

על אפשרות ההרשעה בעברת ההריגה במחדל – מקרה קרפ כמבחן

מאת

רוני רוזנברג*

מבוא. א. הרציונלים השונים המבחינים בין מעשה למחדל כמשפט הפלילי;
1. רציונל החירות; 2. רציונל הסיבתיות והאשמה; 3. רציונל בעיית התיאום;
4. רציונל הפגיעה באוטונומיית הפרט. ב. עברות המחדל היכולות לשמש מקור
חובה לפעול בעברת ההריגה; 1. העמדה המרחיבה; 2. העמדה המצמצמת; 3. עמדת
הביניים; 4. שילוב התאוריות השונות יחדיו. סיכום.

מבוא

בקיץ 2009 הוכה אריק קרפ למוות על חוף ימה של תל-אביב על ידי חבורה של צעירים אשר שהו במקום. פרשת מותו נדונה בשני פסקי דין: האחד עסק בצעירים שהואשמו בהכאתו למוות,¹ ואילו האחר עסק בשאר בני החבורה, שעמדו מנגד וצפו במעשי האלימות הברוטליים בלא שהתערבו ובלא שניסו למנוע את מותו.² הנאשמים בפסק הדין השני הורשעו בעברת אי-מניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין. העובדות כפי שתוארו בפסק הדין היו כדלקמן: בתאריך 14.8.2009, בשעת לילה, נפגשו הנאשמים עם הקטין ר.ע., ג'מיל עדס ועבד עדס (להלן – האחרים) והגיעו לחוף תל ברוך שבתל אביב. בשעה 23:00 יצאו אריק קרפ, רעייתו שרה ובתם אנטליה לטיול על הטיילת שבסמוך לחוף. לאחר חצות עזב ר.ע. את המקום שבו ישבו הנאשמים והלך על שביל הטיילת לברו, שם נתקל באריק, שרה

* ד"ר רוני רוזנברג, חבר סגל בפקולטה למשפטים במרכז האקדמי כרמל בחיפה ומרצה בתחום המשפט הפלילי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לרות קנאי, ליצחק קוגלר ולאיציק בנבגי על הערותיהם המועילות לטיוטה המוקדמת של המאמר.
1 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1057-09 מדינת ישראל נ' ר.ע. (פורסם בנבו, 27.4.2011). ראו גם מאמרי: רוני רוזנברג "כוונה תחילה או פזיזות? בעקבות פרשת קרפ" הפרקליט נא 629 (2012).
2 ת"פ (שלום ת"א) 21558-08-09 מדינת ישראל נ' ג'אבר (פורסם בנבו, 23.3.2011) (להלן – פרשת קרפ). ביום 14.5.2012 דחה בית המשפט המחוזי את ערעור הנאשמים והשאיר את ההרשעה על כנה. ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 20160-08-11 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.5.2012).

ואנטליה. ר.ע. פנה אל אריק ודרש ממנו כי "יסדר" לו את אחת הנשים. כדי להימנע ממגע עמו קמו אריק והנלוות לו והחלו לעזוב את המקום. בשלב זה יצר ר.ע. קשר טלפוני עם ג'מיל עדס, ובשיחה זו הזעיק אליו את ג'מיל ועבד שנענו לקריאתו והגיעו בריצה למקום. אחד מהם תקף את שרה ולאחר מכן אף את אנטליה, אך הן הצליחו להימלט תוך שהן זועקות לעזרה. לאחר הימלטותן המשיכו האחרים בצוותא חדא לתקוף את אריק ולחבול בו מכות קשות בכל גופו כשהם ממטירים אגרופים חזקים לעבר פניו וחלקי ראשו וכן בועטים בעצמה בראשו ובצלעותיו. הם המשיכו בהתנהגות זו בעוד אריק מוטל חסר אונים על הארץ ומתחנן כי יניחוהו לנפשו. בשלב מסוים הצליח אריק לקום ואף צעד כמה צעדים, אלא שהאחרים לא הרפו והמשיכו להכותו. אריק הוטל על הארץ חסר אונים כשהם בועטים בו ודורכים על פניו.

מעובדות פסק הדין עולה כי במהלך התקיפה התבוננו הנאשמים בנעשה ולא נקטו שום אמצעי סביר כדי למנוע את תקיפת אריק והמתתו. האחרים חדלו מן התקיפה רק כאשר שמעו קולות של אנשים שמתקרבים למקום. אז עזבו הנאשמים והאחרים את החוף והמשיכו ליער חורשים, וזאת לאחר שרכשו משקאות משכרים, שמעו מוזיקה ורקדו להנאתם.

מעשי האחרים גרמו לאריק לחבלות קטלניות ולשברים בארובת העין, דימומים מוחיים ופציעות קשות אחרות, לרבות שברים בצלעות וקרעים בגפיים ובידיים. בעקבות כך, בסמוך לאחר האירוע, מצא אריק את מותו.

בית המשפט קבע כי הנאשמים עברו את עברת המחדל של אי-מניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין, שכן לא מנעו את הפשע שביצעו האחרים אף על פי שידעו בבירור על כך. ידיעה זו נוצרה, שכן היה מדובר בנאשמים שסיטואציית הפשע התרחשה לנגד עיניהם הגם שהיה מדובר רק במקטע מסוים של ההתרחשות האלימה. כמו כן קבע בית המשפט כי לא היה כל קושי למנוע את המשך קיומו של הפשע שבא לידי ביטוי בהכאתו הברוטלית של אריק אם על ידי התקשרות מידית למשטרה ואם בכל דרך סבירה אחרת של התערבות בנעשה.³

חשוב להדגיש כי אליבא דבית המשפט, החובה למנוע את הפשע במקרה זה התחזקה משום שלא היה מדובר בנאשמים שהיו בגדר עוברי אורח תמימים שנקלעו להתרחשות ברוטלית. מדובר היה בבני חבורה אחת, שחלקם אף מצויים בקשרי משפחה, אשר יצאו בצוותא למטרת בילוי ושחבריהם הכו וחבטו באריק ללא רחם. זיקתם של הנאשמים לאחרים גלגלה לפתחם זיקה הדוקה יותר לסיטואציה האלימה והטילה על הנאשמים חובה מוגברת של עשיית מעשה כדי למנוע את הפשע, חובה העולה על הזיקה שאפשר ליחסה לכל עובר אורח אחר. לפיכך קבע בית המשפט כי ללא ספק היה על הנאשמים לנקוט את כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את המשך העברה או את השלמתה.⁴

3 שם, בפס' 16.

4 שם, בפס' 16–19.

פסק דין זה אמנם התייחס לעברת המחדל הפשוטה⁵ של אי-מניעת פשע כאמור, אולם למעשה צומחת מתוך הסיטואציה האמורה שאלה חשובה ומשמעותית בנושא המחדל במשפט הפלילי. השאלה הכללית היא אילו עברות מחדל יכולות לשמש מקור חובה לפעול לשם הרשעה בעברות תוצאה שאותן אפשר לעבור אף בדרך של מחדל, ובאופן ספציפי למקרה זה השאלה היא מדוע הורשעו הנאשמים רק בעברת המחדל הפשוטה של אי-מניעת פשע ולא בעברת ההריגה במחדל מכוח סעיף 298 לחוק העונשין. לית מאן דפליג כי לאור לשון סעיף 298 ולאור סעיף 18(ב) לחוק העונשין אפשר לעבור את עברת ההריגה באמצעות מחדל. אולם כלל ידוע הוא כי אם מעוניינים להרשיע את האדם במחדל, יש למצוא מקור חובה לפעול.⁶ השאלה היא אפוא אם עברת אי-מניעת פשע יכולה לשמש בסיס להרשעה בעברת ההריגה במחדל.

על פי גישה משפטית רווחת, רק חובות "עשה" המבוססות על זיקה מיוחדת שבין הנאשם לבין הקרבן או בין הנאשם למקור הסכנה יכולות לשמש מקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברות תוצאה בכלל ובעברות המתה בפרט. על פי גישה זו, עברת אי-מניעת פשע (כמו גם עברת המחדל הקבועה בחוק לא תעמוד על דם רעך) אינה יכולה לשמש מקור חובה להרשעה בעברת ההמתה, שכן מדובר בחובת עשה "כללית", שאינה מבוססת על זיקה מיוחדת. הנימוק לגישה זו נובע בין היתר מן ההבדל בחומרת ההתנהגות בין מעשה למחדל, כאשר רק חובה המבוססת על זיקה מיוחדת עשויה לגשר על פער זה, ולא חובה כללית המוטלת על הכול. בנוסף, חובות עשה כלליות מוטלות על האדם בדרך כלל בשל היקלעות אקראית ותמימה למצב הדברים, וזאת בניגוד לחובות הנובעות מן הקשר לקרבן או למקור הסכנה.⁷ עם זאת אף על פי שלכאורה מדובר בגישה רווחת, נראה כי שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, ואף שופטים ומלומדים חלוקים בה.⁸ ובלשון אחרת, אף על פי

5 עברת מחדל פשוטה היא עברה שהרכיב ההתנהגותי מתבטא בהיעדר-עשייה והחובה לפעול מצויה בתוך העברה עצמה (יש המכנים אותה גם עברת מחדל ישירה).

6 סעיף 18(ג) לחוק העונשין.

7 מרדכי קרמניצר וראם שגב "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר 197, 218–220 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999). ראו גם MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME – THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATIONS FOR CRIMINAL LAW 54–57 (1993).

8 להלן רשימה קצרה של מקורות שעסקו בין היתר בשאלה זו. קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 7; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403 (2002); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל: בעקבות רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל" עלי משפט ד 175 (2005); יצחק קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה בגין התנהגות מחדלית?" מחקרי משפט כ 379 (2004); דני סטטמן "לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרוני הטוב" מחקרי משפט טו 89 (1999); רוני רוזנברג "השפעתן של הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל במשפט הפלילי הישראלי" (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", 2010); Andrew Ashworth, *The Scope of Criminal Liability for Omissions*, 105 L.Q.R. 424 (1989); JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS 159–181 (1984); GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 593–602 (1978); GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF

שהפרקליטות לא העמידה לדין אדם בעברת ההריגה בגין העובדה שלא מנע פשע, הרי שקיימות דעות מבוססות, הן בארץ הן בחו"ל, שלפיהן אין כל מניעה, במקרים מסוימים, לעשות כן.

השאלה אילו עברות מחדל יכולות לשמש מקור חובה לפעול כבסיס להרשעה בעברות תוצאה קשורה לדעתי קשר הדוק לשאלה תאורטית אך בסיסית ביותר – מדוע בכלל קיימת הבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי, שלפיה כאשר מבקשים להרשיע נאשם במחדל יש למצוא חובה לפעול, ואילו כאשר מדובר במעשה – כל מעשה שגרם לתוצאה האסורה יספיק לצורך הרשעה מבחינת היסוד העובדתי.

לנוכח האמור מאמר זה יחולק לשני חלקים: בפרק א אציג גישות מרכזיות להצדקת ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי. בחלקו האחרון של פרק זה אציג בהרחבה גישה שונה לקיומה של הבחנה זו בהתייחס להבחנה שבין מעשה למחדל בעברות ההמתה. במסגרת זו אראה כי גישה זו עולה בקנה אחד עם תאוריית מוסר של תועלתנות כלל וכן תאוריות של אמנה חברתית הובסיאנית ורולטיאנית.

בפרק ב אציג את העמדות האפשריות בדבר השאלה אילו עברות מחדל יכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה תוך התייחסות ספציפית לשאלה אם עברת אי-מניעת פשע יכולה לשמש מקור חובה לפעול כבסיס להרשעה בעברת ההריגה במחדל. במסגרת זו אציין גם את עמדת בית המשפט בעניין זה ואראה את הקשר הקיים בין העמדות הללו לגישות שהצגתי בפרק א. כחלק מפריסת העמדות השונות אעלה גם גישות חדשות שלא הוצגו על ידי המלומדים השונים, אך הן נובעות, לפחות לכאורה, מתוך עמדתם כלפי ההבחנה שבין מעשה למחדל. בסוף פרק ב אציג אפשרות לשלב את הרציונלים השונים ואת ההשלכה שיש לשילוב זה על השאלה דלעיל.

יצוין, כי במקום אחר דנתי ארוכות ברציונלים השונים המצדיקים את ההבחנה שבין מעשה למחדל וכן בהגדרות הנובעות מרציונלים אלה. במסגרת זו הצגתי שם בהרחבה את הביקורות השונות כלפי רציונלים והגדרות אלה. לעומת זאת מאמר זה מתמקד בשני נושאים שונים: ראשית, אילו עברות מחדליות יכולות לשמש מקור חובה לפעול כבסיס להרשעה בעברות תוצאה ובעיקר לעברת ההריגה, ושנית, מהו הקשר המהותי הקיים בין הרציונלים הבסיסיים המצדיקים את ההבחנה שבין מעשה למחדל לבין השאלה אילו עברות מחדליות יכולות לשמש מקור חובה. בשל כך, בפרק א של מאמר זה רק יוצגו ויאופיינו הרציונלים השונים בלא להעלות פעם נוספת את הביקורות הנוגעות לרציונלים אלה.⁹

אני סבור כי אפיון הגישות השונות לשאלת מקור החובה לפעול והצגת הקשר שבין גישות אלה לרציונלים השונים ישמשו נקודת מבט רחבה ועשירה יותר להבחנה שבין מעשה למחדל במשפט הפלילי.

Criminal Law 59–70 (1998). בפרק ב אני מנתח חלק נרחב ממקורות אלו. לפירוט רשימה

רחבה יותר של המקורות ראו רוזנברג, שם, פרקים ב–ד, ו.

9 ראו רוני רוזנברג "ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי – לקראת תיאוריה חדשה" (עתיד להתפרסם בספר קרמניצר, 2014).

א. הרציונלים השונים המבחינים בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

1. רציונל החירות

ההרשעה בגין התנהגות מחדלית בעברות תוצאה ובעברות התנהגות מותנית בקיומה של חובה לפעול. לעומת זאת ההרשעה בגין מעשה שגרם לתוצאה אינה מותנית באיתורה של חובה מעין זו. לכן כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מעשה שגרם למותו של אדם, מבחינת היסוד העובדתי כל מעשה שגרם לתוצאה יספיק לצורך הרשעה. לעומת זאת, כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מחדל שגרם למותו של אדם, יורשע הנאשם רק אם הייתה לו חובה לפעול. מהו הרציונל ליצירת ההבחנה בין מעשה למחדל בהקשר זה?¹⁰

אחד מן הרציונלים המרכזיים להבחנה זו נשען על חירות הפעולה של האזרח.¹¹ לפי רציונל זה, האיסור על מעשה שגורם לנזק אינו פוגע פגיעה ניכרת בחירות הפעולה של האזרח, שכן כל שנדרש ממנו לעשות הוא להימנע מפעולה כלשהי. לעומת זאת איסור על מחדל שגורם לנזק פוגע בהחלט פגיעה ניכרת בחירות האזרח, היות שאיסור זה היה גורם לכך שבכל רגע נתון היה האזרח חייב להפסיק את עיסוקיו כדי למנוע נזק של אדם אחר. לפי נימוק זה, אילו בכל עברות התוצאה היה אפשר להרשיע בגין גרימה במחדל אף בלא קיומה של חובה ספציפית לפעול, כי אז היינו חייבים לעזוב את כל מעשינו ולהתגייס לפעול לשם מניעת הנזק. מצב זה אינו סביר, משום שהמערכת המשפטית צריכה לאפשר לאנשים לנהל

10 יש לציין כי שאלה זו מתחדדת לאור גישות רבות בפילוסופיה של המוסר הגורסות כי אין כל הבחנה בין מעשה למחדל בכלל ובין המתה להנחה למות בפרט. על פי גישות אלה, כאשר כל התנאים שווים, לא צריכה להיות הבחנה בין מעשה למחדל. לגישות אלו ראו בין היתר James Rachels, *Active and Passive Euthanasia*, in *KILLING AND LETTING DIE* 112 (Bonnie Steinbock & Alastair Norcross ed., 1994); Jonathan Bennett, *Whatever the Consequences*, in *KILLING AND LETTING DIE* 167 (Bonnie Steinbock & Alastair Norcross ed., 1994); Bruce Russell, *Presumption, Intrinsic Relevance, and Equivalence*, 4 *THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY* 263 (1979); Tracy L. Isaacs, *Moral Theory, Action Theory, Killing and Letting Die*, 32 *AM. PHIL. Q.* 355 (1995) ולביקורות על הגישות הסקפטיות הללו ראו רוזנברג "השפעתן של הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל במשפט הפלילי הישראלי", לעיל ה"ש 8, פרק א.

11 ראו למשל יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 212 (2003). טיעון החירות הועלה בין היתר גם ברע"פ 1007/05 מדינת ישראל נ' בוחבוט, פס" 14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 1.9.2008). זו גם עמדתם של המלומדים סימסטר וסליבן: A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, *CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE* 61–62 (2000). גם פלר מציין במקומות מסוימים את גישת החירות. פלר טוען כי אין הציבור מסוגל לעמוד במבחן מצוות "עשה" כללית באותה מידה שעליו לעמוד במצוות "לא תעשה", וכן "אין להשוות את החובה המוסרית שעשויה לרבוץ על אדם, עם החובות שהפרתן עלולה להצמיח אחריות משפטית, ובמיוחד אחריות פלילית. כלום אפשר לדרוש סולידריות מוחלטת וכללית בין הפרט וזולתו או אף הציבור כולו?". ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 397 (1984).

