

תגובה

"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 להחטאת אוטונומית של אחר? 3. היסוד הנפשי. 4. מודעות בפועל? 2. אדישות? 3. כוונה? 4. כוונה חחילה?

א. העובדות

בפסק-הדין – מרשא רשימה זו¹ – אושרה הרשעת המערער בנגס מוות ברשלנות של המנוח עקב משחק "דולסה רוסית" משותף. הרשימה דנה בפסק-הדין ובהערותיו של פרוץ 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, ודולסה רוסית בפרט, הביא המנוח את אקרוחו של אביו, תוך שהוא מתעלם מפניותיהם ומצעוקותיהם של הנוכחים, פרט למערער. שיחזיר את האקרוח למקומו ושיפטיק את המשחק המסוכן. לאחר שהביא את האקרוח, ירד המנוח באקרוח מן החלון לכיוון הוואדי. לאחר היירי הרציא המערער את כל הכדורים מהתוף, פרט לאחד. משלא הצליח לסוכב את התוף, עשה זאת המנוח. המערער נטל את האקרוח לידי, בדק היכן הכדור, ולאחר שוודא כי הכדור אינו נמצא בתא שמול הנוק, הצמיד את האקרוח לרקתו, ואז כיון את האקרוח לעבר הוואדי, לחץ על ההדק ונשמעה נקישת. לאחר הדברים האלה נטל המנוח את

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

1 ע"פ 119/93 לודס נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 1 (להלן: פסק-הדין).

2 ש"ז פלר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות למבנה" משפטים כו (תשנ"ז) 169, 170 (להלן: פלר, במאמר).

מפטים כיו תשנ"ו
 "משחק מסוכן" כאירוע עברייני - תערוכה לתערוכה
 זקוק הכרחי לבר-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 התנהג בפועל משחק משותף, יש להושיע את המערער. השופט דב לוי קובע⁶ (לדעת פרופ פלר, בצדק)⁷ כי

המערער אינו יכול להיכנות 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 שלמרבח 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 בדרך 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 רולטה רוסית ולכן לא היה מקום לצפות להודעה כזו שלו. גם בהנחה שאכן התנהג משחק משותף לא ברור שהודעה כאמור היתה מונעת את המנוח מלעשות מה שעשה, בייחוד בשל העובדה שהתודעה של אחרים לא העלילו. לא ברור גם במה אמירת סיום כזו היתה עוזרת למערער, בהנחה שאכן התנהג 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. מסק-הדין, עמ' 27.
 7. פלר במאמר, עמ' 178.
 8. מסק-הדין, עמ' 26.
 9. מסק-הדין, עמ' 26.

מרכזי קרמניצר
 משפטים כיו תשנ"ו
 האקדח מידי המערער, התרחק ממנו, סובב את התוף וכאמור, הצמיד את האקדח לראשו ולחץ על ההדק. נוצרה ירייה ונגרם מותו של המנוח³.
 כן עולה מפסק-הדין, שהמערער אמר למנוח כי הסכירות נמוכה שבידיה 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 אקדח. במסגרת זו, כשכא תורו של המנוח להוכיח את אומץ ליבו, הוא הצמיד את האקדח 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 האקדח לראשו ולחץ על ההדק, כשהקדח מכוון לראשו, מבלי לבדוק היכן נמצא הכדור. כאמור, המערער ידא כי אין כדור בתא שמול הנקד לפני שהצמיד את האקדח לרקתו. הוא כיוון את האקדח אל הוואדי ולחץ על ההדק רק אז, כשהאקדח מכוון אל הוואדי. מה שעשה המערער היה בבחינת טיפול שלא לצורך ותוך סיכון עצמי בנשק (לא ברור אם היה סיכון לאחר כירי לעבר הוואדי), אך אין לראות במעשיו משחק ב"רולטה רוסית".
 גם העובדה שהאירוע נפתח בירי של המנוח לעבר הוואדי אינה תואמת את ראיית הפרשה כמשחק בשניים ויש גם כדי לערער את ההנחה כאילו היה המנוח

