

המרוץ לעברת ההריגה – משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי

רוני רוזנברג*

מבוא

- א. עמדות שופטי בית המשפט העליון בפרשת מרוץ המכוניות
1. עמדות השופטים ארבל ורובינשטיין
 2. עמדת השופט הנדל
- ב. הביקורת על נימוקי השופטים של בית המשפט העליון
1. הביקורת כלפי השופטים ארבל ורובינשטיין
 2. הביקורת על נימוקיו של השופט הנדל
- ג. הנימוקים הנורמטיביים לכך שהסכמת המנוחים בפרשת מרוץ המכוניות צריכה למנוע את ההפללה בעברת ההריגה
1. נימוק נורמטיבי ראשון – מיהו בעל האינטרס המוגן בעברת ההריגה ומהו תוכן אינטרס זה?
 2. נימוק נורמטיבי שני – לא נפגעו הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה
- (א) פרשנויות אפשריות לערך "קדושת החיים"
(ב) מבנה הטיעון והבהרתו
(ג) ביקורות פוטנציאליות כלפי הנימוק הנורמטיבי השני

סיכום

מבוא

ב-3 במרץ 2008 נערכה במעלה כביש קוליץ תחרות מכוניות בין המשיב בפרשת מרוץ המכוניות,¹ אשר היה קטין באותה עת, לבין שני אנשים נוספים – פאדל ועמאר.

* דוקטור למשפטים, חבר סגל בפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי כרמל בחיפה ומרצה למשפט פלילי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. אני מודה ללאה ויזל, אורנה אליגון ושרית גולן על שיחות שחידדו את הטיעונים במאמר ועל מתן הערות ספציפיות לטיוטת המאמר.
1 ע"פ 9647/10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.1.2013) (להלן: "פרשת מרוץ המכוניות").

התחרות נערכה בהסכמת הצדדים. במסגרת התחרות נהג המשיב במכוניתו ואילו עמאר (הנהג) ופאדל נסעו ברכב השני. שני הרכבים נסעו במהירות מופרזת. בשל מהירות זו איבד עמאר את השליטה ברכב והתנגש בעוצמה אדירה בעמוד תאורה. מן הפגיעה התרוממה המכונית באוויר, פגעה בלוח מודעות וניתכה אל קיר אבנים. עקב התאונה נהרגו עמאר ופאדל. המשיב, אשר השתתף כאמור בתחרות, לא היה מעורב בתאונה במישורין אך הועמד לדין בין היתר בגין עבירת ההריגה מכוח סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

בית המשפט המחוזי זיכה את המשיב מעבירת ההריגה והרשיע אותו, בין היתר, בעבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה מכוח סעיף 332 לחוק העונשין. על פי קביעת השופט סולברג² (בשבתו בבית המשפט המחוזי) אמנם התקיים קשר סיבתי עובדתי בין הסכמת המשיב להשתתף במרוץ לבין התאונה, אולם לא התקיים הקשר הסיבתי המשפטי הנדרש. השופט סולברג נימק את החלטתו בכך שנקודת המוצא בדין הפלילי היא אחריותו האישית של האדם למעשיו, ובמקרה זה הסכימו המנוחים באופן אוטונומי לעריכת המרוץ בלא כפייה ובלא שידול מצדו של המשיב.³ אלא שבהנמקה זו לא היה די, שכן בית המשפט נדרש להבחין בין מרוצי מכוניות לבין משחק אסור מסוג "רולטה רוסית", שבעניינו נפסק בפרשת לורנס כי משתתף אחד במשחק אחראי למותו של משתתף אחר.⁴ על כן הוסיף השופט ופסק שב"רולטה רוסית" המשחק נסב על המתח של הסיכוי למות, ואילו במרוץ מכוניות הסיכון אינו אלא נלווה למשחק ולמטרתו העיקרית. זאת ועוד, ב"רולטה רוסית" אין קשר לכישורי השחקנים והכול תלוי במזל, כלומר בשאלה היכן ימוקם הכדור היחיד, ולעומת זאת במרוצי מכוניות כישורי הנהיגה של המתחרים הם במוקד. כמו כן, ב"רולטה רוסית" הסיכון קיים תמיד, שכן במשחק זה המשתתף חייב לירות באקדה. לעומת זאת במרוץ מכוניות גם אם יאט אחד הנהגים את מהירותו, עדיין ייחשב למי שהשתתף במשחק. כלומר במרוץ מכוניות הסיכון אינו חלק מהותי מהשתתפות במשחק ואילו ב"רולטה הרוסית" הוא חלק בלתי נפרד ממנה.⁵ מטעמים אלה קבע השופט סולברג כי בפרשת מרוץ המכוניות אין קשר סיבתי משפטי בין הסכמת המשיב לבין התאונה ואילו בפרשת לורנס, אשר דנה במשחק "רולטה רוסית", קשר כזה מתקיים.

בהליך הערעור שהוגש לבית המשפט העליון על ידי המדינה, הפך בית המשפט העליון את החלטת בית המשפט המחוזי והרשיע את המשיב בעבירת ההריגה על פי דעת הרוב של השופטים עדנה ארבל ואליקים רובינשטיין אל מול עמדת המיעוט של

² ת"פ (נוער י-ם) 1035/08 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם) (להלן: "פרשת מרוץ מכוניות - מחוזי").

³ שם, פס' 32 ו-42 לפסק הדין.

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

⁵ פרשת מרוץ מכוניות - מחוזי, לעיל ה"ש 2, פס' 43-44 לפסק הדין.

השופט הנדל. מניחות פסק הדין עולה שלדעת השופטים ארבל ורובינשטיין עצם מימוש הסיכון על ידי המנוחים לא הביא לניתוק הקשר הסיבתי המשפטי, ואילו לפי השופטים הנדל וסולברג, מימוש הסיכון על ידי המנוחים במקרה דנן כן הביא לניתוק הקשר הסיבתי המשפטי. בשל כך קבעו הנדל וסולברג כי במקרה זה המנוחים הרגו את עצמם (וגם אם היה קשר בין פעולת המשיב לבין מותו של המנוח, הרי אין מדובר בקשר הגורר אחריות), ואילו ארבל ורובינשטיין סברו כי בשל השתתפותו במרוץ, המשיב תרם תרומה מכרעת למותם של המנוחים והיה ראוי להרשיעו בעברת ההריגה.⁶

אני סבור שמקרה זה מעורר שאלות היורדות לבסיס המשפט הפלילי אשר לא באו לידי ביטוי ברור בפסק הדין: מיהו בעל האינטרס המוגן בעברת ההריגה? מהו תוכן האינטרס המוגן שבעברה זו? ומהי משמעות ההסכמה האוטונומית של הנפגע להסתכן סיכון עצמי העלול להביא למוות? בהקשר זה אף עולה שאלה ספציפית הנוגעת לגישה המזכה: מדוע הסכמה להסתכן במוות מועילה במקרה זה (מרוץ מכוניות) ואילו במקרים אחרים היא איננה מועילה (כאשר מדובר בהמתה ישירה של הנפגע)?

למאמר זה שני חלקים: בחלק הראשון אבקר הן את נימוקי ההרשעה בעברת ההריגה והן את נימוקי הזיכוי שניתנו בערעור בפרשת **מרוץ המכוניות**. בחלק השני אציג שני נימוקים נורמטיביים-קונספטואליים מדוע היה ראוי לזכות את המשיב מעברת ההריגה. לפי הנימוק הנורמטיבי הראשון, יש הרואים את הפרט (הנפגע הפוטנציאלי) כבעל האינטרס המוגן בעברה זו, ולפי גישה זו היה ראוי לזכות את המשיב מעברת ההריגה, שכן משנתנו הסכמתם, זכותם של המנוחים לא נפגעה וגם כבוד האדם לא נפגע עקב מוות זה. לפי הנימוק הנורמטיבי השני, לעברת ההריגה שני ערכים מוגנים נבדלים: **הערך הראשון** הוא "קדושת החיים" והוא נוגע להגנה על חיי האדם בשל החשיבות שאנו מקנים לחיים אלה. בדיון בעניין ערך זה אצביע על כך שמשמעותו של ערך "קדושת החיים" רחוק מלהיות נהיר ואציין ארבע אפשרויות להבנתו. בתוך כך אראה כי אי-מתן תוקף להסכמת הנפגע בהקשר של סיכון חיים מביאה, לכאורה, לפרשנות מסוימת לערך "קדושת החיים" אשר ספק אם היא

⁶ בארצות הברית חלוקות הדעות בנושא מותו של משתתף במרוץ מכוניות. לפסקי דין שהרשיעו ראו בין היתר: Commonwealth v. Peak, 12 Pa.D&C. 2d 379, 381-382 (1957); State v. Mcfadden, 320 N.W. 2d 608, 609 (1982); State v. Escobar, 633 P.2d 100, 104 (Wash. Ct. App. 1981); Goldring v. State, 654 A.2d 939 (1995); Commonwealth v. Root, 403 Pa. 571, 170 A. 2d 310 (1961); State v. Petersen, 526 P. 2d 1008, 1009 (1974); Thacker v. State, 117 S.E. 2d 913 (Ga. Ct. App. 1961); State v. Uhler, 402 N.E. 2d 556 (Ohio Misc. 1979); J.A.C. v. State, 374 So.2d 606 (1979). עיקר המחלוקת בין פסקי הדין הללו נסבה על השאלה אם הקשר הסיבתי בין התנהגות הנאשם למות הקרבן מספיק ישיר כדי להרשיע את הנאשם.

הפרשנות הראויה בהקשר המשפט הפלילי. **הערך המוגן השני** של עברת ההריגה נוגע לתחושת הביטחון הבסיסית של כלל האוכלוסייה באופן שהאזרחים יוכלו לחיות בלא פחד מפני תקיפות בלתי מוצדקות. באמצעות מתן תחושת ביטחון בסיסית האוטונומיה של האזרח לקיים חיים סבירים נשמרת. מן הערך המוגן הראשון ניתן להסיק שבעל האינטרס המוגן בעברת ההריגה הוא הפרט (הנפגע הפוטנציאלי) ואילו מן הערך השני, הנוגע כאמור למתן תחושת ביטחון בסיסית, ניתן להסיק שבעל האינטרס המוגן בעברה זו הוא החברה. עוד אראה שלא כל התנהגות שגרמה למותו של אדם (במובן של סיבה בלעדית אין) בהכרח מביאה לידי פגיעה בשני הערכים המוגנים, וייתכנו מקרים שבהם תחושת הביטחון הבסיסית של החברה לא תיפגע וההסכמה האוטונומית של הפרט הנפגע תועיל למניעת הרשעתו של הפרט הפוגע. לפי הנימוק הנורמטיבי השני, ניתוק הקשר הסיבתי המשפטי במקרה דנן לא נבע מכך שהקרבת המית את עצמו (כפי שסברה דעת המיעוט) אלא מכך שלא ראוי להטיל את האשמה על הנאשם שכן הערכים המוגנים העומדים בבסיס עברת ההריגה לא נפגעו. יש לציין ששני הערכים המוגנים הללו רלוונטיים, בשינויים המחויבים, לא רק לעברות המתה אלא לכל עברות האלימות כגון פציעה, חבלה חמורה ותקיפה הגורמת לחבלה ממשית. לאור האמור, אף שמאמר זה מתמקד בעברת ההריגה, תחולתו רחבה יותר ונוגעת בשינויים המחויבים גם לעברות נוספות כאמור.⁷

לפיכך סדר המאמר יהיה כדלקמן: בפרק א אציג את עמדות השופטים בפרשה. בפרק ב אבקר את עמדת שופטי בית המשפט העליון. בפרק ג אציג את שני הנימוקים הנורמטיביים שלפיהם היה ראוי לזכות את המשיב מעברת ההריגה. בסוף פרק זה אציג שתי ביקורות פוטנציאליות על הנימוק הנורמטיבי השני ואשיב עליהן.