את חייהם הרגילים, מבלי שייאלצו בכל עת לנטוש את עיסוקיהם ולצאת למשימות הצלה שונות ומגוונות.¹²

החובה לפעול במקרה של מחדל מבקשת אפוא לצמצם את מספר המקרים שבהם האזרח חייב לפעול כדי למנוע נזק בכלל ומוות בפרט, ובכך היא מצמצמת בהכרח את הפגיעה בחירותו ומאפשרת לו לחיות את חייו הרגילים ולהגשים לפי בחירתו והבנתו.¹³ מהאמור לעיל עולה אפוא כי לבר מהעובדה שחובה כללית למניעת נזק פוגעת בחירות יותר מאיסור על מעשה הגורם לנזק, אין שיקול עקרוני נוסף המבחין בין מעשה למחדל בהקשר של איתור החובה לפעול. מכאן, שלפי תאוריית החירות, אם נצמצם מאוד את מספר המקרים שבהם יחויב האדם להציל אדם אחר, הרי שיעלם ההבדל בין מעשה למחדל, שכן במקרים הללו לא תתרחש פגיעה קשה מדי בחירותו של האזרח.¹⁴

יש לציין כי נימוק החירות שהוצג לעיל אינו נחלתו הבלעדית של אנשי המשפט הפלילי, והוא מיושם על ידי פילוסופים שעסקו בשאלה המוסרית אם המתה במעשה (killing) חמורה מבחינה מוסרית מהנחה למות (letting die). כך למשל, לפי טרמל (Trammell) כדי שהאדם יוכל לנהל את חייו בצורה סבירה, יש לערוך הבחנה מוסרית בין האיסור על המתה לאיסור על הנחה למות. מערכת מוסרית אשר תכרסם בהבחנה זו לא תהא נכונה, שכן היא תהא נוקשה כל כך באופן שאין אזרח שיוכל לעמוד בה.¹⁵

2. רציונל הסיבתיות והאשמה

בניגוד לאמור לעיל, אפשר לטעון כי ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי אינה נעוצה רק בשיקול החירות אלא בהבדל בזיקה הסיבתית, באחריות ובאשמה בין העושה האקטיבי לחדל. כך, כאשר מדובר בגרימת נזק במעשה הרי שקיים קשר סיבתי בין המעשה לבין הנזק, ואילו בין מחדל לנזק אין קשר סיבתי ולמצער הקשר הסיבתי הוא חלש

12 קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי", לעיל ה"ש 11, בעמ' 214.

13 שם, בעמ' 212.

14 קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 383. קוגלר מדגיש כי ייתכן שקיים הבדל בחומרה המוסרית בין מעשה למחדל, אולם הוא טוען כי בהקשר של מציאת החובה לפעול במחדל ההבחנה נשענת על שיקול החירות. ראו קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי", לעיל ה"ש 11, בעמ' 221–222. כך, לפי קוגלר ייתכן שקיים הבדל בין ראובן שלא הציל את שמעון ובכך עבר על חוק לא תעמוד על דם רעך לבין ראובן שהטביע את שמעון, אך עדיין אפשר להרשיע את שניהם בהריגה, שכן ההבדל הנוגע לאיתור החובה לפעול נשען באופן בלעדי על שיקול החירות. אני סבור כי אי אפשר להפריד בין שתי הסוגיות. אם קיים הבדל עקרוני בין מעשה למחדל, הרי שזה אמור להשפיע במקרים רבים על השאלה באיזו עברה אפשר להרשיע. לכן לדעתי אי אפשר להרשיע את ראובן בהריגה אם הוא עבר על חוק לא תעמוד על דם רעך. ראו דיון בפרק ב.

15 Richard L. Trammell, *The Nonequivalency of Saving Life and not Taking Life*, 4 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 261 (1979).

וספקולטיבי יותר.¹⁶ הזיקה במקרה של מחדל היא בעלת אופי חברתי-משפטי, בשונה מגרימה באמצעות מעשה. אחריותו של החדל אינה מתבטאת בכך שהוא יצר את ההתפתחות הסיבתית אלא בכך שנמנע מלהתערב ולנתק מהלך סיבתי שכבר היה קיים כאשר לפי סטנדרט חברתי משפטי היה עליו לעשות כן.¹⁷

על פי גישה זו, השוני בזיקה הסיבתית כאמור הוא חלק מהבדל כללי יותר הקשור לשליטה במהלך העניינים ובהתרחשות העבריינית. לעושה האקטיבי יש שליטה על האירוע במובן זה שהוא הניע את ההליך הסיבתי ויצר בעצמו את הסיכון שגרם לנזק להתממש, לעומת החדל שלא הניע את ההליך הסיבתי אלא לא מנע את התרחשותו.¹⁸ "מי שנמנע מלהציל טובע או מלכבות אש – גם אם מוטלת עליו חובה לעשות כן, אינו בעל שליטה במשמעות המקובלת של מושג זה המתבטאת בניהוג או בהולכה של מהלך אירועים עברייני, כמו בהשלכת מי שאינו יודע לשחות למים עמוקים. החדל אינו יוצר את הסיכון, אלא בהימנעותו הוא מאפשר התפתחות של מהלך דברים, אך אין הוא תורם לו, ואין הוא מונע התערבות מאחרים או התפתחות אחרת שבה תימנע התוצאה... מה שעשוי להיראות כשליטה איננו אלא אפשרות מניעת התוצאה".¹⁹

ההבדל בקשר הסיבתי משקף הבדל אף במידת המחויבות והנחישות לגרימת התוצאה. מידת המחויבות והנחישות לגרימת התוצאה גדולה כאשר מדובר במעשה אקטיבי יותר מאשר במחדל. כך, על פי קרמניצר ושגב, "ההבדל אינו רק בפן האובייקטיבי של הדברים אלא גם בהשתקפות הפנימית שלהם: גם כאשר מדובר ביסוד נפשי זהה במחדל ובמעשה (וההשוואה צריכה להניח שוויון כזה), יש הבדל מבחינת המחויבות לתוצאה, והנחישות כלפי גרימתה, בין העושה לבין החדל".²⁰

הבדל נוסף בין מעשה למחדל שאותו מציינים קרמניצר ושגב נשען על כך שמעשה הגורם לנזק הופך את מצבו של הקרבן לרע יותר, ואילו מחדל שגורם לנזק אינו מרע את מצבו של הקרבן אלא משאירו כפי שהוא.²¹ עמדה זו נשענת למעשה על גישתו של מור (Moore), הטוען כי ההבחנה בין מעשה למחדל נשענת על הבחנה סיבתית. על פיו:

"Omissions do not cause anything. Then when I omit to prevent some harm I do not make the world worse...only when I cause that harm to occur – through my actions – do I worsen the world".²²

- 16 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 203. במחדל הקשר הסיבתי ספקולטיבי יותר, שכן גם אם האדם היה מקיים את חובתו לפעול, אין זה ודאי שפעולתו הייתה מונעת את הנזק.
- 17 שם. כן ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 405–406.
- 18 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 7.
- 19 שם.
- 20 שם, בעמ' 204.
- 21 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 208.
- 22 מור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 28–29.

לפי גישה זו, הצורך באיתור חובה ספציפית לפעול במקרה של מחדל בעבירות תוצאה נועד ליצור שקילות מבחינת החומרה המוסרית בין המעשה למחדל. היות שהמחדל נחות מן המעשה מבחינת חומרתו, מבחינת האנרגייה האנטי-חברתית, מבחינת הנחישות לבצע את העברה, ובשל ההבדלים בין מעשה למחדל מבחינה סיבתית, הרי שיש צורך באיתור חובה ספציפית שמקורה בזיקה מיוחדת כדי "לחזקו".

"הצורך להתנות את האחריות על מחדל בהפרת חובה ספציפית דווקא נעוץ ב'חולשתו' היחסית של המחדל לעומת ההתנהגות האקטיבית: הן מבחינת האנרגיה האנטי-חברתית, הנחישות לבצע עבירה (ועזות המצח והמסוכנות המתבטאות בכך), העובדה שאין מדובר ביצירת הסיכון שהיא אם כל חטאת, וההבדלים בין מעשה למחדל בהקשרים של גרימה ושליטה".²³

ראוי לציין כי עמדה זו שונה מעמדת החירות שהובאה לעיל. לפי רציונל החירות החובה לפעול מבקשת לצמצם את הפגיעה בחירותו של הפועל. לעומת זאת לפי עמדה זו החובה לפעול מבקשת להפוך את המחדל לשווה ערך למעשה מבחינה מוסרית. רציונל הסיבתיות והאשמה שתואר לעיל יוצר נפקות משפטית גם באשר להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי. כאשר דנים קרמניצר ושגב בהגדרת מעשה ומחדל הם טוענים כי מבחן התנועה הגופנית, הגורס כי מעשה הוא תנועה גופנית ומחדל הוא היעדר תנועה גופנית – אינו מספק. לפיהם, קיימים מקרים הכרוכים בתנועה גופנית הראויים להיות מסווגים כמחדל, וכן קיימים מקרים שאינם כרוכים בתנועה גופנית הראויים להיות מסווגים כמעשה. בנוסף, מבחן התנועה הגופנית אינו יכול לפתור מקרים מורכבים שבהם מעורבים הן מעשה הן מחדל. לכן הם טוענים כי הדרך היחידה לסווג התנהגות כמעשה או כמחדל צריכה להתבסס על מבחן הדומיננטיות;²⁴ ההבחנה בין התנהגות אקטיבית לפסיבית, על פיהם, אינה יכולה להתבסס על מבחן בודד, שכן היא צריכה לבטא את כל ההבדלים שבין מעשה למחדל.

ההכרעה אם מדובר בהתנהגות אקטיבית או פסיבית תיעשה בהסתמך על הרציונלים המבחינים בין מעשה למחדל ובעיקר על ידי המאפיינים האלה:²⁵

(א) התנהגות אקטיבית גורמת לתוצאה, ואילו התנהגות פסיבית מתבטאת באי-מניעתה של התוצאה הפוגעת באינטרס חברתי המוגן.

(ב) התנהגות אקטיבית מתבטאת, ככלל, בהרעת מצבו של אינטרס חברתי מוגן, ואילו מחדל מתבטא בהימנעות משיפור המצב.

(ג) התנהגות אקטיבית מתבטאת, ככלל, ביצירת מצב מסוכן, ואילו התנהגות מחדלית בהימנעות מלהציל אינטרס חברתי הנתון בסכנה.

23 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 218–219.

24 שם, בעמ' 208.

25 שם.

3. רציונל בעיית התיאום

רציונל הסיבתיות והאשמה שהוצג לעיל נשען בין היתר על הגישה הגורסת כי קיים הבדל מבחינה מוסרית ומבחינת האחריות והאשמה בין מעשה למחדל, והבדל זה הוא הבסיס להבחנה המשפטית בין אלה. עם זאת בניגוד לאמור לעיל אפשר לטעון כי מבחינה מוסרית אין הבחנה בין מעשה למחדל, אך מטעמים פנים-משפטיים ראוי לערוך הבחנה זו. כך, על פי פיינברג (Feinberg), אין הבחנה מבחינה מוסרית בין ראובן שמטביע את שמעון לבין ראובן שרואה את שמעון טובע בים ולא מצילו, שכן לפיו, אין כל הבחנה בין גרימת נזק במעשה לגרימת נזק במחדל.²⁶ יתרה מזאת טוען פיינברג, אף אם קיים הבדל סיבתי בין מעשה למחדל, אין הבדל זה גורר הבחנה מוסרית, שכן בשני המקרים אפשר למנוע את הנזק, וזה השיקול החשוב מבחינה מוסרית.²⁷

פיינברג מודע לכך שבמקרים מסוימים כאשר ההוצאות או המאמצים למנוע את הנזק גדולים, הרי שלכאורה נראה הבחנה מוסרית בין המקרים. עם זאת הוא טוען כי ההבחנה אינה מושתתת על בסיס מוסרי אלא על בעיה פנים-משפטית של תיאום (The Coordination Problem).²⁸ לפיו נראה כי אפשר לפצל את בעיית התיאום לשניים: בעיית היעילות ובעיית הצדק.²⁹

בעיית היעילות מתאפיינת בכך שאם תוטל על כל אחד מאתנו החובה להציל אנשים אחרים, אזי עלול להיווצר חוסר תיאום ניכר בין אנשים. חוסר התיאום הזה – מי עושה מה ומתי – עלול להוביל לכך שמשאבים ומאמצים רבים ירדו לטמיון. לכן מוטב לחברה להסדיר את חובת ההצלה בצורה מאורגנת ויעילה יותר דרך תשלום מסים למדינה, והמדינה היא שתקצה את משאבי ההצלה לפי צרכיה.

בעיית הצדק מתאפיינת בכך שאם תוטל חובת הצלה כללית, הרי שבהכרח יהיו אזרחים אשר ישקיעו במאמצי ההצלה יותר מאזרחים אחרים. חלק מן האזרחים ישקיעו מאמצים כדי להציל אנשים אחרים, וחלק לא יעשו כן. אף בעיה זו ניתנת לפתרון על ידי הקצאת משאבי ההצלה באמצעות המדינה דרך תשלומי מסים.

לפיו, כאשר מדובר בקביעת איסור כללי על עשיית מעשה מסוים, כאיסור שלא להרוג, הרי שאין נוצרת כל בעיה של תיאום בין האזרחים. ככלל, אדם יכול למלא באופן מוחלט אחר הצו שלא להרוג, שכן הימנעות מהריגה אינה כרוכה בדרך כלל באמצעים ובהוצאות רבות. לעומת זאת כאשר מדובר בצו כללי להצלת חיים, הרי שאדם פרטי אינו יכול להציל את כל האנשים המצויים בעולם ואף לא את כל האנשים החיים בתוך במדינתו ונמצאים בסכנת חיים. לכן נוצרת כאן בעיה של תיאום, המחייבת תקשורת ושיתוף פעולה בין האזרחים.

לפיכך טוען פיינברג כי כאשר מדובר בחובת הצלה לא צפויה (אף כאשר מדובר בשני אנשים זרים), הרי שמוטלת על האדם החובה להציל, וחובה זו אינה שונה בחומריתה

26 FEINBERG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 172–175.

27 שם, בעמ' 166–167.

28 שם, בעמ' 169.

29 שם, בעמ' 169–171.

מהחובה שלא להרוג, שכן במקרה זה לא תעזור חלוקת המשאבים על ידי המדינה. לעומת זאת כאשר מדובר בהצלה צפויה, כגון אנשים עניים שעלולים למות ברעב, או במצבים מסוכנים שבהם ידוע כי אנשים עלולים למות, הרי שהחובה להציל מוטלת על המדינה (והיא נעשית על ידי תשלומי המסים) לא משום שמדובר בחובה שאינה חשובה אלא משום בעיית התיאום שעליה הצבעתי לעיל.

“It would be unfair to those who attempt to do so on their own if others do not make similar efforts and utterly chaotic if everyone tried, on this own, to discharge such a duty, independently of any known assignments of ‘shares’ and special responsibilities... part of the reason why I don’t have a duty to maximize the harm preventing I can achieve on my own is that society collectively has preempted that duty and reassigned it in fair shares to private individuals. Collectively there is hardly any limit to how far we are prepared to go to prevent serious harms to individuals... positive duties to rescue are every bit as serious and weighty as negative duties not to harm. Unlike the latter, however, they must be divided into part, allocated in shares, and (often) executed by appropriate specialists”.³⁰

מתוך דבריו של פיינברג עולה כי החובה לפעול בהקשר של מחדל מבקשת לפתור את בעיית התיאום בין האזרחים. באמצעות החובה לפעול מקצה המחוקק את האחריות לאזרחים הקצאה הגיונית וסבירה יותר, באופן שלא תיווצרנה בעיות של חוסר יעילות וחוסר צדק. לכן הטיל המחוקק על האב או האם, ולא על אנשים אחרים, לשמור על ילדיהם מפני סכנות אפשריות, שכן הטלת חובה זו על האב ועל האם יעילה יותר. ולכן הטיל המחוקק את החובה לכבות שרפה על כבאי המומחה לכך ולא על כלל האזרחים. על פי פיינברג, נכון יותר שהמדינה תעזור לעניים דרך תשלומי המסים של האזרחים ולא תטיל חובת הצלה כללית שלא תהיה יעילה ולא תהיה צודקת.

4. רציונל הפגיעה באוטונומיית הפרט

בחלק זה של הפרק אני מעוניין להציג תאוריה שונה וחדשה בדבר ההבחנה בין מעשה למחדל בעברות תוצאה בהתייחס להבחנה שבין המתה להנחה למות. כבר בראשית דבריי אציין כי אף לעמדתי, הרציונל שיוצג להלן אינו הרציונל היחיד והבלעדי להבחנה בין מעשה למחדל בכלל ובין המתה להנחה למות בפרט, אך הוא לדעתי שיקול מהותי נוסף (מלבד הרציונלים שהוצגו לעיל) לצורך להבחין בין מעשה למחדל במשפט הפלילי. בסוף הצגת הרציונל אציג ביקורת פוטנציאלית שיכולה להיות מופנית כלפי התאוריה שאני מציע, ואנסה לענות עליה.

