

## שני מושגים של אדישות

מאת

### יצחק קוגלר\*

א. מבוא. ב. אדישות במובן הצר. ג. אדישות במובן הרחב. ד. אי הבנות. ה. סיום.

#### א. מבוא

במאמר זה ברצוני להצביע על התופעה שבספרות, בפסיקה ובחקיקה של המשפט הפלילי משתמשים לעתים במושג "אדישות" (indifference) בשתי משמעויות שונות. חוסר ערנות לתופעה זו מוביל לעתים לבלבול, כאשר יוצר הטקסט משתמש בביטוי האמור במשמעות אחת, בעוד שקורא הטקסט מבין את הביטוי במשמעות האחרת. כדי להימנע מבלבולים כאלו חשוב להיות מודעים לתופעה הנזכרת. האמור כאן מתייחס גם לביטוי "אי-אכפתיות".

#### ב. אדישות במובן הצר

המצב הנפשי של "מחשבה פלילית" מתקיים, ביחס לתוצאה של העבירה, כאשר העושה מודע בעת ההתנהגות לאפשרות שהתוצאה תיגרם על-ידי ההתנהגות. חוק העונשין מחלק את המצב האמור לשלושה מצבי משנה בהתאם ליחס החפצי של העושה ביחס לתוצאה, אשר מתלווה למודעות האמורה: (א) כוונה – כאשר העושה פעל במטרה לגרום לתוצאות; (ב) אדישות – כאשר העושה פעל בשוויון נפש כלפי אפשרות גרימת התוצאות; (ג) קלות דעת – כאשר העושה קיווה להצליח למנוע את התוצאות, ובכל זאת

\* המחבר הוא מרצה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. תודותיי לסער פאוקר על עזרתו במחקר, ולקבוצת ירושלים למחקר מערכת המשפט הפלילי על תמיכתה במחקר.

פעל, תוך נטילת סיכון בלתי סביר. המצב הקרוי "פזיזות" כולל את שני המצבים האחרונים<sup>1</sup>. המחוקק מתייחס למצב של אדישות כמצב נפשי שבו יש במישור ההכרתי מודעות לאפשרות שהתוצאה תיגרם, כאשר למודעות זו מתלווה – במישור החפצי – אי־אכפתיות ביחס לשאלה אם התוצאה תיגרם. מצב זה נבדל מהמצב של כוונה שבו העושה רוצה בהתגשמות התוצאה, ומהמצב של קלות דעת שבו העושה רוצה שהתוצאה לא תיגרם. כמו כן ברור שאדישות במובן האמור אינה מתקיימת כאשר העושה לא היה מודע לאפשרות שהתוצאה תיגרם. במקרה כזה יכולה להתקיים לכל היותר רשלנות (המוגדרת בסעיף 21 לחוק העונשין). ל"אדישות" במובן הנ"ל אקרא "אדישות במובן הצר".

השימוש במושג "אדישות" במובן האמור הופיע גם בחלק מפסקי־הדין שקדמו לתיקון מס' 39 לחוק העונשין, כמו למשל בפסק־דין יעקובוביץ. בפסק־דין זה הציג השופט אגרנט ניתוח של מושגי הבסיס של היסוד הנפשי בפלילים, אשר התבסס על מאמרו של המלומד האנגלי Turner. לפי ניתוח זה יש להבחין בין מחשבה פלילית (שבהקשרה חזה העושה את אפשרות גרימת התוצאה) לבין רשלנות. כמו כן, בתוך המחשבה הפלילית יש להבחין בין "כוונה" לבין "פזיזות". כוונה מתקיימת כאשר בנוסף לחזות התוצאה התקיים רצון בהתגשמותה. "פזיזות" (recklessness) מתקיימת כאשר הנאשם חזה את האפשרות שהתוצאה תיגרם ופעל כפי שפעל "אם מתוך יחס של אדישות לגבי אפשרות זו ואם בתקווה – כגון, במקרה של אותו אדם הנוהג מכונית במהירות מופרזת במקום שבו מתהלכים אנשים רבים – שלא תבוא כל תוצאה מזיקה ממעשהו"<sup>2</sup>. גם פרופ' פלר השתמש במונח "אדישות" במובן האמור. הוא ציין כי "אם מבחינה הכרתית היה האדם מודע לאפשרות גרימת התוצאה האמורה, עשוי יחסו החפצי להתבטא באחת משלוש אלה: בחפץ שהתוצאה אכן תיגרם; בהיעדר חפץ בכך דווקא, אך ביחס של שיוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה; או בתקווה מלאה שלא תיגרם. כאשר בעל ההתנהגות לא היה מודע, בשעתה, לאפשרות גרימת התוצאה הקונקרטי, מובן כי לא היה יכול לפתח כלפיה כל יחס חפצי"<sup>3</sup>. כאמור לעיל, הטרימינולוגיה

- 1 סעיף 20(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226 כפי שתוקן בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח 348. סעיף זה קובע: "20. (א) מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה: (1) כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות; (2) פזיזות שבאחת מאלה: (א) אדישות – בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות; (ב) קלות דעת – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען".
- 2 ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 514 (להלן – עניין יעקובוביץ), עמ' 544-545.
- 3 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד), עמ' 491, 617-618. וראו גם י' לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א), עמ' 456-458.

שבפסק־דין יעקובוביץ נסמכה על מאמרו של Turner האנגלי<sup>4</sup>. טרמינולוגיה דומה ניתן למצוא במקומות נוספים בספרות האנגלית<sup>5</sup>.

ניתן להעלות את השאלה אם ההבחנה בין "אדישות" לבין "קלות דעת" הייתה צריכה לקבל ביטוי בהגדרות היסוד הנפשי שבחלק הכללי. הכלל הוא שבעבירות תוצאה שאינן מזכירות כל יסוד נפשי בהגדרתן, ניתן להסתפק ב"קלות דעת" לשם הרשעה, ואין צורך ב"כוונה" או ב"אדישות" דווקא. שהרי, בסעיף 19 לחוק העונשין נאמר שכל עוד לא נקבע בעבירה שהיא עבירת רשלנות (וכל עוד לא מדובר בעבירה של אחריות קפידה) נדרשת בעבירה מחשבה פלילית; ובסעיף 20 לאותו חוק מוגדרת "מחשבה פלילית" ככוללת גם את "קלות הדעת". מכאן משתמע שבעבירות רגילות שאינן מזכירות כל יסוד נפשי בהגדרתן, ניתן להסתפק ב"קלות דעת" ביחס לתוצאה. ייתכן שהיה מקום לקבוע כלל זה בחוק בצורה יותר מפורשת, אך מכל מקום ברור שכוונת המחוקק הייתה לקבוע כלל זה<sup>6</sup>. גם כאשר מוגדר היסוד הנפשי שבעבירה כמונח "בזדון" או "במזיד" ניתן להסתפק ב"קלות דעת" כלפי התוצאה<sup>7</sup>. יש עבירות במשפט הישראלי אשר דורשות דווקא "כוונה" ביחס לתוצאה<sup>8</sup>, ולכן ברור מדוע המחוקק הבחין בסעיף 20 בין "כוונה" לבין "פזיזות". לעומת זאת למיטב ידיעתי, אין במשפטנו עבירות שדורשות דווקא "אדישות", ואינן מסתפקות ב"קלות דעת"<sup>9</sup>, ועובדה זו מעמידה בספק את הצורך בקביעת ההבחנה האמורה בסעיף הנדון. לכאורה היה ניתן להציע שההבחנה האמורה חשובה לצורך יישום הדוקטרינה של סיכון סביר. במסגרת ההגדרה של קלות הדעת

4 ראו J.W.C. Turner "The Mental Element in Crimes at Common Law" in *The Modern Approach to Criminal Law* (L. Radzinowicz and J.W.C. Turner – eds., 1945) 195, pp. 205-207.

5 ראו למשל: J.W.C. Turner *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19<sup>th</sup> ed., 1966), pp. 36-37; R. Card, R. Cross, P.A. Jones *Criminal Law* (16<sup>th</sup> ed., R. Card – ed., 2004), p. 104.

6 כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק. ראו הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, הצ"ח 113, עמ' 124.

7 סעיף 90א(1) לחוק העונשין.

8 כגון סעיף 300א(2) לחוק העונשין (כוונה תחילה) וסעיף 329א(1) לחוק העונשין.

9 לא מוכרת לי עבירה שדורשת דווקא אדישות. ייתכן שבעבר הייתה משמעות להבחנה במסגרת עבירת ההריגה. בפסק־דין דויטש קבע השופט אגרנט כי לצורך עבירת ההריגה נדרשת פזיזות במישור הנפשי כאשר אליה מצורפת, במישור העובדתי, סטייה חמורה מדרגת הזהירות הסבירה. הוא הוסיף כי ייתכן שבמקרה שה"פזיזות" התבטאה ב"לא אכפתיות" ניתן יהיה להסתפק לצורך הרשעה בכל סטייה מהזהירות הסבירה (גם כו שאינה חמורה). ראו ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 456, עמ' 471. ואולם כיום כבר לא נדרשת סטייה חמורה, אפילו במקרים של קלות דעת (ראו ע"פ 4639/95 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 661, עמ' 669). לפיכך איבדה ההבחנה את חשיבותה גם במסגרת עבירת ההריגה.

בסעיף 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין מופיעה הדרישה שהייתה "נטילת סיכון בלתי סביר" שהתוצאה תיגרם, בעוד שהגדרת ה"אדישות" אינה כוללת דרישה זו. ניתן לטעון שלפי החוק, במקרה של אדישות, תהיה הרשעה אפילו במקרה שנטילת הסיכון הייתה סבירה, כלומר – מוצדקת. אם אכן זה היה הדין, אזי במקרים של נטילת סיכון מודעת ומוצדקת היה מקום לבחון אם העושה פעל עם אדישות או עם תקווה שהתוצאה לא תתרחש, כדי לקבוע אם הוא יזוכה או יורשע, אך נראה לי כי הדין צריך להיות שגם במקרה של אדישות יהיה זיכוי במקרה של נטילת סיכון מוצדקת<sup>10</sup>. אם אנו מתירים לאדם להפעיל גלגל ענק בלונה פארק למרות הסיכון המסוים שיש בהפעלתו, מאחר שמדובר בסיכון מוצדק, ואם אנו מזכים אותו במקרה של תאונה (אם שמר על כל כללי הזהירות הסבירים) כאשר בעת ההפעלה קיווה שלא תהיה תאונה, קשה לקבל שאם יוכח שבעת ההפעלה הוא חווה אדישות ביחס לאפשרות של מקרה מוות (אדישות שלא קיבלה כל ביטוי מעשי בסטייה מכללי הזהירות) – נרשיע אותו. קשה להניח שכוונת המחוקק הייתה כי במקרה כזה תהיה הרשעה<sup>11</sup>, ולכן ההבחנה המוצעת כאן אינה יכולה להסביר את הצורך בהכללת ההבחנה בין אדישות לבין קלות דעת בסעיף 20<sup>12</sup>. תיתכן טענה

10 ואכן מקובל להגדיר את ה"פזיזות" כך שהיא מתקיימת דווקא כשנטילת הסיכון הייתה בלתי סבירה או בלתי מוצדקת, מבלי להבחין, לעניין זה, בין המקרה של אדישות למקרה שבו יש תקווה שהתוצאה לא תתרחש. ראו למשל: *The American Law Institute Model Penal Code* (1985), sec. 2.02(2)(c); *The Law Commission, No. 177 A Criminal Code for England and Wales* (1989), clause 18(c); A. Ashworth *Principles of Criminal Law* (4<sup>th</sup> ed., 2003), p. 181.

11 השו"מ' קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" בתוך מגמות בפילוסופיה: עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן – עורך, תשס"א) 55, עמ' 68.

12 לדעת פרופ' פלר יש מקום להבחין בין אדישות לבין קלות דעת במסגרת הסוגיה של השתלבות היסוד הנפשי בתהליך הגרימה. כאשר העושה צפה את אפשרות התגשמות התוצאה, אך התוצאה נגרמה על-ידי תהליך שונה מזה שנצפה על-ידי העושה, עולה השאלה אם ניתן להרשיע את העושה. לדעת פרופ' פלר, אם העושה פעל עם כוונה או עם אדישות ביחס לתוצאה, אזי ניתן להרשיעו גם אם לא התקיימה אצלו צפייה (כפועל או בכוח) של תהליך הגרימה כפי שהתרחש בפועל (בתנאי שמדובר בפרשה עובדתית בעלת אופי מלוכד). ואולם אם מדובר במקרה שבו הייתה קלות דעת כלפי התוצאה אזי נדרשת צפייה של תהליך הגרימה כפי שהתרחש כתנאי להרשעה (פרופ' פלר מעלה שתי אפשרויות ביחס לשאלה אם נדרשת צפייה בפועל של הליך הגרימה, או שמא די בצפייה בכוח). ראו פלר (לעיל, הערה 3), עמ' 646-655. ואולם יש לציין שהחלק הכללי של חוק העונשין אינו נוקט עמדה בסוגיה של צפיית הליך הגרימה, וכן שרבים בסוגיה, ללא הבחנה בין מקרים של סבירה של הליך הגרימה הוא המבחן הנכון בדרך-כלל בסוגיה, ללא הבחנה בין מקרים של קלות דעת למקרים של אדישות. ראו למשל Ashworth (לעיל, הערה 10), עמ' 127-128. אין זה המקום לדון בשאלה הנוספת אם מעשה חופשי ומודע של אדם בגיר ושפוי "מנתק את הקשר הסיבתי" בין מעשהו של העושה הראשון לבין התוצאה, אפילו כאשר המעשה השני היה ניתן לצפייה ואף היה צפוי בפועל.

שההבחנה בין אדישות לקלות דעת חשובה בשלב גזירת-הדין, משום שכאשר כל שאר התנאים שווים, מגיע לאדיש עונש חמור יותר מאשר לקל הדעת<sup>13</sup>. אך ספק אם יש מקום להכליל בסעיפי היסוד של הגדרות היסוד הנפשי הבחנות שחשיבותן מתבטאת רק בשלב גזירת הדין<sup>14</sup>. הבחנות כאלו צריכות להופיע בחיקוקים או בהנחיות העוסקים בשיקולים אשר צריכים להשפיע על גזר-הדין. עם זאת אפשר לפרש שהמחוקק בתיקון מס' 39 צופה פני עתיד. כלומר, שהוא בא להעביר את המסר שההבחנה בין אדישות לקלות דעת היא הבחנה חשובה, ושיש לשקול בעתיד יצירת עבירות אשר ידרשו מצב נפשי של לפחות "אדישות" כתנאי להרשעה.

לאור העובדה שבעבירות התוצאה שאינן דורשות "כוונה" ניתן להסתפק ב"קלות דעת" יוצא שכאשר התביעה מנסה להרשיע בעבירות אלו, היא אינה צריכה להוכיח דבר במישור החפצי. לצורך ההרשעה די להוכיח שהנאשם צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם (ושמדובר בנטילת סיכון בלתי סביר), ואין צורך להיכנס כלל לדיון אם הנאשם היה אדיש לשאלת התגשמות התוצאה או שמא היה קל דעת<sup>15</sup> (עם זאת התביעה עשויה

13 טענה שלאדיש מגיע עונש גבוה יותר מאשר לקל הדעת ראו פלר (לעיל, הערה 3), עמ' J.C. Smith, B. Hogan *Criminal Law* (10<sup>th</sup> ed., J.C. Smith – ed., 2002), p. 84 ; 617

14 ואכן במשפט האנגלו-אמריקני לא מקובל להבחין בהגדרות שבחלק הכללי בין אדישות לבין קלות דעת. ראו למשל בהגדרת ה"פזיזות" שב-Model Penal Code האמריקני (לעיל, הערה 10), ושבהצעת החוק האנגלית מ-1989 (לעיל, הערה 10). המצב שונה במשפט הגרמני. שם העבירות הרגילות מתפרשות כדורשות כוונה כאשר מקובל לומר שהכוונה בעבירות אלו מתקיימת לא רק כאשר העושה רצה בתוצאה או צפה אותה בוודאות מעשית, אלא גם כאשר התקיים אצלו המצב הנפשי של Dolus Eventualis. לפי אחד הפירושים מצב זה הוא המצב של אדישות. לפי גישה זו יש חשיבות משמעותית, לצורכי ההרשעה בעבירות הנדונות, להבחנה בין אדישות לבין קלות דעת. ראו מ' קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" בתוך גבורות לשמעון אגרנט (מ' קרמניצר ור' גביון – עורכים, תשמ"ז) 325, עמ' 342-341 ; C. Roxin "The Dogmatic Structure of Criminal Liability in the General Part of the Draft Israeli Penal Code – A Comparison with German Law" 30 *Isr. L. Rev.* (1996) 60, p. 67; G. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (1978), pp. 445-446. לפי פירוש אחר נכלל במצב של Dolus Eventualis לא רק מי שהיה אדיש לתוצאה אלא גם מי שקיווה שהתוצאה לא תתגשם, אך היה פועל גם אילו ידע בוודאות שהיא תתגשם. ראו Fletcher, שם, עמ' 446 ; H. Silving *Constituent Elements of Crime* (1967), p. 227. ישנם גם פירושים נוספים. לביקורת על הגישה הגרמנית ליסוד הנפשי ועל השימוש שהיא עושה במושג של Dolus Eventualis ראו G. Taylor "Concepts of Intention in German Criminal Law" 24 *Oxford J. Legal Stud.* (2004) 99. כי ישנם כיום גם מלומדים גרמנים הקוראים לנטוש את הגישה הגרמנית המסורתית ולאמץ את המודל האנגלי של שימוש במושג ה"פזיזות" ושל הסתפקות, בעבירות המחשבה הפלילית הרגילות, בדרישה קוגניטיבית של נטילה מודעת של סיכון (ממשי), ללא דרישה מיוחדת נוספת במישור החפצי. ראו Taylor, שם, עמ' 126 ; Roxin, שם, עמ' 68.

