

## על הרשלנות בפלילים יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד\*

מאת

מרדכי קרמניצר

מעמדה של הרשלנות כצורת אחריות בלתי רגילה בתחום דיני העונשין בא לידי ביטוי גם בעובדה שקיימים מודלים שונים לאחריות פלילית המבוססת על הרשלנות. מטרת הרשימה היא להעלות שורות ראשוניות למודל של רשלנות, אך בטרם ניגש למשימה זו גופא – שתי הערות פתיחה. (א) על מעמדה של הרשלנות כצורת אחריות חריגה בתחום הפלילי, שבו צורת האחריות הרגילה מבחינת היסוד הנפשי היא המחשבה הפלילית; (ב) על ההבדל בין רשלנות בפלילים לבין רשלנות בנזיקין.

א. הרשלנות כצורת אחריות חריגה בתחום הפלילי. ב. ההבדל שבין רשלנות בפלילים לבין רשלנות בנזיקין. ג. יסודות הרשלנות בפלילים; 1. גישת ההלכה הפסוקה; 2. גישת הספרות המשפטית; 3. דגם הרשלנות בקונטיננט; (א) הפרתה של חובת הזהירות מזהי? (ב) הפרתה של חובת הזהירות על שום מה? לשם מה? (ג) ייחוס אחריות לתוצאה; (ד) היסוד הנפשי ברשלנות; (ה) צפייה סבירה להתנהגות כדן (Zumutbarkeit); (ו) עבירות של רשלנות וסייגים לאחריות פלילית; (ז) במקום סיכום.

\* תודתי העמוקה לד"ר ישראל גלעד ולמערכת משפטים על הערותיהם המועילות.

## א. הרשלנות כצורת אחריות חריגה בתחום הפלילי

השיקולים המצדיקים מעמד זה של הרשלנות בפלילים הם שניים: הראשון הוא ההבחנה הבסיסית בין בחירה של התנהגות תוך מודעות לכך שיש בה כדי להעמיד בסכנה ממשית אינטרס חברתי מוגן – המתקיימת במחשבה הפלילית, לבין היעדרה של מודעות כזו, שמאפיינת התנהגות מתוך רשלנות. רק במקרה הראשון מדובר בהתנהגות מסוכנת מתוך בחירה וקיים הבדל ברור בינה לבין התנהגות מסוכנת שלא מתוך בחירה, הן מבחינת המטען האנטי-חברתי והן מבחינה מוסרית. רק על מי שלא היה מודע בפועל לסכנה ניתן לומר שאילו היה מודע לסכנה, אפשר שהיה נמנע מהתנהגותו המסוכנת. לעומת זאת, יודעים אנו על העושה מתוך מחשבה פלילית כי לא נרתע מעשייה מסוכנת גם נוכח מודעותו הממשית לסיכון זה. הדין העונשי הוא בעל אופי שיורי, ותכליתו היא התמודדות בתופעות החברתיות השליליות והמסוכנות ביותר, שאין דרך יעילה אחרת להתמודד אתן. בתחום הפלילי – האשמה היא קריטריון מרכזי לשליליות ולמסוכנות. מכאן מתבקש, שהאחריות הפלילית תהיה מושתתת ככלל על מחשבה פלילית, ועל רשלנות רק כיוצא-מן-הכלל, המחייב קביעה מפורשת מטעם המחוקק<sup>1</sup>. זהו גם הבסיס הרעיוני לקביעה המוצעת, שלפיה בעבירה של פשע נדרשת לעולם מחשבה פלילית ואין מסתפקים ברשלנות<sup>2</sup>.

השיקול השני נעוץ בהבדל בין מחשבה פלילית לבין רשלנות מבחינת העול או הנטל, שכל אחת מהן מטילה על הציבור. בעוד שהתביעה הנורמטיבית בהתנהגות מתוך מחשבה פלילית היא אלמנטרית וטבעית: בשל מודעותן בפועל לסכנה הימנע מן המעשה המסוכן, הדרישה בתחום הרשלנות היא הרבה יותר כבדה ומרחיקת-לכת: שים לב, התעניין במשמעות הפעולה ותוצאותיה האפשריות ואמץ את הפוטנציאל השכלי שלך לאיתור סכנה. הציווי בעבירה של מחשבה פלילית פועל על בסיס מודעות קיימת לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה, ואילו הציווי

1 ראה הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, סעיף 19(1). זו ככל הנראה גם משמעותו של סעיף 15 לחוק העונשין, חש"ז-1977. וראה גם החוק הפלילי הגרמני, סעיף 15; החוק הפלילי האוסטרי, סעיף 7 (1); החוק הפלילי השווייצרי, סעיף 18; החוק הפלילי של יוון, סעיף 1.26; החוק הפלילי של יפן, סעיף 38; The Law Commission (Law Com. 38) Model Penal Code §2.02(3); Criminal Law — Codification of Criminal Law (London, 1985) §24, P. 184. No. 143. ראה G. Fletcher, "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis" 113 *Uni.* 401, 402 *Pen. L.R.* (1971); "י' לוי, רא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (תל-אביב, תשמ"א) 524, 525. בענין אוולאי נ' מ.י. (ע"פ 696/81 פ"ד לז(2), 569) נקט בית-המשפט העליון עמדה אחרת, שלפיה החוק עשוי להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות כלפי יסוד מיסודות העבירה גם ללא הוראה מפורשת, אלא מכוח השתמעות מחכלית החקיקה. דומה כי בפסיקה שבאה אחריה לא יושמה השקפה זו וכן לא חזרו עליה. לביקורת עליה ראה ש"ז פלר, "עבירות רשלנות מכוח דין – נטע זר בתחום הפלילי" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 581; מ' קרמיניצר, "על חופש העיתונות והעבירה של פרסום "סובורדיצה" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה, א (תשמ"ו) 165, 200-212.

2 ראה הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש (לעיל, הערה 1), סעיף 21(ב). הצעות חוק 2098, א' בשבט התשנ"ב-1992.6.1.

בעבירה של רשלנות נועד להשפיע על התודעה כדי שתופעל ותתאמץ, כך שתיווצר בה מודעות כזו.<sup>3</sup>

נכון שהחובה להיזהר צומחת רק כאשר קיימים נתונים עובדתיים המצביעים על סכנה לאינטרס חברתי מוגן, ואולם הסכנה אינה תמיד זועקת לשמים או מזדקרת לעין כל רואה, והאיסור על רשלנות עשוי להטיל חובה לעמוד על סכנות אלה. קיים פער הכרחי בין הסכנה כתופעה אובייקטיבית (עצם קיומה של הסכנה) לבין תחושת הסכנה (המודעות הסובייקטיבית לקיומה של סכנה), והאיסורים על רשלנות נועדים לצמצם פער זה. תכלית הנורמה האוסרת על רשלנות היא בראש ובראשונה לגרום למודעות לסכנות ולדרכי מניעת התמששותן, שכן בלעדיה (כלי מודעות כזו) לא תיתכן התנהגות מונעת (הימנעות מעשייה או עשייה זהירה). החובה להימנע ממעשה מסוכן או להשיג מידע נוסף בטרם עשייה צומחת מן השילוב של מה שהעושה יודע בפועל עם מה שהוא מסוגל וצריך לדעת בהתחשב בתכלית האמורה של הנורמה. הסכנה שעבירה של רשלנות מתייחסת אליה היא דווקא זו שלא היתה בתחום מודעותו הממשית של העושה, אלא כזו שהעושה יכול היה להיות מודע לה אם היה דורך את תודעת הזהירות שלו. הרשלנות מתחילה אפוא במקום שבו מסתיימת המחשבה הפלילית.<sup>4</sup> הנתונים הפוטריים מאחריות למחשבה פלילית, כגון טעות במצב הדברים הקיים או כפוטנציאל שלו (מתן משמעות מוטעית או אימתן משמעות נכונה למצב הדברים הקיים או צפייה מוטעית של מה שעתידי להתרחש) הם נתונים העשויים להצמיח אחריות בגין רשלנות, שכן גישתו המוטעית של העושה לקיים או לעתיד יכול שתהיה תוצאה של אי-קיום חובת הזהירות בתחום המנטלי. מכאן גם ההצדקה להטלת אחריות בגין רשלנות. הידיעה והמודעות הן אקטים של חירות ולכן ניתן לייחס לעושה את אי-הידיעה כאשר יכול היה לדעת. משום ששיפור המודעות לקיים או לעתיד להתרחש הוא בתחום השליטה הרוחנית של העושה, הוא אחראי למה שלא היה מודע או לא צפה, ויכול וחייב היה לדעת ולצפות.

ההכבדה על חירות הפעולה ועל איכות החיים היא אפוא הרבה יותר גדולה ובעלת משמעות כאשר מדובר ברשלנות, ואין היא מוצדקת כאשר האינטרס החברתי המוגן איננו בעל חשיבות ראשונה במעלה. מכאן, מתחייבת גישה שונה, בררנית הרבה יותר מטעמו של המחוקק בבואו ליצור איסור על התנהגות מתוך רשלנות לעומת קביעת איסור מתוך מחשבה פלילית. גם בררנות מיוחדת זו מתבטאת בנטל על המחוקק להצהיר מפורשות על הסתפקות ברשלנות, ובהיעדר הכרזה כזו אין עונשין על רשלנות אלא על מחשבה פלילית בלבד.<sup>5</sup> אופיה האמור של הרשלנות מעמיד את האפשרות של עבירה שרק כלפי מקצת מיסודותיה מסתפקים ברשלנות, ואילו לגבי האחרים נדרשת מחשבה פלילית. כך, למשל, אפשר שבעבירה של

3 לפי המודל האובייקטיבי של רשלנות, התביעה ברשלנות היא אפילו מרחיקת-לכת יותר: עשה יותר מכפי יכולתך.

4 אפשר שנכלל ברשלנות גם מצב דברים שבו זרזת הסיכון היא גמולה מן האפשרות הריאלית של נזק, המאפיינת את המחשבה הפלילית.

5 ראה לעיל, הערה 1.

גרימת נזק לרכוש של כוח מזוין נדרשת מחשבה פלילית כלפי טיבו של הרכוש כרכוש של כוח מזוין, ורק על רקע זה מסתפקים ברשלנות כלפי התוצאה המזיקה.<sup>6</sup> המעמד המשני של הרשלנות מתבטא גם בכך שכעוד שתייכן גם תיחבן עבירה של מחשבה פלילית שאין בצדה עבירה מקבילה של אותו יסוד עובדתי ויסוד נפשי של רשלנות, אין מקום לעבירה של רשלנות שאין בצדה ובעצם, לפניה – עבירה של מחשבה פלילית; שכן אין הצדקה ואין היגיון להטיל אחריות פלילית על רשלנות, כאשר אין אוסרים אותה עשייה מתוך מחשבה פלילית. את העבירות של אחריות מוחלטת או אחריות קפידה יש להבין כעבירות של רשלנות מונחת (הנחה חלוטה או הנחה ניתנת לסתירה) כמינימום.<sup>7</sup> אשר לאפשרות של עבירת רשלנות כ"ספ תחתון" בלבד, הסופגת לתוכה גם את המחשבה הפלילית, אין להסתפק במסגרת נורמטיבית זהה לסוגים כה שונים של יסוד נפשי. מבחינת עקרון החוקיות ועקרון האשמה, מתבקשת הבחנה נורמטיבית בין דינה של עבירת רשלנות לבין דינה של עבירה של מחשבה פלילית, כאשר לשתיהן אותו יסוד עובדתי.

## ב. ההבדל שבין רשלנות בפלילים לבין רשלנות בנזיקין

בעוד שהרשלנות היא, כאמור, יסוד יוצא-דופן של אחריות בפלילים, היא בסיס רגיל לאחריות בנזיקין. הבדל זה יכול להיות מוסבר בהבדלים בין שני התחומים.<sup>8</sup> היעדר של דיני-הפיצוי בנזיקין והמטרה העיקרית של הדין הנזיקי הקלטי היא השבת מצבו של הקורבן לקדמותו, לרוב בדרך של פיצוי כספי. המטרה העיקרית בעונשין היא מניעה מוקדמת, וכשזו נכשלת – ענישה, שיש לה הן היבט גמולי כלפי העבר והן היבט הרתעתי וחינוכי כלפי העתיד. הסכסוך בנזיקין הוא בין שני פרטים (מזיק וניזוק). הסכסוך בעונשין הוא בין החברה כולה לבין העבריין כאשר בחלק מן הסכסוכים אין כלל פרט ניזוק. השאלה בנזיקין היא, ביחס שבין שני הפרטים (המזיק והניזוק), היכן למקם את הנזק וכיצד, מי צריך לשאת בסיכון של אירוע הנזק? השאלה בעונשין היא, ביחס שבין החברה המאורגנת (המדינה) לבין הפרט, האם מוצדק ויעיל לאסור עשייה מסוימת ולהטיל עונש בגין הפרת האיסור. הבדל

6 בשיטה שיש בה אחריות מוחלטת או אחריות קפידה אפשר שלגבן מקצת הרכיבים בעבירה תהיה אחריות כזו, ואולם ראוי כי הדבר ייעשה מכוח הוראה מפורשת.