לדעתי, את ההבחנה בין האיסור על המתה במעשה לאיסור על הנחה למות יש לבחון לאור האינטרסים והערכים העומדים בבסיס שני האיסורים הללו. הנחת המוצא של הרציונלים שהצגתי לעיל היא כי האינטרסים והערכים העומדים בבסיס האיסור על המתה במעשה ובבסיס האיסור על הנחה למות – דומים. הנחת המוצא היא כי כאשר ראובן מטביע את שמעון בים וממית אותו, וכאשר ראובן רואה את שמעון טובע בים ואינו מצילו, הערך שנפגע במקרים הללו הוא זהה – חייו של שמעון. אני סבור כי הנחת יסוד זו בטעות יסודה. הערכים העומדים בבסיס האיסור על המתה במעשה רחבים ומשמעותיים מן הערכים והאינטרסים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות, וערכים אלה ממש הם הבסיס להבחנה בין האיסור על המתה במעשה לבין האיסור על הנחה למות. כדי לבחון את האינטרסים והערכים העומדים ביסוד האיסורים הללו עלינו לשאול שתי שאלות בסיסיות:

ראשית, מה היה קורה בעולם לו לא היה קיים כלל האיסור על המתה במעשה?
 שנית, מה היה קורה בעולם לו היה קיים איסור על המתה במעשה (והוא אף היה נאכף)
 אך לא היה קיים האיסור על הנחה למות?
 שתי השאלות הללו יבהירו לנו מה הייתה תמונת המצב לולא היה קיים האיסור הרלוונטי ובכך יקל עלינו להבהיר על מה בדיוק מגן כל אחד מן האיסורים הללו. אשר לשאלה הראשונה נראה כי בלא איסור על המתה במעשה קיים חשש שניפול לחיים של מגננה ופחד מפני פגיעות שונות שעלולות לגרום למוות. במצב זה אף אם אנשים היו מצליחים לשמור על חייהם ולא היו מתים, עדיין הם היו חיים ללא תחושת מוגנות בסיסית. פחד זה היה גורר לפגיעה ניכרת באוטונומיה של האדם, שכן במצב זה יקשה על האדם לממש את שאיפותיו ולתכנן את חייו באופן סביר. בהקשר זה ראוי להביא את דבריו של הובס (Hobbes) המתארים את המצב הטבעי:

"במצב זה של אי בטחון הדדי, אין לו לאדם דרך נבונה יותר להבטיח את עצמו, מאשר אם יקדם את הרעה, זאת אומרת, בחוזק יד או בתחבולות ערמה ישתלט על כל מי שיוכל ועד שלא יראה עוד כוח אחר שיהא בו כדי לסכן את קיומו... כל אותן התוצאות שמביא אפוא זמן של מלחמה כשכל אדם אויב לכל אדם, כל אותן התוצאות כרוכות גם בזמנים, כשבני האדם חיים בלי כל ערובה לביטחונם במצב כזה אין מקום לחריצות כפיים, משום שפירותיה אינם בטוחים. על כן אין עבודת אדמה; אין שיט וגם לא שימוש במצרכים שאפשר להביא בדרך הים; אין בניינים נוחים; אין כלים להעתיק ולהוביל דברים שמצריכים כוח רב, אין ידיעה פני הארץ, אין ספירה של הזמנים, אין אמנויות, אין ספרות, אין חברה, ומה שגרוע מכל – פחד בלתי

פוסק מפני מיתה בידי כוח הזרוע, שסכנתה אורבת בכל עת. האדם חי חי
בדידות, חיים דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים".³¹

חשוב להדגיש כי הבעיה שהייתה מתרחשת אם לא היה קיים איסור על המתה במעשה, לא הייתה מסתכמת רק בלחימתם של אנשים זה בזה כל הזמן. הבעיה העיקרית היא שאף אם אנשים לא היו מתים, הרי שמחמת הפחד הייתה האוטונומיה של האדם נפגעת פגיעה קשה.³²

ויודגש מיד כי אף אם לא נגיע למצב הטבעי הקיצוני שתיאר הובס של מלחמת הכול בכול, בכל זאת קיים חשש שללא האיסור על המתה חלק מן האנשים ינסו לתקוף אנשים אחרים, לפגוע באחרים או להמיתם (בשל שנאה, טובות הנאה, הישרדות ועוד), ועובדה זו תגרום, לפחות לכאורה, לחשש רב מפני תקיפות אלה. ויתרה מזאת, אף אם אנשים לא ינסו לתקוף זה את זה, לא מן הנמנע כי אנשים יחששו מפני תקיפות פוטנציאליות אלה. כך מתאר נוזיק (Nozick) את מצב החברה בהיעדר חוקים נגד המתה, תקיפה אונס וכדומה:

"A system that allowed assaults to take place... would lead to apprehensive people, afraid of assault, sudden attack, and harm... to avoid such general apprehension and fear, these acts are prohibited and made punishable".³³

עם זאת אשר לשאלה השנייה נראה כי בלא איסור על הנחה למות, הרי שחיייו של האדם עדיין יכולים להיות סבירים. ייתכן שאין זה קיום אנושי אופטימלי, אך ודאי לא היינו מגיעים למצב הטבעי שאותו תיאר הובס. במצב זה עדיין האדם לא היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו. אמנם הוא היה צריך לחשוש מפני מצבים מסוכנים, אך עובדה זו בדרך כלל תלויה בו עצמו ובאופן שבו הוא יכול לנהל את חייו בזהירות בלא להסתכן בסיכונים מיותרים.

הבדל זה מעיד שהערכים שבבסיסי האיסורים הללו – שונים אלה מאלה. האיסור על המתה במעשה מבקש להגן על אינטרסים וערכים בסיסיים הרבה יותר לאדם מהאיסור על הנחה למות. מטרתו של האיסור על המתה במעשה היא מתן אפשרות לאדם לחיות חיים ראויים המאפשרים אוטונומיה אישית, חיים עם תחושת מוגנות בסיסית ולא חיים של פחד ששורר בהם קושי מתמיד. במובן זה האיסור על המתה במעשה מאפשר במידה רבה את האוטונומיה של האדם. לעומת זאת גם ללא האיסור על הנחה למות תחושת המוגנות הבסיסית הייתה קיימת ובעקבות זאת אוטונומיית האדם הייתה נשמרת. ייתכן שאיסור זה

31 תומס הובס לזיתן: או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית 114–116 (יוסף אור תרגם, תשכ"ב).

32 ראו לעניין זה GREGORY S. KAVKA, HOBBSIAN MORAL AND POLITICAL THEORY 81–82 (1999).

33 ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 66 (1974).

מרחיב במקרים מסוימים את האוטונומיה של הפרט בכך שאדם יודע שיצילו אותו במקרים שבהם הוא זקוק לכך, אך אין הוא מכונן אותה.³⁴

בנקודה זו ראוי להדגיש כי ההבחנה בין המתה להנחה למות היא רק דוגמה ספציפית (אף על פי שהיא בעלת המשקל הרב ביותר) להבחנה הכללית שבין גרימת נזק לנתינה לנזק לקרות (allowing harm doing harm and). אולם רציונל הפגיעה באוטונומיה רלוונטי אף לנזקים שאינם קשורים כלל להמתה. למשל, איסור גרימת חבלה במעשה חמור מאיסור גרימת חבלה במחדל, שכן איסור חבלה במעשה מגן על האוטונומיה של האדם הרבה יותר מאיסור חבלה במחדל. בדומה לכך, כשמדובר ברכושו של האדם, ולא בגופו, גרימת נזק במעשה פוגעת באוטונומיה של הפרט והחברה הרבה יותר מגרימת נזק במחדל.

יש לציין כי רציונל הפגיעה באוטונומיה שהצעתה לעיל, המבחין בין המתה במעשה להמתה במחדל, שונה מהרציונלים שהוזכרו לעיל. רציונל זה אינו קשור להבדל הסיבתי שהציעו בין היתר קרמניצר ושגב, שכן אני יוצא מנקודת הנחה שהן במעשה הן במחדל מתקיים קשר סיבתי. כמו כן רציונל זה אינו מתמקד בהבדל בשליטה בין העושה האקטיבי לבין החדל, שכן אני יוצא מנקודת מוצא שהן העושה האקטיבי והן החדל שולטים ביכולת למנוע את הנזק. כמו כן רציונל הפגיעה באוטונומיה שונה מרציונל החירות, שכן לפי רציונל החירות, הצורך באיתור חובה לפעול במחדל נובע מרצונו של המחוקק לאפשר לו לנהל חיים סבירים בלא שיהא עליו לעזור לאנשים כל העת. לכן לפי רציונל החירות, אם לא היה הבדל ברמת הקושי בקיום האיסור, הרי שלכאורה לא היה הבדל בין שני האיסורים (בנוגע לצורך באיתור החובה לפעול). לעומת זאת על פי הרציונל שהצעתה, אף אם לא היה הבדל ברמת הקושי בקיום האיסור, היה הבדל רב בין שני המקרים, שכן שני האיסורים מגנים על אינטרסים שונים. רציונל הפגיעה באוטונומיה שונה כמובן גם מרציונל בעיית התיאום, שכן רציונל בעיית התיאום גורס שאין הבדל עקרוני מבחינה מוסרית בין איסור המתה במעשה לאיסור המתה במחדל, ואילו רציונל הפגיעה באוטונומיה מבהיר שקיים הבדל מוסרי בין שני האיסורים הללו.

אשר לרציונל הפגיעה באוטונומיה אמנם אפשר לומר כי לא כל מעשה המתה פוגע באינטרסים שעליהם מגן האיסור על המתה, שכן ייתכן שלא כל הריגה פוגעת בתחושת הביטחון ובאוטונומיה שלנו. אולם טענתי היא כי אף אם מעשה הריגה מסוים אינו פוגע באינטרסים שעליהם מגן האיסור על המתה, הוא יהיה חמור מהנחה למות, שכן חומרת המעשה נמדדת ביחס לחומרת האיסור, וחומרת האיסור עצמו נמדדת ביחס למשמעות האינטרסים שעליהם מגן האיסור. אפשר להשתית את עמדתי הן על תאוריה מוסרית של תועלתנות כלל הן על תאוריה מוסרית המושתתת על אמנה חברתית. להלן אציג בקצרה כיצד מתבססת עמדתי על תאוריות אלו.

34 יש להדגיש כי האיסור על הנחה למות אמנם מרחיב מצד אחד את האוטונומיה של הפרט והחברה כמובן זה שאדם יודע שיצילו אותו, אך מצד אחר הוא מצמצם את האוטונומיה של הפרט, שכן בכל רגע נתון אפשר שיהיה על אדם לבצע פעולת הצלה.

(א) תועלתנות כלל

כמפורט לעיל, האפשרות הראשונה היא להסתמך על תאוריית מוסר תועלתנית. לתאוריה זו שתי אסכולות: תועלתנות כלל ותועלתנות אקט. תועלתנות אקט גורסת כי מעשה הוא מוסרי אם הוא מביא לתוצאות הטובות ביותר בסיטואציה הרלוונטית לעומת החלופות הקיימות. ומעשה אינו מוסרי אם אינו מביא לתוצאות הטובות ביותר בסיטואציה הרלוונטית, לעומת החלופות הקיימות.³⁵

לעומת זאת לפי תועלתנות כלל, מעשה הוא רע מבחינה מוסרית אם הוא אינו עולה בקנה אחד עם מערכת כללים אשר אם כל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותה היא הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר. לעומת זאת מעשה הוא טוב מבחינה מוסרית אם הוא עולה בקנה אחד עם מערכת כללים אשר אם כל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותה היא הייתה מובילה לתוצאות הטובות ביותר.³⁶

יש לשים לב כי תועלתנות כלל שונה מתועלתנות אקט בעיקר בכך שתועלתנות אקט מודדת את הערך המוסרי של מעשה בצורה ישירה, קרי לפי תוצאות המעשה עצמו, ואילו תועלתנות כלל מודדת את הערך המוסרי של מעשה במידת התאמתו לכלל, אשר אם כל החברה הייתה מקבלת אותו, הוא היה מביא לתוצאות טובות מכלל אחר.³⁷ כך, תועלתנות אקט סבורה כי אסור לגנוב מאדם, שכן במקרה הרלוונטי הגנבה תביא לתוצאות רעות מבקרה שבו לא היו גונבים מאדם זה. לעומת זאת תועלתנות כלל תאמר שאסור לגנוב מאדם מכיוון שאקט הגנבה סותר את הכלל "לא תגנוב", שהוא הכלל המוסרי הנכון, שכן אם כולם היו מקבלים כלל זה, הרי שהתוצאות מבחינת החברה היו טובות יותר ממצב שבו כולם לא היו מקבלים כלל זה.

אם נשוב לשאלה שנשאלה לעיל (שלפיה לא כל מעשה המתה פוגע באוטונומיה שלנו), אני סבור שתאוריית תועלתנות כלל פותרת בעיה זו. כפי שציינתי לעיל, תועלתנות כלל אינה בוחנת מוסריותו של מעשה ישירות לפי תוצאות המעשה הספציפי (בניגוד לתועלתנות אקט), אלא לפי מידת התאמתו למערכת כללים אידאלית. מערכת הכללים האידאלית היא מערכת כללים שקבלתה על ידי החברה הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר. אולם אף בתוך מערכת כללים זו קיימת לכאורה היררכיה. ככל שהכלל שומר על אינטרסים בסיסיים יותר של החברה, כך משקלו של הכלל רב יותר, והפרתו תגרור אשמה גדולה יותר. בהקשר דנן, האיסור על הריגה שומר על אינטרסים בסיסיים מאלה שעליהם האיסור על הנחה למות שומר, ועל כן הוא כלל חשוב מהאיסור על הנחה למות ובעל משקל רב ממנו מבחינה

35 ראו ג'ון סטיוארט מיל התועלתנות 16 (יוסף אור תרגם, תשל"ב). כמו כן ראו J.J.C. SMART AND BERNARD WILLIAMS, UTILITARIANISM: FOR AND AGAINST 9 (1973).

36 BRAD HOOKER, IDEAL CODE, REAL WORLD: A RULE-CONSEQUENTIALIST THEORY OF MORALITY 32 (2000). להרחבה בנוגע להסבר על אודות ההבחנה בין תועלתנות אקט לתועלתנות כלל ראו רוזנברג "השפעתן של הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל במשפט הפלילי הישראלי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 174-188.

37 לכן יש הקוראים לתועלתנות אקט תועלתנות ישירה, ואילו לתועלתנות כלל – תועלתנות עקיפה. ראו Brad Hooker, *Rule Consequentialism*, 99 MIND 67 (1990).

מוסרית. לכן כאשר אנו בוחנים התנהגות של המתה ושל הנחה למות עלינו לבחון זאת לאור הכלל שקבלתו תביא לתוצאות הטובות ביותר ולא לפי תוצאות מעשי ההמתה או ההנחה למות הספציפיים. מכיוון שהכלל האוסר על המתה חמור מן הכלל האוסר על הנחה למות, הרי שמעשה הריגה חמור מהתנהגות של הנחה למות, וזאת ללא קשר לתוצאות המעשה עצמו.

(ב) תאוריית האמנה החברתית

האפשרות השנייה היא להשתית את ההבחנה בין האיסור על המתה במעשה לבין האיסור על הנחה למות על תאוריית מוסר הנשענת על אמנה חברתית. תאוריה זו גורסת כי מעשה מוסרי הוא מעשה שאנשים – במסגרת חוזה היפותטי – היו מסכימים לו. לעומת זאת מעשה לא מוסרי הוא מעשה שאנשים – במסגרת חוזה היפותטי – היו מתנגדים לו.³⁸ את תאוריית האמנה החברתית נהוג לחלק לשתי אסכולות:³⁹ אמנה חברתית הובסיאנית, היוצאת מבית מדרשו של תומס הובס, ואמנה חברתית רולסיאנית, היוצאת מבית מדרשו של ג'ון רולס (Rawls). לדעתי, ההבחנה שאני מציע בין האיסור על המתה במעשה לבין האיסור על הנחה למות מתיישבת יפה עם שתי האסכולות דלעיל.

(1) האמנה החברתית ההובסיאנית

האמנה החברתית ההובסיאנית גורסת כי החובות המוסריות בין בני האדם הן קונוונציות. הרציונל של קונוונציות אלו נשען על הסכמתם של בני האדם להטיל על עצמם, במסגרת חוזה, מגבלות מוסריות כדי למקסם את התועלות האישיות שלהם. על פי גישה זו, האיסור המוטל על האדם לא לפגוע בגופו של חברו אינו נובע מחובה טבעית מוסרית אלא מהסכמה בין אנשים שלא לעשות פעולות אלה. מרבית הכותבים שהולכים בדרך של האמנה החברתית מציינים כי אין מדובר באמנה חברתית שאכן נחתמה בין אנשים, אלא מדובר באמנה חברתית היפותטית.⁴⁰ על פיהם, תאוריית האמנה החברתית נועדה לתת רציונל לחובות המוסריות בין האנשים.

גותייר (Gauthier) מצייין כי תאוריית האמנה החברתית ההובסיאנית נשענת על שלוש הנחות עיקריות:⁴¹ האחת, העולם נקי מעובדות מוסריות. כלומר, אין חובות טבעיות

38 רונלד דוורקיין ביקר את תאוריית האמנה החברתית של רולס כי היא מסתמכת על חוזה היפותטי שלמעשה אינו חוזה כלל. ראו Ronald Dworkin, *The Original Position*, 40 U. CHI. L. REV. 501 (1973).