א. עמדות שופטי בית המשפט העליון בפרשת מרוץ המכוניות

1. עמדות השופטים ארבל ורובינשטיין

בערעור לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט המחוזי, שפורטה לעיל, טענה

⁷ בהקשר זה יש כמובן להבחין בין עברות שהיעדר ההסכמה הוא אחד מרכיביהן לבין עברות שהיעדר ההסכמה אינו אחד מרכיבי העברה. למשל, בעברת האינוס (סעיף 345 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) רכיב אי-ההסכמה הוא חלק מרכיבי העברה, ולכן אם הייתה הסכמה, לא בוצעה עברה כלל. כך גם בעברת הגנבה (סעיף 383 לחוק העונשין). לעומת זאת בעברה של גרם חבלה חמורה רכיב ההסכמה אינו חלק מרכיבי העברה. המאמר רלוונטי בעיקר לעברות שיסוד ההסכמה אינו רכיב מפורש בהן. אך אין בכך כדי לומר ששני הערכים המוגנים שצוינו לעיל אינם רלוונטיים גם לעברות שרכיב היעדר ההסכמה הוא חלק מהגדרת העברה, כגון עברת האינוס כאמור. לדיון בנוגע להבחנה זו ראו: רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" **משפטים** כט 389, 411-422 (התשנ"ח) (להלן: "קנאי 'הסכמת הנפגע במשפט הפלילי'").

המדינה בין היתר כי משהוכח שהמשיב צפה את אפשרות קרות התוצאה, לא היה מקום עוד לדון בהוכחת הקשר הסיבתי המשפטי. לטענת המדינה, הקשר הסיבתי המשפטי נבלע בהוכחת היסוד הנפשי של מודעות סובייקטיבית ויחס חפצי של פזיזות, ולפיכך היה ראוי לקבוע בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי כי הואיל והנאשם צפה את התרחשות התוצאה, הוא גם היה צריך לצפות אותה. באשר לטענה זו קבעה השופטת ארבל כי אמנם במרבית המקרים צפיית הנאשם את אפשרות קרות התוצאה, פירושה שהוא אף היה צריך לצפות אותה, אולם לא בכולם. לעתים אף אם מתקיימת אצל הנאשם המחשבה הפלילית הסובייקטיבית (מודעות ליסודות העברה ויחס חפצי של פזיזות) באשר לתוצאה, עדיין ניתן לטעון שהוא לא היה צריך, כעניין שבמדיניות משפטית, לצפות אותה, וכך לטעון שלא התקיים הקשר הסיבתי המשפטי. כך, אם שניים מחליטים להתחרות זה בזה בקפיצה על גגות, ואחד מהם נופל ושובר את רגלו, לכאורה כל יסודות עברת גרם חבלה חמורה מתקיימים, אך לא ברור אם יש להרשיע את האדם (שלא נפל) בעברה זו, בשל היעדר קשר סיבתי משפטי.⁸ יתרה מזו, ובאשר לעברת ההריגה עצמה, אם שניים יוצאים לטיול, והאחד מפציר באחר לסטות מהשביל המסומן, ספק אם יש להרשיע בעברת ההריגה את המפציר אם חברו נפל מצוק ונהרג.⁹

בעקבות זאת הצביעה השופטת ארבל על כמה שיקולים שיש לבחון במסגרת הוכחת הקשר הסיבתי המשפטי: סוג העברה והערך המוגן שבבסיסה; אם מדובר במעשה או במחדל; אם לפעולותיו של הנאשם יש ערך חיובי ואם נחוצה הרתעה מפני אותן פעולות; סוג הסיכון שנלקח – אם מדובר בפעולה שיש בה כדי לסכן רק את המסתכנים עצמם או שמא ישנו סיכון גם לעוברי אורח תמימים שלא קיבלו עליהם כל סיכון; רמת הצפייה של אפשרות קרות התוצאה, כלומר עד כמה הסיכון ברור וממשי; הנסיבות הספציפיות של המקרה ושל הצדדים המעורבים. נסיבות רלוונטיות הן, למשל, אם מדובר בקטינים שהסתכנו או שמא בבגירים; פערי הכוח וההשפעה בין הנאשם לנפגע, יוזם הפעילות ומידת המעורבות של כל אחד מהמשתתפים באירוע.¹⁰

במקרה דנן פסקה השופטת שמתקיים קשר סיבתי משפטי על אף ההסכמה האוטונומית של המנוחים להשתתף במרוץ. על פי השופטת ארבל, אמנם שיקול האוטונומיה הוא שיקול חשוב, אך יש לאזנו עם יתר השיקולים. אחד השיקולים המרכזיים להתקיימות הקשר הסיבתי המשפטי במקרים של מרוץ מכוניות הוא הצורך

⁸ פרשת **מרוץ המכוניות**, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל. לדיון כללי על אודות הקשר הסיבתי המשפטי הנדרש במשפט הפלילי ראו: יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 276–299 (מהדורה שנייה, 2010).

⁹ שם.

¹⁰ שם, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל.

להרתיע מפני השתתפות בהם. אין כל ערך חברתי למרוץ כזה ויש בו כדי לסכן באופן ממשי חיי אדם. השופט ארבל הדגישה כי למרוצי מכוניות נודעת חומרה מיוחדת בהשוואה למקרים אחרים, שכן הסיכון במרוץ אינו מופנה רק כלפי משתתפי המרוץ אלא גם כלפי עוברי אורח תמימים.¹¹

השופט רונישטיין, אשר הרשיע אף הוא את המשיב בעברת ההריגה, טען כי נראה שהסכמת הנפגע במשחקים אלה (הכוללים סיכון ממשי לחיי אדם) אינה מלאה, שכן היא עלולה להינתן עקב לחץ חברתי. זאת ועוד, אף לו ההסכמה הייתה מלאה, אין הסכמת הנפגע מספקת כדי לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי, שכן במקרים אלה הסיכון נשקף לא רק למשתתפי המרוץ אלא גם לעוברי אורח ולפיכך יש להרתיע מפני מעשים אלה.¹²

¹¹ שם, פס' 25–26 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹² שם, פס' ד-ה לפסק דינו של השופט רונישטיין. היה אפשר לטעון כנגד עמדת השופטים ארבל ורונישטיין כי הרשעת המשיב בעברת ההריגה אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הפלילי שלפיהם כאשר מבצע עברה ביצע באופן אוטונומי את העברה בשלמותה, אין להרשיע בביצוע העברה העיקרית אדם אחר ששכנע או עודד אותו לעבור את העברה. עיקרון זה בא לידי ביטוי למשל בעברת השידול לפי סעיף 30 לחוק העונשין הקובע כי אדם שהביא אחר לידי עשיית עברה (באחת מן הדרכים המפורטות בסעיף) הוא משדל לדבר עברה. אחד הרכיבים המרכזיים של עברת השידול הוא קיום קשר סיבתי עובדתי בין פעולת השידול לביצוע העברה, ובאין קשר סיבתי כזה לא תתקיים עברת השידול. ראו: יעקב קדמי **על הדין בפלילים** חלק ראשון 454 (2012). לנוכח יסודות השידול, על אף קיומו של קשר סיבתי, לא נטען כי המשדל הוא המבצע העיקרי של העברה, אלא שהוא רק שותף עקיף (אך ראשי) לביצוע העברה. ומכאן שלפי ביקורת זו, לא היה ראוי להרשיע את המשיב בעברת ההריגה, שכן המנוחים הם שמימשו באופן אוטונומי את מלוא הסיכון (כפי שהמשדל ביצע באופן מלא את העברה). מנגד אפשר לענות על ביקורת זו ולומר כי משדל אינו נחשב למבצע עיקרי של העברה משום שהשותפות שלו היא עקיפה והוא אינו נמצא במרכז ביצוע העברה (למרות היותו שותף עקיף וראשי בביצוע העברה, להבדיל מהמסייע). במצבים כאלה יש להבחין בין המבצע העיקרי לשותף העקיף. לעומת זאת בפרשת מרוץ המכוניות המשיב היה חלק מהמרוץ שהביא בסופו של דבר למותם של המנוחים ולכן גם עלתה אפשרות לראות בכל המעורבים מבצעים בצוותא של עברת ההריגה. ראו שם, בפסקאות 20–21 ו-29 לפסק דינה של השופטת ארבל. במקרים אלה ניתן לומר שאין מניעה עקרונית לראות במשתתף במרוץ מבצע עיקרי של עברת ההריגה, להבדיל מהמשדל כאמור. לעניין אפשרות זו ראו: פרשת **Mcfadden**, לעיל ה"ש 6, שם. מקרה זה עסק במרוץ מכוניות ובית המשפט קבע שניתן לראות במשתתף במרוץ מבצע עיקרי של העברה.

דוקטרינה נוספת המאתגרת את העמדה הגורסת שיש מניעה עקרונית לראות במשיב את מי שביצע את העברה היא דוקטרינת המחדל במשפט הפלילי. לפי דוקטרינה זו ניתן להרשיע אדם במחדל בעברות תוצאה אם אותרה בעניינו החובה לפעול כאמור בסעיף 18(ג) לחוק העונשין. לפיכך אפשר להרשיע הורה בהריגת בנו, אם ההורה לא מנע את מותו שנגרם עקב התעללות של אדם אחר (החובה מוטלת על ההורה מכוח סעיף 323 לחוק העונשין). אך גם כאן ביצוע העברה העיקרית נעשה על ידי המתעלל ולא על ידי ההורה ובכל זאת אפשר להרשיע את ההורה בגרימת המוות של בנו. מכאן שישנם מצבים בהם העבירה העיקרית בוצעה על ידי עושה אוטונומי, ובכל זאת אין מניעה לראות גם באנשים נוספים מבצעים של העברה העיקרית.

2. עמדת השופט הנדל

לדעת השופט הנדל, אחד ממאפייניה העיקריים של האחריות הפלילית הוא היותה מבוססת על אשמה אישית, באופן שכל אדם אחראי למעשיו ולתוצאות מעשיו, אך לא למעשי זולתו.¹³ עיקרון זה הוא אחד מביטויי המשפטיים של כבוד האדם כזכות חוקתית, ולכן צמצום הבחירה של האדם, או שלילתה, פוגעים באוטונומיה ולפיכך פוגעים גם בכבוד האדם.¹⁴ במקרה זה הסכימו המנוחים הסכמה אוטונומית להשתתף במרוץ וקיבלו עליהם את הסיכון למות. לפיכך יש לראותם כמי שהמיתו את עצמם בלי קשר למשיב. בהקשר זה הבחין השופט הנדל בין המקרה דנן למקרה שאירע בפרשת לורנס הן מבחינת "העושה" והן מבחינת "המעשה". מבחינת "העושה" – בפרשת לורנס הנאשם היה מבוגר מהמנוח והיה "אוטוריטה" בעיניו. כמו כן היה הנאשם חייל מן השורה ועל כן בעל ניסיון בטיפול באקדח.¹⁵ לעומת זאת בפרשת מרוץ המכוניות המנוחים עצמם היו בגירים ואילו המשיב היה קטין בעת האירוע. כן הוכח שההחלטה בעניין עריכת מרוץ המכוניות התקבלה על ידי המנוחים באופן עצמאי ורצוני.¹⁶

אשר ל"מעשה" – אינו דומה משחק "רולטה רוסית" למרוץ מכוניות. מבחינת מהות המשחק, ב"רולטה רוסית" סיכון המוות הוא לב המשחק, ואילו במרוץ המכוניות הוא רק תוצר לוואי אפשרי של המשחק. בהקשר זה קבע השופט הנדל כי ככל שהתוצאה הקטלנית שזורה יותר בכללי המשחק, יהיה מקום רב יותר להרשיע את הנאשם לא בשל התוצאה עצמה אלא בשל הקשר הסיבתי שבינה לבין ההחלטה המשותפת להשתתף במשחק.¹⁷

הבדל נוסף נוגע לאופי המשחק. בדומה לאמור בנימוקיו של השופט סולברג, ב"רולטה רוסית" המשחק מתמצה בלחיצה על ההדק. לעומת זאת מרוץ מכוניות קשור במיומנותו של הנהג. עובדה זו מצביעה על כך שבמרוץ מכוניות יש לנהג שיקול דעת עצמאי ועל כן ניתן לומר שהאוטונומיה שלו מלאה יותר מזו של המשתתף במשחק "רולטה רוסית".¹⁸

עוד קבע השופט הנדל כי עברת ההריגה מנוסחת בהרחבה. מקצת המקרים נופלים לגדר רצח, ומקצתם נופלים לגדר עברת גרם מוות ברשלנות. רוב המקרים ייפלו לגדר עברת ההריגה. על כן צריכים להיות זהירים מאוד בשימוש בה. שיקול

13 שם, פס' 9–11 לפסק דינו של השופט הנדל.

