



בבית המשפט העליון

דנ"פ 404/13

לפני: כבוד הנשיא (בדימ') א' גרוניס
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותר: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום 3.1.2013 בע"פ 9647/10 ובע"פ 335/11, שניתן על ידי כבוד השופטים: ע' ארבל, א' רובינשטיין ו-נ' הנדל

תאריך הישיבה: י"ד באלול התשע"ד (9.9.2014)

בשם העותר: עו"ד פרופ' מרים גור אריה; עו"ד נוחי פוליטיס

בשם המשיבה: עו"ד תמר פרוש

פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' גרוניס:

1. פלוני דקר את אלמוני באמצעות סכין. הדקירה הייתה בירך של אלמוני ופגעה בכלי דם. אלמוני נפטר תוך זמן קצר עקב איבוד דם רב. פלוני הורשע בעבירה של הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין) (ראו, למשל, ת"פ (ת"א) 40224/03 מדינת ישראל נ' לילאי זוהר

(27.9.2004). במקרה נוסף, בעט פלמוני בחוזקה, מספר בעיטות, בראשו של אחר, בעת שהלה היה שרוע על הקרקע חסר אונים. הנפגע נפטר משבר בגולגולת שנגרם מהבעיטות. אף במקרה זה הורשע פלמוני בעבירה של הריגה (ראו, למשל, ע"פ 10477/08 פיזולאיב נ' מדינת ישראל (25.1.2010)). ועתה נביא מקרה נוסף, הדומה למקרה שבפנינו. שניים התחרו במירוץ מכוניות מחתרתי. המטרה הייתה להגיע ראשון לקו הסיום. אחד מן השניים איבד שליטה ברכבו, פגע בעמוד תאורה ונהרג במקום. לא היה כל מגע בין שני כלי הרכב במהלך המירוץ. האם יורשע הנהג האחר שהשתתף במירוץ בעבירה של הריגה? זו השאלה אותה עלינו לבחון. ראוי כי הקורא ייתן דעתו כל העת לשתי הדוגמאות הראשונות שהבאנו למקרים של הרשעה בעבירה של הריגה. זאת, תוך השוואה מתמדת למקרה של מירוץ המכוניות המחתרתי בו מצא את מותו אחד הנהגים ואילו הנהג האחר עומד לדין בעבירה של הריגה.

2. במהלך מירוץ מכוניות מחתרתי, בו התחרה העותר בשני חבריו – פאדל נאסראללה (להלן – פאדל) ועמאר נסאר (להלן – עמאר), אירעה תאונה קטלנית. תוך שהם מתחרים בעותר, איבדו פאדל ועמאר (להלן – המנוחים) את השליטה במכונית בה ישבו שניהם, סטו מהכביש, ופגעו בעמוד תאורה ובקיר אבנים. התאונה הביאה למותם. בעקבות מירוץ זה ובשל מירוצים נוספים בהם התחרה, הועמד העותר, שהיה קטין באותה עת, לדין. העותר הורשע בבית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לנוער, במספר עבירות, אך זוכה מעבירת ההריגה (כבוד השופט נ' סולברג, הכרעת דין בת"פ (מחוזי י-ם) 1035/08 מדינת ישראל נ' פלוני (25.5.2010)) (להלן – הכרעת הדין). על הכרעת דין זו ועל גזר הדין שנגזר על העותר ביום 29.11.2010, אשר כלל עונש מאסר בפועל של 12 חודשים, הוגשו ערעורים מטעם העותר (ע"פ 9647/10) ומטעם המשיבה (ע"פ 335/11) אשר נדונו במאוחד. בפסק דינו בערעורים, הרשיע בית משפט זה (ברוב דעות) את העותר אף בעבירת ההריגה, והחמיר את עונש המאסר שהושת עליו ל-16 חודשי מאסר בפועל (ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל (3.1.2013)) (להלן – פסק הדין שבערעור). פסק דין זה, הוא העומד במרכזו של הדיון הנוסף שבפנינו.

השתלשלות האירועים

3. נגד העותר הוגש כתב אישום שכלל שני אישומים. זאת, בשל עבירות שלפני הנטען ביצע העותר כשהיה קטין בן 17 שנים, בגדרם של מירוצי מכוניות מחתרתיים בהם התחרה. העותר, אשר מעולם לא קיבל רישיון נהיגה כדין, התחרה במירוצים אלה פעמים רבות. במכוניתו הותקנו שיפורים מכניים על מנת להגביר את ביצועיה. המירוצים שבגינם הוגש כתב האישום נערכו בדרך קולייך שבירושלים, בכביש דו-נתיבי, כשמסלול המירוץ תוחם בין שני צמתים. התחרויות נערכו כך שכל אחד מהמתחרים נסע במסלול המיועד לו, והמתחרה הראשון שחצה את קו הסיום הוכרז כמנצח. המנצח זכה לפרס כספי ששולם על ידי מתחרהו שהפסיד.

4. האישום הראשון התייחס למירוץ שבו התחרה העותר בפאדל, אותו הכיר מעבודתם המשותפת. בקשר למירוץ זה, הואשם העותר בעבירות של נהיגה ללא ביטוח (סעיפים 2(א) ו-2(ב)) לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], תש"ל-1970), נהיגה ללא רישיון נהיגה (סעיפים 10 ו-62 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]), וסיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה (סעיף 332(2) לחוק העונשין) (להלן – עבירת סיכון חיי אנשים). העותר הודה בעובדות לעניין שתי העבירות הראשונות וכפר בעובדות ככל שמדובר היה בעבירה של סיכון חיי אנשים. העותר הכחיש כי מהירותם של כלי הרכב הגיעה במהלך המירוץ ל-160 קמ"ש.

5. האישום השני התייחס לשלושה מירוצים עוקבים שהתקיימו ביום 3.3.2008, בשעת חצות. במירוצים אלה התחרה העותר במנוחים, כאשר העותר במכונית האחת והמנוחים במכונית השנייה. בשני המירוצים הראשונים נהג פאדל במכונית ועמאר ישב לצידו. מירוצים אלה הסתיימו ללא הכרעה ברורה. במירוץ השלישי החליפו פאדל ועמאר תפקידים כך שעמאר נהג במכונית. לקראת סופו של מירוץ זה איבד עמאר את השליטה במכונית. המכונית עלתה על אי תנועה, התנגשה בעמוד תאורה והוטחה אל קיר אבנים. השניים נהרגו במקום. חשוב להדגיש כבר בשלב זה כי לא היה כל מגע פיזי בין המכוניות וכי לא נטען כי העותר גרם באופן ישיר לחוסר השליטה במכוניתם של המנוחים. בגין שלושת המירוצים הואשם העותר בעבירות של נהיגה ללא ביטוח ונהיגה ללא רישיון נהיגה (בדומה לאישום הראשון), וכן בעבירת ההריגה (סעיף 298 לחוק העונשין). העותר הודה בעובדות

לגבי שתי העבירות הראשונות אשר יוחסו לו וכפר בעובדות לעניין עבירת ההריגה. גם לעניין האישום השני כפר העותר בכך שמהירותם של כלי הרכב הגיעה במהלך המירוץ ל-160 קמ"ש.

הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בעניין עבירת ההריגה

6. ראשית, בחן בית משפט קמא את המישור העובדתי של עבירת ההריגה, וקבע כי איבוד השליטה במכונית התרחש במסגרת המירוץ ולא לאחריו. בית המשפט דחה את טענות העותר כי התאונה נגרמה בשל כשלים מכניים במכוניתם של המנוחים, וקבע כי הגורמים הדומיננטיים לאיבוד השליטה במכונית היו המהירות המופרזת והנהיגה הפראית של המנוחים. נוכח זאת, קבע בית המשפט כי השתתפותו של העותר במירוץ מהווה מעשה אסור וכי קיים קשר סיבתי עובדתי בין מעשה זה לבין התוצאה הקטלנית.

7. בית המשפט המחוזי המשיך לסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי ובחן האם די בהסכמתם המשותפת של העותר והמנוחים להתחרות במירוץ, בכדי לראות בעותר אחראי למותם. בית המשפט הסביר, כי לכלל הידוע הקובע כי התנהגותו של אדם היא שלו בלבד, קיימים חריגים. אחד החריגים, אשר נקבע בפסיקה, חל במקרים של משחקים מסוכנים, בהם עשוי בית המשפט לבחון את כלל המשתתפים במשחק בראיה כוללת, המייחסת אחריות לתוצאות המשחק באופן קולקטיבי. בית המשפט ייחס את ההלכה המנחה בעניין זה לפסק הדין בע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1 (1994) (להלן – עניין לורנס). בעניין לורנס הורשע נאשם בגרימת מוות ברשלנות (ולא בהריגה), בשל השתתפותו במשחק "רולטה רוסית" שבמסגרתו נהרג משתתף אחר. זאת, לאחר שבית המשפט קבע כי ניתן לראות בפעולותיהם של כל משתתפי המשחק מכלול אחד. ברם, בית המשפט המחוזי הבחין בעניינו של העותר בין המקרה שעמד לפניו לבין עניין לורנס, וקבע כי על אף שבשני המקרים מדובר ב"משחק" אשר קשור בסיכון חיים, קיים שוני מהותי בין השניים הבא לידי ביטוי ברכיב ההתנהגותי של המשחק המסוכן ובנסיבותיו. לאור שוני זה, קבע בית המשפט כי אין להחיל את הלכת לורנס על העותר, וכי לא התקיים בעניינו של העותר הקשר הסיבתי המשפטי הדרוש לגיבושה של עבירת ההריגה.

8. לעניין היסוד הנפשי, קבע בית המשפט כי מקובלת עליו עמדתה של המשיבה כפי שבאה לידי ביטוי בסיכומיה, קרי שהיסוד הנפשי של מחשבה פלילית התקיים אצל העותר כדבעי. בית המשפט לא פירט מדוע ואיך הגיע למסקנה זו ואף ציין כי הוא אינו רואה כל צורך לדון בכך. זאת, מכיוון שממילא לא הוכח הקשר הסיבתי המשפטי בין מעשיו של העותר לבין התוצאה הקטלנית. בסופו של יום, זיכה בית המשפט המחוזי את העותר מעבירת ההריגה והרשיע אותו בשתי עבירות של סיכון חיי אנשים, בשתי עבירות של נהיגה ללא ביטוח ובשתי עבירות של נהיגה ללא רישיון נהיגה. בית המשפט גזר על העותר מאסר בפועל של 12 חודשים, בניכוי ימי מעצרו; מאסר על תנאי למשך 12 חודשים, כשהתנאי הוא שלא יעבור עבירות מסוימות במשך שלוש שנים; שלילת רישיון נהיגה למשך 12 שנים מיום מתן גזר הדין; והעמדה במבחן למשך שנה אחת מעת השחרור מהמאסר. על פסק דין זה של בית המשפט המחוזי ערערו הן העותר והן המשיבה וערעוריהם אוחדו. העותר ערער על גזר הדין שהושת עליו וביקש להמיר את תקופת המאסר בעבודות שירות. המשיבה ערערה על זיכוי של העותר מעבירת ההריגה.

פסק דינו של בית המשפט העליון

9. בית המשפט העליון (השופטים ע' ארבל, א' רובינשטיין ונ' הנדל) אימץ את מרבית קביעותיו של בית המשפט המחוזי. כך, נקבע כי יש לראות בפעולות השונות שנעשו על ידי העותר, במסגרת המירוץ, מכלול אחד המהווה מעשה אסור. עוד נקבע, כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין השתתפותו של העותר במירוץ לבין התוצאה הקטלנית, וכי התקיימה אצל העותר מחשבה פלילית מהסוג הדרוש לעבירת ההריגה. בעניין הקשר הסיבתי המשפטי, אשר עמד במרכזו של פסק הדין, דן בית המשפט בשתי שאלות עיקריות. ראשית, בחן בית המשפט את ההלכה אשר נקבעה בע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34, 42-43 (2001) (להלן – עניין אבו ג'נאם). הלכה זו, אשר אומצה בפסיקה מאוחרת, קובעת כי בעבירות תוצאה (כמו למשל, עבירת ההריגה) כאשר מתקיים היסוד הנפשי של העבירה (הנבחן על בסיס סובייקטיבי), ניתן לקבוע מבלי כל בחינה נוספת, כי

מתקיים אף הקשר הסיבתי המשפטי (הסומך על בסיס אובייקטיבי). בית המשפט אישר את תוקפה של ההלכה, אך קבע שייתכנו לה חריגים, אשר ייקבעו לאור שיקולים של מדיניות משפטית. השאלה השנייה בה דן בית המשפט הייתה האם ראוי, בנסיבות העניין, לקבוע כי היה על העותר לצפות את התוצאה הקטלנית, ובשל כך להטיל עליו אחריות פלילית בעבירת ההריגה? בשאלה זו היו דעותיהם של השופטים חלוקות. השופט ארבל סברה, כי יש להטיל אחריות פלילית על העותר, וזאת בעיקר משיקולי הרתעה ובשל הסכנה החברתית הטמונה במירוצי המכוניות המחרתיים. השופט הכירה בחשיבותה של האוטונומיה של המנוחים במכלול השיקולים, אך קבעה כי הצורך בהרתעה גובר עליה. השופט רובינשטיין סבר אף הוא כי יש לראות בעותר אחראי למותם של המנוחים, תוך שהוא שם את הדגש על ערך קדושת החיים. השופט רובינשטיין ציין, כי אין זה ברור שהמנוחים פעלו באופן אוטונומי, וזאת בשל הלחץ החברתי הקשור במירוצי מכוניות. השופט הנדל, בדעת מיעוט, הדגיש את חשיבותו החוקתית של עיקרון האוטונומיה, וקבע כי האוטונומיה של המנוחים לא באה לידי ביטוי רק בהחלטתם להצטרף למירוץ, אלא גם באופן שבו הם בחרו להתחרות. משכך, ולאור יתר נסיבות המקרה, קבע השופט הנדל כי לא היה מקום להטיל אחריות פלילית על העותר, בגין עבירת ההריגה. בסופו של דבר, קבע בית המשפט, בהתאם לדעת הרוב של השופטים ארבל ורובינשטיין, ובניגוד לדעתו החולקת של השופט הנדל, כי יש להרשיע את העותר בעבירת ההריגה. עוד נקבע, כי בשל ההרשעה בעבירה הנוספת, יוחמר עונשו של העותר ל-16 חודשי מאסר בפועל. בגין קביעות אלה הגיש העותר עתירה לדיון נוסף. ביום 9.4.2014 החלטתי לקיים דיון נוסף. בהחלטה צויין כי הדיון הנוסף יתמקד בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי.

טענות בעלי הדין בדיון הנוסף

10. העותר מעלה בפנינו שלוש טענות מרכזיות. טענתו הראשונה היא כי האוטונומיה המלאה של המנוחים שבחרו במודע להשתתף במירוץ, שוללת את הקשר הסיבתי המשפטי שבין עצם השתתפותו של העותר במירוץ לבין התוצאה הקטלנית. טענתו השנייה של העותר היא כי במקרה דנא, יש לבחון את השתתפותו

במירוץ באספקלריה של דיני השותפות ולא של דיני הסיבתיות. בתמצית, טוען העותר כי כאשר הגורם הדומיננטי שהביא לתוצאה הוא ישיר וחיצוני (למשל, התנגשות בין שתי המכונות) יש להחיל את דיני הסיבתיות ולהתמקד בקשר הסיבתי שבין הגורם לתוצאה. לעומת זאת, כאשר הגורם הדומיננטי שהביא לתוצאה הוא עצם ההסכמה להשתתף במירוץ, יש להחיל את דיני השותפות ולראות במשתתפים כמבצעים בצוותא לעניין השותפותם במירוץ. לפי העותר, בחינת המירוץ באספקלריה של דיני השותפות, מביאה למסקנה כי הוא אינו נושא באחריות פלילית בגין מותם של המנוחים. טענתו השלישית של העותר היא שאף אם בית המשפט ימצא לנכון להשאיר את ההלכה שנקבעה בפסק הדין שבערעור על כנה, לא יהיה זה ראוי ליישמה דווקא בעניינו. זאת, בשל מספר נסיבות ובין היתר היותו של העותר קטין בעת שנדון לראשונה, וזיכוי בבית המשפט המחוזי מעבירת ההריגה.

11. המשיבה תומכת יתדותיה בפסק הדין שבערעור. המשיבה טוענת כי המבחן לקיומו של קשר סיבתי משפטי הוא מבחן נורמטיבי בעיקרו, הנגזר משיקולי מדיניות משפטית כפי שנקבע בפסק הדין שבערעור. שיקולי מדיניות אלה מביאים, לדידה של המשיבה, למסקנה ברורה לפיה מתקיים קשר סיבתי משפטי בנסיבות העניין. המשיבה מוסיפה וטוענת כי מאפייניו המיוחדים של מירוץ המכונות, בו פעולות המתחרים נגזרות אחת מהשנייה והסיכון שנוצר הוא משותף, מורים כי יש לראות בו מכלול אחד. זאת, אף יותר מאשר במשחק של "רולטה רוסית", בו הסיכון של כל משתתף הוא אישי. לעניין האוטונומיה של המנוחים, טוענת המשיבה כי קיימת הלכה מושרשת בפסיקה הקובעת כי אף גורם זר אוטונומי אינו מנתק את הקשר הסיבתי המשפטי, אם ניתן היה לצפות באופן סביר את התערבותו. עוד מציינת המשיבה כי על אף חשיבותו של עיקרון האוטונומיה של הפרט, חשיבות זו נופלת מחשיבותן של הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף והנפש.

12. ראשית, ברצוני להתייחס לטענות העותר בדבר היחס שבין דיני הסיבתיות לדיני השותפות. בהחלטה מיום 9.4.2014 בה הוריתי על קיומו של דיון נוסף, נקבע כי: "הדיון יתמקד בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי". סעיף 30(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מורה כי: "בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) [החלטה על קיומו של דיון נוסף – א' ג'] רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה" (ראו גם, דנ"א 1595/06 עזבון המנוח ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה, פסקה 6 לחוות דעתי (21.3.2013); דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 618-619 (חוות דעתו של השופט א' א' לוי) (2004) (להלן – עניין זגורי); אולם ראו את חוות דעתו של השופט ת' אור בעניין זגורי, עמ' 634-637). טענות העותר לעניין דיני השותפות חורגות מהסוגיה שהוצבה לדיון הנוסף, ואיני רואה הצדקה לדון בהן בנסיבות העניין.

13. כאמור, נקבע כי הליך זה יתמקד בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי. נוכח מורכבותה של הסוגיה ורוחב יריעתה, סבורני כי עלינו למקד את הדיון בשתי שאלות. הראשונה, מה תוקפה של ההלכה הקובעת כי בעבירות תוצאה, מייתרת בחינת היסוד הנפשי את בחינת הקשר הסיבתי המשפטי? השנייה, האם ראוי, בנסיבות המקרה דנא, להטיל על העותר אחריות פלילית בעבירת ההריגה, אך בשל השתתפותו במירוץ המכוניות?

14. אך לפני שנצלול לעומקן של שאלות חשובות אלה, עלינו לבחון ראשית מהם יסודותיה של עבירת ההריגה, העומדת בבסיסו של דיון נוסף זה. עבירת ההריגה קבועה בסעיף 298 לחוק העונשין המורה כי:

"הגורם במעשה או מחדל אסורים למותו של אדם, יאשם
בהריגה, ודינו – מאסר 20 שנה".

העבירה מורכבת ממספר נדבכים והם: יסוד עובדתי (מעשה או מחדל אסורים), יסוד נפשי, תוצאה (מותו של אדם) וקשר סיבתי בין היסוד העובדתי לתוצאה, הכולל קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי (יעקב קדמי על הדין בפלילים חוק העונשין 1059-1061 (חלק שלישי, מהדורה מעודכנת, 2006) (להלן – קדמי)). כאמור, בבית משפט זה, כמו גם בבית המשפט המחוזי, נקבע כי כלל יסודות

העבירה התקיימו ביחס לעותר, ואילו לגבי הקשר הסיבתי המשפטי נחלקו דעות השופטים. אולם, למרות שכלל יסודות העבירה אינם עומדים כעת לבחינתנו, ראוי כי נסקור אותם בקצרה שכן שזורים הם בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי.

15. היסוד העובדתי של עבירת ההריגה דורש "מעשה או מחדל אסורים". בתחילה נקבע בפסיקה כי רק התנהגות העולה כדי רשלנות רבתי תקיים יסוד זה (ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 456 (1954); וכן ראו, שאול כהן היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת ההריגה משפט ועסקים טו 145, 149 (2012) (להלן - שאול כהן)). פסיקה זו הביאה להבחנה בין התנהגויות שונות אשר גרמו לתוצאה קטלנית זהה. ברם, לאורך השנים חל שינוי בעמדת הפסיקה, אשר הרחיבה את תחולתו של היסוד העובדתי. בע"פ 1100/93 סובאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 635 (1993) (להלן - עניין סובאח) ציין השופט א' גולדברג (עמ' 643) כי:

"בין מבחר האפשרויות הפרשניות ל'מעשה אסור' 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...'".

16. הפרשנות אשר הוצעה על ידי המלומד קרמניצר (להרחבה בעניין זה, ראו, מרדכי קרמניצר על עבירת ההריגה במשפטנו הפרקליטי לו 201 (1985)), לא אומצה אומנם במלואה בפסק הדין בעניין סובאח, אך היא קנתה לה שביתה בפסיקה מאוחרת יותר של בית משפט זה (לסקירה של פסיקה זו ראו שאול כהן, ליד ה"ש 3, 25 והאסמכתאות שם; וכן ראו קדמי, עמ' 1059). אימוץ פרשנות זו של היסוד העובדתי הביא להרחבה של סל ההתנהגויות העשויות להיכלל בעבירת ההריגה. פרשנות זו אף הביאה לטשטוש מסוים בהבחנה בין עבירת ההריגה הדורשת "מעשה או מחדל אסורים" לצורך התגבשותה, לבין עבירת גרימת מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין), אשר עשויה להתגבש בשל כל מעשה או מחדל. במקרה שבו עסקינן, נקבע בפסק הדין שבערעור כי השתתפותו של העותר במירוץ המכוניות, על אף שאינה אסורה בפני עצמה על פי הוראת חוק ספציפית, מספיקה בכדי לגבש מעשה אסור המקיים את היסוד העובדתי של עבירת ההריגה. איני מערער על קביעה זו, ואף ער אני לכך שלעיתים מעשה שאינו אסור על פי חוק,

עשוי להיות סכנה חברתית גדולה יותר ממעשה אחר האסור על פי חוק. ועדיין, סבורני כי עלינו לתת את הדעת לכך, שקביעתו האמורה של בית המשפט, שמה בכפיפה אחת, תחת "מעשה אסור", פעולה של השתתפות במירוץ מכוניות, ופעולה של דקירת אדם בסכין המביאה למותו, או הכאתו למות.