3. מסק-הדין, עמ' 11-9.
 4. מסק-הדין, עמ' 11. מפסק-הדין לא ברור מה בדיוק נאמר לענין הסתברות פליטה ירייה בפעם הראשונה. בעמ' 11 לפסק-הדין מסיכמות קביעות בית-משפט שלום, ביניהן נאמר ש"המערער אמר למנוח שהסכירות נמוכה שבידיה ראשונה יפלט כדור אם בתוף של אקדח תופי יש רק כדור אחד". כן נאמר בעמ' 10 שהיו ריחוק או התערבות בענין זה. בעמ' 25 נאמר, שהמערער דבר על "סכירות נמוכה". לא מפורט אם התלווה הסבר (מטעה?) כלשהו ולמה קיבל המנוח את דברי המערער. בפסק-הדין המחתי אין התייחסות לענין זה: ע"פ (בי"ש) 284/91 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"מ השני, ג' (ב) 472.
 5. פלר במאמר, עמ' 170.
 6. פלר במאמר, עמ' 170.

ג. היסוד העובדתי

1. מעשי המערער וקורבנו — מקשה אחת?
 פרופ' פלר מציע לראות את הרכיב ההתנהגותי כך

שהרכיב ההתנהגותי שבאודע עברייני זה — ככלל משחק מסוכן, כולל של "דולסה רסיה" — מהווה מקשה אחת, על תרומותיהם ההתנהגותיים, המתנות זו בזו והמשתלבות זו בזו, של כל המעורבים במשחק, החל מן הסיכום הקולקטיבי, המשותף, לקיים את המשחק וכלה בצעד האחרון של הידיה הקטלנית, הנשוא אף הוא חתום קולקטיבי, שסוגר את המהלך ההתנהגותי... גם הידיה 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 האודע¹¹.

לדעתי, זהו היפוך היוצרות: מה שמתואר כאחדות טבעית אינו אלא פיקציה ומה שמתואר כפירוק מלאכותי אינו אלא הדברים כפשוטם וכהויותם. כאשר בתחרות של הורדת ידיים או היאבקות מכריע אחד המשתתפים את רעהו או גודם 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 הלווץ היחיד היה המנוח וכי היה זה רק המנוח שגורה ונהרג, ולא גם המערער. ככלל, התנהגותו של כל אדם שלו שלו בלבד, ואין מייחסים מעשיו של אדם אחד לאדם אחר. זה מושלך ראשוני הנובע הן מתפישתו של כל עושה כפועל אוטונומי והן מאופייה של האחריות הפלילית המבוססת על אשמה אישית. ראייה מכלולית פוגעת בדיוק הבחינה של האחריות הפלילית, המתבטאת בשילוב של התנהגות מסיימת של העושה עם היסוד הנפשי שלו. היא עלולה להתבטא בהרחבת האחריות, כאשר מייחסים לפלוגי מעשים של אלמוני. מדובר אפוא בפיקציה הכרוכה בהרחבת האחריות ללא עיגון בחוק וככו היא סטייה מעקרון החוקיות

10 פלר במאמר, עמ' 178.
 11 שם, בעמ' 179.

חורגי השעך הנמקה והצדקה מיוחדות. כיוו הייתה 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 בפניה — לחץ שגרם למוות. להבדיל מבית-המשפט המחוזי, שראה את המעורבים כמי שפעלו כגוף אחד, ביכר השופט גולדברג לבסס את אחריותו של כל אחד מן המעורבים על אחריותו האישית.

היגים מצדקים לכלל שהתנהגותו של אדם היא שלו בלבד, שבהם מייחסים לו גם התנהגותו של אחרים הם:

- (1) דיני-השותפות, מכוח תפישת השותפים העיקפים 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 ריש הצדקה מלאה לייחס את מעשיו למי ששלל ממנו את האוטונומיה או לפחות מנצל לרעה את מצבו הכלתי-אוטונומי¹³.
- (3) מקרה מיוחד נוסף הוא הביצוע בצוותא, שבו ראוי לראות את מעשי המבצעים כמכלול אחד — הן בשל השיתוף בחוכמת העבריינית הן בשל המעמד של שליטה שיש לכל אחד מן המבצעים על הביצוע כולו. מדובר לענייננו בפעילויות אסורות, המתקיימות תוך שיתוף-פעולה בין המשתתפים, כיוגמת זריקת היימונים 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 חחרות רכיבה או נהיגה מסוכנות, שבהן כל אחד מן המשתתפים מסכן לא רק את עצמו אלא גם את המתחרים האחרים, ולעיתים 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 ומתמש — 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 עליון, כרך 195, עמ' 1105, 1112-1115.
 13 מ' קרמניצר "המבצע בידי העונשין — קווים לדמותו" פלילים א (תש"ן) 65-67, ראה גם מ' גור ארה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א (תש"ן) 29-49.
 14 ע/204/71 הנכבד הצבאי הראשי נ' אלמוני, פד"צ (1971) 331.
 15 אולי ניתן להחיל רציונל זה גם על פעילויות משותפות היצרות סכנה שאינן בלתי-חוקיות כשלעצמן, והלבד שהסכנה איננה רק סכנה עצמית, אלא גם סכנה לזולת.

