

היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה

שאל כהן*

מאמר זה מבקש לבחון מחדש את הפרשנות שהוענקה בפסיקה למאפייני היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, להעמידה במבחן הביקורת ולהציע לה חלופה. החלופה הפרשנית העומדת ביסוד המאמר כולו מבוססת על תוכן היסוד הנורמטיבי של ה"פזיזות" (recklessness) במשפט האנגלו-אמריקאי, שהוגדר כהתנהגות של נטילת "סיכון בלתי-סביר" (unreasonable risk) המהווה סטייה מנורמת התנהגות של "אדם שומר חוק" (law-abiding person). כפי שאבקש להראות, מונחים אלה, על-פי פרשנותם המקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי, מעניקים תוכן ייחודי ליסוד ההתנהגותי-נסיבתי של עברת הריגה, ויש בהם אף כדי להניח תשתית פרשנית חלופית לתוכן שהוענק בפסיקה ובספרות בישראל להיגד "נטילת סיכון בלתי סביר" שבהגדרת קלות-הדעת בסעיף 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין.

מבוא

פרק א: היסודות להרשעה בעברת ההריגה – רקע היסטורי

פרק ב: רע"פ 1007/05 מדינת ישראל נ' בוחבוט

1. הרקע העובדתי

2. אחריותה של אנג'ל על-פי כתב האישום והכרעת-הדין

3. קשיי הניתוח המשפטי בשאלת אחריותה של אנג'ל

פרק ג: הסטייה ההתנהגותית ואופייה כנתונים רלוונטיים לשאלת התגבשותה של עברת הריגה

1. הסטייה ההתנהגותית ואופייה כמבחן נחוץ לבחינת התגבשותה של עברת הריגה

* מאמר זה מבוסס על עבודת תזה שהגשתי במסגרת לימודי תואר שני בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן, בהנחייתה של ד"ר קרן שפירא-אטינגר (ראו כהן, להלן ה"ש 189). זה המקום להביע גם את תודתי העמוקה לחמי, ד"ר אביב מלצר, על שסייע לי רבות, בסבלנות ובאורך-רוח בהגהתו ובעריכתו הלשונית של הטקסט המוגמר של מאמר זה.

2. המשקל שניתן בפועל בפסיקה למידת הסטייה ולאופייה בשאלת התגבשותה של עבֶרת הריגה
- פרק ד: היסוד הנורמטיבי של הפזיזות במשפט המקובל
1. מבחניה הנורמטיביים של הפזיזות
 2. צורת היסוד הנורמטיבי בעבֶרת הריגה במשפט המקובל
- פרק ה: בין סייג בפלילים להעדרה של סטייה פזיזה
1. "מעשה רע" (wrongdoing) כתנאי לפליליותה של התנהגות
 2. היסוד הנורמטיבי של הפזיזות כמבחן אשמה
- פרק ו: סבירות הסיכון
1. מעמדו של מבחן "ממשות הסיכון" (substantial risk) בבחינת סבירות הסיכון
 2. מעמדו של מבחן "ממשות הסיכון" (substantial risk) בעבֶרת ההריגה בישראל
 3. היסוד של "נטילת סיכון בלתי־סביר" בהגדרת קלות־הדעת בראי הפסיקה בישראל
- פרק ז: דו־משמעותו של עקרון החוקיות וזיקתו ליסוד הנורמטיבי של הפזיזות
1. דו־משמעותו של עקרון החוקיות
 2. זיקת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות לעקרון החוקיות בהיבטו המהותי
 3. זיקת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות לעקרון החוקיות בהיבטו האובייקטיבי
 4. זיקת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות לעקרון החוקיות – סיכום
- סיכום: "המעשה האסור" בעבֶרת הריגה
מסקנה על מצב הדין בישראל

מבוא

עבֶרת הריגה מוגדרת בסעיף 298 לחוק העונשין בישראל כך: "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנה."¹ אולם סעיף זה אינו מגדיר מה טיבם של המעשה או המחדל האסורים,² כלומר, הוא אינו מגדיר את טיבו של היסוד ההתנהגותי בעבֶרה או את טיב הנסיבות המאפיינות אותו. בשני העשורים האחרונים הוענקה בפסיקה הישראלית משמעות רחבה לביטוי

1 ס' 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

2 מקורו של ההיגד "במעשה או במחדל אסורים" הוא בס' 212 לפקודת הקודקס הפלילי (Criminal Code Ordinance, 1936), שבה הופיע ההיגד בנוסחו האנגלי: "an unlawful act or omission".

"מעשה אסור" שבעברת הריגה.³ נקבע כי "כל מעשה המסכן את חיי הזולת, הנעשה מתוך מחשבה פלילית והגורם לתוצאה קטלנית, הוא בגדר מעשה אסור".⁴ מקורה של השקפה זו בפרשנות שהציעו פלר וקרמניצר ליסוד ההתנהגותי של עברת הריגה ("מעשה או מחדל אסורים") שעל-פיה עברת הריגה מאופיינת כעברה של מחשבה פלילית ללא יסוד התנהגותי מובחן.⁵

עניינו המרכזי של מאמר זה הוא ניתוח היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה והצעת חלופה פרשנית לזו שהתקבלה על-ידי הפסיקה בישראל להיגד "במעשה או במחדל אסורים" שבהגדרת עברת הריגה. עם זאת, חשיבותו של המאמר טמונה בעיקר בפרשנות החלופית שהוא מציע לתוכן הכללי של היסוד "נטילת סיכון בלתי-סביר" שבהגדרת "קלות-הדעת",⁶ כמונח כללי המאפיין את טיב המעשה האסור בעברות של פזיזות ככלל, אשר לא זכה אלא להתייחסות שולית וזניחה – ולעיתים אף שגויה, לדעתי – בפסיקה הישראלית. ניתוח תוכנו של ההיגד "נטילת סיכון בלתי-סביר" בזיקתו לעברת הריגה חשוב גם לנוכח הצעה שעלתה לאחרונה למחוק את המילים "במעשה או במחדל אסורים" מנוסחה הלשוני של העברה.⁷

זו תהא דרך הצגת הטיעון במאמר: **בפרק הראשון** אציג את הרקע ההיסטורי לפרשנות שהוענקה בפסיקה להיגד "במעשה או במחדל אסורים" בהגדרה של עברת הריגה. אראה כיצד התקבלה לבסוף גישתם של פלר וקרמניצר, שלפיה אין להעניק להיגד זה תוכן ממשי, וכיצד אופיינה בפסיקה עברת הריגה, על-פי גישה זו, כעברה של מחשבה פלילית שאליה יכול לחבור יסוד התנהגותי כלשהו.

בפרק השני אציג את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת **בוחרוט**⁸ כדוגמה תשתיתית להצגת הקשיים המינוחיים והמהותיים הטמונים, לדעתי, במאפייניה של עברת

3 ראו, למשל, ע"פ 10477/08 **פיולאיב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 25.1.2010); ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 4.11.2009).

4 ע"פ 1100/93 **סובאח נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(3) 635 (1993).

5 ש"ז פלר "סוף-פסוק להבחנות בדבר שילובו של היסוד הנפשי ביסוד העובדתי שבעבירת ה'הריגה'" **הפרקליט** מא 410 (1994) (להלן: פלר "סוף-פסוק"); ש"ז פלר "הלכת דויטש – מתחייבת הבהרה נוספת" **הפרקליט** מא 157 (1993) (להלן: פלר "הלכת דויטש"); מרדכי קרמניצר "על עבירת ההריגה במשפטנו" **הפרקליט** לו 201 (1985) (להלן: קרמניצר "על עבירת ההריגה").

6 בהגדרת הפזיזות בחוק העונשין הישראלי הוטבע היסוד "סיכון בלתי-סביר" רק בהגדרה של "קלות-דעת". לעומת זאת, במשפט האנגלו-אמריקאי, כפי שאראה בהמשך המאמר, יסוד זה משמש יסוד עובדתי-נורמטיבי בהגדרה הכללית של הפזיזות. אולם ככלל ניתן לומר כי הפזיזות בדין האנגלו-אמריקאי משמשת יסוד הדומה יותר ליסוד הישראלי של "קלות-דעת", שכן מצבים של "אדישות" מובהקת, הדומים במובנים רבים ל"אדישות" הכלולה בהגדרה של "פזיזות" בדין הישראלי, נחשבים במדינות רבות של המשפט המקובל יסוד נפשי שווה-ערך ליסוד של כוונה. לעניין זה ראו להלן ה"ש 181. על-כן, כאשר אעסוק בפזיזות בדין האנגלו-אמריקאי, תהא כוונתי במאמר זה בעיקר למצבה כקלות-דעת, כלומר, למצבה כנטילת סיכון בלתי-סביר.

7 ראו הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה **דין-וחשבון** (2011) www.justice.gov.il/MOJHeb/News/2011/DochAverotHamata.htm.

8 רע"פ 1007/05 **מדינת ישראל נ' בוחרוט** (טרם פורסם, 1.9.2008) (להלן: פרשת **בוחרוט בעליון**).

הריגה כפי שהתקבלו בפסיקה בישראל והוצגו בפרק הראשון. המשך הניתוח הביקורתי של יסודות עברת ההריגה בישראל יוצג בפרק השלישי. ניתוח ביקורתי זה יתייחס לשני היבטים. תחילה אתייחס לנחיצותו של מבחן סטייה ההתנהגותית בעברת הריגה במישור העיוני – אבקש להראות, באמצעות דוגמות שונות, מדוע אין זה נכון לבסס את עברת ההריגה על היסוד ההכרחי בלבד, וכיצד יש גם לטיב הסטייה ההתנהגותית תפקיד חשוב בהגדרת העברה. לאחר-מכן אתייחס לאופן שבו הפסיקה מעניקה בפועל משקל ליסוד ההתנהגותי – אבקש להראות כיצד הרטוריקה, שלפיה נוסחה התשתית העיונית הפסיקתית לאפיונה של עברת ההריגה על היסוד הנפשי בלבד (מודעות), מסווה את המעמד החשוב שניתן באופן מעשי לטיב ההתנהגות שגרמה לתוצאת העברה ולמידת סטייתה מנורמת התנהגות סבירה.

בפרק הרביעי, ועל בסיס הטענות המקדמיות שהנחתי בפרקים השני והשלישי, אציג את מאפייני הסטייה ההתנהגותית שקיומם נדרש לביסוס היסוד ההתנהגותי בעברת הריגה במשפט המקובל, ואציעם כמודל ליישום בדין ובפסיקה בישראל. מאפיינים אלה, שקיבלו ביטוי בהגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות במשפט האנגלו-אמריקאי, מבוססים על הפרשנות המקובלת של המונח "סיכון בלתי-סביר" או "סיכון בלתי-מוצדק", ומעניקים גם להיגד "במעשה או במחדל אסורים" בעברת הריגה את תוכנו.

בפרקים החמישי והשישי אציג את חשיבות יישומו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, על-פי הפרשנות שהוענקה לו במשפט האנגלו-אמריקאי, כמבחן להתגבשותה של עברת הריגה, ואת האופן שבו הוא עשוי ליישב את הקשיים המינוחיים והמהותיים הטמונים במאפייניה של עברה זו בישראל. אטען כי יישום זה חשוב בשני מישורים: בתחילה אראה, בפרק החמישי, כיצד היסוד הנורמטיבי של הפזיזות מבטא את תנאי-הסף לפליליותה של התנהגות בכלל ולהתגבשות היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה בפרט, וכן אציג את תפקידו בתיחום הגבול שבין רשלנות לפזיזות במישור ההתנהגותי-נסיבתי; לאחר-מכן, בפרק השישי, אראה את האיזון שהיסוד הנורמטיבי של הפזיזות יוצר בין היסוד העובדתי-אובייקטיבי של עברת הריגה לבין היסוד הנפשי-הסובייקטיבי שלה. בהקשר זה אראה כיצד היסוד הנורמטיבי של הפזיזות ממַצב את היסוד ההתנהגותי בעברת הריגה – קרי, את טיב ההתנהגות האסורה על-פי עברה זו – על אדנים אובייקטיביים, כבכל עברה אחרת. על בסיס האמור אטען כי העדרו של מבחן זה בפסיקה הישראלית יוצר מציאות משפטית שבה ליסוד הנפשי בעברת הריגה מוענק משקל מופרז וחריג, החותר תחת היבטים מסוימים של עקרון החוקיות.

בפרק השביעי אבחן את שאלת הלימותו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות להיבטיו השונים של עקרון החוקיות. בהקשר האמור אתמודד עם הביקורת המרכזית שהופנתה נגד מאפייניו של יסוד זה, שלפיה מדובר במבחן שרירותי רטרופקטיבי של "המעשה האסור". פרק זה ישים אפוא כרפלקסיה עצמית לטענות המרכזיות שתזה זו מעלה.

הפרק האחרון יחתום עבודה זו בסיכום קצר, במסקנה על מצב הדין בישראל ובשינוי המתבקש בו לנוכח האמור במאמר זה.

פרק א: היסודות להרשעה בעברת הריגה – רקע היסטורי

נהוג לציין את ההלכה שנקבעה בבית-המשפט העליון בפרשת דויטש⁹ כהלכה המכוננת במשפט הישראלי בשאלת תנאי התגבשותה של עברת הריגה. בפרט, הלכת דויטש מוזכרת כהלכה שהציבה את דרישת שכלולה של מחשבה פלילית כתנאי להרשעה בעברת הריגה, וכהלכה שכוונה את מעמדו החשוב של היסוד הנפשי במשפט הפלילי בישראל. זאת ועוד, אף-על-פי שפרשת דויטש עסקה בעברת הריגה על-דרך המחדל¹⁰, בפסקי-דין מאוחרים יותר¹¹ קנתה לה שביתה העמדה שלפיה מבחניה תקפים גם בעברה שנעברה על-דרך המעשה.

עיקרון נוסף שהתקבל בהלכת דויטש כתנאי לגיבושה של עברת הריגה, ואשר נזנח וננטש זה מכבר, נוגע ליסוד העובדתי של העברה. על-פי הלכה זו, במישור ההתנהגותי נדרשת "התרשלות פושעת" או "התרשלות רבתי" כתנאי לגיבושה העברה, ואין די בהתרשלות "רגילה". באמרת-אגב, שהוזכרה בפסיקה מאוחרת יותר,¹² נכתב כי במקרה של פזיזות המתאפיינת באדישות כלפי אפשרות גרימתו של נזק ממשי לגופו של אדם¹³ יהיה אפשר להסתפק בהתרשלות רגילה, אך פזיזות העולה כדי קלות-דעת בלבד תחייב את התגבשותה של רשלנות רבתי. כך שולבו שני תנאים להתגבשות עברת הריגה: האחד כונה בפסק-הדין "איכותי" (מחשבה פלילית), והאחר – "כמותי" (מידת ההתרשלות).

על המבחן המשולב הזה, שיצר "מקבילית כוחות" בין היסוד הנפשי והיסוד העובדתי כתנאי לפליליותו של המעשה הקטלני, ניתכה ביקורת מחמירה בספרות

9 ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(1) 456 (1954).

10 מסקנת השופט אגרנט בפסק-הדין, שלפיה לצורך הרשעה בעברת הריגה במחדל נדרשת פזיזות, גובשה כמסקנה פרשנית של המונח "רשלנות פושעת" שבפקודת הקודקס הפלילי, אשר הגדיר בס' 217 את היסוד ההתנהגותי של עברה זו ("אפס מעשה"). מקורו של מונח זה במונח האנגלי culpable neglect. המילה "פושעת" בהקשר זה מלמדת, לשיטתו, על דרישת קיומה של "אשמה", דהיינו, על דרישת קיומה של מחשבה פלילית (פזיזות). לפיכך הצבת הדרישה לגיבושה פלילית גם בעברת הריגה ב"מעשה" לא הייתה עניין מובן מאליו על-פי לשון החוק דאז ולנוכח טענה אפשרית שלפיה מחדל מחייב מעצם טיבו דרישה מחמירה יותר לצורך הרשעה בפלילים.

11 ע"פ 100/66 איסן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3) 102 (1966); ע"פ 241/65 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(4) 156 (1965); ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כב(2) 749 (1968); ע"פ 26/89 זאב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 631 (1989).

12 ראו, למשל, בפרשת סובאח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 643–644, אם כי שם הצביע השופט גולדברג על הזיקה הראייתית בין המבחן ה"כמותי" והמבחן ה"איכותי".

13 בהתאם לדין שהיה תקף לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אשר לשם הרשעה בעברת הריגה הסתפק בצפיית האפשרות שייגרם נזק לגופו של אדם, ולא חייב צפייה של אפשרות מותו. ההלכה בעניין זה קיבלה תפנית לאחר תיקון מס' 39 – חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון מס' 39). ראו לעניין זה גם ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145, 150 (1999); ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 506, 523–524 (2003).

המשפטית.¹⁴ נטען כי הדרישה המוחמרת של מידת הסטייה ההתנהגותית, שהייתה מקובלת במשפט האנגלי, מתייחרת עם הצבת הדרישה להתגבשותה של פזיזות, דהיינו, של מחשבה פלילית.¹⁵ הטענה הייתה כי הדרישה הנוגעת למידת הסטייה ההתנהגותית היא תנאי שאינו נחוץ לשיטת עונשין מודרנית שביסודה דרישה להתגבשות מחשבה פלילית, וכי היא סרח עודף של הדין האנגלי, שאינו מתנה הרשעה בהתגבשות יסוד נפשי זה. לפיכך, כך נטען, עם החמרת תנאי ההרשעה בדמות הדרישה לקיומה של מחשבה פלילית, יש לוותר על המבחן ה"כמותי" ולחייב בדין כל התנהגות הגורמת תוצאה קטלנית של מוות.¹⁶

הביקורת האמורה נגד שילובו של היסוד הנפשי ביסוד העובדתי לא נותרה בחלל ריק: היא הופנמה והוטמעה לבסוף על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת **סובאח**.¹⁷ בפרשה זו נקבע¹⁸ כי בהתקיים מצב נפשי של פזיזות אין מקום לבחינה "כמותית" של מידת ההתרשלות, ודי בהתרשלות רגילה. אומנם, נקבע בפסק-הדין כי "התרשלות רבתי הנה בכל מקרה אמת מידה ראייתית-נסיבתית להוכחת הפזיזות",¹⁹ אולם במישור המהותי נזנח השימוש במושג "התרשלות" כשם-תואר המאפיין התנהגות, ובמקומו הושם הדגש על קיום זיקה בין מחשבתו הפלילית של הנאשם לבין אופייה המסוכן של התנהגותו: נקבע בפסק-הדין כי כל מעשה המסכן את חיי הזולת שנעשה מתוך מחשבה פלילית (מודעות לסיכון) עונה אחר תנאי התגבשותה של עבֶרת הריגה. בכך אומצה עמדתו של פרופ' קרמניצר²⁰ כפי שהובאה בחוות-דעתו של השופט גולדברג בפסק-הדין:

"בין מבחר האפשרויות הפרשניות ל'מעשה אסור'²¹ מביא פרופ' קרמניצר את הפרשנות (הנראית לי הסבירה ביותר), שלפיה: 'כל מעשה המסכן את חיי הזולת, הנעשה מתוך מחשבה פלילית והגורם לתוצאה קטלנית, הוא בגדר מעשה אסור,

14 קרמניצר "על עבירת ההריגה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 201; פלר "הלכת דויטש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 157; פלר "סוף-פסוק", לעיל ה"ש 5. ראו גם את התייחסותו של בית-המשפט העליון לביקורת זו בע"פ 3158/00 **מגידיש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 80 (2000).

15 קרמניצר "על עבירת ההריגה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 209.

16 שם, בעמ' 204; פלר "הלכת דויטש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 159.

17 פרשת **סובאח**, לעיל ה"ש 4.

18 בניסוחים ובדגשים שונים של שלושת שופטי ההרכב: אליעזר גולדברג, דליה דורנר ואליהו מצא.

19 פרשת **סובאח**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 643–644 (ההדגשה הוספה). השוו לע"פ 3841/94 **מדינת ישראל נ' צלנקו** (לא פורסם, 21.8.1994), שם נקבע כי אין מדובר ב"זיקה ראייתית מחייבת".

20 קרמניצר "על עבירת ההריגה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 206.

21 כהגדרת היסוד התנהגותי של עבֶרת הריגה בס' 298 לחוק העונשין. על-פי ההגדרה מושא הציטוט, למונח "מעשה אסור" אין למעשה שום מאפיין התנהגותי ייחודי. בכך אומצה עמדתם של פלר וקרמניצר ביחס למשמעותו של מונח זה – ראו ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 403, 415 (2000); קרמניצר "על עבירת ההריגה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 205–207.

שכן הוא נוגד את טובת הציבור ואת המוסר הציבורי, אליו יתוסף היסוד הנפשי של פזיזות, המתבטא ב'לא איכפתיות' של הנאשם לגבי התוצאה.²²

נמצאנו למדים כי לעברת הריגה אין יסוד התנהגותי מובחן,²³ וכי היא עברה של יסוד נפשי בלבד, ואליו ייתכן שיחבור יסוד התנהגותי או נסיבתי כלשהו.²⁴ ואכן, נראה

22 פרשת סובאח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 643.

23 בהקשר זה ראוייה לציון הבחנה אפשרית, לכאורה, בין העמדה שלפיה "כל מעשה המסכן את חיי הזולת, הנעשה מתוך מחשבה פלילית והגורם לתוצאה קטלנית, הוא בגדר מעשה אסור" (קרמניצר כפי שצוטט בפרשת סובאח, שם) לבין העמדה הגורסת כי לצורך קיום הרכיב ההתנהגותי של עברת הריגה "די, בכל מקרה, אף בסטייה קלה מרמת התנהגות סבירה" (פלר "סוף-פסוק", לעיל ה"ש 5). העמדה הראשונה אינה מציבה שום מאפיין ליסוד ההתנהגותי מלבד היוקה האמורה בינו לבין מחשבה פלילית, ואילו העמדה השנייה דורשת "סטייה" – ולו קלה בלבד – מנורמת התנהגות סבירה, כלומר, היא מציבה דרישה שלפיה התנהגות הנאשם תאופיין בפגם כלשהו. העמדה הראשונה מניחה את הסטייה מעצם קיומה של מחשבה פלילית, ואילו השנייה מבקשת למצוא סטייה גם ביסוד העובדתי עצמו, בנפרד משאלת המודעות לסיכון. אולם עיון בהגדרת מהותה של הסטייה, כפי שנוסחה על-ידי פלר כאשר ניתח את היסוד הנפשי של קלות-הדעת, מלמד כי הבחנה זו היא סמנטית בלבד, שכן כאשר הוא מאפיין את היסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר", המהווה לכאורה את ההגדרה הסטטוטורית של הסטייה (כחלק מהגדרת קלות-הדעת, כשם נרדף לסטייה), הוא מתנה את התגבשותו אך ורק בשאלת קיומה של מודעות לסיכון קונקרטי: "ניתן אפוא לגרוס כי 'קלות דעת' ו'הסיכון הסביר' הם שני מושגים שאינם מתיישבים זה עם זה. בעוד ש'הסיכון הסביר' נובע מהליכה לקראת סכנה תיאורית-כללית, קלות הדעת טמונה בהליכה לקראת סכנה קונקרטית-ספציפית. כאשר מדובר בסכנה כזאת, הסיכון חדל להיות סביר, וזוהי מהותו של הסיכון שנוטל על עצמו, מבלי להתגבר על מימוש הסכנה, מי שפועל מתוך קלות דעת. זהו 'הסיכון הבלתי סביר' אליו מתייחס סעיף 10(א)(2) להצעת חלק כללי לחוק העונשין החדש כאשר הוגדרה בו קלות הדעת כצורה של פזיזות לצד האדישות." פלר יסודות בדיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 619 (ההדגשות במקור). מהי אפוא, על-פי עמדתו של פלר, סטייה (ולו קלה) מנורמת התנהגות סבירה שתקיים את היסוד העובדתי של העברה? התשובה נמצאת בגוף הטקסט: סטייה היא הליכה מודעת לקראת סיכון קונקרטי. עמדה כזאת אינה אלא ניסוח אחר לעמדתו של השופט גולדברג בפרשת סובאח, המגדירה את היסוד ההתנהגותי – הסטייה – על-פי מודעותו של הנאשם לסיכון קונקרטי זה, ולא על-פי מאפיינים הנוגעים להתנהגות עצמה. נמצאנו למדים כי נטילת סיכון בלתי-סביר, שהיא המאפיין הסטטוטורי לסטייה מרמת התנהגות סבירה, תלויה, על-פי פלר, אך ורק בשאלת הממשות (הקונקרטיות) של הסיכון. מאחר שהתגבשותה של עברת ההריגה מותנית במודעותו של הנאשם לממשות זו, ומודעות זו, כלומר ההליכה המודעת לקראת סיכון קונקרטי, היא קלות-הדעת (כלומר הסטייה), שבנו אפוא להגדרתו של קרמניצר (שאומצה על-ידי השופט גולדברג בפרשת סובאח) שלפיה כל מעשה שמסכן את חיי הזולת (סיכון קונקרטי), שנעשה מתוך מחשבה פלילית ואשר גורם תוצאה קטלנית הוא בגדר "מעשה אסור", והבחנה בין הניסוחים שהוצגו לעיל היא סמנטית בלבד, כאמור.

24 בע"פ 5910/94 ברקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 353 (1996), וכן בע"פ 5290/94 סעיד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.8.1995), אשר מאוחרים לפרשת סובאח, נותר עדיין היסוד ההתנהגותי של עברת ההריגה כמוזחה עם היסוד של "התרשלות רבת". אולם בפסיקה המאוחרת של שנות התשעים ובפסיקה של העשור האחרון נזנח לחלוטין השימוש במבחן זה. לעניין זה ראו את הפניית

כי הגישה השלטת בפסיקה כיום²⁵ אינה בוחנת כלל את מידת הסטייה שבהתנהגות הנאשם או את אופייה, כי אם מתמקדת בבחינת התגבשותה של מחשבתו הפלילית בזיקתה אל היסוד התוצאתי בעברה: בהתקיים מודעות לסיכון, ימלא כל מעשה המוביל למותו של אדם את דרישת היסוד ההתנהגותי של עברת הריגה.

גישה מרחיבה זו של היסוד ההתנהגותי בעברת הריגה קיבלה חיזוק סטטוטורי עם קבלתו של תיקון מס' 43 לחוק העונשין.²⁶ תיקון זה ביטל את סעיף 299 לחוק, שדרכוו חדר המבחן ה"כמותי" – באמצעות המונח "התרשלות פושעת" שהגדיר את היסוד ההתנהגותי שלו – אל עברת הריגה. משנמחק סעיף זה מספר החוקים, נותר היסוד ההתנהגותי בעברה זו רק "מעשה או מחדל אסורים",²⁷ ופרשנותו המרחיבה של קרמניצר ליסוד זה, אשר אומצה על-ידי הפסיקה, מאפשרת לבסס הרשעה בעברת הריגה בגין כל התנהגות, מבלי לבחון את טיבה או את מידת סטייתה מנורמה אובייקטיבית כלשהי.²⁸ נזכיר עוד כי בתיקון האמור שונה גם נוסח העברה לפי סעיף 304 לחוק העונשין – עברת גרם מוות ברשלנות, אשר היסוד העובדתי שאפיין אותה לפני התיקון היה התנהגות לא-זהירה או פזיזה שאינה עולה כדי "התרשלות פושעת". המחוקק אימץ אפוא את עמדתם של פלר וקרמניצר בנוגע ליסוד ההתנהגותי בעברת הריגה, ומכאן

בה"ש 3 לעיל ובה"ש 25 להלן. חריג לכך הוא פסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"פ 1196/07 סאהר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 13.6.2007), שבו נעשה שוב שימוש במונח "רשלנות רבתי" כיסוד התנהגותי בעברת הריגה. אולם מונח זה עלה בפסק-הדין בעקבות השימוש שעשתה בו הערכאה הדיונית (בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע) לתיאור התנהגותו של המערער בפרשה זו. אך בבוא בית-המשפט העליון לתאר את הסטייה ההתנהגותית בלשונו-הוא, ניכר בכירור כי הדגש הושם על הזיקה שבין התנהגותו של המערער לבין מודעותו לסיכון (נטילה מודעת של סיכון), ולא במאפייניה של ההתנהגות עצמה.

25 ע"פ 140/98 חוג'ה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 225 (1998); ע"פ 4891/09 אלחזוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.11.2009). ראו גם יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק שלישי 1059, 1062–1063 (מהדורה מעודכנת, 2006).

26 חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ס"ח 390.

27 ראוי לציין כי בעבר ראתה הפסיקה במילה "אסורים" (או במונח המקביל "לא כדין") יסוד עובדתי בעברה, המחייב הוכחה כי המעשה אסור על-פי נורמה חקוקה, פלילית או לבר-פלילית. לעניין זה ראו ע"פ 173/51 זהבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו(1) 437 (1952); ע"פ 286/62 סמין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(3) 1788 (1963); ע"פ 353/62 אל-פקיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 200 (1964). כן ראו בעניין זה פלר יסודות דיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 403–419. הלכה זו בוטלה מאוחר יותר בע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371 (1974). לעניין זה ראו גם ע"פ 324/73 דנוך נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 706 (1974). משמעות הדבר היא כי בעברת הריגה אין להעניק למילה "אסורים" תוכן סטטוטורי, זולת העובדה שלא חל שום סייג על המעשה.

28 עם זאת, וכפי שנקבע בפרשת שטרייזנט, לעיל ה"ש 13, נותר למידת הסטייה תפקיד ראייתי בהוכחת התגבשותו של היסוד הנפשי.

שצדק פלר כאשר הכריז כי הרשעה בעברת הריגה המבוססת על מאפייני היסוד ההתנהגותי אינה אפשרית עוד.²⁹ כפי שאבקש להראות, מאפייניה אלה של עברת ההריגה, כפי שהתקבלו בהלכה הפסוקה, מעוררים קשיים לא-מבוטלים – מינוחיים וגם מהותיים. לשם פישוט הביקורת שמאמר זה מבקש להציג, אבחנו את פסק-הדין של בית-המשפט העליון ברע"פ 1007/05 **מדינת ישראל נ' בוחבוט**,³⁰ העוסק בפרשת מותה של תלמידת בית-הספר "לוריא" בירושלים ובשאלת אחריותה של גב' אנג'ל, מנהלת בית-הספר, לאסון זה. ניתוח פסק-דין זה יוכל לסייע בהצגת הבעיות שמאמר זה מבקש לעסוק בהן.

פרק ב: רע"פ 1007/05 מדינת ישראל נ' בוחבוט

1. הרקע העובדתי

עניינו של פסק-הדין בעניין **מדינת ישראל נ' בוחבוט** הוא פרשת מותה של אמיליה כהן ז"ל, תלמידת בית-הספר היסודי "לוריא" בירושלים, בשנת 1998. אמיליה ז"ל התיישבה על אדן חלון בכיתה, בקומה השנייה בבית-הספר, איבדה את שיווי-משקלה, נפלה לאחור, נחתה על גדר בטון ונחבלה קשה בראשה. לאחר חמישה ימי אשפוז ללא הכרה, נפטרה אמיליה בבית-החולים. בגין אירוע טרגי זה הועמדה לדין בעברת גרם מוות ברשלנות, בין היתר, מנהלת בית-הספר אנג'ל. עניינה של אנג'ל הגיע עד בית-המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור שנייה, לאחר שהרשעתה בבית-משפט השלום בירושלים³¹ בוטלה על-ידי בית-המשפט המחוזי בירושלים.³² לבקשת המדינה ניתנה לה הרשות לערער על זיכויה של אנג'ל, ובית-המשפט העליון קבע כי אנג'ל אחראית למותה של אמיליה ז"ל, אם כי נמנע מלהרשיעה.³³ להלן אתמקד בעובדות שעליהן ביסס בית-המשפט העליון את אחריותה של אנג'ל, אנתח אותן ואבחנו את טיב האחריות שניתן לייחס על-פיהן לאנג'ל, אם בכלל. ואלה ממצאי-העובדה שהתקבלו על דעת כל הערכאות: בכיתות בית-הספר "לוריא"

29 פלר "סוף-פסוק", לעיל ה"ש 5, בעמ' 413.

30 פרשת **בוחבוט בעליון**, לעיל ה"ש 8.

31 ת"פ 3171/99 (שלום יים) **מדינת ישראל נ' בוחבוט**, תק-של 2004(1) 9753 (2004) (להלן: פרשת **בוחבוט בשלום**).

32 ע"פ 8356/04 (מחוזי יים) **אנג'ל נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2004(4) 5806 (2004).

33 בהתאם לס' 71א(ב) לחוק העונשין. תוצאה זו נבעה ממחלוקת שנפלה בין שלושת חברי ההרכב: השופט סלים ג'ובראן סבר כי יש להרשיע את אנג'ל, השופטת אילה פרוקצ'יה סברה כי יש לזכותה, ואילו השופטת דבורה ברלינר סברה כי יש לסיים את ההליך בקביעת אחריות פלילית ללא הרשעה. בהתאם לס' 80(ג)2 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, נקבעה תוצאת פסק-הדין כדעת השופטת ברלינר.

בירושלים הותקנו, שנים מספר לפני האירוע הטרגי מושא ענייננו, חלונות חדשים. החלונות היו בעלי פתחים רחבים, ובחלקם העליון הותקן חלק קבוע שאינו ניתן לפתיחה. גובה סף החלונות אפשר את הישיבה עליהם, ולא הותקנו בהם סורגים. כאשר מונתה אנג'ל לתפקיד מנהלת בית-הספר, כשנה וחצי לפני קרות האסון, היא פנתה אל מר דומי, מנהל מחלקת בדק הבית במנהל החינוך בעיריית ירושלים, ושאלה אותו מדוע הותקן החלק הקבוע של החלונות בחלקם העליון, ולא התחתון. פנייתה נעשתה לאחר שהתעורר בליבה חשש לשלומם של תלמידי בית-הספר, שכן נראה לה כי מבנה החלונות וגובה הסף שלהם אינם מונעים באופן מספק את האפשרות לנפילת תלמיד דרכם. חששה של אנג'ל מן הסיכון הטמון בחלונות התחזק עוד יותר קצת לפני נפילתה של אמיליה ז"ל, כאשר מורה בבית-הספר סיפרה לה כי ראתה ילד מציץ מבעד לחלונות באופן שסיכן את חייו. את האירוע הזה תיארו המורה ואנג'ל כאירוע מכונן, שהדליק אצלן "נורה אדומה" באשר לסיכון הטמון בחלונות החדשים ובאשר לעוצמתו. אנג'ל לא נשארה אדישה למקרה זה: היא נכנסה לכל כיתות הקומה השלישית³⁴ בבית-הספר והזהירה את התלמידים לבל יתקרבו אל החלונות, והורתה לכל מורי בית-הספר לעשות כן בכיתותיהם. את הילד שהציץ מן החלון היא זימנה אליה ונזפה בו. היא אף פנתה בשנית אל דומי וביקשה שיבחן את בטיחות החלונות, את עמידתם בתקני הבטיחות המקובלים ואת האפשרות לספק מענה ראוי וטוב יותר לסיכון הטמון בהם. בתגובה על פנייתה של אנג'ל שלח אליה דומי שני עובדים, אשר בדקו את החלונות ובחנו את עמידתם בתקני הבטיחות המקובלים. בדיקתם העלתה כי החלונות עמדו בתקני הבטיחות שהיו תקפים באותה עת – עובדה שהתקבלה על דעת הערכאות המשפטיות כולן – ועל יסוד האמור נמסר לאנג'ל כי אין כוונה להחליפם. אולם הבדיקה ומסקנותיה לא הניחו את דעתה של אנג'ל, ובפנייה טלפונית נוספת שיזמה אל דומי הבהירה לו כי ככוונתה לערב בעניין את ועד ההורים של בית-הספר. כן דרשה אנג'ל מדומי למסור לה בכתב את תשובתו, שלפיה החלונות עומדים בתקני הבטיחות המקובלים. בקשתה זו נענתה, ודומי שלח לה מכתב ברוח זו. במכתבו הוסיף דומי הצעה להציב על אדני החלונות אדניות, שימנעו מן התלמידים את האפשרות לשבת עליהם. בישיבה עם ועד ההורים של בית-הספר שהתקיימה ביום 12.6.1998 – ארבעה ימים בלבד לפני האסון – תיארה אנג'ל את הסכנה הטמונה לדעתה בחלונות, וקראה באוזני ההורים את התשובה הכתובה של דומי. תגובותיהם של חברי הוועד היו סוערות, והם שללו את הפתרון המוצע של הנחת אדניות. הישיבה ננעלה מבלי שסוכם על דרך המשך הטיפול בנושא. כאמור, ארבעה ימים לאחר-מכן אירע האסון.

2. אחריותה של אנג'ל על-פי כתב האישום והכרעת-הדין

בכתב האישום שהגישה המדינה נגד אנג'ל נכתב כי "למרות שראתה והבינה את הסיכון הרב שבמבנה חלונות האלומיניום שאינם מסורגים, ובהם גם החלון ממנו נפלה המנוחה,

34 כיתתה של אמיליה ז"ל הייתה בקומה השנייה של בית-הספר.

המאפשרים נפילת תלמידים דרכם,³⁵ היא כשלה באופן הטיפול בסיכון שנגלה לעיניה. בהמשך פורטו מחדליה בהקשר זה לשיטת המאשימה (המדינה). המאשימה ביקשה אפוא מבית-המשפט להעמיד את דרך התמודדותה של אנג'ל עם הסיכון שאליו הייתה מודעת תחת ביקורתו הנורמטיבית.

עמדה זו, שבוטאה כאמור עוד בכתב האישום, התקבלה על דעת בית-משפט השלום, שקבע בהכרעת-דינו כי שינוי של ממש בהכנתה של אנג'ל לגבי הקונקרטיות של הסיכון חל ביום שבו דיווחה לה המורה על-אודות הילד שהציץ בצורה מסוכנת מחלון כיתתו. על יסוד האמור נקבע בהכרעת-הדין כי "אין ספק שאם הנאשמת לא הבחינה בסכנה שהייתה בחלונות קודם לכן, הרי באותו יום הייתה מודעת לכך... הנאשמת אף פעלה כמי ש**מודעת לכך**: היא עברה מכיתה לכיתה בקומה ג' והזהירה באופן אישי את התלמידים לבל יתקרבו לחלונות, היא הנחתה את המורים בעניין זה, היא פנתה... [ל]דומי בעניין החלונות, ולאחר שקיבלה את תשובתו, לפיה החלון תקני, פנתה לוועד ההורים. לא יכול להיות ספק כי בשלב זה כבר הייתה הנאשמת **מודעת לסכנה** הנובעת ממבנה החלונות ולחשש שילד יפול מהם."³⁶ על בסיס מסקנתו זו עבר בית-משפט השלום לבחינה נורמטיבית של אופן התמודדותה של אנג'ל עם הסיכון, והגיע למסקנה כי היא לא עמדה בחובת הזהירות המוטלת עליה כמנהלת בית-הספר.

