

מ א מ ר י ם

אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת-אגב

מאת

פרופ' ש"ז פלר

א. תחום התחולה של הטעות בעובדה: 1§. אימרת-אגב שמוטלת בספק;
2§. אינוס מתוך רשלנות? 3. עובדה שבהיעדרה נשללת פליליות המעשה;
4§. עובדה שבהתקיימותה נוצר מצב השולל את פליליות המעשה; 5§. עובדה
שבהיעדרה מתהווה עבירה קלה יותר; 6§. סיכום. ב. מתכונת ההשתלבות
של היסוד הנפשי שבעבירה ברכיבי היסוד העובדתי שבה: 1§. המתכונת
עצמה; 2§. הסברים נוספים.

א. תחום התחולה של הטעות בעובדה

1§. אימרת-אגב שמוטלת בספק

מעשה שהיה כך היה: בע"פ 256/78 אלון הן ג' מדינת ישראל¹ הורשע המערער בעבירה של אינוס וטענתו לפני בית המשפט העליון היתה כי ביצע את המעשה בהנחה, אם כי מוטעית, כי המתלוננת נענתה לו והסכימה לקיים עמו מגע מיני; ואפילו היתה טעותו כנה בלבד ולא גם סבירה, כך טען המערער, הרי חלות עליו הוראות סעיף 12 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (הוא סעיף 17 לחוק העונשין, תשל"ז—1977), אשר על-פיו אין על האדם לשאת "באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהניח". באשר לסבירות הטעות, הוסיף המערער וטען, אין היא תנאי מהותי לגבי עבירות של מחשבה פלילית, אלא אמת מידה ראייתית כדי לבחון את כנותה של הטעות.

בית המשפט העליון דחה את טענת המערער בנימוק שאין בה אמת וכי "אין אלא להסיק מן העובדות כפשוטן, כפי שהן עולות מהתנהגותו ומדבריו של המערער כי הוא לא טעה טעות כלשהי". כלומר, כי הוא פעל מתוך מודעות מלאה להתנגדות

1 טרם פורסם.

המתלוננת למעשהו. אשר על כן החליט בית המשפט לדחות את הערעור נגד ההרשעה. יחד עם זאת, מוסיף בית המשפט העליון באימרתו הבאה:

"אגב, לו היתה ניצבת בפנינו השאלה מה הדין אם המערער אכן סבר בטעות שנתונה לו הסכמה של המתלוננת וכי אינו פועל נגד רצונה, הרי גם אז לא היינו מסתפקים במסקנה אשר נסבה רק על כנות התרשמותו של המערער, אלא היינו בוחנים את מערכת הנסיבות על פי אמת המידה הנוספת והמצטברת של סבירות ההנחה. התנאי שהותנה על ידי המחוקק לצורך היווצרותה של טעות בעובדה, לפיה על הטעות להיות גם כנה וגם סבירה, אין משמעותו, כגירסתו של הסניגור המלומד, שהסבירות משמשת אך כאמת מידה ראייתית כדי לבחון את כנותה של הטעות; הכנות והסבירות הם לדעתנו שני יסודות נפרדים, אשר חייבים להתקיים בצוותא זה לצד זה, כדי שיונח היסוד להגנת הטעות בעובדה והסבירות נבחנה על פי אמת מידה אובייקטיבית ולא סובייקטיבית, כפי שנטען בפנינו". (ההדגשה במקור)

כלומר, אליבא דבית המשפט, הטעות בעובדה כעילה לשלילת פליליות המעשה, מושתתת על האקסיומה כי כנות הטעות וסבירותה הן שני תנאים מצטברים בהכרח להיווצרות העילה.

25. אינוס מתוך רשלנות?

ובכן, נניח גם אנו כי בית המשפט העליון — או כל בית משפט אחר — היה מאמין למערער כי אכן בעל את המתלוננת בהנחה מוטעית אך כנה כי היא נעתרה לו. במקרה זה, קובע בית המשפט, כי, אם הטעות לא היתה גם סבירה, אין המערער יכול להיבנות מטענת הטעות בעובדה, ומעשהו נשאר בגדר עבירת האינוס על-פי סעיף 345 לחוק העונשין (הוא סעיף 152(1)(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936), שלפיו הואשם. נתעלם לרגע קט מהוראות סעיף 17 לחוק העונשין ומן הטענה של טעות בעובדה לפיו, ונפנה, תחילה, להגדרת עבירת האינוס לפי סעיף 345 לחוק העונשין, שעל-פיו הורשע המערער. לית מאן דפליג כי, מבחינת היסוד הנפשי שבה, זוהי עבירה של מחשבה פלילית², ומבחינת היסוד העובדתי שבה, זוהי עבירה של התנהגות, בהבדל מסוג העבירות שהתהוותן המושלמת תלויה גם בגרימת תוצאה מסוימת. התהוות עבירת האינוס — מבחינת השתלבות שני יסודותיה אלה, זה בזה — מותנית במדעות

2. אם מכוח קביעותיו העקביות של בית המשפט העליון, שלפיהן, בהעדר הוראה מפורשת בהגדרת העבירה בנוגע לסוג היסוד הנפשי הנחוץ להתהוותה, דרושה לשם כך מחשבה פלילית (ע"פ 156/58 היוה"מ נ' חכם, פ"ד יג 651, בעמ' 659; ע"פ 128/61 צאנע נ' מ.י., פ"ד טז 841, בעמ' 843; ע"פ 291/62, 390/62 אבירביעה ואח' נ' היוה"מ, פ"ד יז 2913, בעמ' 2924; ואחרים), ואם מכוח ההוראה הכללית שבסעיף 15(א) לחוק העונשין. (ראה: ש"ו פלר, "היסוד הנפשי שבעבירה ודרישת ה'רציה' לפי משפט הארץ" הפרקליט כג (1967) 308). כמובן, במידה שאין המדובר בעבירה של אחריות קפידה.

העושה לטיב ההתנהגות ולקיום הנסיבות המרכיבות את היסוד העובדתי שבעבירה. הכל מסכימים גם לכך, כי המבחן לייחוס מחשבה פלילית לאדם הוא אישי-סובייקטיבי טהור, ללא כל קנה מידה מהותי חיצוני. השאלה היא אם אותו אדם, על הפוטנציאל השכלי האישי שלו, היה, הוא בעצמו, מודע בפועל לטיב התנהגותו ולקיום הנסיבות, אשר הצמיחו את עבירתו, ולא גם אם משהו אחר, האדם הסביר, במקומו, יכול היה להיות מודע לפרטים האובייקטיביים הללו. אחד מפרטי עבירת האיגוס, כנסיבה רלוונטית להתהוותה, הוא שהעבירה נעברה, כלשון הגדרתה, "נגד רצונה", של האשה, ומכוח היות האיגוס עבירה של מחשבה פלילית, מן ההכרח שהעושה יהיה מודע, בין השאר, גם לפרט זה. במלים אחרות, היסוד הנפשי ההכרחי להתהוות עבירת האיגוס, ועקב כך העבירה עצמה, אינם מתגבשים אלא תוך ידיעת הבורעל, האישית, שהבעילה מתבצעת "נגד רצונה" של האשה.

מכאן עולה, עדיין בהתעלם מהוראות סעיף 17 האמור, כי הרשעת אדם בעבירה של איגוס כשלא היה מודע לפרט האמור, אך בשל כך שאדם סביר במקומו היה מודע לכך שהוא עושה את המעשה "נגד רצונה" של האשה, פסולה. כי פירושו של דבר חד וחלק: ייחוס עבירה של איגוס מתוך רשלנות, כאשר עבירה כזאת נעדרת כליל בחוק, והטלת אחריות פלילית חרף העדר איסור עליה; זהו *crimen sine lege, poena sine crimine*. המואשם באיגוס, שיצליח להוכיח להנחת דעתו של השופט כי קיים את המגע המיני עם האשה בהנחה כנה, אם כי מוטעית, כי היא הסכימה לכך, ייצא זכאי בדינו. יתרה מזו, אף אם הוא יצליח לעורר ספק בלבד, בדבר טעותו לגבי הסכמת האשה למעשה, יהיה די בכך כדי שייחנה מן הספק. כי *in dubio pro reo*, כל זאת, אם הנאשם אינו מעלה את טענת הטעות בעובדה — וזכותו לכך — ומתגונן כלפי ההאשמה במישור היסודות הדרושים להתהוות העבירה, בהתאם להגדרתה שבסעיף האוסר על ביצועה.

