

על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל

בעקבות רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל¹

מאת

מרדכי קרמניצר*, ליאת לבנון-מורג**

א. העובדות והשאלה המשפטית. ב. הדיון של השופט חשין; 1. דרישת מקור חובה לסיוע במחדל: ה"אסכולות" ועמדת השופט חשין; 2. דרישת מקור לסיוע במחדל: הטעמים נגד גישה המוותרת על חובה מיוחדת בדין. ג. המסגרת הנורמטיבית הראויה לטיפול במקרה. ד. סיכום.

בפרשת ויצמן עלתה שוב לדיון שאלת הצורך במקור חובה לשם הרשעה בסיוע במחדל. נקדים ונזכיר נשכחות: עוד בפרשת פוליאקוב² דנו השופטים, אגב אורחא, בשאלה האמורה. המסקנה שאליה הגיעו הייתה כי לא נדרש מקור חובה מיוחד לצורך הרשעה בסיוע במחדל מכיוון שהעבירה העיקרית (העבירה אשר הסיוע מכוון לאפשר אותה או להקל עליה) משמשת כמקור חובה ביחס למחדלים מסייעים. במאמרנו: "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר חקיקה ועל הפרשנות בפלילים"³ עמדנו על כך שפסיקה זו היא, לטעמנו, שגויה, הן כעניין של דין רצוי והן כעניין של דין מצוי. בפרשת ויצמן התמודד השופט חשין עם עמדה זו, ואנו נבקש לבחון אם הדבר עלה בידינו.

- 1 רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187 (להלן – פרשת ויצמן או פסק-הדין).
- * מרדכי קרמניצר הוא פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית (הקתדרה על שם אייוון סי. ראנד למשפט פלילי).
- ** ליאת לבנון-מורג היא תלמידה לתואר דוקטור באוניברסיטת קיימברידג', אנגליה.
- 2 ע"פ 6327/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289 (להלן – פרשת פוליאקוב).
- 3 מחקרי משפט יז (תשס"ב) 403.

נפתח בהצגת העובדות והשאלה המשפטית שהתעוררה בפרשת ויצמן. לאחר מכן, נעסוק בדיון של השופט חשין. בתחילה נציג באופן ביקורתי את דיונו של השופט חשין בעמדות הקיימות בפסיקה ובספרות באשר לצורך במקור חובה לשם הרשעה בסיוע במחדל: עמדת השופטים לנדוי ובן-פורת, עמדתנו שלנו ועמדת פרופ' פלר. במסגרת זו נבקש להבהיר את עמדתנו שלנו, ואת היחס בינה לבין העמדות האחרות. נמשיך בהצגה ביקורתית של עמדתו של השופט חשין ושל יישומה על עובדות המקרה. נבקש לטעון כי עמדתו של השופט חשין קרובה מאוד, למעשה, לעמדתו של פרופ' פלר. לאחר מכן נציג את השיקולים נגד אימוץ עמדתם של פרופ' פלר ושל השופט חשין. לבסוף נבקש להראות שמן הראוי היה לנתח את פרשת ויצמן תחת מסגרת נורמטיבית שונה, וכדרך זו להימנע מן הצורך לאמץ עמדה בלתי ראויה במסגרת דיני הסיוע.

א. העובדות והשאלה המשפטית

המקרה המתואר בפסק-הדין הוא ללא ספק מקרה קשה. השוטר אוריאל מורי ביקש לעצור רכב שבו נסעו ויקטור זרגריאן, אורנה גלילה, קרן מישאל ושלומי ויצמן. ויקטור, שנהג ברכב, ביקש להתחמק מן השוטר, אך תוך ניסיון "לתמרן" את הרכב פגע בו והרגו. את האופן שבו נקלטה הפגיעה על-ידי יושבי הרכב תאר השופט חשין כך: "החבטה מזעזעת את הרכב, והיושבים בו יודעים היטב כי פגעו בשוטר. אורנה – היושבת במושב הקדמי – רואה את השוטר 'נכנס עם הכתף והראש בזכוכית' אל-מול פניה, והיא צווחת ומשתתקת. אף שלומי וקרן – במושב האחורי – רואים ויודעים היטב כי ניסיון ההתחמקות של ויקטור עלה בתוהו וכי השוטר נפגע"⁴. שלומי האיץ בוויקטור לנסוע מן המקום. אורנה וקרן לא אמרו ולא עשו דבר. ויקטור נסע לעבר המחצבה של אביו, שם ניקה את כתמי הדם מן המכונית, כנראה בעזרתו של שלומי. אחר כך הוא הסיע את חבריו לבתיהם.

רשות הערעור נסבה על הרשעתם של שלומי, קרן ואורנה בסיוע לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה לפי סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961, ובעבירה של אי-דיווח לפי תקנות 144א(3) ו-4 לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961. ענייננו בהרשעה הראשונה. ההתנהגות שיוחסה לקרן ואורנה היא התנהגות מחדלית: הן נמנעו מלעשות דבר, ובכך, לפי פסיקת הערכאות הקודמות, סייעו לויקטור להפקיר לאחר פגיעה. בסיומו של דיון הותיר השופט חשין את ההרשעה על כנה.

4 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 195.

ב. הדין של השופט חשין

הסוגיה המרכזית שעלתה לדין בפסק-הדין היא סוגיית התנאים להרשעה בסיוע לדבר עבירה לפי סעיף 31 לחוק העונשין, כאשר ההתנהגות המסייעת היא התנהגות מחדלית. וליתר דיוק: אם נדרש מקור חובה לשם הרשעה בסיוע במחדל, ואם כן, מניין יישאב מקור החובה. בסופו של דבר מגיע השופט חשין למסקנה כי אין צורך במקור חובה מיוחד לצורך הטלת אחריות בגין סיוע במחדל. ואולם, ההחלטה אם במקרה מסוים תוטל אחריות תיעשה בעזרת המסננת של "נסיבות העניין".

להלן נבקש לחלוק הן על התוצאה שאליה מגיע השופט חשין והן על המהלך המוביל אותו אליה. נפתח בדיון באופן שבו מציג השופט חשין את העמדות השונות ביחס לסוגיה. נבקש להראות כי הצגה זו חוטאת לעמדתנו, מבחינה בין עמדות זהות, ומזהה בין עמדות שונות. נטען כי בסך הכל, ניתן לאתר שתי עמדות מרכזיות: מן העבר האחד מצויה עמדתם של השופטים לנדוי ובן-פורת, אשר אנו מאמצים גירסה מצומצמת שלה. עמדה זו תובעת קיום מקור חובה בדין, ובגירסתנו המצומצמת – על החובה שבדין להתבסס על זיקה ספציפית בין החדל לסכנה או לקורבן. מן העבר האחר מצויה עמדתו של פרופ' פלר, אשר גירסה מרוככת שלה מאומצת על-ידי השופט חשין. עמדה זו מוותרת על קיום מקור חובה בדין דווקא, ובגירסתה המרוככת – קובעת אמות מידה אחרות שנועדו לצמצם את תחום החובות המוטלות על המסייע. נבקש לטעון כי גירסת השופט חשין קרובה מאוד לגירסת פרופ' פלר, שכן אמות המידה שמציע השופט חשין אינן מספקות כלי משמעותי ובהיר לצמצום ולריכוך, כפי שעולה גם מן היישום שלהן על העובדות בפרשת ויצמן.

לאחר הצגת העמדות נבקש להסביר מדוע, לדידנו, עמדתו של פרופ' פלר, שאליה מצטרף בשינויים קלים גם השופט חשין, אינה העמדה הראויה.

1. דרישת מקור חובה לסיוע במחדל: ה"אסכולות" ועמדת השופט חשין

השופט חשין מבחין בין "אסכולות" שונות (כהגדרתו) ביחס לצורך במקור חובה בסיוע. האסכולה הראשונה מיוחסת לשופטים לנדוי ובן-פורת, האסכולה השנייה מתיימרת להציג את עמדתנו אנו, והאסכולה השלישית מבטאת את עמדתו של פרופ' פלר. להלן נציג את האופן שבו מתאר השופט את האסכולות הללו, ונבקש להראות כי הצגתן לוקה. במסגרת זו נעמיד דברים על דיוקם, ונבהיר את עמדתנו ואת היחס בינה לבין העמדות האחרות. לאחר מכן נציג ונבחן את עמדתו של השופט חשין.

(א) "האסכולה הראשונה": השופטים לנדוי ובן-פורת

האסכולה הראשונה שמזהה השופט חשין דורשת איתור של חובת פעולה מפורשת בדין על-מנת להרשיע במחדל⁵. עמדה זו מייחס השופט חשין לשופט לנדוי⁶ ולשופטת בן-פורת⁷. הוא מטיל ספק בכך שהשופטים באמת התכוונו לדרוש קיומו של מקור חובה בדין. את הספק ביחס לעמדת השופט לנדוי תולה השופט חשין במילה "כגון" במשפט "עלינו לפרש דברים אלה כמוסכים על נאשם שעליו מטיל המשפט הפלילי חובה לפעול, והוא נמנע מלפעול. חובות כאלה נובעות, בדרך כלל, מיחסי קירבה מיוחדים, כגון החובות המוגדרות בסעיפים 228-232 של פקודת החוק הפלילי". על כך אומר השופט חשין: "סברת השופט לנדוי היתה, כפשוטה, כי אפשר שיהיו יחסי קירבה מיוחדים גם אם אלה לא נקבעו מפורשות בחוק"⁸. למיטב הבנתנו, דבריו של השופט לנדוי פותחים בתיאור התנאי שלפיו "המשפט הפלילי [מטיל] חובה לפעול", ואחר כך מתארים מאפיין של חובה זו – בדרך כלל אותה חובה, הנעוצה בדין, מבוססת על "יחסי קירבה מיוחדים". לשם הדגמת המאפיין הזה מוצגות דוגמאות מן הדין (סעיפים 228-232 לפקודת החוק הפלילי), וכנהוג לפני הצגת דוגמאות נעשה שימוש במילה "כגון". לא זו אף זו, ניתן בהחלט להבין מן הדברים האמורים כי השופט לנדוי מעלה את האפשרות כי אין להסתפק בקיומה של חובה בדין, אלא יש להוסיף תנאי נוסף, מצטבר: היותה של החובה בדין מבוססת על זיקה מיוחדת; ואפשר אף שניתן להבין את דבריו של השופט לנדוי כתובעים שהחובה האמורה תימצא בדין הפלילי. לא ברור לנו כיצד ניתן להבין משפט זה כפי שהבין אותו השופט חשין. לא ברור גם מאין חילחל הספק ביחס לכוונותיה של השופטת בן-פורת, באומרה דברים ברורים ונכוחים: "כלל הוא שחוסר מעש אינו מהווה סיוע, אלא אם כן קיימת חובת 'עשה' שאינה מוסרית גרידא. חובה כזאת יכול שתהא נובעת מן הדין, מהתחייבות או מאופי התפקיד"⁹. כלומר, השופטת בן-פורת מבקשת שלא להסתפק בחובה שהיא מוסרית גרידא, אלא לתבוע קיומה של חובה משפטית. חובה משפטית זו יכולה לנבוע מן "הדין", בין אם מהתחייבות (שאינה מוסרית גרידא, קרי התחייבות שיש לה משמעות משפטית – בדרך כלל חוזית או נזיקית) ובין אם מאופי התפקיד, שיונק או מן הדין (בתפקיד לפי דין); והיא יכולה אף לנבוע או מחוזה (בתפקיד לפי חוזה); או משילוב של השניים (הדין וחוזה).

5 עמ' 207-209 לפסק-הדין בפרשת ויצמן (לעיל, הערה 1).
 6 בע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני וגור, פ"ד יח(4) 20 (להלן – פרשת ירקוני).
 7 בע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 505 (להלן – פרשת לב).

8 עמ' 208 לפסק-הדין בפרשת ויצמן (לעיל, הערה 1).
 9 פרשת לב (לעיל, הערה 7), עמ' 518.

(ב) "האסכולה השנייה" – עמדתנו אנו?

במסגרת הדיון באסכולה השנייה מתייחס השופט חשין בעיקר למאמרם של פרופ' מרדכי קרמניצר ושל ראם שגב¹⁰ ולמאמרנו שלנו¹¹. את הגישה המוצאת ביטוי במאמרים אלה מכנה השופט חשין בשם "האסכולה של החובות הספציפיות (הזיקה המיוחדת) – האסכולה המצמצמת". שם זה נשמע כמשקף יפה את עמדתנו: אכן, לצמצם ביקשנו. ואולם, הפתעה נכונה לנו. גישתנו המצמצמת הפכה לחובקת כל מחדל כמעט. נשוב ונחזור כאן על דברים שכבר הוצגו, ולאחר מכן נשווה בינם לבין העמדה שמייחס לנו השופט חשין. וכך כתבנו:

"תיקון 39 לחוק העונשין מבהיר בסעיף 18(ג), ללא הותרת מקום לצל צלו של ספק, כי מחדל הוא 'הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה' [ההדגשה הוספה]. הרחבת הביטוי 'כל דין או חוזה', אפשר שתיעשה על ידי פנייה לדינים מגוונים, אך ביטולו אינו בא בחשבון, לא ביחס למבצע העיקרי ולא ביחס למסייע".