17. היסוד הנפשי הדרוש בעבירת ההריגה הוא של מחשבה פלילית (ראו, למשל, ע"פ 8150/05 חסון נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (6.3.2007)). רכיבי המחשבה הפלילית קבועים בסעיף 20(א) לחוק העונשין, המורה כי:

"(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

(א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

(ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען".

גיבושה של המחשבה הפלילית דורש איפוא, מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה (ראו, גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ב', עמ' 68-61 (2009) (להלן - הלוי)). המודעות לאפשרות גרימת התוצאה מתוארת לעיתים בפסיקה כ"צפיות סובייקטיבית" או כ"מודעות סובייקטיבית" (ראו, למשל, ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (1.9.2009); ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 137 (20.2.2014) (להלן - עניין פלוני)). יש להבחין בין "צפיות סובייקטיבית" זו, הקשורה ביסוד הנפשי בלבד, ואשר משמעותה היא כי הנאשם היה מודע בפועל לאפשרות גרימת התוצאה, לבין "הצפיות האובייקטיבית", הקשורה בקשר הסיבתי המשפטי. אל ה"צפיות האובייקטיבית" אתייחס בהמשך דבריי. לצורך הוכחתה של המודעות לאפשרות גרימת התוצאה, ניתן להסתייע בחזקת המודעות הכללית הקובעת כי "אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה" (ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א' 542-543 (1984) (להלן - פלר)). חזקה זו חלה אף בעבירת הריגה: "מקום שאדם עושה מעשה העלול באופן אובייקטיבי לגרום למות קורבנו - תוך שהוא מודע לכל

היסודות המהווים את הרכיב העובדתי של העבירה - רשאים אנו להניח, בהיעדר ראיה לסתור, כי היה מודע גם לתוצאה הקטלנית" (ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 506, 524 (2003)). לעניין התוצאה, נדרשת בסעיף 20 לחוק העונשין כוונה, או בהיעדר כוונה, יחס של פזיזות שבאחת מאלה – אדישות או קלות דעת לגבי התוצאה (ראו, למשל, ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (19.1.2006)).

18. כאמור, בהכרעת הדין בחר בית משפט קמא שלא לדון ביסוד הנפשי של העותר. בית משפט קמא קבע אומנם כי היסוד הנפשי התקיים אצל העותר, אך לא הסביר מדוע ואף לא פירט האם הוא מייחס לעותר כוונה, אדישות, או קלות דעת. בפסק הדין שבערעור נקבע, כי חזקת המודעות חלה על העותר וכי הוא היה מודע לסכנות שבמירוץ (פיסקה 36 לחוות דעתה של השופטת ארבל). עוד נקבע שם, כי העותר פעל מתוך יסוד נפשי של פזיזות שבקלות דעת. כאמור, קביעה זו אינה עומדת לדיון בהליך זה.

קשר סיבתי בעבירות ההריגה

19. עבירת ההריגה היא עבירת תוצאה. לכך, יש שתי משמעויות עיקריות: ראשית, העבירה מכוונת למניעת התוצאה ולא למניעת ההתנהגות. כלומר, תכליתה של עבירת ההריגה אינה למנוע כל "התנהגות אסורה", אלא רק כזו המביאה או עשויה להביא למותו של אדם. שנית, התגבשותה של העבירה תלויה בקיומו של קשר סיבתי בין היסוד העובדתי של העבירה (מעשה או מחדל אסורים) לבין התוצאה של העבירה (מותו של אדם). הווה אומר, אין זה מספיק שאדם ביצע מעשה אסור ושתוצאה קטלנית התרחשה. לצורך התגבשותה של העבירה חייב להתקיים קשר של סיבה ותוצאה בין המעשה האסור לבין התוצאה (פלד, עמ' 428-424; יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין, כרך א' 296-298 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן – רבין וואקי)). קשר זה, של סיבה ומסובב, בא לידי ביטוי במבחן הקשר הסיבתי העובדתי. מטרתו של מבחן זה הוא לאתר את כל המעשים והמחדלים אשר היה להם חלק בגרימת התוצאה (פלד, עמ' 430). כאמור, מעשה

אשר לא תרם להתהוותה של התוצאה יותר מחוץ לגדרה של עבירת ההריגה, זאת גם אם המעשה אסור בפני עצמו.

20. המבחן לבחינת הקשר הסיבתי העובדתי הוא מבחן "הסיבה שבלעדיה אין" או *causa sine qua non*, הקובע כי מעשה הוא בבחינת גורם לתוצאה, כאשר אלמלא המעשה, לא הייתה מתרחשת התוצאה (ע"פ 47/56 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד י 1543, 1548 (1956) (להלן – עניין מלכה); עניין לורנס, עמ' 34; הלוי, כרך א', עמ' 754-762). מבחן זה, אשר לו אופי פיזי מדעי, אינו בוחן את טבעו של המעשה והאם הוא מסוג המעשים אשר צפויים היו להביא להתרחשותה של התוצאה. אלא, הוא מבחן צופה פני עבר, הבוחן את השפעת המעשה על התוצאה כפי שקרתה בפועל. מבחן זה, כידוע, אינו יכול לעמוד לבדו והוא זקוק למבחן נוסף שימש לו עזר כנגדו, כפי שהסביר השופט מ' זילברג בעניין מלכה (עמ' 1548):

"מן המפורסמות הוא, כי הקשר הסיבתי הערטילאי בין המעשה והתוצאה, אין בו לבד כדי להטיל אחריות משפטית על עושה המעשה. רצוני לומר, כי מבחן ה- *causa sine qua non*, בעברית: מבחן ה'בלעדיה אין', איננו המבחן הבלעדי לקביעת האחריות המשפטית. אין לך מעשה או מאורע אשר לא תקדם לו שרשרת ארוכה, בעצם: שרשרת אינסופית, של סיבות הכרחיות, ואם כי מבחינה מדעית או פילוסופית – כפי שכבר הורה ג'והן סטיוארט מיל – אין יסוד כלשהו להפלות ביניהן, הרי איש לא יעלה על הדעת לראות את כולן כשוות ערך לגבי האחריות המשפטית, האזרחית, או הפלילית. שאם לא תאמר כן, תגיע סוף סוף לאדם הראשון כעילת העילות לכל פשעי האנושות" (הדגשה במקור – א' ג').

21. המבחן בו נהוג לעשות שימוש כמשלים את מבחן הקשר הסיבתי העובדתי והגודר את פריסתו, קיבל בפסיקה את הכינוי: "מבחן הקשר הסיבתי המשפטי". ודוקו, שם זה עשוי להטעות את הקורא ולהביאו לחשוב, כי אף מבחן זה עוסק בשאלה של סיבתיות ושגם למבחן זה פן פיזי מדעי. זאת, בעוד שמבחן הקשר הסיבתי המשפטי אינו מבחן פיזי מדעי, אלא הוא מבחן משפטי העוסק בקביעת

אחריות פלילית ותו לא. כך, נוהגים המשפטנים לשאול האם מתקיים קשר סיבתי משפטי. אף ניסוח זה עשוי להביא את הקורא לחשוב כי הקשר הסיבתי המשפטי קיים בעולם המעשה, או שאיננו קיים בעולם המעשה, וכי כל שעל השופט לעשות הוא לפוגג את הערפל ולראות במו עיניו האם כך או כך הדבר. אך קיומו או העדרו של קשר סיבתי משפטי, אין בו דבר ממשי הניתן לגילוי, אלא הוא קביעה ערכית משפטית, התוחמת את החוליות המרכיבות את השרשרת הסיבתית העובדתית בעולם המעשה. במילים אחרות, הביטוי "קשר סיבתי משפטי" אינו אלא שם קוד לסדרה של שיקולים מתחום המדיניות המשפטית. הפעלתו של מבחן זה מתחייבת בשל הפריסה הרחבה של הקשר הסיבתי העובדתי, שכאמור נבחן על יסוד "הסיבה שבלעדיה אין".

22. מהו אם כן טיבו של הקשר הסיבתי המשפטי? כאמור, מבחן הקשר הסיבתי העובדתי פורש בפני השופט שרשרת ארוכה של מעשים אשר כל אחד מהם חיוני לשם התרחשותה של התוצאה. ברי, כי הטלת אחריות פלילית בגין כל אחד מהמעשים שבשרשרת, אשר כאמור עשויה להתארך עד לאדם הראשון, אינה מתיישבת עם השכל הישר. על כן, על השופט לקבוע, בגין אלו מהמעשים שבשרשרת ראוי להטיל אחריות פלילית. וכפי שמציינים המלומדים לוי ולדרמן: "...יש לנסות ולייחס את התוצאה הקטלנית רק לסיבה או לסיבות שתרומתן לגיבוש התוצאה האסורה מכריעה, תוך אבחנתן מעילות שתרומתן מזערית (de minimis)" (יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 325 (1981) (להלן – לוי ולדרמן)). מכיוון שהקשר הסיבתי המשפטי עוסק בהטלת אחריות פלילית, קיימת חשיבות לשאלה בשל איזו עבירה מוטלת האחריות הפלילית. לעבירות שונות תכליות שונות, וכל עבירה מביאה עמה מטען של שיקולי מדיניות, אשר אינם תמיד משותפים עם עבירות אחרות. כך, ייתכן שלגבי אותו מעשה, יקבע בית המשפט כי הוא אינו מוצא מקום להטיל אחריות פלילית בגין עבירת ההריגה, אך הוא היה מוצא מקום להטיל אחריות פלילית אילו היה מדובר בעבירת גרימת מוות ברשלנות. או במילים אחרות, ייתכן כי מעשה מסוים לא יקים קשר סיבתי משפטי בעבירת ההריגה, אך יקים קשר סיבתי משפטי בעבירת גרימת מוות ברשלנות. מצב זה, נובע כאמור ממהותו של הקשר הסיבתי המשפטי. זאת, בניגוד לקשר

הסיבתי העובדתי אשר הוא קשר פיזי שמתקיים במציאות ואינו קשור בשיקולים משפטיים. על כן, הקשר הסיבתי העובדתי אינו תלוי בסוג העבירה וקיומו, או אי-קיומו, הם אחידים על פני כלל העבירות.

23. המבחן העיקרי שאומץ בפסיקה לבחינת הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן הצפיות הסבירה (ראו, למשל, עניין אבו ג'נאם, עמ' 42; ע"פ 7000/10 אלפידל נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (2012) (להלן – עניין אלפידל); עניין פלוני, פסקה 122). כפי שהסבירה חברתי, השופטת ארבל, בפסקה 17 לפסק דינה שבערעור (ההדגשות במקור – א' ג'): "מבחן הקשר הסיבתי המשפטי כולל שתי שאלות: האם ניתן היה לצפות באורח סביר את התוצאה, והאם צריך היה לצפות באופן סביר את התוצאה". בפסיקה נקבע, כי יש להשיב על שאלות אלה מנקודת מבטו האובייקטיבית של האדם הסביר (ראו, למשל, ע"פ 482/83 מדינת ישראל נ' סעיד, פ"ד לח(2) 533, 540-541 (המשנה לנשיא מ' בן-פורת) (1984); עניין פלוני, שם). כל אחת מהשאלות שהציגה חברתי מקיימת לטעמי תפקיד שונה. השאלה הראשונה בוחנת כאמור, האם אדם סביר יכול היה לצפות את התוצאה. תפקידה של שאלה זו הוא לבצע צמצום ראשוני וגם של השרשרת העובדתית, אשר כאמור מתפרסת אף על פעולות הרחוקות מאוד בשרשרת מן התוצאה. מבחן זה מנפה את הפעולות אשר לא ניתן לצפות באופן סביר שיגרמו לתוצאה, ואשר מצאו מקומן בשרשרת העובדתית אך ביד המקרה. הטלת אחריות פלילית על פעולות מסוג זה, שמטבען אינן צפויות לגרום לתוצאה, כלל אינה מועילה להגשמת תכלית העבירה. השאלה השנייה בוחנת כאמור, האם אדם סביר צריך היה לצפות את התוצאה. זוהי שאלה הפותחת פתח למגוון שיקולים, שכן כפי שכבר ציינתי לעיל, הקשר הסיבתי המשפטי הוא במהותו מבחן שבמדיניות משפטית.

24. מבחן הצפיות הסבירה, אם כן, הוא מבחן דו שלבי. בשלב הראשון יש לנפות את הפעולות אשר אינן צפויות להביא לתוצאה ושהטלת אחריות פלילית בגינן אינה מקיימת את תכלית העבירה. בשלב השני, יש לקבוע על אילו מהפעולות שנותרו ראוי להטיל אחריות פלילית, זאת לאור שיקולים של מדיניות משפטית.

בפסק הדין שבערעור הציגה השופטת ארבל רשימת שיקולים נרחבת ושאלה היא, לדבריה, אינה ממצה. בין היתר הוזכרו סוג העבירה והערך המוגן העומד בבסיסה, השאלה האם מדובר במעשה או במחדל, קיומו או אי קיומו של ערך חיובי בפעילות הנבחנת, הצורך בהרתעה ביחס לאותה הפעילות ועוד (פיסקה 24).

25. לעיתים, המעשה של הנאשם אינו מספיק בפני עצמו כדי להביא לתוצאה האסורה, ואליו מצטרף גורם, או גורמים נוספים, אשר יחד עמו מביאים להתרחשותה של התוצאה. כך, למשל, אדם דוחף את חברו לכביש וחברו נפגע בידי מכונית חולפת ונהרג. אלמלא המכונית החולפת לא היה מאבד החבר את חייו. בכך, מהווה המכונית (יחד עם הנוהג בה) גורם זר מתערב, שהתערבותו מצטרפת לפעולתו של הדוחף בגרימת התוצאה הקטלנית. לוי ולדרמן מתארים זאת כך: "ההתנהגות האמורה [של הנאשם – א' ג'] מהווה במקרים אלה גורם ראשוני, פלילי באופיו, שסלל ברשלנותו, פזיזותו או אפילו במתכוון את הדרך לאירוע התוצאה, ואילו הגורם הנוסף תרם במישרין להתרחשות האסורה בעצם התערבותו" (לוי ולדרמן, עמ' 344; עוד ראו, למשל, רבין וואקי, עמ' 316). אף קורבן העבירה עשוי להיחשב כגורם זר מתערב (לוי ולדרמן, שם; רבין וואקי, שם). בתחילה, התפתחה בפסיקה מגמה אשר שמה את הדגש על פעולתו של הגורם המתערב. כך, נקבע במספר פסקי דין כי מקום בו פעולתו של הגורם המתערב הייתה מכוונת, אי-אכפתית או רשלנית בדרגה גבוהה ביחס לתוצאה, קיימת חזקה כי לא ניתן היה לצפות את ההתערבות והקשר הסיבתי המשפטי ניתק (לסקירה מקיפה של הפסיקה בעניין זה ראו לוי ולדרמן, עמ' 346-352). ברם, ברבות השנים חל שינוי במגמה זו ובית המשפט עבר לבחון את התערבותו של הגורם הזר באספקלריה של צפיות הנאשם בלבד (לוי ולדרמן, שם). גישה זו שמה את הדגש בבחינת השאלה האם ההתערבות הייתה כזו שניתן וצריך היה לצפות אותה באופן סביר (ראו, למשל, ע"פ 402/75 אלגביש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 561, 577-575 (השופט מ' שמגר) (1976)). המבחן העיקרי אם כן, להשפעתו של גורם זר מתערב על הקשר הסיבתי המשפטי, הוא בשאלה האם הייתה חובה על הנאשם, כאדם סביר, לצפות את התערבותו של הגורם המתערב. ודוק, אף מבחן זה, מושפע ממהותו של הקשר הסיבתי המשפטי, אשר כאמור הוא עניין שבמדיניות.

על כן, אין לשלול מצבים בהם ניתן יהיה לצפות את התערבות הגורם הזר ועדיין ייקבע כי לא מתקיים קשר סיבתי משפטי ולהיפך. והכל, בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה.

26. כעת, לאחר שסקרנו את היסוד הנפשי מן העבר האחד, ואת הקשר הסיבתי המשפטי מן העבר השני, מגיעים אנו לשאלת הקשר שבין השניים. בעניין אבו ג'נאם, התייחס השופט א' ריבלין לקשר זה בקבעו כי:

"הקשר הסיבתי המשפטי בא על סיפוקו על-פי מבחן הצפיות הסבירה, לאמור שדי בכך שהיה ניתן לצפות באורח סביר תוצאה קטלנית ושהיה צריך לצפות... לעניין עבירת ההריגה מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן אובייקטיבי, וכיוון שהיסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו לפי סעיף 19 לחוק העונשין הוא יסוד של פזיזות לפחות, וזו נבחנת באספקלריה סובייקטיבית, ממילא אין עוד טעם בדיון מקדים בשאלת קיומו של היסוד האובייקטיבי (לעניין הקשר הסיבתי המשפטי) וראוי לעבור לדיון בשאלת היסוד הנפשי" (עמ' 42-43).

כלומר, דעתו של השופט ריבלין הייתה, כי כאשר מתקיימת מודעות סובייקטיבית (או "צפיות סובייקטיבית") לאפשרות גרימת התוצאה, במסגרת היסוד הנפשי בעבירה, יש להניח כי באה על סיפוקה גם דרישת הצפיות האובייקטיבית, הנבחנת במסגרתו של הקשר הסיבתי המשפטי. על כן, בעבירה הדורשת מחשבה פלילית, ניתן לדלג על בחינת הקשר הסיבתי המשפטי ולהסתפק בבחינת היסוד הנפשי בלבד. שכן, אם מתקיים היסוד הנפשי, קל וחומר שמתקיים הקשר הסיבתי המשפטי (להלן – הלכת אבו ג'נאם). קביעתו של השופט ריבלין קנתה לה שביתה בפסיקה (ראו, למשל, ע"פ 5870/01 חסיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 221, 232 (2002); ע"פ 6415/11 פולוחין נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (24.12.2012); ע"פ 5656/11 שולמן נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (5.8.2012); עניין אלפידל, פסקה 19; ראו גם, הלוי, כרך ב', עמ' 106-109).

27. עתה, משלמדנו מהי המסגרת המשפטית הקיימת בעבירת ההריגה, מוכנים אנו להגיע אל עיקרם של דברים ולבחון את השאלות העומדות בליבו של דיון נוסף זה. כפי שציינתי לעיל, השאלות העומדות בפנינו הן שתיים, ואדון בהן לפי סדרן.

תוקפה של הלכת אבו ג'נאם

28. הלכה זו קובעת כאמור, כי בעבירות תוצאה הדורשות מחשבה פלילית בכלל, ובעבירת ההריגה בפרט, אם הוכחה מודעותו הסובייקטיבית של הנאשם לאפשרות גרימת התוצאה, מתייחר הצורך להידרש לבחינת הקשר הסיבתי המשפטי. כהערת אגב אציין, כי עשויות לעלות שאלות בנוגע לתוקפה של הלכת אבו ג'נאם ביחס לעבירות מסוגים שונים, כמו למשל עבירות מטרה. ברם, איני מוצא מקום להידרש לשאלות אלה במסגרת דיון נוסף זה המתמקד, כאמור, בעבירת ההריגה. ובחזרה לענייננו: הטעם שבבסיס הלכת אבו ג'נאם הובע באופן ממצה על ידי השופט רובינשטיין בפסק הדין שבערעור, עת ציין כי "קשה, ודומה כי היא מנוגדת לכל היגיון בריא, המחשבה כי נפטור אדם מאחריות פלילית כאשר צפה שמעשהו עלול לגרום למותו של אחר, וחרף זאת לא נמנע מן המעשה, והתוצאה הייתה קטלנית" (פיסקה ג'). ואכן, בפסק הדין שבערעור, אימצו כל שופטי ההרכב את הלכת אבו ג'נאם, וקבעו כי יש להחילה על עבירות מהסוג שבפנינו. יחד עם זאת, ציינו שלושת שופטי ההרכב כי יש להשאיר פתח לחריגים לכלל האמור. השופט ארבל הסבירה את הקושי העשוי להתעורר בהחלת הלכת אבו ג'נאם באופן הבא:

"...לשם הדיוק יש לשים לב כי מבחן המודעות הסובייקטיבית טומן בחובו את השאלה האם צפה הנאשם את התוצאה, אך לא מכיל בתוכו את השאלה האם צריך היה הנאשם לצפות את התוצאה. באופן עקרוני ניתן לומר כי נאשם צפה את התוצאה אך לא היה צריך לצפותה. מכאן מתחדדת השאלה האם במסגרת מבחן המודעות הסובייקטיבית בעבירות של מחשבה פלילית יש גם לבחון האם צריך היה הנאשם לצפות את התוצאה, או שמא יש להסתפק בשאלה האם צפה הנאשם את התוצאה" (פיסקה 17).

29. השופט ארבל קבעה, כי במרבית המקרים ובעיקר במקרים בהם הנאשם גרם באופן ישיר לתוצאה, הוכחתה של צפיות סובייקטיבית במסגרת היסוד הנפשי, מתייחר את בחינתו של הקשר הסיבתי המשפטי. אך השופטת הוסיפה, כי ייתכנו מצבים חריגים בהם ניתן יהיה לקבוע כי אף אם הנאשם צפה את התוצאה בפועל, לא יהיה מקום לראות בו אחראי לתוצאה. זאת, בשים לב לשיקולי מדיניות שונים. מקרים מסוג זה, כך לפי השופטת ארבל, הם לרוב מקרים שבהם הנאשם הוא אינו הגורם הבלעדי והישיר לתוצאה. לקביעה אחרונה זו הצטרף גם השופט הנדל.

