

”משחק מסוכן” כאירוע עברייני – הערות למבנהו

מאת

ש”ז פלר

א. שני אירועים מעולם המעשה. ב. מבנם העובדתי. 1. כללי; 2. המהות המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי; 3. הזיקה הסיבתית. ג. היסוד הנפשי שבאירוע הראשון. ד. האירוע השני. 1. כללי; 2. הרכיב ההתנהגותי שבאירוע השני; 3. היסוד הנפשי שבאירוע השני; 4. סיכום.

א. שני אירועים מעולם המעשה

שני אירועים עברייניים שנדונו בערכאות הישראליות, הכיאו לכתיבת שורות אלה; ותחילה הרי נתוניו של כל אחד מהם, לפי הסדר הכרונולוגי של הדיון בהם. האירוע הראשון נדון בתיק ע/204/71¹ ואלה נתוניו: שלושה חיילים – לצורך הדיון: א', ב' ו-ג' – יצאו לתור בקירבת מחנה יחידתם ובשלב מסוים, במוצאם בשטח ארגז רימונים, החליטו לקיים מטווח בהם. הם נערכו בשורה חזיתית, ספרו “שתיים”, “שלוש” ולאחר קריאה “זרוק”, השליכו, כל אחד, באותו כיוון, את הרימון שבידו. בעת שחזרו על זריקת הרימונים, אירעה התפוצצות באוויר עקב התנגשות בין הרימונים שהושלכו על ידי א' ו-ב'. א' נפגע מאחד הרימונים ונהרג. ב' ו-ג' הועמדו לדין על עבירה של “גרימת מוות ברשלנות”. בבית-הדין הצבאי המחוזי, הורשע בעבירה זו רק ב', ואילו ג' יצא זכאי בדינו, משום שהתוצאה הקטלנית נגרמה עקב פגיעה של רסיס רימון, שלא הוא זרק אותו. בבית-הדין הצבאי לערעורים נתקבל הערעור נגד זיכויו של ג', ואף הוא הורשע בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

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

נתוני האירוע השני שגדון בבית-משפט השלום בכאר-שבע (ת"פ 356/90) כערכאה ראשונה, בבית-המשפט המחוזי בכאר-שבע (ע"פ 284/91)² כערכאת ערעור, וכן בבית-המשפט העליון (ע"פ 119/93)³, כערכאת ערעור ברשות. ואלו הנתונים הבסיסיים של אירוע זה, כמובן לפי ממצאי הערכאות האמורות ובעיקר של בית המשפט העליון: ג' לורנס, הנאשם והמעורר בענין זה, השתתף עם המנוח י' ויצמן במשחק "רולטה רוסית" עם אקדח. במסגרת זו, כשהגיע תורו של המנוח להוכיח את אומץ לבו, הוא הצמיד את האקדח לרקתו ולחץ על ההדק. מן האקדח נפלט כדור, וכך קרס ויצמן תחתיו ונפח את נשמתו. אף באירוע זה מצאו הערכאות השיפוטיות שדנו בו את הנתונים שיש בהם כדי לספק את הדרישות להתגבשות עבירה של "גרימת מוות ברשלנות"; ולפיכך נדחו ערעורי הנאשם נגד הדשעתו בעבירה שבו הואשם.

בשני האירועים כאחד מדובר ב"משחק מסוכן", כאשר האירוע השני הוא בגדר "משחק מסוכן" מיוחד הקרוי משוס-מה "רולטה רוסית". המבנה של שני האירועים ראוי לניתוח, הן מבחינת היסוד העובדתי והן מבחינת היסוד הנפשי שבהם. אשר ליסוד העובדתי, אין הרבה מה להוסיף לענין רכיבו התוצאתי — הוא התבטא, פשוטו כמשמעו, בתוצאה הקטלנית שנגרמה במסגרת המשחק. לעומת זאת, ראויה לתשומת לב מהותו המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי העלול להצמיח עבירה פלילית אחת ויחידה, רבת-מעורבים מטבע כרייתה, למרות מודרכותו האפשרית של הרכיב עקב ריבוי תרומותיהם הפיסיות של המעורבים בעשיית העבירה, או ריבוי עבירות⁴ כל אחת העומדת ברשות עצמה, למרות אופיו הקולקטיבי והמאחד — אף הוא מטבע כרייתו — של הרכיב ההתנהגותי שבכל אחת מהן. אך, בכך גולשים כבר, במידה מסוימת, לתוך סוגיית היסוד הנפשי, על צורותיו השונות, שבמבנה אירוע כאמור.

כן ראוי לציין כי בשני האירועים מדובר בעבירה תוצאתית שהשלמתה מותנית בתוצאה מזיקה בפועל, ולא בעבירה מסוג העבירות של "העמדה בסכנה"⁵, המסתפקות בתוצאה מזיקה בכוח בלבד. ועוד לא למותר להוסיף כי המהות המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי שבכל אחד

2 ע"פ (ב"ש) 284/91 לורנס נ' מ"י, פ"מ תשנ"ג (2) 472.

3 ע"פ 119/93 לורנס נ' מ"י, שטרם פורסם. יש לציין כי בד"נ 4274/94 לורנס נ' מדינת ישראל, דחה הנשיא שמגר את הבקשה לדין נוסף על פסק דינו של בית-המשפט העליון בע"פ 119/93 (החלטת לא פורסמה).

4 למעט חלקו של הקורבן, אשר, כמובן, אינו יכול לשמש מושא לאחריות פלילית.

5 על סוגיית העבירות של "העמדה בסכנה", ראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ג, תשנ"ב) 255-252; וכן ש"ז פלר "הקורלציה" — אם בכלל — שבין עוולת הרשלנות האזרחית לבין מושג ה'רשלנות' בתחום הפלילי" הפרקליט — ספר היובל (תשנ"ד) 53, 69-70.

מן האירועים הנזכרים תחייב התייחסות גם לסוגיית הזיקה הסיבתית שבינו לבין התוצאה הקטלנית שנגרמה במסגרתם. גם סוגיה זו נמנית על המבנה של אירועים אלה, כפי שיתואר להלן, כמוכן, עדיין, על היסוד העובדתי בלבד שבהם.

ג. המבנה מבחינת היסוד העובדתי

1. כללי

כבר נרמז כי, אשר ליסוד העובדתי שבשני האירועים של "משחק מסוכן", אין הוא מחייב בחינה מבנית נפרדת; תוספנה רק הבהרות אחדות לענין מהותו של הרכיב ההתנהגותי, הזיקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית לרכיב זה והרכיב הנסיבתי. אשר לרכיב התוצאתי – מותו של אדם – והרכיב הנסיבתי, שכלל אינו רלוואנטי לענין עבירת ההמתה שיוחסה לנאשמים, אין כל ייחוד בשני האירועים. אולי ראוי לציין כי, מבחינה נסיבתית, שני האירועים מתאפיינים מטבע ברייתם, בריבוי מעורבים, דבר המחייב כפועל יוצא מכך, את ההבהרות הנזכרות לעיל, שתובאנה בהמשך, לענין הרכיב ההתנהגותי והזיקה הסיבתית שבינו לבין הרכיב התוצאתי. לפיכך, כל אשר ייאמר בהמשך, לענין היסוד העובדתי הרלוואנטי שבאירוע הראשון, כוחו יפה, במקביל ובשינויים המחויבים, לענין היסוד העובדתי הרלוואנטי שבאירוע השני.