ובהמשך:

"בתחימת המחדלים הענישים, מתבקש שהוראת דין כללית, הקובעת חובת עשה מכוח היקלעות מקרית לסיטואציה או קליטת אירוע באמצעות החושים, דוגמת החובה למנוע פשע, לא תוכל לשמש מקור להטלת חובת עשייה במסגרת עברה אחרת, חמורה יותר... מקור חובה חייב להתבסס על זיקה ספציפית בין העושה (או המסייע) לסכנה (למשל, מכוח שליטה שלו במקום ביצוע העברה או בנכס המשמש לביצועה) או לקרבן העברה".

כלומר: מחדל פלילי נוצר רק כאשר קיימת חובה בדין או בחוזה לפעול, וכמוכן – בהתקיים היסוד הנפשי הדרוש, הכולל, בין היתר, גם מודעות ליסודות העובדתיים המכוננים את החובה. לכן, משעה שהגענו למסקנה כי אין בדין הוראה המטילה על המסייעת חובה לפעול, תם הדיון באחריותה. אין לעניין זה הבדל בין עמדתנו לבין עמדת "האסכולה הראשונה", הדורשת גם היא מקור חובה לפעול בדין (אם כי נראה שהשופט לנדוי, שדבריו קדמו לתיקון 39, עומד על כך שהחובה תהא מצויה בחוק. לדידה של השופטת בן-פורת, ולטעמנו – גם על-פי החוק לאחר תיקון 39, החובה עשויה להימצא בכל דין או חוזה). לעומת זאת אם נמצאה הוראה בדין המטילה חובת פעולה על המסייעת, אזי, לדידנו, יש לבחון הוראה זו בבחינה נוספת. במסגרת בחינה

10 מ' קרמניצר, ר' שגב "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר (י' תמיר, א' הירש – עורכים, תש"ס) 197.

11 לעיל, הערה 3.

נוספת זו יש לעמוד על טיבה של החובה המוטלת: אם היא מבוססת על זיקה מיוחדת של החדל לסכנה או לקורבן. זיקה לסכנה יכולה להיווצר מכוח יצירתה בהתנהגות בלתי סבירה¹², מכוח שליטה על מקור הסכנה או מכוח מרות על אנשים (שהם "מקורות סכנה אנושיים"). זיקה לקורבן עשויה להיות זיקה טבעית (למשל של הורים לילדיהם), זיקה מכוח קבלת אחריות מפורשת (למשל על-ידי קבלת תפקיד שיש עמו אחריות) או מכוח קבלת אחריות משתמעת (למשל קשר חברתי הדוק)¹³. כאמור, לצורך בבחינה נוספת זו יש הדים בדבריו של השופט לנדוי, אם כי לא בדבריה של השופטת בן-פורת. ועתה נבחן כיצד מציג השופט חשין את עמדתנו. וכך הוא כותב:

"שלא כאסכולה הראשונה – אסכולה התובעת (כביכול) הוראת חוק מפורשת המחייבת את פלוני המסייע בעשיית מעשה מסויים – האסכולה של החובה הספציפית אינה נדרשת לחוק חרות דווקא. לדידה, ניתן להסתפק בחובות הנדרשות מתוך מערכת יחסים מיוחדת היוצרת זיקה ספציפית בין המסייע לבין הסכנה או קורבן העבירה, מערכת יחסים שאינה מוצאת בהכרח ביטוי בחוק החרות"¹⁴.

ובהמשך:

"על-פי הלוך מחשבתה של אסכולה זו – הבונה עצמה על קיומה של זיקה מיוחדת – לא תמיד ימצא לנו 'דין' פורמלי... לשאוב ממנו אותה חובה-של-זיקה-מיוחדת"¹⁵.

אם כן, השופט חשין מנגיד את עמדתנו לעמדת השופטים לנדוי ובן-פורת. במסגרת זו הוא מעוות עמדתנו. אין אנו מסתפקים בזיקה ספציפית כבסיס ליצירת חובה, כפי שמייחס לנו השופט חשין. לדידנו, לחובה לפעול צריכים להיות שני בסיסים. הראשון הוא עיגון בדין או בחוזה, כדרישת סעיף 18(ג). נכון הוא כי אנו, כמו גם השופטת בן-פורת, איננו עומדים על כך שהחובה תימצא בחוק החרות, שהרי גם החוק אינו עומד על כך. אך החובה בהחלט חייבת להיות נעוצה בדין או בחוזה, או, בלשונו של השופט חשין, ב"דין פורמלי". רק כשלב שני יש לבחון אם אותה חובה, הנעוצה בדין (או בחוזה), מקיימת גם את התנאי השני – היותה מבוססת על זיקה מיוחדת. מאחר שהשופט חשין מדלג על הדרישה הראשונה לאיתור מקור חובה, היא הדרישה של עיגון בדין או בחוזה, הוא מייחס לעמדתנו בעיה עם עקרון החוקיות, שהרי סעיף 18(ג) תובע עיגון כזה. בנסותו להסביר את "עמדתנו" ולהגן עליה הוא מציע כי פסיקת

12 פרופ' פלר סבור שדי ביצירת סכנה בלבד, ואין צורך שהיא תהא בהתנהגות בלתי סבירה. ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד), עמ' 401.

13 קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 10), עמ' 220-227.

14 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 211.

15 שם, עמ' 212.

בית-המשפט במקרה נתון עשויה להיחשב ל"דין" עליו נסמכת אותה פסיקה גופה. אלא שניסיון הגנה זה נכשל, ועל כך אין להתפלא. גם אנו לא היינו מצליחים להגן על עמדה שכזו:

"ואולם נניח – גם נסכים – כי כוחו של בית-המשפט עימו – בתוככי הגדרת ה'דין' – לבנות חובות עשה על זיקות מיוחדות. גם-כך תתקשה אסכולה זו לחיות בשלום עם עקרון החוקיות ועם האימפרטיב הקבוע בסעיף 1 לחוק העונשין ולפיו 'אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו'. אכן, אליבא דאסכולה זו קנה בית-משפט סמכות וכוח ליצור חובות – קרא: עבירות פליליות – בסוברו כי בנסיבות העניין יש 'זיקה ספציפית' בין המסייע לבין מעשה העבירה או העברייני; ואותן חובות יראו אור עולם, למותר לומר, עם פסיקתו של בית-המשפט – קרא, לאחר מעשה – ולא לפני מעשה כדרישת עקרון החוקיות במשפט הפלילי"¹⁶.

עוד מוסיף השופט חשין ומשיב מלחמה שערה לטחנת הרוח הניצבת מולו – עמדתנו-שאינה עמדתנו, ותמה על חוסר ההתאמה בין עקרון החוקיות הניצב, לכאורה, בבסיסה, לבין התוצאות שאליהן היא מובילה:

"האם נאמר כי קביעתן של חובות בדרכה של אסכולה זו – מכוח העיקרון של 'זיקה ספציפית' – פירושה הוא שבת-המשפט אך 'מגלים' חובות הנחבאות בתוככי שיטת המשפט, מגלים ואינם ממציאים חובות-יוצרות-מחדל-בר-עונשין? הנה-כי-כן, אסכולת הזיקה הספציפית מבקשת לגדור את מושג ה'מחדל' ולצמצמו ל'דין', ובה-בעת מבקשת היא ליצור מעת-לעת – אמנם באורח מצומצם ומבוקר – חובות ספציפיות שאינן מצויות בדין הפלילי"¹⁷.

אשר לעקרון החוקיות, הרי, כאמור, העמדה שמייחס לנו השופט חשין באמת אינה "חיה בשלום" עם עקרון החוקיות. פיתוח של חובות שאין להן זכר בדין על-ידי בית-המשפט והחלתן על המקרה הנדון לפניו מפרים את עקרון האזהרה המוקדמת, העומד בבסיס עקרון החוקיות. ואולם עמדתנו דווקא מעניקה ביטוי רחב לעיקרון של הימנעות מהפתעה ושל אזהרה מראש – אף רחב יותר מכפי שהוא מקבל לפי עמדת השופט חשין אשר תוצג, כאמור, בהמשך. לפי עמדתנו קיימות שתי דרישות לשם הטלת חובה: עיגונה בדין (או בחוזה), וכן קיומה של זיקה ספציפית בין העושה למעשה או לקורבן.

16 שם, עמ' 212.

17 שם, עמ' 214.

בשורות הבאות נבקש לדון ביחס שבין הדרישות האמורות לבין עקרון החוקיות. אשר לדרישה הראשונה, של עיגון בדין או בחוזה, הרי שלמרות שהחוק אינו מגביל את סוגי הדינים שאליהם ניתן להיזקק, נראה שאין להיזקק לפסיקה – ובוודאי לא לפסיקה באותו מקרה – כדי לקבוע קיומה של חובה במקרה נתון: "קליטה גורפת של מקורות חובה מכל תחומי הדין וללא סלקציה יוצרת קושי מבחינת עקרון החוקיות בפן המעשי שלו: היכולת להיות מודע למה שאסור. הפנייה הגורפת אל כל תחום הדין, ובכלל זה חובות הזהירות כפי שהן מתגבשות בפסיקה, היא, אולי, עמידה בעקרון החוקיות במובן הפורמלי, אך קשה מאד, בעצם בלתי אפשרי, לראות בכך אזהרה של ממש לאזרח. מקור חובה פסיקתי הוא, מעצם טיבה של פעולת השיפוט, רטרואקטיבי, וככזה מנוגד לחובה לתת לאזרח אזהרה הוגנת מראש"¹⁸.

עם זאת נראה שניתן להידרש לעוולת הרשלנות כאחד הדינים המכוננים חובה לפעול. הידרשות לעוולת הרשלנות היא בעייתית מבחינת עקרון החוקיות, שכן התכנים הקונקרטיים שלה מפותחים למעשה על-ידי הפסיקה. כדברי ד"ר קוגלר: "העובדה שבחוק קיימת עוולת רשלנות מופשטת, אינה משנה את העובדה שמי שקובע את המצבים שבהם תקום חובת פעולה לצורך העוולה הוא בית המשפט... נראה שמי שדבקתו בעקרון החוקיות מובילה אותו לדרוש עיגון של החובות בחיקוק כלשהו, צריך להיות עקבי ולהכיר כמקורות חובה לגיטימיים רק בחיקוקים הקובעים בעצמם את המצבים העובדתיים המקימים חובה לפעול, ולא להכיר בחיקוקים הקובעים רק מסגרת מופשטת (המתמלאת תוכן ממשי ועובדתי על ידי בית המשפט) כמקורות לגיטימיים לחובת פעולה"¹⁹.

אפשר שבעיה זו הנה כורח בלתי נמנע: אם אין נוקטים בהכללות מופלגות, אין אפשרות לפרט באופן ממצה את כל חובות הזהירות המוטלות על האזרחים. עם זאת, ניתן לטעון שקיימת אפשרות לפירוט המתקרב לפחות למיצוי חובות הזהירות הללו, כפי שעולה מדבריו של ד"ר קוגלר²⁰. ככל שאפשרות זו קיימת, אין ספק שהיא האפשרות הרצויה. אולם במציאות הנתונה, שבה לא מפרטת מערכת המשפט חובות אלה, ייתכן שאין מנוס מלהיזקק לעוולת הרשלנות. ללא היזקקות זו תצטמצם האפשרות להרשיע בעבירות גרימה בגין מחדל במידה משמעותית²¹.

18 קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 10), עמ' 216.

19 "קוגלר" דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ (תשס"ג) 201, עמ' 271-272.

20 קוגלר, שם, עמ' 270-271: "ברור שבשיטת המשפט האידאלית, היה המחוקק הפלילי יכול לפרט את המצבים שנידונו דלעיל, במסגרת רשימת חובות סגורות, לצרכי העבירות השונות. אך הדיון שלנו מתייחס למציאות הקיימת בדרך כלל במדינות העולם – מציאות שבה אין רשימות סגורות כאלו..." וראו גם שם, עמ' 251-252.

21 ראו קוגלר, שם, עמ' 252.

זאת ועוד, אפשר שהמחיר – מבחינת הפגיעה בעקרון החוקיות – שבו כרוכה הפניה לעוולת הרשלנות אינו גבוה כפי שנראה מלכתחילה. לחובות הזהירות שכבר נקבעו במסגרת עוולת הרשלנות יש ערך מדריך ומזהיר מסוים²². בחינה של משמעות עוולת הרשלנות לענייננו מלמדת כי בעיקרה היא מתייחסת לחובות המוטלות על מי שיצר סכנה לנטרל את הסכנה או להקטין את הנזק, אם התממשה הסכנה²³. מקור חובה כזה היה ראוי להיקבע בכל מודל של פירוט מקורות החובה לצורך דיני העונשין. כלומר, לעוולת הרשלנות יש בהקשרנו משמעות ברורה וידועה. יתר על כן, בתחומים של הגנה על החיים ושלמות הגוף, ובמידה מסוימת גם בתחום של הגנה על הרכוש, כפי שהוא מוגן במשפט הפלילי, עוולת הרשלנות כבר מפותחת במידה משמעותית, ואולי אף הגיעה למיצוי.

