

הקיימת חסרה מאוד, יש לקוות שהליכי החקיקה של ההצעות דלעיל יקודמו מבלי להמתין להשלמת תהליך ההאחדה של החוקים הקיימים לקודקס אזרחי שלם.

אגב פסיקה

"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. חזיקה הסיבות. 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 שנגזגו בערכאות הישראליות, הביאו לכתיבת שורות אלה; ותחילה הרי נתוניו של כל אחד מהם, לפי הסדר הכרונולוגי של הדיון בהם. האירוע הראשון נדון בחיק' 204/71/ע' ואלה נתוניו: שלושה חיליים – לצורך הדיון: א', ב', רג' – יצאו לחג בקירבת מחנה יחידתם ובשלב מסוים, במוצאם בשטח ארגז רימונים, החליטו לקיים מטוח 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' רב'. א' נפגע מאחד הרימונים ונהרג. כ' רג' הועמדו לדיון 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/ע' הועבע הצבאי הראשי נ' אלמוני, פד"ע (1971) 331.

משפטים כ"ו תשנ"ח
 "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – תערות למבנה
 מן האירועים הנזכרים תחייב התייחסות גם לסוגיית הייקה הסיבתית שבינו לבין
 התוצאה הקטלנית שנגרמה במסגרתם. גם סוגיה זו נמנית על המבנה של אירועים
 אלה, כפי שיתואר להלן, כמובן, עדיין, על היסוד העובדתי בלבד שבהם.

ב. המבנה מבחינת היסוד העובדתי

1. כללי
 כבר נזמז, אשר ליסוד העובדתי שבשני האירועים של "משחק מסוכן", אין הוא
 מחייב בחינה מבנית נפרדת; תוספת רק הבהרות אחדות לענין מהותו של הרכיב
 ההתנהגותי, הייקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית לרכיב זה והרכיב הסיבתית.
 אשר לרכיב התוצאתי – מותו של אדם – והרכיב הסיבתית, 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 והייקה הסיבתית שבינו לבין הרכיב התוצאתי.
 לפיכך, כל אשר ייאמר בהמשך, לענין היסוד העובדתי הרלוואנטי שבאירוע
 הראשון, כוחו יפה, במקביל ובשנייה המחייבים, לענין היסוד העובדתי הרלוואנטי
 שבאירוע השני.

2. המהות המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי

ובחזרה, תחילה למהותו המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שכל
 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, ומשתורפים זה בזה, עד כדי כך שחלקו של האחד בהתנהגות הכוללת
 הוא חלקם של הנתונים, וחלקיהם של אלה הם חלקו של כל אחד בנפרד; כתוצאה
 מכך, ההתנהגות הכוללת היא גם התנהגותו הפרטית של כל מעורב במשחק.
 הרכיב ההתנהגותי שכלל "משחק מסוכן" מתחיל בהסכמה של כל אחד מן
 המעורבים ליטול חלק במשחק. מתן הסכמה על ידי האחד מתמוג עם קבלת
 ההסכמה מצד חברו, וזה הביטוי ההתנהגותי התחילי של המימוש בהמשך של
 ההתנהגות הקולקטיבית המאוחדת. אף בהיעדר הודיות לענין כנות ההסכמה, די
 בנתינתו הכותבת על-ידי האחד, המניבה קבלת הסכמה כנה מצד חברו, היוצא מן
 הנחה שיש לו "פרטנר" למשחק, כדי לשלב את נותנה ב"משחק מסוכן"; כי

משפטים כ"ו תשנ"ח
 שני האירוע השני שנדרן בבית-משפט השלום בבאר-שבע (ת"פ 356/90) כערכאה ראשונה, בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע (ע"פ 284/91) כערכאה ערעור, וכן בבית-המשפט העליון (ע"פ 119/93), כערכאת ערעור ברשות. ואלו הנחונים הבסיסיים של אירוע זה, כמובן לפי ממצאי הערכאות האמורות ובעיקר של בית המשפט העליון: ג' לורנס, הנאשם המוערער בענין זה, השתתף עם המנוח י' ויצמן במשחק "דולטה רוסי" עם אקדה. במסגרת זו, כשהגיע תורו של המנוח להוכיח את אומץ לבו, הוא הצמיד את האקדה לקתו ולחץ על ההדק. מן האקדה נפלט כדור, וכן קיס ויצמן תחתיו נפח את נשמתו. אף באירוע זה מצאו הערכאות השיפוטיות שדנו בו את הנחונים שיש בהם כדי לספק את הדרישות להתגבשות עבירה של "גרימת מוות ברשלנות"; ולפיכך נדחו ערעורי הנאשם נגד הרשעתו כעבירה שבו הואשם.