כלום מתקבל על הדעת שדינו יהיה שונה אם הוא מתגונן כלפי אותה האשמה במישור הסייגים לפליליות המעשה שאחד מהם הוא "הטעות בעובדה"? בהחלט לא, כי, פשוטו כמשמעו, יקבע סעיף 17 מה שיקבע ותתפרשנה הוראותיו כפי שתתפרשנה, אין אלא עבירה אחת של איגוס והיא עבירה של מחשבה פלילית, ללא כל עבירה מקבילה מתוך רשלנות.

אכן, בסעיף 17 לחוק העונשין, הוזן בטענת "הטעות בעובדה", נקבע כי הטעות צריכה להיות "כנה וסבירה". כמו כן, אין חולקין שאסור לתקן את לשון החוק, לחרוג או לגרוע ממנה בדרך הפרשנות. אבל אם הפעלתו כלשונו מוליכה לידי אבסורד, מן הגמגום שלא להחזיר לחוק את ההיגיון הפנימי, אם רוצים בתחולתו ולא בעקיפתו.³ הפעלת התנאי הקומולטיבי של הטעות — "כנה וסבירה" — לגבי עבירות של מחשבה פלילית, ועבירת איגוס היא אחת מני רבות כאלה — שקולה כנגד יצירת עבירות של רשלנות מקבילות להן, בצינור הוראת סעיף 17 בלבד, בניגוד לכל מערכת הנורמות הפליליות שמגדירות את העבירות הספציפיות למיניהן, והצמדת העונשים הקבועים בשל העבירות

3 ראה: ע"פ 406/69 ברנדל נ' מ.י., פ"ד כד (1) 210; ע"פ 1/52 דוימ'ש נ' היוה"מ, פ"ד ח (1) 456; ע"פ 309/74 גומוריס נ' מ.י., פ"ד כט (2) 421; המ' 560/67 וילברשלג נ' מ.י., פ"ד (2) כא 797; בג"צ 188/53 בצול נ' שר הפנים, פ"ד כד (1) 210; ועוד.

המקבילות של מחשבה פלילית, ל"עבירות" אלה. הרי הוראות סעיף 17 נועדו לסייג את האחריות הפלילית לעניין עבירות קיימות, ובוודאי שלא לשמש בסיס נורמטיבי להרחבת האחריות מעבר לתחומן. בדרך כלל, לגבי כל הסייגים לאחריות פלילית, הסדר הרציונלי הוא, שהעבירה מקדימה את הסייג ואין אבסורד גדול מלראות את הסייג כתשתית נורמטיבית נוספת להגדרת עבירות. במלים אחרות, תחילה צריכה להתקיים עבירה ורק לאחר מכן עשוי לחול סייג לפליליותה, ולא ההפך — שיתקיים תחילה סייג, ואם כי הוא סייג לפליליות המעשה, ייהפך המעשה לפלילי דווקא בעטים של תנאי הסייג בלבד.

לפי סברתו של בית המשפט העליון, אדם שלקח דבר ששייך לזולתו תוך טעות בלתי סבירה לגבי זהות הדבר אך בהנחה כנה שהוא שלן, אם יטען את הטענה של טעות בעובדה, יורשע בעבירה של "גניבה מתוך רשלנות", בניגוד להגדרת עבירת הגניבה, המותנית במודעות לעובדה שהדבר שייך למישהו אחר ואף בכוונה "לשלול את הדבר מבעליו שלילת קבע", כאמור בסעיף 383 לחוק העונשין. (יובחן, כי התנאי "ובלי תביעת זכות בתום לב" אינו שייך כלל לעניין זה.) הייתכן אבסורד כזה? התייתכן הפרה חמורה מזו של עקרון החוקיות, שלפיו אין עבירה באין איסור עליה על-פי חוק? הייתכן שהוראת סעיף 17 תצווה על השופט הכרה באבסורד ובהפרה כאמור?

הזדמן לבית המשפט העליון להידרש פעם נוספת לאותה סוגיה של טענת טעות כנה וסבירה בנוגע לעבירת האינוס, בע"פ 287/79. המערער טען, כי ניסה לשכנע את המתלוננת, תחילה בדיבורים ואחר כך במעשים, וכי "לבסוף אכן נענתה לו אבל עם זאת הוא מודה שהביעה את התנגדותה במלים ברורות מאד". לטענה זו, השיב בית המשפט העליון:

"המערער חשב כפי הנראה שלמרות זאת מותר לו בתור גבר להכניע את רצון המתלוננת אפילו בכוח. אף, כפי שציין השופט לוין, אם אכן חשב כך, גישתו זו בטעות יסודה, ואפילו היתה זאת טעות כנה, אין היא טעות סבירה בהיותה נובעת מדעות מעוותות שהחוק אינו מכיר בהן (וראה ע"פ 256/78).

אם השופט סבר בכך — ואין ספק כי לא יכול היה לסבור אחרת — כי אין טעות זאת רלוונטית מאחר שהיא נוגעת להגדרה הנורמטיבית של עבירת האינוס, לאמור לחוק, ולא לעובדות, כי אז אין באמירה דלעיל כל חיזוק לגירסה כי אין די בטעות הכנה, בעובדה כמובן, כדי לשלול את פליליות המעשה כאשר היא מותנית במחשבה פלילית. אלא, שמיטיב היה לעשות השופט אילו הקפיד בלשונו ואמר "ואפילו היתה זאת טעות כנה, אין היא רלוונטית בהיותה נובעת מדעות מעוותות בנוגע לחוק", במקום לומר "ואפילו היתה זאת טעות כנה, אין היא סבירה בהיותה נובעת מדעות מעוותות שהחוק אינו מכיר בהן". כי מה הקשר בין סבירות הטעות ובין דעות מעוותות לגבי ההגדרה הנורמטיבית של העבירה, כל זמן שהטעות המשפטית הנוגעת להגדרה זו אינה מצדיקה? ואם אין כל קשר בין הדברים, מה פשר ההפניה לע"פ 256/78, שבו מדובר בטעות לגבי עובדה דווקא? אבל, כנראה, שלא נוכל להיוושע מן התשובות לשאלות הללו, כי אין בדיוק קשר הגיוני בין הדברים.

§33. עובדה שבהיעדרה נשללת פליליות המעשה

אנו ערים לגירסה כי התנאי של סבירות הטעות מתבטל, למרות האמור בסעיף 17 לחוק העונשין, אך ורק כאשר יסוד ה"דיעה" של הנסיבה שלגבי קיומה טעה העושה, הוא יסוד מפורש בהגדרתה של העבירה.⁵ גירסה מגבילה זו של נפקות הטעות הכנה בלבד, לתחום העבירות של מחשבה פלילית — הן אם ביסוד מפורש כאמור והן אם בלעדיו — מופרכת מעיקרה על-ידי מבנה העבירה והגדרת המחשבה הפלילית, הבלתי נסתרים. ואילו מן הבחינה הטקטית, מופרכת הגירסה מניה וביה והתנאי מתבטל ללא כל סיג ועוררין, כאשר נטענת הטענה של העדר מחשבה פלילית, במקום לטעון אותה בציגור הטעות בעובדה.