7 הטענה הנשמעת לעיתים, כי מבחינה כמותית עולה מספר האיסורים של רשלנות על מספר האיסורים של מחשבה פלילית איננה אפוא נכונה, אם מתייחסים ל"איסורים של רשלנות" כ"איסורים של רשלנות בלבד".

8 להשקפה מסורתית על ההבדלים בין שני התחומים ראה-P.J. Fitzgerald, *Criminal Law and Punish* (Oxford, 1962) 1-10; G. Williams, "The Definition of Crime" *Cur. Leg. Pro.* (1955) 107; G. Hughes, "The Concept of Crime" *Crim. L.R.* (1959) 239, 331; S. Pollock, "The Distinguishing Mark of a Crime" 22 *Mod. L.R.* (1959) 495; לוי ולדמן (לעיל, הערה 1), 10, 18-14. לאסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט ראה J.L. Coleman, "Crime Kickers and Transaction Structures" in: (J. R. Pennock, and J.W. Chapman) (eds.) *Criminal Justice* (1985) 313, 315; A.K. Kleverick, "On The Economic Theory of Crime" *Criminal Justice* 289, 295-297; R.A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law" 85 *Col. L.R.* (1985) 1193, 1201-1205.

זה עשוי להסביר את התוצאות השונות בפסקי-דין מלכה<sup>9</sup> ורינגר<sup>10</sup>. קל יותר לאמץ את עקרון "הגולגולת הדקה" בנוזיקין (משום שביחסים בין המזיק לבין הניזוק, צודק לגלגל את הנזק אל המזיק) מאשר בפלילים<sup>11</sup>. מכיוון שהמשימה בנוזיקין היא "לעשות צדק" בין תובע מסויים לנתבע מסוים<sup>12</sup>, הכדיקה בנוזיקין מתייחסת באותה מידה לשני הצדדים המעורבים (לאשמתם ה"מוסרית", ה"חברתית", הפער היחסי ביניהם ומערכת-היחסים ביניהם). לעומת זאת, בחינת האחריות בעונשין מתמקדת בעושה ועניינה בקורבן הוא משני בלבד. בשל האופי הבין-אישי המובהק של עוולת הרשלנות (בין המזיק לבין הניזוק) אין די בכך שהנתבע "חטא". חטאו חייב להיות כלפי התובע: התנהגותו הבלתי-סבירה של הנתבע צריכה ליצור סיכון בלתי-סביר כלפי התובע<sup>13</sup>, והנזק חייב להיגרם עקב התממשותו של אותו סיכון<sup>14</sup>. דיני-העונשין עוסקים בהגנה על החברה ובחטאו של היחיד כלפיה. לפיכך, לא מתחייבת בדין-העונשין בהכרח אותה מידה של הקפדה על המימד האינדיבידואלי (המופנה כלפי הקורבן דווקא) של הסיכון ושל התממשותו. יסוד הנזק, שהוא יסוד מרכזי בנוזיקין והיה יסוד מרכזי בעונשין, נעשה במשפט הפלילי המודרני פחות מרכזי, כאשר הדגש עובר מהנזק לשני צירים אחרים: הסכנה והאשמה. בעבירות לא-מעטות של רשלנות אין כלל יסוד של נזק אלא של סכנה בלבד (סעיפים 108(ב) סיפא, 218, 338, 339, 340, 343, 449 לחוק העונשין, תשל"ז-1977); ולעיתים אין בהן אף יסוד של סכנה (סעיפים 102(ב), 117(ב), 119, 368, 403 לחוק העונשין, תשל"ז-1977)<sup>15</sup>. זהו הבדל מהותי בין הרשלנות הפלילית לבין הרשלנות הנוזיקית<sup>16</sup>. הטלת אחריות בפלילים היא בעלת משמעות חמורה יותר מהטלת אחריות בנוזיקין: היא עשויה להיות כרוכה בשלילת חירות ויש בה יסוד סגימטי ומשמעות של הקלנה. מה שעשוי להצדיק הטלת חבות בנוזיקין, עשוי שלא להספיק כדי לייסד אחריות בפלילים. לכן, רשלנות מטעם המזיק עשויה להצדיק חיובו בתשלום פיצוי לניזוק, אך אפשר שלא יהיה די בה כדי להצדיק אחריות בפלילים (למשל: כשמדובר בנזק לרכוש). גם טיבה של הרשלנות עשוי להיות שונה בשני התחומים, כאשר בתחום העונשי הרשלנות עשויה להיות צרה יותר ו"תובענית" יותר מאשר בנוזיקין: התרשלנות רבתי מבחינה עובדתית<sup>17</sup> או מבחן אינדיבידואלי של רשלנות מבחינת היסוד הנפשי. לעומת זאת, עשוי, כאמור, אופיה הציבורי של האחריות בפלילים (ההתמקדות באינטרס החברתי הכולל: בסכנה הנשקפת מן

9 ע"פ 47/56 מלכה נ' י.מ., פ"ד י, 1543.

10 ד"נ 12/63 לאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701, 725.

11 ראה לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1) 340, 341; *Crim.*; Stuart, "Mens Rea, Negligence and Attempts" 647, 654-655 *L. R.* (1968); ג' קלינג, "לפירושו של סעיף 60 לפקודת הנוזיקין" הפרקליט כ (תשכ"ד) 247, 245, 241.

12 י' גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנוזיקין הישראלי" עיוני משפט יד (1989) 319.

13 שם, עמ' 325, 326.

14 שם, עמ' 326, 327.

15 לדוגמאות נוספות מתוך לחוק העונשין ראה לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1), 535.

16 ראה ע"פ 70/59 שולוב נ' י.מ., פ"ד יג, 1401.

17 ע"פ 385/89, 3934/90 אבנת ואח' נ' מ.י., פ"ד מו(1) 1, 12; וכפי שהדבר מופיע בהצעות לחקיקה פלילית באנגליה ובקנדה. ראה להלן, הערה 20.

העושה לעתיד לבוא ובהגנה על כלל הציבור) להשפיע על היקף רחב יותר של אחריות לעומת האחריות בנזיקין. שיקולים של הסכמת הקורבן או נטילת סיכון במודע על-ידו עשויים להכריע את הכף נגדו בנזיקין, ולא יהיה להם בהכרח אותו מעמד בפלילים<sup>18</sup>. הן הדגש על מניעה ועקרון החוקיות הנגזר ממנו והן העברת מרכז-הכובד בפלילים מן הנזק אל הסכנה עשויים גם הם להשפיע על אפיון שונה של הרשלנות בתחום העונשי לעומת מאפייניה בנזיקין. זאת ועוד: עצם קיומה של אחריות בנזיקין עשוי לשלול את הצורך באחריות בפלילים, כאשר די בראשונה, לפי עקרון השוויון החל על התחום העונשי.

## ג. יסודות הרשלנות בפלילים

### 1. גישת ההלכה הפסוקה

נשוב עתה אל יסודות הרשלנות בפלילים. ההלכה הפסוקה בישראל אימצה (תחילה לעניין העבירה של גרם מוות ברשלנות) את הדגם האזרחי של עוולת הרשלנות, הכולל הפרה של חובת זהירות (מושגית ועובדתית), תוצאה וקשר סיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה<sup>19</sup>. לפי דגם זה, אין כלל התייחסות ישירה ליסוד נפשי, אם כי מבחינה מהותית יש דמיון בין התרשלות לבין יסוד נפשי של רשלנות לפי

18 ע"פ 35/52 רוטנשטריך נ' י.מ., פ"ד ז 72, 75-77; עם זאת, אם התכוון השופט זילברג להעמיד את האחריות על רשלנות על בסיס הרחצה בלבד – "למען ישמעו וייראו ולא ישגון עוד" – יש להסתייג מכך; שכן הרחצה כשלעצמה, ללא גמול המבוטס על אשמה, אינה בסיס מספיק להטלת אחריות בפלילים. זאת ועוד: אין זה מובן מאליו כי הסגת-גבול או נטילת סיכון במודע על-ידי הקורבן הם נתונים נטולי-רלבנטיות לעניין אחריות בגין רשלנות בפלילים. מבחינה זו היו עובדות המקרה ברוטנשטריך בלתי-אופייניות לרשלנות, שכן היו "ביקורי הרחצה של הילדים בבריכה, ידועים רצופים לאנשי המפעל" (שם, 77). השופט זילברג עצמו קובע, כי להסגת-הגבול עשויה להיות השפעה עקיפה לעניין האחריות בשל רשלנות: "כאשר, במסיכות הענין, הנאשם לא היה מחוייב להעלות על הדעת, כי הזר שנהרג יופיע ויפגע ברשות שאינו שלו" (שם, 77). לפי דבריו, עשויה הסגת-הגבול להוציא את ההתרשלות מתחום הצפיות הסבירה כעניין עובדתי, אולם היא עשויה להביא לתוצאה זו גם כעניין נורמטיבי, הכרוך בחובה לצפות, להביא בחשבון ולנקוט אמצעים. ראה ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מ.י., פ"ד לה(1) 769, 777-778. האם חייב אדם לצפות ולהיערך למניעת כל פגיעה מעבריון העלול להיכנס לתחומו? נניח כי בשל מטמון זהב המצוי בבור בחצרו של עשירי נתון המקום לפעילות של גנבים החותכים את הגדר המקיפה את הבור. האם חייב עשירי לנקוט אמצעים נוספים למניעת נפילתו של גנב כזה אל הבור? וראה דעת השופט חשין, שם, עמ' 86. כמרכן – משיקולי צדק או מדיניות – עשויה החובה לצפות סכנה שלא להשתרע על סכנה הנשקפת למי שנוטל על עצמו סיכון במודע, אף כי ניתן עובדתית להביאה בחשבון. בעניין יערי קבע בית-המשפט, כי עקרונית קיימת חובת זהירות אף כלפי מסיג-גבול (שם, 779, 780). דומה כי קביעה זו קשורה בהיקף הרחב של המושג מסיג-גבול, החל על ילד ומבוגר, על עבריון ועל מסיג-גבול בתוס-לב. ועדיף היה, לפחות בתחום הפלילי, לנקוט שיטה המבחינה בין הקטיגוריות השונות של מסיג-גבול, כגון "מסיג הגבול הפלילי", לעומת "מסיג הגבול האזרחי", והמסוגלת אפוא גם לקבוע סייגים לחובת הזהירות. בבוחנו את חובת הזהירות הקונקרטית, בחן השופט ברק רק אם יכלו המערערים להבחין במנחה, והגיע למסקנה שלילית. ואולם אם היתה מוטלת עליהם חובת זהירות כלפי מסיג-גבול, מן הראוי היה לבחון גם אם נקטו את כל האמצעים הסבירים שיאפשרו להם להבחין בעוד-מועד במסיג-גבול, ולא להתייחס לשאלה כאל שאלה שאינה טעונה הכרעה (שם, 783, 784).

19 רוטנשטריך (לעיל), 79; ע"פ 47/56 מלכה נ' י.מ., פ"ד י(3), 1542; ע"פ 162/53 בראשי ואח' נ' י.מ., פ"ד יט 80; ע"פ 131/56 לחם נ' י.מ., פ"ד יב, 320; ע"פ 186/80 יערי ובורנשטיין נ' מ.י., פ"ד לה(1) 769. מבחינת הדין העונשי עדיף הדגם של ההלכה הפסוקה על פני הדגם שהוצע על-ידי ד"ר י.

מבחן אובייקטיבי. הדמיון מתבטא במבחן של צפיות סבירה המשותף לשניים. השוני הוא בכך שבאפיון ההתרשלות אין מתייחסים להעדר צפייה בפועל שהוא הפן הראשון, השלישי באופיו, של הרשלנות כיסוד נפשי; וכן בכך שמתייחסים רק לצפיות סבירה של התוצאה ואין מתייחסים התייחסות עצמאית ליכולת להיות מודע לרכיבים האחרים של היסוד העובדתי: ההתנהגות והנסיבות. כמו־כן, ניתן למצוא במשפט האנגלו-אמריקני אפיון של הרשלנות המתבסס כולו על מבחן אובייקטיבי של הפרת סטנדרט של זהירות<sup>20</sup>.