בשני האירועים כאחד מדובר ב"משחק מסוכן", כאשר האירוע השני הוא בגדר "משחק מסוכן" מיוחד הקרוי משום-מה "דולטה רוסי". 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, כתוצאה הקטלנית שנגרמה במסגרת המשחק. לעומת זאת, ראוי להשתמש לב מהותו המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי העלול להצמיח עבירה פלילית אחת ויחידה, רבת-מעורבים מטבע בריחה, למרות מורכבותו האפשרית של הרכיב עקב ריבוי תרומותיהם הפיטיות של המעורבים בעשיית העבירה, או ריבוי עבירות⁴ כל אחת העומדת ברשות עצמה, למרות אופי הקולקטיבי והמאוחד – אף הוא מטבע ברייתו – של הרכיב ההתנהגותי שכלל אחת מהן, בכך גולשים כבר, במידה מסוימת, לחוך סוגיית היסוד הנפשי, על צורותיו השונות, שכמבנה אירוע כאמור.

כן ראוי לציין כי בשני האירועים מדובר בעבירה תוצאתית שהשלמתה מותנית כתוצאה מזיקה בפועל, ולא בעבירה מסוג העבירות של "העמדה בסכנה"⁵. המסתפקות כתוצאה מזיקה בכוח בלבד.

ועוד לא למוחר להוסיף כי המהות המיוחדת של הרכיב ההתנהגותי שכלל 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"ץ 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 לאחירת פלילית.
 5 על סוגיית העבירות של "העמדה בסכנה", ראו ש"ז פלר יסודות בריני עונשין (כרך ג', תשנ"ב) 255-252; וכן ש"ז פלר "הקולקטיב" – אם בכלל – שנין "עולת הרשלנות האורחית" לבן מושג הירשלנות: בחחום הפלילי "הרקליט" – ספר חיובל (תשנ"ז) 53, 69-70.

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

נמצאו למדים כי, למעשה, כל אחד משלושת הדימונים, שזרקו במסגרת האירוע הראשון, נורקו על ידי כל אחד מן החיילים שקיימו את המשחק הקטלני. ללא זקפה כלשהי של כל מעורב אינה אלא השלמה להתנהגות חבריו במסגרת פיסית. התנהגותו של כל מעורב בנפרד לחשבונו של מי שזרק אותו באופן התנהגותם הקולקטיבי, המתואמת והמאוחדת, הבלתי ניתנת לפיצול מבחינה אוניקטיבית-עובדתית. למעשה, כל אחד מן המעורבים פעל כזרע הארוכה של חבריו, וכולם פעלו כזרעו של כל אחד מהם. התחשבות מפרצלת בחלקו של כל מעורב שוללת ממנו ומן השלם כל משמעות כאירוע אחד, יחיד ומגובש, מן הבחינה העובדתית.

אולי למוחר 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 המתה אדם; שהרי, מקום שסוג נחון של עבירה אינו מתנה 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 התחזות העבירה⁶; כמוכן, מבלי לגרע מנחיצות מילוי של כל הדרשות הנותרות לשם כך. זאת ועוד: אמנם, באירוע הראשון היתה התנהגות החיילים, כשהיא לעצמה, "התנהגות אסורה" מכוח סעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, 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 המתה אדם שיוחסה להם; כאילו ללא היות ההתנהגות "אסורה" בנפרד, לא היה ניתן להאשים 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; כמוכן, שוב כאמור, בהתקיים כל הנתונים הנותרים שבהם מותנית התחזותה.

6 הויעדר תיאור ספציפי של הרכיב ההתנהגותי בהגדרת העבירה, רק צורתו הפאסיבית טענה 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, אינה סתם עיונית; היא גם תסייע לנו להעמיד במתכונת הענינית המדויקת, והמינעונית 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 שבימשחק מסוכן⁷, מוביל אפוא לראיית רכיב זה, על כל היקפו, כהתנהגותו של כל אחד מן המעורבים במשחק. ראשית לכול, "התנהגות" כתרומה גופנית, הכרחית מבחינה מהותית, של כן-אנוש — אפילו כשהיא מחדלית אך בליווי חובה לפי דין לפעול — לשם גיבוש עבירה פלילית; שנית, "התנהגות", ביחידה הרלוואנטית לכן, ולא הדימון, 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, הכליסיקה או הרפואה בלבד, אם כי יש בגורמים אלה, או כאחדים מהם, גם כדי לקבוע את הטיב הפיזי האוניקטיבי של אותה ההתנהגות, טיב שהכשיר אותה, מעשית, לשמש רכיב היסוד העובדתי של עבירת ההמתה. במסגרת שורות אלה, ראוי לקצר ולומר רק כי, בשרשרת הסיבתית שחוליייתה 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 כני-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 אקוויואלנטי — שווה-ערך — מבחינה אוניקטיבית, שהרי כולם הם כמעמד 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.

