

ס פ ר י ם

ש. אלבק : פשר דיני הנזיקין בתלמוד *

„הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות שאין לך מקצוע בתורה גדול מהן, שהן כמעין הנובע“¹. דיני ממונות מרובים ביותר בתלמוד, אך מפורזים הם על פני כל התלמוד. דרוש מאמץ אינטלקטואלי רב כדי לראותם יחד במבט כולל, להבין את יסודותיהם ואת דקדוק חילוקי הדינים שביניהם ולפיכך, „הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות“.

ספרו של פרופסור ש. אלבק הוא מאמץ למצוא עקרון יסודי לדיני הנזיקין המהווים חלק נכבד מכלל דיני ממונות שבתלמוד. אומר הוא במבוא (עמ' 11), „השונה את דיני הנזיקין... אינו רואה לכאורה אלא מספר עצום של הלכות בודדות... ללא קשר ביניהן... פעמים הרבה אף נראה שאין הסבר לדינים... ולפיכך אין גם לחפש בהם כללים מסבירים או סדר הגיוני כלשהו. אבל לא כן הדבר... כל הפרטים מר-כיבים שיטה אחת המסבירה אותם ויוצרת את הקשר ביניהם“.

הפרק הראשון נקרא על שם שיטתו של המחבר : „הפשיעה אבי כל הנזיקין“. לפי שיטתו (עמ' 20), „לאבות הנזיקין בתלמוד יש רק כלל אחד ויחיד לפיו חייב אדם על נזיקין שעשה והוא – הפשיעה“². כל דיני אבות הנזיקין אפשר לכלול בכלל זה: אדם חייב בנזקים שעשה בפשיעתו, ובכלל יחיד זה כלולים כל פרטי הדינים ופרטי פרטיהם, „התלמוד מחייב מזיק רק אם נתקיימו בו שלוש סימני הפשיעה, „הראי שון: התנהגות שאדם צריך להעלות על דעתו שתזיק. השני: שלא נהג כדרך בני אדם. והשלישי: שלא העלה על דעתו נזק שכית. וכולם אינם אלא אחד, שכן דרך בני אדם להעלות על דעתם נזק שכית והם נשמרים ממנו, לפיכך היה גם המזיק צריך לעשות כן, ואם לא עשה כן חייב לשלם“ (עמ' 33).

בפרק זה בונה המחבר את שיטתו ומוכיחה בתוך דיון כללי בארבעה אבות הנזיקין, בפשיעה לעומת האגוס ובאדם הנמצא במצב של „צורך“ והאגוס לבחור בין נזק לעצמו לבין הצלת עצמו בממונו של חבירו. בסוף הפרק נידונת השאלה האם „חייבי הנזיקין הם ממון או קנס“ כלומר האם מטרת דיני הנזיקין היא פיצוי הנזוק או הענישת המזיק. לדעת רוב חכמי המשנה התלמוד חיובי הנזיקין הם ממון, כלומר מטרת דיני הנזיקין היא פיצוי הנזוק. מכאן עובר המחבר לבדיקת הת-אמת שיטתו לסוגיית התלמוד, והפרק הבא דן ב, „גרמא גרמי רשנים שהזיקו“.

דיני גרמא וגרמי עוסקים בסוגיית ריחוק הנזק. יש נזקים שהתלמוד מחייב עליהם ויש שהיא פוטר בהם, מימות התלמוד עד היום הרחיבו התקמים את הדיבור על ענין זה ואף על פי כן התקשו למצוא פתרון לבעיה“ (עמ' 43) ..., „אבל לאחר שמצאנו בפרק הקודם שאדם המזיק אינו חייב בנזק שעשה אלא אם פשע, יש ביכולתנו

* הוצאת „דביר“, תל אביב, תשכ״ה, 218 עמ׳.

1 כבא כתר א פרק י׳ משנה ח׳.

2 נראה שבמנוח, פשיעה – מתכוון המחבר במיוחד לרשלנות – negligence (יקו-שלוזרן).

להגיע לטעמם הנכון של הדינים הללו" (עמ' 44) אומר המחבר. בפרק זה מראה המחבר שאדם אחראי לגזקים שנבעו מפשיעתו בשמירה מפני גרימת נזק. כשהוא פטור הרי זה משום שאין פשיעתו סיבת הנזק או שפשיעת אדם אחר היא סיבה קרובה יותר מפשיעתו.