2. המהות המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי

ובחזרה, תחילה למהות המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבכל אחד מן האירועים המדוברים. מהות מיוחדת זו, טמונה במושג "משחק", הצופן בחובו את הרעיון של התנהגות בעלת אופי קולקטיבי, משולב ומאוחד של שני אנשים או יותר, שחלקיהם – של כל אחד – במשחק מותנים זה בזה, משלימים זה את זה, ומשתזרים זה בזה, עד כדי כך שחלקו של האחד בהתנהגות הכוללת הוא חלקם של הנותרים, וחלקיהם של אלה הם חלקו של כל אחד בנפרד; כתוצאה מכך, ההתנהגות הכוללת היא גם התנהגותו הפרטית של כל מעורב במשחק. הרכיב ההתנהגותי שבכל "משחק מסוכן" מתחיל בהסכמה של כל אחד מן המעורבים ליטול חלק במשחק. מתן הסכמה על ידי האחד מתמזג עם קבלת ההסכמה מצד חברו, וזה הביטוי ההתנהגותי התחילי של המימוש בהמשך של ההתנהגות הקולקטיבית והמאוחדת. אף בהיעדר הדדיות לענין כנות ההסכמה, די בנתינתה הכוזבת על-ידי האחד, המניכה קבלת הסכמה כנה מצד חברו, היוצא מן ההנחה שיש לו "פרטנר" למשחק, כדי לשלב את גותנה ב"משחק מסוכן"; כי

ההמשך הוא פועל יוצא מהתחלה זו, ולא צריכה להיות בהכרח, כאמור, גם הסכמה כנה. ראוי לרשום כי כל אימת שדנים ברכיב ההתנהגותי שב"משחק מסוכן", ההתייחסות לעיל ל"נתינה" ול"קבלה" היא כאל נתונים שבעובדה גרידא, אם כי המושא של ביטויי התנהגות אלה מצוי במישור המנטאלי.

נמצאנו למדים כי, למעשה, כל אחד משלושת הרימונים, שנזרקו במסגרת האירוע הראשון, נזרקו על ידי כל אחד מן החיילים שקיימו את המשחק הקטלני, ללא זקיפה כלשהי של כל דימון בנפרד לחשבוננו של מי שזרק אותו באופן פיסי. התנהגותו של כל מעורב אינה אלא השלמה להתנהגות חבריו במסגרת התנהגותם הקולקטיבית, המתואמת והמאוחדת, הבלתי ניתנת לפיצול מבחינה אובייקטיבית-עובדתית. למעשה, כל אחד מן המעורבים פעל כזרוע הארוכה של חבריו, וכולם פעלו כזרועו של כל אחד מהם. התחשבות מפוצלת בחלקו של כל מעורב שוללת ממנו ומן השלם כל משמעות כאירוע אחד, יחיד ומגובש, מן הבחינה העובדתית.

אולי למותר אף להזכיר כי ההתנהגות האמורה, על כל חוליותיה וחלקיה הפרטיים, בהיותה אקטיבית, לא היתה זקוקה לחובה כלשהי לפי דין נוסף, להימנע ממנה לשם הכשרתה לגורם יוצר עבירה של המתת אדם; שהרי, מקום שסוג נתון של עבירה אינו מותנה ברכיב התנהגותי מוגדר באורח ספציפי בהגדרתו הנורמטיבית, כל התנהגות אקטיבית כשרה לשמש בו רכיב כאמור, ולכן, כאמור, אין כל צורך בצו "לא תעשה", נוסף על איסור העשייה הכלול באותה הגדרה. לענין התהוות העבירה⁶; כמובן, מבלי לגרוע מנחיצות מילויין של כל הדרישות הנתרות לשם כך. זאת ועוד; אמנם, באירוע הראשון היתה התנהגות החיילים, כשהיא לעצמה, "התנהגות אסורה" מכוח סעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955⁷, שבו מוגדר "שימוש בלתי חוקי בנשק" כעבירה פלילית; שני החיילים ששרדו בחיים אף הורשעו בעבירה זו ולא היה על כך שום ערעור. עם זאת, שתי הערכאות הצבאיות שמו דגש מיוחד על "התנהגות אסורה" גם לצורכי היווצרות העבירה האחרת של המתת אדם שיוחסה להם; כאילו לולא היות ההתנהגות "אסורה" בנפרד, לא היה ניתן להאשימם גם בעבירה זו. אבל, כבר הובהר לעיל, שאם הרכיב ההתנהגותי שהעבירה מותנית בו אינו מוגדר באורח ספציפי בהגדרת העבירה, והוא גם מתבטא בעשייה, אין צורך באיסור כלשהו, נוסף ונפרד, כדי להכשיר את העשייה, כמות שהיא, לגורם יוצר את העבירה; כמובן, שוב כאמור, בהתקיים כל הנתונים הנתורים שבהם מותנית התהוותה.

6 בהיעדר תיאור ספציפי של הרכיב ההתנהגותי בהגדרת העבירה, רק צורתו הפאסיבית טעונה חובה נפרדת לפי דין "לפעול"; צורתו האקטיבית אסורה באורח בלתי-מוגבל בהגדרה עצמה.

7 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

הבהרה זו, עליה עמדנו גם קודם לכן, איננה סתם עיונית; היא גם חסייע לנו להעמיד במתכונת העניינית המדויקת, והמינוחית הראויה את הבדיקה של שאלת הזיקה הסיבתית של הרכיב התוצאתי לרכיב ההתנהגותי של עבירת ההמתה שבה הורשעו שני החיילים.

3. הזיקה הסיבתית

האמור לעיל לגבי האופי המורכב, המאוחד והסולידרי של הרכיב ההתנהגותי שב"משחק מסוכן", מוביל אפוא לראיית רכיב זה, על כל היקפו, כהתנהגותו של כל אחד מן המעורבים במשחק. ראשית לכול, "התנהגות" כתרומה גופנית, הכרחית מבחינה מהותית, של בן-אנוש – אפילו כשהיא מחדלית אך בליווי חובה לפי דין לפעול – לשם גיבוש עבירה פלילית; שנית, "התנהגות", כיחידה הרלוואנטית לכך, ולא הרימון, מסלולו או רסיסו, או הנקודה שבה פגע הרסיס בגוף הקורבן, או האיבר שנפגע וחומרת הפגיעה. גם בהם יש ערך סיבתי באשר להתרחשות התוצאה הקטלנית, אך בתחום החימוש, הבליסטיקה או הרפואה בלבד, אם כי יש בגורמים אלה, או באחדים מהם, גם כדי לקבוע את הטיב הפיזי האובייקטיבי של אותה ההתנהגות, טיב שהכשיר אותה, מעשית, לשמש רכיב היסוד העובדתי של עבירת ההמתה. במסגרת שורות אלה, ראוי לקצר ולומר רק כי, בשרשרת הסיבתית שחולייתה הרלוואנטית האחרונה היא התרחשות העלולה לשמש רכיב תוצאתי של עבירה פלילית, בדיקת הזיקה הסיבתית של התרחשות כאמור לחוליות הקודמות לה בשרשרת, מחייבת איתור של אותן חוליות המגלמות התנהגות בני-אנוש בלבד. אין זה ענין של זיקה סיבתית משפטית מזה וזיקה סיבתית פיסית מזה. לכל הגורמים המודגמים לעיל יתכן שיהיה קשר סיבתי עם התוצאה האסורה; קשרם זה הינו אקוויבאלנטי – שווה-ערך – מבחינה אובייקטיבית, שהרי כולם הם במעמד של *causa sine qua non*; ואם קשר כזה נעדר, גורל החוליה להישמט מן השרשרת. ואשר לחוליות הראויות להתחשבות, הרי, לענין עבירה פלילית הן כאמור רק החוליות המתבטאות בהתנהגות בני-אנוש.