14 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

15 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

16 שם.

17 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

18 שם.

נוסף לזיכוי מעברת ההריגה נוגע לעובדה שמדובר במוות שנגרם מנהיגה. לתחום זה יש ענף משפטי עצמאי המוצא את ביטויו בפקודת התעבורה [נוסח חדש]. פקודה זו מתמודדת טוב יותר עם המקרה דנן, שכן דיני התעבורה נשענים היטב על האוטונומיה של הנהג ואחריותו הישירה לאופן נהיגתו.¹⁹

ניתן להיווכח שבסופו של דבר המחלוקת בין השופטים ארבל ורובינשטיין מן הצד האחד, והנדל וסולברג מן הצד האחר, אינה חדה מבחינה קונספטואלית. לפי הנדל וסולברג, כיוון שהמנוחים מימשו במודע את סיכון המוות (יותר משעושים כן במשחק "רולטה רוסית"), נותק הקשר הסיבתי המשפטי, וניתן לומר שהמנוחים המיתו את עצמם בלי קשר למשיב. ואילו לפי ארבל ורובינשטיין להשתתפותו של המשיב במרוץ המכוניות יש חשיבות מהותית, שכן היא תרמה למותם של המנוחים. לפיכך מימוש הסיכון על ידיהם לא ניתק את הקשר הסיבתי המשפטי.²⁰

ב. הביקורת על נימוקי השופטים של בית המשפט העליון

1. הביקורת כלפי השופטים ארבל ורובינשטיין

כאמור אחד הנימוקים המרכזיים של השופטים ארבל ורובינשטיין להרשעת המשיב בעברת ההריגה נגע לצורך להרתיע מפני נהיגה מסוכנת ברכב.

(א) אני סבור שטיעון זה הוא בעייתי כשיקול להרשעה בעברת ההריגה במקרה דנן, שכן שיקול ההרתעה מפני מרוץ מכוניות אינו אמור לשנות את מידת האחריות של המשיב – מהאחריות לפי העברה של סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה לאחריות לפי עברת ההריגה. שיקול ההרתעה צריך להתמקד במישור הענישה ולא במישור סיווג העברה.²¹ הנימוק לכך הוא ששיקול ההרתעה הוא חיצוני ואינו קשור לרכיבים העובדתיים והנפשיים המגבשים את יסודות העברה הרלוונטית. לכן מילוי יסודות העברה צריך להתגבש בלא כל קשר לשאלה אם יש להרתיע מפני התנהגות זו או אחרת. שיקול הרתעה אינו ראוי לשמש בסיס לבחירת עברה חמורה יותר גם לנוכח חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, הנוגע להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. ראשית, מבחינת המיקום הנורמטיבי, שיקול ההרתעה מובא כשיקול ענישה ולא כשיקול לגיבוש הקשר הסיבתי המשפטי או לייחוס האחריות לעברה Y במקום לעברה X. שנית, אף באשר לענישה עצמה, שיקול הרתעת הרבים

¹⁹ שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל.

²⁰ אני טוען שהיא אינה חדה משום שהשופטים המזכים בפרשת מרוץ המכוניות סברו שהיה ראוי להרשיע את הנאשם בפרשת לורנס אף שהוא מימש את הסיכון.

²¹ אמנם שיקול ההרתעה כלול באופן פורמאלי בדיון אודות הקשר הסיבתי המשפטי, אך המשמעות המשפטית היא ששיקול ההרתעה סיווג את התנהגות המשיב כהריגה ולא כסיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה בלבד.

הוא משני יחסית לעיקרון המנחה בענישה המחייב הלימה "בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו", סעיף 40 לחוק העונשין (תיקון מס' 113). המקום המשני של שיקול הרתעת הרבים בא לידי ביטוי בסעיף 40 לחוק העונשין (תיקון מס' 113) הקובע שניתן להשתמש בשיקול זה "ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם". לכאורה, אם הוא משני בשיקולי הענישה, לא ראוי שיהווה שיקול מרכזי בסיווג העברה כאמור (וגם לא כשיקול בגיבוש הקשר הסיבתי המשפטי).²²

יתרה מזו, לא זו בלבד ששיקול ההרתעה הוא שיקול משני בענישה, אלא שמתן משקל לשיקול זה בגיבוש הקשר הסיבתי המשפטי נוגד את תיקון מס' 113.23 לפי סעיף 40(ב) וכן לפי סעיף 40(ג)(1), בקביעת מתחם העונש ההולם אין להביא בחשבון את שיקול ההרתעה אלא רק את החומרה המושגית של העברה, את נסיבות ביצוע העברה וכן את הרצף העונשי שקדם לתיקון. מתן משקל לשיקול ההרתעה בגיבוש הקשר הסיבתי של עברת ההריגה יכניס "בדלת האחורית" את שיקול ההרתעה למכלול השיקולים בקביעת מתחם העונש ההולם במסגרת השיקול של "חומרת מעשה העבירה" שמשמעותו החומרה המושגית של מעשה העברה הנבחנת בהתחשב ביסודות העברה שבגינה הנאשם עומד לדין.²⁴

(ב) נוסף על כך, ומכיוון שונה במקצת, קשה לטעון מצד אחד שבטיול חברי הקשר הסיבתי המשפטי אינו מתקיים,²⁵ שכן החבר החליט החלטה אוטונומית לסכן את עצמו, ואילו במרוץ המכוניות הקשר הסיבתי המשפטי מתקיים למרות ההחלטה האוטונומית לסכן את עצמו, משום הצורך להרתיע אנשים מלבצע פעילות מסוכנת ברכב. קביעה כזאת פוגעת גם בעקרון החוקיות, שכן אין כאן אזהרה ברורה לאזרח איזו התנהגות תיכלל במסגרת עברת ההריגה ואיזו התנהגות תוחרג ממנה, במיוחד כאשר מדובר בסוגי התנהגות בעלי קשר סיבתי עובדתי זהה (מרוץ מכוניות וטיול מסוכן). לפיכך נכון יותר מבחינה משפטית לומר שבשני המקרים אין קשר סיבתי משפטי הואיל והייתה החלטה אוטונומית של הנפגע להסתכן סיכון עצמי, ובמקרה

²² לעניין משניות שיקול ההרתעה ראו: יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 455-458 (2013) (להלן: "יניב ואקי ויורם רבין 'הבניית שיקול הדעת'").

²³ אמנם התיקון לחוק אינו חל במקרה דנן משום שהכרעת הדין בבית המשפט המחוזי ניתנה עוד בטרם נכנס התיקון לתוקף, אך כפי שצוין בפסיקת בית המשפט העליון, יש לראות בתיקון מסמך בעל אופי מנחה גם במקרים אלה (ולטעמי קל וחומר במקרים שבהם פסיקת בית המשפט העליון ניתנה לאחר כניסת התיקון לתוקף). ראו: ע"פ 5263/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 42 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (פורסם בנבו, 31.7.2012); ע"פ 1523/10 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.4.2012).

²⁴ יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 22, בעמ' 422.

²⁵ פרשת מרוץ המכוניות, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל.

של מרוץ המכוניות ההרשעה תיסוב רק על הנהיגה המסוכנת (עברה מכוח סעיף 332 לחוק העונשין) ולא על גרימת המוות.

(ג) כאמור, שיקול מרכזי בהרשעה בעברת ההריגה במקרה דנן נגע לכך שהסיכון ממרוץ המכוניות נשקף לא רק למשתתפי המרוץ אלא גם לעוברי אורח תמימים:

"הסיכון הנלקח במסגרת מרוץ מכוניות הוא מהחמורים הקיימים, שכן לא נלווית לו כל מטרה חיובית שעניינה בשימוש הרגיל ברכב, אלא מדובר בסיכון מיותר וחסר אחריות הדורש מבית המשפט לנקוט באמצעים האפשריים להרתיע ממנו. הרתעה זו חיונית במיוחד שעה שמדובר בסכנת חיים ממשית להיפגע מהמרוץ. יש להדגיש, ואולי זה העיקר, כי הסיכון כתוצאה מהמרוץ אינו מופנה רק כלפי משתתפי המרוץ עצמו שנטלו על עצמם את הסיכון האמור, אלא גם כלפי משתמשי דרך תמימים, הולכי רגל או נוסעי רכב, שעלולים להיפגע כתוצאה מהמרוץ".²⁶

לדעתי גם שיקול זה הוא בעייתי לצורך הרשעה בעברת ההריגה. האם ראוי להרשיע אדם בעברת ההריגה בשל סיכון שכלל לא התממש? הרי במקרה דנן לא נפגע צד שלישי אלא רק המנוחים שהשתתפו במרוץ. קשה לטעון שמכיוון שאנו מעוניינים להגן על עוברי אורח תמימים, אנו נרשיע אף במקרה שבו הם לא נפגעו כלל. הרשעה בהריגה במקרה זה אינה עולה בקנה אחד עם מידת האשמה של הנאשם.

נניח, לצורך המחשת הטיעון, שאיש לא נהרג במרוץ המכוניות. ברור שהמשיב לא היה מורשע בעברת ההריגה אלא רק בסיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה, שכן לא התממש הסיכון. אם כך, מדוע נרשיע בעברת ההריגה במקרה זה, אם הסיכון העיקרי אשר אותו אנו רוצים למנוע – פגיעה בעוברי אורח תמימים – לא התממש?

(ד) בפסק דינה ציינה השופטת ארבל כי משני מקרים שנדונו בבית המשפט העליון עולה כי שיקול האוטונומיה אינו השיקול המכריע בקביעת אחריות פלילית של נאשמים בגרימת חבלה או מוות.²⁷ כך עולה מפרשת דהן²⁸ שעסקה במקרה שבו שיחקו שלושה חיילים בכלי הנשק שלהם כשהם יורים זה לעברו של זה קליעים ריקים. במשחק זה נפגע אחד מהשלושה פגיעה חמורה לאחר שנורה לעברו כדור חי על ידי אחד מחבריו. שני החברים האחרים, הן זה שמנשקו נורה הכדור החי והן החבר הנוסף, הורשעו בבית המשפט המחוזי בעברות של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות מתוקף היותם מבצעים בצוותא. בית המשפט העליון דחה את ערעורם, הותיר את גזר הדין על כנו והדגיש את החומרה הרבה במעשיהם של שני החברים. לכאורה, גרסה

²⁶ שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ארבל. (ההדגשות שלי – ר.ר.).

²⁷ שם, פס' 32 לפסק דינה של השופטת ארבל.

²⁸ ע"פ 10843/07 אביחי דהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.4.2008) (להלן: "פרשת דהן").

השופט ארבל, לו שיקול האוטונומיה היה שיקול מכריע, היה מקום לזכות את הנאשמים מעברה זו, שכן הנפגע קיבל עליו את הסיכון להיפגע. פרשה נוספת שבה נסוג, לדעת השופט ארבל, שיקול האוטונומיה היא פרשת **שלומוב**.²⁹ בפרשה זו נתן הנאשם לחברו, קטין שלא היה לו רישיון נהיגה והיה נתון להשפעת אלכוהול, לנהוג ברכבו. בתאונה שאירעה נהרג הקטין. בית המשפט העליון אישר את הרשעתו של הנאשם בעברת הריגה.