על-פי הכללים הרגילים של האחריות, וכמתחייב מהפישת האדם כפועל אוטונומי – תפישת שהיא גם יסוד להשלט אחריות כפליליים וגם להגבלתה של אחריות זו – אין אדם נושא באחריות (ברשלנות) כאשר סיכון שיצר מתממש על-ידי עושה אוטונומי, המודע לסיב הסיכון, ואין הוא פועל בתנאי לחץ או מצוקה²⁰. במקרים אלה אין זה מוצדק לסיב הסיכון, ואין הוא פועל בתנאי לחץ או מצוקה אדם חוסם במכוניתו את מסלול-הנסיעה הנגדי ואדם אחר מבחין בכך כבעוד מודע והוא מריץ את מכוניתו במודע לתוך ה"מחסום", כשהוא מקוה למלט את עצמו ברגע האחרון והוכר אינו עולה בידיו – אין החוסם נושא באחריות לתוצאה שאירעה. כך גם משליך קליפת-הכננה אינו אחראי להתנהגותו של אדם מבוגר המבחין בה ומתוך קלות-דעת שכמשחק או מתוך כוונה לפגוע בעצמו עולה עליה, מחליק ונפגע. הוא-הדין גם ברופא שרשם כטעות מיגון גבוה מדי, קטלני, של תרופה, כאשר הרוקח או המשתמש היו מודעים לכך; או במי שיצר מצג מטעה (שלמיו 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 לסיכו או בתנאי לחץ או מצוקה, חלקו של יוצר הסיכון בהתפתחות העניינים שגרמה לתוצאה הוא ניכר ואמץ ומצדיק ליחס לו אחריות לתוצאה. במקרים מן הסוג שתיארנו לעיל חלקו של יוצר הסיכון הוא קלוש ותיומנו נראית יוחר כהתרחקות (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: המוחק הבחין יפה בין גרימת מותו של אחר, המטופלת בעבירות ההמתה, לבין השתתפות בגרימת מות עצמית (שידול וסיוע להתאבדות). אלמלא יצר המוחק את העבירה המיוחדת של שידול וסיוע להתאבדות, לא ניתן היה ברוב המקרים ליחס לעושה עבירה של המתה; שכן הוא לא גרם למוותו של אחר, והאחר המית את עצמו בפעולה אוטונומית. את עבירות ההמתה יש להבין כנגיעה בחירות הפעולה, ולעיתים גם בחופש הבטחי, של מי שאת חירותו מבקשים להגביל, לכן ראוי להגביל התנהגות כזו רק כאשר יש חשש ממשי לחייו של התנהגות מסוכנת. על-פי רוב מדובר בתנאי לחץ או מצוקה שיצר הסיכון אחראי לחייו, אולם אין לשלול את האפשרות ליחס לו אחריות גם במקרים שבהם היה מודע או יכול להיות מודע לתנאי מצוקה שבהם נתון הקורבן, שלא הייתה לו יד בחיזורותם.
 21 מי קרמנצ'ר "על מאפיינים אחרים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורת לשמעון אגנצ'ו, (החשמי"ר, גיביות מ' קרמנצ'ר, עורכים) 325, 336, 337.
 22 פסק-הדין, עמ' 32, 38.

לכוא בחשבון כלפיה ביצוע בצוותא. בכך נשמט הבסיס ליחס אחריות לסיכון זה לאחר.

2. אחריות להתנהגות אוטונומית של אחר?