לאחר שדן בחובת ההתנהגות של אדם ובאחריותו לנזק הנובע מהפרתה, עובר המחבר לפרק השלישי – "תשלומי הנזק", הדן בתשלומים שאדם חייב בהם לאחר שגרם כבר את הנזק, כלומר, בהיקף האחריות. כאן הכלל הוא ש"המוזיק שפשע אינו מתחייב אלא בתשלומי אותו הנזק שהיה לו להעלות על דעתו שמעשיו יביאו מיזם שהוא שכיה, ואין הוא חייב בנזק אחר או גדול יותר מזה" (עמ' 75).

בפרקים הבאים אוסף המחבר את דיני הנוזיקין לפי ארבעה אבות הנוזיקין: 1. יסור (סין, רגל וקרן), בור, אש ואדם, (שהם דיני נוזיקין שסיבתם זמנו של אדם או אדם עצמו) ומשתדל להראות שגם הם מתאימים לשיטתו. בפרק האחרון, התשיעי, ניתן, קיצור דיני הנוזיקין וסיכום השיטה: "ככל שמתעמקים יותר בדיני הנוזיקין מתברר יותר שכל הלכותיהם ודיניהם מתבארים על ידי כלל יחיד: אין אדם מתחייב בנזק אלא אם נתג בפשיעה. כשלא נתג בפשיעה הריהו אנוס ופטור".

בספר זה מצוי כינוס חשוב של דיני הנוזיקין. כן הוסברו בצורה נאה מספר סוגי גיות קשות בתלמוד. אלא שלא זאת מטרת המחבר. מגמתו היא מציאת, פשר דיני הנוזיקין בתלמוד. אך האם אמנם הצליח בכך? ברור לכל המעיין בדיני הנוזיקין שבתלמוד, שכאשר אדם גרם נזק בפשיעתו באופן ישיר, הוא חייב. הדברים נאמרו כבר במשנה (המובאת ע"י המחבר) הראשונה במסכת בבא קמא, "ארבעה אבות נוזיקין... הצד השות שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך וכשהזיק חב המזיק לשי לם תשלומי נזק במיטב הארץ" ובמשנה השניה, "כל שחבתי בשמירתו הפשרתי את נזקי" (אני אחראי לגזקים שנבעו מרשלנותי בשמירת המזיקים שחובתי לשמרם). כלל זה המתנה חיוב בנזיקין בפשיעה, מובא על ידי אלה ידנו בדיני הנוזיקין בתלמוד ועל פיו מוסברות סוגיות רבות. אלא שחידושו של המחבר הוא בטענתו שכל מקום שאדם פטור הרי זה משום שלא פשע או משום שפשיעת זולתו היא סיבה קרובה יותר, ובטענתו שכלל יחיד זה (על שני צידיו) מסביר את כל דיני הנוזיקין בתלמוד. נראה שאין הכללה זו עומדת בפני הביקורת.

הקושיות החמורות ביותר על שיטתו של המחבר נובעות מסוגיות הגרמא והגרמי. המחבר אומר: "אבל לאחר שמצאנו בפרק הקודם שאדם המזיק אינו חייב בנזק שעשה אלא אם פשע, יש ביכולתנו להגיע לטעמם הנכון של הדינים הללו" (עמ' 208).

3 או לפי ארבעה אבות נוזיקין ואדם, אם - מבעה אינו אדם.

4 בדרך זו הלכו למשל גולאק ב.יסודי המשפט העברי, חלק ב, עמ' 202 ואילך, B.B. Lieberman, The Jewish Law of Torts, *The Jewish Chronicle Supplement*, 28.1.1927 p. IV.

(הרצאה שנישאה לפני הסניף האנגלי של החברה למשפט עברי) ואחרים, אלא שהם ראו בכלל זה מכשיר להסברת חלק מדיני הנוזיקין אך לא את כולם.

5 בעמ' 55 מסתמך המחבר על הרבה ראשונים המבדילים בין גרמא לגרמי. יש להעיר שיש הסבורים שגרמי הוא לשון רבים של גרמא (עיין גולאק שם עמ' 208).

44). כדי להוכיח שאמנם כן הוא, דרוש ביטוס רב ביותר. כי הרי לענין נושא זה של גרמא וגרמי — כפי שמדגיש זאת המחבר — „מימנת התלמוד עד היום הרחיבו החכמים את הדיבור על ענין זה, ואף על פי כן התקשו למצוא פתרון לבעיה“ (עמ' 43). האם עלה בידי המחבר ביטוס זה?