לכאורה, ניתן לטעון, כי דגם הרשלנות בהלכה הפסוקה כולל במובלע גם את היסוד הנפשי של היעדר צפייה בפועל. המצב האובייקטיבי של הפרת החובה וסטייה מסטנדרט התנהגות נדרש אינו אלא פועל יוצא של מצב נפשי של רשלנות. אולם אין הדברים בהכרח כך, ומכמה סיבות: ראשית, אין זה ברור שההלך המוביל ליצירת חובת זהירות עובר בהכרח דרך צפייתו של האדם הסביר. אפשר שהשיקולים האמיתיים הם שיקולים של יעילות ותועלת, שכן הצפיות הסבירה הנזכרת בעולות הרשלנות "אין עניינה בצפיות סתם אלא בצפיות ראוייה"<sup>21</sup>, הנקבעת תוך הערכת התנהגותם של אחרים בנסיבות דומות<sup>22</sup>; וכדברי אנגלרד על ההתרשלות האובייקטיבית: "במשמעות זו נחשב אדם כמי שהתרשל, כאשר אין הוא נוהג בהתאם לרמת ההתנהגות הנקבעת לפי מבחן חיצוני אובייקטיבי, דהיינו לפי התנהגות האדם הסביר. מושג זה אינו מהווה מצב נפשי של המזיק אלא הערכה אובייקטיבית של התנהגות מסוימת"<sup>23</sup>. שנית, גם אם היתה הפרת החובה נקבעת לפי הצפייה הסבירה, הטענה שלפיה דגם הרשלנות בהלכה הפסוקה כולל במשתמע היעדר צפייה בפועל מתייחסת למצב אפשרי, ואולי אף למצב הטיפוסי המתקיים ברוב פסקי־הדין, אך לא למצב הכרחי, כלומר: המצב הנדרש מכוח הדין. אמנם, הפרת החובה מן הבחינה האובייקטיבית עשויה לנבוע מיסוד נפשי של רשלנות, אך אין זה מחויב שכך יהיה, שכן היא עשויה לנבוע גם מיסוד נפשי של מחשבה פלילית. סטייה מסטנדרט התנהגות נדרש בנהיגה יכולה להשתזר ברשלנות כיסוד נפשי, אך יכולה להשתלב גם בקלות־דעת כיסוד נפשי. זאת ועוד: גם אם תמצי לומר כי העמדה לדין על עבירה של רשלנות מצביעה על כך שלא התקיימה מחשבה פלילית, שכן אילו התקיימה צפייה בפועל היה האישום מן הסתם על עבירה של מחשבה פלילית — אין בכך כדי לשכנע הן משום שבשיטתנו התביעה ריבונית בקביעת סעיף האישום, וכאשר היא מייחסת לנאשם עבירה של רשלנות, הופך

גלעד במאמרו "על יסודותיה של עולות הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" (לעיל, הערה 12). אופיו הנורמטיבי מאפשר הדרכה טובה יותר ותואם אפוא יותר את עקרונות החוקיות. במקרים שבהם אין חובה מושגית, הוראות של הדין מגדילה את תחומה של חירות הפעולה.

20 ראה, למשל, סעיף 22 (b) בהצעה האנגלית: Law Com. 143 Codification of the Criminal Law (London, 1985); סעיף 2 (4) (b) בהצעה הקנדית: The American Law Institute Model Penal Code, Proposed Official Draft (1962), §2.02 (2)(d).

21 מ' חשין, דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (המכון לחקר חקיקה ע"ש הארי סאקר, ג' טדסקי עורך, תש"ל) 98.

22 פלטישר (לעיל, הערה 1) 425.

23 דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (לעיל, הערה 21) 127, וראה חשין שם בעמ' 90.

מצב תודעתו הממשית של העושה בשעת מעשה לכלת-ירלבנטי; והן בשל היתחום בין העבירה של גרם מוות ברשלנות לבין העבירה של הריגה במשפטנו. לפחות עד לעת האחרונה לא כל ההיפותזות של מחשבה פלילית נתפשו בעבירת הריגה, וכונתי להתרשלות רגילה (להבדיל מהתרשלות רבתי) שגרמה למוות שהתלוותה אליה קלות-דעת. משום שאין זה סביר שהתרשלות רגילה שגרמה למוות + רשלנות כיסוד נפשי תהווה עבירה פלילית, והתרשלות רגילה שגרמה למוות + קלות-דעת תהיה בלתי-ענישה, ולשון סעיף 304 איננה מכשול – ניתן לקבוע כי היפותזה זו נתפשה בעבירה של גרם מוות ברשלנות; ועמדה דומה ניתן למצוא גם בהצעת החוק הקנדית<sup>24</sup> ובהצעת החוק האנגלית<sup>25</sup>. יוצא אפוא כי יסודות העבירה של גרם מוות ברשלנות הושאו באופן מלא ליסודות עוולת הרשלנות ללא סייג וללא תוספת, וכשם שברשלנות הנוזקית אין בוחנים את מצב דעתו של המזיק<sup>26</sup>, כך גם אין עושים כן בעבירה הפלילית. דוגמא מאלפת למקרה שבו הואשם אדם בגרם מוות ברשלנות והורשע בשל כך, אף כי לפי הנתונים העובדתיים ניתן היה להאשים – וקרוב לוודאי אף להרשיע – בעבירה של הריגה בשל התקיימותה של חזות מראש של אפשרות התרחשות התוצאה הקטלנית היא פרשת רוטנשטרייך<sup>27</sup>; שכן לפי העובדות שנקבעו, הנאשם "ידע יפה על הסכנה הכרוכה בשביל הילדים בבריכה. הוא ידע יפה שהאמצעים שהוא אחז בהם אינם בטוחים, אם כי היה באפשרותו לאחוז באמצעים בטוחים יותר"<sup>28</sup>.

גישה זו, המעמידה את הרשלנות כולה על יסוד עובדתי<sup>29</sup>, אינה מאפשרת להבחין בינה לבין מחשבה פלילית; שכן גם מעשים הנעשים מתוך מחשבה פלילית עשויים להפר – ולעתים קרובות מפרים – סטנדרט של זהירות. זאת ועוד: על-פי מבנה זה של עבירת רשלנות, מוטלת אחריות פלילית מכלי שנדרשת אשמה במשמעות המקובלת של מושג זה (הכוללת דרישה ליסוד נפשי) בניגוד לעקרון-יסוד של הדין העונשי.

ניתן אולי לתלות בהיעדר תפישה של רשלנות כיסוד נפשי את פיתוחה ועיצובה של הדוקטרינה של אחריות מוחלטת (במחכונתה המקורית, ללא השינויים המרכזיים שחלו בה לאחר מכן) במשפט האנגלו-אמריקני. כאשר בוחנים את ההנמקה שהובאה בפסיקה לקביעתה של אחריות מוחלטת, מתברר כי בתי-המשפט ראו בחירה בין שתי אפשרויות, ושחיים בלבד: איסורים של מחשבה פלילית, כלומר: שנדרשת

24 ראה סעיף 2(4)(b) להצעה הקנדית ודברי ההסבר (Law Reform Commission of Canada, *Recodify*) ... it means taking a risk, consciously or otherwise... : 21, (ing Criminal Law I (Ottawa, 1986)

ראה גם: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 46 *Omissions, Negligence and Endangering* (Ottawa, 1985) 29

25 (לעיל, הערה 20) 70, 71: It covers the case where the actor does give thought to whether a risk attends his act ....

26 100 G. Williams, *Criminal Law – The General Part* (London, 2nd ed., 1961); חשין, דיני נזיקין (לעיל, הערה 21) 90-93; אנגלוד, שם 127; א' רובינשטיין וד' פרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנוזקין" הפרקליט כא (תשכ"ה) 61, 66; פלטר (לעיל, הערה 1 לעיל), 409, 414, 434, 435.

27 לעיל, הערה 18.

28 שם, 63.

29 אין לראות את הצפיית הסבירה כיסוד נפשי, משני טעמים: היא אינה מתייחסת לצפיות של העושה, והיסוד הנפשי הוא מצב תודעתו ותפצו של העושה. היא אינה יסוד עובדתי טהור, אלא יסוד עובדתי-נורמטיבי.



בהם מודעות בפועל לרכיבי היסוד העובדתי או אחריות מוחלטת<sup>30</sup>. לא עמדה כלל לנגד עיני השופטים האופציה של יסוד נפשי של רשלנות. מכיוון שהיה ברור כי דרישה של מחשבה פלילית היא כבדה מדי ותסכל את מטרת האיסורים, והאופציה של רשלנות לא עלתה כלל – נבחרה החלופה של אחריות מוחלטת. זאת ועוד: בשיטת-משפט שבה גם האחריות בגין רשלנות מבוססת כל-כולה על יסוד עובדתי ואין בה כלל התייחסות ליסוד נפשי, המעבר מרשלנות לאחריות מוחלטת איננו דרמטי או בעייתי, אלא כמעט טבעי: בעבירות-תוצאה ללא רכיב התנהגותי מוגדר נדרשת סטייה מסטנדרט של זהירות שנקבע בפסיקה, ובעבירות התנהגותיות (שהרכיב ההתנהגותי בהן מוגדר) סטנדרט הזהירות נקבע על-ידי המחוקק באיסור גופו; וכשם שבקטגוריה הראשונה אין דורשים כל דרישה פרט לסטייה מסטנדרט של זהירות, כך אין דורשים דרישה כזו בקטגוריה השנייה. כל מי שרואה אי-התיישבות בין האחריות המוחלטת לבין מושגי צדק בסיסיים, מוזמן לראות לא רק את הסכנה העלולה להתפתח מתפישה עובדתית-אובייקטיבית-טהורה של הרשלנות, אלא גם את התוצאות הקשות מבחינת הצדק שתפישה כזו הניבה הלכה למעשה.

## 2. גישת הספרות המשפטית

לעומת גישה זו, מצויה בספרות המשפטית הישראלית גישה המעמידה את הרשלנות על יסוד נפשי. הביטוי המובהק ביותר לעמדה זו מופיע בספרו של ש"ז פלר. פלר<sup>31</sup>, וכמוהו גור-אריה<sup>32</sup>, דוחים את המודל של הפסיקה; אך בעוד שאצל גור-אריה ניתן למצוא גם מבחן אובייקטיבי, המתבטא בדרישה שההתנהגות תיצור סיכון בלתי-סביר (בלתי-מצדק)<sup>33</sup> – גישתו של פלר כלפי יסוד זה היא מסויגת למדי<sup>34</sup>. ברור שנדרש – לשיטתו – קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה, אך אין דרישה לאפיון של ההתנהגות כשלעצמה (כהתשלוח).

## 3. דגם הרשלנות בקונטיננט

בשורות הבאות נציג את דגם הרשלנות, כפי שפותח במשפט הקונטיננטלי<sup>35</sup>. נקדים ונאמר, כי ניתן לראות במודל זה מודל אינטגרטיבי, המעמיד את הרשלנות על

30 צ"פ 11/65 גדיסי נ' י.מ., פ"ד יט(1) 57, 70, 71.

31 ש"ז פלר, יסודות ביניים עונשין כרך א' (ירושלים, תשמ"ד) מפסקה 745, וראה במיוחד פסקאות 759, 765-762.

32 מ' גור-אריה, "העבירה של גרם מוות ברשלנות, והיחס בינה ובין עבירת הרשלנות" משפטים יב (תשמ"ב) 257.

33 שם, עמ' 268, 278.

34 פלר (לעיל, הערה 31), פסקאות 752 ו-753.

35 H.H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* (Berlin, 4 Auflage, 1988), 506, במשפט הגרמני, 521-525; StGB Leipziger Kommentar (Berlin, 10 Auflage, 1988) 1, §15, 16 (Schroeder); StGB Systematischer Kommentar zum StGB, Band 1 (Frankfurt, 5 Auflage, 1987) §16 (Samson); Schoenke und Schroeder *Strafgesetzbuch Kommentar* (München, 21 Auflage, 1982) §15 (Cramer); H. Fuenfsinn, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht* (Frankfurt, 1985); C.S. Binavince, *Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte* (Bielefeld, 1969); P. Frisch, *Das Fahrlässigkeit und das Verhalten des Verletzten*

שילוב של מאפיינים עובדתיים ונפשיים. ואכן, בקונטיננט נדרשת תחילה במישור העובדתי הפרה של חובת זהירות, ורק אחר-כך נדרש במישור הנפשי – וזהו תנאי בעל אופי אינדיבידואלי, שהעושה יכול היה, לפי נתוניו האישיים, להימנע מאותה הפרה. הפרת חובת הזהירות אינה היסוד האובייקטיבי היחיד המאפיין את הרשלנות. היא מאופיינת גם על-ידי מסננת אובייקטיבית של ייחוס התוצאה. פרט למישור הנפשי, יש דמיון רב מאוד בין דגם זה לבין הדגם הנזיקי של רשלנות.