השופט רובינשטיין הסכים לקביעתה של השופטת ארבל כי יש להשאיר פתח צר למקרים בהם יסבור בית המשפט כי לא הייתה חובה לצפות את התוצאה הקטלנית, אף אם זו נצפתה בפועל. זאת, בשל "מורכבות נסיבות החיים" (פיסקה ג' לחוות דעתו). השופט רובינשטיין אף הטעים, כי השיקולים שיש לשקול במקרים אלה הם בראש ובראשונה שיקולי מדיניות משפטית. מהו אם כן דינה של הלכת אבו ג'נאם לאור פסק הדין שבערעור?

30. כפי שציינתי לעיל, מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הוא במהותו מבחן של מדיניות משפטית. לעומת זאת, שאלת הצפיות הסובייקטיבית, קרי מודעות העושה לאפשרות גרימת התוצאה, היא שאלה עובדתית במהותה. משכך, פועלים המבחנים במישורים משפטיים שונים וקיים קושי מסוים בקביעה כי המבחן האחד יכול לייתר את האחר. ודוקו, אכן ניתן לטעמי לאתר קשר בין מבחן הקשר הסיבתי המשפטי ומבחן הצפיות הסובייקטיבית. וכיצד בא קשר זה לידי ביטוי? צפייתו הסובייקטיבית של הנאשם מייתרת את הדיון באשר לקשר הסיבתי המשפטי, אך לגבי הסוגיה הראשונה במסגרת זו, והיא – האם הנאשם יכול היה לצפות את התוצאה הקטלנית. לשון אחר, אם נקבע כי הנאשם צפה בפועל את התוצאה, הרי ממילא היה ביכולתו, אף מבחינה אובייקטיבית, לצפות את התוצאה. ברם, קיומה של צפייה בפועל על ידי הנאשם, היינו מודעות סובייקטיבית, אינה יכולה ליתן מענה למרכיב הנוסף בקשר הסיבתי המשפטי. כוונתנו, כמובן, לשאלה האם הנאשם צריך היה לצפות את התוצאה. התשובה לשאלה זו הינה בעלת מרכיב ערכי, הנבדל באופן ברור מצפייתו הסובייקטיבית של הנאשם באשר לתוצאה הקטלנית. משמע, הלכת אבו ג'נאם אינה מייתרת באופן מלא את הדיון בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי, אלא אך באופן חלקי, וזאת לגבי יכולתו של הנאשם לצפות את התוצאה. ואכן בפסק הדין שבערעור נקבע, כי יש להותיר פתח למקרים בהם יסבור בית המשפט כי קיימים שיקולי מדיניות כבדי משקל, אשר יש בהם לגבור על שיקול המודעות הסובייקטיבית של הנאשם. כפי שאסביר בהמשך, מצאתי כי במקרה דנא אכן קיימים שיקולים כאמור, המחייבים אותנו לבחון את הקשר הסיבתי המשפטי בעניינו של העותר, וזאת לעניין השאלה האם הוא היה צריך לצפות את התוצאה הקטלנית. ומכאן, נעבור לשאלה השנייה העומדת בפנינו.

קביעת אחריות פלילית בשל השתתפותו של העותר במירוץ

31. השאלה העומדת לפתחנו כעת היא האם מתקיים הקשר הסיבתי המשפטי בעניינו של העותר. בשלב הראשון עלינו לבחון את השאלה – האם אדם סביר יכול היה לצפות שהשתתפות במירוץ מכוניות מחתרתי, תביא למותו של אחד המתחרים האחרים במירוץ. או במילים אחרות, האם התחרות במירוץ מכוניות מחתרתי היא פעולה אשר מטבעה עשויה לגרום למותו של מתחרה אחר במירוץ. תשובתי לשאלה זו היא חיובית ואיני רואה כל צורך להכביר מילים בנקודה זו. כזכור, לפי הלכת אבו ג'נאם, משנקבע שהנאשם צפה בפועל את מותם של המשתתפים האחרים במירוץ, אין עוד צורך לבחון האם אדם סביר יכול היה לצפות את התוצאה הקטלנית. בשלב השני עלינו לבחון את השאלה – האם אדם סביר צריך היה לצפות שהשתתפות במירוץ מכוניות מחתרתי, תביא למותו של אחד המתחרים האחרים במירוץ. כפי שכבר נאמר, שאלה זו היא שאלה של מדיניות משפטית. כאמור, שיקולי המדיניות לקביעת האחריות הפלילית הם רבים ומגוונים. קצרה היריעה מלמנות את כולם בחוות דעתי זו. אתייחס רק לשלושת השיקולים אשר לטעמי הם המכריעים בענייננו. שיקולים אלה הם: האוטונומיה של המנוחים ביצירת הסיכון; הצורך בהרתעה; ורוחב יריעתה של עבירת ההריגה.

32. אך טרם שאתייחס לגופם של דברים, מן הראוי להעיר הערה מקדימה. את הדרישה לקשר סיבתי בעבירת ההריגה ניתן לייחס לשימוש של המחוקק במונח "הגורם", המופיע בראשיתו של סעיף 298 לחוק העונשין. מהותו של הקשר הסיבתי המשפטי כפי שתואר לעיל, מביאה לכך שפרשנותו של המונח "הגורם" עשויה להשתנות ביחס למעשים ומחדלים שונים, בהתאם לשיקולי המדיניות המשפטית. כתוצאה מכך, נוצרת אי וודאות שאינה מתיישבת עם הכלל המקובל במשפטנו לפיו על החוק הפלילי לדבר בשפה בהירה ולהימנע משימוש במונחים סתומים ומעורפלים (ראו, למשל, דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אטד, פ"ד נח(5) 547, 563 (השופטת א' פרוקציה) (2004) (להלן – עניין אטד); ע"פ 766/07 ברק כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (חוות דעת המיעוט שלי) (19.11.2007) (להלן – עניין כהן)). כלל זה נגזר מעיקרון החוקיות. כלל נוסף הנגזר מעיקרון החוקיות הוא

כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם (עניין אטד, שם; עניין כהן, שם). כלל זה קבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, המורה כי:

”ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין”.

אומנם, מלאכת בחינת הקשר הסיבתי המשפטי אינה זהה למלאכת הפרשנות. אך אף בחינה זו, כפופה לעקרון החוקיות בכלל, ולכללים הנגזרים ממנו בפרט. על כן, במקרים בהם כפות המאזניים של המדיניות המשפטית שקולות, ואף שיקול אינו מכריע את הכף באופן ברור, ראוי כי נטה את הכף בכיוון אשר מקל עם הנאשם ונשלול את קיומו של הקשר הסיבתי המשפטי. וכעת, אדון בשיקולים לפי סדרם.

האוטונומיה של המנוחים ביצירת הסיכון

33. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המנוחים פעלו מתוך אוטונומיה מלאה בזמן המירוץ. במילים אחרות, המנוחים יצרו את הסיכון שהביא למותם באופן אוטונומי. אף השופט הנדל ציין בפסק הדין שבערעור כי: "האוטונומיה של שני המנוחים לא באה לידי ביטוי אך ורק בהחלטתם להצטרף למירוץ, אלא התממשה הלכה למעשה גם באופן בו בחרו לעשות זאת" (פיסקה 11). איני מסכים עם קביעתו של חברי, השופט רובינשטיין, בפסק הדין שבערעור, כי קיים קושי להניח שהמנוחים פעלו באופן אוטונומי, זאת בשל הלחץ החברתי המלווה מירוצי מכוניות (פיסקה ה' לחוות דעתו). אף שאיני שולל את קיומו של לחץ חברתי במסגרת זו, ואף שאיני שולל כי לחץ חברתי זה עלול לעלות לכדי פגיעה אמיתית באוטונומיה של המשתתפים במירוץ, הנטל להוכחת פגיעה באוטונומיה מוטל על כתפי המאשימה, ובמקרה דנא לא הוכחה כל פגיעה שכזו. יתרה מכך, נוכח קביעתם של בית המשפט המחוזי ובית משפט זה, כי העותר היה מודע לסיכונים שבמירוץ, מתחייבת המסקנה כי אף המנוחים היו מודעים לסיכונים אלה. על כן, לא רק שהמנוחים נטלו את הסיכון באופן אוטונומי, אלא שהם עשו זאת תוך שהם מודעים לתוצאות העלולות להיגרם מכך.

34. דרך אחרת לבחון את אוטונומיית המנוחים ביצירת הסיכון היא לבחון האם העותר תרם ליצירת הסיכון אם לאו. במקרים כגון זה שלפנינו, שבהם המנוח היה

אחראי ליצירת הסיכון שהביא למותו, קיימת חשיבות רבה לבחינת תפקידו המדויק של הנאשם ביחס לסיכון שיצר המנוח. ודוקו, מכיוון שעסקינן בעבירת ההריגה אשר היא עבירת תוצאה, הסיכון היחיד שיש לנו עניין בו הוא הסיכון אשר בא לידי מימוש בפועל, ואשר גרם לתוצאה הקטלנית. סיכונים נוספים אותם יצר העותר אשר לא באו לידי מימוש, אינם מענייננו במסגרת עבירה זו.

35. הקביעה מי מהמתחרים לקח חלק ביצירתו של סיכון ספציפי היא החלטה שיפוטית התלויה בנסיבות המקרה. הסיכון אשר בא לידי מימוש במקרה דנא ואשר הביא למותם של המנוחים, נוצר בשל האופן בו בחרו המנוחים לנהוג במכוניתם, בדגש על מהירות נסיעתם. בכך, יצרו המנוחים את הסיכון אשר הביא למותם. מהם תפקידו האפשריים של העותר ביחס לאותו סיכון? אפשרות ראשונה היא, כי העותר הוא מאפשר סיכון. כלומר, המעשה האסור אותו ביצע העותר, איפשר למנוחים, או שלא מנע מהם, ליצור את הסיכון לעצמם. זאת, תוך שהוא אינו משתתף ביצירת הסיכון עצמו. אפשרות שנייה היא, שהעותר הוא יוצר סיכון, כלומר, המעשה האסור אותו ביצע העותר תרם ליצירת הסיכון של המנוחים והעצים את הסיכון שהם יצרו בעצמם. האפשרות השלישית היא, כי העותר הוא מאפשר סיכון ויוצר סיכון גם יחד. אפשרות זו זהה לטעמי לאפשרות השנייה שהוצגה, מבחינת השפעתה על שיקולי מדיניות.

36. לטעמי, יש לראות בעותר כמאפשר סיכון בלבד. נזכיר, כי המעשה האסור בו הואשם העותר הוא עצם השתתפותו במירוץ ולא האופן שבו השתתף. לאחר שהסכים העותר להשתתף במירוץ, ואף בנקודת הזינוק של המירוץ, לא נשקפה עדיין כל סכנה למנוחים. על כן, עצם ההסכמה להתחרות במירוץ לא יצרה סיכון בפני עצמה. מרגע פתיחת המירוץ, ועד לתאונה הקטלנית, היו המנוחים אחראים בלעדיים ליצירת הסיכון אשר הביא למותם. הם קבעו את מהירות נסיעתם ואופן נסיעתם, והם היו בשליטה מוחלטת על רמת הסיכון בה היו נתונים. ברצונם, היו יכולים המנוחים להקטין או לבטל כליל את הסיכון. כפי שקבע בית המשפט המחוזי: "...המנוחים עשו את אשר עשו במצב של שליטה, מודעות, ואוטונומיה מלאה על מעשיהם" (פיסקה 48 להכרעת הדין). במצב זה, יש לראות את מעשהו של העותר ככזה אשר איפשר למנוחים ליצור את הסיכון, מבחינה זו שאילו היה

העותר נמנע מלהשתתף בתחרות, לא היו המנוחים יוצרים את הסיכון אותו יצרו. אין לכחד, כי יש לראות בעותר כיוצר סיכון ביחס לסיכונים אחרים כלפי המנוחים. כך למשל, הסיכון להתנגשות בין כלי הרכב הוא סיכון לו תרמו גם העותר וגם המנוחים יחדיו. ברם, סיכון זה לא התממש ולא גרם לתוצאה וכאמור, במסגרת עבירת ההריגה עלינו להטיל אחריות רק בגין אותם סיכונים אשר גרמו לתוצאה הקטלנית.

37. בפסק הדין שבערעור הרחיב השופט הנדל בדבריו לגבי חשיבותה של האוטונומיה של הפרט ומקומה במשפט, לרבות בתחום החוקתי. השופט הנדל קבע כי האוטונומיה של הפרט מהווה ביטוי של הזכות לכבוד האדם המעוגנת כזכות חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פיסקה 9). לגבי מקומה של האוטונומיה במשפט הוסיף השופט הנדל כי:

”מדובר בעיקרון חוקתי על-חוקי החולש על פני כל ענפי המשפט ובכלל זה על הדין הפלילי. ככזה, פעמים שהתבססות עליו תיטיב עם הניזוק... אך פעמים והיא תביא להקלה בדינו של מעוול מקום בו, למשל, ניכנס לתוך גדרי דוקטרינת ההסתכנות מרצון. גם במשפט הפלילי, התבוננות מתוך נקודת המבט של האוטונומיה האישית ועקרון הבחירה החופשית יכולה להביא למיצוי חומר הדין עם נאשם אחד, אך להקל בבואנו לדון נאשם אחר. למעשה, עצם הטלת האחריות הפלילית על אדם מבוססת על הכרתנו בכבוד האדם, באוטונומיה האישית ובבחירה החופשית...” (שם).

אף השופטת ארבל הסכימה בפסק הדין שבערעור, כי מדובר בשיקול בעל חשיבות רבה (אך קבעה שחשיבותו פחותה מהצורך בהרתעה) (פיסקה 33).

38. אילו היה העותר משתתף ביצירת הסיכון של המנוחים, היה בכך כדי לפגום באוטונומיה שלהם. במצב זה, היה מאבד עיקרון האוטונומיה במידה מסוימת מחשיבותו. אך משקבעתי כי העותר פעל כמאפשר סיכון בלבד, ולא כיוצר סיכון, מקבלת האוטונומיה של המנוחים ביצירת הסיכון חשיבות מיוחדת. אומנם, הערך המוגן שבבסיסה של עבירת ההריגה הינו קדושת החיים (ראו, למשל, ע"פ 9369/07 מיקל נ' מדינת ישראל, פסקאות כ"ה-כ"ט (השופט א' דובינשטיין) (4.6.2009)); רוני רוזנברג המירוץ לעבר עבירת ההריגה – משמעות הסכמת הקורבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי הפרקליט נג(2) 3, 18 (2015) (להלן – רוזנברג)).

ברם, תכליתה של עבירת ההריגה אינה להגן על ערך קדושת החיים בלבד ובכל מחיר. משקלם של ערכים אחרים הוא אומנם פחות ביחס לקדושת החיים, אך חובה להתחשב גם בהם. בענייננו, הערך המרכזי שיש לתת אף לו ביטוי הוא כאמור האוטונומיה של הפרט. במקרים בהם הסיכון אשר מביא למותו של המנוח נוצר ונשלט על ידיו באופן אוטונומי לחלוטין, תופסת האוטונומיה מקום מרכזי במסגרת השיקולים להטלת אחריות פלילית. במצב זה, הטלת אחריות פלילית על מי שפעולותיו איפשרו את הסיכון בלבד עשויה לחרוג מתכליתה של עבירת ההריגה. ובמילים אחרות – הטלת אחריות בגין עבירת ההריגה על מי שאך איפשר לאחר ליצור סיכון, תהווה לטעמי יצירת חובה "מעין פטרנליסטית" על אדם, למנוע לקיחת סיכונים מצד חברו. על חובה זו להיות שמורה, בהיעדר נסיבות מיוחדות, למדינה ולמקרים בהם קיימת חובה מיוחדת, כמו למשל במקרה של הורה וילד.

39. למען הסר ספק, ברצוני להדגיש כי האמור לעיל כפוף לשני תנאים מצטברים: ראשית, העותר לא לקח חלק ביצירת הסיכון שהתממש; שנית, המנוחים יצרו את הסיכון שהתממש באופן אוטונומי. אילו הסיכון שהתממש היה נוצר על ידי העותר (למשל בהתנגשות בין המכוניות), או לחלופין אם האוטונומיה של המנוחים הייתה נפגמת (למשל, אילו היה מדובר בקטינים והעותר היה בגיר, אילו הוכח כי המנוחים הושפעו מלחצים מצד העותר או שהייתה להם מערכת יחסים מיוחדת עמו), ייתכן שהטלת אחריות בגין עבירת ההריגה הייתה מקיימת את תכלית העבירה במלואה. אך כאמור, זהו איננו המצב שבפנינו.

הצורך בהרתעה

40. שיקול נוסף בקביעת האחריות הפלילית הוא הצורך בהרתעה מפני השתתפות במירוצי מכוניות מחתרתיים. הצורך בהרתעה היווה שיקול משמעותי ביותר בעמדתה של השופטת אדבל בפסק הדין שבערעור (פיסקה 26). מירוצי מכוניות מחתרתיים הם רעה חולה. הם אינם מקדמים כל ערך חברתי חיובי ומסכנים, לא רק את חיי המשתתפים בהם, אלא גם את חייהם של עוברי אורח תמימים. הזלזול בחוק ובסדר הציבורי המאפיין אותם, והסיכון הרב הטמון בהם לשלמות הגוף והנפש מצדיקים נקיטת ענישה מחמירה כלפי אלה הנוטלים בהם חלק, במטרה להרתיע משתתפים עתידיים, ולסמן באופן שאינו משתמע לשני פנים

כי מדובר בפעילות שאינה מתקבלת על הדעת. ודוקן, השאלה העומדת בפנינו אינה האם ראוי להטיל על העותר אחריות פלילית בגין השתתפותו במירוץ אם לאו. השאלה העומדת בפנינו היא האם ראוי להטיל עליו אחריות פלילית באמצעותה של עבירת ההריגה. ארגז הכלים שהפקיד המחוקק הישראלי בידי של בית המשפט, מאפשר לטעמי להתמודד באופן יעיל עם תופעת מירוצי המכוניות, וזאת מבלי להידרש לעבירת ההריגה במקרים מהסוג שלפנינו. כך, העונש המירבי בעבירת סיכון חיי אנשים, בה הורשע המערער בבית המשפט המחוזי בשני האישומים, זהה לעונש המירבי בעבירת ההריגה – 20 שנות מאסר. אף השופט הנדל ציין בפסק הדין שבערעור כי: "נדמה... כי מצב משפטי זה מאפשר פתרונות אחרים להתמודד עם התופעה של מירוצי מכוניות בכלל, ובהתנהגות דוגמת זו של המשיב בפרט, מבלי להיעזר בסל הרחב של עבירות ההריגה" (פיסקה 13). לשון אחר, יש להתחשב בכך שניתן וצריך להרשיע את העותר בעבירה אחרת, זו של סיכון חיי אנשים (ראו להלן פיסקה 49). זאת ועוד, נראה שלעניין ההרתעה יש חשיבות גדולה יותר למידת העונש המושג מאשר לזהותה של העבירה המסוימת בה מורשע הנאשם. נוכח הדברים האמורים, סבורני כי משקלו של שיקול ההרתעה בנסיבות המקרה דנא, הוא מועט. בכך, איני פוסל את האפשרות, כי ייתכנו מצבים בהם עבירת ההריגה תהווה הכלי היחיד ליצירת הרתעה משמעותית בגין מעשה או מחדל מסוימים. במצבים אלה, עשוי שיקול ההרתעה לקבל משמעות רבה במסגרת השיקולים להטלת אחריות פלילית.

רוחב יריעתה של עבירת ההריגה

41. ראובן דוקר את חברו שמעון בסכין בלהט הרגע, ושמעון נהרג כתוצאה מכך. לוי משתתף עם חברו במשחק מסוכן, בתקווה שהסיכון לא יבוא לידי מימוש, וחברו מקפח חיו במסגרת המשחק. הייתכן כי ראובן ולוי יזכו לגינוי זהה, ויורשעו שניהם בעבירת ההריגה? שאלה זו מאירה קושי אשר עלה במסגרת דו"ח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, אשר מונה בשנת 2007 על ידי שר המשפטים דאז, פרופ' דניאל פרידמן (להלן – דו"ח עבירות ההמתה), בו נכתב (עמ' 5) כי:

"הקושי שמעוררת עבירת ההריגה הוא היותה רחבה יתר על המידה, ושהיא כוללת הן מקרי המתה חמורים יחסית והן מקרי המתה קלים יחסית, של המתה בקלות דעת. גם

נקודת ההשקה בין עבירת ההריגה לעבירת גרם מוות
ברשלנות מעוררת קושי, בשל הפער הניכר בין שתי
העבירות הן במישור האחריות והן במישור הענישה".

רוחב הפריסה של עבירת ההריגה נובע גם מהאופן המרחיב בו בחר המחוקק לנסח אותה, אך גם, ואולי בעיקר, מהאופן המרחיב בו פורשה העבירה בפסיקה לאורך השנים. ציינתי זאת לעיל בהתייחסי ליסוד העובדתי של העבירה, אך הדבר נכון גם לגבי יסודה הנפשי של העבירה ואף לגבי הקשר הסיבתי המשפטי. פרשנותה הרחבה של עבירת ההריגה ותחולתה על מקרים הרחוקים מאוד אחד ממשנהו, הביאו לכך שהיא חלה על נסיבות שהפגם המוסרי הכרוך בהן שונה בתכלית. מצב זה, עלול להביא לפגיעה באמירתה המוסרית של העבירה. אכן, ניתן לקיים את ההבחנה בין מעשים אסורים שונים באמצעות חומרת הענישה המוטלת בגין ביצוע העבירה. אך, הבחנה זו אינה מקבלת לעיתים ביטוי מלא בעיניי הציבור. כאמור, גורמים שונים האמונים על הדין הפלילי במדינת ישראל, מודעים לקושי שבתחולתה הרחבה מדי של עבירת ההריגה, ובמסגרת דו"ח עבירות ההמתה הוצע לחלק את עבירת ההריגה, כפי שהיא מוגדרת היום בחוק, למספר תתי עבירות. ודוקו, עד ליום בו המחוקק יקבע מחדש את גבולותיה של עבירת ההריגה, אם אכן כך ייעשה, סבורני כי ראוי שאנו ננקוט משנה זהירות בבואנו לקבוע מהם המקרים אשר נופלים בגדרה של העבירה.