ועל כל פנים, ככל שתפותח "עוולה חדשה" במסגרת הפסיקה, אין להחיל אותה אלא מכאן ולהבא²⁴, ואם הדבר אפשרי – יש לחוקק אותה. אין להסכים עם יצירת חובה חדשה מכוח עוולת הרשלנות במסגרת מקרה נתון, והפעלתה באותו מקרה, כפי שנעשה בפרשת לורנס²⁵. ד"ר קוגלר עמד על כך שבאותו עניין למעשה "אימץ השופט ד' לוי את הדוקטרינה של 'יוצר מצב מסוכן' לתוך משפטנו הפלילי, לפחות בהקשר של עבירות נגד החיים... ומהו המקור החקיקתי לאימוץ הדוקטרינה? אין מקור כזה, והשופט בעצמו אומר... שאין סעיף ספציפי לעניין זה". נראה אם כן, שהשופט ראה עצמו בן-חורין לחדש את החובה של 'יוצר מצב מסוכן' בעצמו²⁶. הטלת האחריות בפרשת לורנס הייתה מרחיקת לכת, שכן האחריות הוטלה באותו מקרה לא רק על מי שיוצר את הסכנה באופן ישיר (המנוח שכיוון את האקדח לראשו וירה), אלא גם על שותפו למשחק בגין הסיכון שיוצר האחר²⁷.

22 פחות אמנם מן הערך המדריך והמזהיר שיש לנורמה חקוקה. ראו מ' קרמניצר "על הרשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד (תשנ"ד) 71, עמ' 82.

23 כפי שכבר צוין במקום אחר, הטלת חובה מכוח יצירת מצב מסוכן מעוררת את השאלה אם די בכל התנהגות היוצרת מצב מסוכן, או שמא נדרש גם שההתנהגות תיצור סיכון בלתי סביר או בלתי מוצדק. שאלה נוספת היא אם נדרש גם יסוד סובייקטיבי של אשמה ביצירת הסיכון, ואם כן איזו אשמה. ראו קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 10), עמ' 222. פרופ' פלר סבור שמוטלת חובה לניטרול סכנה על כל מי שיוצר אותה מבחינה אובייקטיבית (פלר (לעיל, הערה 12), עמ' 401). ניתן לטעון שעמדה זו היא מרחיקת לכת, ומרחיבה הרחבת יתר את תחום האחריות הפלילית. ראו קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 10), עמ' 223-226.

24 אך ראו ביקורתו של ד"ר קוגלר, שלפיה בשיטה משפטית בה ניתן להחיל חידושי פסיקה מכאן ולהבא, אין סיבה להימנע מהחלה ישירה של חובות המפותחות בפסיקה, גם ללא היוזקות לעוולת הרשלנות. קוגלר (לעיל, הערה 19), עמ' 277.

25 ע"פ 119/93 לורנס נגד מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, (להלן – פרשת לורנס).

26 קוגלר (לעיל, הערה 19), עמ' 287, הערה 164.

27 לדברי השופט ד' לוי בפסקה 19 לפסק-הדין בפרשת לורנס (לעיל, הערה 25): "בארץ, ככל שידי מגעת, אין תקדימים למקרה כגון דא שבו נהרג אחד המשתתפים במשחק מסוכן

האם נוכח המוכנות להכיר בחובות שפותחו על-ידי הפסיקה במסגרת חובת הזהירות הנזיקית, ראוי להכיר גם בחובות אחרות יציר הפסיקה, ובייחוד בהקשר של סיוע על-ידי מחדל? לדעתנו, מתחייבת תשובה שלילית. החובות יציר-הפסיקה מכוח דיני הנזיקין נקלטות עקב אופיה הכללי והגורף של הוראת הקליטה שבסעיף 18(ג) לחוק העונשין, והן מעוגנות בדין הנזיקי. עקרון החוקיות שולל מן הפסיקה כוח מייסד של אחריות פלילית. מבחינת עקרון החוקיות, החובות הנזיקיות הללו הן בגדר חריג מובהק (שהוא, כנראה, "הכרח בל יגונה"), שאין כל מקום להרחיבו.

בדרישה השנייה לשם הטלת חובה – הדרישה של זיקה ספציפית – יש משום התמודדות עם הבעייתיות האמורה, מכיוון שהיא מסננת מקרים רבים שבהם הטלת אחריות עלולה להיות מפתיעה, אם נקבל את ההנחה כי מי שנקלעת לסיטואציה תתקשה להניח שיש עליה חובה חוקית (להבדיל, אולי, מחובה מוסרית) לפעול מטעם זה בלבד, ושההימנעות מלפעול מכניסה אותה לגדרי החמורים שבפשעים (פשעים של גרימת תוצאה ללא יסוד התנהגותי מוגדר)²⁸. הזיקה הספציפית היא בבחינת הצדקה מיוחדת להטלת חובה – הצדקה שהיא בעלת אופי מוספי, עניין של צדק ושל ציפייה חברתית מבוססת, ולעתים אף של הסתמכות עליה. כך, למשל, צודק לתבוע מבעל שליטה בדבר למנוע סכנה שמקורה בדבר. זהו גם צד שני של האוטונומיה בשליטה שיש לו על הדבר, שהמשפט מכיר בה ומגן עליה. דרישה זו מצמצמת את האחריות הפלילית, ולכן ההיזקקות לה אינה מפרה את עקרון החוקיות, אף שהיא אינה מעוגנת בחוק. מהיבט זה, דווקא עמדתו של השופט חשין פוגעת בעקרון האזהרה שבבסיס עקרון החוקיות. כפי שנראה בהמשך, עמדה זו למעשה קולטת גם חובות שאינן מעוגנות בדין, ולא ברור גם שהן מבוססות על זיקה ספציפית. על-כן, היא מאפשרת לבית-המשפט לכוון חובות עשייה לאחר מעשה, ולא רק כאשר קיימת זיקה ספציפית בין העושה לסכנה או לקורבן. זאת בדיוק עושה השופט חשין בעניין ויצמן. על-כן, דווקא עמדתו שלו היא שלוקה בפגיעה בעקרון החוקיות, אותה הוא מייחס לעמדתנו.

(ג) "האסכולה השלישית" (עמדתו של פרופ' פלר), והיחס בינה לבין עמדתנו

בחלק זה נפתח בהצגת "האסכולה השלישית" שאליה מתייחס השופט חשין, היא עמדתו של פרופ' פלר. לאחר מכן, נציג את היחס שמתאר השופט בין עמדת פרופ' פלר לבין עמדתנו ונבקר אותו. השופט מציג את העמדות כקרובות מאוד זו לזו מבחינה מעשית, ואנו נבקש להבהיר את ההבדלים המהותיים ביניהן.

וחברו למשחק הורשע בגרימת מותו, וקטגוריה זו של חובת זהירות טרם הוכרה. אולם, אין בחדשנותו של מקרה זה כדי למנוע הכרה בקיומה של חובת זהירות מקום בו מן הראוי להכיר בקיומה של זו".

28 קיימים בסיסים נוספים להימנעות מהטלת אחריות על בסיס חובה כללית; ראו עמ' 22 ואילך.

"האסכולה השלישית" שמציג השופט חשין, אשר היא למעשה אך "אסכולה שנייה", היא זו של פרופ' פלר. לפי עמדתו של פרופ' פלר, אין צורך במקור חובה חיצוני לעבירה כדי להטיל חובת פעולה על המסייע. העבירה העיקרית, במתכונת הקונקרטיה בה בוצעה, משמשת כמקור לחובה של המסייע לפעול. ובלשונו של פרופ' פלר:

"המחדל כהתנהגות מסייעת לדבר עבירה אינו צריך להוות הפרת צו-עשה מקביל בנורמה נפרדת מזו האוסרת על עצם הסיוע, כצורה של שותפות עקיפה לאירוע עברייני רב-משתתפים, שעשויה להתבטא גם בהתנהגות פאסיבית ... הביצוע העיקרי, על הקונקרטיה בעין שלו – ולא רק על האיסור הנורמאטיבי שהופר בו – מאריך את רדיוס הקרינה של החובה המוטלת על המבצע העיקרי להימנע מן הביצוע, גם על זולתו, להימנע מהתנהגות, לו אף פאסיבית, שיש בה כדי לסייע, במודע, לביצוע זה"²⁹.

עתה נפנה ליחס שמתאר השופט חשין בין "האסכולה השנייה" לבין "האסכולה השלישית". הוא מגיע למסקנה שלמעשה שתי האסכולות מגיעות לאותן תוצאות בדרכים שונות. ההיסמכות על זיקה ספציפית היא לכאורה מצמצמת, אך למעשה יישום שלה מלמד כי היא רחבה מכפי שהיא מתיימרת להיות (ושוב, תיאור זה היה נכון אילו ההיסמכות הייתה על התנאי של זיקה ספציפית כתנאי יחיד, ולא על הוראת דין שמקיימת את התנאי של זיקה ספציפית). ואילו ההיסמכות על העבירה העיקרית מביאה לאותן תוצאות באמצעות תשתית תאורטית קבועה מראש. ובלשון השופט:

"אסכולה שנייה מצמצמת גדרים בתחילת דרכה, בעוד אשר אסכולה שלישית מרחיבה בתשתית ומצמצמת גדרים בהמשכה. אסכולה שנייה באה מצפון ואסכולה שלישית באה מדרום... אכן, שתי אסכולות שדומה היה בתחילת הדרך כי צהובות הן זולתו, נמצא אותן שוכנות זו-בצד-זו ואין מחריד... אכן, חילוקים בין האסכולה השנייה לבין האסכולה השלישית כמוהם כחילוקים בתוככי כל אחת מאותן אסכולות"³⁰.

אין זה ברור למה מתכוון השופט כאשר הוא מתאר את "צמצום הגדרים" על-ידי האסכולה השלישית. אפשר שהשופט מרמז לתוספת המסננת של "נסיבות העניין", אשר תוצג להלן במסגרת הדיון בעמדת השופט חשין³¹. אולם תוספת זו היא תוספת עצמאית שלו, ואין ליחס אותה לפרופ' פלר.

29 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, תשמ"ז), עמ' 242.

30 עמ' 226 לפסק-הדין בפרשת ויצמן (לעיל, הערה 1).

31 בעמ' 223-224 לפסק-הדין שם, מציין השופט חשין ביחס ל"אסכולה השלישית": "שלא כמותה [כמו ה"אסכולה השנייה", הנסמכת, לדברי השופט, על זיקה כמכוננת חובה] היא

נציין כי גם אילו הצגת העמדות הייתה נכונה, המסקנה שאליה מגיע השופט אינה ברורה. בחינה של "נסיבות העניין" היא מטבע הדברים פתוחה יותר מבחינת הקיום של זיקה ספציפית. היא אינה מחייבת זיקה ספציפית, ומצד אחר – מותרת אפשרות להימנעות מהרשעה גם כאשר קיימת זיקה ספציפית. מוזר הדבר שמספר פסקאות קודם לכן עומד השופט על הבדל זה בין ה"גישות"³², ובכל זאת הוא מגיע למסקנה האמורה ביחס לאחידות ביניהן. יתרה מזו, היסמכות על "נסיבות העניין" שונה מהיסמכות על זיקה ספציפית גם במובן אחר. היא אינה מספקת קריטריון ממשי וברור להכרעה, ולכן למעשה היא מותרת את ההכרעה לאינטואיציה השיפוטית. זאת, בעוד שזיקה מיוחדת היא קריטריון ממשי, ניתן להבנה ולצפייה מראש: אין זה מסובך לברר אם קיים קשר בין המסייעת לסכנה או לקורבן, קשר שאינו קיים בין כל עוברת אורח אחרת לבינם (דוגמת השתתפות של המסייעת ביצירת הסכנה, קיומה של זיקה טבעית – הורות – או זיקה מכוח תפקיד של המסייעת כלפי הקורבן וכדומה).

ואולם, כאמור, הדיון כולו סוטה מן העניין, מכיוון שעמדתו של פרופ' פלר אינה כוללת מסגרת נוספת של "נסיבות העניין".

(ד) עמדת השופט חשין: אימוץ עמדת פרופ' פלר, בגירסה מרוכבת

השופט חשין מצהיר כי אינו מקבל את עמדת פרופ' פלר, כי אם מפתח גישה עצמאית משלו, שהיא צרה מעמדתו של פרופ' פלר. השופט מציין כי עמדה המוותרת על מקור חובה חיצוני (כלשהו) לסיוע במחדל מרחיבה את תחום האחריות הפלילית יתר על המידה³³. זאת ועוד, במסגרת הדיון ב"חובות הנעוצות בדין", מצהיר השופט כי לא כל חובה בדין יכולה לשמש מקור חובה לפעול כדי להימנע מסיוע לדבר עבירה, ולמשל, כי החובה שבחוק לא תעמוד על דם רעך אינה יכולה לשמש כמקור חובה כזה³⁴. בעניין זה

האסכולה השלישית – האסכולה של הסיוע הנגזר – ש'נסיבות העניין' אף-הן עשויות לכונן חובה לעשות, וממילא יוצרות הן אותן נסיבות אף את המחדל בן-העונשין".

32 שם, שם.

33 שם, עמ' 220: "יכול הטוען שיטען, כי יש בהשקפתו של פרופ' פלר הרחבת-יתר של החובות החלות על מי שנטען כי מסייע הוא... אם אמנם החובה הבוראת מחדל בר-עונשין תולֵה עצמה בשלושה אלה: במסוגלותה של ההימנעות-מעשייה לסייע; במודעות לטיב המעשה ולנסיבות; ובמטרה לעזור לעבריין העיקרי; יכול הטוען שיטען כי אימוצה של האסכולה השלישית יקרבנו במאוד למסקנה שכוונתו של אדם לסייע – כוונה באשר היא – מטילה עליו חובה בת-עונשין והופכת אותו מסייע; ולמותר לומר כי איש לא יטען שיש להטיל חבות פלילית על אדם אך בגין מחשבתו. אין זאת אלא ששומה עלינו לצמצם את המסגרת הרחבה שבנה פרופ' פלר עבורנו".