הכרעה זו השתלבה היטב בשיקול המרכזי שהנחה את בית-משפט השלום בקביעת אחריותם של כל אחד מן הנאשמים שהובאו לפניו, שלפיו "בבחינת אחריותם של הנאשמים השונים למותה של הילדה אין מנוס מהבחנה, בין היתר, בין מי שהיה מחובתו להבחין בסכנה הנשקפת מן החלון למי שאין זה מתפקידו, ובין מי שידע עוד קודם לאירוע על קיומה של סכנה, בין משום ששם לבו לכך ובין משום שהתריעו לפניו, לבין מי שלראשונה נתקל בשאלת בטיחות החלונות בעקבות האסון."³⁷ אנג'ל, אשר לדעת בית-משפט השלום הייתה מודעת לסיכון הטמון בחלונות בית-הספר, הייתה חייבת לנקוט אמצעים ממשיים יותר מאלה שהיו חייבים לנקוט נאשמים אחרים שלא היו מודעים לכך. לעיל ראינו כי גם לשיטתה של המאשימה, חובת הזהירות של אנג'ל והיקפה נגזרו מעובדת היותה מודעת לסיכון.

תזה זו, כלומר בחינת אחריותה של אנג'ל והיקף חובת הזהירות שלה כהיבטים הנגזרים ישירות ממודעותה לסיכון, עמדה בבסיס פסקי-דינם של בית-משפט השלום ובית-המשפט המחוזי, ואומצה גם בפסק-דינו של בית-המשפט העליון. השאלה שנשאלה על-ידי שלוש הערכאות הייתה: האם, בהתחשב בכך שאנג'ל הייתה מודעת לסיכון, ניתן לקבוע כי היא עשתה די למנוע את התממשותו. במילים אחרות, הדרך שבה התמודדה אנג'ל עם הסיכון והאמצעים שנקטה למניעתו הועמדו לשיפוט נורמטיבי של

35 מתוך כתב האישום בפרשת בוחבוט בשלום, לעיל ה"ש 31 (ההדגשה הוספה).

36 מתוך הכרעת-הדין בפרשת בוחבוט בשלום, לעיל ה"ש 31, בעמ' 142 (ההדגשות הוספו).

37 שם, בעמ' 125 (ההדגשה הוספה).

הערכאות השיפוטיות על רקע מודעותה.³⁸ גם המחלוקת שהתגלעה בין שופטת בית-משפט השלום ושופטי בית-המשפט העליון לבין שופטי בית-המשפט המחוזי נסבה סביב השיפוט הנורמטיבי הזה.³⁹

3. קשיי הניתוח המשפטי בשאלת אחריותה של אנג'ל

הבסיס המשפטי שעליו התבססה הרשעתה של אנג'ל, כפי שתואר לעיל, מעלה קושי מינוחי ומהותי: אם מקבלים כעובדה שאנג'ל הייתה מודעת לסיכון הטמון בחלונות בית-הספר, כיצד ניתן לייחס לה עבירת גרם מוות ברשלנות, שהיסוד הנפשי שלה הוגדר בסעיף 21 לחוק העונשין כ"אי-מודעות"⁴⁰ לאחד מיסודות העבירה? כפי שנקבע בהכרעת-דינו של בית-משפט השלום והתקבל על דעת הערכאות שמעליו, אנג'ל הבחינה בסיכון הטמון בחלונות בית-הספר, והייתה מודעת לו. יתר על כן, קביעת אחריותה למותה של אמיליה ז"ל נגזרה דווקא מכוח מודעותה, ובית-משפט השלום ראה בכך יסוד התומך בהרשעתה בעבירה זו. לא נטען בעניינה – ונראה שגם לא היה אפשר לטעון – כי היא לא הייתה מודעת לאחד מיסודותיה האחרים של העבירה. עולה אפוא במלוא חריפותה השאלה כיצד הורשעה אנג'ל בעבירת רשלנות: האם אפשר לטעון שעלה בידי המדינה להוכיח את יסודות העבירה שבה ביקשה להרשיע את אנג'ל?⁴¹

38 ראו פרשת אנג'ל, לעיל ה"ש 32, בעמ' 12–13, 22–23, 25, 27. ראו גם פרשת בוחבוט בעליון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 3, 6, 7, 24, 26, 27, 38, 39, 41, 60.

39 וכך גם המחלוקת בין שופטי דעת הרוב בבית-המשפט העליון (גי'וראן וברלינר) לבין שופטת דעת המיעוט בבית-המשפט העליון (פרוקצ'יה).

40 ס' 21 לחוק העונשין מגדיר את היסוד הנפשי של רשלנות כדלקמן: "רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד – (1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור; (2) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר."

41 ניתן לטעון כי אילו היה אפשר להעמיד את אנג'ל לדין בעבירת הריגה, אזי מקל וחומר היה אפשר להעמידה לדין גם בעבירת גרם מוות ברשלנות, וזאת מן הטעם שעבירת גרימת מוות ברשלנות כלולה ביסודותיה של עבירת ההריגה, וההבדל היחיד הוא בדרגת החומרה של היסוד הנפשי. אולם גישה זו חוטאת, לדעתי, לעיקרון הנקוט על-ידינו ולפיו "אין עונשין מן הדין". עיקרון זה חל לנוכח האפשרות שהנמקות שונות עומדות בבסיסה של כל אחת מן העבירות האמורות: בעוד עבירת הריגה מבקשת להעניש אדם על יחסו השלילי כלפי ערכים חברתיים מוגנים, תכליתה של הרשעה בעבירת גרם מוות ברשלנות עשויה להיות קידום נורמות וזירות ראויות. אדם שנוטל סיכון (הריגה) אינו מגלה בהתנהגותו סטייה מנורמת זהירות ראויה, אלא מנורמת התנהגות ראויה. ממילא, ועל-פי התכליות האפשריות השונות הנזכרות לעיל, אין היגיון בהרשעתו בעבירת גרם מוות ברשלנות, שתכליתה לקדם נורמות זהירות סבירות, שהרי לא זו הבעיה העומדת בבסיס התנהגותו: הוא היה ער לסיכון ונטל אותו במודע. לכן כל שנותר בעניינו הוא להכריע אם נטילת הסיכון הייתה סבירה: תשובה שלילית לשאלה זו תתייג אותו כעברייך ותצדיק את הרשעתו בהריגה, ואילו תשובה חיובית תחייב את זיכוי. מאחר שההבחנה הפלריאנית בין מחשבה פלילית לבין רשלנות היא הבחנה

שאלה חשובה הנגזרת משאלתנו הראשונה היא: מה טעם ראתה המדינה להעמיד את אנג'ל לדין בעברה זו בשעה שהיה צריך לכאורה, על-פי הלכת סובאח, להעמידה לדין בעברת הריגה? עוד עלינו לשאול מדוע נענו הערכאות השיפוטיות לעמדתה זו של המדינה ואישרו אותה בפסקי-דין. אם אכן נכונה הטענה כי בהתקיים מחשבה פלילית כל "מעשה או מחדל" מקיימים את יסודותיה של עברת הריגה, אזי מדוע לא יושמה עמדה זו בעניינה של אנג'ל? וכיצד מתיישבת הטענה שלפיה כל מעשה או מחדל המסכנים את חיי הזולת, הנעשים מתוך מחשבה פלילית והגורמים תוצאה קטלנית הם בגדר "מעשה או מחדל אסורים" עם העמדה המשפטית שבה בחרו כל הנוגעים בדבר במקרה הזה? כדי להסיר ספק אבהיר כבר עתה כי אין בכוונתי לטעון שהיה מקום להרשיע את אנג'ל בעברת הריגה. כל שאני מבקש הוא לתת הסבר מספק לשאלה מדוע היה נכון לא לייחס לה עברה זו, אף שעל-פי ההגדרה המשפטית של הלכת סובאח ליסודותיה של עברת הריגה, היה אפשר (ואולי אף היה צריך) לעשות כן. הסבר זה הוא ניסיון לנסח מילולית ולהבנות משפטית את התחושה האינטואיטיבית – בדומה לתחושתם של גורמי התביעה ושופטי הערכאות שדנו בעניינה של אנג'ל – כי אין מקום במקרה זה להרשעה בעברת הריגה.

את הניתוח המשפטי אציג בהמשכו של מאמר זה, אך באשר לניסוח המילולי אומר כך: אנו חשים כי אין במחדליה של אנג'ל ובאופיים כדי להצדיק את הגינוי החמור הטמון בהרשעה בעברת הריגה, על-אף מודעותה לסיכון. מחדליה אינם ברמת החומרה הנדרשת לשם הרשעה זו, וכפי שבאו הדברים לידי ביטוי בדעות השיפוטיות של הערכאות השונות ושופטיהן, ספק אף אם הם עולים כדי הסטייה הנדרשת לשם הרשעה בעברת גרם מוות ברשלנות. אף אין במחדליה אלה יחס של ניכור כלפי הערך המוגן המגולם בעברת הריגה, המאפיין בדרך-כלל התנהגות העולה כדי עברה זו, ואולי ההפך הוא הנכון. בקצרה, על רקע מכלול הנסיבות שבהן פעלה אנג'ל, אין התנהגותה מגלה את המאפיינים שאנו מזהים, ולו באופן אינטואיטיבי, עם עברת הריגה. עניינה של אנג'ל חושף אפוא לפנינו את הפער בין הרטוריקה המשפטית, שבה ההבחנה בין עברת הריגה לבין עברת גרם מוות ברשלנות מוצגת כמונחים של מודעות או העדרה, לבין אופן יישומן של עברות אלה, המבוסס על אינטואיציה חלף ניתוח אנליטי. המדרג שהפסיקה יוצרת ביישומן של שתי עברות המתה אלה נותן אפוא משקל ממש לחומרת הסטייה ההתנהגותית ולאופייה,⁴² על-אף ביטול הדרישה בהגדרתה של עברת הריגה ולמרות

דיכוטומית המבוססת על הבדל איכותי בין השתיים (מודעות), נראה כי מתחזק הרציונל לראות את שתי העברות הללו כעברות שתכליתן שונה. בהתחשב בכך נראה כי אין מקום, על-פי גישתו של פלר, להקיש מחבותו של אדם על-פי מבחני עברת הריגה על חבותו, מקל וחומר, בעברת גרם מוות ברשלנות. אם אין מקום להעמדתה של אנג'ל לדין בעברת הריגה, משמע שלא כל מעשה מסוכן הנעשה במודע הוא גם "מעשה אסור" המקיים את יסודות העברה, ואם כן, הדרג קושיא לדוכתא: מהו המעשה האסור?

42 על הפער בין הרטוריקה המשפטית דה-יורה, אשר משתמשת כמונחים אפיסטמולוגיים עובדתיים לשם ביסוס אשמה, לבין היישום דה-פקטו של עקרונות אשמה נורמטיביים, ראו: Keren Shapira

ההצדקה התיאורטית שניתנה בפסיקה ובספרות המשפטית לביטולה של דרישה זו. את ההצדקה למתן משקל ממשי לחומרת הסטייה ההתנהגותית ולאופייה בשאלת הרשעתו של נאשם בעברת הריגה (שהוא בעיניי הדין הרצוי) ואת האופן שבו ניתן לכך משקל בפועל בפסיקה (הדין המצוי) אבקש להציג בדוגמות שלהלן.

פרק ג: הסטייה ההתנהגותית ואופייה כנתונים רלוונטיים לשאלת התגבשותה של עברת הריגה

1. הסטייה ההתנהגותית ואופייה כמבחן נחוץ לבחינת התגבשותה של עברת הריגה

להלן אציג דוגמה אשר יש בכוחה, לדעתי, לבטא ולבסס את ההצדקה למתן משקל לעוצמת הסטייה ההתנהגותית ולאופייה בעת בחינת התגבשותה של עברת הריגה. בדוגמה זו בא לידי ביטוי – אף יותר מאשר במקרה של אנג'ל – הפער בין הרטוריקה המשפטית לבין הפרקטיקה השיפוטית בשאלת ההבחנה בין עברת הריגה לבין עברת גרם מוות ברשלנות.

נהג רכב מגיע לצומת שמוצב בו תמרור "עצור" בכיוון נסיעתו. הוא עוצר סמוך לצומת וממתין להזדמנות לחצותו. התנועה האנכית לכיוון נסיעתו סואנת מאוד, ולכן הוא נמנע זמן רב מלחצות את הצומת. בשלב מסוים הוא מגיע למסקנה שיש באפשרותו לחצות את הצומת ולהגיע לצידו האחר בבטחה, אף-על-פי שמרחק הוא רואה כלי-רכב המתקרבים אל הצומת מימין לו. למרבה הצער, הערכת הזמן שלו שגויה: רכב המגיע מימין לכיוון נסיעתו פוגע בו בעוצמה, ואחד מיושביו נהרג (להלן: מקרה א). מה צריכה להיות, לדעתנו, העברה שיש לייחס לנהג הרכב בנסיבות אלה?⁴³

ומה תהא עמדתנו בשאלה זו אם נפתח מעט את הדוגמה ונשנה במקצת את עובדותיה? נניח שנהג הרכב שהבחין בתמרור "עצור" מחליט להתפרץ בכל-זאת אל הצומת ללא עצירה תחילה (להלן: מקרה ב). טענתו בנוגע לתוצאה הקטלנית זהה לטענת הנהג במקרה א – הוא סבר, לאחר שבחן את מצב התנועה בצומת תוך כדי נסיעה, כי

Ettinger, *The Conundrum of Mental States: Substantive Rules and Evidence Combined*, 28 CARDOZO L. REV. 2577, 2578, 2593 (2007).

43 מקרה דומה, אם כי לא זהה, נידון בע"פ 10332/03 בלייכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 954 (2004). במקרה זה שגה המערער בהערכת הסיכון הכרוך בפנייתו שמאלה מנתיב הנסיעה שבו נסע. כתוצאה מכך התנגש ברכבו רכב המנוח, שהגיע מן הנתיב הנגדי. אולם הערכה שגויה זו נבעה, כך הונח לטובת המערער, מן העובדה שהמנוח נהג במהירות הגבוהה בהרבה מזו המותרת באותו נתיב תחבורה, דבר שגרם לכך שרכבו הגיע לנקודת ההתנגשות בפרק-זמן קצר בהרבה מהערכה סבירה בנסיבות העניין. בעובדה זו תלה בית-המשפט את הנימוק לזיכוי המערער מעברת הריגה ולהרשעתו החלופית בעברת גרם מוות ברשלנות. ראו גם את התייחסותי להלן בה"ש 48 להכרעה נורמטיבית זו.

יוכל להשלים את חצייתו בטרם תגיע שיירת הרכבים מימין. בהנחה שאנו מאמינים לו כי אכן כך סבר, הנוכל לקבל את טענתו זו ולייחס לו אותה עברה שנייחס לנהג במקרה א? נראה לי כי התשובה לשאלה האחרונה צריכה להיות שלילית: אנו מוכנים "לשלול" קיומה של מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית בהכרתו של הנהג במקרה א, ולו כמצב של טעות בעובדה, משום שנקט אמצעי זהירות בטרם חצה את הצומת. אנו תופסים את אשמתו כפחותה משום שמסקנתו כי התנהגותו אינה מסוכנת מבוססת על שיקול-דעת שהפעיל בטרם חצה את הצומת. ייתכן שאי-מודעותו לסיכון לא תפטור אותו מעברת רשלנות אם "אדם מן היישוב" היה מודע לסיכון, אך ייתכן גם שהוא יופטר מאחריות אם נזהה את אי-מודעותו כאי-מודעות סבירה. לעומת זאת, במקרה ב נטייתנו היא לטעון כי הפגם במודעותו של הנהג אינו נוגע לעצם קיומו של סיכון בחציית הצומת, אלא לאופן התרחשותה (עלילותה) של התוצאה הקטלנית. נהג ב אכן לא היה מודע לדרך המדויקת שבה יתממש הסיכון, אך באופן כללי ידע היטב מהו הסיכון הכרוך בהתפרצות לצומת. לכל-הפחות נוכל לטעון כי הייתה לו מודעות לסיכון שהחברה רואה בהתנהגות כזאת,⁴⁴ שבגללו הוצב התמרור בצומת. על-פי ההלכה הפסוקה,⁴⁵ מודעות זו די בה לגבש מחשבה פלילית, ואין בחלל תודעתי בנוגע לדרך התממשותו של הסיכון כדי לאיין אותה. הבחנה זו בין שני המקרים מבוססת, כפי שניתן לראות, על השוני במצבם ההכרחי של שני הנהגים, והולמת את הדין הישראלי שלפיו ההבחנה בין "מחשבה פלילית" לבין "רשלנות" מונחת על שאלת קיומה של מודעות בלבד.

אולם נראה לי כי יותר משהבחנה זו מתארת מציאות עובדתית אמיתית של מצבי הכרה נבדלים, היא מתאימה את המציאות לעקרונות הדין הקיים במטרה להצדיק את ההבחנה הנורמטיבית בין שני הנהגים. כך, נראה לי כי הטעם המשכנע יותר לאי-קבלת טענתו של נהג ב שלפיה הוא לא היה מודע לסיכון נעוץ בשיפוט הנורמטיבי שבו אנו בוחנים את התנהגותו יותר מאשר בבחינה דקדקנית של מצבו ההכרחי: אנו מתקשים לקבל את טענתו של הנהג במקרה ב כי לא היה מודע לסיכון, אף שלכאורה "טעה" בשאלת האפשרות של גרימת התוצאה, שכן אנו מייחסים את התוצאה הקטלנית לפזיזות שבה נהג. אנו טוענים כי אילו עצר בצומת והפעיל שיקול-דעת, מתוך יישוב-הדעת, לפני שחצה את הצומת, היה ביכולתו למנוע את התאונה בהסתברות גבוהה. אומנם, הפעלת שיקול-דעת אינה ערובה מוחלטת למניעת טעויות-אנוש, ומה שקרה עם הנהג במקרה א מלמד זאת. אולם ההנחה היא כי הפעלת שיקול-דעת תצמצם מאוד את הסיכונים

44 אפשר לטעון כי מודעות לנורמה החברתית עשויה להספיק לגיבוש המודעות הסובייקטיבית הדרושה להרשעה. בעניין זה ראו את דבריו של השופט גולדברג בפרשת **מלכה**, להלן ה"ש 64.

45 ראו את דבריו של השופט יצחק אנגלרד בפרשת **מגידיש**, לעיל ה"ש 14, פס' 25 לפסק-הדין: "באשר להיקף המודעות, או ביתר דיוק: למושאה, הרי דעתי היא כי העושה צריך להיות מודע לסיכון הקונקרטי הנוצר על-פי נסיבות המקרה המיוחדות. עם זאת אין כל צורך כי העושה יהיה מודע לדרך המדויקת של השתלשלות האירועים שהביאו בסופו של דבר לידי מותו של אדם." כן ראו ע"פ 6131/01 **מדינת ישראל נ' פורבשטיין**, פ"ד נו(2) 24 (2001); פרשת **פיזולאיב**, לעיל ה"ש 3; ע"פ 467/09 **זילברמן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 2.2.2010); ע"פ 960/09 **אבני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.7.2010).

הטמונים בנהיגת רכב, ולכן החברה דורשת מן הפרט להפעיל **שיקול-דעת** בנהיגתו. הנהג השני לא עמד בדרישה זו, ובכך ביטא **קלות-דעת** בנוגע לערך החברתי המוגן של שמירה על חיי אדם. עובדה זו, דהיינו עצם התייחסותו המנוכרת לערך החברתי המוגן, היא המעמידה את חומרת התנהגותו ברף ההולם עבירת הריגה. לא על התוצאה של גרימת מוות בנסיבות האובייקטיביות הנתונות שבהן פעל הוא נענש,⁴⁶ אלא בעיקר על התנהגותו שהתנכרה לערכיה המוגנים של החברה, בצירוף התוצאה הקטלנית שנגרמה בעטייה. לעומתו, התנהגותו של הנהג במקרה א אינה מבטאת יחס שלילי כלפי הערך המוגן של חיי אדם; התוצאה הקטלנית שנגרמה בעטייה היא תוצר של חוסר זהירות קל באופן יחסי או של **טעות-אנוש**, אך לא של תפיסה ערכית פסולה. על-כן האפשרות להעמידו לדין בעבירת הריגה, שהיא עבירה של מחשבה פלילית, נראית לנו בלתי-ראויה ובלתי-צודקת. מכאן נטייתנו לראות בו לכל-היותר אדם שעבר עבירה קלה יותר – גרם מוות ברשלנות.

אולם אם כך הדבר, ההבחנה שאנו עושים בין שני הנהגים אינה נוגעת לשאלת מודעותם לסיכון, אלא בעיקר **לאופי הסטייה ההתנהגותית שלהם**.⁴⁷ ככל הנוגע לטיב האשמה שיש לייחס לנהג במקרה א, אנו נותנים את המשקל המכריע לעובדה שהתנהגותו אינה מגלה יחס מנוכר לערך החברתי המוגן, ולא לשאלת טיב מודעותו. במישור הרטורי אנו עשויים לנמק את הכרעתנו לייחס לו עבירת רשלנות בכך שהוא לא היה מודע לסיכון, וזאת כדי להצדיק, במסגרת הדין הקיים, את בחינת עניינו באספקלריה של עבירה זו בלבד. אולם בתפיסתנו האינטואיטיבית אנו שופטים אותו על-פי אופי התנהגותו,⁴⁸ שהרי קשה עד בלתי-אפשרי לבסס הבחנה הכרתית ממשית בינו לבין הנהג

46 שהרי הנתונים האובייקטיביים בעניינו, מלבד אלה הנוגעים לאופי התנהגותו, זהים לאלה שהתקיימו בעניינו של הנהג הראשון. אולם נראה כי הכל יסכימו שעניינו של הנהג הראשון אינו נופל לכלל עבירת הריגה.

47 לטענה דומה ראו דנה פוגין 'תאונת דרכים' מול 'הקטל בכבישים' – הריגה בנהיגה והיסוד הנפשי החסר "מגמות בפלילים: לאחר עשור לחיקון 39 לחוק העונשין 275, 293 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010): "האם ניתן לבודד את היסוד הסובייקטיבי מהתנהגות? טענתי היא, כי צודק בית המשפט העליון לא בקביעתו כי התנהגות רשלנית גסה היא במקרים רבים פועל יוצא של מצב נפשי של פזיזות, אלא בניסיון להתאים את חומרת העבירה לאשמו הנראה של הנאשם." "אשמו הנראה של הנאשם", על-פי האמור, הוא פועל יוצא של התנהגותו המבטאת סטייה מנורמת ההתנהגות הראויה, ולא דווקא מסקנתו הסובייקטיבית בשאלת קיומו של סיכון בהתנהגותו.

48 בפרשת **בלייכר**, לעיל ה"ש 43, תלה בית-המשפט את הנימוק לזיכוי המערער מעבירת הריגה בכך שלא הוכחה מודעותו לסיכון ממשי (במובחן ממודעות כללית) בנסיבות הקונקרטיות שהוכחו. אולם לדעתי, מדובר בשיפוט נורמטיבי הנותן את המשקל המכריע לאופי ההתנהגות העומדת לביקורת, ואף מעניק לאופייה זה מעמד בשאלת היקף המודעות הנדרשת במקרה הספציפי לצורך הרשעה בעבירת הריגה. מאחר שבמקרה הנידון נתן המערער את דעתו לסיכון, קיבל החלטה שיש לה בסיס רציונלי-נורמטיבי (תנאים מצטברים ל"שיקול-דעת"), וטעותו אינה אלא טעות-אנוש (שאינה מבטאת יחס שלילי כלפי הערך המוגן), לא הסתפק בית-המשפט במודעותו הכללית לסיכון.

במקרה ב – שניהם לכאורה טעו בשאלת אפשרות גרימתה של התוצאה הקטלנית, וסברו, באופן סובייקטיבי, כי הם מסוגלים לחצות את הצומת בבטחה. זוהי אפוא הבחנה מהותית הנוגעת לשאלת טיבה ואופייה של ההתנהגות העומדת לביקורת, ולא לשאלת המודעות לסיכון, שיש לה השלכה בנוגע לטיב העברות שנכון לייחס לכל אחד מן הנהגים בסיטואציות האמורות ולחידוד קו הגבול שבין עברת הריגה לעברת גרם מוות ברשלנות. הבחנה זו גם הולמת את העיקרון הכללי שלפיו המאפיין המרכזי של התנהגות פלילית הוא יחס שלילי של המתנהג כלפי הערכים המוגנים של החברה, העומד בבסיסו של עקרון האשמה.⁴⁹ בהתקיים יחס שלילי זה יש להרשיע בעברה של מחשבה פלילית, להבדיל מרשלנות, אשר לפחות במישור המודע אינה מגלמת יחס זה.

בטרם אצמד את הצעד הנוסף, אקדם פני ביקורת אפשרית לניתוח שהצעת. בניתוח שערכתי הצעתי לראות את טעותם של שני הנהגים בנוגע לקיומו של סיכון כטעות זהה: שניהם היו מודעים לסיכון הכללי, אך טעו באשר לאפשרות התממשות או באשר לדרך עלילתו. אולם הואיל וההבחנה בין מודעות לעצם קיומו של סיכון לבין מודעות לדרך עלילתו אינה פשוטה, יהא מי שיטען כי הפגם במודעותו של הנהג הראשון נוגע לא רק לעלילותו של הסיכון, אלא גם לעצם קיומו. כך, ניתן לטעון כי מי שבוחן את התנועה בצומת בכובד-ראש מסוגל, גם אם בטעות, להגיע למסקנה סובייקטיבית כנה כי לא נשקף סיכון. הנהג השני, לעומת זאת, יתקשה לטעון כי שכנע את עצמו באופן מניח את הדעת כי אין סיכון בהתנהגותו, שכן הוא לא נקט מידה מזערית של אמצעי זהירות שיש בהם כדי להביאו לידי שכנוע כזה.

אולם לדעתי, הניתוח שביסוד ביקורת כזאת אינו משכנע, שכן הוא אינו תואם בהכרח את המציאות האמיתית. בכך הוא גם דוחק את ההכרעה הנורמטיבית לתחום דיני הראיות, ומסווה אגב כך את הקושי האמיתי של הדין הקיים. היה אפשר לקבל ניתוח זה אילו הוא התבסס על הכרעה נורמטיבית שלפיה אין לקבל טענת טעות לגבי קיומו של סיכון ממי שלא עשה די לברר את שאלת קיומו.⁵⁰ אולם ההנחה כי אדם כזה אינו יכול להיות נתון במצב של שכנוע סובייקטיבי עמוק שהוא אכן שלל את הסיכון יכולה אולי להלום את מצב הדברים הרגיל, אך היא בוודאי אינה מחויבת-המציאות. ייתכן בהחלט

49 מהותה של האשמה מונחת ב"יחס האנטי-חברתי" שעובר העברה מגלה כלפי הערך המוגן באותה עברה. לעניין זה ראו פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 39.

50 הכרעה נורמטיבית זו מרחיבה את הגדרת הפזירות גם אל מצבי תודעה שליליים: פזיר הוא גם מי שלא עשה די לברר אם קיים סיכון במצבים המחייבים בירור כזה. רעיון דומה הביע Williams, אם כי באופן שונה במקצת: "...it would be well for us subjectivists to deal with it expressly if we can, and I suggest the following for consideration. It could be enacted that a person acts 'recklessly' in respect of an element of an offence when (i) he is aware of a risk that it exists, or is almost certain that it exists or will exist or occur, or does not believe that there is no such risk..." Glanville Williams, *The Unresolved Problem of Recklessness*, 8 LEGAL STUD. 74, 84 (1988). (ההדגשה במקור).

מצב שבו הנהג השני היה משוכנע לחלוטין⁵¹ כי לא נשקפת סכנה מחציית הצומת, אף-על-פי ששיפוט אובייקטיבי של הנסיבות היה מראה כי אין למסקנתו זו על מה שתסמוך. במקרה כזה לא יהיה אפשר לערוך כל הבחנה, במישור התודעת-הסובייקטיבי, בינו לבין הנהג הראשון, אף-על-פי שמוצדק בהחלט לערוך הבחנה ביניהם בנוגע לטיב האשמה שיש לייחס לכל אחד מהם על בסיס האופי השונה של התנהגותם ומידת סטייתה מגורמת זהירות ראויה. אלא שהבחנה אחרונה זו, מעצם טיבה, היא אובייקטיבית, ולא סובייקטיבית,⁵² ולכן היא הכרעה נורמטיבית, ולא עובדתית.⁵³

51 קרמניצר היטיב לתאר מצב תודעתי זה בדבריו הבאים: "הדוגמה המובאת על ידי פרופ' פלר, שבה מדובר ביצירה מודעת של סכנה לאדם קרוב ואהוב – מעוררת את השאלה כיצד ניתן להסביר את התנהגותו של העושה הפועל מתוך קלות הדעת, שהתנהגותו נראית בלתי רציונאלית, על פי עמדתו שלו. אותה תהייה מעוררות גם דוגמאות אחרות של קלות דעת מתוך הפסיקה שלנו, כגון נטילת סיכון בנהיגה (בעקיפה ללא שדה ראייה או בנהיגת רכב שבלמיו פגומים), שמשמעותה אינה רק העמדה בסכנה של אחרים אלא גם, ובאותה מידה בדיוק, העמדה עצמית בסכנה... מה שמאפיין מצבים אלה מבחינת יחסו הנפשי של העושה הוא שחרף העובדה שהוא מעלה על דעתו את אפשרות התרחשות התוצאה, הוא דוחה ומסלק אותה, תוך שהוא מאמץ לעצמו את ההשקפה, שאיננה מבוססת באורח רציונאלי, לפיה העניין 'יגמר בטוב', או כפי שמקובל אצלנו לומר ולחשוב – 'לי זה לא יקרה'. אין מדובר במקרים אלה על תקווה סתם שהתוצאה האפשרית לא תתרחש, אלא על הסתמכות, על אמונה, שהעניין ייגמר בשלום. הסיכון למרות אופיו הקונקרטי הופך בעיני העושה לסיכון תיאורטי, חסר ממשות במציאות... לכאורה, ניתן לומר כי סיטואציה כזו יוצאת כליל מתחומה של קלות הדעת, שכן יש סתירה בין מודעות לסיכון לבין אמונה שהעניין ייגמר בטוב, ובסופו של דבר אין העושה הבטוח ש'יהיה בסדר' צופה את אפשרות התרחשות התוצאה. לעניות דעתנו, גישה כזו לוקה בייחוס אינטלקטואליות יתירה להליכים האנושיים של חשיבה וקבלת החלטות. במקרים המתוארים כאן, העושה בהחלט מודע לאפשרות התרחשות התוצאה – ובכך הוא נבדל מן הרשלן – אלא שאין הוא מקבל חזות זו, והוא מרחיק, דוחק אותה כך שאין היא משפיעה על החלטתו, מבלי שהיא נעלמת, עקב כך, כליל מתודעתו... זהו הליך בלתי הגיוני שניתן לתארו כ'דיאלקטיקה של החריג', במסגרתה מוציא העושה את המקרה שלו מן החוקיות הרגילה של הטבע וכללי ההסתברות של המציאות המוכרים לו." מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 325, 342–343 (1986) (ההדגשות הוספו) (להלן: קרמניצר "על המשפט הפלילי הגרמני"). הקושי בניתוח זה נעוץ, לדעתי, בעמדתו של קרמניצר שלפיה מדובר במצב של מודעות לסיכון, אף-על-פי שהוא משתקף במודעותו של הפרט כתיאורטי בלבד. בכך הוא סוטה לכאורה מעמדתו של פלר, השוללת את האפשרות להתייחס לקלות-הדעת כאל מצב של הליכה מודעת אל עבר סיכון לא-קונקרטי – ראו הציטוט לעיל מושא ה"ש 23. כיצד אפוא יש בניתוח זה כדי ליישב את הקושי בהבנת טיב המודעות ב"דוגמה המובאת על ידי פרופ' פלר", המתייחסת למצב של יצירת סיכון לאדם אהוב? עוד ראוי להעיר כי במאמר מאוחר יותר הביע קרמניצר עמדה העומדת לכאורה בסתירה לעמדה זו, ולפיה במקרה שבו בית-המשפט משתכנע באותנטיות של השכנוע העצמי של הנאשם ביחס לשאלת קיומו של סיכון, אי-אפשר לייחס לנאשם מודעות לסיכון. ראו מרדכי קרמניצר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות להערות "משפטים כו 619, 629 (1996).

52 במישור הכרתי-המחשבותי. אולם במישור התודעתי-הנורמטיבי אפשר להניח הבחנה בין השניים במישור הסובייקטיבי: הנהג הראשון נעדר יחס אנטי-חברתי כלפי הערך החברתי המוגן של חיי אדם, ואילו הנהג השני מגלה בהתנהגותו את היחס השלילי הזה, כביטוי ספונטני-אותנטי של תודעה לא-נורמטיבית המתגלה בהתנהגות עצמה (במובחן מביטוי הכרתי-מחשבותי).

אך אפילו יצליח אדם להציג הבחנה הכרתית בין השניים, יבוא המקרה של המנהלת אנג'ל ויוכיח, שהרי לאנג'ל אי-אפשר לייחס בשום שלב שלילת סיכון סובייקטיבית: מודעותה לסיכון הממשי הטמון בחלונות מעולם לא נשללה, והיא החזיקה בדעתה זו עד לרגע קרות האסון (זהו גם המאפיין המייחד את עניינה, והוא המאפשר לנו להציג בחדות את הבעייתיות בהבחנה המבוססת על מודעות בלבד). מה אם כן מצדיק את העמדתה לדין בעברת המתה קלה יותר, מלבד אופייה המינורי של הסטייה ההתנהגותית, שאינה מגיעה אל הרף הדרוש לשם הרשעה בעברת הריגה?

בדוגמה כפולת-הפנים הנ"ל של שני הנהגים מתחדדת אפוא, לדעתי, ההצדקה לביסוס ההבחנה בין עברת הריגה לבין עברת גרם מוות ברשלנות לא על בסיס שאלת המודעות בלבד, שכן כפי שטענתי לעיל, מודעותם לעניין אפשרות הגרימה לתוצאות המעשה שווה. ההבדל ביניהם נעוץ לדעתי בטיב התנהגותם, ובמיוחד במידת הניכור שהיא מגלה כלפי הערך של חיי אדם. אולם עניין אחרון זה אינו קשור בהכרח לשאלת קיומה של מודעות, אלא לשאלת טיב ההתנהגות ואופייה, שכן שניהם עשויים להיות משוכנעים באותה מידה כי לא נשקפת כל סכנה קונקרטיה מהתנהגותם (על-אף מודעותם לסיכון הכללי).

הפתרון בדין המצוי אינו משביע-רצון אפוא, הגם שלעיתים הוא יוביל לתוצאה זהה. הסיבה לכך היא שבמקום לקבל במישור הדין המהותי את הצורך בהכרעה נורמטיבית כאחד מרכיבי העברה, הדין המצוי דוחק את הקושי אל תחום דיני הראיות. על-פי-רוב לא יקבל בית-המשפט כעניין של עובדה כי נהג שלא נקט אמצעי זהירות הגיע לשכנוע פנימי סובייקטיבי כי סיכון ידוע אינו מתקיים במקרה הקונקרטי. אולם אין בכך כדי לשכנע כי עובדה זו משקפת את המציאות בעולם הממשי.

2. המשקל שניתן בפועל בפסיקה למידת הסטייה ולאופייה בשאלת התגבשותה של עברת הריגה

אכן, נראה כי בפועל אין הפסיקה מתעלמת מטיב הסטייה ההתנהגותית ומאופייה בבואה להכריע בשאלת טיב ההרשעה בעברות של המתה שלא בכוונה, הגם שהיא מסווה את הערכת טיב ההתנהגות בהנמקה שמתיישבת עם דרישת הדין המצוי. טענה זו אבקש לבסס באמצעות דוגמה אב-טיפוסית, אשר נידונה מפעם לפעם בפסיקה,⁵⁴ מתחום

53 קושי נוסף בניתוח שמציע קרמניצר (במאמרו "על המשפט הפלילי הגרמני", לעיל ה"ש 51) מונח בעמדתו כי חזות הסיכון אינה "נעלמת כליל" מתודעתו של ה"חריג", כלומר, היא קיימת במידה מסוימת בתודעתו כעניין שבעובדה. התייחסות אל המצב התודעתי של "הסתמכות" או "אמונה" – שאינן "תקווה סתם" – כי "העניין יסתיים בשלום" כאל מצב של מודעות בפועל לסיכון אינה מתיישבת עם הגדרת המושג "מחשבה פלילית" כמצב של ידיעה סובייקטיבית. לכן נראה לי שעמדתו של קרמניצר מבטאת הכרעה נורמטיבית יותר מאשר מסקנה בדבר קיומה של מודעות כעניין עובדתי.

54 ראו, למשל, ע"פ 1982/98 מירו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 145 (1998); ע"פ 9112/07 חייפן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.5.2008); ע"פ 6656/08 חביבולין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם,

המשחקים הקטלניים בנשק. הטענה המרכזית של רוב הנאשמים במקרים אלה היא כי אי-אפשר לייחס להם מודעות לאפשרות של גרימת תוצאה קטלנית, משום שהם טעו טעות עובדתית⁵⁵ בנוגע למצב הנשק – טעון ו/או דרוך. טענתם היא כי הם היו משוכנעים שכלי-הנשק שבו שיחקו אינו טעון או אינו דרוך, וכאשר לחצו על ההדק, הם לא העלו על דעתם שייפלט ממנו כדור. טענתם זו נתמכת לרוב בעובדה שקורבן העברה הוא ידיד קרוב או בן משפחה שלהם, ולכן אין זה סביר שהם יסכנו במודע את חייו. לכן הם מבקשים מבית-המשפט הדן בעניינם להימנע מהרשעתם בעברת הריגה, ולהרשיעם לכל-היותר בעברת רשלנות.

אולם עיון בפסיקה מלמד כי טענה זו נדחית בדרך-כלל על-ידי בית-המשפט, מן הטעם שנוסח בפרשת מירו בזו הלשון:

"גם כשאנחנו אומרים שהוא צריך להיות מודע לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה אין זאת אומרת שהוא צריך לדעת שיש מחסנית באקדח. די בכך שהוא יודע שהאקדח כלי מסוכן, שיש כללי זהירות שצריך לנהוג לפיהם כדי לנטרל סכנה זו ושהוא לא נקט כללים אלו אף על פי שהוא יודע שאי נקיטת אמצעי זהירות יכולה להיות קטלנית."⁵⁶

על-פי טיעון זה, משחק בנשק מכיל מניה וביה את המודעות לאפשרות של גרימת מוות, גם אם אפשרות זו רחוקה, שכן כל אדם מודע (גם אם לא תמיד באופן קונקרטי) לכך שמשחק זה עלול להיות מסוכן. העובדה שמירו סבר, במסכת העובדות הספציפית שבה היה נתון, כי סיכון זה נשלל אינה מאיינת את מודעותו הכללית לסיכון. מודעותו הכללית של הנאשם לסיכון הכרוך במשחק בנשק מספיקה לצורך התגבשות מחשבתו הפלילית בזיקתה לתוצאת העברה, ומצדיקה, לדעת בית-המשפט, את הרשעתו בעברת הריגה.

אם אנסח טיעון זה בדרך אחרת, אומר כך: אחד המאפיינים הבולטים של ההתנהגות הפסולה של משחק בנשק הוא האופי המתנכר והשלילי של האדם המתנהג כך כלפי נורמת ההתנהגות הראויה שהחברה דורשת מחבריה כדי למנוע סיכון לחיי אדם. בהעדר כל טעם או תכלית ראויים של קידום החברה במישור הערכי, במישור הטכנולוגי-המדעי

6.1.2010). בעניין זה ראוי להבחין בין משחק "רולטה רוסית" לבין משחק בנשק שההנאה הכרוכה בו אינה קשורה לנטילת הסיכון עצמה, אלא רק להתעסקות בכלי-הנשק – ראו ש"ז פלר "קיפוח חיים אגב משחק מסוכן – האומנם פטור בלא כלום?" **משפטים** כט 109, 129 (1998). לעניין טיב ההרשעה במשחק "רולטה רוסית" ראו את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"פ 119/93 לורנס נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מח(4) 1 (1994), שבו הורשע המערער בעברת גרם מוות ברשלנות בלבד, ואת ביקורתו של פלר על תוצאה זו – ש"ז פלר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות למבנהו" **משפטים** כו 169, 182–185 (1995) (להלן: פלר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני").