מכל-מקום, וזה העיקר, שאלת אחריותו של אדם אחד להתנהגות שבה אדם בגיר אחר מסכן, בתנאים של אוטונומיה מלאה (של מודעות מלאה לסיב הסיכון ומידתו), את עצמו בלבד, איננה כלל שאלה טריבואלית שניתן להתעלם ממנה. אם אכן מקבלים את העובדה כי לאדם כוגר 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 מתמרדרים 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 בטחון הציבור". ולכן, חופש הפרט... חזל במקום בו אותו פרט יוצר סכנה לחיי אדם או בטחון הציבור... חזל כזו העשויה לפגוע בסביבתו באופן ישיר או באופן עקיף על ידי כך שהסכנה שהוא הביא על עצמו משליכה גם על סביבתו¹⁸. כאן היה מקום לדרן בשאלה, האם מוצדק להגביל את חירות הפרט לסכן את עצמו במקרה שלסיכון עצמי כזה עשויה להיות השפעה מדבקת, השפעה של חיכוך, על פרטים הפועלים באופן חופשי כדי לסכן את עצמם. נראה לי, כי טעמים כאלה ראויים לשקילה על-ידי המוחק ולתבונה העשויה להתבטא בהשלט איסור על מעשים מעין אלה – בין בהיקף כללי בין בהיקף מוגבל¹⁹. בהיעדר הוראת איסור מפורשת כזו, השלטה בדיעבד וללא אזרה מראש על-ידי הפסיקה היא הגבלה בלתי-סבירה על החירות.

- 16 ראה ש"ן פלר יסודות בדיני עונשין (חשמי"ר, כרך ב) 233.
- 17 פסק-הדין מגלה מודעות מסוימת לבעיה. זו סיבה אפשרית להנמקות המגוננות לחירות שבפסק-הדין, ובכלל זה הייחן באחריות על יסוד מחולל. 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 כחוסם מסוים. כמעט כל עיסוק אפשרי בחוסם מסוכן שואב השראה, או אף מאמץ, באופן ישיר מרעיונות של אחרים, לרבות רעיונות המבוססים בספר, בסרט, בהצגה או בעיתון. גם במקרים שבהם יש פגיעה באוטונומיה של אחרים עדיין יש להתחשב גם

כחלות על התנהגויות שיש בהן משום העמדת הזולת בסיכון בלתי-מצוּק, הסיכון שיצרו העושה מחממש. מה שעשה המחוקק בעניינה 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 סיועו לחבול בעצמו או לסכן את עצמו. אם לא ניתן לייחס אחריות פלילית למי ששידלו אחר או סיוע בידו לסכן את עצמו במועד (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 סיוע בידו. הוא-עצמו פעל באופן שכמעט לא סיכן את עצמו. אם מדייקים, חסאן בכך שמעשהו שימש כנראה גירוי למנוח להראות במה כוחו גדול ולהעצים לאיך שיעור את הסיכון לעצמו לעומת הסיכון שנטל המערער על עצמו. דווקא — כנראה, משום, שכאמור, אין כלל ביטחון שהמנוח — שפתח את הפרשה בהבאת אקדחו ובכרי לעבר הווארי — היה זקוק לגירוי, ואפשר שהיה מפגין את עזר-דוחו גם ללא גירוי. נניח שהמנוח במקום לכוון את האקדח לראשו היה פונה שוב לעבר החלקן. יורה לעבר הווארי 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 שכפופים ביקש להפגין את עזר-דוחו. האם היה עליהם לעזוב את המקום כדי למנוע את התוצאה?²⁴

23 האם הטלה אחריות פלילית על המשל והמסיע להתאבדות היא טיפיה מגישה המכבדת את האוטונומיה של הפרט? אפשר שכן, אבל לא בהכרח. כחלק לא-מבוטל ממקרי ההתאבדות או הניסיונות להתאבד אין מדובר בפעולה שוויא 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 וידעו), בין כשל מצוקה נפשית מיוחדת, מצוקה אחרת או שילוב ביניהן; ואולם המיוחד למצבים אלה באופן טיפוסי הוא שאין הם מצבים מובדקים של היעדר אוטונומיה (כגון קטינות או אי-שפיות), האופייניים לביצוע עקף, אלא של אוטונומיה פגומה, יתר על כן: למי שנמצא מחוץ לנפשו של המבקש להתאבד קשה מאוד, לרוב בלתי-אפשרי, לדעת באיזו מידה מדובר ביכולת לקבל החלטה אוטונומית. קשה אפילו לדעת אם מדובר ברצון אמיתי להתאבד או בקריאה לעזרה, שאין מאחוריה רצון של ממש להתאבד. זאת ערור: ישנה סכנה להשפעת-יתר של ההתערבות העלולה להפוך אותה למרעית, ואילו, בהחשב בטיבה של החלטה, יש עניין מיוחד שהיה תחלקל ללא השפעות זרות. יוצא אפוא, שניתן להבין את האיסור גם בצורה הפוכה: כאיסור שתכליתו להגן על האוטונומיה בחתום 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 במחלל ולא בהתנהגות אקטיבית, אולם אם מתחילים לגלוש במודון המסוכן של אחריות להתנהגות אוטונומית של אחרים, אין זה ברור שאחריות זו אינה חלה

