודע כלל למצב עובדתי נתון, מאשר הביטוי "חלל תודעתי", שהינו בעל משמעות שלילית במישור רחב יותר, של חיי החברה על גווניהם השונים, כגון מעורבות ציבורית ואידיאולוגית, תרבות, אחריות אזרחית וכיוצא באלה". שם, בעמ' 27.

32 שם, בעמ' 28. לגישתו של פלר, אם אדם מצוי במצב של "חלל תודעתי" באשר לנסיבה בינארית שהיא יסוד מיסודות העברה, יהיה זה "חלל תודעתי" כלפי מצב דברים משפטי,

בו, זמן וכן נסיבת היעדר ההסכמה בעברת האינוס. המכנה המשותף לנתונים אלו הוא שבמציאות האובייקטיבית יש אפשרות אחת: קיומו של אותו נתון או אי-קיומו. ההנחה היא כי מדובר בנתון אינהרנטי ורלוונטי שכל אדם בר דעת מודע לו או לכל הפחות חושד באפשרות קיומו. חשד לאפשרות קיומה של הנסיבה וביצוע המעשה למרות זאת, שקול כנגד מודעות לעצם קיומה.³³ פועל יוצא הוא ש"חלל תודעתי" באשר לנסיבות בינאריות שקול ל"עצימת עיניים", וכמוהו כמודעות לנסיבות.

(ג) דיון ביקורתי, הבחנות ומסקנות

(1) "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות

לאורו של המצב המשפטי, כפי שנסקר לעיל, ניתן לערוך כמה הבחנות ולהסיק מתוכן כמה מסקנות. ראשית, יש לשים אל לב כי הדיונים על סיווגו של "חלל התודעתי" בפסיקה שקדמה לתיקון 39 התייחסו לנסיבות בינאריות. בדיונים אלו ניתן לזהות שלוש גישות: על פי הגישה הראשונה, "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות שקול ל"פזיזות קוגניטיבית". כאשר קיימת נסיבה בינארית, ניתן להניח שגם אם העושה לא נתן את דעתו לקיומה, חזקה שהוא הסתכן במודע שמא היא קיימת. המסקנה היא ש"חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות עומד בדרישת היסוד הנפשי הדרוש בעברות שותקות. בגישה זו אחזו השופטים אגרנט בעניין אבו רביעה, השופט כך בעניין פלוני והשופטת בן פורת בעניין שבירו ובעניין דהרי.

לפי הגישה השנייה, "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות שקול ל"עצימת עיניים". "חלל תודעתי" שקול להתעלמות מכוונת מהאפשרות של קיום הנסיבה. ההנחה היא שכאשר מדובר בנסיבה בינארית, שהאפשרות לקיומה שקולה לאפשרות אי-קיומה, קמה חזקה שלפיה התעלם הנאשם במכוון מאפשרות קיומה, ומחדל מנטלי זה שקול

המתבטא באידיעת הנורמה הפלילית המגדירה את העברה המיוחסת לו. שם, בעמ' 29. כשלעצמי, אינני שותף לדעה זו. מצבים של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה אינם כוללים מצבים של "חלל תודעתי" באשר לעובדה שהנסיבה המפלילה היא רכיב מרכיביה של העברה המיוחסת לו. אף אם הוא יטען טענה שכזו, הרי שעל פי הוראת סעיף 34 (טעות במצב המשפטי), אין בה כדי להועיל לו ולשחררו מנשיאה באחריות פלילית (אלא אם כן היא תעמוד בתנאיו של סייג הטעות במצב המשפטי). הנחת המוצא שלי, כמו גם של דיני העונשין, היא שלנאשם מיוחסת ידיעת הדין. לכן טיעון בדבר קיומו של "חלל תודעתי" שלפיו לא נתן הנאשם את דעתו לקיום הנסיבה בשעת ביצוע העברה אינה שקולה לטענה שלפיה לא נתן הנאשם את דעתו להיותה של הנסיבה המפלילה רכיב מרכיביה של העברה המיוחסת לו. הטענה הראשונה היא בדבר "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה, ואילו השנייה היא טענה בדבר "חלל תודעתי" כלפי מצב משפטי מסוים. הטענה השנייה תיבחן לפי תנאיו של סעיף 34 לחוק העונשין (טעות במצב המשפטי), והטענה הראשונה תיבחן לפי סעיפים 19–21 לחוק העונשין.

שם, בעמ' 29. 33

ל"עצימת עיניים". לפיכך "חלל תודעתי" קיים את דרישת ה"ידיעה" בעברות שבהן היה צריך להוכיח כי הנאשם היה מודע לנסיבות. בגישה זו אחז השופט גולדברג בעניין דהרי ובעניין בארי, ולתוצאה זו הגיע אף המלומד פלר.

המכנה המשותף לגישות אלו הוא שהן מניחות כהנחת יסוד כי מצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות טומן בחובו מודעות בדרגה כלשהי לאפשרות קיום הנסיבות. לפי הגישה הראשונה, מצב של "חלל תודעתי" מקים חזקה שלפיה הסתכן הנאשם ביודעין שמא הנסיבה קיימת, ואילו על פי הגישה השנייה, "חלל תודעתי" מקים חזקה שלפיה הנאשם התעלם ביודעין מאפשרות קיום הנסיבה ("עצם את עיניו"). כל אחת מגישות אלו יוצרת קושי מושגי, שכן ההנחה היא כי במצבים של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה, העושה אינו מודע לקיום הנסיבות והוא אף אינו חושד באפשרות קיומן, ואילו חזקות אלו מניחות את ההפך הגמור. לגישה, ניתן ליישב את הקושי האמור בכך שקביעת חזקות אלו נועדה לאפשר לתביעה ולבית המשפט להתמודד עם טענות של נאשמים אשר ביצעו עברות במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות המנויות בהגדרת העברה. יסוד נפשי הוא נתון עובדתי המצוי בתחום נפש האדם, ובדרך כלל הוא אינו גלוי לעין.³⁴ על מנת שיהיה ניתן להתמודד עם טענות נאשמים שלפיהן דרישת המודעות לקיומן של נסיבות בינאריות המנויות בהגדרת העברה לא התקיימה, מפני שהנאשם היה במצב של "חלל תודעתי" כלפיהן, יצר בית המשפט העליון את אותן חזקות אשר נובעות מניסיון החיים ומהשכל הישר.³⁵ חזקות אלו הן בגדר היסק לוגי ממצב עובדתי נתון. כוונתו של בית המשפט העליון ביצירת חזקות אלו היא לומר כי לרוב, וכפי שהדברים מתרחשים במציאות, כאשר יש נסיבה בינארית, חזקה שכל אדם בר דעת מודע לאפשרות קיומה. מאחר שהסקה לוגית מסוג זה עלולה ללקות בהכללת-יתר, הרי שעולה הצורך לתת לנאשם אפשרות סבירה להפריך את מסקנת החזקה, אם אכן אין מדובר במקרה נתון שאינו מקיים את ההנחה היסודית שבבסיס החזקה.³⁶ במילים אחרות, היה והמקרה של הנאשם הוא יוצא דופן, וחרף קיומה של הנסיבה הבינארית הוא לא היה מודע לקיומה ואף לא לאפשרות קיומה, הרי עליו הנטל לסתור את המסקנה המוסקת מהחזקה, ודי בכך שהוא יעורר ספק סביר כדי להיחלץ מאחזתה, בדומה לכל חזקה עובדתית אשר מקורה בהלכה הפסוקה.

34 גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך א 49 (תשע"ג).

35 אחד הקשיים הבולטים בדיני העונשין נעוץ בהוכחת רכיביה של המחשבה הפלילית. כדי להתמודד עם הקשיים הראייתיים שבהוכחת המחשבה הפלילית פיתח בית המשפט העליון חזקות עובדתיות אשר נועדו לסייע להתמודד עם קשיים אלו. במקרים שבהם מדובר בחזקה עובדתית אשר נקבעה בפסיקה, די לו לנאשם לעורר ספק סביר כדי להיחלץ מהמסקנה המוסקת מהחזקה. ראו: גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך ד 512–514 (תשע"ד), וכן אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 187–196 (תש"ל).

36 הלוי, לעיל הערה 35, בעמ' 512.

יש לציין כי בשונה מהחזקות שפיתח בית המשפט העליון, ואשר ניתנות לסתירה, מגישתו של פלר, שלפיה לא ייתכן מצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבה בינארית, עולה כי מדובר בחזקה חלוטה אשר אינה ניתנת לסתירה. לגישתו של פלר, כשמדובר בנסיבה בינארית, שההסתברות לקיומה שקולה לאפשרות אי-קיומה, קמה חזקה חלוטה שלפיה כל אדם מודע לאפשרות קיומה של הנסיבה ברמת הסתברות של חמישים אחוזים, ודי בכך כדי לקבוע כי הנאשם, כמו כל אדם אחר, "עצם את עיניו". אף שמבחינה תוצאתית אין הבדל בין שתי הגישות, הרי החזקות שאותן קבע בית המשפט העליון ניתנות לסתירה, ואילו את "חזקת עצימת העיניים", שאותה קבע פלר, אי אפשר לסתור, על כל המשתמע מכך.

השימוש ב"חזקת הפזיזות" או ב"חזקת עצימת העיניים" במצבים של "חלל תודעתי", הגם שהן מיוחסות לנסיבות בינאריות, מעורר קושי כפול: קושי אחד הוא שחזקות אלו עלולות להביא להטלת אחריות פלילית בעברות הדורשות אשם סובייקטיבי גם במקרים שבהם נעדר הנאשם אשם שכזה; הקושי השני הוא שנאשמים אשר ביצעו עברות במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות ושיצליחו לסתור את החזקות האמורות יזוכו אף שבמקרים מסוימים הם עשויים להיות בעלי מידה גבוהה של אשם סובייקטיבי. קושי נוסף נובע מגישתו של פלר, אשר עלולה להביא לדחייה גורפת של טענות בדבר קיומו של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות, גם במקרים שבהם טענות אלו הן נכונות ואמתיות, שכן על פי גישתו, כשמדובר בנסיבות בינאריות, אין מקום לטענה בדבר "חלל תודעתי". אעמוד על הקשיים הללו באמצעות שתי הדוגמאות האלה:

טלו לדוגמה את עברת ההצתה שבסעיף 448(א) רישה לחוק. עברת ההצתה תתרחש כאשר אדם משלח אש במזיד בדבר שאינו שייך לו. נניח כי פלוני, מתוך חמת זעם או אדישות, שילח אש במזיד בדבר המצוי בדירה שאותה הוא שוכר עם שני שותפים נוספים. ניתן להניח סיטואציה שלפיה במהלך ההצתה לא נתן פלוני כלל את דעתו לשאלה אם הדבר שייך לו או לשותפים שלו. כל שעניין אותו הוא לפרוק את תסכולו ולכלות את זעמו בהצתה של אותו דבר. העובדה שמדובר בנסיבה בינארית אינה אמורה להקים חזקה שלפיה חשד הנאשם סובייקטיבית בדבר קיומה. גם כשמדובר בנסיבה בינארית, על התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר את חשדו של פלוני בכך שהדבר שבו הוא שילח אש אינו שייך לו, וזאת באמצעות מכלול הנסיבות והראיות שתוצגנה לבית המשפט ובכפוף לנטל ההוכחה. השימוש בחזקת "עצימת העיניים" יכול להוביל לקביעה כי הנאשם "עצם את עיניו" אף שהלכה למעשה לא פעל הנאשם מתוך "עצימת עיניים". בהיעדר ראיה אחרת מטעם הנאשם אשר תשמוט את הבסיס מתחת לחזקה זו, עלול הנאשם לשאת באחריות פלילית לעברה הדורשת מודעות אף שבפועל הוא פעל ללא מודעות.

כעת נניח כי הנאשם שלפנינו הצליח לסתור את חזקת "עצימת העיניים", ובית המשפט קיבל את טענתו שלפיה כעס ואיבוד עשתונות גרמו לו שלא לתת את דעתו

לחפץ שהוא שרף. במקרה זה יזוכה הנאשם מעברת ההצתה, אשר דורשת הוכחה של מחשבה פלילית, שכן בהיעדר מודעות לכך שהחפץ שהוא שרף אינו שייך לו, אין בסיס להטלת אחריות פלילית. אף תוצאה זו אינה חפה מספקות. במצבים של "חלל תודעתי", המיקוד בקיומה או בהיעדרה של מודעות כבסיס להטלת אחריות פלילית מחטיא את תכליתם של דיני העונשין, אינו עולה בקנה אחד עם עקרון האשמה, ואפשר שאף לא יספק הגנה מקיפה לערכים החברתיים מפני אנשים המבצעים עברות כשהם במצב של "חלל תודעתי".³⁷ אלא שעל מנת שיהיה ניתן לייחס אחריות פלילית למי שביצע עברות במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה, כאשר הסיבה להימצאותו במצב מנטלי זה מגלמת את אשמתו הסובייקטיבית של הנאשם, הרי שעולה הצורך להסית את המיקוד מאלמנט היעדר המודעות לקיום הנסיבה, לסיבה שגרמה לאותו נאשם לבצע עברה כשהוא מצוי במצב מנטלי זה. על התזה האמורה ארחיב את הדיון בפרק השלישי של המאמר.

על פי דוגמה אחרת, נניח כי הנאשם שלפנינו ביצע עברה כשהוא במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה. נתון כי במועד ביצוע העברה לקה הנאשם בנפשו או בשכלו (ליקוי שאין בו כדי לפטור אותו מאחריות פלילית) או לחלופין מלאו לו 12 שנים. נצא מנקודת הנחה כי כשריו הקוגניטיביים המוגבלים של קטין בן 12 או של אדם הלוקה בנפשו או בשכלו השפיעו על תפיסת המציאות התקינה שלו, והם תרמו לאי-מודעותו של הנאשם לקיום הנסיבה המפלילה או לאפשרות קיומה. על פי החזקות שנקבעו בפסיקה, וכן אליבא דפלו, העובדה שנאשמים אלו עברו עברות במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינריות מקימה חזקה כי הם היו פזיזים (לפי הגישה הראשונה) או לחלופין שהם "עצמו את עיניהם" (לפי הגישה השנייה). אף שמסקנה זו יכולה להיות נכונה בעניינם של נאשמים מסוימים (ואולי אף אצל מרביתם), אין היא נכונה לכל הנאשמים. דוגמה זו היא ראייה להיותה של ההנחה שלפיה קיומה של נסיבה בינארית במציאות מעידה שבני האדם מודעים לה ברמה כזו או אחרת של הסתברות, סובלת מהכללת יתר אשר עלולה בסופו של דבר להביא לתוצאות לא צודקות. יתר על כן, "חזקת עצימת העיניים" או "חזקת הפזיזות" מצריכות מהנאשם להשקיע משאבים בחיפוש ובאיתור ראיות אשר יש בהן כדי לשמוט את הבסיס מתחת למסקנה המוסקת מחזקות אלו. אם ייכשל הנאשם במלאכה זו, יקבע שהוא היה פזיז או שהוא "עצם את עיניו", ובדרך זו תיסלל הדרך להטיל עליו אחריות פלילית בעברות הדורשות אשם סובייקטיבי אף שהלכה למעשה הוא נעדר אשם שכזה.

כעת נניח שבית המשפט הגיע למסקנה כי הנאשם הצליח לסתור את "חזקת הפזיזות" או "חזקת עצימת העיניים", ונקבע כי הוא ביצע את העברה במצב של "חלל תודעתי" מבלי לתת את דעתו לקיום הנסיבה או לאפשרות קיומה. התוצאה היא שבית המשפט

37 דיון בהצדקות להטלת אחריות פלילית על מצבים מסוימים של "חלל תודעתי" ראו בפרק השני של המאמר.

יזכה את הנאשם מהעברה, ככל שזו דורשת הוכחה של אשם סובייקטיבי. לגישתי, במצב זה ובטרם יזוכה הנאשם, על בית המשפט לעמוד על הסיבה אשר גרמה לנאשם לעבור עברה במצב של "חלל תודעתי". במקום שבו הסיבה אינה מגלמת את אשמתו הסובייקטיבית של העושה, יש לזכותו, ואילו במקום שבו הימצאותו של הנאשם במצב של "חלל תודעתי" היא תולדה של סיבה המגלמת את אשמתו הסובייקטיבית, הרי שעל פי התזה המוצעת, יש לראות בו מי שפעל במחשבה פלילית. לצורך הדוגמה, אם ייקבע כי גילו הצעיר של הנאשם או ליקויו הנפשי או השכלי גרמו לו לבצע את העברה מבלי שהוא יהיה מודע לאפשרות קיומה של הנסיבה, ובית המשפט יגיע למסקנה כי סיבות אלו אינן מגלמות אשם במידה כלשהי, הרי שרק אז יהיה נכון לזכותו. אעבור כעת לדון בגישה השלישית.

על פי הגישה השלישית, שבה אחז השופט שמגר בעניין בארי,³⁸ יש להרחיב את דוקטרינת "עצימת העיניים" גם למקרים של חשד שהיה צריך להתעורר לאור הנסיבות ("חשד קונסטרוקטיבי"). דרך זו מאפשרת להחיל את דוקטרינת "עצימת העיניים" גם על מצבים של "חלל תודעתי". גישה זו שונה משתי הגישות שקדמו לה. שתי הגישות שלעיל הניחו כי במצבים של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות קמה חזקה שלפיה היה הנאשם פזיז או ש"עצם את עיניו", ואילו הנחת המוצא של השופט שמגר שונה: שמגר מניח כי ייתכן מצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות מבלי להניח כי הנאשם היה מודע בדרגה כלשהי לאפשרות קיומן. משכך, שמגר אינו יכול להכניס מצב זה לקטגוריה של פזיזות או ידיעה, שכן כל אחת מהן מצריכה רמה מסוימת של מודעות, בין שזו הוכחה בפועל ובין שהיא הוסקה בדרך של חזקה. לפיכך הפתרון של שמגר הוא הסתכלות אובייקטיבית על הנסיבות והרחבתה של דוקטרינת "עצימת העיניים" גם למקרים של חשד קונסטרוקטיבי. גישתו של שמגר לא התקבלה בפסיקה מאוחרת, ולאחר תיקון 39 היא אף אינה מתיישבת עם הוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק. חרף זאת סבורני כי גישה זו יש בה כדי לקדם אותנו לעבר פתרון לבעיה שהוצגה בפתח המאמר. באפשרות זו אדון בהרחבה בפרק הרביעי של המאמר.

(2) "חלל תודעתי" כלפי נסיבות שאינן בינאריות

נסיבה שאינה בינארית היא נסיבה הנתונה לחלופות שונות מלבד זו של היעדרה כמות שהיא. הדיונים בפסיקה שהוצגה לעיל סבו על סיווגו של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות בלבד. מכאן שסיווגו של "חלל תודעתי" כלפי נסיבה שאינה בינארית לא הוכרע ואף לא נדון בפסיקה. פלר סיווג "חלל תודעתי" באשר לנסיבה שאינה בינארית כמקרה פרטי של "טעות במצב דברים".³⁹ הטעם לכך הוא שבדרך כלל, במקום התקיימותו של נתון מפליל מדמה אדם התקיימותו של נתון אחר שהוא תמים. על כן

38 עניין בארי, לעיל הערה 25, בעמ' 360.

39 פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 31. ראו את סייג הטעות במצב דברים בנוסחו כיום בסעיף 34 לחוק העונשין.

טענה בדבר "חלל תודעתי" היא למעשה טענה בדבר "טעות במצב דברים". אף טיעון זה אינו חף מספקות. "טעות במצב דברים" באשר לנסיבה מתייחסת למקרים שבהם האמין העושה בכנות כי הנסיבה המפלילה אינה קיימת, והוא דימה תחתיה קיומה של נסיבה אחרת – תמימה. אלא שבמצבי "חלל תודעתי", העושה אינו נותן את דעתו לקיום הנסיבה, ואין בכך כדי להעיד כי הוא טעה בדבר קיומה, או שהוא דימה תחתיה נסיבה אחרת תמימה. אדגים את הקושי האמור באמצעות הדוגמה הבאה.

נניח כי ראובן, עבריין לשעבר, שומע כי חברו הטוב שמעון, שאותו הכיר בכלא עת ריצו השניים עונש מאסר, טס לחו"ל. ראובן מבקש משמעון שיחזיר לו טובה ומפקיד בידיו מזוודה הנעולה במנעול. ראובן מבקש ממנו לשאת אותה אתו למטוס ואומר לו כי פלוני ייצור עמו קשר כשהוא ינחת במדינת היעד וייקח ממנו את המזוודה. ראובן אינו מיידע את שמעון בדבר תכולת המזוודה, ועובדה זו אף אינה מעניינת את שמעון והוא מגלה אדישות כלפיה. המזוודה עלולה להכיל סמים, אך היא אפשר גם שמכילה דברים תמימים – תכשיטים, בגדים, ספרים וכדומה. נניח כי המזוודה הכילה סמים ושמעון נתפס כשהמזוודה ברשותו. שמעון יכול לטעון בדבר קיומו של "חלל תודעתי" באשר לתכולת המזוודה שבהחזקתו. הוא לא היה מודע לתכולתה ולא חשד בה. תכולת המזוודה לא עניינה אותו. הוא גילה אדישות לעובדה שהמזוודה תכיל דברים תמימים כמו גם לעובדה שהיא תכיל סמים. אליבא דפלר, מדובר בטענה בדבר "טעות במצב דברים", שכן שמעון דימה כי תכולת המזוודה תמימה, אלא שבפועל היא הכילה סמים. קביעה זו נכונה באותם מקרים שבהם הנאשם אכן דימה מצב אחר, תמים. אלא שפתרון זה אינו מתאים למקרה שבו אדם פועל מתוך "חלל תודעתי" מבלי שהוא ידמה כל חלופה שהיא – בין שהיא תמימה ובין שאינה תמימה – תוך שהוא מפגין אדישות גמורה אליה. נניח שלאחר שהיינו תופסים את שמעון עם מזוודת הסמים, היינו שואלים אותו מה הוא היה עושה לו היה יודע שהמזוודה מכילה סמים, ושמעון היה משיב שהוא בכל זאת היה נושא אותה עמו. האם גם אז הוא זכאי ליהנות מסייג "הטעות במצב דברים", רק משום שהוא היה במצב של "חלל תודעתי" באשר לתכולת המזוודה? מסופקני. דוגמה זו ממחישה את הקושי שבקבלת גישתו של פלר באשר לקיומו של "חלל תודעתי", גם כשהנסיבות אינן בינאריות.

השאלה היא אם וכיצד השינוי שבמבנה היסוד הנפשי של העברה שהביא עמו תיקון 39 לחוק, השפיע על סיווגו של "החלל התודעתי" כלפי נסיבות העברה. לכך אקדיש את הדיון הבא.

2. סיווגו של "החלל התודעתי" בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין

תיקון 39 לחוק העונשין העלה על נס את עקרון האשמה כעקרון יסוד חשוב לשם נשיאה באחריות פלילית.⁴⁰ קרמניצר, ממנסחיו של תיקון זה, הבהיר כי על פי עיקרון זה, אין

40 דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 691.

להטיל אחריות פלילית על מי שאינו אשם גם כאשר יש בכך כדי לקדם מטרות של הרתעה ותועלת, ואין להטיל אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו של העושה לשם השגת הרתעה.⁴¹ הרציונל העומד מאחורי עיקרון זה נגזר מתפיסת האדם כישות בעלת כושר בחירה.

במסגרת תיקון 39 לחוק התקבלה גישתו החד-ממדית של פלר, אשר רואה במונח "פזיזות" כמתאר יחס חפצי אך ורק כשמדובר ברכיב תוצאתי עתידי.⁴² עם חקיקת תיקון 39 אין עוד מקום להבחנה בין מודעות לבין פזיזות באשר לנסיבות העברה, שכן פזיזות מוגדרת כמצב נפשי המתייחס לתוצאות העברה בלבד.⁴³ כאשר מדובר בנסיבות, המצב הנפשי היחיד האפשרי הוא מודעות או חוסר מודעות, ובכלל זה "עצימת עיניים" כתחליף למודעות העולה מהוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק.⁴⁴ בדברי ההסבר לתיקון 39 אף נאמר כי פזיזות באשר לנסיבות אינה בגדר הגיון הדברים.⁴⁵ הנימוק לכך, כעולה מדברי ההסבר, שהם חזרה על דבריו של פלר בכתביו משנות השמונים והתשעים, הוא שנסיבות הן עניין של מצב נתון בעת ההתנהגות (במובחן מתוצאות שהן עניין עתידי ולא ודאי), והוא עשוי להתבטא במישור ההכרתי בלבד, דהיינו במודעות או באי-מודעות בלבד.⁴⁶ לפיכך לאחר תיקון 39 אי אפשר לקבוע כי "חלל תודעתי" שקול לפזיזות. מכאן שנשללה האפשרות לאמץ את הגישה הראשונה שרווחה בפסיקת בית המשפט העליון שקדמה לתיקון 39.

הגישה השנייה, שלפיה "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות מקים חזקת "עצימת עיניים", יכולה לחול גם בדין הקיים. לפי גישה זו, ניתן לקבוע אף כיום, כי כאשר אדם מבצע עברה מבלי לתת את דעתו לקיומה של נסיבה בינארית המנויה בהגדרת העברה, קמה חזקה שלפיה הוא היה מודע לאפשרות קיומה והוא נמנע מלברר נתון זה. הימנעות מלברר חשד קיים היא "עצימת עיניים" לפי הוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק, והיא תחליף

-
- 41 מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 110 (תשנ"ו); דנציג-רוזנברג, לעיל, שם.
- 42 פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 24–25, 34.
- 43 ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק כללי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד 129, 205–206 (תשמ"ד).
- 44 סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין עיגן את דוקטרינת "עצימת העיניים", שהיא תחליף למודעות. "עצימת עיניים" פירושה חשד בדבר קיום מציאות פלונית והימנעות מדעת מנקיטת צעדים כדי לברר אם קיימת אותה מציאות ומה טיבה, תוך הליכה במודע לקראת הסיכון לעבור את העברה. ראו, הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 2098, 115, בעמ' 125.
- 45 שם, בעמ' 124.
- 46 שם. דברי הסבר אלו הם בגדר חזרה על דבריו של פלר שנכתבו בספרו יסודות דיני העונשין, פלר, לעיל הערה 3, בעמ' 493. כמו כן ראו דברים דומים במאמרו אשר פורסם בשנת 1995 פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 24–25.

למודעות. נדמה כי בעניין טייב,⁴⁷ אשר נפסק לאחר תיקון 39, תמך השופט אנגלרד בגישה זו. בעניין זה הביע השופט אנגלרד את דעתו, אם כי באמרת אגב, כי דוקטרינת "עצימת עיניים" מתפרסת גם על פני "חלל תודעתי".⁴⁸ "חלל תודעתי", מבאר אנגלרד, הוא אדישות לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, ללא הקדשת מחשבה בעניין זה ובהסתכנות במודע כי ההסכמה אינה נתונה.⁴⁹ כאסמכתה לקביעה זו מובאים דברי השופטים גולדברג ושמגר בעניין בארי וכן דברי ההסבר בהצעת חוק העונשין.⁵⁰ לכאורה, דבריו של השופט אנגלרד מעוררים קושי באשר הם אינם מתיישבים עם לשונו של חוק העונשין לאחר תיקון 39, אשר אינו מאפשר להכיר במצב של פזיזות (אדישות) באשר לנסיבות אלא רק באשר לתוצאה. לגישתי, אם קיים קושי, הרי מדובר בקושי מושגי-סמנטי בלבד. אנגלרד יוצר שקילות בין מצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבה בינארית ל"עצימת עיניים", וכך במקום שבו לא נתן הנאשם את דעתו לקיומה של נסיבה שכזו, חזקה שהוא חשד בדבר אפשרות קיומה והוא נמנע מלברר חשד זה. אדישותו של העושה לקיומה של הנסיבה, חרף קיומו של חשד, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין ייחוס ידיעת הנסיבות באמצעות דוקטרינת "עצימת העיניים". היא אמנם יכולה להצביע על מידת אשמה רבה יותר המגולמת במצב נפשי זה, אך אין בה כדי להצביע על סטייה מהמושגיות של חוק העונשין. אף שנדמה כי גישתו של אנגלרד אינה מתיישבת עם לשונו של חוק העונשין, לטעמי היא מתיישבת עמו ואינה סוטה ממנו. יש לציין כי פסיקתו של אנגלרד בעניין טייב לא זכתה לחיזוק או לתמיכה בפסיקה מאוחרת.

הגישה השלישית, שבה צידד השופט שמגר בעניין בארי, קראה להרחיב את דוקטרינת "עצימת העיניים" גם לחשד קונסטרוקטיבי, ובדרך זו יהיה ניתן לקבוע כי מי שלא נתן את דעתו לקיומה של נסיבה בינארית במקום שבו הוא היה צריך לחשוד בקיומה, הרי שהוא "עצם את עיניו". גישה זו אינה מתיישבת עם הוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק, אשר דורשת, כתנאי לתחולתה של דוקטרינת "עצימת העיניים", הוכחה בדבר קיומו של חשד סובייקטיבי אצל הנאשם לאפשרות קיום הנסיבה והימנעות מביירוורו של אותו חשד. מכאן שעל פי הדין הקיים אי אפשר לאמץ גישה זו.

קנאי, אשר כתבה את מאמרה עובר לכניסתו של תיקון 39 לחוק העונשין לתוקפו, סברה כי על פי החוק החדש, על מנת להטיל אחריות פלילית על מי שלא נתן את דעתו לשאלת ההסכמה מפני שהיה אדיש לכך, יש צורך בקביעת עברה של אינוס ברשלנות.⁵¹ קוגלר הביע במאמרו על דרישת המודעות כלפי הנסיבות את דעתו, שלפיה תיקון 39

47 ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000) (להלן: עניין טייב); תפ"ח (מחוזי י-ם) 218/99 מדינת ישראל נ' טייב (פורסם בנבו, 2000).

48 עניין טייב, שם, בעמ' 304-305.

49 שם, בעמ' 306.

50 עניין בארי, לעיל הערה 25, בעמ' 354, 359 ו-361.

51 קנאי, לעיל הערה 24, בעמ' 173.

שולל את האפשרות להכיר ב"חלל תודעתי" כיסוד נפשי, שכן גם ב"עברה שותקת" נדרשת מודעות לקיום הנסיבה או חשד באפשרות להתקיימותה והימנעות מברורו. לפיכך אם לא התקיימו אצל הנאשם עצמו מודעות או חשד שהנסיבה מתקיימת, אין להרשיעו. אין נפקא מינה אם היעדר המודעות או היעדר החשד נבעו מאמונה פוזיטיבית מוטעית (טעות) או מכך שהאפשרות שהנסיבה המתקיימת לא עלתה כלל על דעתו של הנאשם ("חלל תודעתי").⁵² אף לגישתה של שפירא-אטינגר, אין זה ברור אם סיווגם של השופטים שמגר וגולדברג⁵³ את "החלל התודעתי" בפסק הדין בארי עולה בקנה אחד עם לשונו של חוק העונשין שלאחר תיקון 39.⁵⁴ בגישה דומה מחזיקים רבין וואקי, הסבורים כי הכרה ב"חלל תודעתי" היא חריגה לא מוצדקת מהתפיסה הסובייקטיבית של המחשבה הפלילית, והרחבת האחריות הפלילית לעבר תחומים אלה מהווה פגיעה בעקרון החוקיות, באשר אין היא מבוססת על לשון החוק.⁵⁵

לסיכום, לשונו הדווקנית של חוק העונשין דהיום אינה מאפשרת להטיל אחריות פלילית בעברות של מחשבה פלילית על אדם אשר לא נתן את דעתו לקיומן של הנסיבות המפלילות, שכן מחשבה פלילית מצריכה מודעות, ואילו "חלל תודעתי" מעצם טיבו מנוגד לדרישה זו. במובן זה, "חלל תודעתי" ו"מחשבה פלילית" הם תרתי דסתרי. אימוצה של חזקת "עצימת העיניים" (הגישה השנייה) אשר נעשתה בדין שקדם לתיקון 39, אינו מקדם אותנו לעבר פתרון שלם וראוי לשאלת סיווגו של "החלל התודעתי" בדין הקיים. ראשית, גישה זו מצומצמת אך ורק למצבים של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות בינאריות. שנית, גישה זו יכולה להטיל אחריות פלילית בעברות של מחשבה פלילית גם על מי שביצע עברה במצב של "חלל תודעתי", מבלי שהוא יהיה מודע לקיום הנסיבות או לאפשרות קיומן, אם לא היה בידו לסתור את החזקה. שלישית, גישה זו מתעלמת מכך שמצבים מסוימים של "חלל תודעתי" מגלמים מידה רבה של אשם סובייקטיבי הגם שהנאשם פעל ללא מודעות. התזה המוצעת קוראת לנטוש תפיסה זו ולשנות את הדין הקיים בהתאם כדי שבמצבים מסוימים יהיה ניתן לראות במי שביצע עברה כשהוא במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבותיה בעל מחשבה פלילית. המיקוד על פי התזה המוצעת במצבים של "חלל תודעתי" אינו צריך להיות באלמנט היעדר המודעות לאפשרות שהנסיבה קיימת אלא בסיבה שגרמה לנאשם לעבור עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות. בפרק השלישי אדון בהרחבה בתזה המוצעת, ובפרק הבא אקדיש את הדיון להצדקות לתזה האמורה.