בדונו בדיני גרמי מזכיר המחבר (עמ' 56) את דין „המוכר שטר חוב לח בירו, וחזר ומחלו (המוכר לחייב) מחול“. מי שלא דן דינא דגרמי פוטר את המוכר מלשלם לקונה השטר את הנזק שגרם לו על ידי שמחל ללוה את החוב שבשטר. הפירכה מכאן לשיטתו של המחבר ברורה, שהרי ברור ששיעור מכר השטר (שמחל ללוה את החוב) היא הסיבה הישירה לנזקו של קונה השטר. כדי לתרץ שאלה זו מסביד המחבר שלא המחל הוא המזיק הקרוב ביותר אלא... „כאן הזיק החייב מדעתו שפטר עצמו מן החוב על פי דברי שמואל“. ובכן, הלוה שאינו משלם לקונה השטר את החוב שכבר נמחל לו, הוא המזיק הקרוב ביותר! המלאכותיות שבקונסטרוקציה זו גלויה לעין. וכי כיצד אפשר לראות בו מזיק כאשר אינו משלם חוב שנמחל לו? חייבים אנו לומר שהמזיק הוא מוחל השטר ומי שלא דן דינא דגרמי אינו מחייב על גרימת נזק בלתי ישירה, אף אם המזיק פשע.

בדיני גרמא מביא המחבר (עמ' 47) את דברי הגמרא במסכת בבא קמא⁶ האומרת, לפי אחד התירושים, שהברייתא הקובעת כי „הנותן סם המוות לפני בהמת חבירו פטור מדיני אדם חייב בדיני שמים“ פוטרת אף כשאותו סם המוות היה עשב מורעל, „אפרותא“. (אף המנית עשב מורעל לפני בהמת חבירו ואכלתו הבהמה ומתה, פטור). כדי שלא יקשה מכאן על שיטתו מסביר הוא שהברייתא משמיעתו שבאפרותא פטור משום שכלל לא פשע, שהרי לא היה לו להעלות על דעתו שתאכלנו הבהמה שכן אין בהמות אוכלות עשבים המסוכנים להן? כיצד ניתן לפרש שבהמות נחננו בחוש מיוחד כזה? (רש"י אומר שאפרותא הוא „עשב דעבידא למיכליה (שעשויה לאוכלו) ותא סם המוות לבהמה“).

להלן (עמ' 51) מביא המחבר את הגמרא הדנה במשנה האומרת שהמשסה נחש באדם, פטור. הנימוק לכך הוא, לדעתו, שאין נחש משתסה ע"י מי שאינו בעליו, ולפיכך לא היה למשסה לצפות שהנחש יזיק. אך אין המחבר דן בהמשסה של אותה משנה: „השיך בו את הנחש, רבי יהודה מחייב חכמים פוטרין“ כלומר לחכמים פטור אף מי שהביא את שינו של נחש במגע עם גופו של אדם. הגמרא בסנהדרין⁷ מסבירה שלדעת חכמים „ארס נחש מעצמו מקיא“ ולפיכך פטור המכיש (שכן זה רק גרמא שהרי הנחש הוא שהפעיל את הארס ולא האדם — רש"י). האם יש אפי שרות כלשהי לומר שלדעת חכמים פטור משום שלא פשע?

ולענין מי שדן דינא דגרמי: גם המחבר עומד על כך (בעמ' 61 ובעמ' 199) שאף המחייבים בדינא דגרמי אינם מחייבים מעיקר הדין אלא משום קנסא. אם הכלל הוא שיש לחייב על הפשיעה, מדוע יחא החיוב קנסא ולא ממונא?

6 דף מ"ז עמוד ב'.

7 המחבר מסתמך על פירושו של ר' ישעיה בשיטה מקובצת, אך דומני שיש לפרש אחרת את דברי ר' ישעיה.

8 דף ע"ח עמוד א.

שיטתו של המחבר אף מביאה בכמה מקומות להסקת מסקנות להלכה שאינן מקובלות על אף פוסק. למשל, בסוגיה שהזכרנו לעיל בענין הנותן סם המוות לפני בהמת חבירו אומר הוא (עמ' 48), „על פי זה אם ערב סם המות במאכל הראוי לבהמה כך שאינה מרגישה בו ומתה, חייב גם בדיני אדם (ולא כש"ך חושן משפט סימן שפ"ו סוף ס"ק כ"ג)“.