15 זאת בניגוד למה שעלול להשתמע מע"פ 2569/00 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 613, עמ' 622, ומע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145, עמ' 151.

ליטול על עצמה, במקרה מתאים, להוכיח אדישות, כדי להשפיע על גובה העונש). יש גם לשים לב לצורך להבחין בין המצב של קלות דעת שבו העושה מבין כי קיימת אפשרות שהתוצאה תיגרם אך הוא מקווה שהיא לא תיגרם, לבין המצב שבו העושה שאל את עצמו אם התוצאה עלולה להיגרם, אך ענה לעצמו שהוא בטוח שהיא לא תיגרם. במקרה האחרון, העושה לא צפה בעת ההתנהגות את האפשרות שהתוצאה תיגרם, שהרי היה בטוח שהיא לא תיגרם. לכן, במקרה כזה לא מתקיימת מחשבה פלילית כלפי התוצאה, ויכולה להתקיים לכל היותר רשלנות<sup>16</sup>. מציאות זו יכולה להתקיים גם כאשר העושה צפה בתחילה את האפשרות שהתוצאה תיגרם, אך לפני המעשה הוא ביצע פעולה שהוא היה בטוח (בטעות) שהיא מנטרלת לגמרי את הסכנה<sup>17</sup>, וכן כאשר בשעת הפעולה הוא מתכנן לבצע פעולה נוספת למניעת התוצאה, והוא בטוח שיוכל לבצע ולמנוע בכך את התוצאה (כגון להשלים עקיפה בשלום)<sup>18</sup>. עוד יש לציין כי מבחינה מושגית ניתן לערוך את ההבחנות שעורך החוק במישור החפצי, גם בהקשר של הנסיבות. כאשר העושה נמצא, בעת ההתנהגות, בספק ביחס לקיומה של נסיבה מסוימת, ייתכן להבחין בין שלושה מצבים: שהוא מקווה שהנסיבה מתקיימת, שהוא אדיש לשאלה אם הנסיבה מתקיימת ושהוא מקווה שהנסיבה לא מתקיימת<sup>19</sup>. חוק העונשין לא עורך את ההבחנות הללו במישור של הנסיבות, אך מבחינה מושגית ההבחנות אפשריות.

### ג. אדישות במונח הרחב

לעתים אדם לא צופה את האפשרות שמעשה שהוא עושה יגרום למותו של אדם, למרות שאנשים רגילים אחרים היו, באותן נסיבות, צופים זאת. האפשרות שהמעשה

16 Smith & Hogan (לעיל, הערה 13), עמ' 82-83.

17 שם.

18 ראו ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כב(2) 749, עמ' 757: "בא-כוח המשיב העלה לפנינו את האפשרות שהמשיב בטח בכך שיוכל להשלים את העקיפה ולחזור למסלול הנסיעה הימני בטרם יעמוד מול המכונית שנעה לקראתו. אם אמנם סבר כך, ייתכן – לא אקבע מסמרות בדבר – שסברתו עקרה מלבד את התודעה שנהיגתו מסכנת את הזולת. אך עד שבית-המשפט יביא אפשרות כזאת בגדר שיקוליו, מן הצורך שתהא לפניו ראייה שכך היתה מחשבתו של הנאשם. המשיב לא העיד על כך...". ניסוחים בעייתיים ניתן למצוא בע"פ 1982/98 מירו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 145. שם נאמר על-ידי השופט קדמי (בעמ' 158) בהקשר של קלות הדעת "שהעבריינין 'מקווה' – קרי 'מניח' – שהסיכון לא יתממש" ועל-ידי השופט מצא (שם) ש"מקום שהנאשם... פעל בהנחה שהסיכון לא יתממש... ימצא אשם בפזיזות העולה כדי 'קלות דעת'...". הזיהוי של "הנחה שהסיכון לא יתממש" עם "תקווה שהסיכון לא יתממש" הוא בעייתי משום שהביטוי "הניח שהסיכון לא יתממש" עלול להתפרש ככולל גם מצבים שבהם העושה בטוח שהתוצאה לא תתרחש. ראו לוי ולדרמן (לעיל, הערה 3), עמ' 404-406.

יגרום למוות לא מופיעה כלל במוחו, למרות שהיא הייתה מופיעה במוחו של אדם רגיל. בחלק ממקרים אלו, העובדה שהאפשרות שהמוות יתרחש לא הופיעה במוחו של האדם הנ"ל (למרות שהיא כן הייתה מופיעה במוחו של האדם הרגיל) נובעת מכך שלאדם זה הערך של חיי אדם פחות חשוב מכמה שהוא חשוב לאדם הרגיל, ומכמה שהוא היה צריך להיות חשוב לו עצמו. לעתים מנסחים זאת כך שחיי אדם אינם חשובים לו, ושהוא לא אכפתי או אדיש לערך של חיי אדם. ובמקרה ספציפי שבו האפשרות שהוא יגרום למוותו של שמעון הנמצא לידו, לא חלפה במוחו של אדם מסוים (אך היא הייתה חולפת במוחו של אדם רגיל באותן הנסיבות), נוכל לעתים לומר שאי-הערנות לאפשרות המוות נבעה מאדישות לחייו של שמעון. מאחר שבמקרים אלו מדובר על מצב שבו העושה לא היה ער לאפשרות של התרחשות שהתוצאה, ברור שהאדישות שעליה מדברים במצבים אלו שונה במשמעותה מה"אדישות במובן הצר" שעליה דיברנו לעיל. "אדישות במובן הצר" קיימת אך ורק במצבים שבהם הייתה מודעות לאפשרות התקיימות התוצאה. מדובר באדם ששם לב לאפשרות שהתוצאה תיגרם, והוא כאילו אומר לעצמו "לא אכפת לי שהיא תיגרם". האדישות במובן שעליו אנו דנים כעת מתקיימת, כאמור, גם בחלק מהמקרים שבהם העושה כלל אינו ער לאפשרות שהמעשה יגרום לתוצאה האסורה. יש שמתייחסים לאדישות במובן זה כתכונת אופי או כנטיית אופי, המתגלה ובאה לביטוי באירוע הנדון. העובדה שעושה מסוים ביצע מעשה מסוכן (ובלתי סביר) ללא שהופיעה במוחו האפשרות שהמעשה עלול לגרום למוות, מוסברת לפעמים בכך שיש פגם באופיו – שבאופיו הוא לא מספיק אכפתי לחיי אדם, שהוא אדיש לחיי אדם. ה"מחדל המנטלי" של היעדר שימת-הלב (היעדר המודעות) לאפשרות התרחשות התוצאה, מוסבר במקרים מסוימים על-ידי קיומו של פגם זה באופי. לאדישות במובן הזה אקרא "אדישות במובן הרחב". יש לציין שאדישות כזו מתגלה ובאה לידי ביטוי לא רק במצבים של אי-ערנות לאפשרות שהתוצאה תתגשם. במקרה שהעושה היה מודע לאפשרות שמוות ייגרם ובכל זאת פעל (ומדובר במצב של סיכון בלתי סביר) גם כן נאמר שהוא גילה חוסר אכפתיות מספקת לחיי אדם. הדבר נכון קודם כל במקרה שבו הוא היה אדיש (במובן הצר) לשאלה אם המוות ייגרם, אך רבים יאמרו שגם במקרה שבו העושה קיווה שהתוצאה לא תיגרם, גם אז התקיימה "אדישות במובן הרחב". נהג שמבצע עקיפה תוך חציית פס הפרדה רצוף במקום ששדה הראייה בו חסום והכביש הומה, תוך ערנות לאפשרות של תאונה קטלנית, אך תוך תקווה שהתאונה לא תתרחש, מגלה אי-אכפתיות מספקת לחיי אדם, וניתן לתארו כמי שגילה אדישות לחיי אדם. אם היה אכפתי מספיק לחיי אדם, לא היה מסתפק בתקווה שהמוות לא ייגרם, אלא היה נמנע מלבצע את העקיפה המסוכנת. אפילו מקרים שבהם התקווה שהתוצאה האפשרית לא תתגשם הייתה מלווה בנקיטת אמצעי זהירות שמטרתם הייתה להקטין את האפשרות שהתוצאה תיגרם, עדיין יכולים להיחשב כמקרים של גילוי אדישות (במובן הרחב), אם מדובר באמצעים שלא סילקו את הסיכון אלא רק הקטינו אותו (במקרה שמדובר עדיין בסיכון בלתי סביר). "אדישות במובן הרחב" משתרעת אם כן על המקרים של אדישות (במובן הצר), על

המקרים של קלות דעת, ועל חלק מהמקרים שבהם העושה לא צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם. כעת אביא כמה מקורות המשתמשים במונחים "אדישות" ו"אי-אכפתיות" במובן הרחב.

במאמר שפורסם ב-1980 טען Duff שיש מצבים שבהם הכישלון לשים לב או להיות ערני לסיכון, מגלים את אותה אדישות (indifference) או אי-אכפתיות (disregard) שמאפיינת את זה שנוטל במודע את הסיכון. אם אני פועל במטרה לחבול במישהו חבלה חמורה, ייתכן שלא אהיה ער לכך שהוא עלול למות, פשוט מפני ש"זה לא חולף במוחי". אי-ערנות זו להיבט כה אינטגרלי של התקיפה החמורה, מגלה לעתים את אותה "אי-אכפתיות" לחיי הקורבן, כמו זו המתגלה במקרה של תוקף שמודע לכך שהוא מסכן חיי אדם. לטענתו, העבירות המסתפקות ב"פזיזות" ביחס לתוצאות (שהן כידוע רוב עבירות התוצאה) צריכות לחול גם במקרים של אי-ערנות הנובעת מאדישות. Duff מיישם את הדברים גם ביחס לנסיבות. במשפט האנגלי מוכר המושג של "פזיזות" ביחס לנסיבות (שבדרך כלל מוגדר כנטילת סיכון מודע ובלתי סביר שהנסיבות מתקיימות). בהקשר זה מעלה Duff את הטענה שאדם שמקיים יחסי מין עם אישה בלי הסכמתה כאשר האפשרות שהיא אינה מסכימה כלל לא חולפת במוחו בגלל שהוא כה מרוכז בסיפוק תאוותו, מגלה אדישות ביחס להסכמה. גם במקרה זה, כמו גם במקרה של התקיפה שהוזכר לעיל, הכישלון לתפוס את האפשרות של קיום הרכיב העובדתי הרלוונטי נובע מהנטייה להתייחס לשאלת קיום הרכיב כשאלה לא חשובה, והוא נובע מחוסר אכפתיות לגבי קיום הרכיב הנדון. באופן כללי, השאלה עד כמה אני ער להיבטים שונים של פעולתי, היא פונקציה גם של נטיותי, ערכיי, ושל החשיבות של היבטים אלו בעיניי. הוא מביא את הדוגמה של חתן שלא מגיע לחתונתו, וטוען שאם החתן יטען שהוא שכח את מועד החתונה, הדבר לא יפחית מאשמתו. בסיכומו של דבר, הוא טוען כי "אדישות מעשית" יכולה להתגלות גם במקרים של כישלון לשים לב לסיכון, כמו שהיא מתגלה במקרים של נטילת סיכון מודעת, ולכן העבירות הרגילות, הדורשות ומסתפקות ב"פזיזות" כלפי תוצאות ונסיבות, צריכות לחול גם במקרים של אי-מודעות הנובעת מ"אדישות מעשית"<sup>20</sup>. לפנינו אם כן דוגמה לשימוש במושג "אדישות" במובן הרחב.

ב-1981 ניתן באנגליה, על-ידי בית הלורדים, פסק-הדין הידוע בפרשת *Caldwell*<sup>21</sup>. נפסק בדעת רוב, בין השאר, כי בעבירה לפי סעיף 1(1) ל-1971 Criminal Damage Act, יש לפרש את המילה "פזיזות" (recklessness) כך שהפזיזות כלפי התוצאה (נזק לרכוש) מתקיימת לא רק במקרים שבהם העושה היה ער לאפשרות שהנזק ייגרם אלא גם

20 ראו R.A. Duff "Recklessness" *Crim. L. Rev.* (1980) 282, pp. 291-292. לדעתו, יש להבחין בין המצבים הנדונים בטקסט, שצריכים להיכלל במושג ה"פזיזות", לבין חוסר מודעות שעולה רק כדי "רשלנות".

21 *Caldwell* [1982] A.C. 341



במקרים שהיה סיכון ברור שהנזק ייגרם והעושה כלל לא חשב על האפשרות שהתוצאה תיגרם. החלופה השנייה עוסקת במצב שבו מדובר בסיכון ברור, ואם הייתה ניתנת לרגע מחשבה לשאלה, היה ברור שהתוצאה עלולה להיגרם, אך השאלה אם התוצאה עלולה להיגרם כלל לא חלפה במוחו של הנאשם. לפני פסק־דין זה היה מקובל שה"פזיזות" מתקיימת רק כאשר העושה צפה בפועל את האפשרות שהתוצאה תיגרם<sup>22</sup>, ופסק־הדין הנדון הרחיב את גבולותיה של ה"פזיזות" בכך שהכליל בה גם את המצב של סיכון ברור כאשר השאלה אם התוצאה תיגרם כלל לא חלפה במוחו של העושה. הלורד Diplock הציג שלושה נימוקים לאימוץ הפירוש המרחיב ל"פזיזות": מבחינה לשונית רגילה המילה "פזיזות" כוללת גם את המצבים של "השאלה לא חלפה במוחו"; מבחינה עובדתית קשה להכריע אם שאלת האפשרות שהתוצאה תיגרם אכן חלפה במוחו של הנאשם; והעושה שהשאלה כלל לא חלפה במוחו אשם לא פחות מהעושה שהשאלה כן חלפה במוחו. הנימוק החשוב לענייננו הוא האחרון. הלורד דיפלוק מדבר על שני המצבים השונים: הראשון הוא המצב שבו האפשרות שהתוצאה תתרחש אכן הופיעה במוחו של הנאשם (crossed his mind) והוא בכל זאת פעל, כגון בגלל כעס או השתלהבות (rage or excitement), והשני – כאשר בגלל אותם כעס או השתלהבות, העושה אפילו לא טרח לתת תשומת־לב לשאלה אם יש סיכון שמעשהו יגרם לתוצאה, ולכן השאלה לא חלפה במוחו. לאחר הצגת שני המצבים טוען הלורד דיפלוק כי במצב השני העושה אשם לא פחות מאשר במצב הראשון. הוא מוסיף ומדגיש שאם בנסיבות המקרה לא היה דבר שהיה צריך להסב את תשומת לבו של אדם רגיל וזהיר לאפשרות של התרחשות הנזק, הנאשם לא ייחשב "פזיז" בשל כך שלא חלפה במוחו השאלה של אפשרות התגשמות התוצאה (לכן נדרש שיהיה מדובר ב"סיכון ברור" שהתוצאה תתרחש).

