

פזיזות כלפי התוצאה בדיני עונשין

יצחק קוגלר*

מטרתו של מאמר זה היא להוות מורה נבוכים לסוגיית הפזיזות כלפי התוצאה, אשר טרם זכתה בכתיבה ממצה ומקיפה. לאחר דיון מבואי בנושא היסוד הנפשי בכללותו, המאמר מתמקד בנושא של מחשבה פלילית ביחס לתוצאות שבהגדרת העברה. ביחס למחשבה הפלילית מוסבר כיצד ברוב עברות התוצאה שבהן נדרשת מחשבה פלילית לצורך הרשעה מספיקה קלות דעת במישור הרצוני, תוך התייחסות לשיקולים של הרתעה ואשמה. שאלת האשמה הקיימת במצב של פזיזות כלפי התוצאה מוצגת באופן מובחן, ומוסבר כי אפילו קיימת קלות דעת בלבד, עדיין העושה בחר לסכן את האינטרס המוגן ולכן הוא אשם. נוסף על כך נטען כי די בכך שהעושה צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם, אף אם בדרגת הסתברות נמוכה מאוד, לקיים מצב של פזיזות כלפי התוצאה. עוד מוסבר כי הדרישה של פזיזות כלפי התוצאה טומנת בחובה דרישה שהעושה יצפה את האפשרות שמעשהו יגרום להתרחשות התוצאה. במאמר נטען כי הדיון בצפיית התהליך של גרימת התוצאה צריך להיעשות במסגרת היסוד העובדתי תחת הנושא של "קשר סיבתי משפטי", ולא במסגרת היסוד הנפשי של העברה.

חלקו האחרון של המאמר מעניק בחינה ייחודית לנושא של סיכון סביר. ההיתר ליטול סיכון סביר חל גם במקרים שבהם אדם נתקל בסיכון קונקרטי שמפתיע אותו. אולם, למרות ההתייחסות בספרות לדוקטרינת הסיכון הסביר כעוסקת בשקלול התועלת אל מול הנזק, הטענה במאמר היא כי קיימים שיקולים נוספים שרצוי להביאם בחשבון. לפיכך יש לקבוע כי כל נטילת סיכון שהחברה סבורה כי מבחינה מוסרית יש לעודדה או להתירה היא נטילת סיכון סביר או מוצדקת. בסיום המאמר מוצגת בעיית העמימות והרטורואקטיביות שבמושג "סיכון סביר", ונטען כי הדין אינו מספק הדרכה ברורה בנוגע לשאלה אם המעשה שאדם עומד לעשות הוא בבחינת סיכון סביר או לא. אולם, למרות עמימותה של הדוקטרינה, היא מוכרת בכל

* מרצה בכיר בגמלאות, מופקד על הקתדרה למשפט פלילי ע"ש איבן ק' ראנד, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. חלק מהתכנים המופיעים במאמר לימדתי בעבר בקורס החובה בדיני עונשין, שאותו העברתי במשך שנים רבות באוניברסיטה העברית.

העולם בשל העובדה שאין לה תחליף. בנושא זה נראה כי בעיית העמימות נפתרת כאשר המחוקק קובע סטנדרט התנהגות ביחס לפעילות מסוימת. אולם בהקשרים קונקרטיים רבים, שבהם לא תיתכן חקיקה שתקבע את הסטנדרט הנכון, העמימות והרטוראקטיביות נותרות על כנן.

מבוא

פרק א: מבוא ליסוד הנפשי של העברה

1. הגדרת היסוד הנפשי
2. צורות של יסוד נפשי
3. ידיעת הדין אינה חלק מהיסוד הנפשי
 - (א) ידיעת הדין (והערכים הנכונים) אינה חלק מהיסוד הנפשי
 - (ב) הצורך בפיצול בין הצד העובדתי לצד המשפטי (או הערכי) בהקשרים מסוימים

4. הרציונל של דרישת היסוד הנפשי

5. יסוד נפשי סובייקטיבי מול יסוד נפשי אובייקטיבי

פרק ב: מחשבה פלילית ביחס לתוצאות שבהגדרת העברה

1. מבוא ל"מחשבה פלילית"
2. מבוא ל"מחשבה פלילית" ביחס לתוצאה והבהרת המקום המרכזי של מצב ה"פזיזות" בהקשר זה
3. מצבים שבהם אין מחשבה פלילית (אפילו "פזיזות") ביחס לתוצאה

פרק ג: המצב של קלות דעת ביחס לתוצאה מספיק להרשעה ברוב עברות התוצאה

פרק ד: במצב של פזיזות ביחס לתוצאה קיימת בחירה לסכן את האינטרס המוגן בעברה

פרק ה: האם נדרשת דרגת הסתברות מינימלית מוגדרת של התוצאה כדי שתתגבש פזיזות?

פרק ו: הצורך בצפיית האפשרות של גרימת התוצאה (אבל אין דרישה לצפיית תהליך הגרימה במישור היסוד הנפשי; זה הוא עניין הנדון במישור אחר)

פרק ז: סיכון סביר

1. משמעות הדוקטרינה
2. עיגונה של דוקטרינת הסיכון הסביר
 - (א) לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין
 - (ב) לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין
3. הרכיב "סיכון שאינו סביר" כחלק מהיסוד העובדתי, ושאלת המשקל של נוהג בקביעה אם מדובר בסיכון סביר
4. בעיית העמימות והרטוראקטיביות שיש בדוקטרינת הסיכון הסביר, ושימוש בדברי חקיקה כפתרון לכך בהקשרים מסוימים

סיכום

מבוא

מטרתו של מאמר זה היא להיות מדריך מלא וממצה לנושא של "פזיזות כלפי התוצאה" בדיני העונשין של ישראל. עד היום אין בישראל מאמר שמסכם באופן ממצה את כל הדינים והסוגיות העולים במסגרת נושא זה; ובספרים על משפט פלילי הנושא נדון רק בקצרה, ובאופן שאינו מקיף את כל הסוגיות הרלוונטיות לנושא זה. מאמר זה בא להשלים חסר זה. המאמר יעסוק גם ביסודות התאורטיים של נושא זה וגם בדינים הספציפיים הרלוונטיים לו. הוא יעסוק גם בדין המצוי וגם בדין הרצוי. בעניינים שלגביהם יש מחלוקת הוא יציג אותה (תוך התייחסות כמובן גם לנהוג במדינות אחרות) ויכריע באופן מנומק מהי הדעה הנכונה לדעת המחבר. כמו כן יעסוק המאמר גם בסוגיות שטרם נדונו בישראל אבל ייתכן שיתעוררו בעתיד בפסיקה ולכן כדאי כבר להתייחס אליהן. בשל חוסר מקום לא התייחסתי בהרחבה ובפירוט לסוגיית הסימולטניות (אף שהתייחסתי אליה בקצרה במקום שבו היה הכרח בהתייחסות כזו) וכן לסוגיה של "מחשבה פלילית מועברת", שאליהן אתייחס, אני מקווה, בפרסומים עתידיים.

מאחר שהנושא דגן הוא חלק מסוגיית "היסוד הנפשי", פתחתי את הדיון בהתייחסות ליסוד הנפשי בכללותו. פרק א מהווה מבוא ליסוד הנפשי של העברה הפלילית. במסגרתו הגדרתי בסעיף 1 את המושג "היסוד הנפשי", ובסעיף 2 סקרתי צורות של יסוד נפשי. בסעיף 3 עסקתי בהבחנה בין ידיעת עובדות לידיעת הדין והערכים מבחינת הדינים החלים עליהן, וכן במה שנובע מהבחנה זו לגבי יישום הדין הפלילי בצורה נכונה (למשל, בעניין הצורך "לפצל" מילה המופיעה בחוק להיבט העובדתי ולהיבט המשפטי הטמונים בה). בסעיף 4 דנתי ברציונל של הדרישה לקיום יסוד נפשי כתנאי להרשעה פלילית. בסעיף 5 עסקתי בהבחנה בין יסוד נפשי סובייקטיבי ליסוד נפשי אובייקטיבי. בפרק ב עברתי להתמקד במחשבה פלילית ביחס לתוצאות שבהגדרת העברה. בסעיף 1 של הפרק הצגתי מבוא ל"מחשבה פלילית". בסעיף 2 עברתי להתמקד בתוצאה של העברה – הצגתי מבוא ל"מחשבה פלילית" ביחס לתוצאה, וכן הבהרתי את המקום המרכזי של "פזיזות" בהקשר זה. בסעיף 3 ביארתי באילו מצבים לא מתקיימת כלל מחשבה פלילית ביחס לתוצאה.

פרק ג בא להבהיר כי המצב של "קלות דעת" כלפי התוצאה מספיק להרשעה ברוב עברות התוצאה, ובמסגרת זו גם הבהרתי כמובן את הרציונל של דין זה. פרק ד מסביר כי במצב של פזיזות כלפי התוצאה קיימת בחירה לסכן את האינטרס המוגן בעברה, וכי בחירה זו היא המאפיין העיקרי של הפזיזות. פרק ה דן בשאלה אשר שנויה במחלוקת בעולם, והיא אם כדי שתתגבש פזיזות נדרש שתתקיים דרגת הסתברות מינימלית מסוימת שהתוצאה תיגרם, ונוקט עמדה מנומקת בשאלה זו.

פרק ו מתייחס לנקודה שטרם הודגשה בישראל, והיא שהפזיזות כלפי התוצאה אינה מסתפקת בכך שהעושה צפה את האפשרות שהאירוע העתידי יתרחש, אלא דורשת

לצורך גיבושה גם שהעושה צפה את האפשרות שמעשהו יגרום לכך שהאירוע העתידי יתרחש.

פרק ז עוסק בכך שכדי שתתגבש "פזיזות" נדרש, בין היתר, שהמעשה שעשה הנאשם היה בגדר נטילה בלתי סבירה של הסיכון. כלומר, הוא עוסק בסוגיה של "סיכון סביר". הפרק עוסק בסוגיה זו בהרחבה רבה יותר לעומת העיסוק המקובל בה בישראל ובעולם, ובמסגרת הדיון בו מוצעים גם חידושים. בסעיף 1 של הפרק מוצגת משמעות הדוקטרינה של סיכון סביר. סעיף 2 עוסק בעיגונה של דוקטרינת הסיכון הסביר בישראל – הן לפני חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן: תיקון מס' 39 לחוק העונשין) והן לאחריו. סעיף 3 עוסק בשתי סוגיות: (א) הוא מבהיר כי הרכיב "סיכון שאינו סביר" הוא חלק מהיסוד העובדתי של העברה, ולא מהיסוד הנפשי שלה; (ב) הוא מתייחס לשאלת המשקל של נוהג קיים בקביעה אם במקרה מסוים מדובר בנטילת סיכון סביר. סעיף 4 עוסק בשתי סוגיות שיש ביניהן קשר מסוים: (א) בעיית העמימות והרטוראקטיביות שיש בדוקטרינת הסיכון הסביר; (ב) המשקל שיש לתת לדברי חקיקה במסגרת הקביעה אם במקרה מסוים מדובר בנטילת סיכון סביר.

תקוותי היא כי מי שיעסוק בעתיד בנושא של "פזיזות כלפי התוצאה" במשפט הפלילי, בין כשאלה מעשית בתיק פלילי מסוים ובין במסגרת מחקר, יוכל להיעזר במאמר זה כמורה דרך וכן לצורך פתרון שאלות ספציפיות שיעלו.

פרק א: מבוא ליסוד הנפשי של העברה

1. הגדרת היסוד הנפשי

"היסוד הנפשי" של העברה כולל את המצב הנפשי של העושה כפי שהוא נדרש לפי הגדרת העברה.¹ למשל, סעיף 111 רישה לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע כי "מי שביודעין מסר ידיעה לאויב או בשבילו, דינו – מאסר עשר שנים". נתמקד כעת בחלופה "מי שביודעין מסר ידיעה לאויב". בחלופה זו המילים "מסר ידיעה לאויב" מהוות את היסוד העובדתי של העברה, והמילה "ביודעין" שייכת ליסוד הנפשי של העברה, שהרי היא דורשת דרישה ביחס למצבו הנפשי של העושה.²

כאמור לעיל, היסוד הנפשי עוסק במצבו הנפשי של העושה, במה שמתחולל במוחו. לכן כל מילה שאינה עוסקת במה שמתחולל בנפשו של העושה שייכת ליסוד העובדתי

1 יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי 133 (2020) (להלן: קוגלר תאוריה ומעשה).

2 יש לציין כי גם עברה שאין בלשונה כל דרישה ליסוד נפשי דורשת בכל זאת יסוד נפשי מכוח ס' 19 לחוק העונשין.

(כלומר, נחשבת יסוד "חיצוני" לעושה), אף אם היא אינה עוסקת ביסוד פיזי ממש.³ לפיכך מצב נפשי של אדם אחר, שאינו העושה, שייך ליסוד העובדתי, ולא ליסוד הנפשי. למשל, סעיף 416 לחוק העונשין עוסק במי ש"מקבל דבר בתחבולה או בניצול מכוון של טעות הזולת שאין בהם מרמה". המילה "טעות" מתארת מצב נפשי, אבל מדובר כאן במצב נפשי של קורבן העברה, ולא של העושה. לפיכך מילה זו שייכת ליסוד העובדתי, ולא ליסוד הנפשי. דוגמה נוספת נמצאת בעברת התקיפה, שלפי אחת מחלופותיה עוסקת במי שמכה אדם "בלא הסכמתו" (סעיף 378 לחוק העונשין). נניח כעת כי המילים "בלא הסכמתו" עוסקות במצב נפשי בלבד. גם בהנחה זו, מדובר במצב נפשי של הקורבן, ולכן מילים אלו מהוות חלק מהיסוד העובדתי של העברה.⁴

ראוי לציין כי לפעמים מופיעה בחוק מילה שטומנת בחובה גם חלק מהיסוד העובדתי וגם יסוד נפשי.⁵ למשל, יש התנהגויות שמבחינה מושגית-לוגית אינן יכולות להתקיים במציאות ללא מודעות לביצוע ההתנהגות. כך הדבר, למשל, לגבי התנהגויות כגון "המשדל" (בסעיף 422 לחוק העונשין), "המנצל" (בסעיף 431 לחוק העונשין) ו"הבורח" (בסעיף 257 לחוק העונשין) – נראה שאדם אינו יכול לשדל, לנצל או לברוח מבלי שהוא מודע לכך שהוא משדל, מנצל או בורח (לפחות בהקשר של העברות האלה), ומכאן שהמילים הללו טומנות בחובן הן יסוד עובדתי והן יסוד נפשי.

2. צורות של יסוד נפשי

לכל עברה יש יסוד נפשי שצריך להתקיים, בעת ההתנהגות,⁶ כדי שהעברה הנדונה תתגבש. אין לטעות ולחשוב שביחס לכל העברות נדרש אותו יסוד נפשי (אותו מצב נפשי) כדי שהעברה תתגבש. יש סוגים שונים (צורות שונות) של יסוד נפשי. יש עברה שדורשת לשם התגבשותה יסוד נפשי מסוים, ויש עברה שדורשת לשם התגבשותה יסוד

3 ראו, למשל, ERIC, GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 72 (2d ed. 1983); COLVIN & SANJEEV ANAND, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 89 (3d ed. 2007).

4 COLVIN & ANAND, שם, בעמ' 89. הקביעה בטקסט שהיסוד הנפשי עוסק רק במה שנמצא במוחו של העושה מתאימה היטב ליסוד נפשי סובייקטיבי, אבל לא למצב של רשלנות. לפיכך יש הטוענים כי "רשלנות" אינה יסוד נפשי. אבל אחרים, ביניהם ס' 21 לחוק העונשין, מסווגים "רשלנות" כמצב נפשי (כמוכח ממיקומו של הסעיף האמור בסימן שכותרתו היא "היסוד הנפשי שבעבירה" – סימן ב לפרק ד). לפיכך, יש לומר כי הקאמזים את הגישה השנייה מפרשים את המושג "יסוד נפשי" בהקשר של "רשלנות" באופן רחב יותר מההגדרה שמופיעה כאן בטקסט. כלומר, "רשלנות" מתייחסת למצב נפשי פוטנציאלי של העושה. על ההבחנה בין יסוד נפשי סובייקטיבי ליסוד נפשי אובייקטיבי (רשלנות) ארחיב להלן בתת-פרק א5.

5 ראו, למשל, COLVIN & ANAND, לעיל ה"ש 3, בעמ' 90; PETER GILLIES, CRIMINAL LAW 29–30 (4th ed. 1997).

6 לצורך הרשעה בעברה מסוימת נדרש (ודי בכך) שהיסוד הנפשי של עברה זו יתקיים בעת ההתנהגות. העיקרון שלפיו היסוד הנפשי צריך להתקיים בעת ההתנהגות נקרא "עקרון הסימולטניות". ראו קוגלר תאוריה ומעשה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 148–149.

נפשי אחר. כאן אביא, לשם הדגמה, רק סוגים אחדים של יסוד נפשי, מבלי למצות את כל הסוגים הקיימים במשפט הפלילי. יש עברה שבה נדרשת לשם הרשעה מודעות ודאית של העושה לקיום נסיבה מסוימת שמופיעה בהגדרת העברה; ויש עברה שבה מסתפקים בחשד שמתקיים בלב העושה כי נסיבה מסוימת מתקיימת (מובן שבעברה כזו גם מודעות ודאית תתקבל כמגבשת את היסוד הנפשי הנדרש). ביחס לתוצאה, יש עברה שלשם הרשעה בה מסתפקים בכך שהעושה צפה את האפשרות שהתוצאה שמופיעה בהגדרת העברה תיגרם עקב מעשהו, ואין זה משנה אם הוא רצה שהתוצאה תיגרם או לא; ולעומתה יש עברה שלשם הרשעה בה אין די בכך שהעושה צפה את האפשרות שמעשהו יגרם לתוצאה המופיעה בהגדרת העברה, אלא נדרש, נוסף על כך, שבעת ההתנהגות העושה גם רצה שהתוצאה הנדונה תיגרם. כמו כן, יש עברות שאינן דורשות יסוד נפשי סובייקטיבי כלל לשם הרשעה בהן, אלא מסתפקות ביסוד נפשי אובייקטיבי, כלומר, מסתפקות ברשלנות ביחס לרכיבי היסוד העובדתי.

הדוגמאות דלעיל התייחסו ליסוד נפשי המוסב על רכיבי היסוד העובדתי, אבל לעיתים היסוד הנפשי של עברה מסוימת כולל גם דרישה של מצב נפשי מסוים שמוסב על נתון שאינו חלק מהיסוד העובדתי, כלומר, שלא נדרש כלל שמבחינה עובדתית הנתון הנדון יתקיים במציאות. למשל, סעיף 456 לחוק העונשין קובע כי "המניח שלא כדין חומר נפיץ במקום כלשהו, בכוונה להרוס נכס או להזיק לו, דינו – מאסר חמש-עשרה שנים". המילים "בכוונה להרוס נכס או להזיק לו" הן חלק מהיסוד הנפשי של עברה זו, אבל הן אינן מוסבות על רכיב מרכיבי היסוד העובדתי של העברה. די בכך שבעת ההתנהגות (הנחת החומר הנפיץ) העושה יתכוון (ירצה) שהחומר הנפיץ יגרם הרס או נזק לנכס כלשהו. לשם הרשעה בסעיף זה אין זה משנה כלל אם בסופו של דבר אכן נגרם הרס או נזק כזה. גם אם לא נגרם כל הרס או נזק לנכס כלשהו, העברה יכולה להתגבש (מובן שהעברה יכולה להתגבש גם אם ההרס או הנזק נגרמו).

3. ידיעת הדין אינה חלק מהיסוד הנפשי

(א) ידיעת הדין (והערכים הנכונים) אינה חלק מהיסוד הנפשי

היסוד הנפשי של העברה אינו מתייחס לידיעת הדין. כדי להרשיע בעברה מסוימת, יש להוכיח מעבר לספק סביר את קיום היסוד העובדתי והנפשי של העברה, אבל במסגרת המושג "היסוד הנפשי" לא כלולה ידיעת הדין, ולכן כדי להרשיע בעברה, אין התביעה צריכה להוכיח שהנאשם היה מודע לדין. גם אם הנאשם לא היה מודע לכך שהחוק הפלילי אוסר את המעשה שעשה, ניתן להרשיעו. כך, למשל, גם אם אדם לא ידע שפרסום לשון הרע יכול בתנאים מסוימים לגבש עברה פלילית, ניתן להרשיעו בעברה זו אם הוא קיים את דרישות העברה. התביעה אינה צריכה להוכיח, כדי לגבש הרשעה, שהנאשם ידע שקיימת עברה כזו. הוא הדין, למשל, ביחס לעברה הפלילית של פגיעה בפרטיות. באופן דומה, גם אם אדם שמע שיש עברה פלילית של הטורדה מינית אבל לא ידע ש"התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות

נטייתו המינית" היא אחת הצורות של הטרדה מינית לפי החוק,⁷ אפשר להרשיעו בעברה של הטרדה מינית אם הוא קיים את הצורה הזו של הטרדה מינית. יתרה מזו, הכלל דלעיל חל גם על פרשנות של עברות פליליות. נניח כי אדם ידע שהחזקת נשק ללא רישיון היא עברה פלילית⁸ אבל טעה בפרשנות של המושג "מחזיק". חבר של ראובן שם נשק במגירה נסתרת בביתו של ראובן, ואחר כך הודיע לו כי הנשק נמצא שם. ראובן לא עשה דבר במשך ימים רבים, כי חשב שאי-עשייה זו אינה מהווה "החזקה" של הנשק, ולבסוף התגלה הנשק על ידי המשטרה. ניתן להרשיע את ראובן בעברה הנדונה מאחר שלפי סעיף 34כד לחוק העונשין, "החזקה" מוגדרת, בין היתר, כ"שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא", ובמקרה דנן אכן הייתה לראובן שליטה בנשק, כלומר, הוא "החזיק" את הנשק (ללא רישיון).⁹ העובדה שראובן לא הכיר את ההגדרה שבסעיף 34כד לחוק העונשין, ולכן לא ידע שהוא עובר את העברה הנדונה, אינה מונעת את הרשעתו. גם אם הפרשנות של מונח מסוים מופיעה רק בפסיקה, ולא בחוק, ניתן להרשיע את ראובן על סמך פרשנות זו אף אם הוא לא הכיר אותה בעת התנהגותו ולכן סבר שהוא אינו עובר את העברה הנדונה. העיגון המשפטי לכך שידיעת הדין אינה חלק מהיסוד הנפשי של העברה נמצא קודם כל בסעיפים 20–21 לחוק העונשין. סעיפים אלו מגדירים את היסוד הנפשי של העברה, והם מתייחסים ליסוד הנפשי כלפי ההתנהגות, כלפי הנסיבות וכלפי התוצאה. אין בהם כל התייחסות לידיעת הדין כאל חלק מהיסוד הנפשי של העברה. מקור מפורש עוד יותר לכך נמצא בסעיף 34יט לחוק העונשין, שאליו אפנה עתה.

לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין קבע סעיף 12 לחוק העונשין כי "אי ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה".¹⁰ זה המקור לאמרה הידועה ש"אידיעת החוק אינה פוטרת". כלל זה היה כלל מוחלט ללא חריגים.¹¹ גם כיום יש מדינות שבהן חל הכלל שאידיעת הדין אינה פוטרת, ללא חריגים כלשהם.¹²

אבל במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין החליט המחוקק להקל, ולאפשר לנאשם לצאת זכאי במקרה שבו הטעות המשפטית שלו הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". כותרת השוליים של סעיף 34יט לחוק העונשין היא "טעות במצב משפטי". לשון הסעיף היא זו: "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור,

7 התייחסות כזו מהווה עברה פלילית של הטרדה מינית לפי ס' 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

8 עברה זו מופיעה בס' 144(א) לחוק העונשין, שם נאמר, בין היתר, כי "המחזיק נשק בלא רשות על פי דין להחזקתו, דינו – מאסר שבע שנים".

9 ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 347.

10 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, 230.

11 בסיפה של ס' 12 המוזכר בטקסט נקבע חריג ביחס לעברה שבה נקבע במפורש כי ידיעת הדין היא אחד מיסודותיה, אולם עברה כזו היא נדירה ביותר. אני דן כאן בכל שאר העברות, ועליהן חל בזמנו הכלל המוחלט שאידיעת הדין אינה פוטרת – כלל שלא הכיר בשום חריג.

12 זה המצב באנגליה. ראו, למשל, DAVID ORMEROD & KARL LAIRD, SMITH, HOGAN, AND ORMEROD'S CRIMINAL LAW 130–131 (16th ed. 2021).

עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר". סעיף זה מופיע במסגרת סימן ב לפרק 11 של חוק העונשין, שכותרתו היא "סייגים לאחריות פלילית".

ברישה של הסעיף נקבע הכלל שטעות משפטית שבגללה חשב אדם שמעשהו אינו אסור אינה גוררת את זיכורו של אותו אדם, בין במקרה שבו הוא סבר בטעות שעברה מסוימת אינה קיימת כלל ובין במקרה שבו הוא ידע על קיום העברה הפלילית אבל טעה בהבנתה (בפרשנותה). רישה זו מהווה מקור נוסף¹³ ואף מפורש יותר לדינים שתיארנו לעיל, דהיינו, שהכלל הרגיל הוא שטעות לגבי עצם קיומה של עברה או לגבי פרשנותה אינה פוטרת.

הסיפה של סעיף 34 לחוק העונשין קובעת פטור מהרשעה במקרה שבו הטעות המשפטית הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". כאן מדובר בסייג לאחריות פלילית (הגנה), ולא בעניין שמהווה חלק מהיסוד הנפשי של העברה. לכן לא אעסוק כאן בפרשנות של הסיפה של סעיף 34 לחוק העונשין.¹⁴

הכלל שאי־דיעת הדין אינה פוטרת (למעט, בישראל כיום, כאשר מדובר בטעות שהיא בלתי נמנעת באורח סביר) חל גם כאשר מדובר בשאלה ערכית שחשובה לצורך הקביעה אם העברה שדנים בה התגבשה. למשל, אחד התנאים להתגבשות העברה לפי סעיף 340 לחוק העונשין הוא שהנאשם לא נקט אמצעי זהירות "סבירים" כדי למנוע נזק לבריאות הילדים או סכנה לחייהם. ייתכן שהנאשם סבר בעת ההתנהגות הרלוונטית שאמצעי הזהירות שהוא נקט היו בגדר אמצעים "סבירים", אבל השופט במשפטו סבר אחרת (מובן שאיני מדבר כאן על מקרה שבו הייתה לנאשם טעות עובדתית, כגון שהוא חשב שהוא הפעיל אמצעי זהירות מסוים אבל בעצם לא הפעיל אותו; אני מתייחס כאן למחלוקת ערכית בלבד) – השופט סבר שאמצעי הזהירות שנקט הנאשם לא היו "סבירים", ושהיה עליו לנקוט אמצעי זהירות נוספים. במקרה כזה מדובר במחלוקת ערכית בין הנאשם לשופט בשאלה אם האמצעים שנקט הנאשם היו סבירים. מה שקובע הוא השיפוט הערכי של השופט, ולא של הנאשם, והעובדה שהנאשם חשב בעת ההתנהגות הרלוונטית שהאמצעים שהוא נקט היו סבירים לא תעזור לו להינצל מהרשעה, כי מדובר בטעות ערכית, שדינה כטעות משפטית. טעות ערכית היא כטעות בהבנת האיסור, ולכן חלה עליה הרישה של סעיף 34 לחוק העונשין, שלפיה טעות בדבר הבנת האיסור אינה פוטרת.¹⁵ מובן שאם שופט ישראלי יסבור שבנסיבות המקרה

13 המקור הקודם שהזכרתי היה שס' 20–21 לחוק העונשין אינם מזכירים את ידיעת הדין כחלק מהיסוד הנפשי. ביחס למקור הנדון כעת ציינתי בטקסט כי ס' 34 לחוק העונשין קובע מפורשות שגם טעות בפרשנות של עברה פלילית אינה פוטרת (למעט במקרים שבהם חל החריג הקבוע בסעיף זה). הכלל החקיקתי בעניין העדר פטור במקרה של טעות בפרשנות העברה מיושם בפסיקה. ראו, למשל, ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 931–932 (2005).

14 מאחר שגם הכלל שאי־דיעת הדין אינה פוטרת וגם החריג לכלל זה אינם מהווים חלק מהנושא של היסוד הנפשי, גם לא אעסוק במאמר זה ברציונל של הכלל ושל החריג לו.

15 דוגמאות נוספות לביטויים ערכיים שמופיעים בעברות ואשר מה שנאמר כאן בטקסט רלוונטי לגביהם הן הביטוי "ללא כל סיבה או הצדק סבירים לחרם", שמופיע בס' 161 לחוק העונשין

הטעות הערכית של הנאשם הייתה בלתי נמנעת באורח סביר, הוא יזכה את הנאשם, לאור הסיפה של סעיף 34 ל חוק העונשין.

(ב) הצורך בפיצול בין הצד העובדתי לצד המשפטי (או הערכי) בהקשרים מסוימים
 לכלל שטעות משפטית או ערכית אינה פוטרת (למעט כאשר היא בלתי נמנעת באורח סביר) יש השלכה גם על פרשנותן של עברות או הגנות המופיעות בחוק. להדגמת עברה אשתמש בסעיף 411 לחוק העונשין, הקובע כי "המקבל במזיד, בעצמו או על ידי שלוח, דבר, כסף, נייר ערך או כל נכס אחר, כשהוא יודע כי בפשע נגנב, נסחט, הושג... דינם – מאסר שבע שנים". בעברה זו יש דרישה במסגרת היסוד העובדתי שהנכס אכן הושג בפשע, ובמסגרת היסוד הנפשי – שהנאשם (המקבל) היה מודע לכך שהנכס שהוא מקבל הושג בפשע.¹⁶ לפי הלשון הפשוטה של הסעיף היה אפשר לחשוב שכדי להרשיע בעברה זו נדרש, בין היתר, שהמקבל יהיה בעל ידע משפטי: ראשית, שבעת הקבלה הוא יהיה מודע לכך שהדבר שהוא מקבל הושג בעברה; ויותר מכך – שבעת הקבלה הוא יהיה מודע לכך שהדבר הושג בעברה מסוג "פשע" (כלומר, שהוא ידע, בין היתר, מהו העונש הקבוע בחוק לעברה שבאמצעותה הושג הנכס, וכן שהוא יכיר את הגדרת חוק העונשין למונח "פשע" – הגדרה המופיעה בסעיף 24(1) לחוק העונשין וקובעת כי "פשע" הוא עברה שנקבע לה עונש שהוא חמור ממאסר של שלוש שנים). אולם האמת שונה. לאור הכלל שאי-ידיעת הדין הפלילי אינה פוטרת (למעט החריג שבסיפה של סעיף 34 לחוק העונשין), עלינו לפרש את סעיף 411 לחוק העונשין באופן שמפצל בין הצד העובדתי לצד המשפטי. כלומר, המודעות הנדרשת בסעיף 411 לחוק העונשין מתייחסת רק לצד העובדתי, ולא לצד המשפטי. לכן, למשל, אם הנכס נגנב בדרך של "התפרצות" (שהיא אכן פשע), תוך שהתקיימו העובדות שמנויות בחלופת ההתפרצות שברשימה של סעיף 407(ב) לחוק העונשין, אזי לשם הרשעה בסעיף 411 לחוק העונשין הנדון די בכך שהנאשם היה מודע בעת קבלת הנכס לעובדות החיצוניות שבגללן המשפט קובע באופן אובייקטיבי (גם ללא ידיעת המקבל) כי מי שהשיג את הנכס הנדון השיג אותו תוך "התפרצות" לבניין כאמור בסעיף וביצוע גנבה בו, וכן שהוא מודע לעובדה שאותו אדם קיים את היסוד הנפשי הדרוש לעברה זו (מבלי שההרשעה מותנית בכך

(ההדגשה הוספה), והביטוי "פרסום תועבה", שמופיע בס' 214(א)(1) לחוק העונשין. על כך שטעות בשיפוט ערכי אינה פוטרת את הנאשם, כי היא נחשבת כמו טעות ברין, ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 141 (אשר גם מביא שם כמה דוגמאות). על כך שהתשובה לשאלה אם הסיכון שאדם נטל ביחס להתגשמות התוצאה היה "סיכון סביר" – לצורך הקביעה אם הוא היה "פזיז" – נקבעת על ידי בית המשפט באופן אובייקטיבי, כי מדובר בשאלה ערכית וטעות של הנאשם בשאלה ערכית זו לא תועיל לו, ראו COLVIN & ANAND, לעיל ה"ש 3, בעמ' 200; J.J. CHILD, A.P. SIMESTER, J.R. AND DOCTRINE 159 (8th ed. 2022). הנאמר כאן בטקסט מתאים גם לפסיקה הישראלית, שבה נקבע כי טעות של הנאשם בשאלה הערכית אם התנהגותו גיבשה "הפרת אמונים" אינה פוטרת, כי דינה כטעות משפטית. ראו דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, 422–423 (2004).
 16 קוגלר תאוריה ומעשה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 134–135.

שלמקבל יש ידע משפטי כלשהו). לשם הרשעה בסעיף 411 לחוק העונשין לא נדרש כלל שהנאשם (המקבל) היה מודע בעת הקבלה להגדרה של "פשע", לכך שהעונש הקבוע בסעיף 407(ב) לחוק העונשין הוא מאסר מרבי של שבע שנים, ולמעשה אף לקביעה המשפטית שהתפרצות היא עברה.¹⁷ בקיצור, נדרשת מודעות רק לעובדות (ולא לכללים משפטיים ולהגדרות משפטיות).

דברים אלו חלים גם על סייגים לאחריות פלילית. לפי סעיף 34טז לחוק העונשין, במקרה שבו נדון הסייג של הגנה עצמית, למשל, אם מעשהו של המתגונן "לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה", אזי הנאשם לא יוכל ליהנות מהסייג האמור. ומה הדין במקרה של טעות? כאן יש לפצל בין טעות ערכית לטעות עובדתית. אם אצל הנאשם לא התקיימה כל טעות עובדתית, וכל הוויכוח עם השופט הוא שהנאשם חשב בעת המעשה שמעשהו סביר בנסיבות העניין, בעוד השופט חלוק עליו וסבור כי מעשה ההתגוננות כפי שנעשה לא היה סביר בנסיבות העניין, על השופט להרשיע את הנאשם, משום שטעותו של הנאשם הייתה טעות ערכית, שדינה כטעות משפטית, והיא אינה יכולה להועיל לנאשם (למעט, כמובן, במקרה של טעות בלתי נמנעת באורח סביר). אבל אם הנאשם טעה בעת האירוע טעות עובדתית, כלומר שבאופן סובייקטיבי הוא פירש את האירוע באופן שונה ממה שקרה באמת ובגלל טעותו הוא פעל כפי שפעל, אזי הוא אמור לזכות בסייג האמור (כמובן, בהנחה שהתנהגותו הייתה סבירה אילו האמת האובייקטיבית הייתה כפי שהוא סבר בטעות). זאת, לאור סעיף 34(א) לחוק העונשין, הקובע כי "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו" (זהו הסייג שקרוי "טעות במצב דברים").¹⁸

17 ראו, למשל, ע"פ 384/80 מדינת ישראל נ' בן-ברוך, פ"ד לה (1) 589 (1980). במקרה זה הרשיע השופט ברק את הנאשם בעברה לפי ס' 411 לחוק העונשין, לאחר שקבע כי היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעברה זו התקיים אצל הנאשם. במסגרת הדיון ביסוד הנפשי שהתקיים אצל הנאשם, לא טרח כלל השופט ברק לדון בשאלות כגון אם בן-ברוך ידע מהי הגדרת "פשע" או אם הוא ידע מהו העונש על התפרצות. מכאן שלצורך ההרשעה בס' 411 שאלות אלו אינן רלוונטיות. לתמיכה בעקרון ה"פיצול" שנדון כאן בטקסט ראו גם ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1090.

18 לפי האמור בטקסט ברור שהנאשם במקרה הנדון יצא זכאי מעברה של מחשבה פלילית. כדי לצאת זכאי גם מעברה של רשלנות, צריך שטעותו של המתגונן לא נבעה מרשלנות. מסקנה זו נובעת מס' 34(ב) לחוק העונשין. כמו כן, מובן שאם אין עברת רשלנות בהקשר הנדון, אזי הזיכוי מעברת המחשבה הפלילית יגרור זיכוי גם מעברת רשלנות גם אם טעותו של המתגונן הייתה רשלנית, שהרי אין כלל עברת רשלנות בהקשר הנדון. כגון שמעשה ההתגוננות גיבש רק תקיפה רגילה (תקיפה "סתם", כלומר, לא כזו שגרמה חבלה). בטקסט כאן הדגמתי "פיצול" בין טעות עובדתית לטעות ערכית בהקשר של הגנה. ברור שפיצול כזה יש לערוך גם בהקשר של עברה רלוונטית. לפיצול כזה בהקשר של המחשבה הפלילית הנדרשת ביחס למושג "הפרת אמונים" המופיע בעברה של מרמה והפרת אמונים לפי ס' 284 לחוק העונשין ראו עניין שבס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 422-423.

הפיצול הנדון כאן חל גם ביחס לדוקטרינה הנקראת "סיכון סביר". לפי דוקטרינה זו, בעברות תוצאה הנאשם יוצא פטור אם הוא נטל סיכון סביר (סיכון מוצדק).¹⁹ הדוקטרינה חלה הן בעברות מחשבה פלילית והן בעברות רשלנות.²⁰ גם בהקשר זה יש להבחין בין טעות ערכית לטעות עובדתית. אם הנאשם ידע לאשורן את כל העובדות, ונטל סיכון כי חשב בעת ההתנהגות שנטילת הסיכון מוצדקת, אבל השופט מחליט שנטילת הסיכון לא הייתה מוצדקת, הוא ירשיע את הנאשם. זאת, משום שלפי קביעת השופט אין מדובר במקרה של "סיכון סביר", גם אם הנאשם טעה בכנות וחשב שמדובר ב"סיכון סביר". טעות הנאשם כאן היא טעות ערכית, ולכן היא לא תציל אותו מהרשעה (אלא אם כן מדובר בטעות בלתי נמנעת באורח סביר). אבל אם הטעות של הנאשם הייתה טעות עובדתית סובייקטיבית שבגללה הוא נטל את הסיכון (כי סבר שבעובדות כפי שהבין אותן מדובר בנטילת סיכון מוצדקת), אזי הנאשם יצא זכאי מעברת תוצאה (של מחשבה פלילית),²¹ שהרי טעותו היא עובדתית (מובן שזיכוי זה מותנה בכך שאילו העובדות האמיתיות היו כפי שהאמין הנאשם בטעות, אכן היה מדובר בסיכון סביר גם לפי עמדת השופט).