משפט משווה

42. הסוגיה שעומדת בפנינו נדונה זה מכבר בבתי משפט שונים ברחבי העולם ובעיקר בארה"ב ובקנדה. אף בבתי משפט אלה היוותה סוגיית הקשר הסיבתי המשפטי כר לדיון נרחב. אך יש ליתן את הדעת לכך, שברבים מפסקי הדין הזרים, העבירות שנדונו אינן מהוות מקבילה דווקא לעבירת ההריגה הישראלית, אלא דומות יותר במהותן לעבירת סיכון חיי אנשים, לעבירת גרימת מוות ברשלנות או שמדובר בעבירה ספציפית, המתייחסת למירוצי מכוניות בלתי חוקיים. על כן, עלינו לנקוט זהירות בבואנו לבחון פסיקה זו. עוד נציין כי כל הפסיקה שתוצג בהמשך עוסקת במירוצי מכוניות מחתרתיים (Drag Racing), במקרים בהם אחד המתחרים מצא את מותו במהלך התחרות, שלא כתוצאה ישירה מפעולת המתחרה השני.

43. הפסיקה של בתי המשפט האמריקאים הוצגה בהרחבה בחוות דעתו של השופט הנדל בפסק הדין שבערעור. בתי המשפט נחלקו בשאלת אחריותו של המתחרה שנותר בחיים, כאשר גדר המחלוקת סבבה לרוב סביב סוגיית הקשר הסיבתי המשפטי. על אף שנסיבותיו של כל מקרה הן שונות, ניתן למצוא קווים משותפים לכל אחת מהגישות. בתי המשפט אשר בחרו שלא להרשיע את הנאשם התמקדו לרוב באוטונומיה של המתחרה שנהרג ובכך שפעולתו של הנאשם לא השפיעה באופן ישיר על המנוח. בעניין Root קבע בית המשפט העליון של מדינת פנסילבניה כי:

"Here, the action of the deceased driver in recklessly and suicidally swerving his car to the left... was not forced upon him by any act of the defendant; it was done by the deceased and by him alone, who thus directly brought about his own demise" (Commonwealth of Pennsylvania v. Root, 82 A.L.R 2d 452, p.456 (1961)).

ביטויים דומים נשמעו בפסקי דין נוספים:

"My opinion, policy considerations are against imposing responsibility for the death of a participant in a race on the surviving racer when his sole contribution to the death is the participation in the activity agreed upon" (State of Oregon v. Petersen, 522 P.2d 912, p.921 (1974)).

"...the defendant's participation in the subject 'drag race' was not a proximate cause of the deceased's death because, simply put, the deceased, in effect, killed himself by his own volitional reckless driving – and, consequently, it would be unjust to hold the defendant criminally responsible for this death" (Velazquez v. State, 561 So.2d 347, p.353 (1990)).

44. מן העבר השני, בתי המשפט אשר בחרו להטיל אחריות על המתחרה שנותר בחיים, התמקדו לרוב בכך שמעשה רשלני של המתחרה שנהרג אינו מפחית מאחריותו של המתחרה שנותר בחיים. הלכות אלה דומות להלכות שנקבעו בבית משפט זה הקובעות כי התנהגות רשלנית של גורם זר מתערב, אינה מנתקת בהכרח את הקשר הסיבתי המשפטי. בתי המשפט האמריקאים לא הבחינו בין שאלת

הרשלנות של המתחרה שנהרג לבין שאלת האוטונומיה בה פעל. כך למשל, בעניין Farner קבע בית המשפט כי:

"Baker's acts, although contributory to his own death, would not relieve Farner of his own criminal responsibility in the death of Baker. Drag racing is *malum in se* and contributory negligence constitutes no defense" (State of Tennessee v. Farner, US. Tenn. Ct. App, para.64 (2000)).

וכך סיכם השופט הנדל את סקירת המשפט המשווה האמריקאי:

"סקירת המשפט המשווה מגלה חילוקי דעות במבחן המשפטי שיש להחיל לבדיקת הקשר הסיבתי המשפטי, והתייחסויות שונות לשתיקת המחוקק באשר לסוג זה של תחרות. עולה כי בתי משפט אשר הרשיעו שמו דגש על התוכנית המשותפת והצפיות, ואילו בתי המשפט שזיכו נתנו את הבכורה לשיקול האוטונומיה והדרישה לקשר סיבתי משפטי ישיר יותר. ההיקש אינו ישיר גם מפני שמדובר במדינות שונות, בהכרעות שלא ניתנו בהכרח על ידי בתי משפט פדרליים ובכל מקרה לא על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית" (פיסקה 14).

45. הפסיקה של בתי המשפט הקנדיים הייתה אחידה ועקבית יותר מאשר של שכניהם מדרום. פסק דין חשוב ניתן בעניין Menezes על ידי בית משפט באונטריו, קנדה. בעניין זה, סקר בית המשפט את הפסיקה האמריקאית על שתי גישותיה, ובחר לאמץ את הגישה המחמירה עם הנאשם. בית המשפט התמקד דווקא במהלך המירוץ עצמו תוך שהוא מנתח בפרוטרוט כיצד השפיעה נהיגתו של הנאשם על נהיגתו של המנוח. בית המשפט הסביר כי ככל שהמתחרים משפיעים זה על נהיגתו של זה, ניתן לראות בהם אחראים לכל פגיעה בגוף או בנפש שתיגרם לכל אחד מהם (R. v. Menezes, [2002] O.T.C. 118, para. 125) (להלן – עניין Menezes). אף בעניין Nieto Campos התמקד בית המשפט באופן נהיגתו של הנאשם ובהשפעתו על המתחרה אשר קיפח את חייו. בית המשפט ציין:

"The driving of Mr. Nieto-Campos was not the only factor, but it was a significant factor and a contributing cause of the accident in which Mr. Uhrig lost his life" (R. v. Nieto-Campos, [2005] O.J. No. 5576, para. 144).

אולם, על אף הדברים האמורים, קבע בית המשפט בעניין Menezes, כי במקרים בהם המתחרה שנשאר בחיים פרש מהמירוץ באופן מופגן טרם התאונה, יתנתק הקשר הסיבתי המשפטי. השופט Hill ציין, בהתייחסו לפרישתו של הנאשם מהמירוץ:

"The deceased, as an independent agent... chose to maintain excessive speed for motives unrelated to Christopher Menezes' presence on Derry Road. His death was the result of his independent actions" (para. 125).

46. בעניין Kippax, נהגו שני בני דודים בנהיגת "טנדם", כך שהנהג הראשון קבע את נתיב ומהירות הנסיעה והנהג השני נסע צמוד בעקבותיו. בהגיעם לצומת מסוכן, צלח הנהג הראשון את הצומת, אך הנהג השני איבד שליטה במכונית, פגע במכונית אחרת, ונספה בתאונה. טענתו של הנהג הראשון הייתה כי הנהג השני בחר להיכנס לצומת באופן עצמאי ועל כן אין לראות בו אחראי למותו. בית המשפט דחה את טענתו של הנהג הראשון וקבע כי המבחן לניתוק הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן הצפיות הסבירה:

"...legal responsibility for an event will remain and the chain of causation will not be broken when an accused intentionally produced the outcome, recklessly brought it about, or if the ordinary circumspect person would have seen it as a likely consequence of his or her own conduct" (R. v. Kippax, [2011] O.J. No. 5494, para.28).

47. מבחן צפיות זה דומה במאפייניו לזה הנוהג במשפט הישראלי כפי שהוצג לעיל. לסיכום חלק זה, בתי המשפט בקנדה מכירים באחריותו של המתחרה שנשאר בחיים למותו של המתחרה שנהרג. ודוקו, דומה כי בתי המשפט הקנדיים מטילים את כובד המשקל על ההתרחשות העובדתית של המירוץ ועל האופן בו פעולותיו של הנאשם השפיעו בזמן המירוץ על פעולותיו של המנוח. זאת, בניגוד לעניין שבפנינו בו משקל הכובד ניתן דווקא לעצם השתתפותו של העותר במירוץ ולא לאופן שבו התחרה. ראוי לציין, כי ייתכן שהמצב בענייננו היה שונה לו הוכח כי

האופן שבו השתתף העותר במירוץ, ולא רק עצם השתתפותו, הוא שהביא למותם של המנוחים. אך זה אינו המצב במקרה שלפנינו.

48. הפסיקה הקנדית מכירה בחשיבותה של האוטונומיה של המנוח. כך, כאשר הוכח שהנאשם פרש מהמירוץ באופן מופגן טרם התאונה, נקבע כי נותק הקשר הסיבתי המשפטי. זאת, מכיוון שהמנוח נהג בשלב זה באופן אוטונומי ומחוץ למסגרת התחרות. בשונה מגישתי, נדמה כי הפסיקה הקנדית מכירה בדרבון הדדי הנובע מעצם התחרות ככזה הפוגע באוטונומיה של הנהגים. דעתי, כפי שהוסברה לעיל, היא שבהיעדר נסיבות המורות על פגיעה באוטונומיה, יש לראות את המתחרים כפועלים באופן אוטונומי אף במהלכו של המירוץ.

סוף דבר

49. מסקנתנו, אם כן, היא כי לא היה מקום להרשיע את העותר בעבירה של הריגה. נזכיר, כי בית המשפט המחוזי, שהחליט לזכות את העותר מעבירה זו מצא, בה בעת, להרשיעו בעבירה של סיכון חיי אנשים, לפי סעיף 332(2) לחוק העונשין. זאת, הגם שהמשיבה לא האשימה את העותר בעבירה זו במסגרת האישום השני (שהתייחס, כזכור, לאירוע בו המנוחים מצאו את מותם). בית המשפט המחוזי ציין, כי ניתנה לעותר הזדמנות להתגונן לעניין עבירה זו (פיסקה 50 להכרעת הדין). משדעתי היא כי העותר יזוכה מעבירת הריגה, יש להחזיר על כנה את הרשעתו בעבירה של סיכון חיי אנשים גם באישום השני. אזכיר, כי העותר הורשע בעבירה זו אף בגדרו של האישום הראשון, שעסק במירוץ קודם שלא נסתיים בתוצאה טרגית. הערכאה הראשונה החליטה, כזכור, להשית על העותר עונש של 12 חודשי מאסר לריצוי בפועל (וכן רכיבי עונש נוספים, כמתואר בפיסקה 8 לעיל). עתה, משמבוטלת ההרשעה בעבירה של הריגה עליה החליט בית משפט זה בערעור, עולה השאלה בדבר עונשו של העותר. ייאמר מיד כי העונש של 12 חודשי מאסר בפועל אינו עונש חמור כלל וכלל, אלא הוא נוטה לקולה, אף בהתחשב בזיכוי מעבירת הריגה וההרשעה תחתיה בעבירה של סיכון חיי אנשים. עם זאת, סבורני כי יש להשיב על כנו את העונש שהשית בית המשפט המחוזי. זאת, מן הטעמים הבאים: ראשית, עסקינן בהליך של דיון נוסף לבקשתו של נאשם, כאשר עמדתו בעניין זיכוי מעבירת הריגה מתקבלת. שנית, בהחלטה לקיים דיון

נוסף נקבע כי הסוגייה שתידון תהא הקשר הסיבתי המשפטי. שלישית, במסגרת הליך הדיון הנוסף לא טענו בעלי הדין באשר לעונש. רביעית, משנתקבלה עמדתה של הערכאה הדיונית בשאלה העקרונית, נראה שנכון הוא לקיים אף את גזר הדין שנפסק על ידה. חמישית, העותר היה קטין בעת ביצוע העבירות.

50. עתה, עם סיום, נחזור למקרים שהצגנו בראשית דברינו (פיסקה 1 לעיל). דובר שם על מקרה של דקירה שנסתיימה במותו של הנדקר ועל מקרה בו אדם היכה אדם אחר למוות. בשני מקרים אלה הורשעו התוקפים בעבירה של הריגה. אודה, כי לטעמי, מעבר לרטוריקה השיפוטית, המבחנים והפלפולים השונים, מזדקר לו הבדל עצום בין אותן שתי דוגמאות (וניתן היה להביא עוד כהנה וכהנה) לבין המקרה של מירוח המכוניות בו עסקינו. כזכור, לא היה כל מגע פיזי בין שני כלי הרכב לפני ההתנגשות בעמוד התאורה ובקיר האבנים, שהביאה למותם של השניים - המנוחים שהיו באותה מכונית. האם ניתן כלל להשוות את הכתם המוסרי שדבק בדוקר ובמכה לזה של הנהג ברכב האחר, ואשר הועמד לדין בעבירת ההריגה?! עבירת ההריגה התפתחה בישראל במשך השנים לממדים כאלה שפרוסה היא כיום על מגוון עצום של מצבים. דומה שהגיעה העת להציב תמרור עצור, ואולי תמרור המחייב, ולא רק מתיר, עשייתו של סיבוב פרסה לעניין זה. על פי גישתי, כאשר בוחנים את המקרה דנא במבט על, לא היה מקום להרשיע את העותר בעבירה של הריגה. אף כאשר המקרה נבדק, כפי שיש לעשות, במשקפיים של קשר סיבתי משפטי, ראוי להגיע לאותה מסקנה. גם אם מקבלים שהעותר צפה את האפשרות של תוצאה קטלנית עקב מירוח המכוניות, הרי אין לומר כי היה עליו לצפות את התוצאה. עם זאת, העובדות שנתבררו בהחלט מצדיקות כי העותר יורשע בעבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה, לפי סעיף 332(2) לחוק העונשין. אכן, העונש המירבי לגבי עבירה זו הוא 20 שנות מאסר, בדומה לעונש המירבי הקבוע בדין לעבירת ההריגה. ברם, דומה שאין צורך להכביר מילים על ההבדל בין עבירת ההריגה, העוסקת במותו של אדם, לבין עבירה שבמרכזה עומד הסיכון לחיים ולא התוצאה הקטלנית. על כן, על פי דרכי, יש לקבל את הדיון הנוסף ולבטל את הרשעתו של העותר בעבירה של הריגה. תחת זאת יש להרשיעו בעבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה. אשר

לעונש: כפי שאמרנו, יש להשיב על כנו את העונש שפסק בית המשפט המחוזי, היינו 12 חודשי מאסר לריצוי בפועל וכן הרכיבים הנוספים, כמתואר בפיסקה 8 לעיל.

ה נ ש י א (בדימ')

השופט ס' ג'ובראן:

1. בגיר הזמין קטין להשתתף במירוץ מכוניות אותו יזם. במהלך המירוץ, לקראת סיום סבבו השלישי, ללא שהתקיים מגע בין המכוניות, האיץ הבגיר את מהירות נסיעתו, איבד שליטה על רכבו, התנגש בקיר ומצא את מותו (ביחד עם בגיר נוסף שהיה ברכב). השאלה הניצבת לפנינו היא באיזו עבירה עלינו להרשיע את אותו קטין אשר השתתף במירוץ שבו נקטלו חיי אדם.

2. חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס הגיע לתוצאה שאליה אני מסכים בחום שלפיה במקרה שלפנינו, אין להטיל על המבקש אחריות פלילית בגין עבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) אלא בגין עבירת סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה לפי סעיף 332(2) לחוק העונשין. חברי הנשיא (בדימ') בחן את שתי השאלות אשר עולות במבחן הקשר הסיבתי המשפטי – האחת, האם ניתן היה לצפות את התוצאה; השנייה, האם צריך היה לצפות את התוצאה. באשר לשאלה הראשונה, חברי הגיע למסקנה, שאליה אני מצטרף, שלפיה ההלכה אשר נקבעה בע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34, 42-43 (2001) חלה במובן זה שבחינת הצפיות הסובייקטיבית של העושה מייתרת את בחינת השאלה האם ניתן היה לצפות את התוצאה הקטלנית (וראו פסקאות 23-30 לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') בהליך זה). ואולם, בנוגע לשאלה הנותרת – האם העושה צריך היה לצפות את התוצאה הקטלנית – אבקש להציע גישה מעט שונה מזו של חברי.

3. מבחן הקשר הסיבתי המשפטי נועד לבחון מתי ראוי לייחס לאדם אחריות על מעשהו, אשר בינו לבין התוצאה הקטלנית קיים קשר סיבתי עובדתי. המבחן, כפי שמציין חברי הנשיא (בדימ'), הוא מבחן ערכי, שבמסגרתו נשקלים שיקולים של מדיניות משפטית. לשיטתי, כאשר מעריכים מהי המדיניות משפטית הראויה, יש לעשות זאת ברוח המהפכה החוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אינני מבקש לדון כעת בשאלה הסבוכה האם מבחן הקשר הסיבתי המשפטי כפוף לביקורת חוקתית על בסיס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם לאו – אשר המענה לה מצוי בשאלת היחס שבין תיקון מס' 39 לחוק העונשין לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וראו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, בפסקאות 9-16 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2002) (להלן: עניין סילגדו) – שכן איננו נדרשים לה במקרה זה. עיקר גישתי היא שיש לשקול במסגרת שיקולי המדיניות המשפטית את התאמתן של המדיניות המשפטית או של תוצאתה לעקרונות החוקתיים שהותוו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (כפי שבחן חברי הנשיא (בדימ') את עקרון החוקיות, אמנם במישורו הפלילי, בפסקה 32 לחוות דעתו בהליך זה; וראו דיון בכפיפות דיני העונשין לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בעניין סילגדו, בפסקאות 9-16 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; וכן ראו דיון נרחב בסוגיית הקונסטיטוציונליזציה – השפעת המשפט החוקתי ועקרונותיו על המשפט הפלילי אצל אלעד רום טעות בחוק הפלילי 37-46 (2015) (להלן: רום – טעות בחוק הפלילי); ראו בהקשר זה גם את מאמרו של אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996) (להלן: ברק – הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט). עקרונות אלה, בהקשר של דיני העונשין, הם עקרון החוקיות ועקרון המידתיות.

4. עקרון החוקיות מעוגן כבר בסעיפו הראשון של חוק העונשין, הקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו", וכן הוא מעוגן גם היטב בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבטאת את עקרון החוקיות בדרישתה כי הפגיעה בזכות יסוד תהא קבועה "בחוק" או "לפי חוק". התפיסה המקובלת היא כי עקרון זה הוא בעל

מעמד חוקתי במשפט הישראלי (וראו ברק – הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט, בעמ' 17-18; רום – טעות בחוק הפלילי, בעמ' 112; יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 98 (1995) (להלן: קרפ – יאנוס של זכויות האדם); וכן ראו דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 206 (1998)). חברי הנשיא (בדימ') כבר עמד על כפיפות בחינת הקשר הסיבתי המשפטי לעקרון החוקיות ולנגזרותיו (בפסקה 32 לחוות דעתו בהליך זה), ואיני רואה טעם להרחיב בנושא כעת. בקצרה, אציין כי בדומה לחברי הנשיא (בדימ'), גם אני סבור כי משמעות עקרון החוקיות בהקשר שלפנינו היא כי כאשר כפות המאזניים של המדיניות המשפטית שקולות – יש להעדיף פרשנות המקלה עם העושה ושוללת קיומו של קשר סיבתי משפטי.

5. אבקש למקד את דיוני בעקרון המידתיות. עקרון המידתיות מעוגן גם הוא בפסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר דורשת כי הפגיעה בזכויות תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש" (וראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). ישנו קונצנזוס בין המלומדים כי הטלת אחריות פלילית – שלא בהתאם לאשמתו של העושה – פוגעת בכבוד האדם (ראו, למשל: מרים גור אריה "סטיות מעקרון האשמה" מחקרי משפט יג 129, 129 (1996); קרפ – יאנוס של זכויות האדם, בעמ' 85; רום – טעות בחוק הפלילי, בעמ' 113). מעקרון המידתיות נובע, כי על מנת שהפגיעה בזכות תהא מידתית, נדרש שתהא הלימה בין חומרת העבירה לבין האחריות שמייחסים לעושה. במילים אחרות, השאלה אשר לשיטתי יש לשאול היא האם האחריות שאנו מבקשים לייחס לעושה על המעשה שגרם בקשר סיבתי עובדתי לתוצאה הקטלנית הולמת את מידת אשמתו?

6. חברי הנשיא (בדימ') הצביע על הפער התפיסתי אשר קיים בין מקרים שבהם דבק במעשה פגם או כתם מוסרי, ועל כן נהיה נכונים יותר לייחס לעושה את האחריות בגין עבירת ההריגה; לבין מקרים שבהם לא דבק במעשה פגם או כתם מוסרי, ועל כן אנו חשים קושי לייחס לעושה את האחריות בגין עבירת ההריגה (וראו פסקאות 41 ו-50 לחוות דעתו). הפער הזה, לגישתי, מוסבר

באמצעות עקרון המידתיות. הרשעה בעבירת ההריגה מעידה על פגם או כתם מוסרי – זהו הגינוי המוסרי החברתי (Blameworthiness) מביצוע העבירה. ישנו שוני מובהק בין תפיסת החברה ביחס לחומרת עבירת ההריגה לבין תפיסת החברה ביחס לחומרת העבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה. הקביעה באיזו עבירה מורשע העושה מובילה לשוני ברמת הגינוי המוסרי החברתי מביצוע העבירה, אשר מהווה נדבך נוסף בלתי-נפרד לעונש שבצד העבירה (וראו Sanford, *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN CRIMINAL LAW* 51 (1987)). לפיכך, דעתי היא כי יש לשאוף להלימה בין אשמתו של העושה לבין העבירה שבגינה מייחסים לו אחריות פלילית. אשמה נבחנת באופן מקובל כבחירה מודעת לעשות את אשר אסור, לאחר שניתנה לאדם אפשרות לבחור בין מותר לבין אסור. זהו למעשה ה"אופי הרע" של העושה המצדיק את הגינוי המוסרי החברתי על המעשה (וראו רום – טעות בחוק הפלילי, בעמ' 38-40).