בפסק־דין Caldwell קיימת אי־בהירות מסוימת סביב השאלה אם במקרים של סיכון ברור, שבהם השאלה אם התוצאה עלולה להיגרם לא חלפה במוחו של הנאשם, כדי שה"פזיזות" תתגבש די בכך שאם האדם הרגיל והזהיר היה שואל את עצמו אם התוצאה יכולה להתרחש – הוא היה עונה לעצמו שהתוצאה עלולה להתרחש; או שמא נדרש שאם הנאשם היה שואל את עצמו אם התוצאה יכולה להתרחש, הוא היה עונה לעצמו בחיוב על שאלה זו. הפירוש השני מקל יותר עם הנאשם, משום שהוא מאפשר להתחשב בנתונים אישיים מיוחדים שלו. במקרה מסוים ייתכן שאדם רגיל, בנסיבות המקרה, היה עונה לעצמו שהתוצאה עלולה להיגרם, בעוד שהנאשם שלפניו, שהשאלה לא חלפה במוחו – גם אם היה שואל את עצמו היה עונה שהתוצאה לא עלולה להיגרם – כגון משום שהאינטליגנציה שלו נופלת במידה מסוימת מהמקובל (אך אין מדובר בליקוי

C.M.V. Clarkson, H.M. Keating *Criminal Law: Text and Materials* (5<sup>th</sup> ed., 2003), 22 pp. 144-146.

בדרגה שמובילה לקיומו של סייג לאחריות פלילית), או משום שניסיון החיים שלו בתחום שבו עסק פחות עשיר מהמקובל. לפי הפירוש השני אדם זה לא יורשע בעבירה של "פזיזות". יש מי שהציע לפרש את פסק־דין Caldwell לפי הפירוש המקל מבין השניים<sup>23</sup>. Syrota הציע לקבל את הפירוש המקל ולהוסיף תנאי: במקרה של סיכון ברור ייחשב הנאשם כפזיז ביחס לתוצאה, אם השאלה של אפשרות התגשמות התוצאה לא חלפה במוחו, ואילו היא הייתה מופיעה במוחו הוא היה משיב שיתכן שהתוצאה תיגרם, וזאת בתנאי שהעובדה שהשאלה לא הופיעה במוחו נבעה מאדישות (indifference) ביחס לאפשרות התרחשות התוצאה<sup>24</sup>. אם כן, גם כאן אנו מוצאים התייחסות ל"אדישות במובן הרחב", כלומר אדישות כנטייה ביחס לערך המוגן, שמסבירה את אי־הערנות לאפשרות התרחשות התוצאה במקרה הנדון. יש לציין שפסק־דין Caldwell עצמו לא כלל בנוסחת ה"פזיזות" שלו את תנאי ה"אדישות" המוצע על־ידי Syrota, אולם אם היינו מקבלים את הפירוש המקל, שלפיו נדרש במקרה של אי־צפייה (ושל סיכון ברור), שהנאשם עצמו, אילו היה עוצר לרגע ושואל עצמו את השאלה אם התוצאה עלולה להיגרם, היה עונה בחיוב – ניתן היה לומר שהרציונל להכללת מקרה זה במסגרת ה"פזיזות" הוא שבמקרה כזה אי־הערנות לסיכון אכן נובעת כמעט תמיד מאי־אכפתיות מספקת כלפי הערך המוגן, כלומר מ"אדישות". לשם השלמת התמונה יש לציין שהפסיקה האנגלית פירשה בהמשך את Caldwell לפי הפירוש המחמיר, ואף יישמה אותו. כלומר, נפסק שבמקרה של סיכון שהיה ברור לאדם הרגיל והזהיר, ייחשב הנאשם כפזיז אם לא היה ער לאפשרות הסיכון, באם האדם הרגיל והזהיר היה עונה שיתכן שהתוצאה תיגרם – אילו נשאל על כך. אין צורך, לשם גיבוש הפזיזות, שהנאשם עצמו היה עונה בחיוב על השאלה בדבר אפשרות התרחשות התוצאה, אילו חלפה

23 ראו למשל: G. Syrota "Recklessness and Caldwell" *Crim. L. Rev.* (1981) 658;  
 24 ראו (1982) 97 *Crim. L. Rev.* "A Radical Change in the Law of Recklessness?" G. Syrota.  
 ראו (1982) Syrota, שם, עמ' 106-102. יש לציין כי Syrota מציע (שם) מבחן לקיום האדישות במקרה של אי־צפיית התוצאה: אם הנאשם היה ממשיך בהתנהגותו גם אילו צפה את אפשרות התגשמות התוצאה, אזי מתקיימת אדישות. נראה לי שיכולים להיות מקרים שבהם אי־הצפייה נובעת מאי־אכפתיות מספקת כלפי הערך המוגן, גם כשאין ביטחון שאילו הנאשם היה מודע לסיכון הוא היה ממשיך בפעולתו. כלומר, איני חושב שמבחינה מושגית יש זהות בין מצב של אדישות שגרמה לאי־מודעות, לבין מצב שבו העושה היה ממשיך בפעולתו גם אילו ידע על הסיכון. עם זאת תיתכן גישה שמחמת שיקולי צדק ומדיניות, תדרוש כתנאי להכללת מצבים של אי־צפייה במסגרת ה"פזיזות" את קיום ההערכה שאילו הנאשם היה ער לסיכון, הוא היה ממשיך בפעולתו המסוכנת למרות המודעות לסיכון. לטענה כי מבחינה מוסרית אין מקום להבחנה בין מי שצפה את אפשרות גרימת התוצאה לבין מי שלא צפה אותה רק בגלל הנטייה של אדישות ואי־אכפתיות, ואשר היה ממשיך בפעולתו גם אילו צפה את אפשרות התרחשות התוצאה (ולטעון דומה גם בקשר ליסוד הנפשי כלפי נסיבות) ראו D.J. Birch "The Foresight Saga: The Biggest Mistake of All?" *Crim. L. Rev.* (1988) 4, pp. 8-9.

השאלה במוחו. העובדה שהנאשם היה צעיר מאוד, בעל אינטליגנציה נמוכה מהרגיל או בעל פגם נפשי, לא תעזור לו, והוא ייחשב פזיז במקרה שהשאלה לא חלפה במוחו, גם אם הוא אישית לא היה עונה בחיוב על השאלה הנדונה, אילו חלפה במוחו, בשל גילו או מצבו המיוחד<sup>25</sup>. ברור שלפי פירוש זה, ה"פזיזות" במצב של היעדר צפייה, אינה מותנית ב"אדישות". יש לציין שבמשך השנים צומצמה תחולתה של הלכת Caldwell מבחינת היקף העבירות שעליהן היא חלה. בתחילה הובן כי ההגדרה הרחבה של "פזיזות" שאומצה בפסק-דין זה תחול כמעט על כל העבירות שבהן היסוד הנפשי הוא "פזיזות", אך במשך השנים הפסיקה האנגלית צמצמה יותר ויותר את היקף העבירות עליהן חלה ההלכה האמורה<sup>26</sup> (בעבירות שעליהן היא לא חלה, פורשה ה"פזיזות" כ"פזיזות סובייקטיבית", כמובן של צפייה בפועל של אפשרות התגשמות התוצאה). ייתכן שהעובדה שהפסיקה פירשה את נוסחת Caldwell באופן המרחיב שתואר לעיל (שאינו מתחשב בתכונות אישיות של הנאשם), תרמה לחוסר שביעות הרצון ממנה, ולהקטנת היקף העבירות שעליהן היא חלה. ייתכן שאימוץ הפירוש המרחיב להלכה הנדונה הוא גם זה שתרם בסופו של דבר לביטולה: לאחרונה בוטלה הלכת Caldwell, וייתכן שכעת תתפרש ה"פזיזות" באנגליה, בכלל העבירות, כיסוד נפשי סובייקטיבי הדרוש מודעות בפועל<sup>27</sup>. אין הדבר משנה לצורכי מאמר זה. מה שחשוב לצורך מאמר זה הוא שבספרות

- 25 לתיאור התפתחות הפסיקה בכיוון זה ראו Smith & Hogan (לעיל, הערה 13), עמ' 81.
- 26 לתיאור התפתחות הפסיקה בכיוון של צמצום הולך וגובר של היקף העבירות שעליהן חלה הלכת Caldwell ראו Smith & Hogan, שם, עמ' 83; Ashworth (לעיל, הערה 10), עמ' 187.
- 27 הלכת Caldwell בוטלה ב-2003 בפסק-דין של בית הלורדים: *R. v. G. and another*, Criminal Damage Act, 1971 [2003] 3 W.L.R. 1060. פסק-הדין מתמקד בעבירות על ה-1971 אשר המילה "פזיזות" המופיעה בהן פורשה ב-Caldwell ככוללת גם מקרים מסוימים של אי-צפיית התוצאה. במקרה החדש הועמדו לדין שני ילדים, שהיו בני 11 ו-12 בעת המעשה, על עבירה לפי החוק הנדון. ההנחה הייתה שהאפשרות שהם יגרמו לנזק שאירע לא חלפה במוחם של הנאשמים, והשופט הינחה את המושבעים, שכדי להרשיע די בכך שאדם בוגר סביר ורגיל היה צופה את האפשרות של התרחשות הנזק, ואין זה משנה אם הילדים, בשל גילם הצעיר, לא היו צופים את האפשרות שהנזק ייגרם – אפילו אם הם היו שואלים את עצמם אם הנזק עלול להיגרם. השופט הינחה את המושבעים בכיוון זה, לאור הפרשנות המקובלת בפסיקה לפסק-דין Caldwell. המושבעים נאלצו להרשיע את הילדים, דבר שעורר תחושה של אי-צדק בקרבם ובקרב השופט שראה עצמו ככול לפירוש המקובל להלכת Caldwell. לבסוף הגיע המקרה לבית הלורדים, שהחליט להפוך את הלכת Caldwell ולקבוע שבעבירות על החוק המוזכר לעיל, יש לפרש את ה"פזיזות" כך שמדובר ביסוד נפשי סובייקטיבי, כך שנדרשת צפייה בפועל של האפשרות שהתוצאה תיגרם. נימוק מרכזי להחלטה היה שבחינה של עבודות ההכנה של החוק מ-1971 מגלה שכוונת המחוקק הייתה להשתמש במילה "פזיזות" כמובן הסובייקטיבי. נימוק מרכזי נוסף היה בעל אופי כללי של צדק ומדיניות – שעבירות חמורות צריכות להתגבש דווקא כאשר מתקיימת אשמה, כמובן של צפייה בפועל של אפשרות התרחשות התוצאה. בנוסף לשני נימוקים

שנכתבה בעקבות פסק־דין *Caldwell* היה שימוש רב במושג של "אדישות במוכן הרחב", כלומר אדישות כנטיית אופי המתגלה במעשה, שיכולה להתקיים גם במקרים מסוימים שבהם אין צפייה בפועל של אפשרות התרחשות התוצאה.

לעיל הזכרתי את מאמרו של Duff מ-1980, אשר הקדים את פסק־דין *Caldwell* בטענה שחלק מאלו שאינם ערים לאפשרות התרחשות התוצאה, צריכים להיחשב "פזיזים". Duff חזר לנושא זה, ביתר הרחבה, בספרו מ-1990. הוא מתייחס שם ל"אדישות" (indifference) כנטייה מעשית אשר מתגלה במעשה, ולא כאירוע של הרגשה נפשית המתלווה לצפייה. ה"אדישות המעשית", שהיא גישה (או נטייה) המתגלה במעשה, מתקיימת לא רק במקרים שבהם התוצאה נצפתה בפועל, אלא גם במקרים מסוימים שבהם היא לא נצפתה בעת המעשה. ראובן היכה בחוזקה את הקורבן עם קרש, תוך שהוא ער לאפשרות שהקורבן ימות. שמעון עשה את אותן פעולות, אך בשל היותו כה מרוכז בהכאה, לא שם־לבו לאפשרות של גרימת המוות. Duff טוען ששמעון גילה במעשהו את אותה אדישות מעשית שגילה ראובן, וגם טוען שאין הבדל מוסרי בין השניים. הכישלון של שמעון לשים־לב לאפשרות שהקורבן ימות, נובע בנסיבות המקרה, מאותו סוג של אדישות מעשית לחיי הקורבן, שמתגלה אצל ראובן. Duff טוען שהעבירות המסתפקות ב"פזיזות" כלפי התוצאה צריכות לחול לא רק על הנוטלים סיכון במודע, אלא גם על חלק מאלו שהאפשרות שהתוצאה תיגרם לא חלפה במוחם – דהיינו, על אלו שהאפשרות לא חלפה במוחם בגלל שהם היו אדישים. אלו שהאפשרות לא

עיקריים אלו צוין גם חוסר הצדק שנגרם על-ידי ההחלטה בעניין *Caldwell* (לפי הפירוש המקובל שלה) במקרים של ילדים או של אנשים בעלי פגם מנטלי שבשל גילם או בשל הפגם המנטלי לא יכלו לצפות מה שאדם רגיל וסביר היה צופה וכן צוינו הביקורת שביקרו מלומדים חשובים את הלכת *Caldwell*, והעובדה שהזרם המרכזי בפסיקה האנגלית בשנים האחרונות נוטה לכיוון של "סובייקטיביזציה" במשפט הפלילי. בית הלורדים הזכיר את ההצעה שהועלתה לפניו "לתקן" את הלכת *Caldwell* במקום לבטלה כליל, על-ידי הכנסת אפשרות להתחשב בגיל הצעיר של הנאשם או בפגם המנטלי שלו, או על-ידי הגדרת המבחן כך שהפזיזות תתקיים (בענף הלא סובייקטיבי שלה) כאשר אם השאלה של אפשרות התגשמות התוצאה הייתה חולפת במוחו של הנאשם – הוא עצמו היה משיב שיתכן שהתוצאה תיגרם, אך הוא דחה הצעה זו באומרו (בין השאר) כי גם הנוסחה המתוקנת לא נותנת מענה מספיק לאשמה הדרושה בעבירות חמורות, וכן כי הנוסחה המתוקנת רק תסבך את הדין ואת המושבעים. יש לציין שהשופטים הצהירו כי ההחלטה החדשה חלה רק על העבירות לפי החוק מ-1971, ואין היא שוללת את האפשרות שעל עבירות מסוימות אחרות עדיין תחול נוסחת *Caldwell*. למרות הצהרה זו יש מלומדים הטוענים בביטחון כי הפירוש הסובייקטיבי של "פזיזות" שאומץ בפסק-הדין החדש יחול על כל העבירות שבהן מופיע יסוד של "פזיזות". ראו Card, Cross & Jones (לעיל, הערה 5), עמ' 106. אחרים מפרשים את ההחלטה כך שהיא אכן מוגבלת לעבירות על החוק מ-1971, כך שנוסחת *Caldwell* נשארת בתוקף ביחס למספר עבירות. ראו A. Halpin, *Definition in the Criminal Law* (2004), pp. 102, 107-110.