כית-הדין הצבאי המחוזי, שדן בענין כערכאה ראשונה, סבר כי "אין מבחן של התנאי בלעדי-אין *(causa sine qua non)* המבחן היחידי לבחינת הקשר הסיבתי"; וכית-דין זה טעה בכך טעות בסיסית. אמנם, אין במבחן זה אלא כדי לזהות את הגורמים כעלי הערך הסיבתי, שהם רלוואנטיים להתחזות עבירה פלילית, אך כדי לאתרם, אין מקום להמציא מבחנים אחרים במקומו, פשוט משום שהחליכי 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 כעלי הערך הסיבתי לתוצאה אסורה נתונה, יש לאתר, בתוך

הנאשמים, ביסס בית-הדין הצבאי לערעור את הרשעת המשיב על החיזה שהוא פעל במעמד של מסייע, ש"עודד" את המבצע העיקרי, חברו שנשאר אף הוא בחיים, לבצע את העבירה, "על-ידי כך שהמשיב ספר 'שתים' שלוש וקרא 'זרוק'". ניתן להעיר על כך שכל שלושת המעורבים במשחק, כולל הקורבן, עשו באותה עת בדיק אוחו דבר ודקן את הרימונים שבדיניהם, כן שכלל לא בורר על מה מושתת 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, הייה זה ענין של כיצוע עיקרי אינדיבידואלי מטעם כל אחד מן המעורבים באירוע, כאשר הוא, למרות המסגרת ההתנהגותית המאוחדת והמשותפת באירוע, ועל אף התוצאה הקטלנית היחידה שנגרמה בה¹². חייה זו מחויבת הסרוחופוציה הכללית, שלפיה בתחום עבירות הרשלנות אין מקום לשותפות לדבר עבירה, כשם שאין שותפות מתן רשלנות לעבירה מתחום כלשהו אחר.

כבר נקבע בסעיף 21(א) 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, וכלבד:

(1) שלענין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות כאמור;

הגדרה זו — מלבד מבחן הרשלנות, שענינו בגישה — היא, פשוטו כמשמעו, פרי השתקפות של מציאות הוברים. 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 שהי מסקנות השויות — אם הלך-הנפש לגבי אך אחד מן המרכיבים הנותרים היחה של שגגה, כל האירוע יוצא מתחום

11 ראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, תשמ"ז) 289-293.
12 ראה ש"ז, בעמ' 457 ואילן.

הגורמים הללו, את אלה המתבטאים בהתנהגות בני-אנוש ולבדור, 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 לריסי הרימון, אלא להתנהגות בני-האנוש שהביאה לתוצאה זו; ואילו לענין זה פעלו כל שלושת החיילים "בגוף 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 התפוצצותו, 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. דרך אגב, מרוע אין שואלים הכיצד זה שאותה פגיעה, אחת ויחידה, שנגרמה במסגרת אוחו אירוע אחד ויחיד, יכולה לשמש גם רכיב תוצאתי בכמה עבירות נפרדות?

הגדרש להתווחותה של עבירת ההמתה שבה הואשמו החיילים, דהיינו, להתנהגותם הולואנטיט על טיבה הקולקטיבי, לתוצאה הקטלנית שנגרמה ולדיקה הסיבתית של תוצאה זו לאותה התנהגות.

ג. היסוד הנפשי שבאירוע הראשון

אשר ליסוד הנפשי הטמוך באירוע העבריני הראשון, בהרשיעו גם את הנאשם שזוכה במערכת הראשונה, בעבירה של המתה אדם לפי סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (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 הייתה בגדר ציפיות סבירה; והרי בדיק בכך נעוצה רשלנותו לאירוע האסון. ראוי לציין כי, בקבלו את הערעור של החובע הצבאי הראשי על זיכרו של אחד

8 ראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ז) 746-748.
9 פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ד תס"א 652, עמ' 263.
10 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח תשל"ז, 226.

התופעה העבריינית. והמסקנה האחת, הללו אנטי לעינינו, האירוע נשאר בתחום עבירות-הרשלנות, אף אם הלך-נפש כלפי כל הרכיבים הנותרים היה של מודעות בפועל להם.

