

## גיוון היסוד הנפשי בעברה

מאת

שחר אלדר\*

### תקציר

במקבץ מרוכז של פסקי-דין מן העת האחרונה גילה בית-המשפט העליון נטייה גוברת לגוון ולרכב את קטגוריות היסוד הנפשי בעברה. המאמר סוקר את פסקי-הדין האלה ומשרטט קווים להבנתם במאחד. ראשית, המאמר טוען כי טיב ההנמקות ששימשו את בית-המשפט בהכרעותיו, ובעיקר העדפתם של שיקולי מדיניות חברתית על שיקולי אשם אישי, מאותתים על עליית קרנו של הפרגמטיזם המשפטי בדיני העונשין – ענף משפטי אשר עד לאחרונה גילה התנגדות כמעט גורפת לזרם משפיע זה בחשיבה המשפטית. לעליית הפרגמטיזם בדיני העונשין מתלווה ירידה במידת סמכותם של עקרונות-היסוד של האחריות הפלילית. שנית, המאמר מצביע על כך שבית-המשפט התעלם בפסיקתו מהסיכוכים הדיוניים הכרוכים במפרט דק של רכיבים נפשיים, שהבולט מביניהם נוגע בשאלת ההוכחה. אולי הייתה דעתו נתונה לשיקולי מדיניות פרגמטיים – אם בית-המשפט משתמש בקטגוריות של היסוד הנפשי כדי לקדם באמצעותן יעדים חברתיים כלליים, אזי שאלת ההוכחה של היחס המנטלי של הנאשם הקונקרטי נהפכת למשנית – ואולי התמקדותו הטבעית של בית-המשפט במקרים קונקרטיים מנעה דיון בהשפעות הרוחב של שינוי הדין שנוצר. שלישית, המאמר ממקם את הפסיקה החדשה בהקשרה ההיסטורי, ומגלה בה נקודת מפנה בהניעה של בתי-המשפט לגוון את קטגוריות היסוד הנפשי – מהרצון בימים עברו להרחיב את תחולתה של האחריות הפלילית אל הרצון כיום לצמצמה. בה-בעת, בפסיקתו החדשה בית-המשפט מפנה עורף לפרויקט המודרניסטי של יצירת "החלק הכללי" של חקיקת העונשין, ומציע תפיסה מהפכנית: הוא מסית את הדגש משאלת התאמתה של העברה לקטגוריות הנפשיות החקוקות, כמקובל, לשאלה ההפוכה – התאמת קטגוריה נפשית לעברה. לבסוף, המאמר מאפיין את פסקי-הדין הנסקרים כשלב בהתגברותו של בית-המשפט העליון על האפקט ממתן היצירתיות השיפוטית של תיקון 39 לחוק העונשין.

---

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונ.

## הקדמה

## חלק ראשון

- א. היסוד הנפשי על-פי חוק העונשין
- ב. ריבוד המחשבה הפלילית
1. עניין טמטאווי – הבחנה בין אדישות לקלות-דעת
2. עניין אוהב ציון ועניין מרגולין – דרגות של חשד
- ג. גיוון של דרגות הרשלנות – פרשת מרוץ המכוניות
- ד. גיוון היסוד הנפשי בנגזרות
1. עניין פלוני – ניסיון לרצח מותנה בכוונה תחילה
2. עניין פלוני ומואטי – חיזוק המגמה של הרשעת מבצעים בצוותא בעברות שונות

## חלק שני

- ה. מאשם אישי לשיקולי מדיניות
  - ו. התעלמות משאלת היתכנותה של ההוכחה
  - ז. מפנה במגמות היסטוריות
  - ח. הסרת האפקט הממתן של החוק
- סוף-דבר

## הקדמה

מקבץ מרוכז של פסקי-דין שנתן בית-המשפט העליון בשנים 2014-2015 מגלה את אחת ההתפתחויות המסקרנות ורבות המשמעות ביותר בתחום דיני העונשין בשני העשורים האחרונים – הנטייה הגוברת לגוון ולרוב את קטגוריות היסוד הנפשי בעברה, המובילה לשכלול של מדרג מצבי האשם בפלילים. פסקי-הדין ניתנו באופן ספורדי, ובית-המשפט לא ציין – ונראה שאף לא קבע לעצמו – תוכנית מסודרת או תמונה כוללת של המהלך הנורמטיבי המתגבש. ברשימה זו אבקש לחבר את הנקודות ולמקם את התופעה במסגרות תיאורטיות הולמות, בחיפוש אחר סיפור מקיף וקוהרנטי; כן אבקש ללמוד את המצב המשפטי הנרקם כעת הן בשל חשיבותו הנקודתית והן כדי להפיק ממנו תובנות כלליות בנוגע ליסודות האחריות בפלילים. אומנם, בסיס הנתונים של הניתוח דל באופן יחסי: הוא אינו יותר מקומץ של פסקי-דין, חשובים וחדשניים ככל שיהיו. יתרה מזו, תנופת החדשנות לא נמשכה בשנתיים העוקבות לתקופה הנסקרת, ואין לדעת אם מדובר בהפוגה קצרה או שמא בהפסקה ממושכת. אולם, אם ביחס לסוגיות אחרות במשפט הפלילי היה אפשר אולי להמתין שנים נוספות כדי לבחון אם מגמה חדשה אכן מתבססת, מרכזיותו של היסוד הנפשי – שהוא כנראה התחום החשוב והרגיש ביותר בדין הפלילי – הופכת את המגמה שהמאמר מצביע עליה לכזאת חשובה להעלותה לתודעה בהקדם האפשרי. על כך יש להוסיף שכל פיתוח עתידי של היסוד הנפשי יצטרך להביא בחשבון את הפועל-יוצא מהפסיקה הנסקרת כאן.

למן תיקונו בשנת 1995, חוק העונשין<sup>1</sup> מבנה את היסוד הנפשי כמדרג של שלושה שלבים: כוונה (הכוללת גם את צפיית התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי), פזיזות (המאגדת אדישות וקלות-דעת, מודעות ועצימת-עיניים)<sup>2</sup> ורשלנות (כסטנדרט התנהגות אחיד).<sup>3</sup> במשך השנים ייחד בית-המשפט העליון דיון נרחב לביאור ההגדרות שבחוק, אולם בכל הקשור לגיוון ולריבוד נהג בית-המשפט ריסון ואיפוק. בצעדים זהירים ובהפוגות ארוכות הוסיף בית-המשפט ליסוד הנפשי שתי דרגות של מחשבה פלילית: כוונה כיחס רצוני ממשי שאין להמירו בצפיית התוצאה, ומודעות שאין לספקה בעצימת-עיניים.<sup>4</sup> והנה לאחרונה, בתוך פחות משנתיים ובתהליך מואץ, התרחש ריבוד נוסף של היסוד הנפשי בעברה. לאחר הזנחה ממושכת אנו עדים לתחיית הדיון בדרגת מחשבה פלילית הבאה לידי ביטוי בדרישת מודעות מלאה שאין להמירה בעצימת-עיניים (פסקי-הדין בעניין אוהב ציון<sup>5</sup> ובעניין מרגולין<sup>6</sup>), וכן לנכונות – גם אם בדעת יחיד – להכיר ביסוד נפשי של "חשד מוגבר וכבד" כדרגת-ביניים בין עצימת-עיניים למודעות מלאה (עניין אוהב ציון). התפתחות חדשה נוספת היא ההפרדה המעשית בין אדישות לקלות-דעת: לראשונה פירש בית-המשפט את האדישות כיחס רצוני נבדל וכיסוד נפשי מינימלי בעברה (עניין טמטאווי<sup>7</sup>). גם בנוגע ליסוד הנפשי של רשלנות בית-המשפט רומז על נכונותו להעשיר את התקן ולהתאים את רמת הזהירות הנדרשת לטיבה המשתנה של העברה ולנסיבותיו הייחודיות של העושה (פרשת מרוץ המכוניות<sup>8</sup>). לבסוף, נכונות לגיוון ניכרת גם בתחום של נגזרות העברה, שם היא מתבטאת בסטייה מהרף הנפשי האחיד של הניסיון הפלילי (עניין פלוני<sup>9</sup>) ובחזוק העמדה המאפשרת להרשיע מבצעים בצוותא בעברות נבדלות על-סמך היסוד הנפשי המיוחד לכל אחד מהם (עניין פלוני ומואטי<sup>10</sup>).

המהלך המסתמן משרטט גבולות חדשים ביחס שבין החוק לבין הממשות. במציאות מגוון המצבים המנטליים הוא אינסופי: "רגע יחיד עשוי להחזיק אינסוף תשוקות",<sup>11</sup> ובשפתו של

1 חוק העונשין, התשל"ז-1977.

2 ליתר דיוק ראו להלן ה"ש 21.

3 ליתר פירוט ודיוק ראו להלן פרק א.

4 ליתר פירוט ודיוק ראו להלן פרק ב.

5 להלן ה"ש 47.

6 להלן ה"ש 48.

7 להלן ה"ש 42.

8 להלן ה"ש 69 ו-72.

9 להלן ה"ש 83.

10 להלן ה"ש 91. שני פסקי-דין חשובים נוספים – אחד שניתן בתקופה הנסקרת ואחר שניתן מעט אחריה – חידשו גם הם בסוגיית היסוד הנפשי בעברה, אך לא דווקא בדרך של גיוון. בע"פ 746/14 בן היילו ימר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.5.2016) הרחיב בית-המשפט העליון את יישומה של דוקטרינת הקנטור המתמשך לעניין היסוד הנפשי הייחודי לעברת הרצח בכוונה תחילה, ובע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.6.2015) הסיר בית-המשפט העליון, אם כי באוביטר דיקטום, את הדרישה הנפשית של חרטה "רגשית-מוסרית" לצורך תחולתו של סייג החרטה מניסיון פלילי.

11 גוסטב פלובר מאדאם בובארי 239 (אירית עקרכי מתרגמת, 1991).

ורתר הצעיר, "התחושות ואופני הפעולה עשויים גוני-גוונים מרובים כריבוי הדרגות שבין אף נשרי ואף פחוס"<sup>12</sup>. הדין לעולם אינו יכול להרביק את מידת הפרטנות האינסופית של קטעי המציאות,<sup>13</sup> ונראה שאף אין זה רצוי שהוא ירביק אותה: אוליבר ונדל הולמס הזהיר מפני התחקות אחר מה שכינה "the infinite varieties of temperament, intellect and education which make the internal character of a given act so different in different men", אשר הכללתם בדין מעוררת קשיי הוכחה ניכרים וחותרת תחת האפקטיביות של ההליך הפלילי.<sup>14</sup> לענייננו, הקטגוריות המשפטיות אינן מותאמות להתייחסות פרטנית לכלל הדקויות של המצבים המנטליים. מה עלינו להסיק אפוא מהנכונות ההולכת וגוברת של בית-המשפט להבדיל בין מצבים נפשיים? בכך אעסוק ברשימה זו.

וכך יתקדם הדיון: בפרק א אסקור בקצרה את קטגוריות היסוד הנפשי שבחוק העונשין. בפרקים ב-ד אציג את פסקי-הדין החדשים, שהם "גוף הראיות" לניתוח בהמשך: פרק ב יתמקד בריבוד המחשבה הפלילית; פרק ג יתמקד במדרוג הרשלנות; ופרק ד – בגיוון היסוד הנפשי בנגזרות (הניסיון הפלילי והשותפות לעברה). בפרקים העוקבים אבחן את הממצאים ואציע הסברים אפשריים, השערות זהירות ותהיות מתבקשות ביחס לתופעה שהם משקפים. פרק ה יפנה את תשומת-הלב לדרך שבה נימק בית-המשפט את הכרעותיו, ובעיקר לעובדה שמהלך הריבוד מחדש של היסוד הנפשי לא הוסבר אלא בלקוניות והתאפיין בהפשטה מפליאה של הדיון מכל סממן תיאורטי או פסיכולוגיסטי. יתרה מזו, בהסברים המעטים שסיפק בכל-זאת בית-המשפט, שיקולי האשם האישי – אשר מאז ומעולם קיבלו מעמד בכורה בשיח העונשי – פינו את מקומם לשיקולים של מדיניות חברתית. התחושה המתקבלת היא של עליית הפרגמטיזם המשפטי בדיני העונשין – שהיו עד לאחרונה מהתחומים היחידים שגילו התנגדות כמעט גורפת לזרם משפיע זה בחשיבה המשפטית. לעליית הפרגמטיזם בדיני העונשין מתלווה ירידה במידת סמכותם של עקרונות-היסוד של האחריות הפלילית, שהיו עד כה את אבני הבניין של המשפט הפלילי. פרק ו ימקד את תשומת-הלב בקשיים

12 יוהן וולפגנג גתה ייסורי ורתר הצעיר 52 (יעקב גוטשלק מתרגם, 2000).

13 וגם רעיון זה קיבל לא אחת ביטוי ספרותי. דוסטויבסקי שם בפיה של אחת הדמויות השוליות שלו את דברי הלעג הבאים: "בעזרת הלוגיקה בלבד אי-אפשר לקפוץ מעל לטבע. הלוגיקה תנחש שלושה מקרים, והם הלוא מיליון" (פיודור מיכאילוביץ' דוסטויבסקי החטא ועונשו 209 (צבי ארד מתרגם, 1993)); ואילו גיבורו השערורייתי של הרומן האחרון שכתב תומאס מאן מהגג: "אין ספק שיטענו כנגדי כי מה שעשיתי בחנות לא היה אלא גנבה סתם... ואלום, לא הרי המילה (שמטבעה היא דלה ושחוקה וחומקת על-פני החיים בלי לגעת בהם באמת) כהרי המעשה החי, שהוא ראשוני תמיד וצעיר לנצח – לנצח זוהר בחידושו, בחדר-פעמויות, במקוריותו שאין דומה לה" (תומאס מאן פליקס קרול – וידויו של מאחז-עניינים 52 (נילי מירסקי מתרגמת, 2016)). וירג'יניה וולף כתבה כי "החוקים אינם אלא מוסכמות, אשר אינן מסוגלות כלל לקיים מגע עם הרבגוניות העצומה והאנדרלמוסיה של דחפי לבי-אנוש" (וירג'יניה וולף "מונטין" וירג'יניה וולף, ת"ס אליוט ונח שטרן פס רקמה צר – תרגומים ורשימות 85, 88-89 (דבורה נגבי עורכת, נח שטרן מתרגם, 2018)). ואילו פרנץ קפקא לימדנו בכלליות כי "כל המדע הוא מתודיקה ביחס למוחלט" (פרנץ קפקא מחברות האוקטבו 24 (שמעון זנדבנק מתרגם, 1998)).

14 OLIVER WENDELL HOLMES, JR., THE COMMON LAW 108 (1881)

המעשיים של הוכחת הדרגות החדשות המסתמנות במדרג היסוד הנפשי. ייתכן קשר בין פרק ה לפרק ו: אם בית-המשפט משתמש בקטגוריות של היסוד הנפשי כדי לקדם באמצעותן יעדים חברתיים כלליים, אזי שאלת ההוכחה של היחס המנטלי של הנאשם הקונקרטי נהפכת למשנית. פרק ז ימקם את הפסיקה האחרונה בהקשר היסטורי. כאן נגלה כי המהלך המתהווה הוא נקודת מפנה הן בהניעה של בית-המשפט לגוון את קטגוריות האשם, מנטייה להרחיב את האחריות הפלילית לנטייה לצמצמה, והן ביחסו של בית-המשפט להאחרת קטגוריות היסוד הנפשי שנעשתה כחלק מיצירת "חלק כללי" לדיני העונשין במחצית השנייה של המאה העשרים. בפסקי-הדין הנסקרים בית-המשפט מציע תפיסה מהפכנית: הוא מסית את הדגש משאלת התאמתה של העברה לקטגוריות הנפשיות החקוקות, כמקובל, לשאלה ההפוכה – התאמת קטגוריה נפשית לעברה. פרק ח יעסוק באפקט הממתן של החוק על עבודתו היצירתית של בית-המשפט, ובהתרופותו של אפקט זה כעת – עשרים שנה אחרי ניסוח החלק הכללי החדש של חוק העונשין.

## חלק ראשון

### א. היסוד הנפשי על-פי חוק העונשין

האמרה הלטינית *actus non facit reum nisi mens sit rea* מיתרגמת בקירוב לרעיון שמעשה לא יפלל אלא אם כן נלוותה אליו מחשבה פלילית. משמעו העדכני והמוסכם של עיקרון זה הוא שאחריות פלילית מותנית בהוכחת יסוד נפשי אצל עובר העברה. על-פי המקובל במשפט האומות, היסוד הנפשי בעברה מנוסח לא כמושג אחיד, אלא כמדרג המשלב רכיבים קוגניטיביים (כגון מודעות וחשד), רכיבים רצוניים (כגון כוונה, אדישות וקלות-דעת) ורכיבים נורמטיביים (כגון רשלנות), היוצרים יחד את הקטגוריות של היסוד הנפשי.<sup>15</sup> בנקודה זו דרכיהן של שיטות המשפט השונות מתפצלות, והקטגוריות הנפשיות נקבעות בהבדלי ניואנסים. הגדרת היסוד הנפשי שבחוק העונשין הישראלי מציינת את המצבים המנטליים הבאים: "כוונה", "ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי" (או "צפיות"), "פזיזות", "אדישות", "קלות דעת", "מודעות", "חשד... [שעובר העברה] נמנע מלבררו" (המכונה גם "עצימת-עיניים") ו"רשלנות".<sup>16</sup>

15 לחלוקה זו ראו Kenneth W. Simons, *Rethinking Mental States*, 72 B.U. L. Rev. 463 (1992).

16 ס' 20-21 לחוק העונשין. סעיפי עברה ספציפיים מציינים רכיבים נפשיים נוספים, ביניהם "כוונה תחילה", כנדרש להרשעה ברצח לפי ס' 300(א)(2) לחוק (אתיחס לרכיב הכוונה תחילה להלן בתת-פרק 1ד), ורכיבים אמוציונליים, כגון "מניע של גזענות" או "עוינות כלפי ציבור", המופיעים בס' 1144 לחוק. בשל היותם נקודתיים ונדירים, לא נכללו רכיבים נפשיים אלה במדרג הכללי של המחשבה הפלילית הקבוע בחוק העונשין. לעומתם, רכיבים נפשיים אחרים, שתפוצתם בעברות הספציפיות רבה – ביניהם "זדון", "ביודעין" ו"יש לו יסוד להניח" – אינם מוסיפים על המדרג הכללי, באשר ס' 90 לחוק העונשין, שנועד לאחד את מונחי המחשבה הפלילית, נוסך אותם בתבניות הנפשיות המפורטות בס' 20 לחוק וכך מנטרל אותם מייחודם.

ריבוי המונחים מטעה. מדרג האשם שהחוק יוצר באמצעותם מצומצם בהרבה, וזאת בשל שלושה כללי זהות וחילוף הקבועים בחוק: את הכוונה אפשר להמיר בצפיות;<sup>17</sup> הפזיזות מאגדת את האדישות ואת קלות-הדעת לקטגוריה נפשית אחת;<sup>18</sup> ועצמת-עיניים מספקת את דרישת המודעות ביחס לרכיבי המעשה והנסיבות של העברה.<sup>19</sup> כפועל יוצא מכך פוחת מספר הקטגוריות של היסוד הנפשי בישראל לשלוש:

- (1) היסוד הנפשי החמור יותר בא לידי ביטוי במושג כוונה, המוגדר כמודעות (או חשד שהנאשם נמנע מלכרר) באשר לטיב המעשה ולקיום הנסיבות הנמנים בפרטי העברה, וכן מודעות לאפשרות הגרימה של התוצאות המנויות בעברה, בצירוף מטרה לגרום לתוצאות העברה, הניתנת להמרה בצפיית התרחשותן של תוצאות אלה כאפשרות קרובה לוודאי;<sup>20</sup>
- (2) המחשבה הפלילית הבסיסית קרויה פזיזות, המוגדרת כמודעות (או חשד שהנאשם נמנע מלכרר) באשר לטיב המעשה ולקיום הנסיבות הנמנים בפרטי העברה, וכן מודעות לאפשרות הגרימה של התוצאות המנויות בעברה, בצירוף רכיבים רצוניים חלופיים של אדישות (המוגדרת כשוויון-נפש לאפשרות הגרימה של תוצאות העברה) וקלות-דעת (נטילת סיכון בלתי-סביר לאפשרות הגרימה של התוצאות האמורות)<sup>21</sup> מתוך תקווה להצליח למונען;<sup>22</sup>
- (3) יסוד נפשי חיצוני למחשבה הפלילית ופחות בחומרתו, המכונה רשלנות. בניגוד למחשבה הפלילית, הנמדדת בצורה סובייקטיבית מנקודת-מבטו של העושה ובוחנת יחס נפשי ממשי לרכיבים העובדתיים של העברה, הרשלנות "נמדדת" בצורה אובייקטיבית

17 ס' 20(ב) לחוק העונשין.

18 ס' 20(א)(2) לחוק העונשין.

19 ס' 20(ג)(1) לחוק העונשין.

20 יש עברות שאינן מתנות את ההרשעה בכך שהתוצאה שאליה כיוון העושה אכן התממשה בפועל. כוונה שאינה מתייחסת לתוצאה שביסוד העובדתי, אלא ליעד חיצוני כלשהו (כגון בעברה לפי ס' 144 ב לחוק העונשין: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות"), אינה מכונה "כוונה", כי אם "מטרה" (ראו ס' 90א(2) לחוק העונשין). אולם מבחינה מנטלית אין הבדל בין שני המצבים, ושניהם מקבילים לרצון להשיג את היעד המפורט בעברה, אם כדרישה עובדתית של תוצאה בפועל (בכוונה) ואם כמושא של שאיפה (במטרה).

21 חוק העונשין מפנה את הרכיבים הרצוניים של כוונה, אדישות וקלות-דעת לתוצאות העברה בלבד, ולא לרכיבי המעשה והנסיבות (ס' 20(א) לחוק העונשין). לפיכך, בעברות התנהגות, שהרשעה בהן אינה מותנית בגרימת תוצאה מזיקה, די בהוכחת מודעות או עצמת-עיניים באשר למעשה ולנסיבות הנמנים בפרטי העברה (וזאת כאשר העברה אינה מותנית במטרה להשיג יעד שאינו מופיע בדרישות העובדתיות של העברה). בעברות תוצאה יידיש נוסף על כך גם היבט חפצי מסוג של אדישות או קלות-דעת ביחס לגרימת התוצאות (וזאת כאשר העברה אינה מותנית ביסוד נפשי של כוונה). משמעות הדבר היא שהיסוד הנפשי מסוג מודעות או עצמת-עיניים נבלע בדרישת הפזיזות, והשניים יופיעו כאן כקטגוריה מאוחדת של אשם.

22 בעברות שההרשעה בהן אינה מותנית בגרימת תוצאה – למשל, תקיפה לפי ס' 379 לחוק העונשין או אינוס לפי ס' 345(א) לחוק העונשין – היסוד הנפשי הבסיסי אינו כולל את הרכיבים הרצוניים של אדישות או קלות-דעת, והוא מתגבש כמודעות או כחשד שהנאשם נמנע מלכרר בדבר טיב המעשה וקיום הנסיבות.

כסטנדרט נורמטיבי הדורש מנתיני החוק לשמור על רמת-סף אחידה של ערנות לשלום האינטרסים המוגנים בחוק.<sup>23</sup> אני מניח שמבנה זה אינו זר לקורא, ולכן אמנע מהסבר מפורט יותר,<sup>24</sup> ואסתפק בהדגמה מתחום העברות נגד הגוף. גרימת חבלה חמורה יכולה להתבצע מתוך מודעות (או חשד שהנאשם נמנע מלברור) בדבר רכיביה העובדתיים של העברה,<sup>25</sup> בצירוף כוונה לגרום חבלה חמורה (או צפייה של תוצאה זו כאפשרות קרובה לוודאי) – ואז תיתכן הרשעה בעברת "חבלה בכוונה מחמירה",<sup>26</sup> שבצידה עונש של עד עשרים שנות מאסר; לחלופין, גרימת חבלה חמורה יכולה להתבצע מתוך מודעות או חשד כאמור בצירוף יחס אדיש או נטילה קלת-דעת של סיכון ביחס לגרימת חבלה חמורה – ואז תיתכן הרשעה בעברת "חבלה חמורה",<sup>27</sup> שבצידה עונש מרבי של שבע שנות מאסר. הגורם חבלה לאדם ברשלנות – למשל, על-ידי נטילת סיכון בלתי-סביר לגרימת החבלה, אשר אדם מן היישוב היה יכול לצפות את התממשותה אך העושה לא צפה אותה – מגבש את דרישתה של עברת החבלה ברשלנות,<sup>28</sup> שעונשה המרבי הוא שנת מאסר אחת.