חלפה במוחם לא בגלל אדישותם לאינטרס המוגן אלא מסיבות אחרות (כגון טפשות), לא צריכים להיחשב "פזיזים" אלא לכל היותר רשלנים<sup>28</sup>. ברור ש-Duff מתייחס כאן ל"אדישות" במובן הרחב, כלומר – אדישות כנטייה המתגלה במעשה, והיכולה לבוא לידי ביטוי גם במקרים של היעדר צפייה בפועל של התוצאה. Duff צועד צעד נוסף, וטוען ש"אדישות מעשית" יכולה להתקיים לא רק במקרים מסוימים שבהם השאלה אם יסוד מסוים של העבירה מתקיים לא חלפה במוחו של הנאשם, אלא גם במקרים מסוימים של טעות פוזיטיבית בלתי סבירה. הוא מדגים זאת תוך שימוש בעבירת האינוס. בעבירה זו קיימת נסיבה של "היעדר הסכמת האישה". ה"פזיזות הסובייקטיבית" הקלאסית מתקיימת בהקשר של עבירה זו אם הנאשם נטל במודע סיכון (לא סביר) שהאישה אינה מסכימה לבעילה. Duff מסכים שבמקרה כזה מתקיימת פזיזות ויש להרשיע בעבירת האינוס, אך הוא מתייחס גם למקרה שבו הנאשם שאל את עצמו אם האישה מסכימה וענה לעצמו בביטחון שהיא ודאי מסכימה, אך בכך הוא טעה טעות בלתי סבירה. ייתכנו מקרים שבהם הטעות של הנאשם נבעה מאדישותו המעשית כלפי הערך של החירות המינית של האישה, כלומר שהיא נבעה מחוסר אכפתיות לשאלת ההסכמה, וגם במקרים אלו צריך, לדעת Duff, לקבוע שהנאשם פזיז ביחס להסכמת האישה ולהרשיעו באינוס. לדעתו, אין הבדל חשוב בין מי שבועל למרות המודעות לאפשרות שהאישה אינה מסכימה לבין מי שטועה טעות בלתי סבירה ביחס להסכמתה, כאשר טעות זו נובעת מאדישות מעשית ביחס לשאלת ההסכמה. גם בהקשר זה ברור שההתייחסות היא ל"אדישות" כנטייה המתגלה במעשה, ושיכולה להתקיים גם במקרה של היעדר מודעות לאפשרות קיום הנסיבה (היעדר מודעות שמתבטא כאן בטעות פוזיטיבית ביחס לקיום הנסיבה)<sup>29</sup>. בדרך אגב ציין כי בזמן שהלכת Caldwell הייתה בתוקף, שררה למעשה הבחנה באנגליה, בין מקרה שבו העושה כלל לא חשב על שאלת התגשמות התוצאה לבין מקרה שבו העושה חשב על השאלה והחליט בביטחון גמור (אך בטעות ובאופן בלתי סביר) שהתוצאה לא תתרחש. במקרה שבו הסיכון היה ברור, והעושה לא צפה את אפשרות התגשמות התוצאה, היה צריך להבחין בין שני מצבים: אם הוא לא צפה את התוצאה משום ששאלת אפשרות גרימתה כלל לא חלפה במוחו, היה מקום לייחס לו

28 Duff .R.A. *Duff Intention, Agency and Criminal Liability* (1990), pp. 162-166 מבקר את פסק-דין Caldwell על כך שבחלופת ה"פזיזות" שבה מדובר על נאשם שלא צפה את התוצאה, לא מופיעה הדרישה שחוסר המודעות נבע מנטייה של אדישות.

29 Duff, שם, עמ' 169-173. מדבריו משתמע שבהקשר המיוחד של אינוס כל מקרה של טעות בלתי סבירה ביחס להסכמה, הוא מקרה שבו מתגלה אדישות מעשית, אך נקודה זו אינה חשובה לצורך הדיון כאן. עוד על היסוד הנפשי בעבירת האינוס באנגליה, ועל השינוי שנעשה שם לאחרונה בהקשר זה ראו להלן בטקסט הסמוך להערות 32-33. לאפשרות העקרונית שאדם שחשב על האפשרות שתוצאה תתרחש, והחליט בבטחה שהיא לא תתרחש, צריך להיות מורשע כ"פזיז" אם הטעות נבעה מאדישות השווה Birch (לעיל, הערה 24), עמ' 14-18.

"פזיזות" במסגרת הלכת Caldwell (בתנאי שאילו הייתה השאלה נשאלת, התשובה הייתה שייטכן שהתוצאה תיגרם). ואולם אם האפשרות שתוצאה תיגרם לא נצפתה בגלל שהעושה העלה במוחו אפשרות זו אך קבע בביטחון (ובאופן בלתי סביר) שהתוצאה לא תיגרם, לא היה מקום לייחס לו "פזיזות" אלא לכל היותר "רשלנות"<sup>30</sup>. ניתן להעלות את השאלה אם יש הצדקה כלשהי להבחנה האמורה מבחינה מוסרית<sup>31</sup>. ייתכן שהשופטים ב-Caldwell חשו שכאשר אדם לא שואל את עצמו כלל אם התוצאה עלולה להיגרם (כאשר האדם הרגיל היה צופה את אפשרות התרחשות התוצאה) הדבר נובע בדרך-כלל מנטייה של אדישות מעשית, בעוד שכאשר אדם שואל את עצמו אם התוצאה עלולה להיגרם ועונה לעצמו בכנות שהיא לא תיגרם, טעותו בדרך-כלל לא נגרמת על-ידי אדישות מעשית (אפילו במקרה שבו האדם הרגיל במקומו לא היה טועה את הטעות הנדונה).

עד לאחרונה, קבע החוק האנגלי כי היסוד הנפשי כלפי הנסיבה של "היעדר ההסכמה" בעבירת האינוס מתקיים כאשר הנאשם ידע שהקורבן אינו מסכים לבעילה או שהוא היה "פזיז" (reckless) בקשר לכך. החוק לא הגדיר את ה"פזיזות" בהקשר זה, והפסיקה נתנה למונח זה, בהקשר של עבירת האינוס, פרשנות שלפיה מצב של אדישות (indifference) לתחושות ולרצונות של האישה, מצב שבו לנאשם כלל לא היה אכפת אם האישה מסכימה או לא (he could not care less whether she wanted or not) הוא המצב של "פזיזות". מפסקי-הדין נראה כי מצב זה של אדישות ואי-אכפתיות יכול להתקיים גם במקרה שהשאלה אם האישה מסכימה או לא כלל לא חלפה במוחו של הנאשם<sup>32</sup>. לפנינו אם כן הקשר נוסף שבו יש שימוש במונח הרחב של אדישות, מובן שלפיו מדובר על נטיית אופי המתגלה במעשה, והמתקיימת לעתים גם במקרה שבו אין ערנות בפועל לאפשרות התקיימות הנסיבה. יש לציין כי לאחרונה שונה החוק ביחס לאינוס. היסוד הנפשי ביחס לאי-הסכמת הקורבן אינו מוגדר עוד בעזרת המונח "פזיזות", והוא למעשה כיום רשלנות. סעיף 1(1) של ה-Sexual Offences Act, 2003 קובע ביחס ליסוד הנפשי, שהעבירה נעברת אם לא התקיים המצב שבו הנאשם האמין בסבירות שהקורבן מסכים. כלומר, אם הנאשם כלל לא חשב על השאלה אם האישה מסכימה, מתאפשרת הרשעה, ואם הוא חשב על השאלה וסבר בטעות, בלתי סבירה, שהאישה מסכימה, גם אז

30 Smith & Hogan (לעיל, הערה 13), עמ' 82-83; Ashworth (לעיל, הערה 10), עמ' 186-187.

31 Ashworth (לעיל, הערה 10), עמ' 187.

32 לניתוח ולפרשנות של הפסיקה ראו Clarkson & Keating (לעיל, הערה 22), עמ' 619-620;

Ashworth (לעיל, הערה 10), עמ' 349; A.P. Simester, G.R. Sullivan *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2<sup>nd</sup> ed., 2003), pp. 413-414.

מתאפשרת הרשעה. רק טעות פוזיטיבית סבירה ביחס להסכמת האישה, תפטור את הנאשם<sup>33</sup>. ברור שמודעות לאפשרות שהאישה אינה מסכימה, גם כן תוביל להרשעה. גם בפסיקה הישראלית ניתן למצוא התייחסות ל"אדישות במובן הרחב". בפסק-דין אבו-רביעה נסב הדיון על אישום בעבירה של נסיון לחטיפה של נערה מתחת לגיל 16. אחת הנסיבות בעבירה המושלמת הייתה שהנערה היא מתחת לגיל 16. אף שחלק גדול מהדיון שם אינו רלוונטי לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אתיחס לפסק-הדין האמור משום שנראה לי כי נעשה שם שימוש במושג "אדישות" גם במובן הצר וגם במובן הרחב. תחילה מתייחס השופט אגונט לעבירות מושלמות שאינן מזכירות יסוד נפשי כלשהו בהגדרתן. הוא קובע כי עבירות אלו יש לפרש בדרך-כלל כעבירות הדורשות מחשבה פלילית, וביחס לנסיבות משמעות הדבר היא כי ניתן להסתפק ב"פזיזות". בעבירה כזו הנאשם יורשע לא רק אם ידע שהנסיבה מתקיימת, אלא גם אם היה "פזיז" כלפי הנסיבה, כלומר – נטל במודע את הסיכון שהיא מתקיימת, בין אם לא היה אכפת לו אם הנסיבה מתקיימת, ובין אם קיווה שהנסיבה לא מתקיימת (כאן ההתייחסות לאי-אכפתיות היא לאדישות במובן הצר). נוסף על כך, ה"פזיזות" מתקיימת גם במקרה שהשאלה אם הנסיבה מתקיימת כלל לא חלפה במוחו של הנאשם, וגם במקרה שהוא חשב בטעות שהנסיבה לא מתקיימת, אך טעותו היא בלתי סבירה<sup>34</sup>. שונים הדברים ביחס לעבירה הכוללת בין יסודותיה דרישה של "ידיעה" שהנסיבות מתקיימות. במקרה כזה תהיה כמובן הרשעה במקרה שהנאשם ידע בוודאות שהנסיבות מתקיימות, אך לא כל סוג של "פזיזות" יספיק להרשעה. אם הנאשם חשב בטעות שניסיבה לא מתקיימת, לא תהיה הרשעה גם אם הטעות הייתה בלתי סבירה, משום שבמקרה כזה לא הייתה "ידיעה" שהנסיבה מתקיימת. ומה הדין במקרה שבו הנאשם נטל במודע סיכון שהנסיבה מתקיימת? כאן מבחין השופט בין מצב של אדישות (במובן הצר) לקיום הנסיבה, לבין מצב של תקווה שהנסיבה לא מתקיימת. השופט טוען שהנימוק לכך שבמקרה של טעות בקיום הנסיבה הנאשם לא יורשע (בעבירה הדורשת "ידיעה") הוא שיש להניח לטובתו שאילו ידע שהנסיבה מתקיימת, לא היה פועל. אם כך, במקרה של אדישות (במובן הצר) כלפי קיום הנסיבה, יש גם כן מקום להרשעה, שהרי לנאשם לא אכפת אם הנסיבה מתקיימת, ויש להניח שהיה פועל גם אם היה יודע בוודאות שהיא מתקיימת. מהדברים משתמע שבמקרה שבו הנאשם היה בספק אם הנסיבה מתקיימת וקיווה שהיא לא מתקיימת, הוא לא יורשע (בעבירה של "ידיעה") – משום שיש להניח לטובתו שאילו

33 לניתוח היסוד הנפשי לפי החוק החדש ראו: Card, Cross & Jones (לעיל, הערה 5), עמ' 320-315 ; J. Temkin, A. Ashworth "The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual

34 ראו ע"פ 291/62 אבו-רביעה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 2913, עמ' 2931-2929. *Criminal L. Rev.* (2004) 328, pp. 340-344. Assaults and the Problems of Consent

ידע בוודאות שהנסיבה מתקיימת לא היה פועל<sup>35</sup>. כאן מוסיף השופט טענה נוספת. כאשר עבירה קובעת נסיבה של גיל מסוים של קורבן (כגון שהנערה היא מתחת לגיל 16) והשאלה מה הוא גילו של הקורבן כלל לא חלפה במוחו של הנאשם, הרי שניתן לייחס לו אדישות כלפי הנסיבה האמורה. יש להניח שלנאשם לא היה אכפת מה גילו של הקורבן, ולפיכך לא הציג לעצמו כלל את השאלה בדבר גיל הקורבן. לכל אדם יש גיל, ועובדה זו ידועה באופן כללי לנאשם, ואם לא שאל עצמו מה גיל הקורבן, הדבר ודאי נובע מאדישות ואי-אכפתיות ביחס לגיל הקורבן (דבר דומה ניתן לומר גם ביחס לנסיבה שקובעת שעה מסוימת כנסיבה בעבירה). ומאחר שמתקיימת במקרה כזה אדישות ביחס לנסיבת הגיל, הרי שניתן להרשיע נאשם כזה, גם בעבירה שדורשת "ידיעה" ביחס לנסיבת הגיל, שהרי כבר סוכם לעיל ש"אדישות" כלפי נסיבה מספיקה להרשעה בעבירה הדורשת "ידיעה". אמנם עבירת החטיפה של נערה מתחת לגיל 16 אינה דורשת "ידיעה", אך במקרה הנדון בפסק-דין זה דובר על ניסיון לעבור את העבירה הנדונה. עבירת הניסיון היא עבירת "כוונה", להבדיל מעבירה של "פזיזות", ולדעת השופט אגרנט דרישת ה"כוונה" משליכה גם על הנסיבות, כך שלשם הרשעה בניסיון נדרשת דווקא "ידיעה" (להבדיל מ"פזיזות") ביחס לנסיבות. יוצא שבעבירת הניסיון לחטיפה של נערה מתחת לגיל 16 נדרשת "ידיעה" ביחס לנסיבת הגיל. אך כאמור יש להתייחס לדרישה זו כמסופקת גם במקרה של "אדישות" ולכן היא תיחשב כמסופקת גם במקרה שבו הנאשם כלל לא הציג לעצמו את השאלה אם הנערה היא מתחת לגיל 16. לפיכך ניתן להרשיע את הנאשם בניסיון לעבירה הנדונה, גם בהנחה ששאלת גילה של הנערה כלל לא חלפה במוחו<sup>36</sup>. דברי השופט שלפיהם במקרה שהשאלה לא חלפה במוחו של הנאשם מדובר בהכרח במצב של אדישות מוגבלים לנסיבות כגון אלו העוסקות בגיל או בשעה. משתמע שבהקשר של נסיבות אחרות אין היקף אוטומטי מהיעדר תשומת-לב לאפשרות קיום הנסיבה לבין קיומה של אדישות. לא ברור מפסק-הדין אם השופט היה מאפשר לתביעה לנסות להוכיח, בהקשר של נסיבות אחרות, שבמקרה שנדון לפניו אי-תשומת-הלב נבעה מאדישות. מכל מקום, לענייננו מה שחשוב הוא ההקשר של גיל או שעה שאליו השופט מתייחס בפירושו. בהקשר זה נראה שהשופט מוכן לקבוע שבמקרה שבו שאלת האפשרות שהנסיבה מתקיימת לא חלפה במוחו של הנאשם, מתקיימת אדישות כלפי הנסיבה. אם כן מדובר כאן באדישות במובן הרחב, של נטייה של אי-אכפתיות כלפי קיום הנסיבה, אשר מתבטאת בחוסר ערנות לאפשרות שהנסיבה מתקיימת. בפסק-הדין לא כל כך ברור אם השופט אגרנט נתן דעתו למעבר שהוא עושה מאדישות במובן הצר לאדישות במובן הרחב, אך מכל מקום נראה שבפועל בוצע מעבר

35 שם, עמ' 2934-2936. לא כל הדברים המופיעים כאן בטקסט נאמרו במפורש בפסק-הדין, אך נראה לי שהם מהווים פירוש נכון לנאמר בפסק-הדין.

36 שם, עמ' 2931-2936. ראו בייחוד בעמ' 2931-2932. נראה לי כי הדברים בטקסט מהווים פירוש נכון לדברי השופט, למרות שיש בפסק-הדין גם התבטאויות שאינן מתיישבות עמו.



כזה<sup>37</sup>. נקודה מעניינת בפסק־הדין היא הנכונות לקבוע שבעבירות הדורשות ידיעה ביחס לנסיבת גיל או זמן, תהיה הרשעה במקרה של ה"אדיש במובן הצר" וכן במקרה של אדם שלא שם לב לאפשרות שהנסיבה מתקיימת מחמת אדישות מעשית, אך לא תהיה הרשעה במקרה של אדם שמודע לאפשרות שהנסיבה מתקיימת, אך מקווה שהנסיבה לא מתקיימת. בספרות ובפסיקה שבאנגליה, בהקשרים שבהם הוצע להרשיע בעבירה מסוימת את מי שלא חשב על האפשרות שהתוצאה תיגרם עקב אדישות מעשית, היה ברור שבעבירה כזו נטילה מודעת של סיכון תספיק להרשעה גם במקרה שהייתה תקווה שהתוצאה לא תתרחש, משום שגם במקרה כזה התגלתה אי־אכפתיות מספקת לערך המוגן. אך בפסק־דין אבר־רביעה הקו ביחס לנסיבה כגון גיל הוא אחר. ההנחה המשתמעת בפסק־הדין היא שבהקשרים מסוימים מי שלא שם לב לאפשרות שהנסיבה מתקיימת, מחמת אדישות מעשית, אשם יותר ממי שהיה מודע לאפשרות שהנסיבה מתקיימת וקיווה שהיא לא מתקיימת. האחרון לפחות הטריד עצמו בשאלה אם הנסיבה מתקיימת, וקיווה בכנות שהיא לא מתקיימת. לראשון כלל לא היה אכפת אם הנסיבה מתקיימת, ובכך הוא דומה ל"אדיש במובן הצר". נראה כי בפסק־הדין בעצם נטען שבמקרה של המקווה שהנסיבה לא מתקיימת, ניתן להניח לטובת הנאשם שאילו היה יודע בוודאות שהנסיבה מתקיימת, לא היה פועל. בעוד שבמקרה של ה"אדיש במובן הצר" וגם במקרה של מי שלא שם לב לקיום הנסיבה מחמת "אדישות מעשית", ניתן להניח כי העושה היה פועל גם במצב של ידיעה ודאית שהנסיבה מתקיימת.