39 ראו Will Kymlicka, *The Social Contract Tradition*, in A COMPANION TO ETHICS 186 (Peter Singer ed., 1993).

40 David Gauthier, *The Social Contract as Ideology*, 6 PHIL. & PUB. AFF. 130, 135 (1977). עם זאת יש הסבורים שהנורמות המוסריות הן פרי חוזה בין אנשים אמתיים. ראו למשל GILBERT HERMAN, EXPLAINING VALUE: AND OTHER ESSAYS IN MORAL PHILOSOPHY 66–68 (2000). להסבר גישתו של הובס ראו גם JEAN HAMPTON, HOBBS AND THE SOCIAL CONTRACT TRADITION (1986).

41 David Gauthier, *Thomas Hobbes: Moral Theorist*, 76 J. PHIL. 547 (1979)

המחייבות את האדם לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה כלשהו. השנייה, האדם הוא יצור רציונלי במובן זה שהוא מכוון את מעשיו לפי מטרותיו. השלישית, מטרות האדם נובעות מן האינטרסים האישיים שלו. כלומר, האדם שואף בראש ובראשונה לקדם את האינטרסים והתועלת שלו, ומטרתו העיקרית היא לשמור על חייו גם בשל הפחד מן המוות וגם כדי לאפשר לו לקדם את יתר מטרותיו.

השאלה הצומחת מן האמור לעיל היא זו: אם אין חובות טבעיות המחייבות אותנו, וכל מטרת האדם היא לקדם את האינטרסים שלו, מדוע אנו מגבילים את עצמנו ומונעים מאתנו פעולות מסוימות?

כדי להבין זאת עורך הובס תרגיל מחשבתי שבו הוא שואל כיצד היה נראה העולם ללא כל ממשל מדיני המחייב אותנו לעשות דברים מסוימים ואוסר עלינו לעשות דברים אחרים. את המצב הזה מכנה הובס "המצב הטבעי".⁴² הובס טוען כי המצב הטבעי יוביל למלחמת הכול בכול ובו כל אדם הוא אויב של כל אדם. במצב זה התחרות בין האנשים היא בלתי פוסקת, בין היתר בשל המשאבים המוגבלים הקיימים בעולם. וכך, אף אם אדם היה מוכן להסתפק בחלקו, הוא לא יכול היה להיות בטוח שאף חברו יסתפק בחלקו. כלומר, הוא תמיד צריך לחשוש כי חברו יהרוג אותו כדי לשמור על עצמו. לשם כך הוא היה מקדים רפואה למכה והורג את חברו. ואם כולם יעשו כן, תיווצר לדעת הובס מלחמת הכול בכול.⁴³ מכיוון שבמצב הטבעי קיימת כאמור מלחמת הכול בכול, וחיי האדם בו הם דלים, מאוסים וקצרים, הרי שהאדם, בהיותו יצור רציונלי הרוצה בטובתו האישית, יהיה מעוניין לברוח ממצב זה. הדרך לעשות זאת היא באמצעות חוזה שלפיו כל אדם מגביל עצמו מלבצע פעולות מסוימות שעלולות להשיב אותו למצב הטבעי. מצבו של כל אדם לאחר ההסכם יהיה טוב לאין שיעור ממצבו במצב הטבעי.

היות שהסיבה לאמנה החברתית היא למעשה חילוץ האדם מן המצב הטבעי, הרי שהכלל הראשון שהיה מתקבל הוא הכלל האוסר על המתה. ללא מגבלה זו היה קיים חשש כבד כי האדם היה שב למצבו הטבעי, שבו הוא חי חיי פחד, שכן בכל רגע נתון הוא היה חושש שיכולים להמיתו.⁴⁴

לעומת זאת ייתכן שהכלל המחייב הצלת אנשים היה מתקבל במסגרת חוזה היפותטי אך בצורה מסויגת יותר, ובכל מקרה משקלו היה קל מזה של האיסור על המתה. הנימוק לכך הוא שאף אם לא היה מוטל על האדם החיוב להציל, הייתה החברה שורדת והחיים היו יכולים להיות תקינים.

42 הובס, לעיל ה"ש 31, בעמ' 127.

43 שם, בעמ' 114.

44 גם הובס ציין כי הכלל הבסיסי הוא לרדוף שלום והכלל שנובע מכך הוא הכלל האוסר על הריגה, בתנאי שכולם יקבלו כלל זה. "יהי אדם נכון, כשגם אחרים נכונים לכך, לנטוש את זכותו זו לכל דבר, במידה שימצא לנחוץ למען השלום ולשם הגנה על עצמו; ויהיה מסתפק באותה מידה של חירות כלפי בני אדם אחרים, שהיה מניח בידם ביחס לעצמו. ראו שם, בעמ' 121.

(2) האמנה החברתית הרולסיאנית

רולס מציג בספרו A THEORY OF JUSTICE⁴⁵ תאוריה של צדק שאמורה להיות בסיס ליסודות המשטר של המדינה. במסגרת זו הוא יוצא מנקודת מוצא שבכל חברה יש לבניה אינטרסים משותפים ואינטרסים מנוגדים. האינטרסים המשותפים נובעים מהבנת האנשים בחברה כי שיתוף פעולה בין כולם עדיף על פני מצב שבו כל אחד פועל בנפרד. אולם קיימים גם ניגודי אינטרסים, שכן כל אחד מן האנשים אינו אדיש לדרך שבה יחולקו הזכויות והחובות בין הצדדים.⁴⁶ בשל כך הוא טוען כי יש צורך בכמה כללים אשר יאפשרו חלוקה צודקת של זכויות וחובות בין האנשים וכן חלוקה צודקת יותר של משאבים. כללים אלה הם כללי הצדק של המוסדות הבסיסיים של החברה.

הדרך שבה פוסע רולס כדי לגלות ולהצדיק את הכללים שלאורם על המוסדות הבסיסיים של החברה ללכת היא דרך האמנה החברתית.⁴⁷ על פיו, כללי הצדק הם אותם כללים בסיסיים המתייחסים לחלוקת זכויות וחובות וחלוקת משאבים בין בני החברה, אשר אנשים חופשיים ורציונליים היו מקבלים במצב התחילי מאחורי מסך הבערות.⁴⁸ רולס מדגיש כי אין מדובר בהסכם אמתי בין אנשים ספציפיים אלא בתרגיל מחשבתי המנסה לקבוע מהם החוקים שהיו מקבלים אנשים מאחורי מסך הבערות.⁴⁹ הרעיון הבסיסי העומד מאחורי מסך הבערות הוא שאנשים במצב זה אינם יודעים כלל מהו מיקומם בחברה ומה מעמדם הכלכלי. הם אינם יודעים אם הם חכמים או טיפשים, אם הם עניים או עשירים וכן הלאה.⁵⁰ במצב שבו איש אינו יודע מהו מצבו האמתי קיים שוויון מוחלט. לפיכך הוא סבור כי החוקים שהתגבשו מאחורי מסך הבערות הם חוקים הוגנים.⁵¹

רולס טוען כי מאחורי מסך הבערות אנשים היו בוחרים בשני כללים בסיסיים:⁵²

1. הכלל הראשון הוא כי לכל אדם זכות שווה למכלול החירויות הבסיסי.
 2. הכלל השני קובע כי אפשר להפר את השוויון החברתי בתחום החברתי והכלכלי רק כאשר אי-שוויון זה מעלה את רמתו של החלש ביותר.
- לפי רולס הכלל הראשון קודם לכלל השני, והמשמעות של קדימות זו היא כי אין לפגוע בחירות בסיסית של אדם כדי לשפר את מצבו הכלכלי. אפשר לעשות זאת אך ורק לטובת החירות הבסיסית עצמה.⁵³ לענייננו חשוב להדגיש כי כאשר רולס מדבר על החירויות הבסיסיות של האדם, הוא מתייחס לחירות פוליטית (כגון החירות להצביע), חופש הדיבור,

45 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (rev. ed., 1999)

46 שם, בעמ' 4.

47 שם, בעמ' 10.

48 שם.

49 שם, בעמ' 11, 14.

50 שם.

51 שם, בעמ' 17.

52 שם, בעמ' 53.

53 שם, בעמ' 53–54. לביקורת ראו H.L.A Hart, *Rawls on Liberty and Priority*, 40 U. CHI. L. REV. 534 (1973).

חופש המצפון והמחשבה וחירות האדם באופן כללי, הכוללת חירות מכפייה פסיכולוגית וחירות מתקיפה.⁵⁴

אני סבור כי לרעיון של רולס הקובע כי אנשים מאחורי מסך הבערות היו בוחרים בכללים הללו, תוך מתן קדימות לקסיקלית לכלל הראשון, הקובע כי לכל אדם זכות שווה למכלול החירויות הבסיסי, קיימת השלכה אף להבחנה שבין המתה להנחה למות. כפי שציינתי לעיל, לו לא היה קיים כלל איסור על המתה, הרי שאף אם האדם לא היה נרצח על ידי מאן דהוא, הרי שחיוו היו נפגעים פגיעה קשה, משום שהיה חי בפחד ובחשש עם שחיקה ממשית באוטונומיה שלו. המשמעות המרכזית של עובדה זו לענייננו היא כי במצב כזה, שבו אין איסור על המתה, קיימת פגיעה כללית במכלול החירויות הבסיסית שציינן רולס. אין חירות הצבעה, אין חופש דיבור, אין חופש מחשבה, וברור שלאדם אין חירות מכפייה פסיכולוגית ומתקיפה. לכן ברור כי כדי לשמור על החירויות הללו היו האנשים שמאחורי מסך הבערות בוחרים בכלל האוסר על המתה.
טענה דומה העלה ניקל (Nickel) במאמרו:

“Creating an effective system of protections of security rights through the criminal law is one of the most important things that can be done to make possible the enjoyment of other liberty below. If those who would invade people’s liberties and rights are unrestrained in their ability to threaten death, harm, violence, and loss of property, few if any liberties can be enjoyed. Security rights, like due process rights, are essential building blocks for a system of liberty”.⁵⁵

לעומת זאת אם לא היה כלל המחייב אנשים להציל את זולתם בעת סכנה, הרי שלא היו נפגעות כלל החירות שהוא ציין. עם זאת היה לאנשים החופש להצביע, היה להם חופש מחשבה ודיבור, וכן הייתה להם חירות מכפייה פסיכולוגית ומתקיפה. איני טוען כי אנשים מאחורי מסך הבערות לא היו מקבלים את הכלל המחייב הצלה במקרים מסוימים, אך לאור הדברים שטענתי לעיל ברור כי הכלל היה מתקבל בצמצום רב יותר, ומשקלו היה פחות מזה של האיסור על המתה. בדבר האמור לעיל יש לציין כי רולס עצמו טען כי אנשים מאחורי מסך הבערות היו מקבלים את הכלל הקובע חובת הצלה, שכן יש לכלל זה השפעה רבה על איכות החיים של האדם עוד בטרם הוא יודק לעזרה. רולס מדגיש כי לעובדה שכל אחד מן הציבור יודע כי אם יודק לעזרה בשעת סכנה היא תינתן לו, יש ערך רב, אף אם הוא לא יודק כלל לעזרה זו. הערך הרב של הכלל, לפי רולס, אינו נמדד במספר הפעמים שהייתי זקוק לעזרה ואכן קיבלתי אותה, אלא בידיעה ובביטחון שנוצר עקב ידיעה זו שאם אודק לעזרה אקבל אותה.

54 Rawls, לעיל ה"ש 45, בעמ' 53.

55 James W. Nickel, *Rethinking Rawls's Theory of Liberty and Rights*, 69 CHI.-KENT L. REV. 763, 768 (1994).

“A sufficient ground for adopting this duty is its pervasive effect on the quality of everyday life the public knowledge that we are living in a society in which we can depend upon others to come to our assistance in difficult circumstances is itself of great value... the primary value of the principle is not measured by the help we actually receive but rather by the sense of confidence and trust in other men's good intentions and the knowledge that they are there if we need them”.⁵⁶

באמצעות דרך הטיעון של רולס בנוגע לחובת הצלה אפשר להשלים את התמונה כאמור בנוגע לאיסור המתה. אפשר לומר שאנשים היו מקבלים את האיסור על המתה כי הוא נוגע להשפעה העצומה שיש לאיסור זה על איכות חיינו. עצם העובדה שאנשים יודעים שאף לא אחד יפגע בהם יש לכך ערך רב. כפי שציין רולס בנוגע לחובת הצלה, די אם נדמיין לעצמנו את מצב החברה בכלל והאדם בפרט אם לא היינו מקבלים על עצמנו איסור זה. במצב זה כמובן האדם חי בפחד מתמיד בלא כל יכולת לעשות דבר.

נשוב לשאלה המקדמית שנשאלה לעיל ולפיה לא כל המתה פוגעת באינטרסים שעליהם מגן האיסור על המתה, ומכאן שלא כל המתה חמורה מהנחה למות. התשובה היא ברורה – לפי תאוריית האמנה החברתית, איננו בודקים כל מקרה ספציפי. אנו בוחנים את חומרת המעשה לפי הכלל שהיה מתקבל במסגרת ההאמנה החברתית. אם מדובר באמנה חברתית הובסיאנית, הרי שמדובר באמנה חברתית היפותטית שהייתה מתקבלת במצב הטבעי, ואם מדובר באמנה חברתית רולסיאנית, הרי שמדובר באמנה חברתית שהייתה מתקבלת במצב התחילי שמאחורי מסך הבערות. כפי שניסינו להוכיח לעיל, בשתי האמנות הכלל הבסיסי שהיה מתקבל הוא הכלל האוסר על המתה ולא הכלל המחייב הצלה, שכן האינטרסים שעליהם מגן כלל זה רחבים ומשמעותיים יותר.

מהצגת טיעון תאוריית הפגיעה באוטונומיה אפשר ללמוד כי היא מסבירה באופן שונה את הצורך באיתור חובה ספציפית לפעול במחדל. לפיה צורך זה אינו מבקש לפתור את הפגיעה בחירות האזרח, והוא אף לא נועד לחפות על היעדר קשר סיבתי ישיר בין מעשה למחדל כפי שטענו בין היתר קרמניצר ושגב. החובה הספציפית לפעול נועדה לפתור את החולשה המוסרית שיש במחדל לעומת המעשה, חולשה מוסרית שבאה לידי ביטוי בהבדל בין הערכים הבסיסיים שביסוד האיסור על המתה במעשה לעומת האיסור על הנחה למות. כפי שצינתי לעיל, המתה במעשה פוגעת עקרונית בנורמה שאמורה לכוון את האוטונומיה שלנו. לא כן הנחה למות.

עם זאת נראה שבמקרים מסוימים האוטונומיה של האדם יכולה להישחק מאוד אם ידע שלא יקבל עזרה במצבים מסוימים. ראשית, קיימים מקרים שבהם הכניסה למצב המסוכן אינה אשמתו של האזרח, כגון מחלה או שרפה שנגרמה בגלל פגעי מזג האוויר. שנית, הפגיעה באוטונומיה יכולה להיגרם אף מכך שהאזרח יישמר כל העת מלעשות דברים הדרושים לו מחשש שלא יקבל עזרה כאשר יזדקק לכך. בשל כך החברה ממנה “סוכנים”

56 Rawls, לעיל ה"ש 45, בעמ' 297–298.

מסוימים שתפקידם לספק הגנה לבני החברה במצבים מסוכנים העלולים לגרום להם נזק. תפקידם של הסוכנים הוא לספק יציבות וביטחון לפרטים: רופא שיטפל במצוקתם, מציל שימנע את טביעתם, הורים שישגיחו על ילדיהם ועוד. בעלי תפקידים אלה חשובים כדי לשוות לחברה האנושית את היציבות והביטחון כדי שהפרט יוכל לממש את האוטונומיה שלו באופן סביר.

לו היינו מבטלים לחלוטין את החובה להציל ולעזור במקרים ספציפיים כגון שוטרים, אבות או רופאים, אזי נראה שהאוטונומיה של האדם הייתה נשחקת מאוד מתוך הבנה שקיימים דברים שאינם בשליטתנו, וללא חובות אלו יתקשה האדם להתפתח ולממש את האוטונומיה שלו. ומכאן שהחובה לפעול במקרים הללו נועדה, בין היתר, לשמר את האוטונומיה שלנו, ולפיכך במקרים הללו הפרת החובה לפעול מתקרבת בחומרתה המוסרית לפגיעה מן המעשה.

(ג) ביקורת פוטנציאלית על רציונל הפגיעה באוטונומיית הפרט

כנגד הרציונל שהצגתי לעיל אפשר לטעון כי התאוריה המוצעת מבוססת על ההנחה כי אם לא היה מתקיים איסור על המתה, היה קיים חשש כי אנשים ינסו להמית זה את זה, והדבר היה מוביל לפחד, ובסופו של דבר לפגיעה באוטונומיה של הפרט. אולם ייתכן אין חייבים להניח זאת. אפשר להניח שטבע האדם הוא טוב, וכי מרבית האנשים לא היו מנסים להמית האחד את רעהו, ועל כן גם לו לא היה קיים האיסור על המתה לא היו אנשים חוששים כלל (או לפחות לא היו חוששים עד כדי פגיעה ממשית באוטונומיה שלהם).

