

”משחק מסוכן” כאירוע עברייני – הערות להערות

מאת

מרדכי קרמניצר*

א. העובדות. ב. ניתוח העובדות. ג. היסוד העובדתי. 1. מעשי המערער וקורבנו – מקשה אחת?; 2. אחריות להתנהגות אוטונומית של אחר?; ד. היסוד הנפשי. 1. מודעות בפועל?; 2. אדישות?; 3. כוונה?; 4. כוונה תחילה?

א. העובדות

בפסק-הדין – מושא רשימה זו¹ – אושרה הרשעת המערער בגרם מוות ברשלנות של המנוח עקב משחק ”רולטה רוסית” משותף. הרשימה דנה בפסק-הדין ובהערותיו של פרופ' פלר לפסק-הדין². העובדות הרלבנטיות, כפי שפורטו בפסק-הדין, הן: קבוצת נערים ונערות, ביניהם המערער והמנוח, התכנסו בבית המנוח. לאחר שדובר על משחקים מסוכנים, בכלל, ורולטה רוסית בפרט, הביא המנוח את אקדחו של אביו, תוך שהוא מתעלם מפניותיהם ומצעקותיהם של הנוכחים, פרט למערער, שיחזיר את האקדח למקומו ושיפסיק את המשחק המסוכן. לאחר שהביא את האקדח, ירה המנוח באקדח מן החלון לכיוון הוואדי. לאחר הירי הוציא המערער את כל הכדורים מהתוף, פרט לאחד. משלא הצליח לסובב את התוף, עשה זאת המנוח. המערער נטל את האקדח לידי, בדק היכן הכדור, ולאחר שוודא כי הכדור אינו נמצא בתא שמול הנוקר, הצמיד את האקדח לרקתו, ואז כיוון את האקדח לעבר הוואדי, לחץ על ההדק ונשמעה נקישה. לאחר הדברים האלה נטל המנוח את

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.
1 ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1 (להלן: פסק-הדין).
2 ש"ז פלר ”משחק מסוכן” כאירוע עברייני – הערות למבנהו” משפטים כו (תשנ"ה) 169, 170 (להלן: פלר, במאמר).

האקדה מידי המערער, התרחק ממנו, סובב את התוף וכאמור, הצמיד את האקדה לראשו ולחץ על ההדק. נוצרה ירייה ונגרם מותו של המנוח³.
 כן עולה מפסק־הדין, שהמערער אמר למנוח כי הסבירות נמוכה שבירייה ראשונה ייפלט כדור אם בתוף יש רק כדור אחד⁴.
 לפי תיאורו של פרופ' פלר, "ג. לורנס, הנאשם והמערער בענין זה השתתף עם המנוח במשחק "רולטה רוסית" עם אקדה. במסגרת זו, כשבא תורו של המנוח להוכיח את אומץ ליבו, הוא הצמיד את האקדה לראשו ולחץ על ההדק"⁵.

ב. ניתוח העובדות

ברור מפירוט העובדות, שלא היה סיכום מפורש בין השניים כי ישחקו "רולטה רוסית" וכי אין מקום לקביעה שהיה סיכום משתמע כזה. מה שעשה המערער היה שונה באופן מהותי ממשחק "רולטה רוסית", שבו כל משתתף מסובב את התוף, מכונן את האקדה לראשו ולוחץ על ההדק, כשהקדה מכונן לראשו, מבלי לבדוק היכן נמצא הכדור. כאמור, המערער וידא כי אין כדור בתא שמול הנוקר לפני שהצמיד את האקדה לרקתו. הוא כיוון את האקדה אל הוואדי ולחץ על ההדק רק אז, כשהאקדה מכונן אל הוואדי. מה שעשה המערער היה בבחינת טיפול שלא לצורך ותוך סיכון עצמי בנשק (לא ברור אם היה סיכון לאחר בידי לעבר הוואדי), אך אין לראות במעשיו משחק ב"רולטה רוסית".
 גם העובדה שהאירוע נפתח בידי של המנוח לעבר הוואדי אינה תואמת את דאיית הפרשה כמשחק בשניים ויש בה גם כדי לערער את ההנחה כאילו היה המנוח

3 פסק־הדין, עמ' 9-11.

4 פסק־הדין, עמ' 11. מפסק־הדין לא ברור מה בדיוק נאמר לענין הסתברות פליטת ירייה בפעם הראשונה. בעמ' 11 לפסק־הדין מסוכמות קביעות בית־משפט השלום, ביניהן נאמר ש"המערער אמר למנוח שהסבירות נמוכה שבירייה ראשונה ייפלט כדור אם בתוף של אקדה תופי יש רק כדור אחד". כן נאמר בעמ' 10 שהיו ויכוח או התערבות בעניין זה. בעמ' 25 נאמר, שהמערער דיבר על "סבירות נמוכה". לא מפורט אם התלווה הסבר (מטעה?) כלשהו ולמה קיבל המנוח את דברי המערער. בפסק־הדין המחוזי אין התייחסות לעניין זה: ע"פ (ב"ש) 284/91 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ג (ב) 472.

5 פלר במאמר, עמ' 170.

זקוק בהכרח לבן-ברית לצורך משחקיו בנשק. אין כל ביטחון שהמנוח לא היה עושה את מה שעשה גם אלמלא התנהג המערער כפי שהתנהג. לכאורה עולה מפסק-הדין שגם אם לא התנהל בפועל משחק משותף, יש להרשיע את המערער. השופט דב לוין קובע⁶ (לדעת פרופ פלר, בצדק)⁷ כי

המערער אינו יכול להיבנות מכך שהוא לא התכוון ולא שיחק ברצינות, וכדבריו: "אני לא בדיוק שיחקתי במשחק רולטה". הנקודה החשובה היא שהמנוח הבין אל נכון, שהמשחק נמשך; שאחרת מדוע ירה את היריה שלמרכבה הצער היתה קטלנית.