#### א. הפרת חובת הזהירות מהי?

הפרת חובת הזהירות מתבטאת בהפרת דרישות התנהגות המחייבות את הכל, שהדין מציב במצב דברים נתון לשם מניעת תוצאה מזיקה מוגדרת. באופן כללי ניתן לומר, כי חובת הזהירות היא חובה להימנע מהתנהגות העלולה לממש את היסודות של עבירת הרשלנות או התנהגות היוצרת סיכון להתרחשות התוצאה. סיכון זה נבחן *ex ante*, תוך הבאה בחשבון של הנתונים העובדתיים הרלבנטיים שניתן להיות מודע להם בשעת מעשה והידע הכללי, המצוי אותה שעה, על הליכים סיבתיים. שאלה מעניינת היא, אם מן הדין להביא לעניין זה ידיעה מיוחדת של העושה החורגת מיריעתו של אדם רגיל. דומה כי מתבקשת תשובה חיובית: מידע שיש לעושה על מום או מחלה נסתרים של הקורבן או על כך שמבניין מסוים (שאין עליו סימון חיצוני המעיד על כך) יוצאים בשעה מוגדרת ילדים, מן הדין שישפיע על התנהגותו. שאלה קשה יותר היא, האם בקביעת חובת הזהירות יש להביא בחשבון מיומנות מיוחדת של העושה, שהיא מעבר לאפיון קטגוריאלי שלו, כגון שהוא בעל מיומנות נהיגה מיוחדת, מעבר למיומנות שיש לנהג בעל מידה דומה של הכשרה וניסיון. ברור, כי הפרת חובת הזהירות מתחילה רק במקום שבו מסתיים תחום הסיכונים שהדין מתיר או משלים עם קיומם. נדגים: כל אדם המקיים יחסי-מין עם יותר מאדם אחד אחר מבלי לוודא שהאחרים אינם נגועים בנגיף ה-HIV, יכול להביא בחשבון את האפשרות כי הוא עצמו נדבק בנגיף וכי הוא עלול לגרום להדבקתם של אחרים באמצעות מגע מיני ללא שימוש באמצעי-מניעה. גם אם יתברר בדיעבד כי כך אכן אירע, ועקב כך נגרם מותו של אדם, אין להניח כי המשפט יטיל עליו אחריות פלילית בגין רשלנות; שכן מדובר במה שניתן – מבחינת האפשרות המעשית או הפיזית – לצפות, אך אין חייבים מבחינה נורמטיבית לצפות או בסיכון שהוא סיכון לגיטימי. אפשר כי גם קיום מגע מיני על-ידי מי שנגוע בנגיף, תוך שימוש באמצעי-מניעה שאין בו משום כיטחון מוחלט שתימנע הדבקה, אינו חורג מגבולות הסיכון המצדק. כאשר הורה שולח את צאצאו בן העשר לבית-הספר בגפו וללא

(Berlin, 1973); J. Kruempelmann, "Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht" G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen*, למשל, לעמדה אחרת ראה, Bockelmann – FS 443 R. Grassberger, "Aufbau, Schuldgehalt", במשפט האוסטרי ראה *Erfolgsdelikt* (Berlin, 1972) und Grenzen der Fahrlässigkeit" 5ZfRV. (1964) 18; *Wiener Kommentar zum StGB* (Wien, H. Walder, "Probleme bei 2 Lieferung 1979) §6 (Burgstaller) N. Jareborg, *Essays*, במשפט השבדי ראה: 104 *Zd BJ* (1968) 161 N. Barbero, "Juridical", במשפט הספרדי ראה: 28, 46, 47 *in Criminal Law* (Uppsala, 1988) 28, 46, 47 "Structure of Criminal Negligence in Modern Doctrine" 47 *R.Int. Dr. Pen.* (1976) 9, 24, 36

ליווי, ניתן להעריך כי התנהגות בלתי-זהירה של הילד עלולה לגרום להיפגעותו בתאונות-דרכים, ואולם אין חובה להביא בחשבון סיכון זה כמצדיק ליווי מתמיד של הילד לבית-הספר וממנו. הורה יצא ידי חובת הזהירות בהורכת הילד ובהעמדתו על סיכוני הדרך והתנועה. יתרת הסיכון, אף שהיא קיימת, אין חובה להביאה בחשבון, בהיותה סיכון מוצדק. כבר בראשית המאה נאמר, כי לשום אדם אין יכולת נפשית לגייס את מלוא הזהירות (לשקול את כל הדרוש כדי למנוע תוצאה מזיקה) כלפי כל סיכון הנובע מהתנהגותו לאינטרס מוגן, וכי חובה בלתי-מוגבלת להימנע מכל עשייה שעלולות לנבוע ממנה תוצאות מזיקות תדון את האדם לאי-עשייה מוחלטת<sup>36</sup>.

הקביעה הקונקרטית בדבר קיומה של חובת זהירות היא קשה. אמצעי העזר הם בראש-בראשונה נורמות משפטיות, ובכלל זה נורמות המסדירות את הפעילות בתחומים מוגדרים כגון בטיחות בדרכים, בטיחות בעבודה וכיו"ב. אחריהן באים כללי הזהירות שעובדו על-ידי ההלכה הפסוקה<sup>37</sup>, כגון החובה שלא לעסוק בפעילות כאשר אין לעושה הידע, המיומנות או הכושר הדרושים לכך<sup>38</sup>. חובה זו עשויה להתבטא באיסור על עשייה או בחובה להקדים פעילות מוקדמת של הכנה או התכוננות בתחום של רכישת ידע, מידע וכלים לעשייה — הן מידע ספציפי והן ידע כללי הדרוש לשם שמירת רמה מקצועית נאותה; החובה המוטלת על ממונה לבחור בהקפדה את הכפופים לו, להדריכם ולפקח עליהם; החובה לוודא שהוראות שניתנו הועברו, הובנו כהלכה ומבוצעות למעשה; החובה לפיקוח מיוחד על עובד חדש, חסר-הכשרה או שיש אינדיקציה של בעייתיות בתפקודו<sup>39</sup>. ולבסוף — אף כי מן הראוי אולי לפתוח בה — חובת הזהירות הפנימית: החובה להבחין ולהכיר בסכנה ולהעריכה נכונה. מקור נוסף המשמש אמצעי-עזר לחובות זהירות הם כללי התנהגות מקובלים בתחומים שונים גם כשאין להם תוקף משפטי מחייב, כגון כללי התנהגות בספורט ונורמות טכניות. יושם אל לב, כי משתי נקודות-מבט לנורמות הכלליות יש ערך אינדיקטיבי בלבד: הפרה של נורמה כזו שאינה יוצרת סכנה קונקרטית או שהיא הפרה של סטנדרט גבוה מזה הנדרש מן האדם הסביר אינה הפרה של חובת הזהירות. בקיום הנורמה אין יוצאים בהכרח ידי חובת הזהירות: מדובר במקרה א-טיפוסי שלא הובא בחשבון בעת שנקבעה הנורמה והמחייב נקיטת יותר אמצעים או אמצעים שונים ממה שנקבעו בנורמה לשם מניעת סכנה קונקרטית<sup>40</sup>. אשר לכללי התנהגות מקובלים שאין להם תוקף משפטי מחייב, נטיית בית-המשפט תהיה שלא לאמץ, כאשר לפי גישתו אין הם משקפים את רמת הזהירות הראויה.

בהיעדר אמצעי-עזר אין מנוס מלהיעזר בדמותו של האדם הרגיל, שומר החוק,

36 R. v. Hippel, "Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum" *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts* (Berlin, 1908) III 373, 570

37 אין זה מקרי שבדין העונשי פותחים בנורמות משפטיות מיוחדות-חיצוניות, ואילו בדין פותחים בחובות הזהירות הפנימיות שפותחו בהלכה הפסוקה. ההבדל נעוץ בחשיבות השונה המיוחסת בשני התחומים לשיקול של חוקיות ושל הדרכה מראש בחוק.

38 ראה סעיף 325 לחוק העונשין, חשל"ז-1977.

39 למניין חובות הזהירות ראה לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1) 529, 530.

40 ראה ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מ"י, פ"ד מ(3) 141, 148-154; לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1) 532, 533.

שהוא פרסוניפיקציה של הסדר המשפטי לעניין זה, כאשר אין מדובר בדמות אחת ויחידה אלא בדמות הלובשת צורות שונות, לפי ההקשר – של הנהגה שומר החוק, הרופא שומר החוק וכיו"ב, כדי לבחון אם יכול היה, בנסיבות העניין, לצפות כאפשרות כי ההתנהגות תחולל את התוצאה.

## ב. הפרתה של חובת הזהירות על שום מה? לשם מה?

הפרת חובת הזהירות נדרשת בשל כמה טעמים ולהשגת כמה תכליות. נקדים ונאמר כי בשל אופיה הגמיש, הדינמי והפתוח אין היא מסוגלת למלא תכליות אלה באופן מלא, אולם עדיפה חתירה למטרות אלה והגשמה חלקית שלהן מויתור כליל עליהן.

התכלית הראשונה היא הפונקציה ההדרכתית של הנורמה העונשית, המתחייבת מעקרון החוקיות ונגזרת ממטרת המניעה של הדין העונשי. ברור, כי נורמה המאופיינת בגרימת תוצאה בלבד ממלאה אחר פונקציה זו באורח קלוש ביותר. הקטגוריה של חובת זהירות מיועדת לעודד קביעת נורמות כלליות של זהירות, בראש ובראשונה ברמה החקיקתית, ואחריה – ברמת ההלכה הפסוקה וברמה המקצועית-טכנית; נוסף על כך היא מעניקה חשיבות מיוחדת לנורמות אלה בהקשר של עבירות הרשלנות. גם במקרה החלש ביותר מבחינת הדרכת התנהגות, כלומר: המקרה שבו חובת הזהירות נקבעת לראשונה באותו מקרה גופו, יש חשיבות כלפי העתיד – הן לנאשם עצמו והן לכלל הציבור – שהדופי בהתנהגות ינוסח כמושגים עובדתיים: ממה היה עליו להימנע? מה בדיוק היה עליו לעשות?

דווקא משום שאין בחברה המודרנית נורמה של איסור גורף על יצירת סיכונים לאינטרסים חברתיים מוגנים, חיוני מבחינת חירות הפעולה שאדם יוכל לקבל הדרכה מלאה ככל האפשר על התחום האסור. הן הדוקטרינה של סיכון סביר או מוצדק כשלעצמה (להבדיל משאלת סבירותו של הסיכון הנבחנת במסגרת קביעת חובות זהירות מוגדרות) והן הדוקטרינה של *de minimis non curat lex* מספקות הדרכה מלאה ופחות יעילה מן הדוקטרינה של הפרת חובת זהירות כיסוד של עבירת הרשלנות. עקרון החוקיות מחייב שמה שניתן להכליל מראש, מן הראוי לעשות כן, וככל שההכללה עשויה להיות מוגדרת יותר ובעלת ערך רב יותר כמכוונת התנהגות, כן ייטב. היקף חובתו של מחזיק במקרקעין כלפי מסיג גבול ושאלת קיומה או אי-קיומה של חובה לנסוע בחשכה במהירות המאפשרת עצירה בטווח האורות הם נושאים שלפרט ולחברה יש עניין לקבל לגביהם הדרכה מלאה ומפורטת ככל האפשר; וזאת, מבחינת חירות הפעולה, היכולת לתכנן עשייה אנושית ולצפות מראש את תוצאותיה החברתיות, היציבות והוודאות של החיים החברתיים. ואלה דוגמאות בלבד.

דווקא בתחום של עבירות הרשלנות יש סיכוי טוב לנורמה – כאשר היא ברורה – להשפיע ולהביא להתנהגות רצויה, שכן בתחום הרשלנות מגמת המשפט איננה למנוע מן העושה השגת יעדים שהוא שואף אליהם אלא הכוונתו מבחינת הדרכים להשגת אותם יעדים. ניתן לצפות ליותר השפעה במקרים שבהם אין מדובר בהשקעה גדולה של משאבים או בפעילות שגרתית רצופה ומתמשכת. ברור, כי

לשם הגברת האפקטיביות של הנורמה אין להסתפק בקביעתה: מן הראוי לתת לה פרסום רחב וחודר ולשלבה במערכות החינוך וההדרכה הרלבנטיות. הטעם השני נעוץ בהעברת הדגש במשפט הפלילי המודרני מן התוצאה המזיקה לאחר התרחשותה אל הסכנה הטיפוסית להתרחשותה של תוצאה. האופי האנטי- חברתי צריך להיות מעוגן כבר בהתנהגות על נסיבותיה והפוטנציאל שבה והוא צריך להיות שריר וקיים עוד לפני התרחשותה של התוצאה. גישה כזו ממזערת את חשיבותן של התוצאות התלויות במקריות לעניין האחריות בפלילים, אף כי אין היא שוללת אותה לחלוטין. היסוד של הפרת חובת זהירות נועד לבטא את אופיה האנטי-חברתי של ההתנהגות מבחינה אובייקטיבית, עוד בטרם התחוללה התוצאה, וכתנאי מוקדם לבחינת היסוד הנפשי. אפיון כזה של ההתנהגות עשוי לאפשר התערבות מונעת-תוצאה ולהצדיק הטלת אמצעי-מנע על העושה, ללא תלות בהתרחשות התוצאה וביסוד הנפשי. כפי שנראה להלן, הוא ממלא תפקיד גם בהקשר של ייחוס התוצאה לעושה.