52 קוגלר, לעיל הערה 7, בעמ' 156.

53 עניין בארי, לעיל הערה 25, בעמ' 350–351, 359, 380, ר' 383.

54 קרן שפירא-אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי – האם יש משקל לדעת?" מחקרי משפט יד 179, 205 (תשנ"ו).

55 יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 401 (מהדורה שלישית, תשע"ד).

ב. ההצדקות הנורמטיביות להטלת אחריות פלילית על עושה המצוי ב"חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה

הואיל ועל פי סעיף 19 לחוק אדם עובר עברה אם עשאה במחשבה פלילית, הרי שמהדיון בפרק הראשון של החיבור עולה כי "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה אינו עומד בדרישת המחשבה הפלילית. לפיכך אי אפשר לייחס למי שפועל מתוך "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה אחריות פלילית בעברה הדורשת מחשבה פלילית. מצב זה, בהיותו דין מצוי, אינו הדין הרצוי. בדיון שלפנינו אדון בהצדקות הנורמטיביות להטלת אחריות פלילית על עושה המצוי ב"חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה. הצדקות אלו מקורן בעקרון האשמה, בהגנה על זכויות הקרבן ומעמדו וכן במטרות של דיני העונשין. התובנות והמסקנות מפרק זה מהוות בסיס לדיון בפרק השלישי, שבמסגרתו אדון בתזה המוצעת ובהצדקות לשלילת המצב המשפטי המצוי.

1. עקרון האשמה

האסכולה הקלאסית של המשפט הפלילי רואה באדם ישות רציונלית בעלת אוטונומיה מוסרית ויכולת בסיסית להבין את המציאות ולהבחין בין טוב לרע.⁵⁶ לאדם יש כושר להשתתף בעיצוב הנורמות החברתיות, כמו גם להבינן ולהפנימן. כמו כן הוא מסוגל להחליט כיצד לנהוג וכיצד לממש את החלטתו.⁵⁷ הדין העונשי מניח כהנחה אמפירית הפנמה של ערכי היסוד של השיטה ומחויבות בסיסית כלפיהם, היכולה להתקיים בכל אדם בעל כשרות פלילית.⁵⁸ תפיסה זו רואה בהתנהגות הפלילית כביטוי לבחירתו החופשית של העבריין בדרך התנהגות האסורה על פי החוק.⁵⁹ במובן זה, התנהגות פלילית מגלמת בחירה מודעת לפגוע בערכים המוגנים ובזכויות הקרבן, והדרישה למחשבה פלילית בהוראת סעיף 19 לחוק היא ביטוי לכך.⁶⁰

56 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 109.

57 שם, שם.

58 שם, שם.

59 ראו: גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ב 37–38 (תשס"ט). הצבת הבחירה החופשית כעקרון על של דיני העונשין מחייבת כי תהא לפרט האפשרות לבחור בין כיבוד ערכי החברה ובין אי-כיבודם בדרך של ביצוע עברה. להוצאת הבחירה החופשית אל הפועל יש היבטים חיצוניים המתייחסים להתנהגות, אך גם היבטים פנימיים, המתייחסים להלך נפשו של מבצע העברה ולתודעתו. ההיבטים החיצוניים הם עניין לעקרון ההתנהגות, ואילו ההיבטים הפנימיים הם עניין לעקרון האשם.

60 לפי הוראת סעיף 19 לחוק העונשין, לכלל האמור שני יוצאים מן הכלל: עברה פלילית מתוך יחס נפשי של רשלנות ועברות מסוג של אחריות קפידה. יוצא מכך, שפגמקום שבו העברה "שוחקת" (אינה דורשת יסוד נפשי מיוחד) נדרשת מחשבה פלילית.

אחת מתורות המוסר החשובות והמשפיעות היא תורת המוסר הדאונטולוגית מבית מדרשו של הפילוסוף עמנואל קאנט.⁶¹ גישתו של קאנט מדגישה את ערכו הפנימי של המעשה, במנותק משאלת תוצאתו.⁶² על פי תורה זו, אין אחריות בפלילים אלא אם כן דבק אשם בהתנהגותו של העושה.⁶³ כאשר אדם בוחל, מבחירה, במחויבותו לשמר את ערכי החברה, הוא ראוי למשוב שלילי מצדה בדמות גינוי, הרשעה וענישה, אשר ישיבו לו כגמולו ויחזירו את האיזון החברתי על כנו.⁶⁴ הדרישה לקיומו של אשם מאפיינת את כל שיטות המשפט הפלילי המודרניות ומשקפת כלל יסוד בדיני עונשין שלפיו האשמה הכרחית וחיונית להתהוות עברה פלילית.⁶⁵ מכאן מתבקשת מסקנה בסיסית שלפיה "אין להטיל אחריות פלילית על מי שאינו אשם, אף כאשר יש בכך כדי לקדם מטרות של הרתעה או תועלת; ואין להטיל אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו של העושה לשם השגת הרתעה".⁶⁶

בשיטת המשפט הפלילי המודרני הביטוי לקיומה של אשמה מגולם ביחסו הנפשי ההכרתי השלילי של הנאשם למעשיו.⁶⁷ המימרה הלטינית "אין עברה בלא אשמה" (*nullum crimen sine culpa*) מצאה ביטוי אף בתיקון 39 לחוק העונשין, אשר קובע בהוראת סעיף 19 בו כי אדם מבצע עברה רק אם עשאה במחשבה פלילית. קרמניצר עומד על תוכנו של עקרון האשמה, אשר טומן בחובו את הציפייה שאין להטיל על אדם אחריות פלילית למעשהו כאשר בנסיבות העניין אי אפשר לצפות ממנו בסבירות לנהוג אחרת.⁶⁸ אף לפי תיקון 113 לחוק העונשין,⁶⁹ אשר הסדיר את הבניית שיקול הדעת של השופטים בענישה, ניתן מקום חשוב ומרכזי לעקרון האשמה. הוראת סעיף 43 לחוק קובעת את העיקרון המנחה בענישה והוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העברה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג העונש המוטל עליו ומידתו. הדין דורש מחבריו לקבל ולהפנים את ערכי החברה. כאשר אדם מתעלם במודע מהדרישה זו, הרי הוא מבטא בכך גישה אנטי-חברתית בסיסית של התנכרות לזכויותיהם של אחרים

- 61 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 18–45 (מהדורה שנייה, תרגם מ' שפי, 1950, 1998); אלעזר וינריב בעיות בפילוסופיה של המוסר יחידה 2, 5 (1980); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג 1429 (מהדורה שלישית, תשע"ה).
- 62 רבין וואקי, שם, בעמ' 1430; גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך א 155 (תשס"ט).
- 63 רבין וואקי, לעיל הערה 61, בעמ' 1432.
- 64 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 109; כמצוטט אצל דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 691; כמו כן ראו: הלוי, לעיל הערה 59, עמ' 37–38.
- 65 רבין וואקי, לעיל הערה 55, בעמ' 384; על התפתחות עקרון האשם במתכונתו הקיימת בדיני העונשין המודרניים, ראו: הלוי, לעיל הערה 59, בעמ' 37–45.
- 66 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 110.
- 67 דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 691; פלר, לעיל הערה 3, בעמ' 43.
- 68 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 110.
- 69 חוק העונשין (תיקון 113), התשע"ב–2012, ס"ח 2330 (תיקון לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226).

ולאינטרסים החברתיים.⁷⁰ אדם שכזה הוא בראשונה, ואשמתו מצדיקה הטלת אחריות פלילית אשר תהלום את מידת האשמה הרבה שהוא נושא. במקרים שבהם אדם פועל מתוך "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה, כשמצב זה הוא תולדה של בחירה, הלך נפש, גישה, יחס או סיבה המגלמים אשמה, הרי שלפי עקרון האשמה יש להטיל עליו אחריות פלילית. עוד עולה מעקרון האשמה, כי יש להתאים את מידת האחריות הפלילית למידת האשם הגלומה ב"חלל התודעתי" במקרה המסוים. יוצא מכך שכאשר אנו יוצאים מנקודת הנחה כי מצב של "חלל תודעתי" מגלם בעקיבות מצב של היעדר אשמה, הרי שאנו סוטים, ללא סיבה מוצדקת, מעקרון האשמה. כך לדוגמה, כאשר אדם אינו נותן את דעתו לקיום הנסיבה מפני שהוא מגלה אדישות ואי-אכפתיות כלפיה, כלפי הערכים המוגנים בחוק וכלפי קרבן העברה, הרי שאי-הטלת אחריות פלילית, או לחלופין הטלת אחריות פלילית מוגבלת/מופחתת בעברת רשלנות, אינה מתיישבת עם עקרון האשמה. קל וחומר כאשר אדם נכנס ביודעין ובמתכוון למצב של "חלל תודעתי" כדי להתחמק מנשיאה באחריות פלילית. קרמניצר מבהיר כי כאשר מוטלת אחריות פלילית שלא על יסוד אשמה, הצדק נפגע.⁷¹ אלא שהצדק נפגע באותה מידה כאשר יש אשמה, אולם אין מוטלת אחריות פלילית. מכאן שהתזה המוצעת, שלפיה יש להטיל אחריות פלילית על מצבים מסוימים של "חלל תודעתי" לפי מידת האשמה המגולמת בהם, עולה בקנה אחד עם עקרון האשמה, מתיישבת עם התורה הקאנטיאנית ועם אותן דעות מלומדים המצדיקות הטלת אחריות פלילית במקום שבו יש אשמה.

המושגים הרגילים של היסוד הנפשי המצויים בחוק העונשין אינם מספיקים למצב של "חלל תודעתי" המגלם אשם. נקודת המבט של חוק העונשין היא צרה ובכך הוא חוטא לתכליתו. המיקוד של חוק העונשין הוא באי-המודעות של העושה לקיומן של הנסיבות המפלילות, בשעת ביצוע העברה. אם במהלך ביצוע העברה לא נתן העושה את דעתו לקיומן של נסיבות מפלילות, לפנינו היעדר מחשבה פלילית. הדוגמטיקה המושגית של דיני העונשין אינה משקפת את המציאות ואת יחסו הנפשי האמתי הפסול של העושה לערכים המוגנים. לפנינו מצב המצוי מחוץ לתחומה של המושגיות הרגילה של היסוד הנפשי. אם הדוגמטיקה המושגית היא כלי, אמצעי לניתוח, הרי שאל לנו להפוך עבדים למושגים שנועדו לשרת אותנו.⁷² לפיכך במקרה שבו אדם בוחר שלא לתת את דעתו לקיום הנסיבה מתוך סיבה, יחס או גישה המגלמים אשם, יש להטיל עליו אחריות פלילית הגם שבמהלך ביצוע העברה הוא היה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה. הנחת המוצא היא שלעושה הייתה בחירה. במקום שבו יש בחירה – קיימת אשמה. במקום שבו העושה היה יכול להיות מודע לקיום הנסיבה לו היה ממקד את תשומת לבו, והוא בחר

70 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 118.

71 שם, בעמ' 110.

72 שם, בעמ' 118.

שלא לעשות כן, הרי שבחירתו זו היא בת-אשמה. כך לדוגמה, כאשר אינני נותן את דעתי לקיום הנסיבה ואני מגלה אדישות ואי-אכפתיות לנתון זה, הרי שהאשמה שלי באה לביטוי ביחס האדיש שאותו אני מפגין כלפיה, כלפי הערך המוגן וכלפי קרבן העברה. אם נתבונן על מצבי "חלל תודעתי" שמקורם באדישות העושה כעניין של בחירה, נגלה שעל פי תורת המוסר הדאונטולוגית ועל פי עקרון האשמה, יש הצדקה לראות בהם מושאים לאחריות פלילית.⁷³

עולה מכאן שעקרון האשמה הוא הצדקה להטלת אחריות פלילית על מצבים מסוימים של "חלל תודעתי" המגלמים אשם. כאשר אדם מצוי במצב של "חלל תודעתי" בשל סיבה שאינה מגלמת אשם, הרי שאין הצדקה להטיל עליו אחריות פלילית. כך לדוגמה, לפי עקרון האשם, כאשר אדם שמפאת גילו, מצבו הנפשי, כשריו או יכולותיו הקוגניטיביות המוגבלות מצוי במצב של "חלל תודעתי", אין להטיל עליו אחריות פלילית. במצב זה "חלל תודעתי" יסווג כהיעדר יסוד נפשי.

2. ההגנה על זכויות הקרבן ועל מעמדו

צידוק נוסף להטלת אחריות פלילית על אדם אשר פועל מתוך "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות, בשל סיבות המגלות את אשמת העושה, נעוץ בהגנה על זכויות הקרבן והאינטרסים שלו.

בעשור האחרון אנו עדים לשינוי באקלים הציבורי בנוגע למיקומו של קרבן העברה בהליך הפלילי.⁷⁴ ביטוי לשינוי זה ניתן לראות ברב-שיח החברתי אשר שם את הקרבן במרכז ההליך המשפטי ומשלב בצמתים ובשלבים שונים של ההליך המשפטי.⁷⁵ דוגמה לכך היא חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001,⁷⁶ אשר שם לו למטרה לקבוע את זכויותיו של נפגע עברה ולהגן על כבודו כאדם.⁷⁷ אף תכניה של המהפכה החוקתית המעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הביאו בשורה לכל פרט בחברה, כולל קרבנות העברה.⁷⁸ קרבן העברה זכאי להגנה על כבודו ועל חירותו מפני פחד, אימה

⁷³ בפרק הרביעי של המאמר מוצגות גישות נורמטיביות שעל פיהן ניתן לראות במי שפועל מתוך "חלל תודעתי" בראיית פלילית (בר-אשמה) גם כאשר האשמה אינה מיוחסת לבחירה המוקדמת בהתנהגות הפלילית, במובנה הצר של המילה. על פי חלק מגישות אלו, הטלת האחריות הפלילית אינה נסמכת רק על הבחירה בהתנהגות הפלילית, אלא היא יכולה להיות מושתתת על יסודות רחבים יותר כגון "תפיסת" הנסיבות, "קבלתן" או הסתכנות מודעת שמא הן מתקיימות.

⁷⁴ עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקורבן – מחקר השוואתי" מחקרי משפט יז 419, 420 (תשס"ב); וכן ראו שם, ה"ש 8–9; דנה פוג' "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים?" קריית המשפט ד 229 (תשס"ד).

⁷⁵ גרוס, לעיל, שם.

⁷⁶ חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001, ס"ח 1782.

⁷⁷ שם, סעיף 1 לחוק.

⁷⁸ גרוס, לעיל הערה 74, בעמ' 420.

ופגיעה, לא פחות מן הנאשם.⁷⁹ התפיסה היא כי זכותם של אנשים שלא להיות קרבנות אינה פחותה מזכותו של הנאשם לחירות.

אך אף שמעמדו של הקרבן בהליך הפלילי מתחזק, המשפט הפלילי אינו נותן מענה במקרים שבהם הפגיעה בקרבן הייתה בידי מי שפעל מתוך "חלל תודעתי" ואשר התנכר לזכויותיו של הקרבן, היה אדיש לגורלו ולערכים המוגנים בעברה שאותה הוא עבר. טול לדוגמה מקרה שבו גבר בועל אישה מבלי שייתן את דעתו לשאלת הסכמתה החופשית, לפי הוראת סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין. האם יעלה על הדעת שדיני העונשין לא יגנו על כבודו, חירותו וגופו של נשים מפני גברים האדישים לגורלן ולזכויותיהן וזאת בשל גישתם הפסולה והמתנכרת אשר הביאה אותם לא לתת את הדעת לשאלת ההסכמה בעת מעשה הבעילה? התוצאה היא כאמור קשה מבחינת ההגנה על קרבנות עברה אפשריים. הרי מי שיוזכה בנסיבות כמוודגם לעיל, הוא סכנה מהלכת לנשים.⁸⁰

נובע מכך שדיני העונשין במתכונתם הנוכחית אינם מספקים כדבעי את צורכי הגנת הקרבן. בעניין בארי תהה השופט שמגר וציין כי מקובל שאין דנים אדם לכף חובה אם מעשיו אינם תולדה של בחירה חופשית.⁸¹ עם זאת עולה בהקשר זה השאלה מהו ההיבט המוסרי מנקודת ההתייחסות לקרבן העברה; האם ההערכה הסובייקטיבית קובעת את הנורמה המוסרית? האם המשפט – ככלי להגנת האדם – כאמצעי לשמירת כבוד האדם וחירותו חייב להגן לא רק על הנאשם אלא במידה לא פחותה גם על קרבנות אונס בהווה ובעתיד? "בכל מקרה, אם החקיקה הקיימת בסוגיה זו חסרה הוראות ברורות ההופכות לעבירה גם את קיום המגע המיני תוך אי-אכפתיות והתעלמות בלתי סבירה מרצון האישה, הרי יכולה מלאכת החקיקה להשלים את החסר".⁸²

ודוק, במקרים שבהם עבר אדם עברה במצב של "חלל תודעתי" אשר גרמה לפגיעה בקרבן, הרי שהפגיעה כשלעצמה בקרבן אינה מצדיקה הטלת אחריות פלילית כל עוד "החלל התודעתי" באותו מקרה אינו מגלם את אשמת העושה. ההגנה על זכויותיהם ומעמדם של קרבנות פוטנציאליים מפני עושים העוברים עברות במצב של "חלל תודעתי", ככל שהיא חשובה, אין בה כשלעצמה כדי להצדיק הטלת אחריות פלילית על עושים הפועלים במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה, כאשר מצב זה אינו מגלם מידה כלשהי של אשמה. לפיכך הצידוק לתזה המוצעת בדבר ההגנה על קרבנות

79 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, בעמ' 621 (1995).
80 עניין בארי, לעיל הערה 25, בעמ' 347. דברים אלו אמר השופט שמגר בהתייחסו למצב המשפטי שלפיו במקרים שבהם גברתן מאצ'ו או פרימיטיבי בועל אישה בסברו כי האישה מסכימה שיבעל אותה, הרי שהוא יזוכה מעברת אינוס בשל טעותו הכנה במצב הדברים (כשטעותו מתייחסת לנסיבת הסכמת האישה למעשה הבעילה). דברים אלו נכונים ויפים לגישתי גם במקרים שבהם גבר בועל אישה מבלי לתת כלל את דעתו לשאלת הסכמתה בשל אדישותו לגורלה, לאוטונומיה שלה, לזכויותיה ולאיינטרסים שלה.
81 שם, בעמ' 357, פסקה 100 לפסק דינו של השופט שמגר.
82 שם, שם.

עברה הוא משני ביחס לשני הצידוקים העיקריים האחרים, והם עקרון האשמה ומטרות דיני העונשין, שעליהם ארחיב בדיון הבא.

3. מטרות דיני העונשין

ניתן להצדיק הטלת אחריות פלילית במקרים שבהם העושה פועל מתוך "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה שמקורה בסיבה, ביחס ובגישה המגלמים אשם, גם לפי מטרות דיני העונשין. על פי תורת המוסר התועלתנית, אשר פותחה במאה התשע-עשרה בידי ג'רמי בנת'האם ובידי ממשיך דרכו ג'ון סטיוארט מיל, מעשים נבחנים לפי מידת השאת האושר המצרפי.⁸³ תפיסה זו מקורה בתורת המוסר הטלאולוגית, שמקורה במשנתו של אריסטו והנשענת על התובנה כי למעשה כשלעצמו אין ערך מוסרי, וניתן להעריכו לפי תוצאותיו.⁸⁴ הואיל ובנת'האם ראה בחתירה אל האושר המרבי מטרה מוסרית עליונה, הרי גם הענישה צריכה להיות מונעת מאותו רציונל צופה פני עתיד.⁸⁵ לפיכך ניתן להצדיק את הענישה רק כאשר היא מוטלת לשם השגת מטרות המקדמות תועלת לחברה כגון הרתעת העברייני מביצוע עברות נוספות, חינוכו של העברייני או שיקומו.⁸⁶ המטרה התועלתנית העיקרית של הענישה היא הרתעה. ההנחה היא שהאדם הרציונלי, הצופה פני עתיד, יבחן את האושר הצפוי לו מביצועה של העברה לעומת האושר שצפוי לו מאי-ביצועה. תפקידה של הענישה כמובן זה הוא להקטין במידה ניכרת את האושר הצפוי לעברייני מביצועה של העברה על מנת שהוא יסיק את המסקנה הרציונלית שלפיה האושר הרב ביותר צפוי לו בעקבות הבחירה שלא לבצע את העברה.⁸⁷

אם יוצאים מנקודת הנחה שלפיה מטרתם העיקרית של דיני העונשין היא הרתעה,⁸⁸ ניתן לטעון כי לענישתם של עושים הפועלים מתוך "חלל תודעתי" שמקורו בסיבה או בגישה המגלמת אשם (כגון אדישות לפגיעה בערכים המוגנים) תהא השפעה כפולה: האחת, אותם עושים יסיקו את המסקנה הרציונלית שביצוע מעשה במצב זה יביא

83 ג'ון סטיוארט מיל התועלתיות 19 (יוסף אור מתרגם, 1972, 1999); גבריאל הלוי, לעיל הערה 62, בעמ' 172; JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORAL AND LEGISLATION ch. 13 (1789, 1996).

84 הלוי, לעיל הערה 62, בעמ' 171.

85 Bentham, לעיל הערה 83; גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ג 656 (תש"ע).

86 רבין וואקי, לעיל הערה 61, בעמ' 1424.

87 הלוי, לעיל הערה 85, בעמ' 656.

88 המטרה ההרתעתית של הענישה מצויה בפילוסופיה התועלתנית ובמיוחד בכתביו של Bentham, אשר ראה בהרתעה את המטרה היחידה לענישה שיש לה צידוק מוסרי. ראו: JEREMY BENTHAM, ETIENNE DUOMONT & RICHARD HILDRETH, THE THEORY OF LEGISLATION 325 (1894); JOHANNES ANDENAE, PUNISHMENT AND DETERRENCE (1974); J.J.C Smart, *Utilitarianism and Punishment*, 25 ISRAEL L. REV. 361 (1991); רבין וואקי, לעיל הערה 61, בעמ' 1423.

לעניינתם, ועל כן הם יבחרו בדרך פעולה שתבטיח להם את מרב האושר והיא אי-ביצוע המעשה; שנית, הפללת התנהגות המלווה ב"חלל תודעתי" כלפי הנסיבות, שמקורה בגישה אנטי-חברתית המתנכרת לערכים החברתיים ולגורלם של קרבנות פוטנציאליים, יכולה בטווח הארוך לגרום לאלו הפועלים במצב זה לנטוש גישה זו ולהחליפה בגישה אחרת, ערכית במהותה, המכבדת את הערכים המוגנים באמצעות המשפט הפלילי. ככל שמספרם של אלו הפועלים מתוך "חלל תודעתי" המגלה אדישות ואי-אכפתיות לגורל הקרבן ולערכים המוגנים יפחת, כך יגדל האושר המצרפי בחברה. לעומת זאת אי-עניינתם של עושים אלו עלולה דווקא לתמרצם להמשיך ולאחוז בגישה פסולה ומסוכנת זו. יתר על כן, היא עלולה לתמרץ אנשים לבצע עברות מבלי שהם ייתנו את דעתם לקיום הנסיבה, שכן כך הם יוכלו לטעון לקיומו של "חלל תודעתי" ולחמוק מנשיאה באחריות פלילית.

דיני העונשין אף שואפים לגרום לפרט להפנים את הנורמות הרצויות ולנהוג על פיהן.⁸⁹ מן ההיבט החינוכי והשיקומי של דיני העונשין, לעניינתם של הפועלים מתוך "חלל תודעתי" שמקורו בסיבה המגלמת אשם יש השפעה מחנכת ומדריכה אשר עשויה לשנות את תפיסת עולמם וגישתם כלפי החברה ולהחליפן בגישה המכבדת את ערכי הזולת, את זכויותיו ואת האינטרסים שלו. יתר על כן, גם בהיבט המניעתי של דיני העונשין, אדם הפועל מתוך "חלל תודעתי" הוא בעל פוטנציאל המסכן את החברה, וככזה יש להגן על שלום הציבור מפניו.⁹⁰ אם המניעה, כמטרת ענישה, שואפת להפסיק את התנהגותו הלא חוקית או הסוטה של העבריין באמצעות הרחקתו מהחברה והגבלת יכולתו הפיזית לבצע עברות, הרי שאף לפי מטרה זו, יש הצדקה לענישתו של הפועל מתוך "חלל תודעתי".

ניתן להצדיק הטלת אחריות פלילית על מי שמצוי ב"חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות, כאשר מצב זה הוא תולדה של סיבה המגלמת אשם, גם לפי המטרה הגמולית של הענישה, שמקורה בתורת המוסר הדאונטולוגית. שלא כגישה התועלתנית, המעריכה את המעשה על פי תוצאותיו, הרי שקאנט ייחס חשיבות לרצון עצמו, המכוון את המעשה.⁹¹ הואיל ועל פי התאוריה הגמולית אין אחריות בפלילים אלא אם כן דבק אשם בהתנהגותו של העושה, הרי שככל שהימצאותו של העושה במצב של "חלל תודעתי"

89 רבין וואקי, שם, בעמ' 1425; שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עבירות ועונשין: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת החוק 125–126 (מהדורה שלישית, מורחבת ומעודכנת, תשס"ט). ש"ז פלר "הרהביליטציה – מוסד משפטי מיוחד מחויב המציאות" משפטים א 497 (תשכ"ט).

90 על המטרה המניעתית של הענישה ראו: Andrew von Hirsch, *Prediction of Criminal Conduct and Preventive Confinement of Convicted Persons*, CRIME AND PUNISHMENT: PHILOSOPHIC EXPLORATION 418 (Michael J. Gorr & Sterling Harwood eds., 1995).

91 הלוי, לעיל הערה 62, בעמ' 156.

הולדתה בסיבה המגלמת אשם, הרי שיש הצדקה מוסרית לגנות את מעשיו ולהענישו בשל כך.

ג. התזה המוצעת וההצדקות לשלילת המצב המשפטי המצוי

בחלקו הראשון של פרק זה אערוך הבחנה בין מצבים שונים המגלמים "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות, כעולה מהדין המצוי. על פי ההבחנה האמורה, מצב של "חלל תודעתי" יכול להיכנס לאחת משתי הקטגוריות האלה: היעדר יסוד נפשי מכל סוג שהוא (היעדר אחריות פלילית) או יסוד נפשי מסוג רשלנות (אחריות פלילית בעברות רשלנות). במסגרת התזה המוצעת אטען כי יש מקום להוסיף קטגוריה שלישית שלפיה במקרים מסוימים שבהם פעל העושה מתוך "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות, יש לראות בו מי שפעל במחשבה פלילית.

1. "חלל תודעתי" כהיעדר יסוד נפשי

ההשקפה המקובלת שלפיה "חלל תודעתי" שקול להיעדר יסוד נפשי נכונה במקרים מסוימים בלבד. היא נכונה באותם מקרים שבהם העושה עבר עברה כשהוא במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה, והלך נפש זה אינו מגלם אשם. כך לדוגמה כאשר עושה קטיין (שהוא בר־אחריות פלילית) נמצא במצב של "חלל תודעתי" מפאת גילו. חרף העובדה שקטיין בן 12 ומעלה הוא בר־אחריות פלילית, ייתכן מאוד כי בנסיבות העניין יתרום גילו הצעיר של העושה להימצאותו במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות. ההנחה היא כי יכולותיו וכשריו הקוגניטיביים המוגבלים של קטיין בן 12 עשויים להביאו למצב שבו הוא לא ייתן את דעתו לנסיבות המפלילות האופפות את התנהגותו. דוגמה אחרת למצב של "חלל תודעתי" שאינו מגלם אשם היא "חלל תודעתי" שמקורו בפגם פיזי או נפשי אצל העושה. מחלות נפש, הפרעות נפשיות או מחלות אורגניות שונות עלולות לפגוע בכישוריו הקוגניטיביים של העושה ולהשפיע אפוא על המודעות שלו למציאות הסובבת אותו.⁹² כאשר אדם עובר עברה כשהוא מצוי ב"חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות, ומצב זה הוא תולדה של מחלה או הפרעה נפשית או אורגנית (שאינה מגיעה לכדי "מחלת נפש" הפוטרת מאחריות פלילית לפי סייג אי־השפיות הקבוע בסעיף 34 לחוק), הרי שאין לראות במי שעבר עברה במצב זה בעל יסוד נפשי. ייתכנו מקרים נוספים של "חלל תודעתי" אשר יביאו אותנו למסקנה שהנאשם אשר ביצע עברה במצב זה אינו בעל אשם כלשהו.

92 ההנחה היא שמחלת הנפש אינה פוטרת את העושה מלעמוד לדין לפי סייג "אי־השפיות" הקבוע בהוראת סעיף 34 לחוק העונשין.

2. "חלל תודעתי" כיסוד נפשי מסוג רשלנות

על פי הדין הקיים, יש אפשרות להכיר במצבים מסוימים של "חלל תודעתי" כעומדים בדרישת היסוד הנפשי מסוג רשלנות הקבוע בסעיף 21 לחוק העונשין. דרישת הרשלנות הקבועה בסעיף "הרשלנות" היא דרגה של יסוד נפשי הנמוכה מהדרגה של "מחשבה פלילית"⁹³: המחשבה הפלילית נתפסת כ"כלל", ואילו הרשלנות נתפסת כ"חריג"; יסודה של המחשבה הפלילית הוא במודעות לרכיביה העובדתיים של העברה, ורשלנות מבטאת חוסר זהירות בשמירה על הערך החברתי המוגן.⁹⁴ סעיף 19 לחוק העונשין קובע כי אדם מבצע עברה רק אם עשאה במחשבה פלילית. על מנת שיהיה די ביסוד נפשי של רשלנות, יש צורך בקביעה כזו בהגדרת העברה.⁹⁵ סעיף 21 לחוק העונשין קובע כי רשלנות היא אי-מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב היה יכול, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט. רשלנות כלפי נסיבה הנמנית עם פרטי העברה משמעה אי-מודעות לקיומה מקום שבו אדם מן היישוב היה יכול בנסיבות העניין להיות מודע לה.⁹⁶ אופייה הפסול מוקנה לה בכך שאדם מן היישוב, לו היה בנעלי העושה, היה יכול להיות מודע לקיומה,

93 רבין וואקי, לעיל הערה 55, בעמ' 483; לגישתו של גבריאלי הלוי, הצדקת הרשלנות במסגרת עקרון האשם נעוצה בעיקרה בהבנתה של הרשלנות כ"מחדל הכרתי"; כאשר הפרט נדרש להיות נתון במצב של הכרה בפועל, מדובר בדרישת יסוד נפשי מסוג מחשבה פלילית. לעומת זאת כאשר מדובר במחדל הכרתי, מדובר בדרישת יסוד נפשי מסוג רשלנות. הלוי, לעיל הערה 59, בעמ' 294.

94 עובר לתיקון 39 לחוק העונשין לא הוגדרה הרשלנות בחוק העונשין, אולם סעיף 15(א) לחוק העונשין (הנוסח הישן) הזכירו בכך שקבע כי "אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל שאירעו שלא מרצונו או למאורע שאירע במקרה, והוא כשאינן בהם משום עבירות רשלנות". פלר ראה בסעיף זה בסיס נורמטיבי לדרישת המחשבה הפלילית ולכך שרשלנות היא חריג. ראו ש"ז פלר "היסוד הנפשי שבעבירה ודרישת הרצייה לפי משפט הארץ" הפרקליט כג 308 (תשכ"ז) 308; רות קנאי "רשלנות כבסיס לאחריות פלילית: האם חל שינוי בעקבות תיקון 39?" מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 245, 246 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר, שי לביא עורכים, תש"ע).

95 סעיף 19 נחקק במסגרת תיקון 39 והוא בבחינת חידוש, שכן לאחר התיקון בית המשפט אינו רשאי לקבוע שעברה חדשה שותקת אשר נחקקה לאחר תיקון 39, היא עברת רשלנות.

96 סעיף 21 לחוק העונשין; בפסק הדין יעקובוביץ, אשר ניתן עובר לתיקון 39, התייחס השופט אגרנט להגדרת הרשלנות כ"העדר ראיית הנולד במסיבות שבהן היה אדם בר דעת רואה זאת ואף נוקט, לפני המעשה, אמצעי זהירות הגיוניים כדי שלא יקרה מה שקרה". ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו(1) 514, 545 (1952); רות קנאי מציינת במאמרה כי בהגדרה זו התייחס אגרנט גם ליסוד הנפשי של היעדר ראיית הנולד וגם ליסוד העובדתי של אי-נקיטת אמצעי זהירות, וכי בהמשך (ראו: ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 456, 462-463 (1954)) פיתח השופט אגרנט את מושג הרשלנות והבחין בין שלוש משמעויותיה: רשלנות כמצב נפשי של אי-ראיית הנולד; רשלנות כאי-שמירה על רמה אובייקטיבית של זהירות; רשלנות כמשמעה בעוולת הנזיקין. קנאי, לעיל הערה 94, בעמ' 246-247.