נראה שאין הנדון דומה לראיה. בפרשת דהן דובר בשני חברים שרוקנו את כדורי המחסנית מאבק השרפה ורצו לירות זה בזה קליעים ריקים. בסופו של דבר התברר שאחד הנאשמים לא רוקן את כל הכדורים. במקרה זה אמנם הרשיעם בית המשפט בעברה של גרם חבלה חמורה, אך הוא גם ציין שהנאשמים **עצמו עיניים** מלאות את הסיכון בדבר התרוקנות הכדורים.³⁰ במצב זה נראה ששיקול האוטונומיה ולוונטי פחות, שכן הנפגע לא קיבל עליו את הסיכון להיפגע מכדור חי. מכל מקום ברור שההסכמה לסיכון בפרשת דהן שונה מההסכמה לסיכון במקרה דנן. זאת ועוד, בפרשת דהן הנאשם שירה בנפגע פגע בו במישרין, ואילו במקרה דנן המשיב לא פגע במנוחים במישרין. המנוחים נפגעו בשל התנגשותם בקיר.³¹

גם מפרשת **שלומוב** אי-אפשר להביא ראיה למקרה דנן. אין לומר על הקטין שקיבל עליו את הסיכון בהחלטה אוטונומית, שכן לא זו בלבד שהוא היה קטין, אלא שהוא אף היה נתון להשפעת אלכוהול,³² ואילו במקרה דנן המנוחים היו בגירים ולא היו נתונים להשפעה כלשהי.³³

2. הביקורת על נימוקיו של השופט הנדל

(א) לדעת השופט הנדל יש להבחין כאמור בין פרשת לורנס לבין פרשת מרוץ

²⁹ ע"פ 3821/08 חיים שלומוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2008) (להלן: "פרשת שלומוב").

³⁰ פרשת דהן, לעיל ה"ש 28, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

³¹ להלן הסברי לנימוקו של השופט הנדל באשר לאוטונומיה. השופט הנדל, כך נראה, דן בשיקול האוטונומיה בשני מישורים: מישור ההסכמה להשתתף במרוץ, ומישור המרוץ עצמו.

³² פרשת **שלומוב**, לעיל ה"ש 29, פס' 29 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

³³ הברל נוסף בין פרשת שלומוב למקרה דנן נוגע לעובדה שבפרשת שלומוב האחריות הוטלה על הנאשם מכוח סעיף 326 לחוק העונשין שכותרתו היא "חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה". כלומר האחריות הוטלה על הנאשם בגין המחדל בהתנהגותו בכך שלא נקט זהירות לצורך מניעת הסכנה בנהיגת הרכב על ידי הקטין. במקרה זה ניתן לומר כי גם לו היה מדובר בבגיר שאינו נתון להשפעת אלכוהול אך חסר רישיון נהיגה, היה ראוי להרשיע את הנאשם, שכן סעיף זה מטיל עליו חובת זהירות בלי קשר להסכמת הנפגע לקבל עליו את הסיכון. הדבר דומה למציל בברכה שאינו מציל אדם מטביעה משום שאדם זה מעוניין לטבוע. במקרה זה לדעתי מוטלת על המציל החובה למנוע את הטביעה בלא כל קשר לרצון אדם זה לטבוע.

המכוניות גם מבחינת המעשה שבשתי הפרשות. ההבדל הראשון מתבסס על כך שמהות המשחק של "הרולטה הרוסית" היא סיכון המוות, ואילו במשחק מרוץ המכוניות סכנת המוות היא רק תוצר לוואי של המשחק. משתמע מדבריו של השופט הנדל כי הבדל זה מצביע על רמת מסוכנות יתרה שיש ב"רולטה הרוסית" (העובדה שהוא קישר זאת להבדל בקשר הסיבתי מוכיחה נקודה זו). קביעה זו לא בהכרח נכונה. העובדה שבלב המשחק "רולטה רוסית" טמונה סכנת מוות אינה מצביעה כלל על רמת הסיכון שבמשחק. ייתכן שמשחק "רולטה רוסית" יהיה מסוכן פחות ממרוץ מכוניות. הדבר תלוי במספר הכדורים שאפשר לטעון באקדח עצמו לעומת אופי המסלול במרוץ המכוניות. העובדה שמדובר במשחק שעוסק במישרין בסיכון המוות אינה מצביעה על דרגת הסיכון עצמו.

(ב) ההבדל השני שצייין השופט הנדל (גם השופט סולברג העניק לו משקל של ממש) נגע לכך ששיקול הדעת שיש במרוץ מכוניות עולה על שיקול הדעת שיש במשחק "רולטה רוסית". ב"רולטה רוסית" המשחק מתמצה בלחיצה על ההדק, ואילו במרוץ מכוניות לנהג יש שיקול דעת כיצד לנהוג. לכן, כך נטען, אין לראות במרוץ המכוניות מקשה אחת, להבדיל ממשחק "הרולטה הרוסית". לדעתי, במישור הפלילי המהותי אין להבדל זה חשיבות של ממש.

הטענה המרכזית בהקשר זה היא שהמנוחים המיתו את עצמם בממש את הסיכון בעצמם. לכן השאלות העיקריות שיש לשאול בשני המקרים הן אם ההחלטה להשתתף במשחק הייתה החלטה עצמאית ורצונית ואם המנוחים מימשו בעצמם את הסיכון. לשון אחר, בחינת שיקול הדעת והאוטונומיה צריכה להיעשות בכל הנוגע להחלטה לממש את הסיכון ולא באשר לאופן מימוש. אם המשתתף במשחק "רולטה רוסית" קיבל החלטה באופן עצמאי ורצוני להשתתף במשחק, לא משנה שהמשחק מתמצה רק בלחיצה על ההדק. לכן אם במרוץ מכוניות אנו טוענים שהמנוח הביא על עצמו את מותו בעצם השתתפותו הרצונית במרוץ, כך יש לומר לעניין המשתתף במשחק "רולטה רוסית".

כדי להמחיש טענה זו אפשר להניח מצב שבו משתתף במשחק "רולטה רוסית" לקח את האקדח והתלבט ושקל במשך כשעה אם לשחק ולירות או להניח את האקדח ולהפסיק את המשחק. בסופו של דבר החליט המשתתף לשחק ונהרג. ספק רב אם יש הבדל של ממש במישור הפלילי המהותי בין מקרה זה שבו הופעל שיקול הדעת של המשתתף ב"רולטה הרוסית" (אף שהמשחק מתמצה בסופו של דבר בירייה בלבד) לשיקול הדעת שהפעילו המנוחים בהאטת הרכב והאצתו בפרשת **מרוץ המכוניות**.³⁴

³⁴ זאת ועוד, לא ברור אם במרוץ מכוניות שיקול הדעת של הנהג רחב במידה ניכרת משיקול הדעת של המשתתף ב"רולטה רוסית". ניתן להניח מצב שבו המשתתפים במרוץ המכוניות קבעו שאין לרדת ממהירות של 160 קמ"ש ומשתתף שיִרד ממהירות זו – ייפסל. במקרה זה שיקול הדעת של הנהג מצמצם מאוד, שכן ירידה ממהירות זו משמעה פסילת המשתתף. המצב אז די דומה למצבו של שחקן "רולטה רוסית" שהחליט שלא לירות באקדח. ספק רב אם פסיקת השופט

בהקשר זה אפשר גם להצביע על כיוון הפוך שמחמיר את מרוץ המכוניות לעומת משחק "הרולטה הרוסית". במשחק "הרולטה הרוסית" ניתן לפצל את המשחק לחלקים נפרדים, שכן בכל שלב אחד מן המשתתפים הוא פעיל ואילו שאר המשתתפים אינם עושים דבר. לעומת זאת במרוץ מכוניות, למשתתפי המרוץ חלק בכל שלב במרוץ ועל כן ייתכן שראוי לראות במרוץ המכוניות מקשה אחת לעומת משחק "הרולטה הרוסית".

(ג) נימוק נוסף שהעלה השופט הנדל נוגע לעובדה שפקודת התעבורה [נוסח חדש] עוסקת בתחום הנהיגה, ומכיוון שדיני התעבורה נשענים על האוטונומיה של הנהג ואחריותו הישירה לאופן הנהיגה, יש לשייך מקרה זה לשם. לדעתי, גם נימוק זה מוקשה, שכן הוא מניח את המבוקש. השאלה העיקרית במקרה זה היא אם המיתו המנוחים למעשה את עצמם בהחלטתם האוטונומית להשתתף במרוץ, או שמא יש להטיל אחריות על המשיב שגרם בעצם השתתפותו למותם של המנוחים. העובדה שדיני התעבורה עוסקים בנהיגה ונשענים על האוטונומיה של הנהג אינה פותרת את הבעיה, שכן אם נאמר שהמנוחים לא הרגו את עצמם משהחליטו להשתתף במרוץ אלא המשיב הוא שתרם לכך (כפי שאכן השופטים רובינשטיין וארבל סבורים), הרי דיני התעבורה לא יועילו.³⁵

(ד) בהנחה שאכן יש להבחין בין פרשת מרוץ המכוניות לבין פרשת לורנס, הנימוק המרכזי שביסס כאמור את זיכוי המשיב מעברת ההריגה בפסק דינו של השופט הנדל (וכן בפסק דינו של השופט סולברג) נגע לאוטונומיה האישית של המנוחים שהחליטו להשתתף במרוץ המכוניות. אולם המונח "אוטונומיה" משתלב בפסיקתו של השופט הנדל בשני מישורים: המישור הראשון הוא הסכמת המנוחים להשתתף במרוץ תוך הסתכנות עצמית, והמישור השני הוא ההשתתפות במרוץ עצמו. נימוקו של השופט הנדל בנוי אפוא משני מישורים מצטברים אלה: הקשר הסיבתי המשפטי אינו מתקיים במקרה דנן משום שהמנוחים הסכימו להשתתף במרוץ וניתן לייחס להם באופן אישי את מעשיהם: הם שנסעו במכונית, הם שהחליטו על

הנדל (והשופט סולברג) תשתנה בעקבות קביעת כללי המרוץ כאמור. גם אם במקרה זה יאמרו השופטים הנדל וסולברג כי מרוץ המכוניות מתקרב מבחינת חומרתו למשחק "רולטה רוסית", הדבר יצביע על כך שאין קו ברור המבדיל בין מקרים שבהם נאמר כי המנוחים הרגו את עצמם לבין מקרה שבו נאמר כי המשיב הרג את המנוחים. ייתכנו אפשרויות רבות למרוץ ורוחב שיקול הדעת של הנהג ישתנה ממקרה למקרה. גם עובדה זו מצביעה על כך שהתייחסו הברור מבחינת קו חשיבה זה הוא בין מקרה שבו ההרוג מימש את הסיכון לבין מקרה שבו מימוש הסיכון נעשה על ידי אדם אחר, ולפיכך אין הבדל עקרוני בין פרשת לורנס לפרשת מרוץ המכוניות. אני מניח שלו במהלך המרוץ היה מתנגש המשיב ברכבם של המנוחים וגורם בכך למותם, היה ניתן להרשיעו בהריגה והשופט הנדל לא היה מסתפק בהרשעה בעברות מפקודת התעבורה. השאלה הנשאלת בפסק הדין היא האם המקרה שקרה דומה להתנגשות כלי הרכב או שהוא דומה להריגה עצמית.

מהירותה והם שנסעו בצורה פזיזה ולא אחראית. כאשר שני מישורים אלה מתקיימים, ניתן לומר שלא המשיב גרם למותם של המנוחים אלא המנוחים גרמו למותם שלהם (ובפרשת לורנס כאמור לא התקיים המישור השני). אך נימוק זה אינו מספק, שכן בפסק הדין לא הובהר מדוע נחוץ המישור השני של האוטונומיה. במילים אחרות, מדוע לא די בהסכמת הנפגע לפגיעה בו אף במקרים שבהם המוות הוא ישיר (כגון הזרקת רעל לחולה סופני על פי בקשתו, או מקרים אחרים שבהם א' מבקש מב' שימית אותו). התשובה כי במקרים אלה מדובר בגרימה ישירה אינה מספקת, שכן השאלה נותרת בעינה, מדוע ההסכמה של הנפגע לפגיעה אינה מהווה הגנה טובה במקרים אלה? נניח, למשל, שהמנוחים היו נהרגים לא בשל היתקלות בקיר אלא בשל התנגשות רכבו של המשיב בהם (אף בלא כוונה מצדו). אני מניח שגם השופט הנדל יסבור שבמקרה זה ראוי להרשיע את המשיב בעברת ההריגה. אך מדוע לא נאמר שכל אחד מן המשתתפים היה מודע לאפשרות זו ולפיכך הסכים לקבל עליו את הסיכון במקרה זה?