הבה נניח ש"א ר"ב הם שני סטודנטים המתגוררים יחד. א, הנמצא בשירות-מלואים פעיל, מבאי עמו לחופשה את נשקו. ב מטפל בנשק סיפול מיוחד ובלתי-זהיר, שבו הוא מסכן את עצמו. בעקבות כך נפנה א לטפל בנשק סיפול מיוחד, שמידת חוסר-הזהירותו עולה בהרבה על זו שהופגין ב, וגורם תוך כדי כך למותו (שלו). האם נגש ב באחריות למותו של א?

או דוגמא מתחום אחר: מן המפורסמות שהתנהגות בלתי-זהירה בכביש (מהירות מופרזת, אי-יציאת לתמרור ועוד) היא מקור לחיקוי וגוררת התנהגויות דומות של אחרים. האם נשאת החוליה הראשונה בשרשרת באחריות להתנהגותיהם 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 מניסבות 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 חנאי מבחינת האחרים לעצם קיומה של הפעילות. ברור, כי התמונה משתנה מעיקרא כאשר המסתכן אינו פועל אוטונומי מחמת גילו או כשל כך שאין הוא מודע באופן מלא ומדויק לטיב הסיכון ולדרגתו. בניסבות כאלה עשוי אדם אחר התורם להתנהגותו של המסתכן להפוך למבצע של המות, מכוח שליטתו על מהלך העניינים מחמת יתרון ההבנה שלו.²⁶ האינטואיציה שהובילה להרשעה במקרה דנן נשענה על הבדלי 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 המנוח.²⁷ ספק אם יש כאלה כדי ליצור יתרון הבנה למערער. המנוח היה כן שבע-עשרה רוצי. השירות הצבאי של המערער

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

25 העובדה שמדובר בקצין בדרגת אלוף היא רלבנטית מבחינת ההתייחסות היצרית לאירוע. כימים שבהם התנהגותם של מפקדי הצבא נבחנה תחת מיקרוסקופ, יש משמעות — מבחינת התרעה היצרית — לעובדה שהתנהגותו באותו אירוע לא נחפשה כעבריינית.

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

²⁵ ספקיהדין, עמ' 25.

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 כדרגות החומרה. ראשית, הוא שולל קיומה של רשלנות ומייחס למערער מודעות לאפשרות התרחשותה של התוצאה. אין זה כרוך כלל שבעת שהמערער עשה מה שעשה באקראי, הוא העלה בדעתו שהמנח לא יסתפק בחיובי של מעשיו-שלו, אלא יאדיר את הסיכון עשות מוגים; אולם גם אם עלה הרגור כזה בתודעתו של המערער, אין זה מובן מאליו והכריז שהוא פעל מתוך פיוזות. מוכר המצב הנפשי (והוא מומחש ביחוד 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 דחה ומסלק אותה, תוך שהוא מאמץ לצמו את ההשקפה, שאינה מבוססת באורח רציונלי. שלפיה העניין "יגמר כסוב". 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 שנחש להאמין בסיבות העניין. כסופו של דבר עשוי העושה לרחוק כליל מתודעתו את האפשרות שהתוצאה עלולה להתרחש, בהליך בלתי-הגיוני, שבו הוא מוציא את הסיטואציה הגדונה מחלומם 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 כיתחשפט, לא היה מייחס לו מודעות לאפשרות התרחשותה של התוצאה.

2. אדישות!