ולכן היה פועל אחרת.⁹⁷ במצבים של "חלל תודעתי" העושה אינו נותן את דעתו לקיומה של נסיבה מפלילה. על מנת שיהיה ניתן לראות במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה יסוד נפשי מסוג רשלנות, יש להמשיך ולקבוע כי אדם מן היישוב היה יכול בנסיבות העניין להיות מודע לקיומה. היה וייקבע כי אף אדם מן היישוב לא היה יכול להיות מודע לקיומה של הנסיבה, הרי אי אפשר לקבוע כי הנאשם התרשל באשר לקיום הנסיבה. הקושי הטמון בדרך זו נעוץ בעובדה שמרבית העברות דורשות מחשבה פלילית, אך במספר קטן של עברות מסתפק המחוקק ביסוד נפשי של רשלנות. מכאן שאם ייקבע כי הנאשם התרשל, הרי שיהיה ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בעברת רשלנות בתנאי שנקבע בהגדרת העברה כי רשלנות היא היסוד הנדרש להתהוותה. קביעה זו מצמצמת את תחולתו של "החלל התודעתי" כיסוד נפשי מסוג רשלנות למספר קטן של עברות. קושי שני נעוץ בתפיסה שלפיה מידת האשמה של הרשלן היא מעטה. אדם רשלן פועל מתוך היסח דעת, והוא אינו מבכר את האינטרסים האישיים שלו על פני האינטרס הציבורי המוגן באותה עברה. ההנחה היא כי רשלנות מבטאת חוסר זהירות. לפיכך כאשר היה העושה במצב של "חלל תודעתי" מתוך היסח דעת רגעי או חוסר זהירות במקום שבו אדם מן היישוב היה נותן את דעתו לקיום הנסיבה המפלילה, הרי שראוי לראות בו רשלן (בהנחה שבאותה עברה ניתן להסתפק ביסוד נפשי מסוג רשלנות). אלא שלעיתים "חלל תודעתי" נובע מהלך נפש, גישה או יחס המגלמים מידה רבה של אשם. דוגמה אחת לכך היא מקרה שבו אדם נכנס במתכוון למצב של "חלל תודעתי" כדי להתחמק מאחריות פלילית. מידת האשמה של אדם המכניס את עצמו מראש למצב של "חלל תודעתי" כדי להתחמק מאחריות פלילית שקולה למידת האשמה של אדם הפועל חרף מודעותו לקיום הנסיבה.

כך לדוגמה נניח כי פלוני נוהג לשדל קטינים מתחת לגיל 16 לפשוט יד במקום ציבורי, בניגוד להוראת סעיף 216(א)(2) לחוק, האוסרת על אדם לגרום לקטין שלא מלאו לו 16 שנים לפשוט יד או לקבץ נדבות במקום ציבורי. פלוני, אשר מודע לטיב האיסור, נוהג לשדל קטינים באמצעות הטלפון או האינטרנט, על מנת שלא יתאפשר לו להיות מודע לגילו של הקטין ואף שגיל הקטין לא יעורר את חשדו. היה ופלוני יועמד לדין, הרי שהוא יטען להגנתו כי דרישת המחשבה הפלילית לא התקיימה. אלא שפלוני הכניס את עצמו במתכוון למצב של "חלל תודעתי" כדי להתחמק מנשיאה באחריות פלילית. לגישתי, מידת אשמו של פלוני זהה למידת אשמו של מי שהיה מודע לגיל הקטין או לזה ש"עצם את עיניו" לנוכח אפשרות קיום הנסיבה. העובדה כי אין בחוק עברה בעלת יסוד עובדתי זהה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות, תביא לידי כך שפלוני לא יועמד לדין לא בעברה של מחשבה פלילית (משום שדרישת המחשבה הפלילית לא באה על סיפוקה) ולא בעברת רשלנות, הואיל ואי אפשר להסתפק בהוכחה של רשלנות

97 לוי ולדרמן, לעיל הערה 3, בעמ' 504.

כלפי קיום הנסיבה, אף שמידת אשמתו הרבה מצדיקה לראות בו מי שפעל במחשבה פלילית.

מקרה אחר שבו הימצאותו של הנאשם במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה מגלמת מידה רבה של אשמה (אשר עולה על מידת אשמו של הרשלן) הוא כאשר הסיבה להיות העושה במצב של "חלל תודעתי" מקורה בחוסר עניין, אדישות ואי-אכפתיות של העושה כלפי הערכים המוגנים בעברה ובמיוחד כלפי גורלם של קרבנות בפועל או קרבנות פוטנציאליים.⁹⁸ בהיבט של עקרון האשמה, מידת האשם של מי שפעל מתוך גישה לא אכפתית ואדישה לערכים המוגנים בחוק או לגורל הקרבן עולה על מידת אשמו של מי שפעל מתוך היסח הדעת ובחוסר זהירות. לפיכך המענה המוגבל הקיים בחוק העונשין, שלפיו ניתן לסווג את מי שפעל מתוך "חלל תודעתי" (הגם שנלווה אליו יחס המגלם אשם) כרשלן אינו מספק ואינו צודק.⁹⁹ אדגים את הקושי האמור באמצעות המקרה הזה:

נניח כי בחוק העונשין קיימת עברה האוסרת על מכירת משקה משכר לקטין, וכי עברה זו מסתפקת בהוכחת יסוד נפשי מסוג רשלנות כלפי רכיביה העובדתיים של העברה. נניח כי לחנות האלכוהול שבבעלותו של ראובן נכנס קטין וביקש לקנות מראובן ארגז של בקבוקי ויסקי יקרים. על פי התרחיש הראשון פרצה בחנות קטטה שהסיחה את דעתו של ראובן. כשדעתו נתונה לקטטה שפרצה בחנות ותוך כדי שהוא משוחח בטלפון עם המשטרה, מכר ראובן לקטין את בקבוקי הוויסקי מבלי לבדוק את זהותו. אילו לא הוסחה דעתו של ראובן, הוא היה בודק את גילו של הקונה, ואם היה מתברר שהוא קטין, לא היה ראובן מוכר לו אלכוהול. נניח שייקבע כי מוכר סביר, בנעליו של ראובן, היה צריך לתת את דעתו לגילו של הלקוח. ראובן, אשר היה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה, יישא באחריות פלילית לעברה זו, המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות.

על פי התרחיש השני, כאשר נכנס הקטין לחנותו של ראובן וביקש לרכוש בקבוקי ויסקי יקרים, לא בדק ראובן את זהותו מפני ששאלת גילו של הקטין לא עניינה אותו כלל

98 יש לציין כי מובנו של המונח "אדישות" בהקשר זה של הדיון שונה ממובנו לפי סעיף 20(א)(2)(א) לחוק. המונח "אדישות" הקבוע בחוק מתייחס לרכיב התוצאתי של העברה, והוא מניח כי העושה היה מודע לאפשרות קיום התוצאה, אלא שהוא מגלה שוויון נפש כלפי אפשרות התרחשותה. קוגלר כינה סוג זה של אדישות "אדישות במובן הצר". לעומת זאת האדישות הנלווית למצבים של "חלל תודעתי" נעדרת מודעות. מדובר באדישות כללית שיכולה לנבוע מתכונת אופי, מנטייה או מיחס פסול לערכים המוגנים. אדישות זו מתפקדת כאינדיקטור למידת האשמה הגבוהה של הנאשם הפועל במצבים מסוימים של "חלל תודעתי". על מנת למנוע בלבול, אנקוט את המונח "אדישות במונח הרחב", שאותו הגה קוגלר, כדי לתאר באמצעותו אדישות כלפי נסיבות העברה אשר נלווית למצבים של "חלל תודעתי". ראו: קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 109–115.

99 וזאת אף בהנחה כי המחוקק קבע כי בעברה האמורה ניתן להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות.

והוא גילה אדישות ואי-אכפתיות לנתון זה. כל שעניין את ראובן הוא התגמול הכספי הנאה אשר יקבל בעבור מכירת בקבוקי הוויסקי היקרים. נניח כי אילו היינו שואלים את ראובן (לאחר מעשה) כיצד היה פועל לו היה יודע שהקונה הוא קטין, היה ראובן משיב כי הוא היה פועל באותה דרך ומוכר לקטין את המשקאות המשכרים. במצב זה ראובן מכר לקטין אלכוהול כשהוא מצוי ב"חלל תודעתי" כלפי גילו של הקטין. לכל היותר יהיה ניתן לייחס לו רשלנות כלפי הנסיבה המפלילה, בדומה לתרחיש הראשון. אלא שקיים הבדל בין שני התרחישים. הבדל זה נעוץ במידת האשם של ראובן כפי שהיא עולה בכל אחד מהתרחישים: במקרה הראשון הסיבה להימצאותו של ראובן במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה הייתה היסח דעת וחוסר זהירות רגעי, ואילו במקרה השני הסיבה להימצאותו במצב זה מקורה באי-אכפתיות ואדישות (במובן הרחב) לאפשרות שהלקוח הוא קטין. ההבדל בין הסיבות שהביאו את ראובן לעבור עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה משליך מטבע הדברים על מידת האשמה שלו. מידת אשמתו המעטה של ראובן, כפי שהיא עולה מהתרחיש הראשון, מצדיקה לראות בו מי שהתרשל באשר לקיום הנסיבה, ואילו במקרה השני ההסתפקות בקביעה כי ראובן רק התרשל באשר לנסיבה היא סטייה מעקרון האשמה והיא אינה מקדמת את תכליתם של דיני העונשין, כפי שהובהר בפרק השני של המאמר. יתר על כן, העובדה כי מרבית העברות בחוק העונשין דורשות מחשבה פלילית, והן אינן מסתפקות ביסוד נפשי מסוג רשלנות, מאפשרת למי שעבר עברה במצב של "חלל תודעתי", ובעיקר כאשר מצב זה הולדתו בסיבה המגלמת מידה רבה של אשמה, לחמוק מנשיאה באחריות פלילית ללא כל הצדקה.

כעת אבחן אם ניתן להעמיד לדין את ראובן, בכל אחד מהמקרים שלעיל, בעברה לפי סעיף 193א(1) לחוק, האוסרת על מכירת משקה משכר לקטין והדורשת הוכחה של מחשבה פלילית. לפי הדין הקיים, בשני התרחישים האמורים ראובן פעל מתוך "חלל תודעתי" כלפי נסיבת גילו של הקטין, ועל כן אי אפשר לראות בו מי שפעל במחשבה פלילית. תוצאה זו אכן ראויה ככל שהיא מתייחסת לתרחיש הראשון, אך אינני מסכים עם תוצאה זו ככל שהיא נוגעת לתרחיש השני. במקרה השני, שלא כמו במקרה הראשון, הסיבה להימצאותו של ראובן במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה היא הפגנת אדישות (במובן הרחב), אי-אכפתיות וחוסר עניין כלפי קיומה של הנסיבה וכלפי הערכים המוגנים באותה עברה. לא עניין את ראובן אלא התמורה הכספית אשר תתקבל בעבור מכירת האלכוהול. יתר על כן, העובדה כי ראובן היה מוכר את האלכוהול אף אם היה מודע להיותו של הלקוח קטין, מחמירה עוד יותר את מידת האשמה שלו ומצדיקה לראות בו מי שפעל במחשבה פלילית.

ניתן לחשוב על פתרונות אפשריים לקושי הקיים. דרך אחת היא לקבוע בצדה של כל עברה הדורשת מחשבה פלילית חלופה נוספת המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות. בדרך זו כל מי שיפעל במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות יישא באחריות

לעברת רשלנות אם ייקבע כי אדם מן היישוב היה מבחין בנסיבות המפלילות לו היה ממקד בהן את תשומת לבו. דרך זו עלולה להקים לא מעט מתנגדים. הטלת אחריות פלילית המבוססת על יסוד של רשלנות נתפסת כחריג לעקרון האשם.¹⁰⁰ יש אשר ראו ברשלנות מכשול לפיתוח התורה המדעית של דיני העונשין, ולכן קראו להוצאתה אל מחוץ לדיני העונשין ולהותרתה בתחום דיני הנזיקין בלבד.¹⁰¹ בדיני העונשין בישראל עברות רשלנות מיוחדות לעברות חמורות, שבהן קיים צורך ברור להגן על הערכים המוגנים גם כאשר העושה אינו בעל אשם סובייקטיבי. מכאן שהוספה של חלופה המסתפקת ברשלנות לכל העברות הדורשות מחשבה פלילית היא סטייה מהכלל שלפיו אדם מבצע עברה רק אם עשאה במחשבה פלילית.¹⁰² על מנת למזער את הנזק שייגרם לעקרון האשם, ניתן לחשוב על פתרון ביניים, שלפיו ירחיב המחוקק את דרישת היסוד הנפשי באופן שיהיה ניתן להסתפק ברשלנות כלפי סוג מסוים של נסיבות, או כאשר העברה מבוצעת כלפי סוג מסוים של קרבנות, כאשר מיהותם היא נסיבה מפלילה (כגון קטינים, חסרי ישע, עובדי ציבור וכדומה). במקרים אלו ההגנה על אותם קרבנות מצדיקה הטלת אחריות פלילית על עושים שלא נתנו את דעתם למיהות הקרבן, שכאמור היא נסיבה מפלילה באותה עברה אשר תסתפק באשם אובייקטיבי. ניתן לטעון שאף אם ננמך את רף הכניסה של היסוד הנפשי בכל העברות או בחלקן, ויהיה ניתן להסתפק ברשלנות, אין בכך כדי לפתור את הקושי שלפיו מצבים מסוימים של "חלל תודעתי" מגלמים מידה רבה של אשמה. על כן הסתפקות בהטלת אחריות פלילית מופחתת בעברות רשלנות אינה מתיישבת עם עקרון האשמה ועם תכליתם של דיני העונשין. הפתרון לכך, לפי התזה המוצעת, הוא לייחס למי שעובר עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבות המפלילות, ואשר נושא במידה רבה של אשמה, מחשבה פלילית, וזאת לפי הדרכים שאציע, שעליהן ארחיב בפרק הרביעי של המאמר.

3. התזה המוצעת – "חלל תודעתי" גם כמחשבה פלילית

בדיון שלעיל נוכחנו לדעת כי קיים חסר חוקי. חסר זה בא לידי ביטוי בהיעדר מענה משפטי מספק למצבי "חלל תודעתי" המגלמים מידה רבה של אשם, ושלפי מטרות דיני העונשין יש להטיל בגינם אחריות פלילית מוגברת בעברות של מחשבה פלילית ולא להסתפק בעברות רשלנות או באי־הטלת אחריות פלילית. דרך זו מצריכה התבוננות שונה ומעמיקה על מצבים של "חלל תודעתי", כמצבים מנטליים רב־ממדיים, המגלמים רמות שונות של אשמה, ולא כמצב מנטלי חד־ממדי המשקף תודעה חלולה שאין בצדה אשמה. על פי התזה המוצעת, יש להבחין בין מצבים שונים של "חלל תודעתי" לפי מידת האשמה המגולמת בהם. כאשר הסיבה להיות העושה במצב "חלל תודעתי" אינה מגלמת

100 הלוי, לעיל הערה 59, בעמ' 288–294.

101 שם, בעמ' 293–294; אזר, לעיל הערה 5, בעמ' 23–69.

102 סעיף 19 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226.

אשמה, הרי שלא נטיל על העושה אחריות פלילית כלל. ואילו במקרים שבהם ייקבע כי העושה פעל במצב של "חלל תודעתי" מתוך סיבה המגלמת מידה מעטה של אשמה, כגון היסח דעת או חוסר זהירות רגעי, הרי שיהיה ניתן לקבוע כי העושה היה רשלן. על העושה תוטל אחריות פלילית בעברת רשלנות מקום שבו העברה מסתפקת ביסוד נפשי מסוג רשלנות, ואילו במקרים שבהם הולדתו של "החלל התודעתי" היא בסיבה המגלמת מידה רבה של אשמה, מציע אני לראות בעושה מי שפעל במחשבה פלילית.

היתרון בתזה המוצעת הוא בכך שבתי המשפט יקבעו את מידת אחריותו הפלילית של מי שביצע עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה, לפי מידת האשם המגולמת בו. קביעה זו היא תולדה של שיקולי מדיניות משפטית וחברתית שיש לבחון לפי צורכי החברה המשתנים ולפי הנורמות המוסריות הנהוגות וכן שיקולים המקדמים את תכליתם של דיני העונשין. לפיכך מלבד המשמעות שיש לייחס לסיבה שהביאה את הנאשם לפעול במצב של "חלל תודעתי", יש מקום לשיקולים אחרים, כגון סוג העברה, חומרתה והערך המוגן בבסיסה; הצורך בהרתעה מפני ביצוען של עברות מהסוג הנדון; הנסיבות הספציפיות של המקרה; הסיכון הנשקף מהעושה לקרבנות פוטנציאליים; האפקט המחנך והמשקם שתהא לענישתו של העושה ואם יש בענישתו כדי למנוע הישנותן של עברות דומות, ועוד שיקולים של מדיניות משפטית רצויה.

החיסרון בתזה המוצעת נעוץ בחוסר הוודאות שתיגרם לדרישת המודעות בדיני העונשין, שכן הקביעה איזו סיבה מגלמת מידה רבה של אשמה אשר מצדיקה הטלת אחריות פלילית בעברה של מחשבה פלילית כפופה לשיקולים של מדיניות משפטית ולאיוזוני אינטרסים, שלא תמיד יהיה ניתן לצפותם. ודאות מובילה להגברת היציבות המשפטית, וכאשר יש יציבות, הפרט יכול לכלכל את מעשיו בהתאם.¹⁰³ כנגד טענה זו אומר כי התזה המוצעת אמנם מעניקה לבתי המשפט שיקול דעת רחב באשר לסיווגם של מצבים שונים של "חלל תודעתי" על ציר היסוד הנפשי של העברה, אולם הפגיעה בוודאות המשפטית שעלולה להיגרם מכך, מוצדקת. היא מוצדקת משום שהיא נועדה לאפשר לבתי המשפט לדייק בקביעותיהם, להתאים את הפתרון המשפטי למקרה הנתון ולהגיע לתוצאה צודקת. העובדה כי מצבים שונים של "חלל תודעתי" מגלמים רמות שונות של אשמה תוליך, מטבע הדברים, לתוצאות שונות, לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. אם שאלת סיווגו של "החלל התודעתי" במקרה נתון היא שאלה של מדיניות משפטית וחברתית, הרי שיש לבחון אותה לפי צורכי החברה המשתנים, לפי הנורמות המוסריות הנהוגות ולפי מציאות החיים.¹⁰⁴ ככל שהחיים וצורכי החברה משתנים, כך

103 יצחק עמית "על טשטוש תחומים טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים ו 17, 38 (תשע"א); מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" משפטים יז 433, 436 (תשמ"ח).
104 ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 3.1.2013); ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769, פסקה 8 (1980);

משתנה גם המשפט הפלילי. מכאן שעל מנת שלמשפט הפלילי יהיה צידוק בכל זמן נתון, יש לבכר מתן שיקול דעת בידי השופטים באותם צמתים שבהם נדרשת הערכה נורמטיבית, וזאת כדי להגיע לתוצאה צודקת. גישה זו, ריאליסטית במהותה, מניחה כי הדרך הנכונה לעסוק בשאלות משפטיות איננה בחיפוש הפתרון במילים של המשפט אלא בדיון גלוי וישיר במשמעויות הנורמטיביות של החלטות אפשריות ובדיון גלוי וישיר בהשלכות החברתיות של החלטות אפשריות.¹⁰⁵ כך לדוגמה מכריע בית המשפט בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי בין מעשה שעשה הנאשם לתוצאה שהוא גרם לה; בשאלת קיומה של רשלנות; בקבלתה או בדחייתה של טענה בדבר קנטור במסגרת עברת הרצח "בכוונה תחילה"; בשאלת תחולתה של "הלכת הצפיות" על עברות מטרה מסוימות. בכל אלו נדרשות הכרעות נורמטיביות שמעצם טיבן עלולות לפגוע בוודאות המשפטית. אלא שאיננו טוענים שלשם הוודאות המשפטית מוטב לו לבית המשפט שיימנע מלקבל החלטות שכאלו. כל עוד ההחלטות נועדו לקדם פתרון ראוי וצודק לשאלה משפטית שנדונה באותו עניין, הרי שיש להן הצדקה. עם זאת ניתן להניח כי לאורך הזמן, וככל שבתי המשפט יישמו את התזה המוצעת במצבים שונים של "חלל תודעתי", ייקבעו כללים ואמות מידה להערכת מידת אשמתם של אותם נאשמים, ובכך תקנה הפגיעה בוודאות המשפטית שעלולה להיגרם לדרישת המודעות במשפט הפלילי. המסקנה מהדיון בפרקים השני והשלישי של החיבור היא שקיימת הצדקה מוסרית ומשפטית לייחס במקרים מתאימים למי שעובר עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות מחשבה פלילית, ואין להסתפק בהטלת אחריות פלילית מופחתת בעברת רשלנות או לחלופין באי-הטלת אחריות פלילית. הואיל ועל פי הדין הקיים אי אפשר לראות במי שפעל במצב של "חלל תודעתי" מי שפעל במחשבה פלילית, הרי שדין זה, בהיותו דין מצוי, אינו הדין הרצוי. לפיכך עולה הצורך לבחון הסדרים משפטיים שונים אשר יאפשרו לנו ליישם את התזה המוצעת. בפרק הבא אדון בהסדרים אלו. חלק מההסדרים כרוכים ביציאה, או לכל הפחות בסטייה, מהתשתית המושגית שעליה מבוסס המשפט הפלילי. הסדרים אלו מבוססים על גישות שונות שהוצגו בספרות המשפטית תוך יישום האמור בהן במצבים של "חלל תודעתי". בחלק אחר של ההסדרים אני מציע להשתמש בדוקטרינות קיימות בדיני העונשין בישראל, כגון דוקטרינת "עצימת עיניים" או דוקטרינת "התנהגות חופשית במקור", תוך הגמשתן והחלתן גם על מצבים מסוימים של "חלל תודעתי".

ע"פ 10023/06 טואלבו נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (פורסם בנבו, 9.12.2009); ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 534, פסקה 16 (2002).
105 HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION 6 (2004) כמצוטט אצל מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 228, 228 (תשס"ה).

ד. בחינת הסדרים משפטיים חלופיים ליישום התזה המוצעת

1. הסדרים הכרוכים ביציאה מהתשתית המושגית הקיימת או בסטייה ממנה

מהוראת סעיף 20(א) לחוק העונשין עולה כי היחס הסובייקטיבי של העושה בשעת התנהגותו כלפי רכיביה העובדתיים של העברה אפשר שיתבטא באחת משתיים אלה בלבד: מודעות או אי-מודעות לדבר קיומם. לפי הגישה הקוגניטיבית הקלאסית, שעליה מבוסס המשפט הפלילי, כאשר אדם פועל ללא מודעות, אי אפשר להטיל עליו אחריות פלילית בעברה הדורשת מחשבה פלילית.¹⁰⁶ הואיל ובמצב של "חלל תודעתי" אין העושה נותן את דעתו לקיומה של נסיבה מפלילה, הרי שעל פי גישה זו, מצב זה יסווג כ"חוסר מודעות" ולא יעמוד בדרישות המחשבה הפלילית. מאז שנות התשעים של המאה שעברה פותחו גישות שונות אשר אינן מעמידות את האחריות הפלילית רק על הבחירה המודעת.¹⁰⁷ גישות אלו דוחות כליל או חלקית את הבחירה כבסיס לאחריות פלילית, והן מכניסות יסודות רחבים של שיפוט ערכי-מוסרי לבחינת האחריות הפלילית.¹⁰⁸ בדיון הבא אעסוק בגישות אלו כדי לבחון ולמצוא פתרון הולם ליישום התזה המוצעת.

פילסבורי (Samuel H. Pillsbury) מבסס במאמרו הנודע על "עברות של אדישות" את האחריות הפלילית על השלב המקדים של התפיסה המודעת, תוך שהוא מבחין בין שלב התפיסה לשלב המודעות:¹⁰⁹ תפיסה היא השלב המקדים שבו אנו קולטים ותופסים את העובדות בעולם הפיזי והאנושי, ומודעות מתייחסת לשלב הבא, שבו אנו מודעים לאותה עובדה. התפיסה אינה פסיבית כי אם פעולה אקטיבית וולונטרית של עיבוד נתונים, שלאדם יש יכולת לשלוט בה, שכן היא תלויה במידת תשומת הלב שהוא מקדיש לה.¹¹⁰ אדם יכול לשלוט בתפיסה ולכוון אותה כדי שישים לב לעניינים מסוימים ויתעלם מעניינים אחרים, וזאת לפי סדר עדיפויות אישי שאותו הוא קובע ושליו הוא אחראי. מכאן שגם בחוסר מודעות מגולמת בחירה – הבחירה שלא להקדיש מחשבה ולא לכוון

106 דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 728.

107 קנאי, לעיל הערה 94, בעמ' 265; כמו כן ראו: קנאי, לעיל הערה 24, בעמ' 167–171.

108 Lawrence B. Solum, *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*, 34 METAPHILOSOPHY 178 (2003) מבחין בין מידה טובה (virtue) לבין מידה רעה (vice), והוא קורא לשנות את תוכן המחשבה הפלילית באופן שיאפשר לשופטים לשפוט מוסרית את הפסול שבמעשה; ראו: דיון במקורות אלו, בין היתר במאמרה של דנה פוג'ין "תאונת דרכים" מול 'הקטל בכבישים' – הריגה בנהיגה והיסוד הנפשי החסר" מגמות בפלילים, לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 275, 280–282 (לעיל, הערה 94); כמו כן ראו: קרן שפירא-אטינגר "יסוד עובדתי ויסוד נפשי – שתי הנחות" מגמות בפלילים, לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 477 (לעיל, הערה 94).

109 Samuel H. Pillsbury, *Crimes of Indifference*, 49 RUTGERS L. REV. 105, 143–144 (1996–1997).

110 שם, בעמ' 143.

את תשומת הלב לנתון או לסיכון מסוים. ברגע שאדם קובע סדר עדיפויות באשר למושאי ההכרה שלו, הרי שהוא מפגין בכך את יחסו לאותו ערך.¹¹¹ במצב זה עלינו לשפוט את הבחירה המוקדמת של העושה (בשלב הראשון) באשר למה שבחר להקדיש מחשבה ותשומת לב וממה בחר להתעלם, שכן בהחלטה זו נעוצה הסיבה לכישלון להגיע לידי מודעות (בשלב השני). מקור האחריות למעשה המאוחר נעוץ בהחלטה המוקדמת אם לשים לב לאותו נתון או סיכון.¹¹² לגישתו של פילסבורי, כאשר מקורו של חוסר המודעות הוא באי-אכפתיות לענייני הזולת ולערכים המוגנים, ניתן לייחס לעושה אחריות בעברה של מחשבה פלילית.¹¹³ לפי גישה זו, כאשר אדם פועל מתוך "חלל תודעתי" כלפי קיומה של נסיבה מפלילה, ויחס נפשי זה הולדתו בבחירה מוקדמת שלא לשים לב לאותה נסיבה שמקורה באדישות ובאי-אכפתיות כלפי הערך המוגן שאותו הנאשם מסכן, קיימת הצדקה לראות בו מי שפעל במחשבה פלילית.

גישתו של פילסבורי יכולה להיות פתרון מוגבל וחלקי לתזה המוצעת. ניתן להצדיקה בכך שהטלת אחריות פלילית המבוססת על בחירה מוקדמת שלא למקד את תשומת הלב בנתון מסוים, כאשר בחירה זו מקורה באדישות לקיומו של אותו נתון, מצביעה על אשמתו של העושה, ובכך היא עולה בקנה אחד עם עקרון האשמה. אין חולק כי גישה זו אף מגנה על קרבנות פוטנציאליים מפני עושים הפועלים מתוך "חלל תודעתי" ומגנה את מעשיהם. עם זאת יש לתת את הדעת כי לא כל בחירה שלא למקד את תשומת הלב בקיומו של נתון מסוים או באפשרות קיומו, בהכרח מגלמת אשמה, ולא תמיד היא נובעת מאדישות העושה לערכים המוגנים בחוק. יתר על כן, גם במקרים שבהם ניתן להצביע על אדישות הנאשם (כתכונת אופי), אין זה מעיד בהכרח שהוא בראשמה, לדוגמה אפשר שאדם המגלה אדישות כללית לערכים המוגנים בחוק לא ימקד את תשומת לבו בקיומה של נסיבה מפלילה רק משום שהוא הניח שהיא אינה קיימת, או לחלופין כאשר האפשרות לקיומה היא קלושה או אפסית. נראה כי הבחירה אשר צריכה להיות מושאת לאחריות פלילית היא דווקא ההנחה המוטעית במהלך ביצוע העברה שלפיה הנסיבה המפלילה אינה קיימת או שהאפשרות לקיומה קלושה. מצב זה ייכנס לגדרו של סייג "הטעות במצב דברים". יתר על כן, ייתכן מצב שבו אדם יבחר שלא למקד את תשומת לבו בנסיבה המפלילה מתוך אדישות ואי-אכפתיות כלפיה, אלא שהלכה למעשה אף אם הוא היה בוחר למקד בה את תשומת לבו (או אפילו כל אדם בר דעת במקומו), הרי שהוא לא היה מבחין בה או מודע אליה.

111 שם, בעמ' 151–152.

112 שם, שם; כמו כן ראו: דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 729.

113 ביקורת על גישתו של Pillsbury המבססת אחריות פלילית על שלב התפיסה, ראו: Kimberly Kessler Ferzan, *Opaque Recklessness*, 91 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 597, 639–641 (2001).

כנגד טיעון זה ניתן לטעון כי המודעות של העושה במהלך ביצוע העברה שלפיה הנסיבה אינה קיימת או שההסתברות לאפשרות קיומה היא קלושה, אינה רלוונטית כשזו באה מצדו של מי שמגלה אדישות אליה. הרי אם העושה מגלה אדישות לשאלת קיומה של נסיבה, מאי נפקא מינה אם הוא היה מודע לקיומה ואם לאו? סבורני כי הגם שמדובר באדם המגלה אדישות כללית (במובנה הרחב) לערכים המוגנים בחוק ושאינו מגלה עניין בשאלת קיום הנסיבה, עדיין עולה הצורך להצביע על קשר של זיקה בין אותה תכונת אופי לבין בחירתו של הנאשם להימצא במצב של "חלל תודעתי" במקרה המסוים, שאם לא כן נטיל אחריות פלילית על תכונת אופי שהוא ניחן בה. יש להניח כי גם האדם האדיש ביותר יכול לטעות בהערכת מצב הדברים, לשנות את דעתו ולגלות עניין בשאלת קיומה של הנסיבה.

בדומה לפילסבורי, גם מור (*Michael S. Moore*), המשתיך לאסכולה הגמולית של הענישה, ושלכתבתו המודרנית בתחום הפילוסופיה של המשפט הפלילי נודעת חשיבות רבה, גורס כי במקרים מסוימים שבהם איננו מודעים לנתונים מסוימים מגולמת בחירה מודעת, שיכולה להיות בסיס להטלת אחריות פלילית.¹¹⁴ מור מתבונן על הסתכנות כעניין אפיסטמי,¹¹⁵ בהבחינו בין נתונים שאנחנו מודעים להם (*conscious*) לבין נתונים המצויים בתת-המודע שלנו (*pre-conscious*). כאשר פעולות רוטיניות שלנו חוזרת על עצמן, ואיננו צריכים אפוא להתמקד בהן, הן הופכות לחלק מהתת-מודע, אולם יש לנו יכולת להתמקד בהן, לשלוף אותן מהתת-מודע ולהעביר אותן לקדמת המודעות.¹¹⁶ כאשר אדם נכשל בכך שהוא אינו מתמקד בנתון מסוים (אף שהוא יכול לעשות כן), והוא אינו מעבירו מהתת-מודע לקדמת המודעות שלו, הרי שהחלטה זו כרוכה בבחירתו של העושה, וניתן להטיל בגינה אחריות פלילית גם אם במהלך ביצוע העברה לא היה העושה מודע לאותו נתון. לדידו של מור ניתן להוקיע ולגנות הסתכנות לא מודעת (בסיכון מהותי ולא מוצדק) רק אם העושה החזיק במידע שלפיו הוא היה יכול להיות מודע להיות הסיון מהותי ולא מוצדק.¹¹⁷ רק במקרה זה ניתן לקבוע כי העושה "בחר ברע", ורק אז מוצדק להטיל עליו אחריות פלילית.

MICHAEL MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATIONS 114 FOR CRIMINAL LAW 151–154 (1993).