בית-הדין הצבאי המחוזי, שדן בענין כערכאה ראשונה, סבר כי "אין המבחן של התנאי-בלעדיו-אין (*causa sine qua non*) המבחן היחידי לבחינת הקשר הסיבתי"; ובית-דין זה טעה בכך טעות בסיסית. אמנם, אין במבחן זה אלא כדי לזהות את הגורמים בעלי הערך הסיבתי, שהם רלוואנטיים להתהוות עבירה פלילית, אך כדי לאתרם, אין מקום להמציא מבחנים אחרים במקומו, פשוט משום שתהליכי הבדיקה של הסיבתיות מזה ושל ייחוס העבירה מזה, הם תהליכים רציפים ונפרדים. תהליך קביעת הסיבתיות מקדים את תהליך ייחוס העבירה ומתנה אותה. לכן, רק לאחר זיהוי הגורמים בעלי הערך הסיבתי לתוצאה אסורה נתונה, יש לאתר, בתוך

הגורמים הללו, את אלה המתבטאים בהתנהגות בני-אנוש ולבחור, הפעם מבין אלה בלבד, את הגורם, או את הגורמים, שהולמים את תיאור הרכיב ההתנהגותי בהגדרת העבירה הנדונה, ושמצטרפים אליו הנתונים הנותרים, שבהם היא מותנית בהגדרה זו מבחינת כל יסודות העבירה; רק אז מגיעים לסוף הדרך⁸.

צדקה אפוא בתכלית הצדק ערכאת הערעור הצבאית, כאשר קבעה כי אין כאן ענין של זיקה סיבתית של התוצאה הקטלנית, לא לרימון ולא לרסיסי הרימון, אלא להתנהגות בני-אנוש שהביאה לתוצאה זו; ואילו לענין זה פעלו כל שלושת החיילים "כגוף אחד". מכאן, גם הזיקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית להתנהגות גלובלית זו של כל המעורבים במטווח, כהתנהגותו של כל אחד מן החיילים בנפרד, שסיכמו ביניהם לערוך את המטווח וקיימו אותו; זאת, ללא הבחנה לפי זהותו של זורק הרימון שמרסיסו, עקב התפרצותו, נפגע הקורבן המנוח. אין זו פיקציה כלל וכלל, כי במעורבותם של כל שלושת החיילים במשחק פעל כל אחד מהם בהמשך לסיכום עם חבריו וכהשלמה לפועלם, לפי כללי המשחק. ודרך אגב, מדוע אין שואלים הכיצד זה שאותה פגיעה, אחת ויחידה, שנגרמה במסגרת אותו אירוע אחד ויחיד, יכולה לשמש גם רכיב תוצאתי בכמה עבירות נפרדות?

ראוי להבהיר כי כל האמור לעיל מתייחס ליסוד העובדתי בלבד שבאירוע, הנדרש להתהוותה של עבירת ההמתה שבה הואשמו החיילים, דהיינו, להתנהגותם הדלואנטית על טיבה הקולקטיבי, לתוצאה הקטלנית שנגרמה ולזיקה הסיבתית של תוצאה זו לאותה התנהגות.

ג. היסוד הנפשי שבאירוע הראשון

אשר ליסוד הנפשי הטמון באירוע העברייני הראשון, בהרשיעו גם את הנאשם שזוכה במערכה הראשונה, בעבירה של המתת אדם לפי סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי, 1936⁹ (כיום סעיף 304 לחוק העונשין, התשל"ז-1977¹⁰), הכריז בכך בית-הדין הצבאי לערעורים כי התוצאה הקטלנית שבה מותנית העבירה, נגרמה ברשלנות; כלומר, כי, עובר למעשה ובשעתו, כל אחד מן הנאשמים פעל מתוך חוסר מודעות לאפשרות שנפשו הוא או של חבריו תקופחנה, על-אף שתוצאה זו היתה בגדר ציפיות סבירה; והרי בדיוק בכך נעוצה רשלנותו לאירוע האסון. ראוי לציין כי, בקבלו את הערעור של התובע הצבאי הראשי על זיכוי של אחד

8 ראה שי"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 746-748.

9 פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס"א 652, עמ' 263.

10 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח תשל"ז, 226.

הנאשמים, ביססו בית־הדין הצבאי לערעורים את הרשעת המשיב על התיזה שהוא פעל במעמד של מסייע, ש"עודד" את המבצע העיקרי, חברו שנשאר אף הוא בחיים, לבצע את העבירה, "על־ידי כך שהמשיב ספר 'שתיים, שלוש' וקרא 'זרוק'". ניתן להעיר על כך שכל שלושת המעורבים במשחק, כולל הקורבן, עשו באותה עת בדיוק אותו דבר וזרקו את הרימונים שבידיהם, כך שכלל לא ברור על מה מושתתת ההבחנה האמורה בין התפקידים – אחד "מבצע" והאחר "מסייע" – של שני המעורבים שנותרו בחיים. אבל לא זו השאלה הבסיסית.

נדמה, כי לא היה כאן כל מקום להידרש לכללי השותפות, לא הישירה במעמד "מבצעים בצוותא", ולא העקיפה במעמד של "מסייע" או של "משדל". צורות השותפות לדבר עבירה מתיישבות, כולן, רק עם עבירות של מחשבה פלילית, המותנית, כידוע, במודעות בפועל ב־*animus* של כל השותפים¹¹, כולל מסייע, גם לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית, נוסף על המודעות לטיב המשותף והמשולב של ההתנהגות המסוכנת. מבחינה מנטאלית, היה זה ענין של ביצוע עיקרי אינדיבידואלי מטעם כל אחד מן המעורבים באירוע, באשר הוא, למרות המסגרת ההתנהגותית המאוחדת והמשותפת באירוע, ועל אף התוצאה הקטלנית היחידה שנגרמה בה¹². תיזה זו מחויבת הפרופוזיציה הכללית, שלפיה בתחום עבירות הרשלנות אין מקום לשותפות לדבר עבירה, כשם שאין שותפות מתוך רשלנות לעבירה מתחום כלשהו אחר.

כבר נקבע בסעיף 21(א) לתיקון מס' 39 לחוק העונשין:

רשלנות 21. (א) רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד:

(1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;

הגדרה זו – מלבד מבחן הרשלנות, שעניינו בגישה – היא, פשוטו כמשמעו, פרי השתקפות של מציאות הדברים. די אם הלך־הנפש לגבי אחד ממרכיבי היסוד העובדתי שבעבירה יהיה של רשלנות, אך בתנאי שהלך־הנפש לגבי הרכיבים הנותרים יהיה לפחות של רשלנות. מכאן שתי מסקנות חשובות – אם הלך־הנפש לגבי אך אחד מן המרכיבים הנותרים היתה של שגגה, כל האירוע יוצא מתחום

11 ראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, תשמ"ז) 289-293.

12 ראה שם, בעמ' 457 ואילך.