## ב. ריבוד המחשבה הפלילית

מבנה היסוד הנפשי, כפי שהוצג בפרק הקודם, התקבע בשנת 1995, עם כניסתם לתוקף של תיקון 29<sup>39</sup> ותיקון 30<sup>43</sup> לחוק העונשין. בעשרים השנים שחלפו עד התקופה הנסקרת ברשימה זו לא השתנו הגדרות היסוד הנפשי שבחוק העונשין. ההלכה אומנם לא שקטה על שמריה, ובתי-המשפט השקיעו זמן ניכר בביאור הקטגוריות הנפשיות, אולם בכל הקשור לגיוון ולריבוד נהגו בתי-המשפט ריסון, ובתקופה של עשרים שנים הוספו למדרג היסוד הנפשי שתי הבחנות בלבד, שתיהן בגדרי המחשבה הפלילית הסובייקטיבית:

- 
- 23 ס' 21 לחוק העונשין.
- 24 המעוניינים בהסבר עדכני, מפורט ובהיר של היסוד הנפשי ימצאו אותו בספרם של יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 381-500 (מהדורה שלישית, 2014).
- 25 ליתר דיוק, וכאמור לעיל, החלופה של עצימת-עיניים רלוונטית לרכיבי המעשה והנסיבות, ולא לרכיבי התוצאה.
- 26 ס' 329(א) לחוק העונשין.
- 27 ס' 333 לחוק העונשין.
- 28 ס' 341 לחוק העונשין. חוק העונשין אינו מבחין בין חבלה וחבלה חמורה כאשר הגרימה היא ברשלנות.
- 29 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39). בתיקון זה לחוק נקבעו ההגדרות של המחשבה הפלילית והרשלנות בס' 20 ו-21 לחוק העונשין, בהתאמה.
- 30 חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ס"ח 390 (להלן: תיקון 43). התיקון הוסיף לחוק את ס' 90א, המפרש מונחי יסוד נפשי ששימשו את המחוקק לפני תיקון 39, כגון "זדון", "ביודעין" ו"התרשלות", בהתאם למינוח החדש שקבע תיקון 39 בס' 20 ו-21 לחוק. ראו גם לעיל ה"ש 16.

(4) יסוד נפשי של מטרה כיחס רצוני ממשי – בית־המשפט העליון תחם את תחולתה של הלכת הצפיות והותיר בידי את הסמכות לסייג את השקילות הנורמטיבית בין הצפיות למטרה.<sup>31</sup> בכך פתח בית־המשפט את הפתח לדרגת אשם נפרדת, המתבטאת במטרה כיחס רצוני ממשי, להבדיל מכוונה או ממטרה שאפשר להמירן בצפיות. עד כה הצמיד בית־המשפט דרגת אשם זו לעברה שבסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ו"המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע" יורשע בה רק אם הפיץ את דברי הדיבה מתוך רצון לפגוע באחר. בצפיית תוצאה מזיקה זו אין די.<sup>32</sup>

(5) יסוד נפשי של מודעות שאין להמירה כעצמת־עיניים – לעניין רכיבי ההתנהגות והנסיבות של העברה חוק העונשין אינו עומד על מודעות כיחס הכרתי מלא ומוחלט, ולשם הרשעה די במצב מנטלי של עצמת־עיניים, שמשמעותו היא שבראש העושה קינן חשד בדבר רכיבים אלה והוא נמנע מלברר את החשד.<sup>33</sup> בשנת 2001 נפל דבר. בעניין הר־שפי,<sup>34</sup> שהתמקד בעברה של אי־מניעת פשע,<sup>35</sup> נתלה בית־המשפט בנוסח המיוחד של הדרישה הנפשית שבסעיף העברה ("מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע"), ובצרפו אותו לשיקולי אשם ולשיקולי מדיניות התומכים בצמצום היקף האיסור שבעברה, סייג את הכלל בדבר עצמת־עיניים וקבע כי הרשעה באי־מניעת פשע תותנה במודעות מלאה<sup>36</sup> בדבר המזימה הנפשית.<sup>37</sup> פסק־דין נוסף מאותה שנה הכיר באפשרות התיאורטית להרחיב את מעגל פרישתו של הסייג כך שהיחס ההכרתי של מודעות מלאה יהייב גם בעברות נוספות.<sup>38</sup> מאז נחה התיאוריה כאבן שאין לה הופכין, ורק לאחרונה חזר בית־המשפט לטלטה, כפי שיתואר להלן בפרק זה.

נטייה רבת שנים זו לשמור על המסגרות הנפשיות שבחוק מבליטה את מידת החדשנות המשתקפת בפסיקה מן העת האחרונה. ייחודה של התופעה החדשה מודגש ביתר שאת כאשר מביאים בחשבון כי בנוגע לשתי העברות היחידות שלגביהן היה בית־המשפט נכון בעבר לגוון את המחשבה הפלילית – פרסום לשון הרע ואי־מניעת פשע – קביעת דרגות מובחנות של יסוד נפשי הייתה למעשה שחזור הלכות שנהגו בטרם קיבע תיקון 39 לחוק

31 הסמכות הוגבלה לעברות של מטרה להשיג יעד חיצוני לעברה, להבדיל מעברות של כוונה לגרום תוצאה המנויה בעברה. ראו, למשל, ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996); ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496 (2001); ע"פ 217/04 אלקורעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.6.2005).

32 ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005).

33 ס' 20(ג)(1) לחוק העונשין. ראו גם את הדיון לעיל בפרק א.

34 ע"פ 3417/99 הר־שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001).

35 ס' 262 לחוק העונשין.

36 אף שהמונח "מודעות מלאה" הוא מוקשה מבחינה אפיסטמית, אני בוחר להשתמש בו כאן בהוראה של מודעות ממשית, בניגוד לחשד. המונח "מודעות ממשית" היה עדיף אילו לא העמיד בית־המשפט את רף החשד הנדרש לעצמת־עיניים על "חשד ממשי". ראו להלן בתת־פרק 2.2.

37 יצוין בעניין זה גם פועלו של המחוקק: ס' 4 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, האוסר עשיית פעולה ברכוש אסור, כהגדרתו בחוק, בידיעה שהוא רכוש אסור, מפרש כי "לענין סעיף זה, 'רדיעה' – למעט עצמת עיניים כמשמעותה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין".

38 ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 896 (2001).



את דרגות היסוד הנפשי. הדרישות הנפשיות הייחודיות – מטרה רצונית בעברה של פרסום לשון הרע ומודעות מלאה בעברה של אי-מניעת פשע – הוכרו כבר בשנת 1985<sup>39</sup> ובשנת 1951,<sup>40</sup> בהתאמה. אם כן, על-אף המשמעות הטמונה בקביעתן של ההלכות שנית, בעקבות תיקון 39, החידוש הגלום בכך מתעמעם.<sup>41</sup>

על רקע דברים אלה נפנה כעת להצגת פסקי-הדין מן העת האחרונה שבהם רענן בית-המשפט העליון את מדרג היסוד הנפשי. בפרק זה יוצגו ההלכות בדבר המחשבה הפלילית. ההלכות שעניינן היסוד הנפשי של רשלנות והדרישות המנטליות בתחום הנגזרות (ניסיון ושותפות) יוצגו בפרקים ג ו-ד, בהתאמה.

### 1. עניין טמטאווי<sup>42</sup> – הבחנה בין אדישות לקלות-דעת

פרטי המעשה, כפי שתיאר אותם בית-המשפט, פשוטים: המערער ואדם נוסף גנבו כבלי חשמל מהיישוב מצפה-רמון, ובעודם נמלטים מזירת העברה ברכב שהיה נהוג בידי המערער, פגע הרכב בשוטר שאותת להם לעצור וגרם למותו. פשוטה פחות, בעיני בית-המשפט, הייתה המשמעות הנורמטיבית של העברה שבאמצעותה ביקשה המאשימה להגדיר את המעשה – חלופת הרצח שבסעיף 300(א)(4) לחוק העונשין:

"300. (א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:

...

(4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש."

להבדיל מהחלופה הידועה יותר של עברת הרצח, שעניינה גרימת מוות בכוונה תחילה,<sup>43</sup> הרשעה לפי החלופה הנדונה תותנה בפזיזות כלפי אפשרות הגרימה של התוצאה הקטלנית, דהיינו, אדישות או קלות-דעת כלפיה. בדרך-כלל המתה בפזיזות תצדיק הרשעה בהריגה בלבד,<sup>44</sup> ולא בעברת הרצח, החמורה ממנה. מה שמחמיר את ההמתה הפזיזה כאן הוא שגרימתה נעשתה בנסיבות שבהן נעברה עברה אחרת, והעושה נהג בפזיזות בחיי זולתו כדי למלט את עצמו או את שותפיו מעונש בגינה.

לפי לשונו, סעיף 300(א)(4) מאפשר להדביק את אות-הקלון החמור של רוצח ואת העונש הנגזר ממנו גם למי שעבר עברה זעזערת כלשהי ואגב בריחתו מהזירה נהג בקלות-דעת בלתי-סבירה כלפי חיי אדם, כל עוד הסיכון שנטל התממש. בית-המשפט מצא כי מצב דברים זה אינו רצוי, ועל-מנת לצמצם את גבולות הסעיף, התנה את ההרשעה לפיו

39 ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (1985).

40 ע"פ 136/51 פרנקל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 1602 (1951).

41 יש להוסיף על כך שבעניין הר-שפי באה קביעתו של בית-המשפט באוביטר דיקטום, מאחר שבית-המשפט לא נדרש לה כדי לדחות את הערעור.

42 ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.2015).

43 ס' 300(א)(2) לחוק העונשין.

44 ס' 298 לחוק העונשין.

באדישות לפחות (להבדיל מקלות־דעת) כלפי האפשרות שאגב ההימלטות ייגרם מותו של אדם.<sup>45</sup> אפשר לראות בכך צעד נחוץ ואולי אף מתבקש לתיחום הולם של תווית הרצח. אולם בהקשר של מדרג היסוד הנפשי, לראשונה מאז נחקק סעיף 20 לחוק העונשין נקבעה הבחנה מעשית בין שני איברי הפזיזות – האדישות וקלות־הדעת – ומשמעות הדבר היא יצירה דה־פקטו של דרגת אשם חדשה במשפט הפלילי.<sup>46</sup> לעת עתה יש לחידוש זה משמעות מעשית רק לעניין גבולותיה של עברת הרצח לפי סעיף 300(א)(4). אולם מאחר שהחידוש אינו מתייחס לרכיב נפשי שייחודי לעברת הרצח, אלא לרכיב הפזיזות הנפוץ, פתיחת האפשרות לפני בית־המשפט לקבוע את האדישות כרף תחתון של העברה, המוציא את קלות־הדעת, יכולה להשפיע בעתיד על גבולות ההפלה של עברות נוספות מקרב עברות הפזיזות הרבות שבספר החוקים.

45 בית־המשפט הוסיף וקבע כי "העבירה האחרת" האמורה בסעיף לא תהא כל עברה שהיא, והרשעה על־פיו תיקבע רק במקרים שבהם העברה שמעונשה ביקש העושה להימלט היא חמורה. עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 42, פס' 85 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארו. הגבלה מעין זו נוהגת בהסדרים מקבילים בארצות אחרות (בעיקר מכוח ה־"felony murder rule" – ראו (2012) GUYORA BINDER, FELONY MURDER), ובית־המשפט העליון אף שקל אותה בעבר (ראו ע"פ 4711/03 אבו זייד נ' מדינת ישראל, פס' 39 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.1.2009)), אך עד עניין **טמטאווי** הוא נמנע מאימוצה. לאמיתו של דבר, גם לאחר עניין **טמטאווי** ההלכה מצריכה בירור, שכן לא הוכרע אם העברה שמכוחה העושה מבקש להימלט תוגבל לפשע הכרוך באלימות או בסיכון חיי אדם (כגישת השופטת ברק־ארו) או תכלול גם עברות חמורות שאינן כרוכות באלימות, כסחר בסמים (אפשרות שהעלה המשנה לנשיאה רובינשטיין).

46 כאמור לעיל, חוק העונשין אינו מבדיל בין עברות של אדישות לעברות של קלות־דעת – כולן עברות של פזיזות, העשויה להתבטא הן באדישות והן בקלות־דעת. מעניין שלפני תיקון 39 לחוק העונשין, שבו הוגדרה הפזיזות מחדש בס' 20 לחוק, הבחינה הפסיקה בין שני סוגי הפזיזות בהקשר של עברת ההריגה. נקבע כי לצורך הרשעה בהריגה ייתכנו שתי חלופות: (1) המתה מתוך אי־אכפתיות (השקולה למונח העדכני "אדישות") שנלווה אליה חוסר זהירות בדרגה סבירה; (2) המתה בקלות־דעת שנלווה אליה חוסר זהירות בדרגה גבוהה. ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 456 (1954). ברם, בע"פ 1100/93 סובאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 635 (1993), ראה בית־המשפט בהלכה זו לא כלל מהותי, כי אם כלל ראייתי, שלפיו חוסר זהירות בדרגה גבוהה מקים חזקה שהפעולה נעשתה בפזיזות. רעיון זה חזר גם בדנ"פ 4279/93 סובאח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.8.1993). מאוחר יותר, בע"פ 3841/94 מדינת ישראל נ' צלנקו (פורסם בנבו, 21.8.1994), שלל בית־המשפט אף את הנפקות הראייתית של ההבחנה בדחותו את החזקה האמורה. ממילא, הלכת **דויטש** באה על רקע ס' 299 לחוק העונשין (או ס' 217 לפקודת החוק הפלילי, 1936), שהבדיל בין דרגות שונות של חוסר זהירות לעניין עברת ההריגה, וסעיף זה בוטל בתיקון 43 לחוק העונשין משנת 1995. לאחר־מכן הבדיל בית־המשפט בין אדישות לקלות־דעת רק כשיקול בגזירת הדין. ראו, למשל, ע"פ 2196/10 אגבריה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.3.2012).

2. עניין אוהב ציון<sup>47</sup> ועניין מרגולין<sup>48</sup> – דרגות של חשד

כאמור לעיל, דרישת המודעות שביסוד המחשבה הפלילית שבחוק העונשין מתפרשת גם על מצבים של עצימת-עיניים, ולצורך התגבשותה די בכך שקינן בראש העושה חשד בדבר טיב המעשה או בדבר קיום הנסיבות והוא נמנע מלבררו. החושד אינו "יודע": מודעות וחשד הן דרגות שונות של הכרה – זו מניחה ודאות מלאה באשר למצב הדברים, ואילו זה עניינו הכרה באפשרות מסתברת. עם זאת, לעניין המחשבה הפלילית חוק העונשין קובע כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם".<sup>49</sup> בראשית שנות האלפיים קבע בית-המשפט את סמכותו העקרונית לסייג את החלופה של עצימת-עיניים, ובכך יצר דרגה ייחודית של מחשבה פלילית בדמות מודעות מלאה, להבדיל מחשד. כפי שכבר ראינו, בעברה של אי-מניעת פשע נקלטה דרישת המודעות המלאה בפסיקה,<sup>50</sup> אך בית-המשפט תלה את הדבר, בין היתר, במינוח המיוחד של היסוד הנפשי בסעיף זה.<sup>51</sup> עניין זה כמו נשכח, ולא זכה מעולם בדיון ובפיתוח, אך הנה לאחורונה הוא קם לתחייה בפסקי-הדין בעניין אוהב ציון ובעניין מרגולין.

עניין אוהב ציון היה ספיח של פרשת המעילה שביצעה אתי אלון בבנק למסחר,<sup>52</sup> ובו הורשעו המערערים בגין קבלה בחלקים שונים של כ-200 מיליוני ש"ח מכספי המעילה. ההרשעה התבססה על עברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע, המותנית בכך שבעת קבלת הנכסים היה המקבל מודע לכך שאלה הושגו בדרכי פשע.<sup>53</sup> במוקד המחלוקת בין הצדדים עמד טיבו של תנאי המודעות. המערערים טענו כי אין להרשיע אדם בעברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע אלא אם כן הוכח כי הוא היה מודע, ממש ובפועל, למקורם האסור. בהפרש של חודשים ספורים נדון ערעורו של ד"ר יעקב מרגולין, המנהל-לשעבר של בית-החולים לחולי נפש "איתנים". מרגולין הורשע בעברה של הזנחת מושגחים<sup>54</sup> בשל מעשי התעללות שביצעו אנשי סגל בית-החולים בחוסים במוסד ואשר בגינם הורשעו בעברות שונות, ביניהן התעללות בחסרי-ישע ושימוש פסול באמצעי כפייה. גם במקרה זה נדרש בית-המשפט העליון להכריע בשאלת תחולתה של דוקטרינת עצימת-העיניים, הפעם על העברה של הזנחת מושגחים.

בשני המקרים דחה בית-המשפט את טענות המערערים והחיל את החלופה של עצימת-עיניים.<sup>55</sup> עם זאת, בשני המקרים היה בית-המשפט נכון להיכנס לעובי הקורה ולבחון לעומק

47 ע"פ 5529/12 אוהב ציון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2014).

48 ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2015).

49 ס' 20(ג1) לחוק העונשין.

50 אם כי באוביטר דיקטום – ראו לעיל ה"ש 41.

51 ראו לעיל ליד ה"ש 36.

52 ראו ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.8.2006).

53 ס' 411 לחוק העונשין. הסעיף נוקט את המונחים "במזיד" ו"כשהוא יודע", המקבילים לעניין

העברה למחשבה פלילית מסוג מודעות, לפי ס' 90א(1) ר"א90(3), בהתאמה.

54 ס' 362 לחוק העונשין.

55 אם כי בעניין מרגולין, לעיל ה"ש 48, לא כבעניין אוהב ציון, לעיל ה"ש 47, קיבל בית-המשפט

את הערעור, משנחה דעתו כי ד"ר מרגולין לא גיבש את החשד הנדרש באשר לעברות שעברו

את השאלה אם להעמיד את סף היסוד הנפשי של העברות שנדונו על מודעות מלאה, בניגוד לחשד. בעניין אוהב ציון ביסס בית־המשפט את הכרעתו על ההשוואה שערך בין העברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע לעברה של אי־מניעת פשע. האחרונה שימשה נקודת ייחוס טבעית לדיון, בהיותה העברה היחידה עד כה שבית־המשפט התנה ביסוד נפשי של מודעות מלאה. כך קבע בית־המשפט בעניין אוהב ציון: בניגוד לעברה של אי־מניעת פשע, שהיא עברת מחדל המחייבת אדם – שהתגבש אצלו היסוד הנפשי המתאים ביחס לנסיבה שפלוני זומם לבצע פשע – לנקוט אמצעים פעילים לבירור החשד או למניעת הפשע, עברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע היא עברת מעשה, ולפיכך החושד כי נכסים שהוא עומד לקבל הושגו בפשע אינו חייב לברר את חשדו או לנקוט פעולה אחרת כלשהי, ודי שיימנע מהמעשה, דהיינו, ימשוך ידו מן הנכסים. בית־המשפט לא התנה את הדיון בכך שתהיה לדרישת המודעות המלאה אחיזה בלשונו של סעיף העברה (אף שהיה יכול – אילו ייחס לכך חשיבות – לבסס את הדיון על כך שהעברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע נוקטת לשון "כשהוא יודע" שהנכסים הושגו בפשע), והדבר בלט לנוכח החשיבות שיוחסה ללשונו הייחודית של עברת אי־מניעת פשע לצורך סיווגה של עצימת־העיניים ביחס לעברה זו. גם בעניין מרגולין התקיים הדיון אל מול נקודת הייחוס של עברת אי־מניעת פשע, ובית־המשפט ציין כמה הבדלים ניכרים בין עברה זו לבין עברה של הזנחת מושגחים. להבדיל מעניין אוהב ציון, כאן נפתח הדיון בהצגת הבדלי הנוסח בין הסעיפים, ובית־המשפט ציין כי בעוד שלעניין עברת אי־מניעת פשע תלה בית־המשפט את דרישת המודעות המלאה במינוח הייחודי של היסוד הנפשי בעברה זו, ובעיקר בצירוף "מי שידע",<sup>56</sup> העברה של הזנחת מושגחים אינה כוללת כל מינוח נפשי מיוחד. לכאורה היה בית־המשפט יכול לעצור את הדיון בשלב זה, ובכך לייחד את הדיון בסוגיית המודעות המלאה לעברות הכוללות מינוח מיוחד של היסוד הנפשי. אולם בית־המשפט בחר להמשיך את הדיון מעבר לסוגיית לשון הסעיף, ולבסס את הכרעתו גם על הבדלים מהותיים בין העברות, מבלי לקבוע מדרג בין הנימוק הלשוני לשיקולי המהות. התוכן הקונקרטי של השיקולים המהותיים הוא משני לענייננו;<sup>57</sup> עיקר החשיבות והלקח הוא בעצם הדיון ובמידת הקשב שגילה בית־המשפט לטענות בזכות תחולתה של דרגת האשם מסוג מודעות מלאה: בית־המשפט דחה את דרישת המודעות המלאה בשל הנתונים הייחודיים שמצא בעברות שבהן הוא דן, אך הכשיר את האפשרות הכללית של דרישת מודעות מלאה בעברות שיימצאו מתאימות לכך.

בצד הנכונות שגילה בית־המשפט בשני פסקי־הדין לדון באפשרות של דרישת מודעות מלאה, להבדיל מחשד, דעת יחיד שנשמעה בעניין אוהב ציון פתחה דלת לדרגות נוספות של מחשבה פלילית על הציר שבין חשד רגיל למודעות מלאה, הנבדלות זו מזו ברמת החשד הנדרשת. כדי להבין את ייחודה של הדעה שנשמעה בהקשרה, נדרש מעט רקע מקדים. מאז נוסח הכלל בדבר עצימת־העיניים, תרו בתי־המשפט אחר טיבו ומידתו של החשד אשר קיומו אצל העושה מקים את חובת הבירור שאם לא יעמוד בה ייחשב כאילו גיבש מודעות מלאה.

הכפופים לו.

56 ראו לעיל ליד ה"ש 36.

57 עניין זה יקבל חשיבות במסגרת הדיון להלן בפרק ה.