.Michael Moore, *Prima Facie Moral Culpability*, 76 B.U. L. REV. 319, 329 (1995) 115

Moore, לעיל הערה 114, בעמ' 154. למאמר ביקורת על גישתו של Moore, ראו: Claire Oakes Finkelstein, *The Irrelevance of the Intended to Prima Facie Culpability: Comment on Moore*, 76 B.U. L. REV. 335, 340 (1996) 116

Williams הציע במאמרו, אשר נכתב בעקבות פסק דין *Caldwell*, הגדרה "מעודנת" למונח פזיזות, הקרובה לזו של Moore, שלפיה נאשם ייחשב מי שפעל בפזיזות בשל כישלונו להעניק כל מחשבה לסיכון ברור, כאשר סיכון כזה היה ברור לנאשם אם היה מקדיש מחשבה לעניין. ראו: G. Williams, *Recklessness Redefined*, 40(2) CAMBRIDGE L.J. 252, 270–271 (1981) 117

ניתן להסיק כי מור יוצא מנקודת הנחה שלפיה ברגע שאדם היה יכול להיות מודע לקיומו של נתון מסוים, על סמך המידע שהיה ברשותו, אזי אם הוא היה משתמש באותו מידע, חזקה שהוא היה מודע לאותו נתון. במקרה זה הטלת אחריות פלילית יכולה להתיישב עם מודל של אשמה המבוסס על בחירה. הרעיון שמאחורי גישה זו הוא זה: ברגע שאני "מוריד מסך קוגניטיבי" כדי לחסום מעבר מידע חיוני מהתת-מודע לתודעה שלי במקום שבו ידיעת הנתונים היא תנאי לנשיאה באחריות פלילית, הרי שאשא בתוצאות מעשי שנעשו במצב של חוסר מידע.

על פי גישה זו, יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית במקרים של "חלל תודעתי" אם נוכיח שהנאשם בחר שלא למקד את תשומת לבו בקיומה של נסיבה מפלילה או לכל הפחות באפשרות קיומה, במקום בו הוא יכול היה להיות מודע לקיומה או לאפשרות קיומה, על סמך המידע שהיה ברשותו. נראה כי קו חשיבה זה היה מקובל על השופט שמגר בעניין בארי, אשר קרא להרחיב את דוקטרינת עצימת העיניים גם למקרים של חשד קונסטרוקטיבי,¹¹⁸ דהיינו חשד אשר היה צריך להתעורר אצל הנאשם על סמך המידע שהיה ברשותו. אימוץ גישתו של מור, כמו גם של שמגר בעניין בארי, מצריך את הרחבתה של דוקטרינת "עצימת העיניים" כהוראתה בסעיף 20(ג)(1) לחוק גם למצבים של "חשד קונסטרוקטיבי".

המלומד סימונס (Kenneth W. Simons) דן במאמר שכותרתו היא "האם ענישה על אדישות בת אשמה היא למעשה ענישה על תכונת אופי רעה?" במצבים של "ידיעה חבויה" (*latent knowledge*).¹¹⁹ מדובר בנתונים מסוימים אשר אינם מעסיקים את מחשבתנו ואינם מצויים בקדמת תודעתנו, אולם אם היו מסבים את תשומת לבנו אליהם, הרי שהיינו מבחינים בהם. יש מקרים שבהם אדם יהיה מודע לעובדה מסוימת בזמן כלשהו עובר לביצוע העברה, אולם הוא לא יהיה מודע לאותו נתון בזמן ביצוע העברה אם בשל היסח דעת, אם בשל עיסוק בדברים אחרים, אם בשל שכחה או בשל מגוון של סיבות אחרות. השאלה היא אם ידיעה חבויה יכולה להוות בסיס מספק לשם הטלת אחריות פלילית, ואם ניתן לומר שידיעה שכזו שקולה לידיעה ממשית. לגישתו של סימונס התשובה לכך תלויה בתשובה לשאלה מדוע הנאשם לא נתן את דעתו לקיומו של אותו נתון במהלך ביצוע העברה. היה והסיבה לכך מגלה אשמה (*culpable*), יש הצדקה לראות בעושה מי שידע את דבר קיום הנסיבה. אך אם הסיבה אינה מגלה אשמה (*non culpable*), אין מקום להטיל עליו אחריות פלילית.

סימונס מציע דרך נוספת להתמודד עם קיומה של "ידיעה חבויה". על פי דרך זו, עלינו לשאול: אילו היה הנאשם נותן את דעתו לקיום הנסיבה המפלילה במהלך ביצוע העברה, האם בכל זאת הוא היה מבצע את העברה או משלימה? היה ונשיב בחיוב על

118 עניין בארי, לעיל הערה 25, בעמ' 359.

119 Kenneth W. Simons, *Does Punishment for "Culpable Indifference" Simply Punish for "Bad Character"?*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 219 (2002–2003).

שאלה זו, הרי שנוכל לראות בו מי שפעל בפזיזות.¹²⁰ בכך סוטה סימונס מהפזיזות המודעת, כהגדרתה בקוד הפלילי לדוגמה, ומרחיב את תחולתה גם למקרים של פזיזות לא מודעת.

בהחילנו את גישתו של סימונס על מצבים של "חלל תודעתי", עומדות בפנינו שתי אפשרויות: האחת, להתחקות על הסיבות שבגינן היה הנאשם במצב של "חלל תודעתי" במהלך ביצוע העברה ולבחון אם סיבות אלו מגלות אשמה ואם לאו. ברי כי קביעה זו תיעשה על פי נסיבות העניין, והיא כפופה לשיקולים נורמטיביים ולמדיניות משפטית באשר לסיבות המגלות אשמה ולאילו שאינן מגלות אשמה. היה וייקבע כי אי-נתינת הדעת לקיומה של נסיבה מקורה בסיבה המגלה אשמה סובייקטיבית, יהיה ניתן לייחס לו מחשבה פלילית.

על פי הדרך השנייה, שאינה מצריכה להתחקות על הסיבות למצבים של "חלל תודעתי", עלינו לשאול את השאלה ההיפותטית כיצד היה הנאשם פועל לו היה מודע, סמוך לביצוע העברה או במהלכו, לקיום הנסיבה המפלילה. אם יהיה ניתן לקבוע על סמך המסכת הראייתית שתתגלה בפני מקבלי ההחלטות (המשטרה, התביעה ובתי המשפט) כי הנאשם היה מבצע את העברה גם אם היה מודע לקיום הנסיבה, הרי שניתן לייחס לו מחשבה פלילית. דרך זו טומנת בחובה קשיים ראייתיים, שכן כיצד ניתן לקבוע כיצד היה הנאשם פועל לו היה מודע לקיומה של הנסיבה? מדובר בשאלה היפותטית שהתשובה עליה אינה כרוכה בהערכה נורמטיבית של השופט היושב בדיון. חרף הקושי האמור אין מדובר בהכרעה שהיא בלתי אפשרית. לצורך מענה על השאלה ההיפותטית רשאים מקבלי ההחלטות להסתייע בראיות ישירות, כגון הודאת הנאשם, הצהרותיו, עדויות שונות וכן ראיות נסיבתיות, לרבות "מעשים דומים", שיש בכוחן לשפוך אור על התנהגות הנאשם, על אישיותו ועל דפוסי הפעולה שלו. אפשרות נוספת היא הסתייעות ב"חשד קונסטרוקטיבי". במקרה זה אם ייקבע כי די היה במידע שברשות הנאשם כדי לעורר אצלו חשד בדבר אפשרות קיום הנסיבה, הרי שבהיעדר ראיה לסתור יהא בית המשפט רשאי להסיק את המסקנה כי הנאשם היה עובר את העברה אף אם היה מודע לקיומה של הנסיבה.

סבורני כי ההבחנה של סימונס בין סיבות המגלמות אשמה ובין סיבות שאינן מגלמות אשמה יש בה כדי לסייע בקידום פתרון לתזה המוצעת. בחיבור טענתי כי "חלל תודעתי" מגלם קשת של מצבים נפשיים, החל בהיעדר יסוד נפשי, דרך יסוד נפשי מסוג רשלנות,

¹²⁰ על פי דרך זו אין צורך להתחקות על הסיבות להימצאותו של הנאשם במצב של היעדר מודעות בשעת ביצוע העברה. אלא שהבחנה בין סיבות מוצדקות לכאלו שאינן מוצדקות יכולה לפתור את הקושי במקרים של ידיעה סמויה. כאשר הסיבה להיעדר מודעות היא מוצדקת (אינה מגלה אשמה), סביר להניח שאילו היה נתון זה ידוע לנאשם עובר לביצוע העברה או במהלכה, הרי שהוא לא היה מבצע את העברה או שלא היה משלים אותה. אולם אם הסיבה להיעדר מודעות אינה מוצדקת (מגלה אשמה), ניתן להניח שהעושה היה מבצע את העברה או שהוא היה משלים אותה. ראו: שם, בעמ' 252–254, וביחוד ה"ש 75.

ובמסגרת התזה אני אף מציע לראות במצבים מסוימים של "חלל תודעתי" שקולים למחשבה פלילית. ההבחנה בין סיבות המגלמות אשמה לכאלו שאינן מגלמות אשמה יש בה כדי לסייע לנו להעריך את מידת האשמה המגולמת במצב המסוים של "החלל התודעתי" שבו פעל העושה. על סמך הערכה נורמטיבית זו ניתן להבחין בין מצבים שונים של "חלל תודעתי" (כנגזרת של מידת האשמה הטבועה בהם) ולקבוע אם ראוי להטיל אחריות פלילית בגין אותו מצב מסוים של "חלל תודעתי" ומהי מידתו. מחד גיסא, כאשר מקורו של "החלל התודעתי" בסיבה שאינה מגלמת אשמה, ניתן לקבוע כי הוא יוצא אל מחוץ לציר היסוד הנפשי של העברה, והחשוד או הנאשם לא יישאו באחריות פלילית. מאידך גיסא, כאשר הסיבה להיות הנאשם במצב של "חלל תודעתי" היא בת-אשמה, על מקבלי ההחלטות לקבוע, לפי מידת האשמה הגלומה באותו מצב של "חלל תודעתי" ולפי סוג היסוד הנפשי הדרוש בעברה, אם יש לייחס לעושה אחריות פלילית בעברת רשלנות (בהנחה שקיימת עברה המסתפקת ברשלנות) או שמא בעברה של מחשבה פלילית. השאלה ההיפותטית – כיצד היה הנאשם מתנהג לו היה מודע לאותו נתון – יכולה לסייע לנו הן כמבחן עצמאי והן כמבחן עזר, להציב מקרים מסוימים של "חלל תודעתי" על ציר היסוד הנפשי. כך לדוגמה ניתן לקבוע שכאשר העושה לא נתן את דעתו לקיום הנסיבה בשל סיבה המגלמת אשמה כגון אדישות (במובן הרחב) לערך המוגן או מתוך כוונה להתחמק מנשיאה באחריות פלילית, נציב את "החלל התודעתי" על ציר היסוד הנפשי כאשר הלך נפש של אדישות או כוונה יכולים להכריע את הכף לטובת סיווגו של "החלל התודעתי", במקרה המסוים, כמחשבה פלילית. המסקנה (במסגרת השאלה ההיפותטית) שלפיה הנאשם היה מבצע את העברה גם אם היה מודע לקיום הנסיבה יש בה כדי להצדיק את סיווגו של "החלל התודעתי" כמחשבה פלילית, ואף כדי להוות מבחן עצמאי לשם קביעה זו.

מייקלס (Alan Michaels) מציע במאמרו *Acceptance: The Missing Mental State* 121. (Acceptance) לבסס את האחריות הפלילית לא רק על מודעות אלא גם על "קבלה" 122. קבלה משמעה רצון של אדם להיות מעורב בהתנהגות מסוימת תוך שהוא מקבל על עצמו את הסיכון שמא הנסיבה המפלילה קיימת אף מבלי להיות מודע לה. 122. ה"מקבל" כה נחוש להשתתף בפעולה העבריינית, עד שהוא מגלה אדישות ואי-אכפתיות לקיום הנסיבה. 123. במקום שבו הנאשם מגלה אדישות לנסיבה המפלילה, הרי המשך התנהגותו

Alan Michaels, *Acceptance: The Missing Mental State*, 71 S. CAL. L. REV. 953, 1026 (1998).

122 שם, בעמ' 958, 955, 961.

123 שם, בעמ' 962: "Acceptance defines a particular level of indifference towards a result or a circumstance-a particular level of not caring. The accepting actor is the actor who actually has this particular level of indifference, the actor who does not care in this special way".

הוא ראייה שהוא קיבל על עצמו את הסיכון שמא הנסיבה קיימת.¹²⁴ היה וייקבע כי הנאשם היה מבצע את העברה אף אם היה מודע לקיום הנסיבה, הרי שקיימת הצדקה להטיל עליו אחריות פלילית ולראות בו מי שפעל במחשבה פלילית.¹²⁵ הרעיון העומד בבסיס גישתו של מייקלס הוא שכל מי שפועל מתוך ידיעה בהכרח פועל מתוך קבלה. אולם לא כל מי שפועל מתוך קבלה פועל מתוך ידיעה.¹²⁶ המשפט הפלילי מציב את הידיעה כתנאי סף לשם הטלת אחריות פלילית בעברות של מחשבה פלילית, אולם מייקלס סבור כי המשפט הפלילי צריך להכיר גם במצב מנטלי של "קבלה" (השקול ל"ידיעה") הן לעניין האחריות הפלילית והן לעניין העונש.¹²⁷ שקילות זו ראויה להיעשות, הן משיקולים תועלתניים והן משיקולים גמוליים.¹²⁸ אף גישתו של מייקלס אינה חפה מספקות. מציאות החיים המשתנה יכולה לזמן לפתחנו סיכונים רבים, ובכל זאת דיני העונשין אינם אוסרים עלינו להסתכן בהם. לא כל הסתכנות, בכל מצב שהוא, שמא הנסיבה קיימת, צריכה להצמיח אחריות פלילית. קביעה שכזו היא קביעה ערכית שעל בית המשפט לקבעה לאחר שהעריך את טיב הסיכון, את סבירותו, את עצמתו ואת מידת הסתברות התקיימותו במציאות הקיימת ובוזו שנגלתה לעיניו של הנאשם, ושלפיה הוא פעל.

דרך נוספת ליישום התזה המוצעת ניתן למצוא בכתיבו של דאף (Duff). על פי הגישה האורתודוקסית (שעליה חולק דאף), המודעות היא תנאי לנשיאה באחריות פלילית, ולכן אדם יכול להיות אדיש לסיכון רק אם הוא מודע לו.¹²⁹ אלא שלגישתו של דאף ניתן לראות באחריות הפלילית מבוססת לא רק על בחירה אלא גם על נטייה-יחס-גישה (attitude). בספר שפורסם לראשונה בשנת 1978¹³⁰ וכן במאמר

124 שם, בעמ' 956.

125 Michaels מתייחס לקושי שבקביעת אחריות פלילית על סמך שאלה היפותטית, אלא שהוא מציין כי השימוש בשאלה היפותטית עדיף על החלופה הקיימת, שלפיה מצב של "קבלה" אינו מושא לאחריות פלילית. יש לציין כי בתי המשפט נוהגים לקבוע אחריות על סמך שאלות היפותטיות, כגון בעברות רשלנות, בדוקטרינת הקנטור שבעברת הרצח וכן במבחני הקשר הסיבתי המשפטי. אלא שבשונה מהשאלות ההיפותטיות הבוחנות את התנהגותו ותגובותיו של האדם הסביר ומשוות אותן לאלו של הנאשם העומד לדין, במקרה דנן בית המשפט צריך לקבוע כיצד הנאשם העומד לדין היה מתנהג. שוני זה אמור להקל את החיזוי ולאפשר לבית המשפט להסתייע בראיות שתוצגנה בפניו ושתתייחסנה לנאשם המסוים העומד לדין. שם, בעמ' 1020–1021.

126 שם, בעמ' 964.

127 שם, בעמ' 965.

128 שם, בעמ' 957. ראו: דיון בהצדקות התועלתניות והגמוליות, לשקילות שבין מודעות ל"קבלה", שם, בעמ' 965–976.

129 R. ANTHONY DUFF, INTENTION, AGENCY & CRIMINAL LIABILITY – PHILOSOPHY OF ACTION AND THE CRIMINAL LAW 158 (1978); G. Williams, *The Unresolved Problem of Recklessness*, 8 LEGAL STUDIES 83 (1998).

130 DUFF, שם.

שפורסם שנתיים לאחר מכן¹³¹ כפר דאף בגישה הקוגניטיבית הקלאסית המבחינה בין מצבים נפשיים לבין ההתנהגות שממנה הם מוסקים. דאף מבקש לדחות את הגישה הדואליסטית, המבוססת על אינטראקציה בין גוף (*actus reus*) לנפש (*mens rea*) ולהבין פעולות אנושיות כמכלול שאינו ניתן לחלוקה ליסודות פיזיים ויסודות מנטליים.¹³² להשקפתו, ידיעה, כוונה או פזיזות אינן אלא "עמדות מעשיות" הבאות לביטוי במעשים ובתגובות, ממשיים או היפותטיים, ואין להן קיום מטאפיזי עצמאי.¹³³ מעשה אינו תנועה גופנית סתמית אלא תנועה גופנית בעלת משמעות.¹³⁴ כוונה או פזיזות באות לביטוי במעשה עצמו והן חלק בלתי נפרד הימנו.¹³⁵ כל שעלינו לעשות הוא להתבונן ולחשוף את העמדות המעשיות של האדם מתוך המעשה עצמו. לפיכך מציע דאף ליצור קטגוריה נפרדת של "עמדות מעשיות" (*practical attitudes*) כלפי ערכים מוגנים המתגלות מתוך המעשים הגלויים לעין ומהקשרם. כך יזהה המשפט קטגוריות מובחנות של "אדישות מעשית" (*practical indifference*),¹³⁶ דהיינו אדישות הנגלית מהתנהגותו בפועל של העושה. מידת האשם של העושה לא תיקבע לפי מדרג חומרה של מצבי תודעה אלא לפי ההתנהגות בכללותה. דהיינו, המעשים, התגובות והמשמעות הכוללת שלהם – לפי הקשרם.¹³⁷

לגישתו של דאף, התנהגותו של הפועל מתוך "חלל תודעתי" מגלה את "אדישותו המעשית" כלפי הפגיעה בערך המוגן. כך לדוגמה אדם אשר אינו נותן את דעתו לנסיבת אי-הסכמת הקרבן למעשה הבעילה בעברת האינוס, מפגין את אדישותו לאינטרסים שלה, לגורלה, לרגשותיה ולסבלה.¹³⁸ האדישות המעשית שלו לאינטרסים של הקרבן היא ביטוי לאשם סובייקטיבי המקים עילה לנשיאה באחריות פלילית. הרעיון הוא

- 131 R. Anthony Duff, *Recklessness*, CRIM. L. REV. 282 (1980).
- 132 מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין – דברי תגובה" מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 65 (לעיל, הערה 94). הגישה הדואליסטית רואה בהתנהגויות גלויות מצד אחד ובמצבים מנטליים מצד שני תנאים נבדלים ומצטברים להטלתה של אחריות פלילית; שפירא-אטינגר, לעיל הערה 54, בעמ' 206.
- 133 שפירא-אטינגר, שם, שם; DUFF, לעיל הערה 129, בעמ' 160–163; כמו כן ראו: שפירא-אטינגר, לעיל הערה 108. במסגרת מאמר זה מפנה שפירא-אטינגר לאדנים המצומצמים והגולמיים שעליהם מבוססות הנחות היסוד המעצבות את המשפט הפלילי כלפי היסוד הנפשי של העברה, ובדיון זה מפנה הכותבת לדואליזם המטאפיזי העומד במרכזו התקפתו של Duff על הדואליזם. שם, בעמ' 495–500.
- 134 Ferzan, לעיל הערה 113, בעמ' 613. LARRY ALEXANDER AND KIMBERLY KESSLER, *FERZAN, CRIME AND CULPABILITY A THEORY OF CRIMINAL LAW* ch. 2 (2009).
- 135 Ferzan, שם.
- 136 DUFF, לעיל הערה 129, בעמ' 139, 167.
- 137 שם, בעמ' 162. כמו כן ראו: קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 121.
- 138 שפירא-אטינגר, לעיל הערה 108, בעמ' 499.
- 139 DUFF, לעיל הערה 129, בעמ' 162. כמו כן ראו: קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 121.

שהמשפט הפלילי נועד להגן על החברה גם מפני מי שפועל מתוך אדישות מעשית לאינטרסים של האחר.¹³⁹ על עמדתו של דאף נמתחה ביקורת רבה. פרזן (*Kimberly Ferzan*) מבקרת את נטישתו של דאף את הגישה הדואלית לטובת עמדות מעשיות הבאות לביטוי במעשים של העושה. לגישתה, עמדתו של דאף נשענת על יסודות רעועים.¹⁴⁰ בהתבססה על ספרו של ברטמן (*Michael E. Bratman*), גורסת פרזן כי להלך הנפש שלנו יש קיום עצמאי, המנותק מהמעשים שלנו.¹⁴¹ יתר על כן, לא תמיד יהיה ניתן לחשוף את העמדה המעשית של האדם מתוך מעשיו. העובדה כי בחרתי לאכול גלידה מגלה את אדישותי, כך ודאי יטען דאף, לעלייתי במשקל. אלא שפרזן חולקת על כך וגורסת כי לא תמיד יהיה ניתן לגלות את העמדה שלי מתוך המעשה עצמו. ייתכן שבחירתתי לאכול גלידה, לדוגמה, הייתה כרוכה בויתור על ארוחת ערב.¹⁴² ודוק, פרזן אינה מתנגדת לגישתו העקרונית של דאף אלא לכך שגישתו תהיה תחליף לגישה הדואלית הקיימת. ניתן לאמץ, כך היא סבורה, את גישתו של דאף מבלי לזנוח ולנטוש את הרעיון שלפיו לבני האדם ישן כוונות, אמונות ורצונות המתקיימים במנותק מהמעשים שלהם.¹⁴³

139 Duff, לעיל הערה 129, בעמ' 163, 289, 292. דאף ממחיש את טיעונו באמצעות דוגמת "החתן השכחן" אשר שכח את חתונתו משום שבאותה העת הוא בילה עם חבריו בפאב השכונתי. חתן זה ודאי יסביר לכלתו כי הוא בילה עם חבריו, והעובדה כי היה אמור להינשא באותה עת לא "עברה" כלל בראשו, היינו הוא לא נתן את דעתו לכך. ה"סובייקטיביות האורתודוקסית" יתבונן על מצב זה כרשלנות. אשמתו של החתן שלא נתן את דעתו לחתונתו פחותה מזו של חתן אשר היה מודע למועד חתונתו ולא הגיע אליה. אלא שהכלה לא תתרשם מהסבר זה של החתן, משום ששכיחת החתונה (מבלי שיהא אירוע חירום אשר יגרום לאדם סביר לשכוח את חתונתו) משקפת גישה של חוסר עניין בה או בחתונה. אם היה אכפת לחתן מכלתו, הרי הוא לא היה שוכח את החתונה. העובדה שהוא שכח מצביעה על גישה של חוסר אכפתיות כלפי אירוע החתונה ככלל וכלפי הכלה בפרט, וחוסר עניין זה קיבל ביטוי בהתנהגותו המעידה על האשמה המגונה שלו. כישלוננו של פלוני להבחין בדבר כלשהו נעוץ בחוסר האכפתיות שלו מאותו דבר. מכאן שאדם ייחשב לפזיז רק כאשר אי-נתינת הדעת לקיומה של הנסיבה מקורה בחוסר אכפתיות, ומצב זה של חוסר אכפתיות מבטא יחס סובייקטיבי שלילי (אדישות מעשית) כלפי האינטרסים והזכויות של הקרובן שהם מוגנים במשפט הפלילי. קרמניצר מבקר את השימוש שעושה Duff בדוגמת "החתן שכח את חתונתו", שכן מדובר במעשה שאינו פלילי, ואף חריג למדי. ראו: מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין – דברי תגובה", מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 659 (לעיל, הערה 94).

140 Ferzan, לעיל הערה 113, בעמ' 618.

141 Michael E. Bratman, Intentions, Plans, and Practical Reason 20 (1999).

142 דוגמה נוספת שמביאה Ferzan במאמרה: אדם יורה במכוון לעבר עץ ופוגע בחמור שעמד לידו. הפגיעה בחמור אמנם מגלה את כוונת העושה ללחוץ על ההדק ולירות אך לא כוונה לפגוע בחמור. אף במקרה זה, כמו המקרה של אכילת הגלידה, העמדה של העושה אינה מתגלה מהמעשה עצמו. Ferzan, לעיל הערה 113, בעמ' 617–618.

143 שם, בעמ' 616–617. Ferzan למעשה מאמצת את גישתו של Dennett המתנגד כמו דאף לגישה הדואלית, אך בד בבד הוא מקבל את הגישה הרווחת בפסיכולוגיה העממית

כשלעצמי, נוטה אני להסכים עם פרזן בכך שלא תמיד היחס של העושה כלפי הערך המוגן יתגלה מהמעשה עצמו. אלא שבאותם מקרים שבהם התנהגות הנאשם אינה מגלה חד-משמעית את יחסו לערך המוגן, ניתן להסתייע בראיות נוספות, ישירות ועקיפות, אשר יש בהן כדי להצביע, במידת ודאות של מעל לכל ספק סביר, על נתון זה. לו היה מובא בפנינו אותו נתון שלפיו הסכים פלוני לאכול גלידה בתמורה לויתור על ארוחת ערב, הרי לא היינו מסיקים את המסקנה כי הוא היה אדיש לעלייה במשקלו, ונראה שלא היינו ממהרים לדחות את גישתו של דאף כמושתתת על יסודות רעועים.

נורי (Alan Norrie) מתח ביקורת על "האדישות המעשית" של דאף, ובייחוד על סיווגה כמחשבה פלילית סובייקטיבית.¹⁴⁴ לגישתו של נורי, הקושי בהגדרת הפזיזות המעשית של דאף היא בהרחבתה את תחולת "הפזיזות האורתודוקסית" גם למצבים שבהם הנאשם הפגין גישה של חוסר אכפתיות לקיום הנסיבה אף מבלי להיות מודע לקיומה. האדישות המעשית של דאף מצדיקה הטלת אחריות פלילית משום שהיא יוצאת מנקודת הנחה כי יחסו האדיש של הנאשם כלפי הקרבן אינו סביר. דהיינו, מדובר בהערכה אובייקטיבית של הציבור – החברה, חבר המושבעים והשופטים – כלפי יחסו האדיש של הנאשם לאינטרסים של הקרבן. ראשית, הערכה זו נשענת על פרשנות חיצונית-אובייקטיבית של התנהגות הנאשם ויחסו לקרבן, ואין בהכרח קשר בינה ובין הפרשנות הפנימית הסובייקטיבית של הנאשם. שנית, הערכה אובייקטיבית שכזו מאפיינת דווקא יסוד נפשי של רשלנות ולא של מחשבה פלילית. לפיכך נורי מתקשה להכיר באדישות המעשית כמחשבה פלילית. ודוק, נורי, כמו גם פרזן, אינו חולק על גישתו העקרונית של דאף. לדידו, האדישות המעשית של דאף מגנה על הערכים המוגנים בחוק בהפליה גם יחס של אדישות כלפיהם. אלא שלגישתו של נורי, האדישות המעשית אינה תחליף למחשבה הפלילית. לפיכך הוא מציע "לשדרג" את תורתו של דאף, באמצעות הוספת אלמנט סובייקטיבי שלפיו תיבחן יכולתו של הנאשם הספציפי לעמוד בסטנדרט של "האדם הסביר". לצורך כך עלינו להתחשב בכישורים ובידע האישיים של הנאשם ולבחון אם הנאשם היה יכול להיות מודע לקיומה של אותה נסיבה לו היה מביא למיצוי את הידע והיכולות שלו, ובכך היה פועל בדרך "לא אדישה" או אדישה פחות מזו שהוא הפגין בפועל. ללא צירופו של אלמנט סובייקטיבי לתורת האדישות המעשית של דאף יהיה ניתן לקבוע שהנאשם היה טיפש, חסר מחשבה או רשלן, אך אי אפשר לקבוע שהוא היה פזיז (פעל במחשבה פלילית).¹⁴⁵

שהמשפט אימץ אותה, ולפיה לבני האדם יש כוונות, אמונות ורצונות המתקיימים במנותק מהמעשים שלהם. ראו: ANIEL C. DENNETT, CONSCIOUSNESS EXPLAINED 34–36 (1991). Alan Norrie, *Subjectivism and the limits of Criminal Recklessness*, 12 O.J.L.S. 45 144 (1992).

145 שם, בעמ' 45, 47, 51–54.

אף קרמניצר מתח ביקורת על גישתו של דאף וטען כי הקריטריון "מידת הספציפיות של היחס שמפגין העושה כלפי הסיכון" הוא עמום, ונדמה שהוא כמותי ולא איכותי.¹⁴⁶ אליבא דקרמניצר, לא ברור כיצד אמורים בתי המשפט להבין וליישם קריטריון זה, והדבר עלול להביא את בתי המשפט להיעזר בשיפוט אישיות. להשקפתו, גישתו של דאף מציבה קריטריונים קשים לבירור, שכן היא מאלצת את בית המשפט לבחון את הסיבה להתעלמותו של העושה מהסיכון כאשר הנתונים לצורך קביעת גישת העושה כוללים בעיקר אלמנטים מנטליים מובהקים ומורכבים אשר בירורם קשה וכרוך בהשערות ובסקולציות.¹⁴⁷ זאת ועוד, להשקפתו של קרמניצר, גישותיהם של דאף ופילסבורי מעוררות קשיי בירור קיצוניים. היכולת לברר סיבות להתנהגות אנושית היא מוגבלת מאוד, שכן בדרך כלל קשה מאוד לברר סיבה אחת להתנהגות, ובמקומה נמצא מארג של סיבות ראשוניות ושניוניות, מודעות ושאין מודעות. יתר על כן, אם יש יסוד לטענות בדבר קושי להוכיח מצבים נפשיים, הרי שכל תוספת עלולה להכביד על המערכת מעבר למידה.¹⁴⁸

דומני כי קשיי בירור קיצוניים אינם יכולים להיות סיבה לדחיית גישות אלו. מלאכת ההתחקות על מצבים מנטליים כתנאי להטלת אחריות פלילית אינה קלה, והיא חולשת על כל הוכחה של יסוד מנטלי סובייקטיבי בעברות המותנות ביסוד נפשי של מחשבה פלילית. בתי המשפט מקצועיים ומנוסים דיים כדי לעמוד במטלה זו של התחקות על יסודות מנטליים אשר ליוו את המעשה הפלילי ובבחירת הסיבה המכרעת מתוך מארג סיבות ראשוניות ושניוניות. יתר על כן, ייתכנו מקרים שבהם תהיה ראייה ישירה או נסיבתית בדבר הלך הנפש של הנאשם, כגון הצהרותיו של הנאשם או הודאתו בדבר אדישותו לערכים המוגנים בחוק.

נדמה כי המשפט הפלילי בישראל מאמץ את הרעיון שבבסיס גישתו של דאף, אך זאת מבלי לדחות את הגישה הדואלית.¹⁴⁹ לראיה, בהיעדר הוכחה בדבר היסוד הנפשי

146 קרמניצר, לעיל הערה 139, בעמ' 658–660.

147 שם, בעמ' 660.

148 שם, בעמ' 663.

149 כך לדוגמה בשל הקושי להתחקות על צפונות לבו של אדם הוכרה בפסיקה "חזקת הכוונה", אשר "לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו". כוונת הנאשם נלמדת ממעשיו ומהנסיבות האופפות אותם. ראו בעניין זה: ע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז"ד (5) 365, 376 (2003); ע"פ 10209/06 אל הייזל נ' מדינת ישראל, פסקאות י"ד–ט"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.9.2012). דוגמה נוספת היא הפסיקה שהתפתחה סביב "חזקת הפזיזות" בתאונות דרכים קטלניות. חזקה זו קושרת את קיומה של פזיזות למידת הרשלנות שבהתנהגותו של הנאשם. במקרה של תאונת דרכים קטלנית היווצרותה של החזקה היא פונקציית של מידת הרשלנות שבנהיגתו של הנאשם. מדובר בחזקה עובדתית המבוססת על ניסיון החיים ואשר מוסקת מן הנסיבות הקונקרטיות של המקרה העומד לדיון בפני בית המשפט. הנאשם רשאי להפריכה, ודי בקיומו של ספק סביר אשר יעלה משקילתו של מכלול הראיות שהובאו בפני בית המשפט. ראו דבריו של השופט אנגלרד בע"פ 3158/00 מגידיש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד"ד (5) 80, 88–93 (2000);

הדרוש לשם הרשעת הנאשם נוטים בתי המשפט להסיק נתון זה מתוך העובדות שנגלו והוכחו בפניו, ולעתים אף בדרך של חזקה ראייתית עובדתית, המבוססות על ניסיון החיים ועל השכל הישר. דאף גורס כי העמדה המעשית כלפי הערך המוגן נגלית מתוך המעשה עצמו, אך בין קביעה זו ובין חזקות בדבר קיומו של יסוד נפשי על סמך העובדות שהוכחו ההבדל, אם קיים, אינו רב.