זוהי אנטינומיה אשר, במידה שאכן היא קיימת, הפרשן חייב לעקרה ולשרשה. והאנטינומיה — הדבר והיפוכו, באותה מערכת נורמטיבית — עשויה להיווצר במלוא עוצמתה לגבי מגיין העבירות של מחשבה פלילית כולו, והאינוס בכללו. אמנם, קיימת תרופה טובה לכך, שלא לטעון כלל את טענת הטעות בעובדה, ולהתגונן, כאמור, במישור סתירת המחשבה הפלילית הדרושה להתהוות העבירה, אך נשאלת השאלה — האם סעיף 17 לחוק העונשין נחקק כדי לעקוף היוזקות אליו תוך טענת העדר היסוד הנפשי שבעבירה? כי, לאמיתו של דבר, טענת הטעות בעובדה אינה אלא שלילת היסוד הנפשי האופייני לעבירה בשינוי נוסח לשוני בלבד.

מתכונת הטענה חייבת להיות כפופה, ללא כל סטייה, למתכונת היסוד הנפשי שבעבירה, בדיוק לפי היחס שבין הצילום הנגטיבי לפוזיטיבי. ההבדל הוא רק בסדר הדברים — הנגטיב הוא הצילום הראשון והפוזיטיב הוא השני, ואילו בנושא דיונו, המתכונת של היסוד הנפשי שבעבירה היא נקודת המוצא, ואילו הטענה של טעות בעובדה — השוללת את פליליות המעשה — היא זו המתאימה את מתכונתה למתכונת היסוד הנפשי. (ראה בהמשך את הדיון במתכונת זו.)

הדבר הוא עד כדי כך מחויב המציאות ומובן מאליו, שבספרי חוקים אחדים — כגון הקודקס הפלילי הצרפתי, אם זה שבפועל ואם הצעת החלק הכללי לקודקס פלילי חדש, משנת 1978, הקודקס הפלילי של אוסטרליה, משנת 1974 או של שווייץ, משנת 1937 — אין כל ביטוי נורמטיבי מפורש להשלכת הטעות בעובדה, שהיא רכיב מרכיבי יסוד העובדתי שבעבירה, על היווצרות העבירה: כי העושה את המעשה תוך טעות בפרט רלוונטי להפיכתו לעבירה פלילית, פועל ללא מחשבה פלילית, כפי שמתבטא הקודקס הגרמני, ואם המדובר בעבירה של רשלנות גם הרשלנות תתבטל במידה שהטעות אינה מגלה אף רשלנות. כלומר, הן אם אין קביעה נורמטיבית והן אם יש ואף אין נפקא מינה כיצד היא מנוסחת — לעולם מכפיף סוג היסוד הנפשי שבעבירה את המתכונת של הטעות בעובדה כסיג לפליליות המעשה.⁶ קורלאציה זו מחויבת מטבע הדברים.

יושם אל לב, שנקטנו לשון מסויגת וזהירה בדבר קיומה האמיתי של האנטינומיה שעליה הצבענו. כי נדמה לנו שהיא יותר פרי יצירתה של ההלכה הפסוקה, בעד שלשון החוק החרות מאפשרת, במפורש, את מימוש הוראותיו לגבי סוגיית הטעות

5 ראה: ע"פ 291/62, 390/62 אבירביע ואח' ב' היוז"מ, פ"ד יז 2913.

6 השווה: רות רבין, "ההגיגות" של טעות בעובדה וטעות בדין" משפטים ב (תש"ל) 373.

בעובדה תוך הארמוניה מלאה עם מערכת שאר הנורמות הפליליות הישראליות. ההוראות האופרטיביות של סעיף 17 לחוק העונשין, כולל ההוראה בדבר התנאי הכפול של "הנחה כנה וסבירה", כפופות לסייג האמור בסיפא של הסעיף עצמו: "והוא כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת". צורות היסוד הנפשי, למיניהן, הדרוש להתהוות סוגי העבירות השונים מבחינה זו, מוגדרות בהלכה החקוקה והפסוקה. אף הלכה זו היא בבחינת "הוראה אחרת מפורשת או משתמעת", שלה כפוף גם התנאי הכפול של "הנחה כנה וסבירה", על הרכבו ונחיצותו. במלים אחרות, המחוקק של סעיף 17 הכפוף, במפורש, את התנאי האמור להגדרת הרשלנות, המחשבה הפלילית וחוקת היסוד הנפשי שבעבירות של אחריות קפידה (של איסור מוחלט). בקיצור, הכפוף, כאמור, את המתכונת של הטעות בעובדה כסייג לפליליות המעשה, למתכונת היסוד הנפשי, אשר בהשתלבותו במעשה מותנית התהוות העבירה הפלילית שבה מדובר, ובכך הגשים את ההיגיון הפנימי שבדבר.

לכן, כאשר נטענת טענת הטעות בעובדה רלוונטית להתהוות העבירה כסייג לפליליות המעשה, מן הדין להבחין בין סוגי העבירות לפי סוג היסוד הנפשי הדרוש להתהוותן ולהכפוף את תנאי הטענה להבחנות אלה. והרי התוצאות של פעולה זו, המחויבת מטבע הדברים:

- (1) הפנות והסבירות הן שני מבחנים מצטרפים של הטעות בעובדה, רק כשהיא נטענת לגבי עבירות של רשלנות. כי רק לגביהן ניתן לומר שהאדם לא התרשל אם גם אדם סביר, במקומו, היה טועה אותה טעות — כלומר כאשר הטעות היתה גם סבירה ולא רק כנה.
- (2) באשר לעבירות של מחשבה פלילית — על כל צורותיה — די בכך אם הטעות היא כנה, כי די בכנותה בלבד כדי לשלול את המחשבה הפלילית ובכך גם את פליליות המעשה כולו. דרישת הסבירות עשויה ליצור, בצינור סעיף 17, עבירה מקבילה של רשלנות ללא עיגון בהוראות הספציפיות המגדירות את העבירות למיניהן.
- (3) באשר לעבירות של אחריות קפידה (איסור מוחלט), אין כל נפקות לטעות בעובדה, לא כנה ולא גם סבירה, כל עוד ההנחה שהן מתבצעות לפחות מתוך טעות בלתי סבירה, כלומר לפחות מתוך רשלנות, היא בלתי ניתנת לסתירה.⁷
- (4) ניתן לדמות, חלקית כמובן, לעבירות של איסור מוחלט, את העבירות התלויות, בין השאר, באלמנט נסיבתי שלגביו בלבד קבע המחוקק חזקה מוחלטת של ידיעה. התלקיות מתבטאת בהעדר נפקות לטעות בקיומן של נסיבות אלה בלבד, לא כנה ולא גם סבירה.

7 ראה את הגישה החדשנית לעניין האיסורים המוחלטים בסעיף 13 להצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש, שזו לשונו:

13. (א) אדם נושא באחריות קפידה על עבירה אם נקבע בחיקוק או משתמע קפידה מטיבו או ממטרתו שעבירה על-פיו אינה טעונה מחשבה פלילית או רשלנות.

(ב) לא יישא אדם אף באחריות קפידה אם הוכיח שנהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ושעשה כל שניתן היה לעשות כדי למנוע את המעשה או את תוצאותיו.

(ג) לא יידון אדם למאסר בשל עבירה, אם לא הוכחו מחשבה פלילית או

רשלנות.

ההצעה, כולה, פורסמה במשפטים י' (תש"מ) 203—229.

ההבחנות הללו אינן עניין של השקפה, גישה או סברה, תוך אפשרות לתת עדיפות לברירה זו או אחרת. הן מחויבות המציאות והגיון הדברים, ללא אלטרנטיבה. לכן, גם בנינו את דברינו, ראשית כל, על המציאות וההגיון הפנימי שבה, ללא הסתמכות על אסמכתאות ועל מה שאמרו או לא אמרו אחרים. מה גם שלא חסר להן — להבחנות אלה — גם הגיבוי הגורמטיבי שבסיפא של סעיף 17 לחוק העונשין.

כל השיקולים דלעיל מחייבים את המסקנה כי יש להתעלם התעלמות גמורה מן התנאי של סבירות הטעות כשמדובר בעבירות של מחשבה פלילית.