עד כה התייחסתי ל"אדישות במובן הרחב" כמתקיימת גם במקרים מסוימים שבהם לא הייתה מודעות לאפשרות שהתוצאה תיגרם. לעתים משתמשים במונחים "אדישות" ו"אי־אכפתיות" במובן יותר צר, כמסמנים מצבים שמתקיימים בכל המקרים של "פזיזות" (אך לא במקרים של חוסר מודעות). מדובר בהתייחסות ל"אדישות" במובן שהוא יותר רחב מהמובן של "אדישות במובן הצר", משום שלפי המובן הנדון כעת אדישות מתקיימת גם במקרה של "קלות דעת", ולכן גם שימוש זה שייך לסעיף זה של המאמר העוסק ב"אדישות במובן הרחב". ההצדקה לשימוש הנדון עתה היא שגם במקרה של "קלות דעת" מתגלה אצל העושה אי־אכפתיות מספקת כלפי האינטרס המוגן. כאשר אדם זורק אבנים ממרפסת כדי לנקותה, כשהוא צופה את האפשרות שהאבן תחבול בעוברים ושבים, אך הוא מקווה שהדבר לא יקרה, ניתן לומר שהוא גילה

37 התופעה של "אדישות מעשית" היכולה לבוא לידי ביטוי גם בהיעדר מודעות ליסוד מיסודות העבירה נדונה גם בספרות המשפטית בישראל. ראו למשל: ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" מחקרי משפט יא (תשנ"ד) 147, בעיקר בעמ' 163-171; י' קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה (תשנ"ו) 149, 158-159; ע' אזר אשמה, פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי (תשנ"ט), בעיקר בעמ' 152-182; י' לוי "היסוד הנפשי בעברה – גוונים במושג המחשבה הפלילית" ספר שמגר (כרך ב, תשס"ג) 5, עמ' 23-24.

במעשהו נטייה של אדישות ואי-אכפתיות כלפי שלמות גופם של העוברים ושבים וכלפי האפשרות שהם ייחבלו, משום שאם היה מספיק אכפת לו שהם לא ייחבלו, הוא לא היה זורק את האבנים. נכון שהוא גילה אכפתיות מסוימת, בכך שקיווה שהם לא ייחבלו. במקרים מסוימים הוא אולי נקט גם אמצעי זהירות מסוימים כדי להקטין את הסיכוי שהתוצאה תתרחש, וגם בכך מתגלה אכפתיות, אך כל עוד מדובר בנטילה של סיכון בלתי סביר – הוא לא גילה אכפתיות מספקת, ולכן הוא מכונה לעתים "אדיש" ו"לא אכפתי". אכן, קל הדעת שונה מה"אדיש במובן הצר" אשר חווה ממש תחושה של "לא אכפת לי", אך המשותף ל"קל הדעת" ול"אדיש במובן הצר" הוא שלשניהם הייתה נטיית אופי של אי-אכפתיות מספקת כלפי האינטרס המוגן וכלפי התוצאה אשר באה לידי ביטוי במעשה שעשו. בשניהם התקיימה "אדישות במובן הרחב". ניתן למצוא בפסיקה שימוש במונחים "אי-אכפתיות" ו"אדישות" במובן הרחב הנדון עתה. בפסק-דין הרמן יש התייחסות לסעיף 243 לפקודת החוק הפלילי אשר דיבר, בין השאר, על אדם הפועל באופן "נמהר". בית-המשפט שואל מה פירוש המילה "נמהר" – "האם היא באה לציין אדישות פלילית (recklessness) כפי שנאמר זה עתה, כלומר חזות התוצאות מראש בלי לרצות בה?"<sup>38</sup>. נראה שבית-המשפט מתייחס כאן לכל המצבים של צפיית האפשרות שהתוצאה תיגרם (כשאינן רצון שהיא תיגרם) כמצבים של "אדישות פלילית". כלומר הוא משתמש במילה "אדישות" במשמעות הרחבה הנדונה כאן. ניתן למצוא פסק-דין נוספים שבהם נעשה שימוש ב"אדישות" כמילה נרדפת ל"פזיזות"<sup>39</sup>. גם בספרות אפשר למצוא שימוש כזה<sup>40</sup>.

38 ע"פ 80/53 הרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 1006, עמ' 1010.  
 39 בע"פ 267/89 מועד נ' מדינת ישראל (לא פורסם) נאמר על-ידי השופט בך (בסעיף 6 לפסק-הדין) כי בעבירת הניסיון לרצח אין להסתפק בכוונה "מסוג פזיזות או אדישות... אלא יש להוכיח קיומה של כוונה ממשית לגרום למות הקרבן". בת"פ (ת"א) 259/92 מדינת ישראל נ' שמוקלר, פ"מ תשנ"ג (1) 64, נאמר על-ידי השופט סטרשנוב (בסעיף 4 לפסק-הדין) כי לצורך הוכחת עבירת ההריגה דרושים היסוד הפיסי ו"היסוד הנפשי, הבא לידי ביטוי בכך שהנאשם נהג מתוך 'פזיזות', כלומר, מתוך ראייה, כי התנהגותו עשויה לסכן את חייו של אחר. דהיינו, לעניין היסוד הנפשי של פזיזות, נדרשת חזות מראש של התוצאה ואי-אכפתיות או אדישות לתוצאותיה...". בת"פ (ת"א) 40195/03 מדינת ישראל נ' דורון (טרם פורסם) אומר השופט גורפינקל כי בעבירת ההריגה "מעשה אסור" הוא "כל מעשה אשר מסכן חיי זולת, נעשה מתוך מחשבה פלילית וגורם לתוצאה קטלנית. אליו יתווסף היסוד הנפשי אשר הוא הפזיזות, המתבטא ב'לא אכפתיות' של נאשם לגבי התוצאה". בת"פ (י-ם) 290/94 מדינת ישראל נ' פודולסקי (לא פורסם) נאמר על-ידי השופט אור (בסעיף 7 לפסק-הדין) שכדי להוכיח את עבירת ההריגה יש להוכיח את היסוד של "פזיזות או אי-אכפתיות" והיא קובעת שבמקרה שלפניה אכן הוכח היסוד הנפשי של "פזיזות או אי-אכפתיות".

40 ראו למשל L. Alexander "Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability" 88 Cal. L. Rev. (2000) 931, p. 937. נטען שם שאת כל הפזיזים ניתן לתאר

שימוש במושג "אדישות" במובן רחב שאינו מוגבל ל"אדישות במובן הצר" ניתן למצוא גם בהגדרת הרצח של ה-Model Penal Code האמריקני. סעיף 210.2 לקוד זה קובע שלוש חלופות לעבירת הרצח. האחת היא כאשר המעשה בוצע במטרה לגרום למותו של אדם; השנייה היא כאשר המעשה בוצע תוך צפייה של מותו של אדם ב"ודאות מעשית"; החלופה השלישית היא כאשר המעשה בוצע עם פזיזות ביחס לחיי אדם, בנסיבות המגלות "אדישות קיצונית לערך של חיי אדם"<sup>41</sup>. אם המעשה בוצע ב"פזיזות" כאשר לא מתקיים התנאי של "אדישות קיצונית לערך של חיי אדם" תהיה הרשעה בהריגה. במושג "אדישות" אין הכוונה ל"אדישות במובן הצר". מדברי ההסבר לסעיף עולה כי יוצרי הקוד סברו שיש מקרים של גרימת מוות ב"פזיזות" שהם כה מתועבים עד שהם שווים בדרגת אשמתם למקרים של מעשה שנעשה עם רצון להמית או עם צפייה בוודאות של המוות, ובמקרים אלו צריכה להיות הרשעה ברצח ולא בהריגה. מדברי ההסבר עולה שמדובר בעצם בשיפוט ערכי, אשר מושאר למושבעים, והם יצטרכו להעריך את המקרה על כל נסיבותיו ולהכריע אם התגלתה בו אדישות קיצונית לערך של חיי אדם. דברי ההסבר גם מביאים דוגמאות למקרים שבהם יש להניח שהנאשם יורשע ברצח במסגרת החלופה השלישית<sup>42</sup>. במסגרת דברי ההסבר הארוכים אין שום רמז לכך שהחלופה השלישית לא יכולה לחול במקרה שהעושה קיווה שמוות לא יתרחש. אילו הייתה כוונה ליצור הבחנה בין ה"אדיש במובן הצר" ל"קל הדעת" הבחנה זו הייתה מופיעה בפירוש בדברי ההסבר, וגם הייתה מקלה מאוד על המלאכה של דברי ההסבר. נראה אם כן, שמדובר בסעיף בשיפוט ערכי שיתחשב בין השאר בדרגת ההסתברות שהמוות יקרה, וכן במניעים של העושה, שמטרתו לקבוע עד כמה היה העושה אי-אכפתי ביחס לערך של חיי אדם. האדישות הקיצונית הזו יכולה להימצא גם במקרים שבהם העושה קיווה שהתוצאה לא תתרחש, ולכן מדובר כאן ב"אדישות במובן הרחב". יש לציין כי גם השימוש במינוח של אדישות לערך של חיי אדם, מרמז על כך שלא מדובר כאן ב"אדישות במובן הצר". כאשר מדובר ב"אדישות במובן הצר" מדברים בדרך-כלל ישירות על אדישות ביחס לגרימת התוצאה, בעוד שכאשר מדברים

כאדישים (indifferent). כמו כן, בספר על המשפט האוסטרלי דן המחבר, בין השאר, בסעיף הרצח ב-New South Wales אשר קובע כי רצח מתגבש גם במקרה שבו המעשה נעשה עם "reckless indifference to human life". המחבר מעדיף את הפירוש שענף זה של רצח מתקיים גם במקרה שהנאשם קיווה שהמוות לא ייגרם, והוא מציין שמספר שופטים חמכו בפירוש זה. ראו P. Gillies *Criminal Law* (4<sup>th</sup> ed., 1997), p. 640.

41 ראו סעיף 210.2 ל-Model Penal Code (Philadelphia, 1985). הסעיף מדבר, בחלופה הנדונה, על כך שהמעשה נעשה "recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life"

42 לדברי ההסבר ראו *The American Law Institute Model Penal Code and Commentaries* (Part II, vol. 1, 1980), pp. 13-43.

על "אדישות במובן הרחב" מדברים פעמים רבות על כך שבמעשה התגלית נטיית אופי של אדישות כלפי הערך המוגן. הוכחה נוספת לכך שאין מדובר כאן באדישות במובן הצר ניתן למצוא בהתייחסות דברי ההסבר למקרים של מעשה שנעשה עם רצון להמית. דברי ההסבר מבארים שבמקרה של מעשה כזה אין צורך שהמושבעים ישפטו אם מדובר ב"אדישות קיצונית לערך של חיי אדם" משום שאם המעשה נעשה עם רצון להמית הרי שהוא מגלה מניה וביה אדישות כזו<sup>43</sup>. אך הרי רצון שמוות ייגרם אינו מתיישב עם "אדישות במובן הצר" לכך שמוות ייגרם! על כורחך שמדובר כאן ביחס ונטייה של אי-אכפתיות כלפי הערך של חיי אדם, כלומר מדובר ב"אדישות במובן הרחב". נקודה נוספת בהקשר זה עולה בדברי Williams. בתחילת דיונו הוא מבין את המונח "אדישות" בסעיף האמור כ"אדישות במובן הצר". ואז הוא מקשה: הרי אדישות קיימת במצב שבו העושה חסר רצון שהתוצאה תתרחש, וחסר רצון שהתוצאה לא תתרחש. זהו מצב נפשי שלא ניתן לדירוג לפי עוצמות. אם כן כיצד ניתן לדבר על דרגות של אדישות? כיצד ניתן לדבר על אדישות "קיצונית" ואדישות "לא קיצונית"? ואולם בהמשך הוא מציין שהקוד לא מדבר על אדישות כלפי אירוע המוות אלא על אדישות כלפי הערך של חיי אדם<sup>44</sup>. נראה שכונתו היא לכך שאין מדובר כאן על המצב הנפשי של "אדישות במובן הצר" אלא על הנטייה של אי-אכפתיות כלפי הערך של חיי אדם, אשר מתגלה במעשה. נטייה זו ניתנת לדירוג. למשל, כאשר כל שאר התנאים שווים, אדם שנוטל סיכון של 70% שהמוות ייגרם (ומקווה שהוא לא יקרה) מגלה במעשהו יותר אי-אכפתיות לערך של חיי אדם מאשר אדם שנוטל סיכון של 20% שהמוות ייגרם (ומקווה שהוא לא יקרה). המושג של "אדישות במובן הרחב" מופיע גם בהקשר של "רשלנות", בעיקר כשבאים להסביר מדוע מענישים את הרשולן. במסורת המשפט האנגלי רשלנות כלפי תוצאה מתקיימת כאשר הנאשם לא היה מודע לאפשרות שהתוצאה תיגרם, אך אדם רגיל וזהיר בנסיבות המקרה היה מודע לאפשרות שהתוצאה תתרחש (ובתנאי שמדובר בסיכון בלתי סביר). קיים ויכוח בשאלה אם יש הצדקה להרשיע ולהעניש את הרשולן<sup>45</sup>. יש טוענים שענישת הרשולן אינה תורמת להרתעה כללית. מי שצופה את האפשרות שמעשהו יגרום למוות, עשוי להיות מורתע על-ידי העובדה שהפוזים נענשים, שהרי הוא מבין שאם מעשהו אכן יגרום למוות – הוא עלול לעמוד לדין על גרימת המוות בפזיזות. אך מי שאינו צופה בשעת מעשה את העובדה שהמעשה שלו עלול לגרום למותו של אדם (משום שהוא רשולן), אינו יכול לפני המעשה להיות מורתע מענישת הרשלנים, שהרי הוא כלל לא מודע לאפשרות שמעשהו יגרום למותו של אדם ולכן כלל לא חושב על נושא הענישה לפני המעשה. כל נושא הענישה כלל לא משפיע עליו, הוא

43 שם, עמ' 21-22.

44 ראו G. Williams *The Mental Element in Crime* (1965), pp. 91-93.

45 לסיכום הטיעונים בעד ונגד ענישת הרשולן ראו J. Dressler *Understanding Criminal Law* (3<sup>rd</sup> ed., 2001), pp. 130-131.

