

מקור החובה בעבירה מסוג מחדל

שלי פפרברג**

מבוא:

המושג "מחדל", נושא בקרבו על פי רוב משמעות לוואי שלילית.

הגדרתו הלשונית של המונח "מחדל" הוא: "**בחוק) החטא שבאי-עשייה**"¹ או "**אי-עשייה פגומה מבחינה מוסרית**"².

כפי שנראה בהמשך הדברים – המלאכה של איתור מקור חובה שאי ביצועה מהווה עבירה מסוג מחדל, מעלה קשיים בלתי מבוטלים לעניין זהות המקורות, עוצמתם ותקפותם והמבחנים שיש לבצע לצורך "ייבוא" החובה.

הגדרת המחדל כרכיב מבין יסודות העבירה הפלילית מופיעה, בסעיף 18(ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: "**חוק העונשין**") המצוי בסימן א' (היסוד העובדתי שבעבירה) שבפרק ד' (העבירה הפלילית והאחריות לה).

כותרת סעיף 18 לחוק העונשין: "מבנה היסוד העובדתי", מסווגת את המחדל כרכיב עובדתי במהותו בתוך יסודות העבירה, באשר סעיף 18(ב) מגדיר את ה"מחדל" כסוג של "מעשה", אם לא נאמר אחרת.

סעיף 18(ג) מגדיר את הביטוי "מחדל", כדלקמן:

"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה."

ואולם, על פרק עבירות המחדל אמר כב' הש' חשין (כתוארו אז) כי הוא "**מציג לפנינו אחד מן הקשים שבפרקי משפט העונשין, ולא נתמה אפוא משיימצא לנו כי רבים וטובים הוגיעו את מוחם וכתבו וכתבו וכתבו**"³.

הקושי מצוי, בין היתר, בעובדה שבאין חובה **מפורשת** בדין או בחוזה לביצוע פעולה, שניתן לייחס לנאשם את אי קיומה, לא תתכן הרשעה בגין מחדל, שכן תנאי להיווצרות עבירה של מחדל הוא הוכחתה של הפרת **חובה מפורשת לפעול** בין שחובה זאת מקורה בדין ובין שמקורה בחוזה, כך שמקור החובה הנדרש בעבירה שהיסוד ההתנהגותי בה הוא "סביל" הופך ליסוד מיסודות העבירה הטעון הוכחה כשלעצמו⁴

¹ מילון ספיר (בעריכת א' אבניאוף), 1998.

² א' ויינריב: "מחדלים" עיון כז (תשל"ו) 249.

³ רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 187, 200 (להלן: "רע"פ ויצמן")

⁴ ע"פ 6811/01 אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (1) 26, 33.

בהעדר הוכחה לקיומה של חובה, חובה המוטלת על נאשם שאפיונו מתאים לאפיון שנקבע באותו דין או חוזה, לא ניתן לחייב את אותו נאשם בשל מחדל שחדל, יהא המחדל רע ומכווער ככל שיהא⁵

ואולם, הרבה שאלות ישאל האדם אשר נתקל בהגדרה זו, וכולן נכונות, כגון: איך מוגדר אי קיום החובה, מהי החובה לפעול ומהיכן היא נגזרת, מהי עשיית מעשה, ומהו היקף המעשה הנדרש מאדם על מנת שלא להחשב כ"חדל" והאם ניסיון נחשב אף הוא לעשייה. ניתן לסווג את הביטוי מחדל, במובנו הרחב, למספר סוגים:

מחדל חוקי – אי מילוי חובה המוטלת על האדם ע"י חיקוק.

מחדל מוסרי – אי מילוי החובה המוטלת על אותו האדם ע"פ הנורמות בחברה בה הוא חי (גם אם אין מדובר בנורמה חקוקה).

מחדל פלילי – מחדל לעניינו קיימת עבירה ספציפית המענישה על "אי עשייה".

מחדל מקצועי – אי מילוי החובה המוטלת על אדם ע"פ הנורמות במקצוע בו הוא עוסק (חובה שאינה מוטלת על הדיוט).

כך לדוגמא, רופא יוצא מביתו ומבחין בשכנו מתעלל בחתול רחוב. הרופא אינו עושה דבר וממשיך בדרכו. לפני שהרופא נכנס למכוניתו, הוא שם לב כי הברגים המחזקים את גלגל המכונית למקומו אינם מהודקים, אך מתעלם מכך, ביודעו כי בסוף השבוע הוא בכל מקרה צריך להיכנס למוסך. הוא מתחיל בנסיעתו, ובהגיעו לסוף הרחוב, הוא לא שם לב כי קשיש חוצה את הכביש, לוחץ בחוזקה על דוושת הבלם וכתוצאה מכך משתחרר הגלגל הרופף, המכונית סוטה מנתיבה ופוגעת בקשיש בעוצמה. הרופא נבהל, ובמקום לנצל את ידיעותיו הרפואיות או לפחות להזעיק עזרה, הוא נמלט מן המקום.

⁵ רע"פ ויצמן, 201.

נוכל לטעון כי הרופא ביצע מחדל פלילי כאשר לא עזר לקשיש בו פגע לאחר התאונה, שכן כנוהג רכב שהיה מעורב בתאונה, וכאמור ידע כי בתאונה נפגע אדם, הוא "לא הגיש לנפגע

עזרה שהיה ביכולתו להגיש בנסיבות המקרה, לרבות הסעתו לטיפול רפואי" הואיל וקיימת עבירה פלילית מוגדרת המענישה על מחדל זה.⁶

מנגד, לעניין ההתעללות בחתול, הרופא ביצע מחדל מוסרי בכך שכאזרח התעלם מההתעללות ולא נזף בשכן המתעלל או הזמין משטרה⁷ ואולם אם מדובר ברופא וטרינר יתכן שיחשב כמי שלא קיים גם חובה מקצועית.

הרופא עלול להחשב כמי שביצע מחדל חוקי בגינו הוא עלול להיות מורשע כאשר לא חיזק את ברגי הגלגל ולא וידא תקינות רכבו והיותו במצב שאין בו כדי לגרום נזק או סכנה לנמצאים עליו, בתוכו או על-ידו, לעוברי-דרך או לרכוש⁸ במצב זה החובה שבחיקוק הינה שמירה על תקינות הרכב ולא עצם ההמנעות מפגיעה בזולת, ואם יוכח כי הנהג ביצע את הנדרש לשמירה על תקינות הרכב הרי שהוא עשוי להיות מזוכה גם אם הרכב לא היה תקין וגם אם חוזר התקינות גרמה לפגיעה בזולת.

כאמור, כאשר נזקק בית המשפט לבחון האם הרופא ביש המזל נמנע ממעשה כלשהוא, שמוטלת חובה על עשייתו, והאם המנעות זו עולה כדי עבירה פלילית.

בשנת תשנ"ח (1998) קבע המחוקק את הצווי התנ"כי "לא תעמוד על דם רעך" כחובה חוקית מודרנית להצלה והושטת עזרה, אשר אי קיומה מהווה עבירה פלילית שדינה קנס⁹:

"(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; בסעיף זה, "רשויות" - משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות."¹⁰

⁶ סעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

⁷ בהנחה שחוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד – 1994 אינו מטיל "חובת הצלה" של בעל חיים העובר התעללות אלא איסור מגדיר את המתעלל עצמו כעבריין.

⁸ תקנה 306 ו-321(ב) לתקנות התעבורה, תשכ"א – 1961.

⁹ חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998.

אינטואיטיבית, נוכל לומר כי כאשר הרופא לא הושיט עזרה לקשיש שפגע בו הוא ביצע מחדל חוקי, מקור החובה הינו חוק לא תעמוד על דם רעך. השאלה אשר תעלה היא, מידת השימוש שניתן לעשות בסעיף העונשין בחוק הכללי הנ"ל, כאשר קיימת נורמה פלילית ספציפית לאי הגשת עזרה ע"י נהג לנפגע תאונת דרכים כאמור לעיל.

לגבי המחדל המוסרי, לא ניתן להעמיד לדין את הרופא, מכיוון שהערכים המוסריים, ככל שהמחוקק לא מצא לנכון להגן עליהם בנורמה פלילית אינם ברי אכיפה בכלי המשפט הפלילי. לגבי המחדל המקצועי, בשנים האחרונות אנו עדים לנטיה של הפרקליטות ובתי המשפט להעמיד לדין יותר ויותר בעלי מקצוע המורשעים בפלילים עקב רשלנותם המקצועית, למשל: קריסת גשר המכביה¹¹, קריסת תקרת אולם הספורט בבאר שבע¹², והחקירה הפלילית בימים אלו¹³, עקב נפילת אריח ציפוי חיצוני של בניין על ילד בן חמש.

¹⁰ אף כי בציווי ההלכתי עונשו של העומד על דם הזולת הוא מידי שמים; **ראה**: תלמוד בבלי, סנהדרין ע"ג, א'; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, א' י"ד; שולחן ערוך, חושן משפט תכ"ו, נ' רקובר, "**לא תעמוד על דם רעך - האומנם?**", מחקרי משפט י"ז (תשס"ב) 5.
¹¹ ת.פ. (שלום-ת"א) 15237/97 **מדינת ישראל נ' בר אילן**, פס"מ תשנח (4) 337 (הכרעת הדין) ופס"מ תשנ"ט (3) 1 (גזר הדין).
¹² ע"פ (מחוז-ב"ש) 7001/04 **מדינת ישראל נ' עיריית באר שבע** [פדאור (לא פורסם) 06 (20) 591] [7/9/06].
¹³ **בן 5 נפצע אנושות מפגיעת אריח**, מתוך אתר הארץ Online, קישור:

יסודות האחריות בגין מחדל – עקרונות כלליים במהותה של עבירת המחדל:

בפרשת פוליאקוב¹⁴, במקרה זה הורשעו שניים ברצח אישה¹⁵ שהועסקה בזנות במכון בירושלים, והמערער אף בסיוע לרצח. עיקר הערעור נסב על השאלות מהו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה כמסייע לרצח, ואם ניתן להיזקק להילכת הצפיות, כתחליף ל"כוונה", בעבירת הסיוע לרצח.

בית המשפט דן בסוגיית מקור החובה בעבירה מסוג מחדל, אך המסקנה שאליה הגיע בית המשפט במקרה זה הייתה כי לא נדרש בהכרח מקור חובה מיוחד לצורך הרשעה בסיוע ע"י מחדל, משום שהעבירה העיקרית (העבירה אשר הסיוע מכוון לאפשר אותה או להקל עליה) משמשת כמקור חובה גם ביחס למחדלים מסייעים.

עמדה זו זכתה לביקורת, גם במערכת המשפט, לרבות ברע"פ ויצמן, וגם באקדמיה¹⁶. במאמר זה בחרנו לבחון את יסודות הנדרשים לצורך הרשעה בפלילים בגין מחדל דרך המחלוקות שעלו בסוגיית האפשרות להרשעה בגין סיוע לעבירה על דרך של מחדל. בפרשת רע"פ ויצמן הסוגיה המרכזית שעלתה לדיון היא התנאים להרשעת נאשם כמסייע לעבירה¹⁷, כאשר ההתנהגות המסייעת היא התנהגות מחדלית. הסוגיה מתעוררת נוכח הוראות סעיף 31 לחוק העונשין הקובע כי:

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע."

ונוכח העובדה כי, כאמור בסעיף 18(ב) לחוק העונשין הביטוי "מעשה" הינו לרבות מחדל, אלא אם נאמר אחרת, עלתה השאלה האם נדרש מקור חובה עצמאי לשם הרשעה בסיוע במחדל, ואם כן, מניין יישאב מקור החובה.

¹⁴ ע"פ 6327/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 289 (להלן: "פס"ד פוליאקוב")

¹⁵ לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין.

¹⁶ מ. קרמניצר וליאת לבנון-מורג, בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה? על הסיוע לדבר חקיקה ועל הפרשנות בפלילים, מחקרי משפט יז (תשס"ב) 403 (להלן: "קרמניצר ומורג 1").

¹⁷ סעיף 31 לחוק העונשין.

בפס"ד יפת¹⁸, נשארה בצריך עיון שאלת הצורך באיתור מקור חובה עצמאי בנורמה נפרדת מזו האוסרת על עצם הסיוע. בית המשפט ברע"פ ויצמן נדרש להכריע בסוגייה זו, נוכח גישת המערערים כי יש צורך במקור עצמאי וספציפי לחובת "עשה" כלפי המסייע במחדל נוכח מגמות תיקון 39 לחוק העונשין וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בסופו של דבר הגיע השופט חשין (כתוארו אז) למסקנה כי אין צורך במקור חובה מיוחד ועצמאי לצורך הטלת אחריות בגין סיוע במחדל. ואולם, ההחלטה אם במקרה מסוים תוטל אחריות בגין מחדל תיעשה בעזרת המסננת של "נסיבות העניין".

פרופ' קרמניצר במאמרו¹⁹ חולק הן על התוצאה שאליה מגיע השופט חשין ברע"פ ויצמן והן על המהלך המוביל אותו אליה.

כדי להבין את גדרי המחלוקת, נבחן תחילה את העמדות השונות ביחס לסוגיה, וניתן לאתר מספר גישות מרכזיות לסוגיה:

עמדתם של השופטים לנדוי בפרשת ירקוני²⁰ ובן-פורת בפרשת לב²¹, אשר גרסה בצורך בקיום מקור חובה עצמאי שבדין.

גישת ביניים נוקט פרופ' קרמניצר, בתומך בגירסה מצומצמת, שכן לדעתו על החובה שבדין להתבסס על זיקה ספציפית בין המחדל לסכנה או לקורבן²².

בניגוד לעמדה זו עומדת גישתו של פרופ' פלר²³, אשר גרסה שלה מאומצת על-ידי השופט חשין ברע"פ ויצמן. עמדה זו מוותרת על קיום מקור חובה עצמאית בדין דווקא, ובגרסתו של השופט חשין – קיימות אמות מידה אחרות שנועדו לצמצם את תחום החובות המוטלות על המסייע.

שתי דעות אלו הינן בעלות חשיבות מכריעה לצורך הדיון בשאלת מקורות החובה בעבירת המחדל, ולכן נרחיב את הדיון בהן:

¹⁸ ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד נ (2) 221, 437.

¹⁹ מ' קרמניצר וליאת לבנון-מורג, על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל, עלי משפט ד (תשס"ה) 175 (להלן: "קרמניצר ומורג 2").

²⁰ ע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני וגור, פ"ד יח (4) 20 (להלן: "פס"ד ירקוני").

²¹ ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 505 (להלן: "פס"ד לב").

²² מ' קרמניצר, ר' שגב: המחדל בדין העונשין, ספר תמיר (בעריכת י' תמיר, א' הירש, תש"ס) 197 (להלן: "קרמניצר ושגב").

דעה א': יש צורך בקיום מקור חובת פעולה מפורשת בחיקוק לצורך עבירת המחדל:

גישה זו גורסת כי אין סיוע לעבירה אלא בעשיית מעשה, וכי אדם לא יחויב בסיוע על דרך של הימנעות מעשייה (קרי: במחדל) אלא אם חייבו החוק מפורשות בעשייה.

השופט לנדוי²⁴ סבר כי:

“ההלכה היא שאין סיוע לעבירה פלילית אלא על-ידי מעשה פעיל, ואין די בידיעה על מעשה

עבירה של אדם אחר, תוך השלמה עם המעשה, כדי לחייב את הנאשם כמסייע ...

אמנם מזכיר סעיף 23(1)(ב)²⁵ גם הימנעות מעשיית מעשה, כדי לאפשר לאדם אחר לבצע

עבירה, אבל עלינו לפרש דברים אלה כמוסבים 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 הפלילי²⁶ היחס בין מרשה

ומורשה או יחס אחר של פיקוח של אדם על חברו אינם בין אלה”

וכאמור גם הש' בן פורת (כתוארה אז) קבעה כי אי עשייה לא תעלה כדי הגדרתה כמחדל בר

עונשין אלא אם כן יש בדין או בחוזה הוראה שחייבה את הנאשם לעשות מעשה, אותו לא

ביצע:

“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”²⁷

גישה דומה יושמה לאורך השנים ע"י בתי המשפט על ערכאותיהם השונות²⁸.