לא ברור מהו הבסיס לייחוס אחריות לפלוני (למערער) על הבנה מוטעית של אלמוני (המנוח). האם אדם אחראי לכל פירוש מוטעה שאחר נותן למעשיו ולכוונותיו? אין גם מקום להסבר, כהסבר יחיד אפשרי, של עצם הטיפול של המנוח בנשק כביטוי של הבנתו שהמשחק נמשך. הוא יכול היה לנקוט אותן פעולות גם בהנחה שהמשחק הסתיים מבחינת המערער וגם ללא התנהגותו של המערער, כפי שעשה כאשר ירה לעבר הוואדי, כהפגנה עצמית של אומץ-לבו. חלק מן העדים העידו, כי לאחר שהמערער ירה סברו שהמנוח היה בדרכו להחזיר את האקדח⁸. בית-המשפט קובע, כי היה על המערער לצפות את המשך המשחק, שהרי בתום תורו לא אמר דבר המעיד על כך שאינו רוצה לשחק⁹. ואולם כאמור, לא ברור כלל שהמערער עשה מה שעשה במסגרת משחק ברולטה רוסית ולכן לא היה מקום לצפות להודעה כזו שלו. גם בהנחה שאכן התנהל משחק משותף לא ברור שהודעה כאמור היתה מונעת את המנוח מלעשות מה שעשה, בייחוד בשל העובדה שהתרעות של אחרים לא הועילו. לא ברור גם במה אמירת סיום כזו היתה עוזרת למערער, בהנחה שאכן התנהל משחק משותף והמערער היה מתעלם ממנה; שהרי לפי גישת בית-המשפט, המערער כבר עשה לפני-כן את מעשהו האסור והפר את חובת הזהירות שלו כלפי המנוח.

6 פסק-הדין, עמ' 27.

7 פלר במאמר, עמ' 178.

8 פסק-הדין, עמ' 26.

9 פסק-הדין, עמ' 26.

ג. היסוד העובדתי

1. מעשי המערער וקורבנו – מקשה אחת?

פרופ' פלר מציע לראות את הרכיב ההתנהגותי כך

שהרכיב ההתנהגותי שבארוע עברייני זה – כבכל משחק מסוכן, כולל של "רולטה רוסית" – מהווה מקשה אחת, על תרומותיהם ההתנהגותיים, המותנות זו בזו והמשתלבות זו בזו, של כל המעורבים במשחק, החל מן הסיכום הקולקטיבי, המשותף, לקיים את המשחק וכלה בצעד האחרון של היריה הקטלנית, הנושא אף הוא חותם קולקטיבי, שסוגר את המהלך ההתנהגותי... גם היריה הקטלנית נורתה, כשעל ההדק לחצה, הלכה למעשה, מעל האצבע של המנוח, גם אצבעו של המערער¹⁰.

ובהמשך:

כלומר, "מכלול" שאינו סובל פירוק, החל עם הבשלת הרעיון המשותף לערוך את המשחק וכלה עם הלחיצה על הדק האקדח. זהו הרכיב ההתנהגותי של הארוע¹¹.

לדעתי, זהו היפוך היוצרות: מה שמתואר כאחדות טבעית אינו אלא פיקציה ומה שמתואר כפירוק מלאכותי אינו אלא הרברים כפשוטם וכהווייתם. כאשר בתחרות של הורדת ידיים או היאבקות מכריע אחד המשתתפים את רעהו או גורם לו חבלה חמורה, קשה לראות בקורבן מי שגרם לעצמו חבלה. ניתן להיווכח בכך כאשר מתייחסים אל אצבעו של המערער כאילו לחצה גם היא על ההדק, כאשר ברור כי הלוחץ היחיד היה המנוח וכי היה זה רק המנוח שנורה ונהרג, ולא גם המערער. ככלל, התנהגותו של כל אדם היא שלו ושלו בלבד, ואין מייחסים מעשיו של אדם אחד לאדם אחר. זה מושכל ראשוני הנובע הן מתפישתו של כל עושה כפועל אוטונומי והן מאופיה של האחריות הפלילית המבוססת על אשמה אישית. ראייה מכלולית פוגעת בדיוק הבחינה של האחריות הפלילית, המתבטאת בשילוב של התנהגות מסוימת של העושה עם היסוד הנפשי שלו. היא עלולה להתבטא בהרחבת האחריות, כאשר מייחסים לפלוני מעשים של אלמוני. מדובר אפוא בפיקציה הכרוכה בהרחבת האחריות ללא עיגון בחוק וכזו היא סטייה מעקרון החוקיות

10 פלר במאמר, עמ' 178.

11 שם, בעמ' 179.

והריג הטעון הנמקה והצדקה מיוחדות. כזו היתה כנראה גם תפישתו או תחושתו של השופט גולדברג בע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל¹², שבו נדונה פעולה משותפת של שוטרים בהפעלת לחץ על צווארה של חשודה בהחזקת סם מסוכן בפיה – לחץ שגרם למותה. להבדיל מבית-המשפט המחוזי, שראה את המעורבים כמי שפעלו כגוף אחד, כיכר השופט גולדברג לבסס את אחריותו של כל אחד מן המעורבים על אחריותו האישית.

חריגים מוצדקים לכלל שהתנהגותו של אדם היא שלו בלבד, שבהם מייחסים לו גם התנהגויות של אחרים הם:

(1) דיני-השותפות, מכוח תפישת השותפים העקיפים כמי שתורמים לביצוע העיקרי.
 (2) דיני הביצוע העקיף, כאשר המבצע העקיף מפעיל את ה"מבצע" הישיר ככלי בידי, בין משום שהאחרון נטול יכולת החלטה (ביצוע עקיף מכוח השלטת הרצון) בין משום שהאחרון אינו מודע למשמעות האמיתית של מעשיו (ביצוע עקיף מכוח יתרון ההבנה). במקרים אלה ה"מבצע" הישיר אינו פועל אוטונומי ויש הצדקה מלאה לייחס את מעשיו למי ששלל ממנו את האוטונומיה או לפחות מנצל לרעה את מצבו הבלתי-אוטונומי¹³.