לא רואה מהי הרלוונטיות של הענישה למעשהו, שהרי הוא לא מודע לאופי המסוכן של מעשהו. על כך עונים רבים, שברגע שבחברה מסוימת ידוע שגם הרשלנים נענשים, כלומר שאי-מודעות במקרה שהייתה יכולת לדעת גם גוררת ענישה, אנשים באותה חברה נעשים יותר מודעים לסיכונים שבמעשיהם; וכאשר הם מודעים לסיכון, נכנסת לפעולה ההרתעה הנוצרת מקיום עבירות ה"פזיזות". בחברה שבה מענישים במקרים של רשלנות, ייגרמו פחות נזקים, משום שלאנשים בחברה כזו יש תמריץ להיות מודעים לסיכונים שבמעשיהם. לאנשים בחברה כזו יש תמריץ להיות ב"כוננות מחשבתית" שמא המעשה שהם עושים הוא מסוכן. הידיעה הכללית שניתן להיענש על רשלנות, מייצרת יותר מודעות לאפשרות של גרימת נזקים, ובכך מקטינה את כמות הנזק. כך תורמת ענישת הרשלנות להרתעה כללית. ענישת הרשלנות גם תורמת להרתעה אישית. אם אדם שיחק בגפרורים באופן מסוכן מבלי שצפה את האפשרות שהוא עלול לגרום לשכנו נזק גופני עקב הצתה (בנסיבות שהייתה יכולת לצפות זאת), ולאחר שנגרם הנזק הוא הורשע בעבירת הרשלנות הרלוונטית ונענש – יש להניח שבפעם אחרת שהוא יתפתה לשחק בגפרורים הוא כן ישים לב לאפשרות של גרימת הנזק, ויימנע מיצירת הסיכון. אך גם אם נקבל שענישת הרשלנים תורמת להרתעה ומפחיתה נזקים, עדיין עולה השאלה אם הרשלן אשם מבחינה מוסרית. יש הסבורים שאשמה מוסרית מבוססת רק על בחירה. רק מי שבחר לפגוע בערך המוגן או להעמיד אותו בסכנה, אשם מבחינה מוסרית. מי שהיה פזיז כלפי גרימת המוות, אכן בחר להעמיד בסכנה את הערך של חיי אדם ולכן מוצדק לייחס לו אשמה ולהענישו; אך מי שהיה רק רשלן כלפי האפשרות של גרימת מוות, לא בחר להעמיד בסכנה את הערך של חיי אדם, שהרי הוא לא היה מודע לאפשרות שמעשהו יגרום מוות, ולפיכך הוא לא אשם מבחינה מוסרית. נכון שהוא היה יכול להיות מודע לאפשרות של גרימת המוות, אך הרי הוא לא בחר שלא להיות מודע לאפשרות זו, ובהיעדר בחירה לפגוע בערך המוגן או להעמידו בסיכון – אין אשמה מוסרית. לדעת התומכים בעמדה זו עלינו לומר אחת משתיים: או שאין מקום במשפט הפלילי לעבירות של רשלנות, או שיש מקום לעבירות כאלו אך ההצדקה לקיומן נובעת אך ורק משיקולי תועלת (הגוברים בהקשר זה על העיקרון שאין להעניש אדם שאינו אשם מבחינה מוסרית). ואולם רבים סבורים שגם במקרה של רשלנות מתגלה אשמה מצדו של העושה. אם אדם עושה מעשה מסוכן שעלול לגרום למותו של אדם, כאשר האפשרות שהמעשה עלול לגרום למוות לא חולפת כלל במוחו, אך היא כן הייתה חולפת במוחו של האדם הרגיל שהיה עושה את אותו מעשה באותן נסיבות, מתעוררת מאליה השאלה – מדוע האפשרות שהמוות ייגרם לא הופיעה במוחו של הנאשם הנדון? והתשובה הנכונה במקרים רבים היא שאפשרות זו לא הופיעה במוחו של הנאשם דנן, משום שיש פגם מסוים באופיו, והוא – שהערך של חיי אדם אינו מספיק חשוב לו. אילו הערך של חיי אדם היה חשוב לו באותה מידה כמו שהוא חשוב לאדם הרגיל, גם הוא היה צופה את האפשרות שמעשהו יגרום למוות. במילים אחרות, לנאשם דנן לא היה מספיק אכפת מהערך של חיי אדם, הוא בעצם היה אדיש לערך של חיי אדם. האדישות והזלזול של

הנאשם כלפי הערך של חיי אדם, הם שהובילו להיעדר המודעות שלו. מדובר אם כן באשמה שמבוססת על פגם באופי אשר נתגלה במעשה, על נטייה של אדישות כלפי הערך המוגן, כלומר על "אדישות במובן הרחב"<sup>46</sup>. ההתייחסות לרשלן כבר-אשמה בגלל שהיעדר המודעות שלו מגלה "אדישות" לערך המוגן היא נפוצה מאוד<sup>47</sup>. ראוי לציין כי גם בפסיקה בישראל ניתן למצוא התייחסות לרשלנות כמצב שבו מתגלה "אדישות" כלפי הערך המוגן<sup>48</sup>. כמובן שאם מצדיקים את הרשעת הרשלנים בכך שהם מגלים במעשיהם "אדישות" לערך המוגן, מתעורר הקושי כיצד ניתן להצדיק את ההרשעה במקרים שבהם נראה שהעובדה שהנאשם דגן לא צפה את מה שאדם רגיל היה צופה, לא נבעה מ"אדישות" כלפי הערך המוגן, אלא מכך שלנאשם הייתה תכונה (שהוא לא אשם בקיומה) שבגללה הוא לא צפה את מה שהאדם הרגיל היה צופה (כגון כשהנאשם היה בעל פגם פיזי או בעל אינטליגנציה נמוכה או כאשר הוא היה צעיר מהרגיל). דרך אחת להתמודד עם קושי זה היא לזנוח את מבחן האדם הרגיל (או הסביר) ולאמץ לצורך הרשלנות מבחן אינדיווידואלי שבמסגרתו שואלים אם הנאשם על תכונותיו האישיות (גילו, מצבו הגופני, האינטליגנציה שלו וכו') היה יכול להיות מודע לאפשרות גרימת התוצאה<sup>49</sup>. דרך אחרת היא לייחס לאדם ה"רגיל" שעליו שואלים אם הוא (במקום הנאשם) היה צופה את התוצאה, חלק מהתכונות האישיות של הנאשם הנדון. כך, במקרה שהנאשמת היא בת 15, השאלה לא תהיה אם אדם מבוגר רגיל, בנסיבות המקרה, היה צופה את התוצאה, אלא אם נערה רגילה בת 15 הייתה צופה את

46 ראו שם, עמ' 131. המחבר מדבר על "אדישות בת אשמה" (culpable indifference) לזכויות ולאינטרסים של האנשים שמסביב לנאשם. חוסר המודעות מגלה חוסר רגישות לזכויות של אחרים. הוא מגלה פגם באופי.

47 בנוסף למקור שהוזכר בהערה הקודמת ראו גם למשל: K.W. Simons "Culpability and Retributive Theory: The Problem of Criminal Negligence" 5 *The Journal of Contemporary Legal Issues* (1994) 365; J. Horder "Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory" 12 *Law and Philosophy* (1993) 193, p. 204; G. Fletcher *Basic Concepts of Criminal Law* (1998), pp. 116, 128.

48 בע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, נדון סעיף 304 לחוק העונשין העוסק בגרימת מוות ברשלנות. נאמר עליו (בעמ' 12) כי סעיף זה "בא להציב סטנדרט מחמיר בכל האמור לקיפוח חיי אדם. היינו, מגמת החקיקה ותכליתה היו והינן לבוא, להזהיר ולהתריע מפני אדישות, חוסר איכפתיות וזלזול בחיי אדם". ראו גם את דברי פרופ' פלר ש"לעתים, מסמלת הרשלנות אף זילזול גדול יותר בערכים החברתיים מאשר קלות-הדעת...". (פלר (לעיל, הערה 3), עמ' 620). פרופ' גור-אריה כותבת ש"במקרים של רשלנות, העמדה השלילית המשתקפת היא של מעין זלזול בערך המוגן...". ראו מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 "משפטים כד (תשנ"ד) 9, עמ' 31.

49 זה הוא המבחן המקובל בכמה מדינות בקונטיננט. ראו גור-אריה, שם, עמ' 31; מ' קרמניצר "על הרשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד (תשנ"ד) 71, עמ' 89-92.

התוצאה<sup>50</sup>. הדיון בנושא זה חורג ממסגרתו של מאמר זה. לענייננו מה שחשוב הוא כי לעתים מתייחסים לרשלן כ"אדיש במובן הרחב".

#### ד. אי הבנות

כעת ברצוני להצביע על מקרים שבהם יוצר הטקסט התכוון להשתמש ב"אדישות" במובן אחד, ואילו הקורא של הטקסט הבינו במשמעות אחרת. בפסק-דין מרדכי התייחס הנשיא ברק בין השאר ליסוד הנפשי הדרוש בעבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין. סעיף זה עוסק במי ש"גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה". הנשיא ברק מציין שלפי סעיף 90א(1) לחוק העונשין, שנכנס לתוקף יחד עם תיקון מס' 39 לחוק העונשין, יש לפרש עבירות תוצאה בהן מופיע המונח "במזיד" (כאשר מדובר בעבירה שנחקקה לפני כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39), כך שמספיקה "פזיזות" כלפי התוצאה, כלומר – כך שגם קלות דעת כלפי התוצאה מספיקה להרשעה. אם מיישמים סעיף זה על סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין יוצא שבסעיף זה מסתפקים בקלות דעת כלפי המוות. ואולם לפי הבנת הנשיא ברק, הפסיקה שלפני תיקון מס' 39 דרשה במסגרת סעיף 300(א)(3) דווקא אדישות (להבדיל מקלות דעת) ביחס למוות. לפיכך, משאיר הנשיא ברק בצריך עיון את השאלה אם בעקבות תיקון מס' 39 השתנתה ההלכה ביחס לעבירה הנדונה כך שניתן להסתפק במסגרתה בקלות דעת. ההכרעה בשאלה זו לא הייתה הכרחית, משום שבמקרה הנדון התקיימה אדישות ביחס למוות<sup>51</sup>. נראה לי כי הנשיא ברק טעה בהבנת הפסיקה שקדמה לתיקון מס' 39. לפי פסיקה זו די היה בקלות דעת כלפי המוות, כדי לגבש הרשעה במסגרת הסעיף האמור. אמנם, ישנם פסקי-דין שהשתמשו במילים "אי-אכפתיות" או "אדישות" בבואם לתאר את היסוד הנפשי הדרוש לפי הסעיף האמור, אך הם בעצם התכוונו ל"פזיזות", והם לא באו לשלול את העמדה שלצורך הרשעה בעבירה דן ניתן להסתפק בקלות-דעת כלפי המוות.

הנשיא ברק מציין שורה של פסקי-דין שניתנו לפני תיקון מס' 39 ועסקו בעבירה הנדונה, והוא מסכם כי השופט אור היטיב להביע את היסוד הנפשי הדרוש בעבירה זו (לפני תיקון 39) באומרו בפסק-דין גור ש"הלכה היא, שה'זדון', הנדרש להוכחת עבירה על פי סעיף 300(א)(3) לחוק (או סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר קדם לו), טומן בחובו צפיות מראש מצד העבריין של אפשרות גרימת המוות, והתנהגות לא

50 לאפשרות של ייחוס תכונות של הנאשם ל"אדם הרגיל (או הסביר)" ראו לוי ולדרמן (לעיל, הערה 3), עמ' 516-519; קרמניצר (לעיל, הערה 49), עמ' 94; Dressler (לעיל, הערה 45), עמ' 131-133, 141.

51 ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, עמ' 246-248.

אכפתית מצדו לנוכח תוצאה צפויה זו. הלכה זו נקבעה במשפט יעקובוביץ... ובעקבותיה בפסקי-דין רבים אחרים...<sup>52</sup>. הנשיא ברק מציין כי לאור פסיקה זו "נמצא, כי אין בהגדרות החדשות (שבתיקון 39) וב'פירוש' החקיקתי שניתן להן (בתיקון 43) משום שינוי הדין הישן בכל הנוגע ליסוד הנפשי של 'אי איכפתיות' (בלשון ההלכה) או 'אדישות' (בלשון סעיף 20(א)(2)(א)) הנדרש בעבירה לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין", והוא מוסיף כי הוא מבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה "אם אין לומר כי לאחר תיקון 39 ותיקון 43 די ביסוד נפשי של 'קלות דעת' בעבירה לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין"<sup>53</sup>. הנחתו של הנשיא ברק כי הפסיקה שלפני תיקון 39 דרשה דווקא "אדישות", נסמכת על פסקי-הדין שהוא מזכיר, ובמיוחד על פסקי-דין גור שבו מציין השופט אור כי בעבירה זו נדרשת "התנהגות לא אכפתית". אך נראה לי כי עיון בפסקי-הדין מגלה שהם הסתפקו ב"פזיזות" כלפי המוות, כלומר – הם הסתפקו בקלות דעת. פסקי-הדין הראשון שהנשיא ברק מזכיר הוא פסקי-דין יעקובוביץ. זהו פסקי-הדין המנחה ביחס לעבירה הנדונה. בפסקי-דין זה התייחס השופט אגרנט לעבירה הנדונה שהופיעה אז בסעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, ושאל כיצד יש לפרש את המילה "בזדון" המופיעה בסעיף זה. בתחילה הוא מציג מבוא אשר מתייחס לצורות היסוד הנפשי השונות, ובמסגרתו הוא מבחין בין המושגים "כוונה", "פזיזות", ו"רשלנות". ביחס לתוצאות, "כוונה" (intention) קיימת כאשר העושה חזה את האפשרות שהתוצאה תיגרם, וגם רצה בה. "פזיזות" (recklessness) מתקיימת כאשר הנאשם צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם, והוא בכל זאת המשיך לפעול אם מתוך יחס של אדישות לשאלה אם התוצאה תיגרם, ואם בתקווה שהיא לא תיגרם. גם ב"כוונה פלילית" וגם ב"פזיזות פלילית" קיימת ראיית הנולד<sup>54</sup>. מדברים אלו עולה שהשופט אגרנט כולל במושג ה"פזיזות" הן את "אדישות במובן הצר" הן את "קלות הדעת". יותר מאוחר דן השופט אגרנט בשאלת היסוד הנפשי הדרוש בעבירת הרצח לפי הסעיף המוזכר לעיל. הוא מתייחס למצב של "כוונה פלילית" כמצב שבו הנאשם צפה את האפשרות שמעשהו יוביל למות הקורבן ואף חפץ בתוצאה זו, ולמצב של "פזיזות פושעת" שבו הנאשם היה ער לאפשרות שמעשהו יוביל למוות, אף שלא קינן בלבו הרצון שהתוצאה תיגרם. והוא קובע כי לשם הרשעה בסעיף הנדון די להוכיח שהתקיים אחד משני המצבים האמורים: "כוונה פלילית" או "פזיזות פושעת". מה שצריך להוכיח לצורך הרשעה הוא ראיית הנולד<sup>55</sup>. מדברים אלו עולה כי די שהתקיימה פזיזות או במילים אחרות "פזיזות פושעת" – כלומר, צפיית האפשרות שהתוצאה תיגרם שאינה מלווה בחפץ שהתוצאה תיגרם, קרי די בקלות דעת. יותר מאוחר מסכם השופט כי היסוד של "בזדון" צופן בחובו "את

52 שם, עמ' 247.

53 שם.

54 עניין יעקובוביץ (לעיל, הערה 2), עמ' 544-545.

55 שם, עמ' 554.



האלמנט האמור של חזות התולדה הקטלנית מראש; הווה אומר, 'פזיזות פושעת' כמשמעותה במשפט המקובל" וכי בעבירה דנן החליט המחוקק שלא לדרוש כוונה להמית אלא להסתפק "בהוכחה שהנאשם היה ער לתוצאה הקטלנית שצמחה ממעשהו"<sup>56</sup>. הוא מסיים כי בעבירה דנן נדרש שהנאשם "חזה מראש את התוצאה הקטלנית שצמחה ממעשהו זה, בין כתוצאה ודאית בין כתוצאה אפשרית"<sup>57</sup>. לאורך פסק-הדין חוזרת על עצמה הקביעה כי צפיית האפשרות שהתוצאה תיגרם מספיקה להרשעה, וכי היסוד הנפשי של "פזיזות" מספיק להרשעה. מכאן שבדברי השופט אגרנט אין דרישה ל"אדישות במובן הצר" להבדיל מקלות הדעת<sup>58</sup>.

השופט זילברג דן בפסק-דינו בחלופה של סעיף 300(א)(3) שהייתה רלוונטית לדיון שלפניו. הוא נוטה לעמדה שנדרש רצון שהמוות ייגרם, אך הוא מוסיף שאולי ניתן לכלול בחלופה הנדונה "... (כפי שסבור... השופט אגרנט), גם את 'הפזיזות הפושעת' – יחס של זלזול ו'לא איכפתיות' מצדו של העבריין לתוצאה הקטלנית..."<sup>59</sup>. נראה לי שאת דברי השופט זילברג על "אי-אכפתיות" יש לפרש כמתייחסים ל"אדישות במובן הרחב", כלומר שהוא מתכוון כאן בעצם להסתפקות ב"פזיזות". שהרי הוא מתייחס כאן לאפשרות של אימוץ עמדת השופט אגרנט, וכפי שראינו שופט זה הסתפק ב"פזיזות" ולא דרש דווקא "אדישות במובן הצר". נוסף על כך, השופט זילברג מדבר כאן על המצב של "פזיזות פושעת". ביטוי זה הופיע בפסק-דינו של השופט אגרנט במשמעות של צפיית האפשרות של התוצאה (ולא במובן של "אדישות במובן הצר") ויש להניח שהשופט זילברג משתמש בביטוי באותה משמעות.