נעיר רק עוד בקצרה בדין אדם המזיק בעצמו, שגם עליו מחיל המחבר את הכלל שאינו חייב אלא אם כן פשע. אדם המזיק בשוגג חייב בנוק ופטור מארבעה דברים לדעת רבת המחבר מסביר זאת (עמ' 78) בכך ש, המזיק בפשיעה אינו חייב להעלות על דעתו אלא נוק בלבד, ואילו שאר ארבעה דברים שונים מניזק לחבירו ואין לצפותם מראש" משום שצער, ריפוי, שבתו וכושתו של כל אדם נמדדים על פי מידתו האינדיבידואליות. אולם כידוע נזק נישום ע"י הערכת שווי של הניזק כעבר לפני ההיזק ואחריו, ומחירו של אדם כעבד גם הוא נקבע לפי תכונותיו וכר חותיו האינדיבידואליים. אינו דומה חזק לחלש ולא צעיר לזקן וכר וכר.

שאלה חמורה יותר עולה כמסכת בבא קמא פרק ב' משנה ו': „אדם מועד לעולם בין יזוג בין מויד בין ער בין יטן“. בתלמוד בבלי לא הוגבלה חיבת המזיק בשנתו. בתלמוד ירושלמי סוף פרק ב' נתפרשה משנה זו כך: „א"ר יצחק מתניתא בשהיו שניהם יטנים אבל היה אחד מהן יטן ובא חבירו ליטן אצלו זה שבא ליטן אצלו הוא המועד“. רוב המפרשים סוברים שגם הבבלי מקבל פירוש זה. גם המחבר סובר לכאורה כך, ולכן אין כאן פירכה לשיטתו. והנה בהערה בסוף הספר (עמ' 192 הערה 23) אומר הוא, וצריך עיון למה פסקו הפוסקים לפי ירושלמי זה אף על פי שאינו לפי שיטת הבבלי“. אם כך, כיצד סובר המחבר שאדם חייב רק על פשיעה לפי הבבלי, היש לך אוגס גדול מאדם המזיק בשנתו?

למעשה עומד גם המחבר על דינים שאינם עולים בקנה אחד עם שיטתו, אך אינו מסיק את המסקנה המתבקשת מהם. המחבר מקדיש דיון (עמ' 83—81) לזוק שאין בו ממש, היוק שאינו ניכר והיוק לדבר הגורם למזון. ניתן לקבל את ההסבר הניתן לדעת הפוסקים אדם הגורם נזק שאין בו ממש או המזיק דבר הגורם למזון. אך לא ניתן למצוא הסבר לדעת הפוסקים את הגורם נזק שאינו ניכר, אם הכלל הוא שהמזיק בפשיעה חייב. המחבר אומר שאפשר לומר שהיוק שאינו ניכר אינו „אלא היוק שאין בו ממש והמזיק פטור“ אך האם משום כך לא ניווק הניזוק? והאם אין זה נזק שנגרם בפשיעת המזיק? המסקנה המתבקשת מכאן היא שאין „כל הלכותיהם ודיניהם (של דיני הניזוקין — ש.ש.) מתבארים ע"י כלל יחיד“ (עמ' 195).

לא נוכל להמנע מלהעיר מספר הערות טכניות:

1. רצוי להרחיב יותר את הסבר הציטוטים מהתלמוד, וביחוד את הציטוטים שבארמית, כדי שגם מי שאינו בקי בלשון התלמוד יוכל להנות מהספר.

2. רצוי מאד לשפר את המפתח. למשל: נזכר בו קל וחומר, אך לא הובאה בו הגזירה השוה, הנזכרת בספר בע' 116. בקל וחומר עצמו יש להוסיף את עמוד 120.

ה„בושת“ נזכר במפתח. אך לא באו בו הצער, הריפוי והשבת ולא „ארבעה דברים“. בבושת עצמו צוין עמ' 177, אך הוא נזכר גם בעמ' 176.

ספרים

לסיכום, מסתבר שאין חידוש בגילוי הנקודות העקרוניות שעליהן עומד המחבר ואילו הצדדים העקרוניים המחודשים אינם מדויקים. אך איננו באים לגרוע מחשיבות העבודה שנעשתה כאן. עד היום אין בידינו ספר מדרוני המיוחד לדיני הנויקין אשר ירכז את דיני הנויקין בהרחבה,⁹ בסדר וכשיטה, ויסבירם על פי העקרונות השונים¹⁰ המונחים ביסודות קבוצות הדינים השונות. בספר זה מצוי חלק גדול מהעבודה הדרושה, וכן זכו הרבה סוגיות להסבר בהיר ומדגה.¹¹ תקוותנו היא שהמחבר, המצוי היטב בדיני הנויקין, ימשיך במלאכה זו ואז יהא הספר שלפנינו תחילתו של מפעל חשוב אשר יביא תועלת רבה הן לעוסקים במשפט העברי והן לעוסקים במשפט הכללי.