השאלה נוסחה כחיפוש אחר רף חשד אחיד וסטנדרטי,<sup>58</sup> והבירור הושגת על חלוקה בינרית בין רמת חשד שמקימה עצימת-עיניים – שאותה ביקש בית-המשפט לקבוע – לבין מודעות מלאה. הרף שהתקבע עם הזמן הוגדר בפסיקה כ"חשד ממשי",<sup>59</sup> והוא הוחל באחידות על כלל העברות שנדונו, ביניהן אונס ומעשה סדום,<sup>60</sup> שיבוש הליכי משפט,<sup>61</sup> מעשה העלול להפיץ מחלה,<sup>62</sup> נסיון שימוש בסם מסוכן<sup>63</sup> וסיוע לסחר בסם מסוכן.<sup>64</sup> לאחרונה אימץ גם המחוקק את רף החשד הממשי, והעברה החדשה של אי-מניעת מעשה טרור חלה על "מי שהיה בידו מידע שעורר בו חשד ממשי כי עומדת להתבצע עבירה מסוג פשע שהיא מעשה טרור".<sup>65</sup> והנה, בעניין אוהב ציון הביע השופט הנדל את דעתו כי אין זה ראוי להשתית הרשעה בעברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע על חשד ממשי בלבד, אלא יש להראות שהתעורר אצל המקבל חשד "מוגבר וכבד" באשר למקור הנכסים. בכך הציע השופט הנדל ליצור קטגוריה חדשה של יחס נפשי לעברה, הממוקמת בין המודעות המלאה לבין עצימת-עיניים.<sup>66</sup> זהו צעד לא-שגרת, בלשון המעטה, וגם מעיני השופט הנדל לא נעלם המימד המתריס של פסיקתו, הסוטה מאחידות הסטנדרטים הקבועה בחוק.<sup>67</sup> מדוע אפוא התעקש השופט הנדל ליצור דרישת חשד מסוג מיוחד? אם דעתו הייתה נתונה כולה לעברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע ולמקרה הקונקרטי שעמד להכרעה, אזי הדיון כולו היה מעבר לנדרש: גם אילו קיבלו יתר השופטים את הדעה שהציג, לא היה בה כדי לשנות את התוצאה המרשיעה של פסק-הדין, והיא הייתה נותרת אוביטר דיקטום (לפחות לשיטתו של השופט הנדל, שקבע כי במערערים התקיימה דרגת החשד המוגברת). באין פוטנציאל להשפעה

- 58 החיפוש אחר רמת חשד אחידה אפיין גם את הכתיבה המחקרית בנושא. ראו פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 523-524 (1984) (להלן: פלר, כרך א); רות קנאי "האומנם תמיד דין אחד לחושד וליודוע?" מחקרי משפט יב 433, 436-437 (1995); יצחק קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה (1) 149, 162-164 (1996); מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 55, 62 (אלי לדרמן עורך, 2001).
- 59 וביתר דיוק, "חשד ממשי, מעשי, רציונאלי, ואין להסתפק בחשד מופרך, שאין לו אחיזה במציאות". ראו ע"פ 8641/04 ראובני-בוכניק נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 11.1.2006); ע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 498, פס' 4 לפסק-דינו של השופט לוי (2008).
- 60 ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000).
- 61 ע"פ 8721/04 אוחנה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.6.2007).
- 62 עניין סרפו, לעיל ה"ש 59.
- 63 רע"פ 7560/01 התובע הצבאי הראשי נ' שובין, פ"ד נט(3) 931 (2004).
- 64 עניין ראובני-בוכניק, לעיל ה"ש 59.
- 65 ס' 26 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.
- 66 כאשר ליחס בין שתי רמות החשד כתב השופט הנדל: "אני מודע לכך שבמסגרת פסק דין זה לא הוצגה הגדרה מדויקת באשר לטיבו של חשד מוגבר וכבד. יש לזכור, עם זאת, שגם הדרישה לחשד ממשי לא זכתה ל'כימות' מוקפד. די לומר, במסגרת ענייננו, כי חשד מוגבר וכבד מציב רף גבוה יותר מזה של חשד ממשי." עניין אוהב ציון, לעיל ה"ש 47, פס' 5 לפסק-דינו של השופט הנדל.
- 67 שם, פס' 2 ו-5 לפסק-דינו של השופט הנדל.

ממשית – לשם מה המאמץ, היציאה מהשגרה וההתרסה אל מול החוק? אולי הסיבה נעוצה באמירתו של השופט הנדל כי הסוגיה היא "בעלת השלכות לתיקים עתידיים".<sup>68</sup> בכך גילה השופט שדעת היחיד הזניחה לכאורה היא למעשה עמדה עקרונית. למנגנון זה יש מסורת בפסיקת בית המשפט העליון, והדפוס מוכר מתחומים אחרים: השופט זורע בדעת יחיד את הזרעים להלכה שאולי תנבוט בעתיד ואשר באמצעותה יתיר לעצמו בית המשפט לקבוע דרגות אשם פסיקתיות במנותק מהקבוע בחוק. לעומת זאת, וחרף הלשון הכללית שנקט השופט הנדל בהתייחסו להשפעה האפשרית של עמדתו בעניין אוהב ציון על תיקים אחרים, ייתכן שהוא לא כיוון את דבריו אלא להשלכות של פסיקתו על תיקים אחרים שעניינם קבלת נכסים שהושגו בפשע. אולם גם אם לכך התכוון, מאחר שהוא לא תלה את פרשנותו במינוח נפשי שייחודי לעברה שבה דן, ההשלכה העמוקה של גישתו היא הפוטנציאל הגלום בה לגיוון נוסף ולמדורג מפורט של רמות החשד הנדרשות להרשעה.

### ג. גיוון של דרגות הרשלנות – פרשת מרוץ המכוניות

מקרב פסקי־הדין הנסקרים ברשימה זו זכה במירב תשומת־הלב דנ"פ מרוץ המכוניות,<sup>69</sup> אשר עובדותיו עוררו את עניינם וגירו את מחשבתם של מורי המשפט הפלילי בישראל.<sup>70</sup> במוקד העניין עמד קטין שהתחרה במרוץ מכוניות מאולתר אל מול כלי־רכב שבו נהגו חבריו הבגירים. במהלך המרוץ איבדו הבגירים את השליטה בכלי־הרכב, פגעו בקיר הפרדה ונספו. המדינה ביקשה להרשיע את הקטין בהריגת הבגירים. העניין נדון לפני בית המשפט העליון בשני גלגולים. בערעור הפלילי נקבעה ברוב דעות אשמתו של פלוני בהריגה. בית המשפט ציין כי הוא נסמך על הלכה קודמת שלפיה אם גיבש העושה מודעות בפועל לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית, מתייחר הצורך לבדוק אם הוא גם היה צריך להיות מודע לאפשרות זו. כלומר, אם העושה צפה תוצאה קטלנית ולא פעל למנוע אותה, אזי הקשר הסיבתי המשפטי לתוצאה זו יתקיים גם בהעדר דרישה נורמטיבית לצפות אותה.<sup>71</sup> אולם למעשה מדובר בחידוש גדול, מאחר שבצד אשרור על־דרך הכלל של ההלכה הנוהגת הוסיף בית המשפט וקבע כי ייתכנו לה חריגים שמקורם במדיניות המשפטית והחברתית: כאשר שיקולי מדיניות יטו את הכף נגד כינונה של חובת צפייה אובייקטיבית, יזוכה העושה אף

68 שם, פס' 1 לפסק־דינו של השופט הנדל.

69 דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015) (להלן: דנ"פ מרוץ המכוניות).  
70 בעיקר יש לציין את פרופ' מרים גור־אריה, אשר מחלוקתה עם פסק־דינו של בית המשפט העליון בערעור הפלילי בפרשה הובילה אותה לחידוש חברותה בלשכת עורכי־הדין בישראל כדי לטעון בשם ההגנה בדיון הנוסף. ראו גם את מאמרו של רוני רוזנברג "המרוץ לעברת ההריגה – משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי" הפרקליט נג 347 (2014), שנכתב בעקבות פסקי־הדין בערעור הפלילי ולקראת הדיון הנוסף בפרשה.

71 ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34 (2001). הלכה זו שימשה את בית המשפט העליון עד לדיון בפרשת מרוץ המכוניות. ראו, למשל, ע"פ 7000/10 אלפידל נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק־דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 25.10.2012); ע"פ 6415/11 פולחין נ' מדינת ישראל, פס' 38 לפסק־דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 24.12.2012).

אם צפה בפועל את אפשרות הגרימה של התוצאה המזיקה. בשל חשיבות הדברים והמסקנות שאבקש לגזור מהם, אביא את דברי השופטת ארבל כלשונם:

"מהם השיקולים שישקלו במסגרת הבחינה הנורמטיבית של החובה לצפות בעבירות מחשבה פלילית במקרים מהסוג הנדרון? זוהי שאלה של מדיניות משפטית וחברתית שיש לבחון אותה בהתאם לצרכי החברה המשתנים, הנורמות המוסריות הנוהגות, ומציאות החיים... אין בכונתי ליצור רשימה ממצה של השיקולים. עם זאת אומר כי יש משמעות לסוג העבירה ולערך המוגן העומד בבסיסה; לשאלה האם מדובר בהתנהגות כמעשה או במחדל; לקיומו או אי קיומו של ערך חיובי בפעילות נשוא האישום ולצורך בהרתעה מפני אותה פעילות; לשאלת סוג הסיכון שנלקח – האם יש בו כדי לסכן רק את נוטלי הסיכון עצמם, או שמא ישנו סיכון גם לאנשים שלא נטלו את הסיכון; לרמת הצפייה של אפשרות גרימת התוצאה, דהיינו עד כמה הסיכון גבוה, ברור וממשי; וכן לנסיבות הספציפיות של המקרה ושל הצדדים המעורבים. כך למשל ניתן לבחון האם מדובר בקטינים שלקחו על עצמם את הסיכון או שמא בבגירים, מהם פערי הכוחות וההשפעה בין הנאשם לנפגע, מי היה היוזם של הפעילות ומה מעורבותו של כל אחד באירוע."<sup>72</sup>

בית-המשפט חזר על הדברים בפסק-דינו בדיון הנוסף. משמעות הדבר היא שההלכה הישנה אינה עומדת עוד: קיומו של קשר סיבתי עובדתי לא נלמד מקיומה של צפייה סובייקטיבית של התוצאה, ועל השופט להידרש לשיקולי המדיניות הרלוונטיים. לגופו של מקרה העמידו השופטים זו מול זו את הסכנה לערך החיים הטמונה במרוצי מכוניות מחתרתיים ואת האוטונומיה של הפרט – במקרה זה האוטונומיה של המנוחים, אשר השתתפו במרוץ מרצונם, ובהחלטתם קבעו את מהירות הנסיעה ואת מאפייניה, מבלי שהקטין פגע באוטונומיה זו או יצר את הסיכון בעצמו – והגיעו למסקנות נורמטיביות ומעשיות מנוגדות. בערעור הפלילי הדגישה דעת הרוב את הסכנה לערך החיים ולפיכך הרשיעה את הקטין בהריגה, ואילו בדיון הנוסף נטו רוב השופטים לכיוון ערך האוטונומיה ולפיכך זיכו את הקטין מעברה זו.

ההשלכות של פסק-הדין חורגות הרבה מעבר למקרה הקונקרטי. לראשונה אימץ בו בית-המשפט גישה טרורגנית לקשר הסיבתי המשפטי. עניין זה לא חמק מעיניו של הנשיא גרוניס, שכתב כי "מהותו של הקשר הסיבתי המשפטי כפי שתואר לעיל, מביאה לכך שפרשנותו של המונח 'הגורם' עשויה להשתנות ביחס למעשים ומחדלים שונים, בהתאם לשיקולי המדיניות המשפטית."<sup>73</sup> גיוון זה הוא עניין של דירוג: מידת תשומת-הלב שתידרש ביחס לאפשרות של גרימת התוצאה תשתנה מעברה לעברה – פעם תידרש זהירות רבה, ופעם יוכל העושה לנקוט זהירות פחותה. לפי הדברים המצוטטים מעלה מפי השופטת ארבל, וזה עיקר החידוש, שיקולי המדיניות הרלוונטיים כוללים לא רק את סוג העברה, אלא גם

72 ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 24 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 3.1.2013). (להלן: ע"פ מרוץ המכוניות). עיקרי הפסקה מובאים בהסכמה גם בפס' 1 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בדנ"פ מרוץ המכוניות, לעיל ה"ש 69.

73 דנ"פ מרוץ המכוניות, לעיל ה"ש 69, פס' 32 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

את הנסיבות הספציפיות של העושה – למשל, אם קטין הוא או בגיר – ועל בסיס זה נוצר מדרג משוכלל מאוד של רמת הצפיות שתידרש מהעושה באשר לסכנה שבמעשיו, מדרג המשלב את מהות הפגיעה עם מאפייניו הפרסונליים של העושה.

האם פרשת מרוץ המכוניות מחדשת הלכה באשר ליסוד הנפשי, מושא עניינה של רשימה זו? לכאורה אין היא מתייחסת ליסוד הנפשי: בית-המשפט צמצם את הדיון הנוסף בה לסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי, ולפיכך עניינה המוצהר הוא ברכיב אחריות המשווין ליסוד העובדתי בעברה. עם זאת, בדרכו הסמויה פסק-דין זה עשוי לפתוח פתח – רחב ועמוק לא פחות מאלה שפתחו פסקי-הדין האחרים הנסקרים ברשימה – גם לגיוון היסוד הנפשי. המפתח לחשיפת החיבור של פסקי-הדין בפרשת מרוץ המכוניות לענייננו טמון בזיקה ההדוקה שבין מבחן הקשר הסיבתי המשפטי לבין היסוד הנפשי של רשלנות. כפי שהוזכר לעיל,<sup>74</sup> רשלנות היא יסוד נפשי אובייקטיבי שאינו בוחן אם העושה היה מודע בפועל לפרט מפרטי העברה, אלא "מה היה האדם הסביר יכול לצפות מראש, קרא: מה היה חייב לצפות מראש".<sup>75</sup> בעברת רשלנות תוצאתית תיבדק שאלת הצפייה הסבירה ביחס לאפשרות של גרימת התוצאה. מבחן הקשר הסיבתי המשפטי עוצב בפסיקה במונחים זהים כ"צפיות הסבירה, דהיינו יש להוכיח כי ניתן וצריך היה לצפות באורח סביר [את ה] תוצאה".<sup>76</sup> אכן, הפסיקה קבעה מפורשות שוויון בין מבחן הצפיות לעניין הקשר הסיבתי המשפטי לבין סטנדרט הרשלנות ביחס לתוצאה.<sup>77</sup> אם כן, אף שביית-המשפט ניתק את הקשר הסיבתי המשפטי מהיסוד הנפשי הסובייקטיבי של המחשבה הפלילית, הזיקה שבין הקשר הסיבתי המשפטי לרשלנות נותרה אמיצה, ולנוכח זהות המבחנים אפשר להקיש מגישתו של בית-המשפט לקשר הסיבתי המשפטי על גישתו הפוטנציאלית ליסוד הנפשי של הרשלנות. מאז הוברלה הרשלנות בפלילים מעוולת הרשלנות בניזיקין ונקבעה כדרגה עצמאית של יסוד נפשי,<sup>78</sup> נתפסה הרשלנות כסטנדרט הומוגני המתחקה אחר דמות אחת, יחידה ואחידה – "האדם מן היישוב", שיכולותו מגדירות את רף הציפיות מכלל נתיני החוק. רף

74 בפרק א.

75 דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 393, 385 (2002).

76 ע"פ מרוץ המכוניות, לעיל ה"ש 72, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת ארכל.

77 עניין יעקובוב, לעיל ה"ש 75, בעמ' 393. ואולי מתאים כאן אפילו היקש מקל וחומר. אלקנה לייסט טען כי בעוד מבחן הקשר הסיבתי המשפטי צריך להיות אובייקטיבי קשיח בשל שיוכו ליסוד העובדתי של העברה, לגבי הרשלנות, המשוויכת ליסוד הנפשי, תיתכן גישה מרוככת המתחשבת ביכולתו של הנאשם הספציפי ליצור מודעות לתוצאה האסורה. ראו אלקנה לייסט "על אפלייתו לרעה של המבצע שנמצא במצב של שכרות" הסניגור 234, 29, 38 (2016). אם כך, משגילה בית-המשפט נכונות לקבוע גישה מרוככת למבחן הקשר הסיבתי המשפטי, מקל וחומר שגישה זו מתאימה גם למבחן הרשלנות באשר לתוצאה.

78 ס' 21 לחוק העונשין, שנוסח בתיקון 39 לחוק. לפני התיקון כלל הדיון ברשלנות הפלילית את חובת הזהירות המושגית והקונקרטיית שבין העושה לקורבנו, שבירורה בנוי "על חלוקה ועל סיווג כלליים של סוגי פגיעות וסוגי מזיקים וניזוקים". ראו ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 21 (1994).



זה מעוצב בכלליות ובמנותק מיכולותיו האישיות של העושה,<sup>79</sup> וכל נתיני החוק צריכים לעמוד בו – מי במאמץ קטן ומי במאמץ רב. פסקי־הדין שניתנו בפרשת מרוץ המכוניות סוללים את הדרך להכרה בדרגות מגוונות של רשלנות, כשהסטנדרט עשוי להשתנות בהתאם לסוג העברה ולמאפיינים האישיים של העושה. תיתכן הבחנה בין "הבגיר הסביר" לבין "הקטיין הסביר", וכן בין מי שהיה יכול לגבש בכוחות עצמו מודעות ביחס לרכיבי העברה, אילו רק התאמץ דיו, לבין מי שלא היה יכול לגבש מודעות ביחס לרכיבי העברה, ואשר כיום הוא אשם ברשלנות רק מתוקף השימוש בסטנדרט אחיד. קו זה יאפשר להגיע למדרג מפורט של רמות רשלנות על־ידי בחינה של יכולות העושה ושל מידת הסטייה מהן שהפגין ברשלנותו.<sup>80</sup> אין ספק שיהיו גם שיקולים שימתנו את רמת הפרטנות של יסוד הרשלנות,

79 הסטייה היחידה מהרף האחיד היא ההכרה רבת השנים בסטנדרט גבוה של זהירות הנדרש מבעל משל־חיד במסגרת עיסוקו. לעניין הסטנדרט של "עובד מן היישוב באותו מקצוע" ראו, למשל, ע"פ 2635/95 לוטן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.6.1996); ע"פ 9815/07 רון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.11.2008). יצוין כי אף שס' 21 לחוק העונשין מתייחס ליכולותיו של האדם מן היישוב "בנסיבות הענין", הפסיקה שלפני פרשת מרוץ המכוניות לא כללה ברכיב זה את שורת השיקולים המופיעים במובאה שבטקסט, ובוודאי לא את השיקולים שעניינם יכולותיו האישיות של העושה. יש לכך מקור בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115, 125, שם הוצע "לאמץ את המבחן של 'האדם מן היישוב', או האדם הסביר או הממוצע, הנמצא בנסיבות העושה הקונקרטי, ולא קריטריון פרסונאלי של העושה".

80 אמת־מידה נוספת שעשויה לשמש למיון דרגות הרשלנות היא ההבדל בין מי שלא הבחין בסיכון שלפניו לבין מי שהבחין בסיכון אך כשל בהערכת מידתו: אין לשלול שהסטייה הרשלנית של מי שלא הבחין בסיכון כלל גדולה מזו של מי שהבחין בסיכון אך לא העריכו נכונה. הבחנה זו מצאה מקום בפסיקה האנגלית הסבוכה שנוצרה בעבר סביב המונח "פזיזות" (recklessness). המשפט המקובל הגדיר מונח זה בארבעה אופנים: אחד ביחס לעברות נגד הגוף, שני ביחס להריגה, שלישי ביחס לאונס, ורביעי ביחס לעברות תעבורה. אחד הפירושים שהוצעו למונח זה התבסס על מודעות בכוח (שכיום היינו מסווגים אותה כרשלנות), והבדיל בין התרשלות בהבחנה בסיכון, שנכללה במסגרת המונח, לבין התרשלות בהערכת הסיכון שהובחן, שנותרה מחוץ לו. R. v. Caldwell [1981] 1 All E.R. 961. בינתיים בוטלה הבחנה זו באנגליה, עם ההאחדה של הגדרת הפזיזות. בהקשר זה מעניין שדוח של ה־Law Commission באנגליה, משנת 1985, הציע להכיר בארבעה סוגים של יסוד נפשי על בסיס אי־ידיעה: (1) purposely, המוגדר כרצון בהתקיימות של רכיב עובדתי, הנבדל מ־intentionally בכך שהוא אינו כולל רכיב של מודעות להתקיימותו של הרכיב; (2) heedlessly, המוגדר כאי־מתן דעת לסיכון לא־סביר, אף שסיכון זה היה בהיר לאדם הסביר; (3) carelessly, המוגדר כסטייה מרמת הזהירות המצופה מאדם סביר; (4) negligently, המוגדר כסטייה חמורה מרמת הזהירות המצופה מאדם סביר. מנסחי ההצעה לא ראו רשימה זו כממצה, והתייחסו אליה כאל "לקסיקון מוגבל". ראו The Law Commission, Codification of the Criminal Law 64 (Law Com. No. 143, 1985). הסיבות שסיפקו מנסחי ההצעה לקביעת מדרג זה של רכיבים נפשיים היו נעוצות בעמדתם שיש להבחין בין דרגות אשם ולחסוך את הצורך למתוח מונחים בקוד אל מעבר למשמעותם הראויה (שם). הצעת הקוד הערכנית יותר של הוועדה האנגלית לא חזרה על ההגדרות האלה; לדברי המנסחים, סוגי היסוד הנפשי העודפים בהצעת קודמיהם לא נכללו בעברות ספציפיות,

ביניהם הקשיים הראייתיים הלא-מבוטלים הכרוכים במפרט רבגוני יתר על המידה (למשל, לעניין הוכחת יכולותיו הספציפיות של הנאשם) והפגיעה שמפרט כזה יוצר בבהירות המסר של החוק הפלילי.<sup>81</sup> עם זאת, עצם ההכרה במסגרת הרשלנות בתכונות אישיות אשר שונות מתכונותיו של "האדם מן היישוב" תאפשר סטייה, גדולה יותר או פחות, מהסטנדרט האחיד. הקולות הרבים שנשמעו בזכות האינדיווידואליזציה של רף הרשלנות והתאמתו לנסיבותיו ולתכונותיו האישיות של העושה<sup>82</sup> יכולים למצוא בפקי-הדין שניתנו בפרשת מרוץ המכוניות הד חוזר ופתח תקווה.

#### ד. גיוון היסוד הנפשי בנגזרות

בשולי התופעה המתוארת של גיוון היסוד הנפשי בעברה ראוי לציין חידושים שהופיעו בתקופה הנסקרת, המלמדים על נכונות להכיר בהטרוגניות של היסוד הנפשי הנדרש בשתיים מנגזרות העברה: הניסיון הפלילי והביצוע בצוותא.

---

ולכן לא היה צורך להגדירם בהצעה. עם זאת, גם מנסחי ההצעה העדכנית אינם מוציאים מכלל אפשרות את הרחבת הרשימה של סוגי היסודות הנפשיים אל מעבר למנוסח בהצעתם. ראו THE LAW COMMISSION, CRIMINAL LAW: A CRIMINAL CODE FOR ENGLAND AND WALES 191 (Law Com. No. 177, 1989).

81 ראו את הדיון להלן בפרק 1.

82 בין התומכים בהתחשבות בנסיבות ובתכונות אישיות במסגרת יסוד הרשלנות אפשר למנות את אלה: מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 "משפטים כד 9, 30-31 (1994); מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 89-94 (1984); עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87, 102 (1996); רות קנאי "רשלנות כבסיס לאחריות פלילית: האם חל שינוי בעקבות תיקון 39? מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 245, 254-258 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010) (המאמר להלן: קנאי "רשלנות"; הספר להלן: מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39); רבין וואקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 492-494. לאחרונה הציעו חלק מחברי "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה" לתקן את ס' 21 לחוק העונשין, ולהחליף את הסטנדרט האחיד של "האדם מן היישוב" באמת-מידה גמישה יותר, שאותה כינו "אדם בדמותו של העושה", שהוגדר כ"אדם בעל מאפיינים הדומים לעושה, למעט כאלה המבטאים עמדה של התנכרות לחוק". הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין-וחשבון 49-51 (2011) (להלן: דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה). גישה זו לא התקבלה על דעתם של חברים אחרים בצוות, ולא עברה להצעת החוק. עוד עלתה שם ההצעה לקבוע, לעניין עבירות ההמתה, דרגת אשם שבין רשלנות לקלות-דעת, ולחוקק עברה של גרימת מוות בהתרשלות רבתי, שבצידה עונש של חמש שנות מאסר. על-פי הצעה זו, התרשלות רבתי תתייחד בכך שהתנהגותו של העושה סוטה במידה ניכרת מהתנהגות סבירה בנסיבות העניין, והעושה מודע להתנהגות זו (שם, בעמ' 51-53). הצעה זו, בשינוי שם, מופיעה בס' 9 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 166, 178, תחת הכותרת "גרימת מוות ברשלנות בנסיבות מחמירות".