השופט חשין מטיל ברע"פ ויצמן ספק בכך שהשופטים לנדוי ובן-פורת אכן התכוונו לדרוש

ללא תנאי קיומו של מקור חובה בדין, ואכן, גם לאחר פסיקותיהם של הנ"ל, שאלה זו

הושארה מעת לעת בצריך עיון²⁹.

את הספק ביחס לעמדת השופט לנדוי תולה השופט חשין במילה "כגון" במובאה מפסק דינו

שלעיל.

²³ ש"ז פלר: יסודות בידיני עונשין כרך א (תשמ"ד), 384 ואילך; כרך ב (תשמ"ז), 241 ואילך; כרך ג (תשמ"ב), 110 ואילך, 141-155 (להלן: "פלר").

²⁴ פס"ד ירקוני, 55-56.

²⁵ פקודת החוק הפלילי, 1936.

²⁶ כיום: סעיפים 322 עד 326 לחוק העונשין.

²⁷ פס"ד לב, 518.

²⁸ וראה: הכרעת הדין בת.פ. (מחוזי – ת"א) 40157/00 מדינת ישראל נ' זוהר, תק-מח 2001(3), 2528 (2001).

²⁹ ראה: ע"פ 684/87 אברמוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2), 146, 149; ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2), 221, 437.

על כך אומר השופט חשין: **"סברת השופט לנדוי היתה, כפשוטה, כי אפשר שיהיו יחסי קירבה מיוחדים' גם אם אלה לא נקבעו מפורשות בחוק"**³⁰.

לדעתו של פרופ' קרמניצר ניתן בהחלט להבין מן הדברים האמורים כי השופט לנדוי בפס"ד **ירקוני** 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 כדורשים שהחובה האמורה תימצא בדין הפלילי דווקא³¹.

לגבי השופטת בן-פורת, ניתן לטעון כי בפרשת **לב** אין היא מסתפקת בחובה שהיא מוסרית גרידא, אלא דורשת קיומה של חובה משפטית, אשר יכולה לנבוע מן "הדין", אך גם מהתחייבות (שאינה מוסרית גרידא, קרי התחייבות בעלת אופי משפטי – בדרך כלל חוזית,

הגם שמעניינת האפשרות לבחון אסכולה זו מול חיוב נזיקי) ובין אם מאופי התפקיד, שיונק מן הדין (בתפקיד לפי דין); והיא יכולה אף לנבוע או מחוזה (בתפקיד לפי חוזה); או משילוב של השניים (הדין וחוזה).

³⁰ רע"פ **ויצמן**, 208.

דעה ב': די ב"זיקה מיוחדת" או "יחסים מיוחדים" היוצרים חובת פעולה לעבירת המחדל:

שלא כאסכולה הראשונה - אסכולה התובעת (ככל שלא "רוככו" דברי הש' לנדוי ובן-פורת כאמור לעיל) הוראה מפורשת בחיקוק המחייבת את הנאשם במחדל בעשיית מעשה מסוים - האסכולה של ה"זיקה המיוחדת" אינה נדרשת לחוק חרות דווקא.

אליבא דגורסים בגישה זו, ניתן להסתפק בחובות אותן מסיקים מתוך "מערכת יחסים מיוחדת" היוצרת זיקה ספציפית בין המסייע באמצעות מחדל לבין הסכנה או קורבן העבירה, מערכת יחסים שאינה מוצאת בהכרח ביטוי בחוק החרות.

בגישה זו נוקט פרופ' קרמניצר, הטוען:

"הגישה הדורשת חובה ספציפית לפעול כתנאי הכרחי לראיית מחדלו של האדם כסיוע

מקובלת הן במשפט האנגלי והן בארה"ב. רק כאשר יש חובה המבוססת על זיקה ספציפית

מוצדק ליחס לחדל את התנהגות המבצע העיקרי."³²

ובמקום אחר³³ נימק פרופ' קרמניצר עמדתו בטענה כי 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'. לדעתו הרחבת הביטוי 'כל דין או חוזה', אפשר שתיעשה על ידי פנייה לדינים מגוונים, אך ביטולו אינו בא בחשבון.

פרופ' קרמניצר סבור כי החובה להימנע מן המעשה המכונן את העבירה (לפחות לעניין סיוע ע"י מחדל) איננה יכולה ללמד על קיומה של חובה להימנע ממעשה מסייע, הכרוך ב"אנטי - חברתיות פחותה", שכן לדעתו, מלבד ההתעלמות המפורשת ממצוות החוק, יש בביטול כזה גם התעלמות מן השוני - היוצר את הצורך במקור חובה מיוחד לכל "מחדל עניש".

אליבא דפרופ' קרמניצר: יש להבחין בין התנהגות פעילה (אקטיבית) להתנהגות מחדלית³⁴:

לדעתו, המחדל כרוך בפגיעה מצומצמת יותר בחברה, משום שחיובי "עשה" מבטאים עמדה של סולידריות חברתית, שהיא ערך אשר הצורך בהגנתו באמצעות המשפט הפלילי עשוי להיות

³¹ קרמניצר ומורג 2.

³² קרמניצר ושגב, 233.

³³ קרמניצר ומורג 1, 405-406.

³⁴ קרמניצר ושגב, 199-206.

שנוי במחלוקת, ואילו חיובי הימנעות מגנים על האינטרסים הבסיסיים ביותר, שהצורך בהגנתם מוסכם.

לגישת פרופ' קרמניצר: נחיצות ענישת המחדל נובעת אך ורק מן הקושי להגיע למניעה מושלמת של מעשים יוצרי סיכון (באמצעות איסורי הימנעות), שכן ההתנהגות המחדלית חמורה פחות, באשר "החובה לעשות" מערימה קושי הכרוך בעשייה הפעילה, ומעבר לכך זיקת ההתנהגות המחדלית לתוצאה האסורה היא, לדעתו: "היפותטית וספקולטיבית בלבד".

פרופ' קרמניצר יוצא מנקודת הנחה כי **שליטת החדל על ההתרחסות העבריינית מצומצמת מזו של העושה הפעיל**. "מחויבותו" לתוצאה האסורה ו"נחישותו" לגרום לה פחותה.

לפי גישה זו, ובמיוחד נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן לראות בענישת המחדל כענישה הפוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט, שכן היא מכתיבה התנהגות מסוימת (בעוד ענישת העשייה מותירה מקום למרחב בלתי מוגבל של התנהגויות).

"חובות ה'עשה' נועדו לברור, מכלל באי עולם, את הנושאים באחריות למצב דברים אסור. רק קיומה של חובת 'עשה', המצליחה לבצע תפקיד זה בהצלחה, מצדיק הטלת אחריות על בסיס מחדל"³⁵.

האיסור על מחדל כרוך גם בקושי להגדיר במדויק את היקף האיסור (הנובע מן הקושי להגדיר את ההיקף הרצוי של ההגנה על "הסולידריות החברתית", המהווה, כאמור את הבסיס לקביעת מחדללים מסויימים כהתנהגות אסורה).

ממילא, לגישת פרופ' קרמניצר, פוגע האיסור על מחדל בעקרון כי יש להזהיר כראוי בטרם ענישה.

לאור ההבדלים הללו, סבור פרופ' קרמניצר כי ענישת כל מחדל הנראה בלתי ראוי, ללא תחימת המחדלים ברי הענישה באמצעות הגדרת מקורות חובה חוקיים אשר בסיסם חזק דיו, מהווה **"קביעת שקילות מבחינת האחריות הפלילית בין התנהגויות שאינן שקולות"**.

הפתרון שמציע פרופ' קרמניצר³⁶ הוא לקבוע כי מקור החובה מכוחה מטילים חבות בפלילים על החדל, במיוחד הנאשם בסיוע ע"י מחדל, חייב להתבסס על זיקה ספציפית בין העושה לבין

³⁵ רון שפירא: מבנה היסוד העובדתי של העבירה, מגמות בפלילים (תשס"א) 113, 145.

³⁶ קרמניצר ומורג 1, 406.

הסכנה (למשל, מכוח שליטה של הנאשם במקום ביצוע העברה או בנכס המשמש לביצועה) **או**

לקרבן העברה.

פרופ' קרמניצר סבור כי תוצאתה של גישה אחרת תהא הטלת אחריות פלילית בגין מחדל ובמיוחד בעבירה של סיוע לדבר עברה, על כל אדם שנקלע באקראי לסיטואציה שבה נודע לו על עברה שמתבצעת, ולא עשה כדי למנעה.

מצב שכזה אינו רצוי לדעת פרופ' קרמניצר הואיל ויש בו משום **"החמרת יתר עם מי שאחריותו צריכה להתמצות, לכל היותר, במסגרת הוראה הקובעת חובת 'עשה' כללית, כאשר קיימת הוראה כזו. השוואת דינו של אדם כזה, שזיקתו לעברה היא מקרית בלבד, לדינו של המסייע הפעיל לביצוע העברה היא נטולת הצדקה מוסרית"**³⁷

את הגישה המוצאת ביטוי במאמרים אלה מכנה השופט חשין ברע"פ **ויצמן** בשם "האסכולה של החובות הספציפיות (הזיקה המיוחדת) – האסכולה המצמצמת". אך בפועל, השופט חשין הרחיב אותה ופירש אותה כאסכולה מרחיבה דווקא.

ניתן לומר כי פרופ' קרמניצר טוען כי מחדל פלילי נוצר כאשר קיימת חובה בדין או בחוזה לפעול, וכמובן – בהתקיים היסוד הנפשי הדרוש, הכולל, בין היתר, גם מודעות ליסודות העובדתיים המכוננים את החובה, אך אין בהכרח לדרוש כי מקור חובה זה יהא חיצוני, בחיקוק דווקא, שכן לדעתו, אם נמצאה הוראה בדין המטילה חובת פעולה על החדל הנאשם כמו בפרשת **ויצמן** בסיוע, יש לעמוד על טיבה של החובה המוטלת על נאשם: אם היא מבוססת על "זיקה מיוחדת" של החדל לסכנה או לקורבן. זיקה לסכנה יכולה להיווצר מכוח יצירתה בהתנהגות בלתי סבירה³⁸, 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)³⁹. כאמור, לצורך בבחינה נוספת זו יש הדים בדבריו של השופט לנדוי בפס"ד **ירקוני**, אם כי לא בדבריה של השופטת בן-פורת בפס"ד **לב**.

³⁷ שם, שם.

³⁸ פלר (כרך א), עמ' 401.

³⁹ קרמניצר ושגב, 220-227.

הגם שהשופט חשין מייחס לו תפיסה לפי אסכולה זו⁴⁰ הרי שדווקא פרופ' קרמניצר טוען בתגובה לרע"פ **ויצמן**⁴¹ כי אסכולה זו לא מבטאת את עמדתו האמיתית, שכן לטענתו אין הוא מסתפק בזיקה ספציפית כבסיס ליצירת חובה לצורך הרשעה בגין סיוע ע"י מחדל, כפי שמייחס לו השופט חשין.

לטענת פרופ' קרמניצר, לחובה לפעול צריכים להיות שני בסיסים: הראשון הוא עיגון בדין או בחוזה, כדרישת סעיף 18(ג) לחוק העונשין. החובה 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 – קרי: היותה מבוססת על זיקה מיוחדת.

מאחר שהשופט חשין מדלג, אליבא דפרופ' קרמניצר על הדרישה הראשונה לאיתור מקור חובה, היא הדרישה של עיגון בדין או בחוזה, הוא מייחס לעמדת קרמניצר בעיה עם עקרון החוקיות, שהרי סעיף 18(ג) תובע עיגון כזה.

לעניין החוקיות, קרמניצר כבר עמד על כך במאמרו⁴²:

"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 במונח 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"⁴³

⁴⁰ רע"פ **ויצמן**, 212.

⁴¹ קרמניצר ומורג 2.

⁴² קרמניצר ושגב, 216.

אך קיים חריג לעקרון החוקיות. חריג זה הוא עבירת הרשלנות. זוהי עוולה/עבירה אשר מכוננת, לכאורה, חובה לפעול. אמנם הרשלנות היא בעייתית מבחינת עקרון החוקיות, שכן התכנים הקונקרטיים שלה מפותחים למעשה על-ידי הפסיקה, אך היא נחשבת כחקיקה פסיקתית, כדברי ד"ר יצחק 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 שדבקותו 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”⁴⁴.

פרופ' קרמניצר טוען כי בעיה זו הנה כורח בלתי נמנע: אם אין נוקטים בהכללות מופלגות, אין אפשרות לפרט באופן ממצה את כל חובות הזהירות המוטלות על האזרח. עם זאת, ניתן לטעון שקיימת אפשרות לפירוט המתקרב לפחות למיצוי חובות הזהירות הללו, כפי שעולה מדבריו של ד"ר קוגלר⁴⁵:

“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...”

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 לעניינה רווחת ההלכה שיסודות עבירת גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין חופפים למעשה לאלה של עוולת הרשלנות במישור האזרחי כפי שהם באים ידי ביטוי בסעיפים:

⁴³ וראה: י' קוגלר: האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה בגין התנהגות מחדלית? מחקרי משפט כ"א (תשס"ד) 379.

⁴⁴ י' קוגלר: דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה והעיגון הפורמלי של החובות לפעול, מחקרי משפט כ"א (תשס"ג) 201, 271-272 (להלן: "קוגלר")

⁴⁵ קוגלר, 270-271; וראה גם עמ' 251-252.

35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]]⁴⁶. ללא היזקקות זו תצטמצם האפשרות להרשיע בעבירות גרימה בגין מחדל במידה משמעותית⁴⁷.

ד"ר קוגלר אף מוסיף וטוען כי אפשר שהמחיר – מבחינת הפגיעה בעקרון החוקיות – שבו כרוכה הפניה לעוולת הרשלנות אינו גבוה כפי שנראה מלכתחילה, שכן לחובות הזהירות שכבר נקבעו במסגרת עוולת הרשלנות יש ערך מדריך ו"מזהיר" מסוים⁴⁸.
בחינה של משמעות עוולת הרשלנות והשלכותיה הפליליות לענייננו מלמדת כי בעיקרה היא מתייחסת לחובות המוטלות על מי שיצר סכנה לנטרל את הסכנה או להקטין את הנזק, אם התממשה הסכנה⁴⁹. מקור חובה כזה ראוי היה להיקבע בכל מודל המפרט מקורות החובה לצורך דיני העונשין. כלומר, לעוולת הרשלנות יש בהקשר בו אנו עוסקים משמעות ברורה וידועה.

כך למשל, בפס"ד **רביד**⁵⁰ שנפסק עוד לפני הלכת רע"פ **ויצמן** בסכסוך אזרחי, נדון עניינו של רופא שבמסגרת טיפול שיניים במערערת הזריק לה המשיב, זריקת אלחוש מקומית. לאחר קבלת הזריקה התמוטטה המערערת תוך שהיא סובלת ממגבלות בגפיים ומנזק מוחי, אשר לטענתה נגרמו מהזרקת חומר האלחוש.

בערעור, התמקד בית-המשפט בשאלת אחריותו של המשיב בשל הזרקת חומר האלחוש למערערת באמצעות מזרק ללא אפשרות שאיבה, באופן שנמנעה ממנו האפשרות לזהות כי המזרק חדר לעורק בעת הזרקת חומר האלחוש. בית המשפט פסק במקרה זה כדלקמן:
"המבחן אשר על בית-משפט לבחון בו מעשה או מחדל פלוני של רופא תוך כדי טיפולו המקצועי, אם יש בו או אם אין בו משום רשלנות, איננו מבחן של חכמים לאחר המעשה אלא

⁴⁶ וראה לעניין זה: ע"פ 35/52 **רוטנשטרייך נ' היועמ"ש**, פ"ד ז 58; ע"פ 419/68 **מדינת ישראל נ' רפאל**, פ"ד כב (2) 749; ע"פ 402/75 **אלגביש נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל (2) 561; רע"פ 7519/97 **שכטר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב (2) 663, 668; פלר כרך א (תשמ"ד), 400.

⁴⁷ קוגלר, שם, עמ' 252.

⁴⁸ מ' קרמניצר, **על הרשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד**, משפטים כד (תשנ"ד) 71, עמ' 82.