אני סבור כי יש לדחות ביקורת זו, משני טעמים: ראשית יצוין כי אף אם לא נגיע בהכרח למצב הטבעי הקיצוני שתיאר הובס – של מלחמת הכול בכול – ונצא מנקודת מוצא מחמירה פחות, עדיין, כפי שצינתי לעיל, קיים חשש שללא האיסור על המתה חלק מן האנשים ינסו לתקוף אנשים אחרים, לפגוע באחרים או להמיתם, וייווצר אפוא, לפחות לכאורה, חשש רב מפני תקיפות אלה. ויתרה מזאת, גם אם אנשים לא ינסו לתקוף זה את זה, לא מן הנמנע כי אנשים יחששו מפני תקיפות פוטנציאליות אלה.

שנית, אף אם קיימת מחלוקת בנוגע לטבע האדם ובנוגע לשאלה מה היה קורה לו לא היה קיים האיסור על המתה, הרי שעדיין ראוי שהמחוקק יצא מנקודת מוצא מחמירה הגורסת כי ייתכן שאם לא קיים איסור על המתה, הרי שאנשים ינסו במצבים מסוימים להמית זה את זה. אני סבור כי לא יהיה ראוי ונכון מצד המחוקק לצאת מנקודת מוצא מקלה בדבר טבע האדם ולסבור כי לא יקרה דבר אם הוא לא יאסור המתה, שכן הסיכון בכך הוא גבוה מאוד. לכן גם אם לא ברור מה יקרה בפועל אם לא יהיה איסור על המתה, הרי שעדיין ראוי לצאת מנקודת מוצא מחמירה, שייתכן שאנשים כן ינסו להמית זה את זה מסיבות כאלה ואחרות (שנאה, טובות הנאה, יכולת הישרדות וכדומה).

ב. עברות המחדל היכולות לשמש מקור חובה לפעול בעברת ההריגה

לאחר הצגת הרציונלים השונים להבחנה שבין מעשה למחדל ברצוני לשוב בפרק זה לשאלה הבסיסית שנשאלה במבוא למאמר והיא אילו עברות מחדליות יכולות לשמש בסיס

להרשעה בעברת תוצאה בכלל ובעברות ההמתה בפרט, ובאופן ספציפי יותר – אם עברת אי-מניעת פשע יכולה לשמש בסיס להרשעה בעברות המתה. בפרק זה אראה גם את הקשר ההדוק שבין שאלה זו לרציונלים שהוצגו בפרק א לעיל.

אמחיש את הבעיה באמצעות כמה דוגמאות:

1. סעיף 340 לחוק העונשין קובע כי "המשאיר או מפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו, ויש יסוד סביר להניח שילדים ישחקו בדבר או יטפלו בו בדרך אחרת, ושבעשותם כן הם עלולים להינזק בבריאותם או לסכן חייהם, ואינו נוקט אמצעים זהירות סבירים כדי למנוע תוצאות כאלה, דינו – מאסר שנה".

נניח כי ראובן הפקיר את נשקו בחדרו של אחיו הקטן שמעון אך הוא לא נקט אמצעים סבירים למנוע את האפשרות שילדים ישחקו בנשקו. כעת נניח כי שמעון שיחק בנשקו של ראובן, בעקבות זאת נפלט כדור ופגע בראשו של שמעון והרגו. ברור כי אפשר להרשיע את ראובן מכוח סעיף 340 לחוק העונשין. אך האם אפשר להרשיעו גם בעברת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין תוך שימוש בעברה לפי סעיף 340 כמקור חובה לפעול?

2. סעיף 1(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך קובע כי "חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או בריאותו, כאשר יש לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו". סעיף 4 קובע כי העובר על סעיף 1 לחוק דינו קנס. נניח שראובן עבר את העברה הנדונה, ונניח שהוא צפה את האפשרות שחוסר המעש שלו יגרום מוות לשמעון, וכך אכן אירע. ברור שאפשר להרשיע את ראובן בעברת המחדל הפשוטה הקבועה בסעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך. אך האם אפשר להרשיעו בעברת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין תוך שימוש בעברה לפי חוק לא תעמוד על דם רעך כמקור חובה לפעול?

3. סעיף 262 לחוק העונשין קובע כי מוטלת על אדם היודע כי פלוני זומם לעשות פשע חובה למנוע את ביצוע הפשע. נניח כי ראובן יודע שחברו עומד לרצוח את שמעון, וראובן יכול למנוע את הרצח אם יודיע למשטרה, אך הוא אינו עושה כן, ושמעון מת. ברור כי אפשר להרשיע את ראובן בעברת המחדל הפשוטה הקבועה בסעיף 262 לחוק העונשין. אך האם אפשר להרשיעו בעברת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין תוך שימוש בסעיף זה כמקור חובה?

אפשר לחלק את העמדות השונות בנוגע לשאלה זו לשלוש גישות עקרוניות: הגישה המרחיבה, הגישה המצמצמת וגישות הביניים.

1. העמדה המרחיבה

קוגלר תומך בעמדה שלפיה כל עברת מחדל פשוטה יכולה לשמש מקור חובה לפעול לצורך עברת הגרימה הרלוונטית. עמדה זו עולה כאמור בקנה אחד עם הגישה הסוברת כי ההבחנה בין מעשה למחדל (באשר לצורך באיתור חובה לפעול במחדל) נעוצה בעקרון החירות כפי שהוצגה בפרק א לעיל.

"הסיבה לצורך בקיום 'חובה לפעול', בהקשר של מחדל, בעבירות הגרימה היא הצורך לאפשר לאנשים חירות לנהל את חייהם הרגילים ללא הפרעה

מצד המערכת המשפטית. במקרה שקיימת בו עבירת מחדל פשוטה כבר הכריע המחוקק ששיקול החירות נדחה במקרים הנכנסים לגדר העברה, והאזרח נדרש לפעול. לפיכך, אם נגרמה התוצאה הרלוונטית, ניתן להרשיע בעבירת הגרימה. ניטול למשל את עברת ההריגה. בתחומי עבירה זו נכללים כל האנשים שגרמו, במעשה או במחדל, למות של אדם והייתה להם מחשבה פלילית. במקרה של מחדל נדרשת חובה לפעול. אם דרישה זו נובעת משיקול החירות, אזי ברגע ששיקול זה נופל, ניתן להרשיע בעבירת ההריגה... הטענה היא שדרישת החובה לפעול, במקרה של מחדל, נובעת משיקול החירות, ושבמקרה של מחדל הנכנס לגדרה של עבירת מחדל פשוטה כבר הכריע המחוקק שיש לפעול. במקרה כזה נעלם ההבדל בין מעשה למחדל וניתן להרשיע בעברת הגרימה הנדונה. כפי שכל מעשה שגרם לתוצאה הנידונה מספיק להרשעה בעברה הנדונה, כך צריך להיות הדין ביחס לכל מחדל (שבהקשרו הוכרע כי שיקול החירות נדחה) שגרם לתוצאה הנדונה.⁵⁷

שיקול החירות אף תומך בעמדה כי החובה לפעול המופיעה בחיקוק לבר-פלילי תהא תנאי מספיק להכרה בחובה לפעול לצורך עברת הגרימה הרלוונטית. לפי טיעון זה, דרישת החובה לפעול בעברת תוצאה נובעת משיקול החירות, ובמקרה שבו יש חיקוק אזרחי המחייב לפעול, הרי שהמחוקק כבר הכריע ששיקול החירות נדחה, ולפיכך אין עוד מקום להבחנה בין מעשה למחדל.⁵⁸

עולה מכאן כי לפי רציונל החירות, בכל שלושת המקרים שהוצגו לעיל היה אפשר להרשיע את ראובן בהריגה. במקרה הראשון ניתן להרשיעו בכך שהוא הפקיר את נשקו ולא נקט את האמצעים הסבירים למנוע אפשרות של משחק בו, ולכן מת אחיו שמעון. במקרה השני בכך שהוא לא הציל את שמעון מטביעה ועבר על חוק לא תעמוד על דם רעך, ובמקרה השלישי בכך שלא הודיע למשטרה ששמעון עומד להירצח ועבר על עברת אי-מניעת פשע מכוח סעיף 262 לחוק העונשין. בכל שלושת המקרים הבהיר המחוקק כי טיעון החירות

57 קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 382-383. לעניין עמדות מרחיבות נוספות ראו C.M.V. CLARKSON AND H.M. KEATING, CRIMINAL LAW: TEXT AND MATERIALS 111 (1998).

58 קוגלר, שם, בעמ' 404. זוהי גם העמדה של ה-Model penal code, הקובע בסעיף 2.01(3) כי ההרשעה בעברת גרימה מותנית בכך שהחובה לפעול היא "imposed by law". נראה כי ה-Model Penal Code אינו מבחין בין החיקוקים הפליליים בינם לבין עצמם ולא בין חיקוק פלילי לחיקוק לבר-פלילי לצורך הרשעה בעברות תוצאה שנעברו במחדל. עמדה זו מקובלת גם על פלר. על פיו: "אין כל מניעה לייבא מתחומים נורמטיביים אקסטרא פליליים – שתחום הנוזקין הוא רק אחד מהם – חובות לפעול אשר הפרתן תהא בגדר מחדל שעשוי להוות רכיב התנהגותי של כל עבירה של המתת אדם, ולא רק של עבירה של גרימת מוות ברשלנות, ושל כל עבירה של 'גרימה', ולא דווקא של המתת אדם"; פלר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 400. מכאן שלפי פלר אפשר לייבא חובה לפעול גם בתחום לבר-פלילי כגון מדיני הנוזקין או החוזים.

נדחה (שכן במצב הנתון הוא חייב את ראובן לפעול), ומשכך התבטל ההבדל בין מעשה למחדל בדבר איתור החובה לפעול, ויהיה אפשר להרשיע את ראובן בהריגה. ביקורת אפשרית על עמדה זו מבוססת על כך שבעברות שהעונש בהן הוא קנס (כמפורט למשל בחוק לא תעמוד על דם רעך) ובמקרים של חיקוק אזרחי שקיימת בהם סנקציה אזרחית, שיקול החירות לא הוכרע, שכן האזרח יכול להחליט שלא לפעול ולשלם קנס או פיצויים, ועל כן אפשר לומר שאף לפי תאוריית החירות, לא כל עברת מחדל פשוטה, ובוודאי לא כל חיקוק אזרחי, יכולים לשמש מקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברות המתה. כנגד ביקורת זו אפשר לענות כי היא בוחנת את הטיעון בעיני האזרח ולא בעיני המחוקק. בהסתכלות דרך משקפי המחוקק, כאשר הוא קובע עברה מחדלית מסוימת, קביעתו העקרונית היא כי על האזרח לקום ולעשות מעשה, ללא קשר למידת הסנקציה הקבועה בסעיף. כלומר, מצדו של המחוקק יצירת החובה לפעול עצמה מעידה ששיקול החירות הוכרע לטובת השמירה על הערך המוגן שבעברה.

אשוורת' (Ashworth), אשר תומך אף הוא בגישת החירות כמבחינה בין מעשה למחדל, טוען כי אין מניעה להרשיע ברצח גם אדם שעבר על חוק "השומרוני הטוב" או אדם שעבר עברה של אי-מניעת פשע, בכפוף לכך שהוכח היחס הנפשי הרלוונטי לעברה.

"At least three general duties have now been proposed on the basis of a social responsibility approach to the criminal law – *the duty to assist those in peril, the duty to take reasonable steps towards law enforcement* and the duty to ensure the health and welfare of one's children. If a person deliberately breaches such a duty, knowing that the consequence is virtually certain to be the death of another person, *should liability for murder be a possibility?* This is a stern test for adherents of the social responsibility view. For example, should the police officer in Dytham have been liable for murder if it were proved that he realized at the time that the victim was virtually certain to die or suffer serious injury if he made no effort to enforce the law? Should this be dismissed as a grotesque example of constructive liability, or accepted as a fair parallel to the liability of the parent in Gibbins and Proctor for the murder of the child by failing to provide food? *The answer should be to accept the fair parallel, and to denounce to attempt to regard this as a form of constructive liability. It is no constructive because conviction for murder still requires the full mental element for that crime... So long as the duties are clearly set out, so as to achieve fair warning to citizens, there is no*

objection to using the duties as one step in the construction of a murder conviction in cases where intention is also proved.⁵⁹

עמדה זו עולה בקנה אחד אף עם עמדתו של פיינברג, אשר טען כי אין הבחנה מוסרית בין מעשה שגרם לנזק למחדל שגרם לאותו נזק, וכל הצורך באיתור חובה לפעול במחדל נובע מבעיית התיאום. על פי פיינברג כאמור, אם לא היינו נדרשים לאתר חובה לפעול במחדל, והיינו מחייבים את כל האזרחים למנוע נזק כל אימת שהם יכולים לעשות זאת, הרי שהיה נגרם בזכוו אדיר של משאבים (שכן אנשים רבים היו מנסים להציל בלא שיהא בכך כל צורך), והייתה נגרמת בעיה של צדק (חלק יצילו וחלק לא).

פיינברג טוען במפורש כי חלוקה זו של חובות בין האזרחים כדי למנוע בעיות של תיאום אינה תמיד אפשרית. כך קורה במקרים של סכנות פתאומיות ולא צפויות אשר מצריכות עזרה מיידית ודחופה אשר אזרח מן השורה יכול לטפל בהן במאמץ סביר. במקרים אלה לא יעזרו רשויות ההצלה, ולא תעזור חלוקת תפקידים בין האזרחים, שכן ברור שגם כאשר קיימות רשויות הצלה, כשוטרים, כבאים או מצילים, הן אינן יכולות להימצא בכל מקום ובכל זמן. לכן במקרים כאלה, טוען פיינברג, צריכה להיות מוטלת על האזרח החובה לעזור לאדם הנתון בצרה. אי-הגשת עזרה במקרים אלה (הדומים למקרים הקבועים בחוק לא תעמוד על דם רעך) שקולה לדעת פיינברג לגרימת נזק במעשה. ומכאן נראה (אף שהוא עצמו אינו טוען זאת מפורשות) כי לפי פיינברג יהיה אפשר להרשיע בעברת הרצח, ההריגה

59 Ashworth, לעיל ה"ש 8, בעמ' 457. אמנם הוא מיישם את גישתו להרשעה במקרה שמעורב בו שוטר אשר מוטלת עליו לכאורה חובה מכוח זיקה מיוחדת, אך ברור מהקשר המאמר כי הוא סבור שראוי לחוקק חוק המתייחס לחובת הצלה בין אנשים זרים, וכי חוק זה יכול להיות מקור חובה להרשעה בעברות ההמתה (גם כאשר מדובר בשני אנשים זרים). כמו כן אשוורת' מדגיש כי לעתים תיתכן בעיה בהוכחת הקשר הסיבתי בין המחדל לבין התוצאה הנדרשת בעברה. כך, לא ברור אם אפשר להוכיח קשר סיבתי בין היעדר התערבות השוטר למות הקרבן. עם זאת ברור כי לענייננו זוהי שאלה צדדית, שכן השאלה היא אם באופן עקרוני אפשר להרשיע אדם בעברת רצח אם הוא עבר על עברה כגון אי-מניעת פשע. התשובה של אשוורת' לשאלה זו היא כאמור חיובית.

אשוורת' סבור כי אפשר להרשיע ברצח או בהריגה גם במקרים שבהם הופרה התחייבות חוזית ובעקבות זאת אדם מת. עם זאת הוא טוען כי אי אפשר להרשיע ברצח או בהריגה בגין כל הפרת התחייבות. לפיו קיימים שני סוגים של התחייבות: אם ההתחייבות הייתה לצורך שמירה על גוף האדם, כי אז הפרתה של התחייבות מעין זו עלולה לגרור הרשעה בעברת הרצח. לעומת זאת אם ההתחייבות לא הייתה לצורך שמירה על הגוף (למשל ההתחייבות של א כלפי ב שהוא יבוא לשטוף את ביתו כל יום. בשל הפרת התחייבות זו אדם מת), כי אז הפרת ההתחייבות אינה יכולה לגרור הרשעה ברצח. "The essence of the duty in these cases is very point of "closely linked to the prevention of harm. In Pittwood this was the employing...in both types of case the dire consequences of failing to fulfill the duty were obvious: this is not to suggest that the mental element for murder does not have to be proved, but rather to make the point that the duty itself should have been known to be a serious one, different entirely from a contract to do the aunts washing or to supply the railway with paint". שם, בעמ' 455.

או גרם מוות ברשלנות (תלוי ביסוד הנפשי של הפועל) עקב אי-מילוי החובות הקבועות בחוק לא תעמוד על דם רעך, היות שנקבעה חובה לפעול הפורסת עצמה על מספר מוגבל של אנשים וסיטואציות, ומשכך אין כל בעיה של תיאום.