55 על הקשר בין מודעות לבין טעות עובדתית, כשני מצבים המוציאים זה את זה, ראו ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך ב 525 (1987).

56 ראו פרשת מירו, לעיל ה"ש 54, בעמ' 154.

או אפילו במישור של איכות החיים, המשחק בנשק נתפס כהתנהגות לא-נורמטיבית בעליל. הוא מלמד על יחס לא-ראוי של האדם המשחק בנשק כלפי הערך של חיי אדם, גם אם הסתברות התממשותה של התוצאה הקטלנית היא זעירה ביותר. כאשר מדובר בסיכון חיי אדם, אין שום הצדקה ליטול אותו בהעדר כל תכלית ראויה על-פי תפיסתה הערכית של החברה. ובחברה שבה הריגוש המושג במשחק בנשק אינו מטרה ראויה, תהא נטילתו של סיכון זה, ואפילו במידה זעירה, משום התנהגות המבטאת יחס של ניכור כלפי ערכי החברה. אופייה זה של ההתנהגות, בשילוב מודעות כללית לסיכון, גם אם אין היא מודעות קונקרטית, יוצרים צירוף המצדיק הרשעה בעברת הריגה.⁵⁷ לאופייה של הסטייה ההתנהגותית יש אפוא משקל וחשיבות במה שנוגע לטיב העברה שיש ליחס לנאשם.

דוגמה זו מחדדת את טענתי: איני מתכוון במאמר זה לטעון כי יש לוותר על דרישת המודעות כתנאי-יסוד לכינון עברת הריגה כעברה של מחשבה פלילית, אלא רק לטעון כי אין בה די. העמדה לדין בעברת הריגה אינה תלויה אך ורק בשאלת קיומה של מודעות, אלא גם בהערכה ערכית של ההתנהגות העומדת לביקורת.⁵⁸ בה-במידה ניתן לטעון גם ליחס נוסף: ככל שהתנהגותו של נאשם מגלה יחס מנוכר יותר לערכים החברתיים המוגנים כן נסתפק במודעות כללית יותר לסיכון, דוגמת המודעות הכללית לסיכון הכרוך במשחק בנשק;⁵⁹ ולהפך – ככל שההתנהגות אינה בעלת אופי כזה כן נדרוש מודעות רבה, קונקרטית וספציפית יותר כתנאי להעמדת אדם לדין בעברת הריגה. הוא הדין ביחס לדוגמה הראשונה: ההבחנה בין הנהג במקרה א לבין הנהג במקרה ב אינה נוגעת לשאלת התגבשותה של מודעות לאפשרות של גרימת תוצאה קטלנית במחשבתו של כל אחד מהם, אלא לטיב התנהגותם. מודעותם של השניים שווה – שניהם היו מודעים לסיכון כללי בלבד – אך יש ביניהם הבדל במידת הסטייה ההתנהגותית של כל אחד מהם, ובמיוחד באופייה, כלומר, ביחס שהיא מגלה כלפי הערך המוגן של חיי אדם.

57 ראו טענה דומה במאמרה של פוגין, לעיל ה"ש 47, בעמ' 297.

58 על-פי Robinson, כשלונן של עברות "יצירת סיכון" בקודקסים פליליים רבים נעוץ בכך שהן חסרות את ההבחנה בין הגדרת "הסיכון האסור" (יסוד עובדתי-נורמטיבי) לבין האשמה הכרוכה בהתעלמות מסיכון זה. לעניין זה ראו: Paul H. Robinson, *Prohibited Risks and Culpable Disregard or Inattentiveness: Challenge and Confusion in the Formulation of Risk-Creation Offenses*, 4 THEORETICAL INQ. L. 367, 368 (2003). ראו לעניין זה גם את הפנייתו המפורשת לעברה הישראלית של "גרם מוות ברשלנות" לפי ס' 304 לחוק העונשין (שם, ה"ש 2), המבוססת על היסוד הנפשי של "רשלנות" בלבד, תוך התעלמות משאלת טיב הסיכון האסור. פרשנותם של פלר וקרמניצר, שהתקבלה על-ידי הפסיקה, ליסוד "מעשה או מחדל אסורים" בעברת הריגה כיסוד שאין לו תוכן ממשי הופכת גם את עברת ההריגה לעברה החסרה את ההבחנה האמורה. הרחבה בעניין זה, הנוגעת להבחנה בין "מעשה רע" או אסור (wrongdoing) לבין המושג "אשמה" (culpability), ראו בפרק החמישי למאמר זה.

59 טענת נאשם אשר גרם למוות תוך כדי משחק בנשק כי בדק את האקדח והשתכנע כי הוא אינו טעון לא תפטור אותו לפיכך מאחריות, שכן די במודעותו הכללית לסיכון הכרוך במשחק בנשק.

לדעתי, אופי הסטייה ומידתה הם נתונים רלוונטיים לסיווג דרגת האשמה, עד כדי הצדקת העמדתו לדין של הנהג השני בעברה החמורה יותר. תחום נוסף שבו נחשף קו חשיבה זה בפסיקה הוא תחום עבירות ההמתה הקשורות לעבירות תעבורה. קריאת-עומק של פסקי-דין רבים בעבירות אלה מגלה זיקה אינהרנטית בין מידת הסטייה ההתנהגותית לבין טיבה של עבירת ההמתה המיוחסת לנאשם,⁶⁰ ובין עוצמתה של סטייה זו לבין מידת המודעות (במובחן מן הזיקה הראייתית לקיומה של מודעות) הנדרשת לשם הרשעתו של אדם בעבירת הריגה.⁶¹ הרטוריקה הנקוטה על-ידי בית-המשפט לניסוח הזיקה האמורה מצמצמת אותה אומנם להקשר הראייתי בשאלת עצם קיומה של מודעות, אך נראה כי בפועל מדובר בזיקה מהותית מזו,⁶² הנוגעת גם לשאלת מידת המודעות הנדרשת להרשעה בעבירת הריגה.

על זיקה זו, כפי שהיא עולה מפסקי-הדין בעבירות המתה בהקשר התעבורתי, נכתב

60 למחקר אמפירי מקיף בעניין זה ראו מאמרה של פוגין, לעיל ה"ש 47, בעמ' 317, שם היא מסיקה כי "סקירת הפסיקה... מאששת את ההשערה כי בתי המשפט עורכים הבחנות נורמטיביות (בניגוד ללשון החוק). מכל פסקי הדין עולה תמונה ברורה – אשמתו של נהג אינה נמצאת (רק) באי-מודעותו לסיכון כי אם במידת סטייתו מנורמת הנהיגה של נהג סביר. ככל שהנהג 'רשלן פושע' יותר – כך חמורה מידת האשמה המיוחסת לו". כפי שאני טוען במאמר זה, הבחנות נורמטיביות אלה הן מן הנמנע, שכן האשם אינו תלוי רק בשאלת המודעות (ראו להלן בפרק החמישי). אולם אם כך, עולה הצורך בשינוי ההגדרה הפסיקית לעבירת הריגה על-דרך הענקת פרשנות שונה למונח "מעשה אסור", כפי שמאמר זה מבקש להציע.

61 לעניין זה ראו את מאמרה של קרן שפירא-אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי – האם יש משקל לדעת?" מחקרי משפט יד 179 (1997) (להלן: שפירא-אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי"), ואת הגדרתה למושג שהיא מכנה "עומק המודעות". "עומק המודעות" מבטא את מידת הריכוז של הנאשם בסיכון הכרוך בהתנהגותו, ויש לו השלכה, לטענתה של שפירא-אטינגר, לשאלת התגבשותה של מחשבה פלילית. במונח "מידת המודעות" אני מכוון יותר למידת מודעותו של הנאשם לקונקרטיים של הסיכון, שעל-פי הגדרותיה של שפירא-אטינגר תוארה כ"רוחב המודעות". אולם לדעתי, קיימת זיקה ממשית בין שני המונחים, שכן ככל שהנאשם תופס את הסיכון כקונקרטי פחות כן הוא מרוכז פחות בשאלת קיומו.

62 ראו, למשל, את טענתה של שפירא-אטינגר, שם, בעמ' 192, בנוגע לחזקות הראייתיות שבת-המשפט משתמשים בהם לצורך הרשעה בעבירת הריגה במשחקים בנשק, שלפיה "בתי המשפט עשויים להיעזר לצורך זה במעין 'חזקות', הנחזות כחזקות ראייתיות אף-על-פי שהן משקפות מסקנות נורמטיביות". במובחן מטענה זו, המסיבה את תשומת-הלב לפער בין הרטוריקה לפרקטיקה בהכרעותיהן של הערכאות השיפוטיות, העלתה שפירא-אטינגר, במאמר שפורסם לאחרונה, טענה אחרת בהקשר זה, מושגית במהותה: לטענתה, השימוש בחזקת המודעות מיותר – במישור המושגי – את הצורך ביסוד הנפשי, שכן בפועל היא מייחסת דרגת אשם על בסיס קטגוריות של יסוד עובדתי שאי-אפשר להפריכן באופן ממשי. לעניין זה ראו קרן שפירא-אטינגר "יסוד עובדתי ויסוד נפשי – שתי הנחות" מגמות בפלילים: לאחר עשור לחיקון 39 לחוק העונשין 477, 509 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010) (להלן: שפירא-אטינגר "יסוד עובדתי ויסוד נפשי"). לדיון תיאורטי-כללי על הרחבת הזיקה בין היסוד ההתנהגותי לבין הדין הפלילי המהותי הנוגע לעקרונות האשמה מעבר לזיקה הראייתית, ראו מאמר אחר של שפירא-אטינגר – Shapira-Ettinger, לעיל ה"ש 42.

באריכות במקום אחר,⁶³ והמבקש להעמיק בעניין זה יעיין שם. עם זאת, נראה לי כי יהיה נכון להזכיר בהקשר זה את דבריו של השופט גולדברג בפרשת **מלכה**,⁶⁴ שבה נעשה ניסיון להסיר את הלוט מעל זיקה נסתרת זו. כך, בפרשה זו הביע השופט גולדברג את דעתו כי החזקה העובדתית בדבר מודעותו של הנהג החוצה קו הפרדה רצוף לסיכון הכרוך בכך מבוססת גם על יסוד עיוני, ואינה עובדתית בלבד.⁶⁵ לשיטתו, נהג אשר מודע לטיבה של התנהגות זו, לאיסורה בחוק ולטעמו של האיסור – כלומר, לכך שהחברה סבורה כי זהו סיכון שאין ליטול אותו – אינו יכול לטעון כי לא היה מודע לסיכון רק משום שסבר על-פי אומד-דעתו הסובייקטיבי כי שלל אותו. במילים אחרות, בעניין **מלכה** מצא השופט גולדברג לנכון להסתפק **במודעות הכללית של הנאשם לסיכון**, בדיוק באותו אופן שבו נעשה הדבר בפסיקה שעסקה במשחקים הקטלניים בנשק, ובלבד שסטייתו הנורמטיבית של הנאשם הייתה **סטייה ממשית**, כפי שנוסח תנאי זה בהמשך דבריו:

“אולם כדי שתיווצר החזקה בדבר צפיית הנהג את האפשרות כי תתרחש תאונת דרכים, יש לתת משקל ליסוד העובדתי בדבר מידת הסטייה. לא זו בלבד שסטיית קלות יכולות להיעשות גם בהיסח הדעת, אלא שסטיית כאלה, אף אם הן נעשות מדעת, אפשר שלא תתפשנה על ידי הנהג כהרות גורל.”⁶⁶

אכן, יש מקום לייחס משקל לשאלה כיצד העריך הנאשם סובייקטיבית את הסיכון הקונקרטי, כלומר לשאלה אם הסיכון נתפס בעיניו כהרה-גורל, אבל להתחשבות זו יש להציב גבול. כפי שנטען בפרשת **מלכה**, מי שמרשה לעצמו לזלזל בכלליה הבטיחותיים

63 ראו את מאמרה של שפירא-אטינגר “קלות הדעת במשפט הפלילי”, לעיל ה”ש 61, המתאר זיקה זו בהקשר הכללי, וכן את מאמרה של פוגין, לעיל ה”ש 47, המתאר זיקה זו בהקשר של עבירות תעבורה בפרט.

64 ע”פ 4639/95 **מלכה נ’ מדינת ישראל**, פ”ד נ(2) 661 (1996).

65 שם, בעמ’ 669–670 (ההדגשות הוספו): “החזקה העובדתית, על הלוח נפשו של נהג, ככל שמדובר בחציית קו הפרדה רצוף, מבוססת על יסוד עיוני ויסוד עובדתי. אשר ליסוד העיוני, מפקיעה הוראה האוסרת חציית קו הפרדה רצוף כל שיקול-דעת מן הנהג. זאת מפאת הסכנה המרובה המובנית בעצם מתן שיקול-דעת לנהג אם לעבור למסלול הנגדי במקום המסויים שבו סומן קו הפרדה, למסלול הנגדי. נהג אשר נהג בניגוד לאיסור הברור והמוחלט, חזקה עליו, כנהג סביר, כי היה ער לאפשרות כי תקרה תאונת דרכים. שכן, כל נהג סביר יודע כי כלל תעבורה ‘קונגנטי’ זה, אשר הפקיע ממנו את שיקול הדעת, נקבע משום שהסכנה האורבת במקום מנסיעה במסלול הנגדי היא כה גדולה, עד כי לא די בהתרעה בלבד על קיומה, ונדרשה הוראה בלתי מתפשרת למניעת הסכנה. על כן, ברור כי כאשר נהג מתעלם מן האיסור, מחליט כי הוא ‘חכם’ ממי שהטיל את האיסור, ונוטל לעצמו שיקול-דעת לחצות את קו הפרדה הרצוף, הוא מעיד על עצמו כי מוכן הוא להמר על תוצאות מעשהו. וכמו בכל הימור אף בהימור זה **מובנית** גם צפיית האפשרות כי דווקא הסיכון הוא שיתממש.”

66 שם, בעמ’ 670 (ההדגשה הוספה). פסק-הדין ניתן סמוך לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מס’ 39 לחוק העונשין, וייתכן שהוא מבטא עמדות שנשמכות על הדין הישן, אך הוא מבטא בעיניי את שיטת הניתוח הנכונה של הסעיף הקיים.

של החברה, מתוך תפיסה המקדימה את חוכמתו לחוכמתה, לא יוכל למלט את עצמו מהרשעה בעבירת הריגה רק משום שסבר – ולו אף בכנות – כי שלל את אפשרות התממשותו של הסיכון. במקרים אלה נוכל להסתפק במודעותו הכללית לסיכון. אם נפנה את מבטנו שוב למקרה של המנהלת אנג'ל, נוכל להשיב על תהיותינו שהובאו לעיל באופן הבא: נכון שאנג'ל הייתה מודעת לסיכון הטמון בחלונות החדשים של כיתות בית-הספר, ובעניין זה קיימה את התנאי הראשון לביסוס ההרשעה בעבירת הריגה. עם זאת, אין בהתנהגותה של אנג'ל מידת הסטייה הנדרשת לשם הרשעה בעבירה זו, ואין היא מגלה יחס של ניכור או זלזול כלפי ערכיה המוגנים של החברה, לפחות לא במידה הנדרשת לשם הרשעה כזאת. על-כן לא ראוי להעמידה לדין בעבירת הריגה, ואם היה מקום לשיפוט נורמטיבי של מחדליה, היה זה אך ורק במסגרת העברה הקלה של גרם מוות ברשלנות.

אם יש אמת בטענתי כי ההבחנה בין עבירת גרם מוות ברשלנות לבין עבירת הריגה תלויה לא רק בשאלת קיומה של מודעות, אלא גם באופייה של ההתנהגות; ואם אותה מידה של מודעות העשויה להספיק במקרה אחד לגיבוש מחשבה פלילית עשויה לא להספיק במקרה אחר; ואם מידת המודעות המספיקה לצורך גיבוש מחשבה פלילית תלויה שוב במידת הסטייה ההתנהגותית ובאופייה, אזי נוכל לנסח את המבחן הראוי להרשעה בעבירת הריגה כך: בהתקיים מודעות ברף מזערי (מודעות כללית), יהא טיב האשמה תלוי באופי הסטייה הגלומה בהתנהגות הנאשם ובמידתה; וככל שתהא המודעות קונקרטי יותר, יפחת משקלם של מידת הסטייה ואופייה, והמשקל המרבי יינתן לעובדת קיומה של מודעות זו. ניסוח זה מחזיר אותנו אל ההלכה הישנה שקדמה להלכת **סובאח, דהיינו, אל הלכת **דויטש**, שיישמה את מבחן "מקבילית הכוחות" שבין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי. אולם אף-על-פי שאחת ממטרותיו של מאמר זה היא להצביע על הקשיים במבחניה של הלכת **סובאח**, הוא מבקש לעשות צעד נוסף בהגדרת היסוד העובדתי של עבירת הריגה אל מעבר להלכת **דויטש**. את הצעד הנוסף אבקש לעשות תוך הסתמכות על הפרשנות שהוענקה ליסוד הנורמטיבי של הפזיזות במשפט המקובל, אשר מאפיינת את טיב היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעבירת הריגה ויוצקת את תוכנו.**

פרק ד: היסוד הנורמטיבי של הפזיזות במשפט המקובל

לצד מאפיינה הסובייקטיבי-ההכרתי, כמצב של מודעות ליסוד העובדתי של עברה, הפזיזות במשפט המקובל מורכבת גם מיסוד נורמטיבי-אובייקטיבי, הנוגע לשאלת סבירותו של הסיכון הניטל.⁶⁷ ההנחה העומדת בבסיסו של יסוד נורמטיבי זה היא כי לא

GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 98–99 (2nd ed. 1983); ANDREW 67 ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 178 (6th ed. 2009); ALAN REED & BEN

כל סיכון הניטל במודע מקיים את יסודותיה של הפזיזות.⁶⁸ בחיי החברה בכלל, ובחיי החברה המודרנית בפרט, נטילה מודעת של סיכונים לפגיעה בערכים מוגנים היא עניין של יומיום, והחברה עשויה להשלים איתה ואפילו לעודדה, כחלק משאיפתה לקדם תכליות ואינטרסים חיוניים שלה. על-כן עצם נטילת הסיכון אינה בהכרח "מעשה אסור", ולא התממשותו היא המתייגת כ"עבריינית" את מי שנטל אותו. כדי לאפיין נטילת סיכון אסורה, יש לבחון אם יש בה כדי לבטא סטייה מן הנורמה החברתית, בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.

מכאן שלשם גיבושה של הפזיזות במשפט המקובל אין די בהוכחת המצב המנטלי של נטילת סיכון מודעת, אלא צריך להוכיח גם כי נטילת סיכון זו מהווה סטייה נורמטיבית.⁶⁹ לשם דוגמה, מנתח המבצע פעולה כירורגית מסכנת חיים כדי להציל את חיי המטופל שלו אינו פזיז בנוגע לערך המוגן של חיי אדם, אף אם יוכח כי מותו של המטופל נגרם כתוצאה מפעולה זו וכי המנתח נטל סיכון זה במודע.⁷⁰ ההפך הוא הנכון: התנהגותו של המנתח בנסיבות אלה, אשר כל תכליתה היא הצלת חייו של המטופל, מגלה יחס ראוי כלפי הערך של חיי אדם ומבטאת את הציפייה הנורמטיבית החברתית, ולפיכך היא היפוכה של סטייה פלילית.⁷¹ לעומת זאת, רופא הנותן לחולה תרופה מסוכנת כדי לערוך ניסוי מדעי סוטה סטייה נורמטיבית מערכיה של החברה, הרואה בסיכון חיי אדם לתכלית זו משום נורמה פסולה. סטייה נורמטיבית זו יש בה כדי לכונן את היסוד ההתנהגותי של העברה.

FITZPATRICK, CRIMINAL LAW 68–70 (4th ed. 2009); DAVID ORMEROD, SMITH & HOGAN CRIMINAL LAW 107–108 (12th ed. 2008); DON STUART, CANADIAN CRIMINAL LAW: A TREATISE 238–239 (5th ed. 2007); WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 263 (4th ed. 2003). עיין בדוח ועדת החקיקה הקנדית, להלן ה"ש 158, מגלה אף הוא מבחן אובייקטיבי נורמטיבי לבחינת סבירותו של הסיכון ("value judgment").

68 לעניין זה ראו WILLIAMS, שם; ORMEROD, שם; "Not all risk-taking constitutes recklessness... [Sometimes it] is justifiable to take a risk of causing harm to another's property or his R. v. Stephenson, [1979] QB 695, שם; STUART, (person or even of causing his death" 703. ראו גם בדוח ועדת החקיקה הקנדית, להלן ה"ש 158, שם נכתב כי לא כל נטילת סיכון מודעת מקיימת, כשלעצמה, את היסוד הנפשי של פזיזות.

69 לתיאור דרישה זו במשפט המקובל 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").

70 בדוגמה זו אכן השתמשו מלומדים שונים להמחשת נטילת סיכון מודעת שאינה עולה כדי פזיזות. לעניין זה ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 74; ORMEROD, לעיל ה"ש 67; STUART, לעיל ה"ש 67, בעמ' 238; ASHWORTH, לעיל ה"ש 67. ראו גם: CRIMINAL LAW REVISION COMMITTEE, FOURTEENTH REPORT: OFFENCES AGAINST THE PERSON (Cmnd 7844, 1980).

71 ולכן גם אין זה ראוי לבחון אותה במונחים של סייגים לאחריות הפלילית (כגון צידוק), כפי שיפורט בהמשך.

ניתן אפוא לומר כי המבחן של "סטייה התנהגותית" אינו מבחן "כמותי" גרידא, אלא יש לו מאפיינים איכותיים נורמטיביים. יתר על כן, מבחן זה מבקש לאפיין את היסוד ההתנהגותי של העברה כהתנהגות "אסורה", ולפיכך יש לו חלק בהגדרת היסוד העובדתי של העברה.⁷² כך, לא כמו במשפט הישראלי, הגדרת הסטייה ההתנהגותית על מאפייניה מהווה במשפט המקובל חלק מהגדרת הפזיזות עצמה:⁷³ הפזיזות במשפט המקובל משמשת גם יסוד התנהגותי-נסיבתי⁷⁴ המשלים את ההגדרה המצויה בעברת-מסגרת פרטיקולרית, לצד קיומה כיסוד נפשי-הכרתי. ההפרדה הרעיונית-התיאורטית בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי⁷⁵ מאותגרת אפוא בתפיסה המושגית של הפזיזות במשפט המקובל. על מאפייניה של הפזיזות כיסוד עובדתי משלים נעמוד להלן.

72 ראו: GEORGE P. FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN, COMPARATIVE, AND INTERNATIONAL vol. 1: Foundation 327–328 (2007) (להלן: FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW); LARRY ALEXANDER & KIMBERLY KESSLER FERZAN, CRIME AND CULPABILITY: A THEORY OF CRIMINAL LAW 27 (2009). ראו גם התייחסות לגישה האובייקטיבית-הנורמטיבית הזו אל הפזיזות אצל: A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN, & G.J. VIRGO, SIMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW 145 (2010) (בתת-פרק שכותרתו "Recklessness as an Actus Reus Term". ראו גם להלן ה"ש 214).

74 שם. ראו גם יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 449 (1981).

75 ההפרדה הרעיונית בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי במבנה העברה הפלילית מבוססת על תיאוריות פילוסופיות דואליסטיות-ריאליסטיות שמקורן בפילוסופיה הקרטזיאנית, המאפיינות את הקיום האנושי כמצב המורכב משני יסודות מובחנים: הקיום הגופני-החומרי, כמצב מטריאלי של התפשטות בחלל, והקיום הנפשי הלא-מטריאלי של עולם המחשבה והרגש. ה"אנושי", ה"עצמי" או ה"אני" מקורם בקיום המחשבתי-הרגשי של האדם, בעוד קיומו הפיזי-הגופני אינו ייחודי לעומת קיומו של כל גוף אורגני אחר (cogito ergo sum – "אני חושב, משמע אני קיים": המחשבה כמאפיינת את הקיום האנושי אצל דקרט – ראו רנה דקארט מאמר על המתודה 61 (הוצאת ידיעות אחרונות, 2010)). על-פי התפיסה האורתודוקסית השלטת במשפט הפלילי, שהיא דואליסטית-ריאליסטית, האשמה מבוססת על הזיקה המתקיימת בין שני חלקי קיום אלה: המצב הנפרד של הנפש והגוף (דואליזם) ומערכת היחסים ביניהם כמערכת יחסים ממשית (ריאליזם). אולם על תיאוריות פילוסופיות אלה קמו מערערים רבים, השוללים את החלוקה הדואלית של הקיום האנושי, או לפחות את הריאליזם של מצבי תודעה נפשיים או את קיומה הממשי של מערכת יחסים בינם לבין הפעילות הגופנית. תיאור תמציתי של התפיסה הדואליסטית-הריאליסטית של מצבי תודעה נפשיים, ותמצית הביקורת על תפיסה זו, יש במאמריה של קרן שפירא-אטינגר – ראו Shapira-Ettinger, לעיל ה"ש 42, בעמ' 2579–2583; שפירא-אטינגר "יסוד עובדתי ויסוד נפשי", לעיל ה"ש 62. במאמריה אלה מתארת שפירא-אטינגר גם את התיאוריה הפילוסופית-המשפטית שהציע Duff כחלופה לתפיסה האורתודוקסית המקובלת, בספרו: ANTONY R. DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY: PHILOSOPHY OF ACTION AND CRIMINAL LAW (1990) (להלן: DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY). לדבריה, Duff יוצא נגד התפיסה הדואלית של יחסי נפש-גוף, וטוען כי המצב התודעתי של כוונה או מודעות, כמצב עובדתי, אינו נלווה תמיד לפעולות מכוונות או מודעות, אף-על-פי שניתן בהחלט לכנותן כך. זוהי "תורת מעשה" מוניסטית, הרואה בפעולה האנושית מצב התייחסות ראשוני, אחיד ובלתי-ניתן לחלוקה קטגורית נוספת. להתייחסות

1. מבחניה הנורמטיביים של הפזיזות

כדי לעמוד על עיקרי המבחן הנורמטיבי של הפזיזות ועל אמות-המידה המעצבות את גבולותיו נבחן את הגדרתה בנוסחה המוצעת ב-MODEL PENAL CODE:

"(c) Recklessly⁷⁶

A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation."⁷⁷

ההתנהגות המאפיינת את הפזיזות על-פי מבחנה הנורמטיבי – הממוקם ברישא ובסיפא של הגדרה זו – היא התנהגות שניתן להגדירה כ"בלתי-מוצדקת" (unjustifiable) או כסטייה מן ההתנהגות של "אדם שומר חוק" (law-abiding person). מדובר במונחים נורמטיביים כלליים, המחייבים אמות-מידה ליישומם וליציקת תוכנם הממשי. את אמות-המידה הללו ניתן לזהות במונחים "ממשי" (substantial), "אופי" או "טיב" (nature), "דרגה" (degree) ו"תכלית" או "מטרה" (purpose), הנוגעים כולם למאפייני הסיכון שנטילתו "בלתי-מוצדקת" או סוטה מן ההתנהגות של "אדם שומר חוק".⁷⁸

מאוחרת של Duff לחוסר האפשרות להפריד את מובנו של היסוד הנפשי בעברה ("mens rea") ממובנו של היסוד העובדתי בעברה ("actus reus") ראו: ANTONY R. DUFF, ANSWERING FOR CRIME: RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW 202 (2007) (להלן: DUFF, ANSWERING FOR CRIME).

76 המילה recklessly היא צורה של תואר הפועל המתארת התנהגות. הגדרת יסוד נפשי זה על-פי צורת תואר הפועל של המונח "פזיזות" משמעה שבבסיסו של יסוד זה יש מאפיין התנהגותי מרכזי, ולא רק מאפיין הכרתי. לעניין זה ראו גם להלן ה"ש 214.

77 MODEL PENAL CODE § 2.02(2)(c) (Proposed Official Draft 1962) (להלן: M.P.C.).

78 בהקשר זה ראוי לציין כי היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, על-פי מאפייניו ב-M.P.C., אינו נחלתו של המשפט האמריקאי בלבד. מקורו בעקרונות הקוואיסיטיים שהתגבשו במשפט המקובל. אומנם, המונח "אדם שומר חוק" הוא מונח ייחודי לדין האמריקאי, אך הרעיון המבוטא בו אינו ייחודי לו. Williams, למשל, מתאר את מבחנה הנורמטיבי של הפזיזות באנגליה באופן הבא: "...knowingly running an unreasonable or unjustifiable or unacceptable degree of risk, having regard to the social value if any of what the defendant is doing". ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 67 (ההדגשות הוספו). המבחנים של unjustifiable או unacceptable הם מבחנים להצדקת ההתנהגות על-פי מידת התועלת החברתית ודרגת הסיכון, שהן אמות-המידה הבוחנות אותה במישור הערכי. ליישום מבחניה הנורמטיביים של הפזיזות באנגליה ראו גם: Codification of the Criminal Law: General Principles – The Mental Element in Crime 48 (Law Commission Consultation

בחינת הנורמטיביות של התנהגות תלויה בתוצאת האיזון המתקבלת על-פי אמות-מידה אלה. השאלה אם נטילת סיכון מסוים היא התנהגות פסולה תלויה, ראשית לכל, בתכליתה. נטילת סיכון שתכליתה הצלת חיי אדם ניתנת להצדקה כמעט תמיד. היא עשויה להיות מוצדקת אף כאשר הסיכון נוגע לערך מוגן זה עצמו (דוגמת המנתח), ובוודאי שהיא כזאת כאשר מדובר בנטילת סיכון לפגיעה בקניין או ברכוש כדי למנוע פגיעה בגופו או בחייו של הזולת. במקרה אחרון זה נכנסת לפעולה גם אמת-המידה הנוגעת לטיבו או לטבעו (nature) של הסיכון (למושאו), המעניקה משקל וחשיבות למדרג (הנורמטיבי) הקיים בין ערכים מוגנים שונים.

תכליתה של נטילת הסיכון ומעמדו הנורמטיבי של הערך המוגן אינן אמות-המידה היחידות. **עוצמת הסיכון** – קרי, ממשותו או דרגתו במישור הסטטיסטי של אפשרות התממשותו – מהווה אמת-מידה נוספת העומדת כנגדן ומאזנת את משקלן. נטילת סיכון גדול לחיי אדם אינה מוצדקת בנסיבות שבהן אפשרות התממשותו של סיכון זה עולה על אפשרות התממשותו של הסיכון הקיים ממילא לחייו של אותו אדם (איזון בין אמת-המידה של תכלית הסיכון לבין אמת-המידה של דרגתו). דברים אלה נכונים גם במה שנוגע לנטילת סיכון ממשי לחייו של פלוני שתכליתה היא הצלת חייו של אלמוני (אמת-המידה של טיב הסיכון ואמת-המידה של תכלית נטילתו). לעיתים אמת-המידה של דרגת הסיכון עשויה להצדיק אף נטילת סיכון לפגיעה בערך מוגן בעל מעמד נורמטיבי גבוה כדי למנוע פגיעה בערך מוגן בעל מעמד נמוך יותר, אך זאת רק בנסיבות שבהן קיים יחס הפוך בין ההסתברויות של התממשות הפגיעה בכל אחד מהם, כאשר הסתברות הפגיעה בערך החשוב יותר נמוכה או קלושה. עם זאת, ועל-דרך הכלל, ניתן לומר כי ככל שמעמדו הנורמטיבי של הערך המוגן גבוה יותר, ו/או ככל שהתכלית של נטילת הסיכון לפגיעה בו היא פחותת ערך, כן עשויה נטילתו להתאפיין כסטייה נורמטיבית גם בנסיבות שבהן הסתברות התממשותו של הסיכון נמוכה או אף קלושה ביותר.⁷⁹

כאמור, אמת-מידה נוספת היא **טיבו** או **טבעו** של הסיכון. מידת הנורמטיביות של נטילת סיכון מסוים תלויה בטיב הערך המוגן העלול להיפגע מכך ובמעמדו הנורמטיבי. החברה עשויה להיות סבלנית יותר כלפי נטילת סיכון לפגיעה בקניינו או ברכושו של

Papers, paper no. 31, 1970). ליישום מבחנה הנורמטיבי של הפזיות בקנדה ראו STUART, לעיל ה"ש 67, בעמ' 238: "...there is a second stage of ascertaining whether running the risk was justified. Here, from both the substantive and evidentiary point of view the test is objective, having regard to such factors as the magnitude of the risk and the social value in running it".

79 ראו את הציטוט בה"ש 162 להלן מספרם של ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72. ראו גם LAFAYE, לעיל ה"ש 67, בעמ' 269 (Indeed, if there is no social utility in doing what he is doing, one might be reckless, though the chances of harm are something less than 1%); ORMEROD, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108 (If the conduct has no social utility – for example, a game of 'Russian roulette' or an armed robbery – the slightest possibility of any harm should be enough); WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 73.

הפרט מאשר כלפי נטילת סיכון לשלום גופו או לחייו.⁸⁰ נטילת סיכון לפגיעה ברכושו של הזולת אינה מבטאת סטייה נורמטיבית שוות-ערך לנטילת אותה דרגת סיכון לפגיעה פיזית בזולת. המדרג שבין שלל ערכיה המוגנים של החברה הוא עניין שבנורמה או בתפיסות מקובלות, והוא עשוי לקבל ביטוי, בין היתר, בחומרת העברות הפליליות שתכליתן להגן על ערכים אלה. אבל גם אמת-מידה זו מאוזנת באמצעות מאפייניהן של אמות-המידה האחרות.⁸¹

מן האמור עולה כי הגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות מבקשת לעצב נוסחה שבה משתניו של הסיכון חורצים את דינה של ההתנהגות, לשבט או לחסד, במישור הנורמטיבי. הקומפוזיציה המתגבשת ממשתנים אלה במקרה נתון צריכה להוביל למסקנה ברורה כי מאפייניה של ההתנהגות העומדת לביקורת אינם עומדים באיזון הערכי.⁸² הראוי על-פי אומד-דעתה של החברה. רק התנהגות שאי-אפשר להצדיקה על-פי תפיסתו הנורמטיבית של "אדם שומר חוק" – זה שערכיה ותפיסותיה המוסריות של החברה מגובשים בתודעתו באיזון הראוי – עשויה לגבש את יסוד הפזיזות.⁸³

80 סובלנות זו עשויה לקבל ביטוי גם בכך שבעברות קלות יחסית, כגון עברות רכוש, לא תיחשב קלות-הדעת כסוג של מחשבה פלילית. כזה הוא הדין בגרמניה, שבה קלות-הדעת אינה מקימה אחריות פלילית אלא בעברות שבהן הוגדר במפורש אחרת. בעניין זה ראו קרמניצר "על המשפט הפלילי הגרמני", לעיל ה"ש 51, בעמ' 340–341. הוא הדין בקנדה, שם הפזיזות (קלות-הדעת) נחשבת יסוד נפשי בעברות מסוימות בלבד (בעיקר עברות חמורות). לעניין זה ראו STUART, לעיל ה"ש 67, בעמ' 231.

81 ראוי להבהיר כי ניתן לבטא את הרעיון הגלום בכל אחת מאמות-המידה האמורות באופנים שונים, תוך מתן דגשים אחרים לכל אחת מהן. כך, למשל, אפשר לבטא את הרעיון הטמון באמת-המידה של "תכלית הסיכון" כאמת-מידה של "התועלת החברתית" הצומחת מנטילתו. על-פי ניסוח זה, אם לחברה יש אינטרסים מסוימים שקידומם כרוך בנטילת סיכונים, יהא בכך כדי להצדיק – ולעיתים אף לעודד – את נטילתם. במקרים אחרים החברה עשויה להימנע מלגנות מעשים כאלה, מחשש להרתעת-יתר שתפגע בקידום אינטרסים אלה. המונח "תועלת חברתית" מדגיש את בחינת ההתנהגות על-פי אמת-מידה אובייקטיבית חיצונית לאדם המתנהג, בעוד המונח "תכלית הסיכון" מתחשב גם במטרה הסובייקטיבית של הנאשם הנוטל את הסיכון. אבל גם על-פי מונח אחרון זה, הנורמטיביות של "התכלית", כגורם המצדיק את נטילת הסיכון, נבחנת במבחנים אובייקטיביים – כשהיא לעצמה ותוך בחינת יחסי-הגומלין שלה עם אמות-המידה האחרות. בין כך ובין כך, שני המינוחים מבטאים רעיון דומה: התכלית של נטילת הסיכון או התועלת שבה עשויות להצדיק אותה במישור הנורמטיבי ולפטור את נוטל הסיכון מחיוב פלילי.

82 על מעמדו של השיפוט הנורמטיבי-הערכי בבחינת האשמה ראו: Alan Norrie, *Subjectivism, Objectivism and the Limits of Criminal Recklessness*, 12 OXFORD J. LEGAL STUD. 45, 47 (1992). כן ראו בספרם של ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 46: "In balancing risks and reason, we must also take into account deontological constraints on when actions may be consequentially justified".

83 ניסוח אחר לנוסחת האיזון של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות ראו בספרם של ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 87: "We believe that the criminal law should intervene at the point at which the imbalance of risks and reasons represents a gross deviation from the standard of care that a law-abiding citizen would observe in the actor's situation".

המבחן הנורמטיבי של "אדם שומר חוק" מתאר במדויק גם את אופי הסטייה של ההתנהגות הפזיזה. מדובר בסטייה נורמטיבית המבטאת ניכור כלפי הערך המוגן בעברה, שמקורו באיזון ערכי פסול של בעליה. אדם המסכן את חייו של הזולת לשם עשיית רווח כלכלי מבטא עמדה ערכית המעניקה למטרה כלכלית קדימות על האינטרס של שמירה על חיי אדם. קדימות זו מבטאת תפיסה עבריינית, אם מובנו של המונח "עבריינות" הוא סטייה התנהגותית שמקורה בשיבוש נורמטיבי של סולם הערכים. עם זאת, לא כל סטייה נורמטיבית תיחשב סטייה פזיזה. הגדרת הפזיזות דורשת "סטייה ניכרת" (gross deviation) מסטנדרט ההתנהגות של שומר החוק. בכך יש כדי לאפיין באופן מובהק יותר את הסטייה העולה כדי פזיזות, ולרפא במעט את ההיבט הסובייקטיבי הכרוך בהערכת הנורמטיביות של ההתנהגות. הדרישה לקיומה של סטייה עבריינית חמורה מסייעת בכך. בכך נבדלת הפזיזות מן הרשלנות גם במישור ההתנהגותי-הנורמטיבי.⁸⁴ רשלנות אינה התנהגות המבטאת סטייה מנורמת ההתנהגות של "אדם שומר חוק"; היא אינה התנהגות שניתן לתארה כסטייה עבריינית, או לפחות אין בה "סטייה עבריינית ניכרת"⁸⁵ מנורמה זו. לרוב אין היא מבטאת מעשה "עברייני" מובהק, גם אם ניתן לזהות בה מידה מסוימת של סטייה מן הנורמה. לעומתה, הפזיזות מבטאת סטייה גדולה מנורמת ההתנהגות של "אדם שומר חוק", כלומר, התנהגות המבטאת איזון ערכי פסול או יחס של ניכור בוטה כלפי הערך המוגן. הפזיזות היא התנהגות "עבריינית" המבטאת יחס אנטי-חברתי כלפי הנורמה החברתית, בעוד הרשלנות מבטאת לכל-היותר סטנדרט זהירות לא-מספק ביחס לציפיה החברתית. ואכן, בהגדרת הרשלנות (negligence) ב-MODEL PENAL CODE מוגדרת הסטייה ההתנהגותית כסטייה מרמת הזהירות של "האדם הסביר" (standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation) – היגד שהוא טעון פחות מן ההיבט הנורמטיבי.⁸⁶

84 היטיב לתאר את הדברים בתמצית FLETCHER, בספרו THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 72, בעמ' 327-328: "The definitions of recklessness and negligence, however, break ground in the direction of the normative theory. Both require moral judgments about two dimensions of risk-taking: first, whether the risk is substantial and unjustified, and second, whether running the risk under the circumstances is culpable. The latter question is addressed by asking whether the risk-taking should be branded 'a gross deviation', either from the 'standard of conduct' (recklessness) or the 'standard of care' (negligence) that a hypothetical person would observe in the actor's situation. The critical perspective in both cases inheres in the process of comparing the actual risk-taking with a normative ideal and finding that the former is wanting and subject to censure".