1. עניין פלוני<sup>83</sup> – ניסיון לרצח מותנה בכוונה תחילה

חוק העונשין קובע סטנדרט אחיד ליסוד הנפשי של הניסיון ומעמידו על מטרות: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"<sup>84</sup>. לא בכל ארצות העולם נקבע יסוד נפשי אחיד לניסיון, והיו תהיות בדבר הדין הרצוי בישראל.<sup>85</sup> אולם מאז נחקקה הגדרת הניסיון, בשנת 1994, לא סטה בית-המשפט מהסטנדרט האחיד – לא לחומרה ולא לקולה. כך היה הדין גם כאשר לניסיון לרצח בכוונה תחילה: אף שבמתכונתה המושלמת העברה מצריכה כוונה תחילה לקטול חיי אדם,<sup>86</sup> ההלכה למן עניין דרעי<sup>87</sup> הורתה כי לצורך הרשעה בניסיון די בכוונה רגילה להמית. הלכת פלוני, שדנה בעניינו של אדם אשר הכה את אשתו בראשה באמצעות מוט ברזל עד שסבר כי מתה, ביטלה את הלכת דרעי. הנימוק שנתן בית-המשפט להחלטה קצר: "סבורני, כי הלכה למעשה, הלכת דרעי חלפה מן העולם, כך שבמסגרת היסוד הנפשי בעבירת הניסיון לרצח, יהא צורך להוכיח כי התקיימו שלושת חלקיו של היסוד הנפשי בעבירת הרצח, קרי, החלטה להמית; הכנה; והיעדר קנטור.<sup>88</sup> ה'מזל המוסרי' הוא אשר מבדיל בין עבירת הרצח לבין עבירת הניסיון לרצח, ואין כל סיבה להקל בהוכחת היסוד הנפשי, בעבירת הניסיון לרצח."<sup>89</sup> הדרישות של החלטה להמית, הכנה והיעדר קנטור הופכות בהצטברותן כוונה פלילית רגילה לכוונה תחילה, וכך אפוא ביטל בית-המשפט הלכה בת חמישים וחמש שנה, וגיוון את היסוד הנפשי בניסיון על-ידי הוספת הניסיון בכוונה תחילה. הגיוון אינו מתבטא ביצירת דרגה חדשה של יסוד נפשי, שהרי היסוד הנפשי של כוונה תחילה קיים בחוק ביחס לעברת הרצח; אולם השימוש ביסוד נפשי זה בהקשר של ניסיון רצח מוסיף קטגוריה ליסוד

83 ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.12.2015).

84 ס' 25 לחוק העונשין (ההדגשה הוספה).

85 לסקירה ולדיון ביקורתי ראו שחר אלדר "ארבע תהיות בעקבות השוואת העונש בגין הניסיון לעונש שבצד העבירה המושלמת" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39, לעיל ה"ש 82, 35 בעמ' 48-49.

86 המוגדרת בס' 301 לחוק העונשין ככוללת יסודות של החלטה להמית, הכנה והיעדר קנטור.

87 ע"פ 155/59 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 233 (1960). מפעם לפעם מופיעה בפסיקה עמדה שלפיה יסוד נפשי של ניסיון מצריך – נוסף על יסוד נפשי של מטרה לעבור את העברה – גם את היסוד הנפשי הנדרש לעברה המוגמרת. עמדה זו הייתה יכולה לכאורה להוביל לתוצאה שונה, אולם לא כך היה, וגם פסק-הדין הנסקר כאן לא ביסס את קביעתו על עמדה זו. עוד יש לציין כי העברה של ניסיון לרצח אינה מוגדרת בס' 25 לחוק העונשין, אלא מופיעה כעברה ספציפית בס' 305 לחוק העונשין, שלפיו "העושה אחת מאלה, דינו – מאסר עשרים שנים: (1) מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם; (2) עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם". אין בהגדרתו של ניסיון לרצח כעברה עצמאית כדי להפרידו מדוקטרינת הניסיון הכללית, שעקרונותיה חלים עליו מכוח פסיקת בית-המשפט העליון. ראו, למשל, ע"פ 6468/13 צרפתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.5.2015); ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012).

88 ראו לעיל ה"ש 86.

89 עניין פלוני, לעיל ה"ש 83, פס' 72 לפסק-דינו של השופט שהם (ההדגשה במקור).

הנפשי של הניסיון, אשר עד לפסק־הדין הוגדר באחידות כמטרה לעבור את העברה מושא הניסיון. אף שהחידוש מתייחס ליסוד הנפשי של כוונה תחילה, שהוא יסוד נפשי ייחודי הרלוונטי לעברה אחת בלבד (רצח), הנכונות שגילה בית־המשפט לסטות מהסטנדרט הנפשי האחיד בניסיון הפלילי עשויה להתפשט גם לעברות נוספות, כמקובל במדינות אחרות.<sup>90</sup>

## 2. עניין פלוני ומואטי<sup>91</sup> – חיזוק המגמה של הרשעת מבצעים בצוותא בעברות שונות

על התופעה של גיוון המחשבה הפלילית אפשר להוסיף מגמה נוספת וקרובה של חיזוק הגישה ההטרונגנית למחשבה הפלילית הנדרשת להרשעה בביצוע בצוותא. ככלל, האחריות הפלילית היא אישית, והיא מושתת על מי שהתקיימו בו עצמו יסודות העברה במלואם. אולם בצד זאת המשפט הפלילי מכיר גם באחריותם המשותפת של המבצעים בצוותא, המוגדרים כ"משתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה... ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".<sup>92</sup> מטבעו, הביצוע בצוותא נסמך על יסוד נפשי הומוגני של השותפים שנטלו חלק בביצוע העברה, וזו גם המשמעות הטבעית (אף אם לא המחויבת) של לשון החוק, המדברת ב"משתתפים בביצוע עבירה": "עבירה", כלומר, על כלל יסודותיה, לרבות היסוד הנפשי. לכיוון זה מושך גם הרציונל של הדוקטרינה: בהעדר שיתוף רצונות בין השותפים, או לכל־הפחות הבנה משותפת בדבר המשמעות הנורמטיבית של מעשיהם, קשה להלום את הסטייה מעקרון האשם האישי לעבר האחריות המשותפת.<sup>93</sup> היסוד הנפשי ההומוגני הוא הדבק המאחה את המעשים הפרגמנטריים שביצעו עושים שונים ומאחדם לכוליות, שהיא המיזם הקיבוצי של העברה המשותפת. והנה, בפסק־דינו בעניין פלוני ומואטי אימץ בית־המשפט את הגישה ההטרונגנית ליסוד הנפשי של הביצוע בצוותא, וביצר בכך את העמדה המאפשרת להרשיע מבצעים בצוותא של אירוע עברייני אחד בעברות הנבדלות זו מזו ביסוד הנפשי. המערער בתיק זה סיכם עם צעיר נוסף "לסגור חשבון", כדבריו, עם המנוח, והשניים, מצוידים בסכינים, רדפו אחר המנוח ודקרו אותו למוות. בית־המשפט המחוזי הרשיע את המערער בהריגה, לאחר שקבע כי אף שלא התכוון להמית, היה המערער מודע לאפשרות הגרימה של מות המנוח. מאחר שלא הייתה מחלוקת שהדקירה הקטלנית באה מידו של הצעיר הנוסף, התבססה הרשעתו של המערער על ביצוע בצוותא. המערער קבל לפני בית־המשפט העליון על הרשעתו כמבצע בצוותא של הריגה עם הדוקר הנוסף, בשעה שהדוקר הנוסף הואשם ברצח – עברה המבוססת על יסוד נפשי שונה. בית־המשפט דחה את הטענה ואת הערעור כולו, בין היתר משום שהשותף, שאומנם הואשם בתחילה ברצח, הורשע לבסוף בהריגה,

90 לסקירה ראו אלדר, לעיל ה"ש 85.

91 ע"פ 1475/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2015) (להלן: עניין פלוני ומואטי).

92 ס' 29(ב) לחוק העונשין. בסעיפים העוקבים מכיר חוק העונשין גם בצורות נוספות של שותפות, הן השידול והסיוע, שאינם מעניינינו כאן.

93 לדיון ולהדגמה באשר לדרישת הפסיקה כי המבצעים בצוותא פעלו כגוף אחד ובאותו יסוד נפשי, ראו רוני רוזנברג "ביצוע בצוותא: רכיב התנהגותי, יסוד נפשי ורציונליים" ספר ארמונד לוי 657 (אוהד גורדון עורך, 2017).

וכך נהפך הדיון ביסוד הנפשי ההטרוגני לתיאורטי. עם זאת, בית-המשפט ציין – אם כי "מבלי לקבוע מסמרות" – כי "הגישה המשתקפת מפסיקתו של בית משפט זה היא שניתן להרשיע מבצעים בצוותא בעבירות השונות זו מזו"<sup>94</sup>. בכך גילה בית-המשפט נכונות עקרונית להכיר בביצוע בצוותא המבוסס על יסוד נפשי הטרוגני, ומשמעות הדבר היא שהמשתתפים כמבצעים בצוותא באותו אירוע עברייני יורשעו ביחס לאירוע כל אחד לפי היסוד הנפשי שאפיין אותו – למשל, האחד ברצח והאחר בהריגה.

ספק רב אם יש תימוכין לקביעה שגישה זו משתקפת בפסיקה קודמת, ולו בשלושת פסקי-הדין שאזכר בית-המשפט כדי לסמוך אותה. בית-המשפט אזכר את עניין גוטליב, שם אכן נכתב (לכאורה על בסיס עניין אילוז ואליאס<sup>95</sup>) כי "שותפים לאותה פרשה פלילית עשויים להיות מורשעים בעבירות שונות, בהתאם ליסוד הנפשי של כל אחד מהם"<sup>96</sup>. אולם עניין גוטליב עסק במערער שהורשע בנסיון שוד לאחר שנתפס בדרכו לעבור עברה זו במו ידיו, ודי היה במעשיו העצמאיים האלה להרשעתו. בית-המשפט לא נדרש במקרה זה לדוקטרינת הביצוע בצוותא, ולפיכך העובדה ששותפיו של גוטליב לקשר הפלילי הורשעו בנסיון גנבה, ולא בנסיון שוד, אינה יכולה ללמד הלכה על דוקטרינה זו. נוספת על כך העובדה שגוטליב, שעניינו נדון בהליך נפרד מזה של שותפיו לקשר, הודה במשפטו באשמת נסיון שוד והורשע בעברה זו על-סמך הודאתו (וממילא לא ערער לבית-המשפט העליון אלא על חומרת העונש שהושת עליו), ולכן ההלכה שנקבעה בעניין זה אינה יכולה להיות אלא טכנית ופרוצדורלית, ולא מהותית. התקדים שעליו נסמך שם בית-המשפט – עניין אילוז ואליאס – אינו מבסס הלכה בסוגיית המבצעים בצוותא: עניין זה נפסק קודם לתיקון 39, והוא אינו עוסק בקשר הנפשי שבין המבצעים בצוותא, אלא ביסוד הנפשי של המסייע בהשוואה לזה של המבצע העיקרי. פסק-דין נוסף שאזכר בית-המשפט בעניין פלוני ומואטי הוא פסק-הדין בעניין פוטומקה<sup>97</sup>. המערער שם הורשע בכך שהמית אדם בצוותא עם קטין, והוא קבל על הרשתו לאחר שהמדינה בחרה לא להעמיד לדין את הקטין. בפסק-דינו בעניין זה לא התייחס בית-המשפט העליון לאפשרות של הרשעת מבצעים בצוותא בעברות שונות על בסיס היסוד הנפשי, אלא אך חזר על הכלל המקובל שלפיו "ההכרעה אם פלוני ביצע עבירה בצוותא עם אחרים איננה תלויה העמדת האחרים לדין, אם בכלל ואם באותה העבירה. היא תלויה הממצא העובדתי במשפטו של פלוני – ושל פלוני בלבד"<sup>98</sup>. רלוונטי מעט יותר כתקדים לקביעתו של בית-המשפט בעניין פלוני ומואטי הוא פסק-הדין השלישי שעליו הסתמך, הוא עניין והבה<sup>99</sup>. שני המערערים שם הורשעו בביצוע בצוותא של עברת רצח – האחד

94 עניין פלוני ומואטי, לעיל ה"ש 91, פס' 32.

95 ע"פ 552/68 אילוז נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377 (1969) (להלן: עניין אילוז ואליאס).

96 ע"פ 3941/99 גוטליב נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת דורנר (פורסם בנבו, 3.10.1999).

97 ע"פ 8250/06 פוטומקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.11.2008).

98 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט יוסף אֶלוֹן. הכלל המצוטט נלמד גם מהוראת ס' 334 לחוק העונשין, שכן עובדת העמדתו או אי-העמדתו לדין של שותף בעברה היא נתון אישי שרלוונטי לאותו שותף בלבד, ואין לה נפקות כאשר ליתר המערערים באירוע.

99 ע"פ 3834/10 והבה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2013). פסק-דין זה ניתן סמוך לפני תחילתה של המגמה המתוארת במאמר זה, וייתכן אפוא שאפשר לראות בו ניצן של נכונות

לפי החלופה של רצח בכוונה תחילה, והאחר לפי החלופה של רצח במזיד תוך כדי ביצוע עברה.<sup>100</sup> מאחר שבית-המשפט העליון קיבל חלקית את ערעורו של הראשון והמיר את הרשעתו מרצח בכוונה תחילה לרצח במזיד לפי החלופה שבה הורשע גם המערער השני, התייתרה השאלה באשר ליסוד נפשי הטרוגני. עם זאת, בית-המשפט מצא לנכון לציין – "למעלה מן הדרוש", כדבריו – שאכן יש קושי להטיל על מבצעים בצוותא אחריות לעברות בעלות יסוד נפשי שונה. הרמז היחיד בפסק-הדין לגישה ההטרוגנית מופיע באמירה שלפיה "דומני כי אין בעובדה כי התקיים במערער 1 יסוד נפשי 'מוחמר', כדי לפגום בעובדה כי התגבשו במערער 2 היסודות העובדתיים והנפשיים ביחס למעשה ההמתה, כמבצע בצוותא".<sup>101</sup> זה הצד הקל יותר של הסוגיה, שהרי היסוד הנפשי החמור כולל בחובו את היסוד הנפשי הפחות שמבקשים לייחס כעת למבצע בצוותא הנותר. בית-המשפט לא ציין את עמדתו באשר לאפשרות הקשה יותר – הרשעת אדם בעברה של יסוד נפשי חמור כמבצע בצוותא עם מי שכבר הוכרע לגביו כי פעל מתוך יסוד נפשי פחות. אולי לא הפץ בית-המשפט בעניין פלוני ומואטי לחרוג באמירתו מעבר למה שנקבע בפסקי-הדין שציטט. לנוכח תקדימים אלה שהביא בית-המשפט לסמיכת עמדתו, ייתכן שהוא לא כיוון כלל שדבריו יובנו כהכרה רחבה באפשרות להרשיע מבצעים בצוותא בעברות שונות בהתאם ליסוד הנפשי המיוחד לכל אחד מהם; אולם הנוסח הכוללני ששיווה בית-המשפט לדבריו, המגולם באמירה כי "ניתן להרשיע מבצעים בצוותא בעבירות השונות זו מזו", עשוי ללמד אחרת.

## חלק שני

בחלקה הראשון של רשימה זו סקרתי שש הלכות שפסק בית-המשפט העליון בשנים 2014-2015, המהוות במשותף את אחת ההתפתחויות המשמעותיות ביותר בדיני העונשין בשני העשורים האחרונים. המכנה המשותף להן הוא נכונות המועצמת של בית-המשפט העליון לגוון את היסוד הנפשי בעברה. בחלק מהמקרים גילה בית-המשפט נכונות להוסיף שלבים למדרג היסוד הנפשי בעברה, והפועל-ל-יוצא המצרפי מכך הוא ריבוד מחדש של היסוד הנפשי בפלילים ביתר עידון (בפרטנות חדה יותר) בהשוואה למצב הקודם. למהלך נודעה השלכה מעשית על עברת הרצח (עניין טמטאווי), על עברת הניסיון לרצח (עניין פלוני), וככל הנראה גם על הרשלנות כיסוד נפשי בעברה (פרשת מרוץ המכוניות). חשוב לא פחות, גם היכן שהשפעת המגמה נותרה תיאורטית, חשיבותה היא בכך שדיון עתידי במדרג היסוד הנפשי יתחיל בנקודת המוצא שנקבעה בפסיקה הנסקרת. כעת, בחלק השני של הרשימה, אחפש בממצאים אלה פשר. מה הם מסמנים בנוגע למגמות עכשוויות בפסיקתו של בית-המשפט העליון, ומה לקחם הכללי לגבי הסוגיות העל-זמניות של יצירתיות בפסיקה ושל טיב היסוד הנפשי בעברה?

עול ימיה של התופעה הנבחנת מכתוב דיון שהוא ספקולטיבי וסוגסטיבי יותר מאשר שיטתי ופרוגרמטי, ואין ספק שטרם בשלה השעה להיסקים כוללים או למסקנות נחרצות.

של בית-המשפט להכיר בהטרוגניות של היסוד הנפשי בביצוע בצוותא.

100 לפי ס' 300(א)(3) לחוק העונשין.

101 עניין והבה, לעיל ה"ש 99, פס' 147 (ההדגשה במקור).

עם זאת, חקירה כבר כעת היא הכרחית. מעמדו המרכזי של היסוד הנפשי בשאלת האחריות הפלילית מצריך שנתפוס את המהלך המתגבש כבר בראשיתו, ונחבר את פסקי-הדין הנקודתיים לכלל תמונה ברורה המספרת סיפור לכיד באשר לגיוון המואץ של היסוד הנפשי בעברה – הן על-מנת להכיר במצב הקיים והן כדי שנוכל להציע קווים להבנתו לצורך המשך בדיקה ומעקב. לפיכך בפרקים הבאים אבקש להציב מסגרות תיאורטיות ולשרטט קווים ראשוניים לזיהוי המגמה המסתמנת ולהבנת המהלך המתגבש. בפרק האתמקד בטיב ההנמקות שעליהן ביסס בית-המשפט את הלכותיו הנסקרות, ואמקם אותן בגבולות המתח שבין שיקולים של צדק פרטני לבין שיקולים של מדיניות חברתית. אטען כי דחיקתם של הראשונים לטובת האחרונים מסמנת את עליית קרנו של הפרגמטיזם המשפטי בדיני העונשין, לאחר עשורים של התנגדות. כן אראה כי מגמה זו נוכחת, אף אם בעוצמה פחותה, גם באלה מביין פסקי-הדין הנסקרים שאינם מבקשים לקדם מדיניות חברתית קונקרטי, שכן ניכרת בהם זניחה של הדיון הפסיכולוגיסטי ביסוד הנפשי – דיון שהוא מעיקריה של גישת הצדק הפרטני. בפרק ו אפנה להיבטים המעשיים של ההלכות, ובעיקר לרעיון שמדרג מעודן של היסוד הנפשי מאפשר אומנם יתר דיוק בקביעתם של גבולות האחריות הפלילית, אך המצבים הנפשיים הדקים שייכללו בו יוצרים בעיית הוכחה בלתי-פתירה. בפרק ז אתיחס להשתלבות הפסיקה החדשה של בית-המשפט העליון במגמות היסטוריות. נראה כיצד התלכדו בפסקי-הדין הנסקרים שני ציוני-דרך חשובים: (1) נקודת מפנה בהגיעה לגיוון קטגוריות היסוד הנפשי; (2) הפניית עורף לפרויקט של יצירת "החלק הכללי" של חקיקת העונשין. לבסוף, בפרק ח אאפיין את פסקי-הדין הנסקרים כשלב בהתגברותו של בית-המשפט העליון על האפקט ממתן היצירתיות השיפוטית של תיקון 39 לחוק העונשין.

## ה. מאשם אישי לשיקולי מדיניות

התופעה הראשונה המשותפת לפסקי-הדין הנסקרים, שיש לתת לה את הדעת, היא המעבר המסתמן בהם מהנמקות המבוססות על צדק פרטני ואשם אישי להנמקות פרגמטיות המבקשות לקדם מדיניות חברתית. כפי שנראה להלן, בחלק מפסקי-הדין נקט בית-המשפט את מלוא המהלך, וביסס את חידושו בסוגיית היסוד הנפשי ברצון לקדם מדיניות חברתית קונקרטי. ביתר פסקי-הדין הנסקרים, אף שהדיון אינו גולש לשיקולים של מדיניות חברתית, ניכר בו צמצום מקומם של שיקולי האשם האישי, הבא לביטוי בהפשטה של הדיון ביסוד הנפשי מכל סממן פסיכולוגיסטי. עניין זה צריך להפתיע את כל מי שאמון על אופיו של השיח העונשי.

מאז ומעולם הושתתו כללי האחריות בדיני העונשין על שיקולי צדק דאונטולוגי, הבוחנים את הערך המוסרי של מעשי האדם כשלעצמם, במנותק משאלת ההשלכות החיוביות או השליליות של הפללתם וענישתם.<sup>102</sup> עם השנים נכנה השיח כשורה של עקרונות-יסוד של

102 בהקשר של המשפט הפלילי משמעו המקובל של הצדק הדאונטולוגי הוא מיקוד החקירה בשאלת האחריות הפלילית בשיקולים פרטניים שאינם מוכתבים על-ידי מטרות כלל-חברתיות. המשפט הפלילי מתמקד בשאלה מי אחראי בשל מה. MARKUS D. DUBBER, CRIMINAL LAW: MODEL PENAL CODE 5 (2002). אומנם, הצידוק לענישה הפלילית הוא לאו דווקא דאונטולוגי, וזרם מרכזי בכתובה מבסס את מטרת הענישה על צורכי ההרתעה. אולם גם כך, כאשר הבירור עובר

אחריות פלילית,<sup>103</sup> ביניהם עקרון החוקיות,<sup>104</sup> עקרון האחריות האישית,<sup>105</sup> עקרון המעשה<sup>106</sup> ועקרון האשם.<sup>107</sup> כפועל יוצא מעקרונות אלה, ובעיקר מעקרון האחריות האישית ומעקרון האשם, האחריות הפלילית מותנית, זה שבע מאות שנה לפחות, ביסוד נפשי אצל עושה העברה.<sup>108</sup> יסוד זה, כפי שמרמז שמו, עניינו בנפש העושה. לפיכך נודעה למדעי הנפש השפעה מהותית על עיצובו של היסוד הנפשי בעברה, והעמקת ההבנה בהלכי-רוחו של האדם הדריכה את המשפט בקביעת מבנהו הפנימי של יסוד זה.<sup>109</sup> אין במשפט אחר ורע למקום שתחום הנפש תופס בדיני העונשין. האחריות הפלילית מוגדרת כפונקציה של מערך מורכב של המצבים המנטליים שאפשר לייחס לעושה. מערך זה בנוי על שני צירים: ציר היחס ההכרתי לעברה – במושגים של מודעות וחדש בדבר רכיביה; וציר היחס הרצוני כלפיה – כוונה או פיזיות ביחס לסיכון שמעשה העברה יוצר. במחצית השנייה של המאה העשרים שטף גל הפרגמטיזם המשפטי כמעט את כל ענפי המשפט, ושינה ללא הכר את הדיון האקדמי והשיפוטי בהם. מאפייניו העיקריים של הפרגמטיזם המשפטי הם העוינות שעמדה זו מגלה כלפי השימוש בעקרונות קבועים או בתיאוריה מוסרית או פוליטית מופשטת כדי לבסס באמצעותה הכרעות שיפוטיות, וההעדפה של הכרעות המתמקדות בהובלת המקרה הקונקרטי

- לשאלת חלוקת העונש (דהיינו, מי ייענש ועל מה) – שהיא נגזרת של שאלת האחריות הפלילית, המצויה במקד דיני העונשין – הרוב הכמעט-מוחלט של הכותבים מבסס את התשובה על שיקולי גמול צדק. הדוגמה המשפיעה ביותר של הצדקת הענישה בצורכי הרתעה ושל ביסוס האחריות הפלילית בשיקולי צדק פרטני היא H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY (1968) 8–13. לפי הרט, המשפט הפלילי נועד להרתיע מפני התנהגות לא-רצויה, אולם אין הרשות נתונה למפעיליו להקריב כל אדם על מזבח ההרתעה, ובנטל יישא רק האשם.
- 103 לרשימת העקרונות בדיני העונשין ראו פלר, כרך א, לעיל ה"ש 58, בעמ' 3. "עקרונות בדיני עונשין" היא גם הכותרת של לפחות שניים מספרי הלימוד המשפיעים ביותר בדיני העונשין: JEROME HALL, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (2nd ed. 1960); JEREMY HORDER, ASHWORTH'S PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (8th ed. 2016). המושג "עקרונות" משמש כאן כניגוד לשיקולים של מדיניות חברתית: שיקולי מדיניות מבקשים להשתית את הכלל המשפטי על המטרות הציבוריות שהם מסמנים, ואילו עקרונות מבססים דרישות בעלות אופי מוסרי המושתתות על מאפיינים כצדק והוגנות. ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977) 22.
- 104 עקרון החוקיות מוגדר בס' 1 לחוק העונשין: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".
- 105 איש בשל עברתו ייענש, או בלשון המקרא "איש בחטאו יזמתו" (דברים כד 16).
- 106 משמעו של עקרון המעשה הוא שאין עונשין על מחשבות שבלב שאין נלווית להן פעולה של העושה (ובהקשר זה, פעולה – לרבות מחדל).
- 107 משמעו של עקרון האשם הוא שאחריות פלילית אינה יכולה להתבסס על פעולה מבלי שיתלווה לפעולה זו יסוד נפשי של מחשבה פלילית או לכל-הפחות רשלנות. ראו את הדיון לעיל בפרק א.
- 108 ראו דיון להלן בפרק ז.
- 109 Nicola Lacey, *Contingency, Coherence, and Conceptualism: Reflections on the Encounter Between 'Critique' and 'the Philosophy of the Criminal Law'*, in PHILOSOPHY AND THE CRIMINAL LAW: PRINCIPLE AND CRITIQUE 9, 32 (Antony Duff ed., 1998).