ועתה נחזור לנתוני האירוע הראשון, כדי לראות ולהראות באיזו מידה פשוטה ההתבררות של רשלנות לגבי התוצאה הקטלנית, של כל חיל, בנפרד, מן המעורבים באירוע, עם הלך-נפשו בכל הנוגע לרכיב ההתנהגותי שבאותו אירוע. ראשית כול, אפילו נחייסם — ונדאי מתוך נמהרות — לרכיב ההתנהגותי גרידא, כמורה גופנית של המעורבים מתוך מודעות בטרעל 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 עלה מכך, מנייה-דבית, כי גם מודעותם לטיב ההתנהגות, מבחינה זו כמובן, היחה בכוח בלבד. המסקנה המחייבת היא, אפוא, כי הם התורלו 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.

במשור אחר, אי-מודעותו של אדם לרכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, ולו אף לאחד מהם בלבד — במקרה דנן, הרכיב התוצאתי — חוסמת את הקומוניקציה ההכרחית האופיינית לשותפות והפרדה לניבושה, 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 הקפוא. כך מחבצת ההתבררות האינדיבידואלית בין יסודות העבירה, לגבי כל מעורב בנפרד, כאשר היסוד הנפשי הוא של רשלנות והרכיב ההתנהגותי הוא רכיבי-עורבים, אך מאוחד.

הבדלת המנטאלית של הרשלנות שוללת כל שמץ של שותפות לרבר עבירה בין המעורבים לאירוע, למרות היות הרכיב ההתנהגותי משותף. עם זאת, מקנה הרשלנות מעמד עצמאי לכל מכלול אינדיבידואלי כאמור, מנטאל-עובדתי, שבו מתבטאת תרומתו של כל אחד מן המעורבים, השורה עם תרומותיהם של הנותרים; כל אחד ועברתו של רשלנות. ההצמדה של אותו רכיב התנהגותי רכיבי-עורבים לכל אחד מהם היא רק טבעית, כי ההתנהגות היחה 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 בשוני משפטים מסכמים מתוך פסק-דינו של

השופט א' גולדברג בע"פ 4188/93 רע"פ 5235/93 לוי ואח' ג' מ"י (מתארך 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, ולכן הסכימה באחריותה המלומדת של המדינה, ע"י 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 כדרבונות:

מסקנתנו לגבי האירוע הראשון היא אפוא, שבית-הדין הצבאי לערעורים, בהושיעו גם את ג' בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, הגם שהקורבן נפגע מרסיס רימון שלא הוא זרק, התייחס כהלכה למחות המאחדת והקולקטיבית של הרכיב ההתנהגותי שבימשחק מסוכן, ודחה את הגישה הפרטנית לשאלת הזיקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית להתנהגותו, כאמור, הגורסת פיצולה לחלקים נפרדים. צמודים לכל מעורב במשחק. עם זאת, נראה לנו שראוי לחזור ולציין כי גישת בית-הדין לענין החלתם של כללי השותפות בתחום עבירות הרשלנות צופנת בחובה את הדבר הטיפוני, למרות הרכיב ההתנהגותי המשותף, המאוחד והקולקטיבי של כל המעורבים במשחק; שכן, כאמור, ה"רשלנות", כיסוד נפשי, היא מבודדת, פרסונלית ומסוגרת של כל אחד מהם בנפרד, ואי-מודעות האופיינית שלה אינה מחייבת 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 מודד-דרך לניתוח מקביל של אירוע מן הסוג של "רולטה רוסי", 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, החילה, הדגשת שתי נקודות קריטיות המאפיינות את האירוע השני, בפרט, וכל אירוע מסוג "רולטה רוסי", בכלל: הנקודה הראשונה — הנתונים

המלאים של הרכיב ההתנהגותי תוך התייחסות, בעיקר, לתנאים הקונקרטיים של האירוע השני; הנקודה האחרת — המהות האינהרנטית של היסוד הנפשי הטמון באירוע זה, ובכלל באירוע מסוג "דולטה רוסיית".

2. תרכיב התנהגותי שבאירוע השני

נתייחס לנקודה זו, תוך היצמדות למצאי 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 "דולטה רוסיית", המנוח הביא מחדר אחר את אקדחו של אביו. כל הנוכחים, מלבד המערער, ביקשו מהמנוח לחזויר את האקדח למקומו וחלקם אף צעקו שיפסיק עם "הענין המסוכן". אולם, לאחר שהמנוח ירה וידיה אחת מכעד לחלוק, קיבל המערער את האקדח לידו והוציא מן התוף את כל הכדורים פרט לאחד. משום שלא הצליח לטוב את התוף, עשה זאת המנוח במקומו. אגב כן הסביר המערער למנוח כי החזויר לפליטת כדור בירייה הראשונה הוא בגדר "סבירות נמוכה" — 1:6; ובהמשך, כדברי 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. ממתונים אלה מתחייבות