85 ב-M.P.C. התנהגות רשלנית מוגדרת אומנם כ"סטייה ניכרת", אולם סטייה רשלנית זו היא סטייה מרמת זהירות סבירה, ולא סטייה מסטנדרט ההתנהגות הנורמטיבי, המבטא רעיון של איזון ערכי. להגדרת הרשלנות ב-M.P.C. ראו לעיל ה"ש 77, ס' 2.02(d).

86 אף-על-פי שמבחן "האדם הסביר" הוא מבחן נורמטיבי, אין הוא מבטא – לפחות לא באופן מובהק – מדד "ערכי", אלא הוא אמת-מידה לבחינת רמת הזהירות הראויה. זהו מבחן ההתנהגות עצמה, מבלי שנדרשים למניעה, לגורמיה הסיבתיים או להלך-הרוח המלווה אותה.

2. צורת היסוד הנורמטיבי בעברת הריגה במשפט המקובל

עברת הריגה ברוב מדינות המשפט המקובל אינה עברה של פזיזות, כי אם של "התרשלות רבתי". אולם אין משמעות הדבר שלעברה זו אין כל זיקה ליסוד הפזיזות. כפי שטען Williams,⁸⁷ בתי-המשפט באנגליה פירשו את המונח "התרשלות רבתי" כמונח המבטא, לפחות בהיבטים מסוימים, את תכניה של הפזיזות.⁸⁸ מהו אפוא היסוד המשיק לשני יסודות נפשיים אלה?

כפי שאבקש להראות להלן, היסוד הנפשי של "התרשלות רבתי" (gross negligence) והמונחים המקבילים לו במשפט האנגלו-אמריקאי מבטאים את תוכן היסוד הנורמטיבי של הפזיזות. ההתרשלות רבתי, לפי תוכן זה, אינה מבחן "כמותי" גרידא, ואף לא מבחן הכרתי של צפיות בכוח בלבד; בראש ובראשונה היא מבטאת רעיון של סטייה נורמטיבית מערכיו של "אדם שומר חוק", כלומר, זה שערכיה של החברה מוטבעים בתודעתו המוסרית באיזונם הראוי. היפרדותה של עברת ההריגה במשפט האנגלו-אמריקאי מן היסוד הנפשי של הפזיזות נוגעת אפוא רק לתוכנה ההכרתי החיובי-הסובייקטיבי,⁸⁹ אולם תוכנה הנורמטיבי של הפזיזות נותר מרכיב מרכזי בהתגבשותה של עברה זו.⁹⁰ יסוד "ההתרשלות רבתי" מבטא אפוא את הרעיון שלפיו תנאי להרשעה

⁸⁷ WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 69: "The actor may disregard an unjustifiable risk that an event will result, or an unjustifiable risk that the circumstance is already present. Here again the objective-subjective controversy rears its head. The courts have hovered between the idea of recklessness as gross negligence (the 'objective' definition) and the idea of recklessness as advertent negligence (the 'subjective' definition)".

⁸⁸ ראו, למשל: [1937] A.C. 576; Andrews v. DPP, פרשת Lamb, להלן ה"ש 167; ופרשת R. v. Seymour, [1983] 2 A.C. 493. ראו גם WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 259, שם הוא מתאר את השימוש המקביל שנעשה במונחים gross negligence ו- recklessness כמונחים המבטאים אותו יסוד נפשי; ORMEROD, לעיל ה"ש 67, בעמ' 527; וכן SIMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 73, בעמ' 410-411. לתיאור מקיף של השימוש במונחים חלופיים אלה באנגליה ראו: John E Stannard, *From Andrews to Seymour and Back Again*, 47 N. IR. LEGAL Q. 1 (1996).

⁸⁹ במאה התשע-עשרה לא הייתה הבחנה ממשית בין gross negligence לבין recklessness, משום שהבחנה בין יסוד הכרתי סובייקטיבי לבין יסוד הכרתי אובייקטיבי לא הייתה מקובלת. היפרדותם של שני המושגים החלה רק עם עלייתה של תיאוריית האשמה הסובייקטיבית-הקוגניטיבית, החל בראשית המאה העשרים. לעניין זה ראו: Jeremy Horder, *Gross Negligence and Criminal Culpability*, 47 U. TORONTO L.J. 495, 497 (1997). ואכן, בשנים שבהן הייתה הלכת בית-הלורדים בפרשת Caldwell תקפה (הלכה שפירשה את היסוד ההכרתי של הפזיזות כיסוד הכרתי אובייקטיבי של צפיות בכוח – ראו להלן ה"ש 100 והטקסט שלידה) היטשטשה ההבחנה שבין היסוד של "התרשלות רבתי" לבין יסוד הפזיזות, ובתי-המשפט באנגליה נטו להתייחס לעברת הריגה כאל עברה של פזיזות. השינוי התחולל עם פסק-דינם של בתי-המשפט לערעורים בפרשת Prentice (להלן ה"ש 99) ושל בית-הלורדים בפרשת Adomako (להלן ה"ש 93), ואתיחס אליו בהמשך בגוף הטקסט.

⁹⁰ ראו, למשל: BERNADETTE MCSHERRY & BRONWYN NAYLOR, AUSTRALIAN CRIMINAL

בעברת הריגה הוא שהתנהגותו של הנאשם מבטאת סטייה נורמטיבית מן הנורמה החברתית, תהא מודעותו לסיכון אשר תהא – מודעות בפועל או מודעות בכוח. הבה נציג אפוא את האופן שבו הוגדר מבחן זה במדגם של מדינות המשפט המקובל. באנגליה הונחה ההגדרה הקלסית של יסוד "ההתרשלות רבתי" בפרשת *Bateman*, שם קבע בית-המשפט הפלילי לערעורים כי:

"In explaining to juries the test which they should apply to determine whether the negligence, in the particular case, amounted or did not amount to a crime, judges have used many epithets such as 'culpable', 'criminal', 'gross', 'wicked', 'clear', complete'. But whatever epithet be used and whether an epithet be used or not, in order to establish criminal liability the facts must be such that, in the opinion of the jury, the negligence of the accused went beyond a mere matter or compensation and showed *such disregard for the life and safety of others as to amount to a crime against the State and conduct deserving punishment*."⁹¹

מבחן זה אושר מאוחר יותר על-ידי בית-הלורדים בפרשת *Andrews v. DPP*,⁹² ובשני העשורים האחרונים הוא אושר בשני פסקי-דין נוספים של בית-הלורדים – בפרשת *Adomako*⁹³ ובפרשת *Misra*.⁹⁴ אולם בטרם ניתן דעתנו לתוכנו של מבחן זה, ראוי לתת את הדעת גם לחידודה של הגדרה זו על-ידי הלורד Mackay LC בפרשת *Adomako*, שלפיו ההתרשלות רבתי מבוססת –

"on the seriousness of the breach of duty committed by the defendant in all the circumstances in which he was placed when it occurred and whether, having regard to the risk of death involved, the conduct of the defendant was *so bad* in all the circumstances as to amount in the jury's judgment to a criminal act or omission."⁹⁵

LAWS: CRITICAL PERSPECTIVES 122 (2004), שם תואר היסוד של התרשלות רבתי באופן הבא: "The concept obviously has much in common with recklessness. The crucial difference is that to have been *reckless* the accused must have been aware of the risk, whereas the *negligent* accused will not have been aware of any risk, although a reasonable person would have been" (ההדגשות במקור).

91 R. v. Bateman, (1925) 94 L.J.K.B. 791 (ההדגשה הוספה).

92 ראו לעיל ה"ש 88.

93 R. v. Adomako, [1995] 1 A.C. 171

94 R. v. Misra, [2005] 1 Cr. App. R. 21

95 פרשת *Adomako*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 187 (ההדגשה הוספה).

היסוד הנפשי של "התרשלות רבתי" מבוסס, על-פי הגדרות אלה, על שיפוט נורמטיבי-ערכי של ההתנהגות. התנהגותו של הנאשם נבחנת על-פי מידת סטייתה מנורמת ההתנהגות החברתית הראויה בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות שבהן פעל הנאשם במקרה נתון. בהקשר זה נדרש גם שהיא תבטא סטייה גדולה מנורמת ההתנהגות הראויה ("so bad in all the circumstances") וכן שהיא תאופייין כהתנהגות המבטאת יחס של ניכור כלפי הערך המוגן בעברה (disregard for the life and safety of others). אמות-המידה הנסיבטיות לבחינת הנורמטיביות של ההתנהגות אומנם לא פורטו – למעט אמת-המידה של "טיב הסיכון" (having regard to the risk of death) – ונאמר רק כי בחינה זו תיערך על רקע מכלול הנסיבות כולן (all the circumstances), אולם נראה כי מדובר בהגדרה רחבה שתכליתה לאפשר לחבר-המושבעים, שהוא פנל של הדיוטות במישור המשפטי, להפעיל שיקול-דעת רחב ובלתי-מוגבל. מכל מקום, "מכלול הנסיבות" עשוי בוודאי לכלול גם את תכלית התנהגותו של הנאשם ואת עוצמת הסיכון האובייקטיבית (שאלת טיב הסיכון נכללה כאמור בהגדרה). יתר על כן, מכלול הנסיבות עשוי אף לכלול את שאלת מודעותו של הנאשם לסיכון, את מידתה, או את שאלת מודעותו לעובדות מסוימות בעלות משמעות איכותית. אולם בין כך ובין כך, ההתנהגות חייבת לבטא סטייה גדולה מנורמת התנהגות נורמטיבית – היא חייבת לבטא מעשה עברייני ("criminal act") מובהק.⁹⁶

במונח "התרשלות רבתי" טמונים אפוא שני היבטים:⁹⁷ אפיון ההתנהגות כ"מעשה אסור" על-פי אמות-מידה אובייקטיביות ובהתחשב במכלול הנסיבות; והשיפוט הערכי הבוחן את אופי הסטייה ואת היחס (attitude) שהיא מבטאת כלפי הערך המוגן של חיי אדם. שיפוט נורמטיבי זה, על שני היבטיו, מבטא נאמנה את תמצית מהותה של ההתנהגות הפלילית, שהיא התנהגות אשר מנוגדת לנורמה החברתית, מחד גיסא (ההיבט הראשון), ואשר מבטאת יחס שלילי של הנאשם כלפי הערך המוגן בעברה, מאידך גיסא (ההיבט השני) – כל זאת בנפרד משאלת המודעות ומשאלת טיב המבחן ההכרתי ששיטה משפטית כלשהי בוחרת לאמץ.⁹⁸ אולם שני היבטים אלה אינם אלא היבטיו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות. אמרו מעתה: היסוד המשותף לפזיזות ולהתרשלות רבתי אינו אלא היסוד הנורמטיבי המבוסס על השיפוט הערכי של ההתנהגות על שני היבטיו אלה.

96 ראו גם: ALAN NORRIE, CRIME, REASON AND HISTORY: A CRITICAL INTRODUCTION TO CRIMINAL LAW 78 (2001), הטוען כי המונח gross negligence נועד להבחין בין מעשה שהוא פלילי במהותו לבין מעשה שאינו כזה.

97 ראו מאמרו של Horder, לעיל ה"ש 89, המתאר את שני היבטיה של ההתרשלות רבתי כסטייה גדולה מנורמת ההתנהגות המקובלת וכיחס של ניכור (אדישות), כפי שהוא מכנה זאת, אך לא במובנה הסובייקטיבי) כלפי הערך המוגן בעברה.

98 ראו הדוח החדש של ועדת החקיקה האנגלית לעברות המתה, אשר המליץ להוסיף מבחן הכרתי אובייקטיבי של צפיות בכוח כחלק ממבחניה של "ההתרשלות רבתי", לצד מבחנה הנורמטיבי. לעניין זה ראו: THE LAW COMMISSION, MURDER, MANSLAUGHTER AND INFANTICIDE § 3.60(3) (LAW COM No. 304, Nov. 28, 2006).

המבחן הנורמטיבי של "התרשלות רבתי" בעברת הריגה הוא מרכזי במשפט האנגלי עד כדי כך שבמקרים שבהם היה נדמה לערכאות הערעור באנגליה כי הערכאה הנמוכה שמה את הדגש על היסוד ההכרתי חלף היסוד הנורמטיבי, הן הורו על ביטולה של ההרשעה. כך היה בפרשת *Prentice*⁹⁹ (שבה נידונו במאוחד שלושה תיקי הריגה נפרדים (ארבעה מערערים)), שבה קבע בית-המשפט לערעורים באנגליה כי אי-ישומו של המבחן הנורמטיבי של "ההתרשלות רבתי" (*gross negligence*) על-ידי הערכאה הנמוכה הוא בבחינת טעות אשר יורדת לשורשו של עניין ומצדיקה את קבלת הערעור בשניים מן המקרים (בתיק השלישי לא התעוררה בעיה כזו). בשני תיקים אלה עלה כי בית-המשפט בערכאה הנמוכה הנחה את חבר-המושבעים על-פי ההגדרה של יסוד הפזיזות שהניח בית-הלורדים בפרשת *Caldwell*¹⁰⁰ (הגדרה שהתמקדה בעיקר בהיבט ההכרתי של הפזיזות, ולא בהיבט הנורמטיבי), אך לא הנחה אותם על-פי הגדרת היסוד הנורמטיבי של "ההתרשלות רבתי".¹⁰¹ בית-המשפט לערעורים ראה בכך, כאמור, טעות המצדיקה את קבלת הערעורים ואת מחיקת ההרשעה, ושנתיים מאוחר יותר קיבלה פסיקתו את אשרורו של בית-הלורדים בפרשת *Adomako*, שהיה אחד המערערים בפרשת *Prentice*. הוכחת התגבשותו של היסוד ההכרתי בלבד – ולו יהא זה יסוד הכרתי סובייקטיבי (כפי שאכן היה באחד התיקים שנידונו בפרשת *Prentice*) – אינה מספיקה אפוא להרשעה בעברת הריגה באנגליה. על-מנת שיהיה אפשר להרשיע אדם בעברה כה חמורה, יש להוכיח כי התנהגותו מבטאת סטייה נורמטיבית מערכיה של החברה.

המבחן של "התרשלות רבתי" אינו ייחודי לדין האנגלי, והוא אומץ גם בקנדה, אם כי במינוח שונה. כך, בסעיף 219 לקודקס הפלילי הקנדי הוגדרה עברת הריגה כמעשה או מחדל של "רשלנות פלילית" (*criminal negligence*), המבטא "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons".¹⁰² המונח "criminal negligence" הוא מונח שהדין האנגלי משתמש בו לעיתים במקביל למונח "התרשלות רבתי",¹⁰³ אולם לצד השימוש במונח זה עשה המחוקק הקנדי שימוש מפורש גם במונח "reckless",

⁹⁹ *R. v. Prentice*, [1994] Q.B. 302.

¹⁰⁰ *R. v. Caldwell*, [1982] A.C. 341.

¹⁰¹ בית-המשפט לערעורים כתב בפסק-דינו כי המקרים שנידונו לפניו בפרשה זו מהווים דוגמה למצבים שבהם בחינת האשמה על בסיס מבחן הכרתי בלבד מגבשת הרשעה, בעוד בחינתם על-פי מבחן "ההתרשלות רבתי" – כתנאי נוסף להרשעה – תוביל לזיכוי. במקרים אלה נידון עניינם של שלושה רופאים ואיש אלקטרוניקה שגרמו למוות במסגרת עבודתם המקצועית, ובית-המשפט סבר כי כדי לאשר את הרשעתם בעברת הריגה יש להוכיח גם את יסוד "ההתרשלות רבתי", כלומר, להוכיח התרשלות פלילית המבטאת יחס של ניכור כלפי הערך המוגן בעברה. כפי שאטען בפרק הבא, בכוחה של "ההתרשלות רבתי", כתנאי נוסף להרשעה בעברת הריגה, להניח בסיס עיוני לזיכוייה של אנג'ל מעברת הריגה ולזיכוייה הדומה של הנהגה במקרה א בדוגמה שהובאה לעיל, על-אף מודעותם לסיכון.

¹⁰² Canadian Criminal Code, R.S.C. 1986, c. C-46, s. 219 (להלן: הקוד הפלילי הקנדי).

¹⁰³ ראו את הגדרת המונח *gross negligence* בפרשת *Bateman*, לעיל ה"ש 91.

אשר גם לו יש כאמור זיקה עניינית לשני מונחים אלה. בד בבד הוגדרה ההתנהגות המקיימת את יסודות העברה כהתנהגות המבטאת יחס של ניכור כלפי הערך המוגן של חיי אדם.

ואכן, בבוא בית-המשפט העליון של קנדה לפרש את יסודות העברה, התגלעה מחלוקת בשאלת טיבו של היסוד ההכרתי הנדרש לגיבושה – צפיות בפועל או צפיות בכוח. זאת, על רקע השימוש במונחים המנוגדים לכאורה זה לזה במישור ההכרתי ("criminal negligence", "wanton", "reckless").¹⁰⁴ אולם בשאלת טיב הסטייה הנדרשת ואופייה לא התעוררה כל מחלוקת, ונקבע כי מדובר ב"סטייה ממשית וניכרת מהתנהגותו של האדם הסביר והשקול בנסיבות העניין",¹⁰⁵ על-פי שני המובנים שהוצגו לעיל.¹⁰⁶ ואומנם, כל המונחים הנרדפים האמורים – ובעיקר המונחים "criminal negligence"

104 בפסק-דין R. v. Tutton, (1989) 69 C.R. (3d) 289 נחלקו דעותיהם של שופטי בית-המשפט העליון הקנדי בשאלת משמעותו התוכנית של ההיגד "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" – אם הוא מבטא מבחן הכרתי סובייקטיבי או אובייקטיבי. מצדדי הגישה האובייקטיבית נסמכו על פרשנות המילה wanton, המאפיינת את ההיבט התיאורי-הכמותי של ההתנהגות. האגף הסובייקטיבי בבית-המשפט הסמיך את עמדתו על המילה reckless, כמצב המבטא מודעות סובייקטיבית מסוימת. סוגיה זו לא הוכרעה בפסק-הדין, משום שהרכב השופטים התפלג בדעותיו – 3:3 (הכרעת השופט השביעי לא תמכה באגף זה או אחר). עם זאת, קריאת עמדתו של האגף הסובייקטיבי של בית-המשפט העליון הקנדי בפרשה זו מלמדת כי אף לשיטתו אין מדובר במבחן סובייקטיבי "טהור", במובן המקובל בדין הישראלי, אלא במבחן מעורב. ראו גם את ביקורתו של STUART על כך, לעיל ה"ש 67, בעמ' 266–268. אולם בפרשת R. v. Creighton, [1993] 3 S.C.R. 3, המאוחרת לפרשת Tutton, ביכר בית-המשפט העליון של קנדה את המבחן האובייקטיבי לעברת הריגה לפי ס' 219 לקוד הפלילי הקנדי, אף שעונשה המרבי הועמד על מאסר-עולם. מבחן דומה נקבע גם בפרשת Hundel v. R., (1993) 19 C.R. (4th) 169 לעברות תעבורה של criminal negligence בכלל ולעברה לפי ס' 233 לקוד בפרט, שהעונש הקבוע בצידה הועמד על ארבע-עשרה שנות מאסר.

105 "a marked and substantial departure from the conduct of a reasonably [person] in the circumstances". נוסח זה נקבע על-ידי בית-המשפט העליון של קנדה בפרשת R. v. F.(J.), 2008 S.C.C. 6 כמבחן התקף לעברת הריגה לפי ס' 219 לקוד הפלילי הקנדי. זאת, לעומת נוסח מקל יותר (marked departure) שאומץ בפסקי-הדין בפרשות Hundel, Tutton ו-Creighton, שם, אשר תקף עד היום לכל עברות ה-criminal negligence (למעט עברת ההריגה המחמירה לפי ס' 219). ליישום המבחן של marked departure ראו גם את פסקי-דינו של בית-המשפט העליון הקנדי בפרשת R. v. Waite, (1989) 48 C.C.C. (3d) 1; את פסקי-דינו של בית-המשפט לערעורים של מחוז קוויבק בפרשת R. v. Palin, (1999) 127 C.C.C. (3d) 217 (Que. C.A.) ובפרשת R. v. Fortier, (1998) 135 C.C.C. (3d) 119 (Que. C.A.); ואת פסקי-דינו של בית-המשפט לערעורים של מחוז אונטריו בפרשת R. v. L.(J.), (2006) 204 C.C.C. (3d) 324 (Ont. C.A.).

106 המבחן של marked departure, כפי שפורש בפסיקה הקנדית, מבטא את מבחנה האובייקטיבי של הסטייה ההתנהגותית בנסיבותיה הקונקרטיות. המבחן הנורמטיבי-הערכי של ההתנהגות – על-פי מידת הניכור שהיא מגלה כלפי הערך המוגן – קיבל ביטוי מפורש בהגדרתה הסטטוטורית של העברה.

ר-"reckless" – מבטאים בהקשר זה אותו רעיון מרכזי: ¹⁰⁷ סטייה נורמטיבית גדולה המבטאת ניכור כלפי הערך המוגן של חיי אדם בהשוואה לנורמה החברתית הראויה. ¹⁰⁸ מבחן "הסטייה הניכרת" (marked departure) מבטא אפוא בדין הקנדי אותו רעיון הגלום במבחן "ההתרשלות רבתי" כמבחן נורמטיבי של הסטייה ההתנהגותית. מצב משפטי דומה ניתן למצוא גם באוסטרליה, ¹⁰⁹ בניו-זילנד ¹¹⁰ ובסקוטלנד. ¹¹¹

המונח "ההתרשלות רבתי" (gross negligence), שבמשפט האנגלי נעשה בו שימוש כיסוד המאפיין עבירת הריגה וכמונח מקביל לפזיות, ¹¹² אינו מבטא אפוא רק את ההיבט הכמותי של ההתנהגות. ¹¹³ המילה gross מבטאת אומנם עניין שבמידה, אבל זהו רק

107 ראו את הציטוט ממאמרו של Huigens, להלן ה"ש 144, שממנו עולה בבהירות כי המבחן של המונח "criminal negligence" דומה במהותו למבחן הנורמטיבי של הפזיות.

108 ראו מאמרו של Horder, לעיל ה"ש 89, בעמ' 506–507.

109 באוסטרליה כונה מבחן הרשלנות רבתי "gross/criminal negligence", והוא יושם על-פי אותם עקרונות. לעניין זה ראו MCSHERRY & NAYLOR, לעיל ה"ש 90, בעמ' 121.

110 W.J. BROOKBANKS, N. CAMERON, K.E. DAWKINS, J. FINN, G.M. ILLINGWORTH & A. ISAC, ADAMS ON CRIMINAL LAW 335 (2007); A.P. SIMESTER & W.J. BROOKBANKS, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 538–540 (3rd ed. 2007).

111 במדינה זו יושמה הפזיות מלכתחילה כיסוד נפשי אובייקטיבי של צפיות בכוח בלבד. ראו: TIMOTHY H. JONES, CRIMINAL LAW 66–70 (4th ed. 2008). אולם לצד מבחן הכרתי אובייקטיבי זה יושמה הפזיות כיסוד נורמטיבי-ערכי, שלפיו נקבע כי מדובר בסטייה גסה מסטנדרט ההתנהגות של אדם שקול וזהיר בנסיבות העניין, המבטאת זלזול (disregard), אדישות (כשיפוט נורמטיבי, ולא סובייקטיבי) או חוסר אכפתיות ביחס לערך המוגן בעברה. לעניין זה ראו: Allan v. Patterson, 1980 J.C. 57, 60; Transco Plc v. HM Advocate (No 1), 2004 J.C. 29; Quinn v. Cunningham, 1956 J.C. 22; Cameron v. Maguire, 1999 J.C. 63. בד בבד נקבע גם כי על הסטייה ההתנהגותית לבטא סטייה ניכרת (gross) מסטנדרט ההתנהגות הראוי, ואין להסתפק בסטייה נורמטיבית קלה (דרישה זו נקבעה עוד בפרשת 19, 22 Paton v. HM Advocate, 1936 J.C. 19, 22 ואושרה מאוחר יותר בפסקי-דין נוספים, בין היתר בפרשת Transco Plc לעיל). העובדה שהפזיות זוהתה בסקוטלנד מלכתחילה כיסוד בעל תוכן הכרתי אובייקטיבי של צפיות בכוח בלבד ייתרה אפוא את הפיצול המינוחי בין היסוד הכרתי ליסוד הנורמטיבי, ונעשה שימוש אחיד במונח "פזיות" לתיאור שני היבטיה אלה. לתיאור עבירת הריגה בסקוטלנד כעבירת "פזיות" ראו JONES, לעיל, בעמ' 253–255.

112 לשימוש מקביל במונחים אלה בארצות-הברית ראו גם את פסק-דינו של בית-המשפט העליון של פנסילוניה בפרשת Commonwealth v. Huggins, 575 Pa. 395, 836 A.2d 862 (2003). לשימוש דומה בסקוטלנד ראו פרשת 194 McDowall (Fraser Symington) v. HM Advocate, 1998 J.C. 194; פרשת Transco Plc לעיל ה"ש 111; ופרשת 131 HM Advocate v. Purcell, 2008 J.C. 131.

113 בסקוטלנד, שבה יושמה הפזיות כאמור כיסוד אובייקטיבי-נורמטיבי בלבד, תוארה הסטייה המאפיינת יסוד זה בפרשת Carr v. HM Advocate, 1995 S.L.T. 800 באופן הבא: "it is not the manner of doing an act which would otherwise be lawful which is in issue but the question whether the accused had the mens rea necessary for the commission of a crime". מדובר אפוא ביסוד שאינו כמותי גרידא, אלא גם איכותי – יסוד המאפיין עמדה עבריינית כמוכן שמאמר זה

מונח אחד מבין מגוון של מונחים מקבילים, המעניקים לו מימד נוסף, איכותי,¹¹⁴ כגון "culpable negligence",¹¹⁵ "criminal negligence",¹¹⁶ "marked departure"¹¹⁷ ועוד. מונחים אלה מבטאים ניתוח "איכותי" של אופי ההתנהגות הפזיזה, המבטאת סטייה עבריינית או עמדה נורמטיבית-נפשית פסולה¹¹⁸ ממשית ומובחנת. אכן, "כמות", כאשר היא עולה על מידותיה, עשויה ליהפך ל"איכות", ומכאן הזיקה המונחית בין מאפייניה הכמותיים של הסטייה לבין מאפייניה הנורמטיביים. עם זאת, אין הכמות עומדת לעצמה, והיא עולה כדי היסוד הנורמטיבי של הפזיזות רק כאשר היא מבטאת עמדה נפשית פסולה של בעליה: אדם עשוי לנהוג ברכב במהירות גבוהה מאוד (מבחן כמותי), אבל אם הוא עושה זאת כדי להביא במהירות פצוע לביית-החולים, לא יהיה במהירות זו כדי לאפיין את נהיגתו כפזיזה (מבחן איכותי).¹¹⁹

מן האמור נובע כי כדי שתגבש עברת הריגה במשפט המקובל, נדרש כי יתגבש היסוד הנורמטיבי של הפזיזות – יהא כינויו אשר יהא – המבטא סטייה התנהגותית ממשית, איכותית-נורמטיבית,¹²⁰ מנורמת ההתנהגות של "אדם שומר חוק", כלומר, סטייה נורמטיבית מנורמת ההתנהגות הראויה, המבטאת שיבוש ממשי בסולם הערכים הפנימי של הנאשם לעומת סולם הערכים של החברה. מבחן זה הוא מבחן עצמאי ונפרד

מצגי. ראו גם ברוח של ועדת החקיקה האנגלית משנת 2006, לעיל ה"ש 98, שם נותח היסוד של gross negligence בפרק 3 (בעמ' 62–64), העוסק ביסוד הנפשי של העברה.

114 ראו את מונחיו של Horder, לעיל ה"ש 89, בעמ' 504, לתיאור שני ממדיה של ההתרשלות רבתי: המימד האיכותי (qualitative dimension) והמימד הכמותי (quantitative dimension).

115 ראו פרשת Bateman, לעיל ה"ש 91. ראו גם LAFAVE, לעיל ה"ש 67, בעמ' 264. ראו גם בפסקי-הדין האנגליים שהובאו בפרשת דויטש, לעיל ה"ש 9, שעל-פיהם ניתח בית-המשפט העליון את משמעותו של מונח זה כמונח המבטא אשמה מסוג פזיזות.

116 ראו פרשת Lamb, להלן ה"ש 167. ראו גם את פסק-דינו של בית-המשפט העליון של וירג'יניה בפרשת Cable v. Commonwealth, 243 Va. 236, 415 S.E.2d 218 (1992), שבו זוהה היסוד הנפשי של reckless disregard for human life כיסוד נפשי הוזה ליסוד הנפשי של criminal negligence.

117 זהו המונח שהתקבל כאמור בפסיקה הקנדית לתיאור טיב הסטייה ההתנהגותית ואופייה. ראו לעיל ה"ש 105.

118 על מעמדם של קווי האישיות (character) – המעניקים להתנהגות את צביונה העברייני – בקביעת אחריותו הפלילית של אדם, ראו בהרחבה: VICTOR TADROS, CRIMINAL RESPONSIBILITY 44–66 (2005).

119 בפרשת Allan v. Patterson מסקוטלנד, לעיל ה"ש 111, נקבע כי אף שהמבחן הנורמטיבי של הפזיזות הוא אובייקטיבי, על השופט וחבר-המושבעים לתת משקל להסבר שהנאשם נותן לטיב התנהגותו אם יש בו כדי לסתור את ההיבט האיכותי של הפזיזות ("quality of recklessness"). רעיון דומה הובע גם על-ידי בית-הלורדים בפרשת R. v. Lawrence, [1982] A.C. 510. בעניין זה ראו גם: Jonathan Rogers, *The Law Commission's Proposed Restructuring of the Law of Homicide*, 70 J. CRIM. L. 223, 240 (2006).

120 בפרשת דויטש, לעיל ה"ש 9, הוצגה כאמור "ההתרשלות רבתי" כמונח "כמותי" בלבד. לעומת זאת, בפרשת ברקוביץ, לעיל ה"ש 24, קבע בית-המשפט כי "סיווג התנהגות מסוימת כרשלנות רבתי או כרשלנות רגילה הוא סיווג נורמטיבי". אולם טיבו של מבחן נורמטיבי זה לא הובהר בפסק-הדין.

מן המבחן ההכרתי, העשוי ללבוש צורה שונה בשיטות משפטיות שונות (מבחן הכרתי סובייקטיבי או אובייקטיבי). ואכן, הגדרת הפזיזות ב־MODEL PENAL CODE נושאת בתוכה שני רכיבים נפרדים – הכרתי-סובייקטיבי¹²¹ והתנהגותי-נורמטיבי¹²² – כתנאים מצטברים לאפיונה של התנהגות כהתנהגות פזיזה.

פרק ה: בין סייג בפלילים להעדרה של סטייה פזיזה

המקרה של המנתח הנוטל סיכון כדי להציל חיי מנותח, שהבאתיו לעיל כדוגמה המצדיקה את קיומו של יסוד נורמטיבי בעברת הריגה, עשוי לעורר התנגדות, המחייבת התייחסות. טענה המסוגלת להחליש את הצורך להיזקק ליסוד הנורמטיבי של הפזיזות במקרה זה היא כי ניתן לפטור את המנתח מחבות פלילית על-ידי שימוש בסייג של הגנת ה"צידוק". לשם מה אפוא דרוש לנו היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, אם אפשר לתת מענה למקרה זה ולדומיו על-ידי שימוש בסייגים לדין הפלילי?

אולם לדעתי, טענה זו מחמיצה את הבנתו המושגית של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות בשני מישורים: האחד עיוני, אם כי נטול נפקות מעשית לענייננו; האחר מהותי, ויש לו נפקות ממשית הנוגעת למצבים דוגמת זה שאליו נקלעו המנהלת אנג'ל בפרשת מותה הטרגי של תלמידת בית-הספר וכן הנהג הראשון בדוגמה שהובאה לעיל. הבה נתאר מישורי התייחסות אלה על-פי סדר זה.

1. "מעשה רע" (wrongdoing) כתנאי לפלילותה של התנהגות

אכן, נראה כי לא יכולה להתעורר מחלוקת אמיתית בנוגע לטענה כי המנתח בדוגמתנו

121 היסוד הסובייקטיבי ההכרתי של הפזיזות ב־M.P.C. שונה במובן יסודי מזה הנהוג בדין בישראל. בעוד היסוד ההכרתי בישראל מוגדר כ"מודעות", ב־M.P.C. הוא מוגדר כ-"conscious disregard", שהוא מונח הכרתי סביל שמשמעויותיו המורכבות חורגות מתחום נושאו של מאמר זה. בתמצית אומר רק כי המובן שהעניק פלר ליסוד הנפשי של הפזיזות כיסוד הפצי – הנלווה למודעות כיסוד הכרתי אחיד בכל צורות המחשבה הפלילית – אינו מקובל במשפט האנגלו-אמריקאי, שבו לפזיזות יש מאפיין הכרתי ייחודי ושונה מזה של ה"כוונה" (intention) או של ה"דיעה" (knowledge) – המשמשת במודל יסוד נפשי-הכרתי מובחן ונפרד. לגישתו זו של פלר ראו ש"ז פלר "טעות במצב הדברים – בעקבות פסק הדין בע"פ 5612/92 (פרשת האיננוס 'שמרת') ולנוכח תיקון מס' 39 לחוק העונשין" מחקרי משפט יב, 5, 24–27 (1995) (להלן: פלר "טעות במצב הדברים").

122 ראו את ביקורתו של Robinson, *Prohibited Risks*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 373–374, על הגדרת הפזיזות ב־M.P.C. היוצרת לטענתו זיקה – ולפיכך טשטוש – בין היסוד הנפשי (ההתעלמות המודעת כמצב בר-אשמה) לבין הגדרת "הסיכון האסור" כיסוד עובדתי-נורמטיבי. לדעתו, היה מקום ליצירת הגדרה נפרדת של "הסיכון האסור", תוך שימוש באותן אמות-מידה שנקבעו לטיבו של סיכון זה בהגדרת הפזיזות. ראו שם, בעמ' 377–379.

ראוי ליהנות מהגנת הצידוק. אולם במישור העיוני אפשר לשאול: האם הוא ראוי רק לכך? הצידוק – כאחד הסייגים לאחריות הפלילית בחוק העונשין בישראל¹²³ – אף-על-פי שהוא מסיר כל אשמה מהתנהגותו של הפרט, הוא מונח הבוחן את אחריותו לאחר מעשה. במובן זה גם בצידוק, על-אף ההבחנה שבינו לבין פטור,¹²⁴ קיים מימד של "פטור", של סייג בפלילים (לסייג יש קיום ממשי רק לאחר הנחה בדבר ביצוע עברה). במונחים כרונולוגיים ניתן לתאר את הצידוק כמונח המאוחר בזמן לקיומה של אשמה. תפיסה כרונולוגית זו מבוססת גם על המבנה הפרוצדורלי של סדר הדין: תחילה יש להוכיח את התגבשות העברה, על מרכיביה העובדתיים והנפשיים (האשמה), ולאחר-מכן הנטל עובר אל הנאשם להוכיח את קיומו של סייג (ברמה של ספק סביר). ובהמשך ציורית: האם אפשר לטעון כי משהוכחה נטילת הסיכון המודעת של המנתח עמדה התביעה בנטל המוטל עליה להוכיח את התגבשות העברה ועתה הנטל עובר אל ההגנה לעורר את שאלת אפשרות קיומו של צידוק שבדין?

לעומת הצידוק, היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, המתנה את עצם התגבשותה של אשמה, מתאים יותר לבחינה עיונית של התנהגות המנתח. כך, על-פי הגדרת היסוד הנורמטיבי, התנהגותו של המנתח אינה עולה כלל כדי עברה, שכן לא רק שאין בה סטייה נורמטיבית, אלא להפך: היא עולה בקנה אחד עם הציפייה החברתית, וחושפת בכך את סולם הערכים הראוי של בעליה. לפיכך ניתן לקבוע כי מלכתחילה אין היא התנהגות פזיזה, ואין היא מקיימת את יסודותיה של עברת ההריגה, שהפזיזות היא אחד מהם.

על-מנת לעמוד על ההבחנה האמורה, ראוי ליתן את הדעת להבחנה אחרת שהניח Duff בין המונח "אחריות פלילית" (criminal responsibility) למונח "חבות פלילית" (criminal liability).¹²⁵ על-פי הבחנה אחרונה זו, "האחריות הפלילית" משמשת תנאי מכונן לגיבושה של "חבות פלילית", אולם תנאי להתגבשותה של הראשונה הוא היות המעשה, מושא האחריות, "מעשה רע" (wrongdoing),¹²⁶ כלומר – על-פי הגדרתו – מעשה שהיה טעם מוסרי מספק לא לעשותו.¹²⁷ בהיות המעשה "מעשה רע" (ואסור על-פי דין), מתגבשת "אחריותו הפלילית" של בעליו, והוא נקרא, כלשונו של Duff, להצטדק בפני החברה ולהשיב על האשמה. "אחריות פלילית", על-פי

123 ס' 34 לחוק העונשין, הכלול בפרק ה' לחלק א', שכותרתו "סייגים לאחריות פלילית".

124 על הבחנה זו ראו פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 503. הצידוק, על-פי מיקומו בחוק העונשין בישראל, מהווה סייג לאחריות הפלילית, ולא תנאי לה. לגישה שונה, הרואה בצידוק מונח השולל מעיקרא את פליליות המעשה, ראו: GEORGE FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 759 (Boston 1978) (להלן: FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW). כן ראו: Heidi M. Hurd, *Justification and Excused, Wrongdoing and Culpability*, 74 NOTRE DAME L. REV. 1551 (1999).

125 DUFF, ANSWERING FOR CRIME, לעיל ה"ש 75, בעמ' 19–23.

126 שם, בעמ' 81–82.

127 שם, בעמ' 22.