הכנסת דרישה ליסוד עובדתי נוסף על הזיקה הסיבתית לתוצאה ועל היסוד הנפשי עשויה לסייע לבית-המשפט להגיע לתוצאות מאוזנות ושלמות יותר בהכרעות הקשות שהוא ניצב בפניהן בתחום האחריות הפלילית המיוסדת על רשלנות; וזאת בשני אופנים מנוגדים: ראשית, משום שהיסוד הנפשי של רשלנות מתייחס ליכולת להיות מודע, ובמובן מסוים אין כמעט גבול ליכולת זו (במיוחד, כאשר המבחן הוא מבחן כללי) בייחוד במצב המזמין הוכמה שלאחר מעשה — קיימת סכנה של הרחבת-יתר של האחריות בגין רשלנות. עמד על כך בית-המשפט העליון בפרשת רינגר<sup>41</sup>:

... יתכן שלא אחת אנו מזכים לו, לאדם הסביר — שלא מדעת — כוח רב של ידיעה מראש וראיית תוצאותיו האפשריות של מעשהו מתוך כך שאנו, החכמים שלאחר מעשה, עיכלנו אותו על כל פרטיו ויודעים בדיוק מה קרה ומה יצא ממנו. יתכן שלפעמים אנו הופכים את הסדר ואומרים: הממשי הוא הצפוי.

ההכרח לקבוע אמות-מידה מוגדרות בתחום ההתנהגותי עשוי לרסן נטייה זו ולהעמיד את הרשלנות על נפח מתקבל על הדעת. זאת ועוד: לא כל מה שניתן לצפייה, גם טעון צפייה, ותפקידה של חובת הזהירות הוא לקבוע ולשרטט את גבולות ה"צריך", כדברי השופט ויתקון:

... אולי לא למותר יהא להעיר כי החוק אינו אומר: "כל מי שניתן לחזות שהוא עלול להיפגע" אלא, "כל שצריך להביאו בחשבון (contemplated) כעלול להיפגע". מתיירא אני... שמא יטשטש ההבדל בין מה שניתן — באופן פיזי ואובייקטיבי — לחזות לבין מה שצריך — כמצווה מוסרית וחברתית — לשים לב אליו... יש סוגי אדם שהם אמנם foreseeable כעלולים להימצא ולהיפגע, אך בכל זאת

41 (לעיל, הערה 10) 712.

אין אדם סביר חייב להביאם בחשבון בשעה שהוא מסדיר את ענייניו ומכלכל את צעדיו.<sup>42</sup>

שנית, המציאות עשויה לחשוף ולהעלות על-פני השטח סיכונים שלפני התממ- שותם לא הובאו בחשבון על-ידי רוב האנשים ולא ברור אם ניתן היה לצפותם מראש לפני שהתרחשו אותם אסונות. הרשות השופטת יכולה במקרה כזה ליצור חובת זהירות חדשה במסגרת היסוד העובדתי של העבירה ולמלא בכך תפקיד חינוכי ומתריע. עם זאת, היא יכולה לקבוע את אי-התקיימותו של יסוד נפשי של רשלנות ולהימנע על-ידי כך מתוצאה בלתי-צודקת עקב יישום של חוכמה שלאחר מעשה על מעשה שבטרם חוכמה.

דווקא אופיה של הרשלנות כבסיס חריג לאחריות בפלילים והחולשה היחסית של היסוד הנפשי של רשלנות מחייבים השתתה שלה על יסוד מוצק יותר בתחום העובדתי-אובייקטיבי. גרימת התוצאה כשלעצמה – על המקריות שבה – אינה יכולה להספיק מבחינה זו. מכאן חשיבותה המיוחדת של הפרת חובת הזהירות.

מה מעמדן לעניין זה של חובות הזהירות שנקבעו בדין הנזיקין?

מעמדן צריך להיות מעמד של מקור השראה ולא של אימוץ אוטומטי כפי שהנהיגה הפסיקה<sup>43</sup>. חובת זהירות בדין הנזיקין היא מועמדת נכבדת להכרה כחובת זהירות גם בדין-העונשין, אלא אם יוכרר כי ביסודה שיקולים נזיקיים מובהקים שלא יכירם מקומם בדין העונשי העשוי לפרוש רשת צרה יותר וסלקטיבית יותר של חובות וזהירות. מנגד תיתכן חובת זהירות בדין העונשי שלא הוכרה בדין הנזיקי עקב שיקולים היפים לתחום הנזיקי בלבד, כגון שיקול של פיזור הנזק, אך יש הצדקה מלאה להכיר בה בפלילים לפי המטרות והיסודות של תחום זה<sup>44</sup>. מן האספקלריה של הדין העונשי יש אפוא יתרון לשיטה המדרגית בנזיקין, הצועדת מחובת הזהירות המושגית אל חובת הזהירות הקונקרטית; שכן שיטה זו מאפשרת לדין העונשי – על יסוד גישה של בחינת התאמה ובחירה – למלא טוב יותר הן את תפקידו המדריך והן את תפקידו המעריך.

ספק בעיני אם חובת הזהירות בנזיקין יכולה לשמש מקור חובה למחדל פלילי, כדעתם של פרופ' פלר ופרופ' גור-אריה: חובת הזהירות המושגית כשלעצמה אינה יוצרת חובה בנזיקין, אלא "חובה פוטנציאלית" בלבד<sup>45</sup>, והסתמכות עליה כשלעצמה היא הליכה מעבר לדין הנזיקי או "ייצור" חובה במקום שזו איננה קיימת: בהיעדר חובה קונקרטית, אין חובה על-פי דין בנזיקין. נוסף על-כך, עשויה

42 ע"א 360/59 י.מ. נ' ברקוביץ, פ"ד יד, 206, 213, 214. בפ"פ 364/78 צור ואח' נ' מ.י., פ"ד לג(3) 626 כתב השופט ויתקין:

עלינו לזכור שהרבה פעולות, שהן חיוניות או רצויות לאדם כפרט או כחלק מהחברה, יוצרות סכנות הידועות לנו היטב, ואף על פי כן אין אנו גורסים שלמען שלמות הגוף והנפש צריך או אפשר לוותר עליהן.

וראה גם בהמשך, בעניין ייחוס האחריות לתוצאה.

43 לגישת הפסיקה בעבירת רשלנות שאיננה סעיף 304 לחוק העונשין, המאמצת גם-כן את המודל הנזיקי, ראה ע"פ 26/58 אייזנצוויג נ' מ.י., פ"ד יב, 992.

44 ג' פולונסקי, "סעיף 218 של החוק הפלילי, עבירה פלילית או עוולה אזרחית" הפרקליט יב (תשט"ז) 119, 123 ואילך; לוי ולדרמן (הערה 1 לעיל), 531.

45 י' גלעד (לעיל, הערה 12) 345.

חובת הזהירות המושגית להיות בעלת אופי כללי מדי ונטולת זיקה ספציפית (למשל: חובה של נהג כלפי הולכי-רגל המצויים בתחום הפיזי של נהיגתו). עמד על כך ד"ר ישראל גלעד<sup>46</sup>:

קביעת החובה המושגית תלויה ברמת ההפשטה של אירועים קונקרטיים. רמת הפשטה זו תלויה מצידה בשיקול דעתו ובזווית-הראיה של השופט.

גם לכן אין היא כשרה לשמש מקור חובה למחדל הפלילי. ואילו החובה הקונקרטית מוטלת תוך התייחסות לכל נסיבות הענין, ובכללן הצפיות הסבירה של התוצאה. היא מוטלת בפועל *ex post facto* תוך הבאה בחשבון של מכלול הנתונים הקונקרטיים. לא ברור כיצד היא יכולה למלא מראש תפקיד של הכוונת התנהגות, כנדרש ממקור חובה למחדל. חובת הזהירות המושגית היא מופשטת וכללית מדי, ואילו חובת הזהירות הקונקרטית היא קונקרטית מדי וב"דיעבדית"<sup>47</sup>.

ההקשר של חובת הזהירות בנוזקין הוא לעולם התנהגות שגרמה לנזק. לעומת זאת, ההתנהגות המחוללת בפלילים עשויה להיות ענישה גם בהיעדר נזק. גם הנתון הזה מחייב זהירות מפני אימוץ אוטומטי של חובות הזהירות הנוזקיות כמקור חובה בלתי-מסויג למחדלים פליליים. כאשר דנים בסוגיית המחלול הפלילי מרביתם לחשוב ולהביא דוגמאות המתייחסות למחדל הקטלני. מכאן גם הנטייה המוכנת להיקף רחב של מקורות החובה, ואולם המחללים הפליליים — גם אלה הרשלניים — מתייחסים אף לאינטרסים חשובים פחות, שהצורך בהגנה רחבה ומקיפה עליהם אינו כה מובהק<sup>48</sup>. כמובן נוהגים להתנחם בכך כי לשם הטלת אחריות בפלילים נדרש — נוסף על יסוד העובדתי — יסוד נפשי המוסיף פן משמעותי של חומרה להתנהגות ומייחד את הדין העונשי מדינים אחרים. מכאן שאין לחשוש מפני הרחבת-יתר של תחום האחריות עקב רוחב היריעה של מקורות החובה הנקלטים; ואולם נחמה זו יפה לעבירות של מחשבה פלילית, ואין היא יפה לעבירות של רשלנות.

### ג. ייחוס אחריות לתוצאה

אין מסתפקים רק בהפרת חובת הזהירות ואין מסתפקים אף בקשר סיבתית-עובדתי בין ההתנהגות לבין התוצאה. נוסף על אלה נדרשת זיקה ספציפית-נורמטיבית בין ההתנהגות לבין התוצאה, שרק בהתקיימותה ניתן לייחס את התוצאה לעושה. זיקה הדוקה זו בין ההתנהגות לבין התוצאה מיועדת לצמצם ככל האפשר, אף כי לא למנוע לגמרי, התנאות האחריות בפלילים בגורם המקרי של התרחשות התוצאה; וזאת באמצעות הידוק הקשר בין ההתנהגות לתוצאה, דרך החוליה המקשרת הרלבנטית של יצירת סיכון והתממשותו של אותו סיכון, והפיכתן לישות אחת<sup>49</sup>.

46 שם, עמ' 355.

47 לדעה אחרת ראה ש"ז פלר (לעיל, הערה 31), פסקאות 763, 764; מ' גור-אריה (לעיל, הערה 32) 275-280.

48 לדוגמאות ראה לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1) 544, 545.

49 ראה, למשל, H.H. Jescheck, *supra* note 35, at pp. 527-529; *Wiener Kommentar zum StGB*,

הדוקטרינה של ייחוס מורכבת משלוש מסגרות: המסגרת הראשונה היא זיקה של הלימה או אדקבטיות, ולפיה אין מייחסים לעושה תוצאה כאשר מהלך התרחשותה נופל לחלוטין מחוץ למסגרת של נסיון החיים הרגיל בסיכונים מאותו סוג. יושם אל לב: ברור כי הסיכון המתמש צריך להיות הסיכון שיצר העושה בהתנהגותו. אם הסיכון שיצר העושה בהתנהגותו (למשל: סכנת מוות ממגיפה עקב הכנסת הכפופים לו לאיזור נגוע) לא מתחיל כלל להתמש, ומתמש סיכון אחר לגמרי: מוות כתוצאה מהפצצת אויב (שהיא מחוץ לצפייה סבירה), נעדרת זיקה של הלימה בין ההתנהגות לבין התוצאה. אך גם מעבר לכך: אף אם החל הסיכון שיצר העושה להתמש, אך מתרחשים לאחר-מכן אירועים שהם כה יוצאי-דופן וחריגים עד שיש לראות את התרחשות התוצאה יותר כהתרמות (coincidence) מאשר כהתמשות סיכון (למשל: מותו של מי שנפגע כתוצאה מהסיכון שיצר העושה — פגיעה שאינה קטלנית — עקב התקפת מחבלים על הרכב המוביל לבית-החולים, שריפה בבית-החולים, שביתת-רופאים וכיו"ב), אין לייחס את התוצאה להתנהגות העושה. המסגרת השנייה היא זיקת הסיכון, או מטרת הגורמה, המחייבת קשר הדוק-ספציפי בין הפרת חובת הזהירות לבין התוצאה. התוצאה צריכה לממש דווקא, ואך ורק את הסיכון המסוים המובהק שחובת הזהירות נועדה למנוע. ניתן לראות את התוצאה כנובעת מהפרת חובת הזהירות רק אם הסיכון הספציפי שחובת הזהירות נועדה למנוע, הוא שהתמש<sup>50</sup>. מסגרת זו מחייבת התייחסות קונקרטית ומוגדרת למטרת הנורמה<sup>51</sup>. כך, למשל, כאשר חובת הזהירות מוגבלת להתנהגות בלתי-זהירה של גורם אחר הפועל מתוך חוסר-מודעות (כגון חובתו של רופא להכין את מרשם התרופה בצורה מדויקת, מתוך הנחה שהרוקח עשוי שלא למלא את חובתו ולמלא מבלי דעת אחר מצוות המרשם) התנהגות מכוונת או בלתי-אכפתית של גורם הפועל מתוך מודעות מלאה לנתונים (כמו הרוקח המודע לאופיו המסוכן של המרשם, ומתוך כוונה לגרום למוות מוסר את מנת ה"תרופה" הקטלנית) — מפקיעה את התוצאה מתחום אחריותו של מי שיצר את המצב המסוכן. סכנה כזו — של ניצול מכוון של הטעות — היא מחוץ למטרת הנורמה. כמובן, אי-נעילה מספקת של רכב אינה מטילה על המתרחש בנעילה אחריות לתאונה הנגרמת עקב שימוש ברכב על-ידי בלתי-מוסמך הכשיר לנהוג בו, שכן הסיכון שהתמש במקרה זה אינו שונה מהותית מהסיכון שנוצר כאשר המחזיק ברכב מוסר אותו לאחר הכשיר לנהוג בו. הנורמה האוסרת על חסימת מסלול התנועה הנגדי מיועדת למנוע מצבי מצוקה העלולים להיגרם עקב כך והתנהגות בלחץ, ובכלל זה התנהגות

*supra* note 35, para 60–75; Schoenke und Schroeder, *StGB Kommentar*, *supra* note 35, para 158–177 מ' קרמניצר, "מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, תשמ"ז) 325, 333–338.