"I am therefore unimpressed with the moral significance claim. Where minimal effort is required of a Samaritan there seems to be no morally significant difference between his allowing an imperiled person to suffer severe harm and his causing that harm by direct action, other things (intention, motive) being the same. Even in some cases where more than minimal effort is required, this moral symmetry seems to hold. I have in mind emergencies in which institutional procedures cannot be put immediately into operation and even sounding an alarm takes considerable trouble. When a Samaritan stumbles into such a situation, his duty to give the appropriate aid is virtually as stringent as his duty not to produce a corresponding harm".⁶⁰

אחת מן הטענות שעולה נגד עמדה זו היא כי שימוש בכל עברת מחדל פשוטה כמקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברות תוצאה סותר את כוונת המחוקק. על פי טענה זו, בכל עברת מחדל פשוטה קבע המחוקק סנקציה כלשהי, וחזקה על המחוקק כי אילו הוא היה מעוניין שבמקרים מסוימים שבהם אירעה תוצאה מזיקה העונש יהיה חמור יותר, היה קובע זאת במפורש. אי-הפרדתו של המחוקק בין מקרה שבו אירעה התוצאה המזיקה למקרה שבו התוצאה לא התרחשה מעידה שהוא רצה שהעונש יהיה זהה בשני המקרים, ולא תבצע "הקפצה"⁶¹ של עברת המחדל הפשוטה לעברה חמורה יותר.

למשל, הסנקציה הקבועה בסעיף 262 היא שנתיים מאסר. על פי הטענה דלעיל, כוונת המחוקק הייתה כי הסנקציה נגד אדם הנכנס בגדר סעיף זה תוגבל לשנתיים מאסר בין שבוצע הפשע ובין שלא, ולפיכך אי אפשר "להקפיץ" עברה זו לעברת תוצאה חמורה יותר. כנגד טענה זו אפשר לומר כי השאלה מה חשב המחוקק בעת שחוקק את עברת המחדל הפשוטה היא שאלה עובדתית. ייתכן שהמחוקק לא חשב על מקרה שבו אירעה התוצאה המזיקה, וייתכן שהוא דווקא כן חשב על מקרה זה וסבר כי יש "להקפיצה"⁶².

נוסף על כך אפשר לטעון כי לפי עמדה זו רק סעיפים 322–326 יכולים לשמש מקור חובה לפעול לשם הרשעה בעברות תוצאה, שכן רק בסעיפים הללו לא ציין המחוקק סנקציה כלשהי. אולם נראה ברור שקיימות עברות היכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה אף על פי שנקבעה להן סנקציה. למשל, סעיף 339, הקובע כי מי שהפקיר כלי ירייה שבכוחו

60 FEINBERG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 171.

61 המונח "הקפצה" נלקח ממאמרו של קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 383.

62 שם, בעמ' 383–384.

לגרום נזק לאדם ללא נקיטת אמצעי זהירות סבירים דינו מאסר שנה. מהו הדין אם אדם הפקיר (על דרך של מחדל) את נשקו וילד שיחק בנשק זה ונפצע פצעים חמורים? האם עונשו יוגבל לשנה בלבד או שמא יהיה אפשר להרשיעו בחבלה חמורה (סעיף 333) או בפציעה (334)? לדעתי, נראה ברור כי יהיה אפשר להשתמש בסעיף זה כמקור חובה לצורך הרשעה בעברות החמורות הללו. יתרה מזו סעיף 18(ג) לחוק קובע כי מחדל הוא הימנעות מעשייה לפי כל דין או חוזה. משמע שגם חוזה יכול לשמש מקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברת תוצאה. אולם לפי הטענה שהוצגה לעיל, המחוקק כבר ציין בחוק החוזים מהי הסנקציה האפשרית למקרה של הפרת חוזה, ואם כן כיצד אפשר להשתמש בחוזה כמקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברת תוצאה?

כמו כן לדעתי המחוקק אמר את דברו בתיקון 39. סעיף 18(ב) קובע כי מעשה כולל מחדל אם לא נאמר אחרת, וסעיף 18(ג) קובע כי מחדל הוא הימנעות מעשייה לפי כל דין או חוזה. מכאן שהמחוקק עצמו לא הגביל את עצמו עקרונית לעברה כזו או אחרת. העמדה המרחיבה מוצאת הד גם בפסיקת בית המשפט העליון:

למשל, בפרשת שכטר⁶³ הורשע יונה שכטר, אשר שימש מנהל מרכז ספורט, בעברה של חבלה ברשלנות לפי סעיפים 341 ו-326 לחוק העונשין בשל אחריותו לחבלה שנגרמה לנער בברכת שחייה במרכז הספורט. המחדל שגרם לחבלת הנער היה אי-התקנת שבכת הביטחון

63 רע"פ 9519/97 שכטר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 663 (1998). נראה כי זו הייתה עמדתו גם של השופט לנדוי בע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני, פ"ד יח 56 (1964). אמנם הדיון שם עסק בסיוע על דרך מחדל, אך נראה כי השופט לנדוי פורס את עמדתו באשר להרשעה בגין מחדל גם על העברה העיקרית. השופט לנדוי קובע כי החובות היכולות לשמש מקור חובה צריכות להיות מפורשות בדין, והן נובעות בדרך כלל מיחסי קרבה מיוחדים. מכאן אפשר להסיק כי קיימות גם חובות שאינן נובעות מיחסי קרבה מיוחדים, ובכל זאת יכולות לשמש כמקור חובה.

דיון בשאלה אם חוק לא תעמוד על דם רעך יכול לשמש מקור חובה לעברת ההריגה עלה בפסק הדין: ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.1.2006). מדובר במקרה שבו הכה המערער את אשתו בכל חלקי גופה, ונגרמו לה אפוא חבלות פנימיות קשות שבגינן נגרם מותה. בית המשפט המחוזי קבע בהכרעת דינו כי התקיים במערער יסוד נפשי הנדרש להרשעה בהריגה, שכן המערער לא יכול לטעון כי לא היה מודע לאפשרות של גרימת מוות מן המכות שהכה את אשתו. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי שמתקיימים כאן יסודות של הריגה במחדל, וזאת בשל השיהוי בהזמנת האמבולנס ובפינויה של אשתו המנוחה לבית החולים. שכן, לו הייתה אשתו מגיעה לבית החולים יום קודם, יש סיכוי סביר שהיה אפשר להציל את חייה. בפסק הדין של בית המשפט העליון נקבע עקרונית כי לא היה צריך להידרש לסוגיית המחדל, שכן המוות נגרם מן המעשה. השופט רובינשטיין סבר כי אם היה הדבר נחוץ הוא היה מרשיע את הנאשם גם בגין מחדל, ככל הנראה בשל יצירת המצב המסוכן. אולם מעבר לכך אגב אורחא העלה השופט רובינשטיין את השאלה אם אפשר להשתמש בחוק לא תעמוד על דם רעך כבסיס להרשעה בעברת ההריגה. בסופו של דבר הוא שאיר את השאלה בצריך עיון, אך מדבריו נראה כי הוא סבור שבמקרים מסוימים אפשר להשתמש בעברה מכוח החוק לא תעמוד על דם רעך כמקור חובה לעברת ההריגה. ראו שם, עמדת השופט רובינשטיין, סעיפים ג-ח.

בברכה, ובהיעדרה נשאב הנער לפתח הצינור בברכה בלא יכולת להינתק ממנו. בית המשפט קבע כי מחדל זה נכנס בגדר סעיף 326 לחוק העונשין, היכול ללא ספק להיות מקור חובה לפעול לשם הרשעה בעברת החבלה ברשלנות. בנוסף קובע בית המשפט בהערת אגב שאף אם חובת המנהל לא הייתה נובעת מסעיף 326 כאמור, עדיין היה אפשר לייבא את חובתו להתקיף את שבכת הביטחון מחובת הזהירות הקבועה בפקודת הנוזיקין, שכן תיקון מס' 39 קבע במסגרת סעיף 18(ג) לחוק העונשין כי מחדל הוא הימנעות מעשייה לפי כל דין, ומכאן שאין מקום להפריד בין חובה הקבועה בדין הפלילי לבין חובה הקבועה מחוץ לדין הפלילי. מעמדת בית המשפט כאמור אפשר להסיק (אף על פי שאין הוא קובע זאת במפורש) כי המילים "לפי כל דין" מאפשרות להשתמש בכל עברות מחדל פשוטה, ללא הבדל בין סוגי העבירות, כמקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברות תוצאה.

"לכאורה נפתרה מחלוקת זו עם חקיקתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39)... לנוכח ההגדרות של 'מחדל' בסעיף 18(ג) לחוק העונשין... מכאן ואילך כך נראה: הפרתה של חובת זהירות 'לפי כל דין' (סעיף 18(ג) לחוק העונשין) תשמש בסיס לקביעת קיומו של 'מחדל' כפרט של היסוד העוברתי לעניינה של כל עבירה ולא דווקא עבירה של רשלנות".⁶⁴

זו הייתה גם עמדתם (גם אם היא הובעה אגב אורחא) של השופטים בפרשת פוליאקוב.⁶⁵ בפרשה זו הורשע דימיטרי גורייב ("דימה") בעברה של סיוע לרצח בכך שהוא נהג במכונית שבה התבצע הרצח על פי הוראות הרוצחים. בית המשפט קבע כי התנהגותו של דימה סייעה בפועל למעשה הרצח, שכן רכב נוסע אינו מעורר חשד, להבדיל מרכב החונה בצד הדרך המושך תשומת לב. במסגרת הדיונים שהתנהלו בבית המשפט טען סנגורו של דימה כי התנהגותו של דימה התאפיינה בהתנהגות מחדלית, שכן הוא לא עצר את מכוניתו, ולפיכך היה צורך לאתר חובה לפעול כדי להרשיעו. בית המשפט קבע כי מדובר כאן בסיוע בדרך של מעשה, אולם מלבד זאת קבע בית המשפט כי גם היה מדובר בהתנהגות מחדלית היה אפשר להרשיע את דימה בסיוע במחדל.

"גם את טענת הסניגור, שלפיה מדובר בסיוע על דרך מחדל, אין בידי לקבלה. ראשית ייאמר, כי בענייננו אין המדובר כלל ועיקר במחדלו של דימה (לעצור את המכונית) אלא במעשהו האקטיבי (המשכת הנהיגה)... שנית, ולמעלה מן הצורך, אוסיף, כי גם אילו נוכחתי שהמדובר בסיוע על דרך מחדל, לא הייתי מהסס לקבוע שדימה אשם בסיוע לרצח. יש שראוי להרשיע בסיוע על דרך מחדל, אף כשאין בידי התביעה להצביע על חובה מן הדין לעשות מעשה. קל וחומר, כמו בענייננו, כשהחובה להציל חיי אדם איננה רק בדר חובה מוסרית שאין גדולה ממנה, אלא גם חובה חוקית,

64 פרשת שכטר, לעיל ה"ש 63, בעמ' 668.

65 ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, נג' (1) 289 (1999)

שהמפר אותה עשוי, בנסיבות מסוימות, להתחייב בעבירה של אי מניעת פשע כמשמעה בסעיף 262 לחוק העונשין.⁶⁶

לכאורה, אם סעיף אי־מניעת פשע יכול להיות מקור חובה לפעול להרשעה בעברת הסיוע להריגה במחדל, אין כל סיבה לומר שהוא לא יוכל להיות מקור חובה לפעול לצורך הרשעה בהריגה במחדל.

2. העמדה המצמצמת

בניגוד לעמדה זו, יש הטוענים כי לא כל עברת מחדל פשוטה אפשר "להקפיץ" לעברת גרימה רלוונטית. לפי קרמניצר ושגב, אם אזרח לא ביצע את הפעולות המוטלות עליו מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך, ובשל כך אדם מת, הרי שאי אפשר יהיה להרשיע אותו בהריגה אף אם התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לעברת ההריגה. או למשל, אם אדם לא מילא את חובתו מכוח סעיף אי־מניעת פשע (סעיף 262 לחוק העונשין), ובעקבות זאת אדם מת, אי אפשר יהיה להרשיעו בגין עברת ההריגה. על פי גישה זו, אחריות לתוצאה יש לייחס רק למי שיש לו קשר ייחודי לנזק על ידי קרבה למקור הנזק או לקרבתו עצמו, ולא למי שמוטלת עליו אחריות כללית להציל בשל היקלעותו למקום הסכנה באקראי. לכן אפשר להרשיע אב בהריגה או בגרם מוות ברשלנות אם הוא לא שמר על בנו מלרוץ לכביש, שכן במקרה זה אפשר לייחס לאב קשר ייחודי לנזק מפאת קרבתו לקרבתו עצמו.⁶⁷

לפי קרמניצר ושגב, כדי להרשיע בגין הריגה במחדל יש לעמוד בשני תנאים מצטברים: האחד, יש לאתר מקור חובה לפעול מפורש בדין; השני, מקור החובה צריך לנבוע מהקשר שבין הנאשם לקרבן או למקור הסכנה.⁶⁸ חובות מכוח זיקה לקרבן או למקור הסכנה אפשר למצוא בסעיפים 322–326 לחוק העונשין. כך למשל סעיף 323 עוסק בזיקה שבין ההורים לצאצאיהם. זיקה זו מבוססת על תלותם של הצאצאים בהוריהם, אשר בלעדיהם אין קיום לחברה האנושית במתכונתה המקובלת. סעיף 322 דן בקבלה מרצון של אחריות כלפי מי שנשקפת, או עלולה להישקף, לו סכנה כגון מי שקיבל לביתו או לחסותו חסר ישע. לגישתם, זיקה זו עשויה לצמוח גם מכוח קשר חברתי קרוב כגון חיים בצוותא במסגרת תא משפחתי. אפשר לראות בסוג זה של מקרים סוג של קבלה מרצון של אחריות. במקרים אלה

66 שם, בעמ' 308.

67 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 218–219. העמדה שאי אפשר להרשיע בהריגה בשל הפרת חוק לא תעמוד על דם רעך עולה גם מהנאמר ב: J.C. SMITH & B. HOGAN, CRIMINAL LAW 74 (2008). וכן ראו (1986) 212 CRIMINAL LAW 113–114. זוהי גם עמדתו של סטטמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 113–114.

68 ראו גם קרמניצר ולבנון-מורג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 179–180. יש לציין כי במאמר זה מתייחסים המחברים לסיוע במחדל. אולם ברור ממאמרם כי אף לעניין הרשעה בעברה עיקרית במחדל יהיה צורך בשני התנאים: קיום חובה לפעול בדין, וכי החובה תנבע מהקשר שבין הנאשם לקרבן או למקור הסכנה.

הבסיס לחובה נעוץ בהסתמכותו של המוגן עצמו על קבלת האחריות של האחר, ולפיכך הסתכן באופן שלא היה עושה זאת ללא קבלתו של האחר אחריות. דוגמה נוספת היא סעיף 326, העוסק בזיקה שבין האדם למקור הסכנה. הרציונל לחובה זו הוא שהחברה רשאית לסמוך על כך שמי שיש לו שליטה על תחום מוגדר או על נכס ישלוט גם על הסכנות הצפויות מהמצוי בתחום שליטתו.

יש לציין כי חובות הנובעות מהקשר שבין האזרח לקרבן או למקור הסכנה מצויות בעברות אחרות בדיני העונשין. למשל, סעיף 339 קובע עברה על הזנחת השמירה של כלי ירייה וחומרים מסוכנים. וכך סעיף 361 קובע מאסר של שלוש שנים על השארת ילד בלא השגחה ראויה ובכך מסכנת את חיי הילד. נראה כי על פי קרמניצר ושגב גם חובות הנובעות מעברות אלו יכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה, שכן הן חובות הנובעות מהקשר לקרבן או למקור הסכנה.

לאור האמור לעיל ובהתייחס לשלוש העברות המופיעות בתחילת הפרק יטענו קרמניצר ושגב כי מתאפשר להשתמש בסעיף 340 כמקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברת תוצאה, שכן מדובר בחובה הנובעת מהקשר שבין הנאשם למקור הסכנה (הקשר שבין הנאשם לבין נשקו), ולעומת זאת אי אפשר להשתמש בעברת אי-מניעת פשע ובעברה הנובעת מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך, שכן מדובר בחובת עשה כללית שאינה מבוססת על זיקה מיוחדת. עמדה דומה מביע השופט חשין בפרשת ויצמן:

"הנה כי כן, כהוראת סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 'חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו'. כיוצא בחובה זו היא החובה הקבועה בסעיף 262 לחוק העונשין, ולפיה 'מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים'. והנה, גם חובה אחת גם חובה אחרת השתיים באותו בגדרי המושג 'חובה לפי כל דין' שבסעיף 18(ג) לחוק העונשין. האם די בכך כדי לצרפן למועדון אותן חובות ההופכות הימנעות מעשייה למחדל בר-ענישה כהוראת סעיף 18(ג) לחוק העונשין? תשובתי לשאלה היא בשלילה. לדעתי, לא כל חובה הקבועה בכל דין שהוא עשויה לשמש מקור חובה כשר לעניינו של סעיף 18(ג) לחוק העונשין. לו אחרת אמרנו, דומני שהיינו מרחיקים לכת במאוד, וללא כל הצדק ראוי. אכן, לקבלת כרטיס כניסה אל מועדון החובות הקבועות בסעיף 18(ג) לחוק העונשין אין די לה לחובה כי תיקבע בדין, כך על דרך הסתם".⁶⁹

69 ראו רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187, 216 (2002). גם השופט עמית דן בשאלה זו בפרשת ימיני אך השאיר אותה בצריך עיון. ראו ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2011).