הגדרה זו, מתאפיינת בחובתו של הפרט ליתן דין וחשבון לפני החברה על מעשה רע שעשה.¹²⁸

אולם האחריות הפלילית, על-אף היותה תנאי נחוץ להתגבשותה של "חבות פלילית", אינה תנאי מספיק:¹²⁹ על-מנת לקבוע את חבותו הפלילית של אדם, יש להוכיח גם כי לא עומדים לו כל הגנה או צידוק להתנהגותו. ההבדל בין המונח "אחריות פלילית" למונח "חבות פלילית" טמון אפוא ברעיון ה"צידוק" או ה"הגנה" בפלילים:¹³⁰ בהיות האדם אחראי בפלילים ל"מעשה רע" ואסור שעשה, הוא נקרא להשיב על האשמה ולהצדיק את התנהגותו בפני החברה. אולם אחריות פלילית אינה משתכללת לכלל "חבות פלילית" אלא בהעדרו של סייג מסייגי המשפט הפלילי.¹³¹

הדרישה להתגבשותו של "מעשה רע" (wrongdoing) כתנאי להתגבשותה של "אחריות פלילית" – כלומר, כתנאי לדרישת החברה מן הפרט להשיב על האשמה – אינה, לפי Duff, רק תנאי נחוץ לחבות הפלילית, כי אם הנושא המרכזי של המשפט הפלילי כולו.¹³² מה שמאפיין את הענישה הפלילית הוא הגיוני החברתי הנלווה לה בשל הרע הטמון במעשה.¹³³ האחריות הפלילית היא אפוא האחריות לרע המוסרי¹³⁴ (וכמובן גם החוקי) המאפיין את ההתנהגות, כתנאי מוקדם לשכלולה של האחריות פלילית, המהווה כשלעצמה תנאי לשכלולה של חבות בפלילים. "המעשה הרע" (wrongdoing), כנושא המרכזי של המשפט הפלילי וכתנאי מוקדם לתחילת התהליך של בחינת אשמתו הפלילית של אדם, מצא ביטוי גם בהגותם של George Fletcher¹³⁵ ו-Michael Moore¹³⁶, שטענו אף הם כי בהעדרו של "מעשה רע" אין אנו נכנסים כלל לתחומי המשפט הפלילי.

128 ש.ם.

129 ש.ם, בעמ' 20.

130 ש.ם, בעמ' 21. רעיון זה הובע במקור על-ידי FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 124.

131 DUFF, ANSWERING FOR CRIME, לעיל ה"ש 75, בעמ' 21.

132 ש.ם, בעמ' 80–81. ראו גם את התייחסותו של Duff לשאלת טיב "המעשה הרע" בעברות של "mala prohibita" – ש.ם, בעמ' 82, 89–93.

133 ש.ם, בעמ' 81.

134 לשיטתו של Duff, ביחס לעברות של "mala in se" הקודקס הפלילי נושא אופי הצהרתי בלבד. לעניין זה ראו ש.ם, בעמ' 87.

135 FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 72, בעמ' 306–307: "We need to ask the question, Guilt for what? The answer in the criminal law is always, guilt (culpability or responsibility) for acts of wrongdoing... The guilt of concern to us arises only if we first establish an unjustified violation of a prohibitory norm – in other words, an act of wrongdoing... The act of wrongdoing then comes into focus as the central question .of the criminal law"

136 MICHAEL MOORE, PLACING BLAME: A GENERAL THEORY OF THE CRIMINAL LAW (1997) ההבחנה בין שאלת התגבשותו של "מעשה רע" (המגבש את האחריות הפלילית לפי Duff) לבין שאלת קיומה של אשמה ("חבות פלילית", במונחי Duff) מצאה כאמור ביטוי מוקדם יותר גם

הרעיון הגלום בדרישת התגבשותו של "מעשה רע" כתנאי מוקדם לבחינת פליליותה של התנהגות מסייע לנו בניתוח נורמטיבי של התנהגות המנתח הנוטל סיכון על-מנת להציל את חיי המטופל שלו. על-פי ניתוח זה, התנהגותו של המנתח בדוגמתנו חסרה את התנאי המרכזי להפעלת הביקורת השיפוטית הפלילית: היא אינה מבטאת "מעשה רע"; למעשה, היא מבטאת את ההפך מכך. במונחיו של Duff, התנהגותו של המנתח אינה מכוננת כלל אחריות פלילית (במובחן מאחריות מקצועית), ולפיכך אין כל מקום לבחון את שאלת התגבשותה של חבותו בפלילים: המנתח אינו נקרא כלל להשיב על האשמה – היש טעם אפוא לבחון את האפשרות לפטור אותו על-ידי סייג מסייגי המשפט הפלילי? היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, על-פי הניתוח האמור, מבטא אפוא את מבחן "המעשה הרע" כתנאי לבחינת אחריותו הפלילית של אדם. תוצאת האיוון המתקבלת מהפעלת אמות-המידה שלו – באיוון זה לעומת זה – מבטאת את המסקנה הנורמטיבית-האובייקטיבית בשאלת אפיונו של המעשה כ"מעשה רע". בכך הוא מבטא, על-פי מונחיו של Moore, את ההיבט הנורמטיבי של היסוד ההתנהגותי בעברה: "המעשה האסור" מבטא לא רק את דרישת התגבשותו של ה-"actus reus" במובן ה"טכני", כי אם גם את השיפוט הנורמטיבי שלו – את המסקנה כי הוא מעשה רע.

הכשל בגישה הפסיכולוגית (הקוגניטיבית) של האשמה, המתנה את גיבוש האחריות הפלילית בשאלת קיומה של מודעות בלבד, נעוץ, לפי ניתוח זה, בנטייתו לבחון את שאלת ה"אשמה" בנפרד משאלת "המעשה הרע" או "המעשה האסור".¹³⁷ על-פי הביקורת האמורה, היסוד הנפשי – ה-"mens rea" – אינו מבטא את מושא האחריות הפלילית כי אם אך את התנאי לשכלולה של "חבות פלילית".¹³⁸ אולם בטרם תיבחן שאלת התגבשותה של חבות פלילית, יש להוכיח את התגבשותו של מושא האחריות – את היות המעשה "מעשה אסור" (מעשה רע). נטילת הסיכון המודעת של המנתח אינה מושא האשמה, אלא אך תנאי לה, ובלבד שיוכח הפסול בהתנהגותו.

בהגותו של Michael Moore. לטענתו של Moore, תיאוריית האחריות הפלילית הדומיננטית במשפט האנגלו-אמריקאי מבוססת על ההבחנה שבין שני רכיביה המרכזיים: האחד, היות המעשה העומד לביקורת "מעשה רע ואסור"; והאחר, קיומה של אשמה (ראו עמ' 45–46 ו-191–192 בספרו לעיל). כאשר לרכיב הראשון טען Moore כי הוא עצמו מורכב משני רכיבים נפרדים: **המעשה** כביצוע "טכני" של ה-"actus reus" המנוי בעברה, ו**אופיו** כמעשה "רע ואסור" במובן הפלילי (ראו לעיל, בעמ' 497–498). לעניין זה ראו גם את התייחסותה של קרן שפירא-אטינגר "יסוד עובדתי ויסוד נפשי", לעיל ה"ש 62, בעמ' 497–498, לחוסר האפשרות לנתק את ההיבט הטכני של היסוד ההתנהגותי מתכניו הרצוניים ומתוכנו הנורמטיבי.

137 ראו את ביקורתו של FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 72, בעמ' 318, על התיאוריה הפסיכולוגית של האשמה בהקשר זה: "Of all the mistakes generated by the psychological theory of guilt, the most egregious is the tendency to analyze culpability independently of wrongdoing". ראו גם את ביקורתו של DUFF, ANSWERING FOR CRIME, לעיל ה"ש 75, בעמ' 82–83.

138 DUFF, שם. במובן מסוים אפשר לומר שאי-התגבשותו של היסוד הנפשי מהווה, לשיטתו של Duff, מעין סייג לגיבושה של "חבות פלילית" על "מעשה רע" שעשה אדם ואשר בגינו הוא נקרא להשיב על האשמה.

אולם הבחנה עיונית זו, הנעדרת כל נפקות מעשית לעניינו של המנתח,¹³⁹ אין בה כדי להצדיק את קיומו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות. לשם הבנת חשיבותו של יסוד זה ראוי לשוב לעניינה של אנג'ל או לעניינו של הנהג במקרה א בדוגמה שהובאה לעיל. הבה נבחן אם כן את עניינם.

2. היסוד הנורמטיבי של הפזיזות כמבחן אשמה

אמות-המידה הנסיבתיות של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות משמשות כאמור כמבחניה הנורמטיביים של ההתנהגות – הן מסייעות לנו בגיבוש המסקנה אם ההתנהגות העומדת לביקורתנו, בנסיבותיה, היא בבחינת "מעשה רע". מעשה רע, על-פי מבחן זה, הוא מעשה שהיה אסור לעשותו בהתחשב בעוצמת הסיכון, בטיבו ובתכלית נטילתו. מדובר במבחן אובייקטיבי-נורמטיבי המבוסס על ערכיה המקובלים של החברה: "המעשה הרע" (או "המעשה האסור") הוא חלק מהגדרת יסודות העבירה, וככזה הוא אובייקטיבי במהותו.

אולם היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, כאמור לעיל, מכיל בתוכו גם **מבחן אשמה**: "סטייה גדולה מהתנהגותו של אדם שומר חוק". זהו מבחן עצמאי ונפרד ממבחן "המעשה הרע", והוא משמש **תנאי נוסף** להתגבשות היסוד הנורמטיבי של הפזיזות. העובדה שמעשה נתון הוא "מעשה רע" על-פי מבחני אמות-המידה של הפזיזות אין בה כדי לאפיין את נטילת הסיכון האסור כמעשה פזיז; יש להוכיח גם כי נטילת הסיכון האסור נובעת מעמדה **נורמטיבית פסולה** של נוטל הסיכון, כלומר, שהיא מבטאת יחס לא-ראוי של נוטל הסיכון כלפי הערך המוגן בעבירה.¹⁴⁰

היבטו השני של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות כמבחן "אשמה", בניגוד להיבטו הראשון כמבחן "המעשה הרע", הוא מבחן **סובייקטיבי-אישי**. הוא בוחן את יחסו הסובייקטיבי (לאו דווקא ההכרתי) של הנאשם לערך המוגן בעבירה, כפי שהוא משתקף **מהתנהגותו**. כפי שהראיתי לעיל, היסוד הנורמטיבי של הפזיזות – "ההתרשלות רבתי" (gross negligence) או "הסטייה הממשית" (marked departure) – התפרש כמצבים

139 ההבחנה בין "המעשה הרע" לבין רעיון ה"אשמה" אינה רלוונטית לעניינו של המנתח, שכן התנהגותו אינה פלילית לפי כל תיאוריה משפטית, בין כמעשה שאינו אסור ובין על-דרך הסייג בפלילים. אולם ההבחנה זו יש השלכה על תחומים אחרים של המשפט הפלילי, שאינם מעניינו של מאמר זה.

140 היטיב לבטא את הדברים FLETCHER, בספרו THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 72, בעמ' 327: "The remarkable feature of these definitions [of recklessness and negligence] is that they track, more clearly than any other place in the MPC, the distinction between wrongdoing and culpability. The assessment of the risk as 'substantial and unjustified' is in effect a question about the wrongfulness of the risk, as abstracted from the actual circumstances of the actor's choosing or failing to know about the risk. The subsequent analysis of running the risk requires a highly contextual judgment of culpability under the circumstances".

המבטאים יחס שלילי מודע או בלתי-מודע (בהתאם לדרישה הסטטוטורית במערכת משפטית נתונה) של הנאשם כלפי הערך המוגן בעברה.

החיבור בין שני היבטיו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות מאפיין אותו אפוא כמבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי: ההיבט הראשון נוגע לשאלת קיומו של "מעשה רע" במישור הנורמטיבי (מעשה שאסור לעשותו לנוכח עוצמתו, טיבו ותכליתו של הסיכון הטמון בו), שהיא שאלה אובייקטיבית במהותה; והשני נוגע לשאלת אופייה של הפזיזות כסטייה נורמטיבית אישית או כמעשה עברייני, שצורתו היא לעולם סובייקטיבית (היחס השלילי או הזלזול בנורמה הם "קניינו" הפרטי של נאשם ספציפי).

השיפוט המוסרי של ההתנהגות מבטא את הרעיון האריסטוטלי של האשמה – את רעיון ה-*mens rea* במקורו העתיק,¹⁴¹ עוד לפני עלייתן של ההבחנות הפסיכולוגיות-הקוגניטיביות של האשמה. אולם בשנים האחרונות אנו עדים לפריחתו המחודשת ולצמיחתן מחדש של תיאוריות אשמה המבוססות על שיפוט נורמטיבי-ערכי-מוסרי של ההתנהגות.¹⁴² על-פי תיאוריות אלה, האשמה אינה יכולה להצטמצם לשאלת מצבו הקוגניטיבי של הנאשם בעת ביצוע העברה, שכן עובדה זו אינה מבטאת כשלעצמה מצב של אשם.¹⁴³ על-מנת שיהיה אפשר לקבוע את אשמו של אדם, יש לבחון, בנפרד מן השאלה ההכרתית (יהא טיבה ומבחנה אשר יהא), גם את הביטוי המוסרי¹⁴⁴ הגלום בהתנהגות מסוימת בנסיבותיה.¹⁴⁵

141 על מקורה האריסטוטלי של תורת המשפט המוסרית ככלל ראו: Lawrence B. Solum, *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*, 34 METAPHILOSOPHY 178, 179 (2003). על תורת האשמה המוסרית האריסטוטלית ראו: R.A. Duff, *Virtue, Vice and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?* 6 BUFF. CRIM. L. REV. 147 (2002). ראו, בין היתר, את מאמרו של Solum, שם. ראו גם: Samuel H. Pillsbury, *Speaking the Language of Evil*, in MINDING EVIL: EXPLORATIONS OF HUMAN INEQUITY 55 (M. Breen ed., 2005); Kenneth W. Simons, *Should the Model Penal Code's Mens Rea Provisions Be Amended?* 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 179, 198–200 (2003); Martin R. Gardner, *The Mens Rea Enigma: Observations on the Role of Motive in the Criminal Law Past and Present*, UTAH L. REV. 635 (1993). כן ראו את התייחסותו של DUFF בספרו ANSWERING FOR CRIME, לעיל ה"ש 75, בעמ' 84, לתיאוריה המוסרית של המשפט, שאותה כינה "Legal Moralism".

143 ראו, למשל, את ביקורתו של DUFF, שם, בעמ' 82–83, וכן את ביקורתו של FLETCHER בספרו THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 72, בעמ' 318–319, על תורת האשמה הקוגניטיבית בהקשר זה.

144 כך הציג Kyron Huigens את מבחן האשם הנורמטיבי: "In many places, the criminal law's assessment of the quality of the defendant's practical reasoning is not limited to the intentional state of mind that accompanies the conduct at issue. It extends, in addition, to the defendant's set of standing motivations, or ends – to their acquisition, development, maintenance, and ultimate issuance in the alleged offense. The most familiar example of this kind of fault inquiry is criminal negligence... It also shows up in the *ex post* normative determination that judges and juries are asked to make within the familiar intentional state formulations of fault: for example, whether a risk is 'substantial and unjustifiable' in the

היסוד הנורמטיבי של הפזיזות (כמו זה של ההתרשלות רבתי, או בכינויה הנרדף – "criminal negligence") מבטא אפוא, לצד היסוד ההכרתי של הפזיזות, גם מבחן אשמה **ערכי-מוסרי** המזהה בהתנהגות העומדת לביקורת, בנסיבותיה, יחס של **אי-אכפתיות מספקת** או התעלמות א-נורמטיבית מאפשרות הפגיעה באינטרסים חיוניים של הזולת.¹⁴⁶

מבחן השיפוט הערכי-המוסרי של ההתנהגות הטמון בהגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות עשוי לסייע לנו בניתוח נורמטיבי של התנהגותה של המנהלת אנג'ל או של הנהג במקרה א בדוגמה שהבאתי לעיל. אנג'ל, שהייתה מודעת לסיכון הטמון בחלונות בית-הספר, הייתה אמורה – על-פי התפיסה העיונית שהתקבלה בפרשת **סובאח** – לעמוד לדין בעבירת הריגה. כזה הוא גם עניינו של הנהג במקרה א, שכן כאשר עמד בצומת, הוא הבחין היטב¹⁴⁷ בסיכון הכרוך בחצייתו (בסוג הסיכון או בסיכון במובנו הכללי) – סיכון שאכן התממש. העמדת שניים אלה לדין בעבירת רשלנות בלבד מקורה בהכרעה שלפיה התנהגותם היא "סבירה" **במישור הנורמטיבי-הערכי** (במובחן משאלת סבירות טעותם במישור הקוגניטיבי, שעשויה לעיתים אף ללבוש "צורה" של טעות-אנוש, או משאלת הסבירות הנורמטיבית של אמצעי הזהירות שנקטו¹⁴⁸ – שאלות הנוגעות לעבירות של רשלנות). אם אי-אפשר להצביע על סטייה נורמטיבית-ערכית גדולה בהתנהגותם – סטייה שמקורה בשיבוש סולם הערכים החברתי על-פי איזונו הראוי – או לכל-הפחות

Model Penal Code's definition of recklessness." Kyron Huigens, *Duress is Not a Justification*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 303, 307 (2004)

145 על הביקורת הליברלית על מבחן האשמה השיפוטי-המוסרי ועל ההתמודדות עם ביקורת זו ראו במאמרו של Pillsbury, לעיל ה"ש 142. כן ראו את התייחסותו של DUFF בספרו ANSWERING FOR CRIME, לעיל ה"ש 75, בעמ' 84–89, לביקורת דומה של תורת המשפט הפוזיטיביסטית על מבחן אשמה זה.

146 הגדרתה של הפזיזות ב-M.P.C. כיסוד הכרתי א-נורמטיבי מבטאת, לשיטתו של Simons, לעיל ה"ש 142, בעמ' 199, מעין "תערובת" של שני מיני אשמה – מודרני-תיאורי (מודעות) ומסורתי-מוסרי: "The MPC's current provisions are a mix of descriptive and more evaluative criteria. Purpose and knowledge are fully descriptive. The 'conscious... of a substantial risk' component of the recklessness criterion is descriptive, while the 'unjustifiable' risk and 'gross deviation' language are evaluative. Negligence is a fully evaluative criterion, as is 'extreme indifference murder'. 'extreme indifference' murder... היא עבירת ה"רצח באדישות" שב-M.P.C., שהיא עבירת רצח המבוססת על מבחן נורמטיבי טהור (ללא מבחן הכרתי מוגדר). לעבירה זו אתייחס בה"ש 181 להלן.

147 המחשבה שהתגבשה אצל הנהג ברגע שהחליט לחצות את הצומת, שלפיה הוא מסוגל לצלוח חצייה זו בשלום, אינה אלא הנחה (או שמא ראוי לכנותה "תקווה"), המבוססת על הערכה בלבד. על-כן נראה כי התקיימו בתודעתו היסוד ההכרתי והיסוד החפצי המאפיינים את קלות-הדעת. אולם שאלת סבירותה של התנהגותו במישור הנורמטיבי היא שאלה נפרדת.

148 ההבחנה בין פזיז לבין רשלן היא הבחנה בין מצב המתאר הלך-נפש של "one who does not care" (הפזיז) לבין אפיון התנהגותי של "one who does not take care" (הרשלן). ראו בעניין זה WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 98–99.

על סטייה ממשית במישור הכמותי (gross deviation), אזי אי-אפשר להרשיעם בעברת הריגה.

לחידוד טענתי זו אומר כך: כאשר מתגבשים יסודותיו של סייג הצידוק (כמו בדוגמת המנתח) או של סייג אחר כלשהו מסייגי המשפט הפלילי, אין נפקות מעשית ליישומו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות (שכן הסייג עצמו מאפיין את ההתנהגות העומדת לביקורת כנורמטיבית). אולם לעיתים, גם כאשר לא התגבש סייג כלשהו לאחריות, בחינת נסיבות העניין על-פי אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי מחייבת את המסקנה שאין מדובר בהתנהגות הראויה להיחשב פלילית,¹⁴⁹ ולפחות לא פזיזה.¹⁵⁰ לפיכך לא יהיה אפשר להתייחס להתנהגות זו כמקיימת את יסודותיה של עברת ההריגה.¹⁵¹ בכך יהיה משום יצירת תשתית קוהרנטית להבחנה ראויה בין התנהגויות שונות – מבחינת אופיין הנורמטיבי – שנלוותה להן מודעות שוות-ערך (שני הנהגים בדוגמתנו דלעיל).

משמעותה של הבחנה זו היא אפוא שאין להתנות את שלילת פליליותו של "מעשה אסור" (מעשה שהייתה סיבה מוסרית מספקת לא לעשותו) אלא בהתגבשותו של סייג מסייגי המשפט הפלילי בלבד. "המעשה האסור" צריך שיהיה בעל אופי פלילי כשלעצמו,¹⁵² בטרם תיבחן האפשרות לשלול את אופיו זה על-ידי הוכחת התגבשותו של סייג.¹⁵³ הבנה מעמיקה זו של מהות המעשה הפלילי מובילה למסקנה שיש להבחין

149 במדינות שבהן לא קיים יסוד נפשי דוגמת יסוד הרשלנות שבדין הישראלי, יהיה במסקנה שלפיה לא התגבש היסוד הנורמטיבי של הפזיזות כדי להביא לידי זיכוי הנאשם.

150 בדין הישראלי בחינת ההתנהגות עשויה לעבור מן המישור של מחשבה פלילית (פזיזות) אל מישור הרשלנות.

151 בפרשת אבני, לעיל ה"ש 45, טענה ההגנה כי בשל העובדה שהמערער התנגד לעיקול בלתי-חוקי שביצע המנוח – התנגדות לגיטימית כשלעצמה – אין מקום לייחס לו עברת הריגה, ויש להסתפק בעברה של גרם מוות ברשלנות. טיעון זה תוקף את הנחת התגבשותו של יסוד הפזיזות בהתנהגות המערער לא בפרספקטיבה הכרתית, כי אם בפרספקטיבה נורמטיבית: הטענה היא כי גם אם דבק פסול בהתנהגות, יש לתת משקל לגיטימיות ה"יחסית" שלה בעת ההכרעה בשאלה באיזו עברה יש להרשיעו – הריגה או גרם מוות ברשלנות. אולם בית-המשפט העליון לא בחן כלל את הטענה בהקשר זה, וקבע, בהתאם לרוח הפסיקה בישראל, את התגבשותה של הפזיזות על יסוד הצפיות הסובייקטיבית של הסיכון בלבד.

152 DUFF, בספרו ANSWERING FOR CRIME, לעיל ה"ש 75, בעמ' 84, כותב: "Legal moralism provides a more ambitious interpretation of the idea that crimes should be moral wrongs" ראו גם את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בקנדה בפרשת R. c. Beatty, [2008] 1 S.C.R. 49, שם נקבע כי המבחן של סטייה גדולה ("marked departure") כמבחן אובייקטיבי-נורמטיבי חיוני להבחנה בין מעשה שהוא פלילי במהותו לבין מעשה שהוא בגדר עוולה אזרחית של רשלנות (בקנדה אין עברה של המתה ברשלנות כמובנה בישראל) ולריסון תחומי נפקותו של המשפט הפלילי.

153 ראו את הבחנתו של Huigens, לעיל ה"ש 144, בעמ' 309, בין סייג בפלילים לבין מצב של העדר אשמה: "The problem with W & M's analysis of duress as an excuse is that they have confused non-fault and excuse. They describe excuse as an argument that one's conduct is 'not the product of the kind of disregard of others that the jurisdiction at hand represents actors to have possessed when it publicly condemns actors for engaging in such conduct.' But this is an argument of non-fault, not an argument of excuse"

בין מעשה שראוי להצדיקו או לפוטרו מן התיוג הפלילי לבין מעשה שגם אם אפשר לבקרו או לגנותו במישור החברתי, או אפילו האתי או המוסרי (במקרים של סטייה נורמטיבית קלה), אין הוא עולה כדי אחריות פלילית.¹⁵⁴ הבחנה זו מותרת קשת של מעשים שאינם ראויים לאכיפה פלילית, ושוללת את השקפת העולם הדיכוטומית המאפיינת כל התנהגות כאסורה או כמותרת בלבד.¹⁵⁵ סף דלתה של האכיפה הפלילית

או של הנהגה במקרה א בדוגמתנו דלעיל אינן מגבשות סייג בפלילים, אולם אין בכך כדי להגיע למסקנה כי התנהגותם עולה כדי התנהגות פלילית.

154 בפרשת *R. v. Finlay*, [1993], 3 S.C.R. 103, בפרשת *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, ובפרשת *R. v. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, קבע בית-המשפט העליון בקנדה כי התגבשותן של עברות פליליות על-פי הקוד הפלילי הקנדי (במובחן מעברות רגולטוריות קלות) מותנית בהוכחת "הסטייה החמורה" ("marked departure") כיסוד אובייקטיבי-נורמטיבי, וזאת אף בעברה שהוגדרה בקוד במפורש כעברת רשלנות "רגילה". בפרשת *Beatty*, לעיל ה"ש 152, אף נקבע כי יסוד זה הוא תנאי להרשעה לפי פרק 7 לצ'רטר הזכויות הקנדי, ומהווה לפיכך תנאי חוקתי להרשעה בפלילים.

155 בביקורתו על הלכת דויטש כותב פלר את הדברים הבאים: "מה יקרה אם שני המרכיבים שבשילובם הם ברמה הנמוכה, דהיינו: הסטייה האובייקטיבית הייתה בגדר רשלנות רגילה, ואילו היחס הנפשי לא עלה כדי אדישות, אם כי התבטא בראייה מראש של הנוולד? לפי לשון ההלכה, מן הנמנע להגדיר את האירוע כהריגה. אך מן הנמנע להגדירו אף כ'גרימת מוות בהתרשלות', לפי סעיף 304 לחוק העונשין; זאת, כיוון שעבירה זו מותנית, במישור המנטאלי, באי-מודעות העושה לאפשרות לגרימת הפגיעה בחיי הקורבן או בשלמות גופו; והנחתנו היא, שהוא היה דווקא ער לאפשרות זו. כלומר, גורל האירוע הוא ליפול בין הכיסאות – פחות מדי לשם הריגה, יותר מדי לשם גרימת מוות ברשלנות. המוצא היחיד מדילמה זו הוא בכך, שקשה שלא להעריך סטייה מרמת זהירות סבירה תמיד כרשלנות רבתי, גסה, כאשר המתרשל היה 'ער לסכנה שהיתה צפויה מהתנהגותו לחייהם או לגופם של אחרים', כפי שהשופט אגרנט הגדיר, וכולם מתנים את מושג ה'פזיזות'. ואם כך הדבר, מה הועילו חכמים בתקנתם? כל ההבחנה מסתברת כמיותרת." ראו פלר "הלכת דויטש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 159 (ההדגשות במקור).

לדעתי, הדברים משקפים עמדה דיכוטומית מדי ביחס למהותו של המעשה הפלילי, השופטת את ההתנהגות העומדת לביקורת כאחת משתיים בלבד – כהתנהגות אסורה או כהתנהגות מותרת. על-פי עמדה זו, התנהגות שגורמה למוות חייבת ליפול לגדר אחת מעברות ההמתה – רצח, הריגה או גרם מוות ברשלנות – אלא אם כן התקיים סייג או התקיימה אי-מודעות סבירה ליסוד מיסודות העברה (מצבי פטור מובהקים). אולם זו אינה הגישה השלטת במשפט המקובל, שלפיה דינה של התנהגות נטולת סממנים עברייניים – בהתאם לאמות-המידה הנורמטיביות של הפזיזות – להיבחן בהליך האזרחי, ולא בזה הפלילי, קרי, כהתנהגות פסולה או בלתי-ראויה, אך לא פלילית. בעניין זה ראו לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 446–447. עניינה של אנג'ל ועניינה של הנהגה הראשון בדוגמה שהובאה לעיל עשויים, לפי ניתוח זה, ליפול אל מחוץ לגדר המעשה הפלילי: ניתן לטעון כי אין להרשיעם בעברת הריגה מפני שהתנהגותם משקפת לכל-היותר "טעות-אנוש" בתחום קבלת החלטות, וטעות כזאת אינה מעשה פלילי. מצד אחר, הרשעתם בעברת רשלנות, שתכליתה היא לגרום לפרטים בחברה לגלות ערנות לסיכונים שבהתנהגותם, היא חסרת תכלית, שכן הם גילו ערנות לסיכון, וטעותם נוגעת רק לאופן התמודדותם איתו. מה טעם אפוא להרשיעם בעברה מעברות אלה? וגם אם נקבל את הטענה שבהתנהגותם של השניים ניתן לזהות סטייה נורמטיבית מסוימת (שיפוט נורמטיבי הוא לעולם סובייקטיבי), יהיה אפשר עדיין להגדיר את הרשלנות כדרך שהגדירה אותה ועדת

אינו מעוגן במקום שבו אי־אפשר להצדיק התנהגות העומדת לביקורת, ונטילת סיכון מודעת עשויה להתאפיין כבלתי־ענישה גם בהעדרו של סייג. למעשה, די בכך שהיא אינה בעלת מאפיינים פליליים, על־פי המובן האיכותי של מונח זה (יסוד האשמה הנורמטיבי), כדי לפטור את נוטל הסיכון מאחריות פלילית.

זוהי, לפיכך, התפלגות דו־מושגית של הפזיזות מן הרשלנות, והיא מבוססת על אחת משתי ההבחנות הבאות או על הצטברותן של השתיים: האחת נוגעת לשאלת התגבשותו של יסוד נפשי־הכרתי סובייקטיבי, והאחרת נוגעת לשאלת התגבשותה של סטייה נורמטיבית במישור ההתנהגותי. ההבחנה בין פזיזות ורשלנות אינה מבוססת אפוא אך ורק על שאלת המודעות, אלא גם על שיפוט ערכי (value judgment)¹⁵⁶ של אופי ההתנהגות.¹⁵⁷ הבחנה כפולת־פנים זו נוהגת בכל שיטות המשפט שמקורן במשפט המקובל.¹⁵⁸

156 החקיקה הקנדית – ראו ה"ש 158 להלן – שלפיה רשלנות היא גם מעשה של נטילת סיכון מודעת שמידת אי־סבירותה אינה גבוהה. באופן זה יישמר הרצף העונשי אף לשיטתו של פלר. ראו גם אצל Norrie, לעיל ה"ש 82, שהגדיר מבחן נורמטיבי זה כ־"socio-political value judgment".

157 השוו לפסק־דינו של בית־המשפט העליון בע"פ 9826/05 מחאגינה נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק־דינה של הנשיאה בניש (טרם פורסם, 9.7.2008), שם נאמרו הדברים הבאים: "היסוד העובדתי בעבירה זו [גם מוות ברשלנות – ש' כ'] זהה ליסוד העובדתי בעבירת ההריגה, וכולל כל מעשה או מחדל שגרמו לתוצאה שהיא מותו של אדם... בעוד שהיסוד העובדתי של עבירת גרימת המוות ברשלנות זהה לזה של עבירת ההריגה, הרי שמבחנית היסוד הנפשי נבדלות העבירות זו מזו." על־פי האמור, מדובר אפוא בהבחנה חד־מושגית בין פזיזות ורשלנות.

158 הבחנה זו קיבלה ביטוי מדויק בנייר־עבודה של ועדת החקיקה הקנדית בוזו הלשון: "Negligence means not taking enough care perhaps through inadvertence but perhaps also through other things such as misjudging or using insufficient skill." Law Reform Commission of Canada, *Omissions, Negligence and Endangering*, p. 22 (working paper 46, 1985). כך גם בדוח מס' 31 שהניחה ועדת החקיקה בהצעתה לתיקון הקודקס הפלילי הקנדי: "Where the risk is taken consciously, the difference between negligence and recklessness is that, in the latter instance, it is much more unreasonable to take it; this calls for a value judgment in each individual case." LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, RECODIFYING CRIMINAL LAW (REVISED AND ENLARGED EDITION OF REPORT 30) 25 (report 31, 1987) (לעיל: דוח ועדת החקיקה הקנדית). בנייר־העבודה הוועדה מתייחסת לאפשרות לזהות את הרשלנות, בין היתר, גם עם חוסר מודעות, אך בדוח היא מציגה הבחנה נורמטיבית בין הפזיזות לרשלנות, תוך שהיא מכירה באפשרות שהתנהגות מודעת־סיכון תיחשב אף היא – בנסיבות שאינן מבטאות סטייה ערכית או סטייה ערכית גסה – כרשלנות.

פרק ו: סבירות הסיכון

1. מעמדו של מבחן "ממשות הסיכון" (substantial risk) בבחינת סבירות הסיכון

אמות-המידה לבחינת סבירותה של נטילת סיכון במשפט המקובל, המעוגנות בהגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות (או בהגדרת יסוד "ההתרשלות רבתי"), הן אלה שבכוחן גם להניח תשתית עיונית להרשעה בעבירת הריגה במצב הייחודי המכונה "משחק בנשק" ובמצבים דומים. כאמור לעיל, אמות-מידה אלה עניינן בעיקר תכלית הסיכון או התועלת החברתית שבו, טיבו או סוגו, ודרגתו. הבה נבחן את המשחק בנשק על-פי אמות-מידה אלה.

ראובן, המחזיק אקדח ברישיון, משוכנע בכנות כי האקדח פרוק מתחמושתו ואינו דרוך. שכנועו נובע מכך שהוא טועה בהבנת דרך פעולתו של האקדח, אשר בפועל טעון ומוכן לירי. ראובן מכוון את הנשק אל חברו וסוחט את ההדק – לשם משחק בלבד. החבר נפגע מן הירי ומת. הנוכל להרשיע את ראובן בעבירת הריגה? הנוכל לייחס לו מודעות לאפשרות גרימתה של התוצאה הקטלנית?

ראובן מודע לסיכון הכללי הכרוך בשימוש באקדח ומבין אותו – את זאת אפשר לקבוע ללא קושי. עם זאת, קשה לייחס לראובן עבירת הריגה, מפני שמודעותו לסיכון היא "רעיונית" בלבד, תיאורטית. טעותו בשאלת מצבו המכני של האקדח שוללת את ממשות הסיכון, ואיתה את מודעותו לאפשרות הממשית להתרחשותה של תוצאה קטלנית. הוא לא היה מודע לאפשרות ממשית זו, ולפיכך אי-אפשר – לכאורה – לייחס לו נטילת סיכון לחיי חברו.¹⁵⁹ אם משמעות הדבר היא החלטה מודעת ליטול סיכון ממש.¹⁶⁰

159 לכאורה, טעות שוללת מודעות ושוללת את חופש הבחירה לנהוג אחרת, ועל-כן היא נעדרת אשמה. אולם ההנחה שהטעות עצמה נתונה לבחירתו החופשית של האדם ממקמת את האשמה בטעות גופה. שאלה זו בנוגע לטיבה של הטעות האנושית העסיקה פילוסופים שונים בעת החדשה. דקרט, למשל, סבר כי טעות היא תוצר של שימוש לא-ראוי בבחירה החופשית. לפי גישתו, קיימים אומנם משפטים לא-נכונים, אבל עובדה זו לברדה אינה מבטאת את רעיון הטעות. טעות אינה עובדה, אלא מצב אנושי, שכן קיומה מותנה בהסכמת רצונו החופשי של אדם עם משפטים לא-נכונים אלה. אילו נמנע האדם מלחרוץ משפט במקום שאין לו ידיעה ברורה לגביו (ובכלל זה בעניינים שלא יכולה להיות לו ידיעה ברורה לגביהם), לא היה לטעות קיום אונטולוגי. אולם בעוד שכלו של האדם מוגבל, רצונו אינו מוגבל, והוא מפתח אותו לחרוץ משפט גם מחוץ לתחום ידיעתו. מן האמור יוצא כי טעות, ככל חטא, היא בת-אשמה. ראו רנה דקארט **הגיונות: על הפילוסופיה הראשונית** היגיון רביעי 92–104 (אלחנן יקירה עורך, דורי מנור מתרגם, ידיעות ספרים, 2006).

לעומת דקרט טען שפינוזה כי אף-על-פי שטעות היא חריצת משפט על-פי הרצון, אין היא נתונה לבחירתו של האדם, והיא בלתי-נמנעת. לעניין זה ראו ברוך שפינוזה **תורת המידות** ספר ב, משפט מט (יעקב קלצקין מתרגם, 1967). לתיאור תמציתי של מחלוקת פילוסופית זו ראו ש"ה ברגמן **תולדות הפילוסופיה החדשה** 163 (מהדורה שישיית, 2002).

160 מצב זה אינו דומה למשחק "רולטה רוסיית", ולא רק מן הבחינה של עוצמת הסיכון: תכליתו של

אולם על-פי מונחי היסוד הנורמטיבי של הפזיזות ניתן, לדעתי, להניח תשתית עיונית איתנה להרשעתו של ראובן בעברת הריגה. כך, ראובן אומנם לא היה מודע למידת הסתברותו הממשית (דרגתו) של הסיכון, שכן הסיכון הכללי שאליו היה מודע היה תיאורטי בלבד, במידה שהפכה את נטילתו ל"סבירה" בעיני ראובן. אולם אף-על-פי שדרגת הסיכון – ההסתברות, הקונקרטיות או הממשות שלו (substantial risk) – היא אחת מאמות-המידה לסבירות נטילתו, אין היא אמת-המידה היחידה. במקרה של משחק בנשק, אמות-המידה האחרות – "תכלית" הסיכון ו"טבעו" – מקבלות אופי חמור במיוחד: הסיכון הכללי, שראובן היה מודע לו, היה סיכון כלפי הערך המוגן ביותר על-פי תפיסתה הנורמטיבית של החברה – חיי אדם; בה-במידה אי-אפשר לזהות בהתנהגותו של ראובן שום תועלת חברתית או תכלית ראויות. על-כן, באיזון הכללי של אמות-המידה לבחינת "סבירות" הסיכון, נטילת הסיכון הכללי בנסיבות אלה עשויה להתאפיין כסטייה ממשית מנורמה של "אדם שומר חוק" וכהתנהגות פזיזה.

הניתוח החלופי האמור, המבוסס על מושגי היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, מדגיש אפוא את מעמדה של אמת-המידה של "ממשות הסיכון" (substantial risk) כאמת-מידה שאינה עומדת לעצמה,¹⁶¹ אלא ככזו שיש לאזנה תמיד עם אמות-המידה האחרות של תכלית הסיכון וטיבו. איזון כזה עשוי להוביל לעיתים למסקנה כי די במודעות כללית ולא-קונקרטית לסיכון כדי לאפיין את התנהגותו של אדם כפזיזה.¹⁶²

משחק "הרולטה הרוסית" היא עצם הריגוש שבנטילת הסיכון; ואילו בבסיס ההתנהגות של משחק בנשק לא עומד הריגוש שבנטילת סיכון, אלא הריגוש הטמון בעיסוק בכלי-נשק, שאליו נלווית הנחה מוטעית בדבר העדרו של סיכון קונקרטי.

161 טענה כזו בנוגע למעמדו של מבחן "ממשות הסיכון" (substantial risk) בהגדרת הפזיזות ב-M.P.C. הובעה לאחרונה בספרם של ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 27. לטענתם: "The level of risk imposed will bear on its justifiability but is not itself an independent criterion of recklessness. Even very tiny risk imposition can be culpable if imposed for insufficient or misanthropic reasons, just as very large risk imposition can be nonculpable if supported by weighty reasons. It certainly may be the case that there is a level at which the risk becomes so minute that it may not be worth devoting precious resources to criminalizing the conduct or prosecuting the actor; but this practical argument does not undermine our conceptual claim that an actor's culpability hinges entirely on the unjustifiability of the risk. Imposing unjustifiable risks to other's legally protected interests is culpable behavior because it displays insufficient concern for other's interests" Larry Alexander, *Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 CAL. L. REV. 931 (2000).