7. על כן, בהתאם לניתוח המוצע, יש לבחון האם העושה בחר בחירה פסולה ומה היתה אותה בחירה פסולה באותו עניין. זאת, בדומה לשיטתו של חברי הנשיא (בדימ') אשר הבחין בין אחריות של יוצר סיכון אשר באה לידי מימוש בפועל לבין אחריות של מאפשר סיכון בלבד (ראו פסקאות 34-36 לחוות דעתו בהליך זה). במקרים של עושה המאפשר סיכון, בחירתו לא היתה בדבר המסוכן האסור (או בלקיחת חלק בהתנהגות אשר יש קשר ישיר בינה לבין התוצאה). הדבר האסור (המתת אדם, בענייננו) היה דבר נלווה ורחוק לבחירה שנעשתה, והבחירה רק אפשרה באופן עקיף ולא וודאי את התקיימותו של הדבר האסור. זאת, לעומת אחריות של יוצר סיכון (שהתממש בפועל), אשר משמעותה כי העושה בחר בדבר האסור או לכל הפחות בחר לנהוג באופן אשר יש לו קשר ישיר לדבר האסור, ואשר יכול לגרום להתממשות התוצאה באופן יותר וודאי ופחות עקיף (כפי שאכן נגרם בפועל). כך ניתן, למשל, לאבחן בין המקרה שלפנינו לבין המקרה שנדון בע"פ 119/13 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1 (1994). שם, הבחירה הפסולה היתה להשתתף במשחק הרולטה הרוסית, והתנהגות זו היתה קשורה בקשר ישיר לדבר האסור – ההמתה – לנוכח החפיפה הקרובה-לוודאית שבינה לבין התרחשות התוצאה.

8. עיקרם של הדברים הוא כי יש לבחון את בחירותיו של העושה והאם בחירות אלו כללו את ביצוע הדבר הנאסר על ידי העבירה הרלוונטית. כלומר, ראשית יש לבחון האם העושה בחר בחירה פסולה ומה היא היתה (במובן זה שהעושה בחר לעשות דבר מה שנאסר בחקיקה). מעובדות המקרה שהוכחו ומשימוש בכלים השיפוטיים שברשותנו (כגון החזקה שאדם התכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו) ניתן להגיע למסקנה בדבר הבחירה הפסולה של העושה, באותה הדרך שבה מסיקים קביעות בדבר היסוד הנפשי של עושה העבירה; שנית, ככל שנמצא כי העושה אכן בחר בחירה פסולה, יש לבחון מהו הגינוי המוסרי החברתי לבחירה זו. כפועל יוצא מקביעה זו, תיגזר ההכרעה בדבר העבירה שבה הולם להרשיע את העושה.

9. במקרה שלפנינו, הבחירה הפסולה של העושה היתה להשתתף במירוץ המכוניות. יש לזכור שלא היתה לו השפעה ישירה על התנהגותם של המנוחים. הוא לא בחר להאיץ בסמוך אליהם באותה העת, הוא לא בא עמם במגע במהלך המירוץ, ואם בוחנים את הדברים בקשר רחוק יותר, הוא אף לא זה שיזם את התחרות המסוכנת. מכלול השיקולים מביא אותי למסקנה כי הבחירה הפסולה של העושה היתה להשתתף במירוץ ולסכן חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה, ולא לגרום למותו של אדם. דומה כי הגינוי המוסרי החברתי לבחירתו של העושה הוא נמוך יותר מזה אשר תואם הרשעה בעבירת ההריגה. לפיכך, לשיטתי, העבירה ההולמת למידת אשמתו של העותר היא בעבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה לפי סעיף 332(2) לחוק העונשין, ולא עבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין.

10. זאת ועוד, אני מצטרף לדברי חברי הנשיא (בדימ'), שלפיהם לעניין ההרתעה יש חשיבות גדולה יותר למידת העונש המושג מאשר לזהותה של העבירה המסוימת בו מורשע העושה (פסקה 40 לחוות דעתו בהליך זה). לגישתי, מקומם של שיקולי ההרתעה, ככלל, במישור הענישה ולא במישור קביעת האחריות, ויש לנקוט משנה זהירות בשימוש בהם כבסיס להטלת אחריות בעבירה חמורה יותר. שיקולי ההרתעה הם חיצוניים לעבירה ואינם קשורים לרכיבים העובדתיים

והנפשיים המגבשים את יסודות העבירה. לכן, יסודות העבירה צריכים להתגבש באופן עצמאי ובמנותק משאלת הצורך בהרתעה (וראו רוני רוזנברג "המרוץ לעבירת ההריגה – משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי" הפרקליט נג(2) 3, 10 (2014)). לטעמי, בעידן החוקתי שבו אנו נמצאים, יש להעדיף לייחס לעושה אחריות פלילית ההולמת את אשמתו (אשר באה לידי ביטוי ביסודות העבירה) ושאינה משתמשת בו לצרכים חיצוניים של הרתעה או של תועלת. זאת, על בסיס התפיסה החוקתית הבסיסית של כבוד האדם שלפיה אין להשתמש באדם כאמצעי או כאובייקט (וראו, כמובן, את עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות 93-95 (מהדורה ב', תש"י); ראו גם בג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת, בפסקה 86 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (16.9.2013); מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 109 (1996); רום – טעות בחוק הפלילי, בעמ' 113-112).

11. על כל האמור, אני מסכים לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, בכפוף להערות האמורות לעיל.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. קראתי בעיון את חוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס. כפי שיפורט, נותרתי בדעתי בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף (להלן פסק הדין), שם הצטרפתי בגדרי רוב לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת (בדימ') ארבל; היא מעוגנת לטעמי במדיניות שיפוטית שיסודה קדושת החיים. כמות שציינתי שם (פסקה ט'), "נודה על האמת, העבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה משמשת בעיקר למגוון של אירועי עבירה של נהיגה פרועה ומשולחת רסן בכבישים, של זריקת אבנים לכביש וכדומה. מבלי להפחית מחשיבותן ומחומרן של אלה, בענייננו עסקינן בליבת הצפי למוות (הדגשה במקור – א"ר), בשונה מן המקרים המשמשים על פי רוב בתיקי סעיף 332 (לחוק העונשין תשל"ז-1977, סיכון חיים

אדם במזיד בנתיב תחבורה – א"ר). לטעמי, בהמשך לחוות דעת חברתי ולהערותי, יאה לו יותר עבירה ההריגה".

על הקשר הסיבתי המשפטי

ב. אפתח ואעיר, כי אין מחלוקת ממשית בין חברי הנשיא (בדימ') לביני באשר לניתוחה הנורמטיבי של עבירת ההריגה, ולכן איני מוצא להכביר דברים על כך, למעט חריגים מעטים אליהם אדרש בהמשך. בנוסף, אף בנסיבות הקונקרטיות, אין מחלוקת בינינו כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין פעולתו של העותר לבין מותם של המנוחים; ואין מחלוקת כי לעותר היתה המחשבה הפלילית הנדרשת לשם הרשעה בעבירת ההריגה; למעשה, רכיבים אלה גם אינם נתונים לדיון במסגרת הדיון הנוסף, אשר צומצם בהחלטת הנשיא מיום 9.4.14 לשאלת הקשר הסיבתי המשפטי בלבד.

ג. גם בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי הולכים חברי ואני כברת דרך יחד; אין מחלוקת כי חלקו הראשון של מבחן הצפיות האובייקטיבי, היינו האם העותר יכול היה לדעת על כך שפעולתו תביא למותם של המנוחים, מתקיים בענייננו. עיקר המחלוקת ביני ובין חברי, אם כן, מצטמצמת לשאלה – האם צריך היה העותר לצפות, כי כתוצאה מהשתתפותו במרוץ המכוניות, ונסיעתו 160 קמ"ש, בדרך אותה הוא מכיר מבעוד מועד אולם לא כן המנוחים, יוביל הדבר למות המנוחים. חברי סבור כי התשובה על כך אינה בחיוב. כפי שציינתי בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, עמדתי שונה.

ד. אשר לתוקפה של הלכת אבו ג'נאם (ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34 (2001)): כפי שציינתי בפסק הדין, סבורני כי ככלל, קיומו של מבחן הצפיות הסובייקטיבית בנסיבות, משמש לכל הפחות אינדיקציה חזקה לכך שגם מבחן הצפיות האובייקטיבית מתקיים. ובלשון המובנת לאדם מן היישוב, כאשר אדם צפה בפועל את תוצאת מעשיו, הדבר מהווה אינדיקציה משמעותית לכך

שהיה צריך לצפות את התוצאה. הדבר מתיישב בעיני עם השכל הישר, ונאמר ביתר שאת כאשר מעשיו של פלוני הם מעשים מסוכנים האסורים על פי חוק, וכאשר תוצאת פעולותיו, אותה כאמור צפה, היא מותו של אדם אחר. במלותיה של חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל בפסק הדין, "אדם אשר צופה שמעשיו עלולים לגרום למותו של אדם אחר עליו להימנע מעשיית המעשה על מנת שלא יקופחו חיי אדם" (פסקה 23). לטעמי איפוא הדברים ברורים מאליהם.

ה. עם זאת, כפי שציינה חברתי בפסק דינה (שם), נדמה כי אין מקום לקביעת כלל נוקשה, לפיו כל אימת שמתקיים הקשר הסיבתי הסובייקטיבי, בהכרח יתקיים הקשר הסיבתי האובייקטיבי, ונוכח נסיבות החיים המורכבות יש להשאיר פתח צר לקביעה הפוכה; ראו הדוגמאות המובאות בחוות דעתה. אדגיש, כפי שציינתי בפסק הדין, כי לדידי מדובר בפתח "צר כמעט כקופה של מחט" (פסקה ג'), ובמיוחד כאמור כאשר מדובר בפעילות, כדוגמת ענייננו, אשר מעיקרא אינה חוקית. ודוק, איני חולק על דברי חברי הנשיא (בדימ') כי המבחן האובייקטיבי, בשונה מזה הסובייקטיבי, הוא מבחן ערכי (פסקה 30 לחוות דעתו). אולם לטעמי, הבחינה הערכית היא זו המובילה למסקנה, כי כאשר נקט אדם בפעילות מסוכנת, בלתי חוקית, וצפה בפועל כי כתוצאה ממנה ייגרם מותו של אדם אחר, ככלל די יהא בכך לקבוע כי צריך היה לצפות את תוצאות מעשיו.

ו. וכעת לקיומו של מבחן הצפיות האובייקטיבי בנסיבות נשוא ענייננו, ולשאלה האם צריך היה המשיב לצפות את תוצאות פעולותיו. כאמור, מדובר בשאלה מובהקת של מדיניות משפטית, ואוסיף – גם מדיניות משפטית בהקשר המהותי-פרשני, בנוסף לבחירת העבירה. "בבוא השיטה המשפטית לתחום גבול לקשר סיבתי משפטי עוסקת היא בקביעה נורמטיבית" (ע"פ 10023/06 מייסרה טואלבו נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל (2009)), ו"המחוקק נתן בידי בית-המשפט כוח וסמכות לקבוע – מעת לעת – חובות צפיה מראש, ובית-המשפט ידריך עצמו בנסיון החיים, בשכל הישר, בתפישות העומק של החברה, במדיניות החברתית והמשפטית הראויה לחברה במקומנו ובזמננו" (דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385, 395, השופט – כתארו אז – מ' חשין

(2002). בבואו להכריע בשאלה אימתי צריך היה פלוני לצפות את תוצאות פעולותיו, על בית המשפט ליתן חשיבות למשתנים שונים, ובמלותיה של השופטת ארבל בפסק הדין (פסקה 24) – "לסוג העבירה והערך המוגן העומד בבסיסה; לשאלה האם מדובר בהתנהגות במעשה או במחדל; לקיומו או אי קיומו של ערך חיובי בפעילות נשוא האישום ולצורך בהרתעה מפני אותה פעילות; לשאלת סוג הסיכון שנלקח – האם יש בו כדי לסכן רק את נוטלי הסיכון עצמם, או שמא ישנו סיכון גם לאנשים שלא נטלו את הסיכון; לרמת הצפייה של אפשרות גרימת התוצאה, דהיינו עד כמה הסיכון גבוה, ברור וממשי; וכן לנסיבות הספציפיות של המקרה ושל הצדדים המעורבים". מבין אלה, נדמה כי עיקר המחלוקת ביני לבין חברי הנשיא (בדימ') וחברי השופט ג'ובראן, נוגעת לשאלת הסיכון, ועל כך בהמשך. אולם אבקש כאן להפנות מבט תמציתי אל עבר המשפט המשוה.

מקצת על המשפט המשוה

ז. כפי שציין חברי השופט הנדל בפסק הדין, וגם חברי השופט גרוניס עמד על כך בחוות דעתו, המשפט האמריקאי אינו מציג עמדה סדורה בעניין זה וניכר כי ההלכה משתנה ממדינה למדינה, ללא הלכה מחייבת של בית המשפט העליון הפדרלי. מנגד, עמדת המשפט הקנדי ברורה, ונוטה להטיל אחריות פלילית על הנהג בכגון ענייננו בגרימת מותו של הנהג האחר. אקדים ואציין, כפי שציין חברי הנשיא (בדימ'), כי המקרים הקנדיים אינם עוסקים בעבירת ההריגה אלא בעבירה של הפעלה מסוכנת של כלי רכב אשר גרמה למוות (s. 249(1) and s. 249(4) of the Criminal Code of Canada), ולאחר תיקון החוק הפלילי בשנת 2006, המדובר בעבירה של הפעלה מסוכנת של כלי רכב אשר גרמה למוות תוך מרוץ מכוניות (s. 249.4(4)) או עבירה של גרימה למוות ברשלנות פלילית תוך מרוץ מכוניות (s. 249.2). ואולם, העונש הקבוע כיום בצד העבירות האחרונות במשפט הקנדי הוא עונש של מאסר עולם, עד כדי כך, ועל כן לא ניתן לומר כי המשפט הקנדי בוחן עבירות אלה בחומרה פחותה מאשר עבירת ההריגה בענייננו, ומכל מקום הן בודאי

אינן מקבילות לעבירת גרימת מוות ברשלנות במשפט הישראלי אשר העונש בצדה הוא 3 שנות מאסר בלבד, והמשמשת רבות בעולם המשפט.

ח. המשפט הקנדי בסוגיה זו מטיל אחריות רחבה על הנוטל חלק בפעילות מסוכנת, מעצם השתתפותו בפעילות זו: "Conduct that is inherently dangerous and carries with it a reasonably foreseeable risk of immediate and substantial harm satisfies the standard required for legal causation" (*R. v. Kippax*, 2011 ONCA 766, Justice J.A Watt, par. 27 (להלן עניין *Kippax*)). בהקשר הקונקרטי של מרוץ מכוניות מסוכן נאמר כך: "A reasonable person would recognize immediately and without hesitation the foreseeable risk of immediate and substantial harm that street racing poses in a context such as this, not only for innocent third parties but also for the participants. **Legal causation... is established.**" (*R. v. Alli*, 2012 ONCJ 49, Justice J. Paciocco, par. 79 (להלן עניין *Alli*; emphasis added – E.R.)). "If racing is found to have occurred, the test of causation is met" (*R. v. Campos*, 2005 CanLII 47761, Justice D.J Gordon, par. 95 (להלן עניין *Campos*)).

ט. בתוך כך, מדגיש המשפט הקנדי את ההדדיות שבמרוץ המכוניות, המקשה על בחינת כל אחד מהפרטים במרוץ כפרט אוטונומי; הדדיות זו היא שיוצרת את הסיכון המשותף שבפעולתם: "By their actions, those who race at excessive speeds on a public roadway assist one another in creating a dangerous risk. Each encourages and incites the other... **It is the mutuality of their contribution toward the rivalry of speed which creates a singular hazardous situation.**" (*R. v. Menezes*, 2002 CanLII 49654, Justice J. Hill par 101; emphasis added – E.R.) (להלן עניין *Menezes*). ובהמשך לכך, ניתנת חשיבות הן לסיכון שהתגשם – דהיינו, מותו של הנהג האחר, הן לסיכון שנותר בגדר סיכון פוטנציאלי – היינו, הסיכון לכלל משתמשי הדרך:

"Those at risk from the unreasonable and unjustified danger of an escapade of competitive driving, whether a spontaneous or planned event, include the occupants of other vehicles, cyclists,

pedestrians, passengers in the racers' autos, and the co-participants themselves. *There is one danger*. Each driver bears equal responsibility for its continued lifespan subject to withdrawal or intervening event. As each driver in effect induces the other to drive in an unlawfully unsafe manner, each is taken to assume any consequential risk objectively within the ambit of the danger created. This surely includes a risk of bodily harm or death to a co-principal arising out of miscalculation or other judgment error by that individual in the course of, and related to, pursuing the jointly maintained, and unlawfully conducted, dangerous activity" (*Ibid*, at par. 105; emphasis added – E.R).

ובמקום אחר נקבע כך:

"Participation in a race or demonstration of speed creates a risk that would be well known to all drivers. The risk includes death, either to a participant or someone close to the event" (*Campos*, at par. 144).

י. בהמשך לכך, מעניין לראות את הדוגמה המובאת בעניין *Menzes*, הדומה עד מאוד לנסיבות ענייננו:

"[W]here one of the race participants over-corrects in a curve at the excessive speed of the venture and loses control resulting in his own death, that consequence is a reasonably foreseeable result in the context of the hazardous course of conduct jointly undertaken and not simply an unconnected fortuitous or coincidental event. *The consequence was, in legal contemplation, as a result of the act of both.*" (*Menezes*, at par. 105; emphasis added – E.R).

יא. ברוח פסיקתו של בית המשפט הקנדי בסוגיה, סבורני גם אני, באופן דומה, כי מבחן הצפיות האובייקטיבית מתקיים בענייננו, כי קיים קשר סיבתי משפטי בין התנהגותו של העותר לבין מותם של המנוחים – ומכאן כי יש להרשיע את העותר בעבירת ההריגה.

יצירת הסיכון

יב. אפנה לשאלת יצירת הסיכון וטיבו, אשר יש בה כדי להשפיע כאמור על ההכרעה בדבר הצפיות האובייקטיבית (פסקה ה' למעלה). חברי הנשיא (בדימ') עמד בהרחבה על טענת האוטונומיה, ומצא להעניק לה משקל בכורה בקביעתו כי מבחן הצפיות האובייקטיבית אינו מתקיים. כאמור, בכל הנוגע לנסיבות ענייננו, דעתי שונה. ער אני לכך כי ישנו שינוי מגמות מסוים, וכיום, כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והעלאת קרנו של חופש הפרט בכלל, גוברת ההתחשבות בכך שנפגע העבירה נטל את הסיכון על עצמו, ולשקול זאת בבואנו להחליט האם להטיל אחריות בפלילים על הנאשם שנטל גם הוא סיכון (ר' קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט 389 (התשנ"ח); מ' קרמניצר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות להערות" משפטים כ"ו 619, 624-629 (תשנ"ו) (להלן קרמניצר); ראו והשוו גם עמדתו של רוזנברג בבחינת האינטרס המוגן שבאיסור ההמתה לבין האיסור על ה"הנחה למות", קרי כי אדם מניח לזולתו למות, והדגש על אוטונומיית המנוח כמבחין (ר' רוזנברג בספרו בין מעשה למחדל במשפט הפלילי 171-177 (תשע"ד-2014)). ואולם לטעמי, במצב נשוא ענייננו לא ניתן לייחס משקל ממשי, ולכל הפחות לא להעניק משקל בכורה, לאוטונומיה של המנוחים ביצירת הסיכון. כך, כיון שכאשר ענייננו במרוץ מכוניות מסוכן, ההפרדה בין הסיכון שיוצר אחד המשתתפים לבין הסיכון אותו יוצר המשתתף האחר, היא קשה עד בלתי אפשרית. כל משתתף, מעצם השתתפותו, מעודד את האחר להאיץ ולנהוג באופן מסוכן כדי לנצח. באת כוחו המלומדת של העותר ציינה בדיון, כי לשיטתה, אילו היה העותר זה שעקף את המנוחים באותה סיטואציה, ולא המנוחים את העותר, אזי היה מתקיים תנאי הקשר הסיבתי המשפטי (ע' 17 לפרוטוקול). לדידי, גבול דק עד מאוד עובר בין המקרים הללו, ואיני מוצא – בכל הכבוד – לייחס לו משמעות יתרה; כך במיוחד, מקום שכעולה מהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, העותר ציין בהודעתו במשטרה כי בשונה מן הנהג המנוח, הוא הכיר את תנאי הדרך, ולכן ידע שעליו להאט עובר לכניסה לצומת. מנגד, הנהג המנוח שלא הכיר את תנאי הדרך, המשיך בנסיעה מהירה כדי לעקוף את העותר, וכפי שציין העותר בהודעתו במשטרה: "הוא המשיך, בשביל לקחת לי... בשביל לנצח" (ע' 8 להכרעת הדין). דברים אלה מדברים בעדם.

יג. אדגיש, כי אף מבלי להידרש לראיות הקונקרטיות, סבורני כי מרוץ מכוניות בלתי חוקי, מעצם טבעו, מביא את המשתתפים בו לגרום לסיכון הדדי ביניהם; כל אחד מן המשתתפים תורם ליצירת סיכון זה, יהא אשר יהא העוקף את זולתו. כפי שציין פרופ' פלר :

"הרכיב ההתנהגותי של האירוע היה אחד, קולקטיבי, מורכב ומשולב מתרומותיהם של המערער והמנוח כאחד, מתחילתו ועד סופו, ללא מקום כלשהו להפרדה בין תרומותיהם של כל אחד מהם, תרומתו של האחד היתה של השניים, ותרומותיהם של השניים ביחד היו של כל אחד; במשחק מסוכן, פועלים המעורבים כגוף אחד" (ש"ז פלר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות למבנהו" משפטים כ"ו 169, 180 (תשנ"ה); הדגשה הוספה – א"ר; וראו גם ש"ז פלר "קיפוח חיים אגב משחק מסוכן – האומנם פטור בלא כלום?"; משפטים כ"ט 109, 124 (תשנ"ח)).