נניח, לשם המחשה, שרופא שיניים הזריק ללקוחו את חומר ההרדמה X, אשר יש חשש בדרגה של 50% שהוא יגרם למקבל הזריקה שיתוק של חלק מהפנים למשך חצי שנה. כמו כן נניח כי שיתוק כזה מהווה חבלה חמורה, וכי לנוכח דרגת ההסתברות של 50% שהנזק האמור ייגרם, ההזרקה של חומר זה (לצורך הטיפול הנדון) אינה נחשבת נטילת סיכון סביר. אבל כעת נניח כי הרופא, בשל טעות סובייקטיבית, חשב שהוא

19 על דוקטרינה זו ראו יצחק קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה' 149, 164-165 (1996) (להלן: קוגלר "על דרישת המודעות") והמקורות המאוזכרים שם; קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 116 ו-224-225. לצורך הדיון כאן די לציין באופן כללי שדוקטרינה זו מתירה ליטול (אפילו ביודעין) סיכון שייגרם נזק (כגון מוות או חבלה לאדם) כאשר מנקודת מבט חברתית יש לעודד או לפחות להתיר את נטילת הסיכון. למשל, בשל קיום דוקטרינה זו מותר לנהוג בכלל ברכב. בהקשר הקלסי ההיתר ניתן כאשר התועלת שצומחת מהפעולה מצדיקה, מנקודת מבט חברתית, את נטילת הסיכון שנוק מסוים ייגרם. בעניין זה יש כמובן להתחשב לא רק בגודל הנזק שייגרם, אם ייגרם, אלא גם בהסתברות שהנזק ייגרם (וכאשר התועלת אינה מובטחת, יש להתחשב גם בסיכוי שהתועלת תושג). הנהיגה ברכב, למשל, מותרת אף שהנהג יודע על הסיכון (הקטן מאוד) שנהיגתו תוביל למוות (גם אם ינהג לפי כל כללי הזהירות המקובלים והנדרשים). זאת, משום שבשים לב לסיכון הקטן מאוד שמוות כזה ייגרם בשל הנהיגה, החברה סבורה שיש להתיר את פעילות הנהיגה בכללותה, בשל התועלת הצומחת ממנה.

20 ביחס לעברות מחשבה פלילית ראו ס' 20(א)(2) לחוק העונשין. אף שהמחוקק מזכיר את הדרישה שנטילת הסיכון הייתה בלתי סבירה רק בהקשר של קלות דעת, נראה לי שיש להחילה גם במצב של אדישות, כלומר, בכל מקרה של "פזיזות". ראו והשוו קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 167-168; מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחיקתו" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 55, 68 (אלי לדרמן עורך 2001) (להלן: קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין"); יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" **עלי משפט** ה' 109, 111-112 (2006). ביחס לעברות רשלנות ראו ס' 21(א)(2) לחוק העונשין.

21 בהמשך הדיון בפרק זה אתייחס לחוד לעניין של טעות עובדתית בהקשר של עברת רשלנות.

מזריק לנאשם את החומר Y, אשר הסיכון שהוא יגרום לשיתוק האמור הוא רק 0.25%. כמו כן נניח כי לנוכח מצב המטופל והטיפול שהוא היה זקוק לו, הזרקת החומר Y, אילו אכן בוצעה באמת, הייתה נחשבת נטילת סיכון סביר גם לדעת השופט (כך שגם אילו בפועל היה נגרם השיתוק האמור למשך שישה חודשים, היה הנאשם יוצא זכאי מהעברה של גרימת חבלה חמורה בפזיזות). במקרה כזה הרופא צריך לצאת זכאי מהעברה של גרימת חבלה חמורה בפזיזות, אף שהוא הזריק את החומר X, משום שהוא חשב באופן סובייקטיבי שהוא מזריק את החומר Y.²² את הפטור במקרה זה במסגרת המשפט הישראלי²³ ניתן לנמק בשתי דרכים:

א. לנוכח העובדה שהיסוד של "נטילת סיכון בלתי סביר" מנוסח בחוק הישראלי כעניין עובדתי (מדובר בשאלה אובייקטיבית של איוון בין אינטרסים שמוכרעת באופן אובייקטיבי, ולכן, למשל, טעות ערכית של הנאשם לא תפטור אותו, למעט כאשר היא בלתי נמנעת באורח סביר), יש לראות רכיב זה של "נטילת סיכון בלתי סביר" כחלק מהיסוד העובדתי, כמעין נסיבה (דהיינו, שההתנהגות שבוצעה מלווה באפיון האובייקטיבי של נטילת סיכון בלתי סביר).²⁴ לכן, כאשר אנו עוסקים בעברת

22 GLANVILLE WILLIAMS, CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART 62 (2d ed. 1961); ראו BRENT FISSE, HOWARD'S CRIMINAL LAW 493 (5th ed. 1990). כן ראו את הגדרת הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני ל"פזיזות". לאחר שנקבע כי אחד התנאים להתקיימות "פזיזות" הוא שנטילת הסיכון הייתה בלתי מוצדקת, נאמר שם לפי מה קובעים אם נטילת הסיכון הייתה מוצדקת: הסיכון ייחשב בלתי מוצדק רק אם לנוכח טיב ההתנהגות של הנאשם ומטרת התנהגותו ולנוכח הנסיבות הידועות לו מדובר בסיכון לא מוצדק. מדברים אלו עולה בבירור שכאשר דנים בשאלה אם נטילת הסיכון הייתה מוצדקת בהקשר של "פזיזות", דנים בנתוני המקרה כפי שהיו ידועים לנאשם. ראו MODEL PENAL CODE § 2.02(2)(c) (Proposed Official Draft 1962) (להלן: הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1962)). גם בדברי ההסבר החדשים לקוד הנדון מודגש כי בעת הבדיקה אם נטילת הסיכון הייתה מוצדקת מתחשבים בתמונת העולם כפי שנתפסה על ידי הנאשם (כלומר, מתחשבים באמונותיו הסובייקטיביות ביחס לכל העובדות הרלוונטיות לקביעה אם נטילת הסיכון הייתה מוצדקת). ראו MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES pt. I, vol. 1, at 238 (1985). (להלן: הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1985)). גישה דומה נמצאת בהצעת חוק אנגלית משנת 1989. כאשר ההצעה מתייחסת לתנאי של נטילה בלתי סבירה של סיכון, היא מתייחסת לנטילה בלתי סבירה של הסיכון לפי "הנסיבות הידועות לנאשם". ראו A Criminal Code for England and Wales 1989, HC Bill [177] cl. 18(c) (Gr. Brit.) (להלן: הצעת החוק הפלילי האנגלית).

23 כפי שצוין בהערה הקודמת, גם הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני וגם הצעת החוק הפלילי האנגלית הכניסו במפורש להגדרת ה"פזיזות" את הדרישה ששאלת הסיכון הסביר תוכרע תוך התייחסות לאמונות העובדתיות של הנאשם. אך המחוקק הישראלי לא עשה כן, אלא דיבר על שאלת הסיכון הסביר – לפי פשוטו של הסעיף (ואפילו בהקשר של מחשבה פלילית) – באופן אובייקטיבי בלבד. לכן עלינו להשתדל למצוא דרך אחרת לעגן את ההתחשבות באמונתו הסובייקטיבית של הנאשם בבואנו להכריע אם הנאשם יורשע בעברת "פזיזות".

24 אומנם, ס' 20 לחוק העונשין, שבמסגרתו מופיעה הדרישה של "נטילת סיכון בלתי סביר", מופיע בסימן שכותרתו היא "היסוד הנפשי שבעבירה", אך עובדה זו אינה צריכה להשפיע על ההכרעה שמבחינה מהותית הרכיב הנדון הוא חלק מהיסוד העובדתי. לעמדה שהרכיב של "נטילת סיכון בלתי

מחשבה פלילית, נדרש שהנאשם יהיה מודע לעובדות שבגללן נטילת סיכון מוכרזת "נטילת סיכון בלתי סביר"; ובהקשר שלנו – אם הנאשם טעה טעות עובדתית סובייקטיבית שבגללה הוא חשב שהוא נוטל סיכון סביר, עליו ליהנות מטעות זו ולצאת זכאי מעברת מחשבה פלילית.

ב. גם אם מתייחסים לעניין של "סיכון סביר" כקובע מעין הגנה – שמי שנטל סיכון סביר יוצא זכאי²⁵ – יש להחיל על "מעין הגנה" זו את ההגנה של טעות במצב דברים. לפי סעיף 34(א) לחוק העונשין, "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו". לכן, אם הנאשם טעה טעות סובייקטיבית, יש לשפוט אותו (בעברת מחשבה פלילית) כאילו המציאות אכן הייתה כפי שהוא סבר שהיא הייתה. לכן, אילו במציאות כפי שהנאשם חשב בטעות ששוררת היה מדובר, גם לדעת השופט, בנטילת סיכון סביר, הנאשם צריך ליהנות מה"מעין הגנה" של נטילת סיכון סביר, תוך הרכבת ההגנה של "טעות במצב דברים" עליה (ולכן רופא השיניים בדוגמה דלעיל צריך לצאת זכאי מהעברה של גרימת חבלה חמורה בפזיזות).

סביר" הוא במהותו רכיב עובדתי-אובייקטיבי ראו והשוו Fisse, לעיל ה"ש 22, בעמ' 494; HELEN SILVING, CONSTITUENT ELEMENTS OF CRIME 235 (1967); DON STUART, CANADIAN CRIMINAL LAW 267-268 (8th ed. 2020). מעניין שבמסגרת הצעת החוק הפלילי האנגלית משנת 1989, שבה הוגדרו בס' 18 המונחים "ביודעין", "בכוונה" ו"פזיזות", העדיפו לתת לסעיף הזה את הכותרת "fault", ולא את הכותרת "mental element", בין היתר משום שיסוד ה"פזיזות" כולל בתוכו לא רק "state of mind" (דהיינו, בהקשר של תוצאה, מודעות לסיכון שהתוצאה תתרחש), אלא גם "a failure to comply with a standard" (כלומר, שמדובר בנטילה בלתי סבירה של הסיכון). יוצרי הצעת החוק הפנימו שמבחינה מהותית הרכיב של "נטילת סיכון בלתי סביר" אינו רכיב נפשי, וזו אחת הסיבות לכך שהכותרת של הסעיף הנדון אינה "היסוד הנפשי", אלא "אשמה". ראו את ההסבר למינוח שנבחר, אשר מופיע בדברי ההסבר להצעת החוק הפלילי האנגלית, לעיל ה"ש 22, בכרך 2, עמ' 190. הדבר אינו עומד בסתירה לכך שעל היסוד העובדתי-האובייקטיבי-הערכי הזה מרכיבים את הדרישה שהאדם יישפט גם בהקשר זה לפי תמונת עולמו הסובייקטיבית כאשר הוא טעה בעובדות, כפי שהוסבר לעיל בה"ש 22 ובטקסט המפנה אליה (כשם שמרכיבים את דרישת המחשבה הפלילית, למשל, על נסיבות, שהן כשלעצמן רכיב של היסוד העובדתי). מעניין שגם כותרתו של ס' 2.02 לקוד האמריקני, העוסק במונחים "במטרה", "ביודעין", "פזיזות" ו"ברשלנות", היא "general requirements of culpability", ולא "היסוד הנפשי"; ושהכותרת של ס' 2.02(2) היא "kinds of culpability defined". ראו הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1962), לעיל ה"ש 22, בס' 2.02 ו-2.02(2). ייתכן שגם קוד זה בחר במונחים אלו, בין היתר, בשל הסיבה שפורטה בדברי ההסבר להצעת החוק הפלילי האנגלית, לעיל ה"ש 22, בכרך 2, עמ' 190.

25 לטענה שייתכן בהחלט שהיה עדיף להוציא מהגדרת ה"פזיזות" את הנושא של נטילת סיכון בלתי סביר, ולהעביר את כל העיסוק בנטילת סיכון סביר כמצדיקה פעולה למסגרת הדינים העוסקים בהגנות, ראו STUART, לעיל ה"ש 24, בעמ' 268. ברוח זו כותב מחבר אחר על הרכיב שנטילת הסיכון הייתה בלתי מוצדקת, המופיע בהגדרת ה"פזיזות" בקוד הפלילי לדוגמה האמריקני, כי עדיף לטפל בנושא זה בהקשר של הגנות ההצדק. ראו MARKUS D. DUBBER, CRIMINAL LAW: MODEL PENAL CODE 72 (2002).

כעת אעבור לעברות רשלנות ולהשפעת טעות על הרשעה בהן. הדין שבעברת תוצאה ההרשעה מותנית בקיום "נטילת סיכון בלתי סביר" חל גם בעברות רשלנות.²⁶ ראשית, רצוי להסביר באיזה סוג מקרים מדובר. הרי אם מדובר במצב שבו הייתה רשלנות כלפי התוצאה, אזי במקרים רבים האפשרות שהתוצאה האסורה תיגרם לא חלפה כלל במוחו של הנאשם בעת ההתנהגות, ולכן, במקרה של סיכון סביר, אין מדובר במקרה שבו הנאשם נטל במודע סיכון שהוא יגרום לתוצאה מפאת שיקולים שבעטיים הוא חשב שהוא נוטל סיכון מוצדק (בניגוד למקרה הרגיל שבו נאשם פטור מעברת מחשבה פלילית בשל נטילת סיכון סביר; במקרה הרגיל בהקשר של עברת מחשבה פלילית, כאשר הנאשם פטור בשל "נטילת סיכון סביר", הוא פטור משום שכאשר הוא נטל במודע את הסיכון, הוא החליט לנוטלו כי נטילת הסיכון נראתה לו מוצדקת, והיא אכן הייתה מוצדקת). הרי במקרה הרגיל של רשלנות כלפי התוצאה הנאשם פעל משום שהוא לא צפה כלל את האפשרות שהתוצאה תיגרם (כאשר אדם סביר במקומו היה צופה אפשרות זו), כך שהוא לא הגיע כלל לחשיבה שנטילת הסיכון מוצדקת מסיבה כלשהי. מאחר שהחוק מורה לנו כי במקרה שמדובר ב"סיכון סביר" הנאשם פטור גם בהקשר של רשלנות, עלינו לפרש את החוק כך: אם ראובן פעל מבלי שצפה את האפשרות שהתוצאה האסורה תיגרם, אבל אדם סביר במקומו באותן נסיבות היה צופה את האפשרות שהתוצאה תיגרם, אזי אם לאדם הסביר שהיה צופה את אפשרות גרימת התוצאה היה מותר ליטול את הסיכון כי מדובר במקרה של סיכון מוצדק – גם הנאשם דנן יצא פטור (כי מבחינה אובייקטיבית מה שהוא עשה אינו פסול, שהרי מדובר בסיכון שמותר לנוטלו גם כאשר מודעים לקיומו).²⁷

כעת אעבור לסוגיה של השפעת טעות עובדתית של הנאשם על העניין של "סיכון סביר" בהקשר של אפשרות הרשעה בעברת רשלנות. לעיל עסקתי במקרה כזה בהקשר של עברת מחשבה פלילית. בדוגמה דלעיל של רופא השיניים הסקתי כי בנתונים ובהנחות שהוצגו שם לא יורשע הרופא בעברת מחשבה פלילית (למשל, בגרימת חבלה חמורה בפזיזות לפי סעיף 333 לחוק העונשין). כעת אוסיף כי בהנחה שאנו קובעים כי רופא שיניים סביר לא היה טועה את הטעות העובדתית שטעה הרופא בדוגמה דלעיל, ולכן אותו רופא סביר היה נמנע מלהזריק את החומר שהרופא בדוגמה דלעיל הזריק (כי מדובר בנטילת סיכון בלתי סביר), רופא השיניים בדוגמה דלעיל כן יורשע בעברת רשלנות רלוונטית.²⁸ נוסף על כך שזו מסקנה הגיונית, יש לציין גם שלעיל הסברנו את

26 ס' 21(א)(2) לחוק העונשין. גם הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1962), לעיל ה"ש 22, בס' 2.02(2)(d), דורש במסגרת הגדרת ה"רשלנות" שיהיה מדובר בסיכון בלתי מוצדק.

27 או בניסוח מהצד ההפוך: כדי שאדם שלא צפה את האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה האסורה ייחשב רשע כלפי התוצאה, נדרש: (א) שהאדם הסביר בנסיבות המקרה היה מודע לסיכון שהתוצאה תיגרם; (ב) שאותו אדם סביר לא היה נוטל את הסיכון (מפני שנטילתו אינה סבירה). לניסוח כזה ראו CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 172.

28 באופן כללי קיימת בישראל עברה של גרימת חבלה ברשלנות, המעוגנת בס' 341 לחוק העונשין. בדוגמה הספציפית שהובאה לעיל נרשיע למעשה את הרופא בעברה שמסתפקת ברשלנות ואשר עונשה חמור מהעונש על עברת הרשלנות הכללית של גרימת חבלה, קרי, בעברה לפי ס' 338(א)(7),

הפטור של הרופא מעברה של מחשבה פלילית על סמך דרישות המתייחסות להרשעה בעברה במחשבה פלילית דווקא, ולא הבאנו כל נימוק לשחרור הרופא גם מעברת רשלנות. אדרבה, הנימוקים שהובאו לעיל מוליכים למסקנה שיש מקום להרשיע את הרופא בדוגמה דנן בעברת רשלנות (בהנחה שרופא סביר לא היה טועה את הטעות העובדתית שטעה הרופא דנן, ולכן היה נמנע מהזרקה החומר שהוזרק על ידי הרופא בדוגמה דלעיל משום שמדובר בנטילת סיכון בלתי סביר): אם נתייחס לנימוק שלפיו היסוד של "סיכון סביר" הוא מעין נסיבה, אזי מחילים עליו את היסוד הנפשי של רשלנות כלפי נסיבה, כלומר, שאם הרופא רשן בהקשר זה, יש להרשיעו בעברת רשלנות; ואם נתייחס לנימוק שהפטור של "נטילת סיכון סביר" הוא מעין הגנה, אזי החלת סעיף 34(ב) לחוק העונשין מובילה גם היא להרשעה בעברת רשלנות, כי סעיף זה, שעוסק בטעות במצב דברים, קובע כי הגנת הטעות במצב דברים תחול גם על עברת רשלנות "ובלבד שהטעות הייתה סבירה". במקרה של הרופא בדוגמה דלעיל, מאחר שרופא סביר במקומו לא היה טועה את הטעות שטעה, מדובר במקרה שבו הטעות של הנאשם לא הייתה סבירה, ואז הגנת הטעות במצב דברים אינה חלה, ולכן יש להרשיע את הרופא בעברת הרשלנות.²⁹

במקרה שונה, שבו הנאשם צפה את אפשרות התרחשותה של התוצאה אך טעה טעות עובדתית שבעטייה הוא חשב שהוא נוטל סיכון סביר, וגם האדם הסביר במקומו היה טועה טעות כזו (ובהנחה שאילו המציאות הייתה כפי שדימה אותה הנאשם בטעות, גם השופט היה קובע שמדובר בנטילת סיכון סביר), יצא הנאשם פטור לא רק מעברת מחשבה פלילית, אלא גם מעברת רשלנות, אף אם בנתונים העובדתיים האובייקטיביים דובר ב"נטילת סיכון בלתי סביר". שתי הדרכים שהצענו לעיל להסברת הפטור מהרשעה

338(א)8 או 338(א)9 לחוק העונשין. ראו גם את ס' 341 לחוק העונשין, המציין כי הסעיף אינו חל על המקרים המפורטים בס' 338-340. בדרך אגב אציין כי אומנם ס' 338 דן ישירות במקרה שבו יש פוטנציאל שאירוע מסוים (כגון חבלה) יתרחש בעתיד, אבל ברור שהוא מתייחס גם למקרים שבהם האירוע המסוים (כגון חבלה) התרחש בפועל. כמו כן ברור שהפטור של "סיכון סביר" חל גם בעברות "פוטנציאל" (דוגמת ס' 338 לחוק העונשין). הדבר ברור מבחינה הגיונית וגם מקובל. ראו, למשל, ע"פ 7193/04 יקירביץ' נ' מדינת ישראל, פס" 52-54 (נבו 30.4.2007). להתייחסות קצרה לעברות "פוטנציאל" ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 151.

29 על כך שזהו הדין במקרה כמו זה שנדון כאן ראו CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 172. מובן שההרשעה בעברת רשלנות מותנית בכך שקיימת בשיטה המשפטית הנדונה עברת רשלנות ביחס לגרימת התוצאה הנדונה. בישראל, למשל, קיימת עברת מחשבה פלילית של גרימת הרס או גרימת פגיעה לנכס של אחר (ס' 452 לחוק העונשין) אבל אין עברה של גרימת תוצאה כזו ברשלנות. בהקשר זה יוצא שאם הנאשם צפה את האפשרות שמעשהו יגרום לפגיעה בנכס של אחר אבל טעה טעות סובייקטיבית ביחס לעובדה מסוימת, ובגלל טעות זו הוא חשב שהסיכון שהוא נוטל הוא מוצדק, הוא יצא פטור מכל עברה, אף אם טעותו הייתה רשלנית (כמובן, בהנחה שאילו המציאות האמיתית הייתה כמו זו שהוא דימה, אכן היה מדובר בנטילת סיכון מוצדקת גם לדעת השופט). זאת, מאחר שבמקרה כזה, כפי שהוסבר בטקסט, אי-אפשר להרשיעו בעברת המחשבה הפלילית של גרימת פגיעה לנכס (ס' 452 לחוק העונשין), ואילו הרשתו בעברת רשלנות אינה באה בחשבון כלל משום שאין עברת רשלנות בהקשר של גרימת פגיעה לנכס.

בעברת מחשבה פלילית חלים גם כאן: אם "נטילת סיכון בלתי סביר" היא מעין נסיבה, אזי לשם הרשעה נדרש שהנאשם היה רשולן ביחס לעניין זה, וכאן אין הדבר מתקיים, כי גם האדם הסביר לא היה מודע לעובדות שהיו נכונות מבחינה אובייקטיבית ואשר בגללן נטילת הסיכון הייתה בלתי סבירה; ואם נתייחס לפטור של נטילת סיכון סביר כאל מעין הגנה, תחול כאן הגנת הטעות במצב דברים לפי סעיף 34(ב) לחוק העונשין, הקובע כי הגנה זו חלה גם על עברות רשלנות, ובלבד שהטעות הייתה סבירה, ובמקרה הנדון כעת הטעות של הנאשם אכן הייתה סבירה, שהרי גם האדם הסביר היה טועה את אותה טעות. נראה כי ניתן למצוא בפסיקה הישראלית אימוץ של עקרון ההתחשבות בטעויות עובדתיות בהקשר של סיכון סביר, וזאת בעניין **מזרחי**.³⁰ בצהרי היום נהג הנאשם בכביש ואדי עארה. ממרחק של כשישים מטר הוא הבחין בשלושה ילדים שעמדו בשולי הדרך עם גבם אל הכביש. הנאשם נהג במהירות מותרת, ולאחר שהבחין בילדים אף האט קצת את מהירות נסיעתו. הוא לא צפר כדי להזהיר את הילדים, וגם לא האט את רכבו יותר עד כדי מהירות שתאפשר לו לבלום על אתר, מבלי לפגוע בילד, אם אחד הילדים יחליט לפתע לחצות את הכביש. **לפתע** זינק אחד הילדים, שהיה בן שש, ורץ לרוחבו של הכביש, כדי לחצותו. הנהג ניסה לבלום את הרכב אך לא הצליח לגרום לכך שהרכב ייעצר לפני שיפגע בילד. הילד נפגע מהמכונית ומת.³¹ עיקר ענייננו כאן הוא בעמדת המיעוט של הנשיא זוסמן, אשר סבר כי יש לזפות את הנאשם. הנשיא זוסמן הדגיש כי מדובר בכביש בין-עירוני הסמוך לכפר שבו גרו הילדים. הוא קובע כי הילדים "נראו כבני נוער, של 12–14 שנה, כמו שהעיד נהג המשאית"³² (מדובר בנהג משאית שנסע בכיוון הנגדי לכיוון נסיעתו של הנהג הנאשם, ואשר ראה גם הוא את הילדים). אף שהילד שקפץ לכביש היה לאמיתו של דבר בן שש, הנשיא זוסמן בוחן את התנהגותו של הנאשם כאילו דובר בנער בן 12–14, כפי שהילד נראה לנהג המשאית (ומכך משתמע שהוא מייחס גם לנאשם את המחשבה שהנערים כולם היו בני 12–14). בהמשך דבריו אומר הנשיא זוסמן (בהתייחסו למקרה ההיפותטי של נער בן 12–14) כי "נער בגיל זה, שגדל בכפר, אשר על ידו עובר כביש בינעירוני, רכש לו בדרך-כלל כבר נסיון בחיים במידה כזאת שגם הוא יודע להעריך כיאות את הסכנה האורבת לאדם מן המכוניות הנעות בכביש".³³ מייד אחר כך עובר הנשיא זוסמן לבחון (בהקשר של נער בן 12–14) את התנהגות הנאשם. ביחס לכך שהוא לא צפר אומר הנשיא זוסמן כי "תנועת רכב בכביש בינעירוני אינה בחזקת הפתעה בשביל מאן-דהוא. כלי-רכב אחרים נסעו אותה שעה בשני הכיוונים ושאונום בוודאי נשמע היטב. לשם מה היה על המערער עוד לצפור? גם נהג המשאית... לא ראה צורך לצפור ולא עשה כן".³⁴ עדיין נשארת השאלה אם הנהג הנאשם היה צריך להאט את רכבו עד כדי כך שיוכל לבלום את הרכב לפני שאחד

30 ע"פ 584/76 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(2) 617 (1977).

31 שם, בעמ' 618.

32 שם, בעמ' 621.

33 שם.

34 שם.

מהחבורה ייפגע מהרכב אם הוא יקפוץ לפתע לכביש. הנשיא זוסמן עונה על כך בשלילה, ואלה דבריו:

"הדין אינו שומר רק על חייהם ושלומם של הולכי-רגל מפני נהגים רשלנים, אלא הוא חפץ גם ביקרם של נהגים. לאלה חייב הוא לאפשר תנועה סדירה בכביש בין-עירוני. אם מצוות החוק היא, שמציאת ילדים העומדים בשולי הכביש ואינם מגלים כוונה לחצות, מחייבת נהג להאיט מהירותו אפילו מתחת לששים ק"מ לשעה, כי אז פירושו של דבר, שלא ניתן לקיים – בכביש בין-עירוני – זרם של תנועה שוטפת כראוי. אם אינך מאזן באופן סביר את זכותו של הולך-רגל שלא להיפגע – לרבות מעמדו המיוחד של ילד – עם צרכי התנועה, יהיו כבישי הארץ עמוסים מכוניות וזחלות, ייווצרו פקקי תנועה, ולא תהא בהם תחבורה סדירה".³⁵

לפיכך הסיק הנשיא זוסמן כי הנהג דגן לא נהג ברשלנות, ולכן יש לזכותו מהעברה של גרימת מוות ברשלנות. אף שהנשיא זוסמן אינו מזכיר במפורש בקטע האחרון המצוטט כאן את המילים "סיכון סביר", ברור מדבריו שהוא הפעיל פה את הדוקטרינה שמתר ליטול סיכונים סבירים. לענייננו חשוב שלפני שהתחיל לנמק מדוע הנהג הנאשם לא התנהג ברשלנות, הוא ציין כי הילדים נראו כבני 12–14. נראה שקביעה זו הייתה חשובה לנשיא זוסמן במסגרת נימוקיו לזיכוי. כלומר, הוא בחן אם הנהג דגן נטל סיכון סביר לפי תמונת העולם שבה האמין, כלומר שהילדים כולם היו בני 12–14, וזאת אף שהנשיא זוסמן ידע היטב שהילד שנהרג היה במציאות בן שש. הדברים תואמים את טענתי לעיל כי במסגרת הצד העובדתי של דוקטרינת הסיכון הסביר הנאשם נמדד לפי תמונת העולם כפי שהוא הבין אותה. ומה אם יקשה משהו שכאן עסק המשפט בעברת רשלנות, והרי בהקשר זה, לפי הנאמר לעיל, טעות הנאשם תועיל לו רק אם גם האדם הסביר היה טועה טעות זו? התשובה לכך תהיה שבמקרה דגן נראה שלדעת הנשיא זוסמן גם האדם הסביר היה חושב שכל אלה שהיו בחבורה היו בני 12–14, שהרי לדבריו, כאמור, "הילדים שעמדו ליד הכביש נראו כבני נוער, של 12–14 שנה, כמו שהעיד נהג המשאית".³⁶ כלומר, לא רק הנאשם חשב שהם בגיל זה, אלא כך חשב גם נהג המשאית, והשופט אף קובע קביעה אובייקטיבית שהילדים אכן "נראו כבני נוער, של 12–14 שנה". לפיכך עמדת הנשיא הייתה שיש לזכות את הנאשם אפילו מעברת רשלנות. איני טוען כי הנשיא זוסמן בהכרח חשב באופן מפורט על כל הנושא שבו דנתי לעיל, אבל ברור שהוא פעל (לפחות באופן אינטואיטיבי) בדרך שמתיישבת עם האמור לעיל. כמו כן איני טוען כי ברור שאילו נראתה החבורה כחבורת ילדים בני שש היה הנשיא קובע כי יש להרשיע את הנהג, אלא רק שהוא לא ראה צורך לדון במקרה היפותטי זה משום שהחבורה נראתה כולה כחבורת נערים בני 12–14, ובמקרה כזה היה ברור לו שיש לזכות, מהטעמים שהוסברו בפסק הדין בתוספת העיקרון שבהפעלת הפטור של סיכון

35 שם, בעמ' 622.

36 שם, בעמ' 621.

סביר דנים את הנאשם לפי טעותו העובדתית (ובעברת רשלנות הפטור מותנה בכך שגם האדם הסביר היה טועה את אותה טעות).

4. הרציונל של דרישת היסוד הנפשי

בישראל, כמו במדינות רבות נוספות, תנאי הכרחי להרשעה בעברה פלילית הוא קיום יסוד נפשי מסוים ביחס לאותה עברה. קיום יסוד עובדתי של עברה אינו מגבש עברה פלילית אם לא התקיים במציאות, ביחס לאותה עברה, גם יסוד נפשי מסוג מסוים. הדבר מעוגן בסעיף 19 לחוק העונשין. מהו הנימוק התאורטי לכלל שתנאי הכרחי לגיבוש עברה פלילית הוא קיום יסוד נפשי?

ברוב העברות הפליליות נדרשת "מחשבה פלילית" כתנאי להרשעה בהן. לצורך הדגמה אתייחס ליסוד הנפשי כלפי התוצאה בעברות שבהן היסוד העובדתי כולל תוצאה (עברות תוצאה). בהקשר של תוצאה, בסעיף 452 לחוק העונשין – אשר עוסק, בין היתר, בגרימת הרס לנכס של אחר – נדרשת "מחשבה פלילית" לשם הרשעה, כלומר, נדרשת, בין היתר, צפייה סובייקטיבית של אפשרות התקיימותה של התוצאה. בעברות מעטות מספיק המצב הנפשי של "רשלנות" לצורך גיבוש הרשעה. בהקשר של תוצאה, סעיף 304 לחוק העונשין, העוסק בגרימת מוות ברשלנות, מסתפק בקיומה של "רשלנות" לשם הרשעה. לכן, אם העושה לא צפה בעת ההתנהגות שלו שמעשהו עלול לגרום למות אדם, אבל אדם סביר במקומו היה צופה בנסיבות המקרה שהתנהגות כזו עלולה לגרום למות אדם, יורשע העושה בעברה זו.³⁷ יוצא שהיסוד הנפשי המינימלי הנדרש ביחס לתוצאה לשם הרשעה פלילית בעברת תוצאה כלשהי הוא שהעושה צפה באופן סובייקטיבי את האפשרות שהתנהגותו תגרום לתוצאה או שאדם סביר במקומו היה צופה אפשרות זו (או במילים אחרות – שהעושה היה יכול לצפות אפשרות זו, אף שהוא לא צפה אותה).³⁸

השאלה העומדת לפנינו כעת היא כאמור מהו הנימוק התאורטי לכך שאין להרשיע בעברה כלשהי רק על סמך הנתון שהעושה ביצע את היסוד העובדתי; וביישום לדוגמה של גרימת מות אדם: אם אדם גרם למות אדם אחר כאשר הוא לא צפה ולא היה יכול לצפות את מותו של אותו אדם, מדוע לא נרשיע אותו ונעניש אותו בשל כך שמבחינה עובדתית הוא גרם בהתנהגותו למותו של אדם?

התשובה לשאלה זו נמצאת במסגרת עקרון האשמה. עיקרון חשוב במסגרת המשפט הפלילי, שמהווה תשתית לדינים שונים, הוא העיקרון שהטלת אחריות פלילית מותנית

37 אם העושה צפה (בעת התנהגותו) באופן סובייקטיבי שהתנהגותו עלולה לגרום למות אדם, הוא יורשע בעברת המתה בדרגה חמורה יותר מאשר גרימת מוות ברשלנות, ויהיה צפוי לעונש חמור יותר. עניין זה אינו חשוב לדיון כעת, שהוא בעל אופי כללי, ואשר נערך במסגרת מבוא בלבד לנושא של היסוד הנפשי.

38 אומנם, החוק הישראלי מכיר גם בעברות מהסוג של "אחריות קפידה" – ראו ס' 19(2) ו-22 לחוק העונשין – אך מבחינה מהותית, גם בעברות מסוג אחריות קפידה נדרשת בעצם רשלנות. מאחר שהדיון בפרק זה נעשה במסגרת של מבוא בלבד, לא אתייחס כאן באופן מפורט יותר לסוגיה של אחריות קפידה.

בכך שניתן לייחס לעובר העברה אשמה מוסרית.³⁹ העיקרון בנוי קודם כל על התפיסה שאין זה ראוי ואין זה צודק להטיל על אדם עונש (כגון ישיבה בכלא) – ובכך לגרום לו סבל – אם הוא פעל בלא אשמה. כמו כן, בהרשעה פלילית קיים יסוד של גינוי של העבריין, וההרשעה מטילה עליו כתם חברתי וקלון מוסרי. אין זה ראוי וצודק לגנותו ולהטיל עליו כתם חברתי אם הוא פעל ללא אשמה. בהקשר של חלק ממטרות הענישה, כגון גמול או גינוי העושה, דרישת האשמה נובעת באופן ברור וישיר מעצם המטרה של ההרשעה והענישה. הרי אם מטרת הענישה היא לגמול לאדם על מעשהו המרושע, נדרש שהעונש באמת מגיע לנאשם, כלומר, שהוא אשם מבחינה מוסרית. כך גם בהקשר של גינוי – אין היגיון כלשהו בגינוי אדם (באמצעות הרשעה וענישה) אם הוא אינו אשם מבחינה מוסרית. אבל גם אם מטרת הענישה היא תועלתית וצופה פני עתיד, כגון שמטרתה היא ליצור הרתעה כללית, עדיין מקובל **להתנות** את השימוש בכלים של ההרשעה והענישה בכך שהעונש מגיע לנאשם, כלומר שהוא אשם מבחינה מוסרית, משום שאין זה הוגן ואין זה צודק לגרום לאדם סבל (על ידי העונש) ולגנותו כאשר הוא אינו אשם מבחינה מוסרית – רק לשם השגת תועלת חברתית.⁴⁰

כפי שכבר צוין בעבר, לעקרון האשמה יש ביטויים רבים בדין הפלילי.⁴¹ אחת הדוגמאות שהובאו לכך הייתה קשורה ליסוד הנפשי. צוין שם שכאשר לאדם אין יסוד נפשי כלשהו, אין אשמה מוסרית מצידו, ולכן אין הצדקה להרשעה ולענישה.⁴² למשל, גרימת חבלה לאדם היא עברה פלילית. אבל אם ראובן עשה מעשה, ובעת המעשה הוא לא צפה ולא היה יכול לצפות את האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה (לחבלה בדוגמה דנן), הוא פטור מאחריות פלילית.⁴³ זאת, משום שבמקרה זה לא מתקיים אצלו בעת ההתנהגות יסוד נפשי כלשהו ביחס לתוצאה, כלומר ביחס לחלק מהיסוד העובדתי של העברה, ולכן לא מתקיימת אצלו כל אשמה מוסרית.

המסקנה מהדיון כאן היא שקיום דרישת יסוד נפשי מינימלי כלשהו ביחס ליסוד העובדתי של עברה הוא תנאי הכרחי להרשעה בעברה זו, ודרישה זו נובעת מעקרון האשמה. הדיון כאן, במסגרת המבוא ליסוד הנפשי של העברה, מוגבל ליסוד הנפשי המינימלי המופיע בעברות שונות. יש עברות שדורשות יסוד נפשי בדרגה גבוהה יותר מיסוד נפשי מינימלי זה כתנאי להרשעה בהן (למשל, עברות שאינן מסתפקות בכך שהעושה צפה את האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה מסוימת, אלא דורשות שהעושה יתכוון, כלומר ירצה, שמעשהו יגרום לתוצאה המסוימת), אבל הדיון בשאלה מדוע יש עברות כאלה לא ייערך במסגרת מבוא זה.⁴⁴

39 על עקרון האשמה ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83–91 והמקורות המובאים שם.

40 מה שנכתב בכל הפסקה הנוכחית בטקסט מבוסס על מה שנכתב בקוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83. שם גם הובאו מקורות התומכים בנאמר כאן בטקסט.

41 שם.

42 שם, בעמ' 83–84.

43 שם.