162 ראו התייחסות דומה בספרם של ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 25 (ה"ש 6 שם), שבה טענו כי: "We believe, however, that one may impose what may be viewed as an 'insubstantial' risk, but that risk may be so unjustified that its imposition is still a 'gross deviation' from the risk a law-abiding person would take". רעיון דומה הובע גם על-ידי Simons, לעיל ה"ש 142, בעמ' 190–191. בהקשר זה מעניינת גם הפנייתו (שם, בה"ש 38) להערה

אולם ראוי, לדעתי, לשים לב לעובדה שפרשנות זו בנוגע למעמדה של אמת-המידה של "ממשות הסיכון" אינה אלא הכרה באפשרות ה"זליגה" של תוכני היסוד הנורמטיבי של הפזיזות אל מאפייניה ההכרתיים. זאת, מכיוון שכאשר אנו אומרים כי ראובן "תפס" את הסיכון הכרוך במשחק בנשק כסיכון תיאורטי גרידא – ולפיכך "ראה" את נטילתו כהתנהגות "סבירה" – אין זה אלא ניתוח של "תת-מחשבתו". האמת צריכה להיאמר: סביר יותר להניח שמחשבתו המודעת של ראובן הייתה פשוטה יותר – הוא סבר כי אין כל סיכון בהתנהגותו, ועל-כן גם לא ראה את עצמו כמי שנוטל סיכון. למעשה, ניתן אף לטעון כי הוא טעה "טעות כנה" בשאלת קונקרטיזציה הסיכון – אם משמעותה של "כנות" טעות אינה אלא העדרו של ספק – ולפיכך אי-אפשר לייחס לו מודעות לסיכון. אולם על-פי הפרשנות האמורה, היסוד הנורמטיבי של הפזיזות משמש לעיתים לא רק תנאי נוסף להרשעה, אלא אף **תנאי מספיק**. תפקידו במקרים מסוימים, כגון דא, הוא גם לסייע בזיהוי נכון של אי-המודעות או הטעות של הנאשם ככאלה הנוגעות ל"עובדה" או ככאלה הנוגעות לנורמה. כך, יישומו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות בעניינו של ראובן מסייע בזיהוי הכשל ה"הכרתי" שלו כ**כשל נורמטיבי**, ומאפשר לפיכך לא להעניק את מלוא המשקל רק למושאי הכרתו המחשבתית בטהרתם.¹⁶³ זאת, מכיוון שתוצאת האיוון שבין אמת-המידה של ממשות הסיכון לבין אמות-המידה האחרות, אשר מאפיינת את נטילת הסיכון הגלומה במשחק בנשק **כבלתי-סבירה** במישור הנורמטיבי, חושפת את "פרצופה" האמיתי של טעותו של ראובן כטעות הנוגעת ל**יסוד הנורמטיבי** של העברה, כלומר, כטעות בשאלת טיב "המעשה האסור". אולם טעותו הסובייקטיבית של הפרט הנוגעת למישור הנורמטיבי של העברה¹⁶⁴ – דהיינו, לשאלת סבירותו של הסיכון, המאפיינת את ההתנהגות כהתנהגות אסורה ומהווה לפיכך חלק מן ה**יסוד הפיזי** של העברה – אינה רלוונטית לשאלת התגבשותה של מחשבה פלילית.¹⁶⁵ כדי לאפיין את

של מחברי ה-M.P.C., אשר משתמע ממנה כי זו הייתה כוונתם: "[L]ess substantial risks might suffice for liability if there is no pretense of any justification for running the risk" בעניין זה ראו את טענתו של FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 124, בעמ' 447-448, שלפיה אף-על-פי שנטיתו של המשפט האנגלו-אמריקאי היא לשים את הדגש על הממשות או ההסתברות של הסיכון (נטייה שבאה לידי ביטוי בהגדרת היסודות הנפשיים של "כוונה" (intention) וידיעה (knowledge)), בהגדרת הפזיזות הושם הדגש דווקא על גישתו הנפשית (attitude) או על חוסר האכפתיות של הנאשם כלפי הערך המוגן – כלומר, על עולמו הערכי-הפנימי – יותר מאשר על תיאור מצב חיצוני מציאותי (עוצמת הסיכון).

164 ראו את התייחסותו של Oliver Quick למצב של "טעות נורמטיבית" (normative mistake): Oliver Quick, *Prosecuting 'Gross' Medical Negligence: Manslaughter, Discretion, and the Crown Prosecution Service*, 33 J. L. SOC'Y 421, 441 (2006).

165 פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 487: "הסייג האמור של היסוד הנפשי, הכרוך במבנה היסוד העובדתי הוא כדלהלן: בין רכיבי יסוד זה נמצא, כרכיב חיוני להיווצרות כל עבירה פלילית, הרכיב הנורמטיבי, לפי העיקרון של nullum crimen sine lege [לטינית: אין עברה ללא חוק – ש' כ']. היות העבירה אסורה בנורמה חקוקה היא עובדה קיימת. נורמה אוסרת זו מהווה, עקב כך, רכיב של היסוד העובדתי של כל עבירה פלילית במשטר הנשלט בעיקרון האמור. מכאן הסייג: היסוד הנפשי שבעבירה אינו כולל את התייחסות הסובייקטיבית לרכיב זה של היסוד העובדתי

התנהגותו של ראובן כפזיזה על רקע מודעותו הכללית לסיכון, צריך אפוא להעריכה גם על רקע הנחותיו הנורמטיביות ה"תת־מחשבתיות", החושפות את נורמות ההתנהגות שלו. ההנחה הנורמטיבית ה"תת־מחשבתית" שלפיה התנהגות זו היא "סבירה" אין לה כל משקל בשאלת הרשעתו בעברת הריגה, משום שהיא מנוגדת לתפיסה הנורמטיבית של החברה שבה הוא פועל, אשר היא־היא המחייבת ומהווה את הדין התקף. לשון אחר, טעותו "העובדתית"¹⁶⁶ של ראובן שלפיה אין בהתנהגותו סיכון לחיי

שבעבירה; או, במילים אחרות, **היסוד הנפשי שבעבירה הפלילית מתייחס לכל רכיבי היסוד העובדתי, למעט הרכיב הנורמטיבי שבו.**" (ההדגשה במקור).

166 "טעות בעובדה" כמצב השולל מחשבה פלילית היא אחת הסוגיות המורכבות ביותר בדין הפלילי. השאלה אם טעות מזכה היא טעות כנה בלבד או גם טעות סבירה עוררה מחלוקות רבות. אחת ההצעות המעניינות ביותר לטיפול בסוגיה היא זו המונחת ב-M.P.C. הגדרת הטעות בס' 2.04 ל-M.P.C. נמנעת משימוש במונחים "כנות" או "סבירות" לצורך קבלת טענת הטעות, ומסתפקת בהגדרה שלפיה טעות בעובדה או בדין עשויה לשמש הגנה אם: "the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense". על פניה, הגדרה זו נראית נטולת תוכן: טעות מהווה הגנה אם היא שוללת את אחד מארבעת היסודות הנפשיים המנויים ב-M.P.C. (המצב של belief אינו יסוד נפשי עצמאי במודל); אבל השאלה מתי היא שוללת אותם נותרה, לכאורה, ללא תשובה. אולם הטעות מוצגת בהגדרה זו כ"תמונת־ראי" של המחשבה הפלילית: התנאי לשלילת היסוד הנפשי בשל טעות הוא שטעות זו עצמה אינה מקיימת את אותו יסוד נפשי שהיא מבקשת לשלול, ולענייננו – שהיא עצמה אינה פזיזה. שכן טעות פזיזה, שאינה אלא ביטוי להכרעה לא־נורמטיבית על־פי אמות־המידה של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות ב-M.P.C., אינה יכולה לשלול יסוד נפשי זה שהיא עצמה "נגועה" בו. היטיב לתאר את הדברים בית־המשפט לערעורים של מדינת הוואי בפרשת State v. Cavness, 80 Hawaii 460, 911 P.2d 95 (Haw., Haw. App. 1996): "A reckless mistake would afford a defense to a charge requiring intent or knowledge – but not to an offense which required only recklessness or negligence. Similarly, a negligent mistake would afford a defense to a charge predicated on intent, knowledge, or recklessness – but not to an offense based on negligence". המושג "טעות פזיזה" מכוון את עצמו אל מעבר להבחנות המקובלות של "כנות" ו"סבירות". טעות כנה ובלתי־סבירה עשויה לשלול את היסוד הנפשי של כוונה או מודעות, שכן כנות הטעות אינה מתיישבת עם ידיעה או כוונה ממש. אולם כנות – במובן של העדר ספק בתפיסה ההכרתית־המחשבתית של הנאשם – אינה שוללת פזיזות, שאחד מגילוייה האפשריים הוא גם מצב של הלך־נפש סובייקטיבי (במובחן ממצב הכרת־מחשבתית). בעניין זה ראו בהרחבה: DAVID C. BRODY, JAMES R. ACKER & WAYNE A. LOGAN, CRIMINAL LAW 302–307 (2001).

הרעיון של "טעות פזיזה" קיבל ביטוי מפורש בסייג שהוצב בס' 3.09(2) של ה-M.P.C. לסייג של הגנה עצמית מדומה: "When the actor believes that the use of force... is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief... the justification afforded by those sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability". על־פי הגדרה זו, הטעות הפזיזה בנוגע לעובדת קיומם של תנאי הסייג של הגנה עצמית אינה שוללת את היסוד הנפשי של הפזיזות, הנדרש לשם כינון עברת פזיזות. בעניין הגדרה זו ראו בועז סנג'רו **הגנה עצמית במשפט**

אדם היא במהותה הכרעה נורמטיבית¹⁶⁷ שלפיה אין מדובר בהתנהגות פסולה. אולם שאלת פליליותה של התנהגות – כל התנהגות – אינה עניין להכרעתו האישית של הפרט, אלא להכרעה נורמטיבית של החברה, וזו אינה מבוססת רק על מידת ההסתברות של הסיכון, אלא על אמות-מידה נוספות ועל תוצאת האיוון ביניהן. תוצאת האיוון הערכי המתגבשת משלוש אמות-המידה הללו – והמאפיינת התנהגות זו כהתנהגות אסורה או בלתי-סבירה – אינה חלק ממושאי ההכרה הנדרשים לגיבוש האחריות הפלילית, שכן היא בבחינת הנורמה עצמה, שלא נדרשת כל זיקה הכרתית אליה.¹⁶⁸

יתר על כן, מאחר שעל-פי אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות די בקיומו של סיכון כללי לחיי אדם כדי לאפיין את ההתנהגות של משחק בנשק – אשר נעדרת כל תכלית ראויה – כהתנהגות אסורה, אין גם כל צידוק לדרישה שראובן יהיה מודע לקיומו של סיכון שמעבר לכך.¹⁶⁹ זאת, מכיוון שאילו הייתה תודעתו הנורמטיבית של ראובן מותאמת לתודעתו הנורמטיבית של אדם "שומר חוק" (המשתקפת בתוצאת האיוון של אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות), די היה במודעותו לסיכון

הפלילי 336–335 (2000) וה"ש 1171 שם. ביקורתו של סגנ'רו על ההגדרה מבוססת על הטענה כי אמונה מוטעית ומודעות בנוגע לקיומן של נסיבות העברה אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. על-כן נטען כי יש להסתייג מן הסייג לסייג האמור, המניח מציאות של טעות בעובדה (הגנה עצמית מדומה) ופזיזות (מודעות) תחת קורת-גג אחת. אולם הגדרת הפזיזות כבעלת יסוד נורמטיבי לצד היסוד ההכרתי, כפי שהיא הוגדרה ב-M.P.C., מבקשת לשלול מן "החלל התודעתי הנורמטיבי" את המעמד של "אי-מודעות" ליסודות העברה. לפיכך "אי-מודעותו הנורמטיבית" של נאשם עשויה בהחלט לדור בכפיפה אחת עם פזיזות, ומדובר למעשה במונחים נרדפים.

167 בפרשת R. v. Lamb, (1967) 51 Cr. App. R. 417, אשר דנה בעניינו של אדם שהואשם בעברת הריגה תוך משחק בנשק, קבע בית-המשפט לערעורים באנגליה ביחס להגנת הטעות את הקביעה הבאה (ראו שם, בעמ' 990): "When the gravamen of a charge is criminal negligence – often referred to as recklessness – of an accused, the jury have to consider among other matters the state of his mind, and that includes the question of whether or not he thought that that which he was doing was safe. In the present case it would, of course, have been fully open to the jury, if properly directed, to find the defendant guilty because they consider his view as to there being no danger was formed in a criminally negligent way" לראו בהקשר לכאורה באותו "מעגל שוטה" של הגדרת הטעות ב-M.P.C.: ניתן להתחשב בטעותו של נאשם ביחס לקיומו של סיכון, אבל אפשר לראות בטעות זו עצמה את אותה אשמה (criminal negligence/recklessness) שיוחסה לו מלכתחילה. ראו גם את ביקורתו של WILLIAMS על הגדרה זו, לעיל ה"ש 67, בעמ' 260. אולם הרעיון הגלום במושג "טעות פזיזה" כמצב של חלל תודעתי נורמטיבי ממסס את השיטיון שבמעגל זה ומניח תשתית רעיונית איתנה למצב של טעות כנה, פזיזה ובלתי-פוטרת.

168 פלר יסודות בדיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 487. ביחס למבחן הנורמטיבי של הפזיזות ראו Simons, לעיל ה"ש 142, בעמ' 189, שם נטען כי על-פי הגדרת הפזיזות ב-M.P.C., נדרשת מודעות רק לעובדת קיומו של סיכון, אך לא לשאלת הנורמטיביות שלו.

169 בפרשת Nuttall v. Vehicle Inspector, [1999] 1 W.L.R. 629 נקבע כי אי-אפשר להגדיר במונחים כלליים את מידת הסתברותו של הסיכון הנדרש לכינונה של פזיזות. ORMEROD, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108, טוען אף כי התנהגות נטולת כל תועלת או ערך חברתיים עשויה לעלות כדי פזיזות אפילו כאשר הסתברותו של הסיכון נמוכה ביותר.

הכללי כדי להניאו מלנהוג בדרך שנהג. אמרו מעתה: הוכחת מודעותו של ראובן לסיכון קונקרטי היא מעבר לנדרש¹⁷⁰ לשם הוכחת קיומה של אשמה: אשמתו – כביטוי של "יחס אנטי-חברתי" כלפי הנורמה החברתית – הוכחה מעצם הוכחת מודעותו לסיכון הכללי. מכאן מתבקשת המסקנה כי ניתן לעיתים לבסס קיומה של אשמה גם על מודעות לסיכון כללי-תיאורטי (בעיני העושה), ובלבד שדי בו כדי לאפיין את ההתנהגות כפזיזה על-פי אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות.¹⁷¹

ניתוח זה מעמידנו, כאמור, על "זליגה" אפשרית (המוכרת במשפט המקובל¹⁷²) של מאפייני היסוד הנורמטיבי של הפזיזות אל מאפיינה ההכרתי.¹⁷³ אולם כאשר אני משתמש במונח "זליגה", אין כוונתי לצדד במאמר זה באופן כלשהו ביישומן של

170 בדין הקנדי פורשה הפזיזות כיסוד נפשי סובייקטיבי "מרוכך" – כ"ערנות" (awareness) לסיכון הכללי, ולא כידע מידת הקונקרטי שלו. בעניין זה ראו: KENT ROACH, CRIMINAL LAW 173 (4th ed. 2009).

171 בספרם של REED & FITZPATRICK, לעיל ה"ש 67, בעמ' 70, נטען כי למידת אי-סבירותו של הסיכון על-פי אמת-המידה של תועלתו החברתית יש השלכה ישירה על דרגת הצפיית שתידרש לצורך גיבוש היסוד הנפשי של הפזיזות. בעניין זה ראו גם את פסק-דינו של בית-המשפט העליון של וירג'יניה בפרשת Jones v. Commonwealth, 636 S.E.2d 403 (Va. 2006), שם טענה המערערת כי לשם הרשעתה בעברה של העמדת קטין בסיכון, שעל-פיה נדרש להוכיח קיומה של אדישות פזיזה, יש להוכיח את מודעותה לקיומו של סיכון ממשי, ואין להסתפק במודעותה לאפשרות תיאורטית בלבד. אולם בית-המשפט דחה את הטענה, וקבע – בהתאם לפסק-דינו של בית-המשפט לערעורים של וירג'יניה בפרשת Kelly v. Commonwealth, 42 Va. App. 347, 592 S.E.2d 353 (2004) – כי בחינת ממשותו של הסיכון נקבעת על-פי מבחנים אובייקטיביים, ולא על-פי אומד-דעתו של הפרט.

172 ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 73 (ההדגשות הוספו):

"Theoretically there are three separate factors involved in an issue of recklessness:

1. the degree of risk required.
2. the defendant's knowledge of the risk of that degree.
3. the unjustifiable character of the risk.

In practice these tend to run into each other..."

שאלת קיומה של מודעות ושאלת צידוקה (justifiable) של נטילת הסיכון (על-פי מבחני סבירותה הנורמטיביים) הן שאלות נפרדות מבחינה תיאורטית. אולם בפרקטיקה קיימות ביניהן זיקה וזליגה הדדית מהותיות.

173 זליגה זו הביאה לידי הגדרת הפזיזות כיסוד נפשי בעל מבחן מעורב – סובייקטיבי-אובייקטיבי: היסוד הנורמטיבי משמש יסוד מרסן ליסוד הנפשי של המודעות לסיכון, לעיתים עד כדי צמצומה לכלל מודעות לנסיבות ההתנהגות המסכנת בלבד, ללא תובנה של ממש לגבי הסיכון עצמו. ליישומו של מבחן מעורב זה ראו: State of Vermont v. Stephen C. Brook, 163 Vt. 245, 658 A.2d 22 (1995); State of Wisconsin v. Stephen L. Jensen, 236 Wis.2d 521, 613 N.W.2d 170 (2000). ראו גם בספרו של WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 73. על כך כותבים לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 449: "חסרונה של השקפה הגורסת כי שני היבטים שונים לה לפזיזות נעוץ בתרומתה לטשטוש התחומים בין המישור הסובייקטיבי בעבירה לזה האובייקטיבי." לדעת, ה"טשטוש" הזה – או בניסוחי ה"זליגה" – אינו חסרונה של השקפה זו, אלא דווקא יתרונה המובהק, כפי שיוסבר להלן.

תיאוריות אשמה נורמטיביות.¹⁷⁴ נושאו של מאמר זה אינו היסוד הנפשי של עברת ההריגה, כי אם היסוד ההתנהגותי-נסיבתי שלה, ונקודת המוצא שלו אינה כופרת בדרישת קיומה של מודעות לסיכון (ולו מודעות כללית בלבד) לשם התגבשותה של הפזיזות. אולם בניתוח זה ביקשתי אך להסב את תשומת-הלב לתפקידו החשוב של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות בזיהוי "אופייני" של טעויות נורמטיביות הלוכשות "אצטלה" של טעויות עובדתיות.

עם זאת, ולצד האמור, יש להודות כי הניתוח המוצע בפרק זה עשוי להתפרש – לגישתם של תיאורטיקאים סובייקטיביסטיים – כפגיעה ממשית בטיב היסוד הנפשי של הפזיזות. שכן אם תוכנה של "המחשבה הפלילית" הוא מושאי ההכרה הסובייקטיביים כפי שהם (as is),¹⁷⁵ אזי אי-אפשר לזהות את מחשבתו של ראובן כמחשבה פלילית. אולם לדעתי, מצבו אינו שונה ממצבו של כל מי שטעה בדין (בוודאי כאשר מדובר בעברה שהיא "mala prohibita"), שטעותו עשויה אף היא לשלול ממנו את מבחן

174 ראו, למשל, את הניתוח של DUFF, ANSWERING FOR CRIME, לעיל ה"ש 75, בעמ' 294, למחשבה "טעות נורמטיבית": "Apart from this epistemic notion of reasonableness in belief, however, we must recognize a normative notion: beliefs, like actions, can be normatively reasonable or unreasonable. The issue now is not simply whether a rationally competent and careful observer would form the relevant belief, or whether the belief is based on epistemically adequate reasons. The question is whether it is a belief that it is reasonable for an agent to form and to act on in the particular situation, and what makes a belief unreasonable in this sense is that in holding and acting on it as he did in the particular situation the agent displayed an 'unreasonable' lack of the kind of respect and concern for others that the law demands. If a belief is in this sense unreasonable, neither it nor the action based on it can be excused"

175 יש להעיר כי לא כל התיאורטיקאים הסובייקטיביסטיים תומכים, כמו פלר, בפרשנות קיצונית כזו למונח "מחשבה פלילית". אלכסנדר ופרזן, למשל, המתנגדים אף לרעיון של רשלנות ("חלל תודעתו" מלא) כיסוד נפשי בפלילים, תומכים בהרחבת תוכנה של המחשבה הפלילית גם אל תכנים "קדם-מודעים" (pre-conscious). מונח זה, שאותו שאלו מ-Michael Moore, מבטא רעיון שלפיו המחשבה הפלילית אינה מייצגת רק את מושאי מחשבתו של הפרט בעת ביצוע העברה ממש, כי אם גם את כל התכנים המהווים חלק אינהרנטי ובלתי-נפרד ממשמעות התנהגותו. על-פי גישה כזו, ניתן לייחס לראובן מחשבה פלילית (מודעות לסיכון) שכן ניתן לטעון כי מודעותו לסיכון הכללי הטמון בשימוש באקדח היא חלק מה"קדם-מודע" שלו. לפיכך הצגת הניתוח המוצע על-ידי בפרק זה כ"זליגה" של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות אל תוכן היסוד ההכרתי שלה תלויה בפרספקטיבה שבה אנו מבינים את תוכן המונח "מחשבה פלילית". לעמדתם של אלכסנדר ופרזן ראו: ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 51-59. להגדרת המונח "קדם-מודע" אצל Moore ראו: MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATION FOR CRIMINAL LAW 151-152 (1993). לשימוש במונח "latent knowledge" במשמעות דומה לזו של המונח "קדם-מודע" ראו: Kenneth W. Simons, *Does Punishment for "Culpable Indifference" Simply Punish for "Bad Character"? Examining the Requisite Connection between Mens Rea and Actus Reus*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 219, 250-253 (2002).

ההזדמנות לנהוג אחרת.¹⁷⁶ אולם תפקידו החינוכי של הקודקס הפלילי תומך לעיתים בהרשעתו של הפרט על בסיס נורמטיבי, שאם לא כן החברה עלולה למצוא את עצמה מתאימה את נורמות ההתנהגות שלה לנורמות בלתי-מתקבלות על הדעת.¹⁷⁷

2. מעמדו של מבחן "ממשות הסיכון" (substantial risk) בעברת הריגה בישראל

עד כמה רחוקה השקפה זו מהשקפתו של פרופ' פלר (אשר אומצה, ככלל, על-ידי הפסיקה בישראל, כפי שנראה להלן) אפשר להיווכח מדבריו הבאים:

"ניתן אפוא לגרוס כי 'קלות דעת' ו'הסיכון הסביר' הם שני מושגים שאינם מתיישבים זו עם זה. בעוד ש'הסיכון הסביר' נובע מהליכה לקראת סכנה תיאורטית-כללית, קלות הדעת טמונה בהליכה לקראת סכנה קונקרטי-ספציפית. כאשר מדובר בסכנה כזאת, הסיכון חדל להיות סביר, וזוהי מהותו של הסיכון שנוטל על עצמו, מבלי להתגבר על מימוש הסכנה, מי שפועל מתוך קלות דעת. זהו 'הסיכון הבלתי סביר' אליו מתייחס סעיף 10(א)(2) להצעת חלק כללי לחוק העונשין החדש כאשר הוגדרה בו קלות הדעת כצורה של פזיזות לצד האדישות."¹⁷⁸

על-פי פלר, מבחנה של סבירות הסיכון בהגדרת "קלות-דעת" (כאחת מנגזרותיה של הפזיזות) תלוי באמת-מידה אחת ויחידה: הקונקרטיזם או הממשות של הסיכון (דרגתו).¹⁷⁹ נטילת סיכון תיאורטי-כללי אינה נכנסת להגדרת קלות-דעת כ"נטילת סיכון בלתי-סביר", ולכן אי-אפשר לראותה כהתנהגות פזיזה. למעשה, קיימת בהשקפה זו זהות בין קלות-דעת כמצב של נטילה (מודעת) של "סיכון בלתי-סביר" (סיכון קונקרטי/ממשי) לבין דרישת התגבשותו של היסוד הנפשי של מודעות לסיכון קונקרטי,¹⁸⁰ עד כדי ייתור הגדרתה של קלות-הדעת כמצב של "נטילת סיכון בלתי-

176 על מבחן ההזדמנות לנהוג אחרת כאחד משני המבחנים המכוננים של האשמה ראו: H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 152 (1968).

177 ראו את התייחסותו של Robinson, *Prohibited Risks*, לעיל ה"ש 58.

178 פלר **יסודות דיני עונשין** כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 619.

179 רמו לגישה שונה נמצא בספרם של יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** 309 (2008), שם נטען כי סבירות הסיכון נמדדת, בין היתר, על-פי צורכי החיים המקובלים והתועלת החברתית שבנטילתו. אולם לא הונחה שם כל תשתית עיונית לטיבם של שיקולים אלה, ואף לא הפניה לאסמכתות. יתר על כן, גם בספרם של רבין וואקי הוצגה קלות-הדעת כ"נטילה מודעת של סיכון בלתי-סביר", כלומר, תוך שימת הדגש על היסוד ההכרתי חלף היסוד הנורמטיבי (ראו את התייחסותי להבחנה זו בה"ש 190 להלן).

180 בעניין טיב המודעות הנדרשת כלפי היסוד התוצאתי של עברה מביע פלר אותה עמדה שלפיה על המודעות להתייחס לאפשרות קונקרטיזם של גרימת התוצאה – ראו פלר **יסודות דיני עונשין** כרך א,

סביר". המודעות לאופיו הקונקרטי של הסיכון היא ההופכת את נטילתו לבלתי-סבירה ולפיכך לקלת-דעת, ולהפך – קלות-הדעת, כנטילה מודעת של סיכון קונקרטי, מגבשת את המודעות הנדרשת ביחס ליסוד התוצאתי של העברה כיסוד הכרתי. בהתחשב בכך שהמחוקק הישראלי השווה את מעמדו של אדם שגילה "אדישות" לאפשרות התממשותה של תוצאה אסורה למעמדו של "קל-הדעת" המקווה למונעה, וכלל את שניהם תחת יסוד הפזיזות,¹⁸¹ לא נותרה במישור של **טיב האשמה** גם כל ייחודיות

לעיל ה"ש 21, בעמ' 491. מאכן שהתנהגות שנלוותה אליה מודעות לאפשרות קונקרטית לגרימת התוצאה האסורה מקיימת בעת ובעונה אחת הן את התנאי לקיומה של מודעות כלפי היסוד התוצאתי, המנוי בס' 20(א) לחוק העונשין, והן את הגדרת קלות-הדעת, לפי ס' 20(א)(1)(ב), כנטילת סיכון קונקרטי (כהגדרתו של פלר ליסוד "הסיכון הבלתי-סביר"). מדובר אפוא בכפל סטטוטורי של אותה דרישה, שתוצאתה הנלווית היא שלילת כל תוכן ייחודי למונח "סיכון בלתי-סביר".

181 במשפט המקובל אין האדישות, לפי הגדרתה הישראלית, נכללת בהגדרת הפזיזות (recklessness), והשימוש שנעשה במונח "אדישות" לתיאור המצב המנטלי של הפזיז מכוון לרעיון אחר מזה שס' 20(א)(2) לחוק העונשין מכוון אליו. להבחנה בין שני מושגי אדישות אלה ראו יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" **עלי משפט** ה' 109 (2006). במאמרו קוגלר מבחין בין שני מובנים שניתנו במשפט המקובל למושג המשפטי "אדישות". את האחד הוא מכנה "אדישות במובן הצר", שהיא אדישות התואמת את זו שבס' 20 לחוק העונשין. את האחר הוא מכנה "אדישות במובן הרחב" (שאותה נהוג לכנות "אדישות מעשית" – "practical indifference"), המתבטאת גם ב**הלך-הנפש** של קלות-הדעת ובהלכי-נפש נוספים אשר חורגים מתחומה של ההכרה עד כדי כך שהם אינם משמשים בישראל חלק מן המחשבה הפלילית.

זאת ועוד, ה"אדישות" – לעיתים במובנה הצר ולעיתים במובנה הרחב – משמשת במשפט המקובל, בנסיבות מסוימות, יסוד נפשי שבכוחו לכונן עבירת רצח, כלומר, יסוד נפשי חלופי ליסוד הנפשי של כוונה. אביא לעניין זה כמה דוגמות:

אנגליה – לשם הרשעה בעבירת רצח די כוונה לגרום לחבלת גוף חמורה (המבטאת, כחלק בלתי-נפרד ממנה, גם אדישות במובן הרחב כלפי האפשרות של גרימת מוות). לעניין זה ראו: R. v. Cunningham, [1982] A.C. 566. ראו גם בספרו של ORMEROD, לעיל ה"ש 67, בעמ' 480–483. יתר על כן, בפסיקה האנגלית נקבע כי בהקשר של חבלה חמורה יסוד הכוונה נבחן על-פי אמת-מידה אובייקטיבית: די בכך שאדם סביר היה מודע לכך שטבעו של המעשה האלים שנקט הנאשם הוא לגרום, בסבירות גבוהה, לחבלת גוף חמורה. לעניין זה ראו: DPP v. Smith, [1961] A.C. 290; Hyam v. DPP, [1975] A.C. 55. כן ראו ORMEROD, לעיל. אולם יש הטוענים כי מבחן אובייקטיבי זה בוטל לבסוף בפרשת Frankland v. Queen, [1987] A.C. 576.

ארצות-הברית – לפי ס' 210.2(1)(b) ל-M.P.C., אחת החלופות לעבירת רצח מוגדרת כמצב שבו המעשה "is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life". ודוק: אדישות זו היא "במובן הרחב" – אדישות שבמעשה, ולא אדישות שבמחשבה ממש. ראו קוגלר, לעיל, בעמ' 127–128.

קנדה – לעומת הדין הקיים באנגליה ובמודל האמריקאי (M.P.C.), בקנדה אחת החלופות של עבירת הרצח מבוססת על היסוד הנפשי של "אדישות במובן הצר" (אדישות במחשבה ממש), אולם נראה כי היא כוללת גם יסוד של קלות-דעת (reckless). חלופה זו נקבעה בס' 229(a)(ii) לקוד הפלילי הקנדי, הקובע:

"Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

לסיפא של הגדרת קלות-הדעת כמצב המבטא "תקווה" למנוע את התוצאה האסורה, ועולה בכל חריפותה השאלה מדוע נדרשת לנו הגדרה סטטוטורית של קלות-הדעת.¹⁸² הכשל האמור בניתוח של פלר ליסוד "הסיכון הבלתי-סביר" בהגדרת תוכנה הכללי של קלות-הדעת מקבל יישום וביטוי ספציפיים בפרשנותו של קרמניצר (ושל פלר) ליסוד ההתנהגותי של עברת הריגה. הטענה שלפיה "כל מעשה המסכן את חיי הזולת, הנעשה מתוך מחשבה פלילית והגורם לתוצאה קטלנית, הוא בגדר מעשה אסור" כמוה כטענה כי כל מעשה מסוכן הנעשה במחשבה פלילית הוא בגדר "נטילת סיכון בלתי-סביר". הפסיקה אימצה כאמור מבחן זה והביאה לידי כך ש"סבירות הסיכון" בעברת הריגה בישראל תלויה אך ורק בשאלת קיומה של מודעות (מחשבה פלילית) לסיכון, מבלי להעניק כל משקל לטיבו, לתכליתו או לתוצאת האיוון הנורמטיבי שבין שלוש אמות-מידה אלה. בהתחשב בעובדה שהפסיקה אימצה ככלל גם את השקפתו של פלר שלפיה על המחשבה הפלילית ללבוש "צורה" של מודעות קונקרטיה,¹⁸³ נוצר מצב שעברת הריגה בישראל תלויה רק בפרספקטיבה שבה הנאשם תופס את הקונקרטיה של הסיכון.

(i)...

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not."

עוד ראוי לציין כי על עברת הרצח, ובכלל זה לפי ס' 229(a)(ii), נקבע בס' 235 לקוד הפלילי הקנדי עונש-חובה של מאסר-עולם.

סקוטלנד – די במצב המכונה "wicked recklessness" לקיום היסוד הנפשי של עברת הרצח. לתוכנו של מושג זה כמצב המבטא אדישות שבשוויון-נפש ראו: 1 GERALD H. GORDON, THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND 289, 291 (2001). כן ראו: Cawthorne v. HM Advocate, 1968 J.C. 32; Scott v. HM Advocate, 1995, S.C.C.R. 760; Halliday v. HM Advocate, 1999 S.L.T. 485.

182 בהעדר מאפיין ייחודי לקלות-הדעת כמצב בעל טיב אחריות מובחן (בנפרד מנפקותו לעניין חומרת המעשה ולעניין העונש), קיימות בדין הישראלי שתי קטגוריות אשמה בלבד: מודעות בצירוף כוונה, ומודעות ללא כוונה כקטגוריה שיורית. לעומת זאת, ההגדרה של סיכון בלתי-סביר על-פי המשפט המקובל, כפי שהוצג לעיל, יוצרת הבחנה ברורה בין קלות-דעת לאדישות. אדישות היא מצב לא-נורמטיבי **במהותו** (ובמובן זה היא דומה לכוונה), ולכן היא מבטאת באופן אינהרנטי יחס אנטי-חברתי, שהוא מהות האשמה. לעומתה, התקווה למנוע את התוצאה האסורה מבטאת מצב תודעתי נורמטיבי בעיקרו, אלא אם כן בחינה של מכלול נסיבות העניין, בהתאם לאמות-המידה של מאפייני הסיכון וסבירותו, מלמדת אחרת. על-כן, וכדי לאפיין "נטילת סיכון" המלווה תקווה למנוע כמצב בר-אשמה, חייבת התביעה להוכיח ולשכנע, כחלק מחובתה להוכיח את האשמה, כי התנהגות זו סוטה במידה ניכרת מאמות-המידה של אדם שומר חוק – אדם נורמטיבי. לעומת זאת, גישה הבוחנת את שאלת סבירותו של הסיכון על-פי מידת ממשותו בלבד אינה מתנגדת ליישומו של מבחן נורמטיבי זה (מבחן הסבירות) גם במצבים של כוונה ואדישות, שכן אף אליהם עשויה להתלוות נטילת סיכון לא-קונקרטי. לגישה כזו ראו מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** 55, 68 (אלי לדרמן עורך, 2001). אולם סבירות הסיכון על-פי מובנים נורמטיביים-ערכיים אינה רלוונטית לאדישות ולכוונה, המהווים מצבים א-נורמטיביים במהותם.

183 ראו ה"ש 191 להלן.

באמצעה את פרשנותו של קרמניצר ליסוד ההתנהגותי של עבֶרֶת הריגה, איינה אפוא ההלכה הפסוקה את האפשרות להעניק ליסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" בעבֶרֶת הריגה תוכן התנהגותי הנבדל מן התוכן של היסוד הנפשי.¹⁸⁴

מכאן אנו מגיעים גם למעגל השוטה הקיים בדין הישראלי ביחס לעבֶרֶת הריגה: הקונקרטיזציה של הסיכון היא הגורם הבלעדי שבכוחו לגבש הן את היסוד הפיזי והן את היסוד הנפשי של העבֶרֶה. מודעות לסיכון קונקרטי הופכת את נטילתו לאסורה, אבל סיכון תיאורטי, בין במציאות האובייקטיבית ובין במציאות הסובייקטיבית של הפרט, שולל את הפזיזות.¹⁸⁵ בכך מוענק לתודעה הנורמטיבית של הפרט מעמד בקביעת הנורמה עצמה. אם ראובן היה משוכנע שאין סיכון במשחק בנשק, אי-אפשר לייחס לו עבֶרֶת הריגה,¹⁸⁶ אף-על-פי שאין מדובר ב"טעות בעובדה" במובנה הפשוט, אלא בעמדה נורמטיבית-סובייקטיבית, אשר אין לה – ולא אמורה להיות לה – רלוונטיות או משקל בקביעת אחריותו הפלילית.¹⁸⁷

המסקנה מן האמור היא שעבֶרֶת ההריגה הישראלית, כעבֶרֶה "של מחשבה פלילית"¹⁸⁸ בלבד, ללא יסוד התנהגותי מבחין, עלולה במקרים מסוימים לטשטש את ההבחנה המבדלת – שהיא בבחינת מושכל-יסוד בדין הפלילי – בין היסוד הפיזי האובייקטיבי-הנורמטיבי של העבֶרֶה לבין היסוד הנפשי הסובייקטיבי של עובר העבֶרֶה.

184 ההתמודדות עם פרשנותו של פלר בפרק זה אינה עומדת אפוא כשלעצמה, כי אם כהתמודדות עם עמדתה של ההלכה הפסוקה בישראל.

185 ראו ה"ש 191 להלן.

186 פלר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני, לעיל ה"ש 54, בעמ' 175–177. במאמר זה טוען פלר כי אי-המודעות לסיכון בנסיבות של משחק בנשק הופכת, מבחינה עיונית, גם את היסוד ההתנהגותי בעבֶרֶה ליסוד שבוצע ברשלנות, שכן "טיבה" של ההתנהגות כמסוכנת אינו מובן לבעליה. לפיכך גם היסוד ההתנהגותי מבוצע במקרה זה מתוך רשלנות בלבד. גישה כזו אינה מסתפקת אפוא במודעות להתנהגות כפשוטה (ולו אף כמספקת את התגבשות המחשבה הפלילית בנוגע לרכיב ההתנהגותי בלבד), אלא מתנה את התגבשות המחשבה הפלילית גם בנוגע ליסוד ההתנהגותי בהתגבשותה של המחשבה הפלילית כלפי הרכיב התוצאתי. בכך היא חושפת במפורש את התלות של התגבשות היסוד ההתנהגותי בעבֶרֶה במאפייני עולמו הסובייקטיבי-הנורמטיבי של הנאשם. עמדה כזו, כפי שאפרט בפרק הבא, עומדת לדעתי בסתירה לעקרון החוקיות.

187 רעיון דומה הובע על-ידי פלר במאמרו "טעות במצב הדברים", לעיל ה"ש 121, בעמ' 12–13, 27–31. אולם פלר מתעלם במאמרו מן העובדה ש"טעות נורמטיבית" של נאשם עשויה לעיתים "ללבוש" במחשבתו "צורה" של טעות בעובדה. "הגברתן הפסיכופט" או "הפסיכופט המצ'ו" – כדמויות האב-טיפוסיות שהוצגו בחוות-דעתו של נשיא בית-המשפט העליון מאיר שמגר בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1994) (פרשת שמרת) – אינם טוענים כי סברו שהם רשאים לפעול לפי תפיסות-החיים שלהם (כניסוח שהונח בפיהם על-ידי פלר במאמרו לעיל, בעמ' 16, המבטא טעות משפטית), אלא כי סברו בטעות שהסכמת האישה נתונה להם. אולם ההבנה כי גיבושה של מסקנה עובדתית במחשבתו של אדם כרוכה לעיתים גם בעיבוד נורמטיבי של סיטואציות אנושיות מסרבת לקבל טענה זו כטעות בעובדה על-פי מובנה הפשוט, ומתעקשת לזהות בה צורה של אשמה.

188 פלר "סוף-פסוק", לעיל ה"ש 5.