אמנם, ניתן להציג את השאלה מדוע נקט המחוקק לשון "הנחה כנה וסבירה, אך מוטעית", שהולמת את עבירות הרשלנות שהן התריג בתחום הפלילי, ולא התאים את לשונו לעבירות של מחשבה פלילית, שהן הכלל דווקא, תוך התייחסות ל"הנחה מוטעית", פשוטו כמשמעו. שהרי ממילא כפופות ההוראות האופראטיביות של סעיף 17 לסייג שבסופו, ואן, לגבי העבירות של מחשבה פלילית תספיק "הנחה כנה, אך מוטעית", לגבי העבירות של רשלנות תידרש "הנחה כנה וסבירה, אך מוטעית", וכן הלאה, הכל מכוח אותה כפיפות להגדרת היסוד הנפשי האופייני לעבירה. אבל זוהי שאלה הנוגעת לטכניקה החקיקתית, החיצונית הפורמלית, המוצלחת או פחות מוצלחת — אך לא להארמוניה הפנימית העניינית שבמערכת הגורמות שנוגעות לנושא דיונו.

ציינו בפתח דברינו, כי כל דיונו מבוסס על ההנחה כאילו היתה אימרת אגב שבפסק הדין של בית המשפט העליון ה-ratio של פסק דינו. וניתן להגות, שאילמלא היה דוחה את טענת המערער כטענת שקר, היה בית המשפט הופך את אימרתו — שהיא אגב, אקסיומטית — ל-ratio של פסק דינו. אלא שקשה לקבוע זאת בביטחון מלא; כי אילו היה בית המשפט משתית את פסק הדין על ההגמקה in jure שבאימרת אגב, היה צריך להעביר קודם את ממצאיו — וביניהם גם את הנתון שהמערער הניח בכנות כי הוא בעל את המתלוננת מרצונה — במבחן הגדרת העבירה של איגוס. שהרי ראשית כל יש לקבוע את דבר העבירה ורק לאחר מכן ניתן לדון אם קיים סייג לפליליותה. אז היה נתקל בית המשפט באנטינומיה — שדרישת "סבירות" הטעות לגבי עבירות של מחשבה פלילית יוצרת, ללא חוק, עבירות מקבילות של רשלנות.

אולם, כשאמר מה שאמר אגב אורחא בלבד, לא היה מצווה להעמיד את דבריו במבחן מציאות העניין. מכאן הסיכון ואף, ללא הפרזה, השלילה שבאימרות אגב. כי, אם בשעת אימרת האגב, לפעמים, האומר אותה עדיין רואה חובה לעצמו לנמק בצורה כלשהי מדוע הוא מחשיב אותה כמעין אקסיומה, במהרה מסתמנת המגמה הטבעית — בוודאי גם הנוחה — לראות באימרה אקסיומה של ממש, שאין עוררין עליה ושאינו עוד לעמוד על הגיון הדברים שבה. בתחום זה, התהליך מן ה"מדוע כך" ל"ככה זה" הוא קצר למדי. לכן, יורשה לנו לגרוס פעם נוספת כי עדיף אולי להימנע מאימרות אגב ככל שניתן. הנוק עלול להיות גדול מן התועלת, אם בכלל, שבהן. והא ראייה לכך: כבר בע"פ 287/79, שבו דנו לעיל, מפנה בית המשפט העליון, ללא כל הבהרה, היסוס או סייג, לע"פ 256/78 — כמובן לאימרת האגב שבו — כאילו המדובר ב-ratio שעליה בנוי פסק הדין.

לדעתנו, אין כל מנוס מן המסקנות דלעיל בנוגע לפרשנות הוראות סעיף 17 לחוק העונשין, אם רואים בטעות בעובדה עילה ששוללת את פליליות המעשה אגב שלילת היסוד הנפשי הדרוש להתהוות עבירה פלילית עקב אותו מע-

שה, ואם רוצים להימנע מן האבסורד בפירוש המילולי והמקוטע של אותן הוראות והאנטינומיה שאליה הוא מוליך תוך התעלמות מן הסייג שנקבע בסיפא של הסעיף.

§4. עובדה שבהתקיימותה נוצר מצב השולל את פליליות המעשה

ברם, ניתן לפרש את ההוראות האמורות — על החלק האופראטיבי והסייג שבהן יחדיו — כמנוסחות כך שיהיה בהן כדי למלא תפקיד נוסף — אם לא תפקיד אחר — לזה של שלילת היסוד הנפשי שבו מותנית פליליות המעשה. כי, כאמור, לשם טענת החפות מפשע תוך שלילת היסוד הנפשי הדרוש להתהוותו, אין צורך בהוראה מיוחדת כלשהי. כשם שהאדם עשוי להתגונן מפני האשמה הפלילית תוך כפירה בפרטים הנמנים עם היסוד העובדתי הדרוש להתהוות העבירה, ואין דורש הוראה מיוחדת שתאפשר כפירה כאמור, כך גם רשאי אדם להתגונן מפני האשמה במישור ההיבטים המנטאליים הדרושים להתהוות העבירה המיוחסת לו. והראינו לעיל, כי יש ספרי חוקים פליליים אשר כלל אינם דנים בטעות בעובדה כעילה ששוללת את היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, כגון החוק המצוי והחוק המוצע בצרפת, הקודקס האוסטרי. לעומת זאת, קובע סעיף 8 לקודקס הפלילי של אוסטריה כי "מי אשר מניח מצב דברים ששולל את אי חוקיות המעשה אינו עניש בשל ביצוע זדוני. הוא ייענש על ביצוע מרושל אם הטעות נובעת מרשלנות ואם הביצוע מתוך רשלנות הוא עניש בדין"⁸. בקומנטר על הוראת סעיף זה מוסבת תשומת הלב כי "הטעות בנוגע למעשה" — ein Tatirrtum — שוללת את המחשבה הפלילית מכוח הגדרת היסוד הנפשי שבעבירה, ואילו סעיף 8 האמור אינו דן בטעות זו, אלא "בהגחה מוטעית לגבי מצב דברים המצדיק את המעשה", כאמור בכותרת השוליים של הסעיף. ובהמשך, לשם המחשה כי אין המדובר בטעות לגבי המעשה עצמו, אלא לגבי "מצב דברים" שבו נעשה המעשה, הקומנטר מתייחס, לדוגמה, להגנה הפרטית המדומה, בלשון המקור "Putativnotwehr"⁹. בדומה לכך, נקבע בסעיף 19 לקודקס הפלילי השווייצרי, כי "מי אשר פועל עקב הערכה מוטעית של מצב הדברים, יתן את הדין לפי הערכה זו אם היא לטובתו". ובהמשך נאמר כי אם האדם "יכול היה למנוע את הטעות תוך נקיטת זהירות ראויה, הוא עניש על רשלנות, אם החוק מעניש את התנהגותו כעבירה של רשלנות"¹⁰.

8 והרי נוסח הסעיף במקור:

"Irrtümliche Annahme eines recht-fertigenden Sachverhaltes" 8. Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Rechtswürdigkeit der Tat ausschliessen würde, kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht bestraft werden. Er ist wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist."

9 ראה: 6-7 (3 Auflage, Wien, 1975) Forregger & Serini, *Strafgesetzbuch*

10 והרי לשון סעיף 19, במקור ובמלואה:

"Erreur sur les faits" Celui qui aura agi sous l'influence d'une appréciation erronée des faits sera jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable.

כותרת השוליים של הסעיף היא "טעות במצב הדברים". והמעניין הוא שהמלומד לוגוז¹¹ מעיר, כי בשל הקורלאציה בין הגדרת היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה ובין הטעות בעובדה, הסדרת הטעות בנוגע לרכיב רלוונטי לפלילות המעשה "עשויה להיראות מיותרת לפחות לצרכי שופטים מקצוענים". אבל הוא דן בשתי היפותזות נוספות שהמשפטן יתקשה לפתור ללא בסיס נורמטיבי מפורש. הראשונה מביניהן היא טעות במצב דברים אשר אילו היה לאמיתו כפי שהעושה הניח, הוא היה שולל את פלילות המעשה כדוגמת הגנה לגיטימית מדומה — בלשון המחבר "légitime défense dite putative". ההיפותזה השנייה, שבה דנים גם בהמשך, היא כאשר עקב טעות לא ידע העושה על קיום נסיבה אשר הופכת את מעשהו לעבירה חמורה יותר מאשר זו שהיתה מתהווה מן העובדות כפי שהניח אותן¹².