יתרה מזו, דומה שגם השופטים ארבל ורובינשטיין לא יחלקו על הקביעה כי גם במשפט הפלילי האדם אחראי למעשיו, אך טענתם היא שלא רק מעשי המנוחים גרמו למותם שלהם, אלא גם מעשי המשיב גרמו למות המשיבים (בעצם השתתפותו במרוץ). לא ברור אפוא מדוע נחוצה בחינת המישור השני של האוטונומיה, ולא זו בלבד אלא שהקביעה במקרה דנן שרק מעשי המנוחים הם שגרמו למותם – אינה פשוטה כלל.

במילים אחרות, לפי השופטים הנדל וסולברג, לו היה מדובר במקרה שבו לא ניתנה הסכמה מלאה למרוץ, אך מצד אחר הקשר הסיבתי בו היה עקיף, ראוי היה להרשיע את המשיב. כמו כן, לו הייתה הסכמה מלאה להסתכנות אך הקשר הסיבתי היה ישיר – אף כאן היה ראוי להרשיע את המשיב. רק מקרה שבו גם הקשר הסיבתי עקיף וגם נתונה הסכמה להשתתף במרוץ ולהסתכן, מצדיק את זיכוי המשיב.³⁶ השאלה היא מה הקשר בין שני הרכיבים הללו שמאפשר את זיכוי של המשיב. אינני חולק על כך שיש חשיבות לסוג הקשר הסיבתי בין התנהגות הנאשם למות הקרבן וכן להסכמת הנפגע להסתכן, אך כפי שאראה בהמשך בפרק ג, אני סבור שקונסטרוקציה משפטית אחרת תסביר כהלכה מדוע יש לרכיבים אלה משמעות משפטית ומדוע בעקבות זאת היה ראוי לזכות את המשיב מעברת ההריגה.³⁷

³⁶ ואף כאן נראה שהמשיב יורשע רק אם יוכח שלא רצה במות המנוחים. אך אם הוא הסכים להשתתף בתקווה שהם ימותו, נראה שגם השופט הנדל יסבור כי יש להרשיע את המשיב.

³⁷ באשר לטיעון האוטונומיה יש לציין שגם המלומד קרמניצר סבור כי הכלל במשפט הפלילי הוא שאין להרשיע אדם בגין מעשים שאינם שלו. לכן הוא טען שהיה ראוי לזכות את הנאשם בפרשת לורנס, שכן לא הנאשם לחץ על ההדק אלא המנוח (מרדכי קרמניצר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות להערות 'משפטים' כו 619, 622–623 (התשנ"ו)).

עם זאת, לא ברור ממאמרו אם היה ראוי לזכות את המשיב במקרה דנן, שכן לדעתו ישנם חריגים

לנוכח ביקורות אלה, אעבור כעת להצגת שני הטיעונים הנורמטיביים שלפיהם היה ראוי לזכות את המשיב מעברת ההריגה. כבר עתה אציין ששני הנימוקים שונים מהנמקת השופטים אשר זיכו את המשיב מעברת ההריגה. נימוקים אלה אינם מצדדים בזיכוי משום שהמנוחים הם שהמיתו את עצמם. הם נשענים על כך שהמנוחים הסכימו להסתכן במוות (בלא קשר לשאלה אם הם המיתו את עצמם אם לאו) ובמקרים מסוימים ראוי שהסכמה זו תמנע את הרשעת הפוגע.

ג. הנימוקים הנורמטיביים לכך שהסכמת המנוחים בפרשת מרוץ המכוניות צריכה למנוע את ההפללה בעברת ההריגה

1. נימוק נורמטיבי ראשון – מיהו בעל האינטרס המוגן בעברת ההריגה ומהו תוכן אינטרס זה?

כדי להבין אם הסכמת המנוחים במקרה זה צריכה למנוע את הרשעת המשיב בעברת ההריגה, יש לשאול שתי שאלות היורדות לשורשי המשפט הפלילי, שאלות שלא נשאלו ולא נדונו בבירור בפסק הדין: האחת היא מיהו בעל האינטרס³⁸ המוגן בעברת ההריגה, והשנייה היא מהו תוכן האינטרס המוגן שבעברה זו. יש לציין ששאלות אלה לא בהכרח משפיעות זו על זו.

אשר לשאלה הראשונה, נראה שהגישה המסורתית גורסת כי כאשר מדובר בעברות פליליות, בעל האינטרס המוגן הוא החברה בכללותה ולא פרט זה או אחר. עברת ההריגה אינה שונה במובן זה מכל עברה אחרת. לפי גישה זו, כאשר א' הורג את ב', הוא לא פגע רק בב' אלא בחברה כולה משום שפגע בערך החברתי שבבסיס עברת ההריגה.³⁹

מוצדקים לכלל שהתנהגותו של אדם היא שלו בלבד, שבהם מייחסים לו גם התנהגויות של אחרים. אחד החריגים שקרמניצר מציין נוגע לפעילויות אסורות המתקיימות תוך שיתוף פעולה בין המשתתפים, כגון תחרויות רכיבה או נהיגה מסוכנת, שבהן כל אחד מן המשתתפים מסכן לא רק את עצמו אלא גם את המתחרים האחרים ולעתים קרובות גם אנשים נוספים. לכאורה, במקרה דנן מדובר במרוץ מכוניות אסור שבו כל אחד מן המשתתפים סיכן את המשתתפים האחרים וגם צדדים שלישיים, ועל כן לא הייתה כל מניעה להרשיע את המשיב בעבירת ההריגה. עם זאת אפשר לטעון שקרמניצר התכוון רק למקרה שבו צד שלישי אכן נהרג או שאחד המשתתפים נהרג עקב התנגשות בין רכבי המשתתפים ולא בגלל התנגשות בקיר כפי שקרה במקרה דנן.

³⁸ למילים "אינטרס מוגן" ו"ערך מוגן" ישנה משמעות זהה במאמר זה.

³⁹ נראה שזו הגישה הרווחת במשפט הישראלי. ראו למשל: ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 613 (1997) ("לסיווגו של מעשה המתה הנעשה בכוונה כרצח נודעת משמעות חברתית-ערכית. חברה המקדשת את חיי האדם כערך מוסרי עליון אינה יכולה להשלים עם

אשר לשאלה השנייה, הגישה המסורתית גורסת כי תוכן האינטרס המוגן שבבסיס עברת ההריגה הוא קדושת החיים. לפי גישה זו, לחיים יש ערך בפני עצמו וערך זה נוגע לכלל החברה ולא לפרט זה או אחר.⁴⁰

לפי הגישה האמורה אפשר גם לומר כי אף אם הקרבן הוא הנפגע הישיר, למדינה יש אינטרס להתערב ולהעניש במקרה זה כדי להגן על ערך קדושת החיים או על כל ערך מוגן אחר לבל ייפגע עקב הישנות העברה על ידי העבריין עצמו או עבריינים אחרים.⁴¹

לפי גישה זו, לכאורה הסכמת הנפגע לפגיעה בחייו לא תמנע את הרשעת הפוגע, כיוון שהפרט יכול לוותר רק על אינטרס השייך לו ולא על אינטרס או ערך השייך לכלל החברה.

ניתן למצוא גישה זו אצל פלר בספרו "יסודות בדיני העונשין":

"ביטוי בסיס לעקרון לפיו העבירה היא תופעה המעמידה מול עושה את החברה כולה – תופעה אנטי-חברתית במובן החרף ביותר – וכי הגשמת האחריות הפלילית בגינה היא עניינו של הריבון בלבד, הוא שעצם היווצרות העבירה אינה פונקציה של חוסר הסכמה של קרבן העבירה [...] בעבירות בהן 'אי-הסכמת' הנפגע אינה תנאי חיוני להתהוותן, אין חל בפלילים הכלל של *volenti non fit injuria*. העבירה מתגבשת ללא קשר לשאלה אם הנפגע ממנה הסכים לביצועה אם לאו. כי העבירה פוגעת בציבור כולו, ואין זה משנה מה יחסו של פרט זה או אחר, אף אם הוא הנפגע ממנה, כלפי ביצועה".⁴²

לעומת גישה זו ישנה גישה אחרת הגורסת שהבעלות על האינטרס המוגן בעברות

הורדת הרף של האחריות המשפטית למעשים של המתת אדם בכוונה". כמו כן ראו: ע"פ 9369/07 **אנסטסיה מיקל נ' מדינת ישראל**, פס' כח-כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.6.2009); ע"א 506/88 **יעל שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, 116 (1993).

40 שם.

41 ש"ז פלר **יסודות בדיני העונשין** כרך א 108 (1984).

42 שם, בעמ' 112, (ההדגשות שלי – ר.ר.). לגישה דומה ראו: ע"פ 478/72 **פנקס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 617, 626-627 (1973) וכן ע"פ 44/70 **רכס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כד(1) 631, 633 (1970). יש לציין שעל פי הדין האנגלי הסכמה מועילה במקרים של תקיפה רגילה (לפי אשוורת' היעדר הסכמה הוא חלק מהגדרת העברה במקרים של תקיפה רגילה), אך הסכמה אינה מועילה במקרים של פגיעה ממשית יותר בגוף, כגון פציעה או חבלה. כלומר הסכמה מועילה רק בסף הנמוך של התקיפה. למרות זאת, עדיין ישנם מקרים הכרוכים בפגיעה ממשית בגוף אשר ההסכמה תוכל להוות בהם הגנה טובה. מדובר במשחקי ספורט או ניתוחים רפואיים. המשפט האנגלי הכיר בהסכמה כהגנה גם במשחקי קונדס אשר גרמו חבלה חמורה לקרבן. ראו: ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 307-314 (2009).

פליליות משתנה מסוג עברות אחד למשנהו. לפיכך יש לחלק את העברות לשני סוגים עיקריים: עברות הפוגעות בציבור ועברות הפוגעות ביחיד. לפי גישה זו רצה, הריגה, אונס, תקיפה, שוד, מרמה וכדומה הן עברות הפוגעות ביחיד. לעומת זאת מסירת מידע לאויב, ביזוי בית המשפט, העלמת מס, הרעלת מי השתייה ועוד הן עברות הפוגעות בציבור (כאוסף של פרטים) ולא ביחיד. כך ניתן להבין את דבריו של פיינברג (Feinberg) המסווג את העברות ל"עברות פרטיות" הפוגעות באינדיבידואל ול"עברות כלליות" הפוגעות בציבור:

"Willful homicide, forcible rape, aggravated assault, and battery are crimes [...] everywhere in the civilized world, and no reasonable person could advocate their 'decriminalization' [...] The common element in crimes of these two categories is the direct production of serious harm to individual persons and groups [...] still other crimes that have an unquestioned place in our penal codes are kinds of conduct that rarely cause clear and substantial harm to any specific person or group, but are said to cause harm to 'the public', 'society', 'the state', public institutions or practices, the general ambience of neighborhoods, the economy, the climate, or the environment".⁴³

יש להבהיר, העובדה שהיחיד הוא בעל האינטרס המוגן בעברות מסוימות אינה מנוגדת לעובדה שהחברה (באמצעות התביעה הכללית) היא שמאשימה את היחיד ומעמידה אותו לדין פלילי. החברה לא בהכרח נפגעת מהעבירה הפלילית, אך היא רואה באינטרס המוגן של היחיד ערך חשוב שהיא צריכה להגן עליו. עמד על כך דף (Duff):

"We should interpret a 'public' wrong, not as a wrong that injures the public, but as one that properly concerns the public, i.e. the polity as a whole".⁴⁴