מכאן חשיבותו הנוספת של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות: הוא מעמיד את היסוד ההתנהגותי-נסיבתי על אמות-מידה אובייקטיביות, שליסוד הנפשי אין שום חלק בעיצובן.

3. היסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" בהגדרת קלות-הדעת בראי הפסיקה בישראל

כפי שהראיתי לעיל, פרשנותם של פלר ושל קרמניצר ליסוד ההתנהגותי "מעשה או מחדל אסורים" בעברת הריגה אינה אלא יישום פרטני של פרשנותו הכללית של פלר ליסוד הנפשי של קלות-הדעת ככלל. נטילה מודעת של סיכון קונקרטי היא "נטילת הסיכון הבלתי-סביר", והיא גם זו המגבשת את יסוד "המעשה האסור" בעברת הריגה. אי-סבירות הסיכון, על-פי פרשנות זו, היא יסוד **עובדתי בעברה** – היות הסיכון סיכון קונקרטי – וככל יסוד עובדתי אחר בעברה, נדרשת הזיקה ההכרתי-הסובייקטיבית של הנאשם אליו. לעומת פרשנות זאת, וכפי שהראיתי לעיל, "הסיכון הבלתי-סביר" במשפט האנגלו-אמריקאי הוא יסוד **נורמטיבי**, שהוא אובייקטיבי מעצם טבעו ושיישומו אינו מותנה בזיקת היסוד ההכרתי.

פרשנותו של פלר ליסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" בהגדרת קלות-הדעת ככלל, או ליסוד של "מעשה אסור" בעברת הריגה בפרט, מרוקנת אותו כאמור מכל תוכן ייחודי, שכן לפי פרשנות זו, "אי-הסבירות" (או שאלת המעשה האסור) תלויה בשאלת התגבשותה של מודעות קונקרטית לסיכון, ובה **בלבד**. אולם בהתחשב בעובדה שדרישת המודעות ליסוד התוצאתי של העברה (הסיכון) הוצבה כבר בסעיף 20(א) רישא לחוק העונשין ("מודעות... לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה"), ובהתחשב בכך שמודעות זו פורשה בפסיקה כמודעות לסיכון **קונקרטי**, עולה כי להיגד "נטילת סיכון בלתי-סביר" בהגדרת קלות-הדעת – ולמושג "בלתי-סביר" באופן ספציפי – לא נותר כל תוכן ייחודי. מובן גם שאי-אפשר להעניק לו כל תוכן נורמטיבי, וזאת אף שהמונח "סבירות" נושא תוכן כזה במהותו.

הפסיקה בישראל, כפי שהראיתי במאמר זה, אימצה את פרשנותו של פלר ליסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" **ביישומה הספציפי בעברת הריגה**, ובכך רוקנה, הלכה למעשה, את תוכנו של ההיגד "נטילת סיכון בלתי-סביר" מכל תוכן ייחודי בעברה זו. אולם נראה כי הפסיקה בישראל אימצה את פרשנותו של פלר ליסוד הנפשי של קלות-הדעת גם ככלל, ולא רק ביישומה הספציפי בעברת הריגה, וזאת בשתי דרכים פרשניות: **האחת**, בכך שזיהתה את היסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" כ**יסוד הכרתי**. זיהוי זה נעשה תוך התמקדות בשם-הפעולה "נטילת" כמילה הדומיננטית בהיגד "נטילת סיכון בלתי-סביר", שאחריה נמשך ההיגד כולו.¹⁸⁹ על-פי פרשנות זו פורש ההיגד

189 בתי-המשפט בישראל נמנעו מלעסוק במובנו של המונח "סיכון בלתי-סביר", המהווה חלק מהגדרת קלות-הדעת בס' 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין. לעומת זאת התמקדה הפסיקה במעשה המודע של נטילת הסיכון, כלומר בהליכה המודעת אל עבר הסיכון הקונקרטי (מתוך תקווה למונעו), מבלי לדון

"נטילת סיכון בלתי-סביר" כביטוי אחיד המבטא רעיון של החלטה מודעת ליטול סיכון. תוצאתה של פרשנות זו היא שלמילים "סיכון בלתי-סביר" לא נותר כל תוכן עצמאי (מכלל הן אתה שומע לאו), והן הובנו ופורשו כמושא המעניק לנטילת הסיכון המודעת את צבינה ה"בלתי-סביר", כלומר, כמבטאות את הסיכון הקונקרטי. כך הוחדר להגדרתה הסטטוטורית של קלות-הדעת תוכן הכרתי (לצד תוכנה החפצי), וזאת אף שתוכן זה מיותר על פניו, באשר אין הוא אלא חזרה על דרישת המודעות ליסוד התוצאתי הקבועה בסעיף 20(א) רישא לחוק העונשין.

בהיבט הנורמטיבי של הסיכון כ"סיכון בלתי-סביר". לאימוצה של עמדה זו על-ידי הפסיקה בישראל ראו ע"פ 199/04 מסאווה נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק-דינו של השופט גרוניס (לא פורסם, 12.7.2004), שם נאמרו הדברים הבאים: "אין מנוס מן המסקנה כי המערער פעל בקלות דעת, תוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר לאפשרות שתיגרם תוצאה קטלנית ממעשיו". המונח "נטילת סיכון בלתי-סביר" משמש בפסקה זו כחלופה למונח "מודעות קונקרטית", ויוצר זהות בין השניים, מבלי ליתן לראשון כל תוכן ייחודי. לניסוח דומה של הדברים ראו גם ע"פ 7251/01 אקנין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.11.2002) וע"פ 5960/06 קורקורשווילי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.6.2007). ראו גם ע"פ 4752/08 שולמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.4.2009), שם נקבע כי המבחן לקיומה של פזיזות (קלות-דעת במקרה הנידון) הוא סובייקטיבי-אישי, ובגדרו נבחנת שאלת הצפיות, וכן פרשת מירו, לעיל ה"ש 54, בעמ' 149, שם נקבע במפורש כי "בפסיקה פורש הסעיף הזה [ס' 20(א)(2) לחוק העונשין, המגדיר את היסוד של קלות-הדעת] כך שתנאי לקיום המצב הנפשי המתואר כקלות דעת הוא מודעות הנאשם לאפשרות גרימת התוצאה". לקלות-הדעת כנטילת "סיכון בלתי-סביר" לא נותר אפוא כל תוכן נורמטיבי-אובייקטיבי. עוד ראו פרשת אבני, לעיל ה"ש 45, והתייחסותי אליה בהקשר זה לעיל בה"ש 151; ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוסא (טרם פורסם, 20.9.2010); ע"פ 4512/09 רוטר-לופו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 31.8.2010); פרשת פיזולאיב, לעיל ה"ש 3; ע"פ 10833/08 מדינת ישראל נ' אברהם (טרם פורסם, 25.2.2009); פרשת שי, לעיל ה"ש 3; ע"פ 8191/08 גבארה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 24.5.2010); ע"פ 3093/08 פונטוס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.6.2010); ע"פ 11786/04 אבו טריף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.9.2005). בכל פסקי-הדין האמורים השתמש בית-המשפט העליון בהיגד הסטטוטורי "נטילת סיכון בלתי-סביר" כהיגד המבטא את היסוד הנפשי (ההכרתי) של קלות-הדעת, ובכך יצר זהות בינו לבין המודעות (הקונקרטית) לסיכון – מודעות הנדרשת גם על-פי ס' 20(א) לחוק העונשין. זהות זו יוצרת למעשה כפל סטטוטורי של אותה דרישה, ומרוקנת את המונח "סיכון בלתי-סביר" מכל משמעות ייחודית. בכך אומצה למעשה גישתו של פלר, המאפיינת את קלות-הדעת רק כהליכה מודעת אל עבר סיכון קונקרטי – הא ותו לא. ניתוח מורחב של הפסיקה בעניין זה ראו בנספח לעבודת התזה שמאמר זה מבוסס עליה: שאלו כהן היסוד ההתנהגותי נסיבתי בעבירת הריגה (עבודת תזה, אוניברסיטת בר-אילן, 2011). חריג לגישה זו נמצא בפרשת זאב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 649, שם נכתב כי "סוגיית החזות מראש וההסתברות של חזות זו קשורות בטבורן ליסוד נוסף, והוא בחינת מידת הטעם וההצדקה שבנטילת הסיכון". בית-המשפט הוסיף וקבע כי כאשר קיימת תכלית ראויה לנטילת הסיכון, "קמה במלוא חריפותה שאלת הסיכונים שהחברה מוכנה להסכין עמם גם במחיר חריגה מנורמות התנהגות מקובלות בדרך כלל" (שם). כאמור, מדובר בפסק-דין חריג שניתן עוד בטרם נחקק תיקון מס' 39 לחוק העונשין, ולא מצאתי התייחסויות דומות בפסיקה מאוחרת יותר. עוד ראוי לציין כי בדבריו האמורים סמך בית-המשפט את ידו על האמור בספרם של לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 454–455.

הדרך הפרשנית האחרת שבה אימצה הפסיקה בישראל את פרשנותו של פלר ליסוד הנפשי של קלות-הדעת גם באופן כללי היא על-ידי התניית השתכללותה של מחשבה פלילית בהוכחת מודעות לסיכון **קונקרטי**, כתנאי להתגבשותה של דרישת המודעות שבסעיף 20(א) רישא.¹⁹⁰ דרישה זו חיוקה עוד יותר את זיהויו של היסוד "סיכון בלתי-סביר" עם דרישת הקונקרטיות של הסיכון, והתנתה את הרשעתו של אדם בעברת פזיזות בשאלת מודעותו לקונקרטיות של הסיכון **כתנאי-סף**. אומנם נמצאו לכך חריגים בפסיקה, כגון במקרים של משחק בנשק או בעברות הריגה תעבורתיות, שבהם סתתה הפסיקה, לכאורה, מדרישת התגבשותה של מודעות קונקרטית. אולם חוסר עקביות זה רק מבליט את הקושי ביישומו של תנאי-סף זה.¹⁹¹

190 ראו ע"פ 4089/07 סייף נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.5.2010), שם דחה בית-המשפט העליון את קביעתו של בית-המשפט המחוזי שלפיה די בחשש עקרוני-כללי לקיומה של נסיבה מסכנת חיים כדי לקיים את היסוד הנפשי הנדרש לשם גיבושה של עברת הריגה. בית-המשפט העליון קבע כי רק מודעות סובייקטיבית **לחשש ממשי** (קונקרטי) מקיימת יסוד נפשי זה, ואף הפנה בהקשר זה לפסק-דינו בע"פ 9815/07 **רון נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 26.11.2008), שם נדחתה בקשת המדינה לשילוב רכיבים אובייקטיביים-נורמטיביים ביסוד הנפשי של קלות-הדעת (עמדת המדינה בפרשה זו התבססה על המבחן הנורמטיבי שהוענק ליסוד הסטטוטורי "סיכון בלתי-סביר" במשפט האנגלר-אמריקאי, כרכיב אובייקטיבי המצמצם את "תחום שלטונו" של היסוד הנפשי בנסיבות של ביצוע עברה בקלות-דעת). להרחבה בעניין זה ראו בנספח לעבודת התזה שמאמר זה מבוסס עליה – כהן, לעיל ה"ש 189.

191 נראה כי ככלל – ואפילו במקרים של משחק בנשק – העדיפה הפסיקה לא להשתית את ההרשעה בעברת הריגה על מודעות כללית בלבד. דוגמה מובהקת לכך היא פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת **חביבולין**, לעיל ה"ש 54. בפרשה זו נידון עניינה של מאבטחת נושאת נשק (אקדח) שיצאה לחנוג עם חבריה את יום-הולדתו של אחד מהם. כטיב ליבה בוודקה, התפתחה בינה לבין אחד החברים (להלן: המנוח) שיחה על-אודות האקדח שברשותה. במטרה להוכיח למנוח כי ברשותה אקדח וכי היא יודעת להשתמש בו, שלפה המערערת את האקדח, דרכה אותו, קירבה אותו אל ראשו של המנוח, לחצה על ההדק וירתה כדור אחד בראשו – ירי שגרם למותו. בערכאה הדיונית נקבע כי כמות הוודקה ששתתה המערערת סמוך לביצוע הירי יצרה אצלה "מידה מסוימת של קהות חושים", עד כדי כך שלא זכרה כי לא פרקה את האקדח בתום יום העבודה. המערערת ערערה על הרשעתה בעברת הריגה, וטענה כי הקביעה שלפיה נעלמה מעיניה (ליתר דיוק מזכרונה) עובדת קיומה של מחסנית במצב "הכנס" בנשק שוללת את מודעותה "לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה", ואיתה את האפשרות לייחס לה מחשבה פלילית. טענה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון בהתבסס על הלכת **מירו**, לעיל ה"ש 54, שעל-פיה די בקיומה של **מודעות כללית** לסיכון לביסוס הרשעתו של אדם בעברת הריגה בנסיבות של משחק בנשק. אולם בית-המשפט העליון לא הסתפק בנימוקי הכרעתו (הנורמטיבית לטעמי) בפרשת **מירו**, ובחר לבסס את הרשעתה של המערערת גם על ס' 34(ב) לחוק העונשין, שלפיו מיוחסת מחשבה פלילית סטטוטורית-קונסטרוקטיבית למי שנכנס למצב של שכרות מדעת ובהתנהגות נשלטת. ודוק: בית-המשפט העליון נזקק לסעיף זה אף שלא הוכח בעניינה של המערערת כי בשל שכרותה הייתה **חסרת יכולת של ממש** להבין את אשר עשתה (בהתאם להגדרת סייג השכרות לפי ס' 34(ד) לחוק העונשין). כאמור לעיל, כל שנקבע בעניינה הוא שעקב שכרותה החלקית היא שכחה שלא פרקה את הנשק. אולם לכאורה, ועל-פי הלכת **מירו**, לעובדה זו ממילא אין כל משקל לשאלת הרשעתה בעברת הריגה. מה טעם אפוא מצא בית-המשפט להזיקק לס' 34(ב)

אכן, יש להודות כי אימוץ פרשנותו של פלר לתוכן ההיגד "נטילת סיכון בלתי-סביר" על-ידי הפסיקה אינו מבטא עמדה עצמאית ייחודית שלה, כי אם עמדה המייצגת את השיח המשפטי בישראל ככלל.¹⁹² אולם עמדה זו מבטאת ללא ספק סטייה ממסורת

לחקר העונשין כנימוק נוסף לביסוס הרשעתה של המערערת בעקרת הריגה? לדעתי, יש בכך כדי לחשוף את המתח הקיים בהכרעות בתיקים א-נורמטיביים מובהקים מסוג זה בין יישומו של מבחן אשמה קוגניטיבי לבין מבחן אשמה נורמטיבי. מצד אחד, נראה כי מדובר בהכרעה נורמטיבית של בית-המשפט, המזהה בהתנהגות מסוג זה יחס אנטי-חברתי כלפי הערך המוגן בעברה (כגישה (attitude) א-נורמטיבית-סובייקטיבית של הנאשם כלפי הערך המוגן של חיי אדם), שאינו פחות בחומרתו מזה הגלום במחשבה הפלילית על-פי הגדרתה הסטטוטורית (כיסח מחשבות קוגניטיבי א-נורמטיבי כלפי הערך המוגן). מן הצד האחר, ביסוס הרשעה כזו על יסוד קיומה של מודעות כללית בלבד עומד בסתירה להגדרת המחשבה הפלילית – שאומצה ככלל בפסיקה – כמודעות לסיכון קונקרטי. לפיכך, כך נראה, בית-המשפט משתדל ככל יכולתו, כפי שעשה בפרשת חביבולין, לא לבסס את ההרשעה בעקרת הריגה במקרים אלה על עובדת התגבשותה של מודעות כללית בלבד. עם זאת, קושי זה אינו מונע את בית-המשפט מלבסס לעיתים את ההרשעה בעקרת הריגה על קיומה של מודעות כללית בלבד, שכן במקרים מסוימים אי-אפשר להתעלם מן העובדה שהמבחן של מודעות לסיכון קונקרטי הוא מבחן אשמה מקל במידה שאי-אפשר להגן עליה.

192 ראו, למשל, את האופן שבו תואר מבחן "הסיכון הבלתי-סביר" בספרו של גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ב 267–268 (2009):

"השאלה המתבקשת לעניין זה היא, כיצד ניתן להבחין בין סיכון סביר לסיכון בלתי סביר, כלומר כיצד ניתן לאפיין את ההתנהגות המסוכנת באופן בלתי סביר, המכניסה את חוסר רצונו של האדם לתחום קלות-הדעת. סבירות הסיכון היא לעולם תלוית-נסיבות, כך שיש לבחון את הסיכון הספציפי שניטל לעומת המטרה שעמדה בבסיסו. כך למשל, אותה נסיעה במהירות מופרזת עשויה להיחשב כנטילת סיכון בלתי סביר כאשר מדובר בנסיעת תיור וטיול, אך אותה נסיעה בדיוק עשויה להיחשב בגדר הסיכון הסביר, כאשר מדובר בנסיעה מצילת חיים, אשר כל רגע במהלכה הוא קריטי, לדוגמה אמבולנס המוביל פצועים באורח אנוש או חש לזירת אירוע רב-נפגעים. כמעט כל התנהגות אנושית עשויה לגלום במסגרתה סיכון, אולם סבירותו של הסיכון אינה מוחלטת, כי אם תלוית-נסיבות קונקרטיות, כאמור, ונקיטת הסיכון הספציפי תישקל אל מול אי נקיטת הסיכון." (ההדגשה במקור).

עד כאן, לכאורה, טוב ויפה! אלא שמייד לאחר-מכן ממשיך הלוי וכותב:

"במסגרת קלות-הדעת, הערכת סבירותו של הסיכון נעשית בפועל באופן סובייקטיבי על ידי המתנהג, ואין מדובר בהתייחסות לפי סטנדרט אובייקטיבי. כך למשל, כאשר רופא בעת ניתוח נוקט פעולה הגורמת למות המנותח, יש לבחון את הבנתו את הסיכון. אם הרופא היה מודע לחוסר סבירותו של הסיכון ובכל זאת נקט את הפעולה, כי אז מדובר ברופא קל-דעת. לעומת זאת, אם הרופא לא היה מודע לחוסר סבירותו של הסיכון, כי אז מדובר ברופא רשלן, אם אכן מתקיימים בו יתר תנאי הרשלנות. לעניין קלות-הדעת, אמת המידה של האדם מן היישוב אינה רלוונטית. סבירותו של הסיכון לעניין קלות-הדעת נמדדת דרך עיניו של המתנהג, שאם לא כן מדובר ברשלנות." (ההדגשות הוספו).

סתם ולא פירש: מהו טיב הסיטואציה שאותה תיאר הלוי כאי-מודעותו של הרופא לחוסר סבירותו של הסיכון? אם קלות-הדעת נבחנת כדבריו רק על-פי אומד-הדעת הסובייקטיבי של הנאשם, ולאמת-המידה של "האדם מן היישוב" (או "האדם שומר החוק") אין כל מעמד ביישומה, אזי הרופא יהיה פטור גם בנסיבות שבהן אי-מודעותו נוגעת לשאלת סבירות תכליתה של נטילת הסיכון. לפי

המשפט האנגלו-אמריקאי רבת השנים, השוללת את ההנחה שכל נטילת סיכון מודעת היא בבחינת "מעשה אסור" או התנהגות "בלתי-סבירה"¹⁹³, כמו-גם את הקביעה כי הפזיזות חייבת לבטא מודעות לסיכון קונקרטי דווקא.¹⁹⁴ לעניות דעתי, גם אין בכוחה של עמדה זו לעמוד במבחן הביקורת.

ניתוח כזה, גם בנסיבות שבהן היה הרופא מודע לקיומו של סיכון (אפילו קונקרטי) בהתנהגותו, לא יהיה אפשר לייחס לו הלך-נפש של קלות-דעת אם הוא סבר, באופן סובייקטיבי, כי מדובר בסיכון שראוי ליטול אותו בנסיבות העניין, וזאת אף אם עמדתו זו מנוגדת בתכלית הניגוד לתפיסה החברתית המקובלת ולנורמה סבירה של התנהגות. גישה כזו מעניקה לנאשם מעמד בקביעת הנורמה עצמה, והיא עומדת בניגוד למעמדה האובייקטיבי של הנורמה על-פי עקרון החוקיות. אולם אני מוכן גם לצאת מנקודת-הנחה כי לא זו הייתה כוונתו של הלוי, וכי הוא כיוון בדבריו לסיטואציה שבה אי-מודעותו של הרופא נוגעת לשאלת הקונקרטיות של הסיכון ולסבירותו בהקשר זה בלבד. אולם גם במקרה זה אי-אפשר להגן על גישתו: ראשית, היה מקום להבהיר כי בכל הנוגע לשאלת סבירות תכליתה של נטילת הסיכון בנסיבות קונקרטיות, קלות-הדעת נבחנת על-פי מבחן אובייקטיבי של האדם מן היישוב (כשלעצמי, אני מעדיף כאמור את המונח "אדם שומר חוק"), אולם ניתוחו של הלוי אינו מעניק לקלות-הדעת תוכן אובייקטיבי בכל הקשר שהוא. שנית, ניתן להיווכח בקלות כי גישה כזו אינה מעניקה לאמות-המידה של "תכלית הסיכון" ו"טיב הסיכון" מעמד של ממש במבחני יישומה של קלות-הדעת, שכן היא מעניקה את מעמד הבכורה לאמת-המידה של "דרגת הסיכון" (הקונקרטיות שלו), ואף זאת לא על-פי מבחן אובייקטיבי, כי אם על-פי מבחן סובייקטיבי. כך, אם הרופא סבר, בצדק או לא בצדק, כי אין מדובר בסיכון קונקרטי, אזי אי-אפשר לייחס לו הלך-נפש של קלות-דעת, גם אם על-פי אומד-דעתה של החברה – בהתחשב בנסיבות העניין ובתכלית של נטילת הסיכון וטיבו – אין ליטול סיכון זה בשום מצב ובשום דרגת סיכון. הדבר נכון, בבחינת קל וחומר, ביחס לסיטואציה הייחודית שתיארתי בחלק הראשון של פרק זה, שבה מחשבתו הסובייקטיבית של הנאשם היא כי "אין כל סיכון" בהתנהגותו, אף-על-פי שמדובר במסקנה נורמטיבית יותר מאשר במסקנה עובדתית. יוצא אפוא כי גישתו של הלוי מעניקה ל"תכלית הסיכון" או ל"טיבו", אף לפי הפרשנות המקילה של דבריו, מעמד שולי ביותר: תחילה יש לבדוק את שאלת הקונקרטיות של הסיכון על-פי אומד-דעתו הסובייקטיבי של הנאשם, ורק אם מדובר במצב של מודעות לסיכון ממשי, יהיה אפשר לבחון את סבירותה של נטילת הסיכון על-פי אמות-המידה של תכלית הסיכון וטיבו.

גישה כזו אינה מבטאת מבחן של "איוון" בין אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, כי אם מבחן מודרג, שבו לאמת-מידה אחת יש קדימות ויתרון על האחרות. זו אף זו, על-פי גישה זו אי-אפשר כלל להציג את "דרגת הסיכון" (או "הקונקרטיות של הסיכון") כ"אמת-מידה", שכן היא אינה מבטאת מבחן אובייקטיבי, כי אם סובייקטיבי. מכאן שהיא אינה יכולה לשמש פרמטר שיפוטי-ערכי, באשר זה, מעצם טבעו, חייב לצאת מנקודת-מבט שמחוץ לעולמו ההכרתי או הנורמטיבי של הפרט. ומעל הכל: על-פי גישה זו, אמת-המידה של "דרגת הסיכון" אינה מאפיינת כלל את טיב היסוד ההתנהגותי של העברה, כי אם את טיב היסוד הנפשי (מודעות לסיכון קונקרטי), כך שאין מדובר כלל באותה "אמת-מידה" שמצאה את ביטויה במבחני היסוד ההתנהגותי בהגדרת הפזיזות במשפט המקובל.

193 ראו לעיל ה"ש 67; לעיל ה"ש 68.

194 למשל, בדין הקנדי, ראו לעיל ה"ש 170. ראו גם לעיל ה"ש 79; לעיל ה"ש 171. היטיב לתאר את הדברים LAFAVE, לעיל ה"ש 67, בעמ' 263–264: "All of this suggests why we cannot measure the risk required for tort or for criminal liability in terms of percentages of chance"

פרק ז: דו־משמעותו של עקרון החוקיות וזיקתו ליסוד הנורמטיבי של הפזיות

ביקורת מרכזית על ליבת התזה המונחת במאמר זה נוגעת למידת עמידתו של היסוד הנורמטיבי של הפזיות בקווי המתאר המעצבים של עקרון החוקיות. הטענה שעשויה לעלות בהקשר זה נגד היסוד הנורמטיבי של הפזיות היא כי הוא סותר, במידה ממשית, את העיקרון האמור. טענה זו יש בה ממש: על־פי טיבן והגדרתן, אמות־המידה המאפיינות את "המעשה האסור" הן כלליות ביותר, ולא ספציפיות, ומובילות לניסוח לא־בהיר של הנורמה הפלילית. טענה כבודת־משקל זו ראויה להתייחסות מעמיקה, שבה אסיים את המאמר. פרק זה ישים אפוא כרפלקסיה עצמית על התזה המרכזית שהנחתי במאמר כולו.

1. דו־משמעותו של עקרון החוקיות

עקרון החוקיות, המבוטא באמרה הלטינית החשובה "nullum crimen nulla poena sine lege praevia"¹⁹⁵ מבטא תפיסה משפטית שלפיה אין להעניש אדם על התנהגות שלא נאסרה בחוק לפני ביצועה. בחברה מתוקנת ההגינות כלפי הפרט מחייבת לא להטיל עליו עונש השולל את זכויותיו או את חירותו מבלי להזהירו תחילה, כמאמר הכלל ההלכתי: "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"¹⁹⁶. מכאן נוצקו שלוש הסתעפויות המרכזיות של עיקרון זה: חובת הבהירות של נוסח החיקוק הפלילי; פומביות החיקוק; ושליטת חיקוק למפרע.¹⁹⁷

שתי ההסתעפויות האחרונות – פומביות החיקוק ושליטת חיקוק למפרע – מבטאות את מאפייניה הטכניים של האזהרה הנדרשת: רק חיקוק פומבית הקודמת להתנהגות בת־הענישה מהווה אזהרה, שכן רק חיקוק כזו הייתה נגישה לפרט בטרם ביצע את ההתנהגות שעליה הוא נקרא לעמוד לדין. לעומתן, ההסתעפות הראשונה נוגעת להיבט המהותי של עקרון החוקיות, המבטא את הרכיב הנורמטיבי של העברה – תוכן האזהרה או תוכן האיסור – ואת בהירותו ומובנותו לפרט.

"הרכיב הנורמטיבי [של היסוד העובדתי של העברה] הוא התגשמות עקרון החוקיות

of harm. The percentages of chance of harming others vary according to the social utility of the defendant's conduct, according to what he knows of the surrounding circumstances, and according to the nature and extent of possible harm resulting from his conduct"

195 "אין עברה ואין עונש עליה אלא על־פי חוק שקדם לה." נהוג לבטא עיקרון זה בנוסח מקוצר בביטוי הלטיני "nullum crimen sine lege" ("אין עברה ללא חוק") – ראו פלר יסודות בדיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 4.

196 המבוסס על בבלי, סנהדרין נו, ע"ב: "ולא ענש אלא אם כן הזהירו."

197 לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 67.

בפלילים. הוא מתבטא בקיום נורמה חקוקה האוסרת את העבירה.¹⁹⁸ כדי להגשים את ייעודו של החיקוק, לבל ייעשה בו שימוש שרירותי להענשת הפרט, מתחייבת בהירותם של הנורמה הפלילית ושל מאפייניה. בכך יש כדי להדריך את הפרט במה שנוגע לגבולות ההתנהגות המותרת, ולאפשר לו לציית לאיסורי החברה.

אולם היסוד הנורמטיבי של עברה הוא גם יסודה האובייקטיבי ביותר. תוקף האיסור אינו תלוי ביחסו של הפרט אליו,¹⁹⁹ ומרגע פרסומו, אכיפתו אינה תלויה גם במודעות לקיומו.²⁰⁰ עקרון החוקיות מבקש אפוא להגן על הפרט מפני שרירות-ליבן ונגישתן של רשויות המדינה, מחד גיסא, אך עם זאת להעניק לרשויות אלה את הסמכות הבלעדית להגביל את חירותו של הפרט – מראש (סמכות החקיקה) ובדיעבד (סמכות הענישה). בבסיסו של עקרון החוקיות עומדת אפוא תובנה דו-משמעית ביחס לזכויותיו של הפרט: לצד הקפדה על "כללי משחק" הוגנים המעניקים לפרט אפשרות ממשית "לדעת טוב ורע" (במישור הפלילי) ולציית לנורמות החקוקות, נשלל מעמדו ביחס לתחולתן של נורמות אלה, לתוכנן או לתוקפן. בשלילת מעמדו של הפרט במונח זה משתקף היבטו האובייקטיבי של עקרון החוקיות.

2. זיקת היסוד הנורמטיבי של הפיזיות לעקרון החוקיות בהיבטו המהותי

הדרישה להגדרה ברורה של גבולות האיסור הפלילי מבטאת אפוא את ההיבט המהותי של עקרון החוקיות, ומבקשת להבטיח את בהירות התוכן של הנורמה. אולם הגשתה של דרישה זו אינה עניין פשוט. ראשית, הגדרה, מעצם טיבה, אינה אלא ניסוח מקורב של מהות מושאה. זאת ועוד, "יש והמילים אינן אמצעי ביטוי מושלם לרעיונות, [ו]יתכנו אף מצבים וצורות התנהגות שיקשה להגדירם באורח חד וחלק".²⁰¹ אפשר אף שהערפול של נורמה חקוקה יהיה מכוון, פרי פשרה בין עמדות נורמטיביות שונות של נבחרי הציבור המופקדים על מלאכת החקיקה.²⁰² פועל יוצא מן האמור הוא שאין מנוס מלהכיר בסמכותן של הערכאות השיפוטיות להשלים במידת-מה את מלאכת החקיקה²⁰³ על-ידי יציקת תוכן משלים לנורמה החקוקה, אם באמצעות פרשנותה²⁰⁴ ואם על-ידי מציאת תכליתה בהתאם לנוסחה הלשונית²⁰⁵ או בהתייחס לכוונת המחוקק.²⁰⁶

198 פלר יסודות בדיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 381.

199 במובחן מנגישותו של האיסור לפרט.

200 בכפוף לסייג של סבירות הטעות בדין, הקבוע בס' 34 לחוק העונשין.

201 לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 84.

202 שם.

203 שם: "כפועל יוצא קשה ביותר, ואולי אף בלתי אפשרית, תחימה חדה ורציפה בין פסיקה לגיטימית וחקיקה שיפוטית פסולה. הבעייתיות הטבועה במלאכת השיפוט גורמת לה לחדור לאזורי הספר שעל גבולה וגבול מלאכת החקיקה."

204 הקושי להבחין בין מלאכת הפרשנות החקיקתית הלגיטימית לבין הרחבת תחומו של האיסור משמש אחד הנימוקים העיקריים של מתנגדי עקרון החוקיות. לעניין זה ראו: GLANVILLE WILLIAMS,

דומה שהקושי בהגדרת הטיב המדויק של מכלול ההתנהגויות האסורות הוא המכשול המרכזי ביישום היבטו המהותי של עקרון החוקיות. רבגוניותה של ההתנהגות האנושית העלולה לפגוע באינטרסים מוגנים של החברה אינה עניין להגדרה תחומה וסופית של מאגר ציוויים לשוניים, יהא מספרם אשר יהא. יתר על כן, נסיבותיהן האינסופיות של ההתנהגויות האנושיות השונות, המאפיינות אותן כמותרות או כאסורות, אינן ניתנות לכינוס מלא בקודקס פלילי.²⁰⁷ על-כן הדרישה להבהרה מרפית של תוכן הנורמה הפלילית היא בבחינת שאיפה לאינסוף שאינה ניתנת להגשמה מלאה.

כזה הוא, למשל, עניינה של העברה של הפרת אמונים: הניתן לאפיין בהגדרה אחת ויחידה את מכלול ההתנהגויות המקיימות את היסוד הפיזי שלה? יתר על כן, הניתן לקבוע מראש את שלל הנסיבות שיאפיינו התנהגות מסוימת כמקיימת יסוד פיזי זה?²⁰⁸ כזה הוא גם עניינה של עברת ההריגה:²⁰⁹ מכלול ההתנהגויות העלולות להוביל למותו של אדם אינו ניתן לכינוס תחת הגדרה אחת. כמו-כן, נסיבות שונות – אינסופיות במספרן – יכולות להביא לידי הצדקת ההתנהגות העומדת לביקורת, בעוד נסיבות אין-ספור אחרות יאפיינו אותה כהתנהגות הראויה לענישה.²¹⁰ כזה הוא גם עניינה של עברות נוספות.

CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART 604–605 (2nd ed. 1961). ראו מובאה זו גם אצל לוי

ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 66.

205 על הפרשנות המילולית ראו שם, בעמ' 75.

206 לעניין העתקת הדגש אל כוונת המחוקק כמגמה השלטת ביישום פרשנותו של האיסור הפלילי ראו

שם, בעמ' 78.

207 ראו קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 69, בעמ' 165.

208 לדיון מקיף בסוגיית יסודות העברה של הפרת אמונים ראו רות קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה

או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" **מגמות בפלילים – עיונים בתורת**

האחריות הפלילית 203 (אלי לדרמן עורך, 2001). קושי גדול עוד יותר היה מצוי בעברה של "תקלה

ציבורית" לפי ס' 198 לחוק העונשין – עברה שבוטלה רק בשנת 2008 (חוק העונשין (תיקון מס'

100), התשס"ח-2008, ס"ח 812). עברה זו, שהוגדרה כ"העושה מעשה העלול להביא לתקלה

ציבורית", לא הגדירה לא את טיבו של המעשה ולא את טיב התקלה (התוצאה) שהוא עלול לגרום

לה. מהו המעשה האסור ומהי התקלה הציבורית האסורה – לא פירש המחוקק. אי-הבהירות של

נורמה זו (שמקורה במשפט המקובל) עוררה ביקורת חריפה של מלומדים בארץ ובהחוק-לארץ.

לסיכום של ביקורת זו ראו לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 113–124. ראו גם את התייחסותו של

השופט חשין לעברה זו בדנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נט(4) 385, 432–433 (2005).

209 ההגדרה הלא-ספציפית של היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה היא שהניעה בעבר את בית-

המשפט העליון להציב דרישה להוכחת קיומו של מעשה אסור על-פי דין לשם התגבשותה של

העברה. ראו לעניין זה גם לעיל ה"ש 27.

210 סוגיית מאפייניו של היסוד הנסיבתי בעברת הריגה עלתה, בין היתר, בקשר לחובת הזהירות, שקיומה

מהווה תנאי להתגבשות עברת הריגה באנגליה. השאלה הייתה מהן הנסיבות שבכוחן להוביל

למסקנה כי הופרה חובת הזהירות של הנאשם כלפי המנוח (במקרה שבו אין חובה כזו על-פי דין),

ואם מסקנה זו אינה לעולם מסקנה רטרוספקטיבית העומדת בסתירה לעקרון החוקיות (שאלה זו

מתחדדת לנוכח העובדה שקיומה של חובת זהירות נקבע, בהקשרים מסוימים, על-ידי חבר-

המושבעים). לעניין זה ראו פרשת R. v. Wacker, [2003] Q.B. 1203; פרשת R. v. Willoughby,

היסוד הנורמטיבי של הפזיזות אינו אלא קביעת אמות-מידה לאפיון של נסיבות ההתנהגות המעצבות את טיבה כהתנהגות מותרת או כהתנהגות אסורה. בהיבטו האובייקטיבי, היסוד הנורמטיבי מבקש לאפיין את טיב ההתנהגות המקיימת את היסוד הפיזי של העברה²¹¹ על-פי מידת הפגיעה²¹² שהיא מסיבה או עלולה להסב לערך חברתי מוגן. בהיבטו הנורמטיבי הוא מבקש לאפיין את הסטייה שבהתנהגות כסטייה עבריינית,²¹³ המבטאת פסול מוסרי-ערכי. לפיכך, אם ההתנהגות העומדת לביקורת מסכנת או פוגעת במידה בלתי-סבירה או בלתי-מוצדקת בערך חברתי מוגן, ומבטאת גם עמדה נורמטיבית פסולה של בעליה (תודעה עבריינית), היא תאופיין כמקיימת את היסוד הפיזי של העברה. הוא שאמרנו: ליסוד הנורמטיבי של הפזיזות יש חלק בהגדרת היסוד ההתנהגותי-נסיבתי של העברה²¹⁴ (באותן עברות שבהן יסוד זה אינו מוגדר דיו), לצד היותו קנה-מידה לזיהוי אופיו של הפסול שדבק בהתנהגות.

במובן זה יש ביסוד הנורמטיבי של הפזיזות כדי לפגוע במידה מסוימת בהיבט המהותי של עקרון החוקיות,²¹⁵ שכן מאפייניהן של נסיבות ההתנהגות המעצבות אותה כהתנהגות אסורה נבחנים על-פי יסוד זה בדיעבד.²¹⁶ השאלה אם בנסיבותיו של מקרה

Jonathan R. v. Evans, [2004] EWCA Crim 3365; ופרשת [2009] EWCA Crim 650. ראו גם: Herring & Elaine Palser, *The Duty of Care in Gross Negligence Manslaughter*, 17 CRIM. L. REV. 24 (2007).

211 לפחות בעברה שהיסוד ההתנהגותי או היסוד הנסיבתי שלה אינם מוגדרים דיים.
 212 במובן הרחב של עוצמת הסיכון, טיבו ותכלית נטילתו, המאפיינים אותו כבלתי-סביר.
 213 ביחס לסולם הערכים החברתי ולתפיסה הנורמטיבית המקובלת.
 214 ראו לעיל ה"ש 76. ראו גם את הגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות על-ידי בית-המשפט לערעורים באנגליה בפרשת *Murphy* כיסוד המאפיין את ההיבט ההתנהגותי של העברה: "We are not concerned with the use of the adjective 'reckless' in the context where it is related to certain consequences resulting from conduct but with the adverb 'recklessly' governing the accused's conduct which is under scrutiny." R. v. Murphy, [1980] Q.B. 434, 440. ההתייחסות אל הפזיזות היא כאל תואר הפועל, כלומר תיאור טיב היסוד ההתנהגותי של העברה, ולא כאל תואר השם, המתאר את מצבו התודעתי של הנאשם. רעיון דומה הובע גם בפרשת *Lawrence*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 525, שם כתב בית-הלורדים הבריטי, בהתייחס לעברה של "נהיגה בפזיזות": "In ordinary usage 'recklessly' as descriptive of a physical act such as driving a motor vehicle which can be performed in a variety of different ways, some of them entailing danger and some of them not, refers not only to the state of mind of the doer of the act when he decided to do it but also qualifies the manner in which the act itself is performed".
 215 ראו את ביקורתו של STUART, לעיל ה"ש 67, בעמ' 285, על התיאוריות הנורמטיביות של האשמה: "The normative approach is dangerous in that it seeks to avoid declaring in advance criteria of blame. It would obliterate the ideal of certainty". הביקורת מופנית נגד נטייתן של גישות אלה להתמקד בהגדרת הסייגים לאחריות הפלילית במקום בהגדרת מבחני האשמה. אולם המבחן הנורמטיבי של "סבירות הסיכון", על אמות-המידה שלו, אינו ראוי לביקורת זו, שכן הפעלתו מובילה דווקא לצמצום גדרי האיסור ולצמצום תחולתו של המשפט הפלילי.
 216 בהקשר של "התרשלות רבת" (gross negligence) נטען כי הגדרתו של מונח זה – אשר התקבלה בפרשת *Bateman*, לעיל ה"ש 91, ואושרה בפרשת *Adomako*, לעיל ה"ש 93, ובפרשת *Misra*, לעיל

קונקרטי הייתה ההתנהגות מוצדקת אם לאו, על-פי אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי, נבחנת תמיד במבט לאחור.²¹⁷ היא אף מחייבת הפעלת שיקול-דעת נורמטיבי של השופט היושב בדין²¹⁸ או של חבר-מושבעים, ובכך יש מימד של שיפוט סובייקטיבי שאי-אפשר להתעלם ממנו.²¹⁹ אמות-המידה לבחינה זו ידועות אומנם מראש,²²⁰ שכן הן חלק מן ההגדרה החקוקה של הפזיזות, אבל אי-אפשר להתעלם מן ההגדרה המינוחית הכללית שלהן ומן העובדה שהן עומדות זו כנגד זו – כאמות-מידה יחסיות בלבד.