44 לדיון נרחב בהסברים אפשריים לקיום עברות שדורשות דווקא "כוונה" להשגת תוצאה או יעד מסוימים ראו יצחק קוגלר **כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין** פרק ג (1997) (להלן: קוגלר **כוונה**

לסיכום, הרציונל של דרישת קיומו במציאות של יסוד נפשי כיסוד הכרחי להרשעה ולענישה פלילית נעוץ בעקרון האשמה.⁴⁵

5. יסוד נפשי סובייקטיבי מול יסוד נפשי אובייקטיבי

במשפט הפלילי הישראלי, כמו גם במשפט האנגלו-אמריקני, נהוג להבחין באופן חד בין יסוד נפשי סובייקטיבי ("מחשבה פלילית", בלשון החוק הישראלי) ליסוד נפשי אובייקטיבי ("רשלנות").⁴⁶ היסוד הנפשי הסובייקטיבי כלפי רכיב מסוים ביסוד

והלכת הצפיות). לדיון נרחב מאוד באחד ההסברים לקיום עברות כאלה ראו ITZHAK KUGLER, DIRECT AND OBLIQUE INTENTION IN THE CRIMINAL LAW: AN INQUIRY INTO DEGREES OF BLAMEWORTHINESS (2002). גם השאלה – בהנחה שבמצב הנפשי של רשלנות יש אשמה מוסרית – מדוע רק מעטות מבין העברות הפליליות מסתפקות לשם הרשעה במצב נפשי של רשלנות (ורוב העברות דורשות דווקא מחשבה פלילית) לא תידון כאן. דיון בשאלה זו אינו מתאים למסגרת של הדיון כעת, אשר מהווה מבוא בלבד ליסוד הנפשי, ועוסק רק באופן כללי בדרגה המינימלית של יסוד נפשי שיכולה להצדיק הרשעה כלשהי. דרגה זו, לפי המקובל במשפט הפלילי, היא רשלנות.

יש מלומדים שמנמקים את דרישת היסוד הנפשי על סמך שיקולים תועלתניים (ללא תלות בעקרון האשמה). אחרים חולקים עליהם וסבורים כי שיקולים תועלתניים אינם יכולים להצדיק את דרישת היסוד הנפשי. איני רואה צורך לדון כאן במחלוקת זו, משום שלדעתי יש לנו תחושה אינטואיטיבית ברורה שענישת מי שאינו אשם מבחינה מוסרית (מפני שלא התקיים אצלו יסוד נפשי כלל) אסורה מחמת שיקולי צדק, ושהיינו ממשיכים לדרוש את היסוד הנפשי, מחמת שיקולי צדק ועקרון האשמה, גם אם החשבון התועלתני היה מראה שנוויה מבחינה תועלתית אם נעניש גם אנשים שפעלו ללא יסוד נפשי כלל. כמו בדוגמת העיירה (ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28–29), שם המסקנה הייתה שגם אם ענישת אדם חף מפשע תועיל לחברה מבחינה תועלתית, לא נעניש אותו, מאחר שהוא אינו אשם, כך גם בהקשר דנן – גם אם היו מוכיחים לנו שענישת אנשים שפעלו ללא יסוד נפשי כלל תועיל לחברה, היינו דוחים את הרעיון להענישם, וזאת מפאת המחויבות העמוקה שלנו לעקרון האשמה, אשר מבוסס על שיקולי צדק, ואינו בנוי על עשיית חשבון תועלתני, יהיו תוצאותיו אשר יהיו. נכון שאם החשבון התועלתני יכול להצדיק את דרישת היסוד הנפשי, הדבר יכול לתרום נימוק נוסף לחוסר הטעם שבענישת אדם שפעל ללא יסוד נפשי, אך מדובר בתוספת שאין לה חשיבות ממשית, כי גם אם החשבון התועלתני אינו נכון, עדיין לא נסכים לוותר על הכלל שהרשעה וענישה פלילית מותנות בקיום יסוד נפשי – מחמת שיקולי צדק. בעניין זה ראוי להזכיר כאן את דבריו הנוקבים של הנשיא אגרוט נגד קיום עברות של אחריות מוחלטת (כלומר, עברות שניתן להרשיע בהן גם כאשר הנאשם פעל ללא כל יסוד נפשי), שבהם קבע כי הקיום של עברות כאלה עומד בסתירה לאושיותיו של המשפט הפלילי, שכן הוא מתעלם מכך שהמשפט הפלילי "מקפל בתוכו" את הרעיון של ענישה צודקת. עוד הוסיף הנשיא אגרוט בדבריו אלו כי רגש הצדק מתקומם נגד ענישת אדם על לא עוול בכפו, מבלי שרבעה עליו כל אשמה מוסרית. ראו ד"ר 11/65 **גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כ(1) 57, 68 (1966).

46 איני מתייחס כאן למשפט הקונטיננטלי. הסיבה לכך היא שבנושא היסוד הנפשי, לדעתי, המשפט האנגלו-אמריקני עולה באיכותו בבירור על המשפט הקונטיננטלי. אין טעם להעסיק כאן את הקורא בשיטות המשפט הקונטיננטליות, אשר מבנה היסוד הנפשי שבהן שונה לחלוטין ונחות באיכותו מזה הנהוג במשפט האנגלו-אמריקני ובמשפט הישראלי. לחיבור וניתוח של מבנה היסוד הנפשי במשפט

העובדתי עוסק במצב שבו יש במוחו הסובייקטיבי של הנאשם מודעות (בעת ביצוע ההתנהגות) לקיומו של הרכיב או לאפשרות קיומו של הרכיב (או לכך שרכיב התוצאה יתקיים או עלול להתקיים בעתיד).⁴⁷ היסוד הנפשי האובייקטיבי, הוא ה"רשלנות", מתקיים כאשר ביחס לרכיב מסוים ביסוד העובדתי הנאשם לא היה מודע באופן סובייקטיבי לכך שהוא קיים (או אולי קיים; או שהוא ייגרם או אולי ייגרם – במקרה של תוצאה), אבל האדם הסביר, בנסיבות המקרה הנדון, היה מודע לכך שהרכיב קיים (או אולי קיים; או שהוא ייגרם או אולי ייגרם).

אציין כעת באופן כללי את החשיבות המעשית שיש להבחנה בין יסוד נפשי סובייקטיבי ליסוד נפשי אובייקטיבי. להבחנה ביניהם יש שתי השלכות עיקריות, ושתיהן נובעות (בדרך כלל) מההנחה שדרגת האשמה המוסרית של אדם שעשה מעשה מסוים עם יסוד נפשי סובייקטיבי גבוהה בדרך כלל מזו של אדם שעשה את המעשה עם יסוד נפשי אובייקטיבי בלבד.

א. יש מעשים שמגבשים עברה פלילית רק אם הם בוצעו עם יסוד נפשי סובייקטיבי. למשל, סעיף 452 לחוק העונשין עוסק, בין היתר, במי שגרם לפגיעה בנכס. עברה זו דורשת לשם התגבשותה יסוד נפשי סובייקטיבי, כלומר (בין היתר), שבעת המעשה צפה הנאשם את האפשרות שמעשהו יגרום לפגיעה בנכס.⁴⁸ מי שגרם לפגיעה בנכס ובעת מעשהו הייתה אצלו רק רשלנות (יסוד נפשי אובייקטיבי) ביחס לאפשרות שמעשהו יגרום לפגיעה כזו – פטור לחלוטין מאחריות פלילית. אין עברה מסוג "הגורם ברשלנות לפגיעה בנכס". למעשה, רוב העברות דורשות לשם התגבשותן יסוד נפשי סובייקטיבי, כך שבמצב של רשלנות לא מתגבשת בהקשרן עברה כלל.

ב. יש מעשים (מעטים) שמגבשים עברה פלילית הן כאשר הם נעשו עם יסוד נפשי סובייקטיבי והן כאשר הם נעשו עם יסוד נפשי אובייקטיבי (רשלנות). אבל פעמים רבות (אם כי לא תמיד) המחוקק קובע עונש מרבי גבוה יותר לעברה שהתקיים בה יסוד נפשי סובייקטיבי מאשר לעברה שהתקיימה בה רק רשלנות. לדוגמה, סעיף 218 לחוק העונשין קובע שתהיה זו עברה לעשות מעשה שעלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות. הסיפה של הסעיף קובעת כי אם המעשה הנדון נעשה עם יסוד נפשי סובייקטיבי, העונש המרבי הוא שבע שנות מאסר, בעוד הרישה קובעת כי במקרה

הגרמני, ולביקורת נוקבת ומוצדקת עליו, ראו Greg Taylor, *Concepts of Intention in German Criminal Law*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 99 (2004). כיום יש גם מלומדים גרמנים הקוראים לנטוש את הגישה הגרמנית המסורתית בקשר למבנה היסוד הנפשי, ולאמץ את המודל האנגלי. ראו שם, בעמ' 126.

47 כפי שכתבתי לעיל בפסקה האחרונה של תת-פרק 2, לעיתים היסוד הנפשי הסובייקטיבי מוסב על נתון שאינו חלק מהיסוד העובדתי. כמו כן, כפי שכתבתי באותו סעיף, לעיתים המחוקק דורש, למשל, שנוסף על המודעות לאפשרות שהתוצאה תיגרם, הנאשם גם רצה שהיא תיגרם.

48 מאחר שמדובר בפרק זה במבוא בלבד, לא אסביר כאן מה המקור לקביעה שעברה זו דורשת יסוד נפשי סובייקטיבי.

שבו נעשה מעשה זה בלוויית יסוד נפשי של רשלנות בלבד – העונש המרבי הוא רק שלוש שנות מאסר.⁴⁹

פרק ב: מחשבה פלילית ביחס לתוצאות שבהגדרת העברה

1. מבוא ל"מחשבה פלילית"

לעיל הוסבר ההבדל בין יסוד נפשי סובייקטיבי ליסוד נפשי אובייקטיבי. בחוק הישראלי היסוד הנפשי הסובייקטיבי מוגדר באמצעות המושג "מחשבה פלילית". במילים אחרות, לפי מונחי החוק הישראלי, כאשר עברה דורשת לשם התגבשותה יסוד נפשי סובייקטיבי, היא דורשת התקיימות של "מחשבה פלילית" אצל העושה (בעת ההתנהגות).

בסעיף 20 לחוק העונשין מוגדרת המחשבה הפלילית. החוק הישראלי מגדיר את "המחשבה הפלילית" כמושג שחל בבת אחת על כל רכיבי היסוד העובדתי, והוא לא בחר בשיטה שלפיה היסוד הנפשי הסובייקטיבי מוגדר מראש לחוד ביחס לכל רכיב של היסוד העובדתי. עם זאת, בתוך ההגדרה של "מחשבה פלילית" המחוקק הישראלי מגדיר בצורה שונה מה נדרש ביחס לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי כדי לקיים את דרישת המחשבה הפלילית (שחלה על היסוד העובדתי כולו). למשל, ביחס לתוצאה המחוקק מבחין במסגרת ההגדרה של "מחשבה פלילית" בין שלושה מצבים המתייחסים לרכיב הנפשי הרצוני (כוונה, אדישות, קלות דעת); לעומת זאת, במסגרת ההגדרה של "מחשבה פלילית" בהקשר של הנסיבות וההתנהגות החוק אינו מבחין כלל בין מצבים נפשיים שונים ביחס למישור הרצוני.

בעולם יש חוקים והצעות חוק שכבר מלכתחילה אינם מגדירים את היסוד הנפשי הסובייקטיבי בבת אחת לעברה שלמה, אלא מגדירים את מצבי הנפש הסובייקטיביים לחוד ביחס לכל רכיב ביסוד העובדתי. כך, למשל, הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני מגדיר מלכתחילה את מצבי הנפש הסובייקטיביים באופן נפרד ביחס לכל רכיב ביסוד העובדתי. הדבר נעשה מתוך מחשבה שצורה זו של הגדרת היסוד הנפשי תוביל ליתר בהירות ולפחות בלבול בנושא היסוד הנפשי.⁵⁰ אולם, אף שייתכן שמבחינה אנליטית

49 מאחר שמדובר בפרק זה במבוא בלבד, לא אסביר כאן מה המקור לקביעה כי לשם הרשעה בעברה שבסיפה של הסעיף נדרש יסוד נפשי סובייקטיבי ואילו לשם הרשעה בעברה שברישת די ביסוד נפשי אובייקטיבי.

50 ראו הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1962), לעיל ה"ש 22, בס' 2.02(2), אשר מעניק הגדרה שונה למונח "purposefully" ביחס להתנהגות ולתוצאה מההגדרה שהוא מעניק למונח זה ביחס לנסיבה, וכן מעניק הגדרה שונה למושג "knowingly" ביחס להתנהגות ולנסיבה מההגדרה שהוא מעניק למונח זה בהקשר של תוצאה. דברי ההסבר החדשים לקוד זה מדגישים כי הקוד בחר בגישה של הגדרה נפרדת לכל רכיב של היסוד העובדתי, ומסבירים כי מטרה של שיטה זו היא להקל את ניסוח העברות הספציפיות בהקשר של עברות שבהן נדרש יסוד נפשי סובייקטיבי שונה ביחס לרכיבים

ו"אסתטית" חוקים והצעות חוק אלו עדיפים על הגישה שנוקטה בחוק הישראלי, נראה לי שמבחינה מעשית לא נוצר בסופו של דבר פגם רציני באימוץ הגישה הישראלית בהקשר זה.⁵¹

סעיף 19(1) לחוק העונשין קובע שרק כאשר בהגדרת העברה נקבע כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש להתהוותה ניתן להסתפק ב"רשלנות" לשם התגבשותה. כאשר בעברה לא מוזכר כל יסוד נפשי (מקובל לקרוא לעברה כזו "עברה שותקת") – נדרשת "מחשבה פלילית".⁵² התוצאה של סעיף זה היא שברוב העברות הפליליות נדרשת מחשבה פלילית (כי רובן הן "עברות שותקות", וחלק נוסף דורשות במפורש מחשבה פלילית). תוצאה זו היא מכוונת. היא נובעת מתפיסת המחוקק כי מי שפועל עם מחשבה פלילית (שהוא יסוד נפשי סובייקטיבי) נושא אשמה מוסרית גבוהה יותר ממי שפועל רק

שונים של היסוד העובדתי (ראו הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1985), לעיל ה"ש 22, בעמ' 231–233). דברי ההסבר האלה גם מציינים כי כמעט כל החוקים הפליליים שנחקקו במדינות ארצות הברית לאחר פרסום הקוד הנדון אימצו את השיטה שהציע קוד זה (שם, בעמ' 232–233). מלומדים אמריקנים שיבחו את הקוד הנדון על בחירתו להגדיר בנפרד את היסוד הנפשי ביחס לכל רכיב בעברה, אשר הובילה ליתר בהירות בהקשר של עברה שהיסוד הנפשי ביחס לרכיבי היסוד העובדתי השונים שלה אינו אחיד. ראו, למשל, PAUL H. ROBINSON & MICHAEL T. CAHILL, CRIMINAL LAW 155 (2d ed. 2012).

51 אסביר את דבריי בהמשך לאמור בהערה הקודמת. לצורך הדגמה אתיחס לעברה שדורשת ביחס לחלקה מחשבה פלילית ואילו ביחס לחלק אחר שלה היא מסתפקת ברשלנות. למעשה, החלק הכללי בס' 19–21 לחוק העונשין אינו מציע כלל אפשרות שתיתכן עברה כזו, משום ש"מחשבה פלילית" מוגדרת ביחס לעברה שלמה, וכך גם "רשלנות". אבל החוק גם אינו אוסר במפורש קיומה של עברה מסוג זה. לכן, אם מתקיימת בחלק הספציפי עברה שנראה כי המצב המתואר חל לגביה, יוכל הפרשן לטפל בה ללא קושי. לדוגמה, ס' 340 לחוק העונשין קובע כי "המשאיר או מפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו, ויש יסוד סביר להניח שילדים ישחקו בדבר או יטפלו בו בדרך אחרת, ושבשעותם כן הם עלולים להיזקק בבריאותם או לסכן חייהם, ואינו נוקט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע תוצאות כאלה" עובר עברה. המילים "יש יסוד סביר להניח" מתייחסות למעשה למצב הנפשי של "רשלנות". לכן ברור שביחס למילים שבאות לאחר מילים אלו די ביסוד נפשי של רשלנות. אך מה לגבי המילים "המשאיר או מפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו", אשר נמצאות לפני המילים "יש יסוד סביר להניח"? ס' 19 לחוק העונשין קובע שכאשר בעברה לא נקבע כי היסוד הנפשי הנדרש ביחס אליה הוא רשלנות, נדרשת ביחס אליה מחשבה פלילית (אלא אם כן מדובר בעברה של אחריות קפידה, אשר אינה מענייננו כעת). סביר ליישם קביעה זו גם על חלק של עברה (אף שהדבר אינו נאמר במפורש בחוק). המסקנה היא שבעברה זו נדרוש ביחס למילים שלפני "יש יסוד סביר להניח" מחשבה פלילית, ואילו ביחס למילים שלאחר המילים "יש יסוד סביר להניח" נסתפק ברשלנות. השווה לדברי פלר ביחס לעברה זו, הכותב כי "זוהי עבירת רשלנות בכך שדי במודעות בכוח למספר פרטים מפרטי היסוד העובדתי שבעבריה. מודעות זו מובעת במלים 'יש יסוד סביר להניח' את דבר קיומם של אותם פרטים". ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 645 (1984). מדברים אלו עולה שגם לדעת פלר ההסתפקות ברשלנות חלה רק על חלק מפרטי העברה, ולא על כולם.

52 אלא אם כן מדובר בעברה של אחריות קפידה, שאינה מענייננו כעת, ואשר ביחס לזיהויה יש כללים מיוחדים.

עם "רשלנות"⁵³. רק בעברות חריגות דרגת האשמה המוסרית שיש ברשלנות מספיקה להצדקת יצירתה של עברה פלילית, הגוררת הרשעה וענישה.⁵⁴ כך, למשל, קיימות בישראל העברות של גרימת מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין) ושל חבלה ברשלנות (סעיף 341 לחוק העונשין).

נקודה נוספת שחשוב להדגיש היא שכאשר עברה דורשת מחשבה פלילית (למשל, כאשר מדובר ב"עברה שותקת"), נדרש שתתקיים מחשבה פלילית (יסוד נפשי סובייקטיבי) ביחס לכל רכיבי היסוד העובדתי של העברה. למשל, גם אם יש יסוד נפשי סובייקטיבי ביחס להתנהגות, לתוצאה ולכל הנסיבות למעט אחת (שביחס אליה יש רק רשלנות), אי-אפשר להרשיע בעברה הנדונה. הדבר עולה מסעיף 20 לחוק העונשין, שמגדיר את המצב של "מחשבה פלילית" כך שהיסוד הנפשי הסובייקטיבי מתקיים ביחס לכל רכיבי היסוד העובדתי של העברה (הוא מתייחס להתנהגות, לנסיבות ולתוצאות הנמנים עם פרטי העברה, ואינו מסתפק ביסוד נפשי סובייקטיבי ביחס לחלקם או אף לרובם). במצב המתואר לעיל, שבו ביחס לכמעט כל רכיבי העברה יש מחשבה פלילית אך ביחס לנסיבה אחת יש רק רשלנות, המצב הנפשי שמתקיים אצל העושה הוא "רשלנות". הדבר גם יוצא בבירור מסעיף 21 לחוק העונשין, שממנו עולה כי כאשר ביחס לחלק מרכיבי העברה יש רשלנות וביחס לחלקם יש רכיב נפשי סובייקטיבי – מתקיים מצב של רשלנות. לכן בדוגמה הנדונה כאן ניתן להרשיע רק בעברה המסתפקת ברשלנות.

2. מבוא ל"מחשבה פלילית" ביחס לתוצאה והבהרת המקום המרכזי של מצב ה"פזיזות" בהקשר זה

מכאן ואילך אני מגביל את הדיון במאמר זה ל"מחשבה פלילית" בקשר לתוצאה. הסיבה לכך היא שהסדר של החוק הישראלי ביחס למחשבה הפלילית כלפי התוצאה הוא (בעיקרו) גם ההסדר הראוי, לדעתי. לעומת זאת, ההסדר של חוק זה בהקשר של מחשבה

53 על כך כבר עמדתי לעיל בתת-פרק 5א. אין משמעות האמור כאן שתמיד ביצוע יסוד עובדתי מסוים ברשלנות נושא דרגת אשמה פחותה מזו שנושא ביצועו עם מחשבה פלילית. ייתכנו מקרים שבהם הרשלנות היא חמורה מאוד ודרגת האשמה של הפזיז היא נמוכה מאוד, כך שהרשלן יהיה אשם מבחינה מוסרית יותר מהפזיז, גם כאשר מדובר באותו יסוד עובדתי. הטענה בטקסט משמעותה היא שברוב הגדול של המקרים ביצוע עברה עם מחשבה פלילית נושא אשמה מוסרית גבוהה יותר מביצועו עם רשלנות. לטענה שיש מקרים שבהם הרשלן אשם יותר מהפזיז – למשל, כאשר הפזיז נטל סיכון בהסתברות נמוכה שייגרם נזק מסוים בעוד שהרשלן לא שם לב לסיכון בדרגת הסתברות גבוהה שייגרם אותו נזק; או כאשר ביחס לנזק לאינטרס זהה הפזיז צפה אפשרות שייגרם רק נזק קטן לאינטרס הנדון בעוד שהרשלן לא שם לב לנזק חמור שעלול להיגרם לאותו אינטרס – ראו JEREMY

HORDER, ASHWORTH'S PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 229 (10th ed. 2022).

54 הגישה שבדרך כלל רמת האשמה במצב של "פזיזות" גבוהה מזו הקיימת ב"רשלנות" נובעת מכך שבמצב של "פזיזות" קיימת בחירה לסכן אינטרס מוגן, שאינה קיימת במצב של רשלנות. במושג "בחירה" בהקשר זה אדון להלן בפרק ד.

פלילית ביחס להתנהגות ולנסיבות סוטה לדעתי באופן משמעותי מהחוק הרצוי (וגם מן המקובל בעולם), ולכן אני מעדיף לא לדון בו במאמר זה. כמו כן, כדי להבין באופן מיטבי במה ההסדר הישראלי בהקשר של התנהגות ונסיבות סוטה לדעתי מהחוק הרצוי, רצוי להבין תחילה את ההסדר שנקבע בחוק הישראלי ביחס לתוצאה, כי חלק מרכזי בהשקפתי הוא שההסדר ביחס לתוצאה צריך לשמש מודל עקרוני גם להסדר ביחס להתנהגות ולנסיבות.

התוצאה היא אירוע או מצב עתידיים שמתרחשים אחרי ההתנהגות ובגללה.⁵⁵ מכאן ברור שהיסוד הנפשי המוסב על התוצאה יתייחס לנתון עתידי. אכן, המחשבה הפלילית מוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין באמצעות התייחסות לנתון עתידי. סעיף זה מחלק את ההגדרה של המחשבה הפלילית לשני חלקים: החלק ההכרתי (הקוגניטיבי) והחלק הרצוני (או "החפצי", כפי שהוא נקרא לפעמים).

סעיף 20(א) לחוק העונשין קובע כי מבחינת החלק ההכרתי, כדי שתתקיים מחשבה פלילית, נדרש שהנאשם (בשעת ההתנהגות⁵⁶) היה מודע לאפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה שמהווה רכיב ביסוד העובדתי של העברה (נוח יותר ומקובל יותר לתאר בשפה מצב זה כמצב שבו הנאשם צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם ממעשהו; בהמשך המאמר אנקוט בדרך כלל ניסוח המשתמש במונח "צפייה"⁵⁷). מה שחשוב מאוד לזכור הוא שנדרש כאן יסוד נפשי סובייקטיבי – נדרש שבעת ההתנהגות הופיעה במוחו (חצתה את מוחו) של הנאשם, בחלקו המודע, המחשבה או הידיעה שייתכן שמעשהו יגרום לתוצאה הנדונה (אין דרישה שהוא עסק במידע זה באופן מעמיק ושקל אותו; גם הופעה של מידע זה כהרף עין מספקת). אם זה לא קרה, לא מתקיימת מחשבה פלילית, אף אם האדם הסביר במקומו של הנאשם היה מודע, בנסיבות המקרה, לכך שייתכן שהמעשה יגרום לתוצאה הנדונה.

55 ראו קוגלר תאוריה ומעשה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 139.

56 שם, בעמ' 355, הוסבר שכאשר מדובר בעברת תוצאה ללא התנהגות מוגדרת, ניתן לעיתים להשיג הרשעה על ידי "הליכה אחורה" כדי לאתר את ההתנהגות הרלוונטית. דובר שם בנהג שהרגיש כי הוא עומד להירדם ובכל זאת המשיך לנהוג. לאחר מכן הוא אכן נרדם, ואז סטה לנתיב הנגדי, התנגש ברכב וגרם למות אדם שהיה ברכב האחר. הוסבר שם שאי-אפשר להרשיעו על ההתנהגות שבוצעה לאחר ההירדמות (הסטייה לנתיב הנגדי), כי זו נעשתה ללא שליטה, אולם ניתן בכל זאת להרשיעו על ידי כך שבחורים כהתנהגות הרלוונטית של הנהג את המשכת הנהיגה כאשר הוא הרגיש שהוא עומד להירדם. בזמן ההתנהגות הזו הוא פעל בשליטה, ולכן ניתן להרשיעו בעברה של גרימת המוות. אותם דברים רלוונטיים גם באשר ליסוד הנפשי. הרי לאחר שנרדם, כבר לא היה לנהג כל יסוד נפשי סובייקטיבי ביחס להתנגשות ולמוות, ואם כן, כיצד ניתן להרשיעו? התשובה היא, שוב, שאנו "הולכים אחורה" ומתמקדים בהתנהגותו כאשר הוא הרגיש שהוא עומד להירדם ובכל זאת המשיך לנהוג. בשלב זה הוא צפה את האפשרות שהוא יירדם ושההירדמות תוביל להתנגשות שתוביל למות אדם. אם כך, באותו שלב הוא צפה את האפשרות שאותה התנהגות (המשכת הנהיגה) תוביל למות אדם. לכן ניתן להרשיעו בעברה הדורשת יסוד נפשי סובייקטיבי כלפי המוות.

57 גם המחוקק עצמו מעדיף לפעמים להשתמש במונח "צפייה". ראו, למשל, ס' 34 לחוק העונשין, שם מדובר במקרה שבו העושה "צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

אבל המחוקק מוסיף להגדרת המחשבה הפלילית ביחס לתוצאה גם רכיב רצוני. המחוקק מתייחס לכך שנוסף על הרכיב ההכרחי התקיים אצל הנאשם גם רכיב רצוני ביחס להתגשמות התוצאה. הוא מבדיל בין שלושה מצבים: מצב שבו בעת המעשה הנאשם רצה שהתוצאה תיגרם; מצב שבו לא היה לו אכפת אם היא תיגרם או לא, כלומר, התקיימה אצלו **אדישות** ביחס לתוצאה; ומצב שבו הנאשם קיווה שהתוצאה לא תיגרם.⁵⁸ מנוסח החוק משתמע שהמחוקק סבר כי שלושת המצבים הרצוניים האלה ממצים את כל האפשרויות הקיימות במציאות בהקשר של רכיב רצוני שמתלווה לצפיית האפשרות שהתוצאה תיגרם. מהחוק עולה שהמחוקק סבר כי בדרך כלל מי שפעל עם כוונה אשם מבחינה מוסרית יותר ממי שפעל עם אדישות, ומי שפעל עם אדישות אשם מבחינה מוסרית יותר ממי שפעל עם קלות דעת. הבדלים אלו באשמה המוסרית מקבלים ביטוי במישור המשפטי בדירוג שמופיע בסעיף 20 לחוק העונשין. תפיסה זו של המחוקק משתמעת מעצם העובדה שהוא סידר את המצבים הנפשיים השונים בסדר יורד של חומרה. הדבר מתיישב גם עם ההיגיון הפשוט. הדבר בא לידי ביטוי גם בעברות הספציפיות. לעיתים יש שתי עברות עם אותו יסוד עובדתי אבל העונש על העברה שנעברת עם כוונה חמור מהעונש על העברה שנעברת עם אדישות או קלות דעת. כך, למשל, כאשר אדם גורם חבלה חמורה בכוונה, העונש המרבי הוא עשרים שנות מאסר (סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין), אבל כאשר אדם גורם חבלה חמורה עם אדישות או קלות דעת, העונש המרבי הוא רק שבע שנות מאסר (סעיף 333 לחוק העונשין). לגבי אדישות, החל בשנת 2019, אדם שגורם למות אדם בכוונה או באדישות עובר את עברת הרצח, שעונשה המרבי הוא מאסר עולם (סעיף 300(א) לחוק העונשין), ואילו אם הוא גורם למות אדם בקלות דעת, הוא עובר את העברה של "המתה בקלות דעת", שעונשה המרבי הוא רק שתיים-עשרה שנות מאסר (סעיף 301 לחוק העונשין).⁵⁹

58 ס' 20(א)(1) לחוק העונשין מגדיר מצב של "כוונה" כמצב שבו העושה פעל במטרה לגרום לתוצאות. ס' 20(א)(2) לחוק העונשין מגדיר "אדישות" כמצב שבו העושה פעל בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות, וס' 20(א)(2) לחוק העונשין מגדיר "קלות דעת" כמצב שבו העושה פעל מתוך תקווה להצליח למנוע את התוצאות. בטקסט כאן פירשתי את החוק בהתאם לגישה השלטת בישראל – הן לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין והן אחריו. אני מודע לכך שיש מקורות מעטים וחריגים שבהם מונחים אלו או חלקם מתפרשים באופן שונה מזה שהוצג כאן בטקסט. אבל אם רוצים לנהל דיון מסודר, אי־אפשר לקפוץ תוך כדי דיון מהגדרה אחת להגדרה אחרת. לכן מעתה ואילך אדון במחשבה הפלילית בהקשר של הרכיב הרצוני כפי שהגדרתי אותו כאן בטקסט, בהתאם לגישה השלטת בישראל. בס' 20(ב) לחוק העונשין הרחיב המחוקק את הגדרת "כוונה" כך שכוונה תקיים אצל העושה גם כאשר לא התקיים אצלו רצון פוזיטיבי שהתוצאה תיגרם אבל הוא צפה שהתוצאה תיגרם בהסתברות קרובה לוודאי. בעניין זה לא אעסוק במאמר זה, אשר מוקדש ל"פזיזות" כלפי התוצאה ואינו עוסק ב"כוונה" כלפי התוצאה. לדיון נרחב על "כוונה" ועל "הלכת הצפיות" ראו קוגלר **כוונה והלכת הצפיות**, לעיל ה"ש 44; KUGLER, לעיל ה"ש 44.

59 דברי ההסבר להצעת החוק שקדמה לתיקון מס' 39 לחוק העונשין מציינים כי המצב הנפשי של "כוונה" חמור יותר מהמצבים הנפשיים של אדישות וקלות דעת. ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115, 124 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק

המחוקק קבע שם-גג בדמות המונח "פזיזות",⁶⁰ אשר מאגד בתוכו את המצבים של "אדישות" ושל "קלות דעת" (ואינו כולל בתוכו מצבים של "כוונה"). נראה שהסיבה לכך היא שבחוק הישראלי אין כמעט שום עברה שבה המחוקק אינו דורש "כוונה", מצד אחד, ומבחיין בין אדישות לקלות דעת, מצד אחר.⁶¹ לנוכח זאת יהיה נוח למשפטן לדבר על עברה מסוימת כעברה שדורשת "פזיזות" ביחס לתוצאה ומסתפקת בה (כלומר, שלשם הרשעה בעברה זו די בכך שהנאשם צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם, ואין זה משנה אם הוא היה אדיש או קל דעת ביחס לתוצאה) במקום להשתמש בביטוי המסורבל יותר המתייחס לחוד גם לאדישות וגם לקלות דעת. מאחר שיש במשפטנו הרבה מאוד עברות מסוג זה, השימוש במושג "פזיזות" מקל ורווח מאוד. מן האמור לעיל עולה שאם עברה דורשת יסוד נפשי של מחשבה פלילית ביחס לתוצאה ואינה מבחינה בין המצבים הרצוניים (כוונה, אדישות וקלות דעת) לשם התגבשותה – כגון העברה לפי סעיף 452 לחוק העונשין, העוסקת בגרימת פגיעה לנכס של אדם, או העברה לפי סעיף 334 לחוק העונשין, העוסקת בגרימת פגיעה לאדם – אזי ככל שמדובר בשאלת ההרשעה, אין כל צורך לדון בשלב המשפט או בפסק הדין בשאלה מה היה המצב הרצוני של העושה בעת התנהגותו, שהרי העברה מתגבשת בלא כל תלות בשאלה אם כלפי התוצאה הייתה כוונה, אדישות או קלות דעת (ואלה שלושת המצבים הרצוניים היחידים האפשריים לפי הנחת המחוקק). די בכך שיוכח וייקבע כי הנאשם צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם.⁶² רק במקרים שבהם התביעה רוצה להשתמש בעובדה שהנאשם פעל עם כוונה

העונשין 1992). על כך שכוונה חמורה מאדישות ואדישות חמורה מקלות דעת ראו, למשל, פלר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 496; ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 91 ו-113.

60 ברישה של ס' 20(א)(2) לחוק העונשין.

61 למן שנת 2019 קיימת עברה אחת המבחינה בין אדישות לקלות דעת: ס' 300(א) לחוק העונשין קובע כי רצח מתגבש כאשר הייתה כוונה או אדישות ביחס לגרימת מותו של אדם, בעוד גרימת מותו של אדם בקלות דעת מגבשת את העברה של המתה בקלות דעת (ס' 301ג לחוק העונשין), שעונשה חמור פחות מהעונש על עברת הרצח.

62 על כך שבעברת תוצאה של מחשבה פלילית "רגילה" מסתפקים בקלות דעת ביחס לתוצאה ארחיב להלן בפרק ג. יש לציין כי האמור כאן בטקסט ולוונטי גם למצב שבו יש עברה חמורה הדורשת כוונה ביחס לתוצאה ולצידה עברה חמורה פחות שבה די בצפיית אפשרות התוצאה, ללא הבחנה בין אדישות לקלות דעת ביחס לתוצאה. כך, למשל, ס' 329(א)(1) לחוק העונשין עוסק, בין היתר, בגרימת חבלה חמורה בכוונה, ולעברה זו נקבע עונש מרבי של עשרים שנות מאסר. ס' 333 לחוק העונשין עוסק בגרימת חבלה חמורה עם מחשבה פלילית "רגילה" – כלומר, כאשר המעשה נעשה תוך צפיית האפשרות שתיגרם חבלה חמורה אך לא בלוויית כוונה לגרום חבלה חמורה – ואז העונש המרבי על העברה הוא רק שבע שנות מאסר. ס' 333 אינו מבחין בין מצב שבו העושה היה אדיש לתוצאה לבין מצב שבו הוא היה קל דעת לגביה. כאשר התביעה מגישה כתב אישום לפי ס' 333 לחוק העונשין, פירוש הדבר הוא שהיא סבורה כי הנאשם לא פעל עם כוונה לגרום לתוצאה הנדונה (או לפחות שהיא מעריכה כי היא לא תוכל להוכיח כוונה כזו). יוצא שבמשפט כזה אין צורך לדון – לא באולם ולא בפסק הדין – בשאלה אם הנאשם היה אדיש או קל דעת (למעט במקרה שבו הדבר נתפס כחשוב לצורך קביעת גובה העונש, כמפורט מייד בטקסט). אכן, בדרך כלל הפסיקה נוהגת בדרך שתוארה כאן בטקסט ובהערה זו. למשל, בפסק דין צ'ורני דחה השופט מינץ את הערעור על

או עם אדישות (להבדיל מקלות דעת), כדי לטעון שלנוכח זאת יש להחמיר בעונשו של הנאשם, יש טעם לעסוק ברכיב הרצוני בהקשר זה.⁶³ בעבר עסקתי בנושא שהגדרתי "נתוני לוואי של תוצאה". כאשר עסקתי ביסוד העובדתי, דנתי בשאלה כיצד יש לסווג את המילה "אדם" בעברות כגון "גרימת חבלה חמורה לאדם". האם בעברה כזו המילה "אדם" תסווג כנסיבה או כחלק מהתוצאה? ציינתי שם כי חוק העונשין, לפי פשוטו, אינו מתייחס במפורש לשאלה זו. אבל המשכתי ודנתי בשאלה: בהנחה שאנו רוצים בכל זאת לסווג את המילה "אדם" לפי המונחים המופיעים בחוק העונשין, האם עלינו לסווג כנסיבה או כחלק מהתוצאה (שהיא "חבלה חמורה לאדם")? בסופו של הדיון הסקתי כי אני מעדיף לסווג את המילה "אדם" כחלק מהתוצאה.⁶⁴ בהמשך לכך הצעתי לחלק את התוצאה בעברה ל"לב התוצאה" (כגון "חבלה חמורה" בעברה האמורה) ול"נתוני הלוואי" של התוצאה (כגון "אדם" בעברה האמורה). כעת ניתן להעלות את השאלה: מהו היסוד הנפשי הנדרש בעברת תוצאה אשר דורשת מחשבה פלילית רגילה (כלומר, מסתפקת ב"פזיזות" ביחס לתוצאה) כלפי "נתוני הלוואי" של התוצאה? אדגים את השאלה ביחס לסעיף 333 לחוק העונשין, הקובע כי "החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו – מאסר שבע שנים". המילה "בחברו" פירושה "אדם", ואת המילים "החובל חבלה חמורה" הפסיקה נוהגת לפרש כאילו כתוב "הגורם חבלה חמורה". כלומר, יוצא שלפי הפסיקה יש לקרוא את סעיף 333 לחוק

הרשעת הנאשם, בין היתר בס' 333 לחוק העונשין, העוסק בגרימת חבלה חמורה. השופט קבע כי ההרשעה בסעיף זה מותנית בהתקיימות יסוד נפשי של "פזיזות" כלפי החבלה החמורה, וכי במקרה דנן יסוד נפשי זה אכן התקיים, לנוכח מודעותו של הנאשם לסיכון שהוא נטל בנהיגתו הפראית. השופט לא דן כלל בשאלה אם הנאשם היה אדיש או קל דעת ביחס לתוצאה. ראו ע"פ 456/16 צ'ורני נ' מדינת ישראל, פס' 37 (אר"ש 4.3.2018). יצוין כי בפסק דין זה, גם כאשר נתן השופט מינץ את דעתו לעונש שיש להטיל על הנאשם, הוא לא התייחס כלל לשאלה אם הנאשם היה אדיש או קל דעת ביחס לתוצאה (שם, בפס' 39). עם זאת, יש פסקי דין חריגים ומוטעים בנושא שנדון כאן. כך, למשל, בע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (2) 145, 151 (1999), התייחס השופט אור ליסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעברת ההריגה, וכתב כי מס' 20(א) לחוק העונשין יוצא שכדי להרשיע בעברת ההריגה, "לא די בכך שהמערער היה מודע לאפשרות התוצאה הקטלנית. יש להוכיח גם שהתקיימה מצדו פזיזות, כמובנה של זו בסעיף 20(א)". בהמשך לכך קבע השופט כי פזיזות זו הוכחה בעניינו של הנאשם, משום שלנוכח נסיבות המקרה יש להסיק כי הוא היה אדיש ביחס לתוצאה. מדברים אלו משתמע שבכל משפט שבו מרשיעים את הנאשם בעברה הדורשת "פזיזות" אין די להוכיח שהנאשם נטל ביודעין סיכון בלתי סביר שהתוצאה תיגרם, אלא יש להוסיף ולהוכיח שהוא היה אדיש או קל דעת ביחס לתוצאה (דרך אגב, במסגרת דיונו בעונש לא התייחס כלל השופט אור לנתון שהנאשם היה אדיש ביחס לתוצאה).