34 שם, עמ' 216: "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. חובה היא

זהה גישתו של השופט חשין לגישתנו, אולם בהמשך – לעניין אופן הצמצום של החובות – נפרדות דרכינו.

להלן נבקש להראות כי המהלך שמבצע השופט חשין מוביל אותו, בסופו של דבר ובניגוד להצהרותיו המצמצמות, להיאחזות בעמדה הקרובה לזו של פרופ' פלר: הצמצום הנדרש לעמדת פרופ' פלר אינו חייב, לדידו של השופט, להיות על הוראת דין חיצונית. כלומר: עמדתו, אשר לפיה לא כל הוראת דין יכולה לשמש כמקור חובה, משמעותה כי קיומה של הוראת דין אינה תנאי הכרחי או מספיק לשם הטלת אחריות³⁵.

המוטלת עלינו לבחון את עוצמתה של אותה חובה, ולהוסיף ולבחון אם ראוייה היא – על-פי תכליתה – ליצוא מאותו דין שבו נקבעה אל-עבר מיתחם דין העונשין שבו מצוי אף ביתו של המסייע לדבר עבירה בחוק העונשין. הנה-היא אותה 'חובת הצלה והושטת עזרה' (כדבר כותרת השוליים) הקבועה בסעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך. כהוראת סעיף 4 לאותו חוק, העובר על הוראת סעיף 1 'דינו – קנס', וכדברו של סעיף 61(א)(1) לחוק העונשין המדובר הוא בקנס עד 9,600 שקלים חדשים. נוכח גדירות אלו שהוצבו סביב העבירה של חובת הצלה והושטת עזרה, נתקשה לקבוע כי אותה חובת הצלה נועדה אף ליצוא, דהיינו, בכוחה לשמש מנוף להטלתה של חובה נוספת – חובה שעוצמתה שבעתיים – וליצירת 'מחדל' בר-עונשין בענייננו של מסייע. אכן, הרכבה מכניסטית של חובות עשה 'כלליות' על עבירות מן-המניין אין לקבלה כפירוש ראוי לחוק".

השופט מפנה לעניין זה לספרו של פלר (לעיל, הערה 29), עמ' 247 (פיסקה 321). הפיסקה האמורה עוסקת בתביעה שהתנהגות המסייעת תהיה בעלת ייעוד מוחשי (כלומר – על המסייע לדעת, לפחות בקווים כלליים, מהי העבירה הספציפית לה התנהגותו מסייעת). במסגרת זו מציין פרופ' פלר (שם, עמ' 248): "אין בין העבירות הקורלאטיביות, כגון אלה המוגדרות בסעיפים 95 ו-262 לחוק העונשין, לבין סיוע לדבר עבירה, אפילו כאשר הסיוע הוא במחדל, ולא כלום. עבירות אלו מתבטאות בהתנהגות פאסיבית בלבד, שהיא, במהותה, גם חיצונית כליל, אובייקטיבית וסובייקטיבית כאחת, לעבירה, שבזיקתן אליה מותנית התהוותן". נראה שפרופ' פלר מבקש להבהיר כאן, שגם אם התמלאו יסודותיהן של עבירות אלה, אין זאת אומרת שנתמלאו גם דרישות הסיוע. ברי כי אין להסיק מכך שפרופ' פלר סבור שהעבירות הללו אינן יכולות לשמש מקור חובה לצורך סיוע במחדל (שהרי לפי עמדתו לא נדרש כלל מקור חובה כזה).

עמדה זו עשויה להסביר הערה שמעיר השופט חשין בתחילת הדיון. השופט מקדים ומוציא מתחולת הדיון בצורך בקיום מקור חובה מצבים שבהם היה הסכם מוקדם בין העושה העיקרית לבין המסייעת, כלומר, מצבים של סיוע על בסיס הסתמכות. זאת, בהתייחסו לדוגמה שהציג השופט ח' כהן בפרשת ירקוני (לעיל, הערה 6), שלפיה ניתן להרשיע בסיוע את עוזרת הבית שהשאירה את החלון בבית פתוח כדי לאפשר לעושה העיקרי לפרוץ אל הבית. יש לציין כי לא ברור אם בדוגמה שנתן השופט כהן הייתה הסכמה מוקדמת בין הפורץ לבין העוזרת (שם, עמ' 47): "משל בעוזרת בית שחדלה מלסגור חלונות הדירה, בכוונה לסייע לפרוץ לפרוץ לתוכה". האפשרות שהייתה הסכמה מוקדמת בין הפורץ לעוזרת הועלתה על-ידי פרופ' פלר (לעיל, הערה 12), עמ' 244). לדידו של השופט חשין "אם אמנם נעשה הסדר מוקדם בין הפורץ לבין עוזרת-הבית – ואכן נעשה הסכם מעין זה ביניהם – מתייתר מאליו הדיון בנושא החובה שהעוזרת חדלה מקיימה, שהרי באותו הסדר עשתה עוזרת-הבית עצמה צד לעבירה כמסייעת... כל אימת שנעשה הסדר מוקדם בין העברייך העיקרי לבין מי שלימים יכונה 'מסייע', שאלת החובה האפרורית שאותו מסייע

35

השופט מציין את נסיבות המקרה הקונקרטי כמסגרת שתשמש אותנו בבואנו להכריע בדבר קיומה של חובת פעולה, ובהמשך – אף את אופיה של העבירה העיקרית:

”שומה עלינו לבחון את פרטי המקרה הקונקרטי ולברר אם פלוני – שנטען עליו כי מסייע הוא – קירב עצמו למעשה העבירה עד שניתן לומר כי הימנעותו מעשייה שקולה כנגד מעשה”³⁶ (ההדגשות הוספו).

ובהמשך:

”כן נוסיף ונבחן את הסיוע-על-דרך-מחדל במשקפי העבירה העיקרית, שלדעתנו ככל שהעבירה העיקרית חמורה יותר ופוגעת יותר בעומקם של סידרי החברה, כך תִּעָצֵם ותלך נכונותנו להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך של מחדל”³⁷ (ההדגשות הוספו).

אם נסכם את עמדתו של השופט חשין, הרי הוא מבקש לצמצם את הקביעה הכללית (כי אין צורך במקור חובה חיצוני כדי להרשיע בסיוע במחדל) באמצעות התייחסות לחומרתה של העבירה העיקרית ולטיבה, ולנסיבות המקרה הקונקרטי – אם החדל “קירב עצמו למעשה העבירה”³⁸.

הפר, שאלה שלא-לעניין היא. הסדר מוקדם כי ייעשה, ייתר אותו הסדר דיון בנושא המחדל, ודינו של המסייע יהא כדינו של כל מסייע אחר” (פיסקאות 25-26 לפסק-הדין בפרשת ויצמן (לעיל, הערה 1)). אם הבסיס להרשעה הוא עצם ההסתמכות על ההסכם, שאלת הסיוע במחדל אינה מתעוררת כלל, וצודק בית-המשפט שניתן להרשיע על בסיס זה. כריתת ההסכם היא התנהגות אקטיבית. אם הבסיס להרשעה הוא ההימנעות מסגירת החלון, השאלה מתעוררת במלוא חריפותה. לפי עמדתו של השופט חשין, אין חשיבות לשאלת קיומה של חובה בדין – על העוזרת לנהוג זהירות בבית ובמיטלטליו. ואילו לדעתנו, בהנחה שלא הייתה הסכמה מראש, אלמלא הייתה לעוזרת חובה לנהוג זהירות כלפי הבית ומיטלטליו מכוח חובת הזהירות (הקונקרטי) הנויקית, החלה על מי שניתנה לה רשות להיכנס אל הבית ומידה של שליטה עליו (ואולי אף מכוח החוזה שלה עם בעלי הבית), ספק רב אם ניתן היה להרשיע אותה בסיוע לפריצה. אילו היה מדובר באורח שהיה מזדמן לבית, ברור, לשיטתנו, כי לא ניתן היה להרשיעו בסיוע לפריצה. הדוגמה איננה מקרה ברור וחד-משמעי של מחדל בהיעדר חובה בדין לפעול.

36 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 221.

37 שם, עמ' 226. סכנה מיידית וממשית לחיי אדם או לבריאותו היא שיקול בעד הכרה בחובת פעולה – שם, פסקה 59.

38 אפשר שמניתוחו של השופט עולה כי גם בהתקיימות היסוד הנפשי של כוונה לסייע יש משום קירוב עצמי כאמור, ולכן הוא יכול לשמש כאחד הקריטריונים המצמצמים את גישתו של פרופ' פלר. לאחר שהשופט דן באופן כללי במעמדו של המסייע כגורם הקרוב לעבירה, הוא מציין: “נניח עתה לרגע, כי המועמד-להיות-מסייע מודה בפה מלא כי חדל כאשר חדל... כדי לחזק את ידי העבריין הראשי בכיצוע העבירה, כדי למנוע את תפיסת

פעולת הצמצום שמבקש השופט לבצע – מן הראוי לה שתספק קריטריון משמעותי ובהיר לצמצום. להלן נבקש לטעון כי הקריטריון שמספק השופט חשין הוא קריטריון אשר כמעט שאינו מצמצם כלל, ועל כן עמדתו קרובה מאוד לעמדת פרופ' פלר, גם אם אינה זהה לה.

אמות המידה העמומות שמנסה השופט חשין לספק אינן מספקות אמצעי משמעותי או אפילו אמצעי ממשי לצמצום. כפי שנראה, בפועל השופט אינו עומד על קיומה של הקירבה שאותה הוא מזכיר, ומסתפק בהיקלעות לסיטואציה כבסיס כמעט יחיד לחיוב בפעולה. דומה שאף השופט חשין ער לכך שאין הוא מצמצם את הטלת החובה הכללית: הוא מזכיר את הקירבה המובהקת שנוצרת כתולדה של עמדתו בין סיוע לדבר עבירה לבין ביצוע של העבירה של אי-מניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין (קירבה הנוצרת גם לפי גישתו של פרופ' פלר, ועל כך עוד ידובר בהמשך). המשמעות של זהות כזו היא כי למעשה, מי שאינה מונעת ביצוע פשע, מסייעת לביצועו – כל מי שאינה מונעת פשע, ולא רק מי שעומדת בקריטריונים מצמצמים כאלה ואחרים. השופט מציין את הדברים הבאים: "יש נסיבות שבהן ההבדל בין סיוע לעבירה לבין אי-מניעת עבירה יהא דק-מכלל-דק. ההבדל טמון במידת קירבתו של האדם לעבירה, שהמסייע בהימנעותו מעשייה ובכוונתו לעזור לעבריין העיקרי, מקרב עצמו לעבירה וכמו עושה עצמו צד (טפל, אמנם) לעבירה. אכן, ההבדל דק, ובכל זאת הבדל הוא"³⁹. לא ברור מדבריו של השופט מהו בדיוק ההבדל האמור. ההבדל בין אי-מניעת פשע לבין סיוע לדבר עבירה

המבצע או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם ביצוע העבירה... מקום שהיסוד הנפשי אינו שנוי במחלוקת; והימנעותו של המועמד-להיות-מסייע ניחנה בתכונה של מסוגלות לעזור לעבריין העיקרי... דומה שניתן להסכים כי אין הצדק להרחיק לכת בחיפוש אחר אותה חובה שהימנעות מקיומה יוצרת מחדל בן-עונשין. נראה כי אותה 'חובה לפי כל דין' כדבר סעיף 18(ג) לחוק העונשין – זו חובה העושה הימנעות למחדל בר-עונשין – עשויה להילמד מתוך קומפלקס העבירה גופה. לא תמיד, אמנם; לא בכל מקרה; ואולם במקרים המתאימים נוכל ללמוד כן" (שם, עמ' 223; ההדגשה הוספה).

אפשר שהשופט מתייחס ליסוד הנפשי כאחד הגורמים המקרבים כל מסייע לעבירה, ומכאן גם המסקנה הכללית כי בכל מקרה של מחדל שאפשר שהוא מסייע, עשויה החובה להילמד מתוך "קומפלקס העבירה גופה" (כלומר – היסוד הנפשי אינו אחד הגורמים העוזרים לנו לצמצם את גישתו של פרופ' פלר, כי אם גורם המוביל אך ורק לדחיית עמדתנו, לפיה נדרש מקור חובה המעוגן בדין וחיצוני לעבירה). ואולם, אפשר שגם היסוד הנפשי של כוונה לסייע נתפס על-ידי השופט כאחד "הגורמים המקרבים" שיעזרו בידינו להבחין בין חדלים שהם מסייעים לדבר עבירה לחדלים שאינם מסייעים (כלומר, אחד הגורמים המשמשים לצמצום גישתו של פרופ' פלר). אם כך הוא, הרי שיש לציין כי שאלת ההבחנה האמורה בין המחדלים מתעוררת במלוא חריפותה רק בהנחה שכל יתר התנאים להרשעה בסיוע, כולל היסוד הנפשי, אכן מתקיימים. במילים אחרות, יסוד נפשי של כוונה לסייע יתקיים ממילא בכל מקרה בו ניתן להרשיע בסיוע, ולכן אין אפשרות להיסמך עליו כגורם שיוביל לצמצום עמדתו של פרופ' פלר.

39 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 221.