העמדה שהחברה אינה ניזוקה מכל עברה שמתרחשת, באה לידי ביטוי גם בכך

43 JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS 10–11 (Vol.1, 1984). ראו גם: בעמ' 222–223.

44 R.A. DUFF, ANSWERING FOR CRIME – RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW 141 (2007).

שהסכמת הנפגע מונעת הפללה במקרים רבים שאינם קשורים לפגיעה פיזית, כגון פגיעה כלכלית, רכושית או רגשית. לו החברה הייתה הניזוק, הסכמת הנפגע לא הייתה מועילה לדבר.⁴⁵

גם באשר לשאלה השנייה, הנוגעת לתוכן האינטרס המוגן שבבסיס עברת ההריגה, אפשר לזהות אצל פיינברג גישה שונה מהגישה המסורתית. פיינברג פותח את ספרו בשאלה מתי ראוי להפוך התנהגות מסוימת לעברה פלילית ובנוגע לכך הוא מתבסס על עקרון הנזק שניסח מיל⁴⁶ (ופיינברג מפתח אותו בספרו). על פי עיקרון זה, ראוי לראות בהתנהגות מסוימת התנהגות פלילית רק כאשר היא גורמת או עלולה לגרום נזק לאחר. על פי פיינברג, גרימת נזק (harm) לאחר כוללת שני יסודות מצטברים: (1) פגיעה באינטרסים של האחר (set-back interest) (2) פגיעה בזכות (wrongful). לדבריו, אפשר לפגוע באינטרסים של הזולת גם בלא לפגוע בזכותו. כך, כאשר ראובן הורג את שמעון מתוך הגנה עצמית, הוא פוגע באינטרסים של שמעון אך הוא אינו פוגע בזכותו של שמעון, שכן ראובן פועל מתוך צידוק של הגנה עצמית.⁴⁷

בהקשר זה טוען פיינברג כי אי-אפשר לומר שנגרם נזק לאדם (במובן של עקרון הנזק של מיל), אם הוא הסכים לפגיעה בו. ניתן לומר במקרה זה שנפגעו האינטרסים של האדם (set-back interest), אך לא שנגרמה פגיעה בזכותו, שכן הוא הסכים לפגיעה זו.

“One class of harms (in the sense of set-back interests) must certainly be excluded from those that are properly called wrongs, namely those to which the victim has consented. These include harms voluntarily inflicted by the actor upon himself, or the risk of which the actor freely assumed, and harms inflicted upon him by the actions of others to which he has freely consented”.⁴⁸

⁴⁵ Markus Vera Bergelson, *Consent to Harm*, 28 PACE L. REV. 683, 693 (2008) וכן ראו: Dirk Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 55 HASTING L. J 509, 570 (2004) הכותב: "If the state were indeed the victim of every crime, then consent should be a defense of none"

⁴⁶ ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 20–21 (אריה סימון תרגם, התש"ו).

⁴⁷ פיינברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 36: "Only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interest, are to count as harms in the appropriate sense"

⁴⁸ שם, בעמ' 35–36. וכן ראו: בעמ' 115–117. ראו גם: SHELLY KAGAN, *THE LIMITS OF MORALITY*, 144–151 (1989) גם על פי קגן עמדה כזאת (הכינוי לעמדה זו הוא "permission") אמורה להביא לידי כך שהסכמת הנפגע תהא תקפה מבחינה מוסרית. "Another

פיינברג אינו מבחין בין סוגים נבדלים של פגיעות (מוות, חבלה, גרימת נזק לרכוש) ובכל מקרה שבו ניתנה הסכמה חופשית ואוטונומית מצד הנפגע, לדעתו אין להעמיד לדין את הפוגע ואין להענישו, שכן כאמור לא נפגעה זכותו של הנפגע.⁴⁹ לדבריו לא זו בלבד שהסכמת הקרבן גורמת לכך שלא תהא כל טענה כלפי הפוגע, אלא שהיא משנה את מהות הפגיעה עצמה. ההסכמה גורמת לכך שהחובה המוטלת על הפוגע שלא לפגוע בקרבן – מתבטלת (לפחות כל עוד ההסכמה היא רלוונטית). במובן זה ההסכמה משנה את מהותו של הנפגע ואין לראותו עוד כקרבן. לפי גישה זו, אם ההסכמה משנה את המהות של הפגיעה באופן שאין קרבן, כי אז לפחות לכאורה גם המדינה אינה רשאית להעלות כל טענה כלפי הפוגע.⁵⁰

way to understand this point is to recast it in terms of autonomy, a notion that meshes well with the attempt to locate the moral offensiveness of intending harm in using another. It might be suggested that it is a violation of my autonomy for others to use me for purposes that I reject; thus an appeal to autonomy appears to support a constraint against intending harm. But at the same time, might also be claimed that when I act freely – whether alone or in cooperation with others – for ends that I endorse, this is, in contrast, an expression of my autonomy”

שם. זו גם גישתו של מיל הטוען כי: "ברם יש חוג-פעולה שאין החברה (כניגוד ליחיד) מעוניינת בו אלא, לכל היותר, באופן בלתי-ישר. בחוג-פעולה זה כלולה פרשת חייו והתנהגותו של בן-אדם הנוגעת רק לו לעצמו, או הנוגעת גם לאחרים אך ורק בעקב הסכמתם לכך והשתתפותם החופשית, שאין בה לא משום אונס ולא משום אונאה". מיל, לעיל ה"ש 46, בעמ' 24.

פיינברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 35-36. כמו כן ראו: Michelle Madden Dampsey, *Victimless Conduct and the Volenti Maxim: How Consent Works*, CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY 11, 13-14 (Vol.7, 2013). דמפסי מסבירה שבאמצעות ההסכמה הנפגע אומר לפוגע כי הוא אינו חייב להתחשב בסיבות (הקשורות לקרבן בלבד) שמנעו ממנו לפגוע בו מלכתחילה. כך למשל, לא' אסור להכות את ב' בשל הפגיעה בא'. כאשר א' נותן את הסכמתו לפגיעה בו, הוא מקנה לב' את הזכות שלא להתחשב בסיבות אלה. בכך הוא מבטל את מהותו כקרבן. ראו: דמפסי, שם, בעמ' 21. לעניין השפעת הסכמת הנפגע על הנזק שנגרם לו ראו: John D. Harman, *Harm, Consent and Distress*, J. VALUE INQUIRY 293 (1981). למרות האמור לעיל ניתן להבין את דברי פיינברג לפי שתי אפשרויות פרשנות נוספות. לפי האחת הסכמת הקרבן יוצרת מצב שבו הפוגע פועל בשמו של הקרבן. לפיכך פעולת הפוגע מיוחסת לקרבן עצמו ולפיכך שהקרבן פוגע כביכול בעצמו. הפוגע לפי תפיסה זו הוא מכשיר של הקרבן לצורך הפגיעה בעצמו. ראו: JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW – HARM TO SELF* 176-177 (1986).

אלא שגם פיינברג פקפק באם אפשרות זו רלוונטית לכל הסיטואציות שבהן ההסכמה ניתנת. כאשר א' מבקש מב' שיכה אותו, אם ב' ימלא את בקשת א', ניתן לראותו כמכשיר של א', ובכך לראות את א' כפוגע בעצמו. אולם כאשר א' מסכים להסתכן (כפי שקורה במקרה של דו-קרב), אי-אפשר לראות את ב' כמכשיר של א' ולפיכך אי-אפשר לראות את א' כמי שפגע בעצמו. שם בעמ' 177. לפי אפשרות פרשנית נוספת, הסכמת הקרבן גורמת לכך שהוא לא יוכל להעלות כל טענה הנוגעת לפגיעה בו. במובן זה ההסכמה אינה משנה את מהות הפגיעה אלא היא גורמת

מכאן עולה שלפי פיינברג, ושלא כדעת פלר, הסכמת הנפגע היא חלק מהאינטרס המוגן שבבסיס "העברות הפרטיות" ובכללן עברת ההריגה. כלומר עברת ההריגה אינה באה להגן על קדושת החיים בלי קשר להסכמת הנפגע; היא באה להגן על חייו של אדם לבל יילקחו בלא הסכמתו.

בהקשר זה ראוי לציין שיש קשר הגיוני (גם אם לא מחויב) בין גישתו של פיינברג לשאלה הראשונה לבין עמדתו בעניין השאלה השנייה. אפשר לומר כי בשל העובדה שבעל האינטרס המוגן בעבירת ההריגה הוא הפרט, ולא החברה בכללותה, הסכמת הפרט תביא לזיכוי גם בעבירה זו.⁵¹ עם זאת, תיתכן גם האפשרות שבעל האינטרס המוגן בעבירת ההריגה יהיה הציבור בכללותו, ובכל זאת הסכמת האדם לפגיעה בו תהיה חלק מהאינטרס המוגן שבבסיס העבירה. לפיכך כאשר יומת אדם בהסכמה, האינטרס המוגן של החברה לא ייפגע, שכן יסוד ההסכמה הוא חלק מאינטרס זה.

גישתו של פיינברג באשר להסכמת הקרבן עולה בקנה אחד עם גישות של ליברליזם פוליטי הגורסות שהמדינה צריכה להיות ניטרלית בכל הנוגע למהות החיים הטובים (אנטי-פרפקציוניזם), ולהותיר לאדם את מרחב ההחלטה בעניין זה בכפוף לעקרון אי-גרימת נזק לאחר.⁵² לפי תפיסה זו, למדינה אסור לכפות על אזרחיה חוקים המקדמים תפיסה מסוימת של "טוב", בייחוד כאשר תפיסה זו שנויה במחלוקת או שניתן לחלוק עליה באופן סביר. גישה ניטרלית זו תאפשר לאדם לשמור על האוטונומיה שלו ולקדם את שאיפותיו בלי כפייה מצד המדינה.⁵³

לכאורה, לפי הגישה הניטרלית כאמור, אין המדינה מוסמכת לכפות על אדם איסור להמית את עצמו, או איסור לבקש מאחר להמיתו בהסכמה (ובעיקר במקרי המתות חסד). חוקים אלה מניחים תפיסה מסוימת של "טוב" (במקרה זה שחיי אדם

לכן שלנפגע לא תהא כל טענה כלפי הפוגע. גם אפשרות זו בעייתית מבחינת המשפט הפלילי, שכן אף אם הנפגע אינו יכול להעלות כל טענה כלפי הפוגע, המדינה רשאית לעשות זאת. ראו פיינברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 115–116. לעניין אפשרויות פרשנות אלה ראו גם: Gerald Dworkin, *harm and the Volenti Principle*, SOCIAL PHILOSOPHY & POLICY FOUNDATION 309, 318 (2012).

⁵¹ פיינברג מדגיש כי ייתכנו מקרים שבהם נסבור כי הנפגע לא באמת הסכים לפגיעה בו, לדעתו אין בכך כדי לשנות את הכלל שהנפגע רשאי להסכים לפגיעה בו ואף להריגתו, ובמקרים כאלה אין להעמידו לדין, שכן לא נעברה עברה. פיינברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 116.

⁵² פיינברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 59. וכן ראו: JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM*, 110 (1986).

⁵³ ג'ון רולס הוא אחד מההוגים הבולטים התומכים בגישה הניטרלית (אנטי פרפקציוניסטית). ראו: JOHN RAWLS, *THEORY OF JUSTICE*, 288–292 (1971). לפי רולס, התומך בגישת האמנה החברתית, האנשים במצב התחילי, אשר אינם יודעים מה תפיסת הטוב שלהם, לא יסכימו לקבל חוקים האוכפים "טוב" מסוים, שכן הם אינם יודעים אם זה יהיה "הטוב" שהם עצמם יבחרו בו. סביר להניח, טוען רולס, שיהיו מחלוקות בעניין מהות "הטוב", ולכן הם יעדיפו ניטרליות מצד המדינה. שם, בעמ' 288. לעניין ניטרליות המדינה ראו גם: ROBERT NOZICK, *ANARCHY, STATE AND UTOPIA* 272–273 (1974).

הם דבר טוב כשלעצמו). כמו כן, ולענייננו, למדינה אסור לכפות על אדם חוק האוסר עליו לסכן את עצמו, שכן ביסוד חוק זה מונחת התפיסה שהחיים הם דבר טוב ואסור לוותר עליהם. לפי רעיון הגישה הניטרלית, למדינה אין סמכות לכפות את ה"טוב" הזה.