63 אכן, לפעמים הפסיקה רואה את העובדה שהנאשם פעל עם אדישות (להבדיל מקלות דעת) כלפי התוצאה כנתון שיש להביאו בחשבון לחומרה בעת קביעת גובה העונש. ראו, למשל, ע"פ 7159/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נג' (2) 632, 641–642 (1999).

64 קוגלר תאוריה ומעשה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 151–158, ובמיוחד בעמ' 153–154.

העונשין כאילו כתוב בו "הגורם חבלה חמורה לאדם, דינו – מאסר שבע שנים"⁶⁵. מאחר שמדובר בעברת תוצאה שאינה מזכירה כל יסוד נפשי, יוצא, לפי מה שהוסבר לעיל בפרק זה, כי לשם הרשעה בעברה זו נדרשת ומספיקה "פזיזות" כלפי התוצאה, כלומר, מספיקה בעצם "קלות דעת" ביחס לתוצאה. מכאן ברור שכדי להרשיע בה נדרש ודי בכך שהנאשם היה "פזיז" כלפי האפשרות שמעשהו יגרום "חבלה חמורה". אך מה נדרש (ומספיק) לשם הרשעה בעברה זו במישור של היסוד הנפשי כלפי הנתון "אדם"? נראה שגם כלפי נתון זה נדרש ודי בכך שתתקיים "פזיזות". כלומר, נדרש שבזמן ההתנהגות הנאשם צפה בפועל את האפשרות שהחבלה החמורה תיגרם לאדם. לכן, אם העושה צפה את האפשרות שמעשהו יגרום חבלה חמורה לבעל חיים אבל לא צפה את האפשרות שמעשהו יגרום חבלה חמורה לאדם, הוא יצא פטור מעברה זו, גם אם בפועל מעשהו גרם חבלה חמורה לאדם (וזאת אף אם התקיימה אצלו רשלנות כלפי האפשרות שהחבלה החמורה תיגרם לאדם, ובוודאי גם במקרה שבו הוא לא היה אפילו רשלן כלפי האפשרות שהחבלה החמורה תיגרם לאדם). לכן, אם העושה שחרר לרחוב כלב קטנטן לבדו ובלי מחסום לפיו, תוך שהוא צופה את האפשרות שהכלב ינשוך חתול רחוב קטן ויגרום לו חבלה חמורה, אבל לאור נסיונו וההיגיון שלו לא עלתה כלל במחשבתו האפשרות שהכלב ינשוך אדם ויגרום לו חבלה חמורה, אזי גם אם הכלב נשך אדם וגרם לו חבלה חמורה, לא יורשע העושה בעברה של "גרימת חבלה חמורה לאדם" לפי סעיף 333 לחוק העונשין, משום שלא התקיימה אצלו "פזיזות" כלפי הנתון "אדם", שהוא חלק מהתוצאה בעברה הנדונה.⁶⁶ הדרך הפשוטה ביותר לנמק זאת היא זו: מאחר שהגדרנו את "אדם" כחלק מהתוצאה, יוצא שהתוצאה בעברה זו היא "חבלה חמורה לאדם". לאור סעיף 19 לחוק העונשין, העברה לפי סעיף 333 לחוק העונשין דורשת לשם הרשעה בה "מחשבה פלילית". לפי סעיף 20(א) לחוק העונשין, בעברת "מחשבה פלילית" נדרש, בין היתר, שהעושה היה מודע בעת ההתנהגות לאפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה שבהגדרת העברה. מאחר שהכנסנו את המילה "אדם" לתוך התוצאה, נדרש, בין היתר, שבעת ההתנהגות האדם צפה (בפועל) את האפשרות שמעשהו יגרום חבלה חמורה לאדם (ולא למשהו אחר, כגון בעל חיים).⁶⁷ הנימוק דלעיל גם מסביר מדוע לשם הרשעה בעברה הנדונה די בכך שהעושה היה בעת ההתנהגות "פזיז" (כלומר, למעשה, די בכך שהוא היה קל דעת) ביחס לאפשרות שהקורבן של "החבלה החמורה" יהיה אדם, ולא נדרש שהוא יצפה זאת בוודאות או דווקא ירצה בכך או יהיה אדיש ביחס לכך. כשם שביחס לאפשרות שתיגרם "חבלה חמורה" די בכך שהעושה היה קל דעת, ואין דרישה

65 למקורות פסיקטיים לעניין זה ראו שם, בעמ' 170–171, ה"ש 89. בנוסח שבטקסט כאן השמטתי את המילים "שלא כדין" המופיעות בנוסח העברה שבספר החוקים, משום שמילים אלו מיותרות בעברה זו, ואין להן כל תפקיד מעשי בהקשרה. אכן, הפסיקה אינה מתייחסת כלל למילים הללו כאשר היא מיישמת את העברה הזו על מקרים קונקרטיים.

66 איני דן כאן באפשרות ההרשעה של העושה בעברות אחרות.

67 אפשר גם לנמק את התוצאה המשפטית הנדונה כאן בטקסט בדרכים עקיפות ומסובכות יותר, אך אסתפק כאן בהצגת הדרך הפשוטה ביותר, בהיותה לגיטימית לגמרי.

מעבר לכך (למשל, לא נדרש שהעושה דווקא ירצה שמעשהו יגרום חבלה חמורה), כך הדבר גם לגבי הנתון "אדם", שגם הוא חלק מהתוצאה שבעברה האמורה. לכן די בקלות דעת ביחס לאפשרות שהחבלה החמורה תיגרם לאדם, ולא נדרש יסוד נפשי בדרגה גבוהה יותר ביחס לנתון "אדם".

להשלמת הצגתו של המושג "פזיזות" יש להתייחס גם לעניין של "סיכון סביר". גם אדם שפעל תוך צפיית האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה מסוימת לא יורשע בעברת תוצאה הדורשת "מחשבה פלילית" אם הוא נטל בהתנהגותו "סיכון סביר". אומנם, מבחינה אנליטית המושג "סיכון סביר" שייך ליסוד העובדתי, אך מטעמי נוחות כלל אותו המחוקק (כמקובל בעולם) בתוך הגדרת ה"פזיזות" (המופיעה בישראל בסימן העוסק ביסוד הנפשי של העברה – סימן ב לפרק ד של חוק העונשין). אולם בשלב זה, כדי שהדיון יהיה מסודר, לא אעסוק ביסוד של "סיכון סביר", אלא אדחה את הדיון בו לשלב מאוחר יותר.⁶⁸

3. מצבים שבהם אין מחשבה פלילית (אפילו "פזיזות") ביחס לתוצאה

כאמור לעיל, כדי שהנאשם ייחשב בעל מחשבה פלילית ביחס לתוצאה, נדרש כתנאי הכרחי שבעת ההתנהגות הוא צפה באופן סובייקטיבי שהתוצאה עלולה להתרחש. מבחינה עובדתית ניתן לחלק לשניים את המצבים שבהם דרישה זו אינה מתקיימת. מצב אחד הוא כאשר השאלה אם התוצאה עלולה להיגרם לא חלפה כלל במוחו של הנאשם בעת התנהגותו.⁶⁹ במקרה זה לא מתקיימת אצל הנאשם מחשבה פלילית ביחס לתוצאה, שהרי אי אפשר לומר במקרה כזה שהדרישה שבסעיף 20(א) לחוק העונשין כי הנאשם היה מודע (בעת ההתנהגות) לאפשרות שהתוצאה תיגרם התקיימה. למשל, אם נהג נוהג במהירות מופרזת אבל בעשותו כן לא עוברת כלל במוחו האפשרות שנהיגה זו עלולה לגרום תאונה שתגרום למות אדם אחר, לא נוכל להרשיעו בעברה הדורשת מחשבה פלילית ביחס למוות של אדם אחר, גם אם אדם אחר אכן מת עקב הנהיגה במהירות המופרזת (וגם אם במוחו של אדם סביר הייתה מופיעה האפשרות הנדונה).⁷⁰

68 ראו להלן בפרק ז. הדרישה שלשם הרשעה יוכח כי העושה נטל "סיכון בלתי סביר" מופיעה בחוק העונשין בס' 20(א)(2)(ב). לכאורה ניתן לטעון כי מאחר שהתנאי של נטילת סיכון בלתי סביר מופיע בחוק רק במסגרת ההגדרה של "קלות דעת", יוצא שעמדת המחוקק היא שבמקרה של פעולה עם "אדישות" יורשע העושה גם אם הוא נטל סיכון סביר. עמדתו היא כי יש לדחות גישה זו. לדידי, גם כאשר העושה פעל במצב נפשי של אדישות, הרשעתו מותנית בכך שהוא נטל סיכון בלתי סביר. ראו קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 167–168. כעת, משנחקק תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אני סבור כי יש לפרשו כך שהפטור במצב של סיכון סביר חל גם במקרה של אדישות. השוו (לעניין אדישות) קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין", לעיל ה"ש 20, בעמ' 68. אשוב ואדון בנושא זה להלן בחלק 2(ב).

69 מעתה ואילך, כל אימת שאתייחס למילה "מוחו", כוונתי תהיה לחלקו המודע של מוחו.

70 דוגמה למצב שבו אפשרות המוות לא חלפה כלל במוחו של הנאשם ניתן למצוא בע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34, 45–46 (2001). על כך שכאשר השאלה אם המעשה עלול

המצב האחר הוא כאשר השאלה אם התוצאה עלולה להיגרם הופיעה במוחו של הנאשם אבל לאחר מחשבה (קצרה או ארוכה) הוא הסיק כי בטוח שהתוצאה לא תתרחש. גם במקרה כזה לא מתקיימת מחשבה פלילית ביחס לתוצאה. נכון שזמן מה לפני התנהגותו חשב הנאשם על האפשרות שהתוצאה תקרה, אבל הרגע הקובע הוא רגע ההתנהגות. אם זמן מה (אפילו קצר מאוד) לפני ההתנהגות הוא הסיק כי אין כל סיכוי שהתוצאה תקרה, כך שבזמן ההתנהגות הוא היה בטוח שהתוצאה לא תתרחש, אזי לא מתקיימת מחשבה פלילית, שהרי גם במקרה כזה לא מתקיים התנאי המופיע בסעיף 20(א) לחוק העונשין – שבזמן ההתנהגות היה הנאשם מודע לאפשרות שהתוצאה תיגרם. קביעה זו נכונה גם אם אדם סביר במקום הנאשם לא היה מגיע למסקנה שאליה הגיע הנאשם, כלומר, אם אותו אדם סביר היה ממשיך לחשוב גם בזמן ההתנהגות שקיים סיכוי שהתוצאה תיגרם. לדוגמה, נניח שבעת טיול זוגי בחור רוצה ליריה ירייה לעבר סלעים כדי ליהנות מהמראה של חלקי הסלע שיינתזו ממנו עקב הירייה. במרחק מסוים אחרי הסלע עומד פלוני. בת זוגו של הבחור מפנה את תשומת ליבו לכך ואומרת לו שהירייה עלולה לפגוע בפלוני ולגרום למותו. בעקבות הערת בת הזוג הבחור חושב מעט על החשש שהכדור עלול לפגוע בפלוני, אבל לאחר מחשבה הוא מסיק בביטחון כי לנוכח היכרותו עם האקדח שבידו אין סיכוי כלשהו שהכדור יצליח לעבור את המרחק הדרוש כדי להגיע לפלוני. לכן הוא מסיק בביטחון מוחלט שאין סיכוי כלשהו שהכדור יפגע בפלוני ויגרום למותו, ואז הוא יורה. במקרה כזה, גם אם המוות נגרם עקב הירייה, אי־אפשר להרשיע את הבחור בעברת מחשבה פלילית של גרימת מוות (ואין זה משנה כלל שאדם סביר במקומו היה מבין שייתכן שהכדור יפגע בפלוני ויהרגו).⁷¹

לגרום לתוצאה לא חלפה כלל במוחו של הנאשם לא מתקיימת מחשבה פלילית ביחס לתוצאה, ראו גם CHILD, SEMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 161. יש לציין כי כדי שתתגבש "פזיזות" אין די בכך שאילו עצר הנאשם וחשב היה ברור לו שיש סיכון, אלא נדרש שהוא זיהה בפועל שקיים סיכון ובכל זאת נטל אותו. ראו ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 105. 71 דוגמה למקרה מסוג זה ניתן למצוא בע"פ 10332/03 בלייכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 954 (2004). הנאשם נהג בכביש ופנה שמאלה. בעת הפנייה התנגש בו רכב שנסע בכביש שאותו תכנן הנאשם לעבור בעת הפנייה, ונהג הרכב הזה מת עקב ההתנגשות. לפי חוקי התנועה, בעת פנייה שמאלה יש לתת זכות קדימה. בבית המשפט העליון זופה הנאשם מעברת ההריגה, בשל הקביעה כי ייתכן שבעת הפנייה שמאלה לא צפה הנאשם את האפשרות של התנגשות ומוות בגללה. השופט אור (בהסכמת השופטים דורנר וריבלין) שם דגש בעובדה שהרכב שהתנגש ברכבו של הנאשם נסע במהירות גבוהה פי שניים ושליש מהמהירות המותרת באותו כביש. לפיכך ייתכן שהנאשם הסתכל לעבר הכביש שממנו הגיע הנהג האחר, ופירש את המצב כך שרכב זה נהג במהירות מותרת, או אפילו במהירות שעולה במידה מסוימת על המותר אבל לא במידה כה רבה כפי שאירע באמת. לנוכח זאת העריך הנאשם שהוא יוכל להשלים את הפנייה שמאלה בבטחה. לכן לא נוצרה אצלו מודעות לאפשרות שתיגרם התנגשות (שם, בעמ' 958). עקב הספק שמא זה מה שקרה, זופה הנאשם מעברת ההריגה. לפי תיאור המקרה וניסוחיו של השופט, נראה שאם אכן קרה המקרה כפי שתיאר אותו השופט כאפשרי, מדובר במקרה שבו הנאשם ראה את הרכב שבא ממול, שקל את השאלה אם הוא יכול לפנות שמאלה בבטחה, והסיק בביטחון גמור שאין סיכון כלשהו בפנייה שמאלה. אם כך, לפנינו דוגמה למצב המתואר כאן בטקסט. על כך שבמצב שבו הנאשם שקל אם יש סיכון שהתוצאה

מובן שיש להבחין היטב בין המקרה שתואר כעת למקרה שבו הבחור סבר בעת הירי שקיים סיכון קטן שהירי יפגע בבחור ויהרגנו אבל קיווה שזה לא יקרה. במקרה כזה הבחור צפה את האפשרות שמעשהו יגרום למות פלוני, ולכן התקיימה אצלו ביחס למותו של פלוני מחשבה פלילית (מהסוג של קלות דעת) וניתן להרשיעו בגרימת מוות של אדם בקלות דעת (שהיא עברת מחשבה פלילית).

המצב השני דלעיל, שבו אדם חשב על הסיכון אבל הסיק בטעות שאין כל סיכוי שהסיכון יתממש, יכול להתרחש גם כאשר העושה סבור שאם במהלך האירוע ייווצר סיכון הוא יפעל לנטרל אותו, והוא בטוח שיצליח לנטרל אותו. גם במקרה כזה, בעת המעשה הנאשם בטוח שהתוצאה לא תתרחש, ולכן לא מתקיימת אצלו מחשבה פלילית ביחס לתוצאה. למשל, נניח שבסלון ביתו של ראובן מסתובב כלב מסוכן שפיו אינו חסום. ראובן רוצה לפתוח את דלת ביתו כדי לאוורר את החדר. במוחו חולפת לרגע המחשבה שמא הכלב ינצל זאת כדי לצאת במרוצה מהבית, ואז הוא עלול לתקוף אדם שנמצא מחוץ לבית ולגרום לו חבלה חמורה. אבל על סמך נסיונו של ראובן, הוא יודע שכל אימת שהכלב מנסה לרוץ למקום כלשהו שראובן רוצה שהוא לא ירוץ אליו, הוא מצליח לתפוס את הכלב ולמנוע אותו מלהמשיך לרוץ. לכן הוא מחליט לפקוח עין על הכלב, כך שאם יראה שהכלב מנסה לפרוץ החוצה, הוא ימנע זאת ממנו. על סמך נסיונו

תיגרם והחליט כי אין סיכון לא מתקיימת מחשבה פלילית ביחס לתוצאה, ראו גם ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 109.

מנקודת מבט היסטורית ראוי לציין כי במשך כעשרים שנה (החל בשנת 1981, או ניתן פסק דין R v. Caldwell [1981] 1 All ER 961) הבחינה הפסיקה האנגלית בין שני המצבים המתוארים כאן בטקסט. היא סברה שכאשר אדם עשה מעשה אשר מבחינה אובייקטיבית היה סיכון ברור שהוא עלול לגרום לתוצאה מסוימת וכלל לא חלפה במוחו של אותו אדם האפשרות שמעשהו עלול לגרום לתוצאה האמורה, הוא ייחשב פזיז ביחס לתוצאה הנדונה (כלומר, רק במקרה שבו הוא חשב על האפשרות שהתוצאה תקרה ושלה אפשרות זו הוא לא ייחשב פזיז). הטענה המרכזית שעליה התבסס פסק הדין הייתה שבמצב שבו העושה אפילו לא העלה על דעתו את האפשרות שהתוצאה תתרחש, אף שמבחינה אובייקטיבית היה סיכון ברור שהיא תיגרם ממעשהו, אשמתו המוסרית אינה נופלת מזו של אדם שצפה באופן סובייקטיבי את האפשרות שהתוצאה תתרחש ובכל זאת פעל (להרחבה ראו קוגלר "שני מושגים של אדישות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 116–117). מלומדים רבים ביקרו את ההחלטה הזו. בשנת 2003, בפסק דין של בית הלורדים (R v. G [2003] 3 WLR 1060), הפכה הפסיקה האנגלית את הלכת Caldwell, והחזירה על כנה את הקביעה המקובלת שרק כאשר העושה צפה באופן סובייקטיבי את האפשרות שהתוצאה תתרחש מתקיימת פזיזות (קוגלר "שני מושגים של אדישות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 119). כלומר, כיום שני המצבים שתוארו כאן בטקסט אינם מבססים פזיזות באנגליה, כפי שהם אינם מבססים פזיזות בישראל. המלומדים האנגלים בירכו על ההחלטה משנת 2003, בין היתר בשל הטענה כי בדרך כלל נאשם אשר צפה באופן סובייקטיבי את אפשרות התגשמות התוצאה אכן אשם מבחינה מוסרית יותר ממי שלא העלה כלל על דעתו את האפשרות שהתוצאה תקרה (גם כאשר הסיכון ברור מבחינה אובייקטיבית). לתיאור ההתפתחות ההיסטורית בעניין זה ראו, למשל, ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108–111; CHILD, SIMESTER, ; RICHARD CARD & JILL MOLLOY, ; לעיל ה"ש 15, בעמ' 162–165; SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 162–165; CARD, CROSS & JONES CRIMINAL LAW 93–94 (22d ed. 2016).

הוא **בטוח** לחלוטין שהוא יצליח לעצור אותו. כלומר, הוא בטוח שאין כל סיכוי שמעשה פתיחת הדלת יגרום בעקיפין חבלה חמורה לאדם. גם במקרה כזה לא מתקיימת אצל ראובן מחשבה פלילית ביחס לתוצאה, ואי-אפשר להרשיעו בעברת מחשבה פלילית של גרימת חבלה חמורה. המיוחד במקרה זה לעומת קודמו הוא שכאן הביטחון המוחלט של ראובן שהתוצאה לא תיגרם נובע מתוכניתו שבעת הצורך, אם יתברר בעתיד שנוצר סיכון, הוא יפעל לנטרולו, והוא בטוח שיצליח בכך. גם במקרה כזה אין מחשבה פלילית ביחס לתוצאה.⁷²

פרק ג: המצב של קלות דעת ביחס לתוצאה מספיק להרשעה ברוב עברות התוצאה

כאמור בסעיף 19 לחוק העונשין, רק כאשר בהגדרת העברה נאמר כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש להתגבשותה די ברשלנות לשם הרשעה בעברה הנדונה. כאשר העברה אינה מזכירה כל יסוד נפשי (היא "עברה שותקת"), נדרשת מחשבה פלילית לשם התגבשותה. מכאן יוצא שברוב העברות נדרשת מחשבה פלילית לשם התגבשות העברה, ופירוש הדבר הוא שברוב עברות התוצאה נדרשת מחשבה פלילית ביחס לתוצאה לשם התגבשות העברה.⁷³ כלומר, קודם כל נדרש, במישור ההכרתי, שהנאשם צפה באופן סובייקטיבי⁷⁴ את האפשרות שהתוצאה תיגרם עקב מעשהו. אבל מה נדרש בעברות שותקות מבחינת המישור הרצוני? התשובה היא שלשם הרשעה מספיקה התקיימות של הדרגה הנמוכה ביותר במישור הרצוני, כלומר, מספיקה קלות דעת.

כאשר עברה דורשת במפורש בהגדרתה שאצל העושה התקיימה "כוונה" ביחס לתוצאה, ברור שתידרש דווקא כוונה ביחס לתוצאה כדי לגבש הרשעה.⁷⁵ יש מעט עברות תוצאה שדורשות דווקא כוונה ביחס לתוצאה. כאשר עברה דורשת בהגדרתה דווקא "אדישות" ביחס לתוצאה, ברור שתידרש דווקא אדישות ביחס לתוצאה כדי לגבש

72 השוו COLVIN & ANAND, לעיל ה"ש 3, בעמ' 202 (בהקשר של דוגמת הנהג).

73 העברות של אחריות קפידה אינן מענייננו כעת. יש דרכים מיוחדות לזיהוי עברה של אחריות קפידה.

74 מעתה ואילך, כל אימת שאכתוב "היה מודע" או "צפה", כוונתי תהיה למודעות וצפייה סובייקטיביים.

75 ראו, למשל, ס' 329(א)(1) לחוק העונשין, בחלופה של "גורם לאדם חבלה חמורה בכוונה" (בגלל המבנה המסורבל של הסעיף, הסעיף מתייחס לחלופה זו בנוסח הבא: "העושה אחת מאלה בכוונה... לגרום לו [לאדם] חבלה חמורה... (1)... גורם לו חבלה חמורה, שלא כדין" (ההדגשה הוספה); אבל המשמעות של חלופה זו זהה למשמעות של הנוסח "גורם לאדם חבלה חמורה בכוונה"). בדרך אגב אציין כי מי שגורם חבלה חמורה לאדם עם פזיזות בלבד לא יצא פטור מעונש. הוא יורשע בעברה חמורה פחות: ס' 333 לחוק העונשין.

הרשעה.⁷⁶ אבל כאשר עברה "שותקת", די לצורך הרשעה בה שבמישור הרצוני התקיימה קלות דעת בלבד. כלומר, גם אם העושה קיווה בעת התנהגותו שהתוצאה לא תיגרם, ניתן להרשיעו. מבחינה מעשית משמעות הדבר היא שברוב עברות התוצאה די בקלות דעת ביחס לתוצאה לצורך הרשעת הנאשם. הדבר עולה מלשון החוק: כאמור, מסעיף 19 לחוק העונשין יוצא שבעברה שותקת נדרשת מחשבה פלילית; ובסעיף 20(א) לחוק העונשין נאמר כי מחשבה פלילית כלפי התוצאה מתקיימת כאשר במישור ההכרתי יש צפייה של אפשרות גרימת התוצאה, ובמישור הרצוני מתקיים אחד משלושה מצבים – כוונה, אדישות או קלות דעת. אין דרישה שיתקיים דווקא אחד מהם. מכאן שאפילו קלות דעת מספיקה לשם הרשעה בעברה שותקת. כאשר המחוקק רוצה לדרוש דווקא כוונה או אדישות, הוא טורח לכתוב זאת בהגדרת העברה.⁷⁷ מאחר שרוב עברות התוצאה הן עברות שותקות, יוצא שברוב עברות התוצאה די בקלות דעת (במישור הרצוני) לצורך הרשעה.⁷⁸

מהי ההנמקה לכך שברוב עברות התוצאה המחוקק מסתפק במצב הרצוני של קלות דעת לצורך הרשעה? העברות הפליליות מיועדות בראש ובראשונה להגן על אינטרסים מסוימים מפני נזק, ומדובר באינטרסים חשובים עד כדי כך שהמחוקק רואה צורך להגן עליהם באמצעות המשפט הפלילי בדרכים כגון הרתעה כללית, הרתעה אישית וכדומה. אתמקד כאן, לצורך הדגמה, בהרתעה כללית. נניח שאנו עוסקים בעברה המגינה על אינטרס X, והמחוקק יוצר עברה פלילית כדי להגן מפני פגיעה באינטרס זה. לשם כך הוא יוצר, למשל, עברה בנוסח "הגורם נזק ל-X", ומאיים בעונש על מי שעובר את

76 למיטב ידיעתי, עד 2019 לא הייתה בישראל עברה שבה דרש המחוקק דווקא אדישות ביחס לתוצאה (ראו קוגלר "שני מושגים של אדישות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 111). אבל בשנת 2019 נחקקו עברות ההמתה החדשות, ובמסגרת זאת נחקקו ס' 300(א) לחוק העונשין, הדורש לשם הרשעה ברצח שהעושה גרם למות אדם "בכוונה או באדישות". יוצא שדרישת המינימום במישור הרצוני בעברה זו היא שהתקיימה "אדישות" אצל עושה העברה. בדרך אגב אציין כי מי שגרם למות אדם עם קלות דעת לא יצא זכאי מכל עברה שהיא. הוא יורשע בעברה קלה יותר: ס' 301 לחוק העונשין.

77 את המסקנה שלשם הרשעה בעברה שותקת די בקלות דעת ביחס לתוצאה הסקתי כאן מהלשון והמבנה של ס' 20 לחוק העונשין. אולם מסקנה זו גם מופיעה במפורש בדברי ההסבר להצעת החוק שקדמה לתיקון מס' 39 לחוק העונשין (ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין 1992, לעיל ה"ש 59, בעמ' 124 (בתחתית הטור הימני)). לדעתי, למען הבהירות היה עדיף לכתוב בחוק במפורש כי בעברות שותקות מספיקה קלות דעת, כפי שנעשה בקודקסים מסוימים בעולם, אך העובדה שהדבר לא נעשה בישראל אינה גורמת בסופו של דבר לתקלה מעשית.

78 נוסף על העברות השותקות יש עברות שבהן מופיעה בהגדרת העברה דרישה למחשבה פלילית ביחס לתוצאה, והיא מוגדרת כך שדי בקלות דעת – למשל, על ידי שימוש במילים "בודון" או "במזיד". לדוגמה, בס' 452 לחוק העונשין מדובר על מי ש"הורס נכס או פוגע בו במזיד ושלא כדין". ס' 90א(1) לחוק העונשין קובע ביחס לעברות שנחקקו לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין כי אם היסוד הנפשי שבהן בא לידי ביטוי במונחים "זדון" או "מזיד", אזי ביחס לתוצאות יתפרש המונח כ"פזיזות" ביחס לתוצאה. מאחר שהמונח "פזיזות" מוגדר בס' 20(א)(2) ככולל גם את האדישות וגם את קלות הדעת, יוצא שבעברה כמו זו שמופיעה בס' 452 לחוק העונשין די לשם הרשעה בה שהתוצאה (ההרס או הפגיעה) נגרמה בקלות דעת.

העברה. בכך הוא יוצר הרתעה כללית מפני גרימת הנזק האמורה. אילו הייתה העברה מוגבלת רק למצבים שבהם העושה פועל מתוך רצון לגרום את הנזק הנדון (או מתוך אדישות ביחס אליו), המסקנה הייתה שאין כל הרתעה (במסגרת המשפט הפלילי) מפני גרימת הנזק הנדון בקלות דעת. במצב זה היו אנשים רבים יכולים לעשות מעשים לכל מיני מטרות אגואיסטיות, תוך נטילת סיכון (אפילו סיכון גבוה, כגון 70% שהנזק יקרה, מבלי שיהיה מה שירתיע אותם. החשש הוא שבמצב כזה אנשים רבים מאוד אכן יעשו מעשים שיגרמו לנזק הנדון (כי אין עליהם מוראו של המשפט הפלילי), וכך ייגרמו נזקים רבים לאינטרסים שהחברה מעוניינת להגן עליהם. כדי להגן כראוי על האינטרסים המוגנים במשפט הפלילי, נדרש שבעברות התוצאה יסתפקו בדרך כלל במצב הרצוני של קלות דעת לשם הרשעה.

כאן יש להכניס לדיון את הנושא של אשמה מוסרית. הרי אין מקום להשתמש במשפט הפלילי ככלי למען צורכי תועלת (למשל, באמצעות הרתעה כללית) כאשר העושה אינו אשם מבחינה מוסרית⁷⁹ (או כאשר הוא אינו אשם מבחינה מוסרית במידה מספקת).⁸⁰ כיצד ההסתפקות בדרך כלל בקלות דעת מתיישבת עם דרישה זו לאשמה מוסרית (מספקת)? התשובה היא שכאשר אדם נוטל סיכון⁸¹ שמעשהו יגרום נזק לאינטרס חשוב (חשוב עד כדי כך שהמשפט הפלילי החליט להגן עליו), הוא נושא באשמה מוסרית מספקת שמתירה למערכת המשפט הפלילי להרשיעו ולהענישו. יוצא שהשילוב של שיקולי תועלת ושיקולי אשמה מצדיק את הכלל שברוב עברות התוצאה תספיק קלות דעת לצורך הרשעה.⁸²

79 ראו לעיל ה"ש 40 והטקסט המפנה אליה.

80 השוו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 84.

81 מדובר כמובן בנטילת סיכון שאינה מוצדקת, שהרי "נטילת סיכון סביר" מותרת. ראו לעיל ה"ש 19 והטקסט המפנה אליה. על כך שבמצב של "פזיזות" (שכולל למעשה גם את קלות הדעת) יש אשמה ראו CHILD, SEMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 164. על כך שרוב העברות מסתפקות בפזיזות ראו שם, בעמ' 168, וכן WILLIAMS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 71 ו-97.

82 ניתן להעלות את השאלה: אם כך, מדוע יש בכלל עברות שדורשות דווקא "כוונה" לשם התגבשות? בכך דנתי במקומות אחרים (ראו קוגלר **כוונה והלכת הצפיות**, לעיל ה"ש 44; KUGLER, לעיל ה"ש 44). נקודה נוספת שראוי להתייחס אליה היא שיש עברות שעוסקות בגרימת נזקים מסוימים ברשלנות. למשל, ס' 333 לחוק העונשין עוסק בגרימת חבלה חמורה לאדם עם מחשבה פלילית (שהרי זו עברה שותקת), והעונש המרבי על עברה זו הוא שבע שנות מאסר. אין עברה של גרימת חבלה חמורה לאדם ברשלנות, אבל ס' 341 לחוק העונשין עוסק בגרימת חבלה לאדם ברשלנות, והעונש המרבי על עברה זו הוא שנת מאסר אחת (ברור שהעברה מתייחסת גם למקרה של גרימת חבלה חמורה ברשלנות, שהרי גם חבלה חמורה היא בגדר חבלה). כמו כן יש עברות המתה העוסקות בגרימת מותו של אדם עם מחשבה פלילית על צורותיה השונות, אבל יש גם עברה של גרימת מותו של אדם ברשלנות, שעונשה המרבי הוא מאסר של שלוש שנים (ס' 304 לחוק העונשין). לכאורה היה אפשר לומר שבהקשר של עברות שביחס ליסוד העובדתי שלהן יש גם עברה של רשלנות, עברת הרשלנות יכולה לספק הרתעה מספקת. אם כך, מדוע נדרשת לשם הרתעה כללית גם עברה של מחשבה פלילית (המסתפקת בקלות דעת)? הרי ברור, למשל, שאם לא תתקיים העברה לפי ס' 333 לחוק העונשין, מי שיגרם חבלה חמורה בקלות דעת יורשע בעברה לפי ס' 341 לחוק העונשין (כי

פרק ד: במצב של פיזיות ביחס לתוצאה קיימת בחירה לסכן את האינטרס המוגן בעברה

אם אדם פעל מתוך כוונה (רצון) לגרום לתוצאה שהיא רכיב בעברה – למשל, אם הוא פעל כדי לגרום לאדם חבלה חמורה – הוא בחר לפגוע באינטרס המוגן בעברה (בדוגמה זו, שלמות גוף האדם). הוא שם את עצמו בקונפליקט עם האינטרס המוגן בעברה הנדונה, ולכן ברור שהוא נושא באשמה מוסרית. אבל גם אדם שפעל עם "פיזיות" ביחס לתוצאה של "חבלה חמורה" הציב את עצמו בקונפליקט עם האינטרס המוגן בעברה הנדונה (שלמות גוף האדם). אדם זה, אשר צפה את האפשרות שמעשהו יגרום לאדם חבלה חמורה ולמרות זאת פעל, אומנם לא בחר לגרום חבלה חמורה לאדם, אבל הוא בחר ליטול סיכון שהמעשה שלו יפגע באינטרס המוגן הנדון. בכך הוא העמיד את עצמו, כאמור, בקונפליקט עם האינטרס המוגן בעברה; הוא הראה שהוא מוכן לסכן אינטרס

במקרה כזה נקרא את היסוד הנפשי של רשלנות שבס' 341 לחוק העונשין כיסוד נפשי מינימלי, ולא תימנע הרשעת קל הדעת בעברה זו). התשובה העיקרית לשאלה זו היא שגם אם נניח שמבחינת שיקולי הרתעה היינו יכולים, למשל, להסתפק בס' 341 לחוק העונשין ולוותר על ס' 333 לחוק העונשין, מבחינת שיקולי גמול, שהם השיקול העיקרי בקביעת העונש על עברה, אין מקום לכך שהעונש המרבי שיהיה אפשר להטיל על מי שגורם חבלה חמורה לאדם עם מחשבה פלילית (לרבות במצב של קלות דעת) יהיה מאסר של שנה אחת (שהוא העונש המופיע בס' 341 לחוק העונשין). מצב זה הוא בלתי קביל לחלוטין מבחינת שיקולי גמול, והמחוקק מתחשב גם בשיקולי גמול, ולא רק בשיקולי הרתעה. לכן יש צורך בקיום העברה של ס' 333 לחוק העונשין, אשר מאפשרת לשופט להטיל על מי שגורם לאדם חבלה חמורה במצב של קלות דעת, למשל, עונש של עד שבע שנות מאסר (דברים אלו חלים כמובן גם בהקשר של עברות ההמתה, שם העונש המרבי על גרימת מוות ברשלנות הוא שלוש שנות מאסר, שהוא עונש נמוך מדי למקרים רבים שבהם גרימת מותו של אדם מלווה בקלות דעת ביחס למוות). תשובה אפשרית נוספת, אשר רלוונטית גם אם נתמקד רק בשיקולי תועלת, היא זו: הרי כאשר אדם שוקל אם לעבור עברה, הוא שוקל גם את סיכויי תפיסתו וגם את העונש הצפוי לו אם ייתפס. אם נבטל את ס' 333 לחוק העונשין, כך שמי שגורם חבלה חמורה לאדם בקלות דעת יהיה צפוי לעונש מרבי של שנת מאסר אחת בלבד (ולא שבע שנות מאסר), סביר להניח שהדבר יחליש את ההרתעה הכללית מפני עשיית מעשה שעלול לגרום חבלה חמורה כאשר המעשה מלווה בקלות דעת. כאשר אדם חושב שתצמח לו תועלת רבה מעשיית מעשה שעלול לגרום חבלה חמורה, אבל הוא מקווה שהחבלה החמורה לא תיגרם גם אם יפעל, הוא צופה בכל זאת את האפשרות שהחבלה החמורה תיגרם. במצב זה, אם נוסף על התקווה שהוא לא ייתפס (במקרה שהחבלה החמורה תיגרם) הוא ידע שגם במקרה שהוא ייתפס העונש המרבי שיהיה אפשר להטיל עליו הוא שנת מאסר אחת בלבד, ייתכן שהוא יהיה מוכן ליטול את הסיכון שיושת עליו עונש כזה, והוא יעשה את המעשה. לעומת זאת, אם הוא ידע שבמקרה שהוא ייתפס העונש המרבי שיהיה אפשר להטיל עליו יהיה שבע שנות מאסר, ייתכן בהחלט שהוא יירתע מפני עשיית המעשה שהוא שוקל לעשותו. ישאל השואל: אם כך, מדוע שלא נחמיר פשוט בהרבה את העונשים על עברות רשלנות? התשובה היא שמקובל שעברות רשלנות צריכות לשאת עונשים נמוכים יחסית. זאת, בעיקר משום שביצוע עברה עם מצב נפשי של רשלנות נחשב כנושא בדרך כלל דרגת אשמה מוסרית נמוכה יחסית.