הקביעות הבאות:
 האחת, שהרכיב ההתנהגותי שבאירוע עברייני זה — ככלל משחק מסוכן, כולל זה של "דולטה רוסיית" — מהווה מקשה אחת, על כל תרומותיהם ההתנהגותיות, המותנות זו בזו והמשתלבות זו בזו, של כל המערערים 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 השורשרת 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 להיכנות מכך שהוא לא התכוון ולא שיחק ברצינות, וכדבריו: 'אני לא בדיוק שיחקתי במשחק דולטה'. הנקודה החשובה היא שהמנוח הבין אל נכון, שהמשחק נמשך; שאחרת

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

מדוע ירה את היריה שלמרבח הצעיר הייתה קטלנית (ההדגשות, מלבד האחרונה, במקור — שד"פ)¹⁴.

עוד ניסה המערער לבודד קטע התנהגותי אשר רק לגביו ניתן לדון שמא דבוקה בו אשמה כלשהי של המערער — אותו קטע המתבטא "בעצם ההסכמה לקחת את האקדח לידיי". 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 — שד"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 ידיי 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 צודה זו הייתה 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 "סמך עלי, יהיה בסדר" במוחו של הנער הצעיר... (ההדגשה הוספה — שד"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.

לשם התהוות עבירה של המתאדם. האם, במישור העובדתי, נדרשת נוסף על הצורה האקטיבית של ההתנהגות גם "חובת זדירות" לפי דין אחר כלשהו, נפרד ומקביל? מה היה הטעם להיכנס אף להבחנה בין "חובת זדירות" מושגית לבין "חובת זדירות" קונקרטיבית? כאשר קובעים, כדבר מובן מאליה, כי צורת הרכיב ההתנהגותי הייתה אקטיבית, בעשייה, מה הטעם עוד לקיים דיון מיוחד בהתנהגות "במעשה" ובהתנהגות "במחל" ולגלוש בהמשך לסוגיה של "חובת הצלה כללית"? חובת הצלה — כלומר עשייה — מפני מה, או מפני מי, כאשר מדובר בחובת הימנעות מעשייה? הדיון על הקשר הסיבתי בין התנהגותו של המערער — שהיא גם התנהגותו של המנחה וההיפך — מתחילת התקשרותם לקיים את משחק ועד לסיימה עם הפגיעה הקטלנית בשני, לבין מותו; דיון מיותר לאחר הקביעה של אופיה הקולקטיבי של ההתנהגות האמורה על כל קטעיה; ודיון מוטעה בשל הכלבול בין מבחן הסיבתי שזוהו 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 הניקה הסיבתי של חוצאה, שכבר נגרמה, להתנהגות נחונה שקדמה לה, היא קשר קיים בעולם המעשה, סגור וחסום; הוא מיצה את עצמו ואינו עוד נתון לניתוק כלשהו; ואם חסר קשר כאמור, אין מה שיעתק. גם ההבחנה בין קשר סיבתי "עובדתי" לבין קשר סיבתי "משפטי" אינה, לדעתנו, נקיה מספקות; כי הניקה הסיבתי בין "תופעת-גורם" לבין "תופעת-תוצאה" ענינה בעולם היסוד העובדתי, משום שהניקה מתקיימת ללא תלות אם ובאיזו מידה מודעים לה; ואילו מה שרצוים לכוות 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 בחוות-הדעת כדי לחמוך בהבחנות המדומות.

אשר לנו, מכל החלק הארי של חוות-הדעת של השופט ד' לוי, הדין כיסוד העובדתי שבאירוע העבריני השני, היינו מסתפקים בפקסיה התמציתית הבאה:

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

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

ובמקום נוסף, מתוך אחדים אחרים. קבע בקיצור נמוך כי:
ללא השתתפותו הפעילה של המערער בסיטואציה לא היה למנחה עם מי לשחק, שהרי כל שאר הנוכחים צעקו לו להפסיק (ההדגשה במקור — ש"פ) 19.

ואחרונה הקביעה, הקצרה אך הקולעת, של השופט ג', בן, בחוות-הדעת המרוכזת והנקייה מדיונים מיותרים בהיבטים המחלליים של האירוע:

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

אך על כן נחזור בהמשך, ובשלב זה חשוב לטכס כי הרכיב ההתנהגותי של האירוע היה אחד, קולקטיבי, מורכב ומשולב מתרומותיהם של המערער והמנחה כאחד, מתחילתו ועד סופו. ללא מקום כלשהו להפרדה בין תרומותיהם של כל אחד מהם; תרומתו של האחד הייתה של השניים, ותרומותיהם של השניים ביחד היו של כל אחד; במשחק מסוכן, פועלים המערבים כגוף אחד. ועוד חשוב לזכור את הקביעה כי צורתו של הרכיב ההתנהגותי במשחק מסוג "דולטה רוסי", בכלל משחק מסוכן, היא אקטיבית וכי כל היבט מחדלי שבהתנהגות הכוללת נבלע באופיה האקטיבי, המתחיל בהתקשרות התחילית בין המערבים והמסתיים כאקט הפיסי של גרמת האסון.