אם ננתח באופן מדויק את הוראות סעיף 17 לחוק העונשין הישראלי, ניווכח לדעת כי גם הן — כהוראות סעיף 8 לקודקס האוסטרי או סעיף 19 לקודקס השווייצרי — דנות "בהנחה... מוטעית בדבר מצב דברים", אשר, אילו הלם את המציאות, היה בו כדי להשפיע על פלילות המעשה שנעשה בו, ומצוות על הטלת אחריות על האדם כ"אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהניח". אין כל התייחסות מפורשת לטעות שנוגעת למעשה העבירה גופו, ולו גם לרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי שבה. באשר לטעות הנוגעת למעשה עצמו, היא ממילא תשלול את פלילות המעשה מכוח הגדרת היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, ואין כל צורך בהוראה מיוחדת לעניין זה, אם כי נוסח הסעיף עשוי לכסות גם היפותזה זו. אבל, על מנת שהטעות בדבר "מצב דברים" כאמור תשלול את פלילות המעשה שנעשה בו, נחוצה הוראה מיוחדת של החוק הפלילי¹³.

לגבי מצב דברים כזה — למשל מצב של "צורך" מדומה — יש מקום מלא, הגיוני ונורמטיבי, לתנאי הכפול. דהיינו שהטעות, שבגללה האדם הניח שאותו מצב קיים, תהיה, ככלל, "כנה וסבירה", כאחת, "והוא כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת",

Le délinquant qui pouvait éviter l'erreur en usant des précautions voulues est punissable pour négligence, si la loi réprime son acte comme délit de négligence."

יש לציין, כי בטקסט הרשמי הגרמני נקראת העילה "irrige Vorstellung über den Sachverhalt", כלומר כינוי דומה לזה שבקודקס האוסטרי.

P. Logoz, *Commentaire du code Pénal Suisse, Partie Générale* (2 ed., Neuchâtel, 1976) 99–105. המעניין הוא, שהמחבר דן בנפקות הטעות בעובדה, בהתאם לשלוש ההיפותזות הנמורות, ואף לפי אותו סדר שבנו דנו בהן גם אנחנו.

12 הרי בית המשפט העליון כבר "הרכיב" את הוראות סעיף 17 על הוראות סעיף 22 לחוק העונשין, והכיר במצב של הגנה עצמית מדומה כעילה לשלילת פלילות המעשה. ראה ע"פ 94/49 היוה"מ נ' עפלה, פ"ד 496.

13 במבט ראשון ושטחי ניתן היה לגרוס, כי במקרה האחרון — קיום הנפש והעדר הגוף, לגבי עבירת-האם — אנו נמצאים לפני ניסיון לדבר עבירה מן הסוג "הבלתי-יצלח" או "הכושל", בשל העדר נסיבה רלוונטית להתהוות עבירת-האם המושלמת. אך לא הוא, כי לעולם הניסיון מתאפיין בחסר מבחינה אובייקטיבית בהשוואה לעבירה המושלמת, ואילו כאן המדובר בעודף לעומתה. לכן, אילמלא הוראות סעיף 17 לחוק העונשין ניתן היה וגם צריך היה להידרש לפרשנות הגיונית מכוח השיקול של "קל-וחומר", per a fortiori, כדי לממש את מטרת החוק המובהקת.

כגון טעות לגבי ביצוע המעשה בכוונה תחילה, כאשר המסייע הניח שהביצוע הוא ספונטאני. יובחן כי במקרים הללו היחס שבין העבירות — המדומה והאמיתית — אינו תמיד כבין עבירת-אם לבין עבירת-בת.

בלשון של הכללה, ההיפותזה השלישית כוללת, כאמור, את המקרים שבהם הטעות בעובדה גורמת להגדרה אחרת, קלה יותר, של התנהגות העבריינית, מזו שהיתה הולמת את העובדות לאמיתן.

אך ההבחירות דלעיל מחייבות השלמה. מה בדבר התנאי הכפול — הנחה "כנה וסבירה" בהקשר של היפותזה זו? כאמור, תנאי זה, כהוראת סעיף 17 כולה, כפוף לסייג שבסיפא של הסעיף: "והוא כשאינן הוראה אחרת מפורשת או משתמעת". אם המדובר בעבירה של מחשבה פלילית, תתבטא הכפיפות בהסתפקות בהנחה "כנה" בלבד, ואילו לגבי העבירות של רשלנות התנאי יישאר כפול כאמור, כשם שלגבי העבירות של אחריות קפידה אין לטעות בעובדה כאמור כל גפקות.

65. סיכום

לסיכום, מן הנמנע לפרש את החלק האופראטיבי של הוראות סעיף 17 לחוק העונשין תוך התעלמות מן הסייג האמור בסיפא של הסעיף.

הוראות אלה עשויות לשמש בסיס לפתרון משפטי כשנטענת טענת הטעות העובדתית בשלוש ההיפותוזות שלהלן:

- טעות בעובדה שהיא חלק מהגדרת העבירה, כאשר היעדרות העובדה היתה שוללת כליל את פליליות המעשה;
- טעות בעובדה שהיא חיונית להתהוות מצב השולל את פליליות המעשה שנעשה בו, כאשר התקיימות אותה עובדה היתה שוללת, שוב כליל, את פליליות המעשה;
- טעות בעובדה, שהיעדרה — של העובדה כמובן — היתה מכניסה את האירוע לגדר עבירה אחרת, קלה יותר.

בשלוש ההיפותוזות, מתנהג האדם בהנחה מוטעית, "במצב דברים"; לכן נוסח הסעיף הולם את שלושתן. המשותף לשלושת ההיפותוזות הוא, שבהתקיימותן האדם אינו נושא "באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים כפי שהניח" — כלומר בהיפותוזות הראשונה והשנייה שחרור מלא מאחריות ובשלישית אחריות בשל עבירה קלה יותר. גם מבחינה זו הולם נוסח הסעיף את שלושתן.

אילו התעורר צורך בפתרון להיפותזה הראשונה בלבד, לא היה מתבקש הסדר נורמטיבי כלשהו. כי ההיפותזה מתבטאת בשלילת היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, בכך לשלילת העבירה עצמה, ובאין עבירה אין ממילא אחריות פלילית. הוראות סעיף 17 מתבקשות רק לצורכי ההיפותוזות השנייה והשלישית. יחד עם זאת, אין כל מניעה להשעין גם את הפתרון להיפותזה הראשונה על הוראות אלה.

בשלוש ההיפותוזות, הפתרון הנורמטיבי מושתת על שילוב הסייג שבסיפא של הסעיף בהוראות האופראטיביות שלו. כתוצאה מכך, כפופים תנאי הטעות בעובדה ועצם גפקות המשפטית של הטעות למתכונת היסוד הנפשי כלפי עובדה זו, שבו מותנית פליליות המעשה אובייקט הדיון.

באשר לכותרת השוליים — "טעות בעובדה" — של סעיף 17 לחוק העונשין, אין בלשונה משום צמצום תחום ההסדרה של הוראות סעיף זה להיפחות הראשונה בלבד, כי גם בשתי ההיפחות האחרות, אובייקט הטעות הוא "עובדה" והעיקר, לשון הוראות הסעיף, הפשוטה והברורה, מקיפה ומכסה גם את שתי ההיפחות הללו ואף במשנה היגיון — אותן מאשר אותה. על כל פנים, הבכורה היא תמיד ללשון ההוראה על-פני כותרת השוליים¹⁵.