(3) מקרה מיוחד נוסף הוא הביצוע בצוותא, שבו ראוי לראות את מעשי המבצעים כמכלול אחד – הן בשל השיתוף בתוכנית העבריינית הן בשל המעמד של שליטה שיש לכל אחד מן המבצעים על הביצוע כולו. מדובר לענייננו בפעילויות אסורות, המתקיימות תוך שיתוף-פעולה בין המשתתפים, כדוגמת זריקת הרימונים על-ידי החיילים במטווח פרטי שעשו, תוך שכל אחד מן הזורקים מסכן את עצמו ואת חבריו, באירוע הראשון המתואר על-ידי פרופ' פלר¹⁴ או במקרים של תחרויות רכיבה או נהיגה מסוכנות, שבהן כל אחד מן המשתתפים מסכן לא רק את עצמו אלא גם את המתחרים האחרים, ולעתים קרובות – גם אנשים נוספים¹⁵.

לא ברור כלל שראוי להרחיב חריגים אלה על מקרה שבו בסופו של דבר כל אחד מן המשתתפים מסכן את עצמו בלבד, ובשלב הקריטי – שבו נוצר הסיכון לעצמו ומתממש – יש לו שליטה מלאה משלו, בלתי-קשורה ובלתי-מותנית, על יצירת הסיכון, והסיכון משתרע רק עליו. להתנהגותו אין כלל אופי עברייני ולכן לא יכול

12 תקדין עליין, כרך 95(1), עמ' 1105, 1112-1115.

13 מ' קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א (תש"ן) 65-67. ראה גם מ' גור אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א (תש"ן) 29-49.

14 ע/204/71 התובע הצבאי הראשי נ' אלמוני, פד"צ (1971) 331.

15 אולי ניתן להחיל רציונל זה גם על פעילויות משותפות היוצרות סכנה שאינן בלתי-חוקיות כשלעצמן, ובלבד שהסכנה איננה רק סכנה עצמית, אלא גם סכנה לזולת.

לבוא בחשבון כלפיה ביצוע בצוותא. בכך נשמט הבסיס לייחוס אחריות לסיכון זה לאחר.

2. אחריות להתנהגות אוטונומית של אחר?

מכל-מקום, וזה העיקר, שאלת אחריותו של אדם אחד להתנהגות שבה אדם בגיר אחד מסכן, בתנאים של אוטונומיה מלאה (של מודעות מלאה לטיב הסיכון ומידתו), את עצמו בלבד, איננה כלל שאלה טריביאלית שניתן להתעלם ממנה. אם אכן מקבלים את העובדה כי לאדם בוגר ואוטונומי נתונה החירות לסכן את חייו וכי התנהגות זו, גם אם אינה רצויה מבחינה חברתית ואף איננה ראויה מבחינה מוסרית, היא התנהגות חוקית – כי אז צריכים להיות טעמים כבדי-משקל כדי להטיל אחריות פלילית על מי שמציע לו לעשות כן, תוך העמדתו על הסיכון כמות שהוא, ועל מי שמסייע לו לסכן את עצמו¹⁶. זאת ועוד: אם מעניקים משקל ניכר לאוטונומיה של הפרט, אין זה בטוח כי יש לאפיין את הסיכון העצמי כבלתי-מוסרי וכבלתי-ראוי. הן פסק-הדין¹⁷ והן מאמרו של פרופ' פלר אינם מתמודדים באופן ישיר עם שאלה זו. ממילא אין מוצאים בהם טעמים כאלה.

חוסר-ההתמודדות בולט בפסק-הדין במקום שבו דן בית-המשפט בגבולות חופש הפרט. בית-המשפט קובע שם: "חופש הפרט הינו ערך יקר וחשוב – עד לגבול בו הוא יוצר סכנה קרובה לחיי אדם או בטחונו". וכן, "לכן, חופש הפרט... חדל במקום בו אותו פרט יוצר סכנה לחיי אדם או לשלמות הגוף או תשתית לסכנה כזו העשויה לפגוע בסביבתו באופן ישיר או באופן עקיף על ידי כך שהסכנה שהוא הביא על עצמו משליכה גם על סביבתו"¹⁸. כאן היה מקום לדון בשאלה, האם מוצדק להגביל את חירות הפרט לסכן את עצמו כמקרה שלסיכון עצמי כזה עשויה להיות השפעה מדבקת, השפעה של חיקוי, על פרטים הפועלים באופן חופשי כדי לסכן את עצמם. גראה לי, כי טעמים כאלה ראויים לשקילה על-ידי המחוקק ולהכרעה העשויה להתבטא בהטלת איסור על מעשים מעין אלה – בין בהיקף כללי בין בהיקף מוגבל¹⁹. בהיעדר הוראת איסור מפורשת כזו, הטלתה כדיעבד וללא אזהרה מראש על-ידי הפסיקה היא הגבלה בלתי-סבירה על החירות.

16 ראה ש"ז פלר יסודות כריני עונשין (חשמ"ז, כרך ב) 233.

17 פסק-הדין מגלה מודעות מסוימת לבעיה. זו סיבה אפשרית להנמקות המגוונות ולחזרות שבפסק-הדין, ובכלל זה הדיון באחריות על יסוד מחדל. וראה, למשל, עמ' 16-18, 30-33.

18 פסק-הדין, עמ' 18.