זה. בבחירה זו לסכן את האינטרס המוגן מתבטאת אשמתו המוסרית של העושה. עמדת המחוקק (בישראל ובעולם) היא שהבחירה לסכן אינטרס המוגן במערכת המשפט הפלילי מגלמת אשמה מוסרית מספקת לצורך הרשעה ברוב העברות הפליליות.⁸³ בחירה זו לסכן אינטרס מוגן קיימת בכל מצבי הפזיזות, הן במצב של אדישות והן במצב של קלות דעת, שהרי גם במצב של קלות דעת, אף שהעושה קיווה שהתוצאה לא תיגרם, הוא העדיף בכל זאת את התועלת האישית שלו על הימנעות מהסיכון שהאינטרס המוגן בעברה הפלילית ייפגע. כלומר, גם במצב של קלות דעת מתקיימת אשמה מוסרית מספקת לצורך התגבשות עברה פלילית, וזה הרציונל לדין שנדון בפרק הקודם – שברוב העברות מספיקה קלות דעת כדי לגבש עברה פלילית.⁸⁴

83 ברור שהקביעה כי הבחירה ליטול סיכון מגבשת אשמה מוסרית, שקיומה גורר הרשעה בעברה פלילית, אינה חלה על מקרה שבו נטילת הסיכון הייתה מוצדקת. כאשר העושה נטל סיכון שמוצדק לנוטלו, לא מתגבשת "פזיזות", משום שאין מדובר בנטילת "סיכון בלתי סביר", ועל כן לא מתגבש הרשעה בעברה פלילית שדורשת "פזיזות" ביחס לתוצאה. ראו לעיל ה"ש 19 והטקסט המפנה אליה. כלומר, במצב של נטילת סיכון סביר העושה אומנם נטל סיכון שהאינטרס המוגן בעברה ייפגע, אך מדובר בנטילת סיכון מוצדקת, ולכן אין מקום להרשעה.

84 על כך שבמצב של "פזיזות" יש בחירה ליטול סיכון של פגיעה באינטרס מוגן, ושבחירה זו יוצרת את דרגת האשמה המספיקה בדרך כלל להרשעה פלילית, ראו והשוו HORDER, לעיל ה"ש 53, בעמ' 197; CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 164; LARRY ALEXANDER & KIMBERLY KESSLER FERZAN WITH STEPHEN MORSE, CRIME AND CULPABILITY: A THEORY OF CRIMINAL LAW 67–68 (2009).

כאן ניתן להעלות את השאלה: מהי ההצדקה לקיומן של עברות כלשהן המסתפקות ברשלנות לצורך הרשעה? לנוכח ההקשר של המאמר אתמקד לצורך הדגמה ברשלנות כלפי התוצאה, כגון גרימת מוות ברשלנות. עיקרון מקובל הוא שאין מקום להשתמש במשפט הפלילי ככלי להשגת תועלת כאשר העושה אינו אשם מבחינה מוסרית (או שהוא אינו אשם במידה מספקת). ראו לעיל ה"ש 80–82 והטקסט המפנה אליהן. אם כן, גם אם נניח – כפי שמקובל להניח – שקיים עברות רשלנות תורם להרתעה הכללית ולהרתעה האישית, נשאלת עדיין השאלה: הרי אדם שעשה בהיותו רק רשלן ביחס לאפשרות שהמעשה יגרום למות אדם (משום שהאפשרות שהמוות ייגרם לא חלפה כלל במוחו) לא צפה כלל את האפשרות שמעשהו יגרום למותו של אדם. אם כן, הוא לא בחר לגרום למותו של אדם וגם לא בחר ליטול סיכון שמעשהו יגרום למות אדם. הוא לא בחר לפגוע בערך של חיי אדם וגם לא בחר לסכן ערך זה. אם כן, במה מתבטאת אשמתו? נכון שהוא היה יכול להיות מודע לאפשרות שמעשהו יגרום למות אדם, אבל הרי הוא לא ביצע אקט נפשי של בחירה לא להיות מודע לאפשרות הזו! אם כן, במה מתבטאת אשמתו? לשאלה זו התייחסתי בקוגלר **תאוריית ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 87–89, וכאן אצטט את עיקרי התשובה המקובלת לשאלה זו: "אם ראובן עושה מעשה מסוכן מבלי שחולפת במוחו האפשרות שהמעשה עלול לגרום למותו של אדם, כאשר בנסיבות העניין אדם סביר שהיה עושה אותו מעשה היה צופה את אפשרות גרימת המוות, יש להניח שהעובדה שאפשרות גרימת המוות לא חלפה במוחו של ראובן נובעת מכך שבאופיו הוא רגיש פחות מהאדם הסביר לחיים של אנשים אחרים, כלומר שבאופיו הוא אינו אכפתי מספיק כלפי חיים של אחרים. במקרה כזה במעשהו של ראובן מתגלה שאופיו פגום מבחינה מוסרית, ולכן הוא נחשב אשם מבחינה מוסרית" (שם, בעמ' 88; למקורות התומכים בתשובה זו ראו שם, בעמ' 88–89). יוצא שסוג האשמה שקיים בעברות רשלנות שונה מסוג האשמה המאפיין עברות של מחשבה פלילית, אבל לפי

פרק ה: האם נדרשת דרגת הסתברות מינימלית מוגדרת של התוצאה כדי שתגבש פזיזות?

לדעתי, על מנת שאדם ייחשב "פזיז" ביחס לתוצאה, די בכך שהוא צפה את אפשרות התהוותה של התוצאה בדרגת הסתברות כלשהי, אפילו הנמוכה ביותר. מסקנה זו נתמכת לא רק בלשון החוק, אלא גם בשיקולי צדק ומדיניות.

סעיף 20 לחוק העונשין מסתפק ביחס ל"פזיזות" (גם בהקשר של קלות דעת וגם בהקשר של אדישות) בכך שהמעשה נעשה עם מודעות ל"אפשרות הגרימה לתוצאות המעשה". ברגע שאדם צפה שהתוצאה עלולה להיגרם, אפילו בהסתברות נמוכה ביותר, מתקיימת הדרישה שהוא היה מודע לאפשרות שהתוצאה תיגרם. המחוקק לא הגביל את התגבשות המצב הנפשי של פזיזות לכך שהעושה צפה את אפשרות גרימת התוצאה לכל הפחות בדרגת הסתברות מסוימת, כגון ממשית, סבירה, משמעותית וכדומה.⁸⁵ מכאן שלפי פשוט לשונו של החוק, די בצפיית התוצאה בדרגת הסתברות כלשהי.

אילו היו שיקולי מדיניות וצדק חזקים בעד הצרתה של הגדרת ה"פזיזות" (לעומת מה שעולה מלשונו הפשוטה של החוק), על ידי הכנסת דרישה לדרגת הסתברות מינימלית מוגדרת כלשהי, היו השופטים רשאים ליצור דרישה כזו. אבל לא רק שאין שיקולים כאלה, אלא להפך: שיקולי מדיניות וצדק תומכים בגישה שבה אני תומך כאן. אמחיש את הדברים בעזרת דוגמה ידועה: נניח שלפני ראובן נמצאו אף אקדחים, והוא ידע שרק אחד מהם טעון. הוא לא ידע איזה מהם טעון. ראובן לקח את אחד האקדחים מתוך האלף, מתוך תקווה שהוא לוקח אקדח שאינו טעון, וירה לעבר שמעון. מטרתו הייתה רק ליהנות מהריגוש של הסיכון או סתם להפחיד את שמעון. לרוע המזל, דווקא האקדח שהוא בחר בו לירי היה האקדח הטעון, והירייה גרמה למותו של שמעון. ברור שבמקרה כזה נרצה להרשיע את ראובן בעברת המתה שדורשת ומסתפקת בפזיזות (או בקלות דעת) ביחס למות שמעון. זאת, אף שהסיכון שראובן נטל היה רק סיכון של אחד לאלף שהמוות של שמעון ייגרם. דוגמה דומה ניתן להביא ביחס לתוצאות מזיקות אחרות, כגון חבלה חמורה לאדם. אילו דרשנו דווקא דרגת הסתברות "ממשית" או דרגה דומה לצורך התגבשות "פזיזות", לא היינו יכולים להרשיע את ראובן בדוגמה דלעיל בעברת מחשבה פלילית, וזו תוצאה שאינה רצויה ואינה צודקת.

הדעה המקובלת, די גם בסוג האשמה המתבטא במצב של רשלנות להצדיק הרשעה פלילית בהקשרים חריגים. עם זאת, לפי ההשקפה המקובלת, דרגת האשמה המוסרית של הפזיז גבוהה בדרך כלל מדרגת האשמה של הרשלן. ראו לעיל בתת-פרק 5א וכן לעיל בה"ש 53-54 ובטקסט המפנה אליהן.

85 כאשר המחוקק רצה לדרוש דרגת הסתברות גבוהה יותר, הוא ידע לעשות כן. ראו, למשל, ס' 2144(א) לחוק העונשין, שבו במסגרת העברה של הסתה לאלמות דרש המחוקק ש"יש אפשרות ממשית" (ההדגשה הוספה) שהפרסום המסית יביא לידי עשיית מעשה אלימות.

אכן, דוגמה כמו זו שהבאתי כאן שכנעה את המלומדים והפסיקה באנגליה לנקוט גישה אחידה: לשם גיבוש "פזיזות" די מבחינה נפשית שהעושה צפה סיכון **כלשהו**, אפילו נמוך ביותר, ואין שום דרגת הסתברות מינימלית מוגדרת בהקשר זה.⁸⁶ עמדה זו עולה גם ביחס לישראל מדברי פלר ומהפסיקה.⁸⁷

מובן שכאן מתעוררת מייד השאלה: מדוע, למשל, מותר להטיס מטוסים אף שהטייסים יודעים שלפעמים מטוסים נופלים גם כאשר הטייסים אינם מתרשלים כלל, ואז לעיתים נוסעי המטוס או אנשים על הקרקע נהרגים? אכן, הטסת מטוסים מותרת,

86 ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 22, בעמ' 59–64 (המביא גם הוא את דוגמת האקדחים ומציין, בשם ועדה אנגלית, כי אין זה משנה כלל מה היה מספר האקדחים הלא-טעונים שהיו מעורבים עם האקדח הטעון; מהמשך דבריו שם עולה כי גם במקרה שבו היו למשל מיליון אקדחים שרק אחד מהם היה טעון – מתקיימת פזיזות ביחס למות אדם); SALLY KYD, TRACEY ELLIOTT & MARK; AUSTIN WALTERS, CLARKSON AND KEATING: CRIMINAL LAW: TEXT AND MATERIALS (10th ed. 2020) 207 (המביאים כדוגמה להתגבשות פזיזות מקרה שבו אדם הרג את חברו במסגרת משחק של "רולטה רוסית" שבו הסיכון שהוא יהרוג אותו היה אחד לאף); ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 105–107. גם הצעת החוק הפלילי האנגלית לחלק כללי חדש מסתפקת בהקשר של פזיזות ביחס לתוצאה בכך שהעושה היה מודע לכך שקיים "a risk" שהתוצאה תתרחש. ראו הצעת החוק הפלילי האנגלית, לעיל ה"ש 22, בכרך 1, ס' 18(ii)(c).

87 ראו פלר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 615. לעניין "פזיזות" הוא מסתפק בצפיית האפשרות בדרגת הסתברות כלשהי. בלשונו, מידת ההסתברות "עשויה אף להגיע לדרגה המזערית ביותר, ובלבד שהעושה היה מודע, בשעת המעשה, לאפשרות זו" (שהתוצאה תיגרם). באשר לפסיקה, עד לאחרונה נמנעה הפסיקה מלהתייחס בצורה ברורה ומפורשת לשאלת דרגת ההסתברות הנדונה כאן. אולם לאחרונה ניתן פסק דין התומך בעמדה שדי בהסתברות כלשהי, כאמור בטקסט. מדובר בע"פ 510/22 טויוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 27.12.2022). ביום חג הפורים הדליק המערער נפצים וזרק אותם לעבר חצר הבית של שכניו. עקב כך פרצה שרפה שגרמה נזק כבד לבית השכנים. הנאשם הורשע, בין היתר, בעברה לפי ס' 444(א) רישוה, הקובעת כי "המשלח אש במזיד בדבר לא לו, דינו – מאסר חמש עשרה שנים". השופטת רונן הרשיעה את הנאשם בעברה זו, ולפסק דינה הסכימו שני שופטים נוספים. השופטת התייחסה לעברה הנדונה כעברת תוצאה, כשהתוצאה היא השרפה עצמה. היא הוסיפה וקבעה כי לשם הרשעה בעברה זו די שיוכח כי הנאשם היה פזיז ביחס לכך שמעשהו יגרום לשרפה, ומאחר שהדבר הוכח, היא הרשיעה את הנאשם בעברה הנדונה. במסגרת הנמקתה להרשעה התייחסה השופטת גם לדרגת ההסתברות הנדונה כאן. בהקשר זה היא כותבת כי "הסכנה של גרימת השריפה כתוצאה מהשלכת הנפץ אינה צריכה להיות ודאית או קרובה לוודאי, ודי בכך שהיא אחת האפשרויות הצפויות כתוצאה של השלכת הנפצים. לכן, אף אם התוצאה הרגילה והרווחת של השלכת נפצים מסוג כזה או אחר היא יצירת רעש בלבד, די בכך שמדובר בהשלכה של חומר נפץ העלול להוביל **בהסתברות כלשהי** גם לגרימה של שריפה" (שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת רונן; ההדגשה הוספה). נוסף על כך היא כותבת כי גם אילו הוכיח הנאשם שמעולם לא הוצתה אש כתוצאה מהשלכת נפצים מהסוג שהשליך, "אינני סבורה שהיה בכך כדי לעורר את הספק הנדרש ביחס למודעותו לאפשרות שתיגרם שריפה כתוצאה מהשלכת הנפצים. זאת משום שהמודעות הנדרשת היא כאמור רק בדבר **אפשרות כלשהי** שכתוצאה ממעשיו עלולה להיגרם שריפה, אף אם תוצאה זו אינה התוצאה הוודאית או אף התוצאה השכיחה" (שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופטת רונן; ההדגשה הוספה).

ואם טיים הטוס שנפל וגרם למות אנשים, הטייס (אם הוא נשאר בחיים) לא יורשע בשום עברה (בתנאי שהוא לא התרשל), משום שהמשפט הפלילי מתיר נטילת סיכונים מוצדקים וסבירים. המושג "פזיזות" מורכב, בישראל ובעולם, משני חלקים: צפיית האפשרות שהתוצאה תקרה, והעובדה שנטילת הסיכון מצד העושה הייתה בלתי סבירה (בלתי מוצדקת). בדוגמת הטייס יש תועלת חברתית בפעילות הנדונה (הטסת מטוסים), ותועלת זו הופכת את נטילת הסיכון למוצדקת. ברגע שהיא מוצדקת, היא מותרת, ומובן שלנוכח זאת, במקרה שנגרם בכל זאת מוות – העושה פטור. יוצא שכדי להתיר מעשים דוגמת הטסת מטוסים, אין צורך להגדיר מראש דרגת הסתברות מינימלית לצורך גיבוש "פזיזות", משום שלצורך התרתם קיים המושג "סיכון סביר". הצירוף של אי-הגדרת דרגת הסתברות מינימלית עם ההתרה של נטילת סיכונים סבירים במקרים קונקרטיים מאפשר להתיר הטסת מטוסים, מצד אחד, ולהרשיע במקרה של נטילת אקדח אחד מאלף (שם אין כל תועלת חברתית), מן הצד האחר.⁸⁸ מובן שבעת דיון בשאלה אם נטילת

88 על הקשר ההדוק שקיים, בהקשר של הגדרת ה"פזיזות", בין הדרישה שנטילת הסיכון תהיה בלתי סבירה לבין העובדה שמתאפשר לנו לא להגדיר דרגת הסתברות מינימלית כללית לצורך התגבשות הפזיזות, ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 22, בעמ' 59–61; CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 159–160.

בניגוד לגישה האנגלית והישראלית שהוצגה כאן בטקסט, ואשר בה אני תומך, החוק הפלילי לדוגמה האמריקני נוקט, לפי פשטות לשונו, גישה אחרת. לפי הגדרתו ל"פזיזות", זו מתגבשת (ביישום לתוצאה) רק כאשר ההתנהגות הרלוונטית לזוהי במודעות להתקיימות "a substantial and unjustifiable risk" שהתוצאה תיגרם (יש בהגדרה שם דרישה נוספת, אך זו אינה מענייננו כאן). ראו הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1962), לעיל ה"ש 22, בס' 2.02(2)(c). לפי פשוטם של דברים, הקוד אינו מסתפק, לשם גיבוש "פזיזות", בסיכון בדרגה כלשהי, אלא דורש מודעות דווקא לסיכון **ממשי** (substantial), כלומר, לסיכון ברמה גבוהה יותר מסיכון נמוך ביותר, בדרגה כלשהי. יש לציין כי הקוד דורש דרישה זו אף שהוא דורש גם שנטילת הסיכון תהיה בלתי מוצדקת (כלומר, אי-אפשר לנמק את דרישת דרגת ההסתברות הזו בכך שהקוד אינו מכיר בפטור של "סיכון סביר" או "סיכון מוצדק"). גישה זו של הקוד האמריקני בעייתית משום שהיא אינה מאפשרת, למשל, הרשעה בעברת המתה בפזיזות בדוגמת "אלף האקדחים" שהובאה לעיל בטקסט. ניסיון להגן על הקוד האמריקני בטענה שגם במקרה של "אלף האקדחים" יהיה אפשר עדיין להרשיע את היורה בעברה של "גרימת מוות ברשלנות" (למרות המודעות הסובייקטיבית לסיכון הקטן מאוד שייגרם מוות) לא יצלח, משום שבהגדרת ה"רשלנות" (ביחס לתוצאה) בקוד האמריקני מופיעה, בין היתר, הדרישה שהנאשם היה צריך להיות מודע לסיכון **הממשי** (substantial) והבלתי-מוצדק שהתוצאה תיגרם (ראו שם, בס' 2.02(2)(d)). בדוגמת "אלף האקדחים" אין מדובר בסיכון **ממשי** (לפי פשוטם של דברים), ולכן במקרה הזה גם הרשעה בעברה של גרימת מוות ברשלנות אינה מתאפשרת. אכן, מלומדים אמריקנים ביקרו את הקוד האמריקני וטענו כי אין מקום להתנות את התגבשותה של "פזיזות" בדרגת הסתברות מינימלית כלשהי. ראו ALEXANDER & KESSLER FERZAN WITH MORSE, לעיל ה"ש 84, בעמ' 25–26. הם המחישו את צדקת עמדתם בעזרת דוגמה הדומה במהותה לדוגמת "אלף האקדחים". לבסוף, מעניין שבספר המתאר את המשפט הפלילי האמריקני הנוהג, במסגרת הדיון במושג "פזיזות" (דיון שאינו מזכיר כלל את הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני), לא מופיעה כלל הדרישה שהסיכון שהנאשם נטל במודע היה "ממשי". נאמר שם ש"פזיזות" ביחס לגרימת תוצאה מתקיימת כאשר אדם מודע לכך שהתנהגותו עלולה לגרום לתוצאה. יתרה מזו, כמה שורות אחר כך המחבר

סיכון מסוים היא מותרת מתחשבים, בין היתר (לצד גורמים נוספים, כגון אם קיימת תועלת חברתית שנוצרת באמצעות הפעולה שיוצרת את הסיכון, ומה מידתה), גם בדרגת ההסתברות שהתוצאה שבהגדרת העברה תתרחש במקרה הקונקרטי. אבל זו התחשבות בדרגת ההסתברות הצפויה במקרה הקונקרטי, ואין מדובר בדרגת הסתברות כללית שתהווה דרגת סף הדרושה להתגבשות פזיזות בכל מקרה שהוא. לא ארחיב כאן יותר על הנושא של "סיכון סביר", שבו אעסוק לחוד להלן.⁸⁹

פרק ו: הצורך בצפיית האפשרות של גרימת התוצאה (אבל אין דרישה לצפיית תהליך הגרימה במישור היסוד הנפשי; זה הוא עניין הנדון במישור אחר)

אפתח בדוגמה: ראובן הוא רוקח. יום אחד נכנס לבית המרקחת שמעון, לקוח קבוע המוכר לראובן. הוא מבקש לרכוש כדורים נגד כאב גרון, והרוקח מוכר לו אותם. בשל פגם בייצור, שהרוקח לא ידע עליו ולא היה יכול לדעת עליו, כללו הכדורים רעל מסוים, ולכן גרמו הכדורים למותו של שמעון כעבור ימים אחדים. יוצא שמעשה מכירת הכדורים הללו לשמעון, שבוצע על ידי ראובן, היה סיבה בלעדית אין למות שמעון, וגרם למותו (מבחינת הקשר הסיבתי העובדתי).

נניח שעל רקע היכרותו עם שלל מחלותיו של שמעון, ובשל מראהו של שמעון בעת קניית הכדורים, הסיק ראובן כי מותו של שמעון קרוב ממש (עקב המחלות השונות שפקדוהו), וכאשר מסר לו את הכדורים הנדונים הוא חשב לעצמו "מסכן שמעון, הוא לא יודע שיש סיכוי רציני שתוך ימים אחדים הוא ימות". כאמור, שמעון אכן מת כעבור זמן קצר, אבל הוא מת בגלל הכדורים נגד כאב גרון שמכר לו ראובן (בשל הפגם בייצור שהיה בהם), ולא בגלל מחלותיו האחרות. האם מתקיים כאן היסוד הנפשי של "פזיזות" אצל ראובן כלפי מותו של שמעון? ברור שלא. נכון שבעת מסירת הכדורים לידי שמעון צפה ראובן את האפשרות ששמעון ימות תוך כמה ימים – כלומר, יתקיים האירוע "מות אדם", שהוא חלק מהיסוד העובדתי של עברות ההמתה – אבל הוא לא צפה את האפשרות שהמעשה שעשה (מסירת הכדורים לשמעון) יגרום למות שמעון, כלומר, שיהיה קשר סיבתי עובדתי בין המעשה שעשה לבין מות שמעון. הרי ראובן לא ידע כלל

מציין שכאשר אין כל תועלת חברתית במעשהו של הנאשם, הוא יכול להיחשב "פזיז" אף אם הסיכויים שייגרם נזק ממעשהו נמוכים מאחוז אחד. ברור שכאשר הסיכון הוא של פחות מאחוז אחד אין מדובר בסיכון ממשי לפי המובן הלשוני הפשוט של המילים "סיכון ממשי". יוצא שבספר מרכזי שמתאר את המשפט האמריקני הנוהג יש פשוט התעלמות מההגדרה בקוד הפלילי לדוגמה האמריקני, אשר דורשת לצורך התגבשות "פזיזות" שהסיכון שהנאשם נטל במודע היה "ממשי". ראו

Wayne R. LaFare, Criminal Law 285 (5th ed. 2010).

89 ראו להלן בפרק ז.

על הפגם בכדורים, ולכן לא צפה כלל את האפשרות שמסירת הכדורים לשמעון תגרום למוותו.⁹⁰ לפיכך ברור שבמקרה המתואר כאן אי-אפשר להרשיע את ראובן בעברה של גרימת מוות הדורשת "פזיזות".⁹¹ הדוגמה שהבאתי ממחישה את הקביעה כי בעברת מחשבה פלילית הדורשת "פזיזות" ביחס להרשעה אין די בכך שבעת המעשה צפה העושה את האפשרות שהאירוע – כגון "מות אדם" – יתרחש, אלא נדרש שהוא צפה את האפשרות שמעשהו יגרום (כלומר, יהיה לו קשר סיבתי עובדתי) לאותו אירוע. הדברים הודגמו כאן ביחס לעברת המתה, אך הם נכונים ביחס לכל עברה של גרימת תוצאה. הנאמר כאן מוצדק לחלוטין מחמת שיקולי צדק. מאחר שראובן לא צפה כלל את האפשרות שמעשה מסירת הכדורים יגרום למוותו של שמעון, מעשהו היה מותר לחלוטין, ולא דבקה במעשהו זה כל אשמה מוסרית. לנוכח זאת אין להרשיעו ולהענישו. סוג האשמה המאפיין "פזיזות" הוא בחירה לסכן אינטרס מוגן, אולם בחירה כזו לא התלוותה כאן למעשהו של ראובן, שהרי הוא לא צפה כלל את האפשרות שהמעשה שלו (מסירת הכדורים) יוביל למוות שמעון.⁹² הנאמר כאן מעוגן היטב גם בלשונו של סעיף

90 בדוגמה דנן ראובן גם לא היה רשלין ביחס למוות, שהרי הוא לא היה יכול לדעת על הפגם בכדורים, ולכן הוא לא היה רשלין ביחס לצפיית האפשרות שמעשה מסירת הכדורים יגרום למוותו של שמעון.

91 ובהמשך לנאמר בהערה הקודמת, גם אי-אפשר להרשיע את ראובן בעברה של גרימת מוות ברשלנות.

92 לאור האמור, גם סוג האשמה האופייני לרשלנות לא התקיים כאן, כי ראובן לא היה רשלין כלל ביחס לכך שמעשהו יוביל למוות שמעון. ראו לעיל ה"ש 90–91.

לכאורה אפשר לטעון כי בדוגמה המובאת בטקסט ניתן לזפות את ראובן מגרימת מוות בפזיזות בשל אי-התקיימות קשר סיבתי משפטי, שהרי תהליך הגרימה כפי שהתרחש לא היה ניתן לצפייה מבחינה אובייקטיבית, ולכן לא מתקיים מבחן "הצפיית הסבירה" ביחס לתהליך הגרימה כפי שאירע. אם כך, מניין שבמקרה דנן הפטור של הרוקח נובע מהעיקרון המוצג בטקסט? לכך יש כמה תשובות. ראשית, הדרישה בעברות מחשבה פלילית שהעושה צפה את אפשרות התוצאה נובעת מעיקרון האשמה, שהוא עיקרון בסיסי שאינו תלוי בדוגמה זו או אחרת. שנית, הדרישה שהעושה צפה את אפשרות גרימת התוצאה היא דרישה בסיסית במסגרת דיני היסוד הנפשי, והסברת הפטור של הרוקח באמצעותה פשוטה יותר מהסברתו באמצעות הישענות על הטענה של העדר קשר סיבתי משפטי. הדרישה לקיום קשר סיבתי משפטי קשה יותר להנמקה מאשר הדרישה לקיום היסוד הנפשי, וגם דיניה מורכבים יותר ושנויים במחלוקת. העיקרון המוזכר כאן בטקסט קל להנמקה וגם מקובל על הכל כעיקרון פשוט וברור. שלישי, ייתכנו מקרים אחרים מהדוגמה המובאת כאן בטקסט שבהם תהיה חשיבות מעשית דווקא לפטור המוזכר כאן בטקסט. למשל, ייתכן מקרה שבו אף שהנאשם לא צפה באופן סובייקטיבי את האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה, הוא צפה שהאירוע – למשל, "מות אדם" – יתרחש (בלי קשר סיבתי עובדתי למעשהו), אבל נניח כעת שבנסיונות המקרה, נוסף על הנתונים שתוארו עד כאן, אדם סביר במקומו היה צופה את האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה שאכן נגרמה בפועל על ידי המעשה (מבחינת קשר סיבתי עובדתי), וכן שתהליך הגרימה הקונקרטי כפי שאירע היה ניתן לצפייה על ידי האדם הסביר (כלומר, התקיים קשר סיבתי משפטי). במקרה כזה התקיים קשר סיבתי משפטי בין מעשה הנאשם לבין התוצאה, אבל בכל זאת לא יהיה אפשר להרשיעו בעברת מחשבה פלילית ביחס לתוצאה הנדונה (כגון מוות), עקב החוסר ביסוד הנפשי הסובייקטיבי, שתואר כאן בטקסט. במקרה כזה יהיה אפשר להרשיעו רק בעברת רשלנות (כגון גרימת מוות ברשלנות), ואם אין עברת רשלנות ביחס לאותו יסוד עובדתי (כגון בהקשר של העברה

20(א) לחוק העונשין, אשר דורש, לשם התגבשות "מחשבה פלילית" ביחס לתוצאה המופיעה בהגדרת היסוד העובדתי שבעברה, שהעושה היה מודע ל"אפשרות הגרימה לתוצאות המעשה" (ההדגשה הוספה).

אולם אין להתבלבל ולחשוב שהדרישה שהעושה צפה את האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה משמעותה היא שלשם התגבשות המחשבה הפלילית נדרש גם שהוא צפה את אפשרות ההתרחשות של תהליך הגרימה של התוצאה כפי שתהליך זה התרחש באירוע הקונקרטי. מבחינת היסוד הנפשי של "פזיזות", למשל, די בכך שהעושה צפה את האפשרות שמעשהו יגרום להתרחשות התוצאה בדרך כלשהי, ואין זה משנה כלל אם התהליך שבו נגרמה התוצאה במקרה הקונקרטי היה שונה מהתהליך שנצפה על ידי הנאשם. אם יש פער בין תהליך הגרימה הקונקרטי שהוביל לתוצאה באירוע הנדון לבין תהליך הגרימה כפי שצפה אותו הנאשם, עניין זה נדון במסגרת סוגיה משפטית אחרת, השייכת ליסוד העובדתי, והיא סוגיית "הקשר הסיבתי המשפטי". הסיבה לכך היא שהיסוד הנפשי בא לקבוע את אשמת הנאשם. כאשר הנאשם צפה את האפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה בדרך מסוימת כלשהי, אשמתו מתגבשת, והיא אינה משתנה גם במקרה שבו תהליך הגרימה הקונקרטי היה שונה מהתהליך שנצפה על ידיו. אומנם, כאשר יש פער בין התהליך שנצפה לתהליך כפי שאירע בפועל, לעיתים יזוכה הנאשם, אבל אז יופעל (לפי הדעה המקובלת) מבחן "הצפיות הסבירה" האובייקטיבי, שבמסגרתו נבדק אם תהליך הגרימה כפי שאירע היה חריג עד כדי כך שגם אדם סביר לא היה צופה את אפשרות התגשמותו. כאן לא נבדקת שאלת אשמתו של הנאשם, אלא נבדקת השאלה אם אנו מוכנים לייחס את התרחשות התוצאה לנאשם, ואנו מוכנים לייחס לו אותה רק כאשר תהליך הגרימה לא היה חריג.⁹³ לכן, בהקשר של שאלת הקשר הסיבתי המשפטי המבחן הוא מבחן "הצפיות הסבירה" האובייקטיבי, שחל גם על עברות מחשבה פלילית, שבהקשרן היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה הוא סובייקטיבי (צפייה בפועל של האפשרות שמעשה הנאשם יגרום לתוצאה בדרך מסוימת כלשהי). אילו במסגרת דיני הפזיזות הייתה דרישה שהנאשם צפה את תהליך גרימת התוצאה באותו אופן שבו הוא התרחש בסופו של דבר באירוע הקונקרטי, היינו מצפים לראות דרישה שבעברת מחשבה פלילית המבחן יהיה סובייקטיבי, כלומר, שלשם הרשעה בעברת התוצאה נדרש שהנאשם צפה באופן סובייקטיבי את תהליך הגרימה כפי שהתרחש באירוע. אבל האמת היא שדבר זה אינו נדרש; כדי להרשיע בעברת מחשבה פלילית די (לפי המבחן המקובל) שתתקיים "צפיות אובייקטיבית" של תהליך הגרימה. דין זה מתאפשר משום ששאלת הצפייה של תהליך הגרימה נדונה לא במסגרת היסוד הנפשי, אלא במסגרת סוגיה נפרדת השייכת ליסוד העובדתי – היא שאלת הקשר הסיבתי

של גרימת פגיעה בנכס של אחר), הוא יצא זכאי לחלוטין מכל עברה פלילית, וזאת דווקא בשל העיקרון שאני דן בו כעת בטקסט.

93 גם מי שמאמץ לצורך שאלת הקשר הסיבתי המשפטי מבחן אחר ממבחן "הצפיות הסבירה" עושה כן במסגרת הדין בקשר הסיבתי המשפטי (שהוא חלק מהיסוד העובדתי), ולא במסגרת דיון ביסוד הנפשי.

המשפטי.⁹⁴ מעבר לנאמר כאן, יש לשים לב שבסעיף 20(א) לחוק העונשין, המגדיר את המחשבה הפלילית, מופיעה רק דרישה שהנאשם היה מודע ל"אפשרות הגרימה לתוצאות המעשה", ואין כל דרישה שהנאשם צפה את תהליך הגרימה של התוצאה כפי שזה התרחש באירוע הקונקרטי.

אסיים פרק זה בהדגמה של ההבחנה שנעשתה כאן. נניח ששמעון עמד על שפת מדרכה סמוך לכביש הומה. ראובן ירה לעברו כדור אחד רק כדי להפחידו ועם תקווה לא לפגוע בו כלל, אבל הוא צפה בכל זאת את האפשרות שהכדור יפגע בשמעון וימית אותו מייד (אם כי קיווה, כאמור, שהדבר לא יקרה), כלומר, הוא צפה את האפשרות שמעשהו (הירי) יגרום למותו של אדם. מה שקרה בפועל הוא שהכדור פגע בשמעון וגרם לו פציעה קלה, שבגללה הוא נפל לכביש, ומכונית שעברה שם לא הספיקה לעצור בזמן, פגעה בשמעון והמיתה אותו. במוחו של ראובן לא הופיעה כלל המחשבה שתהליך כזה עלול להתרחש, כלומר, הוא לא צפה בפועל את האפשרות ששמעון ימות כתוצאה מתהליך גרימה כמו זה שאירע בפועל. במקרה כזה ניתן להרשיע את ראובן בהמתה בקלות דעת (שהיא עברה לפי סעיף 301ג לחוק העונשין). ברור שמעשהו של ראובן (הירי של הכדור) היה סיבה בלעדית אין למותו של שמעון, שהרי אלמלא הירי לא היה שמעון נפגע, ולכן גם לא היה נופל לכביש ולא היה נדרס למוות. מבחינת היסוד הנפשי הייתה אצל ראובן "פזיזות" בצורה של קלות דעת ביחס לגרימת המוות (כי הוא צפה את האפשרות של מוות מפגיעת הכדור), ולכן ניתן להרשיעו בגרימת מותו של שמעון בקלות דעת. הצורך בקיום קשר סיבתי משפטי אינו מהווה במקרה זה מחסום מפני הרשעת ראובן בעברה הנדונה, משום שקשר זה מתקיים, לפי מבחן "הצפיות הסבירה". אף שתהליך הגרימה המתואר לא נצפה באופן סובייקטיבי על ידי ראובן, מדובר בתהליך גרימה שאינו חריג, ועל כן הוא ניתן לצפייה על ידי האדם הסביר. כלומר, לפי מבחן "הצפיות הסבירה" ביחס לתהליך הגרימה של התוצאה (שהוא המבחן המקובל ביותר לקשר הסיבתי המשפטי), הקשר הסיבתי המשפטי

94 לטענה שכלל שמדובר בשאלת המחשבה הפלילית אין זה משנה כלל שהתוצאה נגרמה באופן (בתהליך) בלתי צפוי ראו, למשל, CARD & MOLLOY, לעיל ה"ש 71, בעמ' 97. בנושא הקשר הסיבתי המשפטי, ובכך שמבחן "הצפיות הסבירה" של תהליך הגרימה הוא מבחן של הקשר הסיבתי המשפטי, עסקתי בהרחבה במקום אחר – ראו קוגלר **תאורייה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 371–578. במסגרת הדיון שם הדגשתי במקומות רבים את ההבחנה שפירטתי כאן בין היסוד הנפשי שמתייחס לעצם גרימת התוצאה לבין שאלת הצפייה של תהליך גרימת התוצאה כפי שהוא התרחש באירוע הקונקרטי (שם, בין היתר בעמ' 375–376, 402 ו-461, שם הבאתי גם מקורות נוספים המתייחסים במפורש להבחנה שפורטה כאן בטקסט).

אומנם, עמדתו של פרופ' פלר שונה, ולדעתו שאלת הצפייה של תהליך הגרימה היא שאלה שיש לדון בה במסגרת היסוד הנפשי של העברה – ראו פלר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 646–655. אך גישה זו אינה מקובלת כיום בעולם. הגישה השלטת כיום בעולם היא זו שפירטתי כאן בטקסט, ואשר כבר פירטתי בעבר – ראו כאמור קוגלר **תאורייה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 371–578. את גישת פלר בנקודה המוזכרת כאן ביקרתי שם, בעמ' 507.

מתקיים באירוע הנדון, ולכן המסקנה היא שניתן להרשיע את ראובן בעברה הנדונה כאן.

פרק ז: סיכון סביר

1. משמעות הדוקטרינה

יש מעשים שטומנים בחובם סיכונים שתוצאה מסוימת תתרחש אבל למרות זאת החברה מוכנה להתירם. זאת, משום שמעשים אלו מביאים תועלת, ואם נאסור אותם, בגלל הסיכון הטמון בהם, תפסיד החברה דברים רבים שהיא אינה מעוניינת להפסיד. לדוגמה, כאשר אדם יוצא בבוקר ונוהג לעבודתו, הוא יודע שגם אם ישמור על כל כללי הזהירות המקובלים, ייתכן שיתרחש אירוע שיוביל לכך שהוא יתנגש במכונית אחרת ויגרור למוותם של אנשים. למשל, ייתכן שהוא יקבל במהלך הנהיגה התקף לב לראשונה בחייו, יאבד עקב כך את השליטה ברכב, יתנגש ברכב אחר וימית את נוסעיו, או יפגע בהולך רגל ויהרוג אותו; ייתכן שילד קטן יקפוץ לפתע לכביש בריצה, והוא יהרוג אותו משום שהוא לא יוכל לעצור לפני הפגיעה; ייתכן שיהיה כתם שמן על הכביש או שגלגל של הרכב יתפוצץ לפתע, והדבר יוביל לאובדן השליטה ברכב, והוא יהרוג הולך רגל. אף על פי כן איננו משביתים את כלל התנועה ברכב במדינה. איננו אומרים לנהגים "שבו בבית ואל תנהגו ברכב". זאת, משום שהנהיגה ברכב מביאה תועלת, ובשקלול כולל אנו מעדיפים שאנשים ינהגו ברכב, למרות הסיכון שיש בכך. ומאחר שאנו מתירים זאת, ברור שאם אירע מצב שבו, למשל, ילד קטן קפץ במפתיע לכביש ונהג לא הספיק לעצור לפניו והרגו, יהיה הנהג פטור מאחריות פלילית. הוא הדין ביחס להטסת מטוסים, שעלולים ליפול ולהרוג את נוסעיהם וגם את האנשים שגרים בכתים שעליהם הם נפלו.