מצטמצם עוד יותר לנוכח הצירוף של שניים: פסיקתו של השופט חשין בפרשת הר-שפי⁴⁰, ולפיה נדרשת מודעות (ואין די בחשד) ביחס לביצוע העיקרי במסגרת העבירה של אי-מניעת פשע; והאפשרות להשתמש בהילכת הצפייה במסגרת עברת הסיוע, ולהסתפק ביסוד נפשי של צפייה של הביצוע העיקרי בדרגה גבוהה של הסתברות, גם בהיעדר רצון.

לכך יש להוסיף הערה בדבר בהירותן של אמות המידה המצמצמות: הפרמטר של חומרת העבירה העיקרית אינו פרמטר ברור. חומרה היא עניין יחסי, וכך עולה גם מדבריו של השופט, שלפיהם ככל שהעבירה חמורה יותר, "תעצם ותלך נכונותנו" וגו'. האם לפי פרמטר זה ניתן לזהות את המקרים שקיימת בהם חובה? האם זו אמת מידה שיכולה לשמש את האזרח, ששיטת המשפט חייבת להדריכו ולהזהירו באופן מפורש, מוגדר וברור? גם הפרמטר השני, של נסיבות המקרה, אינו ברור כלל, וברור שאין הוא מתקרב אפילו לדרישות המינימום של אזהרה ברורה מראש. אין זה ברור מה הן בדיוק הנסיבות המקימות חובת פעולה – השופט אינו מסביר כיצד בדיוק "מקרב עצמו" אדם למעשה עבירה. ניתן אולי ללמוד מן הדיון הנזיקי, למשל בדבר אחריותו של בעל שליטה במקום או בנכס לעבירה שבוצעה באותו מקום או באמצעות אותו נכס⁴¹. ואולם, ברי כי השיקולים הנזיקיים אינם זהים לשיקולים העונשיים, אין הם ממצים, ועל המבקש לכונן אחריות פלילית שאין לה בסיס ברור בדיון להבהיר ולפרט מה הם השיקולים שעל בסיסם תיקבע אחריות כזו. על כן, גם אם מתייחסים לקריטריונים האמורים ברצינות הראויה (וכפי שנראה להלן, ספק רב אם השופט חשין עושה כן), הם אינם מספקים אמצעי ברור לצמצום. התוצאה היא פגיעה קשה בעקרון החוקיות – הרחבה של התחום המופלל ללא בסיס חוקי, בניגוד ללשון החוק, ובלי לקבוע אמות מידה ברורות להרחבה זו. לא ברור מדוע העדיף השופט קריטריון עמום שכזה על פני גישה שקובעת ושמפרטת מראש גבולות לאותן "נסיבות" שבהן תוטל החובה – נסיבות של זיקה מיוחדת בין העושה לסכנה או לקורבן.

יישום אמות המידה המצמצמות על עובדות המקרה

בחינת היישום של אמות המידה המצמצמות שמאמץ השופט חשין על העובדות בפרשת ויצמן מדגימה כי בפועל, ערכן המצמצם של אמות המידה הוא קטן אף משניתן היה לשער. גם אם יש לאמות מידה אלה פוטנציאל לצמצום, היישום שמציע השופט חשין שוחק פוטנציאל זה עד דק. להלן נבחן את היישום האמור ונבקרו. חומרת העבירה: השופט בוחן את חומרתה של העבירה של הפקרה אחרי פגיעה, ומציין: "העבירה של הפקרה אחרי פגיעה – אמרנו זאת כבר – עבירה קשה ומכוערת

40 ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735.

41 לדיון בסוגיה של אחריותו של בעל מקרקעין לעבירה שבוצעה במקרקעיו ראו I. England *The Philosophy of Tort Law* (1993), pp. 180-184.

היא. כולנו ידענו מה נזק יכול שייגרם לאדם בתאונת מכוניות – נזכיר כי השוטר מורי נפגע והשיב נשמתו לבוראו – והנה מוצאים אנו את הנוהג ברכב שהיה מעורב בתאונה נס על נפשו ומותיר את הנפגע מאחוריו מתפתל בייסוריו ואין מושיע. מעשהו זה של הנוהג הבורח פוגע בשורשי הסולידריות החברתית והאישית המינימלית לקיומה של חברה תקינה; בריחתו של הנהג מן המקום היא מעשה אנטי-חברתי ואנטי-מוסרי מובהק; וראוי הוא כי ייענש בכל חומר הדין⁴².

כלומר, השופט מתייחס למקרה החמור של העבירה, בו הנפגע נותר לבדו כשהוא "מתפתל בייסוריו". מובן שמקרה זה אינו מחויב מבחינת יסודות האיסור. ניתן לתהות אם גם במקרה אחר, שבו הנסיבות הקונקרטיות היו של הפקרה לאחר פגיעה קלה, היה השופט נוטה להיסמך על ניתוח זה – של המקרה החמור של העבירה. האם כאשר נבחנת החומרה, קובע הסיווג הנורמטיבי הכללי של האיסור או המקרה הקונקרטי? מהי מידת החומרה המינימלית הנדרשת? האם החובה קמה, אך גם נופלת, לפי מידת החומרה של הפגיעה בקורבן? האם קובע לעניין זה המצב העובדתי בלבד, מודעותו של החדל או מודעותו בכוח של החדל לטיב הפגיעה? שאלות אלה נותרות ללא מענה ברור.

עוד ראוי להעיר כי במסגרת הניתוח של השופט חשין קיים טשטוש בין קריטריון זה (חומרת העבירה) לבין קריטריון אחר שהוא מונה (ואשר יוצג בהמשך) – הקריטריון של פגיעה קשה באדם כחלק מנסיבות העניין.

נסיבות העניין – הקירבה בין המערערות לנהג: ואשר לנסיבות המקרה הנדון: האם ניתן לומר שהמערערות בפרשת ויצמן קירבו עצמן לעבירה, ועל כן יש להרשיען כפי שעושה השופט? ובמה קירבו עצמן לעבירה? האם בכך שהצטרפו לנסיעה של חבריהם? השופט חשין גורס שהמערערות היו קרובות לעבירה יותר מעוברי אורח, שכן ישבו לצד הנהג הפוגע, ויכלו לנסות להשפיע עליו: "הנוסע שאינו נוהג ברכב נקלע אמנם למצב דברים שאינו בשליטתו; ואולם בדיעבד, קירבתו הייחודית לנוהג ברכב נותנת בידו יכולת וכוח שאין לאחרים שמחוץ לרכב. יכולתו של הנוסע להשפיע על הנהג ברכב מייחדת אותו לעצמו"⁴³. עולה מכאן חובת פעולה כללית החלה על נוסעים ברכב הפוגע פגיעה קשה באדם⁴⁴. ואולם, בהמשך הדרך מופיעה קביעה הפוכה, שלפיה רק כשקיים קשר קודם בין הנהגת לנסעת, קמה חובת פעולה על הנוסעת⁴⁵. בדיון הקונקרטי נסמך

42 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 228.

43 שם, עמ' 231.

44 ניסוח פחות מחייב בדבר קיומה של חובה כזו מופיע גם בהמשך דבריו של השופט: "נתקשה לשלול מראש יצירתה של חובת-מישנה מעין-זו החלה על נוסע בכל נסיבות שהן. האירוע הטראומטי של פגיעה באדם; הדחף הטבוע בנו והמביא לדופק-לב מואץ; שני אלה המתרגמים עצמם גם למושג הנייטרלי של סולידאריות חברתית ואישית; דומה בעינינו כי אוצרים הם כוח ועוצמה במידה הראויה עד לכינונה של חובת-מישנה העשויה לחול על נוסע בנסיבות של תאונה בה נפגע אדם: חובה לדרוש מן הנהג הבורח או, למיצער, לבקש אותו כי יעצור במטרה לעזור לנפגע" (שם, עמ' 231-232).

45 שם, עמ' 235.

השופט על פוטנציאל ההשפעה שהיה למערערות על הנהג כדי לקבוע כי קיימת חובה שלהן לפעול⁴⁶.

לא ניתן לומר שמכוח הישיבה ברכב, ואף לא מכוח ההיכרות הקודמת עם הנהג, "קירבו עצמן" המערערות לעבירה. לכל היותר, הן נקלעו לסיטואציה אשר בה, אולי, אילו ביקשו או תבעו מן הנהג לעצור היה בכך כדי להכביד עליו בהסתלקותו ממקום התאונה. כלומר – "קירוב" זה אינו אלא היקלעות לסיטואציה. זאת ועוד, אפשר שהעבירה של הפקרה לאחר פגיעה היא עבירה רגעית, ולא עבירה נמשכת כפי שגורס השופט חשין⁴⁷. התביעה שתובעת העבירה מן הנהג היא להושיט עזרה מיידית, ומשלא עשה כן, עבר את העבירה אף אם לאחר מכן שינה דעתו ושב להושיט עזרה. טעם אפשרי לעמדה כזו הוא חשיבותה של מיידיות התגובה לפגיעה, ובעיקר לפגיעה קשה⁴⁸. אם אכן כך הדבר, הרי ה"קירוב" האמור הוא קירוב בדיעבד. החובה מתבססת על כך שהיה ביצוע עיקרי בפועל (איי הושטת עזרה), ביצוע שהוא מאוחר למחדלן של המסייעות ומקרי מבחינתן.

בהיקלעות לסיטואציה יש יסוד של מקריות, אקראיות, היעדר תכנון מראש, היות האדם כולו, כדוגמת "קהל שבו". במה שונות המערערות מעובר אורח שהיה מבחין בהתרחשות, והיה יכול להשפיע (למשל, על-ידי סימון לנהג לעצור)? היקלעות לסיטואציה אינה יכולה להיחשב "נסיבה" המצמצמת את גדר המקרים שבהם קמה חובה לפעול כדי להימנע מסיוע. היקלעות לסיטואציה היא "נסיבה" המתקיימת תמיד. אמנם נכון, למערערות הייתה יכולת לפעול, אולם זוהי דרישה הכרחית בכל מקרה שבו מדובר במחדל. השופט חשין ער לכך, ומציע בעצמו כי לא ניתן לשלול את יצירתה של חובת משנה לפעול, החלה תמיד על הנוסע ברכב שפגע קשה באחר⁴⁹.

הטלת חובה מכוח היקלעות לסיטואציה אינה עולה בקנה אחד עם העמדה שהובעה קודם לכן על-ידי השופט חשין, ולפיה לא כל חובה כללית בדין יכולה לשמש כמקור חובה לפעול לצורך הסיוע לדבר עבירה (ולמשל, החובה שבחוק לא תעמוד על דם רעך אינה יכולה לשמש כמקור חובה כזה). ומהי המשמעות של "חובה כללית" דוגמת החובה האמורה? בעיקרו של דבר, אין זו אלא חובה שהמייחד אותה הוא היותה מוטלת מכוח היקלעות לסיטואציה. ומכאן שהשופט חשין דוגל בעיקרון כי אין להטיל חובה

46 וראו דבריו של פרופ' פלד (לעיל, הערה 29), עמ' 242 (אם כי אינם מופיעים עוד בכרך ג), ולפיהם קיימת דרישה לטיב מסוים של המחדל. ההימנעות צריכה להיות כזו "שאיפשרה ביצוע עבירה, הקלה על הביצוע או סייעה בדרך אחרת בידי המבצע לעבור אותה".

47 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 239. תימוכין לכך ניתן למצוא בנוסחו של סעיף 142 לחוק הפלילי הגרמני (שעניינו שונה): בהבחנה שנעשתה בין התרחקות ממקום התאונה (ללא מסירת פרטים מזהים לנפגע) בסעיף קטן (1), לבין אי-מסירת פרטים מאוחרת, במקרה שהתרחקות עצמה הייתה כדין בסעיף קטן (2).

48 ולעומת זאת קיים תמריץ להזעקת עזרה גם בשלב מאוחר יותר. בדרך כלל המעורב בתאונה יישא באחריות לתוצאות הפגיעה, ויש לו עניין, לכן, להפחית את חומרתן.

49 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 232.

מכוח היקלעות לסיטואציה. כיצד מתיישב עיקרון כזה עם הטלת חובה מכוח היותן של המערערות ישובות לצד הנהג? לשופט חשין הפתרונים.

לכך יש להוסיף כי הסיטואציה שאליה נקלעו המערערות אינה סיטואציה קלה: הפתאומיות של הסיטואציה, המהירות שבה התחייבה פעולה כדי להימנע מלעבור את העבירה של אי-עצירה לאלתר, הרגשות של זעזוע, תדהמה, הפתעה, והשפעתם (אולי המשתקת) על המערערות, וכל זאת על רקע החברות עם הנהג – כל אלה הופכים את הסיטואציה למורכבת ביותר⁵⁰. זאת, בנוסף לכך שיש להניח שכביטוי של הנטייה של כל אחד ממספר נוכחים בזירת פשע ליטול על עצמו רק חלק מן האחריות^{50א}, כל אחת מן הנוסעות ציפתה שחבריה יעשו דבר מה בתגובה למצב, והתוצאה הייתה אי-פעולה. כן יש להביא בחשבון את ההנחה האפשרית של הנוסעות, שלפיה הנהג הוא האחראי לסיטואציה, ועל כן הוא, ולא הן, הגורם שצריך לטפל במצב שנוצר, כמו גם אי-הבהירות ביחס לאפקטיביות של פעולה מצדן⁵¹. מכל הטעמים הללו עולה כי גם אילו היינו מניחים שניתן להטיל אחריות מכוח היקלעות לסיטואציה, בנסיבות מיוחדות, ספק רב אם היה ראוי לעשות כן במקרה זה. הכישלון של המערערות בפרשת ויצמן הוא כישלון אישיותי יותר מכישלון במעשה, אשר בו אמורים לטפל דיני העונשין.