19 יש מקום לאיסור רק כאשר יש פגיעה באוטונומיה וברצון החופשי, למשל: במקרה של קטינים או אנשים חסרי ידע בתחום מסוים. כמעט כל עיסוק אפשרי בתחום מסוכן שואב השראה, או אף מאמץ, באופן ישיר מרעיונות של אחרים, לרבות רעיונות המבוטאים בספר, בסרט, בהצגה או בעיתון. גם במקרים שבהם יש פגיעה באוטונומיה של אחרים עדיין יש להתחשב גם

על-פי הכללים הרגילים של האחריות, וכמתחייב מתפישת האדם כפועל אוטונומי – תפישה שהיא גם יסוד להטלת אחריות בפלילים וגם להגבלתה של אחריות זו – אין אדם נושא באחריות (ברשלנות) כאשר סיכון שיצר מתממש על-ידי עושה אוטונומי, המודע לטיב הסיכון, ואין הוא פועל בתנאי לחץ או מצוקה²⁰. במקרים אלה אין זה מוצדק לייחס את התוצאה ליוצר הסיכון²¹. כאשר אדם חוסם במכוניתו את מסלול-הנסיעה הנגדי ואדם אחר מבחין בכך מבעוד מועד והוא מריץ את מכוניתו במודע לתוך ה"מחסום", כשהוא מקווה למלט את עצמו ברגע האחרון והדבר אינו עולה בידי – אין החוסם נושא באחריות לתוצאה שאירעה. כך גם משליך קליפת-הבגנה אינו אחראי להתנהגותו של אדם מבוגר המבחין בה ומתוך קלות-דעת שבמשחק או מתוך כוונה לפגוע בעצמו עולה עליה, מחליק ונפגע. הוא-הדין גם ברופא שרשם בטעות מינון גבוה מדי, קטלני, של תרופה, כאשר הרוקח או המשתמש היו מודעים לכך; או במי שיצר מצג מטעה (שלפיו אין מדובר בחומר או במצב מסוכן), כאשר מממש הסיכון לא הוטעה אלא עמד על הסיכון ומימש אותו במודע. בעוד שכאשר מממש הסכנה פועל מתוך עיוורון לעצם הסיכון או לטיבו או בתנאי לחץ או מצוקה, חלקו של יוצר הסיכון בהתפתחות העניינים שגרמה לתוצאה הוא ניכר ואמיץ ומצדיק לייחס לו אחריות לתוצאה. במקרים מן הסוג שתיארנו לעיל חלקו של יוצר הסיכון הוא קלוש ותרומתו נראית יותר כהתרמות (coincidence) מאשר כתרומה ממשית. מבחינה זו מאלפת העובדה שבפסק-הדין עצמו, בהתייחסות לאחריות של אדם לסיכון עצמי של זולתו, הדוגמאות המובאות הן של אחריות להסתכנות של ילד, כלומר: של פועל שאינו אוטונומי²².

זאת ועוד אחרת: המתקק הבחין יפה בין גרימת מותו של אחר, המטופלת בעבירות ההמתה, לבין השתתפות בגרימת מוות עצמית (שידול וסיוע להתאבדות). אלמלא יצר המחוקק את העבירה המיוחדת של שידול וסיוע להתאבדות, לא ניתן היה ברוב המקרים לייחס לעושה עבירה של המתה; שכן הוא לא גרם למותו של אחר, והאחר המית את עצמו בפעולה אוטונומית. את עבירות ההמתה יש להבין

בפגיעה בחירות הפעולה, ולעתים גם בחופש הביטוי, של מי שאת חירותו מבקשים להגביל, ולכן ראוי להגביל התנהגות כזו רק כאשר יש חשש ממשי לחיקוי של התנהגות מסוכנת.

20 על-פי רוב מדובר בתנאי לחץ או מצוקה שיוצר הסיכון אחראי להיווצרותם, אולם אין לשלול את האפשרות לייחס לו אחריות גם במקרים שבהם היה מודע או יכול להיות מודע לתנאי מצוקה שבהם נתון הקורבן, שלא היתה לו יד בהיווצרותם.

21 מ' קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט, (התשמ"ז, ר' גביון ומ' קרמניצר, עורכים) 325, 336, 337.

22 פסק-הדין, עמ' 32, 38.

כחלות על התנהגויות שיש בהן משום העמדת הזולת בסיכון בלתי-מוצדק, והסיכון שיצר העושה מתמש. מה שעשה המחוקק בעבירה של שידול וסיוע להתאבדות, לא עשה לגבי שידול וסיוע לפגיעה עצמית או ליצירת סיכון עצמית לחיים; ומשום שלא עשה, לא ניתן לייחס אחריות פלילית למי ששידלו אדם או סייעו לחבול בעצמו או לסכן את עצמו. אם לא ניתן לייחס אחריות פלילית למי ששידל אחר או סייע בידו לסכן את עצמו במודע (ואולי אף במתכוון), יהיה זה בלתי-הגיוני אם תיוחס אחריות למי שעשה כן מתוך רשלנות, כפי שקרה במקרה הנדון.²³

ישם אל לב: במקרה שלנו לא יעץ המערער למנוח לעשות מה שעשה וגם לא סייע בידו. הוא-עצמו פעל באופן שכמעט לא סיכן את עצמו. אם מדייקים, חטאו בכך שמעשהו שימש כנראה גירוי למנוח להראות במה כוחו גדול ולהעצים לאין שיעור את הסיכון לעצמו לעומת הסיכון שנטל המערער על עצמו. ודוק – כנראה, משום, שכאמור, אין כלל ביטחון שהמנוח – שפתח את הפרשה בהבאת אקדחו ובירי לעבר הוואדי – היה זקוק לגירוי, ואפשר שהיה מפגין את עוז-רוחו גם ללא גירוי. נניח שהמנוח במקום לכוון את האקדח לראשו היה פונה שוב לעבר החלון, יורה לעבר הוואדי ופוגע בעצמו עקב החלקה או באדם אחר. האם גם אז היה המערער אחראי? האם ראוי להטיל אחריות פלילית על אדם משום שהוא מתנהג באופן העלול להביא אדם אחר (מבוגר ואוטונומי) לסכן את עצמו? ניתן להניח, כי המנוח הושפע מנוכחותם של האחרים בחדר שבפניהם ביקש להפגין את עוז-רוחו. האם היה עליהם לעזוב את המקום כדי למנוע את התוצאה?²⁴