פרופ' פלר מעלה את המערער ודגה נוספת ומייחס לו אדישות, ואולם לא כרוך כלל כי המערער נותר שוהדגנש לאפשרות של גרימת התוצאה. בהנחה שאין מדובר בפסיכופט ניתן להניח, כי העניין באופן חד-משמעי וניכר את האפשרות שהתוצאה לא תתרחש על-פני האפשרות שתתרחש. לא הייתי מייחס חשיבות מכרעת לביטוי "להצליח למונען" בהגדרת קלות-הדעת בסעיף 20(א)(כ) לחוק

היה אמור ליצור אצלו הרגל של זיהיות מיוחדת לעניין טיפול בנשק, אולם הסיכון שביכולתה ורסית" נהיר, ככלל, גם למי שלא שירת בצבא, ואין להניח שהמנח לא היה מודע לסיכון זה. יתר על כן: טעם המשחק הוא בסיכון שבו. אופיו ההדוקני של המנח אינו רלבנטי לעניין השליטה. עם זאת, המגמה להשתתף את האחריות על כסיס של שליטה היא נכונה (גם אם ניתן לחלוק על יישומה בעובדות המקרה). זהו כסיס צר יותר להטלת אחריות פלילית והרבה יותר משכנע בהשוואה לכסיס הרחב שמציע פרופ' פלר. אפשר להיווכח בכך אם שוקלים את סיכויי ההרשעה של המנח, אילו היו היצרות מתהפכות והמערער היה נהרג. דומה כי הם מצטמצמים מאוד. זהו גם כסיס אפשרי לפסקי-הדין האמריקניים, המאוחרים בפסקי-הדין²⁸, שבהם נשקלה הטלת אחריות עקב משחק ב"רולטה ורסית": בפסקי-דין אחד היה הקורבן כן 1.5. למרות זאת זוכה הנאשם מן הטעם שרצונו החופשי של הקורבן שולל את ייחוס התוצאה לנאשם²⁹. בפסקי-הדין השני אירע האסון אחרי שהמערערים, ובכללם המנח, שתי יי³⁰; ואילו במקרים של תחרות נהיגה פורעה במהלכה נהרג אחד המשתתפים נקבע, כי המשתתף האחר אינו נושא באחריות³¹.

הניתוח מלמד באיור מידה במסגרת ניתוח העבירה של גרם מוות ברשלנות חיונית הקטגוריות של הפרת חובת זיהיות עונשית ושל ייחוס אחריות לתוצאה. שבמסגרתן יש לבחון אם יצר העושה סיכון בלתי-מוצדק - הויינו: סיכון בלתי-סביר - ואם הייתה התוצאה בבחינת מימוש של אותו סיכון או של אותה הפרת חובה. במקרה דנן אין מדובר בסיכון בלתי-מוצדק (או לא הופרה חובת זיהיות עונשית), שכן מדובר בסיכון שאדם אחר יסכן את עצמו במצב של שליטה מלאה ואוטונומיה מלאה, ונאמנות למרכיות האוטונומיה של הפרט בשיטתו המשפטית³² הופכת סיכון זה למוצדק. גם אם גורסים אחרת בעניין זה, לא כרוך כלל שהתנהגותו של המנח - שחרגה, כאמור, באופן ניכר מהתנהגותו של המערער - הייתה בתחום הצפייה הסבירה שלו בעת התנהגותו או שיש לראות בה מימוש הסיכון שיצר. מכאן, חשיבות אפשרית למחללו בשלב המאוחר יותר מלהתערב, כאשר המנח כיוון את האקרה לעבר רקחו שכן לא ראה בכך המשך טבעי לפעולותיו-הוא או המשך של משחק משותף, וחיוניות ההכנה בין מעשיו של המנח לבין התנהגותו של המערער. לשם שלמות ההתייחסות ציון.

28 פסקי-הדין, עמ' 20-18.
 29 Lewis v. State 474 So. 2nd 766 (1985).
 30 Commonwealth v. Alencio & Marshal 189 N.E. 2nd 223 (1963).
 31 Commonwealth v. Root 170 A. 2nd 310 (1961).
 32 נאמנות זו גברה עם חקיקתם של חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו ונוראת סעיף 34 (בג"ד) בחוק מס' 39 לחוק העונשין, ס"ח תשנ"ו, 348.

העונשין, תשל"ז-1977, לפי תקינן מס' 33,39, כמחייב את המסקנה שתקנות המערכת צריכה להתניח לפועל ידיר-שלו, כפירושן של פרוץ³⁴ פלר³⁵. לדעתי, די בכך שהיה יסוד ממשי, ריאלי, לחקוותו שהתוצאה תימנע כדי להוכיח לקל-דעת. לדוגמא: אדם משליך את יחבו על גורם-טבע. הוא מבסס את תקוותו שדבר לא יקרה על כך שהראות תהיה טובה משום שהשמש תזרח או שעניניו של אדם אחר יוכו בסגורים על-ידי השמש או שהוא מקווה שהתוצאה תימנע עקב התערבותו של אדם אחר שניתן לסמוך עליו. 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 שירית או קטיגוריתית-סל ואף איננה קטיגוריתית-היסוד.