50 ראה פרשת ליכטנשטיין (לעיל, הערה 40), 156, 157.

51 ברור כי לחובות — לא לעבור על מהירות מוגדרת, או לנסוע במהירות סבירה, לעצור או להאט — אין כל זיקה עניינית לעצם הימצאותו של העושה במקום ובזמן נתונים (ברגע ובמקום האזנה). כך גם ניתן להבין את פסק-הדין בעניין פריצקר נ' פרידמן (ע"א 224/51, פ"ד ז 674), שלפיו חובת הזהירות החלה על מי שנוסע לאחור אינה חלה עליו כלפי מי שמדריך את נסיעתו ומסמן לו כי הוא רשאי לנסוע אחורה בבטחה.



רשלנית, במצבים כאלה. אין זו תכליתה למנוע מנהג אופנוע הנוסע בנתיב הנגדי המגלה בעוד מועד את החסימה מלהתאבד במודע ובמתכוון על-ידי נסיעה, בעיניים פקוחות ובקור-רוח, לתוך הרכב החוסם. כאשר לפי חובת הזהירות מצווה נהג להתאים את מהירותו ואת המרחק שלו מן המדרכה לשיכורים העלולים להגיח מבית-מרוח, לא ישא באחריות עקב הפרת חובתו כאשר הנפגע הוא פייכח שזינק לפתע לכביש. החובה החלה על נהג-מכונית המתקרב לאוטובוס חונה (הן לעניין האטת מהירותו והן לעניין שמירת מרחק מן האוטובוס) מתייחסת לסיכון הטיפוסי של הולך-הרגל שכדי להתגבר על חסימת שדה-הראייה על-ידי האוטובוס פוסע לתוך הכביש במגמה לבחון את מצב התנועה, אך לא תיחוס לנהג פגיעה במקרה של התממשות סיכון בלתי-טיפוסי של התפרצות מהירה של הולך-רגל לכביש ללא כל זהירות כדי לחצות את הכביש במהלך אחד ובלי לבדוק כלל את מצב התנועה. לעומת אלה עשויה חובת הזהירות להתייחס דווקא לסכנה מפני מעשים מכוונים, לא אכפתיים או א-טיפוסיים, כאשר מדובר בקבוצות-אוכלוסייה מיוחדות, כמו ילדים או חולי-נפש או בחומרים מיוחדים, כה מסוכנים, שהדין עשוי להטיל חובה לשמור עליהם גם מפני שימוש מכוון או מודע בהם, כגון נשק גרעיני וחומרי-נפץ. אין זו רק פונקציה ישירה של חומרת הסכנה, אלא גם של סוג ההתערבות הטיפוסי (דווקא בשל הסכנה החמורה למשתמש): בחומרים מסוג זה, הסיכון המסתבר הוא דווקא (או, לפחות, באופן מובהק יותר) שימוש מכוון בהם על-ידי בלתי-מוסמך, ולא טיפול רשלני על-ידי בלתי-מוסמך.

המסננת השלישית היא זו של זיקה סיבתית בין הפרת חובת הזהירות לבין התוצאה. אין שואלים כאן, כמו בבדיקת הקשר הסיבתי, מה היה גורל התוצאה בהשמטת ההתנהגות, אלא מה היה מתרחש אילו נהג העושה כדין ואילו מילא את חובת הזהירות. כאשר אין ודאות שהתנהגות כדין של העושה היתה מונעת את התוצאה, אין זה צודק לייחס לו אחריות לתוצאה עקב הפרת החובה. מכל-מקום, אין הצדקה לייחס לו אחריות לתוצאה כאשר לא ניתן לקבוע בוודאות כי בהפרת החובה הגביר את הסיכון להתרחשות התוצאה לעומת התנהגות כדין שלו. כאשר רוקח מוכר לחולה כרוני תרופה שהוא רגיל מזה זמן להעמיד לרשותו, וזו הפעם ללא מרשם, ומתברר כי הרופא היה מוסר מרשם מתאים לחולה, גם הפעם, לו פנה אליו – אין מקום לייחס לרוקח אחריות לתוצאה הקטלנית.

ניתן לראות במסגרות אלה מבחני-עזר או מבחני-משנה למבחן הצפיות הסבירה של הליך הגרימה. מבחן הצפיות הסבירה כשלעצמו וללא מבחנים אלה אינו מניח את הדעת: ההכרעה תלויה במידת הפירוט והדיוק שכלפיה נדרשת צפייה סבירה. למידה זו אין ולא יכול להיות שיעור מוגדר. זאת ועוד: שאלת הצפייה הסבירה לגבי אופן התממשותם של סיכונים קשה עוד יותר משאלת הצפייה הסבירה של הסיכונים כשלעצמם. אם אין דורשים צפייה סבירה כלפי טיב אשמתו של גורם מתערב זר, מתקבלות תוצאות שאינן מתיישבות עם חוש הצדק ועם הגבלת אחריותו של יוצר מצב מסוכן בשל פעולה "אוטונומית" (בשליטה ובמודעות מלאות) של גורם מתערב זר. התנהגות של עושה אוטונומי היא הבסיס הרעיוני להטלת אחריות בפלילים, אך היא גם בסיס לקביעת גבולות האחריות. משום שגם לאחרים יש אוטונומיה כזו, חובתו של כל פרט היא שלא לסכן במעשיו אינטרסים מוגנים,

אך, ככלל<sup>52</sup>, אין הוא אתראי לעשייה מסוכנת של אתר הפועל מתוך אוטונומיה. לעומת זאת, בהקשרים אחרים, כגון אופן התממשות הסיכון שיצר העושה מבחינה עובדתית, אין, מבחינה עקרונית, הצדקה לדרישה של צפייה בכוח של המהלך המדויק והמפורט של ההתממשות, וזאת משלושה טעמים קשורים: להבדיל מן התוצאה שלאפשרות התרחשותה השפעה מכרעת על האופי האנטי-חברתי של ההתנהגות יוצרת הסיכון, למהלך הקונקרטי של התרחשות התוצאה אין בדרך-כלל משמעות ערכית עצמאית, ואין, ככלל, הבדל מבחינה ערכית בין מהלכים שונים של התפתחות העניינים המובילה לתוצאה<sup>53</sup>. כאשר העושה יכול היה לצפות התרחשות מיידית של התוצאה (למשל: היפגעות הקורבן עקב פליטת כדור ופגיעתו באיבר חיוני, שתביא למותו המיידי), האין בכך כדי להצדיק את אחריותו לתוצאה ולשלול רלבנטיות ממהלך התרחשות שאמנם לא ניתן היה לצפותו מראש, שרק עיכב את התרחשותה. ולבסוף, אנשים אינם חושבים בדרך-כלל במושגים של האופן המפורט והמדויק של התממשות סיכונים. ראיה לכך שתהליך הגרימה אינו חלק רגיל של היסוד העובדתי מבחינת השתקפותו ביסוד הנפשי ניתן למצוא בגישתו של פלר – שלפיה לא נדרשת צפיית הליך הגרימה בכוונה ובאדישות, ואף בקלות-דעת – הוא מוכן להסתפק בצפייה בכוח של הליך הגרימה (אף כי לגבי התוצאה נדרשת צפייה בפועל). נוצר הרושם, כי מקום שבו יש לחשוש כי הדרישה בעניין זה לא תתמלא עובדתית (כאשר דורשים צפייה בפועל), מותרים עליה; ואין נרחעים מלדרוש צפייה סבירה רק בשל אופיה הגמיש והנוח-יחסית (הבלתי-מחייב) של דרישה זו, המאפשר לקבוע כי היא מתקיימת כאשר חפצים בכך. עדיפה בעיני עמדה עקרונית, שלפיה לא נדרש יסוד נפשי כלפי הליך הגרימה לגבי כל סוגי היסוד הנפשי, והתמודדות עם הבעיה במסגרת הדוקטרינה האובייקטיבית של ייחוס, כפי שתואר לעיל<sup>54</sup>.

אם דורשים עקרונית צפייה סבירה של הליך הגרימה כאשר בפועל קובעים כי תנאי זה אינו מתקיים רק כאשר בין מעשהו של העושה לבין התוצאה מתרחשים אירועים שהם כה יוצאי-דופן וחריגים עד שהם הופכים את התרחשות התוצאה להתרמות או כאשר מתערב גורם "אוטונומי", כאמור לעיל, עדיף – לדעתנו – הן מבחינת היושרה של השיטה המשפטית והן מבחינת ההדרכה הברורה והבהירה יותר לוותר על דרישת הצפייה הסבירה של הליך הגרימה ולהתמקד במסגרות של ייחוס, כפי שתוארו.

#### ד. היסוד הנפשי ברשלנות

כידוע, ככל שבכלל מתייחסים לרשלנות כאל יסוד נפשי, מעמידים אותה על המבחן הכללי-אובייקטיבי של האדם הסביר. מכיוון שנוקטים את מבחן האדם הסביר,

52 דיני-השותפות הם חריג לכלל זה.

חריג אפשרי הוא הבדל בין מוות רגיל לבין תהליך קטלני ארוך הכולל ובייסורים קשים לקורבן.

54 אפשרות אחרת היא לשמר את דרישת הצפייה הסבירה כחלה בצורה מוגבלת גם על היקף התוצאה ודרך

התממשותה, כדי לאפשר אי-ייחוס התוצאה במקרים נדירים "כאשר מתגלה פער גדול בין היקף התוצאה או דרך האירוע, כפי שניתן היה לצפותם בעת מעשה, לבין ההיקף או דרך האירוע שהתרחשו בפועל",

לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1) 340. וראה הדין כולו, שם, עמ' 338-341.

נוצרת הפיפה בין מבחן זה לבין חובת הזהירות הקונקרטית. לדעתי, מבחן זה איננו מתיישב עם עקרון האשמה, ומתבקשת החלפתו במבחן אינדיבידואלי של רשלנות, כמקובל בקונטיננט.

כאשר מתייחסים אל האדם הסביר, באות בחשבון, תיאורטית, שתי נקודות-מבט: זו המתמקדת באדם המציאותי-אמפירי, זה שאינו ניחן בכורשר נבואה, והוא כולו "בשר ודם"; והאחרת רואה לנגד עיניה אדם נורמטיבי, פיקטיבי, יציר רוחה של הרשות השופטת<sup>55</sup>. ביטוי לגישה השנייה ניתן למצוא בדברי בית-המשפט העליון בעניין בש, שם נאמר:

ואולם חוק הוא בישראל שחובת הזהירות אשר חייב אדם למלא בטרם יוכל להשתחרר מאחריות פלילית למות אדם אחר כתוצאה ממעשהו או ממחדלו, נמדדת... לפי מידותיו של "האדם הסביר", כלומר לפי קנה מידה אובייקטיבי; ובבוא בית משפט לקבוע קנה מידה זה, עשוי הוא להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופחו חי אדם<sup>56</sup>.

אם כוונת הדברים היא שבית-המשפט עשוי לקבוע קנה-מידה שהוא מעבר למה שהיה ביכולתו של האדם הממוצע, הממשי, שומר החוק, לצפות בשעת מעשה – יש לדחות אותה כקובעת אמת-מידה שהיא מעבר ליכולת. מודגשות המלים "מה שהיה..." בשעת מעשה" כי עשוי להיות כאן הבדל בין יכולת הצפייה עד לאסון, כאשר מדובר באירוע שטרם היה כמותו, ליכולת הצפייה לאחר התרחשותו. אין מניעה לקבוע מעתה ואילך, ועל-סמך הניסיון של ההתרחשות, קיומה של חובת זהירות, אולם אין זה צודק לתבוע מן העושה צפייה שהיא מעבר ליכולתו של בן-תמותה רגיל, שומר חוק. כבר הצבענו על כך, כי יש קושי לקבוע מה נמצא בטווח היכולת של אדם, להבדיל ממה שאנשים נוהגים בפועל להביא בחשבון. קושי זה מוחמר כאשר מדובר ביכולת של אדם ממוצע, שכן לא ברור כיצד מעצבים תודעה של אדם ממוצע, ואולם בשום פנים אין ללכת אל מעבר לכך<sup>57</sup>.