⁴⁹ קרמניצר ושגב, 222.

⁵⁰ ע"א 935/95 **רביד נ' קליפורד** פ"ד נב (4) 736, 736.

של הרופא הממוצע בשעת מעשה; רופא בשר-ודם עשוי לטעות, ולא כל טעות מהווה
רשלנות"⁵¹

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 ולהבא⁵², ואם הדבר אפשרי – יש לחוקק אותה.

נראה שאין אליבא דמלומדים דלעיל להסכים עם יצירת "חובה חדשה" מכוח עוולת הרשלנות במסגרת מקרה נתון, והפעלתה באותו מקרה, כפי שנעשה בפס"ד לורנס⁵³, בפרשה זו נדון מקרהו של המערער שחברו שיחק באקדח משחק של "רולטה רוסית", מהעובדות עולה כי השניים עסקו בדרגות שונות של מעורבות במשחק. המערער אף העמיד פנים במידת מה כאילו הוא משחק במשחק. אך המנוח פעל ברצינות רבה, ובתורו כיוון את האקדח לראשו והכדור שנפלט גרם למותו והמערער הורשע בגרימת מוות ברשלנות, בין היתר בנימוק של מחדל מלפעול להצלת חברו ומניעת מותו, הרשעה עליה ערער.

ד"ר קוגלר עמד על כך שבנסיבות פס"ד לורנס אימץ השופט דב לוין, אשר, את הדוקטרינה של "יוצר מצב מסוכן" לתוך משפטנו הפלילי, לפחות בהקשר של עבירות נגד החיים, אך ד"ר קוגלר תוהה מהו המקור החקיקתי לאימוץ הדוקטרינה?⁵⁴

ד"ר קוגלר מבקר את פס"ד לורנס בטענה כי אין מקור לאימוץ הדוקטרינה הנ"ל, ואף השופט לוין עצמו מודה כי "אין סעיף ספציפי לעניין זה"⁵⁵.

נראה אם כן, שבית המשפט בפס"ד לורנס ראה עצמו בן-חורין לחוקק שיפוטית את החובה של "יוצר מצב מסוכן"⁵⁶

⁵¹ שם, 768.

⁵² שם, 277.

⁵³ ע"פ 119/93 לורנס נגד מדינת ישראל, פ"ד מח (4) 1 (להלן: "פס"ד לורנס").

⁵⁴ יש לזכור כי פס"ד לורנס ניתן בשנת 1994 ואילו חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998, נחקק רק בשנת 1998.

⁵⁵ פס"ד לורנס, 32.

⁵⁶ קוגלר, 287 (ה"ש 164).

הטלת האחריות בפס"ד **לורנס** על המערער בגין מחדל שגרם למותו של המנוח, היתה מרחיקת לכת וחדשנית, 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 האחר ובלשונו של השופט לוין:

"בארץ, ככל שידי מגעת, אין תקדימים למקרה כגון דא שבו נהרג אחד המשתתפים במשחק מסוכן 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"⁵⁷

עוד קבע השופט לוין בפס"ד **לורנס** כי אכן "חוק השומרוני הטוב" לא קיים (טרם חקיקת חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998), אולם ישנם "איים של חובות הצלה". חובות אלו הינן סטטוטוריות וכן כאלו אשר בית המשפט רואה לנכון ליצור על ידי פרשנות. ומשם אנו למדים כי חובת ההצלה יכולה לנבוע מנסיבות של קירבה (בין החייב למציל)⁵⁸, וכן לאור קביעתו של סעיף 18(ג) כי הדין והחווה הם המקורות לחובת העשה, ראוי לראות בעוולת

הרשלנות את המקור לחובת העשה הקמה לאור יצירת קרקע לסיכון. זאת אנו למדים גם מדבריו של בית המשפט לאמור: **"ניתן לומר שאדם א' התרשל בעצם המחדל שלא למנוע את המצב המסוכן שהוא עצמו תרם ליצירתו"**⁵⁹

פסיקה זו עוררה ביקורת רחבה, בראש ובראשונה בדעת המיעוט מפי השופט בך שהסתייג מיצירת "חובת הצלה פסיקתית":

"שותף אני לדעה, כי חובה הייתה על המערער, לפחות חובה מוסרית, לנסות ולתקן את המצב המסוכן שנוצר ולהזהיר את המנוח ולמנוע מעשה פיזי מצדו, כפי שסבור אני, כי

⁵⁷ פס"ד **לורנס**, 22.

⁵⁸ יובל נחמני: "סוגיות בדיני עונשין", 25.

⁵⁹ פס"ד **לורנס**, 32.

חובה הייתה עליו להימנע מלפעול בדרך בה פעל במהלך כל אותו אירוע אומלל. אך, מבחינה משפטית מתעוררים כאן סימני שאלה אחדים...⁶⁰

ביקורת נוקבת יותר הביע פרופ' קרמניצר⁶¹ שטען כי גישה זו מנוגדת לאופיו השיורי של המשפט הפלילי מפני שלדעתו השופט לזין ייבא את הלכות ה'קרבה' (שכנות) מדיני דיני הנזיקין מבלי לבחון את מידת התאמתם לתחום הפלילי, ולמרות שהעבירה שנדונה שם הייתה עבירת רשלנות המהווה חריג שראוי להיות מפורש בצמצום. לדעת פרופ' קרמניצר, גישה זו מנוגדת גם לעיקרון החוקיות מפני שמדובר בחובה רחבה שניסוחה הוא עמום ומעורפל ולכן אינו יכול להבהיר לאזרח את גבולות החובה, ובהתאם את היקף האחריות הפלילית. לכאורה, בנסיבות פרשת ויצמן, החלתה של חובת 'עשה' כללית אפשרית עקב זיקה מיוחדת, של יוצר מצב מסוכן (כמו במקרים אחרים של זיקת קירבה משפחתית או זיקת בעלות קניינית), הגם שברור כי במקרים בהם נעדרת זיקה כזו, תהא זו גישה מרחיקת לכת אף יותר להטיל חובה לפעול על אדם אשר לא גרם בהתנהגותו ליצירת המצב המסוכן. אם כן, אנו רואים כי פרופ' קרמניצר כשופט בך בפס"ד לורנס נזהר מליצור חובות ע"י שימוש חקיקה שיפוטית, אך השופט חשין לעומתו, לא נרתע מכך, ומביא כחיזוק את דעתו של פרופ' פלר כאסכולה שלישית, אשר דומה במהותה לאסכולה השניה.

⁶⁰ שם, 40.

⁶¹ קרמניצר ושגב, 216-217.

דעה ג': אין צורך ב"צו עשה פורמלי" לגיבוש חובת פעולה לעבירת המחדל:

אליבא באסכולה זו, אשר פרופ' פלר הוא נציגה הבולט הרי שבהיקבע בחוק חובה ספציפית החלה על הנאשם בסיוע מסייע, יש כמובן, להחיל חובה זו ככתבה וכלשונה, ואולם מעבר לכך, אין צורך כי לנסות ולאסוף, באופן מלאכותי ומיותר לדעת פרופ' פלר, חובות ממקורות עצמאיים רק בכדי להצביע, כהוראת סעיף 18(ג) לחוק העונשין על חובות "לפי כל דין". פרופ' פלר סבור כי אין אנו נדרשים לכך הואיל ובמקרה של אישום בדבר סיוע על דרך המחדל, מצוי מקור החובה באותה עבירה עצמה שמבקשים אנו למצוא אם פלוני היה מסייע לביצועה. פרופ' פלר שואל את השאלה:

"...האם המשמעות המסייעת של אפס-מעשה מותנית בהפרת חובה לפי דין לפעול, או שמא, כל התנהגות פסיבית שאיפשרה ביצוע העבירה... ואפילו בעל ההתנהגות לא הפר בה כל צו-עשה פורמלי..."⁶²

ועונה כי לפי השקפתו, "לאחר שקילה לא מעטה", אין צורך בהפרת צו-עשה פורמלי. לתפיסתו 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 פאסיבית⁶³.

פרופ' פלר מכיר בכך שעולה מדבריו השאלה הכיצד מתיישבת סברה זו עם הכלל הבסיסי, לפיו משמעותו של מחדל בפלילים מותנית בקיום צו-עשה לפי דין שהופר בו? תשובתו היא כי הסברה מתיישבת, מכוח יחס "הצמידות" של הסיוע לדבר עבירה לביצועה העיקרי, "תכליתיות" הסיוע לביצוע העיקרי, השתלבות הסיוע בביצוע העיקרי וגיבוש עקב כך של אירוע עברייני אחד רב-משתתפים.

אליבא דפרופ' פלר: הביצוע העיקרי, על ה"קונקרטיות בעין" שלו - ולא רק על האיסור הנורמטיבי שהופר בו - מאריך את "רדיוס הקרינה" של החובה המוטלת על המבצע העיקרי

⁶² פלר כרך ב' (תשמ"ז), 242.

⁶³ שם, עמ' 242-243.

להימנע מן הביצוע, גם על זולתו (הנאשם במחדל), להימנע מהתנהגות, לו אף פאסיבית, שיש בה כדי לסייע, במודע, לביצוע זה.

לפי גישה זו: אם נעברה עבירה (בעשייה או במחדל), שואב הסיוע בהתנהגות פאסיבית לביצוע העבירה, את פליליותו מהשתרעות חובת המבצע העיקרי גם על הזולת, עקב אותה השתלבות במודע של התנהגותו המסייעת, הפעם הפאסיבית, באותו אירוע עברייני, קונקרטי, אחיד ויחיד, רב-המשתתפים.

פרופ' פלר סבור כי "קונקרטיות" הביצוע העיקרי וההשתלבות המודעת בו של ההתנהגות המסייעת, מרחיבות את "מרחב הקרינה" של החובה המופרת על-ידי המבצע העיקרי גם על הסיוע לו, אם בהתנהגות אקטיבית ואם בהתנהגות פאסיבית.

ובנוסף לכך, יש לפי שיטה זו, לצרף גם את החובה המפורשת הטמונה בעצם איסור הסיוע לדבר עבירה גם במחדל, ולא רק בעשייה.

אשר לרתיעה מפני "חובה כללית" לפעול, שנובעת, לכאורה, משלילת הדרישת של צו-עשה ספציפי להכשרת מחדל, בו הוא הופר, כסיוע לדבר עבירה, מזכיר פרופ' פלר כי כלליות זו כבר עברה את ההגבלה הראויה, במישור הביצוע העיקרי של העבירה. צימצום זה משליך בעקיפין גם על היקף הסיוע, עקב צמידותו לפליליות הביצוע העיקרי והשתלבותו בביצוע זה, כתהליך גיבוש אירוע עברייני, אחד ויחיד, רב-משתתפים.

לסיכום, תפיסתו של פרופ' פלר היא כי אכן, **פליליותו של מחדל מותנית, מבחינה אוביקטיבית, בקיום חובה לפי דין, שהופרה באותו מחדל, אך דרישה זו באה על סיפוקה המלא כשהיא מקויימת במישור הביצוע העיקרי.**

להשקפתו של פרופ' פלר, אין מוטלת חובת-עשה למנוע ביצועה של עבירה על כל מי שיודע כי עבירה עומדת להתבצע, שכן בנסיבות כדומת פס"ד **ויצמן** אין המדובר במחדל למנוע ביצוע עבירה או את השלמתה, כי אם במחדל שסייע לכך; ויש הבדל מהותי בין הדברים, שכן מחדל

מסייע, פירושו הסתמכות המבצע על המצב שנוצר עקב המחדל, או השימוש במצב זה, תוך ביצוע העבירה⁶⁴.

עמידת הביצוע העיקרי בתנאי הפלילות, "מקרינה" גם על פלילותה של התנהגות פאסיבית מסייעת, ודי בפעולה זו, עקיפה, ללא כל צורך בחובות חוקיות ספציפיות, נוספות ונפרדות, שלא לסייע במחדל, מלבד החובה הנובעת מעצם האיסור על סיוע לדבר עבירה, גם במחדל.

פרופ' פלר מסכים, כמובן, ש"מחדל" בר-עונשין לא יקום ולא יהיה בהיעדרה של חובה לעשות: **"...מן הנמנע לסבור כי ניתן לוותר על כלליות העיקרון של דרישת חובה לפי דין לפעול בצד המחדל שבו היא הופרה, כדי לייחס לו משמעות פלילית אפשרית"**⁶⁵.

ואולם, להשקפתו, כאמור, חובה זו תימצא בהגדרת העבירה העיקרית (העבירה ה"טיפוסית"). כלומר כי ציווי "לא תעשה" שבהגדרת העבירה יש לפרשו גם כ"צו עשה" בנסיבות המתאימות⁶⁶.

רמז לגישה זו, ללא אזכור מפורש של פרופ' פלר ניתן למצוא בדעה שהובאה ע"י השופטת ברלינר בפס"ד **ויצמן-מחוזי**⁶⁷:

"אין כל פסול בהזכרת הנורמה המוסרית העומדת מאחורי החובה שהוגדרה בחוק."

פרופ' פלר סומך את תפיסתו בדעת המיעוט של השופט חיים כהן בפס"ד **ירקוני**.

את גישת פרופ' פלר אימץ השופט מצא ("למעלה מן הצורך") בפס"ד **פוליאקוב**, בו קבע:

"...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 (ראו דברי השופט ח' כהן בע"פ 325/64 היועץ המשפטי

לממשלה נ' ירקוני... ודברי פרופ' פלר בספרו הנ"ל (כרך ב), בעמ' 246)"⁶⁸

לסיכום, לפי עמדתו של פרופ' פלר, אין צורך במקור חובה חיצוני לעבירה כדי להטיל חובת פעולה על המסייע. העבירה העיקרית, במתכונת הקונקרטית בה בוצעה, משמשת כמקור לחובה של המסייע לפעול.

⁶⁴ פלר כרך ב' (תשמ"ז), 243.

⁶⁵ פלר-כרך ג' (תשמ"ב), 146.

⁶⁶ וראה גם פלר-כרך א' (תשמ"ד), 399-403.

⁶⁷ ע"פ (מחוזי – ת"א) 70297/00 **ויצמן נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2001(1) 686, 694 (1/3/2001).

⁶⁸ פס"ד **פוליאקוב**, 308.

ביקורת והשוואה בין האסכולות השונות שלעיל:

השופט חשין מציין⁶⁹ כי עיקר הביקורת של תומכי האסכולה של הזיקה הספציפית (שעה ב' – קרמניצר) על גישת פרופ' פלר בדבר הסיוע במחדל הנגזר מן העבירה הפלילית הינה כי אסכולת פרופ' פלר פוגמת בעקרון החוקיות המחייב בהירות החוק וידיעת החוק מראש. אלא שהשופט חשין סבור כי ביקורת דומה ניתן להעלות גם כלפי גישת פרופ' קרמניצר, שכן גם האסכולה של הזיקה הספציפית לוקה, בליקויים דומים, באשר גם גישת פרופ' קרמניצר בונה עצמה על "זיקות מיוחדות" דוגמת מי שיש לו "שליטה... במקום ביצוע העברה או בנכס המשמש לביצועה"⁷⁰

וכן⁷¹:

"דוגמאות אחרות המובאות אצל פלר מתייחסות למצבים של זיקה מיוחדת, בעיקר זיקה של אדם לנכסיו (רכב שלו, רעל שבבעלותו או דירה שבחזקתו). בנסיבות אלה, קיימת, כאמור, זיקה מיוחדת, וניתן לראות את החובה למנוע ביצוע מעשה עבירה בנכס שברשותו של אדם מכוח שליטתו בנכס, כנגזרת מחובתו להפעיל פיקוח ולנטרל סכנות מן הנכסים שבתחום שליטתו".

ואולם על דוגמאות אלו - עליהן ועל אחרות זולתן, והן דוגמאות הבאות להמחיש את אסכולת הזיקה הספציפית, ניתן להעלות ביקורת שחסידי אסכולה זו (פרופ' קרמניצר) מטיחים באסכולה של הסיוע הנגזר (פרופ' פלר), דווקא בלשונו של פרופ' קרמניצר⁷²:

"מקור חובה פסיקתי הוא, מעצם טיבה של פעולת השיפוט, רטרואקטיבי, וככזה מנוגד לחובה לתת לאזרח אזהרה הוגנת מראש. הפרה זו של עקרון החוקיות אינה כה חמורה כאשר מדובר בהצהרה על חובה מובנת מאליה המבוססת היטב מבחינת הבסיס החברתי והעקרוני שלה (למשל, חובת הורים כלפי ילדיהם, או חובת בעל תפקיד), אך היא הופכת לבעייתית יותר ככל שמקור החובה הוא פחות מובן מאליו."