3. כוונה?

פרופ' פלר עושה צעד נוסף ומייחס למעורר כוונה — כוונה על-תנאי שרירה כוונה — מכוון הלכת הצפייה. לדבריו,

התנאי הוא הצעת תא התוף שבו הכדור, עקב סיבובו, מול הנקודת של האקדח, במקרה כזה, מודיעותו של המעורר למידת הסתברות של אפשרות פגיעה קטלנית. עקב ירייה תוך הצמדת קנה האקדח על ידי המנוח לרקתו, הייתה לפחות קרובה לרדא. יושם אל לב, כי מידת ההסתברות של אפשרות התמלאות התנאי אינה מענייננו; 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 בו.³⁵

עמדה זו אינה מקובלת עלי. היא הופכת מקרים מובהקים של קלות-דעת לכוונה.

טל, למשל, את הדוגמא הבאה:

פוזי נהוג במכוניתו ליד בית-ספר כשעה שאין מתקיימים בו לימודים. הוא נוסע במהירות מופרזת, בידועו שאם יגח ילד מחצר בית-הספר אל הכביש לא

33 יקלות דעת — בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרת גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למונעו.³⁶

34 פלר במאמר, עמ' 184. אמנם, פלר אומר "הוא עצמי", אך נראה שהדגש הוא יותר על "תקווה המעוננת מבחינה עובדתית במציאות" להבדיל "ממקרים, מלות או נסי" (עמ' 185). גם בספור (לעיל הערה 16, בעמ' 618) מדובר על סיכוי המעונן במציאות, רק בדרך-כלל —

המלוכה 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 יגח אל הכביש. תקוותו של פוזי לא נתגשמה ודווקא הגרע ביותר הוא שאירע. זהו מקרה מובהק של קלות-דעת, אך אם מחילים לגביו את דברי פלר — "מידת ההסתברות של אפשרות גרימת התוצאה אינה מענייננו; אלא מידת ההסתברות של אפשרות גרימת התוצאה, עם התמלאות התנאי"³⁶ — הופך פוזי למי שהמית כבוונה, ואולי אף כבוונה תחילה. או טלו לדוגמא את המקרה שמביא פרוץ³⁷ פלר להמחשת קלות-הרעת: "הנקה המנסה להעלות עגלה עם תינוק לחוך אוטובוס מלא נוסעים ברגע בו מצטופפים אנשים רבים בפתח האוטובוס"³⁷. הוא מעריך כי אם ידוף קלות יעלה בידו להצליח בייצוב העגלה, אולם אם ידוף דחיפה עזה, עלול התינוק להישטם בדרגה גבוהה של הסתברות חרף מאמצי הייצוב שלו, אלא שלהערכתו הסבירות שידוף דחיפה עזה היא נמוכה. התיאור הקולע של מצבו הנפשי של ההורה הוא קלות-דעת ולא צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות, שכן מבחינתו התוצאה הייתה צפויה בדרגה נמוכה של הסתברות, ותיאור זה אינו משתנה, כמובן, בהתחש התוצאה. ברוב מקרי קלות-הרעת המוכרים מן הפסיקה³⁸ ידעו העושים כי בהתקיים תנאי, תתרחש התוצאה בדרגה קרובה לוודאי (מפולת, צורך בלבום, הופעה פתאומית של רכב ממול). אף-על-פי-כן, הם פעלו בקלות-דעת, שכן העריכו כי הסתברות התמששותו של התנאי אינה גבוהה. צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות מתקיימת רק כאשר העושה מעריך כי קיימת ודאות מעשית (מסרית) שהתוצאה תתרחש ואינו רואה לנגד עיניו אפשרות אמיתית-ריאלית שלא תתרחש. רק אז ניתן לומר עליו, שכחך באופן מלא בתוצאה וכי התנהגותו חרף כטחוני 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 להרחיעו 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 הצפייה לרוקטרינת הכוונה על-תנאי, כפי שמציע פרוץ³⁹ 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"ו פלר יסודות בדיע עונשין, לעיל הערה 16, בעמ' 618.