לפתרונו הסביר מבחינת השלכותיו החברתיות.<sup>110</sup> גל זה לא נגע כמעט בדיני העונשין:<sup>111</sup> אלה המשיכו כדרכם להתמקד בראש ובראשונה בחלוקה של צדק על בסיס פרטני ובאשמו האישי של עובר העברה, אשר מדדו העיקרי הוא החומרה הנורמטיבית היחסית של היסוד הנפשי שהתקיים אצל העושה.<sup>112</sup>

עקרון האשם האישי והתגלמותו ביסוד הנפשי של העברה נתפסים כרכיב המייחד את המשפט הפלילי מיתר מוסדות המשפט. המשפט הפלילי אינו רק כלי להסדרה חברתית. ייתכן שזוהו תפקידו הבלעדי בתחום העברות האסדרתיות – כגון נהיגה ללא חגורת-בטיחות<sup>113</sup> או הזנחת חובות שעניינן סימון כחוק של מצרכים ושירותים<sup>114</sup> – אשר רבות מהן מבוססות בהתאם על אחריות מוחלטת, ללא דרישת אשם.<sup>115</sup> לעומת זאת, הרעיון של המשפט ככלי להסדרה חברתית אינו מסביר במלואו את ההשלכות של ההרשעה בעברות-הליבה של המשפט הפלילי, כגון גינוי פורמלי מצד המדינה, רישום פלילי והטלת עונשים חמורים. השלכות אלה אומנם תורמות לאפקט ההרתעה מפני ביצוע עברות, אך טיבן מלמד כי המשפט הפלילי הוא יותר מאשר אמצעי אסדרתי: הוא משמש בה'בעת כלי להבעת תגובתה של החברה על עשיית הרע (wrongdoing) על-ידי העבריין.<sup>116</sup> התניית האחריות הפלילית לעברות-הליבה ביסוד נפשי היא ממאפייניו הבולטים של רעיון זה: כשם שהתגובה הפרטית שלנו כלפי עוולות משתנה בהתאם ליחס המנטלי שאנו מייחסים לעושה, כך גם תגובתה של המדינה על הפרת איסורי המשפט הפלילי משתנה בהתאם ליסוד הנפשי. ההתבוננות הרווחת על כללי האחריות הפלילית בכלל ועל היסוד הנפשי בפרט משתקפת היטב באמרתו המייצגת הבאה של סנפורד קדיש:

“The whole so-called general part of the criminal law, as well as the mens rea definitions in the special part, are devoted to articulating the

110 Richard A. Posner, *Legal Pragmatism Defended*, 71 U. CHI. L. REV. 683 (2004) (להלן: (Posner, *Legal Pragmatism*

111 בהקשר של המשפט הפלילי הגישה הפרגמטית דוחה את הגישה הפסיכולוגיסטית לשאלת האשם הפלילי, ובלשונו של פוזנר, גישה זו מתנגדת לעמדה הנורמטיבית שלפיה “moral and legal norms [are] based on immutable principles of psychology and human behavior”

ראו RICHARD A. POSNER, *OVERCOMING LAW* 389 (1995).

112 ראו George P. Fletcher, *Criminal Theory in the Twentieth Century*, 2 THEORETICAL INQUIRIES L. 265, 277–78 (2001). כפי שנראה מייד בטקסט, שיקולי מדיניות לא נעדרו מהדיון, אך קיבלו מעמד משני.

113 ס' 83 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961.

114 למשל, ס' 35 לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996.

115 וביתר דיוק, אחריות כמעט-מוחלטת: ס' 22 לחוק העונשין החליף את האחריות המוחלטת במשטר של “אחריות קפידה”, שלפיו התביעה אינה נושאת בנטל להוכיח את קיומו של יסוד נפשי בעושה לשם הרשעה, אך העושה יכול לצאת זכאי בדין אם יוכיח כי “נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה”.

116 Malcolm Thorburn, *Punishment and Public Authority*, in CRIMINAL LAW AND THE AUTHORITY OF THE STATE 7, 13–16 (Antje du Bois-Pedain, Magnus Ulväng & Petter Asp eds., 2017).

minimum conditions for the attribution of blame and the various features of conduct that warrant differential judgments of blameworthiness."<sup>117</sup>

אצלנו משפיעה ומייצגת עמדתו של ש"ז פלר:

"המשמעות האנטי-חברתית של העבירה נובעת רק מכך שהיא נעברה מתוך יחס סובייקטיבי שיש בו סוג האשמה הדרושה להתהוות אותה עבירה. באשמה זו מתבטא – כמובן, בחריפות נבדלת לפי סוג האשמה וחומרתה – הקונפליקט האידיאולוגי בין החברה שאסרה על ביצוע העבירה לבין העושה שהפר את האיסור."<sup>118</sup>

ככלל, אנשי המשפט הפלילי התנגדו לרעיון של השתתת האשמה על שיקולים של יעילות חברתית כללית ולכל ניסיון לנתק את היסוד הנפשי מהצדקות המבוססות על שיקולי אשם אישי.<sup>119</sup> למעשה, מעולם לא התערערה נבואתו של פרנסיס בויד סיר, שלפיה "crime in general always has depended and always will depend upon deep-lying ethico-psychological concepts"<sup>120</sup> גם תיאוריות מתחרות, שלא קיבלו במלואה את התפיסה הסובייקטיבית הטהורה של היסוד הנפשי, התמקדו בעושה הקונקרטי – למשל, בניסיון להסיק ממעשיו את יחסו לערכים החברתיים שהוא מסכן.<sup>121</sup> ואילו היסוד הנפשי של רשלנות, המושתת אומנם על הסטנדרט האובייקטיבי של "האדם מן היישוב"<sup>122</sup>, מוסבר למן תיקון

117 SANFORD H. KADISH, *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 12 (1987). הגישה הפילוסופית-המוסרית לרכיבי היסוד הנפשי של העברה אינה נחלתם של אקדמאים או מחוקקים בלבד, אלא אופיינית גם לשופטים ולעורכי-דין. גרדנר ויונג אפיינו את התופעה במילים אלה: "Where mens rea is in issue, indeed, many lawyers have been uncharacteristically eager to swap their judicial or juristic hats for philosophical ones. They have raised questions about the status, accessibility and moral significance of the human mind. They have invoked fictitious examples and counterexamples. Some have even given philosophical-sounding names to their own or each other's positions" ראו John Gardner & Heike Jung, *Making Sense of Mens Rea: Antony Duff's Account*, 11 OXFORD J. LEGAL STUD. 559, 559 (1991). בהמשך נראה כי תופעה זו אפיינה גם את הליכי החקיקה ואת פסיקתו של בית-המשפט העליון בישראל (ראו להלן ליד ה"ש 127-142).

118 פלר, כרך א, לעיל ה"ש 58, בעמ' 488.

119 ראו, למשל, Claire Finkelstein, *The Inefficiency of Mens Rea*, 88 CAL. L. REV. 895, 896 (2000).

120 Francis B. Sayre, *Mens Rea*, 45 HARV. L. REV. 974, 989 (1932). יש כמובן חריגים ספורים. לא יפתיע, למשל, שריצ'רד פונרר הציג ניתוח כלכלי של המחשבה הפלילית – ראו Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193 (1985). יש מסורת גדולה של ביסוס חלקים במשפט הפלילי על ניתוח כלכלי, אולם נסיונות קודמים – מצ'ורה בקריה, דרך ג'רמי בנתם ועד גרי בקר – התייחסו כולם להרתעה ולענישה, ולאוו דווקא לעקרונות האחריות וההפללה. דברים אלה מתחברים לאמור לעיל בה"ש 102.

121 תיאוריה זו מזוהה יותר מכל עם אנתוני דף. ראו R.A. DUFF, *INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY: PHILOSOPHY OF ACTION AND THE CRIMINAL LAW* 116-35 (1990).

122 ס' 21 לחוק העונשין. ראו פירוט לעיל בפרק ג.

39 לחוק העונשין במונחים של אשם אישי, המתבטא בחוסר הזהירות של העושה בשמירה על הערך החברתי המוגן שבו פגע, בניגוד למצופה ממנו.<sup>123</sup> שיקולים של מדיניות משפטית וחברתית לא נעלמו כליל מהדיון, וככל שהדבר נגע בקביעת האינטרסים המוגנים והדירוג היחסי ביניהם אף נועד להם תפקיד מרכזי. סוגי ההתנהגות שיש לדכא והנזקים שראוי למנוע ישתנו בהתאם לחברה ולזמן, ולכן גבולות ההפלה קשובים לרוח המקום והתקופה, ולעיתים אף מוכתבים על-ידיה. אולם, מאחר שהמוסכמה היא שאחריות ועונש יושתו רק על מי שראוי לשאת בהם,<sup>124</sup> הקביעה של כללי האחריות הפלילית היא מגרשם של אילוסי הצדק הפרטני (שיקולי אשם),<sup>125</sup> ושיקולי המדיניות ממלאים כאן תפקיד משני לכל-היותר.<sup>126</sup>

ברוח הגישה הרווחת האמורה, עוגן מדרג היסוד הנפשי שבחוק העונשין – הן בספרות והן בפסיקתם של בתי-המשפט – בשיקולים פסיכולוגיסטיים ואפיסטמיים<sup>127</sup> וביחסם לאשמו המוסרי והמשפטי של העושה הקונקרטי. החלוקה של היסוד הנפשי לקטגוריות כגון כוונה, פזיזות ורשלנות נומקה תמיד במידת האחריות המוסרית הנלווית לכל אחד מהלכי-הרוח,<sup>128</sup> ואף שהדיון הוא לעיתים שטחי וקטגוריאלי, ואינו יורד למעמקי הנפש, הוא לעולם מכון להשוואה בין קטגוריות נפשיות.<sup>129</sup> לקיבועו של מדרג היסוד הנפשי בחוק העונשין נלווה

123 כך הוא, למשל, בכתבי המנסחים של תיקון 39 לחוק. פלר כינה את הרשלנות "מחדל הכרתי", וראה בה "צורה של אשמה" – ראו פלר, כרך א, לעיל ה"ש 58, בעמ' 497. קרמניצר התייחס גם הוא לרשלנות כיסוד נפשי המבוסס על אשמת העושה – ראו מרדכי קרמניצר "עקרונ האשמה" מחקרי משפט יג 109, 110 (1996).  
124 ראו לעיל ה"ש 102.

125 גם תפיסות מרחיבות בדבר הפונקציות של היסוד הנפשי מתמקדות בעשיית צדק עם העושה. לדוגמה, צ'ן וסימסטר הציגו ארבעה תפקידים נפרדים של דרישת היסוד הנפשי בעברה: (1) ביסוס האשם; (2) כינון הרוע המוסרי שבאיסור – למשל, על-ידי זיהוי של מעשה נטילה כפעולת גנבה או על-ידי זיהוי של אמירה כאיום; (3) מתן אזהרה הוגנת לעושה כי הוא מסתכן בהפרת החוק; (4) יצירת איזון בין מטרות האיסור לבין חירות העושה. כל ארבעת התפקידים ממוקדים בעשיית צדק עם העושה. ראו Winnie Chan & A.P. Simester, *Four Functions of Mens Rea*, 70 CAMB. L.J. 381 (2011).

126 במסגרת המחשבה הפלילית נותבו שיקולי המדיניות בעיקר לדרישה שהסיכון שנטל העושה הפזיז הוא בלתי-סביר (ס' 20(א)(2) לחוק העונשין). דרישה זו נועדה לאפשר נטילת סיכונים שהחברה רוצה לעודד, ועניינה אפוא אינו נפשו של העושה, כי אם הערך החברתי של מעשיו.

127 כלומר, שיקולים הקשורים למודעותו של העושה להתקיימותם של רכיבי העברה.  
128 כך הן בהליכי החקיקה, הן בפסיקה והן בכתבי מלומדים, כפי שיודגם מיד. לעניין זה בכלליות ראו, למשל, Joshua Dressler, *Does One Mens Rea Fit All? Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 CAL. L. REV. 955, 956 (2000) המובאת שם.

129 גם הוויכוח המתעורר לעיתים בשאלת מספרן הרצוי של ההבחנות הנפשיות בדיון הפלילי נסב על משמעותם הנורמטיבית של הלכי-הרוח המבססים את קטגוריות האשם ועל הגבולות הנכונים ביניהן. ראו, למשל, את המחלוקת בין Dressler, שם, לבין Larry Alexander, *Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 CAL. L. REV. 931 (2000). אלכסנדר מציע לאחד את הכוונה, הידיעה והפזיזות לקטגוריה משפטית אחת, משום ששלושת

דיון ער במצבי הכרה ובהלכי-רגש וכן במשמעותם הנורמטיבית. בפסקאות הבאות אביא כמה דוגמאות מייצגות לשיח השגור בדיני עונשין, ולאחר-מכן, על רקע דוגמאות אלה, אתבונן על פסקי-הדין שרשימה זו מתמקדת בהם, ובעיקר על השיקולים שהפעיל בית-המשפט, על ההסברים שנתן ועל הבסיס העיוני ששימש אותו כאשר גילה נכונות לשקול, ואף ליצור, דרגות חדשות ליסוד הנפשי. נמצא שבפסקי-הדין הנסקרים בית-המשפט מצמצם את מימד האשם האישי שביסוד הנפשי. עמדה זו היא אידיאליסטית על רקע הגישה הרווחת, הממקמת את היסוד הנפשי על גווניו בלב-ליבה של שאלת האשם האישי. בהקשרה, כחלק ממהלך לגיונו של היסוד הנפשי, היא חסרת תקדים.

דוגמה אחת לשיח השגור בדיני עונשין עניינה בזיקה שבין עצימת-העיניים למודעות (זיקה שעמדה גם במוקדם של עניין אוהב ציון ועניין מרגולין<sup>130</sup>). בתהליך החקיקה של תיקון 39 לחוק העונשין הוגדרה זיקה זו במונחים של שוויון נורמטיבי,<sup>131</sup> אשר הוסבר לאחר-מכן על-ידי המנסח הראשי של התיקון כשקילות ערכית של מצבי הכרה שונים. אופן השיח בא לידי ביטוי בדברים אלה:

"האם, אכן, ניתן לגרוס כי 'החשד הסוביקטיבי הוא תחליף דל למחשבה הפלילית'? כלום היחס המנטאלי של גבר שביצע מגע מיני עם אשה תוך מודעות לאפשרות היעדר הסכמתה (ה)חופשית לכך, וחרף זאת מימש את מזימתו, הוא פחות חמור מאשר היחס המנטאלי של גבר אחר שקיים אותו מגע מיני חרף מודעותו להתקיימותו של אותו היעדר הסכמה? החלופה הראשונה אינה כלל תחליף לשנייה, בוודאי לא 'תחליף דל' לה. מבחינת משקלה הערכי האנטי-חברתי, היא מזדהה עם השנייה."<sup>132</sup>

בהמשך הדברים אמוד את הפער שבין הסבר זה לבין הנימוקים ששימשו את בית-המשפט בפסיקתו האחרונה.<sup>133</sup> דוגמה אחרת נוגעת בהיבט הרצוני של היסוד הנפשי (שעמד

המונחים מסמנים אותה מידה רעה – העדר עניין מספיק בצורכי הזולת. דרסלר מבסס את התנגדותו להצעה זו על הסנטימנט הרווח בדבר השוני בין הרע המוסרי הרבק בכל אחד משלושת המצבים המנטליים. מחלוקת מסוג זה הן ככל הנראה הסיבה לכך שהקוד הפלילי בגרמניה אינו מפרט את סוגי היסוד הנפשי. לפי ג'ורג' פלטר, מנסחי הקוד הגרמני נמנעו מלהסדיר בו נושאים השנויים במחלוקת פילוסופית. ראו George P. Fletcher, *Dogmas of the Model Penal Code*, 2 BUFF. CRIM. L. REV. 3, 6–7 (1998).

130 ראו לעיל בתת-פרק 2 וכן להלן בפרק זה.

131 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), לעיל ה"ש 79, בעמ' 125.

132 ש"ז פלר "טעות במצב הדברים" מחקרי משפט יב 5, 20 (1995). פלר מכוון את שאלותיו לנשיא שמגר, שראה בעצימת-עיניים "תחליף דל" למודעות, עד כדי כך שהציע לעשות צעד לא-גדול נוסף ולהסתפק בחשד אובייקטיבי, דהיינו, בדרישה שהעושה היה צריך להיות מודע לנסיבות העברה. ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 363 (1993).

133 הפער בולט גם אל מול דוגמה מן העת האחרונה לנימוקים הניתנים להצעות לשכלל את מדרג ההכרה ביסוד הנפשי: "The less likely you believe your conduct will cause some harmful result, all else being equal, the less culpable you are for causing it... So the difference between knowledge and recklessness depends on one's level of confidence that the risk will eventuate, and one's moral culpability for that result will vary in a smooth fashion

גם במרכזו של עניין טמטאווי<sup>134</sup>). השיח סביב ההגדרות של חוק העונשין בהיבט זה התמקד בשאלות שורשיות באשר ליחס הנפשי לרכיביה העובדתיים של העברה. שאלה אחת שעוררה מחלוקת נגעה בדרישה של יחס רצוני, כגון כוונה או פזיזות, כלפי הרכיב הנסיבתי. עניין זה הוכרע לבסוף בחוק, המגדיר את הכוונה והפזיזות כמתייחסות רק לתוצאה, ולא לשאר רכיבי העברה.<sup>135</sup> ההסבר עוגן בעיון פסיכולוגי בהיתכנות גיבושו של יחס נפשי מסוג כוונה או פזיזות כלפי נסיבות העברה. כך השתקפו הדברים בדברי ההסבר להצעת החוק:

"התפלגות היחס הנפשי במישור הרצוני רק כלפי תוצאות, הוא ביטוי לעובדה, לפיה היחס המנטאלי של האדם לקיום הנסיבות ולטיב ההתנהגות עצמה, שהם ענין של מצב נתון בעת ההתנהגות, במובחן מתוצאות שהן ענין עתידי ובלתי ודאי – עשוי להתבטא במישור ההכרתי בלבד, כלומר במודעות או באי מודעות בלבד. העובדה שאדם עשוי לבצע את מעשהו, למרות קיומן של נסיבות המפלילות את המעשה או דווקא בשל כך, היא ענין של מוטיבציה, והמניע הוא, מחוץ להגדרה הכללית של היסוד הנפשי שבעבירה. ההבדל בין כוונה, לבין פזיזות, על שתי שלוחותיה, מתבטא ביחס הרצוני כלפי התוצאה האופיינית לעבירה בלבד. כוונה לגבי נסיבות אינה בגדר הגיון הדברים, וכך גם פזיזות כלפיהן."<sup>136</sup>

מבקריה של עמדה זו הציגו תמונה נפשית מתחרה, הכוללת יחס רצוני לנסיבות.<sup>137</sup> עוד לעניין ההיבט הרצוני נדרש המחוקק לשאלה אם הכוונה לגרום לתוצאה, כיסוד נפשי, מוסיפה חומרה על המודעות לאפשרות של גרימת התוצאה, ואם יתאפשר להמירה בצפיות (ראיית התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי). חוק העונשין הכריע שכוונה ניתנת להמרה בצפיות, וגם עניין זה נומק במושגים של אשם אישי, על בסיס הבדלי החומרה שבין שני המצבים המנטליים.<sup>138</sup> הכרעה ערכית נוספת של המחוקק הייתה האיגוד של קלות-הדעת והאדישות תחת קטגוריה מאחדת של פזיזות. כאמור, הכרעה זו נסדקה בעניין טמטאווי עם ההחלטה לדרוש אדישות דווקא, ולא קלות-דעת, כיסוד הנפשי המינימלי להרשעה בסעיף 300(א)4 לחוק העונשין. לאחרונה הועלתה אפשרות הפיצול בין האדישות מזה לקלות-הדעת מזה גם בהצעה לתיקון חוק העונשין לעניין עברות ההמתה. הצעת החוק עוגנה בשקילת הגישות השונות להבחנה המשולשת – כוונה, אדישות, קלות-דעת – על

accordingly." Adam J. Kolber, *The Bumpiness of Criminal Law*, 67 ALA. L. REV. 855, 863–64 (2016).

134 ראו לעיל בתת-פרק ב.

135 ס' 20(א) לחוק העונשין. ראו גם לעיל בפרק א.

136 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), לעיל ה"ש 79, בעמ' 124. ראו באופן דומה ש"ז פלר ומ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד 127, 205–206 (1984); פלר, כרך א, לעיל ה"ש 58, בעמ' 489–501.

137 ראו, למשל, רות קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" מחקרי משפט יא 147, 172–173 (1994); יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" עלי משפט ה 109, 114 (2006).

138 ס' 20(ב) לחוק העונשין. כך נומקה ההכרעה בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), לעיל ה"ש 79, בעמ' 125: "יחסו הנפשי של העושה לנולד הוא שווה ערך, מבחינת החומרה, לכוונה, אם התוצאות המזיקות היו בטווח ה'ראיה מראש... כאפשרות קרובה לוודאי'."