בהקשר זה ראוי לומר מיד כי אני כורך את השופט חשין ואת קרמניצר ושגב בעמדה המצמצמת, שכן הן השופט חשין הן קרמניצר ושגב סבורים כי חובות כלליות אינן יכולות לשמש כמקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברות תוצאה. אך יש לציין כי קיים גם הבדל מהותי בין שתי הגישות: לפי השופט חשין יכול השופט במקרים מסוימים לקבוע כי חובה על האזרח לפעול כפי שאכן נעשה בפרשת ויצמן. לעומת זאת לפי קרמניצר ושגב תנאי הכרחי להרשעה במחדל הוא מציאת חובה לפעול.

יש לציין כי אף הדין הגרמני קובע כי לא כל חיקוק המטיל חובה לפעול יכול לספק את דרישת החובה בעברות תוצאה. על פי הדין הגרמני, כדי להרשיע אדם בעברת תוצאה בגין התנהגות מחדלית יש צורך שהחובה שהופרה תהא חובה משמעותית מבחינה מוסרית. במקרה שאין מדובר בחובה משמעותית אי אפשר יהיה להרשיע בעברות הגרימה. ואכן פלטר (Fletcher) מציין כי לפי הדין הגרמני הפרת חובה של מתן עזרה לזר אינה יכולה לשמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות תוצאה.⁷⁰

מהו למעשה שורשה של המחלוקת בין העמדה המצמצמת לעמדה המרחיבה? נראה ששורש המחלוקת נעוץ בעיקר ברציונל המבחין בין מעשה למחדל לפי התאוריות שהצגתי בפרק א לעיל. לפי פיינברג, היות שמלכתחילה אין הבחנה מוסרית בין מעשה למחדל, וכל הצורך בחובה לפעול נובע מבעיית התיאום (שאינה מצביעה כלל על הבחנה מוסרית בין מעשה למחדל), הרי שברור שאם אדם עבר עברה מחדלית, ובעקבות זאת אדם מת, אפשר להרשיעו בעברת התוצאה הרלוונטית. כמו כן לפי אשוורת' וקוגלר, היות שההבדל בין מעשה למחדל מושתת על תאוריית חירות הפעולה של הפועל, אזי במקרים שבהם קבע המחוקק ששיקול החירות אינו רלוונטי, לא צריך להיות כל הבדל בין מעשה לבין מחדל (לפחות לא בהקשר של איתור החובה לפעול). מובן שבדרך כלל מבחינה אמפירית נלווה למעשה יסוד נפשי בעל השפעה רבה משל זה שבמחדל, ועל כן בדרך כלל גרימה במעשה תהא מבחינה מוסרית חמורה מגרימה מחדלית, אך עדיין כאשר כל שאר התנאים שווים, לא אמור להיות הבדל ניכר בין גרימה במעשה לגרימה במחדל.

לעומת זאת קרמניצר ושגב מדגישים היבטים נוספים ההופכים את המעשה לחמור מהמחדל. לפיהם, במעשה מתקיים קשר סיבתי, ואילו במחדל הקשר הסיבתי אינו מתקיים או לכל היותר הוא עקיף. קרמניצר ושגב מציינים כאמור גם את העובדה כי העושה האקטיבי שולט במהלך העניינים ובהתרחשות העבריינית שליטה שאינה דומה לזו של החדל, וכן מידת המחויבות והנחישות לגרימת התוצאה גדולה יותר כאשר מדובר במעשה

70 התרגום של הדין הגרמני הוא כך: "Omission as Commission (1) Whoever fails to prevent a harm which is part of the constituent elements of a crime may be punished under this Code only if he was under a legal duty to prevent the harm, and if his failure to act was equivalent to an affirmative act for purposes of establishing the statutorily defined constituent elements of the crime". התרגום לקוח מתוך כרך 28 של The American Series Foreign Penal Codes 13. ראו גם דיון אצל קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 401-402, ה"ש 32.

אקטיבי לעומת מחדל. ומכאן שהחובה לפעול לפי קרמניצר ושגב נועדה לפתור את החולשה המוסרית של המחדל לעומת המעשה (בין היתר בשל הדברים שציינתי לעיל). לכן, לפיהם, רק חובה "חזקה" הנובעת מקשר למקור הנזק או לקרבן יכולה לגשר על הפער המוסרי שבין מעשה למחדל. לעומת זאת חובה "חלשה", כדוגמת חובה הנובעת מחוק לא תעמוד על דם רעך או מכוח סעיף אי-מניעת פשע שאינה מבוססת על קשר ייחודי של הפועל למקור הנזק או לקרבן, לא תוכל "לפצות" על החולשה המוסרית של המחדל.

פיצול בתוך העמדה המצמצמת

מהאמור לעיל עולה כי קרמניצר ושגב וכן השופט חשין שוללים מכול וכול את האפשרות כי עברת מחדל פשוטה "כללית" (כלומר עברת מחדל שאינה מבוססת על זיקה) תשמש מקור חובה להרשעה בעברת תוצאה. על כן הם ישללו בכל מקרה "הקפצה" של עברה מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך או "הקפצה" של עברת אי-מניעת פשע מכוח סעיף 262 לחוק העונשין. אולם יש לשאול אם לפי גישה זו ראוי למנוע לחלוטין "הקפצה" מעין זו או שמא אפשר להשתמש בחובות הנובעות מן הסעיפים הללו לצורך מקרים ספציפיים שאפשר למצוא בהם זיקה ייחודית והם נופלים בגדר עברת המחדל הפשוטה הכללית. לדוגמה, נניח כי ראובן הוא מעסיקו של שמעון ובעל שליטה בו, והוא יודע כי שמעון עומד לרצוח את לוי והוא לא עשה דבר כדי למנוע את הרצח. נניח שאין שום חיקוק פלילי הדן באופן ספציפי במקרה של הזיקה הנידונה והמטיל חובה לפעול בשל זיקה זו. נניח שהמחדל הנידון אכן נופל בגדר סעיף אי-מניעת פשע. האם במקרה זה לא ראוי לאפשר לבית המשפט להשתמש בעברת אי-מניעת פשע לצורך הרשעת ראובן בהריגה במחדל לפי סעיף 298 לחוק העונשין?⁷¹

שאלה זו אינה פשוטה, וייתכן שהיא יכולה להשליך על המקרה שבו עסק פסק הדין בפרשת קרפ. כפי שציינתי במבוא, הדגיש בית המשפט כי אין מדובר בנאשמים שהם בגדר עוברי אורח תמימים שנקלעו להתרחשות הברוטלית. מדובר היה בבני חבורה אחת שבין חלקם אף יש קשרי משפחה אשר יצאו בצוותא למטרת בילוי, ושחבריהם הכו וחבטו באריק

71 אפשרות הפיצול בתוך עבירות המחדל הכלליות הועלתה לראשונה על ידי קוגלר. ראו שם, בעמ' 388 (ובמיוחד בה"ש 18). בהקשר דנן ראוי להעלות את השאלה כי אם תתאפשר אפשרות הפיצול ויהיה אפשר "להקפיץ" אף עברות דוגמת אי-מניעת פשע או לא תעמוד על דם רעך במקרים שבהם קיימת זיקה בין הנאשם לקרבן או בין הנאשם למקור הסכנה, הדבר יפגע בעקרון החוקיות, שכן הצורך בזיקה זו אינו מצוין בחוק. עם זאת אני סבור כי במקרים אלה אין פגיעה בעקרון החוקיות, שכן מבחינת האפשרויות הלשוניות הטמונות בסעיף 18(ג) אין כל בעיה להחיל גם את סעיף אי-מניעת פשע או לא תעמוד על דם רעך בגדר החובות היכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה. הגבלת אפשרות זו היא פרי הפסיקה (פסק דין ויצמן, לעיל ה"ש 69, ויש החולקים עליו כאמור). לכן השבת האפשרות להרשיע באמצעות שימוש בעברות אלו תוך הגבלת אפשרות זו למקרים ספציפיים וחריגים לא תהיה לדעתי פגיעה בעקרון החוקיות.

ללא רחם. אליבא דבית המשפט, זיקתם של הנאשמים לאחרים גלגלה לפתחם זיקה הדוקה יותר לסיטואציה האלימה והטילה על הנאשמים חובה מוגברת של עשיית מעשה למנוע את הפשע, חובה העולה על אותה זיקה שאפשר לייחסה לכל עובר אורח אחר. כלומר, לפי בית המשפט אין מדובר כאן במקרה רגיל הנכנס בגדר סעיף 262 שבו אין כל קשר בין מבצע הפשע לבין האדם שלא מנע את הפשע. מדובר כאן בזיקה חזקה ביותר בין הנאשמים שהכו בפועל את אריק קרפ לבין הנאשמים שישבו מן הצד ולא מנעו את הפשע.⁷² משכך, ייתכן שלפי השיטה שצוינה לעיל בשם קרמניצר ושגב והשופט חשין, לו היה אפשר לבצע חיתוך פנימי בתוך עברת אי-מניעת פשע, היה אפשר להשתמש בעברה זו כדי להרשיע את הנאשמים שעמדו מן הצד ולא מנעו את מותו של אריק קרפ בעברת הריגה במחדל לפי סעיף 298 לחוק העונשין.

יש לציין כי קרמניצר עצמו מבצע חיתוך פנימי בעוולת הרשלנות הקבועה בסעיף 35 ו-36 לפקודת הנזיקין.⁷³ על פיו אפשר להכיר בחובות שפותחו על ידי הפסיקה במסגרת חובת הזהירות הנזיקית, אולם עדיין לפיו לא כל החובות שפותחו במסגרת עוולת הרשלנות יוכלו לשמש מקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברות תוצאה אלא רק חובות שנובעות מזיקה ספציפית למקור הסכנה או לקרבן. אם אפשר לבצע חיתוך פנימי בעוולת הרשלנות, מדוע שאי אפשר יהיה לבצע חיתוך פנימי בנוגע לעברת אי-מניעת פשע?

אף אם אפשר לבצע חיתוך פנימי בעברת אי-מניעת פשע, יכול קרמניצר לטעון כי באופן ספציפי בפרשת קרפ, שפורטה לעיל, אי אפשר יהיה להרשיע את הנאשמים שעמדו מן הצד בעברת ההריגה במחדל, שכן אמנם הייתה זיקה חברית או משפחתית בינם לבין הנאשמים שהכו את אריק קרפ, אולם לא היה מדובר ביחס של שליטה או אחריות בין הצדדים, ועדיין היה מדובר בסיטואציה שלא תוכננה מראש בין כל הנאשמים. לפיכך עדיין אפשר להתייחס לסיטואציה כאקראית ופתאומית לפחות בכל הנוגע לנאשמים שעמדו מן הצד.

נבחן עתה את גישת השופט חשין כפי שהובעה בפרשת ויצמן באשר לאפשרות הפיצול.⁷⁴ בקצרה, נזכיר כי מדובר במקרה שבו ויקטור זוגריאן, אשר נהג ברכב, ביקש להתחמק מן השוטר אוריאל מורי, אך בניסיון "לתמרן" את הרכב ויקטור פגע בו והרגו. למרות הפגיעה ברח ויקטור מהמקום, וקרן ואורנה שישבו בתוך הרכב לא אמרו דבר ולא עשו דבר. כיוון ששתקו ולא ניסו לגרום לויקטור לעצור ולבדוק את השוטר, הרשיע אותן בית המשפט בעברת הסיוע לעבירת ההפקרה לאחר פגיעה. במקרה זה לא הייתה קבועה חובה ספציפית שהטילה עליהן חובה לפעול. אולם השופט חשין קבע כי לעתים אפשר להרשיע בעברת הסיוע במחדל אף ללא איתור חובה לפעול, אך הרשעה זו תהא תלויה

72 פרשת קרפ, לעיל ה"ש 2, פס' 16–19.

73 כך לדעתי עולה מקרמניצר וליאת לבנון-מורג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 182–183. והשוו מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי, או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 84–85 (1994).

74 לעיל ה"ש 69.

בנסיבות המקרה הקונקרטי. במקרה זה קבע השופט חשין, בין היתר, כי הקרבה שבין אורנה וקרן לויקטור הטילה עליהן חובה למנוע את עברת ההפקרה. לפיו, אורנה וקרן היו קרובות לעברה יותר מעוברי אורח, שכן הן ישבו לצד הנהג הפוגע ויכלו לנסות ולהשפיע עליו. יתרה מכך, קובע השופט חשין, במקרה זה היה קשר קודם בין אורנה וקרן לויקטור, וקשר זה הטיל חובה מוגברת לנסות ולמנוע את ההפקרה.⁷⁵

ברור מדבריו של השופט חשין כי הוא רואה בזיקה החברית ובקשר הקודם שבין הנוסעות לנהג זיקה שהטילה על הנוסעות חובה לפעול הרבה מעבר לחובה לפעול הנובעת מסעיף אי-מניעת פשע, שכן זיקה זו הפכה את הנוסעות מעובר אורח תמים שנקלע לסיטואציה פתאומית לעובר אורח שיש לו קשר הדוק למקור הסכנה.

כפי שצוין לעיל, קשר חזק וזיקה חברית הדוקה קיימים, ואף ביתר שאת, בסיטואציה האלימה שהובילה למותו של אריק קרפ. זיקה חברית זו הטילה על אורנה וקרן חובה לפעול, בלא קשר לחובה לפעול מכוח סעיף אי-מניעת פשע. מכאן שאם אפשר היה לפי השופט חשין לבצע "חיתוך פנימי" בעברת אי-מניעת פשע, ייתכן שהיה אפשר להרשיע את הנאשמים שעמדו מן הצד ולא מנעו את המוות בעברת ההריגה במחדל לפי סעיף 298 לחוק העונשין.

3. עמדת הביניים

(א) גרימה כחריגה מן הציפייה החברתית ומהנורמה המקובלת

אפשר להעלות את האפשרות כי החלוקה בנוגע לסוגי העברות היכולות לשמש מקור חובה לפעול אינה דיכוטומית, קרי החלוקה אינה חייבת להתבסס על ההבחנה בין חובות הנובעות מהקשר של הנאשם למקור הסכנה או לקרבן לבין חובות עשה כלליות, אלא בין חובות אשר הפרתן היא חריגה מהנורמה המקובלת ומהציפייה הסבירה לבין חובות שהפרתן אינה חריגה (ממשית) מהנורמה המקובלת ומהציפייה הסבירה. כך אפשר לפרש

75 שם, בעמ' 231, 234. יש לציין כי עמדה זו של השופט חשין חשופה לביקורת מצד עקרון החוקיות. הכרה ביכולת השופט ליצור חובות ולהרשיע בגינן גורמת להיעדר אזהרה מספקת לאזרח. במקרה המתואר בפרשת ויצמן, לעיל ה"ש 69, הטענה היא שסעיף 64א לפקודת התעבורה [נוסח חדש] חייב את הנהג לפעול ולא את הנוסע היושב ליד הנהג. אפשר לענות על כך משני כיוונים אפשריים: ראשית, עוולת הרשלנות מוכרת אף היא כאחד הדינים המכוננים חובה לפעול אף על פי שהתכנים הקונקרטיים שלה מפותחים על ידי הפסיקה. ואם לא נטען בדבר עוולת הרשלנות כי יש בכך סתירה לעקרון החוקיות, כך גם בדבר חובות ספציפיות יציר הפסיקה. שנית, אפשר לפתור את בעיית עקרון החוקיות על ידי החלת החובה לפעול מכאן ולהבא ולא באופן רטרואקטיבי. הבעיה העיקרית בפרשת ויצמן, לעיל ה"ש 69, היא החלת החובה על הנוסע באופן רטרואקטיבי ולא מכאן ולהבא. לעניין זה ראו קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי", לעיל ה"ש 11, בעמ' 270–272. כן ראו קרמיצר ולבנון-מורג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 182–183.

את עמדתם של הארט (Hart) ואונורה (Honore') בספרם CAUSATION IN THE LAW אף על פי שהם (למיטב ידיעתו) לא התייחסו מפורשות לצורך באיתור חובה לפעול. על פי הארט ואונורה לא כל תנאי הכרחי לנזק הוא גם הסיבה לנזק.⁷⁶ כדי להבחין בין תנאי הכרחי לסיבה לנזק יש להבין מהם התנאים שהיו חריגה מהנורמה או מהרוטינה המקובלת. למשל, כאשר בניין קורס בגלל שרפה, החמצן הוא אמנם תנאי הכרחי לשרפה, אך אין הוא הסיבה לנזק, שכן הימצאות חמצן באוויר אינה עובדה החריגה מן המקובל. לעומת זאת זריקת הגפרור אינה רק תנאי הכרחי לנזק אלא היא גם הסיבה לנזק, שכן זריקת הגפרור אינה עובדה שגורה, ובמובן זה היא חריגה מהנורמה ומהציפייה הסבירה.⁷⁷ יש לציין כי הארט ואונורה אף מדגישים כי אירוע מסוים יכול להיות הן תנאי הכרחי (ולא סיבה) והן סיבה (ולא רק תנאי הכרחי), לפי נקודת המבט של המתבונן. למשל, מקרה שבו רעב בהודו גרם למותם של אנשים – אזרחי הודו יכולים לראות באי־ירידת הגשמים סיבה למוות, ואילו ממשלת ארצות הברית יכולה לראות בממשלת הודו את הסיבה למוות. ההבדל נובע מכך שאזרחי הודו רואים את התנהגות ממשלתם כנורמלית וסבירה, ואילו ממשלת ארצות הברית לא רואה בהתנהגות הממשלה התנהגות סבירה. הארט ואונורה מדגישים כי חריגה מהנורמלי והסביר יכולה להתרחש אף באי־עשייה ולא רק בהתערבות אקטיבית. בהקשר זה הם טוענים כי גם מחדל יכול להיות הסיבה לנזק כאשר המחדל עצמו היה חריגה מהנורמלי והסביר בהתרחשות הנתונה.