האמת היא, שניסינו להתחקות בגנוז המדינה אחרי תולדות הוראות סעיף 17 לחוק העונשין כדי לעמוד על כוונת מחוקקן מעבודות ההכנה של פקודת החוק הפלילי המנדטורית. לא מצאנו דבר וחצי דבר שיש בו נגיעה לנושא זה. אבל, אפילו מצאנו חומר המצביע על כוונה שאינה עולה בקנה אחד עם הניתוח דלעיל, היינו מגזעים מלהיזק לכוונה זו משני שיקולים, שכל אחד מהם בנפרד יש בו כדי מניעה מכך. האחד הוא שאין להוציא את לשון החוק מפשוטה בשם כוונת המחוקק, אפילו כאשר ניתן לגלות; השיקול האחר הוא, שאם תפורשנה הוראות סעיף 17 ברוח הפרשנות הנקוטה בע"פ 256/78, פרשנות זו תסתור את מטרתן המובהקת של הוראות אלה — לשמש בסיס לשלילת פלילות מעשה שאחרת היה מצמיח עבירה פלילית, או בסיס להפחתת פלילות מעשה שאחרת היה מצמיח עבירה חמורה יותר, ובשום פנים ואופן לא לשמש בסיס נורמטיבי להגדרת מעשה כעבירה פלילית שאינה קיימת במניין העבירות המוגדרות בדיני העונשין הספציפיים.

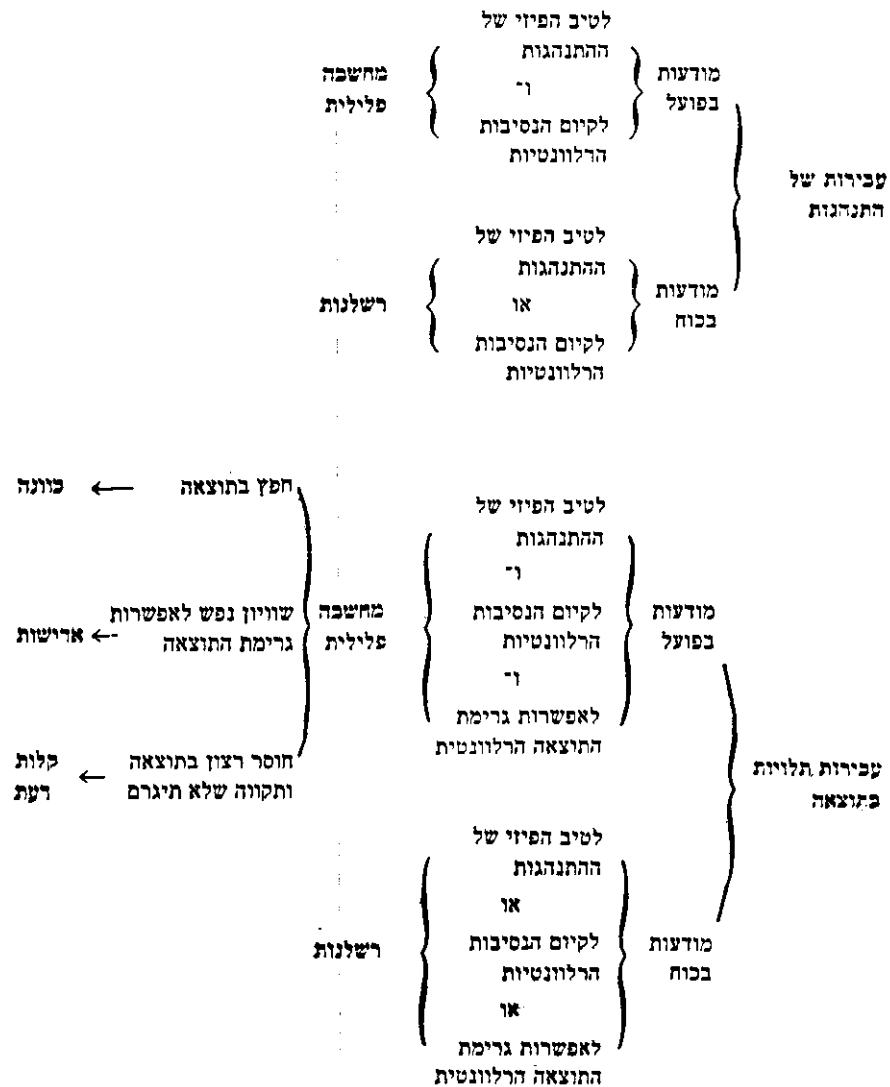
ב. מתכונת ההשתלבות של היסוד הנפשי שבעבירה ברכיבי היסוד העובדתי שבה

§1. המתכונת עצמה

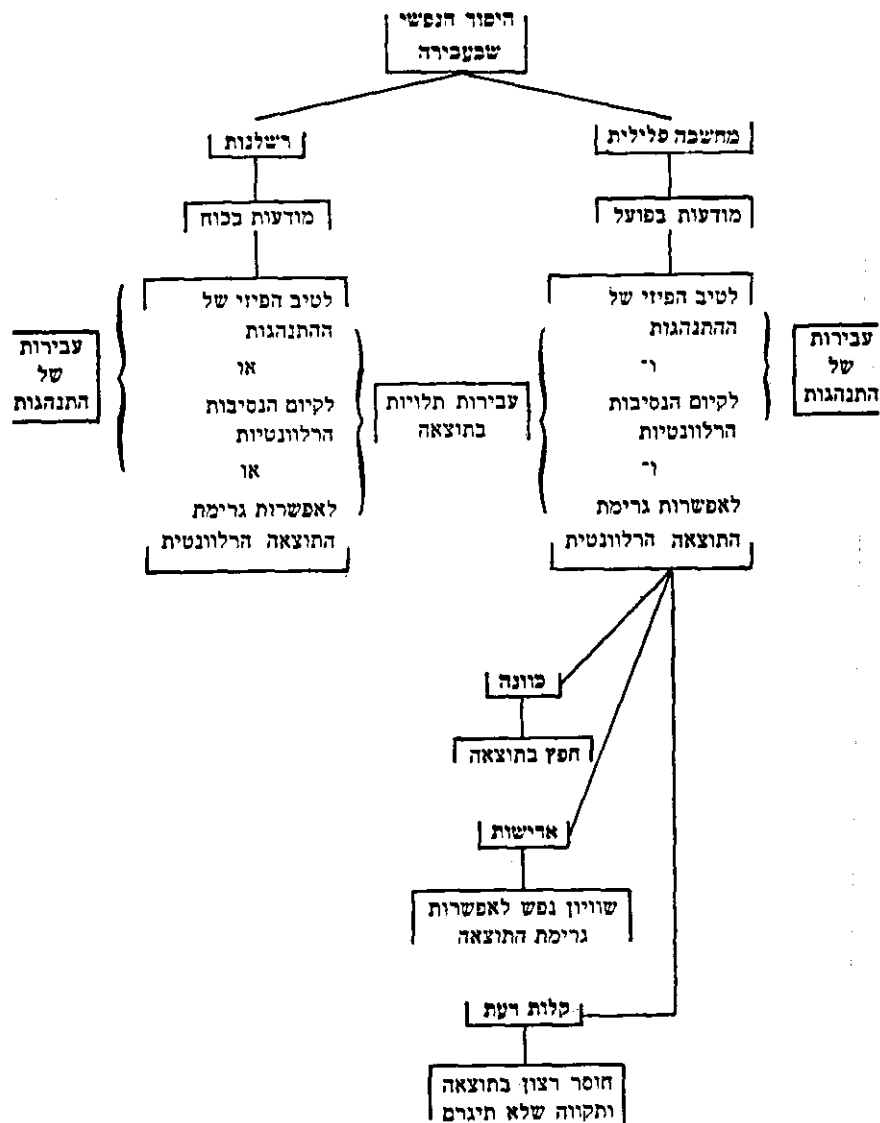
ניתן להציג את המתכונת האמורה כשנקודת המוצא היא סוג העבירות לפי התפלגותן לעבירות של התנהגות ולעבירות שתלויות גם בתוצאה נתונה, ונקודת ההגעה היא צורות היסוד הנפשי האפשריות בהתאם להתפלגות זו; וניתן להציג את המתכונת, כשנקודת המוצא היא הצורות הבסיסיות של היסוד הנפשי העשוי לאפיין עבירה פלילית, על התפלגותן האפשרית בהתאם לחלוקת העבירות לשני הסוגים האמורים — של התנהגות בלבד או גם של תוצאה. המתכונת היא זהה לחלוטין; רק דרך הצגתה היא שונה — האחת, אינדוקטיבית והאחרת, דדוקטיבית. בהמשך נסביר את ההצטמצמות לצורות "הבסיסיות" בלבד, של היסוד הנפשי. והרי המתכונת, על שתי נקודות המוצא שלה:

15 ע"פ 44/52 דיאב נ' היוה"מ, פ"ד ו 922; ע"פ 317/63 צור נ' היוה"מ, פ"ד יח (1) 85; ע"פ 155/59 דרעי נ' היוה"מ, פ"ד יד (1) 234; ע"פ 325/64 היוה"מ ג' ירקוני, פ"ד יח (4) 20; ועוד.