בסיס ההבדל המוסרי בין הלכידורח סובייקטיביים באשר לגרימת התוצאה הקטלנית ועל בסיס השלכותיו על חומרת אשמו האישי של העושה.<sup>139</sup>

גם בפסיקתם של בתי-המשפט לא נעדר עד לעת האחרונה מקומם של שיקולי אשם אישי, והם יסוד נוכח אף בהלכות שהובילו לגיוון היסוד הנפשי במשך השנים. כפי שראינו לעיל,<sup>140</sup> מדובר בעיקר בשני פסקי-דין חשובים שניתנו בשנים 2001 ו-2005 – בעניין הר-שפי ובעניין ביטון נ' סולטן, בהתאמה: הראשון קיבע את המודעות כיסוד הנפשי המינימלי בעברה של אי-מניעת פשע, והשני הציב את המטרה כרגש שאין להמירו בצפיות בעברה של פרסום לשון הרע. אף שבית-המשפט הגיע להכרעות אלה במידה רבה על בסיס שיקולים של מדיניות חברתית – תקינות היחסים הבין-אישיים בעניין הר-שפי, ושמו הטוב של הנפגע וחופש הביטוי של המפרסם בעניין ביטון נ' סולטן – הדיון ביסוד הנפשי לא הופשט באותם מקרים משיקולי האשם האישי, על מאפייניהם הפסיכולוגיסטיים. כך, בעניין הר-שפי דן בית-המשפט ביסוד הנפשי מסוג ידיעה, ומצא בו הן את היבט האפיסטמי של רמת הכרה שהגיעה לכדי מסה קריטית והן את היבט האמונה באמיתות הדברים הנתפסים,

139 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124), לעיל ה"ש 82, בעמ' 169-170. הצעת החוק התבססה על דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 20-30 ו-59-63, שבו הניתוח מקיף אף יותר ונבחנות גישות נוספות לשאלת האשם היחסי שבדרגות המחשבה הפלילית (להלן בפרק ח אעלה ספקולציה באשר להשפעתו של המהלך למדרוג מחדש של עברות ההמתה על חירושי ההלכה הנסקרים ברשימה זו). הספרות המשפטית, מטבע הדברים, יכולה להרחיב ולהעמיק אף יותר מהדוחות הרשמיים בניתוח נורמטיבי-פסיכולוגיסטי של ייחוד האישיות מקלות-הדעת. הדברים מופיעים, למשל, אצל קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו", לעיל ה"ש 58, בעמ' 73-74; קרן שפירא-אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי – האם יש משקל לדעת?" מחקרי משפט יד 179 (1997); הדר דניציג-רוזנברג "הסדר הטלת האחריות לעברה נגררת – הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איוון אחרת" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 683 (דרור ארדי-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). ראו גם את התנגדותה של גור-אריה להצעה להבחין בין ארישות לקלות-דעת לעניין עברות ההמתה, שעוגנה בטעמים פסיכולוגיסטיים: "כשמדובר בעבירות חמורות, כדוגמת עבירות ההמתה שבהן אנו דנים, אשמתו של האיש אינה שונה במהותה מזו של קל הדעת. גם אם מבחינה ערכית היה האיש שווה נפש כלפי חיי אדם, ספק אם אפשר להניח באופן רציונאלי שלא היה אכפת לו אם התנהגותו תגרום להתרחשות התוצאה הקטלנית... לאיש מניע עונשי חזק שלא לגרום להתרחשות התוצאה, הגורם לו לקוות כי התוצאה לא תתרחש כך שלא יצטרך לשאת בעונש החמור. ככל שהעבירה סטיגמטית יותר והעונש הצפוי בגינה גבוה יותר, כך התקווה שהתוצאה לא תתרחש, המונעת מהמניע העונשי, עשויה להיות חזקה יותר, והקטגוריה של ארישות הופכת להיות ריקה יותר... כל עוד אין מציעים מהפכה משמעותית באפיון הצורות השונות של היסוד הנפשי, שתאפשר להפריד בין הפזיז המחושב לבין קל הדעת המכחיש ולכלול את זה האחרון בקטגוריה אחת עם הרשלן האינדיבידואלי... אני מציעה שגם במסגרת עבירות ההמתה המוצעות, בדומה ליתר העבירות בחוק העונשין שלנו, לא תיוחס חשיבות נורמטיבית להבחנה בין הצורות השונות של הפזיזות." מרים גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה במשפט הישראלי לאור עקרון האשמה" משפטים על אתר ה 1, 8-7 (התשע"ג).

תוך שהוא מאזכר במפורש את ה"תופעה הפסיכולוגית של 'הונאה עצמית', תופעה של שכנוע-עצמי או של הדחקה", אשר בכוחה לשלול את רכיב האמונה ולכן את יסוד הידיעה כולו;<sup>141</sup> ובעניין ביטון נ' סולטן נתן בית-המשפט מקום נכבד, בצד שיקולי המדיניות, לדין בקיומה ובמגבלותיה של אותה "שקילות עניינית, מוסרית וחברתית"<sup>142</sup> בין הכוונה כרצון לגרום לתוצאה הרעה לבין צפיית התוצאה כאפשרות מסתברת. דיון מסוג זה נעדר לחלוטין מההלכות החדשות.

בפסיקתו החדשה, הנסקרת בחלקו הראשון של המאמר, בית-המשפט לש מחדש מונחים ככוונה, אדישות, מודעות וחדש, ומחדש הלכה במונחים מתחום הנפש הן בפונקציה ההכרתית (למשל, בדירוג החשד בדבר התקיימותן של נסיבות העברה) והן בפונקציה הרצונית (למשל, בהבחנה בין אדישות לקלות-דעת ובדרישה ייחודית לכוונה תחילה בעברה של ניסיון לרצח). אף-על-פי-כן אין למצוא בפסקי-הדין הללו כל עניין בשדה הידע הפסיכולוגי ובשאלת החומרה הנורמטיבית היחסית המתבטאת ביחסים מנטליים שונים לרכיבי העברה. התמריץ לפסיקתו של בית-המשפט אינו היתקלות במצב פסיכולוגי ייחודי אצל העושה, והוא לא ביסס את הכרעותיו על ניתוח ההבדלים הנורמטיביים שבין הלכירוח שונים לפי טיבם. כפי שנראה מיד, היכן שנימק בית-המשפט את הכרעותיו, ניכר כי מעייניו היו נתונים לשיקולים פרגמטיים. אם כן – וזה המפתיע – הדרגות החדשות של היסוד הנפשי אינן נותנות מקום רב לייחודו המסורתי של יסוד זה כמגשים את הרצון להכניס שיקולי אשם אישי לקביעת האחריות הפלילית. הן משמשות לא יותר מאבני בניין מזדמנות לעיצוב האיסור לפי שיקולי מדיניות.

דוגמה למעבר לשיקולים פרגמטיים היא עניין אוהב ציון. כזכור, במוקד פסקי-הדין עמדה עברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע, ונשאלה שאלת היחס ההכרתי הנדרש באשר למקורו של הנכס המתקבל. בית-המשפט בחן את האפשרויות של מודעות מלאה וחדש ממשי (עצימת-עיניים), ולא מצא מקום לסטות מרף החשד הממשי, שהוא בררת-המחדל של חוק העונשין ליחס ההכרתי לנסיבות העברה. ייחודית הייתה גישתו של השופט הנדל, אשר ברעת היחיד שנתן העדיף לקבוע ביחס לעברה זו דרגת-ביניים של חשד מוגבר וכבד בדבר מקורו הפלילי של הרכוש. על רקע החיפוש העקבי הן בפסיקה והן בספרות המשפטית אחר סטנדרט אחיד של חשד בפלילים, נכונותו של השופט הנדל ליצור דרגת אשם שתמוקם בין החשד הממשי לבין המודעות היא חידוש מובהק.<sup>143</sup> השופט הנדל לא התעלם ממימד זה

141 עניין הר-שפי, לעיל ה"ש 34, פס' 53 לפסק-דינו של השופט חשין.

142 עניין ביטון נ' סולטן, לעיל ה"ש 32, פס' 1 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין. התייחסות דומה, אגב שימוש במונחים "השקילות הערכית שבין רצון לבין צפיות ברמה קרובה לוודאות" ו"העיקרון המוסרי שממנו נלמד כלל הצפיות", מופיעה בעניין זה גם בפס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

143 ראו לעיל בתת-פרק 2. השופט הנדל מצא הד מטרם לגישתו ההטרונגנית כאשר לרף החשד בדבריה של השופטת ביניש בעניין אוולאי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 896: "מצד אחד עומדת לשונו המפורשת של החוק, ומן הצד האחר ייתכן כי מצבים שונים עשויים להצדיק דרישת מודעות ברמה שונה כלפי הנסיבות, הכול על-פי ההגדרה של כל עבירה ועבירה ועל-פי תכליתו של האיסור הפלילי" (השופט הנדל התייחס לדברים אלה בפס' 2 לפסק-דינו בעניין אוהב ציון, לעיל ה"ש 47). אולם קריאת אמירתה של השופטת ביניש על רקע הדיון המפורט שהיא מקיימת

בפסק־דינו, והוא ציין מפורשות כי "מדובר בסוגיה חדשה ובעלת השלכות לתיקים עתידיים";<sup>144</sup> הוא גם לא הסתיר את הקושי הטמון בסטייה של עמדתו מאחידות הסטנדרטים שבחוק.<sup>145</sup> מהי אפוא הסיבה לסטייה מהקו האחיד? כיצד נימק השופט הנדל את יצירתה של דרגה חדשה של מחשבה פלילית על הציר האפיסטמי של דרגות החשד? ההסבר שניתן נטוע כל-כולו ברצון לאזן בין שיקולי מדיניות מנוגדים ולתת מקום לשיקול נגדי להרשעה בדמות הגנה על מסחר יעיל:

"מחד גיסא, מובן הצורך להקשות ולצמצם את אפשרויות המסחר ברכוש גנוב, ועל ידי כך לייצר תמריץ שלילי ex-ante לגנבים. שיקול זה תומך בהרחבת האיסור על קבלת רכוש גנוב, בין היתר תוך הנמכת רף היסוד הנפשי הנדרש. מאידך גיסא, אין להתעלם מכך שהחמרת־יתר עלולה לסכל גם פעולות מסחר של מוכרים ורוכשים תמיילב. קביעת רף נמוך מדי של המחשבה הפלילית עלולה לייצר הרתעת־יתר, גם ביחס לסוגי עסקאות ומצבים שיש אינטרס חברתי בהתיימותם."<sup>146</sup>

תפיסת היסוד הנפשי המשתקפת בפסקה זו משאירה מקום צר בלבד לעקרון האשם ולשאלת האחריות האישית, הכפופים שניהם לשיקולי מדיניות פרגמטיים. למעשה, המאפיין המייחד של דיני העונשין הוסר מהם, והם נמסכים ונטמעים במוסדות משפטיים אחרים, דוגמת האסדרה המנהלית ודיני הנזיקין. דברים אלה אינם מכוונים נגד עצם ההיזקקות לשיקולי מדיניות או נגד השיקולים הקונקרטיים שנמצאו רלוונטיים לעניין. בהקשר הספציפי של העברה של קבלת נכסים שהושגו בפשע יש בוודאי מקום לבחון את ההיקף הרצוי של האיסור מבחינת השפעתו על חיי המסחר התקינים, כפי שנעשה גם באנגליה.<sup>147</sup>

בעניין אזולאי בסוגיית גיוונן של דרגות החשד מעלה ספק רב בנוגע למידת הרבגוניות של הגישה המשתמעת ממנה. הדיון שהשופט ביניש מקיימת מתייחס אך לשתי דרגות ההכרה של חשד למודעות, ונראה אפוא כי השופט לא כיוונה את דבריה אלא להבדל שבין שתי רמות ההכרה המקובלות האלה, ולאפשרות להכיר בדרישה של מודעות ממשית חרף לשונו של ס' 20 לחוק העונשין. על כל פנים, השופט ביניש קבעה כי בנוגע לעברת האינוס שיוחסה שם למערער די ביסוד נפשי של חשד ממש שהעושה נמנע מלבררו.

144 עניין אוהב ציון, לעיל ה"ש 47, פס' 1 לפסק־דינו של השופט הנדל.

145 שם, פס' 2 ו-5 לפסק־דינו של השופט הנדל. לא אעסוק בסוגיית השימוש במונח משפטי אחד לסימון דרישות מנטליות שונות – במקרה זה דרישות משתנות על בסיס המונח "חשד" שבס' 20(ג)1 לחוק העונשין. לעניין זה ראו את מאמריהם של ויקטור טדרוס ושל פינדלי סטרוק: Victor Tadros, *The System of the Criminal Law*, 22 LEGAL STUD. 448, 453–55 (2002); Findlay Stark, *It's Only Words: On Meaning and Mens Rea*, 72 CAMB. L.J. 155, 160–63 (2013).

146 עניין אוהב ציון, לעיל ה"ש 47, פס' 5 לפסק־דינו של השופט הנדל.

147 ראו, למשל, Glanville Williams, *Handling, Theft and the Purchaser Who Takes a Chance*, 1985 CRIM. L. REV. 432, 411 לחוק העונשין, הוא ס' 22 ל־Theft Act 1968.



הפליאה היא על כך ששיקולי המדיניות מעצבים את הדיון כולו.<sup>148</sup> הדברים אמורים בעיקר במקרה זה, שבו השופט אינו עוסק במתן פשר למונח נפשי שייחודי לעברה הנדונה לפניו, אלא מתייחס לרכיבים ההכרתיים של מודעות וחשד, אשר מהווים חלק מהמינוח הכללי של היסוד הנפשי ומשותפים לעברות רבות.

גם בעניין מרגולין, שעסק בעברה של הזנחת מושגים שיוחסה למנהל בית-חולים בגין פגיעה בחוסים במוסד, דן בית-המשפט ביסוד הנפשי הנדרש בעברה מבלי להתמקד בשאלת היחס שבין מידתו המשתנה של האשם הנלווה להזנחת חסרי-ישע שבהשגחתו של העושה לבין דרגות שונות של הכרה בסכנה הצפונה להם. תחת זאת, ואגב מה שיש להבינו כחזיון מעמדה של המודעות המלאה כיסוד נפשי עצמאי,<sup>149</sup> העמיד בית-המשפט את בחירתו – להסתפק ביסוד נפשי של חשד ממש – על שאלת הערך החברתי הגלום בהרחבה של חובת ההשגחה המוטלת על אחראים לחסרי-ישע; על נסיבות תפקידו של משגיח, וכיניהן היקף החובה לדאוג לשלומם של מי שהמשגיח אחראי עליהם מכוח דין או הסכם; ועל העדרו של ערך חברתי נוגד.<sup>150</sup>

בעניין אוהב ציון הובילו שיקולי המדיניות את השופט הנדל לצמצום גבולות העברה בדרך של החמרת הדרישה הנפשית להרשעה, ועל-כן להסתמכות בפסק-דין זה על שיקולי מדיניות לא נלוותה פגיעה מעשית בעקרון האשם. לעומת זאת, עניין מרגולין הדגים כי שיקולי מדיניות עשויים לפעול נגד צמצומו של היסוד הנפשי הנדרש בעברה (כאותו מקרה – מחשד ממשי למודעות מלאה), ועל-כן ביכולתם להוביל גם להרחבתו. אם שאלת האחריות הפלילית תושלת על שיקולי מדיניות, יורו אלה לעיתים כי רצוי דווקא להרחיב את האחריות ולהקל את הדרישות להרשעה – למשל, על-ידי הפחתה של דרגת היסוד הנפשי הנדרש או צמצום גבולותיו של סייג מצדיק.<sup>151</sup>

הדגשה של השיקולים הפרגמטיים אפשר למצוא גם בשיח סביב גיוון היסוד הנפשי של רשלנות, המשתמע מפרשת מרוץ המכוניות. בדומה להלכות האחרונות בתחום המחשבה הפלילית הסובייקטיבית, הרטוריקה ששימשה את בית-המשפט בפרשת מרוץ המכוניות מגלה את כוונתו לעגן גם את המנעד המתהווה של מבחן הצפיות האובייקטיבית לפי יכולותיו של העושה בשיקולים של מדיניות משפטית וחברתית.<sup>152</sup> אומנם, בהקשר של הרשלנות אין הדבר מפליא כל-כך, שכן בניגוד לגיוון המחשבה הפלילית – שמשמעותו ריבוד של מצבים מנטליים סובייקטיביים – גיוון הרשלנות יוצר הבחנות בין סטנדרטים אובייקטיביים, ולכן מהווה זירה מתאימה יותר מהמחשבה הפלילית לשיקולי מדיניות. אולם מעניין בכל-זאת לשים לב לתופעה זו של ביצור המגוון בשיקולי מדיניות, שכן בעבר גם השיח סביב גיוון

148 בניגוד לכך, הדיון הער בשאלת היסוד הנפשי של העברה המקבילה במשפט האנגלי מערב שיקולי מדיניות בשיקולי אשם אישי. ראו, למשל, AND, SIMESTER.ET AL SIMESTER .A.P, ראו, למשל, DOCTRINE 578–79 (6th ed. 2016) AND THEORY – LAW CRIMINAL SULLIVAN'S לעיל ליד ה"ש 140–142, גם בישראל פסקי-הדין שנשענו יותר מאחרים על שיקולי מדיניות נסמכו במקביל גם על שיקולי אשם אישי.

149 ראו לעיל בתת-פרק ב2.

150 עניין מרגולין, לעיל ה"ש 48, פס' 43 לחוות דעתו של השופט הנדל.

151 בנושא זה של צמצומו והרחבתו של היקף היסוד הנפשי אעסוק גם להלן בפרק ז.

152 ראו לעיל בפרק ג.

של סטנדרט הרשלנות הומשג בשיקולים של צדק דאונטולוגי: הצעות שעלו במהלך השנים ליצור אינדיווידואליזציה של מבחן הרשלנות בהתאם ליכולותיו של העושה הקונקרטי נומקו ב"עקרון האשמה, לפיו אין להטיל אחריות פלילית על אדם בשל דרישה שוהוא עצמו לא היה מסוגל לעמוד בה", וברעיון שלפיו "יסוד נפשי – בין במחשבה פלילית ובין ברשלנות – עניינו בעשיית צדק עם העושה".<sup>153</sup> מה שנדון בדרך-כלל במונחים של התחשבות באשם אישי מופיע כעת כעניין של מדיניות חברתית.<sup>154</sup>

גם אלה מבין פסקי-הדין החדשים שלא העמידו את שיקולי המדיניות החברתית במוקד הדיון סטו מהשיח השגור בשאלת האשם, והתייחדו בהתנערות מדיון בהיבטים הפסיכולוגיים של היסוד הנפשי. בפסקי-דין אלה לא נומקה הוספת הקטגוריות ליסוד הנפשי אלא בהנמקה לקוגנית ובלתי-מספקת. כך היה, למשל, בעניין טמטאווי, אשר עסק כזכור בעברת הרצח שבחלופה לפי סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין (המתה פזיזה של אדם כדי להבטיח הימלטות מזירת עברה או כדי לחמוק מעונש). מה הניע את בית-המשפט בפסקי-דין זה לפלג את הפזיזות, לייחד את האדישות מקלות-הרעת וליצור בכך דרגה חדשה של מחשבה פלילית? לא היה זה דיון פסיכולוגיסי בדבר ייחודה הנורמטיבי של האדישות כחס נפשי בעל טיב נבדל. כפי שראינו,<sup>155</sup> בעניין זה הביע בית-המשפט את רצונו לצמצם את גבולות העברה משום שהיא מרחיבה יתר על המידה את התווית "רוצח", על השלכותיה הקשות. בבואו להגשים את מטרת הצמצום, תר בית-המשפט אחר רכיבי העברה הניתנים לתמרון פרשני, והשתמש בכל כלי שהסעיף מעמיד לשם צמצום היקפו, ללא הבחנה לעניין זה בין עובדתי לנפשי. רכיב אחד שנמצא מתאים הוא טיב העברה שמעונשה ביקש העושה להימלט, ובית-המשפט הצר את גבולותיו לעברה חמורה בלבד;<sup>156</sup> רכיב אחר הוא דרישת הפזיזות, ובית-המשפט הצר את גבולותיו לאדישות, בהוציאו את האפשרות של הרשעה על בסיס קלות-דעת. המהלך בוצע בנשימה אחת, ומאחר שהשלב החדש בסולם האשם לא נועד אלא לצמצם את גבולותיה של עברת הרצח ולהתאימה לתג החמור שהיא נושאת, הייתה זו נשימה חטופה: ההלכה, שהיא מהמרחיקות-לכת ביותר שנתן בית-המשפט בשנים האחרונות בתחום היסוד הנפשי בעברה, נומקה בסופו של דבר בלקוגניות ברצון "למנוע מצב בו יורשע ברצח אדם אשר לא רק שלא כיוון למותו של קורבנו, אלא אף שאף למנוע מוות זה".<sup>157</sup>

כמו בעניין אוהב ציון ובעניין מרגולין, גם כאן הפליאה אינה בשל הפרשנות שנתן בית-המשפט לסעיף הקונקרטי או בשל השיקול שהובילו בכך; אדרבה, פסקי-הדין כולל

153 דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 50. התייחסות דומה מופיעה גם במקורות הנוספים המאזכרים לעיל בה"ש 82.

154 ייתכן שאין להפריז במשמעות הדבר, שהרי בית-המשפט דן בגיוון הסטנדרט של הצפייה האובייקטיבית בהקשר של הקשר הסיבתי המשפטי, וייתכן שאילו עבר הדיון לפסים של רשלנות, היה הניתוח משתנה. אולם קשה בכל-זאת להתעלם מסוג השיקולים שמניע את בית-המשפט לגוון את סטנדרט הצפיות ולהכניס לו רכיבים אישיים, כמו-גם מהגזרה השווה – ואולי אף מהגזרה קל וחומר – שיש ללמוד לעניין האינדיווידואליזציה של הצפיות בין הקשר הסיבתי המשפטי לבין הרשלנות, כנדון לעיל בפרק ג.

155 לעיל בתת-פרק ב.1.

156 ראו לעיל ה"ש 45.

157 עניין טמטאווי, לעיל ה"ש 42, פס' 85 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

ניתוח מרתק של עברת הרצח, המקיף את ההיסטוריה החקיקתית שלה, את תכלית החוק, שיקולים חוקתיים ומשפט משווה,<sup>158</sup> והרצון לצמצם את גבולותיה מעוגן בו במונחי אָשֶם, כעולה מהמצוטט מעלה. המפתיע הוא הוספת האדישות כדרגת אָשֶם עצמאית במדרג היסוד הנפשי ללא דיון במשמעותה הכללית או בייחודה הנפשי-הפסיכולוגי.<sup>159</sup> בדומה לכך, גם גיוון היסוד הנפשי בספֶרה של נגזרות העברה אופייני בלקוניות רבה – הן בהנמקה של ייחוד היסוד הנפשי בניסיון לרצח, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין פלוני,<sup>160</sup> והן בהנמקה של ביצור הנטייה ליסוד נפשי הטרוגני בביצוע בצוותא בעניין פלוני ומואטי.<sup>161</sup>

מה עלינו ללמוד אפוא מדברים אלה על עמדתו המתגבשת של בית-המשפט העליון כלפי היסוד הנפשי בעברה? האם מעוזם האחרון של שיקולי הצדק הפרטי – המאחז היחיד במשפט שבו הם אינם רק שיקול בין השיקולים, אלא שיקול מוביל – מתחיל להתפורר? שמא חלק מהמהלך הוא ניסיון לאלף את הרכיבים הנפשיים של המשפט הפלילי ולהכניסם לתבניות של התבונה האנליטית המאפיינת את יתר ענפי המשפט? האם משתמעת מכך שאיפתו של המשפט לרוקן את האָשֶם מן האישי ואת היסוד הנפשי מהנפשי? יהא ערכן של ספקולציות אלה אשר יהא (ומסד הנתונים באמת אינו מספיק למסקנה גורפת), התופעה שהן מתייחסות אליה מחייבת לכל-הפחות זיהוי ומעקב. ייתכן שנרקמת לנגד עינינו מגמה חדשה של עליית הפרגמטיזם בדיני העונשין.

## 1. התעלמות משאלת היתכנותה של ההוכחה

אחד הקשיים המעשיים הגדולים ביותר ביישום מפרט דקדקני של יחסים מנטליים בעברה הוא הוכחת הוראותיו. היו שהעירו כי הרכיבים הנפשיים מוגדרים בסופו של דבר במונחים של דרכי הוכחתם,<sup>162</sup> ולפיכך ההבחנות הפרטניות שבדין הפלילי מצטמצמות לכללים הראייתיים המגושרים המסתתרים מאחוריהן. בהתחשב בכך שכבר ברמת הפרטנות המשתקפת בחוק העונשין בית-המשפט נזקק לחזקות ראייתיות לשם הסקת היסוד הנפשי

158 שם, פס' 41-87 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

159 למשל, ברוח הדיון המופיע במקורות הנסקרים לעיל בה"ש 139. הזנחת ההסברים מתחום הנפש לייחוד האדישות מתיישבת גם עם הדרך שבה פסע בית-המשפט לעבר התוצאה הסופית של פסק-דינו. במעבר מן הדיון בפלל אל ההכרעה בעניינו של הפרט, ואגב דחיית העתירה של המדינה להרשיע את טמטאווי ברצח, לא ייחד בית-המשפט כל דיון ליחס הרצוני שגיבש טמטאווי כלפי האפשרות שאגב הימלטותו מזירת העברה יקטול את חיי השוטר שניסה לעצור בעדו. השופטת ברק-ארז ביססה את הכרעתה על הקלות היחסית של העברות שקדמו להימלטות (גנבה והשחתה של מתקן חשמל) ועל הספק אם המוות אכן נגרם במטרה להימלט מעונש, כדרישת הסעיף (שם, פס' 88 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז). המשנה לנשיאה רובינשטיין ביססה את הכרעתו באופן כללי על כך שמעשיו של טמטאווי אינם מצדיקים את אות-הקלון החמור הנלווה להרשעה ברצח (שם, פס' א לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

160 ראו לעיל ה"ש 83 והדיון בפרק ד.