ואולם, גם אם מעמידים את האדם הסביר בחזקת האדם הרגיל, אין אנו יוצאים ידי חובת עקרון האשמה. לפי עקרון האשמה במשמעותו המינימלית, אין לבוא חשבון בפלילים עם אדם על מה שנמצא מעבר ליכולתו האישית. אין לגנות אדם ולהוקיעו (והטלת אחריות בפלילים היא גינוי והוקעה) בגין התנהגות שלא ניתן

55 J.G. Fleming, *The Law of Torts* (4th ed., 1971) 25, 107.

56 ע"פ 196/64 י.מ. נ' בש, פ"ד (4) 568. כן ראה ע"א 732/77 יוסף נ' אדלר, פ"ד (2) 414, 415; והביקורת על גישה זו: י' שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט (תשמ"ג), 78; מ' גור-אריה, "האדם בראי המשפט" מחשבות (מאי 1992), 53, 58, 59. ראה גם ש"ז פלר, יסודות בריני עונשין א (ירושלים, תשמ"ד). ביטוי חריף עוד יותר לגישה זו ניתן למצוא אצל לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1) 543, ותיאור זה אומץ לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון בעניין אבנת (לעיל, הערה 17, עמ' 6, 7). העובדה שמבחן האדם הסביר משמש את הפסיקה גם לעניין היסוד של "היעדר קנטור" בעבירת הרצח תרמה למגמה זו, כשם שגם הושפעה ממנה.

57 כדברי השופט ברק בעניין יערי (לעיל, הערה 18 [עמ' 782]):  
הצפיות הטכנית היא תנאי הכרחי לקיומה של חובת זהירות. אדם סביר אינו צריך לצפות את שהוא אינו יכול לצפות, שכן אחרת אחריותו היא מוחלטת.

לצפות ממנו כי יימנע ממנה או בגין אי-צפיית סיכון שלא יכול היה בשום פנים לצפותו.

כאשר מתעלמים מפיגור שכלי של העושה (פיגור שכלי משמעותי שאין בו כדי להפקיעו מתחום האחריות הפלילית) ו"מלבישים" עליו את הפוטנציאל השכלי של מי שאינו לוקה בפיגור שכלי, דורשים ממנו מה שנמצא מחוץ ליכולתו, מה שאין הוא מסוגל לו. הוא-הדין במתלמד נהיגה, בנהג חדש, ברופא חסר-ניסיון – אם מודדים את המודעות בכוח לפי אמת-מידה של נהג או רופא מנוסה.

לפני שנתייחס ביתר פירוט לבעייתיות שבמבחן זה, נציג את מתחרהו – המבחן האינדיבידואלי. לפי המבחן האינדיבידואלי, בוחנים את יכולתו של העושה עצמו להיות מודע לסיכון שמצמיחה התנהגותו. רשלן הוא מי שלא היה מודע לסיכון, כאשר יכול היה להיות מודע לו אילו אימץ עד תום את הפוטנציאל התודעתי שלו<sup>58</sup>.

כדי להבטיח התייחסות עניינית, להבדיל מחששות-שוא, למבחן זה, מן הראוי לעמוד על מה שיש בו ועל מה שאין בו. ככל שמדובר בתכונות כמו אינטליגנציה, השכלה, ניסיון, גיל ומצב גופני, מביאים בחשבון את נתוניו האישיים של העושה. כן מביאים בחשבון מצב זמני חריג שבו נתון העושה, שיש בו כדי להשפיע על יכולתו לצפות סיכונים כגון התרגשות, התרגזות, עייפות, תחושת גועל וכיו"ב, וזאת ככל שאין לייחס לו אשמה על כך שהכניס את עצמו למצב ממציבים אלה<sup>59</sup>, וככל שאין לייחס לו אשמה על כך שנטל על עצמו עשייה שאין הוא כשיר לה מבחינת נתוניו או מצבו בשעת מעשה<sup>60</sup>. יושם אל לב: אין מדובר בסובייקטיביות מוחלטת או בלתי-מוגבלת. למשל: אין מביאים בחשבון יחס שלילי של העושה לערכים החברתיים המוגנים, העשוי לנבוע מפגמים באישיותו, כגון זלזול, חוסר-התחשבות או הקלת-ראש בערכים אלה. העמדה כלפי הערך החברתי המוגן נבחנת לפי קנה-מידה אובייקטיבי-נורמטיבי.

אם מעמידים עתה את שני המבחנים זה לצד זה ובוחנים את מעלותיהם וחסרונותיהם, בולט לעין כי רק המבחן השני מתיישב עם עקרון האשמה ועם חוש הצדק; ואילו הראשון כרוך במצבים של סתירה עמם. כרוכה בסתירה זו גם פגיעה באמון הציבור בסדר החברתי-משפטי ובתכלית של מניעה חיובית (להבדיל ממניעה שלילית על-ידי הפחדה), שעניינה מניעה על-ידי הפנמה של הערכים החברתיים והתייחסות חיובית כלפיהם וכלפי השיטה המשפטית המגנה עליהם. הרשעה שאינה מתיישבת עם חוש הצדק, שימוש באדם כאמצעי להשגת מטרות חברתיות בהיעדר אשמה מצדו והוקעה בפלילים של מי שאינו ראוי לכך הופכות את השיטה המשפטית בעיני הציבור ממשען וממגן שניתן לבטוח בו למקור סכנה שיש לחשוש מפניו<sup>61</sup>. יש לזכור: עצם הטלת אחריות פלילית על רשלנות היא הרחבה

58 H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1969) 152–157; לוי ולדרמן (לעיל, הערה 1) 520–515.

59 *R. v. Creighton* 23 C.R. (4th) 189, 232.

60 שם, 216.

61 ראה ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' י.מ., פ"ד י 281, 313, הציטוט מגוטמכר וויהופן, שלפיו העששתו של מי שאין לו כושר להימנע ממעשהו עלולה לפגוע בחוש ההגיונות והצדק של האדם הממוצע.

של האחריות הפלילית המותנית ככלל במודעות ממשית לאופי האנטי-חברתי של ההתנהגות. הדרישה כלפי הפרט בעבירה של רשלנות היא פחות טבעית והרכה יותר קשה ומחמירה מאשר בעבירה של מחשבה פלילית. ברשלנות אין מסתפקים במה שהופך מעצמו להיות חלק מהתודעה, אלא דורשים מאדם לאמץ את היכולת השכלית שלו עד לידי מיצוי. דווקא על רקע זה לתבוע מן האדם מעבר למה שהוא מסוגל לו, משמעותו לעבור כל גבול<sup>62</sup>. דווקא דרישה מחמירה כל-כך, עד כדי כך שלא ניתן לעמוד בה, מחלישה את המוטיבציה לשמירת חוק ולזהירות. אם גם מאמץ עילאי עשוי שלא לפטור מאחריות, אולי לא כדאי להתאמץ כל-כך. גישה זו עלולה ליצור הרתעת-יתר – היא עלולה להביא לכך שאנשים יימנעו מפעילויות שהחברה דווקא מעוניינת בהן. בכך עלולה להיגרם פגיעה כפולה – גם בחירות הפעולה וגם באינטרס החברתי באותה פעילות.

גישה המתעלמת מחוסר-ניסיון של העושה צורמת בחוסר ההגינות שבה, שכן כאשר מדובר בעושים בעלי-ניסיון או הכשרה מיוחדים, העולים על הממוצע, כגון רופא מומחה או נהג מנוסה – אין נרתעים מלבחון אותם לפי אמת-המידה של בעל הניסיון או היכולת המיוחדים<sup>63</sup>. אם נוהגים כך לשם החמרה, האם העקיבות והשוויון אינם מחייבים לנהוג כך גם להקלה? אין מדובר במגמה המכוונת להקל דווקא, אלא באמת-מידה אחת, רלבנטית יותר, ולכן גם צודקת יותר: אמת-המידה של נתוני העושה.

הקפדה על עקרון האשמה יפה תמיד. היא יפה במיוחד במקום שבו האזהרה וההדרכה מטעם המחוקק בטרם מעשה אינן אופטימליות. ברור כי זהו המצב בעבירה תוצאתית של רשלנות שהיסוד ההתנהגותי בה אינו מוגדר, גם אם דורשים מבחינת היסוד העובדתי הפרה של חובת זהירות<sup>64</sup>.

האם קיימים שיקולים נוגדים, העשויים להכריע את הכף נגד המבחן האינדיבידואלי? טיעון אחד הוא, שיש בו כדי לפגוע ביעילות ההגנה על האינטרסים החברתיים המוגנים. דומני, כי הטענה מבוססת במידה רבה על חששות לא-מבוססים. יש לזכור כי המבחן האינדיבידואלי מבוסס על מיצוי היכולת של העושה, ואין הוא כרוך בסובייקטיביות מוחלטת, כפי שהוסבר לעיל. ברוב המקרים של המקרים, הסיכונים הטיפוסיים הנובעים מהתנהגויות רשלניות מצויים בתחום יכולת הצפייה של הרוב הכמעט-מוחלט של האנשים שיש להם כשרות פלילית, ובכלל זה גם אנשים חסרי-השכלה וחסרי-ניסיון (יוצאים מכלל זה, למשל, מי שלוקים בפיגור שכלי של ממש, וגם זאת – לגבי סיכונים מסוימים בלבד). ההתחשבות בנתוניו האישיים של העושה יכולה להיות משמעותית בעיקר במצבים א-טיפוסיים, כגון התנהגות במצב-חירום פתאומי, בתנאי לחץ יוצאי-דופן וכיו"ב. יהיו מקרים שבהם לא ניתן יהיה לייחס לעושה אשמה על התנהגותו, אך ניתן יהיה לייחס לו אשמה

62 לעניין זה ראה רכיוו הקולעים של יורם שחר על התאמתו של האדם הסביר לרין-הנויקן המחפש צדק יחסי בין מזיק לניזוק או גורם נזק ויעיל להטלת הנזק ועל אמת-התאמתו לרין הפלילי: "שחר, 'האדם הסביר והמשפט הפלילי' הפרקליט לט (תשמ"ג) 78, 105. וראה באותה רוח פלטר (לעיל, הערה 1) 408, 407.

63 לגישה אחרת, ראה R. v. Creighton, *supra* note 59, at p. 218.

64 פלטר (לעיל, הערה 1) 432.

על שהכניס את עצמו למצב דברים שבו פעל ללא אשמה או על עצם השתתפותו בפעילות שאין הוא כשיר לה.

זאת ועוד: המשפט איננו חסר-אונים בהתמודדות עם סכנות שלא נלוות ליצירתן אשמה. באים בחשבון אמצעי-מנע, כגון שלילת רשיון או איסור עיסוק בתחום או בפעילות, שניתן לנקוט כלפי מי שהסיכון נובע מהיעדר יכולת (פוטנציאל בלתי-מספיק) שלהם לאותו עניין. התחזית מהלכת האימים של זיכרונות סטוניים היא תחזית-שוא. למעשה, מדובר בפתת מילוט, וכפתת-מילוט צר למדי. לפי טיעון אחר באותו הקשר, פוגע המבחן האינדיבידואלי ביכולת לקבוע סטנדרטים ונורמות שהם מטבעם כלליים וחלים על הכול. ראשית, מתבקש להשיב, כי היסוד הנפשי של רשלנות אינו פוגע כלל בצורך וביכולת לקבוע סטנדרטים של זהירות, ולשם כך בדיוק נועדה הקטיגוריה של הפרת חובת הזהירות, ודווקא ההפרדה וההבדלה – לא רק המושגית, אלא גם מבחינת התכנים והמבחינים – בין יסוד עובדתי זה לבין היסוד הנפשי של הרשלנות יכולה לעורר קביעת סטנדרטים כאלה. שנית, היסוד הנפשי מעצם טבעו פועל באופן בלתי-סטנדרטי והוא מונע החלה כללית של נורמה. זהו טבעו, משום שלשם כך נועד: הוא נועד לאפשר בחינה אם מוצדק לייחס לעושה אשמה בגין מעשהו. מבחינה זו אין ייחוד ליסוד נפשי של רשלנות, שכן לעניין זה אין הבדל בין הרשלנות לבין המחשבה הפלילית. הנורמה היא שאין להכות אדם אחר. חיוניותה וחשיבותה של נורמה זו אינם מביאים את המשפט לזויתור על היסוד האישי המובהק של אשמה, ואף במתכונת הדווקנית יותר של מחשבה פלילית. הוזה אומר: אם לא היה העושה מודע לטיב התנהגותו (למשל: שהניף את ידו לאחור מבלי שהיה מודע לכך שמצוי אדם בטווח ההנפה) או לנסיבות (למשל: שחשב שמדובר בבובת-אגרוף, וכפועל הסתתר שם אדם), לא תוטל עליו אחריות בפלילים. לא ברור מדוע מה שמוכנים לקבל כמובן מאליו בתחום המחשבה הפלילית נתקל בקשיים כה כבדים כשמדובר ברשלנות.