23 האם הטלת אחריות פלילית על המשדל והמסייע להתאבדות היא סטייה מגישה המכבדת את האוטונומיה של הפרט? אפשר שכן, אבל לא בהכרח. בחלק לא-מבוטל ממקרי ההתאבדות או הנסיונות להתאבד אין מדובר בפעולה שהיא חופשית ואוטונומית באופן מלא (גם אם מתעלמים מסוגיית עצם היכולת להחליט בעניין זה החלטה רציונלית, כאשר האלטרנטיבה של בחירה במוות אינה יכולה להתבסס על היכרות וידיעה), בין בשל מצוקה נפשית מיוחדת, מצוקה אחרת או שילוב ביניהן; ואולם המיוחד למצבים אלה באופן טיפוסי הוא שאין הם מצבים מובהקים של היעדר אוטונומיה (כגון קטינות או אי-שפיות), האופייניים לביצוע עקיף, אלא של אוטונומיה פגומה. יתר על כן: למי שנמצא מחוץ לנפשו של המבקש להתאבד קשה מאוד, לרוב בלתי-אפשרי, לדעת באיזו מידה מדובר כיכולת לקבל החלטה אוטונומית. קשה אפילו לדעת אם מדובר ברצון אמיתי להתאבד או בקריאה לעזרה, שאין מאחוריה רצון של ממש להתאבד. זאת ועוד: ישנה סכנה להשפעת-יתר של ההתערבות העלולה להפוך אותה למכריעה, ואילו, בהתחשב בטיבה של ההחלטה, יש עניין מיוחד שהיא תתקבל ללא השפעות זרות. יוצא אפוא, שניתן להבין את האיסור גם בצורה הפוכה: כאיסור שתכליתו להגן על האוטונומיה בתחום מיוחד ורגיש זה. גישה זו אינה ישימה לאותם מקרים נדירים שבהם מדובר באדם שאינו מסוגל לשים קץ לחייו בעצמו.

24 אני ער לכך כי מדובר כאן במחדל ולא בהתנהגות אקטיבית, אולם אם מתחילים לגלוש במדרון המסוכן של אחריות להתנהגות אוטונומית של אחרים, אין זה ברור שאחריות זו אינה חלה

הבה נניח שי"א ר"ב הם שני סטודנטים המתגוררים יחד. א, הנמצא בשירות-מילואים פעיל, מביא עמו לחופשה את נשקו. ב מטפל בנשק טיפול מיותר ובלתי-זהיר, שבו הוא מסכן את עצמו. בעקבות כך נפנה א לטפל בנשקו טיפול מיותר, שמידת חוסר-זהירותו עולה בהרבה על זו שהפגין ב, וגורם תוך כדי כך למותו (שלו). האם נושא ב באחריות למותו של א?

או דוגמא מתחום אחר: מן המפורסמות שהתנהגות בלתי-זהירה בכביש (מהירות מופרזת, אי-ציות לתמרור ועוד) היא מקור לתיקוי וגוררת התנהגויות דומות של אחרים. האם נושאת החוליה הראשונה כשרשרת באחריות להתנהגויותיהם הבלתי-זהירות של החוליות הבאות, לרבות תוצאותיהן?

לאחרונה קראנו, כי אחד מאלופי צה"ל²⁵ יצא לשחות בים סוער עם חברו, אשר טבע בים. דומה שכולם יסכימו שאין מקום לייחס לו אחריות פלילית למותו של חברו, אף כי מנסיבות העניין, כפי שתוארו, ניתן היה להניח כי ללא השתתפותו-שלו לא היה חברו נכנס לים. הוא-הדין באנשים היוצאים יחד לטיפוס הרים או לטיול מסוכן, כאשר השתתפותו של כל אחד מהם בפעילות היא תנאי מבחינת האחרים לעצם קיומה של הפעילות. ברור, כי התמונה משתנה מעיקרא כאשר המסתכן איננו פועל אוטונומי מחמת גילו או בשל כך שאין הוא מודע באופן מלא ומדויק לטיב הסיכון ולדרגתו. בנסיבות כאלה עשוי אדם אחר התורם להתנהגותו של המסתכן להפוך למבצע של המתה, מכוח שליטתו על מהלך העניינים מחמת יתרון ההבנה שלו²⁶. האינטואיציה שהובילה להרשעה במקרה דנן נשענה על הברלי הגיל והניסיון בין המערער ובין המנוח, שאינם רחוקים ממצב של יתרון הבנה. בית-המשפט הסתמך בעיקר על ארבע עובדות: דברי המערער למנוח, שלפיהם יש סבירות נמוכה שתיווצר ירייה; הפרש הגילים, ועקב כך – המעמד; השירות הצבאי של המערער; והאופי ההרפתקני של המנוח²⁷. ספק אם יש באלה כדי ליצור יתרון הבנה למערער. המנוח היה בן שבע-עשרה וחצי. השירות הצבאי של המערער

גם על מי שבעצם נוכחותם יוצרים את המצב המסוכן של גירוי להתנהגות מסוכנת ואין הם מבטלים את הסיכון על-ידי עזיבת המקום.