אך מעבר לכך, ניתן לטעון כי ישיבה לצד הנהג או קיומו של קשר קודם אינם כלל בגדר הסינון הנוסף החייב להתקיים לגישתו של השופט חשין, כי אם נתון המכונן את עצם הפרוטנציאל המסייע של המחדל. פוטנציאל מסייע של המחדל הוא תנאי מוקדם החייב להתקיים, לפני שניגשים לבחון את סוגיית המסננת הנוספת. נסביר: מחדלן של המערערות היה יכול לסייע בשני אופנים: האופן האחד מתייחס לצד הפיסי של אי-מניעה, שניתן לראות בו אפשרות המעשה. עם זאת אפשר מאוד שהבנה כזו מותחת את המונח "לאפשר" מעבר למשמעותו. האופן האחר – וכך התייחס לכך בית-המשפט – מתייחס לצד הרוחני של המחדל: השתיקה מהווה עידוד של העושה, והסיוע הוא על כן סיוע רוחני. הסגולה המעודדת של השתיקה אינה מתקיימת בכל מקרה – הדבר תלוי בנסיבות שונות, שעשויות לכלול, בין היתר, את זהות השותק או את מערכת היחסים בינו לבין העושה. רק משהגענו למסקנה כי להתנהגות יש פוטנציאל מסייע שכזה, יש לבחון

50 לעניין זה ניתן לציין גם את המקרה שבו נמנע הנשיא אגראנט מלהציל אדם שנפגע מירי צלף. הסיפור שסיפר אגראנט לפנינה להב, כותבת הביוגרפיה שלו, מלמד על הקושי הנפשי שיכול ללוות סיטואציות המחייבות הושטת עזרה. עם זאת יש לזכור כי סיטואציה זו שונה מן המקרה הנדון בפסק-הדין, שכן הושטת עזרה שם הייתה כרוכה בסכנה של היפגעות מירי צלפים. ראו P. Lahav *Judgment in Jerusalem: Chief Justice Simon Agranat and the Zionist Century* (Berkeley, California, 1997), pp. 73-74

50א ראו א' יעקב "אפקטיביות החובה להציל – ניתוח פסיכולוגי" עיוני משפט כד (תשס"א) 605, עמ' 623.

51 שם, עמ' 611.

בחינה נוספת כאשר מדובר בהתנהגות מחדלית – אם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות הטלת חובת פעולה.

ואולם, לא ברור כלל שהיכרות מוקדמת אכן מכוננת פוטנציאל מסייע. "היכרות קודמת" היא מונח יחסי ועמום. לא ברור מהי מידת ההיכרות הנדרשת, ועד כמה ארוכת ימים עליה להיות. לא כל היכרות קודמת מבטיחה הקשבה. ההקשבה וההיענות אינן פונקציה של עצם ההיכרות, אלא של טיבה ושל מעמדו של המוכר בעיני החדל, וכן של הסיטואציה – נסיבות העניין. גם אם נניח שאחת המערעות הייתה צועקת מתוך בהלה "עצור", ספק אם היה בכך כדי להשפיע. מקרה דומה נדון בפרשת אילוז ואליאס⁵². באותו עניין נדונה התנהגותו של אליאס, שלא מחה כאשר הבין שמפקדו, אילוז, עומד להמית את שני הקורבנות שישבו עם השניים ברכב; ובנוסף לכך – לא מחה כאשר נטל ממנו אילוז את נשקו למטרה זו. השופט לנדוי הטיל על אליאס אחריות בגין המחדל הראשון, אך שלל קיומו של ערך מסייע ביחס למחדל השני⁵³. לא נראה שאיזה מן המחדלים היה בעל פוטנציאל מסייע, למרות ההיכרות בין הצדדים⁵⁴: "אם המחדל שהתבטא באי התנגדות להסרת ה'עוזה' אין בו ערך של סיוע, האין להקיש מכך מקל וחומר שגם במחדל השתיקה אין משום סיוע!"⁵⁵. ההיכרות במקרה זה היא היכרות של פקוד ומפקד. לא נראה שהיכרות כזו יוצרת פוטנציאל השפעה כלשהו של הפקוד על המפקד.

מעבר לכך, היכרות מוקדמת עלולה דווקא להקטין את הפוטנציאל המסייע של ההתערבות. קל יותר לנהג להתעלם מהערתה של מכרה או חברה, שידוע לו שהיא דואגת לו ואינה רוצה לראותו נתפס ומסתבך עם החוק. כאשר הנוסעת זרה לנהג, וחסרה את הנטל של חברות ושל דאגה מיוחדת לו, הנימוקים התומכים בבריחה יראו לה בלתי רלוונטיים, והנהג יהא ער לסיכון שהוא נוטל הנשקף ממנה, כאשר הוא מתעלם מדבריה. כאמור, שאלה אחרת ונפרדת היא אם קיימת חובה להימנע ממחדל כזה, שיש לו סגולה לסייע. חובות הפעולה שמטיל הדין (ואם נלך לפי שיטת השופט חשין – שמטיל בית-המשפט) משקפות את הציפיות של הדין מן האזרחים, ואלה צריכות להתבסס על אמות מידה רלוונטיות – כאלה שמצביעות על אחריות מיוחדת שיש לאזרח מסוים

52 ע"פ 552/68 אילוז ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377.
53 ביחס למחדל הראשון קבע השופט לנדוי: "היה על אליאס להביע את התנגדותו לפחות במלים באזני אילוז, ולהודיעו שאין לו עוד כל חלק במעשיו של הלה" (שם, עמ' 386-387). ביחס למחדל השני קבע השופט: "צדקו השופטים שמחובתו של אליאס היה שלא להיכנע ברגע מכריע זה לנטייה הטבעית לציית למפקדו והיה עליו להתנגד לנטילת נשקו ממנו... אבל חלק זה של אשמתו מתבטא במחדל בלבד, ולא בסיוע פעיל בדרך של עשייה" (שם, עמ' 387). אמירה זו של השופט לנדוי הובנה במסגרת הדיון הנוסף כבאה לשלול ערך של סיוע מן המחדל השני (ד"נ 7/69 אליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 561, עמ' 563).

54 מ' קרמניצר "כוונת המסייע – כוונת המבצע?" משפטים ב (תשל"ל-תשל"א) 97, עמ' 98.

55 שם, עמ' 99.

דווקא (מכוח זיקה ספציפית לסכנה, למבצע או לקורבן), המאפיינות אותו ויוצרות הבדל ערכי בינו לבין כל עובר אורח שיש בידו לסייע, ביחס למתרחש. בית-המשפט לא הצביע על אמת מידה רלוונטית ומשכנעת כזו שהתקיימה במערערות.

נסיבות העניין – פגיעה קשה באדם: נסיבה מצמצמת שנייה שמזכיר השופט – והיא אכן מצמצמת – היא הסכנה המיידית והממשית שנוצרה לחיי אדם או לפגיעה חמורה באדם⁵⁶. אמנם נראה שבמקרה הנדון לא היה ספק – הן מבחינה עובדתית והן מבחינת תודעתן של המערערות – כי דובר בפגיעה קשה, אולם במקרים רבים עלולה להתעורר השאלה מהי פגיעה קשה, וכיצד נתפסה הפגיעה בתודעתם של הנוסעים. לא זו אף זו, גם בנסיבה זו אין משום קירוב של המערערות את עצמן לעבירה, כי אם היקלעות שלהן לסיטואציה שבה נוצרה סכנה שכזו. והטיעונים שנמנו לעיל נגד הטלת חובה מכוח היקלעות לסיטואציה יפים גם לכאן.

נסיבות שאינן מוצאות ביטוי בפסק-הדין: יש להוסיף כי בנסיבות המיוחדות שהתעוררו, ספק אם היה ניתן לתבוע מן המערערות לפעול, אפילו הייתה חובה בדין המבוססת על זיקה ספציפית. האם באותן נסיבות קריאה מבוהלת לעצור, לעומת תגובה של מי שקופאת על שמריה – נעשית משותקת – יכולה להיות הדבר המבחין בין פליליות לבין היעדרה? יפה הערתו של פרופ' פלר ביחס לחומרה שיש לייחס למחדל בנסיבות דומות לאלה, כפי שהתעוררו בפרשת אילוז ואליאס: "לפי עובדות המקרה, נדמה לנו כי היה טבעי יותר לזכות את אליאס מכל אשמה... האם זהה דרכו של כל אדם להגיב בצורה סטנדרטית ובספונטאניות מזומנת, כשמתגלה לנגד עיניו, במפתיע, מחזה מחריד שהוצאתו מן הכוח אל הפועל היה עניין של שניות ממש?"⁵⁷.

2. דרישת מקור לסיוע במחדל: הטעמים נגד גישה המוותרת על חובה מיוחדת בדין

בחלק זה נבקש להסביר מדוע עמדתו של פרופ' פלר, המצומצמת אך במעט על-ידי השופט חשין, אינה העמדה הראויה. נפתח בהצגת תחום השתרעותה המוגזם של עמדת פרופ' פלר, ולאחר מכן נדון בטעמים הענייניים נגד תחום השתרעות רחב שכזה.

פרופ' פלר מציג דוגמאות לתמיכה בעמדתו, שלפיה אין צורך במקור חובה בדין לצורך הטלת חובת פעולה על המסייע. כפי שכבר צוין במקום אחר, דוגמאות אלה ממחישות את רוחב ההשתרעות של עמדה זו⁵⁸. דוגמה אחת עוסקת במי שאינו מונע

56 פרשת ויצמן (לעיל, הערה 1), עמ' 231: "הסכנה המיידית והממשית לחיי אדם – או לפגיעה חמורה באדם והפיכתו נכה לשארית ימיו – סכנה זו היא אשר כוננה מעיקרה את מיצנות העשה שהנוהג מצוּוה בה".

57 פלר (לעיל, הערה 29), עמ' 271.

58 קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 10), 232-235.

מחברו את השימוש בנשק, במטרה לסייע בידו לפגוע באדם שלישי⁵⁹. דוגמה אחרת עוסקת במי שידע שחברו שרוי בחסרון כיס חמור ומחפש הזדמנות לגנוב כסף, ובעת שהשניים יצאו עם אדם שלישי מדירתו של האחרון, נמנע מלציין שהדלת נותרה לא נעולה, במטרה לסייע לגניבה. בכך הוא סייע, לפי הנטען, למעשה הגניבה מן הדירה שבוצע בהמשך הערב על-ידי חברו⁶⁰. דוגמאות אלה אך ממחישות את רוחב ההשתרעות המוגזם של גישתו של פרופ' פלר. כל מי שנודע לו – אפילו באקראי – על עבירה שעומדת להתבצע, ואפילו על כוונה פלילית בלבד לבצע עבירה, ואין הוא פועל למנעה אף כי יש ביכולתו לעשות כן (למשל על-ידי דיווח לרשויות), ייחשב מסייע לביצועה של העבירה, ובלבד שהתקיים בו היסוד הנפשי של מטרה לסייע לעבירה. קשה למנות טיעונים התומכים בעמדתו של פרופ' פלר. קביעתו של פרופ' פלר אינה מנומקת, ואין זה ברור מהי ההצדקה המושגית שלה ומה הם הטעמים שבמדיניות אשר בגינם עדיף הסדר שלפיו הנורמה האוסרת על העבירה מטילה גם חובת פעולה על המסייע במחדל. לעומת זאת נראה שקיימים נימוקים ענייניים משמעותיים נגד עמדתו של פרופ' פלר⁶¹:

(א) הדין המצוי: הוראות החלק הכללי

בראש ובראשונה, עמדה זו נדחתה על-ידי המחוקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, והיא אינה משקפת את הדין המצוי. סעיף 34 לחוק העונשין קובע: "מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון, שידול, ניסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה". בסעיף 18(ג) לחוק העונשין, אשר נחקק במסגרת תיקון 39, קבע המחוקק כי מחדל יהא פלילי רק אם הוא מהווה הפרה של חובה המוטלת מכוח הדין (או מכוח חוזה)⁶². אין כל הוראה, מפורשת או משתמעת, המסייגת את תחולת ההגדרה האמורה ביחס למחדלים מסייעים, ועל כן אין כל בסיס להבחנה בעניין זה בין מחדלים המכוננים עבירה עיקרית – שאליבא דכל הדעות תנאי לענישותם שהם מפרים חובה שבדין – לבין מחדלים מסייעים. עמדתו של פרופ' פלר ביחס למחדלים מסייעים, אשר הוצגה קודם לחקיקת תיקון 39, אינה עולה בקנה אחד עם קביעה זו. למעשה, לפי העמדה של פרופ' פלר אין צורך במקור חובה לפעול על-מנת לכונן סיוע פלילי⁶³. משדרש המחוקק קיומו של מקור חובה כאחד התנאים להרשעה בגין מחדל, הוא דחה את עמדתו של פרופ' פלר.

59 פלר (לעיל, הערה 29), עמ' 245.

60 שם, עמ' 241-242.

61 דוגמאות אחרות שמציג פרופ' פלר עוסקות במצבים שבהם קיימת זיקה מיוחדת בין החדל לבין העבירה – בעיקר מצבים של זיקה של אדם לנכסיו. במצבים כאלה תהיה בדרך כלל חובת זהירות נזיקית ספציפית, ולכן גם לגישתנו ניתן יהיה להטיל בהם אחריות פלילית בגין המחדל.