לאחר פסק-דין יעקובוביץ מופיעים ברשימה של הנשיא ברק עוד כמה פסקי-דין הדנים ביסוד הנפשי של העבירה לפי סעיף 300(א)(3). בחלקם היסוד הנפשי הנדרש מנוסח במונחים של "פזיזות" ללא הזכרה כלל של יסוד ה"אדישות", ובאחרים יש אמנם התייחסות ל"אדישות", אך אין ללמוד ממנה כי תנאי להרשעה בעבירה דנן הוא קיום

56 שם, עמ' 558.

57 שם, עמ' 559.

58 במקום אחד מתרגם השופט אגרנט פסק-דין אנגלי כך שהמילה "בזדון" מתפרשת בו כמצב שבו העושה יודע שייגרם נזק ופועל תוך אדישות למצב זה (עמ' 557 לפסק-הדין), ובמקום נוסף הוא מתרגם פסק-דין מנדטורי ומתייחס אליו תוך שימוש במילים אי-אכפתיות ואדישות ביחס לתוצאה (עמ' 548 לפסק-הדין). ואולם לאור העובדה שבמקומות שבהם מציג ומסכם השופט אגרנט באופן מסודר את עמדתו ביחס לפרשנות הסעיף הנדון הוא חוזר שוב ושוב על העמדה שדי בצפיית אפשרות התוצאה, וכי די ב"פזיזות" ביחס לתוצאה, יש לפרש את ההתבטאויות ביחס לשני פסקי-הדין הללו כך שמדובר בהקשרן על "אדישות במובן הרחב" – במשמעות של "פזיזות".

59 שם, עמ' 571.

"אדישות" דווקא<sup>60</sup>. נראה כי גישתו של הנשיא ברק, שלפני תיקון 39 דרשה הפסיקה דווקא אדישות ביחס למוות, הסתמכה בעיקר על דברי השופט אור בפסק-דין גור אשר

60 בפסק-דין בן שבת עלתה השאלה כיצד יש לפרש את יסוד ה"בודון" שהופיע בסעיף 214(א) לפקודת החוק הפלילי (כיום – סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין). הנשיא אגרנט ציין כי הצדדים הניחו בצדק כי היסוד הנפשי בעבירה זו זהה ליסוד הנפשי של העבירה לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין שלגביו כבר נפסק בפסק-דין יעקובוביץ "כי משמעותו היא: 'לא רק שהנאשם עשה ברצון את המעשה שבעטיו נגרם המוות, אלא שגם חזה מראש את התוצאה הקטלנית, שצמחה ממעשהו זה, בין כתוצאה ודאית בין כתוצאה אפשרית'". ובהמשך חזר הנשיא אגרנט ומציין שהיסוד הנפשי בעבירה לפי סעיף 300(א)(1) הוא "פזיזות" ביחס לתוצאה (ראו ע"פ 315/66 בן שבת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כא(1) 197, עמ' 202-203). אם כן, הדרישה ביחס ליסוד הנפשי בעבירה שבה אנו דנים היא ליסוד נפשי רגיל של "פזיזות", ולא מוזכרת בדברי הנשיא אגרנט כל דרישה ל"אדישות". דבריו כאן גם מחזקים את המסקנה שאליה הגעתי בטקסט – שבפסק-דין יעקובוביץ הסתפק השופט אגרנט ב"קלות דעת" במסגרת העבירה הנדונה. השופט כהן מדבר על כך שמעשה הריגה נעשה בזדון "אם עושהו 'חזה מראש את התוצאה הקטלנית שצמחה ממעשהו זה, בין כתוצאה ודאית, בין כתוצאה אפשרית' (כלשון השופט אגרנט, כתוארו אז, בע"פ 125/50...). הזדון טמון בידיעה – היא הידיעה בדבר אותן התוצאות הוודאיות או האפשריות – ובפעולה על אף הידיעה; ואין נפקא מינה לענין זה אם הפעולה נעשת מתוך כוונה, פזיזות או אדישות לענין השגת התוצאות..." (שם, עמ' 241). גם מדברים אלו עולה כי אין דרישה לאדישות דווקא ודי ב"פזיזות" על כל צורותיה. בפסק-דין ליבוביץ מתייחס השופט ח' כהן ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה הנדונה כאן והוא קובע כי "הזדון" האמור פה אינו אלא הרצון לעשות את המעשה שגרם למוות, מצד אחד, והחזות מראש של התוצאה הקטלנית שצמחה ממעשה זה, מצד שני (ע"פ 125/50). אין מן הצורך שהנאשם רצה לגרום למוות דוקא: די בחזותו מראש 'שפעולתו עלולה להסתיים בתוצאה קטלנית, אם כי אותו זמן לאו דוקא חפץ שיקרה דבר שכזה'" (ע"פ 412/70 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 225, עמ' 236). השופט דורש צפייה מראש של האפשרות שהמוות ייגרם ואינו מזכיר דרישה לאדישות. אמנם, בעמ' 237, בעת יישום הדין לעובדות המקרה מציין השופט שלנאשם לא היה אכפת שהילדה תמות, אך דברים אלו נאמרים משום שאלו היו העובדות במקרה דנן, ולא משום שבעבירה נדרשת דווקא אדישות. עובדה היא שיותר מאוחר, באותו עמוד, מסכם השופט כי "לא נשאר מקום לספק שהמערער עשה לילדה את אשר עשה לה בידיעה 'שפעולתו עלולה להסתיים בתוצאה קטלנית'; ודי בכך כדי לחייב קיום הרשעתו ברצח". כלומר, די בצפיית אפשרות גרימת המוות, ואין דרישה לאדישות דווקא. בפסק-דין חמידה אומר השופט גולדברג כי לצורך הוכחת ה"זדון" שבעבירה הנדונה "די בידיעת הנאשם שמעשהו עלול לגרום למותו של הקרבן, אף אם אין הוא רוצה במות הקרבן". ביישום למקרה הנדון קובע השופט שהפעולה שביצע המערער הייתה מסוכנת לחיי אדם "ואין יסוד להניח כי המערער לא הבין את טיבם של המעשים, ולא העריך את סכנת החיים שנשקפה מהם למנוח" (ע"פ 1258/90 חמידה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 731, עמ' 737). הן מניסוח ההלכה והן מצורת היישום לעובדות המקרה עולה כי די בצפיית אפשרות התגשמות התוצאה, ואין צורך באדישות דווקא. פסק-דין עמאש הוא פסק-דין בן חצי עמוד, שניתן על-ידי הרכב שבו ישב השופט אגרנט. פסק-דין מתאר את פעולת הנאשם וקובע, בין השאר, שהוא עשה מה שעשה בהרגשת שוויון

צוטטו על-ידי הנשיא ברק<sup>61</sup>. השופט אור אומר כי היסוד הנפשי בעבירה הנדונה טומן בחובו "צפיות מראש מצד העברייני של אפשרות גרימת המוות, והתנהגות לא אכפתית מצדו לנוכח תוצאה צפויה זו. הלכה זו נקבעה במשפט יעקובוביץ'..."<sup>62</sup>. מכך שהשופט אור דיבר על התנהגות "לא אכפתית" הסיק הנשיא ברק שהוא דורש "אדישות" ביחס למוות, אך נראה לי כי השופט אור לא התכוון לדרוש דווקא אדישות, להבדיל מקלות הדעת, אלא להסתפק ב"פזיזות". הוא השתמש כאן בביטוי "התנהגות לא אכפתית" במובן הרחב, שבהקשר דנן משמעותו היא כל נטילה מודעת של סיכון בלתי סביר שהתוצאה תארע, כלומר – פזיזות. ההוכחה לכך טמונה בכך שבבואו ליישם את ההלכה על עובדות המקרה השופט כלל אינו דן בשאלה אם הנאשם היה אדיש או קל דעת ביחס למוותו של הקורבן, אלא הוא מסתפק בכך שהוכח כי הנאשם צפה את אפשרות מותו של הקורבן. הוא אומר: "לנוכח עובדות אלה, האם יכול להיות ספק, שהמערער צפה את התוצאה האפשרית של גרם מותו של אורון עד חניקתו? כל אדם בר-דעת היה מבין – והמערער בוודאי הבין וידע זאת – שמניעת אפשרות נשימה במשך פרק זמן כה ארוך עלולה להסתיים במוות. והאם לא הבין המערער, תוך שניסה להתגבר על התנגדות אורון, שזה מנסה לנשום אוויר לריאותיו, ובמעשיו המערער מונע זאת ממנו? ככל אדם בר-דעת המערער בוודאי הבין, שתוצאתה של מניעת נשימה מאורון עלולה להביא למוותו"<sup>63</sup>. השופט מגיע למסקנה שיש להרשיע את הנאשם בעבירה הנדונה, לאחר שקבע שהנאשם צפה את אפשרות המוות, אך בלי שהתייחס לשאלה אם הנאשם היה אדיש או קל דעת. מכאן עולה שלדעת השופט די היה בהוכחת צפיית אפשרות גרימת המוות, ואין צורך בהוכחת "אדישות במובן הצר" דווקא. השופט ממשיך ומבהיר כי "בענייננו די היה לה למאשימה, שתוכיח – לצורך תחולת סעיף 300(א)(3) לחוק –

נפש ולא-אכפתיות כלפי התרחשות המוות. לאחר תיאור המקרה מופיע משפט קצר: "זהו ה'זדון' האמור בסעיף 214(ג) הני"ל" (ע"פ 179/57 עמאש נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 29). לא נראה לי כי הייתה כאן כוונה לקבוע שבעבירה הנדונה נדרשת דווקא "אדישות במובן הצר". בעובדות המקרה שלפניו מצא בית-המשפט אחיזה לכך שהנאשם פעל מתוך אדישות, ולכן הוא תיאר כך את המקרה. לא הגיוני לומר שבמשפט הקצר שבסוף פסק-הדין בא השופט אגרנט לשנות את ההלכה שהוא קבע וביאר באריכות בפסק-דין יעקובוביץ', שבעבירה דנן ניתן להסתפק ב"פזיזות" על כל צורותיה. יש לשים גם לב לכך שבפסק-דין בן שבת (שהוזכר לעיל) שניתן לאחר פסק-דין עמאש חוזר הנשיא אגרנט על הנוסחה שקבע בפסק-דין יעקובוביץ' – שדי בצפיית האפשרות שהמוות ייגרם, ואין בדבריו כל רמז לאפשרות שההלכה שונתה ושבעצם נדרשת "אדישות במובן הצר".

61 עניין מרדכי (לעיל, הערה 51), עמ' 247. ראו את הציטוט המלא לעיל בטקסט הסמוך להערה 52.

62 ע"פ 60/81 גור נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 505, עמ' 514.

63 שם, עמ' 514. ראו גם בעמ' 515: "אפילו לא ניחס למערער, שהוא התכוון לתוצאות מעשה החניקה שלו, הוא בוודאי הבין, שזו תוצאה אפשרית".

שהמערער צפה את האפשרות של גרימת המוות, וזאת בוודאי הוכיחה<sup>64</sup>. גם ממשפט זה עולה כי די בצפיית האפשרות שהמוות ייגרם, ואין צורך באדישות דווקא. לאור זאת נראה שכאשר השופט התייחס לפני כן לדרישה שההתנהגות תהיה "לא אכפתית" הוא לא התכוון ל"אדישות במובן הצר", אלא ל"אי-אכפתיות במובן הרחב" שפירושה בהקשר דנן – פזיזות<sup>65</sup>. בשל הבנת הנשיא ברק את דברי השופט אור כמתייחסים ל"אדישות במובן הצר" הוא הניח כי המצב הפסיקטי בישראל לפני תיקון 39 היה שבעבירה דנן נדרשת "אדישות", ולכן הוא השאיר בצריך עיון את השאלה אם לאחר תיקון 39 נדרשת "אדישות". ואולם, לדעתי השופט אור התכוון ל"אדישות במובן הרחב", כך שהוא התכוון לומר שדי ב"פזיזות" לצורך הרשעה בעבירה דנן. העמדה שדי ב"פזיזות" עולה, כאמור לעיל, גם מניתוח פסקי-הדין האחרים שהוזכרו על-ידי הנשיא ברק. מכאן שאין צורך בהכרעה פסיקטית אם לאור תיקון 39 יש לשנות את ההלכה בקשר לעבירה דנן. ההלכה הייתה ונשארה שדי בקלות דעת ביחס לתוצאה. אם כן, לפנינו דוגמה לאי-הבנה: יוצר הטקסט (השופט אור) התכוון ל"אדישות במובן הרחב" בעוד שקורא הטקסט (הנשיא ברק) הבין את הטקסט כמתכוון ל"אדישות במובן הצר".

אי-הבנות בכיוון דומה לזה שנדון כאן ניתן למצוא גם בספרות. במסגרת הדיון בעבירת האינוס מתייחסים Smith and Hogan לפסק-דין אנגלי אשר קבע בזמנו ש"הפזיזות" ביחס להסכמת האישה מתקיימת גם במקרה שבו העושה היה אדיש (indifferent) לשאלה של הסכמת האישה, כך שהשאלה אם היא מסכימה כלל לא חלפה במוחו. Smith and Hogan מבקרים את ההלכה בהביעם תמיהה: כיצד אדם יכול להיות אדיש לדבר שהוא לא היה ער לאפשרות התקיימותו<sup>66</sup>? ברור שיש כאן אי-הבנה. פסק-הדין התכוון ל"אדישות במובן הרחב" שיכולה להתקיים גם במקרים מסוימים של היעדר מודעות לאפשרות שנסכיבה מתקיימת. Smith and Hogan לא הבינו זאת משום שהם

64 שם, עמ' 515.

65 גם העובדה שהשופט מזכיר את פסק-דין יעקובוביץ (לעיל, הערה 2) כמקור להלכה בנושא העבירה מחזקת את הפירוש הנדון לדבריו, שהרי במסגרת הלכת יעקובוביץ לא נדרשה אדישות. יש לציין שבהמשך פסק-הדין יש התייחסות נוספת מצדו של השופט אור לאדישות. בהסבירו את ההיגיון שעומד ביסוד הסעיף דנן מציין השופט ש"יש חומרה מיוחדת בכך, שאדם לא רק גורם למותו של אדם 'במיד' – דהיינו תוך שהוא צופה את הסכנה הקטלנית ונשאר אדיש לתוצאותיה – אלא שהוא מבצע זאת, תוך שהוא מבצע עבירה אחרת" (שם, עמ' 516). אך לאור ההוכחות שהבאתי לכך שהשופט אור מסתפק ב"פזיזות" על כל צורותיה, נראה לי שגם כאן יש לפרש את הדברים כך שהכוונה היא לאדישות במובן הרחב, כלומר, בהקשר דנן – לפזיזות. כפי שהבהרתי לעיל בטקסט שלאחר הערה 59, גם את דברי השופט זילברג בפסק-דין יעקובוביץ יש להבין כמתייחסים לאי-אכפתיות במובן הרחב.