גישה אחרת המתיימרת ליישב את הקושי הנוצר מהתאוריה הקוגניטיבית שעליה מבוסס המשפט הפלילי ואשר יש בה כדי לקדם פתרון לתזה המוצעת ניתן למצוא במאמרה של קרן שפירא-אטינגר.¹⁵⁰ להשקפתה של שפירא-אטינגר, המשפט נוטה להתייחס למונח "מודעות" התייחסות חד-ממדית, קרי מידת הוודאות של האפשרות להתקיימותם של אירועים מושאי המודעות בעיניו של העושה (להלן "רוחב המודעות"),¹⁵¹ אך בפועל קיים ממד נוסף, אשר כמעט שאינו זוכה לביטוי מפורש בדיון המשפטי והוא "עומק המודעות", שבמסגרתו מכירים בקיומם של מצבי תודעה משתנים בעצמתם או במידת הריכוז שלהם. הנחת המוצא היא כי המשפט אינו יכול להניח שהמוח האנושי פועל בקביעות ברמת הכרה או מודעות מרביות, דהיינו קולט את הנתונים העובדתיים הזמינים לו, מעבד אותם ומגבש עמדה מפורשת כלפי המסקנות הנובעות מעיבוד הנתונים.¹⁵² תבניות משפטיות חד-ממדיות אינן מתאימות למגוון הקיים של מצבי תודעה אנושיים, המתקיימים ברבדים שונים של עומק המודעות.¹⁵³

ע"פ 3841/94 צ'לנקו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.8.1994); דנ"פ 3285/98 יאסר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.10.1998). על קיומה של חזקה בדבר היסוד הנפשי של הנאשם, כעולה מהנתונים העובדתיים המצמיחים את העברה, ראו גם: ע"פ 4463/00 מדינת ישראל נ' אבו אלהוא, פ"ד נה(3) 327 (2001); וכן ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות – אגב פסקי-הדין סובאח צ'לנקו ופלוני" מחקרי משפט יג 357 (תשנ"ו-תשנ"ז).

150 שפירא-אטינגר, לעיל הערה 54.

151 שם, בעמ' 180, 189–190. כך למשל מייחס המשפט משמעות מעשית להבדלים שבין חשד למודעות רגילה למודעות בדרגה של קרוב לוודאי, כעולה מהלכת הצפויות שבסעיף 20(ב) לחוק העונשין, וכולי. שפירא-אטינגר מבהירה כי במסגרת תהליך בחינת רוחב המודעות הכיר המשפט הפלילי בהיות קנה המידה הרגיל לקיומה של מודעות קטן מזה של "אפשרות קרובה לוודאי" באשר להסתברות התקיימות הנסיבה (או התוצאה), וכי המחוקק קבע מבחן מינימלי של מודעות לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה תוך דחיית הגישה המחייבת מודעות בדרגת הסתברות גבוהה כתנאי לקיומה של מודעות. מכאן שרוחב המודעות כמעט אפסי כאשר הערכתו הסובייקטיבית של העושה את מידת הוודאות של הנסיבה נמוכה מאוד או כמעט שאינה קיימת. במקרה זה ניתן לומר כי העושה לא היה מודע לנסיבה. מצד אחר, רוחב המודעות יכול להיות מרבי כאשר יש הכרה מלאה בקיומה של הנסיבה. בין שני הקצוות – חוסר ודאות וודאות גמורה – יש מצבי ביניים רבים המתאפיינים במידות משתנות של הסתברות שהעושה מייחס לאפשרות קיום הנסיבות הרלוונטיות.

152 שם, בעמ' 195.

153 שם, שם.

לעתים תופעות אנושיות מתקיימות באורח ארעי, סחמי או שטחי, ולא תמיד הן מתבטאות בקיום גלוי ומפורש של מודעות עמוקה. לפיכך, גורסת שפירא-אטינגר, תהא זו טעות לדרוש בכל מקרה מודעות ברובד העמוק ביותר של ההכרה האנושית, אותו רובד שבו כל קליטה חושית וכל צעד או פעולה נשקלים ונמדדים היטב בטרם מתגבשת ההחלטה לפעול באופן מסוים.¹⁵⁴ מודעות יכולה להתגבש גם בלא שיתקיים הליך של דין וחשבון פנימי, ודי בכך שהעושה ידע לתאר בקלות את מצב הדברים האובייקטיבי אם יישאל על כך בשעת המעשה.¹⁵⁵ אליבא דשפירא-אטינגר, אם התודעה יכולה להתקיים או להותיר חלל בהיעדרה, אזי "חלל תודעתי" ו"אשם סובייקטיבי" הם תרתי דסתרי. ברם אם המשפט יכיר באפשרות שתודעה תתקיים ברמות שונות של ריכוז או עומק, תיפתח בכך הדרך להכרה באפשרות קיומה של תודעה חלולה או חלולה בחלקה, ומושג חלופי זה יכול לתת מענה למקרי הביניים מבלי להיקלע לחוסר עקיבות מושגית.¹⁵⁶

כל אחת מהגישות הנזכרות לעיל יש בה כדי לקדם אותנו לעבר פתרון ליישום התזה המוצעת. כל אחת מהגישות עשויה להניח תשתית טובה לבחינת אחריותו הפלילית של עושה הפועל מתוך "חלל תודעתי" כלפי קיומה של נסיבה מפלילה, אם בדרך של זניחת התאוריה הקוגניטיבית הקשיחה ויציאה מהתשתית המושגית שעליה מבוסס המשפט הפלילי, ואם בדרך של שינוי רעיוני, תפיסתי ונורמטיבי של הבסיס להטלת אחריות פלילית. עם זאת סבורני כי אף אחת מהגישות אינה פתרון שלם וכולל למגוון מצבים של "חלל תודעתי" ולרמות השונות של האשמה המגולמות במצבים אלו. לפי גישתו של פילסבורי, אשר מציע לבסס את האחריות הפלילית על השלב המקדים של התפיסה המודעת, לא כל מצב של "חלל תודעתי" בהכרח מגלם אשמה, ולא תמיד הוא נובע מאדישות (במובן הרחב) העושה לערכים המוגנים בחוק. וגם במקרים שבהם ניתן להצביע על אדישות העושה (במובן הרחב), אין זה מעיד בהכרח שהוא בר-אשמה. לפי גישתו של מור יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית במקרים של "חלל תודעתי" אם נוכיח שהנאשם היה יכול להיות מודע לאפשרות קיומה של הנסיבה על סמך המידע שהיה ברשותו. לגישתי, עצם העובדה שהנאשם היה יכול להיות מודע לקיום הנסיבה אין בה די כדי לייחס לו מחשבה פלילית. גישה זו מתעלמת מהסיבה שגרמה לנאשם להיות במצב של "חלל תודעתי", ובכך עיקר חולשתה.

גישתו של סימונס, אף שהיא נדבך חשוב בתזה המוצעת, אינה מקדמת אותנו לעבר פתרון שלם וממצה לכל המצבים של "חלל תודעתי". לפי גישה זו, במקרים שבהם ייקבע

154 שם, שם.

155 שם, בעמ' 195–196.

156 שם, בעמ' 207. שפירא-אטינגר מתייחסת לחוסר העקיבות המושגית כפי שבאה לביטוי בפסקי הדין Elliot ו-Caldwell. ראו דיון בפסקי הדין האמורים במסגרת הדיון ב"חלל תודעתי" בדין האנגלי, להלן בפרק החמישי של המאמר.

כי "החלל התודעתי" הולדתו בסיבה המגלמת אשמה, יש הצדקה להטיל על העושה אחריות פלילית. גישה זו מתעלמת מקיומם של רמות שונות של אשמה ושל סוגים שונים של אשמה אשר יכולים להשתקף ממצבים שונים של "חלל תודעתי". הצעתו השנייה של סימונס, להטיל אחריות פלילית בחשובה לשאלה ההיפותטית – כיצד היה הנאשם פועל לו היה מודע לקיום הנסיבה המפלילה – מעוררת קשיי הוכחה ראייתיים. אף גישתו של מייקלס, הקוראת להטיל אחריות פלילית על עצם ההסתכנות שמא הנסיבה קיימת ולא על ידיעתה הממשית מעוררת קושי, שכן מדובר במבחן ערכי, אשר ראוי להתברר בבית המשפט, ולא כל הסתכנות שמא הנסיבה קיימת מגלמת אשמה ומצדיקה הטלה של אחריות פלילית.¹⁵⁷ אני מוצא לנכון לדחות את גישתו מרחיקת הלכת של דאף, אשר כופרת בגישה הדואלית, שעליה מושתתים יסודות האחריות הפלילית. ההכרה ברעיון של שפירא-אטינגר, שלפיו מודעות אינה מצב חד-ממדי, וכי תודעה עשויה להתקיים ברמות שונות של ריכוז או עומק, יכולה לפתוח פתח לראות במצבים שונים של "חלל תודעתי" מצדיקים הטלה של אחריות פלילית. לאור האמור הגעתי לכלל מסקנה כי הפתרון לתזה המוצעת אינו יכול להיות בדרך של אימוץ גישה כזו או אחרת, כמבחן בלעדי לסיווג מצבים שונים של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה. מסקנה זו הביאה אותי ליצירה של מבחן חדשני – "מבחן האשם המדורג" – אשר מספק פתרון שלם ומקיף לסיווג של מצבי "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה על ציר היסוד הנפשי של העברה.

2. הצעה לפתרון אפשרי – "מבחן האשם המדורג"

בפרק השני של החיבור דנתי בהצדקות להטלת אחריות פלילית על מי שפועל מתוך "חלל תודעתי". בחלק זה של המאמר דנתי בגישות שונות הקוראות להרחיב את התשתית המושגית המהווה בסיס להטלת אחריות פלילית, מעבר למודעות או לפזיזות המודעת באשר לנסיבה המפלילה. גישות אלו מספקות, בין היתר, תשתית טובה להצבתו ולמיקומו של "החלל התודעתי" על ציר היסוד הנפשי של העברה. על רקע הגישות השונות שהוצגו לעיל סבורני כי ניתן להרכיב מכוחן "מבחן משולב", שבמסגרתו תיבחן אחריותו הפלילית של הפועל מתוך "חלל תודעתי" כלפי קיומה של נסיבה מפלילה, לפי כמה שלבים/רבדים.

בשלב/רובד הראשון עלינו לבחון אם לפנינו מצב של "חלל תודעתי" כלפי קיומה של נסיבה מפלילה. המטרה של שלב זה היא כפולה: האחת, לבחון אם מערכת הנסיבות והראיות מעידה שהנאשם אכן היה במצב של "חלל תודעתי"; השנייה, לבחון אם אין הסדר משפטי אחר אשר חל על המקרה הנדון. כך לדוגמה היה ונאשם יטען לקיומו של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה הואיל והוא דימה בטעות נסיבה אחרת תמימה,

¹⁵⁷ יש לציין כי גישתו של מייקלס רווחה בפסיקת בית המשפט העליון, אשר קדמה לתיקון 39, והיא בוטלה לאחר התיקון. ראו דיון בפרק הראשון של המאמר, ליד ה"ש 7 ואילך.

הרי שיש לסווג טענה זו כ"טעות במצב דברים" ולבחון טיעון זה לפי סייג הטעות במצב דברים הקבוע בסעיף 34 לחוק. במקרה שבו יטען הנאשם שהוא לא נתן את דעתו לקיום הנסיבה מאחר שהוא לא היה מודע להיותה הנסיבה תנאי להתהוות העברה, הרי שיש לסווג טיעון זה כ"טעות במצב המשפטי" ולבחון אותו לפי סייג הטעות שבסעיף 34 לחוק. במקרה שבו הנאשם יטען לקיומו של "חלל תודעתי", אולם התביעה תוכיח כי הנאשם חשד בקיום הנסיבה ונמנע מלבררה, יש לבחון טיעון זה לפי דוקטרינת "עצימת העיניים" שבסעיף 20(ג)(1) לחוק. היה והנאשם יטען טענה בדבר "חלל תודעתי" ויוכח כי הוא היה מודע לקיום הנסיבה, הרי שיש לדחות טענה זו ולקבוע כי הוא היה מודע לקיום הנסיבה לפי סעיף 20(א) לחוק.

לאחר שייקבע כי הנאשם היה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה, יש לעבור לשלב השני. במסגרת שלב זה יש לאתר ולבחון את הסיבה או את מארג הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע עברה כשהוא מצוי ב"חלל תודעתי". השאלה שיש להכריע בה היא אם הסיבה, או מארג הסיבות כמכלול, להיות הנאשם במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה מגלמים אשם. מדובר בקביעה נורמטיבית של מדיניות משפטית רצויה, הכפופה לשיקול דעתם של מקבלי ההחלטות, וזאת על פי הנסיבות הנוגעות לאירוע ולחשוד או לנאשם העומד לדין. מטרתו של שלב זה היא לסווג טיעון בדבר "חלל תודעתי" לאחת משתי הקטגוריות האלה: סיבה שאינה מגלמת אשם לא תביא להטלת אחריות פלילית, ואילו סיבה המגלמת אשם תביא להטלת אחריות פלילית. דוגמאות לסיבה המגלמת אשם היא אדישות ואי-אכפתיות לקיום הנסיבה, לערך המוגן ולגורל הקרבן, מוטיב רע, כניסה למצב של "חלל תודעתי" כדי להתחמק מנשיאה באחריות פלילית, איבוד עשתונות וחמת זעם, אשר הביאו את הנאשם שלא לתת את דעתו לקיום הנסיבה ועוד. סיבות אלו, ככלל, טומנות בחובן מידה מסוימת של אשם, ועל כן לדעת הן מצדיקות הטלת אחריות פלילית.

בשלב השלישי עלינו להתאים את מידת האחריות הפלילית למידת האשם המגולמת ב"חלל התודעתי" במקרה המסוים. במקרים שבהם הסיבה מגלמת מידה גדולה של אשם, הנטייה תהיה לסווג "חלל תודעתי" כמחשבה פלילית. לעומת זאת במקרים שבהם הסיבה מגלמת מידה מעטה של אשם, הנטייה תהיה לסווג "חלל תודעתי" כיסוד נפשי מסוג רשלנות. במצב זה הנאשם יועמד לדין בתנאי שתימצא בחוק עברה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות אשר רכיביה העובדתיים זהים או דומים לעברה הדורשת מחשבה פלילית. בתוך כך מוצע כי תיבחן האפשרות להרחיב את מספר העברות שבהן יהיה ניתן להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות כלפי קיום הנסיבות. כך לדוגמה ניתן להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות בעברות מסוג מסוים (כגון עברות מין או עברות נגד ביטחון המדינה) או כלפי סוג מסוים של נסיבות (כגון נסיבות בינאריות) או כלפי קרבנות מסוימים (כגון קשישים, חסרי ישע, קטינים או עובדי ציבור). בדרך זו יתאפשר לבתי המשפט לקבוע כי "חלל תודעתי" כלפי נסיבות מפלילות המנויות באותן עברות היא

שקול למצב נפשי של רשלנות. ודוק, ההצדקה להרחבת האחריות הפלילית במקרים אלו אינה מוטלת בשל חוסר היכולת הנפשית לגבש מודעות לקיום הנסיבה אלא בשל כך שהימצאותו של הנאשם במצב של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה היא תולדה של חוסר השימוש ביכולותיו של הנאשם לגבש מודעות באותם מצבים.

דרך אחרת אשר תסייע למקבלי ההחלטות לסווג נכונה מצבים מסוימים של "חלל תודעתי" על ציר היסוד הנפשי של העברה (ברובד השני של המבחן שלעיל) היא יצירת חזקה ראייתית. לפי חזקה זו, כאשר אדם פועל מתוך חלל תודעתי שמקורו בסיבה המגלמת אשמה, קמה חזקה שלפיה הוא הסתכן ביודעין שמא הנסיבה תתקיים, ועל כן הוא ייחשב למי שפעל במחשבה פלילית. נטל הבאת הראיה יעבור כעת לנאשם, להציג הסבר חלופי אשר ישמוט את המסקנה מתחת לחזקה. אם הנאשם יספק הסבר חלופי סביר, יהיה ניתן לקבוע כי הוא התרשל אם ייקבע כי אדם סביר בנעליו היה יכול וצריך להיות מודע לקיום הנסיבה. הטלת אחריות פלילית על סמך יסוד נפשי של רשלנות תתאפשר בתנאי שמדובר בעברת רשלנות. היה והנאשם לא יצליח לסתור את המסקנה שבבסיס החזקה, ייקבע כי הוא פעל במחשבה פלילית. חזקה שכזו ניתן למצוא לדוגמה במשפט האמריקאי, בסעיף (1) 212.4 לקוד הפלילי לדוגמה.¹⁵⁸ סעיף זה מתייחס לעברה של חטיפת קטין ממשמורת האפוטרופוס החוקי שלו. סעיף זה אוסר על הוצאת קטין מתחת לגיל 18 ממשמורת הוריו, האפוטרופוס החוקי שלו, ללא כל סיבה חוקית. בהמשך הסעיף קבועה חזקה שלפיה הוכחה שהקטין היה מתחת לגיל 18 יוצרת חזקה כי הנאשם ידע שהקטין מתחת לגיל 18 או שהוא פעל בפזיזות באשר לנתון זה. במקרה זה התביעה פטורה מלהוכיח את היסוד הנפשי (ידיעה או פזיזות) הדרוש לשם הרשעת הנאשם בעברה זו, והיסוד הנפשי מוסק מכוח קיומה של חזקה שבדין. המשפט הישראלי יכול לאמץ חזקה דומה, בסוג מסוים של עברות או בסוג מסוים של נסיבות. ניתן לצמצם את תחולתה של החזקה באופן שהיא תחול לדוגמה אך ורק על נסיבות בינאריות. אפשרות אחרת היא לצמצם את תחולתה באופן שהיא תחול אך ורק באותם מקרים שבהם ייקבע כי אדם בר דעת היה מבחין בקיום הנסיבה, ועל כן חזקה שגם הנאשם היה מבחין בה. הנטל יעבור אל הנאשם לסתור את החזקה. על מנת שלא תיפגע יכולתו של הנאשם להתגונן מפני חזקה זו, ניתן לדוגמה להסתפק בכך שהוא יעורר ספק סביר כדי לסתור את החזקה, והוא לא יצטרך להוכיח את היפוכה בדרך של הטיית מאזן ההסתברויות. מבחן עזר נוסף שיש בו כדי לסייע בסיווג הנכון של "החלל התודעתי" על ציר היסוד הנפשי של העברה הוא הצגת השאלה ההיפותטית כיצד היה הנאשם נוהג לו היה מודע

Model Penal Code, § 212.4(1) – Custody of Children. "A person commits an offense 158 if he knowingly or recklessly takes or entices any child under the age of 18 from the custody of its parent, guardian or other lawful custodian, when he has no privilege to do so [...] Proof that the child was below the critical age gives rise to a presumption .that the actor knew the child's age or acted in reckless disregard thereof"

לקיומה של הנסיבה. ניתן להסתייע בראיות ישירות, כגון הודאת הנאשם, הצהרותיו, עדויות שונות וכן ראיות עקיפות, שמתוכן ניתן ללמוד על תגובתו של הנאשם לשאלה ההיפותטית האמורה. אם ייקבע על סמך המסכת הראייתית שתיפרס בפני מקבלי ההחלטות כי הנאשם היה מבצע את העברה אף אם היה מודע לקיום הנסיבה, הרי שניתן לראות בו מי שפעל במחשבה פלילית. לעומת זאת אם נשיב בשלילה לשאלה האמורה, ניתן לקבוע אחת משתיים: שהנאשם התרשל ביחסו לרכיב הנסיבתי של העברה, או לחלופין שהוא אינו נושא כלל באחריות פלילית. ניתן להסתייע במבחן זה אף כמבחן עצמאי ולא רק כמבחן עזר במסגרת "מבחן האשם המדורג". יתרונו נעוץ בכך שהוא עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות ועקרון האשמה, הוא אינו תלוי בקביעה נורמטיבית של מקבלי ההחלטות ואינו נתון לשיקול דעתם. על פי הצעה זו תיוחס מחשבה פלילית רק למי שיוכח כי הוא היה מבצע את העברה אף אם היה מודע לקיום הנסיבה. מכאן אשמתו הגבוהה ומכאן ההצדקה להטיל עליו אחריות פלילית דווקא בעברה של מחשבה פלילית.

ניישם את התזה המוצעת בעברה לפי סעיף 216(א)(2) לחוק האוסרת על אדם לשדל קטין מתחת לגיל 16 לפשוט יד במקום ציבורי. עברה זו דורשת הוכחה של מחשבה פלילית כתנאי להרשעה בה. על פי תרחיש ראשון, נתון כי ראובן, אשר לוקה בנפשו, נוהג לשדל עוברי אורח, ובכללם קטינים, לקבץ נדבות בשבילו. נניח כי אין במחלת הנפש שממנה סובל ראובן כדי לפטור אותו מאחריות פלילית, וכי ראובן שידל את עידן, קטין בן 15, לפשוט יד במקום ציבורי. הסיבה להימצאותו של ראובן במצב של "חלל תודעת" כלפי גילו של הקטין מקורה בליקוי נפשי שממנו הוא סובל. עובדה זו יש בה כדי להעיד שראובן אינו נושא באשם כלשהו, ועל כן אין להטיל עליו אחריות פלילית בעברה האמורה.

על פי תרחיש שני, נתון כי ראובן (הבריא בנפשו) נוהג לשלוח את אנשיו שיאספו מרחובות העיר נערים חסרי בית, ובתמורה לקורת גג, אוכל ודאגה לצורכיהם, הם נדרשים לקבץ נדבות ברחובות ולהעביר לרשותו את הכספים, פרי עמלם. לאחר שנטען כי ראובן שידל קטינים מתחת לגיל 16 לפשוט יד במקום ציבורי, הוא הועמד לדין בעברה זו. נניח כי ראובן יטען כי הוא לא נתן את דעתו לגילם של הקטינים שאותם שידל, ועל כן אין להטיל עליו אחריות פלילית. על פי התזה המוצעת, עלינו לבחון מהי הסיבה להיותו במצב של "חלל תודעת" כלפי נתון זה. במקרה אחד נתון כי ראובן הנחה את נציגיו לאסוף לבית המחסה שבבעלותו קטינים בני 16–18 שנים. עוד נתון כי ראובן נוהג לבדוק את גילם באמצעות תעודה מזהה. ראובן לא בדק את גילם של הקטינים ולא נתן את דעתו לנסיבה זו בשל שכחה, היסח דעת או חוסר זהירות רגעי. מידת אשמו של ראובן, העולה מנתונים אלו, היא מעטה. אפשרות אחת היא לקבוע כי מידת אשמו המעטה של ראובן אינה מצדיקה העמדתו לדין. אפשרות אחרת היא לקבוע כי ראובן התרשל כלפי קיום הנסיבה, ועל כן יש לראות בו רשלן. הואיל ובמקרה זה אין בחוק העונשין עברה דומה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות, מן הדין לזכותו. אם הייתה

קיימת בצדה של עברה זו עברה מקבילה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות, יהיה ניתן להטיל על ראובן אחריות פלילית בעברת רשלנות.

במקרה השני נתון כי ראובן הנחה את נציגיו לאסוף מהרחובות נערים בכל גיל שהוא. נתון כי הקטינים מובאים לבית המחסה של ראובן, וראובן משדלם לפשוט יד. דברי השידול מועברים באופן שבו הקטינים יכולים להבחין בראובן אולם הוא אינו מבחין בהם. כך לדוגמה ראובן מעביר להם את דברי השידול באמצעות מערכת כריזה בבית המחסה, או באמצעות הקרנתם בטלוויזיה. ראובן ודאי יטען כי הוא לא פגש את הקטינים ולכן לא היה מודע לכך שלחלקם טרם מלאו 16 שנים ואף לא חשד בכך. לפי הדין הקיים, ראובן, אשר היה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה, לא יישא באחריות פלילית. על פי התזה המוצעת, היה וייקבע כי ראובן לא נתן את דעתו לנסיבה זו בשל אדישותו וחוסר עניין שהוא גילה בנתון זה, שכן כל שעניין אותו הוא התמורה הכספית שתתקבל מתוצאות עמלם של הקטינים, הרי שיש בכל אלו כדי להעיד על מידת אשמתו הגבוהה, אשר מצדיקה לייחס לו מחשבה פלילית. כמו כן אם יוכח כי ראובן שידל במתכוון את הקטינים באופן שהוא לא יוכל להבחין בהם ולהעריך את גילם, ולכן הוא יהיה במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבה זו, ובדרך זו הוא יחמוק מנשיאה באחריות פלילית באותה עברה, הרי שקיימת הצדקה להטיל עליו אחריות פלילית באותה עברה, בשל מידת האשמה הרבה המשתקפת ממעשיו. ניתן להיעזר במבחני העזר אשר הצעתי כדי לתמוך במסקנה שלפיה ראובן פעל במחשבה פלילית.

היתרון ב"מבחן האשם המדורג" המוצע הוא באפשרו לייחס מחשבה פלילית אך ורק לעושים מסוימים הפועלים במצב של "חלל תודעתי" שהוא תולדה של סיבה המגלמת אשם סובייקטיבי. כמו כן הפתרון המוצע מקיים את תכליותיו של המשפט הפלילי, הן הגמוליות והן התועלתניות, תוך מתן הגנה ראויה לקרבנות עברה. מבחן זה מעניק למקבלי ההחלטות שיקול דעת (ויש שוודאי יאמרו רחב מדי) לקבוע אילו סיבות מגלמות אשמה, ואילו אינן מגלמות אשמה, ועל בסיסן להתאים את מידת האחריות הפלילית הראויה בכל מקרה ומקרה. מחד גיסא קבלת ההחלטה תהא תוצר של שקילת מכלול הנתונים והנסיבות, כגון נסיבות הקשורות בעברייני, וכן שיקולים של מדיניות משפטית ראויה בסוג מסוים של עברות או כלפי סוג מסוים של עבריינים, ומאידך גיסא, העובדה שלמקבלי ההחלטות יינתן שיקול דעת רחב מדי עלולה לבוא על חשבון הוודאות המשפטית ואפשר שתפגע בעקרון החוקיות. סביר להניח שככל שתצטבר פסיקה באשר לסיווגן של סיבות המגלמות אשמה ואלו שאינן מגלמות אשמה, הרי שהפגיעה בוודאות המשפטית תרוכך ותפחת.

(א) ההסדר המוצע והמשוכה החוקתית

מטרת דיון זה היא לבחון אם הפתרון האפשרי שהוצע לעיל (להלן: "ההסדר המוצע" או "ההסדר") יעבור את המשוכה החוקתית הניצבת בפניו. כל הסדר הקורא להטיל אחריות פלילית על בעלי "חלל תודעתי" יעלה דיון ער בפסיקה ובספרות המשפטית באשר

לחוקתיותו. במסגרת בחינת חוקתיותו של ההסדר עלינו לאזן בין הזכויות החוקתיות של הנאשם ובין זכויות החברה, ובכללה קרבנות העברה. מחד גיסא עלינו לתת משקל לרציונלים הגמוליים והתועלתניים שבבסיס ההסדר, ומאידך גיסא יש להתחשב בזכות הנאשם לכבוד ולחירות, שעלולה להיפגע מהסדר זה.¹⁵⁹

עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עברה ישראל "מהפכה חוקתית".¹⁶⁰ המשמעות של מהפכה חוקתית בהגנה על זכויות אדם באה לביטוי בהעלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות אדם מסוימות לבעלות מעמד חוקתי-על חוקי ויצירת מגילת זכויות אדם ישראלית.¹⁶¹ המהפכה החוקתית חולשת על כל תחומי המשפט, והיא מורגשת במיוחד בתחום המשפט הפלילי המהותי והדיוני.¹⁶² חוק יסוד כבוד האדם הוא ביטוי-על של ערכיה של מדינת ישראל בתחום זכויות האדם, ואילו המשפט הפלילי הוא שלוחה של חוק זה.¹⁶³ במובן זה, תכליתו של המשפט הפלילי היא להגשים את הרעיונות הגלומים בחוק היסוד.¹⁶⁴ יהודית קרפ עומדת על זיקתו הכפולה של חוק העונשין לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מחד גיסא המשפט הפלילי נועד להשליט את ערכי זכויות האדם ולשמור על ערכים אלו, ומאידך גיסא המשפט הפלילי מושתת על מערכת נורמטיבית הפוגעת בזכויות יסוד ומצמצמת את אפקטיביות תחולתן.¹⁶⁵ החקיקה הפלילית נועדה להגן הן על האינטרסים של הציבור כקרבנות פוטנציאליים הזכאים להגנה מפני מפרי זכויות, והן על האינטרסים של הנאשמים או של הנאשמים הפוטנציאליים העלולים להיפגע בידי הרשויות או בידי זולתם.¹⁶⁶ "גישה כפולה זו מחייבת את המחוקק להתאים את חקיקת העונשין הן לזכויות היסוד והן לכללים הקבועים בחוק היסוד באשר לפגיעה בהן".¹⁶⁷ הואיל ותיקון 39 לחוק העונשין נחקק לאחר חיקוקו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נובע כי הוראותיו, כמו גם הוראה אשר תרחיב את גדרה של המחשבה הפלילית גם לבעלי "חלל תודעתי", נתונות למשטר חוקתי.¹⁶⁸

- 159 דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 760, 768.
- 160 אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (תשנ"ב).
- 161 רבין וואקי, לעיל הערה 55, בעמ' 49.
- 162 ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ברק (2002) (להלן: עניין סילגדו). דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 699; אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על מהשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (תשנ"ו).
- 163 יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 68 (תשנ"ה-תשנ"ו).
- 164 שם, בעמ' 67-68.
- 165 שם, בעמ' 68; יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג 275, 276 (תשנ"ו); מצוטט אצל דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 699.
- 166 קרפ, לעיל הערה 163, בעמ' 77.
- 167 דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 699.
- 168 ראו: סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "שמירת דינים".

בפסק הדין בעניין מזרחי (להלן: עניין מזרחי)¹⁶⁹ נקבע כי חוק רגיל של הכנסת אינו יכול לפגוע בזכויות יסוד המעוגנות בחוק היסוד, אלא אם כן הוא עומד בארבעת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד: הפגיעה בזכות היא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, החוק נחקק לתכלית ראויה, ופגיעתו של החוק בזכויות האדם החוקתיות אינה עולה על הנדרש. היה והפגיעה בזכות האדם עומדת בארבעת תנאיה של פסקת ההגבלה, הרי שהפגיעה נעשתה כדין. לפי המבחן 'התלת-שלב' אשר נקבע בפסק הדין בעניין סילגדו,¹⁷⁰ קבע הנשיא ברק כי בשלב הראשון עלינו לבחון אם הוראת חוק שנחקקה לאחר כינונו של חוק היסוד פוגעת בזכות אדם המוגנת על ידי חוק היסוד. בשלב השני השאלה היא אם הפגיעה בזכות האדם, מקום שהיא קיימת, מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. בשלב השלישי השאלה היא מהי התוצאה אם יתברר כי החוק פוגע בזכות אדם חוקתית בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.¹⁷¹ ככל שהסדר פוגע בזכות אדם חוקתית, הרי שתוקפו מותנה בהתאמתו לתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. במסגרת נוסחת האיזון עלינו לתת את הדעת לשאלות האלה: האם הטלת אחריות פלילית על מי שפעל מתוך "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה, בכפוף לפתרון המוצע, פוגעת בזכות חוקתית? ובהנחה שהיא פוגעת בזכות חוקתית, האם פגיעה זו נעשית לתכלית ראויה? ומהי אותה תכלית המצדיקה הטלת אחריות פלילית על בעלי "חלל תודעתי"? האם העובדה שאנו מייחסים במקרים מסוימים למי שמצוי ב"חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה מחשבה פלילית ולא יסוד נפשי קל ממנה, היא מידתית? על מנת שנוכל להשיב על שאלות אלו עלינו לעבור את המשוכה החוקתית ולמצוא את נקודת האיזון הראויה.

בשלב הראשון השאלה היא אם הסדר הקורא להטיל אחריות פלילית על בעל "חלל תודעתי" שהולדתו בסיבה-גישה-יחס-הלך נפש, המגלמים אשם, פוגעת בזכות אדם חוקתית. סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". בפסק הדין בעניין סילגדו קבע השופט ברק כי "הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי, על-כן חוקיותן מותנית בכך שהן מקיימות את הוראותיה של פסקת ההגבלה".¹⁷² הואיל והסדר הקורא להטיל אחריות פלילית על

169 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין מזרחי).

170 עניין סילגדו, לעיל הערה 162.

171 שם, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט ברק. כמו כן ראו עניין מזרחי, לעיל הערה 169, בעמ' 428.

172 עניין סילגדו, לעיל הערה 162, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ברק.