62 סעיף 18(ג) מגדיר מחדל פלילי כ"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה".

63 סיוע מתייחס תמיד לעבירה עיקרית, ולכן תמיד יימצא "מקור חובה" לפעול.

(ב) הדין המצוי: העבירה של אי-מניעת פשע

עניין נוסף שיש לתת עליו את הדעת הוא החפיפה הנוצרת בין הפרת חובה שיטורית כאמור לבין העבירה של אי-מניעת פשע. היסוד הנפשי אינו מסייע לתיחום בין העבירות, שכן המטרה (הנדרשת לשם הרשעה בסיוע) חובקת בכללה גם מודעות ברמת הסתברות של קרוב לוודאי, וזו תתקיים, במקרים לא מעטים, גם במקרים של אי-מניעת פשע. התוצאה תהא קשיי תיחום בין העבירה הספציפית בגין סיוע במחדל לבין העבירה של אי-מניעת פשע. אך מעבר לכך, עצם קיומו של סעיף 262 לחוק העונשין (העבירה של אי-מניעת פשע) מצביע על כך שהמחוקק סבר שמקרים מסוג זה אינם נתפסים בגדר הסיוע. סעיף 262 לחוק העונשין מהווה נורמה מיוחדת, הסדר אקסקלוסיבי של המחדל ללא זיקה ספציפית. הוא מבהיר מה הם המצבים שבהם מחדל ללא זיקה ספציפית יגרור אחריות פלילית, וניתן להסיק מקיומו כי ביתר המקרים הוא לא יגרור אחריות כזו. פרופ' פלר אינו מתמודד עם נתון נורמטיבי זה. התוצאה היא שהתיחום הפלילי (הרחב מדי), אשר קובעת העבירה של אי-מניעת פשע, מתרחב לכל סוגי העבירות, ולא רק לעבירות שהן פשע. וכאילו אין בכך די, בחדל מלמנוע עבירה דבקים החומרה והקלון הכבדים של שותפות בביצועה, ולא החומרה והקלון הקלים יותר של אי-מניעת עבירה. יש לציין כי במבט ראשון ניתן להתרשם כי קיים הבדל משמעותי בין סיוע על-ידי מחדל לבין אי-מניעת פשע. ואולם, עיון יסודי יותר מעלה כי זהו הבדל מדומה. החובה למנוע פשע מוטלת אמנם החל מן השלב המוקדם של המזימה (למעשה, מהשלב שבו המזימה מקבלת ביטוי חיצוני, שכל בשלב הפנימי הטהור לדעת מבחון אודותיה), אולם היא נמשכת במשך שלבי העשייה לקראת הביצוע ובמהלך ההתנהגות העבריינית, כל עוד ניתן למנוע חלק ממנה או את תוצאותיה האסורות. וכך גם הסיוע: הוא עשוי להינתן בשלב מוקדם לעשיית העבירה או בעת עשיית העבירה עד תומה.

(ג) חלקו של המסייע בביצוע העבירה

גישתו של פרופ' פלר נוגדת את הרעיון של אחריות אינדיווידואלית, שלפיו כל אדם נושא באחריות על חטאו ועונו. כיצד ייתכן שמעשהו של המבצע – הביצוע העיקרי – ישפיע על היווצרות אחריות פלילית של אחר, ללא בסיס בחוק? לעניין זה יפים דבריה של פרופ' גור-אריה, אשר הסבירה כי האחריות ביחס לעבירה בכללותה מוטלת על המסייע מכוח ההשתלבות של מעשהו בביצועה. אין מדובר בהשלכה של אחריות מן המבצעת לשותפתה, כי אם באחריות של השותפה בגין המעשה שלה בהקשר האנטי-חברתי שבו נעשה:

“The liability of the secondary party does not ‘rest of the liability of the principal’; rather, all parties, including the principal, are liable for

taking part in the different stages required for the commission of the offence, which in fact has been committed"⁶⁴.

כלומר, אחריותו של המסייע אינה מוטלת עליו מכוח אחריותו של המבצע. האחריות מוטלת בגין מעשהו שלו. על כן, יש לעמוד על כך שמעשהו (או מחדלו) של המסייע, בהקשרו, יהא אנטי-חברתי במידה מספקת לשם הטלת אחריות פלילית. אין להסתפק באחריותו של המבצע כבסיס להטלת אחריות.

אך בנוסף לכך, יש לזכור כי על המסייע מוטלת אחריות פלילית לא על מעשהו (לרבות מחדלו) כשלעצמו, אלא על תרומתו לביצוע, על השתלבותו בעבירה. אחריותו איננה רק על מה שעשה, אלא על חלקו בעבירה של אחר. ומכאן שיש להימנע מפיתוח בדרישות המהוות בסיס לאחריותו המיוחדת כמסייע. אין זה צודק ואין זה ראוי להטיל בקלות אחריות על המסייעת בגין מעשה שהוא באוטונומיה המלאה של המבצע⁶⁵, ועל כן נדרשת דווקא הגברה בדרישות. כשמדובר ביסוד הנפשי, הדבר בא לידי ביטוי בדרישת יסוד נפשי מיוחד (מטרה לסייע, ויש הדורשים אף יותר מזה: מטרה שהעבירה תבוצע⁶⁶). כשמדובר ביסוד העובדתי, יש לעמוד על כך שבמעשה של המסייעת יהא גלום יסוד מספיק של אנטי-חברתיות.

מאופיו של הסיוע כתרומה עקיפה לביצוע עולה כי אין נדרש מהמסייעת קיום היסוד העובדתי שבעבירה (שאליו הייתה מקיימת אותו, הייתה מבצעת). עובדה זו אינה מצדיקה לפטור אותה מדרישות אחרות. זאת, גם לאור (או לצל) הפסיקה מרחיקת הלכת שלנו, שלפיה הסיוע אף אינו חייב להקל בפועל על ביצוע העבירה, אלא רק להיות בעל

M. Gur-Arye "Comment" in *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A Hart* (R. Gavison – ed., Oxford, 1987) 306, p. 310 (ההדגשה הוספה). 64

על היחס בין המעשה המסייע לבין הביצוע העיקרי, שהוא באוטונומיה המלאה של המבצע, ראו S. Kadish "A Theory of complicity" in *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A Hart* (R. Gavison – ed., Oxford, 1987) 287 גם המשדל הוא פועל אוטונומי, אבל אשמו של המשדל הוא בכך שהביא את המשדל לכלל החלטה אופרטיבית לבצע את העבירה, כלומר, יש לו "חובת ראשונים" או "חבות של ייסוד העבירה". העובדה שעונשו של המסייע מופחת בהשוואה למבצע ולמשדל אינה מצדיקה דלדול יסודות אחריותו של המסייע. יסודות האחריות צריכים להיות כאלה המצדיקים לייחס לו שותפות, גם אם משנית, בעבירה. 65

עמדה זו הובעה בספרות ובפסיקה האנגלית. ראו M.J. Allen *Elliott & Wood's Cases and Materials on Criminal Law* (8th ed., London, 2001), p. 390 "...the law perhaps ought to excuse an 'indifferent' provider of assistance (i.e. one who knows that a crime may be committed but does not wish it to happen)" כדי לתמוך בעמדה זו הציג המחבר את פסק-הדין בפרשת *Gillick v. West Norfolk & Wisbech A.H.A* [1986] A.C. 112, שם נפסק כי רופא, אשר סיפק מרשם לאמצעי מניעה לקטינה בידועו שהדבר יאפשר לגבר לעבור עבירה על-ידי קיום יחסי מין עם הקטינה, לא גיבש יסוד נפשי המספיק לשם הרשעתו בסיוע. 66

אפיון עובדתי של סגולה לסייע⁶⁷. במצב דברים זה, מתבקש שהמסייעת תפעל באופן שיש לו משמעות או רלוונטיות פלילית.

כשהמדובר במחדל, הפרת החובה שבדין היא המעניקה למחדל משמעות כזו לאור טבעו המיוחד של המחדל, אשר, כשהוא עומד לעצמו, משמעותו האנטי-חברתית אינה מגעת כדי פליליות. מחדל כרוך במידה פחותה של אנרגיה אנטי-חברתית; מחדל מבטא פחות נחישות לבצע את העבירה, ולכן מעיד על מידה פחותה של מסוכנות ושל עזות מצח; הוא אינו כרוך בתרומה אפקטיבית לעבירה, המאפיינת את הסיוע האקטיבי; ובנוסף, קיימת מידה פחותה של שליטה מצד החדל על השתלבות מחדלו בביצוע⁶⁸. מטעמים אלה, אין הוא כרוך באנטי-חברתיות המצדיקה את הפעלתו של המשפט הפלילי, בלי שמצטרף אליו גורם נוסף בדמותה של הפרת חובה, שיש לה צידוקים מיוחדים, לפעול.

(ד) תביעה מוגזמת מן האזרחים

לא זו אף זו, ללא דרישה של הפרת חובה בדין, המדובר בהטלת חובת "עשה" על כל מי שנמנע מסיכול עבירה במטרה לסייע לביצועה. חובה כזו היא חובה שיטורית בהיקף רחב מאוד (ביחס לכל עוון ופשע), שאינה מסתפקת במינימום של דיווח לרשויות, אלא דורשת מאמץ אמיתי לסכל, והיא מוטלת על כולי עלמא (כל מי שנודע לה באקראי על עבירה העומדת להתבצע או מתבצעת), במצב של היקלעות אקראית ובלתי מתוכננת למצב דברים. חובה כזו פוגעת באוטונומיה ובחירות הפעולה, פוגעת ביכולת של אדם לתכנן מראש את מהלכיו ומעשיו, ואף לעתים דורשת מאדם להסתבך עם עבריינים – וכל זה כדי למנוע עבירות בינוניות וקלות. בנוסף, יתחדדו בעיות הנזכרות בדרך כלל במסגרת הדיון בעבירה של אי-מניעת פשע: הטלת החובה על קרובי משפחה, שכנים, חברים, חייבים בסוד. לנוכח בעיות אלה, קשה עוד יותר להצדיק את החובה כשמדובר בעניין לא חמור, להבדיל מן העניינים המכוסים על-ידי העבירה של אי-מניעת פשע.

הטלת חובת פעולה מכוח היקלעות לסיטואציה היא בעייתית גם מבחינת הלגיטימיות של הציפיות של הדין הפלילי מנמעניו, לנוכח ההתנהגות האנושית המצויה. נקיטת פעולה במסגרת סיטואציה אקראית של מעשה עבירה שאליה נקלע אדם, מעוכבת על-ידי נטיות אנושיות כלליות. כזו היא הנטייה, עליה עמד ד"ר אסף יעקב, "לדלל אחריות". הכוונה היא לתופעה המתרחשת "כאשר כל נוכח בזירת האירוע נוטל על עצמו רק חלק מהאחריות, שכן זו מתחלקת בין כל הנוכחים"⁶⁹. זאת ועוד, האלמנטים של הפתעה, של אי-מוכנות, של צורך לחרוג מסדר פעולות רגיל (ולעתים חשוב), של צורך לפעול מהר בשדה פעולה בלתי מוכר – כל אלה מקשים על מילוי החובה ועל הסקת

67 פרשת פוליאקוב (לעיל, הערה 2).

68 קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 10), עמ' 218.

69 א' יעקב (לעיל, הערה 50א), עמ' 623.

מסקנות נגד החדל. אם מקבלים את התפיסה שלפיה הדין הפלילי אינו המכשיר הראוי לשינוי של התנהגויות אנושיות מקובלות, בגלל הסנקציות החמורות הצמודות אליו, אזי יש להביא בחשבון נטיות אנושיות כאלה כשיקולים נגד הטלת אחריות⁷⁰. ברור עוד יותר שאין דמיון בין מידת חומרתה של הפרת חובה שיטורית כזו לבין חומרתו של סיוע במעשה או סיוע במחדל תוך הפרת חובה בדין. נכון שהפללת ההפרה של החובה השיטורית מוגבלת למי שנמנעו מתוך מטרה לסייע, אבל אין בדרישת היסוד הנפשי הנזכרת כדי להתגבר על הקשיים והפגמים שעליהם הצבענו.

(ה) תוצאות מעשיות מסוכנות

שיקולים נוספים של מדיניות משפטית תומכים בהימנעות מחובה בהיקף כה רחב. ראשית, קיימת סכנה של התערבות בכוח על-ידי אזרח שמבקש לצאת ידי חובתו, שכן התערבות בכוח היא לעתים הדרך היחידה למנוע ביצועה של עבירה. מעבר לכך, חובה כזו תפתח פתח להבנה מוטעית ולהתערבות שלא במקומה, ואף התפתחות אלימה על רקע זה. בנוסף, היא עלולה ליצור נטיה לחטטנות בענייניהם של אחרים.

(ו) תודעה משפטית אוניברסלית

זאת ועוד, אף בשיטות משפט זרות אין מטילים חובת פעולה כללית. במשפט האנגלי מקובלת העמדה כי אין די בנוכחות פסיבית בשתיקה כדי לכונן סיוע⁷¹. ובמשפט האמריקני, ה־Model Penal Code רואה אדם כמסייע במחדל רק כאשר מוטלת עליו חובה למנוע את מעשי המבצע⁷². כך הוא גם במשפט האוסטרלי, שבו כינון סיוע במחדל תלוי בקיומה של חובה מיוחדת הקבועה בחוק או במשפט המקובל⁷³. המצב

70 תפיסה זו אינה מקובלת על ד"ר אסף יעקב, שסבור שהדין הפלילי יכול לשמש מכשיר לצמצום התופעה של דילול אחריות. ראו יעקב, שם, עמ' 624 ואילך.