באופן דומה, אנו מתירים למדריכים בתנועות נוער לקחת חניכים לטיולים במדבר, גם כאשר מדובר בטיול שכולל הליכה ליד תהום, אף שגם אם ישמרו על כל כללי הזהירות המקובלים, חניך עלול למעורר, ליפול לתהום ולמות. אנו מעדיפים להתיר את נטילת הסיכון, ולא לאסור טיולים כאלה, וזאת בשל התועלת שיש בהם. מאותה סיבה אנו מתירים למדריכים בקייטנה לקחת את ילדי הקייטנה לים תוך שמירת כללי הזהירות המקובלים, אף שיתכן שילד יטבע בים וימות למרות השמירה על הכללים. באותה רוח, חיילים מתאמנים באש חיה למרות הסיכון שיש בכך.

הדבר בא לידי ביטוי גם בהיתר לנתח חולים בהקשרים מסוימים. יש מקרה שבו אדם סובל קשות מכאבים ומשיתוקים, והדרך היחידה לשחררו מכך היא ניתוח שבו יש סיכון ממשי שהוא ימות. פעמים רבות אנו מתירים לרופא לבצע את הניתוח למרות הסיכון הממשי לחיי החולה. אנו מתירים גם ניתוחים קוסמטיים, אפילו כאשר הם נעשים בהרדמה כללית, שיש בה סיכון לחיים. אנו מתירים לשלוח ילד בן עשר לבדו לבית

הספר, לאחר הדרכה מתאימה, אף שבדרך לשם עליו לעבור מעבר חצייה, כך שיש סיכון מסוים לחייו בשליחתו לבד לבית הספר.⁹⁵ אנו מתירים משחקי ספורט מסוימים אף שיש בהם לפעמים סיכון לחיי שחקן אחר ולפעמים גם לחיי צופים.⁹⁶ כל אלה הן דוגמאות לכך שהחברה מתירה לעיתים נטילת סיכון לחיים משיקולי תועלת, ואין ספק שאנו מתירים נטילת סיכונים לאינטרסים חשובים פחות מחיי אדם, כגון הסיכון שהמעשה יגרום חבלה לאדם או נזק לרכוש של אחר.

חשוב לציין כי מותר ליטול את הסיכונים הללו גם אם מודעים מראש, בעת ההתנהגות, לכך שביצוע ההתנהגות הרלוונטית עלול לגרום לתוצאה המזיקה. גם אם לפני היציאה לטיול במדבר מישוהו אומר למדריך "אתה יודע שחניך עלול ליפול לתהום ולמות", והמדריך מודע לפיכך לסיכון שהוא נוטל, מותר לו ליטול את הסיכון. אם הטיול נערך לפי כללי הזהירות המקובלים, העובדה שחניך נפל לתהום ומת לא תגרור הרשעה של המדריך, משום שהוא נטל סיכון שהחברה מתירה ליטול אותו. הוא הדין בעניין הרופא המנתח או הנהג בדוגמאות לעיל.

הדוקטרינה המשפטית המאפשרת את התרת ההתנהגויות האלה היא הדוקטרינה שנקראת "סיכון סביר". לפי דוקטרינה זו, כדי להרשיע אדם בשל נטילה מודעת של סיכון שמעשהו יגרום לתוצאה מזיקה, נדרש שהסיכון שהוא נטל היה "סיכון בלתי סביר" (או בניסוח אחר – "סיכון בלתי מוצדק"). כלומר, כאשר התועלת שבמעשה מצדיקה את נטילת הסיכון לגרימת הנזק, החברה מתירה את ההתנהגות, ולכן גם אם בדיעבד הנזק נגרם, העושה פטור מאחריות פלילית. יש לציין, כפי שניתן ללמוד משמה של הדוקטרינה, כי היא מתירה רק נטילת סיכון סביר. כלומר, היא חלה רק כאשר העושה צופה את האפשרות שהתוצאה המזיקה תיגרם. כאשר העושה צופה בוודאות שהתוצאה תיגרם, הדוקטרינה הזו אינה חלה. כדי לצאת פטור מאחריות פלילית במקרה שבו העושה צופה בוודאות את התרחשות התוצאה, נדרש שעל מעשהו של העושה תחול אחת ההגנות של המשפט הפלילי, על כל תנאיה, כגון הגנת הצורך.

הדוקטרינה של "סיכון סביר" מוכרת בכל העולם, אבל לא בכל מקום היא ממוקמת באותו מקום מבחינת הדוקטרינה של המשפט הפלילי. במשפט האנגלו-אמריקני הדרישה שהעושה נטל סיכון בלתי סביר כתנאי להרשעה ממוקמת במסגרת המושג "פזיזות". כלומר, כדי להרשיע אדם בעברת תוצאה הדורשת "פזיזות" ביחס לתוצאה, נדרשות שתי דרישות: ראשית, שהעושה צפה בעת ההתנהגות שקיימת אפשרות שמעשהו יגרום לתוצאה המופיעה בהגדרת העברה; ושנית, שעושה המעשה הנדון נטל בעת מעשהו "סיכון בלתי סביר" שהתוצאה תיגרם. לכן, אם העושה נטל "סיכון סביר" שהתוצאה תיגרם, הדרישה השנייה לגיבוש ה"פזיזות" לא התקיימה, ואי-אפשר להרשיעו בעברה הדורשת "פזיזות" ביחס לתוצאה.⁹⁷

95 השוו מדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 80–81 (1994).

96 ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 24 (1994).

97 למקורות במשפט האנגלו-אמריקני אשר מכירים בדוקטרינה של סיכון סביר ביחס לתוצאה כחלק

אין לטעות ולחשוב שהדוקטרינה של "סיכון סביר" חלה רק כאשר הנפגע נטל על עצמו מרצונו את הסיכון שהוא ייפגע. אומנם בחלק מהדוגמאות דלעיל הנפגע אכן נטל את הסיכון על עצמו, כגון בדוגמה שבה העושה נהג במכונית לפי כללי הזהירות הרגילים ואף על פי כן (למשל, בשל כתם שמן שהיה על הכביש) פגע במכונית אחרת וגרם למות הנוסעים שבה. ניתן לכאורה לטעון כי בדוגמה זו הנהג של המכונית הנפגעת והנוסעים שבה נטלו על עצמם מרצונם את הסיכון שהם ייהרגו בתאונה שלא נבעה מאשמת הנהג הפוגע. אבל אין לטעות ולהכליל מכאן הכללה שלפיה הדוקטרינה של "סיכון סביר" מוגבלת למקרים כאלה. כפי שראינו לעיל, הדוקטרינה של "סיכון סביר" חלה גם במקרים שבהם הנפגע לא נטל על עצמו כל סיכון מרצונו, כגון במקרה שבו מטוס נפל על בית והרג את יושביו, או במקרה שבו ילד קטן נהרג בכביש או במסגרת טיול לים, שהרי הסכמתו של ילד קטן אינה הסכמה. גם חיילים שמגויסים לצבא במסגרת שירות חובה ומחויבים ליטול חלק בתרגיל שכולל שימוש באש חיה לא נטלו על עצמם את הסיכון לחייהם מרצונם.

כמו כן אין לטעות ולחשוב שהדוקטרינה של "סיכון סביר" חלה רק במקרים שבהם ההתנהגות הנדונה כבר נהוגה בציבור באופן יומיומי, כגון נהיגה במכונית או הטסת מטוס. לעיתים אדם נקלע למצב קונקרטי ספציפי שאינו עניין שמעורבת בו התנהגות יומיומית מקובלת, ועליו להחליט אם רצוי או מותר ליטול את הסיכון שייגרם נזק מסוים (כגון מוות), מאחר שמדובר בסיכון סביר, או שמא מדובר בסיכון בלתי סביר שאסור לו לנוטלו. גם במקרה כזה, אם אותו אדם נטל סיכון סביר, הוא פטור מאחריות פלילית, גם אם הסיכון התממש וגם אם הוא היה מודע מראש לאפשרות שהנזק הנדון יתרחש, כי הדוקטרינה של "סיכון סביר" חלה גם במקרים כאלה.⁹⁸

המושג "פזיזות" כלפי התוצאה, מתארים אותה כעניין של שקלול של תועלת מול נזק וגם מביאים דוגמאות לתחלתה, ראו, למשל, ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 104–107; CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 159–160.

98 ראו קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 164–165. כפי שהדגמתי באותו מאמר, דברי ההסבר להצעת חוק קנדית מציעים כי מותר לנתח אדם (בהסכמה) לשם הצלת חוש הראייה או חוש השמיעה שלו גם אם הניתוח יוצר סיכון של יותר מ-50% שהוא ימות, וזאת בעזרת הדוקטרינה של "סיכון סביר" (שם, בעמ' 165, ה"ש 44). עתה אתייחס לעמדתו של פלר בסוגיה, כפי שהובעה בפלר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 618–619. לפי פלר, הפטור של "סיכון סביר" חל רק בהקשר של סיכונים רגילים יומיומיים, כגון נהיגה במכונית לפי כללי הזהירות המקובלים או הטסת מטוסים לפי כללי הזהירות המקובלים. כאשר מדובר במצב ספציפי מיוחד שיש בו סיכון שייגרם נזק, אין כל תחולה להיתר של "נטילת סיכון סביר", מאחר שמדובר בסיכון קונקרטי. כפי שעולה מהטקסט כאן, אני חולק על עמדתו של פלר בעניין זה. יש לציין כי עמדתו זו של פלר היא חריגה ביותר בעולם המשפט – הן בעולם והן בישראל. הפסיקה והספרות בעולם ובישראל מכירות בהיתר ליטול סיכון סביר גם בהקשרים קונקרטיים. בספרות בעולם מקובל להביא כדוגמאות למצבים שבהם מותר ליטול סיכון, מאחר שמדובר בסיכון סביר, גם הקשרים רגילים ומקובלים (כגון נהיגה במכונית) וגם הקשרים קונקרטיים של מקרים ספציפיים. כבר הזכרתי בתחילת הערה זו את הדוגמה שמובאת בדברי ההסבר להצעת חוק קנדית. כעת אביא מקורות נוספים.

באנגליה ראו, למשל, CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 159 (ניתוח שטמון בו סיכון גבוה יכול להיות מוצדק כאשר הוא נעשה כצעד אחרון לצורך הצלת חיי החולה); ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 106 (ייתכן שסביר לירות לעבר כלב פראי של אדם אחר, תוך סיכון חייו של הכלב, אם הוא תוקף את הצאן של היורה). גם באוסטרליה מובאות דוגמאות בעניין ניתוח מסוכן. ראו FISSE, לעיל ה"ש 22, בעמ' 492; GILLIES, לעיל ה"ש 5, בעמ' 634. גם בדברי ההסבר לקוד הפילי לודגמה האמריקני (1985), לעיל ה"ש 22, בעמ' 237, מובאת דוגמה של ניתוח מסוכן. גם בספרות בישראל ניתן למצוא יישום של ההיתר ליטול סיכון סביר גם בהקשר של סיכונים "קונקרטיים". ראו, למשל, יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** 454 (1981).

גם מהפסיקה הישראלית ניתן ללמוד שהדוקטרינה של "סיכון סביר" חלה גם במקרה של סיכון "קונקרטי". להלן נראה שאחת הסיבות לזיכוי הנאשמים בע"פ 364/78 **צור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(3) 626 (1979), הייתה שדובר בנטילת סיכון סביר (ראו להלן ה"ש 106 והטקסט המפנה אליה). מדובר שם במקרה קונקרטי. ניתן למצוא חיזוק לעמדה המובעת כאן גם בעניין **לורנס**, לעיל ה"ש 96 (ראו גם להלן בה"ש 109–111 ובטקסט המפנה אליהן). השופט לוי קובע שם כי במשחק של "רולטה רוסית" אין מדובר בנטילת סיכון סביר, אך הוא מגיע למסקנה זו רק לאחר שקילת התועלת (למעשה, חוסר התועלת) שבמשחק זה לעומת הסכנה העצומה הטמונה בו. הוא מציין כי האיזון בין התועלת לנזק בהקשר זה מוביל למסקנה ברורה שהשתתפות במשחק זה מהווה נטילת סיכון בלתי סביר (ראו את הציטוט מדבריו להלן בה"ש 111). משחק ב"רולטה רוסית" הוא אירוע נדיר ו"קונקרטי". אילו סבר השופט שמלכתחילה אין מקום לדוקטרינת הסיכון הסביר בהקשרים "קונקרטיים", הוא היה יכול לפטור את עצמו בקלות מעריכת איזון האינטרסים בין התועלת לנזק בהקשר של משחק זה, ולמעשה להימנע כליל מלהעלות לדיון את הנושא של "סיכון סביר". לבסוף, מעניין שבהצעת החוק שנוסחה על ידי ועדת משפטים בראשות השופט אגרוניש ירדרישה כתנאי להתגבשות הפזיזות שהעושה נטל סיכון בלתי סביר, ובדברי ההסבר לסעיף זה מובאת דוגמה של מקרה קונקרטי של ניתוח מסוכן. ראו "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר **משפטים** י 202, 216 (1980) (להלן: "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש").

עד כה הראיתי שעמדתו של פלר, אשר מגביל את ההיתר ליטול "סיכון סביר" רק לסיכונים יומיומיים רגילים ושולל את ההיתר הזה (במסגרת דוקטרינת הסיכון הסביר) ממקרים של סיכון קונקרטי-ספציפי, חורגת מן המקובל. אבל גם בלי קשר לכך עמדתי שונה מעמדתו של פלר. לאחר עיון בנימוקים שהוא מביא להצדקת עמדתו הגעתי למסקנה שדבריו בנושא אינם בהירים, אינם מסודרים ואינם עקיבים, וכן ששום נימוק שהוא מציע להצדקת עמדתו אינו משכנע. בשל מגבלות מקום אסתפק בהצהרה כללית זו, ולא אדון כאן בפירוט בנימוקיו. אולם לסיום דבריי בנושא זה ברצוני להראות כי במאמר שפרסם מאוחר יותר הפעיל פרוף' פלר עצמו (במודע או לא במודע) את דוקטרינת הסיכון הסביר גם בהקשר קונקרטי. היה זה בהקשר של עניין **לורנס**, לעיל ה"ש 96, אשר דן כאמור במשחק של "רולטה רוסית" ששיחקו שני צעירים, ואשר בו הורשע המשחק שנותר בחיים בגרימת מותו ברשלנות של המשחק שמת עקב כך שירה בראשו שלו. פרוף' קרמניצר כתב על פסק הדין מאמר ביקורת, שבו טען כי היה צריך לזפות את הנאשם. ראו מרדכי קרמניצר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות להערות "משפטים" כו 619 (1996) (להלן: קרמניצר "משחק מסוכן"). עיקר טיעונו במאמר נסב על כך שהמנוח פעל, כאשר ירה בעצמו, במודעות מלאה למצב ששרר, ובמקרה כזה אין להרשיע את הנאשם. נראה ממאמרו של קרמניצר שעיקר הטעם שלו לזיכוי היה העדר קשר סיבתי משפטי (ייחוס) בין מעשה הנאשם למות המנוח (וזאת במיוחד במקרה כגון זה, שבו המנוח נטל על עצמו את הסיכון מרצון). לדיון בפרשנות מאמרו של קרמניצר ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**,

חלק מהמקורות שעוסקים ב"סיכון סביר" מצדיקים את הדוקטרינה בכך שההתנהגות הנדונה תורמת ל"תועלת החברתית". השימוש במונח "תועלת חברתית" עלול להוביל למחשבה שרק פעילות שתורמת לכלל החברה, כגון נהיגה למקום העבודה, נחשבת נטילת "סיכון סביר", אך זו טעות. גם תועלת אישית ופרטית יכולה להצדיק פעילות שיש בה סיכון מסוים משום היותה סיכון סביר, והדבר כולל גם פעילות שתורמת להנאות ה"קטנות" של החיים,⁹⁹ כגון נהיגה כדי לשתות קפה ולאכול עוגה בבית קפה או נהיגה לשם בילוי בים או לשם צפייה במשחק כדורגל.

בעת הפעלת הדוקטרינה הנדונה יש לערוך שקלול של תועלת מול נזק. ככל שהנזק שעלול להתרחש במקרה הקונקרטי אם תבוצע ההתנהגות הנדונה הוא גדול יותר, ניטה יותר לאסור את ההתנהגות הנדונה. כך ביחס לאיכות הנזק: נזק לחיי אדם חמור יותר מנזק לגוף האדם, ונזק לגוף האדם חמור יותר מנזק לרכושו של אדם. לכן, למשל, ייתכן שהתנהגות מסוימת שעלולה לסכן חיי אדם תהא אסורה אבל נתיר אותה כאשר עלול להיגרם רק נזק לשלמות גופו של אדם מפני פגיעה; וכך גם ייתכן שנאסור התנהגות

לעיל ה"ש 1, בעמ' 491–493. כדי להוכיח שעמדתו נכונה, הביא קרמניצר גם דוגמאות שבהן נראה לו כי הכל יסכימו שאין להרשיע את העושה. אחת מהן הייתה זו: "לאחרונה קראנו, כי אחד מאלופי צה"ל יצא לשחות בים סוער עם חברו, אשר טבע בים. דומה שכולם יסכימו שאין מקום לייחס לו אחריות פלילית למותו של חברו, אף כי מנסיבות העניין, כפי שתוארו, ניתן היה להניח כי ללא השתתפותו של לא היה חברו נכנס לים" (קרמניצר "משחק מסוכן", שם, בעמ' 627; ההדגשה הוספה). מתיאור המקרה ומהקשר הדברים נראה ברור שקרמניצר גורס כי בדוגמה זו מדובר במקרה שבו נטל האלוף "סיכון בלתי סביר", והפטור שקרמניצר סבור כי כולם יסכימו לו נובע מהעדר ייחוס (העדר קשר סיבתי משפטי). לאחר פרסום מאמרו של קרמניצר כתב פלר מאמר שבו חזר על עמדתו – שכבר הובעה במאמר קודם – שבית המשפט צדק כאשר הרשיע את הנאשם בעניין לורנס. באותו מאמר שני התייחס פלר, בין היתר, לדוגמה של האלוף שאליה התייחס קרמניצר, ונטה להסכים לכך שהאלוף צריך לצאת פטור מגרימת מוות ברשלנות. אבל מאחר שלדעת פלר מעשה אנושי של אדם אחר, לרבות של הקורבן עצמו, אינו מסלק את הקשר הסיבתי המשפטי שבין מעשהו של העושה הראשון למות הקורבן (ומסיבה זו, בין היתר, הוא תמך בהרשעת לורנס), הוא היה צריך למצוא טעם אחר לכך שהאלוף בדוגמה של הכניסה לים לא יורשע. את הטעם לכך הוא מצא בכך שמדובר כאן במקרה של נטילת "סיכון סביר". ראו ש"ז פלר "קיפוח חיים אגב משחק מסוכן – האומנם פטור בלא כלום?" משפטים כט 109, 127–128 (1998). אלא שבדוגמה זו של קרמניצר, של אלוף שמציע לחברו להיכנס לים כאשר הים סוער, ברור שלא דובר בכניסה יומיומית לים בחוף מוכרז שיש בו מציל. אם כך, מדובר במקרה ספציפי שבו יש סיכון קונקרטי. למרות זאת בחר פלר, כדי לענות על טיעונו של קרמניצר, להשתמש בדוקטרינה של "סיכון סביר" כדי להסביר את התחושה שלו שאין להרשיע את האלוף! יוצא שפלר הפעיל פה, במודע או לא במודע, את הפטור של "סיכון סביר" גם בהקשר של סיכון קונקרטי, ומכאן ש"בשעת מבחן" נטש פלר את העמדה שהוא הביע מוקדם יותר בספרו, הגורסת כי אין מקום לשימוש בדוקטרינה של סיכון סביר כאשר מדובר בסיכון קונקרטי. אומנם במאמר זה, בהקשר של דוגמת האלוף, דיבר פלר על הנושא של רשלנות, ועל כך שרשלנות אינה מתגבשת כאשר מדובר ב"סיכון סביר", אך הדבר אינו משנה לענייננו כלל, כי בספרו קבע פלר כי "סיכון סביר" פוטר רק בהקשר של סיכון יומיומי, ולא בהקשר של סיכון קונקרטי, וזאת גם בהקשר של רשלנות. ראו פלר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 629–631.

99 קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 165.

שטמון בה סיכון של גרימת פגיעה לאדם אבל נתיר אותה כאשר יש רק סיכון שייגרם נזק לרכוש של אדם אחר. כאשר דנים בגובה הנזק, יש להתחשב גם ביסוד הכמותי של הנזק שעלול להיגרם. ייתכן שנאסור התנהגות שעלולה לגרום לאדם חבלה חמורה אבל נתיר אותה במקרה שבו היא עלולה רק לגרום חבלה קלה לאדם; וייתכן שנאסור התנהגות שעלולה לגרום לאדם אחר נזק רכושי בשווי של מיליון שקלים אבל נתיר אותה כאשר יש סיכון שהיא תגרום לאדם אחר נזק בשווי של אלף שקלים בלבד.

בעת שקלול הנזק יש להתחשב גם בדרגת ההסתברות שהנזק ייגרם בגלל ההתנהגות במקרה הקונקרטי הנדון. למשל, ייתכן שבשל התועלת הגלומה בפעולה מסוימת נתיר אותה כאשר היא טומנת בחובה סיכון נמוך מאוד לחיי אדם אבל נאסור אותה כאשר יש סיכון גבוה יותר לחיי אדם, והוא הדין ביחס לסיכון לרכושו של אחר. מכאן שלדרגת ההסתברות שהנזק יתרחש במקרה הקונקרטי הנדון יש חשיבות רבה מאוד בעת הקביעה אם ההתנהגות הנדונה מותרת, כלומר, שנטילתה היא בגדר נטילת "סיכון סביר". חשוב כאן להבדיל בין דרגת ההסתברות לצורך ההגדרה הכללית והמופשטת של "פזיזות" לבין התפקיד של דרגת ההסתברות של גרימת הנזק לצורך הקביעה אם במקרה הנדון לפנינו מדובר ב"סיכון סביר". כאשר עסקנו בהגדרת ה"פזיזות" באופן כללי, קבענו כי די בצפייה שהנזק יתרחש בדרגת הסתברות כלשהי, נמוכה ככל שתהיה, לגיבוש פזיזות. אבל כאשר דנים בשאלה אם במקרה הקונקרטי שלפנינו מדובר ב"סיכון סביר" שמותר לנוטלו, יש חשיבות גדולה לדרגת ההסתברות. כך, למשל, מאחר שדרגת ההסתברות שנהיגה רגילה לפי כל כללי הזהירות תוביל למות אדם היא נמוכה מאוד, נהיגה רגילה מותרת (משום התועלת שיש בנהיגה); אבל בפעולה של כיוון נשק לעבר אדם ולחיצה על ההדק, לצורך הפחדתו של אותו אדם במסגרת שעשוע, אין כל תועלת, ולכן גם אם דרגת ההסתברות שהפעולה הזו תוביל למות אדם היא נמוכה מאוד, פעולה זו אסורה, ואם התלוותה אליה מודעות בפועל לאפשרות שהפעולה תוביל למות אדם, היא תוביל להרשעת המבצע בהריגה או בהמתה בקלות דעת (תלוי במדינה שבה דנים) אם האדם שלעברו כוון הנשק מת עקב השתחררות ירייה.

כשם שגובה הנזק הצפוי משפיע על השקלול, כך גם גובה התועלת – הן מבחינת איכותה והן מבחינת כמותה. ניתוח שאמור לשחרר מכאבים ומשיתוקים מניב תועלת בריאותית גדולה, ולכן אנו עשויים להתיר את ביצועו גם כאשר הסיכון שהחולה ימות בניחות הוא משמעותי. לעומת זאת, הפעלת מתקן בלונה-פארק, שיש בה סיכון מסוים לחיי אדם (שהרי אחת לכמה זמן מת אדם בשל הפעלת גלגל ענק או רכבת הרים, מחמת כשל מכני של המתקן או מחמת דום לב מרוב פחד), מניבה תועלת בעלת משקל נמוך יחסית (רק תועלת בידורית), ולכן היא מותרת רק כאשר הסיכון לחיי אדם הכרוך בה הוא מזערי.¹⁰⁰

100 לחשיבות של שקלול התועלת החברתית שיש בפעולה אל מול גובה הנזק ודרגת ההסתברות שהוא יתרחש ראו, למשל, ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 106–107, הגורסים כי ייתכן שסביר לירות לעבר כלב פראי שתוקף את הצאן של היורה, תוך נטילת סיכון שהירייה תמית את הכלב, אבל מכך לא נובע שיהיה זה סביר ליטול סיכון שהירייה תגרום נזק לגופו או לחייו של בעל הכלב או של

יש לשים לב שגם התועלת הנובעת מהפעילות הנדונה במקרה הקונקרטי אינה מובטחת תמיד. אומנם במקרים רבים התועלת מובטחת, ולכן כאשר מדברים על "נוסחת השקלול", נוטים לעיתים להזכיר את דרגת ההסתברות רק בהקשר של החשש להתרחשות הנזק. אבל יש מקרים שבהם גם התועלת עצמה אינה מובטחת – למשל, מקרה שבו ידוע מראש שגם אם החולה לא ימות בניתוח, ייתכן שהניתוח לא יצליח כלל, כלומר, שהחולה יתעורר מהניתוח ללא כל שיפור במצב הבריאותי לעומת מצבו לפני הניתוח (למשל, הוא יישאר עם אותם כאבים ושיתוקים שבגללם בוצע הניתוח, אף שהתקווה היא שהניתוח יצליח וישחרר את החולה מהכאבים ומהשיתוקים). במקרים כגון אלה, שבהם התועלת שתצמח מהפעולה הנדונה אינה מובטחת, יש להביא בחשבון בעת השקלול של התועלת מול הנזק גם את דרגת ההסתברות שהתועלת מהפעולה הנדונה אכן תושג.¹⁰¹

במסגרת הדיון עד כאן בנושא של סיכון סביר, מבחינת הצד שנוטה להתרת הפעולה, התייחסתי רק להקשרים שבהם הסיבה להתרת הפעולה היא שיקולי תועלת, כפי שהדבר אכן מוצג בדרך כלל בספרות. אבל נראה לי שגם שיקולים הנשענים על זכויות וחירויות

אדם שעומד בקרבת מקום. כמו כן קובעים שם המלומדים כי כאשר אין בהתנהגות כל תועלת חברתית, כגון בעת משחק של "רולטה רוסית", אפילו האפשרות הקטנה ביותר שייגרם נזק כלשהו תגרוור מסקנה שההתנהגות מהווה נטילת סיכון בלתי סביר, אבל כאשר ההתנהגות נושאת בחובה תועלת חברתית רבה, כגון כאשר מדובר בניתוח רפואי של אדם, רק הסתברות גבוהה של התרחשות נזק חמור – שבעטייה תוחלת הנזק עולה על התועלת החברתית – תהפוך את ההתנהגות לפזיזה. כן ראו CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 159–160, המביאים גם הם דוגמאות מספר להמחשת העקרונות של הדוקטרינה הנדונה.

יש לציין כי בספרות רגילים להביא דוגמאות לנטילת סיכון סביר מההקשר של טיפולים רפואיים, אשר מוצדקים פעמים רבות, בשל חשיבותם הרבה, גם בהתקיים סיכון רציני לחולה. לכאורה ניתן להקשות שכיום קיים בישראל ס' 34ג(4) לחוק העונשין, אשר מתיר טיפול רפואי שנעשה בהסכמה כאשר תכליתו היא טובת החולה או טובת הזולת (וס' 34ג(3) לחוק העונשין יכול להכשיר אפילו מקרים מסוימים שבהם אי-אפשר לקבל הסכמה). אם כך, מדוע במקרים של ניתוח רפואי יש צורך להשתמש בדוקטרינה של סיכון סביר? ובכן, באנגליה, למשל, אין הגנה מוגדרת, מוסכמת ומפורשת כמו ההגנה של טיפול רפואי שקיימת בחוק הישראלי כיום, ולכן מקרים של טיפול רפואי נדונים רבות במסגרת של סיכון סביר. כמו כן, מקרים כאלה נדונו בישראל שלפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין במסגרת של סיכון סביר, משום שאז עוד לא הוכרה בישראל הגנה מוגדרת של טיפול רפואי. (איני טוען כאן שכיום בישראל לא יהיה עוד צורך בשום מקרה להשתמש בדוקטרינה של "סיכון סביר" בהקשר של טיפול רפואי, שכן ייתכנו מקרים ששני הסעיפים שהזכרתי כאן אינם חלים לגביהם ואף על פי כן יהיה המעשה מותר בהקשרם כי מדובר בנטילת סיכון סביר; כל שרצייתי לומר הוא שמקרים רבים אשר הצריכו בעבר שימוש בדוקטרינה של "סיכון סביר", כדי לבסס בהקשרם פטור מאחריות פלילית, יכולים כיום להיפתר בצורה ישירה יותר בעזרת הסעיפים שהוזכרו כאן.) גם העניין של משחקי ספורט והסיכונים הכרוכים בהם מוזכר רבות בהקשר של דוקטרינת הסיכון הסביר – ראו, למשל, עניין לורנס, לעיל ה"ש 96, בעמ' 24 – וכיום ניתן במקרים רבים להסתמך לצורך התרת משחקי ספורט בישראל על ס' 34ג(5) לחוק העונשין.

101 ראו CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 159.

יכולים לבסס מסקנה שנטילת סיכון מסוים היא מותרת. כידוע, לפי מלומדים רבים, שיקול של זכות יכול להתיר לעיתים מעשה מסוים גם כאשר מבחינת שיקולים של תועלת מול נזק היה עדיף מנקודת מבט חברתית שהמעשה הנדון לא ייעשה. למשל, לעיתים, גם אם אמירת דבר מסוים תגרום נזק חברתי העולה על התועלת שבאמירתו, יהיה מותר לאומרו, מאחר שלעושה יש **הזכות לחופש הביטוי**, כלומר, במקרים כאלה השיקול (בעל האופי הדאונטולוגי) של קיום הזכות גובר על שיקולים תועלתניים (המתמקדים במקרה הנדון).¹⁰² נראה לי שכאשר דנים בשאלה אם נטילת סיכון מסוים היא מוצדקת (מותרת, סבירה), מותר להתחשב גם בשיקולים של חירויות וזכויות, ולהתיר לעיתים את נטילת הסיכון אף אם אי-אפשר להצדיקה על סמך שיקולי תועלת אשר רלוונטיים למקרה הקונקרטי.¹⁰³ כך, למשל, כאשר עברה אוסטרל פרסום פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה ברגשות הדתיים של אחרים (סעיף 173(1)) לחוק העונשין), ייתכן שיהיו מקרים שבהם יהיה מותר לאדם (בשל השיקול של "סיכון סביר") לפרסום פרסום שהוא יודע כי עלול לפגוע פגיעה כזו, בנימוק שחופש הביטוי מוביל למסקנה שיש להתיר את מעשה הפרסום (גם אם שיקולים תועלתניים במקרה הנדון יובילו למסקנה שונה). הוא הדין ביחס לסעיף 498(א) לחוק העונשין, אשר אוסר, בין היתר, לתת לאדם כלי שהנותן יודע כי עלול לשמש, במישרין או בעקיפין, לביצוע פשע או להקלת ביצועו – ייתכן שנתיר לסוחר למכור מכשיר לאדם מסוים אף שהסוחר יודע כי מכירת הכלי עלולה להקל ביצוע פשע, למשל, וזאת בשל חופש המסחר של המוכר, אשר גובר במקרה הנדון על שיקולים תועלתניים (וזאת בעזרת הדוקטרינה של "סיכון סביר").¹⁰⁴

102 מובן שאין פירוש הדבר שזכויות, ובכלל זה הזכות לחופש הביטוי, הן מוחלטות. פירוש הדבר הוא רק שבמקרים רבים נעדיף את התרת מימוש הזכות על שיקולי תועלת. לעיתים זכות מסוימת תיסוג מחמת זכות אחרת, ולעיתים היא תיסוג אף מפני שיקולי תועלת כבדי משקל. להבחנה המוזכרת כאן בטקסט בין שיקולי תועלת לשיקולים של זכויות וחירויות ראו, למשל, קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 197, ה"ש 31; (1977) xi TAKING RIGHTS SERIOUSLY RONALD DWORKIN; (Jeremy Waldron ed., 1984); JEFFRIE G. MURPHY & JULES L. COLEMAN, PHILOSOPHY OF LAW: AN INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 77 (1990); CARLOS SANTIAGO NINO, THE ETHICS OF HUMAN RIGHTS 162 (1991); Matthias Klatt, *Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis*, 41 OXFORD J. LEGAL STUD. 321, 323–324 (2021) לדיון באפשרות של הפעלת דוקטרינת הסיכון הסביר כדי להתיר עשיית מעשים מסוימים בשל שיקולים של חירויות וזכויות, במסגרת הנושא של סיוע לעברה, ראו יצחק קוגלר "היסוד הנפשי הבסיסי של סיוע לעברה" **ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר** 415, 430–431 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים 2017).

103 קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 165; קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 228–229.

104 שתי הדוגמאות שהבאתי כאן בטקסט אינן עברות תוצאה, אלא עברות שיש בהגדרתן פוטנציאל שאירוע מסוים יארע בעתיד, ופוטנציאל זה מהווה נסיבה. על עברות כאלה ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 151. אבל גם בהקשר של עברות אלו חלה הדוקטרינה של "סיכון סביר",

אפשר להביא בחשבון גם שיקולים מוסריים אחרים. למשל, כאשר מתייחסים לכך שמשחקי ספורט מסוימים מותרים למרות הסיכונים שיש בהם לשחקנים ולקהל, מאחר שפעולת המשחק נחשבת נטילת "סיכון סביר", מדגישים פעמים רבות, במסגרת ההנמקה לכך, לא רק את התועלת שמשחקים אלו מעניקים לספורטאים ולצופים, אלא גם את העובדה שהספורטאים והצופים קיבלו על עצמם מראש את הסיכון הרלוונטי.¹⁰⁵ יוצא שבהקשרים אלו העובדה שהקורבן הסכים מראש מרצון ליטול את הסיכון שהוא ייפגע מהווה לפעמים חלק מההנמקה לכך שהיה מותר ליטול את הסיכון הנדון, ואין די בשיקול של התועלת שיש במעשה יוצר הסיכון לצורך התרת המעשה. אומנם כבר ציינתי לעיל כי לא בכל מקרה שבו מתירים ליטול "סיכון סביר" מדובר במקרה שבו הקורבן הפוטנציאלי קיבל על עצמו מרצון את הסיכון, אבל יש מקרים שבהם ההגעה למסקנה שמותר ליטול את הסיכון מותנית בהסכמה כזו, ושיקול כזה, הנובע מהסכמה, מכניס למעשה לדיון ולשקלול שיקולי צדק אשר שונים במהותם משיקולים פשוטים של תועלת ונזק.

לנוכח כל האמור נראה לי שאין טעם להגביל את השקלול בהקשר של "סיכון סביר" רק לשיקולים "תועלתניים" קלסיים של תועלת מול נזק, אלא יש להתחשב במכלול של שיקולי צדק. בסיכומי של דבר ניתן לומר כי בכל מקרה שבו שיקולי צדק ומוסר מכל סוג מובילים למסקנה שמבחינה מוסרית-חברתית נטילת הסיכון מותרת – מדובר במקרה של נטילת "סיכון סביר".

2. עיגונה של דוקטרינת הסיכון הסביר

(א) לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין

הפסיקה הכירה בדוקטרינת הסיכון הסביר עוד לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין. פסק דין מרכזי בהקשר זה ניתן בעניין צור.¹⁰⁶ במקרה זה יצאו לטיול בנחל דרגות במדבר יהודה חמישה-עשר מטיילים ושני אחראים. במהלך הטיול נהרגו שישה חניכים בשיטפון שנגרם ממי גשמים שירדו. בסופו של התהליך המשפטי זוכו האחראים בבית המשפט העליון מהעברה של גרימת מוות ברשלנות שבה הואשמו. השופט ויתקון, שלדבריו הסכימו שאר השופטים, נימק את הכרעתו בשני נימוקים. הראשון היה שלדעתו, בנתונים שהיו לפניו, לא יכלו הנאשמים לצפות את אפשרות השיטפון והמוות. הנימוק השני, שהיה נימוק עצמאי, קבע כי יש לזכות את הנאשמים אף אם נניח

כפי שהובהר לעיל בה"ש 28. לכן הרשיתי לעצמי להשתמש בהן לצורך הדגמה. עם זאת, הדברים האמורים בטקסט חלים כמובן גם בהקשר של עברות תוצאה – למשל, במקרה קונקרטי הקשור לחשש שדברי הדובר יובילו בעקיפין לגרימת תוצאה מסוימת בעברת תוצאה ייתכן שאמירת הדברים תיחשב נטילת סיכון סביר בשל חופש הביטוי.

105 ראו עניין לורנס, לעיל ה"ש 96, בעמ' 24. השופט לויין מדבר שם רק על פגיעות אפשריות בשחקנים המשתתפים במשחק, אך הדברים חלים באותה מידה גם על הצופים, אשר עלולים גם הם להינזק – למשל, במשחק כדורגל, כתוצאה ממכת כדור חזקה.

106 עניין צור, לעיל ה"ש 98.