25 העובדה שמדובר בקצין בדרגת אלוף היא רלבנטית מבחינת ההתייחסות הציבורית לאירוע. בימים שבהם התנהגותם של מפקדי הצבא נבחנת תחת מיקרוסקופ, יש משמעות – מבחינת התודעה הציבורית – לעובדה שהתנהגותו באותו אירוע לא נתפשה כעבריינית.

26 ראה לעיל הערה 13 וכך F.M. Corde "Die Verleitung zum Suizid durch Täuschung" 106 ZStW (1994) 547; W. Frisch "Riskanter Geschlechtsverkehr eines Hiv-Infizierten als Straftat – BGHSt 36, 1" (1990) JUS 362; W. Stree "Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung – BGHSt 32, 262 und BGH, NSStZ 1984, 452" 25 JUS (1985) 179; .D. Kienapfel "Strafrecht – StGB §§ 222, 230" 39 (2) JZ (1984), 750

פסק-הדין, עמ' 25.

היה אמור ליצור אצלו הרגל של זהירות מיוחדת לעניין טיפול כנשק, אולם הסיכון שב"רולטה רוסית" נהיר, ככלל, גם למי שלא שירת בצבא, ואין להניח שהמנוח לא היה מודע לסיכון זה. יתר על כן: טעם המשחק הוא בסיכון שבו. אופיו ההרפתקני של המנוח אינו רלבנטי לעניין השליטה. עם זאת, המגמה להשתית את האחריות על בסיס של שליטה היא נכונה (גם אם ניתן לחלוק על יישומה בעובדות המקרה). זהו בסיס צר יותר להטלת אחריות פלילית והרכה יותר משכנע בהשוואה לבסיס הרחב שמציע פרופ' פלר. אפשר להיווכח בכך אם שוקלים את סיכויי ההרשעה של המנוח, אילו היו היוצרות מתהפכות והמערער היה נהרג. דומה כי הם מצטמצמים מאוד. זהו גם בסיס אפשרי לפסקי-הדין האמריקניים, המאוזכרים בפסק-הדין²⁸, שבהם נשקלה הטלת אחריות עקב משחק ב"רולטה רוסית": בפסק-דין אחד היה הקורבן בן 15. למרות זאת זוכה הנאשם מן הטעם שרצונו החופשי של הקורבן שולל את ייחוס התוצאה לנאשם²⁹. בפסק-הדין השני אירע האסון אחרי שהמעורבים, ובכללם המנוח, שתו יין³⁰; ואילו במקרים של תחרות נהיגה פרועה במהלכה נהרג אחד המשתתפים נקבע, כי המשתתף האחר אינו נושא באחריות³¹.

הניתוח מלמד באיזו מידה במסגרת ניתוח העבירה של גרם מוות ברשלנות חיוניות הקטיגוריות של הפרת חובת זהירות עונשית ושל ייחוס אחריות לתוצאה, שבמסגרתן יש לבחון אם יצר העושה סיכון בלתי-מוצדק – דהיינו: סיכון בלתי-סביר – ואם היתה התוצאה בבחינת מימוש של אותו סיכון או של אותה הפרת חובה. במקרה דנן אין מדובר בסיכון בלתי-מוצדק (או לא הופרה חובת זהירות עונשית), שכן מדובר בסיכון שאדם אחר יסכן את עצמו במצב של שליטה מלאה ואוטונומיה מלאה, ונאמנות למרכזיות האוטונומיה של הפרט בשיטתנו המשפטית³² הופכת סיכון זה למוצדק. גם אם גורסים אחרת בעניין זה, לא ברור כלל שהתנהגותו של המנוח – שחרגה, כאמור, באופן ניכר מהתנהגותו של המערער – היתה בתחום הצפייה הסבירה שלו בעת התנהגותו או שיש לראות בה מימוש הסיכון שיצר. מכאן, חשיבות אפשרית למחוללו בשלב המאוחר יותר מלהתערב, כאשר המנוח כיוון את האקדח לעבר רקתו שכן לא ראה בכך המשך טבעי לפעולותיו-הוא או המשך של משחק משותף, וחיוניות ההבחנה בין מעשיו של המנוח לבין התנהגותו של המערער. לשם שלמות ההתייחסות יצוין,

28 פסק-הדין, עמ' 18-20.

29 *Lewis v. State* 474 So. 2nd 766 (1985).30 *Commonwealth v. Atencio & Marshal* 189 N.E. 2nd 223 (1963).31 *Commonwealth v. Root* 170 A. 2nd 310 (1961).

32 נאמנות זו גברה עם חקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראת סעיף 34 (ג) בתיקון

מס' 39 לחוק העונשין, ס"ח תשנ"ד, 348.

כי הדוקטרינה של ייחוס חלה לא רק בעבירות של רשלנות, אלא גם בעבירות של מחשבה פלילית.

ד. היסוד הנפשי

1. מודעות בפועל?