כתוצאה משתי הנחות היסוד המוסכמות דלעיל — האחת הנוגעת למהות הקולקטיבית של הרכיב ההתנהגותי שבמשחק "דולטה רוסי", והאחרת הנוגעת לצורה האקטיבית של רכיב זה, אין לנו מנוס מלהציג שאלות מספר בשולי חוות-הדעת של השופט ד' לוי ב"פ 119/93.

מה הייב את הדין הנרחב לאור תנאי ההיווצרות של "עולת הרשלנות האורחית"? הרי ההתנהגות שהובילה לתוצאה הקטלנית יזושה, לכל הדעות, גם למערער, והיא, התנהגות זו, הייתה אקטיבית בצורתה, ובכך נתמלאו כל התנאים העובדתיים — על היסוד הנפשי הטמון בהתנהגות האמורה נעמוד בהמשך —

- 18. שם, בפקסיה 27.
- 19. שם, בפקסיה 33.
- 20. הסוף האחרון לחוות-הדעת של השופט ג' בן. גם השופט ד' דונו סברה כן.

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 אחד עם התנהגותו של המנוח, והזיקה הסבכתית של התוצאה הקטלנית להתנהגות האמורה. זהו בקיצור כל המבנה העובדתי של העבירה המיוחסת למערער. כמוכן, כמה משפטים נוספים, הכוללים ירידה תמציתית לפרטים, היו משלימים את התמונה ומבטאים את המסקנות: אך לא מעבר לכך. כפי שראינו, זו הייתה גם הדרך שנקט השופט ג' בן בחוות-דעתו; וגישה של השופט ד' דורגה הייתה תמציתית עוד יותר, למרות הפתיחה הבלתי-מסוימת לכאורה — "אני מסכימה לפסק-דינו של חברי, השופט דב לוי" — שכמה השורות שהוסיפה; כאילו די היה בהן בלבד כדי לנמק את פסק-הדין.

עד כאן, פחות או יותר, התמיהות לענין הדיונים כיסוד העובדתי שבאירוע עברייני מסוג משחק מסוכן, כולל "דולטה רוסי".

3. היסוד הנפשי שבאירוע תשנ"ח

הדברים נראים כבר יותר ספציפיים כאשר מדובר במשחק מסוכן מסוג "דולטה 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 בככת האישום. יתכן כי מבוח הכלל שלפיו אין להתמיר את דינו של אדם בערעורו הוא — *non reformatio in pejus* — לא היו מוכנות ערכאות הערעור להרע את מצבו של המערער, ולו אף מבחינת ההגדרה הנורמטיבית בלבד של העבירה. אבל, היינו מצפים לימוק זה רק לאחר ניתוח ברור וחד-משמעי של היסוד הנפשי האמיתי, הטמון באירוע מסוג "דולטה רוסי". האומנם נגרמת התוצאה הקטלנית במסגרת אירוע כזה ב"רשלנות", או שמא ב"מחשבה פלילית", המוציאה דרוקא את ההמתה מגדר סעיף 304 האמור ומכניסה אותה לגדר המתה חמורה יותר — הריגה או אולי אף "רצח"? השופט ד' לוי לא התעלם מן השאלה ואף קובע כי ה"רשלנות", ה"מחשבה הפלילית", כצורות של יסוד נפשי שבהן עשויות להיות מותנות עבירות פליליות, הן מושגים השוללים זה את זה. מחשבה פלילית מתבטאת במודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, בעוד שרשלנות פירושה אי-מודעות לחלק מהם או לכולם, כאשר הייתה

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

קיימת יכולת סבירה להיות מודע²². במקומות אחרים קבע השופט כי המערער במשחק מודע "ליעזו הסופי של המשחק"²³; מצויה גם התבטאות יותר ספציפית כחשובה 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 — שז"פ)²⁴.