שהיה ביכולתם לצפות את השיטפון והמוות. דבריו מבטאים את מהותה של דוקטרינת הסיכון הסביר, ונביאים כאן כלשונם:

"אם השאלה אינה אלא: 'כלום לא יכולת לתאר לעצמך שמעשך יביא לתוצאה מזיקה'? – כי אז חוששני שברוב המקרים התשובה מוכרחה להיות חיובית. למשל, במעט דמיון יכול אני לתאר לעצמי, שאם אחנה מכונית במדרון, והיא נעולה וסגורה כדבעי, בהילוך נמוך ובלם היד תקין, עדיין יתכן שיבוא ילד שובב, ישבור חלון, יכנס למכונית ויתן לה להתדרדר, והיא תפגע במספר אנשים. אך איש לא יעלה על הדעת, שבמקרה כזה אני 'אשם' ברשלנות. מדוע לא? כיוון שכדי להיות רשלן בעיני החוק, לא די בכך ש'אפשר היה לצפות את הסכנה'; אפילו לגבי סכנה כזאת, עדיין יש לשאול, אם סביר היה, בכל הנסיבות, להימנע מהפעולה היוצרת את הסכנה. עלינו לזכור שהרבה פעולות, שהן חיוניות ורצויות לאדם כפרט או כחלק מהחברה, יוצרות סכנות הידועות לנו היטב, ואף-על-פי-כן אין אנו גורסים שלמען שלמות הגוף והנפש צריך או אפשר לוותר עליהן. כפי שהסברתי לא פעם... כנגד גודל הסיכון הכרוך בפעולה מסוימת יש להביא בחשבון, בין היתר, גם את חשיבות הפעולה מבחינה חברתית, כדי לקבוע אם סביר היה לדרוש הימנעות מהפעולה מקום שאין דרך לבצע את הפעולה ללא סכנה... במקרה דנן אין ספק בחשיבות הפעולה. עריכת טיולים לשם הכרת הארץ, אתריה ההיסטוריים ונופיה היפים, ובחלקם הפראיים – כל מחנך יכיר בחשיבות המשימה. היא יוצרת קשרי אהבה ושייכות ויחס של כבוד לטבע וסודותיו. כך נגדל דור המתמצא בארצו והמעורה בה. ואני מרהיב עוז בנפשי ומוסיף שדווקא הקושי הפיסי ודווקא הסיכון הכרוכים לעיתים בטיולים אלה, מהווים אתגר לבני נוער, ובהתגברותם יוצאים הם מהמסע חזקים ומרוממי רוח. סבורני שערך חינוכי ולאומי זה צריך לשמור עליו מכל משמר, וחלילה שיעלה מפסיקתנו כי שומר נפשו מוטב לו להימנע מעריכת טיולים כאלה, שיש בהם סיכון כלשהו. ולא באתי לעודד קלות דעת או הרפתקנות חסרת רסן. אך עד שאדרוש מהמערערים לתת ל-17 חיילים צעירים וחסונים שבחסותם את הפקודה להפסיק את הטיול ולחזור כלעומת שבאו – ולא, יתחייבו בנפשם – ברצוני לתת דעתי גם על רגש התסכול והרושם החינוכי השלילי העלולים להיווצר בלב המשתתפים מגישה הססנית מופרזת כזאת. הרי בשעה שלדעת המחמירים סביר ומן הדין היה ליתן את פקודת הנסיגה, עדיין לא ידעו מה תהיה התוצאה הקטלנית, והיא היתה בגדר אפשרות רחוקה ונדירה. אכן, לא הייתי שולל מכל וכל שבנסיבות כפי שהיו קיימות במקרה דנן, היו המערערים יכולים להמשיך בתכנית המתוכננת, על אף מודעותם לסכנה הכרוכה בדבר".¹⁰⁷

107 שם, בעמ' 631-632 (ההדגשות הוספו).

בדברים דלעיל יש הצגה ויישום ברורים של דוקטרינת "הסיכון הסביר". השופט פתח בהבאת הדוגמה של החניית מכונית למרות הסיכון שתיגרם פגיעה לאנשים בשל מעורבות של ילד שובב, ואמר כי במקרה כזה ברור שהנהג המחנה לא יואשם בדבר. מכאן הוא עובר להכללה העיקרית לענייננו שיש פעולות שהן רצויות או חיוניות לפרט ולחברה, ומותר לעשותן אף שהן טומנות בחובן סיכון לחיי אדם ולשלמות גופו, משום שיש לאזן בין גודל הסיכון הנובע מהפעולה לבין חשיבות הפעולה מבחינה חברתית. לאחר מכן הוא עובר ליישום העיקרון במקרה הנדון בפסק הדין, ומציב בעיקר את הערך והתועלת שיש בטיולים בארץ אל מול הסיכון הקטן מאוד שקיום הטיול יצר לחיי החניכים. השופט הדגיש, תוך התייחסות לנתוני המקרה של יום הטיול, שהתוצאה הקטלנית הייתה בגדר "אפשרות רחוקה ונדירה". ברור מקריאת הדברים שהשופט הגיע כאן לזיכוי (במסגרת הנימוק השני) תוך הפעלת הדוקטרינה של "סיכון סביר", ובציטוט מדבריו אף הדגשתי בשני מקומות שהשופט משתמש במפורש בשאלה אם היה סביר לעשות את הפעולה למרות הסיכון. פסק דין זה מהווה אם כן מקור ברור להכרה בדוקטרינת "הסיכון הסביר".¹⁰⁸

פסק דין נוסף שבו הוכרה הדוקטרינה של סיכון סביר עוד לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין הוא עניין לורנס.¹⁰⁹ בפסק דין זה הורשע הנאשם בגרימת מוות ברשלנות בשל כך ששיחק עם הקורבן משחק של "רולטה רוסית", שבמסגרתו ירה המנוח בעצמו ומת. במסגרת הדיון השופט לוין מתייחס גם לדוקטרינה של "סיכון סביר". הוא מתייחס להכרה בה בתחומי חיים שונים, ובכלל זה בהקשר של משחקי ספורט, שעליהם הוא אומר: "פעילות ספורט סטנדרטית היא אמנם פעילות העשויה להיות מסוכנת במידת מה. אולם זוהי פעילות אנושית המסכה הנאה רבה למשתתפים בה והחברה רואה אותה ככלל בחיוב, שכן היא משפרת את כושרם הגופני של המשתתפים בה, תורמת לגיבוש חברתי ומעודדת תחרותיות בריאה והפניית אנרגיות גופניות לאפיקים חיוביים. ועל-כן, איזון האינטרסים בין היתרונות הרבים שיש בפעילות זו לבין החסרונות המועטים שנלווים לה, מוליד מסקנה שפעילות ספורט סטנדרטית הינה 'סיכון סביר'".¹¹⁰ אומנם,

108 אומנם במקרה דנן הואשמו הנאשמים בעברה של גרימת מוות ברשלנות, ולכן לכאורה ניתן לטעון כי פסק הדין מכיר בדוקטרינת הסיכון הסביר בהקשר של רשלנות אבל אין ללמוד ממנו דבר ביחס לקיומה של דוקטרינה זו בהקשר של "פזיזות". אבל יש לשים לב לכך שבעניין צור נאמר כי יש פעולות רבות שרצויות לאדם או לחברה אשר למרות הסיכון הטמון בהן לגוף ולנפש, **הידוע לנו היטב**, איננו גורסים שצריך לוותר עליהן. כלומר, גם לציבור המודע היטב לסכנות הגלומות בפעולות המוזכרות מותר ליטול את הסיכון ולעשותן, משום התועלת הצומחת מהן. כמו כן, בהתייחסו לנאשמים כותב השופט כי הוא לא היה שולל את האפשרות שבמקרה דנן היה מותר לאחראים להמשיך בטיול למרות **מודעותם** לסכנה הכרוכה בדבר (שם, בעמ' 632). לסיכום, פסק הדין מתיר ליטול סיכון גם כאשר מודעים לו בעת ההתנהגות. גם בדברי הנשיא זוסמן בעניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 30, נעשה שימוש בדוקטרינת הסיכון הסביר.

109 עניין לורנס, לעיל ה"ש 96.

110 שם, בעמ' 24 (ההדגשה הוספה). גם כאן ברור שהשופט מתייחס גם למקרים שבהם אחד המְשַׁחֵקִים צופה בפועל, בעת המשחק, ששחקן אחר עלול להיפצע או למות במשחק, כפי שקורה לפעמים.

באותו מקרה קבע השופט לוין כי המשחק ב"רולטה רוסית" אינו בגדר "סיכון סביר" ולכן יש להרשיע את הנאשם, אבל הוא עשה זאת לאחר שקלול קונקרטי של נסיבות המקרה (משחק של "רולטה רוסית"),¹¹¹ ואין הדבר גורע כלל מההכרה של פסק דין זה בדוקטרינה של סיכון סביר. לא הבאתי כאן את כל פסקי הדין מלפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין שהכירו בדוקטרינה של "סיכון סביר",¹¹² אלא רק פסקי דין מייצגים. יש להוסיף שגם לפני תיקון מס' 39 הכירה הספרות בישראל בדוקטרינה,¹¹³ כפי שעשתה הספרות ברחבי העולם כולו.

ראוי להעיר כאן הערה במישור הלשוני. במקומות שונים לעיל השווייתי את הביטוי "נטילת סיכון בלתי סביר", שהופיע בפסיקה, לביטוי "נטילת סיכון בלתי מוצדק". כלומר, ה"פזיזות" נשללת כאשר החברה מעודדת – או לפחות מתירה – את נטילת הסיכון. מבחינה לשונית גרידא היה אפשר לחשוב שאין צורך שנטילת הסיכון תהיה מוצדקת ממש במובן שתואר כאן, אלא די בכך שנטילת הסיכון תהיה "סבירה" במובן אחר לצורך הקביעה שלא התקיימה "פזיזות". הרי בלשון הרגילה הקביעה שהתנהגות מסוימת היא "סבירה" אינה זהה לפעמים לקביעה שהתנהגות הנדונה "מוצדקת" (כלומר, שהיא לפחות מותרת מנקודת מבט מוסרית-חברתית). לפעמים אנשים טוענים שמעשה של אדם מסוים היה פגום ולא תקין, ושהם במקומו לא היו עושים אותו, אבל קובעים בכל זאת שמעשהו לא סטה באופן חמור מספיק מאופן ההתנהגות התקין, כלומר, שהמעשה היה "סביר". כלומר, לפעמים נעשית הבחנה בין הקביעה שמעשה הוא "מוצדק" (רצוי או לפחות מותר) לבין הקביעה שמעשה הוא "סביר" (אף שהוא אולי בלתי תקין).

מאחר שבמקורות רבים (לרבות בפסיקה הישראלית שהבאתי לעיל) המינוח שנבחר להגדרת ה"פזיזות" הוא שהעושה נטל "סיכון בלתי סביר", ניתן לכאורה לטעון כי מבחינה לשונית הדרישה שכדי שיישלל קיומה של "פזיזות" על נטילת הסיכון להיות מעשה שהחברה לפחות מתירה, מנקודת ראותה המוסרית-החברתית, מאמצת פרשנות מחמירה מדי של הדוקטרינה של "סיכון סביר", משום שלמעשה היה מקום לקבוע שגם כאשר התנהגותו של הנאשם שנוטל את הסיכון היא בלתי תקינה ואסורה מבחינה מוסרית-חברתית, ה"פזיזות" אינה מתגבשת כל עוד המעשה של נטילת הסיכון היה "סביר" במשמעות דלעיל. אכן, יש מקורות שכוללים במפורש במושג "פזיזות" את

111 השופט לוין כותב כי "לענייננו, אם נבחן את משחק ה'רולטה הרוסית', אין מנוס מההבנה כי מלבד 'ההנאה' התמוהה שבהפקרת חיים ביד הגורל העיוור, הרי שתועלת חברתית כלל וכלל לא קיימת בו. מאידך גיסא, הסכנה הטמונה במשחק כזה – שהוא משחק מסוכן, משחק שתוצאתו הרת אסון – רבה עד מאוד, ואך ברור הוא שבאיוון האינטרסים בין התועלת לנוק יוצא 'משחק' זה כפגע רע לפרט ולחברה" (שם, בעמ' 15). השופט מוסיף עוד כי הסיכון במקרה דנן הוא סיכון בלתי סביר, שהחברה שואפת להגן על עצמה מפניו (שם, בעמ' 23).

112 לדוגמה, בע"פ 26/89 זאב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 631, 649 (1989), ניתן למצוא את הקביעה שבמסגרת הבדיקה אם התקיימה "פזיזות" בודקים גם את ההצדקה שבנטילת הסיכון.

113 ראו, למשל, מרים גורי-אריה "העבירה של גרם מוות ברשלנות, והיחס בינה ובין עוולת הרשלנות" **משפטים** יב 257, 259–261 (1982); קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 164–165.

הדרישה שנטילת הסיכון הייתה "בלתי מוצדקת", ולא את הדרישה שהיא הייתה "בלתי סבירה"¹¹⁴.

האם המקורות שמשמשים בדרישה שנטילת הסיכון הייתה "בלתי סבירה" באים להקל עם הנאשם יותר מהמקורות שמדברים על נטילת סיכון "בלתי מוצדקת"? כפי שיוכח מייד, גם המקורות הרבים בישראל ובמדינות אחרות שמעדיפים בדרך כלל להשתמש בביטוי "סיכון בלתי סביר" כדי לציין דרישה הכרחית לגיבוש ה"פזיזות" מתכוונים בעצם לקבוע שהפזיזות אינה מתגבשת רק כאשר נטילת סיכון הייתה התנהגות שהחברה מעודדת או לפחות מתירה. אין הם מתכוונים להקל עם הנאשם במונח זה שלפעמים ייתכן שנקבע כי פזיזות אינה מתגבשת גם כאשר התנהגות הנאשם הייתה בלתי תקינה, פגומה ופסולה מבחינה מוסרית-חברתית, אם היא הייתה בכל זאת "סבירה" במונח הרחב שתואר בפסקה הקודמת. לכך יש שתי הוכחות: ראשית, פסקי הדין מישראל שהבאתי לעיל ואשר משמשים במונח "סיכון סביר" מלווים את התייחסותם לדוקטרינה של "סיכון סביר" בנימוקים והסברים שמתאימים לכך שבמקרה של "סיכון סביר" החברה מעודדת את ההתנהגות או לפחות מתירה אותה. גם הניסוחים הכלליים המופיעים בפסקי הדין מדברים על התנהגות שהחברה מעודדת או מתירה, וגם הדוגמאות שפסקי הדין מביאים להמחשת הדוקטרינה הן דוגמאות שבהן החברה, לאחר איזון אינטרסים, מעודדת או מתירה את ההתנהגות. אין בפסקי דין אלו שום רמז לאפשרות שגם התנהגות שלאחר איזון אינטרסים נחשבת פגומה ופסולה מבחינה חברתית עשויה להוביל בכל זאת לזיכוי הנאשם מעברה של "פזיזות" אם היא בגדר התנהגות "סבירה" (כלומר, נמצאת במתחם הסבירות). שנית, יש מקורות ישראליים שמשווים במפורש את הביטוי "סיכון סביר" לביטוי "סיכון מוצדק", כלומר, מפרשים את הביטוי "סיכון סביר" כשקול לגמרי לביטוי "סיכון מוצדק"¹¹⁵. גם באנגליה הביטוי הרווח יותר בסוגיה דנן הוא "סיכון סביר", אך ברור שגם שם הכוונה היא ל"סיכון מוצדק", ולא לביטוי בעל משמעות שונה.¹¹⁶

114 ראו, למשל, הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1985), לעיל ה"ש 22, בס' 2.02(c), אשר דורש בהגדרת ה"פזיזות" שמדובר במקרה שבו הסיכון היה "בלתי מוצדק" (unjustifiable risk). כן ראו Fisse, לעיל ה"ש 22, בעמ' 490 (גם כאשר העושה צפה את התוצאה כאפשרית, ההתנהגות אינה פזיזה אם נטילת הסיכון מוצדקת (justified)).

115 ראו, למשל, שמעון אגרנט "התפתחויות במשפט הפלילי" עיוני משפט יא 33, 45 (1986). המחבר מתייחס לכך שחלק מהגדרת ה"פזיזות" הוא שהנאשם נטל סיכון בלתי סביר שהתוצאה תצמח ממעשהו. במסגרת הדיון הוא מביא מקור אנגלי שמשמש במונח "סיכון שאין לו הצדקה", אך קובע כי "הרעיון הוא אחד" (שם, בה"ש 61). כחיווק לכך הוא מביא מדברי ההסבר ל"הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש" (לעיל ה"ש 98, בעמ' 216) בנוגע לביטוי "נטילת סיכון בלתי סביר" שמופיע בהגדרת ה"פזיזות" שבס' 10(x)(2) להצעה, המסבירים כי כוונת הביטוי "בלתי סביר" בהקשר זה היא "להתנות את קיומה של פזיזות במקרה זה באי סבירותה – מבחינת אי הצדקתה בראיית צורכי החיים או התועלת החברתית – של המטרה שלשמה ניטל הסיכון". ראו גם קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 164.

116 ראו, למשל, CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 159–160.

(ב) לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין

במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין עוגנה דוקטרינת "הסיכון הסביר" בחוק העונשין. סעיף 20(א) לחוק העונשין מגדיר "פזיזות" כמצב שבו, נוסף על כך שהעושה צפה בעת ההתנהגות את האפשרות שהתוצאות ייגרמו, התקיימה אצלו גם "אדישות", שהיא "שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות", או "קלות דעת", שמתבטאת ב"נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען". כלומר, בחלופה שבה העושה היה קל דעת, קרי קיווה שהתוצאה לא תיגרם, ה"פזיזות" (ועימה "המחשבה הפלילית") מתגבשת רק אם התקיים גם התנאי העובדתי-הערכי-האובייקטיבי שהעושה נטל סיכון בלתי סביר. כאשר מדובר בסיכון סביר, לא מתגבשת "פזיזות", ולכן גם לא מתגבשת "מחשבה פלילית" ואי-אפשר להרשיע את העושה בעברת תוצאה שלשם הרשעה בה נדרשת מחשבה פלילית. כלומר, כיום הקביעה שכאשר מדובר ב"סיכון סביר" הנאשם פטור מעוגנת בחוק עצמו. הפסיקה כמובן מכבדת קביעה זו של המחוקק, ובפסקי דין אין-ספור, כאשר השופטים דנים בהגדרה של "פזיזות" ביחס לתוצאה בהקשר של קלות דעת, הם מזכירים את דרישת החוק שלשם ההרשעה נדרש שהעושה נטל סיכון בלתי סביר.¹¹⁷

גם את הביטוי "סיכון סביר" שבסעיף 20(א) לחוק העונשין יש לפרש כ"סיכון מוצדק" (כלומר, שמדובר בסיכון שהחברה מעודדת את נטילתו או לפחות מתירה אותו), כפי שהוא פורש לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין. בחלק הקודם ראינו כי כאשר הפסיקה מלפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין השתמשה בביטוי "סיכון סביר", היא התכוונה ל"סיכון מוצדק", ויש להניח שכאשר בתיקון האמור השתמש המחוקק בביטוי "סיכון סביר", הוא התכוון לשמר את מובנו של הביטוי כפי שהיה לפני חקיקת התיקון, שאם לא כן הוא היה משתמש בביטוי אחר או לפחות מציין בדברי ההסבר להצעת החוק

תחילה מוצגת, כאחת הדרישות להתגבשות הפזיזות, הדרישה שהבחירה ליטול את הסיכון הייתה "בלתי סבירה" (unreasonable), וברוב המקומות בעמודים אלו המחברים משתמשים בביטוי זה. אבל מתיאור הדוקטרינה ומהנמקתה, וכן מהדוגמאות המובאות להמחשתה, ברור שהכוונה היא שנטילת הסיכון לא הייתה מוצדקת. במקום אחד המחברים עצמם מציינים כי לעיתים מתארים את הדוקטרינה כך שהדרישה היא שנטילת הסיכון הייתה "בלתי מוצדקת" (unjustified) (שם, בעמ' 159). ראו גם HORDER, לעיל ה"ש 53, בעמ' 218, שם נאמר כי אחד התנאים לגיבוש הפזיזות הוא שהסיכון היה "an unjustified or unreasonable one to take in the circumstances". בהצעת החוק הפלילי האנגלית פזיזות כלפי התוצאה מוגדרת כך שאחד התנאים להתגבשותה הוא שהיה זה בלתי סביר (unreasonable) ליטול את הסיכון שהתוצאה תתרחש (הצעת החוק הפלילי האנגלית, לעיל ה"ש 22, בס' 18(ii)(c). ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 104, מצטטים את הסעיף הזה שמופיע בהצעת החוק, אך בהגדרתם שלהם ל"פזיזות", שמוצגת כתואמת את ההגדרה שבהצעת החוק, הם מרבים להשתמש, נוסף על הביטוי "סיכון בלתי סביר", גם בביטוי "סיכון בלתי מוצדק" (an unjustified risk), וברור מדבריהם שהם רואים את שני הביטויים כשווי משמעות. ראו שם, בעמ' 104-108.

117 ראו, למשל, ע"פ 7251/01 אקנין נ' מדינת ישראל, פס' 4 (אר"ש 25.11.2002); ע"פ 199/04 מסארוה נ' מדינת ישראל, פס' 3 (אר"ש 12.7.2004); ע"פ 11786/04 אבו טריף נ' מדינת ישראל, פס' 7 (אר"ש 5.9.2005).

שבחוק החדש יש רצון לסטות מהדין הישן (כפי שנעשה בדברי ההסבר בהקשרים אחרים שבהם ההסדר החדש סוטה מהדין הישן). גם בפסיקה שניתנה אחרי תיקון מס' 39 לחוק העונשין ניתן למצוא עיגון להבנה שהביטוי "סיכון סביר" שבסעיף 20 לחוק העונשין משמעותו "סיכון מוצדק".¹¹⁸

כאן יש להתייחס לבעיה מסוימת המתעוררת למקרא הנוסח של סעיף 20(א) לחוק העונשין, שנחקק במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין. סעיף זה קובע כך:

"(2) פזיזות שבאחת מאלה:

- (א) אדישות – בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;
- (ב) קלות דעת – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען".

הדרישה של נטילת סיכון בלתי סביר מופיעה בנוסח הסעיף רק במסגרת קלות הדעת, בעוד במסגרת החלופה של אדישות היא אינה מופיעה. לכאורה היה מקום ללמוד מכאן שאם העושה היה אדיש ביחס לתוצאה, מתגבשת פזיזות גם כאשר הוא נטל סיכון סביר, כך שיהיה אפשר להרשיעו בעברת מחשבה פלילית המסתפקת בפזיזות כלפי התוצאה אף אם הוא נטל סיכון סביר. אבל תוצאה כזו היא בלתי סבירה לחלוטין. נניח, למשל, שבמסגרת עבודתו אדם מפעיל על ידי לחיצה על כפתור מתקן של לונה-פארק, כגון רכבת הרים. אחת לכמה שנים מת אדם שעולה על המתקן, אם מחמת נפילה ממנו ואם מחמת התקף לב שנגרם מפחד. למרות זאת מתירים את השימוש במתקן משום שמדובר בסיכון סביר, לנוכח התועלת הבידורית שהמתקן מעניק להמון אנשים מול ההסתברות הנמוכה מאוד שייגרם מוות עקב הפעלת המתקן. נניח שפעם אחת, כאשר העושה לחץ על הכפתור, הוא העלה על דעתו את האפשרות שאדם ימות הפעם בזמן שהמתקן מופעל ועקב היותו על המתקן, והפעם העושה חווה אדישות כלפי מוות זה (הוא אמר לעצמו בליבו: "לא אכפת לי שמישהו ימות על המתקן ובגלל הפעלתו"). נניח שהדבר נודע לאחר מכן – למשל, הוא סיפר על כך לחברו, והלה דיווח למשטרה – ונניח שהוא אף חזר על הודאתו זו בבית המשפט. חשוב לציין שהתנהגותו בעת הלחיצה על כפתור ההפעלה הייתה תקינה לחלוטין, כמו בכל יום. אילו פעל כפי שפעל ובזמן הלחיצה על הכפתור עלתה במוחו האפשרות שמישהו ימות על המתקן ובגללו והוא קיווה שזה לא

118 ראו, למשל, ע"פ 3093/08 פונטוס נ' מדינת ישראל, פס' נד (אר"ש 3.6.2010), שם קובע השופט רובינשטיין כי הרופא הנאשם נטל בהתנהגותו סיכון בלתי סביר. הוא מציין, בין היתר, כי "אין זה סביר כל עיקר ואין זה ראוי כל עיקר... להעניק טיפול רפואי חיוני תחת השפעת סמים", וכן מזכיר שנושא הסבירות כולל "ביטוי לערכים חברתיים רצויים". בדברים אלו אנו רואים זיהוי של המושג "נטילת סיכון בלתי סביר" עם התנהגות שאינה "ראויה", שאינה מתיישבת עם הערכים החברתיים ה"רצויים". נראה אם כן שהשופט זיהה התנהגות סבירה עם התנהגות רצויה או ראויה, כלומר, התנהגות שהחברה מעודדת או לפחות מתירה. אומנם, השופט אינו מזכיר בדבריו כאן את ס' 20 לחוק העונשין, אבל מאחר שפסק הדין שבו הופיעו הדברים ניתן לאחר חקיקת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, יש להבינם כמתייחסים גם למשמעות המושג "סיכון סביר" שבס' 20 לחוק העונשין.

יקרה, הוא היה פטור, גם אם באותו מקרה מישהו אכן מת על המתקן ובגללו, משום שמדובר ב"סיכון סביר". בדוגמה שבמרכז הדיון כעת הוא פעל בדיוק כפי שהוא רגיל לפעול מדי יום, ומישהו מת על המתקן ובגללו. האם במקרה הנדון כעת הוא יורשע בגרימת מוות בפזיזות רק משום שחווה אדישות ברגע ההפעלה? תוצאה זו נראית לא צודקת ולא הגיונית.¹¹⁹ הרי הוא פעל באופן תקין לגמרי, שהרי מדובר בנטילת סיכון סביר. האם רק מכיוון שלפעולה התקינה לגמרי התלווה רגש של אדישות כלפי התוצאה הוא יורשע בגרימת המוות בפזיזות? לפיכך נראה שלמרות לשונו של סעיף 20 לחוק העונשין, הפטור של "סיכון סביר" חל גם במקרה שבו בעת ההתנהגות היה העושה אדיש כלפי התוצאה. הדרך הפורמלית לאפשר הגעה לתוצאה רצויה זו למרות לשונו של סעיף 20 לחוק העונשין היא באמצעות שימוש בכלל המאפשר לבית המשפט להצר את ההיקף של עברה או דוקטרינה למרות לשונה הרחבה על ידי הכנסת תנאי נוסף לעברה או לדוקטרינה כתנאי להרשעה (כלומר, להצר את הגדרת ה"פזיזות" בהקשר של אדישות כך שהיא תגבש דווקא כאשר מדובר בנטילת סיכון בלתי סביר).¹²⁰ דרך אחרת היא לחדש מעין הגנה של "נטילת סיכון סביר" להקשר של אדישות, תוך שימוש בסמכותו של בית המשפט לחדש הגנה בעצמו או בדרך של היקש (היקש מהפטור של "סיכון סביר" במקרה של קלות דעת).¹²¹ הגישה שיש להכיר בדרישה של "נטילת סיכון סביר" כתנאי להתגבשות ה"פזיזות" גם במקרה של אדישות מקובלת בכל עולם המשפט האנגלו-אמריקני,¹²² והיא מקובלת גם על מלומדים בישראל.¹²³

- 119 ראו קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 167. איני דן כאן בשאלת תחולתה של דוקטרינת הסיכון הסביר על המצב של "כוונה", כי מאמר זה אינו עוסק במצב נפשי זה.
- 120 על סמכותו של בית המשפט להצר היקף של עברה (או של דוקטרינה) למרות לשונה ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 123–124.
- 121 על סמכותו של בית המשפט לחדש הגנה בדרך של היקש מהגנה אחרת, וכן על סמכותו לחדש הגנה לגמרי בעצמו, ראו שם, בעמ' 123.
- 122 בספרות האנגלו-אמריקנית מגדירים "פזיזות" כדורשת, בין היתר, שהייתה מצד העושה נטילת "סיכון בלתי סביר", וזאת ללא כל הבחנה בין מקרה של קלות דעת למקרה של אדישות. ראו, למשל, CARD & MOLLOY, לעיל ה"ש 71, בעמ' 92; CHILD, SIMESTER, SPENCER, STARK & VIRGO; לעיל ה"ש 15, בעמ' 159–160. גם הצעת החוק הפלילי האנגלית, לעיל ה"ש 22, מגדירה "פזיזות" כלפי התוצאה כמצב שבו העושה מודע לסיכון שהתוצאה תתרחש ואין זה סביר ליטול את הסיכון שכך יקרה, מבלי שנעשית כל הבחנה בין אדישות לקלות דעת לעניין הדרישה שנטילת הסיכון תהיה בלתי סבירה. ראו שם, בס' 18(ii)(c). גם בהגדרת ה"פזיזות" בקוד הפלילי לדוגמה האמריקני לא נעשית כל הבחנה בין אדישות לקלות דעת לעניין הדרישה שהסיכון יהיה בלתי מוצדק. ראו הקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (1985), לעיל ה"ש 22, בס' 2.02(c).
- 123 במאמר שנכתב לאחר חקיקת תיקון מס' 39 לחוק העונשין מציין קרמניצר (שהיה אחד מיוצרי התיקון) כי אף על פי שס' 20 לחוק העונשין מתייחס לפי לשונו לדרישה של נטילת סיכון בלתי סביר בהקשר של "פזיזות" רק במקרה של קלות דעת, הדין הוא שגם בהקשר של אדישות לא מתגבשת אחריות פלילית במקרה של נטילת סיכון סביר (את העובדה שהמחוקק לא הזכיר את הדרישה לנטילת סיכון בלתי סביר במסגרת האדישות הוא מייחס לכך שהמקרה שבו אדם נוטל סיכון סביר

3. הרכיב "סיכון שאינו סביר" כחלק מהיסוד העובדתי, ושאלת המשקל של נוהג בקביעה אם מדובר בסיכון סביר

דוקטרינת הסיכון הסביר קובעת כי אם נטילת הסיכון הייתה סבירה (מוצדקת), לא מתגבשת "פזיזות". על מנת לקבוע אם נטילת הסיכון הייתה סבירה, יש לאסוף תחילה את נתוני המקרה (כגון מה הייתה התועלת שבמעשה, מה היה הנזק שהיה עלול להיגרם מהמעשה, ומה הייתה דרגת ההסתברות שהנזק אכן ייגרם עקב המעשה). על נתונים אלו יש להפעיל שיפוט ערכי, וכך להגיע להכרעה אם נטילת הסיכון הייתה מוצדקת. מכאן המסקנה שהרכיב שהסיכון היה "בלתי סביר" הוא רכיב אובייקטיבי (שמורכב משילוב של עובדות עם שיפוט ערכי) של העברה, כלומר, חלק מהיסוד העובדתי, ולא חלק מהיסוד הנפשי. אכן, זו הגישה המקובלת כלפי רכיב זה.¹²⁴ במקרה של טעות של הנאשם בהקשר זה יש להבחין בין טעות עובדתית סובייקטיבית שלו (כגון טעות ביחס לגילו של ילד, אשר גרמה לו להעריך בחסר את הסיכויים לגרימת הנזק הנדון), אשר יכולה לפטור אותו מאחריות לעברה של מחשבה פלילית, לבין טעות ערכית. במקרה של טעות ערכית, כגון שהנאשם סבר כי מבחינה ערכית הוא נטל סיכון סביר ואילו השופט סבר כי הוא נטל סיכון בלתי סביר, טעותו של הנאשם לא תועיל לו, והוא יורשע בעברה של מחשבה פלילית.¹²⁵

מכיוון שלאחר שהעובדות נקבעו השאלה אם מדובר ב"סיכון סביר" היא שאלה ערכית-משפטית, מי שקובע לגבי שאלה זו הוא בית המשפט, ולכן גם אם קיים נוהג מסוים בתחום כזה או אחר, הוא אינו מחייב את השופט. הדבר נכון גם ביחס לחיי היומיום וגם ביחס לתחומים מקצועיים. הטענה ש"כך כולם עושים" אינה מחייבת את בית המשפט לזכות את הנאשם. כך, למשל, ייתכן שבתחום מסוים נהגה במשך שנים פרקטיקה מקובלת, ומאחר שלא קרה אסון, הנושא לא הגיע לבית המשפט. אך פעם אחת קרה אסון ואדם מת, ולכן החליטו להעמיד לדין את הנאשם והנושא הגיע לבית המשפט. אף שלפעמים בית המשפט מתחשב בפרקטיקה מקובלת, הוא אינו חייב לעשות כן. למשל, נהג ככביש בין-עירוני במהירות גבוהה אבל מותרת ורואה אדם שרוצה ומתכנן לחצות את הכביש במקום שאין בו מעבר חצייה, אך הנהג רואה שאותו אדם

כאשר הוא אדיש לכך שהתוצאה תיגרם הוא נדיר). ראו קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין", לעיל ה"ש 20, בעמ' 68.

124 על כך שהרכיב "סיכון שאינו סביר" הוא חלק מהיסוד העובדתי של העברה ראו לעיל בה"ש 24 ובטקסט המפנה אליה. כן ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 113, בעמ' 260.

125 על ההבחנה בהקשר דנן בין טעות עובדתית לטעות ערכית ראו לעיל בה"ש 15 ו-19–25 ובטקסט המפנה אליהן. בישראל כיום, אם הטעות הערכית של הנאשם הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר", הוא אמור לצאת זכאי, שהרי טעות ערכית כמוה כטעות משפטית, שביחס אליה נאמר בסיפה של ס' 34 לחוק העונשין כי היא פוטרת כאשר היא "בלתי נמנעת באורח סביר". ההבחנה בין טעות עובדתית לטעות ערכית בהקשר של "סיכון סביר" חלה גם בהקשר של עברות רשלנות, אלא שהיישום בהקשר זה של הדין ביחס לטעות עובדתית שונה מהיישום בהקשר של טעות כוזב במישור של עברות מחשבה פלילית. לפירוט ראו לעיל בה"ש 26–30 ובטקסט המפנה אליהן.

מסתכל לעברו ומבחיין שהרכב קרוב, ונראה לנהג שיש להניח שהוא מתכנן לחצות את הכביש רק אחרי שהנהג יעבור את המקום שבו הוא עומד. נניח שהנהג צופה את האפשרות, בדרגת הסתברות נמוכה, שהאדם הנדון יפרוץ בכל זאת לכביש במהירות כדי לחצותו לפני שהנהג יגיע למקום. האם במקרה כזה מותר לנהג להמשיך לנהוג במהירות הגבוהה או שמא עליו להאט עד כדי אפשרות עצירה אם האדם הנדון יקפוץ לפתע לכביש? ואם נניח שבמקרה זה מותר לנהג להמשיך לנהוג במהירות הגבוהה כי מדובר ב"סיכון סביר", מה הדין כאשר האדם הנדון הוא ילד בן תשע, שאז ההסתברות שהוא יפרוץ לכביש גבוהה יותר? האם גם כאן מדובר ב"סיכון סביר"? ואם נניח שבמקרה של אדם מבוגר מדובר בסיכון סביר אבל במקרה של ילד בן תשע מדובר בסיכון שאינו סביר, מה הדין במקרה שבו באותם נתונים דלעיל מדובר באדם מבוגר שאוחז בידו של ילד בן תשע? ומה הדין כאשר ליד הכביש יש מגרש כדורגל שמשחקים בו ילדים, ויש חשש שאם כדור יגיע לכביש, ירוץ ילד לא זהיר כדי להביאו?

כעת נניח שבקרב הנהגים הנוהגים באזור מקובל לא להאט ולהמשיך לנהוג במהירות הגבוהה בכל המקרים הללו (אף שבכולם הם צופים שקיימת אפשרות מסוימת שהאדם הנדון יקפוץ לכביש), אבל כל עוד לא קרתה תאונה, שום נהג לא הועמד לדין. אך הנה יום אחד קרתה תאונה, משום שהאדם הנדון (אשר בחלק מהדוגמאות הוא ילד, כאמור) קפץ לכביש (באחד מהתסריטים דלעיל), ואותו אדם מת עקב התאונה. ייתכן שהפעם יעמידו את הנהג לדין, וייתכן שבית המשפט יקבע כי הנהג, אשר צפה את אפשרות התאונה, נטל סיכון בלתי סביר, ולכן ירשיע את הנהג. ייתכן בהחלט שבית המשפט יקבע כי העובדה שבעבר נהגו כל הנהגים, באותו מצב בדיוק, להמשיך לנהוג במהירות הגבוהה הרגילה לא תוביל לזיכוי הנהג שהועמד הפעם לדין.

דברים אלו חלים גם בתחומים מקצועיים, כגון בהקשר של בית חולים: האם הנוהג המקובל בבית החולים בנוגע למספר הרופאים המומחים הנשארים בשבת בבית החולים, שהוא נמוך מן המקובל בימות החול, הוא נוהג שמהווה "נטילת סיכון סביר"? ואם יש נוהג בבית חולים מסוים (או בבתי חולים בכלל) שמתמחה בכירורגייה מבצע ניתוח מסוים כאשר מומחה בכירורגייה אינו נמצא בחדר הניתוח, אבל נמצא ברחבי בית החולים וניתן לקרוא לו בעת הצורך, מהווה "נטילת סיכון סביר"? כל עוד לא אירעה תקלה עקב הנוהג המקובל, יש להניח שאיש לא יועמד לדין. אבל אם במקרה מסוים חולה מת עקב הנוהג המקובל, הנאשם או הנאשמים עשויים להעלות במשפטם את הטענה כי מדובר בנטילת סיכון סביר, ולגבות טענה זו בנוהג המקובל. לפעמים הנוהג המקובל עשוי לשכנע את השופט לפסוק שאכן מדובר בנטילת סיכון סביר, אבל ייתכן שבמקרה מסוים יקבע השופט כי מדובר ב"סיכון בלתי סביר" אף שנהוג ליטול אותו, וירשיע את הנאשמים.