התופעה העבריינית. והמסקנה האחרת, הרלוואנטית לעניינינו, האירוע נשאר בתחום עבירות-הרשלנות, אף אם הלך-הנפש כלפי כל הרכיבים הנותרים היה של מודעות בפועל להם.

ועתה נחזור לנתוני האירוע הראשון, כדי לראות ולהראות באיזו מידה פשוטה והתחברות של רשלנות לגבי התוצאה הקטלנית, של כל חייל, בנפרד, מן המעורבים באירוע, עם הלך-נפשו בכל הנוגע לרכיב ההתנהגותי שבאותו אירוע. ראשית כול, אפילו נתייחס – וודאי מתוך נמהרות – לרכיב ההתנהגותי גרידא, כתמורה גופנית של המעורבים מתוך מודעות בפועל לאופיה הקולקטיבי והמאוחד, עדיין נשאר האירוע בתחום התופעות הרשלניות, בשל המודעות בכוח בלבד כלפי התוצאה הקטלנית שנגרמה בה. אבל נתוני הבחינה טעונים השלמה. כי המודעות, בפועל או בכוח, בנוגע לרכיב ההתנהגותי, צריכה להיות, הלכה למעשה, לטיב ההתנהגות – מכאן גם לשון החוק – טיב המכשיר אותה לשמש גורם יוצר את העבירה. אם כך הדבר, ואם ההנחה היא שהחיילים לא צפו מראש את האפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית, הרי עולה מכך, מניה-זכיה, כי גם מודעותם לטיב התנהגותם, מבחינה זו כמובן, היתה בכוח בלבד. המסקנה המתחייבת היא, אפוא, כי הם התרשלו גם בנוגע לרכיב ההתנהגותי. אולם, בכל מקרה, האירוע נשאר, כאמור, בתחום עבירות הרשלנות, ולו אף מכוח הלך-הנפש הרשלני כלפי אפשרות הגרימה של התוצאה הקטלנית בלבד.

במישור אחר, אי-מודעותו של אדם לרכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, ולו אף לאחד מהם בלבד – במקרה דנן, הרכיב התוצאתי – חוסמת את הקומוניקציה ההכרתית האופיינית לשותפות וההכרחית לגיבושה, של כל אחד מן המעורבים באותו אירוע עם חבריו הנותרים. יחד עם זאת, היא, אי-המודעות, משאירה את כל אחד מהם בנפרד, קשור לרכיבים הנותרים של היסוד העובדתי שבעבירה, כולל הרכיב ההתנהגותי האחד והמאוחד על כל היקפו. כך מתבצעת ההתחברות האינדיבידואלית בין יסודות העבירה, לגבי כל מעורב בנפרד, כאשר היסוד הנפשי הוא של רשלנות והרכיב ההתנהגותי הוא רכיב-מעורבים, אך מאוחד.

הבְּלִיּוֹת המנטאלית של הרשלנות שוללת כל שמץ של שותפות לדבר עבירה בין המעורבים לאירוע, למרות היות הרכיב ההתנהגותי משותף. עם זאת, מקנה הרשלנות מעמד עצמאי לכל מכלול אינדיבידואלי כאמור, מנטאלי-עובדתי, שבו מתבטאת תרומתו של כל אחד מן המעורבים, השזורה עם תרומותיהם של הנותרים; כל אחד ועברתו של רשלנות. ההצמדה של אותו רכיב התנהגותי רכיב-מעורבים לכל אחד מהם היא רק טבעית, כי ההתנהגות היתה קולקטיבית, והיתה בעת ובעונה אחת כולה, גם של כל אחד. רק יסוד נפשי של מחשבה פלילית פותח אפשרות לשיתוף פעולה.

בענין זה, היינו יכולים להסתפק בשני משפטים מסכמים מתוך פסק-דינו של

השופט א' גולדברג בע"פ 4188/93 רע"פ 5235/93 לוי ואח' נ' מ"י (מתאריך 12.3.1995 ; טרם פורסם), שזו לשונם של שני המשפטים:

העולה מן המקובץ, שאם התוצאה האסורה נגרמה ברשלנות אין לדיני השותפות לפי סעיף 26 דריסת רגל בשאלת אחריות המעורבים לתוצאה שהתרחשה, ולכך הסכימה באת-כוחה המלומדת של המדינה, עו"ד בן-אור (הקטע האחרון שבסעיף 12 לפסק-הדין).

העולה מן המקובץ, כי התנהגותו של כל אחד מן המערערים מהווה עבירה עצמאית ומושלמת של גרם מוות ברשלנות (הקטע האחרון שבסעיף 21 לפסק הדין).

משפטים כדרכונות!

מסקנתנו לגבי האירוע הראשון היא אפוא, שבית-הדין הצבאי לערעורים, בהרשיעו גם את ג' בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, הגם שהקורבן נפגע מרסיסי רימון שלא הוא זרק, התייחס כהלכה למהות המאוחדת והקולקטיבית של הרכיב ההתנהגותי שב"משחק מסוכן", ודחה את הגישה הפרטנית לשאלת הזיקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית להתנהגותו, כאמור, הגורסת פיצולה לחלקים נפרדים, צמודים לכל מעורב כמשחק. עם זאת, נראה לנו שראוי לחזור ולציין כי גישת בית-הדין לענין החלתם של כללי השותפות בתחום עבירות הרשלנות צופנת בחובה את הדבר והיפוכו, למרות הרכיב ההתנהגותי המשותף, המאוחד והקולקטיבי של כל המעורבים במשחק; שכן, כאמור, ה"רשלנות", כיסוד נפשי, היא מבודדת, פרסונאלית ומסוגרת של כל אחד מהם בנפרד, ואי-המודעות האופיינית שלה אינה מתישבת עם שותפות כלשהי, אף אם האירוע, על ההיבט ההתנהגותי, היה משותף.

ד. האירוע השני

1. כללי

הניתוח דלעיל, הנוגע בעיקר לאירוע הראשון, עשוי לשמש לנו מורה-דרך לניתוח מקביל של אירוע מן הסוג של "רולטה רוסית", ששימש מושא של דיון מקיף בבית-המשפט העליון, כאמור בע"פ 119/93, לאחר שהנאשם הורשע בגרימת מוות ברשלנות של חברו למשחק מסוכן זה; זאת לפי סעיף 304 לחוק העונשין. נדמה לנו כי מתבקשת, תחילה, הדגשת שתי נקודות קרדינליות המאפיינות את האירוע השני, בפרט, וכל אירוע מסוג "רולטה רוסית", בכלל: הנקודה הראשונה – הנתונים

המלאים של הרכיב ההתנהגותי תוך התייחסות, בעיקר, לנתונים הקונקרטיים של האירוע השני; הנקודה האחרת – המהות האינהרנטית של היסוד הנפשי הטמון באירוע זה, ובכלל באירוע מסוג "רולטה רוסית".