71 G. Williams *Criminal Law: The General Part* (London, 1960), pp. 359-361

72 Section 2.06(3)(a)(iii). ראו גם, W.R. LaFare *Substantial Criminal Law* (vol. II, 2nd ed., West, 2003), 341

73 P. Gillies *Criminal Law* (4th ed., Sydney, 1997), p. 186: "The principles governing accessory incrimination by virtue of inactivity are similar to those governing the incrimination of a person as a principal by virtue of inactivity. The citizen is not in general obliged to act to forestall the occurrence of criminal harm. The common law does not impose any such general duty. Where, however, the law imposes a specific duty to intervene and prevent this harm, which duty may derive from common law or statute, and D does not intervene, then the common law recognizes D is liable for the common-law or statutory offence the actus reus of which comprehends this harm..." דוגמאות לחובות כאלה, אשר מוצגות על-ידי הכותב, כוללות חובת הורה כלפי ילדו או חובה הנובעת מכוח חוזה העסקה.

דומה אף בניו-זילנד⁷⁴ ובהודו⁷⁵, וגם בקנדה מקובלת עמדה דומה⁷⁶. הוא הדין גם בשיטות המשפט הקונטיננטלי: גרמניה⁷⁷, אוסטרליה⁷⁸, שווייץ⁷⁹ ופולין⁸⁰. על כן מדובר ברעיון שנבחן כבר בשיטות משפט רבות, וכולן הגיעו למסקנה זהה בדבר הדין הראוי. אין להתעלם מתודעה משפטית רחבה ומקיפה כל כך, אוניברסלית, בלי שקיימים טעמים מובהקים לעשות כן, ונראה שאין טעמים כאלה בענייננו (כי אם להפך). התודעה האוניברסלית היא כלי פרשני חשוב במקרים שיש בהם מרחב לפרשנות, כגון בקביעת ערך מוגן של איסור. במקרה דנן, היא מחמירה מאוד את הפרת עקרון החוקיות. מדובר בהפרה שאינה באה להתאים את משפטנו למשפט העמים, אלא דווקא מרחיקה אותו מהם, לעבר הסדר ייחודי לנו ומשונה. וכל זאת, בניגוד לעקרון החוקיות. העובדה שבשיטות משפט שונות אומץ פתרון זהה מלמדת על כך שהוא משכנע רבים, ושמן הסתם, אף פריורי, יש לו בסיס מוצדק בתחושות הצדק ובשיקולי המדיניות המשפטית.

(ז) פרשת ויצמן – משמעותה של עבירה עיקרית מחדלית

כל הטעמים שנמנו לעיל חלים גם כאשר העבירה העיקרית היא עבירה מחדלית. במצב דברים זה, מן הראוי להחיל את חובת הפעולה המצויה בה על המבצעת העיקרית

- .R.A Caldwell *Garrow and Caldwell's Criminal Law in New-Zealand* (6th ed., 1981) 74
 "There is one exception to this insistence on positive conduct... Mere passive acquiescence will suffice where the aider and abettor has the right to control the principal offender and, being present when the offence is committed, fails to enforce that right"
 במחדל אפשרי רק כאשר הדין קובע יחסי שליטה בין המסייע לעושה. מטבע הדברים, יחסים כאלה יכוננו גם אחריות משפטית (נזיקית או אחרת) של המסייע על מעשי העושה. ומשקיימת אחריות כזו, הרי קיימת למעשה חובת פעולה של המסייע.
- .R.A. Nelson *Indian Penal Code* (vol. 1, 8th ed., 1996), p. 605 75
 "...The mere omission to bring certain facts, within the knowledge of the accused, to the notice of the higher authorities does not itself constitute abetment... unless the omission is one which can be said to be an illegal omission, i.e. involves a breach of a duty imposed by law, and not merely a breach of a departmental rule of conduct or discipline"
- D. Stuart *Canadian Criminal Law: A treatise* (3rd ed., 1995), p. 551: "...Criminal responsibility for a mere omission by an aider and abettor should be subject to the normal general principle in respect of criminal responsibility for a mere omission: there must have been a legal, not merely a moral, duty to act" 76
- Jescheck-Weigend *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5 Auf., Berlin, 1996), p. 696 77
- .Fabrizy *STGB-Kommentar* (8 Auf., Wien, 2002) § 12, Para. 10, p. 73 78
- Trechsel, Noll *Schweizerisches Strafgesetz Allgemeiner Teil* (4 Auf., Zuerich, 1994), pp. 193, 194 79
- הקוד הפלילי הפולני (1998), סעיף 3.18. 80

בלבד, ולא על המסייעת. החובה הוטלה באופן ספציפי על המבצעת בלבד, והחלתה על המסייעת נוגדת את לשון החוק. מעבר לכך, כאמור, חובת פעולה מוטלת רק על מי שיש הצדקה מיוחדת לתבוע ממנה לפעול במטרה להימנע מפגיעה מופרזת בחירות הפעולה. הצדקה זו אינה מתקיימת במסייעת שלא מוטלת עליה חובת פעולה. ומכאן, שאין מקום להטיל עליה אחריות פלילית בגין סיוע על-ידי מחדל.

אם ניישם מסקנה זו על העניין שנדון בפסק-דין ויצמן, הרי העבירה העיקרית, שהטילה חובה להגיש עזרה על הנהג, הטילה, בזמנה, חובה זו על הנהג בלבד. קיימים טעמים טובים להטיל את החובה על הנהג דווקא: לנהג יש יד בתאונה, והוא ברגיל יוצר הסיכון. לכן, הוא "כתובת טבעית" לתבוע ממנה ניטרול הסיכון או מזעור הנזק. זאת ועוד, אם הנהג ימלא חובתו, הבעיה תבוא על פתרונה. בנוסף, הנהג עובר הכשרה והדרכה שבאמצעותן ניתן להפנים את החובה ולהביא לרמה מסוימת של מוכנות. ולבסוף, מאחר שהמדינה מתירה לנהג להשתמש בכלי מסוכן, הרי היא זכאית להטיל עליו חובות מיוחדות הקשורות בשימוש בכלי זה⁸¹. כל עוד הדין מטיל חובה על הנהג בלבד, הוא אינו יכול לשמש כמקור חובה לפעול ביחס למי שיושבים ליד הנהג, ומכאן הצורך לאתר מקור חובה אחר, חיצוני, החל על המסייעים. מקור חובה זה חייב, כמוכון, להיות מקור חובה המעוגן בדין. בהיעדרו של מקור חובה כזה, התוצאה של זיכוי הנהג הכרחית. לעומת זאת הרשעה, מנוגדת לחוק.

אלמלא אופיו החמור של המקרה ותוצאותיו, איש לא היה מעלה על הדעת לבוא חשבון פלילי עם יושבי המכונית, מעבר לאפשרי במסגרת החובה הקמה מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך. את הדין הראוי יש לקבוע לפי המקרה הרגיל, הטיפוסי, ולא לפי המקרה החמור במיוחד, החריג, יוצא הדופן.

(ח) הסתייגות

יש לסייג ולומר שניתן לחשוב על מקרים שבהם הטעמים הענייניים להימנעות מהטלת אחריות ללא חובה בדין אינם חזקים. הכוונה למקרים שבהם העושה נמנעת במכוון מפעולה שהיא מבצעת דרך שיגרה, ושיש בה כדי להקשות על ביצוע עבירה (למשל הימנעות מכוונת של בעלת דירה מלנעול את דלת המרפסת שלה, כהרגלה מדי ערב, כדי לאפשר לחבריה השודדים לחדור דרכה למרפסת הדירה השכנה)⁸². במקרים כאלה הגבלת החירות שבהטלת החובה אינה משמעותית, שכן ההחלטה לבצע כבר

81 אך ראו ביקורתו של ע' פרוש "חוק, מוסר והשומרוני הטוב" עיון כז (תשל"ו-תשל"ז) 295, עמ' 302. הכותב מתייחס להוראת סעיף 146 לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961, אשר בזמנה הטילה אחריות על כל נהג רכב הנתקל במי שנפצע בתאונת דרכים (ולא רק על הנהג המעורב בתאונה). הכותב טוען כי אין כל הבדל מוסרי בין נהג הרכב לבין אדם אחר שנתקל בפצוע.

82 ראו קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 10), עמ' 234-235.

קיימת. לכן לא נתבע מן העושה המאמץ המנטלי הכרוך בגיבושן של החלטות, ולא נדרשת הפרעה של שיגרת החיים, בהיות המעשה חלק ממנה. דווקא ההימנעות מעשיה תובעת את האנרגיה שבחזרה מהחלטה קיימת לבצע. ניתן היה לחשוב על הטלת חובה לפעול במקרים כאלה, או אף לשקול הטלת חובות רחבות יותר במקרים שבהם הטעמים להימנעות מהטלת חובה אינם חזקים – למשל הטלת חובה על כל מי שמאפשר שימוש במקום שבשליטתו לביצוע עבירה (ואפשר שכבר קיימת כיום חובה כזו⁸³). אולם מובן שהצדקה עניינית אינה מספיקה לשם הטלת אחריות במצב המשפטי הקיים כיום בישראל, כאשר יש כלל משפטי ברור התובע קיומה של חובה בדיון.

ג. המסגרת הנורמטיבית הראויה לטיפול במקרה

במחדלן מלפעול למען הגשת עזרה לשוטר הגוסס, המערערות בפרשת ויצמן עברו, ככל הנראה, על הוראות חוק לא תעמוד על דם רעך (בהנחה שאמירה שלהן הייתה בכל זאת בעלת פוטנציאל להביא לעצירת הרכב). חוק זה מטיל חובה כללית להושיט עזרה לאדם הנמצא בסכנה מיידית לחייו או לבריאותו עקב אירוע פתאומי, כאשר ניתן לעשות כן בלי להסתכן או לסכן אחרים⁸⁴. העונש הצמוד לעבירה על-פי חוק זה הוא קנס בלבד⁸⁵. נראה שחוק זה מספק את המסגרת הנורמטיבית הראויה לטיפול במקרה: החוק נועד לטפל במקרים של היקלעות לסיטואציה של סכנה חמורה לאדם. כפי שעולה מן הביקורת על יישום גישתו של השופט חשין, כזה היה המקרה שנדון בפרשת ויצמן. בנסיבות אלה, לא היה מקום להטיל אחריות בגין סיוע לדבר עבירה, שהיא חמורה במידה משמעותית מן האחריות מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך. לא היה מקום לדרוש מן המערערות יותר מכפי שנדרש מעובר אורח לעניין הצלת הקורבן⁸⁶.

83 לדיון בסוגיה של אחריותו של בעל מקרקעין לעבירה שבוצעה במקרקעיו ראו England (לעיל, הערה 41), עמ' 180-184.

84 חובת הצלה והושטת עזרה:

(א) 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.

(ב) המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה.

85 סעיף 4 לחוק לא תעמוד על דם רעך.

86 אפשר שהמערערות עברו גם את העבירה של אי-מניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין. אפשרות זו מותנית בכך שהעבירה איננה עבירה רגעית, אלא דווקא נמשכת. גם העבירה של אי-מניעת פשע מטילה חובת פעולה כללית, ומיועדת לטפל במצבים של היקלעות מקרית לסיטואציה, להבדיל מעבירת הסיוע.

ד. סיכום

בפרשת ויצמן ביקש השופט חשין להתמודד עם הסוגיה של סיוע לדבר עבירה באמצעות מחדל. ביקשנו להראות כי הצגת הגישות להתמודדות עם הבעיה לא הייתה מדויקת. בייחוד, השופט חשין השמיט נקודה בסיסית בעת הצגת הגישה שהוצעה בעבר על-ידינו: הטלת חובה לפעול חייבת להתבסס, בראש ובראשונה, על הדין. אין זה ראוי שבית-המשפט יטיל חובת פעולה לפי שיקול-דעתו, ובהיעדר הוראה מפורשת בדין המטילה חובה זו. רק לאחר שנמצא מקור חובה בדין, יש לבחון אם אותה החובה שבדין מבוססת על זיקה ספציפית בין העושה לסכנה או לקורבן. הצורך הראשוני בעיגון החובה בדין, בטרם בחינת קיומה של זיקה, נשמט מן ההצגה של השופט חשין את עמדתנו. בהמשך הגיע השופט חשין למסקנה המוטעית שלמעשה גישתנו זהה לגישתו של פרופ' פלר. בסופו של דבר אימץ השופט עמדה הקרובה לעמדתו של פרופ' פלר, אם כי היא מבקשת לצמצם אותה באמצעות מסננות של "נסיבות העניין" ושל חומרת העבירה העיקרית. ביקשנו לטעון כי מטעמים שונים, גישתו של פרופ' פלר הנה בעייתית. עוד ביקשנו להראות כי הצמצום שלה באמצעות המסננת של "נסיבות העניין" אינו מבטל את הקשיים הטמונים בה מלכתחילה. היישום במקרה הנדון ממחיש, לדעתנו, קשיים אלה. בסופו של דבר קבע בית-המשפט דין הסותר את עקרון החוקיות, הן פורמאלית והן מהותית, ואת התודעה המשפטית האוניברסלית; דין שיש בו הרחבת יתר של פליליות ואין בו כדי להדריך את האזרח ולהזהירו מפני התנגשות של מחדלו עם "החוק".