פרופ' פלר מעלה את היסוד הנפשי של המערער בדרגות החומרה. ראשית, הוא שולל קיומה של רשלנות ומייחס למערער מודעות לאפשרות התרחשותה של התוצאה. אין זה ברור כלל שבעת שהמערער עשה מה שעשה באקרה, הוא העלה בדעתו שהמנוח לא יסתפק בחיקוי של מעשיו שלו, אלא יאדיר את הסיכון עשרות מונים; אולם גם אם עלה הרהור כזה בתודעתו של המערער, אין זה מובן מאליו והכרחי שהוא פעל מתוך פזיזות. מוכר המצב הנפשי (והוא מומחש בייחוד במצבים שיש בהם לא רק סיכון של אחרים, אלא גם סיכון עצמי), שבו חרף העובדה שהעושה מעלה על דעתו את אפשרות התרחשותה של התוצאה, הוא דוחה ומסלק אותה, תוך שהוא מאמץ לעצמו את ההשקפה, שאינה מבוססת באורח רציונלי, שלפיה העניין "יגמר בטוב". מבחינת העושה אין מדובר בתקווה שהתוצאה לא תקרה יחד עם מודעות לסיכון שהיא בכל-זאת עלולה להתרחש אלא בביטחון, בהשתכנעות, שהתוצאה לא תקרה, עקב הנטייה האנושית להאמין במה שנוח להאמין בנסיבות העניין. בסופו של דבר עשוי העושה לדחוק כליל מתודעתו את האפשרות שהתוצאה עלולה להתרחש, בהליך בלתי-הגיוני, שבו הוא מוציא את הסיטואציה הנדונה מחלותם של החוקים הרגילים של הטבע וכללי ההסתברות של המציאות המוכרים לו. אילו הואשם המערער בעבירת הריגה, אפשר שהיה טוען כי כך ראה את פני הדברים; ולו האמין לו בית-המשפט, לא היה מייחס לו מודעות לאפשרות התרחשותה של התוצאה.

2. אדישות?

פרופ' פלר מעלה את המערער דרגה נוספת ומייחס לו אדישות, ואולם לא ברור כלל כי המערער נותר שווה-נפש לאפשרות של גרימת התוצאה. בהנחה שאין מדובר בפסיכופט ניתן להניח, כי העדיף באופן חד-משמעי וניכר את האפשרות שהתוצאה לא תתרחש על-פני האפשרות שתתרחש. לא הייתי מייחס תשיבות מכרעת לביטוי "להצליח למונען" בהגדרת קלות-הדעת בסעיף 20(א)(2)(ב) לחוק

העונשין, תשל"ז-1977, לפי תיקון מס' 3339, כמחייב את המסקנה שתקוות המערער צריכה להתייחס לפועל ידיר-שלו, כפירושו של פרופ' פלר³⁴. לדעתי, די בכך שהיה יסוד ממשי, ריאלי, לתקוותו שהתוצאה תימנע כדי להופכו לקל-דעת. לדוגמא: אדם משליך את יהבו על גורם-טבע. הוא מבסס את תקוותו שדבר לא יקרה על כך שהראות תהיה טובה משום שהשמש תזרח או שעניו של אדם אחר יוכו בסנוורים על-ידי השמש או שהוא מקווה שהתוצאה תימנע עקב התערבותו של אדם אחר שניתן לסמוך עליה. למשל: האם המעלה את עגלת-התינוק לאוטובוס בתנאי לחץ וצפיפות, תוך תקווה שאם תיטה העגלה אל צדה ייצב אותה בעלה הנמצא לידה. מכל-מקום לא ברור מדוע מי שאינו נכלל בהגדרת קלות-דעת, נכלל בקטיגוריה של אדישות, כאשר אינו ממלא את תנאי ההגדרה של אדישות; שהרי האדישות איננה קטיגוריה שיוורת או קטיגוריית-סל ואף איננה קטיגוריית-היסוד.

3. כוונה?

פרופ' פלר עושה צעד נוסף ומייחס למערער כוונה — כוונה על-תנאי שדינה כוונה — מכוח הלכת הצפייה. לדבריו,

התנאי הוא הגעת תא התוף שבו הכדור, עקב סיכובו, מול הנוקד של האקדח, במקרה כזה, מודעותו של המערער למידת הסתברות של אפשרות פגיעה קטלנית, עקב יריה תוך הצמדת קנה האקדח על ידי המנוח לרקתו, היתה לפחות קרובה לודאי. יושם אל לב, כי מידת ההסתברות של אפשרות התמלאות התנאי אינה מעינינו; אלא מידת ההסתברות של אפשרות גרימת התוצאה, עם התמלאות התנאי. כך, שאין כל רלבנטיות ליחס המספרי שבין מספר התאים שבתוף האקדח, לבין מספר הכדורים שמשאירים בו³⁵.

עמדה זו אינה מקובלת עלי. היא הופכת מקרים מובהקים של קלות-דעת לכוונה. טול, למשל, את הדוגמא הבאה:

פזיזי נוהג במכוניתו ליד בית-ספר בשעה שאין מתקיימים בו לימודים. הוא נוסע במהירות מופרזת, ביודעו שאם יגיה ילד מחצר בית-הספר אל הכביש לא

33 "קלות דעת — כנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למונען".

34 פלר במאמר, עמ' 184. אמנם, פלר אומר "הוא עצמו", אך נראה שהדגש הוא יותר על "תקווה המעוגנת מבחינה עובדתית במציאות" להבדיל "ממקורות, מזלות או נסים" (עמ' 185). גם בספרו (לעיל הערה 16, בעמ' 618) מדובר על סיכוי המעוגן במציאות, ורק בדרך-כלל — המלווה ב"עשייה עצמית".

35 פלר במאמר, עמ' 185.