שלמה שרשבסקי

- 9 מה שנעשה עד עתה, קצר מדי.
 - 10 אין רשימה זו המקום לנסות לעמוד עליהם.
 - 11 למשל מחלוקת רבי טרסוך וחכמים בענין שור תם כרשות הגזק, אם חייב הוא לשלם נזק שלם או חצי נזק (עמ' 119 ואילך). סוגית צרורות המוסברת ע"י המחבר (עמ' 136 ואילך) על פי שיטתו של אטלס ב"א. *Hebrew Union College Annual*, Vol. XVII p. אמנם אטלס מכניס תיקונים בלשון התוספתא והתלמודים וש מקום לבעל דין לחלוק, אך הסברו סותר הרבה תמיהות.
- תלמיד השנה השלישית במקולטה למשפטים.

Helen .Silving: CONSTITUENT ELEMENTS OF CRIME *

ספר זה מורכב מהצעה לחלק הכללי של חוק פלילי דברי הסבר להצעת החוק. דברי ההסבר תופסים את רובו של הספר. הדין בספר נעשה תוך כדי מחקר השוואתי. הדין הוא במטרות של המשפט הפלילי ובדרכים היעילות והצודקות להשגת מטרות אלה.

המטרה היחידה של המשפט הפלילי, לדעתה של המחברת, היא מניעת התנהגות מזיקה בקביעה שמניעת התנהגות מזיקה היא מטרה של המשפט הפלילי, בודאי שאין חידוש רב, הדגש הוא כמובן על „החידה“, המחברת סבורה ש„הרתעה“ ו„תיקון“ כשלעצמם הם מטרות לגיטימיות של המשפט הפלילי. אולם מאחר שידענו אודות השפעת הסנקציות על בני אדם בכיוון של הרתעה ותיקון הן כיום עדיין מגרבלות, הרי אין אנו רשאים להטיל סנקציות לשם השגת מטרות אלה בלבד. בהיותן מגבילות את חופש האדם הן בעלות אופי שלילי, ואילו באשר לתועלתן כהרתיעות וכמחוקות אין לנו וודאות. באשר לדרכים לטיפול במניעת התנהגות מזיקה מבחינה המחברת באופן ברור בין שתי דרכים, המתייחסות לעבריינים מסוגים שונים, „הדרך התגמולית“ המתבצעת על-ידי הטלת עונשים, ו„הדרך ההגנתית“ המתבצעת על-ידי נקיטת „אמצעים“.

2. ותנהגות פלילית, כלומר התנהגות המביאה לידי תוצאות אותן מבקש החוק למנוע, עדיין איננה מצדיקה כשלעצמה „אחריות עונשית“. הצדקה לטיפול בדרך התגמולית באמצעות הטלת עונשים קיימת אך ורק כאשר התנהגותו הפלילית של העבריין היתה מלווה באשמה.

אשמה אפשר לייחס לעבריין אך ורק כאשר התנהגותו הפלילית היתה מודעת, במלים אחרות, אך ורק כאשר התנהגותו היתה מכוונת או פזיזה. אך גם כאשר אין התנהגות הפלילית מודעת ואינה מצדיקה „אחריות עונשית“ הריהי עשויה להוות סכנה לציבור. התנהגותו של אדם היא מסוכנת כאשר קיימים סיכויים גדולים שיתחורר על התנהגותו הפלילית בעתיד. על מנת להגשים את מטרתו העליונה של המשפט הפלילי, שהיא כאמור מניעת התנהגות מזיקה, יש הכרח לטפל אף בהתנהגות זו. מאחר שאין היא מצדיקה „אחריות עונשית“, הדרך המתאימה ביותר לטיפול במקרים אלו היא „הדרך התגמולית“ ע"י נקיטת אמצעים מתאימים למניעת השנות התנהגות המזיקה. בדרך זו יש לטפל בעבריינים הפרעלים בהשפעת מחלה נפשית, שיכרות ומתוך רשלנות יש להבין „רשלנות“ בהקשר זה כאי חזות של אפשרות קרתת התוצאה המזיקה.