161 ראו לעיל ה"ש 91 והדיון בפרק ד.

162 Shaun McVeigh & Peter Rush, *Cutting Our Losses: Criminal Legal Doctrine, in CRIMINAL LEGAL DOCTRINE* 182, 187 (Peter Rush, Shaun McVeigh & Alison Young eds., 1997)

מתוך ההתנהגות או הנסיבות האובייקטיביות<sup>163</sup> – כגון חזקת הכוונה, שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו, וחזקת המודעות, שלפיה אדם מודע לפרטי העברה שאדם סביר היה מודע להם בנסיבות העניין<sup>164</sup> – האם מציאותי לצפות שדרגות דקות יותר של יסוד נפשי לא ייתקלו במחסום גבוה אף יותר להוכחתן?<sup>165</sup> עדות לקושי להוכיח דרגות אשם דקות אפשר למצוא בפסק-הדין בעניין טמטאווי. במקרה זה קבע בית-המשפט הלכה המבחינה בין היסודות הנפשיים של אדישות ושל קלות-הדעת, אך נמנע מליישם הלכה זו על המערער הקונקרטי (כלומר, בית-המשפט לא בחן אם התקיימה אצל המערער אדישות, להבדיל מקלות-דעת), וייתכן שהדבר נבע מהקושי לקבוע ממצאים דקי-הבחנה מעין אלה כממצאים עובדתיים קונקרטיים.<sup>166</sup> כאמור, הקושי הוא בסיסי ושוויוני, והתקיים גם בטרם גוון היסוד הנפשי.

גם האמצעי האפקטיבי ביותר להוכחת היסוד הנפשי – הודאת הנאשם במחשבות שליוו את ביצוע העברה – עלול לקרוס אל מול מפרט של מצבים נפשיים דקים, שכן אפשר להניח שרבים מהנחקרים והעומדים לדין חסרים את הכישורים ואת מידת המודעות

163 בית-המשפט הכיר בקושי שהוא ניצב בפניו כבואו לקבוע את קיומו של היסוד הנפשי ובצורך הנובע ממנו בשימוש בחזקות ראייתיות. ראו, למשל, בג"ץ 2534/97 יב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 18 (1997): "הוכחת יסוד נפשי הינה משימה מורכבת, ולא בנקל ניתן לחרור לנכחי נשמתו של האדם ולעמוד על צפונות לבו. אי לכך, כאשר הרכיב ההתנהגותי מוגדר בעבירה, יש שביית-המשפט, הנדרש לקבוע קיומה של מחשבה פלילית, מסתפק בחזקות עובדתיות, ויש שהוא נסמך על ראיות נסיבתיות". התופעה מחמירה ככל הנראה תחת שיטת המושבעים. מחקרים אמפיריים מן העת האחרונה הראו כי בקביעת ממצאים באשר לקיומו של היסוד הנפשי הנדרש בעברה, הדיוטות (נבדקים שאינם משפטנים) נוטים בשיטתיות לבסס את הכרעותיהם על היבטים עובדתיים של המקרה, שנתפסים במשפט כל-אירלוונטיים להכרעה זו. לסקירת המחקרים ראו James A. Macleod, *Belief States in Criminal Law*, 68 OKLA. L. REV. 497 (2016).

164 על ההכרח להשתמש בחזקות ראייתיות כדי להוכיח את הקטגוריות הנפשיות שבחוק העונשין, ועל חוסר האפשרות לדייק באמצעותן בקביעת דרגות היסוד הנפשי בשל הקושי המובנה לעשות בהן שימוש עקבי, ראו דנה פוגין' "תאונת דרכים" מול 'הקטל בכבישים' – הריגה בנהיגה והיסוד הנפשי החסר" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39, לעיל ה"ש 82, 275, בעמ' 300-311 (פוגין' מסכמת – שם, בעמ' 317 – כי הפסיקה מעידה על אי-היכולת להבחין באמצעות החזקות אפילו בין הקטגוריות המובחנות יחסית של פזיזות ורשלנות); קרן שפירא-אטינגר "יסוד עובדתי ויסוד נפשי – שתי הנחות", שם, 477, בעמ' 505-508 (שפירא-אטינגר מצינית – שם, בעמ' 485 – כי "לעתים מחריפה הביקורת עד כדי הטלת ספק ביכולת לדרוש במסגרת הדין המהותי מחשבה פלילית, כאשר דיני הראיות אינם מאפשרים כלל להוכיח אותה").

165 כאשר למנגנון החזקות הראייתיות, מעניין שהשימוש בו כרוך בהגדרת החזקה, וזו עשויה להיות מוגדרת במידות שונות של פרטנות, כפי שיוכתב מהיקפה של החזקה. כך, חזקה ראייתית עשויה להצריך ניסוח של תת-קטגוריות שעליהן לא תחול החזקה (למשל, על-ידי סיוג תחולתה של החזקה הראייתית שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו ביחס לתת-קטגוריה של השיכורים בשעת מעשה).

166 למהלך שעשה בית-המשפט מהדיון הכללי לדין במערער הפרטי ראו לעיל ה"ש 159.

העצמית הנדרשים כדי לפרטם בהודאותיהם. יתרה מזו, חוקרי משטרה ופסיכולוגים לא יוכלו לחושפם בדיעבד, ויקשה מאוד להסיקם מהעובדות הפיזיות של המקרה. מנקודת-מבט אחרת, תפקידן של החזקות הראייתיות אינו מתמצה בהיותן אמצעי אפקטיבי להסקת קטגוריות נפשיות קשות להוכחה, ואפשר שיש להן תפקיד נוסף, הפוך במהותו מהראשון, והוא ביטולן דה-פקטו של הקטגוריות הנפשיות האלה עצמן, שהחזקות הראייתיות מסירות את החובה להוכיחן בראיות של ממש וכך מרוקנות אותן מכל תוקף משפטי. אולי עלינו לראות בחזקות הראייתיות כלי בידי בית-המשפט לניטור רמת הגיוון של היסוד הנפשי בעברה, על-ידי סינון של הבחנות שאינן ניתנות להוכחה. אם כך, לכאורה התחום מסדיר את עצמו: כך או אחרת תבוסס ההכרעה לאמיתו של דבר על רכיבים נפשיים בני-הוכחה בלבד, ועל-כן אין זה משנה כמה הבחנות נפשיות יקבע הדין המהותי, ובוודאי איננו נזקקים להגביל את מידת הפרטנות של הוראותיו. הקושי בנקודת-מבט זו נעוץ בהתעלמותה מהעלויות הנלוות לשימוש בחזקות, בעיקר במונחים של הזמן השיפוטי שיושקע ביישומן התדיר (עלות שתיחסך אם תבוטל ההבחנה המהותית) והפיחות במעמדן הסמכותי של הקטגוריות של דיני העונשין – במקרה זה קטגוריות היסוד הנפשי – אם אלה ייחשפו לעיני כל כפיקטיביות ככוח. בהתחשב בעלויות אלה של השימוש בחזקות הראייתיות ככלי לניטור ולסינון של הבחנות נפשיות עודפות במהלך הדיון המשפטי, יהיה זה יעיל יותר לבטל את ההבחנות המיותרות, וכך למנוע מלכתחילה דיון שכל מטרתו הוא לנטרלן. מפתיע שדווקא השופטים, אשר אמונים מעצם עיסוקם על קביעת ממצאי עובדה ולפיכך מודעים היטב לקשיים הכרוכים בהוכחת קטגוריות של היסוד הנפשי,<sup>167</sup> הם שמוסיפים קטגוריות-ביניים. אולי הדבר אינו כה מפתיע, ודווקא ייאושם מקביעת ממצאים בתחום הנפש ופכחונם לגבי האפשרות להוכיח מצבים מנטליים דקים מובילים אותם להתעלמות משאלת דרכי ההוכחה בעת קביעתן של דרגות האשם.

תהייה אחרונה זו מעודדת כריכה של סוגיית קשיי ההוכחה של מצבים מנטליים עם התופעה שתוארה לעיל בפרק ה, קרי, עם זניחת הדיון הפסיכולוגיסטי ושיקולי האשם האישי בקביעת דרגות היסוד הנפשי. בית-המשפט יצר לאחרונה הבחנות דקות וקשות מאוד להוכחה כמצבים פסיכולוגיים. ההסברים שסיפק בית-המשפט לקביעת הבחנות אלה מלמדים על הניעה לקדם ערכים פרגמטיים, שאינם קשורים דווקא למידת האשם הגלום ביחס הנפשי הקונקרטי של העושה. בית-המשפט עושה שימוש בהבחנות פנימיות ליסוד הנפשי על-מנת לקדם באמצעותן יעדים חוץ-נפשיים בתחום המדיניות המשפטית והחברתית. כאשר שיקולים פרגמטיים דוחקים לקרן-זווית שיקולים הנוגעים בפסיכולוגיה ובאשם, גם השאלה של יכולת ההוכחה של הלכיי-נפשו של הנאשם נהפכת למשנית.

## ז. מפנה במגמות היסטוריות

על רקע תולדות הקטגוריזציה של היסוד הנפשי בעברה, אפשר לראות במהלך המתהווה בפסיקתו האחרונה של בית-המשפט העליון שתי נקודת מפנה משמעותיות. נקודת מפנה אחת נוגעת בהניעה שעמדה בבסיס היצירה והגיוון של קטגוריות היסוד הנפשי: בעוד שבעבר

167 ע"פ 3158/00 מגידש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 80, 88-89 (2000).

פיתחו בתי-המשפט את מדרג היסוד הנפשי על-מנת להרחיב את האחריות הפלילית, נראה שפסקי-הדין מן העת האחרונה מפתחים מדרג זה דווקא כדי לצמצם את האחריות הפלילית. נקודת מפנה שנייה נוגעת בפרימת האחדות של החלק הכללי: בעוד החלק הכללי של דיני העונשין מיועד לאחות את הקטגוריות הנפשיות לכלל מדרג בעל תוקף כללי, פסיקתו האחרונה של בית-המשפט העליון מלמדת על פנייה לעבר דיון פרטני ביסוד הנפשי המתאים לעברה הקונקרטי הנדונה לפניו.

נתעכב תחילה על המפנה הראשון. לפי השערה רווחת, ההיסטוריה של גיוון היסוד הנפשי בעברה קשורה בטבורה לרצון להרחיב את היקפו של המשפט הפלילי כדי שיכלול דרכי עבריינות מגוונות מבחינת סוג האשם הנלווה להן.<sup>168</sup> התייחסות ליסוד הנפשי מופיעה כבר בלוחות הרומיים (המאה החמישית לפנה"ס), שעליהם הוטבע הקודקס הפלילי הראשון ביבשת אירופה.<sup>169</sup> בקוד דרקוני זה, אשר הטיל בחופשיות רבה עונש מוות בגין מעשים מרצח ועד לשון הרע (עם ציון מיוחד לשירים מעליבים), מופיעים ניצנים לרדישת האשמה. כך, למשל, נקבע לגבי עברת השרפה: "כל השורף בית או ערימת תירס ליד בית, במודעות או בזדון, ייקשר, יוכה ויישרף. אם בתאונה, ישלם פיצויי נזק."<sup>170</sup> שנים רבות חלפו עד שהרדישה ליסוד נפשי בעברה קנתה שביתה של ממש בדיני העונשין והתקבעה בליבו של עקרון האשם בפלילים, ומופעה בחקיקה המודרנית הוא פרי התפתחות רבת שנים. חרף אזכורים שונים של רדישת המחשבה הפלילית כבר בקודים עתיקים, רוב החוקרים מחזיקים בדעה שאופיו הגולמי של ההליך הפלילי בתקופה הקדומה לא אפשר להעמיד את היסוד הנפשי כתנאי שיטתי לאחריות פלילית עד לתחילת המאה השלוש-עשרה.<sup>171</sup> עד לאותו זמן טרם הופרדה האחריות המשפטית לעברה מחובת פיצויו של הניזוק, ולכן היא הוגדרה בדרך-כלל – אף אם לא בכל תקופה ולא לגבי כל עברה<sup>172</sup> – במושגים מוחלטים (במובן של strict liability). התפתחותה של רדישת היסוד הנפשי במאה השלוש-עשרה באה בד בבד

168 ראו, למשל, HOLMES, לעיל ה"ש 14, בעמ' 4; GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 73 (2nd ed. 1983).

169 כמקור לדין זה עזרתי באסמכתאות הבאות: JAMES FITZJAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND vol. 1, 9–11 (1883); CARL LUDWIG VON BAR, A HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL LAW 22–23 (Thomas S. Bell trans., 1916).

170 אם נרחיק עד לימי המקרא, ידועה ההבחנה בין הורג במזיד, שעונשו מוות, לבין מכה נפש בשגגה, שיוגלה לעיר מעריי-המקלט. ראו, למשל, במדבר לה 11. להתחקות אחר השפעותיו של החוק המקראי, בתיווכה של הכנסייה הנוצרית, על לידתה של רדישת היסוד הנפשי במשפט הפלילי האנגלי ראו ALBERT LÉVITT, *The Origin of the Doctrine of Mens Rea*, 17 ILL. L. REV. 117 (1922).

171 ראו, למשל, Sayre, לעיל ה"ש 120, בעמ' 974–982, וכן Martin R. Gardner, *The Mens Rea Enigma*, 1993 UTAH L. REV. 635, 642–54, והמקורות הקדומים המופיעים שם. חריגה היא עמדתו של אוליבר ונדל הולמס, אשר פקפק בכך שבתקופה הקדומה, באנגליה או ברומא, הוטלה אחריות פלילית בשל תוצאות שנגרמו ללא אשם. ראו HOLMES, לעיל ה"ש 14, בעמ' 4.

172 ראו Sayre, לעיל ה"ש 120, בעמ' 981–982.

עם עלייתה של הסנקציה כרכיב המגדיר של המשפט הפלילי,<sup>173</sup> ועם ההשפעה הגוברת של המשפט הקנוני, אשר שם דגש כנפשו של החוטא.<sup>174</sup> בתחילה הוגדרה המחשבה הפלילית כמושגים צרים של זדוניות או רשעות מוסרית (evil mind). לאחר-מכן, במהלך היסטורי ממושך, התאימו בתי-המשפט דרגות שונות של מחשבה פלילית לעברות שבהן לא היה די באחריות מבוססת-כוונה. לדוגמה, היסוד הנפשי הנדרש להרשעה ברצח הורחב בתחילת המאה השבע-עשרה מכוונה לפזיזות חמורה, ולאחר-מכן לחשך ולרשלנות.<sup>175</sup> אין תמימות-דעים מלאה בין החוקרים באשר להתפתחות האמורה. פול רובינסון, למשל, ביקש להראות כי התפתחות הרשלנות במשפט האנגלי קדמה להתפתחות הפזיזות.<sup>176</sup> עם זאת, ברור לכל שההיסטוריה של המשפט המקובל מגלה תהליך מתמשך של שכלול, התפתחות ועידון של ההבחנות הנפשיות בפלילים.<sup>177</sup>

במובן זה הגיוון של היסוד הנפשי בפסיקתו האחרונה של בית-המשפט העליון דווקא הולך יד ביד עם מגמתו של המשפט המקובל במאות האחרונות. אולם ההבדל הוא במניע להלך, דהיינו, המעבר מהרצון ששרר בעבר להרחיב את היקף תחולתו של המשפט הפלילי באמצעות החלתו על סוגים הולכים ורכים של יסוד נפשי לעבר הרצון הנוכחי לכוון מערך משוכלל ועדין של יסוד נפשי שיאפשר להגביל את היקף תחולתו של המשפט הפלילי. בהתאם לכך, הַנְיָעָה הגלויה לגיוון החדש של היסוד הנפשי היא הרצון לצמצם את האחריות הפלילית ולהגבילה: (1) לאדישות, בניגוד לקלות-דעת בלבד (עניין טמטאווי); (2) לחשך שקרוב למודעות, במקום עצימת-עיניים בלבד (דעת היחיד בעניין אוהב ציון); (3) לכוונה תחילה במקום כוונה רגילה בלבד (עניין פלוני לעניין העברה של ניסיון לרצח). גם בפסק-הדין בפרשת מרוץ המכוניות, שביקשתי לראות כפתח לגיוון עתידי של הרשלנות, בחר בית-המשפט לבקר את היקפן הרחב של עברות ההמתה, וייתכן שהערתו זו מרמזת על הַנְיָעָה לצמצם את האחריות לעברות אלה באמצעות גיוון היסוד הנפשי. סוטה ממגמה זו פסק-הדין בעניין פלוני ומואטי: הגישה ההטרוגנית ליסוד הנפשי של המבצעים בצוותא מרחיבה את פרישתה של דוקטרינה זו, ולפיכך גם את מעגל האחריות הפלילית לעברה. כאן נתקלה מגמת הגיוון בהתפתחות נוספת, היא האחדה של קטגוריות היסוד הנפשי כחלק מהפרויקט הגדול של יצירת "חלק כללי" לדיני העונשין במחצית השנייה של המאה העשרים – פרויקט שהונע מהשאיפה לאיחוי יסודות העברה.<sup>178</sup> בדין בישראל, ההגדרה של מדרג היסוד הנפשי בחלק הכללי של חוק העונשין נועדה לאפיין את הצורות השונות של

173 ראו בעיקר אצל Martin R. Gardner, לעיל ה"ש 171, בעמ' 644–654.

174 ראו Sayre, לעיל ה"ש 120, בעמ' 983–984, Lévy, לעיל ה"ש 170, בעמ' 128–129.

175 על עברת הרצח ראו Martin R. Gardner, לעיל ה"ש 171, בעמ' 668–671. באופן כללי ראו שם, בעמ' 667–681.

176 Paul H. Robinson, *A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability*, 31 HASTINGS 176 (1980), L.J. 815, 833–42.

177 שם, בעמ' 821.

178 ראו, למשל, George P. Fletcher, *The Fall and Rise of Criminal Theory*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 275, 284 (1998) (להלן: Fletcher, *The Fall and Rise*).

המחשבה הפלילית, באופן ה"ממצה גם את מושג המחשבה הפלילית בכללותה".<sup>179</sup> תיקון 43 לחוק העונשין הבהיר עניין זה ביתר תוקף כאשר המיר את כלל המונחים הנפשיים הזרועים באופן ספורדי בעברות הספציפיות – ביניהם "זדון", "מזיד", "ביודעין", "יסוד להניח" ו"התרשלות" – בהגדרות היסוד הנפשי שבחלק הכללי.<sup>180</sup> כנקודת מפנה, המגמה המשתקפת בפסיקה הדין מן העת האחרונה היא של פנייה לעברות הספציפיות בהקשרן המסוים והפעלה של שיקולי מדיניות נקודתיים, תוך הפניית עורף למבנים המופשטים של היסוד הנפשי, אפילו במחיר סטייה ממדרג האשמה החקוק בחלק הכללי של חוק העונשין. גם במובן זה נעה אפוא הפסיקה החדשה בכיוון הפוך מן המגמות ההיסטוריות, על-ידי פירוק ההמשגות הכלליות שנוצקו בחלק הכללי של חקיקת העונשין. השאלה המעניינת את בית-המשפט אינה התאמת העברה לקטגוריות הנפשיות, כפי שהייתה עד לאחרונה,<sup>181</sup> אלא להפך: התאמת קטגוריה נפשית לעברה. המפנה מהתעניינותו של בית-המשפט בפלל הרחב להתמקדותו במקרה המסוים גם משתלב היטב במגמה של עליית הפרגמטיזם בפסיקת העונשין, שתיארת לעיל בפרק ה, מאחר שהעדפה של פתרון שמותאם באופן פרטני לנתוני המקרה הקונקרטי על התבוננות שיטתית והסתמכות על כללים היא אופיינית לגישת הפרגמטיזם המשפטי.<sup>182</sup> יתרונו הכולט של המיקוד הפרטני טמון בכך שהוא מאפשר לבית-המשפט לאתר מקומות לשינוי הדין שאינם מתגלים אגב דיון מושגי בעקרונות הכלליים. אולם בהיבט זה עלול להסיט את המבט מהשפעות-הרוחב של השינוי: נקודת-המבט הצרה עלולה להוביל להכרעות שהשלכותיהן הלא-מפוענחות במישור של רמת הפרטנות של הדין יפגמו בהוגנות החוק וביעילותו. התוצאה היא שבצד הקושי העיוני שפסיקה שאינה מחויבת עד תום לכללים מציבה בהקשר של עקרון החוקיות והערך של הוודאות המשפטית, עולה גם החשש להטיות או לעיוורון ביחס לשיקולים כלליים, כגון חסכנות במספר ההבחנות הכולל כדי לשמר קוד התנהגות קומוניקטיבי ויעיל. ייתכן שהבחנה הנחזית רצויה כאשר היא נבחנת לעצמה אינה כזו למעשה, כאשר מביאים בחשבון את הקשר הדין שלתוכו היא משתלבת ואשר עימו היא אמורה לקיים יחסי-גומלין. שאלת אימוצן של הבחנות חדשות שישקפו מצבים מנטליים

179 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), לעיל ה"ש 79, בעמ' 124. הגדרה אחידה ניתנה גם ליסוד נפשי מסוג רשלנות בס' 21 לחוק העונשין. באופן דומה, גם ס' 2.02 (1) למודל האמריקני של חקיקת העונשין (Model Penal Code) יוצר דרגות אחידות של אשמה, בקובעו כי "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" (בכריג של אחריות מוחלטת).

180 המונחים שבטקסט תורגמו כולם למונחי המודעות, עצימת-העיניים והפיזיות, כהגדרתם בס' 20 לחוק העונשין. עוד לעניין זה ראו לעיל ה"ש 16.

181 כלומר, עד שהחל בית-המשפט, בפסיקה הנסקרת במאמר זה, לגוון את היסוד הנפשי באופן עצמאי ביחס לקטגוריות החקוקות. הפקפוק ביכולתו של החלק הכללי לנסח הפשטות שיהיה בכוחן לתפוס את עיקרי האחריות הפלילית ביחס לכלל האיסורים שבחוק הופיע זה כבר בספרות העיונית. ראו, למשל, John Gardner, *On the General Part of the Criminal Law*, in *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique* 205 (Antony Duff ed., 1998), ובמידה פחותה אצל Tadros, לעיל ה"ש 145. עוד לעניין זה ראו להלן בפרק ה.

182 Posner, *Legal Pragmatism*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 683.



שונים תלויה בהיבטים כלליים שונים, כגון בעיית גודש המידע,<sup>183</sup> השאיפה לבהירות הדין,<sup>184</sup> שאלת יכולת ההוכחה והרצון להימנע מסרבול דיוני. הנטייה בפסיקה מן העת האחרונה לגוון ולרברד את הקטגוריות של היסוד הנפשי עלולה – בוודאי אם אנו חוזים כאן בתחילתה של מגמה כללית – לגרור גודש נורמטיבי שיקשה מאוד את הבנת החוק, את הוכחת האשמה ואת ניהול ההליך הפלילי. אולם בכל התיקים הנדונים כאן התייחס בית-המשפט לשיקולים לוקליים בלבד: בגישתו של השופט הנדל בעניין אוהב ציון היה זה הרצון לאפשר מסחר יעיל על-ידי העלאת רף החשד הנדרש מרוכשים בדבר מקור הסחורה בטרם יידרשו לברר את חשדם או להימנע מרכישה; בעניין טמטאווי נולדה ההפרדה בין האדישות לקלות-הדעת מרצונו של בית-המשפט לא לתייג כרוצח את מי שקיווה כי מעשיו לא יובילו לגדיעת חי אדם; בפרשת מרוץ המכוניות ביקש בית-המשפט להבדיל בין קשר סיבתי משפטי לבין מודעות סובייקטיבית, אך כתופעת-לוואי – וללא דיון בהשלכות הכלליות של הדבר – פתח את הדלת למדרוג מפורט של הרשלנות לפי נסיבותיו האישיות של העושה. באופן דומה, גם בפסקי-הדין שעניינם היסוד הנפשי בנגזרות לא התקיים דיון בהשלכות הכלליות של גיוון היסוד הנפשי. אם נצרף הלכה להלכה, מצטיירת תמונה של יסוד נפשי רבגוני במידה גדולה בהרבה מזו המפורטת בחוק העונשין. אולם בית-המשפט נמנע מלהתייחס בפסקי-הדין המאוחרים לאלה שקדמו להם,<sup>185</sup> וכך נמנע מבידור משמעותם המצרפית לגבי המבנה המתהווה של היסוד הנפשי. מכך לא מתחייב שהסאה הוגדשה ושההלכה הובילה את הדין למקומות לא-רצויים, אך התופעה מצריכה דיון ומעקב: אם לא תיבלם המגמה של עצמאות שיפוטית בהעשרת המדרג של היסוד הנפשי בעברה, יהיה כדאי לתת את הדעת להפנמת השיקולים השיטתיים אל ההכרעות השיפוטיות.