יעלה בידו לעצור את הרכב בעוד-מועד, והפגיעה בילד תהיה בלתי-נמנעת, אולם הוא מקווה כי אף ילד לא נמצא במקום ולכן גם לא יגיח אל הכביש. תקוותו של פיזי לא נתגשמה ודווקא הגרוע ביותר הוא שאירע. זהו מקרה מובהק של קלות-דעת, אך אם מחילים לגביו את דברי פלר – "...מידת ההסתברות של אפשרות גרימת התוצאה אינה מעינינו; אלא מידת ההסתברות של אפשרות גרימת התוצאה, עם התמלאות התנאי"³⁶ – הופך פיזי למי שהמית בכוונה, ואולי אף בכוונה תחילה. או טלו לדוגמא את המקרה שמביא פרופ' פלר להמחשת קלות-הדעת: "הורה המנסה להעלות עגלה עם תינוק לתוך אוטובוס מלא נוסעים ברגע בו מצטופפים אנשים רבים בפתח האוטובוס"³⁷. הוא מעריך כי אם ידחף קלות יעלה בידו להצליח בייצוב העגלה, אולם אם ידחף דחיפה עזה, עלול התינוק להישמש בדרגה גבוהה של הסתברות חרף מאמצי הייצוב שלו, אלא שלהערכתו הסבירות שידחף דחיפה עזה היא נמוכה. התיאור הקולע של מצבו הנפשי של החורה הוא קלות-דעת ולא צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות, שכן מבחינתו התוצאה היתה צפויה בדרגה נמוכה של הסתברות, ותיאור זה אינו משתנה, כמובן, בהתרחש התוצאה. ברוב מקרי קלות-הדעת המוכרים מן הפסיקה³⁸ ידעו העושים כי בהתקיים תנאי, תתרחש התוצאה בדרגה קרובה לוודאי (מפולת, צורך לבלום, הופעה פתאומית של רכב ממול). אף-על-פי-כן, הם פעלו בקלות-דעת, שכן העריכו כי הסתברות התמשותו של התנאי אינה גבוהה. צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות מתקיימת רק כאשר העושה מעריך כי קיימת ודאות מעשית (מוסרית) שהתוצאה תתרחש ואינו רואה לנגד עיניו אפשרות אמיתית-ריאלית שלא תתרחש. רק אז ניתן לומר עליו, שבחר באופן מלא בתוצאה וכי התנהגותו חרף בטחונו בהתרחשות התוצאה (מבחינתו, עתידה התוצאה להתרחש, אלא אם יתרחש נס) מעידה על עמדה אנטי-חברתית בדרגת חומרה עליונה; שכן גם ודאות התרחשותה של התוצאה לא היה בה כדי להרתיעו מלפעול. כאשר התרחשות התוצאה מותנית בהתקיימות תנאי, מידת הסתברותה מושפעת הן מדרגת ההסתברות של התקיימות התנאי הן מדרגת ההסתברות של התרחשות התוצאה בהתקיים התנאי. כאשר מידת ההסתברות שהתנאי יתקיים נמוכה, דרגת הסתברות התרחשותה של התוצאה אינה גבוהה (גם כאשר בהתקיים התנאי, עתידה התוצאה להתרחש בוודאות קרובה או אף גמורה). לכן, אין לשלב בין הלכת הצפיות לדוקטרינת הכוונה על-תנאי, כפי שמציע פרופ' פלר, כאשר דרגת הסתברות התנאי אינה קרובה לוודאי. כאשר אדם יורה לעבר מטרה בהעריכו כי הסבירות שמאחוריה נמצא אדם נמוכה מאוד, אך

36 שם, שם.

37 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל הערה 16, בעמ' 618.

38 ע"פ 1/52 דויטש נ' היוה"מ פ"ד ח 456; ע"פ 241/65 לוי נ' היוה"מ, פ"ד יט (4) 156; ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כב (2) 749.

ביודעו כי אם נמצא שם אדם הוא ייפגע קרוב לוודאי מן הירי, אין לומר עליו כי צפה את התוצאה הקטלנית בדרגה גבוהה של הסתברות. כך גם מי שלוחץ על הדק של אקדח פגום, שרק לחיצה אחת מני רבות יוצרת בו ירייה (אם עשה כן, ללא כוונה ממשית), או מי שלוחץ על ההדק כשהאקדח מכוון אל רקתו, וההסתברות שתיווצר ירייה היא אחד לשש³⁹.

4. כוונה תחילה?

אין אני בטוח גם, כי ניתן ליישם את הלכת הצפייה על כוונה תחילה⁴⁰. אם מהותה של הכוונה תחילה היא רצון היולי, ניצני, העובר תהליך של הבשלה, בתהליך ההכנה הנפשית, עד שהוא מבשיל לכלל רצון של ממש, רצון גמור, שהוא החלטה אופרטיבית — לא ברור כיצד ניתן לתחלפו במצב נפשי שבו אין כלל רצון. שקלא-וטריא לעניין התנהגות, שהעושה מעריך כי תגרום לתוצאה קטלנית שאין הוא רוצה בה, שונה במהותה משקלא-וטריא שעניינה רצונו התחילי, הבוסרי, הגרעיני של הממית. אם מדובר בתהליך נפשי של הבשלת הרצון, מצב נפשי שאין בו רצון כלל אינו יכול לשמש תחליף⁴¹. מסקנתי היא, כי לא היה מקום לטפס בסולם האשמה ולהגיע אל דרגתה החמורה.

39 כדוגמאות נוספות יתוארו המקרים הבאים: הנחת חומר-נפץ ליד דלת מבחון כדי להפחיד או אף לגרום נזק לדלת, בידיעה שאם בדיוק ברגע ההתפוצצות יעמוד מישהו ליד הדלת (אפשרות די דחוקה), הוא עלול, בהסתברות גבוהה, להיפגע — איננה הנחה מתוך מטרת פגיעה. הדוגמא שאובה, תוך הכנסת שינויים, מפסק-הדין בעניין נחום: ע"פ 344/75 נחום נ' מ"י, פ"ד ל(1) 659. הוא-הדין במי שמחשמל גדר כך שהנוגע בה יספוג מכת-חשמל, אם הוא מעריך (למשל: בעקבות שלטי-אזהרה בולטים שהניח) כי ההסתברות שאדם יגע בגדר היא נמוכה; כמובן, כאשר אין הוא רוצה בתוצאת הפגיעה.
השווה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל הערה 16, בעמ' 586.

40 השווה ש"ז פלר, לעיל הערה 16, בעמ' 607-609.

41 למסקנה דומה, אך בהנמקה שונה, הגיע בית-המשפט העליון בע"פ 552/68 אילוז ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377, 390-391.