ודוק, הדברים נאמרו בהקשר הרולטה הרוסית, בעניין לודנס (ע"פ 119/93 ג'ייסון לודנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1 (1994)) עליו הרחיב חברי את הדיבור ושאליו נדרשנו במסגרת פסק הדין. לטעמי, דברי פרופ' פלר נאמרים מקל וחומר לענייננו, שכן אלמנט ההדדיות בגרימת הסיכון במרוץ מכוניות גדול מזה שברולטה הרוסית; פשיטא, כי האצתו של האחד במרוץ המכוניות גורמת לאחר להאיץ גם הוא, ובכך הולך ומתעצם הסיכון המשותף הנגרם על-ידי השניים, שאחריתו המרה הודגמה בפרשה הטרגית שלפנינו. ראו גם עמדתו של קרמניצר, אשר סבר כי בעניין לודנס ובהקשר הרולטה הרוסית יש ליתן משקל בכורה לאוטונומיית המנוח ולכך ש"הסיכון משתרע רק עליו", אולם "במקרים של תחרויות רכיבה או נהיגה מסוכנות, שבהן כל אחד מן המשתתפים מסכן לא רק את עצמו אלא גם את המתחרים האחרים, ולעתים קרובות – גם אנשים נוספים, יהא זה ראוי למצוא את פלוני אחראי למותו של אלמוני" (קרמניצר, בעמ' 623). מצטרף אני לדברים אלה.

יד. בנוסף לכך, סבורני כדעת חברתי השופטת ארבל, כי יש להעניק משמעות ממשית לטיב הסיכון הנגרם, ולקהל כלפיו הוא מכוון. כאשר מדובר בעבירה תוצאתית כעבירת ההריגה, לא די בסיכון בכוח, אלא נדרש כי הסיכון אכן התגשם,

היינו כי כתוצאה ממעשיו של פלוני, אלמוני מצא את מותו. ובענייננו, בעצם ההשתתפות במרוץ המכוניות המסוכן, סיכנו העותר והמנוחים הן את חייהם שלהם והן את חיי משתמשי הדרך השונים (וראו גם את הקביעות בסוגיה זו בעניין *Menezes* ובעניין *Campus* עליהן עמדנו מעלה). אשר להיתכנותו של הסיכון, נראה כי אין צורך להכביר מלים על כך שהשתתפות במרוץ מכוניות, מעצם טבעה ואף מבלי להידרש לנסיבות קונקרטיות, יוצרת, כדברי השופטת ארבל, סיכון "גבוה, ברור וממשי", הן לחיי המשתתפים והן לחיי משתמשי הדרך השונים. עוד אדגיש כי לטעמי, העובדה שהסיכון התממש אך לגבי המנוחים – שצר מאוד עליהם – אולם לא לגבי משתמשי דרך אחרים, אינה משנה את העובדה שמתחילה הוכוון הסיכון מטיבו כלפי כלל משתמשי הדרך. ודוק, מתקשה אני להלום את ניתוחו של חברי הנשיא (בדימ') בהקשר זה, לפיו יש לבחון האם יצר העותר את הסיכון או איפשר את היתכנותו בלבד (וראו גם פסקה 7 לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן). לשיטתי, בעצם ההשתתפות במשחק המסוכן, נטל על עצמו העותר את הסיכון כי הדבר יוביל למותו של אדם אחר – כפי שאירע. די בכך לקבוע, כי רכיב הסיכון בענייננו מטה – לטעמי במובהק – את הכף אל עבר הקביעה שהצפיות האובייקטיבית מתקיימת (לעמדה שונה ראו ר' רוזנברג "המרוץ לעברת ההריגה – משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי" הפרקליט נג(2) 3, 12 (תשע"ה)).

טו. בפסק הדין ציינתי, כי גם בחינת האלמנט של לחץ חברתי מביא אל המסקנה כי לא ניתן לבחון את המקרה נשוא ענייננו באספקלריה של אוטונומיית הפרט בלבד, ומכל מקום לא להעניק לכך שיקול בכורה. חברי מסכים כי לחץ חברתי עלול לעלות כדי פגיעה באוטונומיה של המשתתפים במרוץ, אולם סבור כי המדינה לא עמדה בנטל של הוכחת הלחץ החברתי בנסיבות הקונקרטיות. ואולם, בשונה מחברי, אינני סבור כי הדבר טמון הוכחה במקרה הקונקרטי, אלא מדובר בתבונה אובייקטיבית המושתתת על ניסיון החיים. לחץ חברתי אינו צריך להיות לחץ של עם רב; הוא יכול להיות של חברים יחידים. כשופטים, נתקלים אנו פעמים רבות במקרים בהם אדם, בלחץ חברתי, נגרר לביצוע פעולה אשר לא היה הפץ בביצועה אלמלא הופעל לחץ זה, בין קבוצות של עוברי עבירה והנגררים אחריהם

ב"חוש העדר". אינני מתכוון כל עיקר לנקוט בגישה פטרנליסטית ולהסיר כל אחריות מזה אשר בחר להשתתף במשחק המסוכן, אולם לגישתי באותה מידה אין במצב כדי להסיר מאחריותו של זה אשר תרם להשתתפותו זו, ובכך לקח חלק, בסופו של יום, בגרימת מותו; וכפי שנאמר בעניין *Campos*, "The driving of [the defendant] was not the only factor, but it was a significant factor and a contributing cause of the accident in which Mr. Uhrig lost his life. In result, (שם) "there will be a finding of guilty for dangerous driving causing death פסקה 145).

טז. בנוסף לכך, בבואנו לשקול את המשקל הראוי אותו יש להעניק לרכיב האוטונומיה – וכאמור, מעיקרא סבורני כי בנסיבות קשה עד מאוד להבחין בין התנהגותם האוטונומית של המנוחים בפרשה דנא מהתנהגותם של ה"קבוצתית" של המנוחים והעותר יחד – לדידי יש ליתן משקל משמעותי לכך שענייננו במשפט הפלילי. אין מדובר בהליך אזרחי שבו נפגע העבירה הוא התובע סעד של פיצוי מהפוגע-המזיק, אלא במערכה ציבורית-חברתית בין המדינה לבין הנאשם, אשר השיקולים העומדים בבסיסה שונים. המטרה אינה להשיב את המצב לקדמותו, או אך לפצות את נפגע העבירה ומשפחתו על הנזק שנגרם; בהליך הפלילי המדינה מייצגת את האינטרס הציבורי הכולל, ומכאן שהתנהלותו של נפגע העבירה, אשר עלולה להשפיע על תביעתו הנזיקית בגדרי אשם תורם, מקבלת מתחילה משקל מופחת. מכאן, לטעמי, כי שאלת האוטונומיה, חשובה ככל שתהא, משנית לצורך שבהוקעת מעשיו של מבצע העבירה נוכח הפגם המוסרי שדבק במעשיו, וגם לרצון להרתיע אחרים מפני ביצוע מעשים דומים בעתיד. יפים לענייננו הדברים הבאים של בית המשפט העליון במדינת אינדיאנה:

"It is a basic concept of our society that the life of every man is both divinely and humanly significant. Every death upon the highway is more than a statistic. It is a tragedy which affects not only the individual and his family, but all of society. And if death results from the reckless use of the highway, the fact that the deceased joined in the reckless activity does not negate the fact of the death, nor does it assuage the loss to the family of the deceased or the community.

Reckless homicide is a crime committed against the state. Therefore, contrary to the rule in civil cases, the fact that the deceased victim was 'an active participant in the unlawful act which resulted in his death,' . . . does not bar an action against another for the wrong which he has committed against the peace and dignity of the state" (*State v. Plaspohl*, 157 N.E.2d 579, 580-581, Justice J. Achor, (Ind. 1959); emphasis added – E.R).

לדידי, חרף המגמה כאמור להדגיש את האוטונומיה של נפגע העבירה והסתכנותו מרצון, יש ליתן משקל גם למושכלות יסוד אלה, אשר לא נס ליחן (וראו גם ג' הלוי תורת הדיון הפילי – כרך א' 37-39 (התשע"א-2011)).

יז. אשר לערך המוגן בבסיס העבירה ולרוחב השתרעותה. חברי הנשיא (בדימ') מסכים לקביעה כי השתתפות העותר במרוץ המכוניות מספיקה כדי לגבש "מעשה אסור", כנדרש לשם הרשעה בעבירת ההריגה (ע"פ 1100/93 טובאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 635, 643 (1993); ש' כהן "היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעבירת הריגה" משפט ועסקים טו 145, 149-153 (תשע"ב)); ועם זאת, מביע הוא אי-נחת מכך שתחת קטגוריית המעשה האסור, נכנסים הן השתתפות במרוץ מכוניות, כדוגמת ענייננו, והן מקרים "טבעיים" לעבירת הריגה, למשל הכאת אדם למוות (פסקה 16 לחוות דעתו). בהמשך, סבור חברי כי עבירת ההריגה זכתה לפרשנות מרחיבה לאורך השנים, ואם נמשיך במגמת ההרחבה ונחילה גם על ענייננו, עלול הדבר להביא לפגיעה באמירתה המוסרית (פסקה 41). גם חברי השופט ג'ובראן מגיע למסקנה דומה מנימוקיו שלו, בקבעו כי הרשעה בעבירת ההריגה בנסיבות ענייננו אינה מידתית (סעיפים 5-6 לחוות דעתו).

יח. איני רואה עין בעין עם חבריי לעניין זה, ובמובהק. הערך המוגן בבסיס עבירת ההריגה הוא קדושת החיים, ונדמה שאין צורך להכביר מלים על חשיבותו; וכפי שמנתח המלומד רוט, מדובר בעבירה אשר לה ערך מוגן קלאסי – קדושת החיים, ואופן ההגנה על הערך הוא ישיר – איסור על גרימה למותו של אדם (א' רוט טעות בחוק הפילי 154 (2015)). די אם נציין כי סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד

האדם וחירותו קובע, כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו...". וסעיף 2 קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (הדגשות הוספו – א"ר). החיים הם "חלק אלוה ממעל" (איוב ג', כ"א); ראו גם מ' גרינברג "ערך החיים במקרא" בתוך קדושת החיים וחידוף הנפש (קובץ מאמרים לזכר סגן אמיר יקותיאל, בעריכת י' גפני וא' רביצקי, תשנ"ג, 35); ראו גם, בהקשר אחר, חוות דעתי בע"א 1326/07 המר נ' עמית (2012), פסקה י'. רכיב התוצאה של עבירת ההריגה – מותו של אדם – הוא המאפיין הדומיננטי של העבירה. מנגד, העבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, בה מציעים חבריי להרשיע את העותר חלף עבירת ההריגה, אינה תוצאתית ואינה מזהה את הניזוק הקונקרטי. יתרה מכך, כפי שצינתי בפסק הדין ובראשית חוות דעתי כאן, אף שהעונש הנקוב בצד העבירה זהה לעונש הנקוב בצדה של עבירת ההריגה – 20 שנות מאסר – בפועל השימוש שנעשה בה הוא, על דרך הכלל, לעבריינות פחותה מן המקרים שבהם ניטלים חייו של אדם, כדוגמת השלכת אבנים אל עבר כביש ונהיגה פרועה במרדפים, בלא שאקל ראש בהם (ראו למשל ע"פ 1184/00 מחמיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 159; ע"פ 8421/12 בן חיים נ' מדינת ישראל (2013)).

אכן, כפי שציין חברי השופט ג'ובראן, "ישנו שוני מובחן בין תפיסת החברה ביחס לחומרת עבירת ההריגה לבין תפיסת החברה ביחס לחומרת העבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה" (פסקה 6 לחוות דעתו); אולם לדידי שוני זה הוא הוא הסיבה לכך שיש להרשיע את העותר בענייננו בעבירת ההריגה. לשון אחרת, הפגם המוסרי שנפל באופן בו פעל העותר, הולם את עבירת ההריגה יותר מאשר את עבירת גרימת סיכון בנתיב תחבורה.

יט. עוד אציין, בקשר להערת הנשיא (בדימ') בנוגע להתפרשות רחבה יתר על המידה של העבירה ולהערתו הדומה של השופט ג'ובראן בדבר פגיעה בעקרונות החוקיות, כי אינני סבור שאלה פני הדברים. העבירות המנויות בחוק העונשין ומחוצה לו, מעצם טבען, מוגבלות בהיקפן ובמספרן. לא כך המציאות היומיומית ונסיבות החיים המשתנות, אשר לא ניתן לצפות את כולן מראש ולתחום אותן למספר מסוים של עבירות. כך לדוגמה, אין עניינו של אונס רחוב, אונס "מקראי", כאונס שהחל ביחסים בהסכמה; אין עניינו של אדם חסר כל הגונב מזון כענייננו

של אדם אמיד הגונב מיליונים; ואולי גם אין עניינו של זה הנוטל כספי שוחד לכיסו הפרטי זהה לזה של הנוטל כספי שוחד על מנת לסייע לאחרים; העבירות בהן יורשע כל אחד מצמדים אלה הן זהות, ואילו השוני בין המקרים ימצא את ביטויו מן הסתם בחומרת העונש שיושט עליהם, ואידך זיל גמור.

כ. אכן, המחוקק הישראלי לא עשה עדיין עם בתי המשפט חסד, בכך שבשונה ממדינות אחרות בעולם המערבי, תחם את עבירות גרימת המוות לשלוש בלבד (וראו דו"ח הצוות לבחינת יסודות עבירת ההמתה (תשע"א-2011), אליו הפנה הנשיא (בדימ'), בעמ' 5). כך למשל, יתכן שלאחר הרפורמה בעבירות ההמתה, שיש לקוות כי תצא אל הפועל, יהיה המקרה נשוא עניינו מתאים להיכלל תחת המתה בקלות דעת, אשר בצידה על פי המוצע עונש של תשע שנות מאסר (שס, ע' 30-29), בשונה מהמתה באדישות שהעונש בצדה על פי המוצע, כבעניינו, 20 שנות מאסר (שס, ע' 29); ומכל מקום השאלה תיבחן במועדה. אולם לטעמי, השתהות המחוקק בתיקון החקיקתי, אינה מוציאה מתחולת עבירות ההמתה הקיימות את מי שגרמו במעשיהם למותם של אחרים, כבעניינו, אלא מביאה, כאשר הדבר נדרש, להתחשבות בשלב גזירת העונש. זהו לטעמי האיזון הראוי בין שאט הנפש החברתי שיש להביע במובהק כלפי מעשים מעין אלה, הבא לידי ביטוי בהרשעה בעבירת ההריגה, ובין התחשבות במבצע העבירה בנסיבות הקונקרטיות, ברמת ענשו כנדרש.

על המשפט העברי

כא. בפסק הדין נדרשנו, חברי השופט הנדל שהיה שם בדעת מיעוט ואנכי, לעמדת המשפט העברי; בגדרי הערעור פנתה הסניגוריה הציבורית אל ד"ר מ' ויגודה, ראש תחום המשפט העברי במשרד המשפטים, שחיוה דעתו, ולפיה קרובה גישת חברי השופט הנדל יותר מזו שלי לעמדת המשפט העברי. הוא אמנם סבור, כי האחריות המוסרית שעל הנוטל חלק במרוץ מכוניות מסוכן בו מצא חברו את מותו, כבדה – ברוח מצוות מעקה אליה נדרשתי אנכי – "כי תבנה בית חדש ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך כי יפל הנפל ממנו" (דברים כ"ב, ח'); כך מקל

וחומר מחובת ההצלה של "לא תעמ'ד על דם רעך (ויקרא י"ט, ט"ז). ואולם, לדעת המחבר אין בכך כדי להרחיב את האחריות לכלל הריגה, שכן בחירתו האוטונומית של המשתתף במרוץ, אשר המיט על עצמו את הפגיעה, מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי, כמו במקרה התלמודי (בבלי בבא קמא, כ"ז ע"א) של מי שהניח גחלת בוערת על גוף חברו והלה מת, אם יכול היה ההרוג להסיר את הגחלת – לא יחוב מניח הגחלת בהריגתו (רמב"ם חובל ומזיק, ד', כ"ב; וכדברי הפרשן ד"ר אברהם ארזי (רמב"ם לעם), הפטור הוא "שהרי בן דעת הוא" (הניזוק)); וכך גם חזון איש בבא קמא, ח', ט', "כיון שהנזק מביא על עצמו בכוונה, לאו שם מזיק עלה" (אין עליו שם מזיק). ראו גם שו"ת שרידי אש לר' יחיאל יעקב ויינברג (רוסיה-גרמניה-שווייץ, המאה הכ'), א', קס"ז (עמ' תקט"ו-תקי"ז, מהדורת תשס"ג) ומ' ויגודה שליחות (תשע"ד), 584 ואילך. הרב ויינברג עוסק בשליח המבריה סחורה שנתפס למלכות, והשאלה היא האם המשלח חייב לפדותו, ולדבריו (עמ' קט"ז) השליח "ידע שיש סכנה בדרך זו, ועל זה השכיר את עצמו, ובשביל זה הם לוקחים שכר יותר מעבודה פשוטה... ופשוט שהמשלח פטור מלפדותו" (אך על פי מידת היושר מחויב המשלח להשתתף בפדיונו לשם כפרה, בדומה לחובת ההצלה של "לא תעמוד על דם רעך").

כב. נתתי לבי לאלה, ולדברי חברי השופט הנדל בפסק הדין בגדרי המשפט העברי, והדברים מחכימים בחינת "יגדיל תורה ויאדיר". אך סבורני, כי כמות שכתב ד"ר ויגודה, עסקינן כאן בדין המדינה ולא ב"דין תורה" בטהרתו, שלפיו לא היתה ענישה כל עיקר בהיעדר "הריגה בידיים"; ומשעסקינן בדין המדינה, סבורני בשל ההנמקות שניתנו בחוות דעותיי בפסק הדין וכאן, כי הערכיות, קדושת החיים והפיחות בעבירה לפי סעיף 332, תומכים בהשקפה המחילה את דין ההריגה.

סוף דבר

כג. לסיום, ענייננו כאמור בשאלה ערכית ושל מדיניות שיפוטית, והיא האם יש להרשיע את פלוני, נהג במרוץ מכוניות בלתי חוקי, בגרימת מותו של אלמוני, נהג

נוסף באותו מרוץ, נוכח השתתפותו של פלוני במרוץ; וספציפית, האם צריך פלוני לצפות משפטית את האפשרות שכתוצאה מהשתתפותו במרוץ ייגרם מותו של אלמוני, כאשר בפועל אכן צפה זאת. לטעמי התשובה היא כאמור בחיוב, והדבר מתבקש בעיקר הן בשל הסיכון אותו יצר פלוני, לאלמוני ולכלל משתמשי הדרך, אשר התגשם בכך שאלמוני מצא את מותו כתוצאה מהמרוץ; והן במיוחד נוכח הערך המוגן שבעבירת ההריגה, שהוא הערך העליון מכל של קדושת החיים, והגנה על המשתתף במרוץ כזה והעלול למצוא חלילה את מותו.

אחר הדברים האלה

כד. בטרם חתימה באה לפני חוות דעתו המעניינת של חברי השופט נ' הנדל. חברי הקדיש את דבריו לנושא האוטונומיה, קרי, משבחר אדם – במקרה דנא המנוחים – להשתתף במרוץ מכוניות, אחראי הוא לתוצאות, על פי האוטונומיה המתבטאת ברצונו החופשי. אחד ההבדלים בין השקפותינו מבחין בין ההתייחסות לאחריות המנוחים בענייננו למעשיהם, לבין אחריות העותר. איני סבור, על דרך העיקרון, כי הטלת אחריות למעשיו האוטונומיים של אחר יש בה כדי להפר את ראיית האדם כתכלית שביסודה כבודו (פסקה 7 של חברי). אם נשוב לבארות המים החיים במשפט העברי, מהדר הוא – למשל – בכבוד המת (ראו נ' רקובר גדול כבוד הבריות (תשנ"ט-1998) 91-92 והמקורות שם), ומקל וחומר כך לכבוד החיים. יתר על כן, כפי שכותב הרב אי"ה קוק (מוסר אביך (תשל"א), ע"ג) המובא על ידי רקובר שם (85-86), אין אדם רשאי למחול על כבודו; על כן גם לאוטונומיה גבולות, ואלה מוגדרים ומובהקים בנושאים רגישים כגון לגבי המאבד עצמו לדעת, דבר האסור איסור חמור (רמב"ם רוצח ושמירת הנפש ב', ב'). ואלה דברי הרמב"ם:

“אבל השוכר הורג להרוג את חברו או ששלח עבדיו והרגוהו, או שכפתו והניחו לפני הארי וכיוצא בו והרגתהו חיה, וכן ההורג את עצמו (הדגשה הוספה – א"ר), כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועוון הריגה בידו, וחייב מיתה לשמים ואין בהם מיתת בית דין.”

ולהלן (הלכה ג'): :

"את דמכם לנפשותיכם אדרוש' (בראשית, ט', ה'), זה הורג עצמו"; וראו המקור בבלי בבא קמא צ"א, ב', וכן ראו רמב"ם אבל א', י"א.