⁶⁹ רע"פ ויצמן, 216.

⁷⁰ קרמניצר ומורג 1, 406.

⁷¹ קרמניצר ושגב, 235.

⁷² שם, 216.

הינה כי כן נראה כי שתי האסכולות, של פרופ' קרמניצר ושל פרופ' פלר לוקות האותן נקודות חולשה במישור זה.

יתר-על-כן, ניתן לשאול את השאלה היכן ב"דין" תימצאנה אותן חובות יוצרות-מחדל כדרישת סעיף 18(ג) לחוק העונשין?

בעלי האסכולה של הזיקה הספציפית (פרופ' קרמניצר) סוברים כי יש לעשות ל"תחימת המחדלים הענישים באמצעות הגדרת מקורות חובה חוקיים אשר בסיסם חזק דיו"⁷³ ואולם השופט חשין בפס"ד ויצמן⁷⁴ קובע כי קשה ליישב קביעה נורמטיבית צודקת זו עם איתור מקור חובה המייסד עצמו על דוקטרינה שעניינה "זיקה ספציפית בין העושה (או המסייע) לסכנה", שכן הדרישה ל"זיקה ספציפית" אמנם "מוציאה מן הזירה" מי שאמנם מצויים במקום העבירה אך אינם ראויים כי נחייב אותם כ"מסייעים" בדרך של מחדל, ואולם, בה-בעת משלימה היא עם יצירת חובות שאינן חרותות בדין העונשין, חובות עונשין שבת-המשפט אמורים לקובען מעת לעת.

נשאלת השאלה 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 יש מאין חובות יוצרות מחדל בר-עונשין? ניתן לבקר את אסכולת הזיקה הספציפית כמי שמבקשת לגדור את מושג ה"מחדל" ולצמצמו ל"דין", ובה-בעת מבקשת היא ליצור מעת לעת, גם אם באורח מצומצם ומבוקר, חובות ספציפיות שאינן מצויות בדין הפלילי.

ביקורת נוספת שניתן להעלות כלפי אסכולת הזיקה המיוחדת היא כי אין היא נותנת בידינו אמת מידה שווה לכל נפש לאיתורם של מסייעים על דרך המחדל. הדוקטרינה המוצעת לנו

⁷³ קרמניצר ומורג 1, 406.
⁷⁴ רע"פ ויצמן, 217.

בידי אסכולת הזיקה המיוחדת היא "כריקמה פתוחה", שכן אין זהות הכרחית בין זיקה "מיוחדת" אחת לזיקה "מיוחדת" אחרת.

כל זיקה "מיוחדת" הינה בעלת אפיונים יחודיים משלה, ואין מאפיין מאחד בין זיקה מיוחדת אחת לאחרת.

בלשונו הציורית של השופט חשין⁷⁵:

"מחרוזת הזיקות המיוחדות עשויה אבנים בצבעים שונים, בגדלים שונים ובצורות שונות, כיז דמיונו היוצר של בית-המשפט, ונעדריס אנו אמת-מידה חותכת וחד-משמעית ליצירת זיקות או להכרה בהן."

מנגד, ניתן להסכים להנחות היסוד של פרופ' קרמניצר כי שליטת החדל על ההתרחשות העבריינית מצומצמת מזו של העושה הפעיל וכי מחוייבותו של החדל לתוצאה ונחישותו לגרום לה פחותה, כמו גם לגישה כי ענישת המחדל פוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט או כי הטלת אחריות בגין מחדל כרוכה בקושי להגדיר במדויק את היקף האיסור הנובע מן הקושי להגדיר את ההיקף הרצוי של ההגנה על הסולידריות החברתית.

כן קשה שלא להסכים למסקנה כי יש לעשות לצמצום הסיוע על דרך של מחדל תוך תחימת המחדלים הענישים באמצעות הגדרת מקורות חובה חוקיים אשר בסיסם חזק דיו, שכן עיקרו של דין העונשין מיוסד על חובות "לא תעשה", ואילו חובות "עשה" הן מועטות יחסית, שכן הפגיעה בחירותו של אדם גדולה ורבה בחובות "עשה" מאשר בחובות "לא תעשה".

נימוק זה מביא למסקנה כי אין לקבוע עבירות מחדל אלא בשל טעמים מיוחדים, תוך זהירות ראויה ומתוך שבית המשפט מזהיר עצמו מפני מדרון חלקלק המצוי לפתחו.

השופט חשין עצמו מודה ברע"פ ויצמן כי ההבדלים בין דעתו של קרמניצר ובין דעתו של פלר הינם זניחים:

"אסכולה שנייה מצמצמת גזרים בתחילת דרכה, בעוד אשר אסכולה שלישית מרחיבה בתשתית ומצמצמת גזרים בהמשכה. אסכולה שנייה באה מצפון ואסכולה שלישית באה מדרום... אכן, שתי אסכולות שדומה היה בתחילת הדרך כי צהובות הן זו-לזו, נמצא אותן

⁷⁵ שם, שם.

שוכנות זו-בצד-זו ואין מחריד... אכן, חילוקים בין האסכולה השנייה לבין האסכולה השלישית כמוהם כחילוקים בתוככי כל אחת מאותן אסכולות⁷⁶.

השיטוט שמבצע השופט חשין בין האסכולות השונות בעצם מוביל למסקנתו, כי הוא אינו מקבל את עמדת פרופ' פלר, אלא מפתח גישה עצמאית משלו, שהיא צרה מעמדתו של פרופ' פלר.

השופט חשין מציין כי העמדה המוותרת על מקור חובה חיצוני (כלשהו) לסיוע במחדל מרחיבה את תחום האחריות הפלילית יתר על המידה.

גישה זו מבוססת על הטענה כי יש בהשקפתו של פרופ' פלר הרחבת יתר של החובות החלות על מי שנטען כי מסייע הוא על דרך המחדל, וכך אף נאמר ברע"פ **ויצמן**:

"החובה הבוראת מחדל בר-עונשין תולה 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 ורק בגין מחשבתו. אין

זאת אלא ששומה עלינו לצמצם את המסגרת הרחבה שבנה פרופ' פלר עבורנו⁷⁷

הינה כי כן, בסיום מסעו בין האסכולות השונות מציין השופט חשין כי חרף ביקורתו עליה, הרי שאסכולת הזיקה המיוחדת כוונתה ראויה ורצויה ומסקנותיה אף-הן ראויות ורצויות⁷⁸ ואולם, כאמור בסופו של דבר מגיע השופט חשין למסקנה כי אין צורך במקור חובה מיוחד ועצמאי לצורך הטלת אחריות בגין סיוע במחדל. ואולם, ההחלטה אם במקרה מסוים תוטל אחריות בגין מחדל תיעשה בעזרת המסגרת של "נסיבות העניין".

⁷⁶ רע"פ **ויצמן**, 226.

⁷⁷ רע"פ **ויצמן**, 220.

⁷⁸ רע"פ **ויצמן**, 218.

חובה הקבועה בדין – האם כל דין ?

במסגרת הדיון ב"חובות הנעוצות בדין", קובע השופט חשין כי לא כל חובה בדין יכולה לשמש מקור חובה לפעול כדי להימנע מסיוע לדבר עבירה על דרך המחדל, שכן לדעתו, לא כל חובה הקבועה בכל דין שהוא עשויה לשמש מקור חובה כשר לעניינו של סעיף 18(ג) לחוק העונשין. גישה אחרת עשויה לדעת השופט חשין להיות מרחיקת לכת, ללא כל הצדק ראוי.

לגישתו, לצורך הגדרת חובה שבדין כחובה שניתן להגדיר מכוחה מחדל פלילי לפי סעיף 18(ג) לחוק העונשין – אין די לה לחובה כי תיקבע בדין, כך על דרך הסתם, אלא על בית המשפט לבחון את עוצמתה של אותה חובה ולהוסיף ולבחון אם ראויה היא, על-פי תכליתה, לייצוא מאותו דין שבו נקבעה אל עבר סעיף 31 לחוק העונשין ולהזקק לה לצורך הרשעתו של מסייע לדבר עבירה⁷⁹.

ניתן אם כן לראות בגישה זו משום מבחן משולש של תנאים מצטברים:

1. האם החובה קבועה ב"דין" (על פי האסכולה שנבחרה לעיל) ?
2. מהי עוצמתה של החובה ?
3. האם החובה ראויה על פי תכליתה לשמש לצורך סיוע ?

כך למשל, קובע השופט חשין כי החובה שבחוק לא תעמוד על דם רעך, אינה יכולה לשמש כמקור חובה כזה:

"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 גדרות אלו שהוצבו סביב העבירה של חובת הצלה והושטת עזרה, נתקשה לקבוע כי אותה חובת הצלה נועדה אף ליצוא, דהיינו, בכוחה לשמש מנוף להטלתה של

⁷⁹ רע"פ ויצמן, 219.

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"⁸⁰.

ניתן להצדיק גישה זו בנימוק כי חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998, אינו יכול להוות מקור חובה עצמאי וספציפי, שכן הגם שמדובר בנורמה מן הדין, עדיין עניינה בחובה כללית ורחבה אשר אינה מבהירה בצורה קונקרטית וברורה לאדם מן היישוב את היקף חובותיו בנסיבות מוגדרות.

ניתן אף להרחיב את גישת השופט חשין ולומר כי בהטלת חובה פלילית, ע"י הטלת חובת "עשה" כללית, פוגעת בעקרון החוקיות.

יתרה מכך, שימוש בחוק זה ליצירת מקור חובה עצמאי לפעול, עלול להוביל לאבסורד, באשר פרשנות רחבה שכזו להיקף תחולתו של חוק זה, מייתרת לכאורה חיקוקים כגון פקודת התעבורה והתקנות מכוחה, כמו גם את החובות המופנות באופן ישיר כלפי הנוהג ברכב. זאת ועוד, סעיף 1(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך, ממנו עשויה לצמוח חובת הושטת העזרה, עניינו באדם אשר לאל ידו להושיט את העזרה.

בנסיבות פרשת ויצמן כאשר לנוסעים ברכב, להם יוחסה עבירת הסיוע במחדל, לא יוחסה כל שליטה על הרכב, ההגה היה בידי של הנוהג והוא זה שהחליט על אופן ההתנהלות לאחר תאונה, לא ברור כיצד ניתן להחיל חוק זה כמקור חובה לפעול.

השופט חשין מפנה לעניין זה לספרו של פלר⁸¹; הפיסקה האמורה עוסקת בדרישה שההתנהגות המסייעת ע"י מחדל תהיה בעלת ייעוד מוחשי (כלומר – על המסייע לדעת, לפחות בקווים כלליים, מהי העבירה הספציפית לה התנהגותו המחדלית מסייעת).

במסגרת זו מצייין פרופ' פלר⁸²:

⁸⁰ שם, 216.

⁸¹ פלר כרך ב' (תשמ"ז) 247 (פיסקה 321).

⁸² שם, 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”.

פרופ' קרמניצר טוען כי נראה שפרופ' פלר מבקש להבהיר כאן, שגם אם התמלאו יסודותיהן של עבירות אלה, אין זאת אומרת שנתמלאו גם דרישות הסיוע במחדל. ברי כי אין להסיק מכך שפרופ' פלר סבור שהעבירות הללו אינן יכולות לשמש מקור חובה לצורך סיוע לעבירה בדרך של מחדל (שהרי לפי עמדתו לא נדרש כלל מקור חובה כזה).

פרשת ויצמן – סוגיות העולות מהתייחסות לעבירת המחדל בערכאות השונות:

השופט חשין דן ברע"פ ויצמן, יחד עם חבריו למותב (השופטים לוי ונאור) בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופטים ד' ברלינר, ע' פוגלמן, י' שטופמן)⁸³ שבו נדחה ערעור על פסק-דינו של בית-משפט השלום בנתניה (השופטת ש' בן-שלמה)⁸⁴.

עיון בהכרעת הדין בפס"ד ויצמן – שלום מעלה כי השופטת בן – שלמה נמנעה מההבחנה בין מעשה למחדל ונטתה לטשטש בין שני התחומים. מגמה זו אף התחזקה בפס"ד ויצמן - מחוזי ובמיוחד בחוות דעתה של השופטת ברלינר, בקובעה:

"האם לא ניתן לסייע לעבירה "מחדלית" על ידי מחדל?

גם זו אחת הטענות שהעלתה הסניגוריה. לטענתם, לא ניתן להרכיב 'מחדל על מחדל'. התנהגות המערערים, כך לטענת באי כוחם, היא לכל היותר מחדל ועל כן, אפילו ניתן בעקרון לסייע לעבירת מחדל, הרי לא ניתן במקרה זה להרשיעם, משום שהסיוע התבטא במחדל. נראה לי, כי גם טענה זו אינה יכולה להתקבל. כפי שצוטט לעיל הגדרת מעשה כוללת גם מחדל ולפיכך אין נפקא מינה לענין הסיוע, האם הוא מתבצע במעשה או במחדל. לא לשון החוק, ולא ההגיון או מדיניות שיפוטית כלשהי, מכתיבים התייחסות שונה לאופיו של הסיוע בהתאם לניסוח העבירה."⁸⁵

הנה כי כן, דימו לנגד עיניהן הערכאות דלמטה את העושה ואת החדל כאילו אין ביניהם הבדל. נשאלת השאלה האמנם? האמנם דק מן הדק השוני בין איפיונים אלה? האכן מעשה כמחדל ואין נפקא מינא ? נראה כי לא כך הדבר.

⁸³ ע"פ (מחוזי – ת"א) 70297/00 ויצמן נ' מדינת ישראל, תק-מח 1/2001 (1) 686 (1/3/2001) (להלן: "פס"ד ויצמן - מחוזי").

כאמור לעיל, מגדיר סעיף 18(ב) מעשה – לרבות מחדל, אולם סעיף 18 (ג) מייחד את המחדל מן המעשה ומגדירו כהמנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה. כאן באה לידי ביטוי בצורה החדה ביותר אי השקילות בין המעשה למחדל.

פרופ' קרמניצר⁸⁶ חולק בהקשר זה על הגישה שמנחה את השופטת ברלינר בפס"ד ויצמן-מחוזי וטוען כי ההתייחסות, שנקודת המוצא שלה היא השקילות של המחדל והמעשה האקטיבי, עלולה להעלים מן העין את ייחודו של המחדל כתופעה עבריינית, על ההיבטים הנובעים מייחוד זה.

הדברים מוצאים ביטוי בחוות דעתו של השופט חשין בפרשת הר-שפי⁸⁷:

“למותר לומר - והכל יודעים זאת - כי חובות עשה מעטות הן במספרן ממספרן של חובות הלא-תעשה. ולא בכדי כך. ניתן דעתנו לדבר, שחובות הלא-תעשה מכבידות על היחיד - על דרך העיקרון - פחות מחובות העשה, קרי: חובות הלא-תעשה פולשות אל תחום חופשו של היחיד פחות מאשר חובות עשה. לשון אחר: ברוח הדמוקרטיה הליברלית וזכויות הפרט - אך גם אחרת - קל יותר להטיל על היחיד חובות לא-תעשה מאשר חובות עשה. נדע מכאן, שעד אשר נבוא להטיל על היחיד חובות עשה, שומה עלינו לשקול ולחזור ולשקול בדעתנו שמא הרחקנו-לכת בהחלטתנו, שמא חרגנו אל-מעבר לראוי ולמותר על-פי השקפות-היסוד המקובלות על חברתנו.

חובות הלא-תעשה - אלו מהן שהפרתן גוררת אחריה סנקציה עונשית - אמורות להיות חובות-מינימום לחיים-יחד בחברה מתוקנת. וכדברו של הלל הזקן: 'דעלך סני לחברך לא תעביד' (שבת, לא, א [ד]) - כל ששנא עליך לא תעשה לחברך ...