66 Smith & Hogan (לעיל, הערה 13), עמ' 471.

חשבו רק על האופציה של "אדישות במוכן הצר"<sup>67</sup>. תופעה דומה ניתן למצוא גם במאמר של פרופ' פלר שבו הוא מביע תמיהה על אלו המדברים על מצב שבו השאלה של אפשרות התקיימות נסיבה כלל לא חלפה במוחו של הנאשם, והגורסים כי מצב זה מתקיים לעתים ביחד עם אדישות ואי-אכפתיות כלפי אפשרות קיום הנסיבה<sup>68</sup>. אי-הבנה יכולה להתעורר גם בכיוון ההפוך לכיוון שנדון עד עתה. כלומר, עלול להיווצר מצב שבו יוצר הטקסט התכוון ל"אדישות במוכן הצר" בעוד שקורא הטקסט מבין אותו כמתייחס ל"אדישות במוכן הרחב". אפנה עתה לדון בכך. סעיף 20(א) לחוק העונשין מגדיר "מחשבה פלילית" כמודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה והוא אומר בהמשך "ולענין התוצאות גם אחת מאלה: (1) כוונה... (2) פזיזות שבאחת מאלה: (א) אדישות – בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות; (ב) קלות דעת – בנטילת סיכון..."<sup>69</sup>. קורא שמגיע לקריאת סעיף זה עם ידע מוקדם על משנתם של יוצרי החוק (פרופ' פלר ופרופ' קרמניצר) מבין את החוק, בהתאם לכונת מחבריו, כך שהמצבים של כוונה, אדישות וקלות דעת מתקיימים רק במקרה שהייתה מודעות לאפשרות שהתוצאה תיגרם. קורא כזה לא יטעה לחשוב, למשל, שאדישות – במוכן של הסעיף דנן – יכולה להתקיים גם במקרים מסוימים שבהם העושה לא היה מודע לאפשרות שהתוצאה תיגרם. הקביעה שהמצבים של כוונה, אדישות וקלות דעת מתקיימים רק במקרה של מודעות לאפשרות גרימת התוצאה, מופיעה גם במפורש בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>70</sup>. ואולם מי שקורא את נוסח החוק ללא ידע מוקדם על עמדות יוצרי החוק וללא קריאת דברי ההסבר להצעת החוק, עלול לפרש את החוק בצורה אחרת בעיקר בגלל המילה "גם" שמופיעה בסעיף הנדון. הסעיף מגדיר את המחשבה הפלילית כמודעות לטיב ההתנהגות, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, ואז הוא מוסיף "ולענין התוצאות גם אחת מאלה". קריאת הסעיף לפי מילותיו עלולה ליצור אצל קורא שנשמך רק על מילות הסעיף את הרושם שכעת מוצגים מצבים חלופיים למצב שהוגדר מקודם. כלומר, שביחס לתוצאות מחשבה פלילית מתקיימת לא רק כאשר יש מודעות לאפשרות גרימת התוצאות, אלא גם כאשר היא לא מתקיימת, אך מתקיימת כוונה, אדישות או קלות דעת. אם נתמקד כעת ב"אדישות", הקורא עלול להתרשם שהמחשבה הפלילית כוללת גם מצבים שבהם היה חוסר מודעות מצדו של הנאשם לאפשרות התגשמות התוצאה, ושבהם חוסר המודעות נבע מאדישות כלפי התרחשות התוצאה. כלומר – הוא עלול לחשוב שמדובר כאן

67 הדיון לגבי משמעות ה"פזיזות" בעבירת האינוס ביחס ליסוד של "אי ההסכמה" איבד כעת את משמעותו המעשית באנגליה משום שכעת מסתפקים שם ברשלנות כלפי נסיבת אי-ההסכמה. ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה 33.

68 ראו ש"ז פלר "טעות במצב הדברים" מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 5, עמ' 32.

69 הנוסח המלא מופיע לעיל, בהערה 1.

70 ראו בדברי ההסבר להצעת החוק (לעיל, הערה 6), עמ' 124.

ב"אדישות במובן הרחב", כך שבמקרה שבו התקיימה "אדישות" במובן של נטיית אופי שבגינה הנאשם לא צפה את אפשרות התקיימות התוצאה, תתאפשר הרשעה בעבירה הדורשת מחשבה פלילית. במילים אחרות, אותו קורא דמיוני עלול לפרש את החוק כאילו שמדובר בו ב"אדישות במובן הרחב" למרות שיוצרי החוק התכוונו ל"אדישות במובן הצר". נראה כי ניסוח החוק אינו מוצלח ועדיף היה לנסחו בדרך אחרת, שלא תאפשר לטעות באופן המתואר כאן (אני מודע לכך שהופעת ה"כוונה" בין צורות המחשבה הפלילית שמופיעות בסעיף יכולה לשמש בלם מסוים כנגד פרשנות הסעיף באופן המוטעה המתואר כאן). אילו לא הייתי נתקל כלל בתופעה של מתן פרשנות מוטעית לסעיף הנדון, ייתכן שלא היה טעם בהעלאת הבעייתיות הנדונה כאן, אך עובדה היא שיש כאלו שפירשו את הסעיף (או העלו את האפשרות לפרשו) באופן המוטעה הנזכר לעיל. כוונתי היא קודם כל למלומדים שאינם קוראי עברית ואשר קראו את החוק (או את הצעת החוק) בתרגום. במאמר שנכתב על הצעת החוק מעלה מלומד גרמני את שאלת הפרשנות הנכונה לסעיף 20. הוא מעלה את השאלה אם במקרה של "אדישות" מדובר במצב שבו הייתה ערנות בפועל לאפשרות שהתוצאה תיגרם, או שמא מדובר ב"אדישות" כנטייה אשר יכולה להתגלות גם במקרים מסוימים שבהם העושה לא היה ער לאפשרות גרימת התוצאה (בין אם מדובר במקרה שבו השאלה אם התוצאה עלולה להתרחש כלל לא חלפה במוחו של הנאשם, ובין אם מדובר במקרה שבו הנאשם טעה טעות בלתי סבירה בהגיעו למסקנה שאין סכנה שהתוצאה תתרחש). מחבר המאמר טוען שלא ברור מלשון החוק מהו הפירוש הנכון מבין השניים<sup>71</sup>. בעוד שהמלומד הגרמני נשאר בספק ביחס לפירוש החוק הישראלי, מלומד אמריקני אימץ כמוכח מאליו את הפירוש המוטעה לחוק. במאמר שנכתב על הנושא של אדישות, מתייחס המחבר בין השאר למקרה שבו השאלה אם נסיבה מסוימת מתקיימת כלל לא חולפת במוחו של הנאשם עקב אי-האכפתיות והאדישות ביחס לאפשרות קיום הנסיבה. הוא מציין שיש מחברים הסבורים (כמו מחבר המאמר עצמו) שניתן להתייחס לדרגת אשמתו של נאשם זה כשונה באופן איכותי מדרגת אשמתו של נאשם שטעה טעות בלתי סבירה ביחס לקיום הנסיבה, לאחר שהטריד עצמו בשאלה אם היא מתקיימת. הנאשם הראשון אשם יותר, ודבר זה צריך לבוא לידי ביטוי כאשר באים להגדיר את צורות היסוד הנפשיות. בהערת שוליים המחבר מביא מחברים התומכים בעמדתו, והוא מביא גם את פסק-דין *Caldwell* כפסק-דין המתאים באופן בסיסי לעמדה שאותה הוא מאמץ. בהמשך ההערה מובא, במסגרת רשימת התומכים בעמדה דומה לזו של המחבר, גם סעיף 20 לחוק העונשין הישראלי, אשר מוצג כסעיף אשר מגדיר את "פזיזות" לא במונחים של ערנות לסיכון אלא במונחים של "אדישות" (indifference). מדברי המחבר עולה כי הוא הבין

B. Burkhardt "Some Questions and Comments on what is Called 'The Mental Element of the Offence'" 30 *Isr. L. Rev.* (1996) 82, p. 93

את סעיף 20 לחוק העונשין כך ש"אדישות" מתקיימת לפיו גם במקרים מסוימים שבהם אין מודעות לאפשרות שהתוצאה תיגרם. כלומר, הוא הבין את המילה "אדישות" שבסעיף 20 כמתייחסת ל"אדישות במובן הרחב"<sup>72</sup>.

נראה כי טעות זו השתרבבה גם לפסק־דין ישראלי. בפסק־דין חג'אזי יאסר מטמרה נדון המקרה של נהג אשר הורשע בבית־המשפט המחוזי בחיפה בעבירת ההריגה בשל כך שדרס למוות הולכת רגל בעת שחצתה מעבר חצייה. בבית־המשפט המחוזי נקבע כי הולכת הרגל החלה לחצות את מעבר החצייה כאשר הרכב הפוגע היה לפחות במרחק של 39 מטר ממנה, ושאלו נתן הנאשם את דעתו על המתרחש בדרך שלפניו, היה מבחין במנוחה ברגע שירדה לכביש. במקרה כזה הוא היה מצליח לעצור את הרכב לפני שיפגע בהולכת הרגל. ואולם הנאשם לא נתן את דעתו כדבעי לנעשה בתוך מעבר החצייה, ולכן לא הבחין בהולכת הרגל. לאור הקביעה שהנהג לא הבחין בהולכת הרגל, מתעוררת השאלה אם התקיים אצלו היסוד הנפשי הדרוש לעבירת ההריגה. ואכן, אחת הטענות בערעור הייתה כי לא הוכחו יסודות עבירת ההריגה. השופט קדמי קבע כי יסודות עבירת ההריגה הוכחו. וכך כתב:

"בהכרעת הדין, הגיע בית־המשפט לכלל מסקנה, כי ניתן לקבוע שהנאשם כלל לא הבחין בהולכת הרגל. מסקנה זו מתחייבת מן העובדה שהמערער לא הבחין כלל במנוחה במשך השניות הארוכות, שבהן צעדה במעבר החצייה עד שנפגעה; ומכך שהמשאית לא נעצרה במקום התאונה, אלא עשרות מטרים לאחר מכן. נהג שאינו ממקד את תשומת לבו למתרחש בכביש שלפניו ומרשה לעצמו להתקדם בכביש – המצוי במקום ישוב מאוכלס – כשחשומת לבו נתונה כולה למתרחש במקום 'אחר', נוהג ב'פזיזות' כמשמעותה בסעיף 20(א)(2) לחוק העונשין, לאמור: בשוויון נפש לאפשרות שיפגע באדם שיבקש לחצות את הכביש במעבר החצייה שסומן לצורך זה ואשר החל בחצייה כשהמשאית שבה נהג המערער נמצאת במרחק של כ־39 מ' ממנו. משהוכחה 'פזיזות'

72 K.W. Simons "Does Punishment for 'Culpable Indifference' Simply Punish for 'Bad Character'?" 6 *Buff. Crim. L. Rev.* (2002) 219, pp. 222-224 (note 5) שהתרגום לאנגלית של סעיף 20 אשר היה לנגד עיני המלומד הגרמני והמלומד האמריקני אפשר שתרום להבנה השגויה של הסעיף משום שממנו בהחלט מתקבל הרושם שהמצבים של כוונה, אדישות וקלות־דעת הם מצבים חלופיים למצב של מודעות לסיכון. ראו "Penal Law" 30 *Isr. L. Rev.* (1996) 5, p. 13.

לעניין התוצאה של פגיעה בגופו של אדם – נתמלאה דרישת היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת ההריגה בה הורשע המערער<sup>73</sup>.

בדברי השופט קדמי בולט ההיעדר של קביעה ברורה שהנאשם היה מודע לאפשרות שהתנהגותו תוביל לפגיעה באדם. דווקא לאור הממצא שהנאשם לא הבחין בהולכת הרגל, משום שתשומת-לבו הייתה נתונה לדברים אחרים ולא למתרחש בכביש, עולה השאלה אם באותו זמן שתשומת-לבו הייתה נתונה לדברים אחרים, הוא היה מודע לאפשרות שהולך רגל כלשהו יחצה את הכביש, שהוא לא יבחין בו במועד, ויפגע בו. נראה שהשופט קדמי עוקף את שאלת המודעות, והוא מסתפק לשם הרשעה בקביעה שהעובדה שתשומת-הלב הייתה לדברים אחרים ולא למתרחש בכביש – מגלה בנסיבות המקרה שוויון נפש לאפשרות הפגיעה באדם. לדעת השופט קדמי, ברגע שהייתה אדישות מסוג זה, נכנס המקרה לסעיף 20(א)(2)(א) לחוק העונשין ומתקיימת המחשבה הפלילית. נראה אם כן שהשופט קדמי פירש את סעיף 20 כך ש"אדישות" יכולה להתקיים גם במקרים מסוימים של היעדר מודעות לאפשרות גרימת התוצאה, כלומר שמדובר כאן ב"אדישות במובן הרחב". ברור שכוונת יוצרי הסעיף הייתה כאן ל"אדישות במובן הצר", אך נראה שהשופט קדמי הבין בטעות כי מדובר כאן ב"אדישות במובן הרחב"<sup>74</sup>. לאור ההנמקה שנתן השופט קדמי להרשעה, אין פלא שהוגשה בקשה לדיון נוסף בטענה שפסק-הדין חורג מן ההלכה שלפיה אין פזיזות בלא מודעות לקיום סיכון. ואולם הנשיא ברק דחה את הבקשה. הוא קבע כי פסק-הדין בערעור לא קבע הלכה חדשה. את ההרשעה מסביר הנשיא ברק בכך שלאור העובדה שמדובר במקרה של "התרשלות רבתי", קמה הנחה משפטית (שניתנת לסתירה) שהתקיים אצל העותר היסוד הנפשי הנדרש, כלומר מודעות לאפשרות גרימת מות המנוחה וקלות דעת לעניין התוצאה הקטלנית<sup>75</sup>. הדברים מוצגים כפירוש לפסק-הדין בערעור, אך קשה לקבל שאכן זו הייתה כוונתו של השופט קדמי, משום שכפי שראינו השופט קדמי כלל לא קבע ממצא ביחס לשאלת המודעות. המסקנה כי הבסיס שמציע הנשיא ברק להרשעה שונה מהבסיס שאותו הציע השופט קדמי גם מתחזקת מכך שהשופט קדמי כלל לא הזכיר את ה"הנחה המשפטית" שעליה מדבר הנשיא ברק, וכן מכך שהנשיא ברק קבע כי הוכחה קלות דעת בעוד שהשופט קדמי דיבר על אדישות. אם השופט קדמי התכוון ל"אדישות

73 ע"פ 6236/97 חג'אזי יאסר מטמרה נ' מדינת ישראל, תק-על 98(2) 408, בסעיף 4 לפסק-דינו של השופט קדמי.

74 אני ער לאפשרות לפרש את פסק-הדין כך שהשופט קדמי התכוון לכך שבמקרה זה יש מודעות אף שלא אמר זאת, אך דומני שהפירוש המוצע בטקסט מתאים יותר לנאמר בפסק-הדין. לאפשרות להבין את השופט קדמי כך שהוא לא ביסס את פסק-דינו על קיומה של מודעות ראו גם ר' קנאי "דיני עונשין – התפתחות ומגמות" עיוני משפט כג (תש"ס) 717, עמ' 752.

75 דנ"פ 3285/98 חג'אזי יאסר נ' מדינת ישראל, תק-על 98(3) 1577.



במובן הרחב, כפי שהוצע לעיל, אזי גם קל יותר להבין מדוע הוא העדיף לדבר על "אדישות" ולא על "קלות דעת"<sup>76</sup>.

## ה. סיום

במאמר זה הצבעתי על התופעה שבשיח המשפטי משתמשים במונח "אדישות" בשתי משמעויות שונות<sup>77</sup>. אי ערנות לתופעה זו גוררת לפעמים טעויות ואי-הבנות, כאשר יוצר של טקסט משתמש במונח זה במשמעות אחת, וקורא הטקסט מבין אותו במשמעות אחרת. כדי למנוע טעויות כאלו חשוב להיות ערים לתופעה הנדונה. למען הסר ספק אציין שוב כי יוצרי תיקון 39 התכוונו בסעיף 20(א)(2) ל"אדישות במובן הצר".

76 ייתכן שהעובדה של "אדישות" יש שתי משמעויות מהווה את אחת הסיבות לכך שיש פסקי-דין המדברים על מצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבה, כאשר הם לא עקביים ביחס לשאלה באיזה מצב בעצם מדובר – אם במצב שבו האפשרות שהנסיבה מתקיימת כלל לא חלפה במוחו של הנאשם בגלל אדישותו, או במצב שבו הנאשם חשד באפשרות התקיימות הנסיבה, אך המשיך במעשהו כי לא היה אכפת לו אם הנסיבה מתקיימת או לא. ראו ע"פ 5424/91 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 497, עמ' 501-503; ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, עמ' 385-388; ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, עמ' 304-307. על הבעיה של חוסר העקביות בנקודה זו בשני פסקי-הדין הראשונים ראו קנאי (לעיל, הערה 37), עמ' 163-164, 168-171; קוגלר (לעיל, הערה 37), עמ' 155.

77 מהדיון בסעיף ג למאמר עולה כי השימוש ב"אדישות במובן הרחב" גם הוא אינו אחיד וניתן לזהות ביחס אליו זרמי משנה. עם זאת לזרמי משנה אלו יש מכנה משותף כפי שהוסבר שם.