חשוב לשים לב כי אף שהריבוד נעשה בהקשר הפרטני של עברות קונקרטיות, בית-המשפט אינו עוסק במתן פירוש למונחים נפשיים ייחודיים, כגון "חוסר תום-לב" או "במרמה" המופיעים בעברות מסוימות, אלא מכוון את חידושו דווקא למונחי היסוד הנפשי המופיעים בחלק הכללי של חוק העונשין, כהכרות עצמאות ביחס להוראותיו. פסקי-הדין מאותתים

183 לפי האילוץ של גודש המידע, ההבחנה נבדקת בהקשרה כחלק מקוד פלילי, שעליו להיות בהיר מבחינת מספר רכיבי המידע (הבחנות) שהוא כולל. אילוץ זה נובע ממגבלות קוגניטיביות של נתיני החוק ושל מפעיליו. הטעון בהקשר זה בנוי כך: מערך נורמטיבי המנוסח ברמה גבוהה של פרטנות כולל ריבוי רכיבי מידע; נתיני החוק אינם ערוכים להתמודד עם ריבוי רכיבי מידע; ההבנה של נתיני החוק היא תנאי להפעלה יעילה של הדין הפלילי; ולכן דין מפורט אינו יעיל. לעניין זה ראו P.R. Glazebrook, *Structuring the Criminal Code: Functional Approaches to Complicity, Incomplete Offences, and General Defences*, in HARM AND CULPABILITY 195, 195 (A.P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996). גליזברוק מציג רעיון זה כנימוק מרכזי לויתור על הבחנות במשפט הפלילי. לדיון מקיף במורכבות-היתר של הדין, במקורותיה (בעיקר ההעדפות של יצרני החוק ושל מפעיליו) ובנזקיה, ראו Peter H. Schuck, *Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures*, 42 DUKE L.J. 1 (1992).

184 השאיפה לבהירות עלולה להיות מסוכלת, למשל, כאשר הדין מושתת על מצבים נפשיים דקים שהפרט יתקשה להבינם. ראו לעיל פרק ו.

185 פרט לאזכורים נקודתיים של עניין אוהב ציון בפסקי-הדין בעניין מרגולין, שאינם מתייחסים לפועלם המצרפי של פסקי-הדין.

שבית־המשפט אינו מחויב לכפוף את ראשו לפני הקטגוריות החקוקות, ושהוא רשאי לעצור בכל מקום על המנעד הנפשי ולמקם את הכרעותיו בנקודות־ביניים. אין כמעט צורך לומר שפירוק החלק הכללי מסיר מעל בית־המשפט את הגבלת ההמשגות שבו, ונותן בידיו חופש פרשני רב. ייתכן שיש כאן משהו עמוק יותר, ניצניו של מהפך רדיקלי: אפשר שבית־המשפט מבקש להוסיף קטגוריות ודרגות אשם עד שיתפרקו המדרגים שבבסיס השיטה וייהפכו לרצף המקנה לשופט שיקול־דעת מרבי. מה פשר המהלך? האם מדובר בתנועת מטוטלת היסטורית בחזרה לתקופה שקדמה לקיבוע החלק הכללי, שבה נשלט המשפט הפלילי על־ידי דיני העברות,<sup>186</sup> או שמא מדובר בהיפוכו של דבר, קרי, במחווה פוסט־מודרנית של חוסר אמון בפרויקט המודרניסטי, הרציונלי, של איחוי הידע והשאיפה לתיאוריה כוללת?<sup>187</sup> ייתכן שאין זו אלא התנערות מהשיטתיות הקטגוריאלית שהחלק הכללי כופה. כך או כך, יהיה מעניין לעקוב ולראות לאן יתקדם המהלך, ואם יהיה בספקולציות המועלות כאן כדי להפיץ מעט אור על המגמה המסתמנת בפסיקת בית־המשפט העליון מן העת האחרונה.

### ח. הסרת האפקט הממתן של החוק

הספרות מציינת גורמים שונים למיתון תהליך היצירה השיפוטית של כללי האשם בפלילים, ואחד מהם הוא ההשפעה המשתקת שיש לקוד פלילי מקיף ומגובש על השיה המשפטי בכלל ועל העשייה השיפוטית בפרט.<sup>188</sup> לנוכח כוחו הסמכותי של הקוד, בתי־

186 לדין הישראלי שקדם לניסוח החלק הכללי החדש של חוק העונשין ראו להלן בפרק ח. אין ספק שמדובר בחלק ממגמה גורפת יותר מבחינה גיאוגרפית. כדברי מרטין גרנר: "The original notion of *mens rea* as evil motive was gradually transformed by a centuries-long process that attempted to identify specific states of mind required for the commission of particular offenses". ראו Martin R. Gardner, "לעיל ה"ש 171, בעמ' 667.

187 אם אכן כך, אזי המשפט מגיע לשלב הפוסט־מודרני באיחור אופנתי של שלושים שנה ויותר. בעובדה זו כשלעצמה אין חידוש, וכפי שציין הכתב המשפטי והסופר קוונטין ריינולדס: "החוק דומה לאדם הרודף אחרי אוטובוס, ולעולם אינו יכול להשיגו. ההבדל הוא בזה שהאדם מתקרב אל האוטובוס, בעוד שהחוק הפלילי מפגר במאה שנה או יותר אחר בעיות התקופה." קוונטין ריינולדס בית־דין 98 (ש' שניצר מתרגם, 1963).

188 גורם ממתן אחר המופיע בספרות הוא החשש ששכלול רכיבים של מחשבה פלילית יחשוף צורך בשינוי מושגי מקיף, שהשלכותיו אינן ניתנות לחיזוי. ראו, למשל, את חששו של ריצ'רד בקסטון שקידום הניתוח של מונח הכוונה בפלילים יסכן את האיזון שאליו הגיעו בתי־המשפט בהקשר זה, Richard Buxton, *Some Simple Thoughts on Intention*, 1988 CRIM. L. REV. 484. דוגמה נוספת לחשש זה תמצא ברתיעתו של המשפט הפלילי מפני התחשבות במניעים שהובילו את הנאשם למעשה העברה כחלק מברדיקת היסוד הנפשי שלו. צדק על בסיס פרטני עשוי לחייב התחשבות במניעי הנאשם ופיתוח קטגוריות של אשם המבוססות על מניעים שונים לעבריינות, כגון חמדנות, עוני, נקמנות, צורך רפואי וכיוצא בהם. התחשבות במניעים משולה לפתיחתה של תיבת פנדורה, כדברי דגלס הוסק. ראו Douglas N. Husak, *Motive and Criminal Liability*, 8 CRIM. JUST. ETHICS 3, 12 (1989). ראו, באופן דומה, ALAN NORRIE, CRIME, REASON AND HISTORY 42–57 (3rd ed. 2014). יצוין כי שני הכתבים ביקורתיים כלפי הנטייה להתעלם מהמניע בכללי האחריות הפלילית.

המשפט נמנעים מלשכלל את מערך כללי האחריות שהוא משקף, והשפעה דומה ניכרת גם במחקר הדוקטרינרי, המנתב את עיקר משאביו לעיסוק בהצדקת הטקסט החקוק, במקום לתור אחר מסגרות עדיפות.<sup>189</sup>

האם כוחה של ההשערה בדבר כוחו הממתן של הקוד החקוק יפה גם לחוק העונשין? האם חוותה הפסיקה תקופה של מיתון יצירתי לאחר שהמחוקק קיבע את מדרג היסודות הנפשיים בעברה בשנת 1994, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין? במילים אחרות, האם אפשר להניח שלתיקון מקיף זה הייתה השפעה מאכנת, שהביאה לידי כך שהפסיקה לא שכללה את רכיבי היסוד הנפשי מעבר לרמת הפרטנות שבחוק, ועל כל פנים לא התרחקה מהם? מחקר שפורסם בשנת 2010 על פסיקת בית-המשפט העליון לאחר תיקון 39 סיכם את ממצאיו לגבי היסוד הנפשי בהצהרה כי למעט חריגים ספורים (למשל, לעניין העברה של אי-מניעת פשע),<sup>190</sup> "דומה כי בתי המשפט קיבלו על עצמם את נוסחת הבסיס של [סעיף 20 לחוק העונשין] כפשוטה וכמשמעה".<sup>191</sup> אותו מחקר הראה גם כי לפני התיקון הייתה עמדתו של בית-המשפט פתוחה יותר ביחסה ליסוד הנפשי,<sup>192</sup> כמודגם היטב בדברי בית-המשפט באחת מפסיקותיו משנות השמונים: "כידוע, בעבירה נתונה עשויים להידרש מצבים נפשיים שונים ליסודות העובדתיים השונים. עשוי אף שלמספר יסודות עובדתיים יידרש מצב נפשי זה או אחר, ואילו ליסודות עובדתיים אחרים לא יידרש כל יסוד נפשי."<sup>193</sup> אין ספק שאמירות מעין אלה נעלמו כלייל מאז השליט תיקון 39 סדר ברכיבי היסוד הנפשי.

אולם כעת דומה שמצב דברים זה מתחיל לחלוף מן העולם, ובתהליך מזורז. נכונותו הנוכחית של בית-המשפט העליון לשכלל את מדרג היסוד הנפשי, כמעט בהתעלם מהוראות החוק, מלמדת כי בחלוף עשרים שנה מחקיקת החלק הכללי החדש של חוק העונשין מועד תפוגתו מתקרב. למצער, אפשר לומר בביטחון כי האפקט הממתן שהיה לדבר חקיקה מגובש וסמכותי זה החל להתמוסס, ובית-המשפט נכון יותר מבעבר לסטות מהמתווה שהחוק מציג. ההלכות שסקרתי משקפות תפיסה רחבה של משמעות השיפוט, שאינה חוששת משינוי מושגי ואינה עומדת בחשש ובקנאות על שמירת הקיים. ייתכן שהמפתח לחידוש הוא פרסונלי. כיום בחלוף שנים רבות למן תיקון 39, השופטים אינם עוד אותם שופטים, המחוקק אינו אותו מחוקק, וגם יחסי הכוחות ביניהם השתנו.<sup>194</sup> לפיכך יהיה מעניין לבדוק אם נטייה של

189 Fletcher, *The Fall and Rise*, לעיל ה"ש 178, בעמ' 284-285; Hall, לעיל ה"ש 103, בעמ' 13.  
190 ראו לעיל בפרק ב.

191 אלי לדרמן "תיקון 39: בין אימוץ להתלבטות" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39, לעיל ה"ש 82, 431, בעמ' 445.

192 שם, בעמ' 444.

193 ע"פ 696/81 אוזלאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, 588 (1983). גם אם נניח מדרג מצומצם של שלוש דרגות אשם בלבד באשר לכל רכיב עובדתי מרכיבי העברה (כוונה, פיזיות ורשלנות), מספר אפשרויות הצירוף לפני תיקון 39 עמד על 27 מצבים נפשיים שונים. אומנם, מדובר בגיוון יותר מאשר בריבוד ישיר, וממילא גם לפני תיקון 39 מיעט בית-המשפט להשתמש במשרעת האפשרויות שעמדה לרשותו. אולם למעשה, המצב ששרר אז לא היה אלא חוסר סדר והעדר שיטתיות.

194 חלק מהשינוי קשור לשאלת האקטיביזם השיפוטי, החורגת ממטרות המאמר. על כל פנים, אין בידיי בסיס להשערה בדבר התגברותו של האקטיביזם השיפוטי בשנים שהמאמר עוסק בהן

תעוזה וחדשנות מאפיינת את פסיקתו של בית־המשפט מן העת האחרונה גם בענפי משפט אחרים. בתחומם הצר של דיני העונשין ביכולתי להעיד כי מגמת החדשנות אינה ניכרת אלא בהקשר של היסוד הנפשי, אך אולי זה עניין של נקודת־מבט, ועם שינוי המיקוד תתגלה מגמה נרחבת יותר: ככלות הכול, את החידושים ביסוד הנפשי של הניסיון וביסוד הנפשי של הביצוע בצוותא (עניין פלוני ועניין פלוני ומואטי, בהתאמה) אפשר לתאר גם כחידושים בדוקטרינות העונשיות של הניסיון והשותפות.

עם זאת, ייתכן שלא (רק) עוֹז־ליבו של בית־המשפט אל מול דבר המחוקק הוא שפעל. אין להקל ראש באפשרות שנכונותו של בית־המשפט לסטות מהמערך החקוק של היסוד הנפשי באה בתגובה על איתות מצידן של רשויות הממשל האחרות בדבר פיחות מסתמן במעמדו הסמכותי של החלק הכללי. בשנת 2012 הפיץ משרד המשפטים תזכיר לתיקון מקיף של עברות ההמתה שבחוק העונשין,<sup>195</sup> ובו המלצות להבחין בין המתה באדישות להמתה בקלות־דעת וכן בין רשלנות רגילה לרשלנות רבתי. התזכיר, על המלצותיו אלה, התגבש להצעת חוק בשנת 2014,<sup>196</sup> ושוב בשנת 2015.<sup>197</sup> אפשר שתיקונו הצפוי של חוק העונשין באמצעות ריבוד של עברות ההמתה – עם תזוזה ניכרת של דרגות האשם ביחס לאפשרות של גדיעת חיי אדם – פתח את הסכר לשינוי, והפיח בבית־המשפט את העוז וההניעה לסטות מלשון החוק. ייתכן אם כן שהשינוי הממשמש בחוק והסרתו הצפויה של הקיפאון בדרגות היסוד הנפשי השורר למן תיקון 39 לחוק חלחלו גם לפסיקתם של בתי־המשפט.<sup>198</sup> על כל פנים, גם אם כך היה, בית־המשפט פירש את האות ששלחו הרשויות האחרות בהרחבה, ולא הצטמצם רק לאותם תחומים שבהם צפוי שינוי. באופן בולט, נכונותו לגוון את היסוד הנפשי לא התבטאה רק בעברות ההמתה, אלא גם בעברות של קבלת נכסים שהושגו בפשע (עניין אוהב ציון) והזנחת מושגחים (עניין מרגולין), וכן באופן כללי בכיצוע בצוותא.

קיים גם הסכר חלופי, הנטוע אף הוא במהלכים שנקטו רשויות השלטון האחרות: ייתכן שריבוי האפשרויות הטמון בריבוד החדש של היסוד הנפשי ושיקול־הדעת השיפוטי הרחב הנובע ממנו הם תגובת־נגד של בית־המשפט על הבניית שיקול־הדעת השיפוטי בענישה בתיקון 113 לחוק העונשין (משנת 2012).<sup>199</sup> אם בעבר נהנה בית־המשפט משיקול־דעת כמעט

בהשוואה לשנים שקדמו להן.

195 תזכיר חוק העונשין (תיקון מס'...[כך במקור]) (עבירות המתה ורשלנות), התשע"ב-2012. התזכיר התבסס על דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 82.

196 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 862.

197 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124), לעיל ה"ש 82.

198 פסק־הדין בעניין טמטאווי ייחד פרק שלם בדיונו להצעות האמורות לרפורמה בעברות ההמתה – ראו לעיל ה"ש 42, פס' 72-78 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארוז. כך סיכם בית־המשפט את הדיון: "אם כן, הסוגיה שאנו נדרשים להכריע בה כעת נמצאת כיום בבחינה גם בידי המחוקק, ונשמעו לגביה דעות שונות. ברי כי לא נביע עמדה בנוגע לחקיקה המתגבשת, וכאמור אין ספק כי רפורמה בעבירות ההמתה נדרשת אף נדרשת. עם זאת, עד שתתקבל רפורמה כזו ועד אשר תתווה הכנסת את מתכונתה הסופית (ובשלב זה נמצאת בפנינו הצעת חוק בלבד) מוטלת עלינו החובה לפרש את החוק הקיים ולהתאים פרשנות זו לעקרונות החוקתיים של שיטתנו" (שם, פס' 78).

199 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102 (להלן: תיקון 113).

חסר גבולות בקביעת העונש, והשופטים גזרו אותו לפי השקפת-עולמם ורחשי-ליבם, למן התיקון הוגבל שיקול-הדעת באמצעות עקרונות ושיקולים מנחים בענישה.<sup>200</sup> לפני התיקון היה בית-המשפט יכול לבטא את נטייתו לגוון ולרברד את היסוד הנפשי בעברה בשלב העונש. לא יפתיע אפוא שהפסיקה הקדימה לגיוון היסוד הנפשי באחריות הפלילית, שהוא במוקד רשימה זו, את גיוון היסוד הנפשי בגזירת הדין. כך, ההבחנה בין אדישות לקלות-דעת, שקיבלה בעניין טמטאווי משמעות לעניין האחריות להמתה, השפיעה כבר קודם לכן על מידת העונש;<sup>201</sup> ובאופן דומה, גם לפני פרשת מרוץ המכוניות ראו בתי-המשפט את דרגת הרשלנות של העושה כשיקול בגזירת הדין.<sup>202</sup> ההבניה בחוק של שיקול-הדעת השיפוטי בענישה גרעה ממרווח החופש של בית-המשפט להתייחס בצורה פרטנית ליסוד הנפשי בגזירת הדין. ייתכן שאת שאיבד בית-המשפט בשלב זה הוא משלים באמצעות הרחבה של שיקול-דעתו בשלב קביעת האחריות. במילים אחרות, הרחבת שיקול-הדעת בשלב קביעת האחריות נדרשת לבית-המשפט כתגובה על צמצום שיקול-הדעת בתחום הענישה.

## סוף-דבר

בשל אופייה הספקולטיבי של הרשימה יהיה זה יומרני לסיימה בפרק מסקנות. אסתפק אפוא בסיכום התמות המרכזיות שהתאגדו בה סביב הלכותיו האחרונות של בית-המשפט העליון, אשר גיוונו וריכדו את קטגוריות היסוד הנפשי בעברה. ראשית, נוכחנו בהפשטה של הדיון ביסוד הנפשי מסממנים פסיכולוגיסטיים, לעיתים עד כדי דחיקתם של שיקולי צדק פרטני שעניינם אשמו האישי של העושה לטובת שיקולים של מדיניות כלל-חברתית, ובכך ראינו אות לעליית הפרגמטיזם המשפטי בדיני העונשין לאחר עשורים של התנגדות. שנית, זיהינו את הקשיים המעשיים הנלווים למפרט דק של רכיבים נפשיים, ובראשם היתכנות ההוכחה, וראינו כי בית-המשפט לא נתן להם את דעתו, בין משום שזו הייתה נתונה כאמור לשיקולי מדיניות פרגמטיים ובין משום שהתמקדותו הטבעית במקרים קונקרטיים מנעה דיון בהשפעות-הרוחב של שינוי הדין שנוצר. שלישית, הצבענו על נקודת המפנה שבפסיקה החדשה בהשוואה לשתי מגמות היסטוריות: האחת נוגעת בטיב הדחף המניע את גיוון הקטגוריות של היסוד הנפשי, אשר משתנה מהרצון בימים עברו להרחיב את תחולתה

200 אלה מופיעים בעקבות תיקון 113 האמור בס' 440-440טו לחוק העונשין.

201 ראו עניין אגבריה, לעיל ה"ש 46, פס' יט.

202 ראו פוג'ץ, לעיל ה"ש 164, בעמ' 315. קנאי סיכמה את עמדתם של בתי-המשפט לעניין דירוג הרשלנות לצורכי הענישה במילים אלה: "אינו דומה מי שלא היה מודע לאפשרות קרות התוצאה במשך שבריר של שנייה למי שלא היה מודע לכך במשך זמן ממושך. אינו דומה מי שלא נתן דעתו לאפשרות קרות התוצאה – כאשר לנגד עיניו היו סימני אזהרה מועטים, אף שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לה – למי שלא נתן דעתו אליה, כאשר סימני אזהרה רבים הבהבו שוב ושוב." קנאי "רשלנות", לעיל ה"ש 82, בעמ' 268. בע"פ 6755/09 אלמוג נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 16.11.2009), קבע בית-המשפט לעניין העונש בגין העברה של גרימת תאונת-דרכים קטלנית ברשלנות כי "אמת המידה הקובעת בעבירה זו היא דרגת הרשלנות".

של האחריות הפלילית אל הרצון כיום לצמצמה; והאחרת עניינה הפרויקט המודרניסטי של איחוד הקטגוריות ל"חלק כללי" של חקיקת העונשין, המתחיל כעת להיפרם.

ייתכן שהתנערותו המסתמנת של בית-המשפט מהקטגוריות הנפשיות החקוקות משמעה הצהרת עצמאות שיפוטית; ייתכן גם שההפך הוא הנכון, והיא מסמלת דווקא נטייה להשתלב במהלכים של רשויות השלטון האחרות, כגון יוזמתו של משרד המשפטים לרברד מחדש את דרגות האשם בעברות ההמתה. כך או כך, אין זה מפליא שבית-המשפט נוטל את מושכות היצירה של קטגוריות נפשיות חדשות דווקא כעת, לאחר שהמחוקק הבנה את שיקול-הדעת השיפוטי בענישה. ייתכן שהחירות שבית-המשפט נוטל לעצמו בקביעת דרגות האשם נועדה לפצותו על ההגבלה שהטילה החקיקה על שיקול-הדעתו בגזירת הדין.

ככל שיש מכנה משותף לשתי המגמות הניכרות בפסיקה שנסקרה – גיוון היסוד הנפשי מזה ועליית הפרגמטיזם המשפטי מזה – וככל שאפשר למצוא מניע מאחד לצעדים שנקט בית-המשפט, ייתכן שמדובר בכמיהתו של בית-המשפט להוסיף על כוחו ביחס לכוחו של המחוקק. שתי המגמות מסיטות, בדרכים שונות, את קו הגבול המפריד בין תחומה של הרשות השופטת לבין זה של הרשות המחוקקת. ראינו כי גיוון היסוד הנפשי בפסיקה מגדיל את שיקול-הדעת של בית-המשפט להכיר במצבי-ביניים ולסטות מדרגות האשם החקוקות. עליית הפרגמטיזם המשפטי משמעה הסדרה פסיקתית של מדיניות חברתית, אשר כדיני העונשין נתונה באופן מסורתי בידי הריבון. האומנם בית-המשפט נוקט צעד משולב ומשתמש ביסוד הנפשי בעברה כדי לנגוס בסמכותו של הריבון? כוח המשיכה של השערה זו רב. בעיני רבים בית-המשפט (כמו רשויות השלטון האחרות) חשוד לעולם ברצון לצבור עוצמה, אך דווקא בשל כך נדרשת מידה רבה של זהירות. "גוף הראיות" שהוצג ברשימה זו אומנם מאפשר קריאה כזו, אך הראיות נסיבתיות.

ייחודה, חשיבותה והשפעתה של תופעת הגיוון המואץ של היסוד הנפשי בעברה מחייבים לתפוס את המהלך המתגבש בראשיתו, לזהות אותו, לסמן אותו ולהעלותו לדרגת הכללה, אף אם היקפו ומשמעותו המלאים ייכתבו על דפי הלוח התליש של הזמן.