שלא כמותן הן חובות העשה - אותן חובות שהפרתן גוררת אחריה סנקציה עונשית - שליסודה של חובת עשה בתחום דיני העונשין חייב שיהיה טעם מיוחד, טעם חזק במיוחד, התומך בו ומאשש אותו; חובה חובה וטעמה-שלה. אכן, מטעם זה שעבירת המחדל - אותה הוראת-חוק המורה והמצווה כי ייעשה מעשה מסוים, שאם לא ייעשה המעשה ייענש אותו

⁸⁴ ת"פ (נתניה) 1189/99 מדינת ישראל נ' ויצמן, (טרם פורסם) (18/1/2000) (להלן: "פס"ד ויצמן - שלום").

⁸⁵ פס"ד ויצמן-מחוזי, 692.

⁸⁶ קרמניצר ושגב, 197.

⁸⁷ ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, 749 (להלן: "פס"ד הר-שפי").

אדם שהוטל עליו נטל-עשה ולא עשה.ה - פוגעת בחופש הפרט יותר מאשר האיסור לעשות מעשה, מטעם זה גופו יידרש טעם מהותי וחשוב-במיוחד להטלתה של חובה בתחום דיני העונשין. מאותו טעם עצמו יעשה החוק למעט ככל הניתן בעבירות-המחדל"

סיווג התנהגות כמעשה או כמחדל - משברורות המשמעויות השונות, המשפטיות, החברתיות והמוסריות, של המעשה ושל המחדל, במיוחד נוכח העובדה עמדת השופטת ברלינר בפס"ד **ויצמן-מחוזי**, מעלה את השאלה מהם האזמלים אשר באמצעותם ננתח התנהגות פלונית המונחת לפנינו, יתירה מכך, מה תהיה התוצאה כאשר נצא לבחון אירועים מורכבים הכוללים רצף של מספר התנהגויות, במקרים מסויימים אף אירועים הכוללים התנהגות פסיבית והתנהגות אקטיבית כאשר לא ברור איזו היא התנהגות הרלוונטית? ברור שאין די במבחן המגדיר את המחדל כפן השלילי של המעשה האקטיבי המוחשי, קרי אי הוצאת אנרגיה או אי עשיית תנועה גופנית.

הגדרה זו היא בו בעת רחבה מדי וצרה מדי, מה שמעלה ספקות לגבי עצם ההגדרה.

נראה, לדעתנו, כי ראוי נאמץ במקרה זה את מבחן הדומיננטיות, אותו מציע פרופ' קרמניצר בהמשך מאמרו לעיל כי כדי לזהות את ההתנהגות הדומיננטית **יש לבחון את האירוע כולו**, תוך התחשבות בכל השיקולים המהווים את הבסיס להבחנה בין מעשה ומחדל. נראה שהאבחנה בין התנהגות אקטיבית לבין התנהגות פאסיבית אינה יכולה להתבסס על מבחן בודד, מפני שכאמור יש מס' הבדלים משמעותיים ושונים בין המעשה האקטיבי למחדל, שאת כולם צריכה האבחנה לבטא. המסקנה היא שהאבחנה צריכה להתבסס על שקלול של כל הנתונים הרלוונטים כדי להחליט מה ההתנהגות הדומיננטית בארוע. לפי מבחן זה השאלה היא: מהי ההתנהגות הדומיננטית מכלל ההתנהגויות המרכיבות את האירוע השלם ?

נראה, לדעתנו, כי תשובה על שאלה זו תינתן תוך שיקלול של מס' מושכלות יסוד:

א. התנהגות אקטיבית גורמת לתוצאה מסוימת בעוד שהתנהגות מחדלית מתבטאת

באי מניעתה של אותה תוצאה הפוגעת באינטרס חברתי מוגן.

- ב. התנהגות אקטיבית מתבטאת בהרעת מצבו של אינטרס חברתי מוגן בעוד מחדל מתבטא בהימנעות משיפור המצב.
- ג. התנהגות אקטיבית מתבטאת ביצירת מצב מסוכן בעוד שהתנהגות מחדלית מתבטאת בהימנעות מלהציל אינטרס חברתי הנתון בסכנה.

יישום עקרונות אלה על נסיבות פרשת ויצמן מעלה לכאורה כי במקרה דנן, לא תתכן תוצאה אחרת בהתאם לכל האמור לעיל, בשל אפיון התנהגותם של הנאשמים כמחדלית: ראשית, מן ההיבט הפורמלי, באשר כתב האישום עצמו מייחס לנאשמים מפורשות הימנעות מעשיה.

שנית, גם מן ההיבט המהותי מתבקשת הקביעה כי התנהגותם של הנאשמים היתה מחדלית. עפ"י שלושת מבחני המשנה לעיל קיימת, לכאורה, התאמה מלאה בין התנהגותם לאמות המידה המוצעות להגדרת המחדל.

מנגד, ניתן לבקר את גישת בית המשפט בפס"ד ויצמן-מחוזי, אשר ראה בעצם הנוכחות ברכב של הנאשמים אשר לא נהגו משום "מעשה אקטיבי"⁸⁸.

ברי כי אין די בנוכחות גרידא (MERE PRESENCE) ברכב כדי למלא אחר היסוד העובדתי הנדרש לפי סעיף 31 לחוק העונשין המגדיר סיוע⁸⁹ הדבר מתעצם כאשר מדובר בעבירות של סיוע במחדל, כפי שסבור אף. קרמינצר⁹⁰ אשר מעלה תמיהה לפיה לא ברור מדוע נוכחות ושתיקה עשויות להיחשב "התנהגות אקטיבית".

אף אפיון התנהגותו של המערער 1 כאקטיבית ולא רק מחדלית אין בה כדי לאיין את מכלול התנהגותו כמחדלית:

ראשית, לפי הגישה המוצעת כאמור, התנהגות יכולה להיות מחדלית אף אם היא כוללת סממנים אקטיביים מסוימים. האבחנה תיעשה על פי ההכרעה בין עיקר לבין טפל ובין מכריע לבין שולי: הגם אם נפסע בקו המחשבה של השופטת ברלינר, לפיו הקריאה "סע" היתה

⁸⁸ פס"ד ויצמן-מחוזי, 694; והשווה לגישת בית המשפט האמריקאי בפרשת ESPINOZA V. STATE, 183 SO. 2D. 560 שתובא בהמשך שם דרשו AFFIRMATIVE ACT ולא הסתפקו בהתנהגות פסיבית להרשעה בסיוע של נוסעים ברכב לנהג הדורס והמפקיר.

⁸⁹ ע"פ 303/82 אדרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (1) 309; וראה עמדה דומה במשפט האמריקאי בהמשך.

⁹⁰ קרמינצר ושגב, 209.

פעולה מודעת ופעולה שהיתה לה משמעות לגבי ויקטור, הנהג, עדיין אין בכך כדי לאפיין את מכלול התנהגותו של מערער 1 כהתנהגות אקטיבית.

סביר להניח כי לו היה המערער 1 דורש בהמשך מהנהג לעצור, אזי לא היה מוגש כתב האישום. משכך המערערים סבורים היו ברע"פ ויצמן כי ההתנהגות הרלוונטית והדומיננטית היא ההתנהגות המחדלית, על אף "הסממן האקטיבי" הבא לידי ביטוי בקריאה "סע". נראה כי ניתן ליישב את הסתירה אם נראה בהנמקותיה של השופטת ברלינר כמי שמתייחסות לשאלה האם היה בהתנהגותו של המערער 1 כדי לסייע בכח או בפועל לנהג, ולא לשאלה אם המדובר בהתנהגות אקטיבית.

גם הקביעה כי התנהגותו של המערער 1 היה בה גורם מאיץ לנהג להמשיך לנסוע, קביעה שאינה נקיה מספקות, אינה רלוונטית לשאלת איפיון ההתנהגות שכן גם התנהגות מחדלית יכולה תיאורטית להוות גורם מאיץ אך זאת אך ורק בהתקיימותו של מקור חובה לפעול. השופט חשין ביקש לבדוק מה קורה מקום בו לא היה ספק ביסוד הנפשי של העבירה והחשוד בסיוע ע"י מחדל מודה כי חדל כאשר חדל (בעניינינו-שלנו: שתק ולא השמיע קול מחאה) כדי לחזק את ידי העבריין הראשי בביצוע העבירה, כדי למנוע את תפיסת המבצע או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם ביצוע העבירה, והכול כהוראת סעיף 31 לחוק העונשין.

האם לא ניתן לטעון לזכותו של נאשם בסיוע על דרך של מחדל ש"בשתיקה" כי הגם ששתק במטרה לחזק את ידיו של העבריין הראשי, לא ניתן לראות בשתיקתו משום התנהגות פלילית ברת ענישה מן הטעם "שאינ עונשין על מחשבות-שבלב", לעניין זה קבע בית המשפט העליון כי את מסתורי המתחולל בנפש האדם אין לגלות באמצעות "מכונת רנטגן המאירה" את צפונותיו בשעת מעשה⁹¹. וכהצהרתו בת מאות השנים של זקן השופטים Brian:

"The thought of man is not triable, for the devil himself

knows not the thought of man"⁹²

⁹¹ ע"פ 419/68 מ"י נ' רפאל, פ"ד כב (2) 749, 756.

⁹² ראה: Glanvill Williams, *Criminal Law* 2nd ed. 1961.

ונשאלת השאלה: האם מוטלת על הנוסע ברכב חובה להביע מחאה?

פסיקתו של השופט חשין בשאלות הנ"ל היא כי מקום שהיסוד הנפשי אינו שנוי במחלוקת, והימנעותו של הנאשם בסיוע ע"י מחדל יש בה "מסוגלות לעזור לעברייני העיקרי"⁹³, הרי שאין הצדק להרחיק לכת בחיפוש אחר מקור נורמטיבי לאותה חובה שהימנעות מקיומה יוצרת מחדל בר עונשין, שכן לתפיסתו "חובה לפי כל דין" הינה חובה ההופכת הימנעות גרידא מפעולה למחדל בר עונשין: "עשויה להילמד מתוך קומפלקס העבירה גופה. לא תמיד, אמנם; לא בכל מקרה, ואולם במקרים המתאימים נוכל ללמוד כן"⁹⁴

ואולם ההנחה כי היסוד הנפשי אינו שנוי במחלוקת תמוה על רקע העובדה כי החלטות שתי הערכאות דלמטה לוקות בהיעדר ניתוח ממצה של היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הסיוע ובמיוחד שעה שמבקשים להרכיב על עבירת הסיוע את היסוד ההתנהגותי הבעייתי של "מחדל".

בית המשפט המחוזי אינו מתייחס כלל ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת הסיוע.

בית משפט השלום מתייחס במשפט אחד ליסוד הנפשי דלעיל וקובע בצורה לאקונית כי: "הימנעותם מלדרוש מהנהג לעצור מצביעה על כוונה לסייע בידיו בביצוע העבירה"⁹⁵.

קביעה זו רחוקה מלהיות ממצה, אינה מתבקשת בהכרח, ומניחה כי הנוסעים היו חייבים לדרוש מהנהג לעצור תוך התעלמות, שוב, מהיעדרו של מקור חובה המופנה כלפיהם לדרוש מהנהג לעצור.

⁹³ לעניין הדרישה כי ליסוד ההתנהגותי צריכה להיות התכונה שהוא "מסוגל" לסייע להגשמתו של היסוד העובדתי בעבירה על-ידי המבצע העיקרי, ראה: פלר כרך ב', 240; פס"ד פוליאקוב, 307; פס"ד ירקוני, 56; ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (3) 22, 31.
⁹⁴ רע"פ ויצמן, 226.
⁹⁵ פס"ד ויצמן-שלום, עמ' 33 שורה 8-10.

ניתן לבקר את הקביעה כי המערערים "אימצו" את הנהג בהחלטתו לעזוב את מקום התאונה, ואין בפסקי הדין בפרשת ויצמן מענה הולם לשאלה האם היו המבקשים מודעים לטיב התנהגותם המסייעת והאם התכוונו לסייע לנוהג להפקיר את הפצוע.

את הביקורת על הקלות בה הסיקו כי הנוסעים "חיזקו" במחדלם ושתיקתם את הנהג בהחלטתו להפקיר את קורבן תאונת הדרכים לגורלו, ניתן לנמק בכך שדווקא בהתנהגות פלילית מסוג מחדל, הרי שמעצם טיבה נעדרת את הגילויים החיצוניים הבולטים הכרוכים בהתנהגות אקטיבית, כפי שנקבע בפס"ד גרינוולד⁹⁶:

"כלל זה... חשיבותו מתמעטת בשעה שהמדובר בהתנהגות מהסוג של מחדל, להבדיל ממעשה פוזיטיבי... על סמך חוסר פעולה בלבד קשה, אם לא בלתי אפשרי, לעמוד על מצבו הנפשי של האדם שנמנע מלפעול, אלא אם כן קיימות מסיבות נוספות שיש בהן כדי לגלותו; ... אחת הסיבות העשויות לזרוק אור על המניעים אשר בהשפעתם נמנע אדם פלוני מלפעול, לשם מניעת התוצאה המזיקה שבאה בעקבות אפס המעשה שלו, היא החובה, שהייתה מוטלת עליו, לפעול בכיוון זה... היוצא מזה, כי בבואנו לתהות על המצב הנפשי שליווה את ההתנהגות הפסיבית, שבעקבותיה התהוותה תוצאה מזיקה איזו שהיא, הכרחי שנבחון מקודם אם רבצה על בעל ההתנהגות הזאת חובה לפעול, ואם כן מה טיבה המדוייק של חובה זו. בעניין זה ראויים שוב לתשומת הלב דברי קירשהיימר (שם), כי –

"In order to find the defendant guilty, his 'guilty mind' must be established in relation to the specific duty which he failed to perform".

יצויין כי אין התייחסות בהחלטות שתי הערכאות דלמטה לשאלת מקור החובה לפעול שהיא השאלה המהותית בה עסק רע"פ ויצמן כאשר מתבקשת החלת אחריות פלילית בגין סיוע לעבירה על דרך המחדל.

⁹⁶ ע"פ 232/55 ה"עמ"ש נ' גרינוולד, פ"ד יב (3) 2017, 2076-2078.

ואילו השופט חשין ברע"פ ויצמן נדרש לסוגיה ומצא כאמור לעיל לשאוב את החובה לעשיה אשר המנעות הימנה תביא להרשעה בסיוע על דרך המחדל, על פי האסכולות והמבחנים שלעיל.

מעניינת לעניין זה העובדה כי אותו שופט חשין פסק במקום אחר⁹⁷ לעניין החובות המוטלות על היחיד במשפט, הן כלפי רשויות השלטון, הן כלפי חברה ואדם וקובע כי היחיד רשאי וזכאי לעשות כל דבר אלא אם כן הוטלה עליו חובה שבדין לעשות חובה זו תקום רק כאשר יקבע החוק מפורשות:

"היחיד נולד בן חורין במשפט, בן חורין במשפט כל ימי-חיו, והכל עד אם ייקבע כי חייב הוא בחובה כלשהי. המונע עצמו ממעשים אסורים והמקיים מצוות עשה שהוטלו עליו במפורש, יצא ידי חובתו במשפט. אין הוא חב דבר, לא לאדם ולא לשלטון. הוא אינו חסיד, הוא אינו צדיק. הוא עושה את שנדרש ממנו. הוא אזרח מן השורה. זו לטעמי, תחנת המוצא הדמוקרטית-הליברלית, וכשאני לעצמי סבורני כי ראוי לנו לאמצה ולטפחה. מעשי-התנדבות, אלטרואיזם, ועזרה 'למך ולזקן', חברה בריאה וראויה לא תקום בלעדיהם, ואולם אלה בעיקרם חיים הם מחוץ למסגרת המשפט"

לדעתנו, ניתן לבקר את התפיסה שהנחתה את בתי המשפט על ערכאותיהם השונות בפרשת ויצמן באשר אימוץ הקונסטרוקציה שאיתרה ואולי אף יצרה יש מאין, מקור חובה שהופנה כלפי הנוסעים ברכב כאשר לא היתה מחלוקת כי התנהגותם התבטאה אך במחדל ובשתיקה, מהווה פגיעה בוטה בעקרון החוקיות שעוגן בתיקון 39 לחוק העונשין, ושפירושו הוא כי ניתן להטיל אחריות פלילית בשל התנהגות רק במקום בו ההתנהגות נאסרה קודם על ידי המחוקק, ומטשטשת את הגבולות שבין מוסר ומשפט.