בדוגמאות דלעיל, כאשר השופט קובע כי מדובר בנטילת סיכון בלתי סביר, הוא קובע למעשה כי הנהג שהיה מקובל הוא פסול, וכי היה אסור ליטול את הסיכון, ולכן יש להרשיע את הנאשם הנדון כעת. הרי "מנהג" אינו מהווה הגנה במשפט הפלילי, והטענה כי עד כה נהגו בדרך מסוימת אינה מחייבת את השופט לקבוע כי מדובר בנטילת סיכון סביר. השאלה אם מדובר בסיכון סביר או לא היא שאלה ערכית-משפטית

שבאחריות השופט להכריע בה, ומה שהיה נהוג עד כה אינו מחייב אותו בעניין זה. ברור שמעתה ואילך כבר ידעו כיצד לנהוג, לאור הפסיקה שניתנת, אבל גם את מי שנידון לראשונה בהקשר זה יש להרשיע, מפני שטעות בדין אינה פוטרת בדרך כלל.¹²⁶ יש לציין כי לקביעה שכבר הנאשם הראשון יורשע, ושאינן פטור אוטומטי לנאשם הראשון על סמך הטענה ש"הכל נהגו כך", יש גם כוח מרתיע. אילו היה פטור כזה, אזי רופא שהיה מתרשם כי הנוהג המקובל בבית החולים שהוא עובד בו הוא בלתי סביר, למשל, היה עשוי לומר לעצמו: "אפעל לפי הנוהג, כי הנוהג מביטיח שלא אורשע גם אם יקרה אסון". אבל כאשר הוא יודע שבמקרה של אסון העובדה שהיה נהוג מקובל בנושא לא תפטור אותו בהכרח מעונש, הוא עשוי להימנע מלפעול בהתאם לנוהג המקובל, והדבר עשוי לתרום להצלת חיי אדם. הדברים שנאמרו לעיל בנושא "הנוהג המקובל" נאמרו למעשה בקצרה בעניין צור.¹²⁷

4. בעיית העמימות והרטוראקטיביות שיש בדוקטרינת הסיכון הסביר, ושימוש בדברי חקיקה כפתרון לכך בהקשרים מסוימים

כפי שהוסבר לעיל, במסגרת דוקטרינת הסיכון הסביר נעשה שקלול ערכי. מי שקובע מהו השקלול הנכון בהקשר זה – כלומר, אם בעובדות המקרה הסיכון היה סביר או לא – היא החברה, ואותה מייצג בית המשפט, ולא הנאשם עצמו. אם השופט קובע במשפט מסוים כי נטילת הסיכון הייתה בלתי סבירה, והנאשם טוען כי לדעתו הסיכון היה דווקא סביר וכי בית המשפט טועה בשקלול הערכי, טענת הנאשם לא תעזור לו. עמדתו של הנאשם תיחשב טעות בעניין ערכי, שדינה כטעות בעניין המשפט הפלילי, והיא לא תהווה הגנה לנאשם.¹²⁸

נקודה זו מגלה שיש בעיה מסוימת בדוקטרינת הסיכון הסביר. לעיתים, כאשר האזרח נקלע למצב מסוים שבו עליו להחליט אם ליטול סיכון מסוים, הוא אינו יכול לדעת בוודאות את התשובה, משום שהיא אינה כתובה בשום מקום. רק בדיעבד, לאחר

126 מהסיפה של ס' 34 לחוק העונשין נובע שבמקרים מסוימים ייתכן שהשופט יזכה את הנאשם הראשון למרות הקביעה שמדובר ב"סיכון שאינו סביר", וזאת בשל הנימוק שמדובר בטעות בדין הפלילי שהייתה "בלתי נמנעת באורח סביר", והסיבה או אחת הסיבות לקביעה שמדובר בטעות כזו תהיה ש"הכל נהגו כך". הסיכוי שיוחל פטור כזה גדול יותר כאשר מדובר במקרים גבוליים ובמקרים שבהם מדובר רק בסטייה קטנה מהזהירות הסבירה.

127 בעניין צור, לעיל ה"ש 98, בעמ' 631, נאמר מפי השופט ויתקון: "כמוכן, ההכרעה בשאלה זו היא לעולם בידי השופט (ואני מסכים שהשאלה היא משפטית). לא פעם קורה, בעיקר בתחום הבטיחות בתנאי העבודה, שכל העוסקים בעבודה מסוימת מעידים שכך ולא אחרת 'כולם עושים', ואילו בית-המשפט קובע נורמות וסטנדרטים העולים בחומרתם על הנוהגים והנוהגים המקובלים על כולם. זו זכותו ואף חובתו של בית-המשפט לקבוע דפוסי התנהגות סבירים. עם זאת ברור שבבואו להחליט בענין כגון זה – בפרט לגבי מצבים נדירים למדי – יתן בית-המשפט לדעת המומחים את מלוא המשקל הראוי להם".

128 כפי שהובהר לעיל בה"ש 125 ובטקסט המפנה אליה, וכן במקומות שהערה מפנה אליהם.

שהמקרה הגיע לערכאות, בית המשפט מחליט אם הסיכון היה סביר. ואם בית המשפט יחליט שהסיכון היה בלתי סביר, הוא ירשיע את הנאשם (גם אם בעת המעשה סבר הנאשם, לאור שקלול ערכי שערך, כי מדובר בסיכון סביר), אף שעד המשפט לא הייתה התשובה לשאלה אם מדובר בסיכון סביר כתובה בשום מקום. כלומר, יש פה למעשה מצב של חוסר צפיות וחוסר ודאות במשפט הפלילי, ומצב של החלה רטרואקטיבית לחומרה של המשפט הפלילי. המושג "סיכון סביר" הוא עמום, וידוע כי על המשפט הפלילי להשתדל להימנע ככל האפשר משימוש בביטויים עמומים. נכון שיש מקרים שבהם לפני מעשהו של הנאשם כבר הייתה פסיקה שהמעשה הנדון מהווה בנסיבות המקרה נטילת סיכון בלתי סביר, אבל יש מקרים רבים שבהם לא הייתה פסיקה בעניין לפני שהנאשם עשה את המעשה. אומנם, לא תמיד בעיית הצפיות קשה – כל אחד יודע שמותר לנהוג במכונית ושמותר לעלות עם ילד קטן במעלית – אבל ייתכנו מקרים בעייתיים שבהם אדם נתקל לפתע באירוע חדש וחריג, והוא צריך להחליט על אתר אם הסיכון סביר. הדבר יכול לקרות תוך כדי נהיגה, תוך כדי ניתוח, תוך כדי טיול שאדם אחראי לו וכדומה.

למרות הנאמר כאן, הדוקטרינה של סיכון סביר, אשר מתירה נטילת סיכון סביר ואוסרת נטילת סיכון בלתי סביר, מוכרת בכל העולם, על אף המודעות לעמימותה וליסוד הרטרואקטיבי שיש בה. הדבר נובע מכך שאין חלופה טובה ממנה לטיפול המשפטי במצבי סיכון. המחוקק אינו יכול לפרט מראש לגבי כל הסיכונים שיש בעולם – כמו גם לגבי כל אלה שעלולים לצוץ בעתיד – מתי הסיכון סביר ומתי הוא בלתי סביר. לכן הוא נאלץ להשתמש בהיתר הכללי ליטול סיכון סביר. כמובן, מבחינה תאורטית היה אפשר לאסור נטילת כל סיכון שהוא, אבל אז היינו משתקים לגמרי את החיים, והחברה אינה מוכנה לעשות כן. לכן אין בררה אלא לאמץ את הדוקטרינה של סיכון סביר, למרות העמימות שיש בה, כפי שכל שיטות המשפט אכן עושות.¹²⁹ יש לציין כי העיקרון שעל המשפט הפלילי להשתדל ככל האפשר להימנע משימוש במונחים עמומים בנוי גם על שיקולים נוספים מלבד החשש מרטרואקטיביות, כגון החשש מהרתעת יתר או מהרתעת חסר וכן החשש מפגיעה בשוויון. אך ההכרח להשתמש במוסד של "סיכון סביר" במסגרת המשפט הפלילי גובר גם על השיקולים הללו.¹³⁰

129 ראו קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 165 והמקורות המוזכרים שם. ממקורות אלו ניתן ללמוד על הכרה בדוקטרינת הסיכון הסביר באנגליה, בקנדה ובאוסטרליה. מובן שלא אוכל להביא כאן את האסמכתאות הרלוונטיות מכל מדינות העולם. לפיכך אסתפק בהפניה לאסמכתאות בנוגע לשתי מדינות נוספות (מלבד השלוש שהוזכרו כבר): לעניין ארצות הברית ראו JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 132 (9th ed. 2022); ולעניין ניו זילנד ראו FINDLAY STARK, CULPABLE CARELESSNESS: RECKLESSNESS AND NEGLIGENCE IN THE CRIMINAL LAW 59 (2016).

130 על השיקולים השונים שעומדים בבסיסה של דרישת הבהירות במשפט הפלילי במסגרת עקרון החוקיות ראו קוגלר **תאוריה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 115–119. ראו שם גם על כך שדרישת הבהירות אינה ניתנת ליישום במלואה במשפט הפלילי (וכהדגמה לכך הובא שם, בין היתר, המוסד

בעיית חוסר הצפיות נפתרת בהקשרים רבים על ידי קביעה של סטנדרט במסגרת חקיקה, ראשית או משנית. למשל, כבר ציינתי שכל נהיגה במכונית יוצרת סיכון לפגיעה באנשים (גם אם הנהג ינהג בזהירות מרבית), ואף על פי כן, באמצעות הדוקטרינה של "סיכון סביר", אנו מתירים לאנשים לנהוג במכונית אף אם הם מודעים בתחילת הנהיגה לסיכון הכללי הנדון, וזאת משום התועלת שיש בנהיגה ברכבים. כעת נשאלת השאלה: גם כאשר מוסכם שמותר לנהוג ברכב, באיזו מהירות מותר לנהוג? הרי ככל שנוהגים במהירות גבוהה יותר, דרגת ההסתברות שייגרם נזק גופני או מוות לאנשים עולה. אילולא היו חוק או תקנה הקובעים מהי המהירות המרבית המותרת בעת נהיגה ברכב, המציאות הייתה שכל נהג היה מחליט לעצמו באיזו מהירות מותר לו לנהוג. במציאות כזו, נניח שראובן נהג במודע במהירות של שמונים קמ"ש בכביש עירוני, ונהיגתו הייתה זהירה (בהתעלם משאלת המהירות), והוא נהג במהירות הזו כי לפי השקלול הערכי שהוא ערך דובר בנטילת סיכון סביר. כעת נניח שלמרות הנהיגה הזהירה נגרמה תאונה, וראובן הועמד לדין בגין המתה בקלות דעת. כן נניח שבמשפטו עלתה השאלה אם עצם הנהיגה בכביש עירוני במהירות של שמונים קמ"ש היא בבחינת נטילת סיכון סביר או לא. אם בית המשפט יקבע במשפטו לראשונה שרק נהיגה במהירות של חמישים קמ"ש בכביש עירוני היא בגדר נטילת סיכון סביר, ונהיגה במהירות גבוהה יותר היא נטילת סיכון בלתי סביר (ושאלו נהג ראובן במהירות של חמישים קמ"ש הייתה התאונה נמנעת, כי ראובן היה מספיק לעצור לפני הפגיעה בקורבן, וגם הקשר הסיבתי המשפטי התקיים בנסיבות האירוע), הוא יוכל להרשיע את ראובן בהמתה בקלות דעת. במקרה כזה יוכל ראובן להתלונן שמבחינה מהותית הוא מורשע באופן רטרואקטיבי, משום שעד פסק הדין שניתן במשפטו לא היה כתוב בשום מקום מהי המהירות המרבית שבה מותר לנהוג בכביש עירוני, והוא סבר כי נהיגה במהירות של שמונים קמ"ש בתוך העיר היא בגדר נטילת סיכון סביר. אבל, אם במדינה שבה נהג ראובן הייתה בתוקף (עוד לפני הנהיגה של ראובן) תקנה שקבעה כי בנהיגה בתוך העיר המהירות המרבית המותרת היא חמישים קמ"ש ומי שנוהג במהירות גבוהה יותר עובר עברה פלילית (ולענייננו אין זה משנה מה העונש שנקבע לעברה זו), אזי יוצא שכדי למנוע תאונות הגורמות בין היתר לנזק גופני, כבר קבע מחוקק המשנה, לפני הנהיגה הנדונה של ראובן, את נקודת האיזון המדויקת בין התועלת שיש בנהיגה לבין הסיכון שיש בה לגוף של אנשים. מחוקק המשנה קבע בתקנה האמורה שנהיגה בעיר במהירות שהיא עד חמישים קמ"ש היא מותרת, כי היא בגדר נטילת סיכון סביר לפי ערכי החברה, ושנהיגה במהירות שמעבר לחמישים קמ"ש היא בגדר נטילת סיכון בלתי סביר (למעט באזורים שבהם יש תמרוך המורה, למשל, שמותר לנהוג במהירות של שישים קמ"ש). לכן, אם ראובן נהג במודע במהירות של שמונים קמ"ש וגרם לתאונה לא באשמתו (למעט עניין המהירות), יהיה אפשר להרשיעו בהמתה בקלות דעת במקרה מתאים, והעובדה שהוא נטל סיכון בלתי סביר בכך שנהג במהירות שבה נהג תהיה ברורה בשל הקביעה שהופיעה בתקנה. בית המשפט

של "סיכון סביר"), ולכן יש להסתפק בדרישה שהמחוקק ישתדל להימנע משימוש במונחים עמומים ככל האפשר.

לא יצטרך לשאול את עצמו אם נהיגה כזו היא בגדר סיכון סביר או לא, כי מחוקק המשנה כבר הכריע שמדובר בנטילת סיכון שאינו סביר, וגם ראובן לא יוכל לטעון כי הקביעה שנהיגתו במהירות של שמונים קמ"ש היא בגדר נטילת סיכון בלתי סביר היא קביעה רטרואקטיבית, שהרי הסטנדרט של מהירות מרבית של חמישים קמ"ש נקבע בתקנה עוד לפני נהיגתו. מן הצד האחר, אם ראובן נהג במהירות של חמישים קמ"ש וגרם ללא כל אשמה מצידו לתאונה שבה נהרג אדם, לא יהיה אפשר להרשיעו בגין עצם העובדה שהוא נהג בכביש עירוני במהירות של חמישים קמ"ש, משום שמחוקק המשנה כבר הכריע (בשם החברה) שנהיגה במהירות כזו היא בגדר נטילת סיכון סביר. (מובן שהתוצאה תהיה שונה אם הנהיגה נעשתה במקום שבו לפי תנאי הדרך או נסיבות המקרה היה על הנהג להאט למהירות נמוכה מחמישים קמ"ש, ודרך אגב, יש גם תקנות הקובעות שיש לנהוג בהתאם לתנאי הדרך ולנסיבות המקרה. ברור שהסטנדרט של חמישים קמ"ש מתיר לנהוג במהירות זו רק כל עוד אין באירוע הספציפי דבר שמחייב להאט למהירות נמוכה מחמישים קמ"ש. יוער כי ה"דבר" שמחייב להאט למהירות נמוכה מחמישים קמ"ש יכול להיות גם תמרור הקובע כי באזור מסוים אין לנהוג במהירות העולה על שלושים קמ"ש, למשל.)

יוצא שלתקנה האוסרת נהיגה בעיר במהירות העולה על חמישים קמ"ש, למשל, יש תפקיד כפול: (א) היא מדריכה את הנהגים באיזו מהירות לנהוג, וגם קובעת כי מי שינהג במהירות גבוהה מהמותר ייענש, גם אם לא אירעה כל תאונה במקרה הנדון; (ב) היא קובעת מהי נטילת סיכון סביר בתחום הנהיגה בעיר – היא מבחירה לנהג שאם ינהג במהירות גבוהה מזו שמותרת בתקנה הוא ייחשב כנוטל סיכון בלתי סביר, ובמקרה מתאים יהיה חשוף להרשעה בעברה כגון המתה בקלות דעת (מובן שההרשעה מותנית גם בקיום כל היסודות האחרים הדרושים להרשעה בעברה הנדונה, כגון שהתקיים קשר סיבתי עובדתי בין העובדה שהוא נהג במהירות המופרזת לבין התוצאה, שהתקיים קשר סיבתי משפטי, שהתקיימה צפייה סובייקטיבית של התוצאה, ושנבנסיות המקרה לא התגבשה כל הגנה, דוגמת הגנת הצורך); ומן הצד האחר, היא מבטיחה לנהג שכל עוד אין בעת הנהיגה תנאים מיוחדים המחייבים נהיגה במהירות נמוכה מחמישים קמ"ש, הוא רשאי לנהוג במהירות של חמישים קמ"ש, ואם למרות הנהיגה הזו תיגרם תאונה לא באשמתו שבה ייהרג אדם, הוא לא יורשע בעברת התוצאה של המתה בקלות דעת, משום שלפי הכרעת מחוקק המשנה, הוא נטל סיכון סביר כאשר החליט לנהוג במהירות של חמישים קמ"ש.

הדוגמה שהבאנו היא רק דוגמה אחת מני רבות, שהרי בהקשרים רבים – כגון בטיחות בעבודה, בטיחות בתחומי הבנייה בכלל והמעליות בפרט, בטיחות של הוצאת תלמידים לטיולים במסגרת בית הספר או בהקשרים של רפואה ורוקחות (וגם בשאלות נוספות הקשורות לנהיגה ברכב) – יש קביעות דומות לקביעה של המהירות המרבית המותרת בהקשר של נהיגה. קביעות אלו, שמופיעות בחקיקה ראשית או משנית, קובעות מראש מה נחשב סיכון סביר ומה אינו נחשב סיכון סביר (למשל, הקביעה כל כמה זמן יש לבדוק את תקינותה של מעלית), כך שבהקשר שבו נקבעו הסדרים כאלה נעלמת הבעיה של חוסר הבהירות והרטוראקטיביות שבה עסקנו לעיל. לסיכום, קביעה של

סטנדרט בחקיקה ראשית או משנית מגדירה, מצד אחד, מתי העושה ייחשב כמי שנטל סיכון בלתי סביר (ולכן יהיה אפשר להרשיעו בעברת תוצאה מתאימה משום שסטה מהסטנדרט האמור, כמובן בתנאי שהתקיימו שאר התנאים הדרושים להרשעה), ומבטיחה, מצד אחר, שכל עוד העושה לא סטה מהסטנדרט שנקבע (ובהנחה שלא התקיימו נסיבות מיוחדות שחייבו החמרה לעומת הסטנדרט הקבוע בחוק או בתקנה, ושהוא לא עשה פעולות בלתי זהירות או חדל מחדלים לא זהירים מעבר לעצם הפעולה שנדונה בחקיקה), הוא יהיה חסין מהרשעה על גרימת תוצאה בגין עצם הפעולה שעשה, אף שיש בה סיכון מסוים, שהרי הוא נטל סיכון סביר לפי הכרעת המחוקק עצמו.¹³¹ לעיל ציינתי את הרטרואקטיביות כאחת מהבעיות שעלולות להתקיים במקרים מסוימים של הרשעה, לאחר שקובעים כי הנאשם נטל סיכון בלתי סביר. בפסקה הקודמת ציינתי, בין היתר, כי בתחומים שבהם נקבע בחקיקה הסטנדרט של הזהירות הסבירה (כגון בהקשר של מהירות הנהיגה המותרת) לא מתקיימת הבעיה של רטרואקטיביות. אבל גם בתחומים שבהם אין חקיקה כזו ניתן להחליט במידה מסוימת את הבעיה של ענישה רטרואקטיבית על ידי כך שבמקרים גבוליים, למרות ההכרעה שהסיכון בלתי סביר, תהיה הבנה לטעות הערכית של הנאשם, ורשויות התביעה יחליטו לא להעמיד את האזרח לדין או שבית המשפט יזפה את הנאשם תוך שימוש בהגנה של זוטי דברים. כמו כן, אם תתקבל הצעתי לתת לבית המשפט שיקול דעת כללי לזכות נאשמים שאין זה צודק להרשיעם,¹³² יהיה אפשר להשתמש בשיקול דעת זה כדי לזכות נאשם שטעה בשקלול הערכי שעשה כאשר מדובר במקרה גבולי, שהרי במקרה כזה אפשר לטעון כי דרגת אשמתו אינה גבוהה דייה להצדיק הרשעה פלילית.¹³³ כמו כן, לנוכח המצב המשפטי בישראל כיום ניתן לטעון במקרים מסוימים, ובעיקר במקרים גבוליים או

131 חיזוק לעמדה שהבעתי בטקסט ניתן למצוא אצל LAFAVE, לעיל ה"ש 88, בעמ' 283, שם נאמר כי במסגרת דיני נזיקין הפרת חיקוק קיים שבא להגן על קבוצה מסוימת מנזק מסוג מסוים תוליד מניה וביה לקביעה שהתגבשה עוולת הרשלנות ולחייב בפיצויים אם המעשה שהפר את החיקוק גרם נזק לחבר באותה קבוצה. מוסבר שם שמחוקק החיקוק קבע את סטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר, כך שהפרת הסטנדרט הזה משמעותה בהכרח יצירת סיכון בלתי סביר. המחבר אומנם מסביר שם בהמשך שגם במקרה כזה, אף שמתגבשת בהכרח רשלנות בדיני נזיקין, לא מתגבשות בהכרח פזיזות או רשלנות במסגרת המשפט הפלילי, אך הדבר מוסבר שם על סמך הגישה המקובלת במשפט הפלילי האמריקני, שלפיה כדי לבסס פזיזות או רשלנות במשפט הפלילי (להבדיל מהמשפט הנזיקי) נדרשת סטייה גדולה מדרגת הזהירות הסבירה. לפיכך ברור שבהקשר של המשפט האמריקני הפרת תקנה, והנטייה של סיכון בלתי סביר הגלומה בה, אינן מגבשות בהכרח פזיזות או רשלנות במשפט הפלילי, שכן אף על פי שברור שהייתה סטייה מהזהירות הסבירה (כלומר, גובש סיכון בלתי סביר) ייתכן שהסטייה לא הייתה גדולה דייה לגבש פזיזות או רשלנות בפלילים. דבר זה אינו משנה את הקביעה שהפרת התקנה מגבשת בהכרח סיכון בלתי סביר. כאשר אנו מחילים את הדברים על המשפט הישראלי, העובדה שבמשפטנו כל נטילת סיכון בלתי סביר המלווה ביסוד נפשי מתאים מגבשת פזיזות או רשלנות, אשר מוליכות להרשעה, מובילה למסקנה שדברי LaFave מספקים סיוע לעמדותי.

132 ראו קוגלר **תאורייה ומעשה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 125–130.

133 שם, בעמ' 125.

במקרים שבהם הסטייה מדרגת הזהירות הסבירה הייתה קטנה מאוד, כי אף על פי שהנאשם טעה טעות ערכית, שכמוה כטעות משפטית, טעותו הייתה בלתי נמנעת באורח סביר, ולכן יש לזכותו מכוח הסיפה של סעיף 34 לט לחוק העונשין. זאת ועוד, אם נאמן בישראל את העיקרון שבמקרים מסוימים בית משפט אשר קובע הלכה חדשה מחמירה יכול להחיל אותה רק "מכאן ולהבא" (ולא על המקרה שבו חודשה ההלכה), תוך עריכת היקש מהרעיון שחקיקה מחמירה חלה רק מכאן ולהבא,¹³⁴ אזי נוכל להשתמש בעיקרון זה גם במקרים גבוליים מסוימים בהקשר של סיכון סביר, וכך להימנע מהחלה רטרואקטיבית במקרים שהחלה כזו תהיה מנוגדת לחוש הצדק.

סיכום

בפרק א של מאמר זה הצגתי מבוא לנושא של היסוד הנפשי בכללותו. תחילה הגדרתי את המושג "יסוד נפשי", ולאחר מכן סקרתי את צורות היסוד הנפשי המקובלות במשפט הפלילי. בהמשך הבהרתי כי ידיעת הדין והערכים הנכונים אינה חלק מהיסוד הנפשי, והסברתי כי מכך נובע שבהקשרים מסוימים יש לפצל בין הצד העובדתי של מונח מסוים לצד המשפטי שלו. אז עברתי להבהיר שהרציונל לדרישה שלשם הרשעה פלילית נדרש כתנאי הכרחי שיתקיים יסוד נפשי מסוים נעוץ בעקרון האשמה, שהוא עקרון יסודי בדיני העונשין, וכן הסברתי את ההבחנה בין יסוד נפשי סובייקטיבי ליסוד נפשי אובייקטיבי ואת ההשלכות המעשיות של הבחנה זו.

בפרק ב עברתי לדון בנושא של "מחשבה פלילית" ביחס לתוצאות המופיעות בהגדרת העברה. בהקשר זה ציינתי, בין היתר, כי ברוב העברות נדרשת מחשבה פלילית כתנאי להרשעה, וכי רק בעברות חריגות די בהתקיימותה של רשלנות לצורך הרשעה. כמו כן הסברתי את מבנה המחשבה הפלילית כלפי התוצאה במשפט הישראלי ואת ההבחנות שמשפט זה עורך במסגרת הצד הרצוני של המחשבה הפלילית: בהקשר הרצוני המחוקק יוצר מדרג של כוונה, אדישות וקלות דעת ביחס לתוצאה ("פזיזות" היא מושג גג שכולל את האדישות ואת קלות הדעת). שלוש דרגות אלו מבטאות שלוש דרגות של חומרה. התייחסתי גם ליסוד הנפשי הנדרש ביחס ל"נתוני הלוואי" של תוצאה. לאחר מכן הדגמתי שיש שני סוגים של מצבים נפשיים שבהם לא מתקיימת מחשבה פלילית כלפי התוצאה.

לעיל ציינתי כי ברוב העברות נדרשת מחשבה פלילית כתנאי להרשעה. בפרק ג אני מסביר שברוב עברות התוצאה שבהן נדרשת מחשבה פלילית לצורך הרשעה – במישור הרצוני מספיקה קלות דעת לצורך הרשעה (ואין צורך דווקא באדישות או כוונה ביחס לתוצאה). נימקתי את הדין הזה תוך התייחסות לשיקולי הרתעה ולשיקולים של אשמה. בפרק ד אני מתעמק יותר בשאלת האשמה הקיימת במצב של פזיזות (אדישות וקלות

134 על אפשרות זו בהקשר של חידוש חובה במסגרת דיני המחלל ראו שם, בעמ' 225–227.

דעת) כלפי התוצאה. מוסבר שם שבמצבים של פזיזות כזו, אפילו כאשר יש קלות דעת בלבד, קיימת אצל העושה בחירה לסכן את האינטרס המוגן בעברה, ובכך נעוזה אשמתו. לכן ברוב עברות התוצאה די בקלות דעת ביחס לתוצאה לצורך הרשעה. בפרק ה' אני טוען באופן מנומק כי באופן עקרוני, על מנת שיתקיים מצב של פזיזות כלפי התוצאה, די שהעושה צפה את האפשרות שהתוצאה תיגרם בדרגת הסתברות כלשהי, אפילו נמוכה מאוד. כלומר, אין להגדיר את ה"פזיזות" כלפי התוצאה כדורשת את צפיית האפשרות בדרגה גבוהה מכך. עם זאת, במקרים קונקרטיים יש לפעמים חשיבות לדרגת ההסתברות שבה נצפתה התוצאה, וזאת במסגרת הדיון בשאלה אם העושה נטל "סיכון סביר", שהרי רק כאשר העושה נטל "סיכון בלתי סביר" מתגבשת הרשעה. לכן, למשל, מותר לטייס להטיס מטוס גם כאשר לפני תחילת הטיסה הוא צופה (בדרגת הסתברות נמוכה מאוד) את האפשרות שהטסת המטוס תוביל למותם של אנשים (עניין היסוד של "סיכון סביר" נדון במפורט בפרק ז). בניגוד למקרה של הטסת מטוס, יש מקרים שבהם יש להרשיע את העושה גם כאשר הוא צפה את אפשרות גרימת התוצאה (כגון מוות) בדרגת הסתברות נמוכה ביותר, ועל כן חשוב לא להגביל מראש את ההגדרה הכללית של "פזיזות" באמצעות הכללת דרישה לדרגת הסתברות מינימלית מסוימת.

בפרק ו' אני מסביר כי הדרישה של פזיזות כלפי התוצאה כוללת בחובה לא רק דרישה שהתוצאה המוזכרת בהגדרת העברה תתרחש, אלא גם דרישה שהעושה יצפה את האפשרות שמעשהו יהיה מה שיגרם להתרחשות התוצאה (בדרך כלשהי). עם זאת, במסגרת היסוד הנפשי לא נדרש שהעושה יצפה את תהליך הגרימה, דהיינו, את הדרך שבה נגרמה התוצאה הנדונה בפועל במקרה הקונקרטי. כאמור, די בכך שהוא צפה דרך כלשהי שבה מעשהו יגרם לתוצאה. כאשר יש פער בין תהליך גרימת התוצאה שאותו צפה העושה לבין תהליך הגרימה שאירע בפועל באירוע הקונקרטי, לפעמים הדבר עשוי לפטור את העושה מהרשעה, אך הדיון בכך לא ייעשה במסגרת היסוד הנפשי של העברה, אלא במסגרת הנושא של "קשר סיבתי משפטי", השייך ליסוד העובדתי.

פרק ז מוקדש לנושא של "סיכון סביר". כדי להרשיע בעברה הדורשת "פזיזות" כלפי התוצאה, נדרש שהעושה נטל "סיכון בלתי סביר" שהתוצאה תיגרם (או בניסוח אחר בעל משמעות זהה – שהוא נטל "סיכון בלתי מוצדק" שהתוצאה תיגרם). עיקרון זה מוכר ברחבי העולם, וגם המחוקק הישראלי מכיר בו. לא בכל מקום בעולם דין זה ממוקם באותה משבצת במסגרת הדוקטרינה המשפטית. בישראל בחר המחוקק, כפי שנעשה במדינות רבות, למקם דין זה במסגרת הגדרת ה"פזיזות": הפזיזות מוגדרת כנטילת "סיכון בלתי סביר" שהתוצאה תיגרם תוך מודעות לאפשרות שהתוצאה תיגרם. הדין שמתיר ליטול (אפילו במודע) סיכון סביר (מוצדק) שתוצאה המופיעה בהגדרת העברה תיגרם הוא זה שמתיר לאזרחים, למשל, לנהוג במכוניות (בתנאי שבעת הנהיגה הם ישמרו על כללי הזהירות הנדרשים – למשל, ינהגו במהירות שמותרת לפי המחוקק). אלמלא דוקטרינת הסיכון הסביר היה עלינו לאסור כליל נהיגה במכוניות, שהרי ידוע לכל נהג כי במהלך נהיגתו הוא עלול לגרום למות אדם, גם אם ישמור על כל כללי הזהירות (למשל, אם ילד יפרוץ לפתע בריצה לתוך הכביש והנהג לא יספיק לעצור לפני

פגיעה בו). הדין שמתיר ליטול סיכון סביר מתיר לנהג לנהוג למרות הסיכון המוזכר, משום שלדעת החברה התועלת הגלומה בנהיגה במכוניות עולה על הסיכון הקטן מאוד שבמהלך נהיגה זהירה של נהג תתרחש תאונה קטלנית. אם לא נכיר בהיתר של "סיכון סביר", נצטרך להשבית את כל התנועה במדינה (למעט במקרי חירום, שיוכלו להיכנס להגנת הצורך). פעולות יומיומיות רבות נוספות, כגון הטסת מטוסים והפעלת מעליות, נשענות באותו אופן על ההיתר ליטול סיכון סביר, כלומר, על ההיתר לעשות פעולות שיש בהן סיכון אך שתועלתן הרבה לחברה מצדיקה את נטילת הסיכון הנמוך הכרוך בהן.

אף שהדוגמאות הקלסיות לשימוש בהיתר של סיכון סביר הן פעולות יומיומיות מקובלות, כגון נהיגה ברכב, אני טוען ומוכיח בפרק הנדון כי ההיתר ליטול סיכון סביר חל לא רק על סיכונים מן הסוג הזה, אלא גם במקרים שבהם אדם נתקל בסיכון קונקרטי שמפתיע אותו, כגון במסגרת טיול מסוים, או בסיכון בלתי צפוי מראש במסגרת נהיגה או פעולה רפואית. במקרה קונקרטי כזה העושה צריך להחליט על אתר אם ליטול את הסיכון או לא, ואם החלטתו ליטול את הסיכון הייתה סבירה, לא תוטל עליו האחריות בגין גרימת הנזק (כגון מוות), משום שהוא נטל "סיכון סביר".

כמו כן, אין לטעות וללמוד מהדוגמאות הקלסיות שהובאו לעיל כי רק במקרים שבהם הנזק צפוי בהסתברות נמוכה מאוד יכולה להתקיים נטילת סיכון סבירה. בספרות מובאות דוגמאות לכך שגם כאשר יש סיכון שניתוח מסוים יוביל בהסתברות גבוהה למדי (לעיתים אף של יותר מ-50%) למותו של המנותח, ביצוע הניתוח עשוי להיחשב מבחינת המנתח נטילה של "סיכון סביר", וזאת לנוכח התועלת הרבה הצפויה מהניתוח אם יצליח.

הנוסחה המקובלת להכרעה בשאלה אם נטילת סיכון היא סבירה (או מוצדקת) מנוסחת במונחים של תועלת מול נזק: מצד אחד יש לשקול כנגד עשיית המעשה את סוג הנזק שעלול להיגרם מהמעשה, את כמות הנזק ואת דרגת ההסתברות שהנזק אכן ייגרם; ומן הצד האחר יש לשקול את התועלת שתצמח מעשיית המעשה, כלומר, את סוג התועלת, את כמות התועלת, וכאשר התועלת אינה מובטחת – גם את הסיכוי שהמעשה אכן יניב את התועלת המקווה. יש לשקול בין שני הצדדים, ותוצאת השקלול תקבע אם נטילת הסיכון מוצדקת, כלומר, אם החברה אכן מעודדת או לפחות מתירה את נטילת הסיכון.

אף שבספרות מתייחסים בדרך כלל לדוקטרינת "הסיכון הסביר" כעוסקת בשיקולי תועלת (שקלול התועלת מול הנזק), אני טוען בפרק הנדון כי אפשר להביא בחשבון גם שיקולים מסוג אחר בעת הדיון בשאלה אם הסיכון שהעושה נטל היה מוצדק. למשל, מותר להביא בחשבון את הזכויות של העושה לעשות את המעשה שיוצר את הסיכון (כגון הזכות לחופש הביטוי), אף שלפי דעתי, כדעת רבים אחרים, שיקול של זכות כנימוק להתרת פעולה שונה במהותו משיקול של תועלת. כמו כן, במסגרת השקלול שיקבע אם נטילת הסיכון מוצדקת מותר לפעמים להתחשב, לטובת התרת המעשה, בכך שהקורבן הסכים מראש לנטילת הסיכון הנדונה. לנוכח זאת אני מציע לא להתמקד

דווקא בשיקולי תועלת מול נזק, אלא לקבוע שכל נטילת סיכון שהחברה סבורה כי מבחינה מוסרית יש לעודדה או להתירה היא נטילת סיכון סבירה (או מוצדקת). השאלה אם הסיכון סביר או לא היא שאלה אובייקטיבית-ערכית שמוכרעת על ידי השופט (לפי ערכי החברה, ולא לפי ערכי העושה; ולכן טעות ערכית של העושה בעניין זה לא תפטור אותו, להבדיל מטעות עובדתית, אשר עשויה להגן עליו). לפיכך, כפי שהוסבר בפרק הנדון, מדובר ברכיב ששייך ליסוד העובדתי של העברה, ולא ליסוד הנפשי שלה, אף שבחוק העונשין הישראלי הנושא של סיכון סביר מופיע במסגרת הגדרת ה"פזיזות", המצויה בסימן שכותרתו היא "היסוד הנפשי שבעבירה". מכך שסוגיית סבירותו של הסיכון היא שאלה אובייקטיבית, ומי שמכריע בה הוא השופט, נובע גם שעצם העובדה שבהקשר של מקרה מסוים נהגו עד כה הכל כפי שנהג הנאשם כעת (באותן נסיבות) אינה מחייבת את השופט לקבוע שמדובר בסיכון סביר, אם כי לפעמים הוא יכול להתחשב בנוהג המקובל כאשר הוא שוקל אם מדובר בסיכון סביר. לבסוף התייחסתי לבעיה שהמושג "סיכון סביר" לוקה בעמימות. יש מקרים קונקרטיים שבהם אדם נתקל בשאלה אם המעשה שהוא עומד לעשות הוא בבחינת נטילת סיכון סביר או לא והתשובה לכך אינה נמצאת בשום מקום (לרבות בפסיקה). הדין שמתיר לו ליטול סיכון סביר אינו נותן לו הדרכה ברורה, שהרי ההכרעה אם הסיכון סביר או לא מחייבת, כפי שהוסבר, עריכת שקלול ערכי, ואנשים הגונים עשויים להגיע להכרעות מנוגדות בשאלה זו. העמימות שקיימת במושג הנדון יוצרת את הבעיות הידועות של פגיעה בצפיות ובוודאות, ועשויה אף ליצור מצב של הרשעה רטרואקטיבית במהותה, כאשר משפטו של הנאשם הוא הראשון שמתייחס למקרה מסוג זה שבו פעל הנאשם, והשופט מכריע כי הסיכון שנטל העושה הוא בלתי סביר (אף שהעושה סבר כי הוא סביר) ומרשיע אותו כבר באותו משפט. נכון שיש מעשים שהכל יודעים שהם מותרים (כגון נהיגה במכונית) או אסורים, אבל יש מקרים שבהם אדם נתקל בסיכון קונקרטי כאשר התשובה לשאלה אם עשיית המעשה הנדון מותרת או אסורה אינה פשוטה ואינה ברורה לפני המעשה. כפי שהסברתי בפרק הנדון, אף שהדוקטרינה של סיכון סביר לוקה בעמימות, היא מוכרת ברחבי העולם משום שאין לה תחליף. עם זאת, ציינתי כי בעיית העמימות ובעיית הרטרואקטיביות שטמונה בה נפתרות כאשר חקיקה ראשית או משנית קובעת סטנדרט התנהגות בהקשר של פעילות מסוימת. למשל, אם מחוקק המשנה קובע מהי המהירות המותרת בנהיגה בכביש עירוני, אזי נהיגה במהירות העולה על המותר תיחשב נקיטת סיכון בלתי סביר ותוכל להוביל להרשעה (אם התקיימו כל שאר התנאים הדרושים להרשעה), ואילו נהיגה במהירות המותרת בצורה זהירה מחייבת את השופט לקבוע כי עצם הנהיגה במהירות הזו ברחבי העיר (כאשר לא התלוותה לנהיגה כל פעולה בלתי זהירה מצד הנהג) היא בגדר נטילת סיכון סביר. עם זאת, חקיקה מסוג זה אינה פותרת את בעיית העמימות בהקשרים הקונקרטיים הרבים שבהם אין – ולא יכולה להיות (מפאת המגוון העצום של מקרים קונקרטיים שבהם נוצר סיכון) – חקיקה שקובעת את הסטנדרט הנכון.