38 ע"פ 1/52 דויטש נ' הויה"מ פ"ד ח 456; ע"פ 241/65 ל"ד נ' הויה"מ, פ"ד יט"ו (4) 156; ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד ככ"ב (2) 749.

כידועו כי אם נמצא שם אדם הוא יפגע קרוב לוודאי מן הירי, אין לומר עליו כי צפה את התוצאה הקטלנית כדוגה גבוהה של הסתברות. כך גם מי שלוחץ על הדק של אקדח פגום, שרק לחיצה אחת מני רבות יצרת בו ירייה (אם עשה כן, ללא כוונה ממשית), או מי שלוחץ על ההדק כשהאקדח מכונן אל רקתו, והסתברות 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 כרוד כיצד ניתן להחלפו במצב נפשי שבו אין כלל רצון. שקלא-זטריא לעניין התנהגות, שהעושה מעריך כי תגרום לתוצאה קטלנית שאין הוא רוצה בה, שונה במהותה משקלא-זטריא שעניינה רצונו התחילי, הבוסרי, הגרעיני של הממית. אם מדובר בתהליך נפשי של הבשלת הרצון, מצב נפשי שאין בו רצון כלל אינו יכול לשמש תחילין⁴¹. מסקנתי היא, כי לא היה מקום לטפס בסולם האשמה ולהגיע אל דרגתה החמורה.

39 כדוגמאות נוספות יתואר המקרים הבאים: הנחת חומר-נפץ ליד דלת מבחן כדי להפחיד או אף לגרום נזק לדלת, בידיעה שאם בידוך ברגע ההתמצצות יעמוד מישהו ליד הדלת (אפשרות די רחוקה), הוא עלול, בהסתברות גבוהה, להיפגע – איננה הנחה מתוך מטת פגיעה. הדוגמא שאובה, חוץ הכנסת שיניים, מפסק-הדין בעניין נתפס: ע"פ 344/75 נתפס נ' מ"י, פ"ד (1) 659. הוא-הדין במי שמתשל גדר כך שהתנועע בה יספוג מכה-חשמל, אם הוא מעריך (למשל): בעקבות שלטי-אזהרה בולטים שהתיתו כי ההסתברות שאדם יעבור בדרך היא גבוהה; כמובן, כאשר אין הוא רוצה בתוצאת הפגיעה.
 40 השווה ש"י פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל הערה 16, בעמ' 607-609.
 41 למסקנה דומה, אך בהנמקה שונה, הגיע בית-המשפט העליון בע"פ 552/68 אלוה ואלואנס נ' מדינת ישראל, פ"ד כנ"ו (1) 377, 390-391.

ביקורת ספרים

זמנה לוינסון-זמיר

פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון

הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, ירושלים 450 עמודים

מאת

רחל אלתרמן*

סוף-סוף זכינו אנו, המתעניינים בדיני תכנון ובניה בדיני מקרקעין, בספר חדש ומחדש, העוסק בסוגיא שהיא מבין החשובות – הקשות ביותר – שכתחום דיני תכנון ובניה: מהו הגבול בין הקיים ובדין הרצוי בין סמכויות התכנון להגביל את השימוש במקרקעין לבין הזכות לפיצוי על פגיעה במקרקעין של היחיד מהפעלת סמכויות אלה.

עיתוי הוצאתו של הספר לאור חשוב במיוחד בתקופה הנוכחית. שני תהליכים חדשים מתרחשים בדיני תכנון ובניה וביני הפקעות בישראל: מחד גיסא, גברה מאוד ההגנה על הקניין בעקבות מצוותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשפעתו כבר ניכרת בבהירות בשנתונים האחרונות בפסיקה ובהחלכות על דברי החקיקה החדשים הנמצאים בתהליך ייצור מואץ (תיקון מקיף לחוק התיכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 שיזמה הממשלה; חוק כביש ארצי לישראל תשנ"ה-1995; ומגמה חדשה של הצעת תיקונים לחוק התכנון והבניה ולחוקים נלווים באמצעות

* רחל אלתרמן היא פרופסור מן המניין בטכניון, בעלת תואר שני ושלישי בהכנת ערים מאוניברסיטת מינשופה ומהטכניון ובעלת תואר ראשון במשפטים מאוניברסיטת תל-אביב. פרופ' אלתרמן מתמחה במקרקעין הקושרים את הייבוסים המשפטיים של תכנון ובניה עם תיאוריות התכנון ועם אופן הביצוע בפרקטיקה.