נשאלה השאלה, מהי המשמעות של הצירוף "מעבר לכך" שבהתבטאות דליל של השופט ד' לוי? האם "צפייה בפועל" של הנולד, פירושה — בקונטקסט הפלילי שבו קייים הדין — עדיין הישארות בגדר "רשלנות", אם כי חמורה מן הרגילה? או שמא, עם "הצפייה בפועל", להבדיל מן "הצפייה בכוח", חוצים גבול ומתחילים 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:

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

ועל סמך הנחה זו בניה כל חוות-הדעת של השופט. ראוי לציין כי גם השופט ג' בן 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 דין מיוחד ומקיף בסוגיה זו: שי"ז פלר "הקולציה — אם בכלל — שבין עולת הרשלנות האזרחית לבין מושג ה"רשלנות" בתחום הפלילי" הפרקליט — ספר היוכל (תשנ"ד) 53.

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

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

נכובה; אך תקווה, גם אם קיננה בלבו של המערער, אינה יכולה להיות בניה על מקריות, מולת או נסים.

הדעת היא "אדישות", המוגדרת באותו סעיף 20(א)29, כ"שוויון נפש לאפשרות גרמת התוצאה האמורה". ייתכן שזה היה הלך נפשו של המערער בעת שהתנגד כפי שהתנהג במהלך האירוע השראי עד להתרחשות התוצאה הקטלנית. אך זאת רק בזכות הכלל שלפיו כל ספק הוא לטובת הנאשם — *in dubio pro reo*; שכן בדידוג שלוחותיה של המחשבה הפלילית לפי מידת חומרתן, ניצבת, יחד עם הכוונה, גם הכוונה על-תנאי השקולה לכל דבר כנגד הכוונה הרגילה, הבלתי-מוטתית; ואין כל סייג שלפיו התחליף לכוונה הבלתי-מוטתית מבחן הלכת ה"ציפיות", אינו בר-תחילה לענין הכוונה על-תנאי; כלומר, אם, בהתמלאות התנאי, מידת ההסתברות של אפשרות גרמת התוצאה האסורה תהיה קרובה לודאי, המודעות להסתברות כאמור שקולה כנגד כוונה לגרום לתוצאה זו. במתכונת הקונקרטית של הפרשה שבה אנו דנים, 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 ירייה תוך הצמדת קנה האקדח על ידי המנוח לרקומו, הייתה לפחות קרובה לודאי. יישם 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 המספר שבין מספר התאים שכתוף האקדח, לבין מספר הכדורים שמשאירים בו. ועוד ראוי להוסיף כי, בשל היות העבירה מסוג העבירות של מחשבה פלילית, היא הייתה ונשארה עבירה אחת רבת-משותפים, 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 להסתייג מבחינה עניינית מן ההעקה כי, באותה התנהגות שהייתה משותפת, גם המערער רצח את המנוח. לפחות הריגה הייתה כאן, בשל כך שהמערער היה מודע לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירתו. ודרך אגב, לא בהיסת-הדעת השתמשנו לעיל במונח "רצח"; שכן אין אנו נרתעים כלל ועיקר מהחלטה של הלכת הציפיות גם לענין "הכוונה תחילה", אם מתקיימות הורישות להיות הכוונה "תחילה", ולא רק ספונטאנית. וכבר ניתנה גושפנקא נורמטיבית

ש.ש. 29

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

האומנם כך?
הרי לבלבו של המשחק "רולטה רוסיה", 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 לסיכוי המסוכן לחיי אדם של ההתנהגות הקולקטיבית הזאת, מתחילת המשחק ועד לסימומו, להיחזק מעורב יחד עם חבריו בהתנהגות זו, ולאפשרות של נפילת חלל מתוכם כתוצאה ממנה. כלומר, מבחינת היסוד הנפשי הטמון במשחק, כל סימני-ההיכר, במישור היחס ההכרתי, של מחשבה פלילית — מודעות לסיכוי ההתנהגות, לקיום הנסיבות הלוחטניות 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? ודאי 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, בכל הנוגע לעבירה תוצאתית, הן שלוש — קלות דעת, אדישות וכוונה.

בסופו של חשבון מדובר במשחק בין אנשים נמהרים, שכל אחד מהם מוכן לשים נפשו בכפו כשהמניע לכך הוא להוכיח בעיני הנוחרים עד כמה הם אמיצים ואינם חוששים מכליה. ולא היה מבחינת הגדרתה של "קלות דעת" במושגיות של דיני העונשין.

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

(כ) קלות דעת — בנטילה סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאותה אמורות, מתוך תקווה להצליח למצונו.

יחסו הנפשי של העושה היה נופל לגדר קלות הדעת רק אם תקוותו של המערער הייתה להצליח למנוע — הוא עצמו, בדרכיו ובכליו — את התרחשות התוצאה האסורה; כלומר, תקווה המצוננת 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 בחום שנה אחת מיום פרסומו ברשומות (סעיף 12 לחוק), אבל ההגדרה נכתה להקדשה נורמטיבית והעיקר הוא שהיא מדויקת.