(1) כשנקודת המוצא היא התפלגות העבירות:



(2) כשנקודת המוצא היא התפלגות הצורות הבסיסיות של היסוד הנפשי שבעבירה:



§2. הסברים נוספים

המתכונת דלעיל מחייבת הסברים והבהרות מספר:

(א) המתכונת איננה דנה אלא בצורות "הבסיסיות" של היסוד הנפשי הדרוש להתהוות עבירה פלילית. כי הצורות המיוחדות, השקילויות למיניהן והבחנות אחרות — כגון הכוונות המיוחדות, לפי תהליך התגבשותן או המטרה המיוחדת שלשמה מתבצע מעשה העבירה, הכוונה על תנאי או הכוונה המועברת, צפיית הנולד בדרגה גבוהה של הסתברות כשקולה כנגד כוונה, עצימת העיניים לגבי אפשרות קיומן של נסיבות רלוונטיות כשקולה כנגד מודעות לקיומן — כל אלה בנויות על מערכת הצורות הבסיסיות של היסוד הנפשי ונגזרות מהן.

(ב) הנחת יסוד — כשדנים ביסוד הנפשי שבעבירה ובצורתיו — היא שההתנהגות המרכיבה את היסוד העובדתי שבעבירה נחשבת כהתנהגות מרצון, לאמור התנהגות שקדמה לה אפשרות פיזית לבחור בינה ובין ההימנעות ממנה¹⁶, הן אם בעל ההתנהגות היה מודע לטיבה, האובייקטיבי כמובן, והן אם לאו¹⁷. שאלת המודעות לטיב הפיזי של ההתנהגות נוגעת ליסוד הנפשי שבעבירה ולא לדרישת "הרציה". מכאן גם ההבדלה בתוך המתכונת — הטיב ה"פיזי" של ההתנהגות בכל התייחסות לרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה.

(ג) המתכונת איננה נוגעת לסוג העבירות הקרואות עבירות של "אחריות קפידה" (איסור מוחלט), כל עוד הן ענישות חרף אי הוכחת כל יסוד נפשי שלילי בהן.

(ד) המתכונת המוצגת אינה ביטוי של השקפה תיאורטית, הנתונה — ככל השקפה — להשגות בשם גישות אחרות לאותו נושא. יש לה, למתכונת זו, תשתית אובייקטיבית המצמיחה אותה מכורח המציאות, והמחייבת אותה מכוח היחס הטבעי שבין עולם הנפש ובין עולם העובדות הסובבות את בעל הנפש. לכן, המדובר במתכונת "לפי השתלבות היסוד הנפשי שבעבירה ברכיבי היסוד העובדתי שבה", כאשר דרכי ההשתלבות מוכתרות על-ידי טבע הדברים.

(ה) כדי לעמוד על טבע הדברים שבדרכי השתלבות זו, מן הראוי להזכיר את מבנה היסוד העובדתי שבעבירה הפלילית ולזהות את היחס הנפשי האפשרי של האדם לכל אחד מרכיבי היסוד הזה:

(1) כידוע, היסוד העובדתי שבעבירה הפלילית בנוי מן הרכיבים הבאים: הרכיב האיסורי והרכיב ההתנהגותי — כשני רכיבי חובה לגבי כל עבירה פלילית — ובנוסף להם, הרכיב הנסיבתי והרכיב התוצאתי, כאשר הגדרת העבירה מתנה את התהוות העבירה גם בנסיבות ובתוצאות מסוימות.

16 כמובן, הכל בכפוף גם למתחייב מן הכלל של *actio libera in causa* — התנהגות חופשית במקור.

17 הדרישה היא, כי מן הבחינה הפיזית יכול היה האדם להימנע מהתנהגותו. למשל, אדם שמסובב כפתור בהניחו כי הוא מפעיל את מכשיר הרדיו של המכונית, אולם לאמיתו של דבר הוא התניע את המכונית. התנהגותו — פעולת סיבוב הכפתור — היא מרצון, כי אותו אדם יכול היה, באופן פיזי, להימנע ממנה, וזאת ללא הכדל אם היה ער לטיבה הפיזי ואם לאו.

(2) הרכיב האיסורי¹⁸, למרות שהוא נותן ביטוי לעיקרון *nullum crimen sine lege*, אינו רלוונטי לעניין היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה הפלילית. כי כל אדם שעבר עבירה פלילית הוא בחזקת יודע את העובדה כי קיימת נורמה שמגדירה את העבירה ואוסרת על עשייתה. לכן, אין נפקא מינה מה היה יחסו הנפשי לגבי הרכיב האיסורי של היסוד העובדתי שבעבירה.

(3) הרכיב התוצאתי¹⁹, במידה שהוא קיים, הוא זה שגורם להבחנה בין סוג העבירות ההתנהגותיות, שאין בו רכיב כאמור, ובין סוג העבירות התוצאתיות שבהן הוא תנאי להשלמת העבירה, כאשר בשני הסוגים כאחד, הרכיב ההתנהגותי הוא חובה מכוח העיקרון שאין עונשין על דברים שבלב בלבד — *nullum crimen sine actu*, ואילו הרכיב הנסיבתי ייתכן שיימצא וייתכן שלא, בשני סוגי העבירות כאחד. לכן ניתן לסכם כי העבירות של התנהגות מורכבות משני רכיבים — ההתנהגותי והנסיבתי — ואילו העבירות התלויות בתוצאה מורכבות משלושה רכיבים — שניים אלה ובנוסף להם הרכיב התוצאתי; והכל, כאמור, כאשר הרכיב הנסיבתי אינו הכרחי.

(4) אם נתייחס, תחילה, לסוג העבירות של התנהגות, אזי האדם עשוי להיות מודע למה שהוא עושה או אינו עושה, ולנסיבות שבהן הוא עושה או אינו עושה — כלומר הוא עשוי להיות מודע לטיב הפיזי של התנהגותו ולקיום הנסיבות הרלוונטיות להפיכת התנהגותו לעבריינית. השתמשנו בביטוי "מודעות בפועל", כדי להטעים כי המבחן הוא אישי; העושה, הוא עצמו, צריך להיות מודע לשני הרכיבים. במקרה זה, הוא עבר את העבירה במחשבה פלילית. בסוג זה של עבירות, המחשבה הפלילית איננה ניתנת להתפלגות או גיוון, והיא מזדהה עם הכוונה הפלילית, ועמה בלבד. כי היות ההתנהגות מרצון בצירוף המודעות לטיבה ולקיום הנסיבות הרלוונטיות להתהוות העבירה, מטביעים בעבירה את התכליתיות המתבטאת בכוונה פלילית.

(5) די בכך שתעושה לא היה מודע לאחד משני רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה ההתנהגותית, על מנת לשלול את המחשבה הפלילית; מכל שכן כשהוא אינו מודע לשניהם. במקרים אלה, אם היתה מודעות בכוח — ואין זה משנה לעניין זה מה המבחן לקביעת המודעות בכוח — במקום המודעות בפועל הדרושה למחשבה הפלילית, אזי העבירה נעברה מתוך רשלנות, כמובן במקרה שהחוק קבע עבירה מקבילה של רשלנות.