כה. נמצאנו למדים כי יש גבולות לאוטונומיה, ואיבוד עצמי לדעת – קרוב מאוד בהיקש למעשי המנוחים – אסור באיסור חמור. על כך לא יחלוק גם חברי. יש לאדם אוטונומיה רבה, אך היא אינה בלתי מוגבלת; ראו גם מ' אלון "בצלם אלוקים ברא אות' – כבוד האדם וחרותו" פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה, עורכים), בראשית 5,1, המביא מדבריו שלו לעניין "האיסור לטייע לפלוני להתאבד, גם אם פלוני מבקש זאת" (הדגשה הוספה – א"ר). כל זאת, כחלק מצלם אלוקים של האדם; ראו גם ש"א ספירו "המשמעות המוסרית של צלם אלוקים" דף שבועי בר אילן 675 (תשס"ז); הרב ח' נבון צלם אלוקים, בית המדרש הוירטואלי שליד ישיבת הר עציון (תשס"ד). הרב י"ד סולוביצ'יק (איש האמונה, 15) רואה "צלם אלהים" כ"כבוד הבריות" ההלכתי. בהיקש לכך, ובשל היסוד המוסרי העילאי של דברי רבי עקיבא, "חביב אדם שנברא בצלם, חיבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר 'כי בצלם אלהים עשה את האדם' (בראשית, ט', ו')" (משנה אבות, ג', י"ד), יש לטעמי להחיל אמות מידה מחמירות בשמירת קדושת החיים גם על הצופה אפשרות של מוות – במיוחד במסגרת פעילות מסוכנת ובלתי חוקית, כבענייננו – ונעשה שותף עם זולתו בהרס חיים צפוי שגם נתממש. כפי שצינתי מעלה, הדגש הוא לדידי בהדדיות שביצירת הסיכון – סיכון שהתממש – ולא באוטונומיה של הנפגע, ולכן יש לקבוע כי העותר צריך היה לצפות את אשר אירע, ולהרשיעו בעבירת ההריגה בהתאם.

כו. דעתי היא איפוא כי אין להיעתר לדיון הנוסף.

המשנה לנשיאה

הנשיאה מ' נאור:

1. גם להשקפתי, כהשקפת חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, יש להחזיר על כנה את תוצאת הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי וכן את העונש שהוטל על העותר שם (השופט נ' סולברג).

2. בית המשפט המחוזי ביסס את הכרעת דינו על נקודת המוצא של הדין הפלילי שלפיה האחריות הפלילית היא – בכפוף לחריגים – אחריות אישית. זוהי, גם להשקפתי, נקודת המוצא לפרשה. נקודת מוצא זו יכולה להביא למגוון של תוצאות במקרים שונים. במקרה שלפנינו המנוחים אבדו שליטה על הרכב עקב נהיגתם הפרועה, שהייתה במהירות מסחררת. העותר נהג במכונית אחרת; לא היה מגע פיזי בין המכוניות; וכפי שציין בית המשפט המחוזי גם לא נטען כי נהיגתו של העותר השפיעה באופן ישיר על נהיגתו של המנוח. העותר לא יזם את המרוץ ולא השפיע על המנוחים לקיימו. בית המשפט המחוזי הזכיר בהכרעת דינו מִשְׁלַל שְׁמֵשׁל קרמניצר (מרדכי קרמניצר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות להערות" משפטים כו 619, 627 (1995)) על שני חברים שיצאו בצוותא לשחות בים סוער, והאחד טבע:

"דומה שכולם יסכימו שאין מקום לייחס לו אחריות פלילית למותו של חברו, אף כי מנסיבות העניין, כפי שתוארו, ניתן היה להניח כי ללא השתתפותו שלו לא היה חברו נכנס לים. הוא הדין באנשים היוצאים יחד לטיפוס הרים או לטיול מסוכן, כאשר השתתפותו של כל אחד מהם בפעילות היא תנאי מבחינת האחרים לעצם קיומה של הפעילות. ברור, כי התמונה משתנה מעיקרא כאשר המסתכן אינו פועל אוטונומי מחמת גילו או בשל כך שאין הוא מודע באופן מלא ומדויק לטיב הסיכון ולדרגתו. בנסיבות כאלה עשוי אדם אחר התורם להתנהגותו של המסתכן להפוך למבצע של המתה, מכוח שליטתו על מהלך העניינים מחמת יתרון ההבנה שלו (שם, בעמוד 627). ענייננו-שלנו (כך בית המשפט המחוזי - מ.נ.), סבורני, דומה לרישא" (עמוד 20 להכרעת הדין).

3. אכן, תיתכנה נסיבות אחרות גם לגבי מרוץ מכוניות, אשר עשויות להביא לתוצאות שונות ולרבות להרשעה בהריגה, כגון מרוץ של מכוניות המתנגשות זו בזו – כמו מכוניות בלונה פארק. אך קשה עלי תוצאה שלפיה כל משתמש במרוץ אחראי לכל תוצאה אפשרית. בעובדות המקרה שלפנינו אין לדעתי מקום לייחס

לעותר אחריות לתוצאת המוות. תוצאה כזו אינה מבחינה די הצורך בין קשר סיבתי עובדתי ובין קשר סיבתי משפטי. נתתי דעתי לשיקולי המדיניות המשפטית שעליהם עמדו השופטת ע' ארבל והמשנה לנשיאה א' רובינשטיין. עמדתם, שאותה אני מכבדת, מבקשת לייחס משקל מכריע לשמירה על עקרון קדושת החיים והצורך בהרתעה. אולם, שיקולי מדיניות אלה אינם יכולים לדעתי ליצור אחריות למעשי הזולת, וזו, להשקפתי, תוצאת פסק הדין שבערעור.

4. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנוי לתלפיות, אלמלא דמסתפינא לא הייתי מוסיפה עליו דבר. הרוצה להרחיב – יעיין שם. גם איני רואה מקום להתערב בעונש שנקבע במסגרתו, לאחר ביטול ההרשעה בהריגה.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה למסקנה שאליה הגיע חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס ולפיה בנתונים הקונקרטיים של המקרה דנן יש לקבל את העתירה, לבטל את הרשעתו של העותר בעבירת ההריגה ולהשיב על כנה את הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי לפיה הורשע העותר בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, גם באישום השני. כמו כן יש להשיב על כנו את העונש שנגזר על העותר שם.

בשולי הדברים אוסיף כי יש קושי רב להכריע בסוגיה שהונחה לפתחנו באופן שיתן מענה ממצה למגוון המצבים בהם מתעוררת השאלה של קשר סיבתי משפטי. זאת משום שההכרעה בה תלויה במידה רבה בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי וכפי שהודגם הן בפסק הדין שניתן בשלב הערעור והן בחוות דעתו של חברי הנשיא בדימוס, תיתכנה בהקשר זה וריאציות שונות של מצבים וכל שינוי בנסיבות המקרה עשוי להוליך לשינוי במסקנה המשפטית הצריכה לעניין.

שׁוֹפֵט ת

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה של חברי, הנשיא (בדימ') א' גרוניס, לעניין ביטול הרשעתו של העותר בעבירת ההריגה וקיום הרשעתו בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה לפי סעיף 332(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), וכן לתוצאה המוצעת על ידו לפיה יש להחזיר על כנו את גזר הדין שהוטל על העותר בבית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט נ' סולברג), זאת מהטעמים שפורטו בפסקה 49 לחוות דעתו.

2. אני מוצא לנכון להסביר כאן בקצרה את גישתי בהקשר לסעיף ההרשעה במקרה מורכב זה. לא נראה לי שיש פה מקום להרשעה בעבירת ההריגה מהטעמים הממצים שנמנו על ידי חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, וחברי השופט נ' הנדל בפסק הדין בערעור, ששמו דגש על עקרון האוטונומיה בפלילים, או על פי גישת "האחריות האישית" שמציגה חברתי, הנשיאה מ' נאור, בעקבות הכרעת הדין המדוייקת של חברי השופט נ' סולברג (בעת שבתו בבית המשפט המחוזי בירושלים), או "תפיסת המידתיות", שפותחה פה על ידי חברי השופט ס' ג'ובראן.

דרכי ההנמקה של הרוב – הנבדלות מעט זו מזו – מובילות כולן לאותה מסקנה, והן מבססות את העמדה שהבעתי לא אחת ועל פיה:

”אם בירור של סוגיות משפטיות בסיסיות – מנקודות ראות נבדלות של דינים נפרדים הבאים בחשבון – מוביל, בכל נתיב, למסקנה דומה – אות וסימן הוא שמכח תורת המשפט הכללית התוצאה נכונה.”

(עיינו: פסקה 9 לחוות דעתי ב-בג"ץ 5771/12 ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-

1996 (18.9.2014); וכן פסקה 38 לפסק דיני ב-ע"א 4244/12 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ניצב אפרים ברכה (19.2.2014).

סיבה זו (לה מצטרף גם האמור בפסקה 4 שלהלן) וכן כלל הפרשנות הקבוע בסעיף 34כ"א לחוק העונשין, כפי שמחיל אותו חברי, הנשיא (בדימ') א' גרוניס בפסקה 32 לחוות דעתו – הנחו אותי בגיבוש עמדתי ביחס לסעיף ההרשעה.

לשיטתי בדרך זו ימצא גם המדרג הראוי בין: הרשעה ברצח, או בהריגה במקרה של דו-קרב, הרשעה בגרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין ביחס למשתתף ב"רולטה רוסית" (ראו: ע"פ 119/93 גייסון לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) (1994)), והרשעה בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה – בנסיבות כמו אלו שלפנינו.

שיקולי המדיניות, אשר פורטו בהרחבה ובטעם רב על ידי חברתי, השופט (בדימ') ע' ארבל, בפסק הדין בערעור ועל ידי חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין שם וכאן, כמו גם טיעוניה היפים של באת כוח המשיבה – אין בהם כדי להביא, לתפיסתי, להרשעה בעבירה של הריגה, אף שיש לגישתם אחיזה מסוימת גם במשפט המשווה בקנדה ובחלק ממדינות ארצות הברית.

3. זה המקום לציין כי חברי, הנשיא (בדימ') א' גרוניס, ראה שלא לדון בטענות נוספות שהעלו באי-כוחו המלומדים של העותר נוכח ההחלטה בדבר הגדרת הבעיה שהועמדה לדיון נוסף, אשר ניתנה מכוח סעיף 30(ג) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (ראו פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא (בדימ')). הדבר אף מתבקש בשים לב לתוצאה.

יחד עם זאת, בדעת הרוב ב-דנ"פ 4976/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004), הודגש כי יתכנו לעיתים רחוקות חריגים למסגרת שהותוותה בהחלטה על קיום דיון נוסף, במיוחד בהליכים פליליים ולאחר שניתנה לצדדים ההזדמנות להעלות את טיעוניהם בהקשר להרחבה (ראו את הדרך בה ניסח את

ההלכה, חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס בפסק דינו ב-דנ"א 1595/06 עזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה, שם בפסקה 6 (21.3.2013), וכן עיינו: יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף", עמ' 65-69 (עתיד להתפרסם בספר ביניש)).

הנה כי כן, לולא הזיכוי אליו הגענו כאן ברוב דעות – הייתי מוכן לבחון אף את טענות העותר לזיכוי מהריגה מכוח דיני השותפות, או מהטעמים שהוצעו על ידי רוני רוזנברג במאמרו: "המרוץ לעבירת ההריגה – משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי", הפרקליט נ"ג (2) 3 (תשע"ה), וזאת לאחר שלכל המתדיינים היתה ניתנת האפשרות להתייחס לטיעונים האמורים.

4. לסיום הנני מרשה לעצמי להפנות למקבילה מסויימת מתחום הספרות, שבאה לידי ביטוי בסיפורו של פרידריך דירנמאט: ההבטחה והתקלה (רות בונדי מתרגמת, 1994), שאף הומחז. וכך מציגה את עיקרי העלילה בסיפור פרופ' נילי כהן במאמרה: "משפט ומשחק – 'הסוחר מונציה' ו'התקלה'", הפרקליט נ"א 407, 434-436:

"אלפרדו טראפס הוא סוכן נוסע. עקב תקלה במכוניתו, הוא נתקע בעיירה קטנה, והוא מחליט לבלות בה את הלילה עד לתיקון המכונית. בבית המלון המקומי שבו קיווה לבלות קצת במהלך הלילה, אין מקום, אך מציעים לו ללון בביתו של תושב מקומי, הנהנה להכניס אורחים. מסתבר שהמארח, שנאות לשכן את מר טראפס בשמחה, הוא שופט לשעבר. הוא בדיוק הזמין לארוחת ערב את ידידיו משכבר הימים, תובע, סנגור ותליין, כולם בגמלאות. למארח ולידידיו בילוי מיוחד משלהם: הם נוהגים להשתעשע בעריכת משפטים עם אורחים המזדמנים לבית המארח, שבהם כל אחד מהם מגלם את תפקידו הישן. טראפס מוזמן לארוחת הערב, ומוצע לו לשחק במשפט. התפקיד הפנוי היחיד שנותר הוא תפקידו של הנאשם. טראפס נענה להצעה למרות אזהרתו של הסנגור. המשחק מתנהל במהלך ארוחת הערב, שבה מוגשים מעדנים ערבים לחך, המלווים ביינות משובחים. השיחה מתפתחת, ובאווירה הידידותית והפתוחה מספר טראפס המבוסס כי ייחל למותו של הממונה עליו, קודמו בתפקיד. הממונה אמנם נפטר מהתקף לב, לאחר ששמע שטראפס קיים מערכת יחסים אסורה עם אשתו. העובדה

שטראפס רצה במותו של הממונה עליו וכי זה התרחש בסמוך לכך, אינה מספיקה, כמובן, להרשעה במשפט פלילי...

אכן, טראפס לא יכול להיחשב כאילו התכוון להרוג, ואין כל קשר סיבתי בין הכוונה או המעשים שנעשו לבין המוות עצמו. אך במשחק הידידותי די היה בכך כדי להאשים אותו ברצח. טראפס מצדו, רדוף רגשות אשמה, נסחף במשחק, ובהדרגתיות הוא משתף פעולה באופן מלא עם התובע והשופט, והוא מודה באשמה הכבדה. המשפט, שבו השתתף מרצונו המלא, הוציא מנבכי נפשו את רגשי האשמה הנסתרים שלו. שותפיו למשחק גוזרים עליו גזר דין מוות. כאשר הם מבקשים לתת לטראפס את גזר הדין כמזכרת מהבילוי הנעים, הם מוצאים אותו תלוי. התקלה השגרתית במכונית חשפה תקלה חמורה במישור האישי-חברתי-מוסדי".

מכאן גוזרת פרופ' נילי כהן ניתוחים ולקחים שונים לגבי כוונת המחבר (שאינני מסכים בהכרח עם כולם) ואולם באשר למסקנה אחת (שיש לה השלכות באשר להגשת אישום כנגד העותר בעבירה של הריגה כאן) הנני שותף – לזו המנוסחת על ידי פרופ' נילי כהן כך:

"כותרת המשנה לסיפור "התקלה" היא: "סיפור שעודנו אפשרי". דירנמאט שולח לעברנו אזהרה. כאשר הסיפור עודנו אפשרי, גם האזהרה עדיין תקפה".
(שם, בעמ' 441).

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

קראתי את חוות דעתו המלומדת והבהירה של חברי, הנשיא (בדימ') א' גרוניס, ומסכים אני עמו. ברצוני לחדד את המקום המרכזי שתופסת שאלת האוטונומיה של הנפגע בניתוח, בין היתר באמצעות פנייה למשפט המשווה, לרבות המשפט העברי.

1. כפי שפרטתי בחוות דעתי בע"פ 9647/10 (להלן: הערעור), לגישתי לא התקיים קשר סיבתי משפטי בין מעשי העותר לבין התוצאה הקטלנית. זאת לנוכח

פעולתו האוטונומית של המנוח, אשר השתתף במרוץ המכוניות מבחירתו החופשית, ומבלי שנהיגתו של העותר השפיעה על אופן נהיגתו באופן ישיר. כמובן, בסוגיה זו יש לתת משקל גם לשיקולי ההרתעה ולמאפייניה של עבירת ההריגה; אולם אלה סובבים סביב האוטונומיה של הנפגע ותוחמים את היקף משקלה. היא שעומדת במוקד הבחינה.

מחשיבותה של האוטונומיה נובע הכלל שאדם אדם אחראי על מעשיו הוא. שני צדדים למטבע זה: על הצד האחד טבועה זיקתו למעשיו ואחריותו להם – לחיוב ולשלילה. על צידו השני טבועה הכרה באפשרות של העדר זיקה בין האדם ובין מעשי הזולת, ככל שהם נעשו באופן אוטונומי. על כן לא ניתן להעניש באופן קולקטיבי, או להעניש את ראובן על חטאיו של שמעון שאליהם לא היה קשור. איש בחטאו יוענש. עקרון זה, על פניו הכפולים, מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994)). כפי שכתבנו בעבר:

"הפגיעה באוטונומיה מהווה פגיעה בכבוד האדם בשל שלילת או צמצום חופש הבחירה של האדם. "החוט המשולש" – אוטונומיה, כבוד האדם וחופש הבחירה – "לא במהרה ינתק" (קהלת ד, י"ב). בליבת האוטונומיה מצוי הכבוד ובגלעינו של האחרון שוכנת הבחירה.

...המשפט העברי ראה את כוח בחירתו של אדם כערך מרכזי. סיפורו של אדם הוא גם בחירותיו" (ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (22.2.11) (להלן: עניין ענטבי. באותו עניין התייחסתי לכתביהם של הרב יוסף דב יוסף הלוי סולובייצ'יק, הרב אברהם יצחק הכהן קוק והסבא מסלובודקה – הרב נתן צבי פינקל. וכן משנה תורה לרמב"ם, הלכות תשובה, פרק ה)).

המשולש אוטונומיה-כבוד האדם-בחירה חופשית מקרין על כל תחומי המשפט. בדיני הנזיקין הוכרה הפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ומשמעותי (ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526) (להלן: עניין דעקה); עניין ענטבי). בתחום המשפט החוקתי והמינהלי נגזרות ממנו חירויות

שונות, כגון חופש העיסוק (ראו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא (1) 346, 382 (2006); דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו (1) 56, 70 (2001)). הוא ניצב בלב דיני הקניין, עד כי יש הקושרים בין נכסיו של האדם (או לפחות חלקם) לאישיותו ואנושיותו, בהיותו זקוק להם כדי לממש את האוטונומיה שלו (ראו Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 959-960, 986-987 (1982)). דיני החוזים אף הם מבוססים במידה רבה על האוטונומיה של הפרט וכבודו. חלק משמעותי מן ההצדקה לאכיפתם של חוזים מבוסס על אוטונומיה זו, המתבטאת בהתקשרויות הרצוניות שערך (ראו למשל דנג"ץ 4191/97 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד (5) 330, 364-365 (2000); PATRICK ATIYAH, *THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT* 219 (1979)). דיני הצוואות והירושות מציבים במרכזם את חופש הציווי של המת: "החופש לצוות והמצווה לקיים את רצון המת... השניים כאחד נגזרים מכבוד האדם ומן האוטונומיה האישית הנגזרת מן הכבוד" (ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' משה לישיצקי, פ"ד נה (1) 88, 115 (1999), השופט מ' חשין). גם בדיני המשפחה שמור לאוטונומיה של היחיד מקום של כבוד. כך, לדוגמא, חלק מן העקרונות העומדים ביסוד חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 הוא האוטונומיה של בני הזוג כיצורים כלכליים (ראו בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני, פסקאות 3-4 לחוות דעתי (07.01.2014)). באחד מן המקרים הקשים והמרתקים שהתגלגלו לפתחו של בית משפט זה נדונה זכותו של אדם להורות מול זכותו של אדם אחר שלא להיות הורה. שתי הזכויות נדונו – בין היתר – בפרספקטיבה של אוטונומיית הרצון הפרטי (ראו דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661, 697 (1996)). טובת הילד – עקרון על בדיני המשפחה – מלמדת אף היא כי אוטונומיה עשויה למצוא את המקום ללא קשר לגודל וגיל.

לעיתים, כבעניין ענטבי, ניצב בית המשפט בפני פגיעה בפן ה"חיובי" של האוטונומיה – מניעה מן האדם לבחור באופן חופשי (וכן ראו עניין דעקה). כעת ניצבים אנו בפני פגיעה בפן ה"שלילי" שלה – החופש מפני ייחוס לאדם פעולות אוטונומיות של אחרים. ייחוס כזה יכתים נאשם בכתם של עבירת ההריגה – אות קין אשר ילווה אותו בכל אשר ילך – על אף שידידו לא שפכו את הדם. בכך אין

להכשיר, כמובן, משחקים מסוכנים כגון מרוץ מכוניות. אלה ראויים לכל גינוי ולענישה מחמירה. אולם כפי שציין חברי הנשיא, יש להבחין בין הסיכון הנשקף מן הפעילות "כלפי חוץ" – שלא התממש – ובין הסיכון שלקחו על עצמם המשתתפים לכך שנהיגתם תביא למותם הם.

2. חברי הנשיא הזכיר שני סייגים לפטור מאחריות בעקבות פעולה אוטונומית של האחר: הראשון, חלקו של הנאשם ביצירת הסיכון שהתממש, אשר אותו כיניתי בחוות דעתי בערעור – מבחן המעשה. כפי שצינתי, לנסיבות הייחודיות של המעשה יש חשיבות רבה. הבחינה במסגרת מבחן זה היא של הקשר בין התוצאה לבין התנהגותו של הנאשם. אין דינו של משתתף במרוץ שלא השפיע באופן ישיר על אופן נהיגת המנוח למשתתף אשר סטה לנתיב הנסיעה של רעהו וגרם לו לבלום ולהתהפך. נניח שהמרוץ נערך על גבי כביש באורך של מספר קילומטרים. התהפכות של אחד הנהגים מתרחשת כאשר נהג אחר היה שלושה קילומטרים ממקום ההתהפכות. האם מידת האוטונומיה של הנהג שהתהפך זהה למידת האוטונומיה שלו במקרה שבו רעהו נהג בצמוד לו ו"יושב לו על הזנב"? כפי שצוין בחוות דעתי בערעור, ישנן דוגמאות סבוכות אף יותר (ראו פסקה 12 לחוות דעתי בערעור, לרבות המקרה שבו הנהגים מודדים את זמן נסיעתם, אולם כל אחד מהם נהג ביום אחר של השבוע). השאלות הן קשות. המענה להן ישתנה בהתאם לנסיבות הקונקרטיות ולמידה בה פגעו מעשיו של הנאשם באוטונומיה של הנפגע.