"אחריות מוסרית" ו"אחריות פלילית" שונות תכלית השינוי זו מזו שכן: המשפט, כמערכת נורמטיבית בעלת כפייה חיצונית, עומד לכאורה בניגוד למוסר כמערכת נורמטיבית שהציות לה חייב לבוא מתוך הכרת חובה פנימית (שהרי אין המוסר נכפה ע"י כפייה חיצונית).

⁹⁷ בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר - אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב (1) 289, 383-384.

למרות השאיפה לעיתים לחפוף תחומי מוסר ומשפט, ולאכוף את הנורמה המוסרית הרצויה בעזרת הנורמה החוקית, הרי שעל התפיסה הליברלית לאסור חפיפה זו על מנת שלא לפלוש לתחומי חירויות האדם.

המשפט אינו מטיל ואינו יכול להטיל חובה כללית ורחבה של **“ואהבת לרעך כמוך”**, על התפיסה הליברלית להתריע מפני סילוף לשון החוק המפורשת ומפני הרחבת הנורמה החוקית בכדי שתתאים את עצמה לאידיאל המוסרי: **מצפון דואב אינו מוביל בהכרח לאחריות פלילית.**

יישום הביקורת על האסכולות השונות בהלכה שנקבעה ברע"פ ויצמן:

נוכח הביקורת על האסכולות הני"ל, החליט השופט חשין למצוא את מקור החובה ממקור אחר:

"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"⁹⁸

ובהמשך:

"כן נוסף ונבחן את הסיוע-על-דרך-מחדל במשקפי העבירה העיקרית, שלדעתנו ככל שהעבירה העיקרית חמורה יותר ופוגעת יותר בעומקם של סידורי החברה, כך תִּעָצֵם ותלך נכונותנו להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך של מחדל"⁹⁹.

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" וכלשונו:

"נניח עתה לרגע, כי המועמד-להיותו-מסייע מודה בפה מלא כי חדל כאשר חדל...כדי לחזק את ידי העברין הראשי בביצוע העבירה, כדי למנוע את תפיסת המבצע או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם ביצוע העבירה...מקום שהיסוד הנפשי אינו שנוי במחלוקת; והימנעותו של המועמד-להיותו-מסייע ניחנה בתכונה של מסוגלות לעזור לעברין 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 בן-עונשין – עשויה להילמד מתוך

⁹⁸ רע"פ ויצמן, 221.

⁹⁹ שם, 226.

קומפלקס העבירה גופה. לא תמיד, אמנם; לא בכל מקרה; ואולם במקרים המתאימים נוכל

ללמוד כן”¹⁰⁰.

הינה כי כן, מביאה גישת השופט חשין ברע”פ ויצמן להשגת הרשעה בלי פריצת הגבולות הבעייתיים של מקור החובה.

המבחנים שנקבעו הלכת רע"פ ויצמן בראי הפסיקה הישראלית:

בדומה לדוגמא בעניין הרופא ביש המזל, שהובאה במבוא למאמר זו, בפס"ד אחמד¹⁰¹ נדון עניינו של המערער שנהג במשאלתו כאשר השתחררו שני אופנים שהיו מורכבים על סרן אחורי בצדה הקדמי. אחד מן האופנים עבר בתנופה את מעקה ההפרדה, חדר מבעד לשמשת רכב שעבר שם, פגע בנהג והמיתו. שלושה ימים לפני התאונה החליף המערער את הצמיגים בשני האופנים שהשתחררו במוסך לתיקון תקרים. אחרי שהוחלפו הצמיגים אמר בעל המוסך למערער שעליו לחזור ולהדק את הברגים אחרי נסיעתו הראשונה. המערער לא עשה זאת. בית-המשפט המחוזי הרשיע אותו, בין היתר, בעבירות של גרימת מוות ברשלנות וגרימת מוות בנהיגה רשלנית וזאת בגין מחדלו הנ"ל.

בערעור שהוגש לבית המשפט העליון קבע השופט טירקל כי רשלנות היא חלק מן היסוד העובדתי והנפשי של העבירה. כאשר מיוחסת לנאשם עבירה של גרימת מוות ברשלנות, הרי שמדובר במצב בו אין טענה שהנאשם התכוון, או אף צפה, כי תוצאת מעשיו או מחדליו תהיה קטלנית, לפיכך יש לבדוק מה מקורה של החובה שיוחסה לנאשם ואם די במקור זה כדי להקים את החובה.

השופט טירקל קובע כי: **"תנאי להיווצרות עבירה של מחדל הוא שהמחדל יתבטא בהפרת חובה מפורשת לפעול בין שחובה זאת מקורה בדין ובין שמקורה בחוזה"** תוך ציטוט רע"פ ויצמן, ופרופ' פלר¹⁰² אך לכאורה לא היה לו צורך בנסיבות פס"ד אחמד להזקק למחלוקת בין האסכולות השונות ולהכרעה שקיבל השופט חשין, נוכח קביעתו כי המקור הנורמטיבי לחובת הידוק חוזר לברגי האופנים מצוי בתקנות 306 ו-321(ב) לתקנות התעבורה, תשכ"א – 1961

(מקור המספק את כל האסכולות, לרבות הראשונה הדורשת מקור חובה בחיקוק מפורש), ואולם השופט טירקל מוסיף כי ניתן להזקק למקורות "חיצוניים" להסקת קיום חובת עשה, וזאת גם אם קיים מקור שבחיקוק, ויתכן שבכך הוא פוסע אף צעד מעבר לגישת פרופ' פלר :

¹⁰¹ ע"פ 01/6811 אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז (1) 26.

¹⁰² שם, 33.

“מקורה של החובה לבצע הידוק חוזר של הברגים יכול שיהיה בחיקוק - לאמור בפקודת התעבורה או בתקנות - יכול שיהיה בהוראות היצרן של כלי הרכב, ויש מקום לסברה שאולי בהוראה או בהנחיה של מומחה לדבר, ואולי אף בנוהג כללי המקובל על הנהגים שניתן לומר עליו שהפרתו מקימה סיכון שאדם מן היישוב לא היה מקים אותו. אם אין מקור שהחובה נובעת ממנו, אין מקום לקבוע כי הנאשם הפר את החובה בכך שנמנע מביצוע הידוק חוזר של הברגים”¹⁰³ (ההדגשות שלי – ש.פ.)

השופט לוי הסכים עם דעתו של השופט טירקל.

ואילו השופטת נאור פסקה בדעת מיעוט כי הקביעה שהמערער לא התרשל בכך שלא הידק את האומים פעם נוספת אין בה כדי לייתר את הדיון בשאלה אם היה אדם מן היישוב יכול לצפות את ההתרחשות ואת התוצאות של התאונה. אילו היה הממצא שלפיו אדם סביר היה יכול והיה חייב להרגיש רעידות כשהאומים מתרופפים ממצא בטוח, המסקנה המתבקשת הייתה שהמערער היה חייב לעצור את רכבו ולברר מה פשר הרעידות. אם לא היה מגיע בעצמו למסקנה שהאומים התרופפו ויש להדקם, היה חייב להשבית את רכבו ולקרוא לאיש מקצוע שיקבע אם ניתן לתקן את הטעון תיקון במקום או שיש לגרור את הרכב. לדעתה, במקרה דנן לא היה ניתן לקבוע ברמת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי כי אכן היו רעידות של המשאית שהמערער היה חייב להרגיש בהן. מנגד, לא נזקקה השופטת נאור למקורות להסקת קיום חובת מחדל.

המחדל וסעיף 350 לחוק העונשין:

סוגיה נוספת הקשורה לעבירת המחדל אנו למדים ממאמרו של ד"ר למברג¹⁰⁴ העוסק בניצול מיני בחולי נפש מאושפזים ועל ההשלכות המשפטיות של מעשה כזה בחולה נפש. אחת הנקודות המעניינות שאותן מעלה ד"ר למברג היא אחריותו בפלילים של אדם ה"גורם" לעשיית המעשה המיני, לעניינו קובע סעיף 350 לחוק העונשין הקובע:

גרם מעשה: "לענין עבירה לפי סימן זה (סימן ה': עבירות מין בפרק י': פגיעות בגוף – ש.פ.),

אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה יעשה."

מתי נוכל לומר שפלוגי שהינו אחראי על החולה (למשל: איש צוות) "גרם" לביצוע עבירת מין בחולה מסויים?

הסעיף עצמו אינו אומר לנו זאת, הדבר נקבע על פי עקרונות כלליים שהתפתחו בהקשר לעבירות שאחד מהיסודות שלהן הוא "גרימת" תוצאה אסורה מסוימת¹⁰⁵ מבין סוגי המקרים שאותם מפרט ד"ר למברג במאמרו, משתייך המקרה הרביעי לסעיף 350 לחוק העונשין, במקרה זה מדובר על אותו אדם שאמור להשגיח ולהגן על הקרבן-החולה המאושפז, מסכנה צפויה של אינוס, והאינוס התרחש כתוצאה מהפרת החובה הזאת, אותו אדם (האמור להגן) ייחשב למי שגרם לאינוס¹⁰⁶.

השילוב של הוראות סעיף 350 יחד עם הכלל הספציפי בסעיף 322 לחוק העונשין – (המדבר על החובה להגן על חסר הישע מפני אירועים הצופנים סכנה פיזית ונפשית לחסר הישע, שרק האחראי ידע ויכול להתגונן מפניהם) וביחד עם הכלל הרחב האומר שאדם נחשב כ"גורם" התוצאה אם מוטלת עליו החובה למנוע את בואה והוא מפר את חובתו (ע"י מחדל בדמות אי מניעה). דהיינו: אם נעברה עבירת מין בגופו של חולה נפש, ניתן להעמיד לדין את האחראי על החולה, שהפר את חובתו להגן על החולה מפני מעשים אלה, כאילו הוא בעצמו ביצע את המעשה בחולה וגרם לפגיעתו¹⁰⁷.

¹⁰⁴ מרדכי למברג: ניצול מיני בחולי נפש מאושפזים, אסיה ס"א-ס"ב (כרך ט"ז, א-ב) חשון תשנ"ח.

¹⁰⁵ שם, 143.

¹⁰⁶ שם, 145.

¹⁰⁷ שם, 155.

ואכן, הפסיקה מצאה לנכון במקומות בהן נזקקה לסוגיה לקבוע כי ניתן להשתמש בסעיף 350 לחוק העונשין בכדי להטיל אחריות פלילית לעבירות מין גם על מי שהיה "פסיבי" אך גרם במחדלו לביצוע העבירה¹⁰⁸.

גם במצבים אחרים של "פסיביות" מצאה הפסיקה לנכון להרשיע נאשמים בעבירות מין בהם, הגם שלא היו המבצעים, הרי שהיו בגדר מי שנמנעו מעשיית מעשה עד כדי "אינוס בידי אחר". כך למשל בעניין אליאגויב¹⁰⁹ הרשיעה דעת הרוב בבית המשפט המחוזי את הנאשם 1 באונס המתלוננת שביצע בפועל הנאשם 2 הואיל ומצא כי משהנאשם 1 הביא את המתלוננת אל חברו, הוא הנאשם 2, אותו לא הכירה עובר לכך, משלא מנע מנאשם 2 לבעול אותה כשלא יהיה בדירה, חרף ידיעתו שאינה מעוניינת בכך, חרף בכייה וחרף הבטחתו לה, שלא תצטרך לעשות דבר שלא תהיה מעוניינת בו, משנעל את הדירה ובכך לא איפשר למתלוננת לברוח מהנאשם 2, ומשבסופו של דבר נבעלה המתלוננת שלא בהסכמתה החופשית על ידי הנאשם 2 הורשע הנאשם מס' 1, בעבירה של אינוס על ידי אחר, לפי סעיף 345(א)(1) בצרוף סעיף 350 לחוק העונשין.

¹⁰⁸ ראה לדוגמא: ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2006 (2), 1158, 1165 (4/5/2006)

אחריות פלילית בגין מחדל – משפט משווה:

המשפט האנגלי:

באופן כללי ניתן לומר כי על פי המשפט האנגלי לא די בנוכחות פאסיבית בשתיקה כדי שיתגבש סיוע ע"י מחדל, אלא רק במקרים בהם יש לחדל זיקה מיוחדת שיוצרת חובה לפעול. בפרשת ¹¹⁰Miller זו המערער פלש לביתו של אחר ונרדם על מזרון בטרם כיבה סיגריה בוערת שעישן, המזרון עלה באש ומילר, אשר החין מתוך שינה כי המזרון מעלה עשן קם ועבר לישון בחדר אחר, תוך שהבית כולו עולה באש.

במצב נסיבות אלה לא ניתן היה לייחס למילר את עבירת ההצתה כיוון שלא היתה מחלוקת כי הוא נרדם וכי לא התכוון לתוצאה האסורה ואולם בית המשפט ייחס למילר "חובת עשייה"

שכן, כאשר הוא קם והתברר לו כי המזרון כבר עולה באש – היתה עליו חובה למנוע את המשך התפשטות השריפה.

בית הלורדים פסק כי כאשר תוצאה מזיקה נגרמת ע"י טעותו של אדם, שלאחר מכן לא תוקנה על-ידו, הרי שבמקרים מסוימים יש להתייחס אל המחדל כאל מעשה פלילי. ניתן לראות זאת כמעשה אחד המחולק על-פני זמן: גרימת התוצאה ולאחר מכן אי-מניעתה, מצב ההופך את המחדל אשר באי המניעה לשווה ערך למעשה פלילי אקטיבי.

בפסיקתו נסמך בית הלורדים על פסק דינו בעניין ¹¹¹FAGAN, בו נקבע כי יש לראות בצירוף

בין מעשה אקטיבי למחדל "מכוון" משום מעשה פלילי כאילו היה מלווה בכוונה, בבחינת "יצירת הכוונה תוך כדי המעשה הנמשך", ע"י כך שתחילה קבע כי המעשה, שהתבטא בדריכה מקרית עם גלגל הרכב על רגלו של שוטר, והמחדל שלאחריו, שהתבטא באי-הזזת הרכב בידיעת המצב, היוו יחדיו פעילות נמשכת. בעקבות קביעה זו הגיע בית המשפט למסקנה כי הפעילות:

¹⁰⁹ תפ"ח (מחוזי - באר-שבע) 984/04 מדינת ישראל נ' אליאגוייב, תק-מח 2005 (2), 4918, 4942 (2/6/2005).

¹¹⁰ R. v Miller [1982] 2 All.e.r 386

¹¹¹ FAGAN V. COMMISSIONER OF METROPOLITAN POLICE [1969] 1 Q.B. 439

"BECAME CRIMINAL FROM THE MOMENT THE INTENTION WAS FORMED TO PRODUCE THE APPREHENSION WHICH WAS FLOWING FROM THE CONTINUING.ACT"

פרופ' גלנוויל ויליאמס הגיב על פסק-הדין הנ"ל "בשולי הפסיקה"¹¹² באומרו, בין היתר:

"TO FORMULATE THE RULE MORE PRECISELY: WHERE THE ACTUS REUS INCLUDES AN ACT CAUSING AN EVENT, AND A PERSON DOES THE ACT WITHOUT THE MENTAL ELEMENT SPECIFIED FOR THE OFFENCE, BUT COMES TO KNOW THAT IT HAS CAUSED OR MAY CAUSE THE EVENT AND THAT HE MAY BE ABLE TO PREVENT THE OCCURRENCE OR LIMIT THE CONTINUATION OF THE EVENT, AND HE CAN IN FACT PREVENT THE OCCURRENCE OR LIMIT THE CONTINUATION OF THE EVENT, IT IS HIS DUTY TO TAKE REASONABLE STEPS IN THAT REGARD, AND IF HE FAILS TO TAKE SUCH STEPS THEN IF AFTER ACQUIRING SUCH KNOWLEDGE HE KNEW THAT THE EVENT OR ITS CONTINUATION WAS PRACTICALLY CERTAIN UNLESS ACTION WERE TAKEN HE IS DEEMED TO HAVE ACTED INTENTIONALLY IN CAUSING IT AND (B) IF AFTER ACQUIRING SUCH KNOWLEDGE HE WAS RECKLESS AS TO THE CONTINUATION OF THE EVENT, HE IS DEEMED TO HAVE ACTED RECKLESSLY IN CAUSING IT"

אשר על כן, נפסק בעניין **MILLER** כי יש לראות בצירוף בין טעות התמימה שגרמה לדליקה

לבין הימנעות מלכבותה, משנסתברו למערער הסיכונים שנוצרו (יצירת מצב מסוכן ומחדל לנטרלו) בגדר מעשה פלילי אחד המהווה משום רשלנות הואיל סעיף החוק האנגלי הרלוונטי מגדיר רשלנות כאשם מספק לצורך העבירה, ולכן יש כאן אחריות פלילית.