2. הרכיב ההתנהגותי שבאירוע השני

נתייחס לנקודה זו, תוך היצמדות לממצאי בית-המשפט. האירוע התרחש בבית משפחתו של המנוח, כאשר הוריו נעדרו מהבית והתכנסו שם כמה צעירים, ידידים שלו, כולל המערער. בשלב מסוים הועלה הרעיון של משחק "רולטה רוסית", והמנוח הביא מחדר אחר את אקדחו של אביו. כל הנוכחים, מלבד המערער, ביקשו מהמנוח להחזיר את האקדח למקומו וחלקם אף צעקו שיפסיק עם "הענין המסוכן". אולם, לאחר שהמנוח ירה ירייה אחת מבעד לחלון, קיבל המערער את האקדח לידו והוציא מן התוף את כל הכדורים פרט לאחד. משום שלא הצליח לסובב את התוף, עשה זאת המנוח במקומו. אגב כך הסביר המערער למנוח כי החיזוי לפליטת כדור בירייה הראשונה הוא בגרר "סבירות גמוכה" – 1:6; ובהמשך, כרבירי בית-המשפט העליון: "לאחר שהמערער ביצע את תפקידו במשחק, לקח המנוח את האקדח, משמע: רצה למלא גם את 'תפקידו' שלו במשחק ואכן כך עשה"¹³. והתוצאה ידועה – היה ירי קטלני של כדור. מנתונים אלה מתחייבות הקביעות הבאות:

האחת, שהרכיב ההתנהגותי שבאירוע עברייני זה – ככלל משחק מסוכן, כולל זה של "רולטה רוסית" – מהווה מקשה אחת, על כל תרומותיהם ההתנהגותיות, המותגות זו בזו והמשתלכות זו בזו, של כל המעורבים במשחק, החל מן הסיכום הקולקטיבי, המשותף, לקיים את המשחק, וכלה בצעד האחרון של הירייה הקטלנית, הנושא אף הוא חותם קולקטיבי, שסוגר את המהלך ההתנהגותי. כל פיצול למה שעשה או לא עשה המערער ולמה שעשה או לא עשה המנוח, הוא בבחינת פירוק, השולל את משמעותן האמיתית של החוליות המפוצלות ושל השרשרת כולה המורכבת מהן. גם הירייה הקטלנית נורתה, כשעל ההדק לחצה, הלכה למעשה, מעל האצבע של המנוח, גם אצבעו של המערער.

קובע בצדק השופט ד' לויין 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

13 ע"פ 119/93, לעיל הערה 3, בפסקה 22(א) (4) שבחנות הרעת של השופט ד' לויין.

מדוע ירה את היריה שלמרבח הצער היתה קטלנית (ההדגשות, מלבד האחרונה, במקור – שז"פ)¹⁴.

עוד ניסה המערער לבודד קטע התנהגותי אשר רק לגביו ניתן לרונן שמא דבוקה בו אשמה כלשהי של המערער – אותו קטע המתבטא "בעצם ההסכמה לקחת את האקדח לידי". על כך הגיב השופט ד' לויין בקובעו:

עם כל הכבוד, לא מקובלת עלי טענה זו. יש לבדוק את מכלול הנסיבות ואת מכלול המעשים באותו ערב החל מהדיבורים על רולטה רוסיית, הכנת הכלים למשחק, דיבורו של המערער על סיכוי קלוש של פליטת ירייה בפעם הראשונה... (ההדגשה במקור – שז"פ)¹⁵.

כלומר, "מכלול" שאינו סובל פירוק, החל עם הבשלת הרעיון המשותף לקיים את המשחק וכלה בלחיצה על הדק האקדח. זהו הרכיב ההתנהגותי של האירוע. ואשר לאופי הקולקטיבי והמאוחד של רכיב זה, הוא הודגש בהקשרים רבים בפסק הדין. לדוגמא, אומר השופט ד' לויין:

...לגבי דידי אין זה משנה באם לקח המנוח את האקדח או אם קיבל אותו מיד המערער. שהרי העיקר הוא ב"שותפות" של שניהם במשחק, הכנת המשחק, הכנת הכלים, ביצוע תורו של המערער ואח"כ ביצוע תורו של המנוח. השאלה כיצד הגיע האקדח לידי המנוח היא שולית ומסיטה את הדעת...¹⁶.

נוסף על כך, הכרחי לציין כי מבחינת צורתו – האקטיבית או הפאסיבית – של הרכיב ההתנהגותי של האירוע העברייני המדובר, קבע וחזר וקבע מפורשות בית-המשפט העליון כי צורה זו היתה אקטיבית מובהקת. השופט ד' לויין ראה את המערער כנושא באחריות על ההתפתחות הטרגית של הדברים:

בכך שהשתתף במשחק בצורה אקטיבית תוך כדי הסברים מפורטים, תוך כדי מתן הרגשה של "סמוך עלי, יהיה בסדר" במוחו של הנער הצעיר... (ההדגשה הוספה – שז"פ)¹⁷.

ובמקום אחר, תוך כדי הבחנה בין התנערות שאר הנוכחים מן האמור להתפתח, לבין יחסו לכך של המערער, קבע השופט ד' לויין כי:

14 שם, בפסקה 23.

15 שם, בפסקה 27.

16 שם, שם.

17 שם, בפסקה 22.

...המערער "הגדיל לעשות", ולא רק ששיתף פעולה על-ידי נוכחות ושתיקה, אלא נטל חלק אקטיבי מיוזמתו במשחק, כפי שצייגתי לעיל: עזר בהכנת כלי המשחק, נתן הסברים, ואף היה הראשון שבמבצע את "תפקידו" (ההדגשה הוספה – שז"פ)¹⁸.

ובמקום נוסף, מתוך אחדים אחרים, קבע בקיצור נמרץ כי:

לולא השתתפותו הפעילה של המערער בסיטואציה לא היה למנוח עם מי לשחק, שהרי כל שאר הנוכחים צעקו לו להפסיק (ההדגשה במקור – שז"פ)¹⁹.

ואחרונה הקביעה, הקצרה אך הקולעת, של השופט ג' בך, בחוות-דעתו המרוכזת והנקייה מדיונים מיותרים בהיבטים המחדליים של האירוע:

...במקרה דנן, [בן] מבוססת אשמתו של המערער על פעולתו האקטיבית בענין הפרשה הנדונה... (ההדגשה הוספה – שז"פ)²⁰.

אך על כך נחזור בהמשך, ובשלב זה חשוב לסכם כי הרכיב ההתנהגותי של האירוע היה אחד, קולקטיבי, מורכב ומשולב מתרומותיהם של המערער והמנוח כאחד, מתחילתו ועד סופו, ללא מקום כלשהו להפרדה בין תרומותיהם של כל אחד מהם; תרומתו של האחד היתה של השניים, ותרומותיהם של השניים ביחד היו של כל אחד; במשחק מסוכן, פועלים המעורבים כגוף אחד. ועוד חשוב לזכור את הקביעה כי צורתו של הרכיב ההתנהגותי במשחק מסוג "רולטה רוסית", ככלל משחק מסוכן, היא אקטיבית וכי כל היבט מחדלי שבהתנהגות הכוללת נבלע באופיה האקטיבי, המתחיל בהתקשרות התחילית בין המעורבים והמסתיים באקט הפיסי של גרימת האסון.

כתוצאה משתי הנחות היסוד המוסכמות דלעיל – האחת הנוגעת למהות הקולקטיבית של הרכיב ההתנהגותי שבמשחק "רולטה רוסית", והאחרת הנוגעת לצורה האקטיבית של רכיב זה, אין לנו מנוס מלהציג שאלות מספר בשולי חוות-דעתו של השופט ד' לויך בע"פ 119/93.

מה חייב את הדיון הנרחב לאור תנאי ההיווצרות של "עוללת הרשלנות האזרחית"? הרי ההתנהגות שהובילה לתוצאה הקטלנית יוחסה, לכל הדעות, גם למערער, והיא, התנהגות זו, היתה אקטיבית בצורתה, ובכך נתמלאו כל התנאים העובדתיים – על היסוד הנפשי הטמון בהתנהגות האמורה נעמוד בהמשך –

18 שם, בפסקה 27.