רז (Raz), החולק על התפיסה הניטרלית של המדינה, סבור שלאוטונומיה של האדם יש ערך רק אם מגשימים אותה לצורך השגת "הטוב".⁵⁴ לדעת רז, המדינה אינה יכולה להיות ניטרלית בגישה ל"טוב", אך כדי לאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, אין היא יכולה להסתפק בתפיסה אחידה של "טוב", אלא היא צריכה ליצור כמה אפשרויות בעלות ערך מוסרי כדי שהאדם יוכל לבחור ביניהן.⁵⁵ עם זאת, גם לפי רז אסור למדינה לנקוט אמצעים עונשיים כדי לאכוף על האזרח לבחור ב"טוב" זה (בכפוף כמובן לכך שאין הוא גורם נזק לאחר).⁵⁶ מכאן עולה לכאורה שגם לפי רז אין המדינה מוסמכת לאכוף באמצעים עונשיים חוק האוסר על האדם להסכים לפגיעה בו או לקבל עליו את הסיכון למות כל עוד אין פגיעה באדם אחר.

היש כאן פגיעה בכבוד האדם?

על אף האמור לעיל, נשאלת השאלה אם בכל מקרה שבו ניתנה הסכמה של הנפגע (גם אם היא חופשית ומודעת) אין הציבור נפגע. האם לא ראוי להרשיע אדם שהרג אדם אחר תוך התעללות בו, אף שהנפגע הביע הסכמתו לכך? כך, למשל, בשנת 2000 שלח טכנאי מחשבים בן 42 בשם ארמין מייזוס (Armin Meiwes) בקשה באמצעות האינטרנט וחיפש בה אדם לשם הריגתו. חודשים מספר לאחר מכן ענה לו אדם בשם ברנד ברנדס (Bernd Brandes) שהוא מציע את עצמו להריגה, והוא גם יאפשר לו לאכול אותו. השניים החליפו מיילים בנוגע לפרטי ההריגה. וכך ב-9 במרץ 2001 הגיע ברנדס למייזוס. הוא בלע 20 כדורי שינה ושתה משקאות אלכוהוליים. מייזוס חתך אותו בזמן שהיה חי, אכל אותו וגרם למותו. האם לא ראוי להרשיע את מייזוס אף שמדובר במעשה שנעשה בהסכמה ולפיכך לא הייתה כאן פגיעה בזכותו של ברנדס?

לנוכח שאלה זו טענו כמה מלומדים כי הסכמה של הנפגע אינה מספקת כדי למנוע הפללה. יש להוכיח שמעשה ההריגה לא פגע בכבוד האדם של הקרבן. כבוד האדם הוא חלק מההומניות של כל החברה ועל כן פגיעה בכבוד האדם היא פגיעה בחברה כולה. מטעם זה סבר דף שיש לאסור תחרויות גלדיאטורים, אף אם ייעשו בהסכמה, בגלל:

54 רז, לעיל ה"ש 52, בעמ' 381.

55 שם, בעמ' 417.

56 שם, בעמ' 417-418. כלומר לפי רז הגישה הפרפקציוניסטית הנכונה מקדמת תפיסות מסוימות של טוב, אך אינה אוכפת תפיסות אלה באמצעים חוקיים – אזרחיים ועונשיים.

“[T]he dehumanization or degradation perpetrated by the gladiators on each other, and by the spectators on the gladiators and on themselves”.⁵⁷

כדי שמעשה לא ייחשב לפלילי, צריך אפוא להוכיח אחת משתיים: שלא הייתה פגיעה באינטרסים של הנפגע, או שהייתה פגיעה באינטרסים של הנפגע אך פגיעה זו לא הייתה כרוכה בפגיעה בזכותו של הנפגע וכן היא לא הייתה כרוכה בפגיעה בכבוד האדם.

אם ניישם תיאוריה זו לענייננו, אין לשאול רק אם המנוחים הסכימו להסתכן סיכון שהביא בסופו של דבר למותם, אלא גם אם מותם של המנוחים היה כרוך בפגיעה בכבוד האדם שלהם, ובעקבות זאת בפגיעה בחברה כולה. הבדיקה אם נפגע כבוד האדם אינה פשוטה, שכן אין הגדרה ברורה לכבוד האדם.⁵⁸ לדברי סטמן ניתן לזהות שתי גישות בסיסיות לשאלה מהי פגיעה בכבוד.⁵⁹ לפי גישה אחת, הפגיעה בכבוד היא כל פעולה בלתי מוסרית כלפי אדם. לפי גישה אחרת הפגיעה בכבוד האדם היא כל התנהגות המשפילה את האדם, מעליבה אותו או מבזה אותו.⁶⁰ המשותף להתנהגויות הללו הוא הורדת ערכו של האדם בעיני עצמו ובעיני זולתו.⁶¹ סטמן מחזיק בגישה השנייה הרואה בפגיעה בכבוד השפלה סובייקטיבית של הזולת, שכן גישה זו מספקת לדעתו לבתי המשפט דרך להשתמש במושג זה כמושג נורמטיבי מעשי.⁶² למרות זאת, יש שהדגישו את ההיבט האובייקטיבי שבמושג כבוד האדם, הנוגע לסטטוס המוסרי של האדם באשר הוא אדם. כך בעניין פרשת ברנדס גרסה ברגלסון (Bergelson) כי:

“Moreover, no matter how respectfully Armin Meiwes treated his victim, cannibalism by its very terms denies people equal moral worth, and thus assaults the victim’s dignity. The concept of dignity, therefore, does not refer to the subjective state of mind of the perpetrator or the victim

⁵⁷ R. A. Duff, *Harms and Wrongs*, 5 BUFF. CRIM. L. REV. 13, 39 (2001)

⁵⁸ ראו: בג"ץ 5688/92 שמואל ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993). כמו כן ראו: George Wright, *Consenting Adults: The Problem of Enhancing Human Dignity Non-Coercively*, 75 B.U. L. REV. 1397, 1398 (1995)

⁵⁹ דניאל סטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 544 (2001). ראו גם דיון במושג הכבוד בהקשר של המתות חסד: לאה ויזל הסכמת הקרבן במשפט הפלילי 183-191 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן - הפקולטה למשפטים, 2005).

⁶⁰ שם, בעמ' 544-545.

⁶¹ שם, בעמ' 548.

⁶² שם, בעמ' 544.

but has an 'objective' meaning".⁶³

מכל מקום על פי תפיסה זו, הפגיעה בכבוד האדם של הקרבן היא שתבדיל בין מקרי מוות שיביאו לזיכוי הנאשם (במקרה של הסכמה) ובין מקרי מוות שיביאו להרשעתו (למרות הסכמת הקרבן). לפי הגישה האובייקטיבית של כבוד האדם, דומני שחלק מהשיקולים שיש להביא בחשבון בבדיקה אם נפגע כבוד האדם הם השיקולים האלה: (1) האשמה הסובייקטיבית של ההורג. ככלל, ככל שהיסוד הנפשי יהיה חמור יותר, הפגיעה בכבוד האדם תהיה חמורה יותר. (2) מידת הקשר הסיבתי. כאשר כל שאר התנאים שווים, ככל שהקשר הסיבתי למוות ישיר יותר, אפשר לומר שהפגיעה בכבוד האדם של הקרבן רבה יותר.⁶⁴ (3) מצב הקרבן מלכתחילה (אם מדובר בחולה סופני או לא). אם אין נימוק סביר לרצונו למות, כי אז הפגיעה בכבוד האדם תהיה גבוהה יותר. כך, כאשר חולה סופני מבקש למות, הוא אינו מבטא זלזול בערך החיים, לפחות לא באותה מידה שבה אדם בריא מבטא זאת. שאלה נוספת שראוי לשאול היא אם הקרבן הסכים למותו או שמא הוא הסכים להסתכן במוות. הרעיון שבבסיס הבדל זה הוא שהסכמה ודאית למות מבטאת זלזול רב בערך של קדושת החיים ולפיכך בכבוד האדם יותר מאשר הסכמה להסתכן במוות שאינו ודאי.

ולענייננו, ברור שלפי גישתו של פלר, הסכמת המנוחים לא תועיל למניעת הרשעתו של המשיב, שכן הנפגע אינו יכול להסכים לפגיעה בערך השייך לחברה כולה. לעומת זאת, לפי גישתו של פיינברג בצירוף הדרישה שלא תוסב פגיעה בכבוד האדם, היה צריך לזכות את המשיב מעברת ההריגה, שכן במקרה זה לא נפגעה זכותם של המשיבים ולא נפגע כבוד האדם שלהם באופן שיפגע בחברה בכללותה. כך, לפי הגישה הסובייקטיבית, שסטמן מצדד בה, המנוחים לא הושפלו על ידי המשיב, לא בוזו על ידי ועל כן כבוד האדם שלהם לא נפגע. בשל כך הסכמת המנוחים להשתתף במרוץ צריכה במקרה זה להוות הגנה טובה למשיב מפני הרשעה בעברת ההריגה (היא כמובן לא תהיה רלוונטית באשר להרשעתו בסיכון חיי אדם במזיד בנתיב

⁶³ Vera Bergelson, *The Right to be Hurt: Testing the Boundaries of Consent*, 75 GEO. WASH L. REV. 165, 217 (2007). לגישה אובייקטיבית נוספת ראו: Meir Dan Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759, 772 (2000); רייט, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1398-1399. כן ראו: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.11.2009); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל א** 323, 351 (התשנ"ג); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271 (התשנ"ג).

⁶⁴ אני מודע לכך שניתן לחלוק על קביעה זו ולומר שהיחס המזלזל כלפי הקרבן אינו משתנה לפי מידת הקשר הסיבתי. עם זאת אני סבור שהאינטואיציה המוסרית שלנו מורה לנו שאדם מבטא זלזול רב יותר כאשר הוא גורם במעשה ישיר למותו של הקרבן (למשל עם יסוד נפשי של אדישות), לעומת אדם שאינו מציל אדם אחר בגלל אדישותו.

תחבורה). וכך, גם לפי הגישה האובייקטיבית לא נפגע כבוד האדם של המנוחים – אין כל שוני בהקשר זה בין מוות עקב מרוץ מכוניות מותר לבין מוות עקב מרוץ מכוניות אסור, וכפי שבמרוץ מכוניות מותר אין כבוד האדם נפגע, כך גם במרוץ מכוניות אסור אין כבוד האדם נפגע. גם אין הבדל, מבחינת הפגיעה בכבוד האדם, בין מוות בטביעה בים מסוכן לבין מוות עקב מרוץ מכוניות.

זאת ועוד, בכל המקרים הללו, היסוד הנפשי של המשיב לא היה ברמת החומרה הגבוהה. מדובר בקלות דעת ולא בכוונה להמית. הקשר הסיבתי למוות הוא מרוחק ובכל המקרים הללו הקרבן הסכים להסתכן במוות ולא הסכים שיהרגו אותו. לכן במקרים הללו אין פגיעה באנושיות של האדם ואין פגיעה בכבודו, ולפיכך גם החברה בכללותה לא נפגעה מעצם מותם של המנוחים.⁶⁵

חשוב להבהיר בשלב זה שמדובר כאן בהנמקה מסוג אחר לחלוטין מהנמקתם של השופטים הנדל וסולברג. לפי גישת השופטים, זיכוי המשיב מעברת ההריגה נבע מכך שהמנוחים (ולא המשיב) המיתו את עצמם. מימוש הסיכון על ידי המנוחים ניתק את הקשר הסיבתי בין פעולות המשיב למותם של המנוחים. לעומת זאת, לפי הגישה שהצגתי לעיל, הנובעת מגישתו של פיינברג, הסכמת המנוחים לסיכון היא נקודת המוצא לזיכוי ולא העובדה שהמנוחים במקרה זה המיתו את עצמם. הנימוק לזיכוי נובע מכך שבשל הסכמתם להסתכן במוות לא נפגעה זכותם של המנוחים לחיים (wrongful לפי פיינברג) ולפיכך גם אין לראות בהם קרבן. לפי גישה זו, התנהגות המשיב (בהנחה שאין בה פגיעה בכבוד האדם) אינה ראויה להפללה.