בעלי "חלל תודעתי" מרחיב את מעגל הנושאים באחריות פלילית, ניתן להניח אפריורית כי הוא פוגע בחירותם.¹⁷³

היה ונבחן לגופו של עניין אם הסדר שכזה פוגע בזכויות חוקתיות, יש שיראו בו מי שפוגע בעקרון האשמה. אף שעקרון האשמה אינו מנוי עם הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, יש הסבורים כי עיקרון זה הוא נגזרת של ערכי כבוד האדם וחירותו.¹⁷⁴ על פי עקרון האשמה, מקום שבו מוטלת אחריות פלילית מבלי שהייתה לעושה אפשרות לבחור בין עשיית המעשה לבין הימנעות ממנו, עיקרון זה נפגע. לכאורה, אם נתבונן על מצב של "חלל תודעתי" במבט שטחי וחד-ממדי, כמצב מנטלי שאינו תולדה של בחירה מודעת, הטלת אחריות פלילית בשל הימצאותו של הנאשם במצב זה היא סטייה מעקרון האשמה. מנגד יש לציין כי במסגרת ההסדר המוצע מוטלת אחריות פלילית בעברה של מחשבה פלילית רק באותם מקרים שבהם הנאשם בחר שלא למקד את תשומת לבו בקיום הנסיבה ולהתעלם ממנה. ההנחה היא כי במקום שבו קיימת בחירה, קיימת אשמה. לפיכך באותם מקרים שבהם הכניסה למצב של "חלל תודעתי" נעשתה מתוך בחירה ומסיבה המגלמת אשם, הרי שלפי עקרון האשמה, יש הצדקה להטיל על הנאשם אחריות פלילית בעברה של מחשבה פלילית. במקרים שבהם העושה לא נכנס למצב של "חלל תודעתי" מתוך בחירה, ומסיבה המגלמת רמה נמוכה של אשם, הרי שעל פי עקרון האשם, יש לבחור באחת משתי החלופות האלה: אי-נשיאה באחריות פלילית או לחלופין הטלת אחריות פלילית בעברת רשלנות, אם קיימת עברה כזו בחוק. הסדר מדורג שכזה עולה בקנה אחד עם עקרון האשם.

לגישתו של השופט ברק, הטלת אחריות פלילית ומאסר פלילי בגין התנהגות שאין בה מחשבה פלילית פוגעת בכבוד האדם.¹⁷⁵ ניתן לטעון כי הסדר הקורא להטיל אחריות פלילית על בעלי "חלל תודעתי" פוגע בכבודם. אף טיעון זה אינו נקי מספקות. ניתן לקבל ולהבין טיעון זה, לו היינו מטילים אחריות פלילית על כל אדם המצוי במצב של "חלל תודעתי". או לחלופין היינו מטילים אחריות פלילית על מי שפועל מתוך "חלל תודעתי" שאינו תולדה של בחירה או סיבה שאינה מגלמת אשם. במקום שבו הטלת

173 השופט שטרסברג כהן חלקה על דעתו של השופט ברק (שאליו הצטרף השופט לוי), שכן לגישתה החירות המוגנת אינה כוללת את החירות להתנכר לנורמות המשפט הפלילי של החברה שבה הוא חי. המשפט הפלילי מגן על חייו, על חירותו ועל קניינו של האדם גם מפני פגיעה בהם בידי עבריינים, הנוטלים חירות לעצמם לפגוע בזכויות יסוד של אחרים. "הגנה על זכויותיהם של הנפגעים הפוטנציאליים מחייבת הגבלת זכויותיהם של הפוגעים. הגנה על חירות הקורבן מחייבת הגבלת חירות העבריינין". ראו שם, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

174 ראו: עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87, 95 (תשנ"ו); ברק, לעיל הערה 160; קרפ, לעיל הערה 163, בעמ' 82-85.

175 אהרון ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (תשנ"ד); עניין סילגדו, לעיל הערה 162, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט ברק.

האחריות הפלילית מותנית בבחירת העושה להיות במצב של "חלל תודעתי" ובסיבה המגלמת מידה רבה של אשם, יש הצדקה לראות בעושה מי שפעל במחשבה פלילית. בין שנקבל את גישתו של השופט ברק בסילגדו, שלפיה הוראה עונשית פוגעת בחירות הנאשם, ובין שנקבע לגופו של עניין כי הסדר המטיל אחריות פלילית (שעונש מאסר בצדו) על בעלי "חלל תודעתי" במקרים מסוימים פוגע בזכויות חוקתיות, עלינו לעבור לשלב השני במבחן "התלת-שלבי", ובו אתמקד בבחינת התקיימות הוראותיה של פסקת ההגבלה. לצורך הדיון אצא מנקודת הנחה כי היה ותיכנן פגיעה בזכות חוקתית, היא תיעשה בחוק. השאלה היא אם הסדר שכזה הולם את ערכיה של מדינת ישראל ואם הוא נועד לתכלית ראויה. על שתי השאלות הללו אשיב בחיוב.

מטרתו של ההסדר המוצע היא למגר את הפשיעה ולהגן על הציבור, ובכללו קרבנות פוטנציאליים, מפני אנשים אשר אינם נותנים את דעתם לרכיב הנסיבתי המקנה להתנהגותם את אופייה הפלילי. כאשר אי-נתינת הדעת לקיומה של נסיבה מפלילה נעוצה בבחירה שלא למקד את תשומת הלב בה או בסיבה כלשהי המגלמת אשם, יש הצדקה להטלת אחריות פלילית. אדם המבצע עברה מבלי לתת את דעתו לשאלת קיום הנסיבה המפלילה ולערך המוגן, מסוכן לחברה באותה מידה שבה עובר העברה פעל במודעות מלאה. תכלית נוספת היא להרתיע מפני כניסה מראש למצב שבו אדם יעבור עברה מבלי שהוא ייתן את דעתו לנסיבה המפלילה ובכך הוא יחמוק מנשיאה באחריות פלילית. אי-הטלת אחריות פלילית במצבים של "חלל תודעתי" עלולה להעביר מסר כי יחס פסול כגון רצון להתחמק מנשיאה באחריות פלילית או לחלופין אדישות, אי-אכפתיות והתנכרות לקרבנות ולערכים המוגנים, משתלמים. גישה שכזו עלולה לתמרץ בני אדם להיות אדישים ולגלות אי-אכפתיות לסביבתם, באשר הם לא יישאו באחריות פלילית לעברה שבוצעה במצב מנטלי זה. יש לציין כי הרצון להרתיע לא די בו כשלעצמו.¹⁷⁶ נדרש שיהיה להסדר גם בסיס של אשמה, וכי יהיה צודק, מנקודת מבט גמולית, להטיל על בעל "חלל תודעתי" אחריות פלילית כאות לגינוי המוסרי שלו הוא ראוי.¹⁷⁷ על כן שנתנה הטלה של אחריות פלילית במצבים של "חלל תודעתי" בבחירת העושה, במידת אשמו ובנזק שהוא גרם לאינטרס הציבורי או בסכנה לערך המוגן, הרי שעולה הצורך לגנות מוסרית את מעשיו. כל אלו הן תכליות ראויות, וודאי שהן הולמות את ערכיה של מדינת ישראל.

האם הסדר המאפשר לראות במי שפועל מתוך "חלל תודעתי" בעל מחשבה פלילית הוא מידתי? האם הוא פוגע בזכות מוגנת במידה שאינה עולה על הנדרש? סבורני שהתשובה היא חיובית. לשם בחינת המידתיות מקובל לחלק את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה: הראשון – מבחן האמצעי המתאים והרציונלי להשגת המטרה

176 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 124.

177 שם, בעמ' 110; דנציג-רוזנברג, לעיל הערה 5, בעמ' 703–704.

החקיקתית; השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; השלישי – מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר) שבמסגרתו מתבקש איזון בין טובת הפרט לטובת הכלל.¹⁷⁸

האמצעי שהסדר נוקט – הרחבת תחולתה של המחשבה הפלילית שבסעיף 20 לחוק העונשין גם למצבים מסוימים של "חלל תודעתי" – משרת את המטרה החקיקתית. הוא מספק הגנה לערכים המוגנים בחוק ומרחיב את האחריות הפלילית גם על מי שפוגע באותם ערכים כשהוא מצוי ב"חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות, ומצב זה מגלם מידה רבה של אשם. ענישתם של מי שפוגעים בערכים החברתיים כשהם מצויים במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות נחוצה לשם הרתעה. ענישתם נועדה להרתיעם לבל יבצעו את אותה עברה או עברות אחרות, כשהם אינם נותנים את דעתם לקיומה של הנסיבה המפלילה, ובעיקר שהלך נפש זה מקורו בגישה אנטי-חברתית וביחס מתנכר ואדיש לערכים המוגנים בחוק ולקרבות העברה. בטווח הארוך, ענישתם יכולה לגרום להם לנטוש גישה אנטי-חברתית זו ולהמירה בגישה שונה, ערכית ואמפתית, אשר תביאם להפנים את הנורמות הרצויות ולנהוג לפיהן. מכאן שהסדר המוצע יש גם השפעה משקמת, מחנכת ומדריכה. יתר על כן, אדם המבצע עברה כשהוא מצוי במצב של "חלל תודעתי", שהולדתו בסיבה המגלמת אשמה, מהווה סיכון לחברה ולערכים המוגנים בה. מכאן שהסדר המוצע מוצדק גם בראי התכלית המניעתית של הענישה, אשר שואפת להרחיק מהחברה את מי שמהווה סיכון לחברה ולחבריה. יתר על כן, ההסדר המוצע לגיטימי גם מההיבט הגמולי של הענישה, באשר הוא נועד לתפוס ברשתה של המחשבה הפלילית נאשמים שבהתנהגותם דבקה מידה רבה של אשם, המצדיקה גינוי מוסרי והוקעה. אשר על כן ההסדר המוצע מקיים את מבחן המשנה הראשון בהיותו אמצעי מתאים ורציונלי להשגת מטרה חקיקתית זו.

במסגרת מבחן המידתיות השני (האמצעי שפגיעתו פחותה) עלינו לבחון אם אי אפשר להשיג את המטרה החקיקתית באמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות אדם היא פחותה. על פני הדברים, לטעמי אין קיימת אפשרות להשיג את המטרה החקיקתית באמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות אדם פחותה. ביסוד עמדתי זו מונח השיקול שלפיו יש מדרג באחריות הפלילית שתיוחס למי שפועל מתוך "חלל תודעתי" כתלות במידת האשמה. הרעיון הוא להטיל אשם על מקרים שבהם אדם בחר שלא למקד את תשומת לבו בקיום הנסיבה. ההנחה היא שלו היה הנאשם ממקד את תשומת לבו באותו נתון, הוא היה מבחין בו. לפיכך הטלת האחריות הפלילית אינה ללא כל אשמה. לכאורה ניתן לטעון כי קיים צעד פוגע פחות והוא הטלת אחריות ברשלנות גם על מי שהסתכן ביודעין שמא הנסיבה קיימת. בה בעת נראה כי אמצעי זה אמנם פוגע פחות, אך אינו מגשים את מבחן המידתיות הראשון. חוששני שמא הסתפקות בהטלת אחריות פלילית בעברת רשלנות בלבד, במצבים שבהם העושה הוא בעל רמה גבוהה של אשמה, לא יהא בה די כדי להשיג את המטרות התועלתניות והגמוליות של חוק העונשין. הסתפקות ביסוד נפשי

178 עניין סילגדו, לעיל הערה 162, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ברק.

חלש מסוג רשלנות במקום שבו מידת אשמתו של הנאשם היא רבה, היא סטייה מעקרון האשמה ואינה מקיימת את התכלית הגמולית של הענישה. בל נשכח כי בחוק העונשין קיים מספר מצומצם ביותר של עברות רשלנות, מה שמשליך על תחולתו ויישומו של ההסדר כמו גם על האפקטיביות שלו. כך לדוגמה, על פי הדין הקיים, מי שביצע עברות מין כשהוא מצוי ב"חלל תודעתי" כלפי הנסיבות המפלילות, בין שמדובר בגילה של הקרבן או בנסיבת הסכמתה למעשה, כשמצב זה מקורו באדישות (במובנה הרחב) ובאי-אכפתיות לגורלה של הקרבן ולערכים המוגנים באותן עברות, אינו נושא באחריות פלילית, שכן עברות אלו דורשות מחשבה פלילית והן מסתפקות ביסוד נפשי של רשלנות. ככל שנגביל את ההסדר המוצע לעברות רשלנות בלבד, הרי שלא יהא בכך כדי לשנות את הדין הקיים, ועושים שכאלו, שבהתנהגותם דבק אשם רב, ימשיכו לפגוע בחברה ובחבריה מבלי לתת את הדין על מעשיהם. אף אם נניח שתימצא בחוק עברה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות, ואף אם נניח שהנאשם יורשע בה, הענישה תהא מקלה ולא מידתית באשר למידת האשמה הגבוהה ולמידת הנזק שהוא גרם. יתר על כן, ספק רב אם ענישה בעברת רשלנות תעביר לנאשם את המסר שלפיו הוא צריך לשנות את דרכיו, את תפיסת עולמו ואת יחסו האנטי-חברתי המגולם ב"חלל תודעתי" שבשלו הוא ביצע את העברה. לאור האמור לעיל סבור אני כי המשקל המצטבר של שיקולים אלה עושה את הפגיעה בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד למידתית. נפנה לבחינת מבחן המשנה השלישי.

על פי מבחן המידתיות השלישי – "המובן הצר" – הסדר המטיל אחריות פלילית בעברה של מחשבה פלילית על בעלי "חלל תודעתי" אינו ראוי אם אין יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לפרט.¹⁷⁹ במילים אחרות, עלינו לבחון אם ההסדר מקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת ממנו לבין היקף פגיעתו בכבוד האדם ובחירותו של הפועל מתוך "חלל תודעתי". שכן גם מקום שבו נקבע כי האמצעי שנבחר משיג את המטרה, וכי אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה ואשר ישיג את המטרה באותה מידה, ייתכן שבית המשפט יאלץ לקבוע כי הבחירה באמצעי זה אינה חוקתית. זאת, מאחר שהפגיעה בזכות ועצמתה עולות על התועלת הצומחת לחברה מהפגיעה.¹⁸⁰ כאשר לשאלה אם המדיניות שבהסדר מקיימת מתאם ראוי בין התועלת שהיא מביאה לבין הנזק שהיא גורמת, אשיב על כך בחיוב.

ההסדר המוצע מאפשר להרשיע נאשמים המבצעים עברות כשהם מצויים במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבות, ושמצב זה מגלם את מידת אשמתם הגבוהה. הנזק שייגרם לאותם נאשמים הוא למעשה הנזק הכרוך בהרשעה פלילית ונשיאה בענישה פלילית. נזק זה כולל שלילת חירות במקרים שבהם יוטל על הנאשם עונש מאסר; פגיעה בקניין

179 שם, פסקה 16 לפסק דינו של השופט ברק.

180 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 109 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.9.2013).

במקרים שבהם יחויב הנאשם לפצות את קרבנותיו או לשלם קנס לאוצר המדינה; ואף פגיעה בשם הטוב, יצירת קלון ונשיאת סטיגמה. התועלות שתצמחנה מהסדר זה, ושעליהן עמדתי בדיונים הקודמים, כוללות הגנה שלמה על הערכים החברתיים מפני פגיעה בהם בידי עושים המגלים אדישות והתנכרות להם; גינוי מוסרי והוקעה של התנהגויות המלוות ביחס של "חלל תודעתי"; יצירת הרתעה; חינוך והדרכה של מי שפועל במצב של "חלל תודעתי" באשר ליחס הראוי והאמפתי שהוא צריך לגלות כלפי הנורמות החברתיות; הגנה על קרבנות פוטנציאליים מפני פגיעה בהם בידי מי שמתנכר לזכויותיהם ולאינטרסים שלהם ושמירה על הסדר הציבורי. במישור הערכי הפגיעה בערכים המוגנים ובחירותם של קרבנות פוטנציאליים מצדיקה פגיעה בחירותם, בקניינם ובשם הטוב של מי שפוגע מבחירה באותם ערכים ובאותם קרבנות. חירותו של הנאשם לפגוע בערכים נסוגה מפני חירותו של הציבור שלא להיות קרבן לעברות, גם ובעיקר כאשר מי שמבצע אותן מגלה חוסר עניין בקרבן, בגורלו, בזכויותיו ובאינטרסים שלו, ובמיוחד בשל העובדה כי מצב שבו אדם אשר פעל מתוך "חלל תודעתי" עומד לדין הוא בהכרח מקרה שבו התקיימה הפגיעה בקרבן הספציפי ועל כן נדרשת תגובה הולמת מצד החברה. בל נשכח כי לבתי המשפט יש שיקול דעת להשית עונשים מסוגים שונים ובהיקפים שונים (במסגרת העונש המרבי הקבוע בגוף העבירה) אשר ייתנו ביטוי לפגיעה בזכויות הנאשם מחד גיסא, ולתועלות החברתיות שתצמחנה מענישתו (לפי ההסדר המוצע) מאידך גיסא. לפיכך הטלת אחריות פלילית מובחנת ומדורגת לפי מידת האשמה המגולמת במצבי "חלל תודעתי" מסוימים מקיימת יחס ראוי בין התועלת שבהסדר לבין הנזק העלול להיגרם ממנו. לפיכך להערכתו, ההסדר המוצע יצלח את המשוכה החוקתית.

3. הסדרים הכרוכים בהחלתן של דוקטרינות קיימות על מצבי "חלל תודעתי"

ההסדר המוצע מאפשר לבתי המשפט לבחון מצבים שונים של "חלל תודעתי", להבחין ביניהם, לחשוף את הלך הנפש האמתי המגולם במצבי "חלל תודעתי" מסוימים ולהתאים את מידת האחריות הפלילית למידת האשמה הנגלית מאותו מצב. התוצאה היא שלעתים "חלל תודעתי" יוצא אל מחוץ לציר היסוד הנפשי של העברה, פעמים אחרות הוא יהא שקול לרשלנות, ולעתים, לפי התזה המוצעת בחיבור זה, הוא יהיה שקול למחשבה פלילית. העובדה שמדובר במבחן נורמטיבי, מדורג ומידתי, עושה את הפגיעה בזכות אדם מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו למידתית. חרף זאת, ובכך טמון חסרונו, הוא מצריך סטייה מהתשתית המקובלת תוך עריכת שינויים בהגדרת המחשבה הפלילית. במסגרת הדיון הבא אבחן את מידת התאמתן של שתי דוקטרינות כמשפט הפלילי: דוקטרינת "עצימת העיניים" ודוקטרינת "התנהגות חופשית במקור", כפתרון אפשרי ליישומה של התזה המוצעת.

(א) החלת דוקטרינת "עצימת העיניים" על מצבים של "חלל תודעתי"

הגישה שלפיה ניתן לראות ב"חלל תודעתי" "עצימת עיניים" נראתה בעיקר אצל המלומד פלר, ובפסיקת בית המשפט העליון שקדמה לתיקון 39 לחוק¹⁸¹ וכן אצל השופט אנג'לרד בעניין טייב, אשר נפסק לאחר תיקון 39 לחוק.¹⁸² בפרק הראשון של המאמר מתחתי ביקורת על גישתו של פלר ועל גישתם של שופטי בית המשפט העליון, אשר יצרו חזקה משפטית שלפיה "חלל תודעתי" כלפי נסיבה בינארית שקול למצב של "עצימת עיניים". טענתי העיקרית הייתה כי קיומה של נסיבה בינארית במציאות אינו מעיד בהכרח שכל אדם, ובכל רגע נתון, מודע לקיומה או חושד בדבר קיומה. ייתכנו מצבים שבהם נתונים אישיים של הנאשם או נסיבות האירוע הספציפי לא יעידו בהכרח שהנאשם "עצם את עיניו" לנוכח קיומן של הנסיבות. בניגוד לגישה שלעיל, השופט שמגר הוא שסיווג בעניין בארי מצב של "חלל תודעתי" כ"עצימת עיניים", מבלי להניח כי הנאשם היה מודע לאפשרות קיום הנסיבה.¹⁸³ השופט שמגר קרא להרחיב את דוקטרינת "עצימת העיניים" גם לחשד סביר אשר היה צריך להתעורר לאור הנסיבות (חשד אובייקטיבי/חשד קונסטרואטיבי). במסגרת דיון זה אבחן אם דוקטרינת "עצימת העיניים", כהגדרתה בהוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, מתאימה להיות אכסניה למצבים של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה באשר הן (בינאריות ושאינן בינאריות). עובר לתיקון 39 לא הסדיר חוק העונשין את דוקטרינת "עצימת העיניים", וזו נקלטה בפסיקה מהמשפט האנגלי.¹⁸⁴ בעברות אשר כללו בין יסודותיהן רכיב של "ידיעה" היה ניתן להסתפק ב"עצימת עיניים", שמשמעה קיומו של חשד ברמה גבוהה מאוד והתעלמות מכוונת, כזו אשר הפכה את ההתנהגות ל"היתממות".¹⁸⁵ ועדת אגרנט הציעה לראשונה לעגן את דוקטרינת "עצימת העיניים" במסגרת סעיף 10(ב) להצעת חלק כללי לחוק עונשין, אשר קבע כי "רואים אדם כאילו ידע, אם מנע מעצמו מרצון את השגת הידיעה".¹⁸⁶ הצעתם המאוחרת של פלר וקרמניצר שינתה את נוסחו של כלל "עצימת

181 ראו: דיון בעניין זה בפרק הראשון של המאמר.

182 ראו: דיון בעניין זה בפרק הראשון של המאמר, ליד ה"ש 47.

183 עניין בארי, לעיל הערה 25, בעמ' 350–351.

184 ד"נ 8/68 המטרפרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 536 (1968); ע"פ 621/76 באשי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 60 (1977); ע"פ 538/89 ורשבסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 870 (1990); על התפתחותה של דוקטרינת "עצימת עיניים" וקליטתה במשפט הישראלי, ראו: שפירא-אטינגר "עצימת עיניים – סיפור על שועלים ועל יענים" ספר שאוה 625, 643–645 (אהרון ברק ודניאל פרידמן עורכים, תשס"ו).

185 ע"פ 135/73 כרטיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 614, 615 (1973). "אמת נכון הדבר, הלכה פסוקה היא שאין אדם רשאי להיתמם ולעצום את עיניו, כאשר לפי כל נסיבות העניין סביר היה להניח שהרכוש שקיבל להחזקתו היה רכוש גנוב"; שפירא-אטינגר, לעיל הערה 184, בעמ' 643. יש לציין כי אין זו אותה "עצימת עיניים" אשר נקבעה בעקבות תיקון 39 לחוק בסעיף 20(ג)(1) לחוק.

186 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין, לעיל הערה 44, בעמ' 115. הוראת סעיף 10 קבעה כך:

העיניים" ודרשה קיומו של חשד סובייקטיבי בדבר אפשרות קיומן של הנסיבות והימנעות מבירורו.¹⁸⁷ נוסח זה התקבל בשינויים קלים בתיקון 39 לחוק העונשין, שבו נקבע בסעיף 20(ג)(1) לחוק, כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להן, אם נמנע מלבררן".

לאחר תיקון 39 ניתן להבחין ברמה אחת של מודעות אשר "עצימת עיניים" משמשת לה תחליף.¹⁸⁸ הימנעות מבירור חשד בדבר קיום הנסיבה אינה אלא מודעות לאפשרות שהנסיבה קיימת. לחושד יש ידיעה על מצב דברים, אלא שידיעה זו אינה מלאה.¹⁸⁹ החושד הוא מי שיוודע שיש הסתברות מסוימת שמצב דברים מתקיים, הסתברות שיכולה להיות נמוכה ולא דווקא קרובה לוודאי. לפיכך ניתן לראות בחשד סוג של מודעות: מודעות צרה בדרגה של אפשרות בלבד.¹⁹⁰ במילים אחרות, דרישת המחשבה הפלילית הבסיסית בעברה "שותקת" כלפי הנסיבות (כמו גם ההתנהגות והתוצאה) היא של

10(א) מחשבה פלילית – אחד מאלה:

(1) כוונה – ידיעת טיב המעשה והנסיבות הנמנים עם פרטי העבירה ומטרה לגרום לתוצאות המעשה, הנמנות עם פרטי אותה עבירה, או ראייה מראש שייגרמו; ולעניין זה אין נפקא מינה שהתוצאה הושגה באדם או בנכס אחר מאלה אשר בהם התכוון העושה להשיג אותה תוצאה.

(2) פזיזות – ידיעת טיב המעשה ואדישות לנסיבות הנמנות עם פרטי העבירה, אם הן קיימות ואם לאו, ולתוצאות המעשה הנמנות עם פרטי העבירה, אם ייגרמו ואם לאו, או נטילת סיכון בלתי סביר לעניין קיומן של הנסיבות או גרימת התוצאות.

(ב) לעניין סעיף זה, רואים אדם כאילו ידע, אם מנע מעצמו מרצון את השגת הידיעה.

187 סעיף 10(ג) ל"הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" משפטים יד 127, 140 (תשמ"ד).

188 הוראת סעיף 90א(3) לחוק קובעת כי בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של תיקון 39 לחוק העונשין, ושבו היסוד הנפשי שבעברה בא לידי ביטוי במונח "ביודעין" או במונח בעל משמעות דומה, יתפרש המונח כמחשבה פלילית כאמור בסעיף 20(א) לחוק. דוקטרינת "עצימת עיניים" (כהוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק) היא תחליף למודעות. מכאן שבכל עברה הדורשת מחשבה פלילית ניתן להסתפק בקיומו של חשד והימנעות מלברר אלא אם המחוקק או בית המשפט סייגו את הדבר. ראו דוגמה ע"פ 3417/99 הר שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001). בפסק דין זה סייג בית המשפט העליון את תחולתו של כלל "עצימת עיניים" על רכיב הידיעה שבעברת אימניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין. דוגמה נוספת ראו: בסעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, ס"ח 1753 עמ' 293 (איסור עשיית פעולה ברכוש אסור), הקובע: "העושה פעולה ברכוש, בידיעה שהוא רכוש אסור, והוא מסוג הרכוש המפורט בתוספת השנייה ובשווי שנקבע בה, דינו – מאסר שבע שנים או קנס פי עשרה מהקנס האמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין; לעניין סעיף זה, 'ידיעה' – למעט 'עצימת עיניים' כמשמעותה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין".

189 שפירא־אטינגר, לעיל הערה 184, בעמ' 646.

190 שם, שם.

מודעות לאפשרות קיומה. מכאן שניתן לראות בסעיף 20(ג) (1) לחוק ולא בסעיף 20(א) לחוק את הסעיף שקובע את סף המודעות פספס כניסה למחשבה הפלילית באשר לנסיבות (ההתנהגות והתוצאה).¹⁹¹

לאור האמור לעיל, "חלל תודעתי" ו"עצימת עיניים" הם תרתי דסתרי. "עצימת עיניים" מניחה קיומו של חשד סובייקטיבי בדבר קיום הנסיבה המפלילה, ואילו במצבים של "חלל תודעתי" הנאשם אינו חושד בדבר קיום הנסיבה. לפיכך לפי הדין הקיים, אי אפשר לראות במי שעבר עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה מי ש"עצם את עיניו" לנוכח קיומה או אפשרות קיומה. אף שהדין המצוי אינו משקף לגישתי את הדין הרצוי, הרי שעל מנת שיהיה ניתן להחיל את דוקטרינת "עצימת העיניים" גם על מצבים של "חלל תודעתי", יהיה צורך בשינוי הוראת סעיף 20(ג) (1) לחוק. האפשרות להחיל את דוקטרינת "עצימת העיניים" גם על מצבים של "חלל תודעתי" צריכה להתממש בדרך של הרחבת תחולת הדוקטרינה לא רק למקרים שבהם התעורר חשד סובייקטיבי של העושה בדבר קיום הנסיבות אלא גם למקרים שבהם לא חשד העושה בקיומן של הנסיבות (ולכן הוא היה במצב של "חלל תודעתי" כלפיהן), אולם לו היה נותן את דעתו לקיום הנסיבה המפלילה, הרי שהוא יכול היה לחשוד בה, בשל מכלול הנסיבות (חשד קונסטרוקטיבי).¹⁹² ודוק, במסגרת מבחן זה אין בכוונתי להשוות את הלך הנפש של הנאשם לזה של אדם מן היישוב. השאלה שצריכה להישאל היא זו: לו היה הנאשם הספציפי, לאור נסיבות האירוע, ממקד את תשומת לבו באותה נסיבה, האם היה יכול להיות מודע לאפשרות קיומה? קונסטרוקציה זו ודאי שאינה עולה מלשון החוק, ואימוצה מצריך יצירת הסדר סטטוטורי מפורש שיאפשר לפרוס את דוקטרינת "עצימת העיניים" גם על מקרים של חשד קונסטרוקטיבי. יתרונו של מבחן זה הוא באפשרו להטיל אחריות פלילית בעברה של מחשבה פלילית על מי שפעל במצב של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה במקרה שיוכח שהעושה היה יכול להיות מודע לקיום הנסיבה או לאפשרות קיומה על סמך המידע שהיה ברשותו ולפי יכולותיו ומסוגלותו. לקבוצה זו של בעלי "חלל תודעתי" אין כיום מענה הולם וראוי בחוק. עם זאת החיסרון בפתרון זה נעוץ בכך שהוא מרחיב את הכוח המוענק לשלטונות החוק, ובכללם לבתי המשפט, ומאפשר להם לקבוע קונסטרוקטיבית שהנאשם "עצם את עיניו". הדבר מקטין מאוד את ההגנה הפוטנציאלית של נאשמים ומעצים את הפגיעה בחירותם ובכבודם.

191 רות קנאי, לעיל הערה 24, בעמ' 150; שפירא-אטינגר, לעיל הערה 184, בעמ' 646.

192 Kenneth W. Simons, *Rethinking Mental States*, 72 B.U.L. REV. 463 (1992).
 עומד על ההבדל בין מי שאינו מודע לבין זה שעוצם את עיניו. אם שניהם אינם מודעים לקיום הנסיבה, מה יוצר את ההבדל ברמת האשמה שלהם? תשובתו היא שמי שעוצם את עיניו מבצע את העברה גם אם היה מודע לקיום הנסיבה. אדם העוצם את עיניו אינו מעוניין להשקיע משאבים בבירור החשד, על מנת שלא להיות מודע לקיום הנסיבה. ההנחה היא שאם הוא היה מודע לה, הוא היה בכל זאת מבצע את העברה או משלימה. לעומת זאת אדם אשר אינו מודע לקיום הנסיבה לא היה מבצע את העברה לו היה מודע לקיומה.

לפיכך הסדר שכזה צריך להיבחן על פי מבחני האיזון המקובלים בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אצא מנקודת הנחה כי ההסדר הולם את ערכיה של מדינת ישראל והוא נועד לתכליות ראויות שעליהן עמדתי בדיון שלעיל במסגרת חוקתיותו של ההסדר המוצע. השאלה הקרדינלית היא אם הסדר שכזה הוא מידתי. אם הוא פוגע בזכות מוגנת במידה שאינה עולה על הנדרש. במסגרת מבחן המידתיות הראשון – הקשר הרציונלי בין האמצעי לתכלית – הסדר זה משרת את המטרה החקיקתית, שכן הוא מגן על האינטרס הציבורי, על הערכים המוגנים ועל קרבנות פוטנציאליים גם מפני אנשים המסוגלים להיות מודעים לנסיבה המפלילה אולם הם אינם מגלים בה עניין או בערך החברתי המוגן באותה עברה שהם עברו. לפיכך הוא מקיים את מבחן המשנה הראשון בהיותו אמצעי מתאים ורציונלי להשגת מטרה חקיקתית זו. במסגרת מבחן המידתיות השני (האמצעי שפגיעתו פחותה) עלינו לבחון אם אי אפשר להשיג את המטרה החקיקתית באמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות אדם פחותה עוד יותר. בדוני בבחינת חוקתיותו של "מבחן האשם המדורג" שללתי את ההסתפקות בקביעה שמי שיבצע עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה ייראה רשלן. הנימוקים שצינתי יפים גם להסדר האמור, והם כוללים חוסר הלימה מושגית וערכית בין הרשלנות, כפי שהיא נתפסת בדיני העונשין (כהלך נפש המבטא היסוד דעת וחוסר זהירות רגעית), ובין מידת האשמה הסובייקטיבית הגבוהה המגולמת במצבים מסוימים של "חלל תודעתי". חוסר ההלימה הזה מגלם בחובו סטייה מעקרון האשמה, החטאת תכליתם של דיני העונשין והיעדר הגנה מספקת לקרבנות העברה ולקרבנות פוטנציאליים. מכאן שאף שלכאורה ניתן לטעון כי קיים צעד פוגע פחות והוא הטלת אחריות ברשלנות, בה בעת נראה כי אמצעי זה אמנם פוגע פחות אך אינו מגשים את מבחן המידתיות הראשון – מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי לתכלית. נמשיך למבחן המידתיות השלישי.