באופן דומה ד"ר יצחק קוגלר מסביר במאמרו¹¹³, הדוקטרינה של יצירת מצב מסוכן אשר פותחה במשפט האנגלי כמקור לחובת הצלה, נועדה מלכתחילה לענות על הקושי הכרוך

GLANVILLE WILLIAMS, "CRIMINAL ASSAULT - PARKING ON A COPPER'S" 21¹¹²
.CAMBRIDGE L.J. (1969) P. 17

בהרשעה באותם מקרים שבהם לא ניתן להרשיע במעשה הפוזיטיבי, שכן החובה של יוצר מצב מסוכן שנוצרה בדרך "פסיקתית" דנה במצב שבו עשה הנאשם מעשה שיצר סיכון של פגיעה באינטרס מוגן (כגון בחייו או בגופו או ברכושו של אחר), אך אי-אפשר להרשיעו, בגין המעשה, בעבירה בה דנים, מסיבות שונות (כגון מחמת שלא התקיים אצלו, בעת המעשה, היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה שבה דנים, או מחמת שהמעשה נעשה בהיעדר שליטה). בשלב מאוחר יותר נודע לנאשם מה שאירע, ובשלב זה הוא יכול היה לפעול ולמנוע את התרחשות הנזק. במקרה כזה חלה עליו החובה למנוע את התרחשות הנזק, ואם הוא לא פעל לשם כך, ניתן להרשיעו בעבירת הגרימה הנדונה.

מסיבה זו, מציין קוגלר באותו מאמר¹¹⁴ כי כאשר מדובר במקרה שבו ניתן להרשיע את הנאשם בשל מעשהו האקטיבי, אזי אין צורך כלל להיזקק למחדל, וממילא אין צורך להשתמש במקור החובה של יוצר מצב מסוכן. הצורך להשתמש בדוקטרינה זו נוצר כאשר דנים בהרשעה בעבירת גרימה כלשהי, כאשר אי-אפשר להרשיע את הנאשם בעבירת הגרימה הנידונה בשל המעשה האקטיבי, ולכן נאלצים לפנות למחדל לשם הרשעה¹¹⁵ עקרון זה לפיו אין צורך לבסס את ההרשעה במחדל על "יצירת המצב מסוכן" מקום בו ניתן לכאורה להרשיע בגין עשיית המעשה המסוכן נתקבל עקרונית ע"י השופט עדיאל בהסכמת יתר חבריו למותב בפס"ד פוריאדין¹¹⁶, הגם שהיה בבחינת אוביטר הואיל והשופט עדיאל סבר כי אין לו צורך להזקק למחדל בנסיבות פסק הדין הנ"ל.

בהקשר זה יצויין כי השופט קדמי בפסק דינו בעניין פרידמן¹¹⁷, התייחס לשאלת האפשרות לבסס הרשעתו של המערער, שהורשע בהריגה ב'מעשה' (דקירת אשתו), גם על הימחדל, של אי הבטחת טיפול רפואי נאות לאשתו הפצועה וקבע בעמ' 275 לפסק הדין:

¹¹³ קוגלר, 242.

¹¹⁴ שם, ה"ש 164.

¹¹⁵ **ראה לעניין זה גם:** קרמניצר ושגב, 206; יי לוי א' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 169; ד' סטטמן "לא תעמוד על דם רעך" - מחובת הזהירות לחובת הישומרוני הטוב", מחקרי משפט טו(1) (תשנ"ט) 89, 96-97.

¹¹⁶ ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל, [פדאור (לא פורסם) 06 (2) 257 (2006)].

¹¹⁷ ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (1) 265.

“ההכרעה בעניינינו של המערער אינה מצריכה בירורן של השאלות האמורות. בית המשפט המחוזי קבע, כפי שרשאי היה לקבוע, על פי חומר הראיות שבא בפניו כי המערער נושא באחריות לגרם מותה של המנוחה ב'מעשה', קרי - בדקירת הסכין וכי אין ה'מעשה' האמור חוסה בצלה של 'הגנה עצמית'. קביעות אלו מותירות את שאלת אחריותו של המערער מכוחו של 'מחדל' כאמור, כשלעצמו, מחוץ למסגרת הדיון שלפנינו; שהרי במצב שבו לא חוסה 'מעשה' הדקירה בהגנה כלשהי, די בו כשלעצמו כדי לבסס את אחריותו של המערער לגרם מותה של המנוחה”

אליבא דשופט קדמי יש מקום להיזקק להרשעה ב'מחדל', רק אם לא ניתן היה להרשיע את המערער בהריגה ב'מעשה':

“אילו נקבע ש'מעשה' הדקירה חוסה בצילה של 'הגנה עצמית', היה עדיין מקום לבחינת אחריותו של המערער למותה של אשתו בשל ה'מחדל' שבאי-הבטחת טיפול רפואי נאות במועד (ואין נפקא מינה לכך, שהחובה העומדת בבסיס המחדל נעוצה בסיכון שנוצר על ידי המערער ואשר לגביו יש לו 'הגנה')”¹¹⁸

בפס"ד SMITH V. BAKER¹¹⁹ הואשם נוסע ברכב בעבירת סיוע לנהיגה ללא ביטוח ברכב גנוב. התנהגותו של הנוסע הייתה בעלת צביון פעיל לאין שיעור מנסיבות פרשת ויצמן - הנוסע היה מודע כי הנהג נסע ללא ביטוח, ידע כי הרכב גנוב, הדריך את הנהג באשר למסלול הנסיעה, וכאשר הבחינו יושבי הרכב בניידת משטרה, נמלט הנאשם ביחד עם חבריו מהמקום. בית המשפט האנגלי מזכה את הנאשם בקובעו כי:

***“THERE WAS NOTHING BEFORE THE JUSTICES EXCEPT TO SHOW THET
THE DEFENDANT CONTINUED TO SIT IN A CAR. UNTIL THE JOURNY WAS
COMPLETED”***

¹¹⁸ יצוין כי השופט קדמי נותר בפסק דין זה בדעת מיעוט. אולם, המחלוקות בין שופטי ההרכב לא נפלה בסוגיה שלפנינו, ושופטי הרוב (השופטים ט' שטרסברג-כהן וגי' בך) לא התייחסו בפסק דינם לסוגיית ההרשעה במחדל.

¹¹⁹ SMITH V. BAKER [1971] R.T.R. 350 Q.B .

בית המשפט באנגליה כי אין די בהיותו של אדם משום נוסע פסיבי ברכב פוגעני בכדי לבסס הרשעה בגין סיוע ע"י מחדל, שכן אין רואים נוסע כמסייע לנהיגה רשלנית אך מטעם זה בלבד שלא הביע מחאה על דרך הנהיגה.

מנגד, ובדומה לאסכול ה"זיקה המיוחדת" הכיר המשפט האנגלי בחובות הנגזרות משליטה של נוסע ברכב נוסע או בנהגו או מבעלות עליהם, גם אם התנהגות אותו נוסע התאפיינה במחדל.

כך, למשל, עוד בתחילת המאה שעברה הורשע נוסע שהיה בעלים של רכב בסיוע על דרך המחדל, לעבירה שעבר הנהג בנהיגה מהירה שסיכנה את הציבור¹²⁰.

באופן דומה הורשע בעל בית מרזח בסיוע על דרך המחדל לשתיית משקה אלכוהולי בשעות בהן נאסרה צריכת אלכוהול וזאת בנימוק שבעל בית המרזח הוא ששלט במקום עסקו ונוכח והתנהגותו המחדלית התבטאה בשתיקה שעה שנעברה העבירה¹²¹.

כן הוטלה אחריות על נוסע בשל היותו נהג מנוסה שנמנע שלא כדין מלהשגיח על נהיגתו של נהג מתלמד שלא הותר לנהוג ללא השגחה¹²².

סקירת המקרים דלעיל מובילה למסקנה כי גישת המשפט האנגלי עולה בקנה אחד עם אסכולת ה"זיקה הספציפית" שנסקרה לעיל.

¹²⁰ DU CROS V. LAMBOURNE [1907] 1 K.B. 40
¹²¹ TUCK V. ROBSON [1970] 1 ALL E.R. 1171 (Q.B)

משפט אמריקאי:

בניגוד לגישת כל הערכאות שדנו בפרשת ויצמן במשפט האמריקאי, בו הוכרה במקרים מסוימים האפשרות להרשיע בגין סיוע, לעבירת ההפקרה ואי הדיווח לאחר תאונה, נראה כי הגישה הרווחת סולדת מהטלת אחריות על נוסע בגין סיוע במחדל. יתרה מכך. נקבע כי נוכחות נוסע ברכב הפוגע שנהגו הפקיר נפגע תאונת דרכים לגורלו ברכב אינה מספיקה, ואולם נקבע כי:

"IT IS ALTOGETHER POSSIBLE THAT A PASSANGER BY HIS AFFIRMATIVE ACT AID AND ASIST A DRIVER."¹²³

כלומר הדרישה היא ל-AFFIRMATIVE ACT ולא להתנהגות פסיבית.

יתירה מכך, במקרים בהם הורשעו נוסעים בסיוע לנהג, הנזכרים בפס"ד הנ"ל המדובר היה בהתנהגות חיובית של עידוד שהיתה גלויה וברורה כגון: נטילת ההגה במקום הנהג ובריחה ממקום התאונה¹²⁴

פרשה דומה באופן מצמרר לנסיבות פס"ד לורנס נדונה בפסק דין של בית המשפט לערעורים פליליים ממדינת אלאבמה משנת 1985¹²⁵: המנוח, נער כבן 15, והמערער מבוגר שהיה בקשר רומנטי עם אימו של הנער, שיחקו ב"רולטה רוסית". המבוגר הסביר לנער כיצד לשחק, וכיצד לתפעל את האקדח. לא היה ברור מהעדויות באם במהלך המשחק האקדח היה טעון אם לאו, ואולם לאחר שסיימו לשחק הניח המערער את האקדח במקומו ומאוחר יותר שלא בנכחות המערער, הנער לקח את האקדח וירה בעצמו. במקרה הספציפי זוכה המערער מהאשמה שיוחסה לו בגרימת מותו של נער, ונפסק כי נותק הקשר הסיבתי, יחד עם זאת, נאמר שם בעמ' 771:

¹²² RUBIE V. FAULKNER [1940] 1 ALL E.R. 285 (K.B)
¹²³ ESPINOZA V. STATE, 183 SO .2D. 560

¹²⁴ וראה: State v. Derosia, 50 A. 2d 231 N.H. (1946); People v. Graves, 240 P. 1019 (Cal. Ct. App. 1925);
¹²⁵ LEWIS V. STATE (1985) 474 SO 2D 766

“IF THE VICTIM HAD SHOT HIMSELF WHILE HE AND THE APPELLANT WERE PLAYING RUSSIAN ROULETTE, OR IF THE APPELLANT WAS PRESENT WHEN THE VICTIM WAS PLAYING THE GAME BY HIMSELF, THE APPELLANT’S CONDUCT OF INFLUENCING THE VICTIM TO PLAY WOULD HAVE BEEN THE CAUSE-IN-FACT AND THE PROXIMATE CAUSE OF THE VICTIM’S DEATH. HOWEVER, THE KEY IS APPELLANT’S PRESENCE AT THE TIME THE VICTIM SHOT HIMSELF. HOWEVER, THE EVIDENCE... INDICATES THE APPELLANT WAS NOT PRESENT WHEN THE VICTIM SHOT HIMSELF. IT ALSO SEEMS CLEAR THAT THE APPELLANT WOULD BE RESPONSIBLE FOR THE VICTIM’S DEATH IF HE HAD LEFT THE ROOM WHILE THE VICTIM WAS STILL PLAYING THE GAME BECAUSE HE SHOULD HAVE PERCEIVED THE RESULT. BUT, THE EVIDENCE REVEALS THAT THE APPELLANT HAD PUT THE GUN AWAY AFTER FINISHED PLAYING THE ‘GAME.’”

מכאן שבית המשפט שם דגש על שני אלמנטים :

(א) עצם הנוכחות של המשתתף בסיטואציה בה הקורבן יורה בעצמו.

(ב) גם אם לא נוכח, אך עזב את מקום המשחק שעה שתהליך המשחק נמשך והוא יודע שבידי הקורבן אקדח טעון, אזי כאמור, אפילו לא נוכח באותה עת ימצא אשם, משום שיכול הוא לצפות שהקורבן ירה בעצמו.

מכאן שאליבא דבית משפט של מדינת אלבאמה ניתן לאמר שאדם שאינו רק נוכח, אלא גם משתף פעולה בצורה אקטיבית עם אחר במשחק רולטה רוסית יש לו יכולת וחובה לצפות את מעשה שותפו למשחק, ומשלא עשה כן : יחשב כאחראי בפלילים בגין מחדלו זה.

בפסק דין של בית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס משנת 1963¹²⁶ הוא נזקק לעניין דומה בו המנוח, אחיו והנאשמים ישבו ערב אחד בחדרו של המנוח ושתו יין. בשלב מסוים השיחה

COMMONWEALTH V. ATENCIO 189 N.E. 2D 223¹²⁶

נסבה על ענין רולטה רוסית. בתחילה הנאשם האחד בחן את האקדח, בדק שיש רק כדור אחד, סובב את התוף, כיוון לראשו ולחץ על ההדק. לא קרה דבר. אחר כך העביר את האקדח לנאשם השני שחזר על אותה התנהגות, שוב - דבר לא קרה. הנאשם השני העביר את האקדח למנוח אשר חיקה את אותה התנהגות, ירה בעצמו ומת. הם הורשעו בבית משפט בדרגה הראשונה בהריגה וערערו לבית המשפט העליון. ערעורם נדחה. טענתם היתה שמדובר היה בשלושה משחקים נפרדים, בהם כל אחד שיחק עם עצמו ושהעובדה שהם השתתפו במשחק לא היא הגורם למות המנוח. עונה לטענה זו בית המשפט בעמ' 225 לפסק הדין:

"IN THE ABSTRACT, THERE MAY HAVE BEEN NO DUTY ON THE DEFENDANTS TO PREVENT THE DECEASED FROM PLAYING. BUT THERE WAS A DUTY ON THEIR PART NOT TO COOPERATE OR JOIN WITH HIM IN THE GAME...THE DEFENDANTS WERE MUCH MORE THAN MERELY PRESENT AT A CRIME. IT WOULD NOT BE NECESSARY THAT THE DEFENDANTS FORCE THE DECEASED TO PLAY OR SUGGEST THAT HE PLAY."

בית המשפט קובע כי הגם שלא היתה חובה על הנאשמים למנוע מהמנוח לשחק עם עצמו "חובת עשה", הרי שהיתה עליהם חובה שלא לשתף עימו פעולה, כלומר: היתה מוטלת עליהם "חובת לא תעשה" ומשעשו כך – הם אחראים לתוצאות העגומות.

ואולם, בית המשפט מאבחן בין המקרה הנדון ובין שני פסקי דין קודמים אשר הופנה אליהם שאף בהם נדונה סיטואציה של משחק מסוכן. במקרים אלה דובר בתחרות נהיגה פרועה בין מכוניות במהלכה נהרג אחד המשתתפים ואילו המשתתף שלא נפגע הואשם בגרימת מותו. בשני המקרים זוכה הנהג המשתתף מהאשמה שיוחסה לו.