זאת ועוד: דווקא ההתייחסות להיבט הנורמטיבי-ציווי של האיסורים מחייבת התחשבות ביסוד הנפשי של רשלנות: אם העושה לא היה מסוגל, חרף אימוץ כל "שרירי תודעתו" לצפות את הסיכון, כיצד ניתן לצפות שהנורמה תפעל עליו, כלומר: שיימנע מהתנהגותו המסוכנת. היכולת של הנורמה להשפיע על ההתנהגות תלויה ביכולתה להשפיע על תודעת הסיכון. לא ניתן להשפיע על האחרונה יותר מאשר בדרישה של מיצוי היכולת האינטלקטואלית של העושה לחזות סיכונים. מכיוון שהיכולת להיות מודע לסיכון קודמת מבחינה הגיונית להיערכות לסיכון מבחינה התנהגותית, היעדר-יכולת כזו מקביל, מבחינת אופיו המקדמי וה"פרוז-דוריי", להיעדר יכולת לנהוג כדין בעבירה של מחשבה פלילית (היעדר-שליטה).

חשש אחר הוא החשש מפני הקשיים הכרוכים ביישומו ובהחלתו של מבחן אינדיבידואלי. להערכתי, גם חשש זה הוא מוגזם. לא יותר קשה להעריך מה מסוגל נהג חדש להביא בחשבון בתחום הסיכונים מאשר לקבוע מה מסוגל נהג ממוצע בתחום זה. ניתן להניח כהנחה עובדתית, כי רוב הנאשמים אינם נופלים ביכולתם מיכולתו של האדם הרגיל, שומר החוק. בהיעדר נקודת-אחיזה עובדתית להנחה שונה, תהפוך הנחה זו לממצא, וכך יהיה ברוב-רובם של המקרים. בקבוצת המקרים שבהם מוצדקת סטייה מהנחה זו אין סיבה לפקפק ביכולתם של בתי-המשפט

— לעתים תוך הסתייעות במומחים — לקבוע מה היה מסוגל העושה בנתוניו האישיים. והא ראייה, ששופטים במדינות אחרות מפעילים מבחן זה ללא קשיים מיוחדים וגם שופטים בישראל — השופטים בבתי-הדין הצבאיים — נוהגים באופן דומה ואין פרץ ואין צווחה.

עם כל זאת יש לומר, ובלשון שאינה משתמעת לשתי פנים: גם אם מראה חישוב התועלת מאזן שלילי עקב החלפת המבחן הכללי של הרשלנות במבחן האינדיבידואלי, יש להעדיף את האחרון מתוך כיבוד דרישת הצדק והציווי שלא לעשות עוול<sup>65</sup>. ואם נזקקים אנו לסימוכין פורמליים לכך, הרי הם מצויים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטלת אחריות בפלילים על אדם בגין תוצאה שלא יכול היה לחזותה היא פגיעה בכבוד האדם<sup>66</sup>. הטלת אחריות בפלילים על אדם נטול אשמה למען יראו וייראו היא פגיעה בכבוד האדם, משום שמתייחסים אל בן-אנוש כאל כלי או חפץ, הופכים אותו לאמצעי להשגת מטרה שהיא מעבר לו. פגיעה כזו מן הדין שתהיה אסורה באופן מוחלט, ללא סייג וללא שיוך; ומכל-מקום אין תכלית ראויה העשויה להצדיק פגיעה כזו.

לפני חודשים אחדים נדונה והוכרעה שאלה זו בקנדה בפרשת *R.V. Creighton*<sup>67</sup>. ברוב דעות (5 מול 4) נקבע, כי המבחן האובייקטיבי לרשלנות עולה בקנה אחד עם עקרונות חוקתיים. דעת-המיעוט צידדה במבחן אינדיבידואלי מובהק, ואולם ראוי לציין כי גם דעת הרוב לא גרסה מבחן אובייקטיבי מוחלט ללא חריגים, שכן גם לפיה:

To the principle of a uniform minimum standard for crimes having an objective test there is but one exception — incapacity to appreciate the risk<sup>68</sup>.

וכן:

It may be that in some cases educational deficiencies, such as illiteracy on the part of a person handling the marked bottle of nitroglycerine in the Chief Justice's example, may preclude a person from being able to appreciate the risk entailed by his or her conduct<sup>69</sup>.

ולכן:

Provided the capacity to appreciate the risk is present, lack of education and psychological predispositions serve as no excuse

65 פרשת מגדלברוט (לעיל, הערה 61): "השיקול המכריע חייב להיות זה הנערץ ברגש הצדק הפועם בלב כל אחד".

66 פלטשר (לעיל, הערה 1) 436.

67 לעיל, הערה 59.

68 שם, 213.

69 שם, 215, 216.

for criminal conduct, although they may be important factors to consider in sentencing<sup>70</sup>

המעבר למבחן אינדיבידואלי של רשלנות מתחייב חרף הסכנה הכרוכה בו, אך עליו להיעשות תוך מודעות לה והבאתה בחשבון. אם משווים את היקף הרשלנות האסורה כדין העונשי בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות להיקף המקביל בקונטיננט, ניתן להבחין כי בראשונות הוא צר בהשוואה לאחרונות. שני טעמים לדבר: העובדה שבקונטיננט חבירו יחד הרשלנות וקלות הדעת, והחומרה היחסית שבקלות הדעת מקרינה או שופכת צל גם על רעותה הצועדת עמה שלובת-זרוע. המבחן האינדיבידואלי של הרשלנות מעניק לרשלנות מכובדות ולגיטימציה, ועם אלה מוסרות, במידת-מה, העכבות מפני הטלת אחריות פלילית על רשלנות כעניין יוצא-דופן.

הסכנה היא אפוא, שעם הפיכת הרשלנות במשפטנו לרשלנות המבוססת על אשמה, כיאה וכנאה, יגדל וירחב התחום האסור בגין רשלנות. אין קדושה בהיקף הקיים של עבירות הרשלנות. אפשר שמוצדקת הרחבה מסוימת שלו, ואם אימוץ המבחן האישי יביא להרחבה כזו ולהגנה מלאה יותר על אינטרסים חברתיים – טוב הדבר. עם זאת, יש לעמוד על המשמר ולא לאפשר הרחבת-יתר של התחום האסור. הסכנה קיימת, אך זהו סיכון מחושב שצריך ליטול, והמודעות לסיכון תעזור להתמודדות טובה עמו.

זהו המקום לעמוד על יסודות בהגדרת הרשלנות בהצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש, העשויים לשמש יסוד לשינוי ההלכה לעניין טיבה של הרשלנות: נאמר "אדם מן היישוב" ולא "האדם הסביר" – ללמדך שמדובר באדם הישראלי המציאותי, ולא ביצירה פיקטיבית. ועוד נאמר "בנסיבות העניין". אין מניעה, ולפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף קיימת חובה להתייחס במסגרת זו גם לנסיבות האישיות של העושה (כמוסבר לעיל, בתיאור המבחן האינדיבידואלי), שהן חלק מנסיבות העניין.

#### ה. צפייה סבירה להתנהגות כדין (Zumutbarkeit)

גם אם התקיימו היסודות כפי שתוארו לעיל, יש מקום לבחינה נוספת לפני שנחרץ גורלו של הנאשם ברשלנות לשבט. ראוי לבחון אם ניתן, בנסיבות העניין, לתבוע מן העושה, כבן-תמותה רגיל, שינהג כדין<sup>71</sup>. המבחן איננו כמוכח המבחן של היכולת הפיזית לנהוג כדין (דרישת השליטה או ה"רצייה"), שכן התנהגות בהיעדר שליטה איננה כלל התנהגות רלבנטית לדין העונשי.

מדובר במצבים שבהם העמידה בחובת הזהירות היא אפשרית, אך קשה במיוחד, עד כדי כך שלא ניתן לצפות או לתבוע באופן ריאלי מאדם רגיל ושומר חוק,

70 שם, 217; וראה גם עמ' 218 ו-219. לדעת המיעוט, ראה שם 230-234. לביקורת על דעת-הרוב, ראה D. Stuart, "Continuing Inconsistency but also now Insensitivity that Won't Work" 23 C.R. (4th) 240, 248-251.

71 Wiener Kommentar zum StGB, supra note 35, para. 96-104.



בנתוניו האישיים של העושה ובנסיבות העניין, שינהג כדין. בקטיגוריה זו עשויים להיכלל מקרים, כגון פעולה לפי הוראת מנהל כתובה שאיננה "דין"; צו של רשות מוסמכת בעל-פה; פרקטיקה מקובלת בתחום עיסוק מסוים; פעולה בשל הפצרות חזקות ועלבונות של הקורבן (התובע במפגיע להסיע אותו בים סוער); אי-הכנסת נער חולה במועד לבית-חולים בשל התנגדות קשה שלו, ולאחר שאמו נפטרה באותו בית-חולים זמן קצר לפני-כן; ופעולה רשלנית במצב-חירום פתאומי שהעושה נקלע אליו שלא באשמתו, המחייב החלטה בזמן קצר ביותר ובתנאים קשים הן אובייקטיבית (האלטרנטיבות השונות לפעולה הן כולן בעייתיות) והן סובייקטיבית (מצב של התרגשות ופחד).

במסגרת הבדיקה מובאים בחשבון גם טיב הסיכון, דרגתו והערך החברתי של הפעולה. ככל שההתנהגות נמצאת קרוב יותר לתחום הסיכון המוצדק, יהיה קל יותר לפטור את העושה מאחריות בהתקיים נסיבות מיוחדות ההופכות את העמידה בחובת הזהירות לקשה במיוחד.

הצורך בקטיגוריה מיוחדת זו נעוץ באפשרות להיזקק לה מבלי שיהיה צורך בקביעה שהיא יותר מרחיקת-לכת ומשמעותית שלא היתה כלל התרשלות. אמנם, ניתן לראות מקרים אלה כמשתייכים לקטיגוריה הכללית של *de minimis*, אולם משום שניתן לאפיין אותם אפיון כללי, מן הראוי לראות בהם קטיגוריה מיוחדת. במקום שבו ניתן להכליל ולאפיין קבוצת-מקרים באופן מוגדר וספציפי יותר מאשר האפיון של *de minimis*, מן הראוי לעשות כן.

### 1. עבירות של רשלנות וסייגים לאחריות פלילית

גם במצב של סייג לאחריות פלילית קיימת חובה לנהוג בזהירות, כאשר טיב החובה והיקפה מושפע כמובן על-ידי נסיבות העניין ומוכתב על-ידן. מתעוררת השאלה: מה דינו של העושה לגבי עבירה של רשלנות, כאשר פעל בתנאים אובייקטיביים של סייג, אך לא בהכרח קיים את התנאים הסובייקטיביים של הסייג, כגון מטרת התגוננות או הצלה בהגנה פרטית או בצורך.

התשובה המוצעת עולה מן היחס ההיררכי שבין מחשבה פלילית לבין רשלנות: כאשר העושה פעל מתוך חוסר-מודעות לתוצאת פעולתו, אך פעולה זוהי באותן נסיבות מתוך מחשבה פלילית היתה מוצדקת, יש לראות כמוצדקת גם את המעשה הרשלני. כך, למשל, במצב של הגנה עצמית או צידוק, יריית-אזהרה רשלנית או טלטול רשלני של כלי-ירייה הגורמים למותו של הקורבן יחסו תחת קורת-הגג של הגנה עצמית, או צידוק, כאשר באותן נסיבות היה מוצדק ירי מכון כלפי הקורבן. זאת ועוד: בעבירת תוצאה אין מקום לייחס למי שגרם לתוצאה ברשלנות אחריות במצב אובייקטיבי של סייג לאחריות פלילית, גם אם לא היה מודע למצב דברים זה. המצב האובייקטיבי של סייג שולל את האופי האנטי-חברתי של התוצאה, והיעדר המודעות בפועל של העושה ליסודות העבירה — להבדיל מעושה הפועל מתוך מחשבה פלילית — הופך את היעדר-מודעותו לקיום הסייג לחסר-רלבנטיות<sup>72</sup>.

H.H. Jescheck, *supra* note 35, at pp. 531–532 72

**ז. במקום סיכום**

ההצעה היא כי יסודות האחריות הפלילית בשל עבירת גרימה (ללא יסוד התנהגותי מוגדר) מתוך רשלנות יהיו:

(1) הפרת חובת זהירות של הדין העונשי (חובות הזהירות הנזיקיות משמשות כמקור השראה).

(2) קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות לבין התוצאה.

(3) ייחוס התוצאה — קיימת הצדקה לייחס את התוצאה להתנהגות.

(4) יסוד נפשי של רשלנות אינדיבידואלית.

(5) ניתן היה לצפות מן העושה התנהגות כדין.