המתח הקיים בין עקרון החוקיות לבין היסוד הנורמטיבי של הפזיזות מבטא למעשה את המתח התמידי הקיים בין הגדרתו הפרוספקטיבית של האיסור הפלילי (הגדרת היסוד העובדתי בעברה) לבין השיפוט הערכי הרטרואספקטיבי של ההתנהגות ומידת הצדקתה בנסיבות קונקרטיות (הגדרת היסוד הנורמטיבי של הסייג לאחריות הפלילית).²²¹ עם

ה"ש 94 – היא הגדרה "מעגלית" שאין בה תוכן ממשי: על חבר-המושבעים לקבוע כי המעשה הוא פלילי אם הם סבורים שהוא חמור עד כדי כך שראוי להתייחס אליו כאל מעשה כזה. בכך, נטען, מוטלת על חבר-המושבעים משימה של חקיקה רטרואספקטיבית, הפוגעת בעקרון החוקיות. לעניין זה ראו: Graham Virgo, *Reconstructing Manslaughter on Defective Foundation*, 54 CAMB. L.J. 14, 16 (1995). C.M.V. Clarkson, *Context and Culpability in Involuntary Manslaughter: Principles or Instinct*, in RETHINKING ENGLISH HOMICIDE LAW 133, 137 (Andrew Ashworth & Barry Mitchell eds., 2000).

217 קוגלר "על דרישת המודעות", לעיל ה"ש 69, בעמ' 165. בפרשת *Misra*, לעיל ה"ש 94, תקפה ההגנה את מבחן "הרשלנות רבתי" בטיעון כי הוא נוגד את עקרון החוקיות, שקנה לו מעמד חוקתי בחוקה האירופית לזכויות אדם (European Convention on Human Rights (ECHR)), וזאת בשל היותו מבחן רטרואספקטיבי.

218 ביקורת כללית נגד תורת משפט מוסרית (לאו דווקא בהקשרה הפלילי) תטען כי יש בה כדי להוביל לתוצאות משפטיות שונות בנסיבות דומות, וזאת בשל השוני בהשקפותיהם הערכיות של שופטים שונים. להתמודדות עם ביקורת זו ראו מאמרו של Solum, לעיל ה"ש 141, בעמ' 202–204.

219 Paul H. Robinson, *The Modern General Part: Three Illusions*, in CRIMINAL LAW THEORY 90–91 (S. Shute & A. Simester eds., 2002). ראו גם את ביקורתו של Simons בעניין זה, לעיל ה"ש 142, בעמ' 199.

220 אחת הטענות נגד היסוד הנורמטיבי של "ההתרשלות רבתי" (gross negligence) היא שהוא אינו מפרש מהן אמות-המידה לבחינתה של הסטייה הנורמטיבית (בניגוד להגדרה המפורטת של טיב הסטייה בהגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות ב-M.P.C.), מלבד הקביעה כי מדובר במעשה רע עד כדי כך שיש לראותו כפלילי (ראו לעיל ה"ש 216). לעניין זה ראו: Simon Gardner, *Manslaughter*, *by Gross Negligence*, 111 L. Q. REV. 22, 23 (1995).

221 המתח הקיים בין ההיבט המהותי של עקרון החוקיות לבין היסוד הנורמטיבי של הפזיזות מבטא, לדעת Robinson, את המתח הקיים בין שתי המטרות המרכזיות של כל קודקס פלילי: המטרה האחת היא להכווין את התנהגותו של הפרט בחברה – מטרה שהשגתה מחייבת ניסוח בהיר, פשוט ואובייקטיבי של נורמות ההתנהגות מראש (ex-ante function); והמטרה האחרת היא קביעת העקרונות ואמות-המידה שלפיהם תישפט התנהגות הפרט **בדיעבד** (ex-post function) – מטרה שלשם השגתה נדרש ניסוח מרוכך של עקרונות אלה, המניח מקום לניואנסים ולמורכבות הדרושים

זאת, יש לזכור כי אפיון התנהגות כמוצדקת (justified) – על-אף פגיעתה בערך חברתי מוגן – הוא אפיון הנעשה לעולם במבט לאחור ועל-פי שיפוט ערכי-נורמטיבי. כזה הוא עניינם של כל הסייגים במשפט הפלילי – צורך, כפייה, הגנה עצמית ועוד. זוהי אכן דרך נוספת להציג את היסוד הנורמטיבי של הפזיזות – כמעין סייג²²² לפליליותה של התנהגות.²²³ התנהגות תיחשב פלילית אך ורק בכפוף לאמות-המידה האובייקטיביות-הנורמטיביות של יסוד זה, המבקשות להבטיח כי בעברת פזיזות יורשע אך ורק מי שפגע בערך החברתי המוגן מתוך יחס מנוכר כלפיו (במישור האיכותי)²²⁴ ובמידה מספקת (במישור ה"כמותי").²²⁵ התייחסות זו אל היסוד הנורמטיבי מעמעמת במידת-מה את עמידתו בסתירה לעקרון החוקיות. על-פי הסתכלות זו, תכליתו של היסוד הנורמטיבי היא דווקא לצמצם את הגדרתם הרחבה של היסוד הפיזי והיסוד הנסיבתי בעברות המאופיינות בהגדרה כזאת. תוכן היסוד ההתנהגותי של עברת הריגה המוגדר כ"מעשה אסור" יהיה כתוכן היסוד הנורמטיבי של הפזיזות. בכך יש כדי לצמצם את היקפו של האיסור,²²⁶ באופן המקיים את הרעיון המהותי הגלום בעקרון החוקיות, ולמנוע את הרחבתו יתר על המידה.²²⁷

²²² לשם חריצת הדין ועשיית צדק. לעניין זה ראו Robinson, *Prohibited Risks*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 370–369.

²²³ הגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות באופן זה תומכת בגישה המצדדת בביטול ההבחנה החדה שבין "עברות" לבין "הגנות" – גישה שהובעה לאחרונה על-ידי ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 90, באופן הבא: "Because our approach, at least at an idealized level, eliminates the formal distinction between offenses and defenses, the terms of the debate shift. That is, those who argue that justifications are parallel to negating offense element, but excuses are equivalent to negating culpability, will find that these neat categories have completely disappeared within our framework. Nevertheless, we believe that much of the current understanding and debate about justification and excuses can be accommodated within our model". הצעתם של אלכסנדר ופרוזן תומכת בניסוח מבחן אשמה אחיד שעיקרו מבוסס על הגדרת הפזיזות כ-M.P.C. אין פלא אפוא שמתירת לשיטתם גם ההבחנה בין "עברות" לבין "הגנות", שכן כפי שהראיתי במאמר זה, הגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות כוללת בחובה הן את הגדרת יסודות העברה, הן את המאפיין האב-טיפוסי של הצידוק (התנהגות נורמטיבית על-פי אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי) והן את המאפיין האב-טיפוסי של הסייג (התנהגות שאינה מבטאת עמדה של ניכור כלפי הערך המוגן). יסודות העברה וסייגיה מוכללים אפוא בנוסחה הייחודית של הפזיזות, או ליתר דיוק – בנוסחה של היסוד הנורמטיבי שלה.

²²⁴ ראו התייחסות דומה אצל Rogers, לעיל ה"ש 119.

²²⁵ המאפיין את טיבה של התופעה העבריינית, כמו-גם את תמצית מהותה של האשמה.

²²⁶ פגיעה קשה ובלתי-מוצדקת, אשר מהווה סטייה ניכרת מנורמת התנהגות ראויה (על-פי אמות-המידה הנזכרות לעיל) ומצדיקה את הפעלת מנגנון הענישה.

²²⁷ ולצמצם את תחומי ההתנהגות הראויים להתערבותו של המשפט הפלילי. לעניין זה ראו: Victor Tadros, *The Limits of Manslaughter, in CRIMINAL LIABILITY FOR NON-AGGRESSIVE DEATH* 35, 49 (Christopher M.V. Clarkson & Sally Cunningham eds., 2008).

²²⁸ תפיסה כמו זו של פלר וקרמניצר, שלפיה כל מעשה הנעשה מתוך מודעות לסיכון הטמון בו מקיים את היסוד ההתנהגותי של עברת הריגה, מרחיבה את תחומי האיסור באופן בלתי-ראוי. היא גם

היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, כמעין סייג לפלילים, מכונן אפוא תנאי נוסף לגיבושה של האחריות הפלילית, שלפיו פליליותה של התנהגות נבחנת על-פי תוצאת האיוון שבין אמות-המידה שלו. "אי-סבירותה"²²⁸ של התנהגות במישור הנורמטיבי (קרי, התנהגות שמבטאת סטייה גסה מנורמת ההתנהגות של "אדם שומר חוק") מהווה **תנאי-סף לגיבושה של אחריות פלילית**.²²⁹

יהא האופן שבו נשקף על מהותו של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות אשר יהא – כמעין סייג לאחריות הפלילית או כתנאי לה – יש בו כדי ליצור מידה של חוסר ודאות ביחס ליסוד הפיזי והנסכיבי של העברה. אומנם כסייג לאחריות הפלילית אין הוא שונה בכך משאר סייגי המשפט הפלילי, אשר נבחנים תמיד בהתייחסות שבדיעבד, אולם גם עניינם של סייגים אלה כפוגעים במידת הבהירות של טיב ההתנהגות האסורה אינו פשוט כלל ועיקר. פרישת "רשת" גדולה ל"לכידת" התנהגויות רבות,²³⁰ מתוך כוונה לבור מהן, בשלב השני, את אלה שניתן לפוטרו מאחריות פלילית, אינה שיטה ראויה יותר מאשר הנחה מראש של "רשת" קטנה, ואין בה כדי לפגוע באופן מידתי יותר בעקרון החוקיות – אולי דווקא להפך.

עם זאת, ביסוד הנורמטיבי של הפזיזות יש גם אמת-מידה המעדנת את הפגיעה בהיבט המהותי של עקרון החוקיות. כך, על-פי הגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות במשפט המקובל, סטייה נורמטיבית העולה כדי פזיזות חייבת להתאפיין כסטייה **גדולה** (gross deviation), כרשלנות **פושעת** (criminal negligence), כסטייה **ניכרת** (marked departure) או כרשלנות **רבתי** (gross negligence).²³¹ תכליתן של דרישות אלה

פוגעת בבהירות האיסור, שכן הרחבתו על כל קשת המעשים יוצרי הסיכון מטשטשת את ההבחנה בין מותר ואסור, כפי שכל הרחבה בלתי-מובחנת פוגעת בבהירות מושגיה. כינוס מעשים מסוכנים בלתי-ראויים תחת קורת-גג אחת עם מעשים מסוכנים לא-פליליים, או אפילו מוצדקים, עלול גם לגרום להרתעת-יתר.

228 המונח "אי-סבירותה של התנהגות" כמבחן נורמטיבי אינו מוצלח מבחינה לשונית, שכן הוא מתאים יותר למבחן הנורמטיבי של הרשלנות. מונח מדויק יותר היה "אי-הצדקתה של התנהגות". ראו לעניין זה גם את התייחסותם של BRODY, ACKER & LOGAN, לעיל ה"ש 166, בעמ' 304–305.

229 לפחות לגיבושה אחריות לעברה של מחשבה פלילית.
230 לדוגמה, באמצעות הענקת פרשנות רחבה ליסוד ההתנהגותי "מעשה או מחדל אסורים" בעברת הריגה, כפי שנעשה בפסיקה הישראלית. לעניין זה ראו לעיל ה"ש 3.

231 בסטייה הגדולה, ברשלנות הפושעת, ברשלנות רבתי ובסטייה הניכרת, לצד משמעותן הכמותית, טמונה גם אשמה סובייקטיבית, שכן הן ביטוי לסטייה עבריינית. אדם שנוהג במהירות מופרזת **במודע וברצון** מבטא יחס (סובייקטיבי) שלילי כלפי הערך המוגן של חיי אדם, גם אם לא העלה כלל במחשבתו את אפשרות קיומו של סיכון בכך. במודעות לאופי ההתנהגות טמונה מודעותו לסיכון לא רק כעניין שבעובדה (כזיקה ראייתית גרידא לקיומה של מודעות לסיכון), אלא כעניין שבמהות (כזיקה מהותית הקיימת בין שני מצבי מודעות אלה – ההתנהגותי והתוצאתי). עם זאת, ההתנהגות חייבת לבטא סטייה נורמטיבית חמורה מנורמת ההתנהגות של אדם שומר חוק – סטייה כמותית – שכן סטייה קטנה אינה משקפת תודעה עבריינית ברורה ומובהקת (נהיגה במודע במהירות העולה אך במעט על זו המותרת). על-פי גישה זו, הניסיון לצמצם את הזיקה שבין מודעות לטיב המעשה לבין מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה לכדי זיקה ראייתית בלבד מנוגד לטבע ההכרה של האדם

היא להבטיח כי השופטים היושבים בדין או חבר-המושבעים לא יתפסו כל סטייה נורמטיבית כסטייה פזיזה. רק סטייה ברורה, חדה, גסה וגדולה²³² מסטנדרט ההתנהגות של "אדם שומר חוק" עולה כדי פזיזות. תהא ההגדרה שבה נתאר את עוצמת הסטייה ההתנהגותית המגולמת בפזיזות אשר תהא, תכליתו של מבחן זה אחת היא: לצמצם את השפעת המימד השיפוטי-הסובייקטיבי הרטרופקטיבי של ההרכב האנושי הדין את הפרט לשבט או לחסד, ובכך לצמצם גם את מידת הפגיעה ביסוד המהותי של עקרון החוקיות, מפני שההתנהגות הזאת, אשר מידת סטייתה מן הנורמה מובהקת כל-כך, היא בבחינת "mala in se" (רע לעצמו), שתוקפו של עקרון החוקיות ביחס אליה ממילא חלש יותר.²³³

3. זיקת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות לעקרון החוקיות בהיבט האובייקטיבי

הרכיב הנורמטיבי של עברה, המכונן אותה כעברה, הוא הרכיב האובייקטיבי שלה.²³⁴ מרגע פרסום חקיקתה של עברה, כאשר הרכיב הנורמטיבי נעשה עניין שבעובדה, אין לשאלת יחסו של הפרט אליה כל מעמד. העובדה שהפרט סבור כי מדובר בעברה היוצרת נורמה לא-ראויה, או אף אי-מודעותו לקיומה של נורמה זו, אין להן כל משמעות לשאלת אחריותו, כל עוד התנהגותו מקיימת את כל יסודותיה העובדתיים האחרים

ומלאכותי ביחס אליו. בעניין זה ראו גם את השקפתו של DUFF בספרו INTENTION, AGENCY AND ANSWERING FOR CRIME ו-CRIMINAL LIABILITY, לעיל ה"ש 75.

232 בהקשר זה ראוי לציין כי יש המזהים אף את המבחן של substantial risk כמבחן שתכליתו להדגיש את עוצמת הסטייה ההתנהגותית או אי-סבירותה. על-פי פרשנות זו, יש להבין את תוכנו של מונח זה כשם-תואר של מידת הסטייה ההתנהגותית, ולא כמונח המבטא את הקונקרטיזם של הסיכון. בלשונו של Joshua Dressler:

"[T]he gravity and probability of harm risked may so greatly outdistance the perceived benefits of the conduct that we can conclude that the actor's behavior was not simply unjustified, but that it was enormously so. It is this latter aspect of recklessness that should constitute the substantiality feature of the recklessness formula. That is, 'substantial' should not be read as an adjective modifying 'risk', but rather as an adverb modifying 'unjustified risk'. Criminal recklessness, as I see it, exists when one takes a substantial unjustified – or, if you wish, grossly unjustified – risk." Joshua Dressler, *Does One Mens Rea Fit All?: Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 CAL. L. REV. 955, 958 (2000).

233 לשיטתו של Duff, ביחס לעברות של "mala in se" הקודקס הפלילי נושא אופי הצהרתי-פורמלי בלבד, מה שאין כן לעניין עברות של "mala prohibita", שלגביהן האיסור הסטטוטורי מהווה גורם מכונן. לעניין זה ראו לעיל ה"ש 132 ו-134.

234 פלר יסודות דיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 375–376.

במודע. זהו ההיבט האובייקטיבי של עקרון החוקיות, אשר הרכיב הנורמטיבי של העברה אינו אלא התגשמותו.²³⁵

היסוד הנורמטיבי של הפזיזות, המאפיין את טיב ההתנהגות הנופלת בגדרו של האיסור הפלילי, הוא לפיכך אובייקטיבי **במהותו**. התנהגות אסורה או מאפייני נסיבותיה ההופכים אותה לכזאת נקבעים על-פי אמות-המידה שלו. על-כן יש לו מעמד **בעצם הגדרתה של הנורמה**, בכך שהוא מאפיין את גבולותיה. הוא עושה זאת אומנם על-פי האיזון שבין אמות-המידה שלו, שהן יחסיות זו לזו, אבל האיזון שביניהן משקף את **הנורמה החברתית עצמה** – את גבולות המותר והאסור. לפיכך לשאלת מודעותו של הפרט לתוצאת האיזון הערכי המתגבשת מהפעלת הנוסחה של אמות-מידה אלה בעניין קונקרטי אין כל מעמד, והעובדה שתוצאת האיזון הערכי הסובייקטיבי שלו היא שונה אין בה כדי לשלול את אחריותו הפלילית²³⁶ – אולי דווקא להפך.

כאשר אדם טוען במפגיע כי בנסיבות מסוימות היה ראוי ליטול סיכון מסוים, לא קשה להפעיל מבחן אובייקטיבי על מסקנה נורמטיבית זו. האדם מודה כי הבחין בסיכון, אך טוען כי סבר שבנסיבות העניין היה מותר לו ליטול אותו. אלא שגבולות האסור והמותר הם קביעות אובייקטיביות, שאינן תלויות בעמדתו, אלא בעמדת החברה.

אולם במקרים מסוימים, כמודגם בפרק השישי של מאמר זה, עמדתו הנורמטיבית של הפרט שמותר ליטול סיכון משתקפת במחשבתו הסובייקטיבית כ"אין סיכון", כלומר, כעובדה "פשוטה". ראובן, המשחק בנשק ומכוון אותו אל חברו, עושה זאת משום שהוא סבור כי אין סיכון בהתנהגותו. אולם ניתוח של תפיסתו הנורמטיבית התת-מחשבתית שהובילה אותו למחשבה זו עשוי לגלות כי היא מבטאת עמדה שלפיה התנהגותו מותרת או לכל-הפחות שאין בה פסול. מה שעומד מאחורי ההיגד המחשבתי "אין סיכון" הוא ההיגד "זה מותר" או "אין בכך פגם", שמבטא **עמדה נורמטיבית**. בנסיבות אלה, כך לדעתי, אין מקום להתייחס לאי-מודעותו כאל "חלל תודעתי" השולל את קיומה של מחשבה פלילית, שכן מדובר **בחלל תודעתי נורמטיבי**, ולא עובדתית. כפי שטענתי לעיל, אין בטיעון האמור משום הטלת ספק בכנות מחשבתו של ראובן

235 שם: "[ה]רכיב הנורמטיבי [של העברה] נמנה על רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, על אף שהוא מגדיר אותה בשלמותה, על כל יסודותיה, ולא רק את היסוד העובדתי שבה. דווקא משום כך הוא מהווה אחד מרכיבי יסוד זה – משום שמבחינה אובייקטיבית הוא מאפיין את העבירה כולה. האלמנט הנורמטיבי הוא אובייקטיבי, כי הוא בבחינת עובדה – תחיקתית אמנם, אך בכל זאת עובדה – הקיימת בעולם החיצוני לעושה העבירה, באורח בלתי תלוי אם ובאיזו מידה הוא מודע לה, ובעצם ביצוע העבירה על-ידו."

236 בפרשת *Creighton*, לעיל ה"ש 104, קבע בית-המשפט העליון של קנדה כי יש להעדיף יישום של מבחן אובייקטיבי ליסוד הנפשי של *criminal negligence*. זאת, גם כאשר הנאשם לוקה בפגמים סובייקטיביים ייחודיים שעשויים להשפיע על מידת כושרו להבחין בסיכון (פגמים שאינם מגיעים כדי פגיעה קשה בכושרו המנטלי). בית-המשפט צידד בגישה זו לאחר שזיהה את ההתחשבות במאפיינים אלה כפגיעה בעקרון-יסוד של המשפט הפלילי – החתירה להאחדה של נורמת התנהגות מינימלית אובייקטיבית. (כאמור שם, היסוד הנפשי של *criminal negligence* בקנדה אינו יסוד של רשלנות על-פי מובנה בדין הישראלי, אם כי ביישומו כרוכים מבחנים אובייקטיביים מסוימים.)

שלפיה בהתנהגותו אין סיכון. הוא באמת חושב שאין בה סיכון. אבל מחשבתו זו אינה אלא ביטוי או שיקוף נאמן לעמדה נורמטיבית פסולה שלפיה אין פסול בהתנהגותו. במקרה זה ברור שקיים "חלל תודעתי", אלא שיש לזהות את אופיו כחלל תודעתי נורמטיבי, הקורא תיגר על ערכיה של החברה. "חלל תודעתי" כזה נושא לדעתי אופי של "טעות בדין"²³⁷, שעל-פי העיקרון הנקוט על-ידינו אינה פוטרת אלא בהיותה סבירה. לפי ניתוח זה, נקודת התורפה המרכזית של הגישה הסובייקטיבית הטהורה היא שהיא מעניקה את מלוא המשקל בשאלת האחריות הפלילית של הפרט לנתוני מחשבתו הסובייקטיבית בטהרתם. בכך היא מעניקה לו, במקרים מסוימים, מעמד בקביעת הנורמה עצמה. במובן זה היא עצמה עומדת בסתירה ממשית להיבט האובייקטיבי של עקרון החוקיות, השולל את מעמדו של הפרט ביחס לרכיב הנורמטיבי של העברה – קביעת גבולותיה של ההתנהגות המותרת. יתר על כן, יש בגישה זו משום הכרה בסטנדרט התנהגות שונה לגבי נאשמים שונים,²³⁸ ובכך היא מנוגדת לעיקרון שלפיו האיסור הגלום בעברה הוא אובייקטיבי, וממוססת את תפקידו החינוכי של האיסור הפלילי. עמד על כך כבר Paul Robinson כאשר טען כי:

"...the use of the culpability definitions as the core of the offense definition has the effect of subjectivizing the definition of prohibited risks. What may be held 'reckless' or 'negligent' for one person may not be 'reckless' or 'negligent' for another person in the identical situation – an effect that strips case adjudications of their value in educating the community as to risks that the rules of conduct prohibit."²³⁹

העמדת יסוד הפזיזות על היבטו ההכרתי בלבד מבלי ליצוק בו כל תוכן התנהגותי-נורמטיבי יוצרת אפוא מבחני איסור סובייקטיביים, ופוגעת בהיבטו האובייקטיבי של עקרון החוקיות, שלפיו על האיסור החברתי להיות מושתת על אדנים אובייקטיביים שמחוץ לתודעתו הסובייקטיבית של הפרט.²⁴⁰

²³⁷ להבהרת הטענה האמורה ראוי להפנות להבחנה דומה שהונחה על-ידי ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 59–60. לשיטתם, יש להבחין בין טעות בעובדה שבעטייה אדם טועה בזיהוי השיקולים הרלוונטיים להחלטה אם ליטול סיכון מסוים לבין טעות בשקלול הערכי של שיקולים אלה: "But if his mistake is not about the facts giving rise to the reason but about the weight of the reason and whether it justifies the risk, such a mistake is in most instances immaterial to his culpability".

²³⁸ על המתח הקיים בין דרישת קיומה של אשמה סובייקטיבית לבין העיקרון המחייב קביעת נורמת התנהגות אובייקטיבית ראו את התייחסותי לעיל בה"ש 236 לפרשת *Creighton* (לעיל ה"ש 104).

²³⁹ Robinson, *Prohibited Risks*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 396.

²⁴⁰ הכרה בסטנדרט התנהגות שונה לנאשמים שונים עומדת לעיתים גם ביחס הפוך למידת הניכור שהם מגלים כלפי הערך המוגן. מי שמחליט לשחק בנשק מתוך הבנה כי הוא נוטל סיכון, ולו זעיר, או לפחות מתוך הכרה מלאה שאין דעת החברה נוחה הימנו בגלל עמדתה העקרונית בשאלת קיומו של

4. זיקת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות לעקרון החוקיות – סיכום

היסוד הנורמטיבי של הפזיזות מקיים אפוא יחס דו-ערכי בזיקתו לעקרון החוקיות: מחד גיסא, הוא עומד בסתירה מסוימת להיבט המהותי של עקרון החוקיות בכך שהוא קובע בדיעבד את גבולותיה של הנורמה הפלילית; מאידך גיסא, הוא מגן על היסוד האובייקטיבי של עקרון החוקיות בכך שהוא עומד על זכותה של החברה²⁴¹ לקבוע את גבולות הנורמה, תוך שלילת מעמדו של הפרט בנושא זה. בחשבון כולל, בהתחשב בדרישות המחמירות של אפיוני הסטייה ההתנהגותית כסטייה עבריינית חמורה, נראה כי יש בו מידה רבה של הלימה לעקרון החוקיות, שהוא עיקרון יחסי²⁴² המאזן בין זכותו של הפרט להליך הוגן לבין זכותה של החברה להגנה על ערכיה החשובים ביותר. ואכן, בביקורת שיפוטית-חוקתית שהופעלה על היסוד הנורמטיבי של הפזיזות נדחתה הטענה כי הוא עומד בסתירה לעקרון החוקיות עד כדי הצדקה לאסור את השימוש בו, והוא **שב ואושר** בערכאות העליונות של אנגליה²⁴³ וקנדה²⁴⁴ כמבחן חוקתי תקף ליסוד ההתנהגותי של עברת הריגה.

סיכום: "המעשה האסור" בעברת הריגה

עברת הריגה, על-פי התבנית הפרשנית שהוענקה לה בפסיקה בישראל, היא עברה של מחשבה פלילית בלבד. על-פי תבנית פרשנית זו, "המעשה האסור" בעברת הריגה הוא כל מעשה המתה שנעשה במחשבה פלילית, והתגבשות היסוד העובדתי של העברה מותנית באופן מוחלט בהתגבשותו של היסוד הנפשי – ובו בלבד. פרשנות זו של יסודותיה של עברת הריגה, כפי שניסיתי להראות במאמר זה, רצופה קשיים מינוחיים ומושגיים כאחד: היא אינה מתיישבת עם עקרון האשמה, המהווה תנאי

סיכון בהתנהגות זו – גם אם הוא עצמו סבור שאין כל סיכון בהתנהגותו – מגלה, במובנים רבים, ניכור תודעתי-מוסרי קטן יותר כלפי הנורמה החברתית מן הניכור של מי שמתנהג כך מתוך תודעה א-נורמטיבית מגובשת, שאינה מקיימת שום "דיאלוג" עם התפיסה החברתית המקובלת. על-פי הגישה הסובייקטיבית הטהורה, הראשון עשוי למצוא את עצמו נאשם בהריגה, בעוד השני ייפטר מאישום זה. תוצאה זו מנוגדת לשכל הישר ולזיקה המקובלת בין מידת הניכור שהעברין מגלה כלפי הערך המוגן לבין חומרת העברה שיש לייחס לו.

241 באמצעות שופטיה או חבר-מושבעים המייצג את עמדתה הנורמטיבית.

242 לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 124.

243 בפרשת *Misra*, לעיל ה"ש 94, בבית-המשפט לערעורים באנגליה. ראו גם את פסק-הדין בפרשת R. v. Remington, [2005] UKHL 63, שם דן בית-הלורדים בחוקתיות העברה של גרימת מטרד

ציבורי, תוך שהוא משתמש במבחניה של הלכת *Misra*.

244 בפרשת *Beatty*, לעיל ה"ש 152. בפרשה זו נקבע המבחן של "marked departure" כדרישה מינימלית ליסוד ההתנהגותי.

בלעדיו-אין להרשעה בפלילים (פרק חמישי למאמר); היא עומדת בסתירה ממשית לעקרון החוקיות (פרק שישי למאמר); היא יוצרת קשיים אינהרנטיים – מושגיים ומינוחיים – ביישומה (פרק שני וחלקו הראשון של הפרק השלישי למאמר); היא מנוגדת במקרים מסוימים לאינטואיציה ביחס לקווי התיחום של המעשה הפלילי (חלקו השני של הפרק השלישי למאמר); והיא גם סוטה ממסורת המשפט האנגלו-אמריקאי, העומדת בבסיס הגדרתה של העברה בנוסחה בחוק העונשין הישראלי.

זאת ועוד, לפרשנות זו יש השלכה רחבה על הסיווג הקטגוריאלי של התת-מחשבה הפלילית לסוגיה. כך, וכפי שהראיתי במאמר, הפרשנות שהעניקה הפסיקה ליסוד ההתנהגותי-נסיבתי של עברת הריגה אינה אלא יישומה הפרטני של פרשנות ההיגד "סיכון בלתי-סביר" בהגדרת היסוד החפצי של קלות-הדעת ככלל. הקשיים הטמונים בפרשנות היסוד ההתנהגותי של עברת הריגה גולשים אפוא אל מעבר ליישומה של עברה ספציפית זו – אל פרשנות המונח "קלות-דעת" ככלל.

לעומת פרשנות זו, המילה "אסור" – אשר מאפיינת את המעשה או המחדל בעברת הריגה, ושמקורה במילה האנגלית unlawful או unlawfully – מבטאת במשפט האנגלו-אמריקאי את הרעיון שיש לעגן בדין את הקביעה הנורמטיבית בדבר פלילותה של התנהגות שגרמה למותו של אדם, כלומר, להראות שהיא אסורה על-פי נורמה סטטוטורית (או על-פי המשפט המקובל). נורמה סטטוטורית זו במשפט המקובל אפשר שתהא נורמה אשר מעוגנת בדין הפלילי (או יש אומרים אף בדין הברי-פלילי²⁴⁵) ואוסרת את ההתנהגות במפורש, אך אפשר גם שהיא תהא הנורמה הכללית של הפזיזות, כלומר, הנורמה המתגבשת מכוח נוסחת אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות. בין כך ובין כך, היא חייבת להיות מעוגנת בדין²⁴⁶ – כללי (פזיזות) או ספציפי²⁴⁷ – לפני שיהיה אפשר להתייחס אל ההתנהגות הנבחנת לאורה כאל התנהגות אסורה.

245 השאלה אם ההתנהגות צריכה להיות אסורה לפי נורמה פלילית דווקא כדי שתקיים את היסוד ההתנהגותי של עברת הריגה, או שמא גם התנהגות שאסורה לפי נורמה לברי-פלילית מקיימת יסוד זה, נותרה באנגליה בסימן שאלה לנוכח פסקי-הדין שניתנו בעניין R. v. Cato, [1976] 1 All E.R. 260, ובעניין DPP. v. Newbury, [1977] A.C. 500. לדין בשאלה זו ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 67, בעמ' 517–518; WILLIAMS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 272–275.

246 קרמניצר "על עבירת ההריגה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 205, טוען כי "במשפט האנגלי בן זמננו, עבירת ההריגה כוללת שלושה סוגי המתה שרק באחד מהם נדרש שהמעשה יהיה בלתי חוקי, והוא כאשר העבירה אינה מותנית תמיד בצפיית תוצאה של מוות או חבלת גוף על ידי העושה. בשני הסוגים האחרים – המאופיינים בהתרשלות רבתי או בפזיזות – אין דורשים שהמעשה יהיה אסור" (ההדגשה הוספה). אולם המבחן של "ההתרשלות רבתי" ומבחנה של ה"פזיזות" אינם מבחני היסוד הנפשי בלבד, אלא גם חלק ממבחני היסוד ההתנהגותי. על-כן הם גם אלה המשווים להתנהגות את אופייה הבלתי-חוקי. צא ולמד כי המעשה צריך להיות אסור/בלתי-חוקי בכל שלושת סוגי המתה בעברת ההריגה באנגליה.

247 ראו, למשל, את התייחסותם של ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 47: "This raises the concern that if one were accidentally to kill in the commission of what is, under current law, a petty crime, our analysis would treat the accidental homicide as a reckless homicide

דומה הדבר, בשינויים המחויבים, להוכחת קיומה של חובה לפעול כתנאי להתגבשותו של מחדל בר-ענישה. החובה לפעול עשויה להתגבש מכוח חיוב ספציפי בדין (או מכוח חיוב חוזי)²⁴⁸ או מכוחה של חובת הזהירות הכללית,²⁴⁹ המבטאת את הנורמה החברתית הראויה. על-פי השוואה זו, היסוד הנורמטיבי של הפזיזות הוא בגדר חובת **נורמטיביות כללית**, הבוחנת את פליליותה של ההתנהגות על-פי מבחנים נורמטיביים כלליים שבדין, ולא על-פי נורמה ספציפית מפורשת בו.

במאמר זה הצגתי רק את **מאפייניו הכלליים** של "המעשה האסור", המעוגנים בהגדרת הפזיזות במשפט המקובל, ולא את מסלול ההרשעה החלופי לעברת הריגה, המכונה במשפט המקובל "constructive manslaughter", אשר מבוסס על הוכחת קיומה של נורמה סטטוטורית מפורשת האוסרת את ההתנהגות הספציפית העומדת לביקורת. נהגתי כך משום שבמשפט הישראלי אין עיגון סטטוטורי או הלכתי לרעיון של עברת הריגה קונסטרוקטיבית.²⁵⁰ אולם עובדה אחרונה זו אין בה כדי ללמד כי למונח האנגלי "unlawful" לא נותרה כל משמעות עבור המשפט הישראלי,²⁵¹ שכן המבחן של "סיכון בלתי-סביר" – כמבחן נורמטיבי כללי לפליליותה של התנהגות – מעוגן בסעיף 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין וזמין לשימושם או לפרשנותם של בתי-המשפט בישראל.

אפיון של "המעשה האסור" או של "הסיכון הבלתי-סביר" כמעשה או סיכון האסורים על-פי דין (מפורש, או על-פי אמות-המידה של היסוד הנורמטיבי של הפזיזות) מצמצם ותוחם את גבולותיו של המעשה הענישי, מעמיד את יסודותיה העובדתיים של עברת הריגה על יסודות אובייקטיביים, ומגשים לפיכך את הרציונלים העומדים בבסיסו של עקרון החוקיות. אפיון זה ממוסס גם את הקשיים המינוחיים, המושגיים והאינטואיטיביים הכרוכים ביישומה של עברת הריגה בישראל, כפי שהוסברו במאמר.

מסקנה על מצב הדין בישראל

ניתוח היסודות של עברת הריגה במשפט המקובל אינו יכול להסתיים מבלי שיציב סימני-דרך וקריאת-כיוון בדבר האופק שהפסיקה הישראלית צריכה לשאת אליו את

so long as the commission of a petty crime entailed an ever-so-slight increase in the risk of an accidental killing (and the actor disregard this risk). For the petty crime is unjustifiable, making every risk it imposes an unjustifiable risk, no matter how slight. We accept this result"

248 בהתאם לאמור בס' 18(ג) לחוק העונשין.

249 יעקב קדמי **על הדין בפלילים – חוק העונשין** חלק ראשון 220 (מהדורה מעודכנת, 2004).

250 העמדה הקרובה ביותר שמצאתי בפסיקה הישראלית לרעיון של עברת הריגה קונסטרוקטיבית היא זו שהובעה על-ידי השופט גולדברג בפרשת **מלכה**, לעיל ה"ש 64 (ראו ציטוט לעיל בה"ש 65).

251 ראו לעניין זה את טענתם של פלר (**יסודות בדיני עונשין** כרך א, לעיל ה"ש 21, בעמ' 414–415) וקרמניצר ("על עבירת ההריגה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 205), שלפיה התנאי של unlawful הוא תנאי מיותר לשיטת עונשין שאין בה עברת הריגה קונסטרוקטיבית. לעניות דעתי, ובמידת הענווה המתבקשת, הם שגו בכך.

עיניה. המשפט הישראלי מבוסס במידה רבה על תוכני המשפט המקובל, וממנו שאב את מונחי-היסוד שלו. גם הגדרת קלות-הדעת כ"נטילת סיכון בלתי-סביר" מקבילה להגדרת היסוד הנורמטיבי של הפזיזות במשפט המקובל. לעומת זאת, הפרשנות שהוענקה להיגד זה למן תיקון מס' 39 לחוק העונשין²⁵² היא בגדר סטייה ממסורת משפטית מקובלת זה עידן ועידנים, וניתוח עיוני של התיאוריה שעליה היא מבוססת אינו מאפשר לקבלה. יתר על כן, עם אימוץ פרשנותו של פלר למושג "קלות-דעת", נותר היסוד הנפשי-החפצי של מושג זה חסר משמעות, שכן אין בו אלא חזרה על דרישת המודעות ברישא של סעיף 20 לחוק העונשין. בכך לוקה המשפט הישראלי בתת-קטגוריזציה של מצבי אשמה מובחנים.²⁵³

נוסף על כך, קבלת התזה שלפיה עברת הריגה היא עברה של מחשבה פלילית בלבד מעוותת את מאפייניה הנורמטיביים ומסווגת אותה כעברה נטולת יסוד התנהגותי. בכך יש משום הענקת מעמד לתודעתו המוסרית של הפרט בעיצוב גבולותיה של עברת ההריגה, ומשום פגיעה בעקרונות החוקיות בהיבטו האובייקטיבי. ולא פחות חשוב מכך, הלכת **סובאח** מסלקת מ"ארגז הכלים" של בית-המשפט "כלי-עבודה" חיוניים, שבכוחם לסייע לו בניתוח היסודות המבחינים בין התנהגות פזיזה לבין התנהגות רשלנית. נטילת כלי-עבודה אלה לא מנעה אומנם את בתי-המשפט מלעשות בהם שימוש, בסתר, בפרקטיקה המשפטית היומיומית, אבל היא החשיכה את אורם ודחקה אותם מן הטקסט הגלוי של פסקי-הדין אל התת-טקסט. כך נוצר פער ממשי בין הרטוריקה המשפטית המוצהרת לבין היישום המעשי-אינטואיטיבי. יש בכך, לדעתי, כדי לפגוע פגיעה ממשית בתוקפם של נימוקי פסקי-הדין של הערכאות השיפוטיות ובכוח השכנוע שלהם. די בכך להצדיק את השינוי ולקדם את בואו.

252 בתיקון זה הוענק להיגד "סיכון בלתי-סביר" מעמד סטטוטורי.

253 ראו לעיל ה"ש 182.