הסייג השני שהזכיר חברי הוא מידת האוטונומיה של הנפגע, אשר כונה מבחן העושה בחוות דעתי בערעור. כאמור שם, על בית המשפט לתת דעתו ליחסים בין הנאשם והנפגע. כפי שצינתי, בע"פ 119/93 ג'ייסון לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (4) 1 (1994) ניתן משקל רב לכך שהנאשם היה "אוטוריטה" עבור המנוח לאור הפרש הגילאים ביניהם, ולכך שהיה בגיר ובקיא ואילו המנוח קטין וחסר ניסיון. אף המדינה הסכימה להערת במהלך הדיון כי אילו היה מדובר באב אשר לחץ על בנו בן ה-15 להיות מעורב במרוץ מכוניות שהוביל לתאונת דרכים, בנסיבות הדומות לענייננו – יתכן מאוד שניתן היה להרשיעו בהריגה, גם אם נהיגתו המסוימת לא תרמה לתוצאה. שונה המצב במקרה דנן. המדינה מצביעה על

כך שהעותר הוא בעל ניסיון רב, מלומד ברזי מרוצי המכוניות הבלתי חוקיים. אולם אין להתעלם מכך שאף למנוחים היה ניסיון לא מבוטל בשעשוע קטלני זה. לא נשללה גם האפשרות שדווקא המנוחים יזמו את המרוץ הקטלני. בנוסף לכך, העותר הוא קטין ואילו המנוחים בגירים.

לא זו אף זו: ספק בעיניי אם נזקקים אנו כלל להשוואה בין העותר למנוחים במקרה הנוכחי. הסיבה לכך היא שמבחן העושה נפתח עם בחינת הנפגע. רק כאשר מתגלה פגם במידת האוטונומיה שלו יש לפנות ולבחון את היחס בינו לבין הנאשם. כך, למשל, בעניין לורנס דובר על קטין וחסר ניסיון. במקרה כזה יש לבחון האם הנאשם הוא בגיר ובעל ניסיון. לעומת זאת, במקרה שלפנינו הנפגעים הם בגירים שהיו מודעים היטב לסיכון שבהתנהגותם. במקרה כזה, אף אם הנאשם היה בגיר, איש מקצוע ואוטוריטה בתחום, אינני סבור שניתן היה להרשיעו.

לעניין אחריות נהג המשתתף במרוץ מכוניות לתוצאה הקטלנית כאשר הנפגע הוא משתתף המצוי ברכב אחר, עשויים להיות מקרי גבול בווריאציות עובדתיות שונות. כאשר לאלה סבורני כי הטרמינולוגיה של "מעשה" ו"העושה" עשויה להוות כלי עזר. באי כוח הצדדים הטיבו להרבות בדוגמאות מעין אלה במהלך הדיון. להשקפתי, השאלה היא באיזו מידה נכנס הנהג האחד למרחב של נהג הרכב האחר. אם כניסתו היא במישור ה"עושה", לא די בלחץ חברתי או בבקשות חוזרות להשתתף במרוץ. קו הגבול ייקבע על פי קיומם של נתונים אישיים מיוחדים. למשל, קטין מול בגיר או אדם ממוצע מול אדם שכשירותו הקוגניטיבית נמוכה – ואין זו רשימה מדויקת או ממצה. בהעדר נתונים אישיים מיוחדים, הבחינה במקרי הגבול תעבור למישור של ה"מעשה". למשל, היה והנהג האחד, בדרך נהיגתו, נכנס למרחב הנהיגה של הנהג האחר – אין הכרח שתהא פגיעה ישירה בין שני כלי הרכב על מנת לקבוע את אשמתו. טול מקרה בו נהג עוקף רכב, כאשר שני הנהגים נוסעים במהירות גבוהה, באופן שגרם לנהג הרכב האחר להגיב לעקיפה. בדוגמא כזו, על פני הדברים ניתן יהיה לחייבו בדיון. סיווגים אלה, כאמור, אינם בגדר מבחנים משפטיים מוצקים אלא בגדר כלי עזר להכרעה.

ויוזכר שוב כי הבחינה המשפטית הסבוכה נעשית על רקע התשתית העובדתית, שאף היא יכולה להיות מורכבת. כפי שכתבתי בחוות דעתי בערעור – "מלאכה זו של צביעת המתחם בו מתקיים קשר סיבתי משפטי איננה נעשית במברשת עבה אלא במכחול דק תוך שימת לב לחילופי הגוונים. ההכרעה בדבר קיומו או אי קיומו של קשר סיבתי איננה החלטה בינארית, כזו הצבועה בצבעי שחור ולבן אלא תלויה במיקום המדויק בו נציב את נסיבות המקרה על פני קשת רחבה של גוונים. על כן, קשר סיבתי יכול שיתקיים במקרה אחד, אך בשינוי של נסיבה אחת נאמר כי אינו מתקיים" (שם, בסוף פסקה 4).

חברי, השופט ט' ג'ובראן, שם את הדגש בחוות דעתו על שאלת המידתיות: האם קיימת הלימה בין חומרת העבירה – ומידת האשם של המבצע – לבין האחריות המיוחסת לו. ספק בעיניי אם מסננת המידתיות היא המסננת המתאימה, מבחינה מעשית, לשם בחינת הסוגיה שלפנינו. זאת גם בשל המרקם הפתוח המאפיין את מבחן המשנה השלישי – מידתיות במובן הצר. לדעתי גמישות כזו עשויה להתאים לסוגיות חוקתיות אך היא פחות תואמת את הוודאות הנדרשת בקביעת כללים במשפט הפלילי. לגישתי על הדיון להתרכז בשאלת האוטונומיה. בה ובהיקפה טמון המפתח להכרעה במקרים מעין אלה. מכל מקום, נדמה כי גם השימוש בכלי המידתיות בוחן במקרה הנוכחי, למעשה, את מידת האוטונומיה של הנפגע: "לאור ההשקפה הנסמכת על האוטונומיה של היחיד ועל כבוד האדם האמורה לעיל, אין להטיל אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו של העושה לשם השגת הרתעה" (אלעד רום טעות בחוק הפלילי 113 (2015)). נדמה כי חוסר המידתיות במקרה הנוכחי, אף לשיטת חברי, טמון בייחוס פעולתם האוטונומית של המנוחים לעותר, תוך פגיעה באוטונומיה שלו. כאמור, זהו הפן ה"שלילי" של האוטונומיה.

3. מבט אל מעבר לים יכול לסייע בחידוד הטענה. בחוות דעתי בערעור סקרתי את המצב המשפטי בארצות הברית. מסקנתי הייתה שבתי משפט שונים שמו את הדגש על נקודות שונות – אוטונומיה של הנפגע לעומת ההתנהגות המשותפת והצפיות של הפוגע. אולם בין כך ובין כך ניתן דגש רב לשאלה של מידת

האוטונומיה של הנפגע ולמידת מעורבותו של הפוגע בתוצאה הקטלנית. חברי הנשיא הרחיב ובחן פסקי דין נוספים בארצות הברית ואף בקנדה. הבדיקה העלתה שגם בקנדה זוכה האוטונומיה של הנפגע למקום מרכזי, כגון מקרים שבהם הנאשם פרש מן המרוץ במופגן. גם האלמנט השני שעליו ניתן דגש בארצות הברית – האופן הספציפי שבו השפיעה התנהגותו של הנאשם על נהיגתו של הנפגע – זכה למשקל משמעותי. אכן, אין אחידות "בשורה התחתונה". ניכר כי קיימות גישות מתחרות בפסיקה בארצות הברית בסוגיה הנדונה. לא בכדי ציינתי בחוות דעתי כי פסק הדין העיקרי של חברתי השופטת (בדימ') ע' אדבל בערעור הוא רב שכנוע ועשיר בעומקו. כך ניתן לומר גם על חוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין. כך ניתן לצפות, תרתי משמע, ביחס לסוגיה של קשר סיבתי משפטי שהינה עניין של מדיניות. אולם ניכר כי האוטונומיה של הנפגע זוכה למשקל משמעותי אשר יש להתחשב בו – בין אם משקלה מכריע בנסיבות העניין ובין אם לאו. הגישה המוצגת על ידי נתמכה אפוא בפסקי דין שונים בארצות הברית ובקנדה, אף אם לא במלואה.

הפסיקה באנגליה מתייחסת אף היא לאוטונומיה של הנפגע. פסק דין חשוב בהקשר זה הוא R. v. Kennedy (No. 2) [2007] UKHL 38. בפסק דין זה מילא הנאשם מזרק במנת יתר של סם מסוכן עבור אדם אחר, אשר הזריק לעצמו את הסם ומת כתוצאה מכך. בית הלורדים הציב את השאלה – אימתי יהא ראוי להרשיע את הנאשם במצב מעין זה, בו צרכן הסם מת כתוצאה ממנת יתר. התשובה הייתה " In the case of "a fully-informed and responsible adult, never" (שם, פסקה 25).

ער אני לכך שניתן להבחין בין מקרה זה לבין המקרה שניצב לפנינו. לא הבאתי את הדברים אלא כדי ללמוד על העיקר – המשמעות המיוחדת לאוטונומיה של מי שלוקח סיכון באופן אוטונומי ומודע. גישות שונות אכן הוצגו, אך הרציונל של האוטונומיה הוכר ואומץ על ידי הפסיקה הזרה.

4. עד שהפלגנו לארצות הים, נפנה לתור אחר האוצרות הטמונים בחצר ביתנו. עמדתי בחוות דעתי בערעור על כך שמדין התורה ניתן להרשיע בעבירת המתה רק כאשר מתקיים "קשר סיבתי טהור" (ראו עניין טואלבו, פסקה 9, על סמך

מקורות המשפט העברי שהובאו שם; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרקים ב, ד). אולם מטעמים מעשיים התפתחו מנגנוני ענישה חלופיים, שבהם נדרש "קשר סיבתי מעשי" – הסתפקות בזיקה חלשה יותר בין פעולת הנאשם לתוצאה הקטלנית. מסקנתי מן העיון המשווה הייתה כי גם במשפט העברי נקבעת התוצאה הפלילית על פי המדיניות המשפטית. לכן הפתרון בשיטה הישראלית לבעיות ההרתעה מבלי להכתים את הנאשם בסטיגמה החמורה של עבירות ההמתה – טמון בעבירה של סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה. ברצוני לחדד את עמדת המשפט העברי.

בתלמוד הבבלי נדון המצב הבא: "אמר רבה: הניח לו גחלת על לבו ומת – פטור" (תלמוד בבלי, בבא קמא כז, א). ד"ר מ' ויגודה ערך חוות דעת בסוגיה העקרונית הנדונה, על פי בקשת הסנגוריה ובמסגרת תפקידו כראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, ויפה האובייקטיביות של החוקר והתלמיד החכם. הוא העלה את האפשרות שהתלמוד עוסק במצב של "משחק מסוכן", במסגרתו נבחן כוח הסבל של נושא הגחלת. התלמוד אינו מסביר מהי סיבת הפטור ומפרשיו נחלקו בדבר. יש שסברו שלמניח הגחלת אין את היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעה (ראו ערוך השולחן, חושן משפט, סימן תיח סעיף לה; וכן ראו רבינו אשר (רא"ש), בבא קמא, פרק ב סימן ז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תיח סעיף יח). אך הגישה הרלבנטית לענייננו היא שאף אם מתקיים היסוד הנפשי הדרוש לא ניתן להרשיע, יען כי אין לייחס כלל את התוצאה הקטלנית למניח הגחלת. רש"י על אתר, בסוגיה התלמודית, מסביר את הפטור בכך ש"היה לו [למנוח] לסלקה [את הגחלת]". הפטור נובע מאחריותו של המנוח. הרב שמעון יהודה הכהן שקופ, ראש ישיבה מחכמי המשפט העברי המרכזיים במחצית הראשונה של המאה ה-20, ליטא, הציג זאת כך:

"שיטת רש"י הוא דהא דפטור בהניח על לבו [=הפטור מאחריות למיתת המנוח] אינו משום דחשוב כאנוס [=אינו נובע מפגם ביסוד הנפשי], שלא היה עולה על דעתו שיבוא לידי היזק; אלא משום ד[...] לא חשוב היזק בכהאי גוונה [אין זה נחשב כלל שמניח הגחלת גרם לתוצאה], כיון דבטבע בעל חיים להציל את

עצמו [...] והוא מתגבר על עצמו להניח הגחלת על לבו, נמצא דהוא הרג את עצמו".

מכיוון שמעשהו של המנוח הוא זה שהוביל למותו, הוא נחשב כמי שהרג את עצמו, ולא כמי שנהרג על ידי מניח הגחלת. ודוק, הפעולה נחשבת לאקטיבית, והיא באה לידי ביטוי בכך שלא הסיר את הגחלת (בכך "שהוא מתגבר על עצמו"). באמרת אגב אומר כי יתכן שיש בכך דוגמא נוספת לכך שהכלל האנגלי המבחין בין מחדל לבין מעשה באופן פורמלי אינו מדויק כמו גישת המשפט העברי (השוו למשל לדברי הרמ"א על השולחן ערוך, חושן משפט סימן שלט).

כך או כך, דוגמת הנחת הגחלת מדגימה, מן הצד האחד, את המשקל הרב אשר מייחס המשפט העברי לאוטונומיה האנושית. מן הצד האחר, מודגם הצורך שביצירת מנגנונים מעשיים יותר, המתחשבים בשיקולי מדיניות משפטית ראויה. קשה להלום שמניח הגחלת יהא פטור בלא כלום. כך בוודאי בהנחה שהיה לו היסוד הנפשי הדרוש, כגון ידיעה על כך שמדובר במי שמוכן להרוג את עצמו כדי לנצח במשחק המסוכן. בכך משתלבת גישה זו עם הדרישה בדין העברי לקרבן מזוהה: "המתכוון להרוג את זה והרג את זה פטור" (רמב"ם, היד החזקה, הלכות רוצח שמירת נפש, פרק רביעי הלכה א'). ברם, הפטור בכגון אלה הינו ממיתת בית דין, אך לא מענישה בדרכים אחרות (וראו שו"ת יחוה דעת, חלק ה, סימן טז; הרמב"ם, שם, פרק ב', הלכות ד'-ה'). לאמור, כאשר עסקינן במעשים הצבועים בגוון פלילי, השכיל המשפט העברי לתת מענה מתאים, בהתאם לשיקולי המדיניות המשפט אך מבלי להתעלם מאורו המנחה של הדין ה"אידיאלי". כך בענייננו. הפטור מעבירת ההמתה אינו בהכרח פטור מפלילים. העבירה של סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה מתאימה יותר. קביעה שאדם גרם למותו של אחר לחוד, וקביעת אשמה בעבירה פלילית אחרת לחוד.

5. ובחזרה לדין הישראלי. חברי הנשיא עמד על כך שהמונח "קשר סיבתי משפטי" עלול להטעות. למעשה, מדובר על סדרת שיקולים מתחום המדיניות המשפטית, אשר נועדו לתחום את הטלת האחריות מקום שאינה ראויה, גם כאשר מתקיימים יתר יסודות העבירה. בהמשך לדבריו, ניתן לומר שגם מבחן "הצורך

לצפות" יכול להטעות. מתכוון אני לטענות אשר נשמעו בערעור מטעם המדינה – ושעליהן חזר חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בהליך הנוכחי – לפיהן מן השכל הישר נגזר כי מי שצפה בפועל את התוצאה הקטלנית אף היה צריך לצפותה (במאמר מוסגר יוער כי המדינה חזרה בה מעמדתה הגורפת בעניין זה, וכי גם חברי אינו מציגו ככלל מוחלט). התשובה לטענה זו טמונה בקו המפריד בין "צפייה" כעניין נורמטיבי וצפייה כעניין עובדתי. הכרעת דין – קביעת אשמה בפלילים – עשויה לבחון את שני המרכיבים כדי לקבוע אשמה. אך המבחנים אינם חופפים זה את זה. כל אחד עומד על יסודות משלו.

הצפייה כעניין עובדתי עניינה היסוד הסובייקטיבי-קוגניטיבי של הנאשם. הצפייה כעניין נורמטיבי אינה מתמצה בבחינה עובדתית פרטנית של הנאשם הקונקרטי, אלא מרחיבה את תחומה אל היחס שבין נסיבות המקרה לבין הנורמה הפלילית. יתכן שהיסוד הסובייקטיבי (הצפייה כעניין עובדתי) התקיים אולם הטלת האחריות אינה ראויה (הצפייה אינה נדרשת כעניין נורמטיבי). יתכן גם ההפך – שהאשמה נעוצה בכך שנאשם לא צפה כעניין עובדתי את אשר היה עליו לצפות מבחינה נורמטיבית. בל נשכח כי אחריות בפלילים נגזרת מקביעת נורמות אסורות על פי הדין. לכך יש להוסיף שלעיתים – וכך גם במקרה הנוכחי – מבחן הקשר הסיבתי המשפטי רחב יותר ממבחן של צפיות גרידא. במקרים אלה למעשה נבחנת עוצמת הזיקה בין מעשי הנאשם לבין התוצאה הקטלנית, על אף שגם בהקשר זה נעשה שימוש במונח "צורך לצפות". גם כאשר הכל צפוי, עשויה הרשות להיות נתונה, שכן הצפיות אינה יוצרת זיקה, כשלעצמה, בין אדם מסוים לתוצאה מסוימת.

חברי הנשיא לא התייחס לשאלת הביצוע בצוותא, שכן הליך זה נתחם לשאלת הקשר הסיבתי המשפטי. אף אני לא אדרש במסגרת הנוכחית לסוגיה זו, שבה הרחבתי בחוות דעתי בערעור (שם, פסקה 12). בתמצית אומר רק כי בנסיבות מקרה זה יש לבחון גם את שאלת הביצוע בצוותא באמצעות שתי פריזמות: הביצוע כלפי צדדים שלישיים (וכפי שציינתי בחוות דעתי, גם שאלה זו

אינה נקייה מספקות) והביצוע כלפי אחד ממשותפי המרוץ, תוך התחשבות באוטונומיה של הפרט. מותו של משותף נבחן במסלול נפרד, תרתי משמע, שכן הוא מבצע את בחירותיו האוטונומיות. על פי ראייה זו יש לשאול – "האם התכנית המשותפת – תנאי לקיומו של ביצוע בצוותא – אינה מתייחסת בצורה אחרת ליצירת סיכון כלפי צדדי ג' לעומת יצירת סיכון כלפי הנהגים עצמם? הרי, בליבת התחרות עומדת ההסכמה כי כל נהג יחליט על דעתו הוא באשר למידת הסיכון שהוא מוכן לקבל על עצמו. כפי שעולה מהחומר, מובן היה לשני הנהגים כי כל אחד יפעיל מנגנון שליטה פנימי שישפיע למשל על מהירות הנסיעה שלו. מהותו של ההסכם היא שכל נהג ייסע באופן אוטונומי. התכנית להשתתף בתחרות מעין זו כוללת בחובה את הכלל כי אחד אינו קובע עבור השני באיזו מהירות הוא ייסע. כך יש להתייחס להיותם מבצעים בצוותא" (שם). בכך עשוי לקום פטור לנאשם מאחריות לתוצאה הקטלנית.

6. לעניין העונש יובהר כי די לציין ש"המדינה ערערה על העונש בכפוף לקבלת הערעור על הכרעת הדין" (חוות דעתי בערעור, פסקה 16). לכן במקרה זה התוצאה של ביטול ההרשעה בעבירת ההריגה מובילה לביטול ההחמרה בעניין העונש שנקבע בדעת הרוב בערעור (השופטים ע' ארבל וא' דובינשטיין). לצד זאת, ובמבט לעתיד, עמדתי כפי שהבהרתי אותה בערעור היא כי "דרך זו של הרשעה לפי סעיף 332 לחוק העונשין, מלווה בענישה מחמירה אפילו בהיעדר תוצאה קטלנית, להבדיל מהרשעה לפי סעיף 298, תשמור על עקרונות השיטה כפי שהוצגו מחד גיסא, ואת האינטרס הציבורי להילחם נגד תופעות נלוזות מעין זו מאידך גיסא" (שם).

7. המקרה שלפנינו דוגמא יפה הוא לדרך בה הדין מתפתח – תורת המשפט מושפעת מתורת הפילוסופיה, גם אם לא באופן מיידי. בפרפרזה על דברי הפילוסוף הדגול של בריטניה בראשית המאה ה-20, אלפרד נורת' וייטהד (Alfred North Whitehead), שאמר כי כל הפילוסופיה המערבית אינה אלא הערות שוליים לאפלטון – ניתן לסבור שהפילוסופיה המודרנית אינה אלא הערת שוליים

לפילוסופיה של עמנואל קאנט (כדברי הרב אהרן ליכטנשטיין, ראש ישיבת הר עציון, בכתביו הכלליים). ארשה לעצמי להוסיף כי הדברים נכונים ביתר שאת ביחס לעקרון האוטונומיה. כידוע, קאנט חידש בפילוסופיה הכללית והמוסרית שלו את מרכזיות האוטונומיה של היחיד. על פי גישה זו, מן האוטונומיה האנושית נגזר שאין לראות באדם אמצעי בלבד, אלא לעולם יש לראותו גם תכלית. כדבריו, "Autonomy then is the basis of the dignity of human" (ראו, IMMANUEL KANT, GROUNDWORK OF THE METAPHYSIC OF MORALS 30 (2011)). הטלת אחריות למעשיו האוטונומיים של אחר מפרה כלל זה. נראה כי במבט לאחור, התפתחות זו של האוטונומיה משתלבת היטב עם הכרה בכבוד האדם והשיחה של זכויות האדם אשר מאפיין את התפתחות המשפט בארץ ובעולם בשני העשורים האחרונים.

8. אשר על כן מסכים אני לחוות דעתו של חברי הנשיא כי העותר יזוכה מעבירת ההריגה ויורשע בעבירה של סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה ויוטל העונש שנגזר בבית המשפט המחוזי לנוער.

ש ו פ ט

על כן, הוחלט ברוב דעות של הנשיא (בדימ') א' גרוניס, הנשיאה מ' נאור והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, ח' מלצר ונ' הנדל כאמור בפסקה 50 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס. זאת, בניגוד לדעתו החולקת של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ו בניסן התשע"ה (15.4.2015).

המשנה לנשיאה

הנשיאה

הנשיא (בדימ')

ש

שופט

שופטת

שופט

ופט