3. נראה עתה כיצד מסבירה המחברת את האלמנטים המרכיבים את העבירה. המחברת מבחינה בין שני סוגי כוונה: „Purpose“ ו„Intent“. בדרך כלל כאשר נודשת ע"י החוק התנהגות מכוונת, הכוונה היא ל„Intent“ דרישה זו מתמלאת

* Charles C. Thomas Publisher Springfield Illinois U.S.A. 1967

בשני מקרים, או כאשר מטרתו של העבריון היתה להביא לידי התוצאה המזיקה או כשהוא ידע שהתנהגותו תביא לידי התוצאה המזיקה. החלופה השניה היא זו הידועה אצלנו בשם „כוונה קונסטרוקטיבית“ או „ידיעה שהגיעה לדרגה גבוהה של הסתברות“. „Purpose“ הוא הרצון להביא לידי התוצאה האסורה וזו הכוונה הידועה אצלנו בשם „כוונה“. אך כוונה מסוג זה תידרש במקרים מיוחדים בלבד, כאשר החוק יקבע זאת במפורש.

המחברת מבחינה גם בין שני סוגי ידיעה: „Awareness“ ו-„Knowledge“. אדם הגו בעל „Awareness“ כאשר הוא מדע באופן ברור, ברגע המכריע אודות האלמנט הנדרש. לעומת זאת יש לו „Knowledge“ כאשר רכש את האינפורמציה על האלמנט הנדרש בזמן כלשהו בעבר, אפילו לא היה מדע על כך באופן ברור ברגע המכריע ובלבד שאינפורמציה זו לא אבדה וניתן להביא אותה לתודעה בשעת הצורך. האלמנט הנפשי הנדרש עשוי להשתנות לגבי היסודות השונים של ה-actus reus כלומר, באותה עבירה עשירה להידרש כוונה לגבי יסוד אחד, ידיעה מסוג „Awareness“ לגבי יסוד שני, וידיעה מסוג „Knowledge“ לגבי יסוד שלישי. המצבים הנפשיים השונים מוגדרים לכן בסעיף האיסור בהתייחסם לנסיבות מסוימות.

המחברת מכניסה לאלמנט „כוונה“, על שני סוגיו, אלמנט אובייקטיבי ובכך שונה גישתה מן הגישות המקובלות במשפט הפלילי. היא קובעת שלוש דרגות של חומרה ב„כוונה“ בהתאם לסיכויי ההצלחה בהגשמת הפעילות העבריינית. כשסיכויי ההצלחה גבוהים, הכוונה היא מסוג חמור והעונש על כך כבד. כשסיכויי ההצלחה נמוכים, הכוונה היא מסוג לא חמור והעונש יהיה קל יותר. מידת ההצלחה נקבעת בשעת ההתנהגות, לא כפי שהיתה נראית לעבריון עצמו אלא לרוב הציבור, לו היתה לו גישה לאותם מקורות האינפורמציה שהיתה לעבריון באותה שעה – נוסחתה של המחברת למה שמכונה אצלנו „האדם הסביר“.

כפי שכבר נאמר, „intent“ קיים כאשר יש החלטה לפעול בידיעת הנסיבות הנדרשות בחוק ובידיעה שהתוצאות האסורות תקרינה. לא נדרשת ידיעה מלאה ובטוחה, אלא מספקת גם ידיעה הקרובה לוודאי. החלטה לפעול בשעה שהידיעה בקשר לנסיבות או לתוצאות היא פחותה מזו – משמעותה „פזיזות“. ל„פזיזות“ כמו ל„כוונה“ יש שלוש דרגות חומרה הנמדדות על פי הסיכויים האובייקטיביים בשעת ההתנהגות, שהנסיבות קיימות או שהתוצאה תקרה. חומרתה של „פזיזות“ נקבעת כמובן גם באופן סובייקטיבי, דהיינו, הסיכויים שהעבריון עצמו ראה לבגד עיניו. כנגד זה, אין חומרת „פזיזות“ נקבעת על פי החסר של הנאשם לתוצאות גישה זו מנוגדת להלכה בארץ הקובעת שני סוגי „פזיזות“: פזיזות רגילה כאשר הנאשם חוזה את התוצאה האסורה ומקווה שלא תקרה, ופזיזות חמורה כאשר הנאשם אדיש לתוצאה. מאחר שקשה להבחין לפעמים בקו המפריד בין עבירה מכוונת לעבירה שנעשתה בפזיזות, קובעת המחברת בהצעת החוק שאפשר להעניש על פזיזות בכל המקרים בהם מענישים על התנהגות מכוונת, ובלבד שההענשה על פזיזות תהיה קלה יותר.