על פי מבחן המידתיות השלישי – "במובן הצר" – הסדר המרחיב את דוקטרינת "עצימת עיניים" גם על מצבים של "חשד קונסטרוקטיבי" אינו ראוי אם אין יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לפרט. מחד יש להביא בחשבון את צמצום יכולת הנאשם להתגונן במצבים אלו שבהם ייקבע כי הנאשם "עצם את עיניו" ללא ראייה לקיומו של חשד סובייקטיבי, על כל המשתמע מכך, לרבות הפגיעה בחירותו ובכבודו. מאידך עולה הצורך להתאים את מידת האחריות הפלילית למידת האשמה הגבוהה הנגלית ממצבים מסוימים של "חלל תודעתי", במיוחד כאשר הנאשם גילה אדישות לפגיעה בערכים המוגנים, וכן כאשר הוא נכנס במתכוון למצב של "חלל תודעתי" כדי להתחמק מאחריות פלילית. הרצון לגמול לנאשם על מעשיו ועל גישתו המסכנת את הערכים החברתיים והרצון להגן על מעמדו של הקרבן מחד, והרצון להרתיע נאשמים ואת הציבור מלטפח גישה אדישה לערכים המוגנים כדי לגרום להבנה שאימוץ גישה זו לא ישתלם להם מאידך כמו כן העובדה שהנאשם מועמד לדין על שהוא כבר פגע בערך החברתי – כל

אלו מטים את הכף לכיוון התועלת שתצמח מהרחבת דוקטרינת "עצימת העיניים" למצבי "חשד קונסטרוקטיבי", העולה על הנזק שייגרם לחברה בכללותה ובעיקר לנאשמים. מכאן שהפגיעה בזכות המוגנת היא מידתית, ונראה כי הסדר שכזה יעבור את משוכת החוקתיות.

ודוק, ניתן לצמצם את תחולתו של ההסדר (שלפיו דוקטרינת "עצימת העיניים" תחול גם על מקרים של "חשד קונסטרוקטיבי") באופן שהוא יחול על סוג מסוים של עברות או על סוג מסוים של נסיבות. כך לדוגמה ניתן לקבוע כי במקרים שבהם העברה כוללת נסיבות בינאריות, כגון זמן, גיל, נסיבת ההסכמה בעברות מין וכד', ייראה הנאשם מי שהיה מודע לאותן נסיבות, גם כאשר הוא לא חשד בדבר קיומן, אולם הוא היה צריך לחשוד בזה על סמך המידע שהיה ברשותו ולאור נסיבות העניין. בדומה לזה ניתן לצמצם את תחולת ההסדר על סוג מסוים של עברות כגון עברות מין, עברות כלפי קרבנות מסוימים (קטינים, חסרי ישע, קשישים, שוטרים, עובדי ציבור וכד') או עברות שבהן אין קיימת עברה דומה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות.

(ב) הטלת אחריות פלילית על יסוד "התנהגות חופשית במקור"

הסדר חלופי שמכוחו ניתן לייחס מחשבה פלילית לעושה אשר פועל מתוך "חלל תודעתי" שמקורו בסיבה המגלמת רמה גבוהה של אשמה, יכול להיות טמון בהחלת דוקטרינת "התנהגות חופשית במקור" (*Actio Libera in Causa*).

חוק העונשין מטיל בהקשרים אחדים אחריות פלילית של מחשבה פלילית על מי שלא הייתה להם מחשבה פלילית.¹⁹³ האחריות הפלילית מוטלת על יסוד פעולה חופשית במקור. הדוקטרינה של *Actio Libera in Causa* היא כללית ומקיפה את כל המצבים שבעטיים יכול אדם לטעון כי הוא אינו נושא באחריות פלילית, אלא שבתנאים מסוימים היותה של ה"התנהגות חופשית במקור" מנטרלת את נפקותם של מצבים אלה ומשיבה להם למעשה את פלילותם.¹⁹⁴

דוקטרינת ה"התנהגות חופשית במקור" מתייחסת למקרים המושתתים על שני שלבים: בשלב הראשון יש לעושה אפשרות בחירה בין קווי התנהגות חלופיים, אולם הוא בוחר בהתנהגות אשר הובילה אותו לשלב השני;¹⁹⁵ בשלב השני העושה מבצע את האקטוס ראוס של העברה במצב שבו נשללת אחריותו הפלילית כגון שכרות, אי שליטה על פעולותיו, צורך או הגנה עצמית. על פי דוקטרינה זו, יש להטיל אחריות פלילית על מעשה שנעשה בשלב השני במצב שבו נשללת פלילותו, וזאת בשל היסוד הנפשי אשר ליווה את העושה בשלב הראשון.¹⁹⁶ האשם הנלווה למצב הראשון מועתק לשלב השני

193 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 117.

194 פלר, לעיל הערה 3, בעמ' 97.

195 .MIRIAM GUR ARYE, ACTIO LIBERA IN CAUSA IN CRIMINAL LAW 11 (1984)

196 שם, שם.

שבו הוא היה "כפוי" לנהוג בדרך אחת. שני השלבים משתלבים זה בזה ומתחברים למקשה אחת שקדמה לה אפשרות בחירה. כך מתקשרת ההתנהגות המאוחרת עם אפשרות הבחירה שעמדה לאדם בשלב הראשון, וניתן לראות באותה התנהגות, התנהגות רצונית חופשית במקורה.¹⁹⁷ דוקטרינה זו יש בה כדי לספק תשתית להטלת אחריות פלילית על אדם אשר נכנס למצב של "חלל תודעתי" מתוך סיבה המגלה אשמה כגון אדישות (במובנה הרחב) לערכים המוגנים בחוק או מתוך כוונה להתחמק מנשיאה באחריות פלילית.

בחוק העונשין קיימים הסדרים שונים המאפשרים להטיל אחריות פלילית בעברות של מחשבה פלילית על יסוד "התנהגות חופשית במקור". לדוגמה, הוראת סעיף 34ט לחוק העונשין מאפשרת להטיל אחריות פלילית על מי שהכניס את עצמו מרצון ומדעת למצב של שכרות מלאה או חלקית ולייחס לו יסוד נפשי מסוג אדישות.¹⁹⁸ הסיבה לויתור על הוכחת היסוד הנפשי בנוגע לאפשרות ביצוע העברה במצב של שכרות נובעת מההנחה כי אם העושה נכנס למצב של שכרות מרצון ומדעת, חזקה עליו כי היה מודע, עובר להשתכרות ובשעתה, לכל מה ששיכור עשוי לחולל. במצב זה מייחסים לנאשם את המודעות שליוותה אותו בכניסה למצב הפסול, גם כאשר הוא מאבד כליל את הביקורת השכלית והרצונית על מעשיו והופך אדיש לכל התפתחות שעלולה לצמוח משכרותו.¹⁹⁹ דוגמה נוספת היא הוראת סעיף 34יד לחוק, אשר דנה ב"כניסה למצב בהתנהגות פסולה". הוראה זו מאפשרת להטיל אחריות פלילית לעברה של מחשבה פלילית על מי שהביא את עצמו בהתנהגותו הנשלטת והפסולה למצב של היעדר שליטה, של כורח או של צורך. במצב זה תוטל אחריות פלילית על נאשם גם אם לא היה מודע בפועל לפני היווצרות המצב שהוא עלול לעשות את העברה במצב של סייג כאמור, ובלבד שבנסיבות העניין היה אדם מן היישוב יכול להיות מודע לכך.

בכל אחד מהמצבים שלעיל העושה יוצר מצב מסוכן במיוחד – הן מבחינת היקף העברות שהוא עלול לבצע במצב דברים כזה, הן מבחינת חומרתן והן מבחינה זו שהוא שולל מעצמו את יכולת המניעה והחרטה, בהיבטים של שליטה עצמית.²⁰⁰ הדוקטרינה מטילה על העושה את החובה להימנע מיצירת מצב מסוכן זה.²⁰¹ לפיכך ההנחה היא שברגע שהתנהגות הראשונית שהביאה את העושה למצב שבו הוא נאלץ לבצע עברה

197 פלר, לעיל הערה 3, בעמ' 97.

198 שם, בעמ' 117. קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 117.

199 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון 39), לעיל הערה 44, בעמ' 135. כמו כן ראו מרים גור אריה "סטיות מעקרון האשמה, חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994" מחקרי משפט יג 129, 131–132 (תשנ"ו).

200 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 117. קרמניצר מתייחס לרציונל שבבסיס סעיף 34ט(ב) לחוק העונשין. טיעון זה נכון לגישתי לכל אחד מהמצבים שבהם נהוג לייחס אחריות על יסוד "התנהגות חופשית במקור".

201 Gur Arye, לעיל הערה 195, בעמ' 24.

פלילית הייתה בת אשמה, כללי האחריות משתנים.²⁰² אמנם יש בכך סטייה מן הדגם הרגיל של האחריות הפלילית, אלא שאין מדובר באחריות ללא יסוד נפשי כלשהו אלא באחריות המבוססת על התנהגות פסולה במיוחד ועל יסוד נפשי מיוחד.²⁰³ הטלת אחריות פלילית מכוח דוקטרינה זו מוצדקת כי היא משקפת את אשמו של העושה, הבא לביטוי ביסוד הנפשי שהיה לו בשעה שהיה חופשי להימנע מההתנהגות שהביאה אותו למצב שבו הוא נאלץ לבצע את מעשה העברה.²⁰⁴ לגישתו של קרמניצר, תפיסת האשמה נשענת על היות האדם יצור תבוני ורציונלי המסוגל לנהוג את עצמו ואת מעשיו מתוך שליטה עצמית. לפיכך כאשר אדם משליך ביודעין תכונות אלה מאחורי גבו והופך עצמו לאדם העלול לפעול ללא מצפן וללא הגה, הרי שלפנינו התנהגות מגונה במיוחד.²⁰⁵ אף לגישתה של גור אריה, "אם מאמינים כי האחריות הפלילית אמורה לשקף את אשמתו של העושה, מן הראוי להתנות את האחריות הפלילית גם במקרים אלה ביסוד הנפשי שהיה לעושה בשעה שהוא היה חופשי להימנע מההתנהגות שהביאה אותו למצב שבו הוא נאלץ לבצע את מעשה העבירה".²⁰⁶ גור אריה מציינת כי הטלת אחריות פלילית על פי דוקטרינה זו מותנית בגישה (attitude) שלילית כלפי הערכים המוגנים בחוק, שאותה הפגין העושה בשלב הראשון.²⁰⁷ גישה אנטי-חברתית זו מצריכה ומצדיקה תגובה חברתית אשר תרתיע הן את הנאשם והן את הציבור מפני אחיזה בגישה שלילית המסכנת את הערכים החברתיים המוגנים בחוק.²⁰⁸

מן המקובץ לעיל עולה כי דוקטרינת "התנהגות חופשית במקור" עולה בקנה אחד עם מטרות דיני העונשין, כגון גמול מניעה והרתעה, והיא מבוססת על אשמו המגונה של העושה אשר הכניס עצמו בהתנהגותו ובגישתו הפסולה למצב אשר יובילו לביצוע עברה פלילית. דומני כי לאור האמור לעיל ניתן ליישם את הדוקטרינה האמורה ולהחילה גם על מצבים של "חלל תודעתי" שמקורם בסיבות המגלמות אשמה. ההנחה היא כי כאשר אדם פועל במצב של "חלל תודעתי", הוא אינו נותן את דעתו, בשעת המעשה, לקיום הנסיבה

202 גור אריה, לעיל הערה 199, בעמ' 131. גור אריה מציינת כי לא ברור מלשוננו של סעיף 34 לחוק מה יהיה קנה המידה לקביעת פסלותה של ההתנהגות, בצינה כי לא סביר להניח כי הכוונה היא לפסלות מבחינה פלילית, שאז היה נדרש כי ההתנהגות שהביאה את העושה למצב השולל את פליליות המעשה כשלעצמה תהיה בגדר עברה. לגישתה, המונח "התנהגות פסולה" הוא עמום ועלול אפוא לטשטש את ההבחנה בין אחריות פלילית ובין צורות אחרות של התנהגויות פסולות, מבחינה מוסרית או אחרת.

203 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 117.

204 גור אריה, לעיל הערה 199, בעמ' 130.

205 קרמניצר, לעיל הערה 41, בעמ' 117.

206 גור אריה, לעיל הערה 199, בעמ' 130.

207 Gur Arye, לעיל הערה 195, בעמ' 15-16.

208 גור אריה עומדת על קיומו של קשר סיבתי בין יחסו הפסול של העושה בשלב הראשון להתנהגות האסורה בשלב השני כתנאי לייחוס אחריות פלילית על פי דוקטרינה זו. תנאי הוא כי העושה צפה שהתנהגותו בשלב הראשון עלולה להוביל אותו למצב שבו יבצע את האקטוס ראוס של העברה המסוימת בשלב השני. שם, בעמ' 25.

המפלילה. כאשר הכישלון באי־שימת לב לקיומה של הנסיבה בשעת ביצוע העברה נובע מ"התנהגות חופשית במקור" – היינו מבחירה מוקדמת נשלטת ומודעת שלא לתת את הדעת ומתוך מודעות וערנות לסיכון שמצב נפשי זה עלול להובילו לבצע את האקטוס ראוס של העברה – קיימת הצדקה (מאותם טעמים שעליהם עמדתי לעיל) לייחס לעושה מחשבה פלילית, על פי דוקטרינת ה־*Actio Libera in Causa*.

הרעיון שמאחורי הצעה זו הוא שמצבים מסוימים של "חלל תודעתי" אינם שונים במהותם ממצבים אחרים המושאים לאחריות פלילית מכוח אותה דוקטרינה. כפי שאיננו אומדים את מידת האשמה בזמן שבו נהג נרדם בעת נהיגתו, או ברגע שבו שיכור ביצע עברה, אלא אנו מתחקים על השלב המקדים שבו העושה נכנס למצב שבו הוא נעדר אשמה, גם במצבים של "חלל תודעתי" ניתן להחיל הסדר דומה אשר יבחן את קיומה של האשמה בשלב הבחירה המוקדמת שלא לתת את הדעת לקיומה של נסיבה מפלילה ולא בשלב המאוחר שבו העושה מצוי במצב של "חלל תודעתי" באשר לקיומה. כאמור, הבחירה המוקדמת היא נקודת המוצא והבסיס להטלת אחריות פלילית על מעשה שנעשה בהמשך, הגם שלא לווה באשם סובייקטיבי. ודוק, ההתנהגות החופשית במקורה יכולה להתקיים בכל זמן שהוא, קרובה למועד ביצוע העברה או רחוקה ממנה, אך התנאי הוא כי תהא זיקת קשר בין התנהגות זו (בשלב הראשון) לבין היעדר יסוד נפשי (בשלב השני) באופן שקיומו של יסוד נפשי סובייקטיבי בשלב הראשון יוביל להיעדר יסוד נפשי סובייקטיבי בשלב השני.

טלו לדוגמה את הוראת סעיף 111 אמצע לחוק העונשין, האוסרת על אדם להפיץ לאויב ידיעה שעלולה להיות לתועלת האויב. על מנת להרשיע אדם בעברה זו, על התביעה להוכיח, נוסף על רכיביה העובדתיים של העברה, כי הנאשם פעל במחשבה פלילית. הווה אומר, שהוא היה מודע לכך שהוא מסר לאויב ידיעה שעלולה להיות לתועלת האויב. נניח כי מרדכי, חייל בחיל מודיעין, קיבל לרשותו ידיעה שסווגה כ"ידיעה סודית". העובדה כי מדובר בידיעה סודית אין משמעה כי בהכרח היא עלולה להיות לתועלת האויב. מרדכי העביר את הידיעה המסווגת לאויב מבלי שהוא עיין בה או שנתן את דעתו לתוכנה. לפי הנסיבות המתוארות, היה מרדכי במצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה, שלפיה הידיעה עלולה להיות לתועלת האויב. מרדכי נכנס למצב של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה האמורה מתוך בחירה מודעת וכדי להתחמק מנשיאה באחריות פלילית באותה עברה. לפי יישומה של דוקטרינת "ההתנהגות החופשית במקור" במצבים מסוימים של "חלל תודעתי", בחירתו המוקדמת של מרדכי שלא לעיין בידיעה (בשלב הראשון) היא שצריכה להיות מושאת לאחריות פלילית, ולא היותו במצב של "חלל תודעתי" בזמן העברת הידיעה לאויב (בשלב השני).

גם כאן, בדומה להסדר שהוצע בדיון הקודם, ניתן להגביל את תחולת הדוקטרינה על מקרים מסוימים או באשר לעברות מסוימות או נסיבות מסוימות. כך לדוגמה ניתן להחיל את הדוקטרינה רק במצבים שבהם נכנס הנאשם במתכוון למצב של "חלל תודעתי" כדי

להתחמק מנשיאה באחריות פלילית, או כאשר מדובר בנסיבות בינאריות בלבד או בעברות חמורות במיוחד, שבהן הצורך להגן על אותם ערכים מצדיק את תחולתה של הדוקטרינה גם על מצבים של "חלל תודעתי", כגון עברות נגד ביטחון המדינה, עברות נגד קטינים או חסרי ישע וכיוצא באלה.

בפרק הבא אבחן את סיווגו של החלל התודעתי במשפט המשווה. במסגרת דיון זה אתמקד בדין האנגלי, כור מחצבתו של הדין הישראלי, בדין הגרמני ובדין האמריקאי.

ה. סיווגו של "החלל התודעתי" במשפט המשווה

1. סיווגו של "החלל התודעתי" בדין האנגלי

הדין האנגלי הוא כור מחצבתו של המשפט הישראלי, והוא משמש אחד המקורות העיקריים לדין הישראלי בשל שליטתה של האימפריה הבריטית בישראל בתחילת המאה העשרים. הדין האנגלי, בדומה לדין הישראלי ולדינים מודרניים אחרים, מתנה הטלת אחריות פלילית בקיומם של יסוד עובדתי ויסוד נפשי. דין זה מכיר ברמות שונות של יסוד נפשי הכוללות בין היתר את אלה: הידיעה (*knowledge*), הכוונה (*intention*), הפזיזות (*recklessness*), החשד (*suspicion*) והרשלנות (*negligence*).²⁰⁹ בשונה מהדין הישראלי, הדין האנגלי מכיר במצב של פזיזות גם כאשר לנסיבות ולא רק לתוצאה.²¹⁰ בדין זה יש הבחנה ברורה בין הדרישה לידיעת הנסיבות ובין הדרישה לפזיזות כאשר לנסיבות.²¹¹ ידיעת הנסיבות נדרשת במקרים שבהם החוק דורש במפורש ידיעה.²¹² במקרים שבהם "העברה שותקת" ניתן להסתפק בדרך כלל בפזיזות כאשר לנסיבות.²¹³ פזיזות כלפי הנסיבות באה לביטוי במישור ההכרתי (ולא הרצוני), ומשמעותה הסתכנות

209 SMITH AND HOGAN, CRIMINAL LAW 106 (13th ed. 2011). הדרישה ליסוד נפשי באה לביטוי בהחירות בסעיף 6 ל-Draft Criminal Code, הקובע כך:

Fault element; means an element of an offence consisting –

(a) Of a state of mind which a person acts; or

(b) Of a failure to comply with a standard of conduct; or

(c) Partly of such a state of mind and partly of such a failure...

210 SMITH AND HOGAN, לעיל הערה 209, בעמ' 128. כמו כן, ראו: רות קנאי "האומנם תמיד דין אחד לחושד וליודע?" מחקרי משפט יב 433, 440–444 (תשנ"ה); קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 116. בשנת 1976 אף נקבע במפורש בחוק האנגלי כי נדרשת מחשבה פלילית ברמה של פזיזות כאשר ליסוד הסכמת הקרבן למעשה הבעילה בעברת האינוס. ראו: סעיף 1 ל-Sexual Offences (Amendment) Act, 1976, Ch.8, s.1. הגדרת עברת האינוס באנגליה שונתה כחלק מרפורמה מקיפה בחקיקה שנערכה בשנת 2003 עת התקבל ה-Sexual Offences Act, 2003.

211 קנאי, לעיל הערה 210, בעמ' 440.

212 G. WILLIAMS, CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART 160 (2nd ed. 1961).

213 שם, בעמ' 64–65, 160, 171–172, 215–216.

באפשרות שהנסיבות קיימות (להלן: "פזיזות קוגניטיבית").²¹⁴ המלומד ויליאמס (Williams) דן בספרו על החלק הכללי של המשפט הפלילי במושג הפזיזות ככל שהוא מתייחס לנסיבות. לגישתו, אדם ייחשב לפזיז כאשר הוא מסתכן ביודעין בקיומה של נסיבה (consciously takes the risk).²¹⁵

פזיזות כלפי הנסיבות קיימת לא רק במצב שבו אדם היה מודע לאפשרות קיומה של הנסיבה או שהוא הסתכן שמא היא קיימת, אלא היא חלה גם במצב שבו האדם אינו ער בשעת המעשה לאפשרות שהנסיבה קיימת. זאת, משום שהשאלה אם הנסיבה קיימת לא חלפה כלל במוחו (simple ignorance).²¹⁶ על פי פרשנות זו, ניתן לראות מצב של "חלל תודעתי" כאשר לנסיבות כעומד בדרישת הפזיזות הנדרשת לשם הוכחת היסוד הנפשי כלפיהן.²¹⁷ הקושי בדיון על המשמעות המשפטית של המונח "פזיזות" טמון בכך שלמונח זה ניתנו משמעויות שונות בבתי המשפט באנגליה במרוצת השנים, כעולה מסקירת הפסיקה שלהלן.

בשנות החמישים המאוחרות, בפסק הדין Cunningham,²¹⁸ ניתנה למונח פזיזות משמעות סובייקטיבית, ונקבע כי זו קיימת רק כאשר הנאשם הסתכן במודע בסיכון לא מוצדק (conscious running of an unjustifiable risk). מלומדים כינו סוג זה של פזיזות "advertent recklessness"²¹⁹ ("פזיזות מודעת") או "Cunningham recklessness".²²⁰ "הפזיזות הקנייגהמית", אשר הוחלה על כל העברות אשר דרשו רכיב של פזיזות, אם

214 קנאי, לעיל הערה 210, בעמ' 440.

215 WILLIAMS, לעיל הערה 212, בעמ' 149; קנאי, לעיל הערה 210, בעמ' 440–441.

216 WILLIAMS, לעיל הערה 212, בעמ' 151–152. גישה דומה ניתן למצוא בעניין אבו רביעה, לעיל הערה 8, בעמ' 2929.

217 WILLIAMS, לעיל הערה 212; הסוג השני עליו מדבר Williams הוא מצב של "טעות" הנובעת מכך שהמוח "מלא" בידיעה מוטעית (ignorance). במקרה זה נשללת הפזיזות כלפי הנסיבה, לעומת מצב של "חלל תודעתי", שבו אין הפזיזות נשללת.

218 בעניין Cunningham אימץ בית המשפט את הגדרתו של המלומד Kenny למונח פזיזות/אי-אכפתיות. CUNNINGHAM, [1957] 2 QB 396; C.S. KENNY, OUTLINES OF CRIMINAL LAW 36 (1st ed. 1902; 16th ed. 1952). להלן ההגדרה של Kenny את הפזיזות בתרגומה לעברית בידי הראל: "לא אכפתיות". כוונה אינה יכולה להתקיים בלי צפייה מראש, אך צפייה מראש תתכן ללא כוונה. כי אדם יתכן ויצפה מראש לתוצאות האפשריות להתנהגותו ואפילו שכמעט ודי שתבואנה, ובכל זאת לא יתאוה לתוצאות אלו. אף על פי כן, אם הוא ממשיך בעקביות בדרכו, הרי הוא לוקח על עצמו ביודעין את הסיכון של הבאה לידי קרות התוצאה הבלתי רצויה. כדי לתאר מצב זה של מחשבה, המילה פזיז (לא אכפת) היא המתאימה ביותר [...] אדם שהוא פזיז, ייתכן ויעדיף כי המאורע שהובא בחשבון לא יקרה, וייתכן שלא אכפת לו אם יקרה או לא, אך בכל אחד משני המקרים אין הוא מתאוה לכך, כי הדבר יקרה, ולכן אין הוא פועל במגמה להביא לידי אירועו." המשפט הפלילי לקני 27 (תרגום עברי בידי ישעיהו הראל ובעריכתו של פ. דייקן, 1954).

219 A. ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 182 (5th ed. 2006).

220 SMITH AND HOGAN, לעיל הערה 209, בעמ' 119.

כלפי הנסיבות ואם כלפי התוצאה האסורה (וזאת כל עוד לא הורה המחוקק אחרת),²²¹ דרשה מודעות של האדם לסיכון שהוא יצר.²²² יוצא אפוא כי הפרשנות ה"קניינהמית" של בית הלורדים למונח "פזיזות" הוציאה מתחולתה מקרים של "חלל תודעתי". אנשים אשר לא נתנו כלל את דעתם לנתונים אלו, לא נתפסו כפזיזים. השאלה שעלתה בהקשר זה היא אם המיקוד באלמנט המודעות שבהגדרת הפזיזות יביא תמיד לתוצאות צודקות והוגנות. המלומד אשוורת' (Ashworth), ענה על כך בשלילה והצביע על הקושי הטמון במקרים שבהם נאשמים ניחנים בגישה של "חוסר אכפתיות" כלפי הנסיבה.²²³ אדם שכזה יכול שלא לתת את דעתו לקיומה של הנסיבה משום שאין זה רלוונטי בעיניו ואינו מתיישב עם האינטרסים שלו. אם נבחן מצב זה של "חלל תודעתי" על פי "הפזיזות הקניינהמית", אשר הייתה מקובלת באותה העת, יוצא שאדם אשר פעל מתוך גישה של חוסר אכפתיות לקיומה של נסיבה היה יכול שלא לשאת באחריות פלילית. "הפזיזות הקניינהמית" סימלה במובן מסוים את ניצחון הסובייקטיביזם במשפט הפלילי.²²⁴ אלא שלניצחון זה הייתה תוחלת חיים קצרה.

הכרוסם הראשון ב"הפזיזות הקוגניטיבית" נעשה בשנת 1980 בפסק הדין בעניין *Murphy*.²²⁵ באותו עניין תהה בית המשפט לערעורים אם כאשר דנים במה שאדם "יודע", מתכוונים לידיעה ממשית או שמא גם לידיעה המאוחרת במאגר המידע המצוי במוח וניתן לשלוף אותה בעת הצורך למודעות. המלומד קולווין (Colvin) פינה את הסוג השני של הידיעה "ידיעה מתוך ניסיון" (*experience of risk*), ודי בידיעה כזו כדי לעמוד בדרישת הפזיזות.²²⁶ בית המשפט לערעורים השווה בין הידיעה המצויה בתת-המודע באשר לקיומם של סיכונים לבין מחשבה מודעת לסיכון. בעניין *Murphy* נקבע כי לצורך הוכחת יסוד נפשי מסוג פזיזות די בידיעה מודעת או תת-הכרתית הקיימת במאגר הידע האישי שלנו ושניתן לזמנה בעת הצורך למודעות.²²⁷ ההנחה שבבסיס גישתו של קולווין, כמו גם של בית המשפט לערעורים בפרשת *Murphy*, היא שהמידע קיים בבסיס הנתונים האישי של כל אחד ואחד מאתנו (למעט

221 ש.ס.

222 אדם פזיז מסתכן במודע בסיכון לא סביר, ואילו הרשלן אינו מודע להסתכנותו הלא סבירה. אדם רשלן יכול שלא להבחין בסיכון שהוא יוצר, אולם אדם פזיז חייב להיות מודע לסיכון.

223 ASHWORTH, לעיל הערה 219, בעמ' 184.

224 DUFF, לעיל הערה 129, בעמ' 144; R.A. Duff, Caldwell and Lawrence: *The retreat*; 77 (1983) *Ox. L. Rev.* 77, *from Subjectivism*.

225 R. v. Murphy, [1980] QB 434; [1980] 2 WLR 743.

226 E. Colvin, *Recklessness and Criminal Negligence*, 32 *TORONTO L.J.* 345, 362 (1982).227 ראו: אור, לעיל הערה 5, בעמ' 326. בית המשפט לערעורים פסק כי פזיזות קיימת לא רק במצב שבו הרהר הנהג וחשב על הסיכון שבנהיגתו, אלא גם כאשר הוא הפגין יחס/גישה (attitude) של אדישות לחובתו לנהוג בזהירות ובמלוא תשומת הלב. ההנחה היא שכל אדם מודע לסיכון שבגרימת תאונה אם לא ינהג בזהירות ובמלוא תשומת הלב, בין שהוא חושב על כך במהלך הנסיעה ובין שלא; *Murphy*, לעיל הערה 225, בעמ' 329.

במקרים שבהם מאגר המידע פגום), וכי לאדם יש שליטה על התהליכים הנפשיים המתרחשים במוחו. שליטה זו מאפשרת לאדם לשלוף המידע הנחוץ בעת הצורך, וזו מספיקה לצורך קיומה של פזיזות.²²⁸ לצורך בחינת קיומה של מודעות יש לפנות לא רק לקיומה של מודעות ממשית בעת ביצוע המעשה אלא גם לבסיס הנתונים הרחב יותר ולעובדה שהמידע היה במוחו של העושה.²²⁹ האחריות לשליפת המידע בזמן הנכון מוטלת על כל אחד, ובדרכו שלו, לפי תכונותיו ויכולתו הידועות רק לו.²³⁰ בפסק הדין *Murphy* ניתן להבחין בכרסום בפזיזות הסובייקטיבית, שכן בעקבותיו כללה פזיזות לא רק הסתכנות מודעת אלא גם סוג של אדישות, אשר לא הצריכה מודעות ממשית לקיומה של נסיבה או לסיכון שאדם יצר במעשהו. ברוח פסק דין *Murphy* היה ניתן לראות במי שפעל מתוך "חלל תודעתי" בעל יסוד נפשי מסוג פזיזות. הדגש הושם לא על היעדר המודעות לקיום הנסיבות בשעת ביצוע העברה אלא על העובדה שהעושה לא שלף מבסיס הנתונים שבמוחו מידע רלוונטי קיים בדבר קיום הנסיבות.

השינוי הרדיקלי בהגדרת הפזיזות אירע בשנת 1982, בשני פסקי דין *Caldwell* ו-*Lawrence*²³¹ אשר ניתנו בבית הלורדים באותו יום. הלורד דיפלוק (*Diplock*) פירש בפרשת *Caldwell* בהרחבה את המונח "פזיזות" באופן שנכללו בה גם מקרים שבהם לא נתנו נאשמים את דעתם לקיומה של נסיבה או לסיכון ברור (*obvious risk*).²³² סיכון נחשב ל"ברור" אם הוא היה ברור ל"אדם זהיר רגיל" (*ordinary prudent individual*).²³³ החלטה זו השפיעה על סיווגו של "החלל התודעתי" בכך שהיא הנמיכה את סף הכניסה לקטגוריית הפזיזות. ההחלטה אפשרה להכניס לקטגוריית הפזיזות מצבים הכרוכים בקיומו של "חלל תודעתי" כלפי נסיבות הבולטות לעין והברורות ל"אדם זהיר רגיל".

ניתן להיווכח כי ב-*Caldwell* וב-*Lawrence* יצק בית הלורדים משמעות חדשה ורחבה ל"פזיזות". אם "הפזיזות הקנייגהמית" התייחסה ל"פזיזות סובייקטיבית", הרי שכעת מדובר ב"פזיזות אובייקטיבית". לפי ה"פזיזות" שנקבעה בפסק הדין *Caldwell* היה ניתן להרשיע נאשם אשר לא נתן את דעתו לקיומה של נסיבה מפלילה או אשר לא היה יכול להיות מודע לה בשל יכולותיו המוגבלות פְּמָקוֹם שבו אדם סביר במקומו היה מודע

228 אור, לעיל הערה 5, בעמ' 313.

229 שם, בעמ' 313–314.

230 שם, בעמ' 314.

231 R. v. Lawrence, [1982] A.C. 510 (H.L.); R. v. Caldwell, [1982] A.C. 341: [1981] 2 W.L.R. 509 (H.L).

232 ההרשעה התייחסה לעברת ההצתה אשר קבעה, לפי הוראת סעיף 1(1) לחוק ה-Criminal Damage Act, 1971, sec. 1(1): "A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence". *Caldwell*; שם, בעמ' 354.

233 DUFF, לעיל הערה 129, בעמ' 145.

הלורדים להגדרה המסורתית הסובייקטיבית של הפזיזות וקבע כי פזיזות תתאפשר רק כאשר הנאשם היה מודע לסיכון אשר התקיים, או היה עלול להתקיים. הלכה זו נהוגה עד היום, ואחת מהשלכותיה היא שמקרים של חוסר מודעות, ובכללם מצבים של "חלל תודעתי" שבהם לא היה הנאשם מודע לקיום הנסיבה, מוצאים אל מחוץ להגדרה המסורתית של ה"פזיזות".²⁴³ לפיכך, על פי הדין האנגלי, ניתן לקבוע כי מי שביצע עברה כשהוא מצוי ב"חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה, הוא לכל היותר רשולן, ויהיה ניתן להרשיעו בעברה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות.

בדיון הבא אבחן את סיווגו של "החלל התודעתי" בדין הגרמני המודרני, מתוך גישה עצמאית וביקורתית המתייחסת לדין הגרמני כמקור השראה, וכן כדי לעמוד על מה שמבדיל את המשפט הגרמני מהמשפט שלנו.