(6) כאשר לסוג העבירות התלויות בתוצאה, היחס השכלי — הקוגניטיבי — בנוגע לתוצאה עשוי שוב להתבטא, אם במודעות בפועל ואם במודעות בכוח, אך כלפי האפשרות בלבד של גרימת התוצאה; כי היא, התוצאה, היא דבר שבעתיד לעומת ההתנהגות שעשויה להצמיחה; והמדובר ביחס מנטאלי בשעת ההתנהגות דווקא. אם העושה היה מודע בפועל גם לאפשרות גרימת התוצאה, בנוסף למודעותו לטיב ההתנהגות ולקיום הנסיבות, כי אז הוא עבר את העבירה מתוך מחשבה פלילית.

18 אשר בדרך כלל נבלע תוך התייחסות כוללנית להתנהגות המרכיבה את העבירה; אולם, כשמדובר בניתוח היסוד הנפשי שבה, והתהוות העבירה תלויה בנסיבות נתונות, שרק בהן הופכת ההתנהגות לעבריינית, מן ההכרח להתייחס לרכיב ההתנהגותי ולרכיב הנסיבתי בנפרד.

19 כולל זיקת התוצאה לרכיב ההתנהגותי, המתבטאת בקשר הסיבתי שבין שני הרכיבים.

(7) אולם, הפעם, לגבי העבירות שתלויות בתוצאה, המחשבה הפלילית נתונה להתפלגות, בשל היחס הרצוני-הוולנטיבי הנתון לדיפרנציאציה, של העושה לגבי גרימת התוצאה, כדבר שבעתיד כאמור. לכן, אם חפץ בה, הוא עבר את העבירה בכוונה; אם עבר את העבירה תוך שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה, אזי ביצע את העבירה מתוך אדישות; ואם למרות מודעותו לאפשרות גרימתה קיווה שלא תיגרם, ונטל בכך על עצמו את הסיכון לכך, הוא עשה את העבירה מתוך קלות דעת. כלומר, כשמדובר בעבירה תלויה בתוצאה, הכוונה היא רק תת-סוג של המחשבה הפלילית, בצדם של שני תת-סוג נוספים — האדישות וקלות הדעת, אשר נהוג להתייחס אליהן במושג-גג של "פזיזות". זאת, בהבדל מן העבירות של התנהגות בלבד, שבהן המחשבה הפלילית מזדהה עם הכוונה הפלילית.

(8) די במודעות בכוח לגבי אחד בלבד משלושת הרכיבים של היסוד העובדתי שבעבירה מסוג העבירות התלויות בתוצאה — מכל שכן לגבי שניים או כל השלושה — כדי שהמחשבה הפלילית תישלל; ואם היתה קיימת במקום המודעות בפועל מודעות בכוח, כי אז היסוד הנפשי לובש את הצורה של רשלנות.

(9) טעות היא להשתמש במטבע לשון "אדישות", "קלות דעת" או "פזיזות", בנוגע לעבירה של התנהגות, כי מונחים אלה הולמים רק דברים שבעתיד, כגון תוצאה, שעשויה להתרחש או שלא להתרחש. אך באשר להתנהגות, האדם בוחר בה, ואם הוא מודע גם לטיבה ומגשים אותה, אזי הוא מתנהג בכוונה ואין כאן מקום לכל תואר אחר כגון "אדישות" או "קלות דעת" או "פזיזות". באשר לרכיב הנסיבתי — הנסיבות הן דבר קיים, שבעבר או בהווה, ולגביהן היחס המנטאלי היחידי הוא של מודעות לדבר קיומן או חוסר מודעות לכך — *tertium non datur*. אם האדם מתנהג כפי שהוא מתנהג דווקא בשל הנסיבות הקיימות, או כשהיה מעדיף שלא תתקיימנה, זוהי שאלה הנוגעת למניעי ההתנהגות. אך היחס המנטאלי כלפי הנסיבות, כשלעצמן, כדבר שבהווה או בעבר, הוא, כאמור, או של מודעות או של חוסר מודעות.

(10) ראוי להטעים כי הרשלנות — בתחום שני סוגי העבירות, של התנהגות ושל תוצאה — איננה ניתנת לכל התפלגות או דירוג. כי חוסר המודעות בפועל לרכיבי היסוד העובדתי, כולם או אף מקצתם, שולל כל תשתית לגיוון ערכי כאמור.

(ו) אין כל התייחסות במתכונת, למבחן הרשלנות — אישי או כללי. "המודעות בכוח" מאפשרת את הערכתה, הן אם לפי הפוטנציאל השכלי האישי של האדם הנתון, שבעבירתו דנים, והן אם לפי קנה המידה הכללי, של האדם הסביר, הממוצע או מן היישוב, כפי שנוהגים לומר. הנושא של מבחן הרשלנות הוא עניין של שיטה, של השקפה, ואף של הגדרה נורמטיבית; על כל פנים, הוא נושא "פנימי" של מושג הרשלנות, שאינו משפיע מבחינה "איכותית" על המתכונת. "כמותית", עשוי המבחן, כשהוא אישי, רק לנגוס מגזרת דיני הנפשות, או — כשהוא כללי — להרחיבה. לעומת אלה, המבחן של המחשבה הפלילית הוא לעולם אישי.

(ז) מתחת לגבול הרשלנות — הנעשה מעבר ל"מודעות בכוח" שייך לאירוע באקראי, לתחום השגגה, ולא עוד לתחום דיני הנפשות; כמובן, כל אימת שדרושה הוכחת יסוד נפשי כלשהו לשם התהוות העבירה הפלילית.

(ח) לא התעכבנו על המשמעות הערכית, מבחינת מדיניות הענישה, של צורות

היסוד הנפשי שבעבירה. כי המטרה היחידה, ששמנו לעצמנו בגיבוש המתכונת האמורה, היא להציג כלי טכני שעשוי להקל על ניתוח מבנה מושג העבירה וכן על הניתוח של מבניהן של העבירות הספציפיות למיניהן, מבחינת היסוד הנפשי הדרוש להתהוותן ובצמוד ליסוד העובדתי שבהן.

ובבחינת הבהרה מסיימת: המתכונת דלעיל משקפת, כמובן, את המבנה של העבירה המושלמת כאב-טיפוס של התנהגות עבריינית, המתאפיינת בהלימה מושלמת של היסוד העובדתי את היסוד הנפשי שבה — הראשון מגשים באורח מלא את השני תוך התמצות השני בראשון. זאת, בהבדל מן הניסיון לעבירה, שבו אין הגשמה ומיצוי כאמור. יחד עם זאת, המתכונת כוחה יפה גם לגבי הניסיון על כל סוגיו²⁰, בוודאי בשינויים המחויבים ממידת הגשמת היסוד הנפשי או מטיב הגשמתו, שיש בהם די כדי להצמיח ניסיון פלילי. המתכונת כוחה יפה גם לצורות השותפות העקיפה — הסיוע והשידול — לביצוע העיקרי של העבירה, כמובן, תוך התחשבות בצורת היסוד הנפשי וברכיבי היסוד העובדתי, האופייניים להן. וכדי להשלים את התמונה, יש להוסיף גם את הניסיון לשדל — "ההסתה" — שגם לגביו כוחה של המתכונת יפה, בוודאי, תוך שילוב המיוחד לניסיון במיוחד לשידול. המתכונת המוצעת היא, אפוא, ישימה הן לגבי הביצוע המושלם והעיקרי של העבירה והן לגבי הצורות הנגזרות ממנו, הן במישור השלבים לקראת הביצוע המושלם והן במישור התרומות העקיפות לביצוע העיקרי.

20 הכוונה לניסיון ה"צליח" — כאשר התקיימו כל הנתונים האובייקטיביים להשלמת העבירה, אך הדבר לא עלה בידו של האדם בשל גורם חיצוני להליך הביצוע; ולניסיון ה"כושל" — כאשר הגורם שמנע את השלמת העבירה טמון בעצם הליך הביצוע, כך שהוא נדון מלכתחילה לכישלון בשל חוסר אפשרות עובדתית להשלים את העבירה.