התנהגות רשלנית היא התנהגות מזיקה של אדם שלא היה מדע באפשרות גרימת הנזק, בשעה שמרבית בני האדם מאותה הסיבה החברתית ובעלי אותה התשכלה היו עשויים להיות מדעים באפשרות זו כאותן הנסיבות. אף להטיל, אחריות

עונשית" על אדם כזה, אך הוא צפוי לכך שינקטו כנגדו אמצעי הגנה בהתאם לסכנה שהוא מהווה לחברה.

בענין עמדתה של המחברת לגבי התנהגות רשלנית יש להעיר שלוש הערות.

א. התנהגותו של אדם נמדדת בהשוואה להתנהגות בני אדם השייכים לשיכבתו החברתית ואשר הנם בעלי אותה רמת השכלה. אם מספר רב של אנשים בעלי השכלה דומה היו נוהגים באותן הנסיבות כמו הנאשם, מבלי להיות מודעים באפשרות קרות התוצאות המזיקות, אין לנקוט בכל אמצעים כנגד הנאשם. התנהגותו מצביעה על פגם חברתי הדורש תיקון. גישה זו שונה מגישה המשפט המקובל ובעקבותיו גם במשפטנו בו קנה המידה הנו האדם הממוצע.

ב. קיים בסיפורת המשפטית וויכוח לגבי השאלה אם מן הראוי להעניש התנהגות רשלנית. הדוגלים בעמדה שאין להעניש סבורים בדרך כלל שיש לשחרר את הנאשם. עמדתה של המחברת שונה; מהד גיטא סבורה היא שאין להעניש על עבירות רשלנות, אך מאידך גיטא היא סבורה שיש לנקוט כנגד הנאשם באמצעים משום שהוא מסוכן – גישה הדומה לזו הננקטת בדרך כלל כנגד נאשמים חולי נפש.

ג. עמדתה של המחברת לגבי הריכוז הממכר בהערה הקודמת, נראית לכאורה כתר מכת בעמדת השוללים העגשת התנהגות רשלנית. אך נראה לי שמעשי הרשלנות בהם היא דנה הם רק חלק ממעשי הרשלנות בהם אנו עוסקים במשפט הפלילי. ה"רשלן" של המחברת הוא אדם בעל כשר שכלי נמוך ביותר או אדם שאינו ער למציאות בגלל מעצורים נפשיים אם כי עדיין אין לומר עליו שהוא חולה נפש.

"Negligence" is considered a symptom of "incapacity" short of insanity, though not 'mentally incapacitated' within the meaning of the insanity exemption, the 'negligent' actor is believed to be mentally inadequate". (P. 249)

המחברת תראה כמקרים של פזיזות את רוב המקרים בהם הנאשמים הם בעלי כושר שיכלי ורצוני נורמליים, למרות שאצלנו ירא חלק מהם כמקרים של רשלנות. באחד המקרים שהיא מביאה ודנה בו בהקשר לרשלנות היא אומרת:

"The problems of undertaking a potentially dangerous activity in anticipation of the physical inadequacy is not in issue in this context, it is a problem of recklessness" (P. 251).

כלומר, אדם שינהג במכונית בשעה שהוא מרגיש בעייפות יהיה פזיז אם ירדם ויגרומ לתאונה.

4. "הגנות". טפולה של המחברת ב"הגנות" שונה אף היא מן ההסדר ב"משפט המקובל" וכדאי לעמוד על כך.

שיכרות: מדינת, המשפט המקובל" אינן רואות בשיכרות רצונית הגנה בפני התנהגות פלקלית. שיכרות רצונית תהווה הגנה רק אם הגיעה לדרגה של טרוף דעת. ההשקפה המצויה ביטח התבונה בין שיכרות לטרוף דעת היא שבמצב של שיכרות ההתנהגות היא מכוונת בעד שבמצב של טרוף דעת ההתנהגות היא בלתי מכוונת. השקפה זו מבוססת על הנחות פסיכולוגיות מוטעות, שכן שני סוגי ההתנהגות עשויים להיות או לא להיות מכוונים. עברייני הלוקה בחסר כשר שכלי (general mental incapacity) אינו בר, אחריות עונשית" אם כושר הקישור האירגון