2. סיווגו של "החלל התודעתי" בדין הגרמני

הדרישה לאשם אישי היא מעקרונות היסוד של המשפט הקונטיננטלי.²⁴⁴ המשפט הפלילי בקונטיננט, כמו המשפט האנגלו-אמריקאי, מתנה הטלת אחריות פלילית בקיומו

השליכו אותם מתחת לפח אשפה גדול מפלסטיק ועזבו את המקום מבלי לכבות את העיתונים שדלקו. פח האשפה עלה באש, והאש שפרצה הימנו התפשטה לגג החנות ומשם לבניינים הסמוכים. הנזק שנגרם מהשרפה נאמד בכמיליון לירות שטרלינג. הנאשמים הואשמו בהצתה לפי ה-Criminal Damage Act, 1971, בכך שגרמו בפזיזותם נזק לרכוש. נטען כי הנאשמים לא נתנו את דעתם לסיכון של התפשטות האש. כבוד השופט הנחה את חבר המושבעים ואמר להם כי על מנת להרשיע אדם בעברה זו די שאדם בוגר סביר ורגיל היה צופה את האפשרות של התרחשות הנזק, ואין זה משנה אם הילדים, בשל גילם הצעיר, לא היו צופים את האפשרות שהנזק ייגרם. השופט הנחה את חבר המושבעים לקבוע את ממצאיהם לאור הפרשנות המקובלת בפסיקה למונח פזיזות, שניתנה בפסק הדין בעניין *Caldwell*. המושבעים הרשיעו את הנאשמים, והדבר עורר תחושת אי-צדק בקרבם ובקרב השופט שראה עצמו כבול להלכת *Caldwell*. בית הלורדים שקל אם לשמר את המבחן שנקבע בעניין *Caldwell* וליצור לו חריג, אך בסופו של דבר בחר להפוך את הלכת *Caldwell* בשל היותה מסובכת ומורכבת. דיון בעניין זה ראו אצל קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 119; SMITH AND HOGAN, לעיל הערה 209, בעמ' 123-124.

הלורד Bingham הצהיר כי ההחלטה החדשה חלה רק על עברות לפי החוק מ-1971, ואין היא שוללת את האפשרות שעל עברות מסוימות אחרות עדיין תחול הלכת *Caldwell*. יש מלומדים הטוענים כי הפירוש הסובייקטיבי של הפזיזות אשר אומץ בפסק הדין בעניין *R. v. G.* יחול על כל העברות המסתפקות בפזיזות לשם הרשעה. מלומדים אחרים מפרשים את ההחלטה פירוש שלפיו היא אכן מוגבלת לעברות על החוק משנת 1971, ועל כן הלכת *Caldwell* נותרה בתוקף גם לאחר פסק הדין בעניין *R. v. G.* ראו: קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 120 וכן את הפניותיו בהערת שוליים מס' 27, לדעות המלומדים השונות באשר ל תחולתה של הלכת *Caldwell* לאחר פסק הדין בעניין *R. v. G.*

The German Penal Code, as amended as December 19, 2001, transl. by Stephen C. 244
Thaman, intro by Hans-Heinrich Jescheck (2002) p.xxxix. כך לדוגמה קובע סעיף

של אשם.²⁴⁵ החוק הפלילי הגרמני אינו כולל בחלק הכללי הגדרות של מושגים הנוגעים ליסוד הנפשי של העברה. לפיכך מלאכת פרשנותם של מושגים אלו הושארה בידי בתי המשפט והמלומדים.²⁴⁶ הוראת סעיף 15 לחוק הפלילי הגרמני קובעת כי היסוד הנפשי הדרוש בעברה הוא כוונה (*vorsatz*), אלא אם קבע המחוקק כי ניתן להסתפק ברשלנות.²⁴⁷ סעיף 16 לחוק הפלילי הגרמני, שכותרתו "טעות במצב עובדתי", קובע כי במקרים שבהם העושה לא היה מודע לקיום הנסיבות בשעת ביצוע העברה, אי אפשר לראות בו מי שפעל מתוך כוונה.²⁴⁸ מכאן שדרישת האשם במשפט הגרמני באה לביטוי באחת משתי הרמות האלה: כוונה או רשלנות.²⁴⁹

(1)(1)46 לחוק הפלילי הגרמני: "The guilt of the perpetrator is the foundation for the determination of the punishment". רקע כללי על ההיסטוריה של המשפט הפלילי בגרמניה ראו 4th GERHARD ROBBERTS, AN INTRODUCTION TO GERMAN LAW 145–146 (ed. 2006).

245 על מבנה האחריות הפלילית ועקרון האשמה בדין הגרמני ראו: מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 325 (מרדכי קרמניצר ורות גביוזן – עורכים, תשמ"ז).

246 Greg Taylor, *Concepts of Intention in German Criminal Law*, 24 O. J. L. S. 99, 101 (2004). היעדרן של הגדרות למונחים אלו מאפיין לא רק את המשפט הגרמני אלא מדינות נוספות בקונטיננט כדוגמת ספרד או צרפת.

247 German Penal Code §15. Purposeful and Negligent Conduct: "Unless a law expressly makes negligent conduct subject to punishment, only purposeful conduct is punishable". תרגום אחר לסעיף 15 לחוק הפלילי הגרמני ניתן למצוא אצל Bohlander: "Unless the law expressly provides for criminal liability based on negligence, only intentional conduct shall attract criminal liability". MICHAEL BOHLANDER, THE GERMAN CRIMINAL CODE, A MODERN ENGLISH TRANSLATION 41 (trans. by Michael Bohlander, 2008). עובר לרפורמה שנערכה בחלק הכללי של הקוד הפלילי הגרמני בשנת 1975 הייתה התפיסה המקובלת כי לבתי המשפט יש סמכות לקבוע בדרך פרשנית כי עברה יכולה להסתפק ביסוד נפשי מסוג רשלנות. לאחר התיקון האמור וכחוראת סעיף 15 לחוק הפלילי הגרמני, גישה זו אינה מקובלת עוד. שם, בעמ' 59.

248 המשפט הגרמני אינו מתייחס ל"טעות במצב העובדתי" כסייג לאחריות הפלילית, אלא כהיעדר רכיב חיוני לשם גיבוש הכוונה, מה שמסביר את סעיף 17 כהמשך ישיר לסעיפים 15 ו-16 אשר הניסו ביסוד הנפשי של העברה. בהמשך קובע סעיף 17 לחוק, שכותרתו "טעות במצב משפטי", כי אם במהלך ביצוע העברה העושה נעדר תפיסה שלפיה הוא עושה מעשה אסור/פסול, הרי שהוא פועל ללא אשמה אם לא היה יכול להימנע מהטעות. אם היה יכול להימנע מהטעות, יוטל עליו עונש מופחת.

249 ניתן להיווכח כי ה"פזיזות" המקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי כיסוד נפשי המצוי בדרך כלל בתווך שבין כוונה לרשלנות בולטת בהיעדרה מהמשפט הפלילי הגרמני, כמו גם מחוקים פליליים אחרים בקונטיננט; ראו: Taylor, לעיל הערה 246, בעמ' 102, וכן ראו: BOHLANDER, לעיל הערה 247, בעמ' 63.

משמעות המונח "כוונה" בהקשר זה שונה מהמשמעות המקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי ובכללו בישראל.²⁵⁰ ה"כוונה" במשפט הפלילי הגרמני, כמו גם במדינות נוספות בקונטיננט, היא מונח הטומן בחובו שלושה מצבים נפשיים שונים, כאשר המכנה המשותף לכל שלוש הקטגוריות האמורות הוא שבכולן מדובר ביסוד נפשי סובייקטיבי, הכולל רכיב קוגניטיבי הכרחי ורכיב רצוני.²⁵¹ לשם הטלת אחריות פלילית בעברות הדורשות כוונה רשאי בית המשפט לייחס לעושה יסוד נפשי על פי כל אחת משלוש הקטגוריות האמורות אלא אם נקבע כי נדרשת כוונה על פי אחת משתי הקטגוריות הראשונות.²⁵² הקטגוריה הראשונה של הכוונה מתייחסת לכוונה ישירה במוכח הצד (absicht או vorsatz). כוונה ישירה באה לביטוי כאשר אדם מכוון את רצונו לשם השגת תוצאה אסורה או לשם ביצוע ההתנהגות האסורה.²⁵³ הקטגוריה השנייה עוסקת בכוונה עקיפה (direkter vorsatz). במקרים אלו ההתנהגות האסורה או הגרימה לתוצאה האסורה אינן המטרות העיקריות של העושה, אולם הוא מביא בחשבון שעל מנת להגשים את מטרות העיקריות, מן ההכרח שהוא יתנהג בדרך האסורה בחוק או שהוא יגרום לתוצאה האסורה בחוק.²⁵⁴ הקטגוריה השלישית כוללת מצב נפשי הזר למשפט האנגלו-אמריקאי הידוע כ־bedingter vorsatz או בכינויו הלטיני dolus eventualis. מצב מיוחד זה כולל שני רכיבים נפשיים: רכיב קוגניטיבי, של צפיית האפשרות לקיום הנסיבה המפלילה (או התוצאה האסורה), ורכיב רצוני "רך" הבא לביטוי באישור או בהשלמה של העושה עם אפשרות קיום הנסיבה (או גרימת התוצאה האסורה).²⁵⁵ במוכח זה Dolus Eventualis באשר לנסיבות המפלילות הוא מצב שלפיו העושה צפה את אפשרות קיומן ואף השלים עמן.²⁵⁶ ניתן לטעון כי העובדה שהעושה התנהג בדרך האסורה בחוק, על

250 הפרשנות הרחבה של המונח "כוונה", הכולל שלוש קטגוריות: כוונה ישירה, כוונה עקיפה ו־Dolus Eventualis, אינה מיוחדת ומאפיינת את המשפט הפלילי הגרמני בלבד. ראו לדוגמה את החוק הפלילי הדרום-אפריקאי ואת החוק הפלילי ההולנדי, אשר מאמצים את שלוש הקטגוריות הללו תחת המונח "כוונה". ראו: THE DUTCH PENAL CODE – THE AMERICAN SERIES OF FOREIGN PENAL CODES 16 (trns. By Louise Rayer and Staffoerd Wadsworth, 1997) ; C.R. SNYMAN, CRIMINAL LAW 180–181 (4th ed. 2002).

251 BOHLANDER, לעיל הערה 247, בעמ' 60.

252 Taylor, לעיל הערה 246, בעמ' 102.

253 פרשנות זו של המונח "כוונה" היא כבהוראת סעיף 20(א) בחוק העונשין שלפיה "כוונה" היא מטרה לגרום לתוצאות המנויות בהגדרת העברה.

254 Taylor, לעיל הערה 246, בעמ' 102. כך לדוגמה אם פלוני שם לו למטרה להמית את אלמוני וירה לעברו מבעד לחלון סגור, הרי שניתן לייחס לפלוני כוונה לגרום נזק לחלון אף שהוא לא פעל מתוך מטרה להשיג תוצאה זו. פרשנות זו של המונח "כוונה" דומה לכלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק העונשין שלפיו "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן".

255 GEORGE FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 449 (1978).

256 JONATHAN M. BURCHELL AND JOHN MILTON, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 467 (3rd ed., 2005).

אף היותו מודע לאפשרות קיום הנסיבה, היא ראייה להיותו אדיש אליה. לפיכך יש הרואים במצב של *dolus eventualis* סוג של אדישות.²⁵⁷ על מנת שיהיה ניתן לקבוע אם העושה השלים עם קיום הנסיבה, יש המצדדים בהעלאת השאלה ההיפותטית – כיצד היה הנאשם מתנהג לו היה מודע לקיום הנסיבה. אם ייקבע כי הנאשם היה מבצע את העברה גם במקרה שבו הייתה לו ידיעה ממשית על דבר קיום הנסיבה, הרי שניתן לקבוע כי הוא השלים עם קיום הנסיבה, ודרישת הכוונה באה על סיפוקה. אך היה וייקבע כי הנאשם לא היה מבצע את העברה לו היה מודע לקיום הנסיבה, הרי שלא התקיים היסוד הנפשי האמור.²⁵⁸ מן המקובץ לעיל עולה כי ה"כוונה", על פי כל אחת משלוש חלופותיה, אינה יכולה להיות אכסניה למצבים של "חלל תודעתי". המכנה המשותף לכל אחת משלוש חלופותיה של דרישת הכוונה הוא שכל אחת מהן מניחה כי קיימת מודעות, ברמה מסוימת, באשר לקיום הנסיבות או לאפשרות קיומן, דבר שאינו מתקיים במצבים של "חלל תודעתי".

שאלה אחרת היא אם הרשלנות, כיסוד נפשי חלופי, יכולה להיות אכסניה הולמת למצבים של "חלל תודעתי" בדין הגרמני. על פי הוראת סעיף 15 לחוק הפלילי הגרמני, הטלת אחריות פלילית מתוך יסוד נפשי של רשלנות אפשרית רק במקרים שבהם קבע המחוקק בעברה כי ניתן להסתפק ברשלנות. בדומה ל"כוונה" שאינה מוגדרת בחוקים פליליים במדינות הקונטיננטל, כך גם הרשלנות, כיסוד נפשי, לרוב אינה מוגדרת בחוק, ופרשנותה נתונה בידי בתי המשפט והמלומדים. לפי העיקרון הדורש אשמה אישית לשם הטלת אחריות פלילית, הרשלנות במשפט הקונטיננטלי, ובכללו המשפט הגרמני, היא אישית ומצריכה מבית המשפט להתחשב באישיותו של הנאשם העומד לדין, על כלל תכונותיו, יכולותיו, כשריו ופגמיו, לשם הערכה אם הנאשם התרשל.²⁵⁹ לפיכך ניתן להניח כי במקרים שבהם העושה פעל מתוך "חלל תודעתי", ועל פי אישיותו, תכונותיו ויכולותיו, הוא לא היה מסוגל להיות מודע לקיומן של הנסיבות המפלילות, הרי שאי

257 C. Roxin, *The Dogmatic Structure of Criminal Liability in the General Part of the Draft Israeli Penal Code – A Comparison with German Law*, 30 ISR. L. REV. 60, 67 (1996); FLETCHER, לעיל הערה 255, בעמ' 67. קוגלר, לעיל הערה 6, בעמ' 113.

258 Michaels, לעיל הערה 121, בעמ' 1026: "The best way to define *dolus eventualis* is to ask – if the actor knew that the side effect was going to occur, would he act in the same way". FLETCHER, לעיל הערה 255, בעמ' 446–447.

259 BOHLANDER, לעיל הערה 247, בעמ' 54–55, 117. שלא כמשפט הקונטיננטלי, במשפט האנגלו-אמריקאי, ובמשפטנו בכלל זה, הרשלנות כיסוד נפשי היא אובייקטיבית ונקבעת לפי יכולתו של האדם הסביר להיות ער לאלמנטים העובדתיים של העברה; ראו: מרים גור אריה "העבירה של גרם מוות ברשלנות, והיחס בינה ובין עוולת הרשלנות" משפטים יב 257, 259 (תשמ"ב); מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים, יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם יחד" משפטים כד 71, 80 (תשנ"ד). כמו כן ראו הגדרת הרשלנות בסעיף 21 לחוק העונשין.

אפשר לקבוע כי הוא התרשל, הגם שבהתנהגותו הוא הפר נורמה מקובלת של זהירות. מאידך גיסא, לו ייקבע כי הנאשם לא נתן את דעתו לקיומן של הנסיבות המפלילות, אולם אילו היה מממש את מלוא הפוטנציאל השכלי והמנטאלי שלו, הוא היה יכול להיות מודע לדבר קיומן, הרי שיהיה ניתן לקבוע כי הוא התרשל ולהטיל עליו אחריות פלילית באותה עברה.

לסיכום, לפי הדין הגרמני המצוי, מצבים של "חלל תודעתי" יכולים לעמוד לכל היותר בדרישת הרשלנות, אך לא בדרישת הכוונה, המבטאת אשם סובייקטיבי.

3. סיווגו של "החלל התודעתי" בדין האמריקאי

ה-Model Penal Code (להלן: הקוד הפלילי לדוגמה) מבחין בין שני סוגים של אשם: אשם סובייקטיבי ואשם אובייקטיבי.²⁶⁰ הדרישה לאשם סובייקטיבי באה לביטוי באחד משלושת סוגי היסוד הנפשי האלה: "ידיעה" (*knowingly*), "כוונה" (*purposely*) או "פזיזות" (*recklessly*). הדרישה לקיומו של אשם אובייקטיבי היא בגדר חריג ובאה לביטוי בעברות שבהן המחוקק מסתפק ברשלנות (*negligently*).²⁶¹ קיימת הייררכייה ברורה בין הרמות השונות של היסוד הנפשי.²⁶² "כוונה", ככל שהיא מתייחסת לנסיבות, משמעה תקווה או אמונה כי הנסיבות המפלילות קיימות. "ידיעה" באשר לנסיבות מצריכה מהעושה להיות מודע לקיומן. "פזיזות" משמעה התעלמות מודעת מסיכון מהותי ולא מוצדק לקיומה של הנסיבה המפלילה, ואילו "רשלנות" מניחה הסתכנות מודעת ולא סבירה בסיכון מהותי ולא מוצדק לקיומה של נסיבה מפלילה. הייררכייה זו מניחה כי רמת האשמה הגלומה ב"כוונה" גבוהה מזו הגלומה ב"ידיעה", ורמת האשמה הבאה לביטוי ב"ידיעה" גבוהה מב"פזיזות", והאחרונה גבוהה מ"רשלנות".

260 Model Penal Code § 2.02(1): "Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense"

261 Model Penal Code § 2.02(3): "When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto"
הפלילי לדוגמה, הקביעה איזה מבין ארבעת סוגי היסודות הנפשיים נדרש בכל עברה תלויה בהגדרת העברה. כמו כן מקום שבו העברה "שוקת" באשר לדרישת היסוד הנפשי באותה עברה, תצא התביעה ידי חובתה אם תוכיח קיומה של ידיעה, כוונה או פזיזות. בהמשך קובע סעיף 2.02(5) לקוד כי מקום שבו המחוקק דורש יסוד נפשי מסוים, מדובר בדרישת מינימום, וניתן לבצע את העברה גם מתוך יסוד נפשי הגבוה מבחינה הייררכית מהיסוד הנפשי הדרוש בקוד. כך לדוגמה, בעברות שבהן נדרש בקוד הוכחה של רשלנות כיסוד נפשי, דרישת היסוד הנפשי תתקיים אף אם יוכח כי הנאשם פעל מתוך כוונה, ידיעה או פזיזות.

262 Simons. Model Penal Code § 2.02(2)(a), לעיל הערה 192, בעמ' 478-479; ALEXANDER AND FERZAN, לעיל הערה 134, בעמ' 23-24.

במקרים שנדרשת בהם בהגדרת העברה הוכחה של "ידיעה" באשר לרכיביה העובדתיים, משמעות הדבר היא כי על התביעה להוכיח את מודעותו של הנאשם לרכיבים אלו, לרבות מודעותו לקיום הנסיבות המפלילות.²⁶³ מכאן שידיעת הנסיבות ו"חלל תודעתי" כלפיהן הן תרתי דסתרי.

ההגדרה הצרה והפוזיטיבית של הידיעה הורחבה בפסיקה האמריקאית במהלך המאה התשע-עשרה באמצעות דוקטרינת "העיוורון המכוון" או "עצימת העיניים" (willful blindness) גם על מצבים שבהם הנאשם "עצם את עיניו" לנוכח קיומו של נתון עובדתי שבעברו. בְּמָקוֹם שבו נדרש מהתביעה להוכיח את מודעות הנאשם לקיומן של נסיבות מפלילות, דרישת הידיעה תבוא על סיפוקה גם כאשר הנאשם עצם את עיניו מלראותן או מלדעת עליהן. בשנת 1899 קבע בית המשפט העליון בארצות הברית בפסק הדין *Spurr v. United States*, כי "עצימת עיניים" היא תחליף ל"ידיעה".²⁶⁴ מאז פסק הדין בעניין *Spurr* התקבלה דוקטרינת "עצימת העיניים" בפסיקה שבארצות הברית ללא עוררין.²⁶⁵ נוסף על ההלכה הפסוקה ובהמשך לה, עיגן הקוד הפלילי את דוקטרינת "עצימת העיניים" בהוראת סעיף 2.02(7). סעיף זה קובע כי דרישת הידיעה תתקיים לא רק במקרים שבהם הייתה לעושה ידיעה פוזיטיבית על נתון עובדתי שבעברו, אלא גם כאשר הוא האמין ברמה גבוהה של הסתברות שנתון זה מתקיים במציאות.²⁶⁶ לאור האמור, במקום שבו אדם מודע ברמה גבוהה של הסתברות לאפשרות שהנסיבה תתקיים (להלן

Model Penal Code § 2.02(2)(b) Knowingly. "A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: If the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that circumstances exist..."²⁶³ בדוני בדרישת ה"ידיעה" לפי הוראת סעיף 2.02(2)(b) הכוונה היא ל"ידיעה במובנה הצר", שלפיה נדרשת מודעות (וזה בלבד) לשם הוכחתה של ידיעה, בניגוד ל"ידיעה במובנה הרחב", המתייחסת לתחליף ידיעה באמצעות דוקטרינת עצימת העיניים. אף שהקוד הפלילי הפדרלי (Federal Criminal Code) לא אימץ את ההגדרות של סוגי היסוד הנפשי המופיעים בקוד הפלילי לדוגמה, עברות רבות בתוכו מצריכות הוכחה של "ידיעה" אף שהקוד הפלילי הפדרלי אינו מגדיר מהי "ידיעה". במקרים אלו בתי המשפט נוטים להגדיר ידיעה – "מודעות" של העושה לרכיבי היסוד העובדתי של העברה, ולהכליל בתוכה גם את דוקטרינת "עצימת העיניים". ראו: Michaels, לעיל הערה 121, בעמ' 960.

Spurr v. United States, 174 U.S. 728 (1899). בית המשפט העליון בארצות הברית פסק כי דרישת הידיעה תתקיים גם אם הנאשם "עצם את עיניו" לנוכח קיומה של עובדה נתונה תוך שהוא נמנע במכוון לחקור ולדרוש באשר לאותה עובדה, כדי להימנע מידיעה. שם, בעמ' 738–739. מאז פסק הדין בעניין *Spurr* נעשה שימוש תדיר בדוקטרינת "עצימת העיניים" בהקשרים שונים; ראו: R. Charlow, *Willful Ignorance and Criminal Culpability*, 70 TEX. L. REV. 1351 (1992); I. P. Robbins, *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 191, 223 (1990).²⁶⁴ לעיל הערה 264, בעמ' 1353.

Model Penal Code § 2.02(7): "When knowledge of the existence of a particular fact, is an element of an offense, such knowledge is established if a person aware of high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist"²⁶⁵

'עצימת עיניים'), הרי שאין מקום לטענה בדבר "חלל תודעתי". המסקנה היא כי "חלל תודעתי" אינו שקול לידיעה, לא במישרין ולא בעקיפין דרך דוקטרינת "עצימת עיניים". השאלה הנשאלת היא אם ניתן לסווג את "החלל התודעתי" כשקול ליסוד נפשי מסוג פיזיות.

בצד הדרישה ל"ידיעה" או ל"עצימת עיניים" המהווה לה תחליף, מכיר המשפט האמריקאי גם ביחס נפשי מסוג "פיזיות". סעיף 2.02(3) לקוד הפלילי לדוגמה קובע כי במקום שבו העברה "שותקת" בנוגע לדרישת היסוד הנפשי, ניתן להסתפק גם בהוכחה של פיזיות.²⁶⁷ פיזיות, ככל שהיא נוגעת לרכיב הנסיבתי של העברה, משמעה הסתכנות מודעת בסיכון מהותי ולא מוצדק לאפשרות קיום הנסיבה תוך התעלמות מודעת מסיכון זה.²⁶⁸ על מנת שאדם ייחשב פזיז, הוא חייב להיות מודע לסיכון שהוא מסתכן בו/יוצרו, ברמת הסתברות שאינה פחותה מהסתברות ממשית (*substantial probability*), אך גם אינה מגעת לכדי ודאות מוחלטת (*certainty*).²⁶⁹ היות שפיזיות, בדומה לדוקטרינת "עצימת העיניים", מניחה קיומה של מודעות (אמנם ברמה נמוכה מזו הנדרשת ב"עצימת עיניים"), הרי שאי אפשר לקבוע כי מי שביצע עברה במצב של "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבות, פעל בפיזיות. לפיכך "חלל תודעתי" יכול לעמוד בדרישת היסוד הנפשי של רשלנות אם ייקבע כי הנאשם הסתכן (שלא במודע) הסתכנות לא סבירה בסיכון מהותי ולא מוצדק לאפשרות שמא הנסיבה קיימת.

לסיכום, מטרת פרק זה הייתה לסקור את הדין האנגלי, האמריקאי והגרמני כדי לבחון כיצד מוסדר "החלל התודעתי" כלפי הנסיבות באותן מערכות דינים, ואם ניתן לאמץ הסדר כזה או אחר כדי לתקן את הפגמים והקשיים הנובעים מסיווגו של "החלל התודעתי" בדין הישראלי המצוי. מסקנתי מהסקירה האמורה היא כי הדין האנגלי, האמריקאי והגרמני סובל מתחלואיו של הדין הישראלי המצוי באשר לסיווגו של "החלל התודעתי", שכן גם דינים אלו מאפשרים לכל היותר לראות במי שפעל במצב של "חלל

267 Model Penal Code § 2.02(3): "When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto"; ראו גם Simons, לעיל הערה 192, בעמ' 470: "Recklessness is probably the most important culpability term under the Model Penal Code, for it is the culpability that the Code presumes when a criminal statute is silent".

268 Model Penal Code § 2.02(2)(c) Recklessly: "A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation." Model Penal Code and Commentaries (Part one, 1985) § 2.02 comment 3, p. 236.

269 Charlow, לעיל הערה 264, בעמ' 1380; Model Penal Code and Commentaries, שם, בעמ' 236.

תודעתי" מי שהתרשל ולא מי שנושא באשם סובייקטיבי. תוצאה זו היא תולדה של התאוריה הקוגניטיבית, המתנה הטלת אחריות פלילית בקיומה של מודעות, ואשר עליה מושתתות שיטות משפט אלה, ובכללן ישראל. לפיכך התזה המוצעת יכולה לתרום להסדרת מעמדו הרצוי של "החלל התודעתי" אף בשיטות משפט אלו ואחרות, אשר מעמידות את הבחירה המודעת כתנאי להטלת אחריות פלילית בעברות הדורשות אשם סובייקטיבי.

מסע אל עבר "החלל התודעתי" – דברי סיכום

הנחת המוצא שלי היא כי "חלל תודעתי" אינו מגלם בהכרח תודעה חלולה. חלף זאת יש לראות ב"חלל תודעתי" מונח המתאר קשת של מצבים מנטליים שונים, המגלמים רמות שונות של אשמה. לפיכך סיווגו של "החלל התודעתי" צריך להיות נגזרת של מידת האשמה המגולמת בו. כך לדוגמה כאשר אדם אינו נותן את דעתו לקיום הנסיבה המפלילה, ומצב זה הוא תולדה של מחלה, ליקוי נפשי או שכלי שאינו בשליטת הנאשם, או בשל גילו הצעיר של הנאשם הקטין, או נסיבות אחרות שאינן מעידות שהנאשם הוא בר-אשמה, הרי שיש לסווג מצבים אלו של "חלל תודעתי" כנעדרי אשמה, ויהיה אי אפשר להטיל בגינם אחריות פלילית. לעומת זאת כאשר הימצאותו של הנאשם במצב של "חלל תודעתי" היא תולדה של היסח דעת, חוסר זהירות רגעי או כל סיבה אחרת שאינה מגלמת מידה גבוהה של אשמה, הרי שיש לראות בנאשם לכל היותר רשלן. הואיל ומספרן של עברות הרשלנות הוא קטן, וכדי להימנע ממצב שבו מצבים של "חלל תודעתי" השקולים לרשלנות ייוותרו ללא מענה משפטי הולם, ניתן להרחיב את מספרן של עברות הרשלנות, בדגש על הצורך להגן על ערכים מסוימים או על סוג מסוים של קרבנות, שבעינינו יכול הנאשם להיות במצב של "חלל תודעתי". כך לדוגמה ניתן לקבוע כי אפשר להסתפק ברשלנות כלפי נסיבות בינאריות או כלפי נתונים מהותיים המתייחסים למיחות הקרבן, כגון גילו, עצם היותו עובד ציבור, שוטר, קטין, קשיש או חסר ישע. בדרך זו נרחיב את ההגנה לערכים מסוימים או לקרבנות מסוימים מפני מי שפוגע בהם בהיותו במצב של "חלל תודעתי" כלפיהם, ושמידת אשמתו המגולמת במצב זה אינה מצדיקה מחד גיסא לפטור אותו מאחריות פלילית, ומאידך גיסא לראות בו בעל אשם סובייקטיבי.

ייתכנו מקרים שבהם קיומו של "חלל תודעתי" כלפי הנסיבה המפלילה יגלם את מידת אשמתו הגבוהה של העושה, ועל כן יש לראות בו בעל מחשבה פלילית, לדוגמה כאשר אדם נכנס במודע ובמתכוון למצב של "חלל תודעתי" כדי להתחמק מאחריות פלילית.²⁷⁰ או כאשר מצב זה הוא תולדה של אי-אכפתיות ואדישות (במובנה הרחב)

270 את הדוגמאות שהובאו בפרק השלישי של החיבור (ליד ה"ש 98), שם נדונו מעשים של שידול קטינים לפשיטת יד ומכירת אלכוהול לקטין, שנעשו תוך כניסה מודעת ומכוונת למצב של "חלל תודעתי".

לערכים המוגנים בחוק ולקרבות העברה תוך שהוא מעדיף את האינטרסים האישיים שלו על פני האינטרסים המוגנים. אף חמת זעם ואבדן עשתונות אשר בגינם עשוי הנאשם לעבור עברה מבלי לתת את דעתו לקיום הנסיבות המפלילות מצביעה על מידת אשמתו הגבוהה. ככל שמצבים אלו ואחרים של "חלל תודעתי" מגלמים רמות שונות של אשמה, כך עולה הצורך להתאים את מידת האחריות הפלילית למצב הנפשי המגולם בהם. הנחת מוצא זו הביאתני לכלל מסקנה כי הדין המצוי אינו הדין הרצוי.

בהצביעי על החיסרון הטמון במצב המשפטי הקיים הצגתי את התזה מושא חיבור זה שלפיה במקרים מסוימים יש לראות במי שפעל מתוך "חלל תודעתי" כלפי קיום הנסיבה גם בעל מחשבה פלילית. הצעתי מבחן חדשני שאותו כיניתי – "מבחן האשם המדורג". מטרתו של מבחן זה, אשר בנוי מכמה נדבכים, לחשוף את מידת האשם המגולמת במצב נתון של "חלל תודעתי" ולהתאים לו את מידת האחריות הפלילית המגולמת במצב זה. מבחן זה מאפשר לרדת לרוזלוציה גבוהה ולייחס במקרים מסוימים לנאשמים אשר ביצעו עברות כשהם מצויים ב"חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה, גם מחשבה פלילית. בדרך זו יתאפשר להטיל אחריות פלילית ברוב העברות אשר אינן דורשות הוכחה של יסוד נפשי מיוחד (לפי הוראת סעיף 19 לחוק העונשין), ושרמת האשמה של הנאשם מצדיקה זאת.

ברי כי דרושה "תקופת מעבר" שבה ייצבר ניסיון בטרם יהיה ניתן לעבור למשטר חקיקתי חדש כדוגמת זה שמוצע במאמר. לשם כך בחנתי בהמשך פתרונות פרקטיים ופרוגמטיים המקיימים שימוש בדוקטרינות קיימות בדין הישראלי ליישום התזה המוצעת, כגון דוקטרינת "עצימת העיניים" והדוקטרינה של "התנהגות חופשית במקור". מסקנתי הייתה כי לפי הדין המצוי, אין אפשרות להכיר במצב של "חלל תודעתי" כשקול ל"עצימת עיניים" מבלי לשנות את הוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק. שינוי זה מצריך את הרחבת דוקטרינת "עצימת העיניים" גם למצבים של "חשד קונסטרוקטיבי" אשר היה צריך להתעורר אצל הנאשם. באשר לדוקטרינת "התנהגות חופשית במקור", סבורני כי הרציונלים שבבסיס הדוקטרינה מאפשרים להחילה גם על מצבים מסוימים של "חלל תודעתי". אף שמבחינה רעיונית ומושגית אפשרות זו קיימת, ראוי שפתרון זה ימצא את ביטויו בחקיקה.

הבחירה בהסדר כזה או אחר היא משנית ביחס להבנה ולהכרה בכך שמצב של "חלל תודעתי" אינו בהכרח מגלם חלל בתודעה, והוא אינו בהכרח שם נרדף להיעדר אשמה או להיעדר אחריות פלילית. ההכרה בעובדה זו יכולה לחולל את השינוי המיוחל ולקדם פתרון לסוגיה מושא המאמר. בהיעדר הסדר שכזה ימשיכו בתי המשפט לתהות על קנקנו של מצב נפשי מיוחד זה ולתרום את קולם לוויכוח האקדמי הניטש באשר לסיווגו הראוי של "החלל התודעתי" על ציר היסוד הנפשי של העברה.