מפורשת להלכת "הצפיות" בהוראת סעיף 20(ב) לחוק העונשין (תיקן מס' 39), הקובעת כי "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לודאי, כמודה כמטרה לפגוע"; ואילו הכוונה עצמה מוגדרת בסעיף 20(א) (1) לאותו חוק כזו הלשון: "כוונה — במטרה לגרום לאותן תוצאות". כלומר, "הכוונה" ללא כל הגבלה, שיכולה להיות גם "על-תנאי", וגם "תחילה" ולא רק "ספונטאנית" ו"בלתי מותנית"; ושניהם יחד אף מכוח הלכת ה"צפיות"³⁰. אנו מודעים להסתגנות שהביע בומנו בית-המשפט העליון מהפעלת הלכה זו על עבירת הרצח בכוונה תחילה. עקרונית, קשה לנו להבין את ההסתגנות כאשר, עם הריייה מראש כאפשרות קרובה לודאי, של התרחשות התוצאה המזיקה בה מותנית השלמת העבירה, היא, לכל הדרגות, שקולה כנגד כוונה ספונטאנית, לא-ל-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 יהיה בעיניו קרובה לודאי, מדוע חיראה העבירה פחות חמורה מאשר במקרה שבו היא נעברה בכוונה תחילה?

אמנם, מדוי גינסא, מבחינה פרוצדורלית כאמור, לא נטו הערכאות השיפוטיות לסטות מהגדרת העבירה כי"גרימת מוות ברשלנות", כי על עבירה זו הואשם המדוער במקור, ולא היתה כל יחמה מטעם התביעה הכללית לשינוי סוג זה של האישום; אך, מאידך גיסא, גם לא היה מנוע בית-המשפט — אומנם, תוך הצבעה על התיעה

30 ראו להזכיר כאן כי בע"פ 552/68 אילוח ואילאס נ' מ"י, פ"ד כנ"ג (1) 737, הסתייג השופט לנדר מהחלטה של הלכה "הצפיות" על עבירת הרצח המותנית בכוונה ספציפית, הן אם מדובר במבצע השייר של העבירה והן אם מדובר במסייע, כשותף עקיף, לעבירה זו (בעמ' 390 בין אותיות השוליים ה-1); זאת, תוך ראייה בהלכה זו דין הקובע "פיקציה". ראשית כל, לנוף הענין, ההלכה קובעת "שקילות" ולא "פיקציה"; שכן אם האדם מודע להתרחשות התוצאה המזיקה, שהשלמת העבירה מותנית בה, כאפשרות קרובה לודאי, וכל זאת גורם לו, יחס מנטאלי זה במישור ההכרתי, אינו פחות ראלי וחמור מזה המתבטא, במישור הרצוני, כאשר האדם פועל במטרה לגרום לתוצאה זו, אף תוך מודעות לאפשרות קלושה ביותר להתרחשותה. השקילות הראלית מודקרת לעין ואינה כלל בגדר "פיקציה". מה גם שסעיף 20(ב) לחוקן מס' 39 לחוק העונשין, קבע זאת ללא כל חריגים מבחינת חומרת העבירה, וכמוכן קבע בכך דין ראלי למדי ולא "פיקציה". שנית, ניתן למצוא בהלכה הפסוקה גם גישה שונה מזו של השופט לנדר. השופט אגנרט (בע"פ 232/55 הייז"מ נ' גרינולד, פ"ד כ"ד 2017) אינו שולל כלל את המחילה של הלכת הצפיות גם לגבי מסייע, ולא למוות הוא לציין כי שם מדובר בעבירות רצח מובהקות; זאת, מלבד הפרט ששם מדובר ב"צפיות" לעבירה המסוימת אשר המבצע העיקרי עומד לבצעה או מבצע אותה, ולא לעבירה סתם. ראה לנושא זה: ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 599-603; וכן מ' קומניצר "כוונת המסייע — כוונת המבצע?" משפטים ג (תשל"ה) 97.

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

נדמה כי היו מטיבים 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 הנמוך והמשכנע ביותר, ללא כל התייחסות — למבנה "עוולת הרשלנות האזרחית";

הזיקה הסיבתית של התוצאה הקטלנית להתנהגות זו, הנתנת 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 המתה אדם במחשבה פלילית וכשום פנים ואופן לא גרימת מוות ברשלנות;

הצביעו על הרתיעה מהתאמה לחומרא של הכרעת הדין וגזירת הדין לסוג האמיתי של ההמתה ולחומרותה.

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 הרכיחות שחסרה בו.