(integrative functioning) שלו הוא כה פגום עד שהיה לו קושי גדול יותר מאשר לרוב בני האדם לפעול בהתאם לדרישות החוק. שיקול זה תל באותה מידה אף על אדם שפעל מתוך שיכרות. אולם למרות שחולה הנפש אינו בר עונשין, פעולתו עשויה להיות מתוכננת ומכווננת להשגת התוצאה המזיקה. לפיכך יש להתחשב בכוונה זו בבואנו לבדוק את מידת הסכנה שבחולה זה ואת הדרכים בהן יש לטפל בו. אף על פי כן ישנם מקרים רבים בהם לא יהיה עבריון פטור מ,אחריות עונשית" אף על פי שבשעת התנהגותו היה במצב של שיכרות. הבחירה בין הטלת עונש לבין נקיטת אמצעים תהיה בהתאם להתנהגותו של העבריון בשעת ההשתכרות עצמה. אם השתכר על מנת לקבל על עצמו את ביצוע העבירה, או בידיעה שהוא יעבור עבירה או עשוי לעבור עבירה, אחריותו היא עונשית. בעיית „חד זמניות" של המעשה הזכונה אינה מטרידה את המחברת במקרה זה, זאת משום שהיא מתגדת בדרך כלל לדרישה זו ומתיחסת אליה כמוטעית מבחינה פסיכולוגית.

טעות שבעובדה וטעות שבחוק. המחברת אינה מאמצת את הכלל שטעות בחוק אינה בעונה הגנה. כדי שהתנהגות אסורה תהיה מכווננת, חייבת להיות החלטה להתנהג באופן מסוים בידיעה שהנסיבות המוגדרות בחוק קיימות במציאות. כשהחוק דורש תוצאה, בידיעה שהתוצאה תקרה בעקבות ההתנהגות. ההבדל בין „כוונה", „פוזיות" הוא שב, „פוזיות" מסתפקים בידיעה פתוטה שאינה קרובה לוודאי. אין להטיל על הנאשם אחריות אם לא ידע שקיימות הנסיבות הקבועות בחוק או שתקרה התוצאה הקבועה בחוק, ואתה היא אם אי ידיעה זו נבעה מאי ידיעת העובדות לאשרון או כאי ידיעת החוק. כאשר שהמחברת אינה מבחינה לענין האחריות, בין טעות שבעובדה לטעות שבחוק, ברור שהיא גם אינה מבחינה בין טעות בחוק פלילי לטעות בחוק אזרחי. אם טעותו של הנאשם לגבי העובדות או לגבי החוק, היתה הנסיבות שרוב בני-האדם מסוגו לא היו טועים, צפוי הנאשם לנקיטת אמצעים נגדו בדומה למקרה של „רשלנות".

המחברת קובעת הגנה מיוחדת שאינה קיימת אצלנו ובכלל ב,משפט המקובל" והיא „אי דרישה לציות לחוק" — (Inexigibility of Law Abidance). אין להטיל אחריות על נאשם אם רוב בני-האדם מסוגו היו מתנהגים באותו אופן באותן הנסיבות על אף האיסור.

בדרך כלל אין לגזור גזירות שאין רוב הציבור יכול לעמוד בהן, אך לפעמים צפויה ההפרה לא בכל המקרים אלא רק במקרים מיוחדים שאי-אפשר לנסח לגביהם פטור מיוחד. למקרים אלה נקבעה הגנה זו. קיימים סייגים לתחולת הגנה זו.

א. במקרים של פשעים חמורים.
ב. במקרים של הוראות המסדירות כללי התנהגות במקצועות שונים וזאת משום שהוראות אלו נקבעו דווקא כדי למנוע התנהגות צפויה.

5. גם אם עשויה להיות הסתייגות מקבלת הצעת החוק של המחברת מחשש שיהיה קשה להפעיל הלכה למעשה חוק כזה בו קיימות הבחנות רבות דקות ביותר. הרי דווקא הבחנות דקות אלה — בין סוגי ידיעה שונים, בין סוגי כוונה שונים, הצגת הצורך בבדיקת יסודות איבייקטיביים בשעה שבדקים מצבים נפשיים וכדומה — הן העושות את הספר לספר לימוד מצויין לתלמידי המשפט הפלילי. הסרנו של הספר הוא בכך שקריאתו קשה בגלל סיגנונו.

יוסף סגל