19 שם, בפסקה 33.

20 הסעיף האחרון לחוות-דעתו של השופט ג' בך. גם השופט ד' דורגר סברה כך.

לשם התהוות עבירה של המתת אדם. האם, במישור העובדתי, נדרשת נוסף על הצורה האקטיבית של ההתנהגות גם "חובת זהירות" לפי דין אחר כלשהו, נפרד ומקביל? מה היה הטעם להיכנס אף להבחנה בין "חובת זהירות" מושגית לבין "חובת זהירות" קונקרטיית? כאשר קובעים, כדבר מובן מאליו, כי צורת הרכיב ההתנהגותי היתה אקטיבית, בעשייה, מה הטעם עוד לקיים דיון מיוחד בהתרשלות "במעשה" ובהתרשלות "במחדל" ולגלוש בהמשך לסוגיה של "חובת הצלה כללית"? חובת הצלה – כלומר עשייה – מפני מה, או מפני מי, כאשר מדובר בחובת הימנעות מעשייה? והדיון על הקשר הסיבתי בין התנהגותו של המערער – שהיא גם התנהגותו של המנוח וההיפך – מתחילת התקשורתם לקיים את משחקם ועד לסיומה עם הפגיעה הקטלנית בשני, לבין מותו; דיון מיותר לאחר הקביעה של אופיה הקולקטיבי של ההתנהגות האמורה על כל קטעיה; ודיון מוטעה בשל הבלבול בין מבחן הסיבתיות שהוא זה של *causa sine qua non*, לבין מבחן האשמה שהוא זה של הצפיות, "בפועל" לענין המחשבה הפלילית או "בכוח" לענין הרשלנות. לא היינו מצטרפים גם לגישה בנושא של "ניתוק" הקשר הסיבתי; כי הזיקה הסיבתית של תוצאה, שכבר נגרמה, להתנהגות נתונה שקדמה לה, היא קשר קיים בעולם המעשה, סגור וחתום; הוא מיצה את עצמו ואינו עוד נתון לגיתוק כלשהו; ואם חסר קשר כאמור, אין מה שיינתק. גם ההבחנה בין קשר סיבתי "עובדתי" לבין קשר סיבתי "משפטי" אינה, לדעתנו, נקיה מספקות; כי הזיקה הסיבתית בין "תופעת-גורם" לבין "תופעת-תוצאה" ענינה בעולם היסוד העובדתי, משום שהזיקה מתקיימת ללא תלות אם ובאיזו מידה מודעים לה; ואילו מה שרוצים לכנות קשר סיבתי "משפטי", ענינו, לפי מבחן ההבחנה, בעולם היסוד הנפשי שבו מותנית העבירה, ואין לערב בין הדברים; הרי ברור שתחילה חוקרים וקובעים את היסוד העובדתי, על כל רכיביו, בו מותנית העבירה, ולאחר מכן בודקים אם הם מלווים היסוד הנפשי הנדרש להתהוותה. אך אין זה הופך צד עובדתי על מבחניו, להיבט נפשי על מבחניו, וגם לא להיפך. זאת, למרות הציטוטים שהובאו בתווית-הדעת כדי לתמוך בהבחנות המדומות.

אשר לנו, מכל החלק הארי של חוות-הדעת של השופט ד' לוי, הדן כיסוד העובדתי שבאירוע העברייני השני, היינו מסתפקים כפסקה התמציתית הבאה:

לולא השתתפותו הפעילה של המערער בסיטואציה, לא היה למנוח עם מי לשחק, שהרי כל שאר הנוכחים צעקו לו להפסיק. אילו לא היה למנוח את אותו "פרטנר" שותף למשחק עם מי היה משחק? ברור הוא שמבחינה עובדתית, התנהגותו של המערער נמצאת על

הקו הנמתח בין כל אותן סיבות שבסופו של דבר הביאו לתוצאה הקטלנית (ההדגשה במקור – שז"פ)²¹.

בפסקה זו מצויים כל רכיבי היסוד העובדתי – התוצאה הקטלנית, ההתנהגות האקטיבית של המערער, המהווה גוף אחר עם התנהגותו של המנח, והזיקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית להתנהגות האמורה. זהו בקיצור כל המבנה העובדתי של העבירה המיוחסת למערער. כמובן, כמה משפטים נוספים, הכוללים ירידה תמציתית לפרטים, היו משלימים את התמונה ומבססים את המסקנות; אך לא מעבר לכך. כפי שראינו, זו היתה גם הדרך שנקט השופט ג' בך בחוות-דעתו; וגישתה של השופטת ד' דורנר היתה תמציתית עוד יותר, למרות הפתיחה הבלתי-מסויגת לכאורה – "אני מסכימה לפסק-דינו של חברי, השופט דב לויין" – שבכמה השורות שהוסיפה; כאילו די היה בהן בלבד כדי לנמק את פסק-הדין. עד כאן, פחות או יותר, התמיהות לענין הדיונים ביסוד העובדתי שבאידוע עבריני מסוג משחק מסוכן, כולל "רולטה רוסי".

3. היסוד הנפשי שבאירוע השני

הדברים נראים כבר יותר ספציפיים כאשר מדובר במשחק מסוכן מסוג "רולטה רוסי".

הנאשם בע"פ 119/93 הואשם בעבירה של המתת אדם ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כל שלוש הערכאות, שדנו בפרשה זו, סמכו את ידיהן על סיווג נורמטיבי זה של העבירה בכתב האישום. ייתכן כי מכוח הכלל שלפיו אין להחמיר את דינו של אדם בערעורו הוא – *non reformatio in pejus* – לא היו מוכנות ערכאות הערעור להרע את מצבו של המערער, ולו אף מכחינת ההגדרה הנורמטיבית בלבד של העבירה. אבל, היינו מצפים לנימוק זה רק לאחר ניתוח ברור וחד-משמעי של היסוד הנפשי האמיתי, הטמון באירוע מסוג "רולטה רוסי". האומנם נגרמת התוצאה הקטלנית במסגרת אירוע כזה ב"רשלנות", או שמא ב"מחשבה פלילית", המוציאה דווקא את ההמתה מגדר סעיף 304 האמור ומכניסה אותה לגדר המתה חמורה יותר – הריגה או אולי אף "רצח"? השופט ד' לויין לא התעלם מן השאלה ואף קובע כי ה"רשלנות", וה"מחשבה הפלילית", כצורות של יסוד נפשי שבהן עשויות להיות מותנות עבירות פליליות, הן מושגים השוללים זה את זה. מחשבה פלילית מתבטאת כמודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, בעוד שרשלנות פירושה אי-מודעות לחלק מהם או לכולם, כאשר היתה

21 פסקה 33 לחוות-דעתו של השופט ד' לויין.

קיימת יכולת סבירה להיות מודע²². במקומות אחדים קבע השופט כי המעורב במשחק מודע "ליצרו הסופי של המשחק"²³; מצויה גם התבטאות יותר ספציפית כתשובה לשאלה הריטורית של השופט לשאלה "האם היה על המערער לצפות את העומד להתרחש"? והרי תשובתו ממש בהמשך לשאלה:

סבורני כפי שכבר ציינתי בדוני בשאלת חובת הזהירות שאכן צריך גם צריך היה לצפות. מעבר לכך, סבורני שלא רק צריך היה לצפות אלא גם צפה בפועל את התוצאה הקטלנית (ההדגשה הוספה – שד"פ)²⁴.