בפסק דין בעניין ¹²⁷ROOT, המתחרה שנהרג נהג בצד הנגדי של הכביש והתנגש במשאית שהגיחה ממולו. בית המשפט שם פסק בדעת רוב:

"THE TORT LIABILITY CONCEPT OF PROXIMATE CAUSE HAS NO PROPER PLACE IN PROSECUTIONS FOR CRIMINAL HOMICIDE AND MORE DIRECT CAUSAL CONNECTION IS REQUIRED FOR CONVICTION."

במקרה האחר בעניין THACKER¹²⁸ המנוח נהרג כתוצאה מכך שהוא איבד שליטה במהלך התחרות בין הרכבים, סטה ממסלול הנסיעה ו"נזרק" מהכביש. בית המשפט פסק במקרה THACKER שאין לנאשם חלק או תרומה כלשהיא למצב ההתהפכות של חברו.

בהתייחסו לשני מקרים אלה אומר בית המשפט שדן בעניין ANTENCIO בעמ' 225 (בתרגום חופשי):

"ללא קשר למה חושבים על שתי החלטות אלה, ישנו הבדל מהותי בין מירוץ מכוניות לבין רולטה רוסית. במירוץ מכוניות - הרבה תלוי בכישורים ובמיומנות של המתחרה. ברולטה רוסית - מדובר בענין של מזל לגבי מיקומו של הכדור הבודד ... והתוצאה היא ודאית אם הכדור הבודד נמצא מול הנוקר".

ולכן בית המשפט מאשר את ההרשעה בהריגה.

משפט צרפתי :

בחוק הפלילי הצרפתי הוקדש סעיף מיוחד¹²⁹ להימנעות מהצלת אדם הנתון בסכנה, החוק מתייחס לשלושה סוגי מחדלים :

מחדל מנקיטת פעולה מיידיית, למניעת פשע או עבירה נגד גוף האדם, כשהפעולה נשוא המחדל אינו כרוך בסכנה למי שפועל ו/או לצד שלישי.

מחדל מכוון מהצלת אדם הנתון בסכנה גופנית, כאשר בידי הנאשם הייתה היכולת להציל אותו גם ללא סיכון למציל ו/או לצד שלישי, וזאת על ידי פעולה עצמית, או באמצעות הזעקת עזרה.

מחדל מכוון ממסירת עדות בבימ"ש או במשטרה, מצידו של אדם אשר בידו הוכחה לחפותו מפשע של נאשם העומד לדין.

בכל שלושת המקרים המנויים לעיל נקבע בחוק עונש זהה, של מאסר לתקופה החל משלושה חדשים ועד חמש שנים ו/או קנס.

בתי המשפט¹³⁰ עסקו בעיקר בפירוש שלושה יסודות בחוק הנ"ל :

היסוד האחד הוא קיום "סיכון לגוף האדם", הדרישה הייתה כי הסכנה תהא ממשית, נוכחית, קבועה ומיידיית, ולא די בחשש לסכנה.

היסוד השני הוא : שאלת הכוונה-גישת בתי המשפט היא כי לא נדרשת "כוונה" שלא להציל, ודי בעצימת עיניים בלבד. מטרת החוק היא להלחם באדישות ובחוסר האחריות.

היסוד השלישי שנדון הוא ה"יכולת להציל" היכולת אינה נבחנת על פי בדיקה מקצועית שלאחר מעשה, אלא בית המשפט יבחן את התנהגותו של המזדמן בשעת הארוע.

השאלה העיקרית אותה בוחנים בתי המשפט בצרפת היא כפולה :

האם למזדמן הייתה כוונה כנה לעזור, והאם עשה את הפעולות הסבירות במצבו הנתון, בהתאם לכישוריו.

¹²⁹ סעיף 62 לחוק הפלילי משנת 1945.

¹³⁰ P.A. Pageaud Actualite Juridique (1973) Vol. 5, at p. 13-25

לסיכום: אף שהחוק הוא עונשי במהותו, מטרתו העיקרית היא לעודד מעשי הצלה, כדוגמת חוק לא תעמוד על דם רעך, שנחקק אצלנו מאוחר יותר.

במאמרו של אליעזר בן שלמה¹³¹ אנו למדים רבות על סוגיית המחדל, שכן מאמר זה נכתב בטרם חוקק החוק של "לא תעמוד על דם רעך", ומשווה את הגישה הצרפתית, כאמור לעיל עם הגישה האנגלו-אמריקאית.

להלן נביא מס' נקודות חשובות לענייננו:

אליבא דבן שלמה, בקרב משפטנים מהאסכולה האנגלו-אמריקאית רווחת גישה עקרונית, לפיה יש להמנע, ככלל, מלחייב אדם לפעול באופן פוזיטיבי, ובפרט בתחום הצלת הנפשות.

את רעיון "אי ההתערבות" נימק המשפטן Hall¹³² במילים הבאות: **"איננו מאמינים עדיין**

בכנות כי כל אחד מאתנו מחוייב מבחינה מוסרית להיות שומר אחיו"

משפטנים נוספים סוברים כי באופן כללי, אין חובה, למשל, להזהיר עוור הפוסע לתהום או אדם הצועד בלא שימת לב לחדר מלא אבק שריפה ובידו נר דולק וכדו'.

תפיסה זו נובעת משני נימוקים:

האחד פרוצדוראלי: הקושי לקבוע את דרגת ההקרבה הנדרשת על מנת לצאת ידי חובה.

לורד Macaulay¹³³ מדגים נימוק זה כך: אם העשיר, המסרב להציל חיי הקבצן במחיר

פרוטות ייקרא רוצח, הייחשב כרוצח אף העני, שרכושו גדול אך מעט יותר מרכושו של הקבצן,

אם יסרב להזמין את הקבצן כדי לחלוק עמו את מנת האורז הדלה בה זכה בעמלו?

הנימוק השני, מקורו במדיניות המשפט להימנע ככל האפשר מלפגוע בחופש הפרט ומלהתערב

בשיקוליו. באיסור לא תעשה נאסר נקיטת קו פעולה מסויים ויחיד, אך מותר לפעול, לעומת

זאת, בעבירת המחדל נאסרת נקיטת כל קווי הפעולה האלטרנטיביים ומתחייב ביצוע

המעשה שהחוק דורשו.

¹³¹ אליעזר בן שלמה: "החובה להציל נפשות", הפרקליט לט (תש"ן-נ"א) 414.

¹³² שם, 415 (ה"ש 4).

¹³³ שם, שם (ה"ש 6).

בן שלמה מציין כי בניגוד לתפיסה האנגלו-אמריקאית, אוסר החוק הפלילי הרוסי משנת 1960, על מחדל מלהגיש עזרה לאדם בסכנת מוות, כאשר עזרה זו הייתה נחוצה מיידית, והייתה

יכולה להינתן בלא סיכון רציני למסייע או לזולתו (סעיף 127) והוראות דומות קיימות בחוק הצרפתי (כאמור לעיל) אך גם בגרמניה, בהולנד, בבלגיה, בהונגריה, בצ'כסלובקיה, בפולין, באיטליה, ובמספר קנטונים של שוויץ¹³⁴.

משפט עברי:

הרב גינצבורג כותב בספרו: משפטים לישראל¹³⁵ כי אדם ש"פשע באפס מעשה", שהתרחש ממילוי חובתו דהיינו: לא הגיש עזרה לנמצא בסכנה או לא נקט אמצעי זהירות לעומת מכשול המהווה סכנה, יש להחמיר יותר בעונשו של זה שעל ידי אי זהירותו, מעשיו גרמו לאבדן חיי אדם.

לדוגמא: אדם שעסק בניקיון רובהו או אקדחו, ולא נזהר להשגיח אם איננו טעון, ולפתע נפלט כדור ממנו והרג את חברו. או למשל אדם הנוסע במכונית במהירות גדולה בלב עיר הומה מבלי להתחשב בתנועת העוברים והשבים הרבים החוצים את הכבישים ברחובות, והרי אם נוסע במהירות כה רבה, יכול הוא על נקלה לפגוע באדם ולדרסו למוות.

דעתו של הרמב"ם¹³⁶ לעניין זה היא: כי כל מי שלא נזהר בדבר שבידו, העלול לסכן חיי אדם וטיפול בו בקלות דעת ובהתרחשו מלחשוב על תוצאות אי זהירותו, קפח חיי אדם, הרי זה **"שווג הקרוב למזיד"**, מכיוון **"שהיה עליו להיזהר ולא נזהר"**

ולדעת הרדב"ז¹³⁷ – גם מי שרץ ברחוב וחרב שלופה בידו ותוך כדי ריצתו, בא חברו לנגדו בקרן זוית, ונתחבה החרב מבלי משים בבטנו ונהרג, - עווננו חמור מאד ו"אין גלות מכפרת לו, ואין ערי מקלט קולטות אותו" ואף שאינו חייב מיתת בית דין הואיל ולא הרג בכוונה, בית הדין חייב להענישו באופן קשה מאד, להכותו מכה רבה ולאסרו במצור ובמצוק שנים רבות.

אם כך הם פני הדברים, אומר הרב גינצבורג, הרי שכעת מובנות לנו הדוגמאות שהזכרנו לעיל, כי יש להחמיר בעונשו של הנהג הנוסע במהירות מופרזת בעיר הומה אדם, ובאי עשיית מעשה (מחדל) - היינו: המחשבה על הסכנה הכרוכה בנסיעה מסוג זה, וכן אותו אדם שהתרחש בניקוי אקדחו, ובכך נטל חיים מאדם.

לאור האמור לעיל, אנו רואים כי ההלכה מבחינה באופן עקרוני, בין עבריין העובר עברה על ידי מעשה ובין העובר באפס- מעשה (מחדל).

¹³⁴ שם, 416

¹³⁵ יעקב משולם גינצבורג, **משפטים לישראל - החוק הפלילי בדיני העונשין בזמן הזה לפי משפט התורה התלמוד והמפרשים**, (ירושלים) תשט"ז-1956.

¹³⁶ רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, ו' עמד-י.

מי שעבר על לאו שיש בו מעשה – עונשו יהא: 40 מלקות, ואילו העובר על לאו שאין בו מעשה או שסירב לקיים מצווה המוטלת עליו כגון: **”המסרב לישב בסוכה או ליטול לולב”** עונשו: מכת מרדות.

וכתב הריב”ש כי **”מלקות של תורה קשות ממכות מרדות”**, כלומר: עונשו של העובר עבירה ע”י מעשה גדול מעונשו של העובר העבירה באפס מעשה (לענייננו: עבירת המחדל).

לסיכום נקודה זו נוסף מדבריו של הרב גינצבורג כי במקרים רבים, תהיה השליליות והפסיביות של המסתייג, לא מתוך מגמה פלילית או מטרה בלתי חוקית כאילו היה מעוניין במקצת בביצוע הפשע, אלא מפאת נימוקים נפשיים פסיכולוגיים שכבלו את ידיו מלעשות מה שהיה מחוייב, על פי החובה הדתית והמוסרית המוטלת עליו. ולכן התורה השאירה את הדין במשפטים על עבירות שאין בהן מעשה, לשיקול דעתו של בית הדין: **”השופט אשר יהיה בימים ההם”** שיבין צורך השעה והדור, והנחיצות שיש בדבר לתיקון החברה והמדינה, והוא ישקול במאזני צדק באיזה אופן ראוי וישר לשפוט במקרים מסוג זה.

בהצעת החוק: לא תעמוד על דם רעך¹³⁸ (שהגיש ח”כ חנן פורת) נאמר, כי היא **”באה לעגן בחקיקה הישראלית את הערך המוסרי והחברתי שמקורו בתורה (ויקרא י”ט, ט”ז), לפיו מוטלת חובה על אדם לסייע להצלת חייו של אדם אחר”**.

יצוין כי הסיפא של הפסוק הנ”ל היא **”אני ה”**;

רש”י בפירושו לפסוק הנ”ל אומר: **”לא תעמוד על דם רעך לראות במיתתו, ואתה יכול להצילו, כגון טובע בנהר, וחיה או לסטים באים עליו; אני ה’ נאמן לשלם שכר ונאמן להיפרע”**.

וכדברי התלמוד¹³⁹: **”מניין לרואה את חבירו שהוא טובע בנהר או חיה גורתו או לסטין באין עליו, שהוא חייב להצילו - תלמוד לומר לא תעמד על דם רעך”**.

¹³⁷ שו”ת רדב”ז, חלק ה’ סימן אלף תרס”ז.

¹³⁸ הי”ח תשנ”ה 456.

יצויין כי התחולה היא אף להוצאה כספית שהוציא המציל לשם ההצלה, כדברי רש"י על התלמוד: **"לא תעמוד על דם רעך, לא תעמוד על עצמך משמע, אלא חזור על כל צדדין שלא יאבד דם רעך"**.

המדובר איפוא בחוק שיסודו הנורמטיבי הוא מוסרי; ואף שהמחוקק מצא לנכון להשאיר את הענישה של החדל ברמת קנס, יש לו חשיבות ערכית רבה.

הרמב"ם קובע¹⁴⁰: **"כל היכול להציל ולא הציל, עובר על לא תעמוד על דם רעך"**.

ובהמשך: **"אף על פי שאין לוקין על לאוין אלו מפני שאין מעשה בהן חמורים הם..."**¹⁴¹.

מרוך רבי יוסף קארו קובע בשולחן ערוך¹⁴²:

"הרואה את חבירו טובע בים, או לסטים באין עליו, או חיה רעה באה עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להציל, ולא הציל... וכיוצא בדברים אלו, עובר על לא תעמוד על דם רעך".

עינינו הרואות כי המדובר בחובת "עשה" שהפרתה (מחדל) היא עבירה, אף שעונשה בידי שמים.

¹³⁹ תלמוד בבלי, סנהדרין ע"ג, א'.

¹⁴⁰ רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א', י"ד.

¹⁴¹ שם, הלכה ט"ז

¹⁴² שולחן ערוך, הלכות שמירת נפש, חושן משפט, תכ"ו.

אחריות פלילית בגין מחדל – תם ולא נשלם:

ראינו לעיל כי עבירת המחדל, שמטבע בריאתה דורשת הגדרת חובה אשר רק משאותרה ומשהוכח כי הופרה, ניתן לגבש הרשעה – מעלה שאלות כבדות משקל על המקורות מהם ראוי לשאוב חובות שכאלה.

מחדל אסור, קובע סעיף 18(ג) לחוק העונשין, יכול שיקום רק כאשר קיימת חובה פוזיטיבית לפעול – שהופרה, אך ראינו כי אסכולות שונות כמו גם שיטות משפט לסוגיהן הגדירו באופן שונה ולעיתים מנוגד את מקורות החובה הפוזיטיבית הנ"ל.

לא ניתן היה במסגרת הצנועה של מאמר זה לדון בכל המקורות האפשריים לעבירת המחדל, כמו גם שדומה כי טרם נסתם הגולל על הויכוחים בדבר זהותם המדוייקת של מקורות החובה.

כך למשל, פורש בפנינו חוק לא תעמוד על דם רעך, לא רק שלב נוסף בהתפתחות החלת חובות הצלה אשר החדל מביצועם יואשם בעבירה פלילית¹⁴³, אלא שאלה נכבדה בסוגיה אם חוק זה הוא רף שאין לעבור מעבר לו

די אם נציין כי המחלוקת שבין המלומדים קרמניצר ומורג מזה¹⁴⁴ וקוגלר¹⁴⁵ מזה, הושארה לאחורונה בצריך עיון ע"י בית המשפט העליון משקבע השופט רובינשטיין כי הדעת נותנת כי שאלה נכבדה זו תשוב ותעסיק את בתי המשפט¹⁴⁶.

*** בעלת תואר בוגר במשפטים (LLB) ממכללת שערי משפט.**

**** תודת המחברת לד"ר מרדכי למברג על הערותיו מאירות העיניים והנחייתו.**

¹⁴³ וראה: ניל הנדל, "חוק לא תעמוד על דם רעך: השראה ומציאות", מחקרי משפט טז (2) (תשס"א - 2001) 229; מרים גור-אריה, "חובה למנוע פשע - אימתי מוצדקת", מחקרי משפט יז (תשס"ב-2002) 355.

¹⁴⁴ קרמניצר ומורג 2.

¹⁴⁵ ה"ש 43 לעיל.

¹⁴⁶ ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל, [פדאור (לא פורסם) 06 (2) 257 (2006)].