"A deviation from such man made norms will very often be an omission,
i.e. a failure to act in some way expected or required by the norm".⁷⁸

אם ניישם את גישתם בעניין סוג החובות היכולות לשמש מקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברות התוצאה בכלל ובעברות ההמתה בפרט, נראה כי לדעתם לא כל חובה שנוצרה במשפט הפלילי יוצרת רוטינה או נורמה מקובלת ולא כל חובה יוצרת ציפייה. ובלשון אחרת, לא כל הפרת חובה בדין הפלילי יכולה להיות הסיבה לנזק. אפשר לומר למשל כי אב שלא האכיל את בנו חרג מן הנורמה המקובלת (ואכן אפשר להשתמש בסעיף 323 לחוק העונשין לצורך הרשעה בהריגה), אך ראובן, שלא הציל את שמעון, איתו אין לו כלל קשר, לא חרג מהנורמה המקובלת (אף על פי שקיים חוק המחייבו לעשות כן, מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך או מכוח סעיף אי־מניעת פשע), ועל כן במקרה זה אין קשר סיבתי בין היעדר הפעולה של ראובן לבין מותו של שמעון. גישה זו היא גישת ביניים. מחד היא אינה גורסת שכל הפרת חובה באשר היא מספיקה לצורך הרשעה בעברת הגרימה הרלוונטית (כפי שסבורה גישת החירות וגישת בעיית התיאום כאמור לעיל), ומאידך היא אינה גורסת בהכרח שרק עברות מחדל מסוימות יכולות

H.L.A HART & TONY HONORE', CAUSATION IN THE LAW 32–33 (1985) 76

שם, בעמ' 34. 77

שם, בעמ' 37–38. 78

לשמש מקור חובה לפעול לצורך הרשעה בעברת הגרימה הרלוונטית. התשובה לשאלה אם חובה ספציפית יכולה לשמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברת גרימה תהיה תלויה בנסיבות העניין. אם מדובר בחובה שיצרה ציפייה, אזי חובה זו יכולה לשמש מקור חובה לפעול, שכן אי-ביצוע החובה יצר קשר סיבתי לתוצאה. לעומת זאת אם מדובר בחובה שטרם יצרה ציפייה לפעולה, אזי אי-ביצוע החובה עדיין לא יצר את הקשר הסיבתי לתוצאה.

לפי גישה זו קיים קשר ברור בין דרישת הסיבתיות בעברות תוצאה לבין רשימת החובות לפעול היכולות לשמש מקור חובה להרשעה בגין התנהגות מחדלית: רשימת החובות היכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה בגין התנהגות מחדלית הן החובות שהפרתן היא חריגה מהנורמלי והסביר, ועל כן הפרתן יכולה להיות סיבה לתוצאה. נראה שזו גם גישתו של פלטר, המציין בספרו:

“This emphasis on the normal and the expected injects criteria of convention into the perception of causation. If smoke alarms in the home are highly unusual, we could hardly explain the death of the children in a home fire by saying that the family did not have a smoke alarm... Yet if every other house in the city has an alarm, we might well explain the death of the children by pointing to the absence of an alarm that could have saved their lives. *The rule of convention means that what was not a cause yesterday might become a cause tomorrow. And what was formerly a cause might cease to be more than a necessary condition*”.⁷⁹

לפי גישה זו, סעיף 340 כאמור יכול לשמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברת תוצאה מפני שהשאר חפץ מסוכן בלא נקיטת אמצעי זהירות סבירים היא חריגה מהנורמלי והסביר, ועל כן הפרת חובה זו יכולה להיות סיבה לנזק. לעומת זאת חובה הנובעת מחוק לא תעמוד על דם רעך או מכוח סעיף אי-מניעת פשע במצבים או בזמנים מסוימים לא תוכל לשמש מקור חובה לפעול ביחס לעברות תוצאה, שכן חובה זו לא יצרה את הציפייה הדרושה כדי שהמפר אותה ייחשב גורם הנזק, ואילו במצבים או בזמנים אחרים היא תוכל לשמש מקור חובה לפעול, אם במצבים או בזמנים אלה היא אכן יצרה את הציפייה הדרושה כדי שהמפר אותה ייחשב סיבה לנזק.

נבחן כעת את גישתם האפשרית של הארט ואונורה בהתייחס למקרה של קרפ. היות שאין מדובר בנאשמים שהיו בגדר עוברי אורח תמימים שנקלעו להתרחשות הברוטלית אלא בבני חבורה אחת שחלקם אף מצוי בקשרי משפחה ואשר יצאו בצוותא למטרת בילוי, ייתכן שזיקה זו אליבא דהארט ואונורה תיצור ציפייה גבוהה יותר מן הנאשמים שימנעו את

79 FLETCHER, BASIC CONCEPT OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 8, בעמ' 70. ההדגשות שלי.

הפשע, ובכך "תעלה" את אי-המניעה מתנאי הכרחי לסיבה לתוצאה. ומשכך, ייתכן שבמקרה זה היה אפשר להרשיע את הנאשמים לא רק בעברת אי-מניעת פשע אלא בעברת ההריגה מכוח סעיף 298 לחוק העונשין.

יש לציין כי זו גישה שונה מאפשרות הפיצול שהצעתי במסגרת הגישה המצמצמת. לפי אפשרות הפיצול שהצעתי לעיל במסגרת גישתם של קרמניצר ושגב, כדי להרשיע בהריגה במחדל ניאלץ בכל מקרה להוכיח כי קיימת זיקה עקרונית בין הנאשם למקור הסכנה או בין הנאשם לקרבן. לעומת זאת לפי גישת הביניים הדגש מושם בשאלה אם החובה יצרה ציפייה לפעול, וזאת בין שמדובר במצב שבו קיימת זיקה כאמור ובין שאין מדובר במצב מעין זה.⁸⁰

(ב) רציונל הפגיעה באוטונומיית הפרט

בפרק א לעיל טענתי שההבחנה בין המתה להנחה למות נובעת מההבדל באינטרסים העומדים בבסיס האיסור על המתה לעומת אלה שבאיסור על הנחה למות. טענתי כי האיסור על המתה מבקש לאפשר חיים בלא פחד, ובכך מאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, ואילו האיסור על הנחה למות אינו עושה כן. ציינתי כי לאור רציונל זה ייתכן שקיים נימוק מדוע דווקא חובות מסוימות יכולות לשמש מקור חובה לפעול כדי להרשיע למשל בהריגה במחדל, ואילו חובות אחרות אינן יכולות לשמש מקור חובה כזה. יש חובות (וחובות אלו מצויות בין היתר בסעיפים 322–326 בחוק העונשין) שלולא קיומן הייתה האוטונומיה של האדם נפגעת. במסגרת חובות אלו ממנה החברה "סוכנים" מסוימים שתפקידם לספק הגנה לבני החברה במצבים מסוכנים העלולים לגרום להם נזק. תפקידם של הסוכנים הוא לספק יציבות וביטחון לפרטים: רופא שיטפל במצוקתם, מציל שימנע את טביעתם, שוטר שישמור על ביטחונם, הורים שישגיחו על ילדיהם ועוד. בעלי תפקידים אלה חשובים כדי לשוות לחברה אנושית את היציבות והביטחון כדי שהפרט יוכל לממש את האוטונומיה שלו. לעומת חובות אלו נראה כי אוטונומיית האדם לא הייתה נפגעת הרבה אם לא היה נחקק חוק לא תעמוד על דם רעך, שכן גם ללא חוק זה היה האדם יכול לקיים חיים סבירים ללא פחד.

הרעיון המרכזי המובע בדברים שלעיל הוא אפוא זה: החובות לפעול היכולות לספק בסיס לעברת ההמתה הן החובות המגנות היטב על האוטונומיה של האדם בכך שהן מקנות יציבות וביטחון לפרטים בחברה. החובות שאינן יכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות

80 ויצוין כי על פי הארט ואונורה ברור שיכולים להתרחש מקרים שקיימת בהם ציפייה לפעול אף כאשר אין זיקה בין הנאשם לקרבן. כך למשל במקרה שתינוק טובע בכרכה ואדם זר יכול להצילו ללא כל מאמץ. במקרה זה קיימת ציפייה לפעול גם כאשר אין זיקה מיוחדת בין הנאשם לקרבן או בין הנאשם למקור הסכנה. לכן ברור שקיים הבדל בין אפשרות הפיצול לבין גישת הארט ואונורה. 'HART & HONORE', לעיל ה"ש 76.

תוצאה הן חובות שאינן מגנות היטב על אוטונומיית האדם, במובן זה שגם בלעדיהן היה האדם יכול לקיים חיים סבירים.

יש לציין כי גם גישה זו היא גישת ביניים שכן לפיה החובות לפעול היכולות לשמש מקור חובה בעבירות תוצאה אינן מוגבלות רק לחובות הנובעות מזיקה למקור הסכנה או לקורבן ואין מדובר ברשימת חובות סגורה. לפי גישה זו כאמור חוק לא תעמוד על דם רעך לא ישמש כמקור חובה להרשעה בעבירות תוצאה בכלל והמתה בפרט, אולם יתכן שסעיף אי-מניעת פשע כן יכול לשמש כמקור חובה לפעול במצבים מסוימים.

ראשית, סעיף זה מתייחס למצבים שבהם הנורמה המכוננת את האוטונומיה עומדת להיפגע, שכן מדובר במקרה שעומד להתבצע פשע כדוגמת רצח, הריגה, אונס וכדומה. לכן אפשר לומר שהעומד מן הצד אשר אפשר את עברת הרצח או ההריגה פגע אף הוא בנורמה המכוננת את האוטונומיה, ולפיכך במצבים מסוימים וקשים יהיה אפשר להרשיע אף אותו בהריגה במחדל.

שנית, ייתכן שהאפשרות להשתמש בעברת אי-מניעת פשע כבסיס להרשעה בעברת ההריגה תהא תלויה בסיטואציות או בתקופות מסוימות, כגון בתקופה שבה האלימות גוברת והמשטרה אינה ממלאת את תפקידה. בתקופה מעין זו הצורך בעזרתם של האזרחים למניעת האלימות גובר מאוד, וגובר גם החשש מפני תקיפה אלימה. חשש זה יכול להוביל לפגיעה ניכרת באוטונומיה של האדם, ועל כן בתקופה מעין זו ייתכן שיהיה ראוי להשתמש בעברת אי-מניעת פשע כמקור חובה לפעול כבסיס להרשעה בעברת תוצאה.

4. שילוב התאוריות השונות יחדיו

עד עתה הנחתי כי ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי נעוצה ברציונל אחד ובחנתי את השאלה שבמרכז מאמר זה – אילו עברות מחדל פשוטות יכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה – על פי כל רציונל ורציונל בנפרד. עם זאת, אפשר לטעון כי ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי אינה נעוצה ברציונל אחד בלבד אלא בכמה רציונלים אשר חלקם פורטו לעיל. בטרם אתייחס לאפשרויות שיכולות לנבוע מצירוף הרציונלים השונים, יש לבחון אם שילוב של רציונלים שונים אפשרי. לפחות לכאורה אין כל בעיה לשלב את הרציונלים השונים יחד. למשל, רציונל החירות ורציונל האשמה והסיבתיות יכולים לדור בכפיפה אחת, שכן אפשר לומר כי החובה לפעול מבקשת לפתור הן את בעיית החירות והן את בעיית הקשר הסיבתי במחדל. וכך גם רציונל בעיית התיאום ורציונל הסיבתיות והאשמה (וקל וחומר רציונל החירות) יכולים לדור יחדיו, שכן אפשר לומר שהצורך באיתור חובה לפעול במחדל נובע הן מקיום קשר סיבתי ספקולטיבי ועקיף במחדל והן בשל בעיית התיאום שיכולה להיווצר בין האזרחים. בהנחה שהרציונלים השונים יכולים לדור בכפיפה אחת, האם רעיון השילוב בין הרציונלים השונים ישפיע על השאלה שבמרכז מאמר זה? ואם כן, כיצד? בנוגע לכך דומה שאפשר להעלות שתי אפשרויות:

1. היות שעל פי כל הרציונלים חובות הנובעות מזיקה מיוחדת שבין הנאשם לקורבן או למקור הסכנה יכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה (כלומר חובות הנובעות מזיקה

מיוחדת), ואילו באשר ליתר החובות הרציונלים השונים חלוקים ביניהם, הרי שעל פי גישה המשלבת את הרציונלים השונים יחד יהיה אפשר להרשיע בעברות תוצאה במחדל רק אם אותרה חובה לפעול הנובעת מזיקה מיוחדת ולא מכוח חובה כללית. לפי אפשרות זו אי אפשר יהיה להרשיע נאשם בהריגה בשל הפרת חוק לא תעמוד על דם רעך, שכן הרשעתו באמצעות "הקפצת" חוק זה לצורך הרשעה בהריגה אינה מתיישבת עם רציונל הסיבתיות והאשמה ולא עם רציונל הפגיעה באוטונומיית הפרט (אף על פי שהיא כן מתיישבת עם רציונל החירות). לעומת זאת יהיה אפשר להרשיע אב שלא האכיל את בנו בהריגה, שכן הרשעתו באמצעות שימוש בסעיף 323 לחוק העונשין מקובלת על כל הדעות.

2. אמנם קיימים כמה רציונלים להבחנה שבין מעשה למחדל במשפט הפלילי, אך לא בהכרח משקלו של רציונל אחד זהה לזה של משנהו. לכן אם לרציונל החירות ולרציונל בעיית התיאום יהיה משקל רב יותר בהבחנה שבין מעשה למחדל, ייתכן שבמקרים מסוימים יוכל בית המשפט לקבוע כי גם חובה הנובעת מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך או חובה הנובעת מכוח חוק אי-מניעת פשע יכולה לשמש מקור חובה להרשעה בעברת התוצאה הרלוונטית, וזאת אף על פי שרציונל הסיבתיות והאשמה אינו מאפשר זאת.

סיכום

פרשת קרפ, אחת הפרשות המזעזעות שהתרחשו בעת האחרונה, הציבה לפתחו של המשפט הישראלי שאלה נוקבת המתייחסת לאפשרות ההרשעה במחדל בעברות ההמתה. בפרשה זו כאמור הורשעו הנאשמים בעברת אי-מניעת פשע משום שעמדו מן הצד ולא עשו דבר בעוד חבריהם הכו את אריק קרפ למוות בכל חלקי גופו חרף תחנוניו כי יניחוהו לנפשו. השאלה שעולה מבין השיטין היא אם היה אפשר להרשיע את הנאשמים בעברת ההריגה במחדל מכוח סעיף 298 לחוק העונשין תוך שימוש בעברת אי-מניעת פשע כמקור חובה לפעול כבסיס להרשעה בעברת ההריגה. שאלה זו היא כאמור חלק מסוגיה כללית יותר העוסקת בשאלה אילו עברות מחדל פשוטות יכולות לשמש בסיס להרשעה בעברות תוצאה בכלל ובעברות ההמתה בפרט. במאמר זה ביקשתי להראות כי התשובה לשאלות הללו אינה תלויה רק בתחושת בטן או באינטואיציה משפטית כזו או אחרת, אלא היא נשענת על הרציונל הבסיסי המבחין בין מעשה למחדל במשפט הפלילי. לנוכח זאת הצגתי בפרק א את תאוריית החירות, את תאוריית הסיבתיות והאשמה ואת תאוריית בעיית התיאום. במסגרת פרק זה הצגתי גם תאוריה חדשה, הגורסת כי ההבחנה בין מעשה למחדל בהתייחס לעברות ההמתה נשענת על האינטרסים השונים שביסוד האיסור על המתה לעומת האיסור על הנחה למות. טענתי כי איסור המתה במעשה אינו רק מבקש להגן את החיים הפיזיים שלנו אלא גם מאפשר לנו לחיות את חיינו בצורה סבירה ללא פחד וחשש. לעומת זאת האיסור על הנחה למות אינו עושה כן. בפרק ב הצגתי את האפשרויות השונות המתייחסות לשאלה אילו סוגי עברות מחדל פשוטות יכולות לשמש מקור חובה לעברות תוצאה תוך התייחסות ספציפית לעברת אי-מניעת פשע ותוך התייחסות לפסיקת בתי המשפט בנוגע לסוגיה זו. כן הראיתי

את הקשר שבין הגישה המצמצמת, לגישה המרחיבה ולגישת הביניים לתאוריות שהוצגו בפרק א. לבסוף הצגתי אפשרות לשילוב הרציונלים השונים הנוגעים להבחנה שבין מעשה למחדל במשפט הפלילי.

כפי שאפשר לראות, סוגיה זו היא בעלת משקל וחשובה למשפט הפלילי, ועל כן אין לי אלא להצטרף לדבריו של השופט רובינשטיין בפרשת פרויאדין כי "הדעת נותנת כי שאלה נכבדה וחשובה זו תשוב ותעסיק את בתי המשפט".⁸¹