נשאלה השאלה, מהי המשמעות של הצירוף "מעבר לכך" שכהתבטאות רלעיל של השופט ד' לוי? האם "צפייה בפועל" של הנולד, פירושה – בקונטקסט הפלילי שבו קייים הדיון – עדיין הישארות בגדר "רשלנות", אם כי חמורה מן הרגילה? או שמא, עם "הצפייה בפועל", להבדיל מן "הצפייה בכוח", חוצים גבול ומתנחלים כבר בתחום ה"מחשבה הפלילית", השוללת את ה"רשלנות"? נדמה לנו שקשה לחלוק על כך שהצפייה מראש של אפשרות התפתחותם של הדברים, כפי שאכן התפתחו, היא בדיוק ההגדרה של "מחשבה פלילית".

ואולם, למרות הנחות היסוד שמהן יצא השופט, הוא נטש אותן וערך את ניתוח האירוע, כאילו יש בו עבירה של גרימת מוות ברשלנות, והכול מתוך ההנחה, המוטעת לדעתנו²⁵, לפיה:

...יסודות עבירת גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין חופפים למעשה לאלה של עוולת הרשלנות במישור האזרחי כפי שהם באים לידי ביטוי בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]²⁶.

ועל סמך הנחה זו בנויה כל חוות-הדעת של השופט. ראוי לציין כי גם השופט ג' כך חתם את חוות-דעתו בהנחה שמדובר בפרשה "שהיתה בה משום רשלנות"²⁷.

22 שם, פסקה 7.

23 שם, פסקה 14.

24 שם, פסקה 36.

25 ראה דיון מיוחד ומקיף בסוגיה זו: ש"ז פלר "הקורלציה – אם בכלל – שבין 'עוולת הרשלנות האזרחית' לבין מושג ה'רשלנות' בתחום הפלילי" הפרקליט – ספר היובל (תשנ"ד) 53.

26 חוות-דעתו של השופט לוי, פסקה 7, פסקה שנייה.

27 סוף פסקה 2 מחוות-דעתו של השופט ג' בך.

גם השופט דורנר, בהערה הקצרה שהוסיפה, סברה כי "היה על המערער לצפות את התוצאה הקטלנית", כלומר, "רשלנות" בלבד. האומנם כך?

הרי לבי-לבו של המשחק "רולטה רוסית", הוא התמודדות של כל אחד מן המעורבים עם האומץ לשלוח יד בנפשו ולגרום לכך שגם חברו יעמוד בהתמודדות זאת. כל אחד מודע אפוא באופן מובהק לטיב המסוכן לחיי אדם של ההתנהגות הקולקטיבית הזאת, מתחילת המשחק ועד לסיומו, להיותו מעורב יחד עם חבריו בהתנהגות זו, ולאפשרות של נפילת חלל מתוכם כתוצאה ממנה. כלומר, מבחינת היסוד הנפשי הטמון במשחק, כל סימנייה-היכר, במישור היחס ההכרחי, של מחשבה פלילית – מודעות לטיב ההתנהגות, לקיום הנסיבות הרלוואנטיות ולאפשרות של גרימת התוצאה המזיקה העשויה לצמוח מכך.

היכן כאן ה"רשלנות" המצטיינת דווקא בחוסר מודעות כאמור? והאם, במקרה של תוצאה קטלנית, ניתן לדבר כאן על גרימת מוות ברשלנות? וודאי שלא! ומשום שמדובר בעבירה תוצאתית שנעברה במחשבה פלילית, מן הדין לשאול בהמשך, מהי שלוחת המחשבה הפלילית הגלומה בעבירה כפונקציה, הפעם של היחס במישור הרצוני לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית? ידוע כי השלוחות הבסיסיות של המחשבה הפלילית, ככל הנוגע לעבירה תוצאתית, הן שלוש – קלות דעת, אדישות וכוונה.

הנטייה הראשונית היתה לטווג את המחשבה הפלילית בנדון כ"קלות דעת"; כי בסופו של חשבון מדובר במשחק בין אנשים נמהרים, שכל אחד מהם מוכן לשים נפשו בכפו כשהמניע לכך הוא להוכיח בעיני הנותרים עד כמה הם אמיצים ואינם חוששים מכליה. ולא היא מבחינת הגדרתה של "קלות דעת" במושגיות של דיני העונשין.

ההגדרה המדויקת כבר מצויה בסעיף 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994²⁸, והרי היא:

(ב) קלות דעת – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאותה אמורות, מתוך תקווה להצליח למעגן.

יחסו הנפשי של העושה היה נופל לגדר קלות הדעת רק אם תקוותו של המערער היתה להצליח למנוע – הוא עצמו, בדרכיו ובכליו – את התרחשות התוצאה האסורה; כלומר, תקווה המעוגנת מבחינת עובדתית, במציאות, אם כי תוחלתו

28 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ד, 348. אומנם תחילתו של חוק זה היא בתום שנה אחת מיום פרסומו ברשומות (סעיף 12 לחוק), אבל ההגדרה זכתה להקדשה נורמטיבית והעיקר הוא שהיא מדויקת.

נכזבה; אך תקווה, גם אם קיננה בלבו של המערער, אינה יכולה להיות בנויה על מקריות, מזלות או נסים.

ואם כך, הרי אשמתו של המערער עולה דרגה; ודרגת האשמה שמעל לקלות-הדעת היא "אדישות", המוגדרת באותו סעיף 20(א)(2)²⁹, כ"שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות". ייתכן שזה היה הלך נפשו של המערער בעת שהתנהג כפי שהתנהג במהלך האירוע הטראגי עד להתרחשות התוצאה הקטלנית. אך זאת רק בזכות הכלל שלפיו כל ספק הוא לטובת הנאשם – *in dubio pro reo*; שכן בדירוג שלוחותיה של המחשבה הפלילית לפי מידת חומרתן, ניצבת, יחד עם הכוונה, גם הכוונה על-תנאי השקולה לכל דבר כנגד הכוונה הרגילה, הבלתי-מותנית; ואין כל סייג שלפיו התחליף לכוונה הבלתי-מותנית מכוח הלכת ה"ציפיות", אינו בר-תחולה לענין הכוונה על-תנאי; כלומר, אם, בהתמלאות התנאי, מידת ההסתברות של אפשרות גרימת התוצאה האסורה תהיה קרובה לוודאי, המודעות להסתברות כאמור שקולה כנגד כוונה לגרום לתוצאה זו. במתכונת הקונקרטי של הפרשה שבה אנו דנים, התנאי הוא הגעת חא התוף שבו הכדור, עקב סיבובו, מול הנוקר של האקדח. במקרה כזה, מודעותו של המערער למידת הסתברות של אפשרות פגיעה קטלנית, עקב ירייה תוך הצמדת קנה האקדח על ידי המנוח לרקתו, היתה לפחות קרובה לוודאי. יושם אל לב, כי מידת ההסתברות של אפשרות התמלאות התנאי אינה מענייננו; אלא מידת ההסתברות של אפשרות הגרימה של התוצאה, עם התמלאות התנאי; כך, שאין כל רלוואנטיות ליחס המספרי שבין מספר התאים שבתוף האקדח, לבין מספר הכדורים שמשאירים בו. ועוד ראוי להוסיף כי, בשל היות העבירה מסוג העבירות של מחשבה פלילית, היא היתה ונשארת עבירה אחת רבת-משתתפים, אף אילו היו יחד עם המערער ובמעמדו מעורב או מעורבים נוספים, שטרם הגיע תורם להשתמש בנשק. זאת, משום שמחשבה פלילית מאחדת את המשתתפים, להבדיל מרשלנות המפרידה ביניהם.

4. סיכום

לאור האמור, אם אין כל ספק שהמנוח הביא על עצמו, בהתנהגותו הוא, את הכליה, אין גם מקום להסתיג מבחינה עניינית מן הזעקה כי, באותה התנהגות שהיתה משותפת, גם המערער רצה את המנוח. לפחות הריגה היתה כאן, בשל כך שהמערער היה מודע לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירתו. ודרך אגב, לא בהיסח-הדעת השתמשנו לעיל במונח "רצה"; שכן אין אנו נרתעים כלל ועיקר מהחלטה של הלכת הצפיות גם לענין "הכוונה תחילה", אם מתקיימות הדרישות להיות הכוונה "תחילה", ולא רק ספונטאנית. וכבר ניתנה גושפנקא נורמטיבית

מפורשת להלכת "הצפיות" בהוראת סעיף 20(ב) לחוק העונשין (תיקון מס' 39), הקובעת כי "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לפגוע"; ואילו הכוונה עצמה מוגדרת בסעיף 20(א)(1) לאותו חוק בזו הלשון: "כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות". כלומר, "הכוונה" ללא כל הגבלה, שיכולה להיות גם "על-הגאי", וגם "תחילה" ולא רק "ספונטאנית" ו"בלתי מותנית"; ושניהם יחד אף מכוח הלכת ה"ציפיות"³⁰. אנו מודעים להסתייגות שהביע בזמנו בית-המשפט העליון מהפעלת הלכה זו על עבירת הרצח בכוונה תחילה. עקרונית, קשה לנו להבין את ההסתייגות כאשר, עם הראייה מראש כאפשרות קרובה לוודאי, של התרחשות התוצאה המזיקה בה מותנית השלמת העבירה, היא, לכל הדעות, שקולה כנגד כוונה ספונטאנית, לא-כל-י-שכן מתחייבת ההלכה כשמדובר בכוונה-תחילה. הרי גם "הצפיות" עלולה להיות מאופינת בתהליך טרומי של גיבוש, המקנה לה את חומרת היתר ההופכת במקביל את הכוונה לכוונה תחילה. אשר לעבירה הספציפית של המתה, אם אדם חשב ושקל ולאחר שקילה החליט לבצע מעשה שתוצאתו הקטלנית היתה בעיניו קרובה לוודאי, מדוע תיראה העבירה פחות חמורה מאשר במקרה שבו היא נעברה בכוונה תחילה?

אמנם, מחד גיסא, מבחינה פרוצדורלית כאמור, לא נטו הערכאות השיפוטיות לסטות מהגדרת העבירה כ"גרימת מוות ברשלנות", כי על עבירה זו הואשם המערער במקור, ולא היתה כל יוזמה מטעם התביעה הכללית לשינוי סוג זה של האישום; אך, מאידך גיסא, גם לא היה מנוע בית-המשפט – אומנם, תוך הצבעה על רתיעה

30 ראוי להזכיר כאן כי בע"פ 552/68 אילוח ואליאס נ' מ"י, פ"ד כג(1) 737, הסתייג השופט לנדוי מהחלתה של הלכת "הציפיות" על עבירת הרצח המותנית בכוונה ספציפית, הן אם מדובר במבצע הישיר של העבירה והן אם מדובר במסייע, כשותף עקיף, לעבירה זו (בעמ' 390 בין אותיות השוליים ה-ז); זאת, תוך ראייה בהלכה זו דין הקובע "פיקציה". ראשית כל, לגוף הענין, ההלכה קובעת "שקילות" ולא "פיקציה"; שכן אם האדם מודע להתרחשות התוצאה המזיקה, שהשלמת העבירה מותנית בה, כאפשרות קרובה לוודאי, ובכל זאת גורם לה, יחס מנטאלי זה במישור ההכרתי, אינו פחות ריאלי וחמור מזה המתבטא, במישור הרצוני, כאשר האדם פועל במטרה לגרום לתוצאה זו, אף תוך מודעות לאפשרות קלושה ביותר להתרחשותה. השקילות הריאלית מזדקרת לעין ואינה כלל בגדר "פיקציה". מה גם שסעיף 20(ב) להיקון מס' 39 לחוק העונשין, קבע זאת ללא כל חריגים מבחינת חומרת העבירה, וכמובן קבע בכך דין ריאלי למדי ולא "פיקציה". שנית, ניתן למצוא בהלכה הפסוקה גם גישה שונה מזו של השופט לנדוי. השופט אגרנט (בע"פ 232/55 היוה"מ נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017) אינו שולל כלל את התחולה של הלכת הציפיות גם לגבי מסייע, ולא למותר הוא לציין כי שם דובר בעבירות רצח מובהקות; זאת, מלבד הפרט ששם דובר ב"ציפיות" לעבירה המסוימת אשר המבצע העיקרי עומד לבצעה או מבצע אותה, ולא לעבירה סתם. ראה לנושא זה: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 599-603; וכן מ' קרמניצר "כוונת המסייע – כוונת המבצע?" משפטים ג (תשל"ה) 97.

זו ועל השיקול לשמור על העונש שהוטל במקור – מלנתח את העבירה לאור המבנה האמיתי שלה; וזאת, לשם כיבוד האמת והחוק ולשם הדרכה קורקטית של המערכת השיפוטית. ואשר לניתוח המקרה לפי דפוס "עוולת הרשלנות האזרחית" הריהו ממש בלתי-הולם.

נדמה כי היו מיטיבים לעשות אילו –

נימקו את היותו של הרכיב ההתנהגותי שבאירוע, בעל אופי קולקטיבי מאוחד של כל המעורבים בו, כולל הקורבן, מתחילתו ועד לצעד הפיסי האחרון שביצעו הקורבן, וכן בעל צורה אקטיבית. ניתן היה לעשות זאת בקיצור הנמרץ והמשכנע ביותר, ללא כל התייחסות – למבנה "עוולת הרשלנות האזרחית";

הבליטו במילים ספורות כיצד עולה מתיאור ההתנהגות המשותפת כאמור, הזיקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית להתנהגות זו, הנותנת ביטוי, על כל קטעיה, להתנהגותו של כל מעורב במשחק;

ניתחו את הצד הנפשי האמיתי, הטמון באירוע הקולקטיבי האמור, וצרפו אותו לרכיבי הצד העובדתי שבו, וקבעו כי, הלכה למעשה, היתה כאן עבירה של המתת אדם במחשבה פלילית ובשום פנים ואופן לא גרימת מוות ברשלנות;

והצביעו על הרתיעה מהתאמה לחומרא של הכרעת הדין וגזירת הדין לסוג האמיתי של ההמתה ולחומרתה.

בכך, היינו מקבלים פסק-דין מרוכז, ברור ומשכנע. אמנם, גם שורותינו דלעיל אינן מצטיינות בתמציתיות מיוחדת, אך זאת כנראה יותר בגלל האריכות הקיימת שבפסק-הדין, מאשר בשל הריכוזיות שחסרה בו.