גם הנימוק הנוגע להיעדר פגיעה בזכות (פיינברג) ולהיעדר פגיעה בכבוד האדם (ברגלסון ורף) אינו חסין בפני ביקורת. ניתן לטעון, מבחינת המשפט הנוהג, שנימוק זה עלול להביא להתרת מקרים מסוימים של המתה שספק אם אנו מעוניינים להתירם. כך, טיעון זה יביא להתרה לכאורה של המתות חסד אקטיביות (שכן מדובר באדם המעוניין בכך ונראה שבמקרים אלה אין פגיעה בכבוד האדם. ייתכן שלהפך, אי-המתה תפגע בכבודו).⁶⁶ ייתכן שהטיעון אף יביא להתרת פגיעות או המתות חסרות קשר להמתות חסד אם אכן תהא הסכמה ולא תהיה פגיעה בכבוד האדם (למשל, דו-קרב).⁶⁷

ביקורת נוספת היא שלפי נימוק זה ייתכנו מקרים שבהם יהיה ראוי להעניק לנאשם הגנה חלקית אף שלפי האינטואיציה המשפטית יש להרשיעו ברצח. כך, על פי נימוק זה, בפרשת **ברנדס**, לא היה ראוי להרשיעו ברצח, אלא היה ראוי להעניק לו הגנה חלקית, שכן אמנם הנאשם פגע בכבוד האדם של קרבנו, אך בכל זאת הוא לא

⁶⁵ אמנם הסכמתם להסתכן במוות מהווה גם זלזול בכבודם (גם אין מדובר בחולה סופני), אך במכלול השיקולים אפשר לומר שלא הייתה פגיעה בכבוד האדם שלהם.

⁶⁶ לפי ויזל, למשל, כל עוד האדם חי, אי-אפשר לומר שהוא לא איבד את כבוד האדם שלו. ראו: ויזל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 185–186.

⁶⁷ דוורקין, לעיל ה"ש 50, בעמ' 313–321.

פגע בזכותו של הקרבן, שכן הסכים הקרבן להריגתו.⁶⁸ על ביקורת זו אפשר להשיב כי כאשר מדובר בפגיעה של ממש בכבוד האדם, הסכמת הנפגע חסרת תוקף, ולכן יש גם פגיעה בזכותו של האדם וגם פגיעה בכבוד האדם. לכן במקרים כגון אלה לא תינתן הגנה חלקית. לנוכח הביקורות, אעבור לנימוק הנורמטיבי השני.

2. נימוק נורמטיבי שני – לא נפגעו הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה

בחלק זה של המאמר יוצע נימוק נוסף ואחר מדוע אין להרשיע את המשיב בעברת ההריגה. כאן אציע ניתוח מורכב יותר של הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה ואראה שיש להם השפעה על הסכמת הקרבן בעברה זו.

הנחת המוצא בטיעון שלהלן היא שגבולות עברת ההריגה ראויים להיגזר מהערכים המוגנים שבבסיס העבירה. כך, המעשים האסורים שייכללו בעברת ההריגה צריכים להיות המעשים הפוגעים בערכים המוגנים שבבסיסה. ומנגד מעשים שאינם פוגעים בערכים מוגנים אלה ראוי שיוחרגו ממנה, אף שהם עונים מבחינה פורמאלית על הגדרת עברת ההריגה. לא כל התנהגות שגרמה למותו של אדם צריכה להיכלל בעברת ההריגה, שכן לא כל גרימת מוות פוגעת בערכים המוגנים כאמור.⁶⁹

נראה שבפסק הדין דילגו השופטים על שלב זה, אולי משום שהערך או האינטרס המוגן של עברת ההריגה נראה להם ברור – "קדושת החיים" כערך כללי.⁷⁰ אך ערך "קדושת החיים" חוק מלהיות ברור וישנן לפחות ארבע פרשנויות לערך זה. לא כל פרשנות עולה בקנה אחד עם עמדת בית המשפט (לפחות בכל הקשור לעמדה המרשיעה). יתרה מזו, ספק אם הפרשנות שככל הנראה בית המשפט מחזיק בה היא פרשנות ראויה לצורכי המשפט הפלילי. בשל חשיבות ערך "קדושת החיים" בכל

⁶⁸ ברגלסון, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 708.

⁶⁹ לחשיבות הפגיעה בערך המוגן בהגדרת העברה ראו: תפ"ח (מחוזי י-ם) 667/09 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס' 97 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 29.3.2012). בהמשך המאמר אני מציע כמה קריטריונים שלפיהם יהיה ניתן לקבוע מתי גרימת מוות תפגע בערכים המוגנים ומתי למרות גרימת המוות, לא יפגעו הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה. הדגש הוא שלא בכל מקרה שבו מיהו גרם למוות במובן של סיבה בלעדית אין, יפגעו הערכים המוגנים של עברת ההריגה. כפי שאציין בהמשך – ניתן לומר כי במקרה בו הערכים המוגנים של העבירה לא נפגעו הרי שלא מתקיים הקשר הסיבתי המשפטי.

⁷⁰ פרשת **מרוץ המכוניות**, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין. וכך הוא כותב: "כשלעצמי אדגיש לעניין המדיניות השיפוטית, כי לידי ב'משחקי חיים' מסוג זה נחוצה הרתעה, ובתי המשפט נדרשים להרים תרומתם למיגורם, באשר מלבד סיכון מיותר אין בהם דבר, ועומדים הם בסתירה לעיקרון היסודי והמובן כל כך של קדושת החיים. פעולה שכל כולה התרסה בוטה כלפי קדושת החיים, ראויה למדיניות שיפוטית מחמירה ולפרשנות נורמטיבית בהתאם, כעובר כחוט השני בחוות דעת חברתי".

הנוגע לעברות המתת אדם בכלל, ולהרשעת המשיב בפרט, ולאור הקשר ההדוק בין משמעות ערך זה לבין הנימוק שאציע להלן, אעבור כעת לניתוח ערך "קדושת החיים".⁷¹

(א) פרשנויות אפשריות לערך "קדושת החיים"

אף שהאיסור להמתת אדם הוא איסור מקובל לאורך כל ההיסטוריה האנושית, דומה שהשאלה מהו הרציונל שבבסיס איסור זה אינה שאלה קלה כלל. כפי שמקמהן (McMahan) מציין:

"There is no moral belief that is more universal, stable, and unquestioned, both across different societies and throughout history, than the belief that killing people is normally wrong. Yet no one, to my knowledge, has ever offered an account of why killing is wrong that even begins to do justice to the full range of commonsense beliefs about the morality of killing. Perhaps the overwhelming obviousness of the general belief – its luminous self-evidence – discourages inquiry into its foundations".⁷²

(1) התשובה הסבירה והאינטואיטיבית ביותר שניתנה לשאלה זו היא שהמתת אדם גורמת נזק כבד ומהותי לקרבן עצמו. המתת אדם פוגעת בכל ההנאות והאפשרויות העתידיות של הקרבן. וכך כותב מרקיוס (Marquis):

"What primarily makes killing wrong is [...] its effect on the victim. The loss of one's life is one of the greatest losses one can suffer. The loss of one's life deprives one of all the experiences, activities, projects, and enjoyments which would otherwise have constituted one's future. Therefore, killing someone is wrong, primarily because the killing

⁷¹ על פי דוורקין, למשל, הדעות השונות באשר למשמעות הערך "קדושת החיים" הם מקור המחלוקת בנוגע להפלות ולהמתות חסד. ראו: RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION – AN ARGUMENT ABOUT ABORTION AND EUTHANASIA 71 (1993).

⁷² JEFF MCMAHAN, THE ETHICS OF KILLING: PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE 189 (2002).

inflicts [...] the greatest possible losses on the victim".⁷³

לפי עמדה זו, ערך החיים טמון בפוטנציאל המימוש של חיים אלה. לפי הסבר זה, הגיוני להתיר מבחינה מוסרית (לאו דווקא מבחינה משפטית) התאבדות והמתות חסד אקטיביות, שכן הקרבן הוא בעל האינטרס של הטוב העתידי הזה ולפיכך הוא רשאי לוותר עליו.⁷⁴

(2) ההסבר השני שניתן לאיסור המתת אדם נוגע למאפיין ייחודי של האדם והוא האוטונומיה שלו לתכנן ולכתוב את סיפור חייו בעצמו.⁷⁵ (ולפי מקמהן יכולת זו מאגדת בתוכה כמה מאפיינים כגון ניתוח אנליטי, שיפוט, בחירה, דמיון ועוד).⁷⁶ הסבר זה שונה מההסבר הראשון בכך שאינו מתמקד בטוב העתידי שנמנע מן האדם, שכן טוב זה משתנה מאדם לאדם, אלא בערך האוטונומיה שיש לכל אדם מעצם היותו אדם. על פי הסבר זה, המתת אדם אסורה היות שהיא פוגעת בקרבן עקב פגיעתה בערך המייחד אותו, שהוא האוטונומיה שלו. מקמהן מדגיש שלא מדובר בערך המנותק מן האדם הקונקרטי, כלומר הפגיעה בערך משמעה פגיעה באדם עצמו. גם לפי גישה זו, מכיוון שהמאפיין המהותי המייחד את האדם משאר האובייקטים בטבע הוא האוטונומיה שלו, הוא רשאי להחליט באופן אוטונומי לסיים את חייו בין באמצעות התאבדותו ובין באמצעות אדם אחר.⁷⁷

לפי שתי הגישות הללו האיסור להרוג נובע אפוא מפגיעה באדם קונקרטי, בין בגלל מניעת הטוב העתידי הצפוי לו ובין בגלל הפגיעה בערך הייחודי (האוטונומיה) המייחד את האדם כאדם.

(3) ההסבר השלישי לאיסור המתת אדם קשור לגישתו של קאנט בדבר הערך האינטרניזי שיש לכל אדם באשר הוא אדם.⁷⁸ ערך זה נובע מכך שהאדם הוא יצור רציונאלי ואוטונומי המחוקק את חוקיו לעצמו.⁷⁹ בהקשר זה חשוב לציין שקאנט וממשיכיו מבחינים בין הטוב השייך לאדם לבין ערכו של האדם כשלעצמו הנובע

⁷³ Don Marquis, *Why Abortion is Immoral*, 86 JOURNAL OF PHILOSOPHY 183, 189 (1989). ראו גם: JAMES RACHELS, *THE END OF LIFE: EUTHANASIA AND MORALITY* (1986) וכן מאמרו של רייצ'לס' הדוחה את כל האפשרויות לרבות האפשרות הקאנטיאנית שאציין בהמשך: James Rachels, *The Value of Human Life*, 2 PHILOSOPHICAL INQUIRY 3 (2002).

⁷⁴ מקמהן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 464.

⁷⁵ לעניין הגדרה זו ראו: רז, לעיל ה"ש 52, בעמ' 369.

⁷⁶ מקמהן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 242-243, 257.

⁷⁷ שם, בעמ' 464.

⁷⁸ לעניין ערך אינטרניזי ראו: דוורקין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 71-72. לדבר יש ערך אינטרניזי אם יש לו ערך עצמאי וחסר קשר לצורך של האדם (או של כל אובייקט אחר) בו.

⁷⁹ עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות 106-108 (חנן אלשטיין תרגם, 2010).

כאמור מהיותו רציונאלי ואוטונומי.⁸⁰ על הטוב השייך לאדם, הוא יכול לוותר, שכן הוא מוותר על דבר מה השייך לו, ואילו על ערכו האינטרינזי של האדם כשלעצמו אין הוא יכול לוותר. ערך זה אינו שייך לו אישית אלא זהו ערך מוסרי כללי.⁸¹ לכן טען קאנט שההתאבדות אסורה, שכן אף אם האדם רשאי לוותר על הטוב השייך לו (החיים הפיזיים שלו והאפשרויות העתידיות שלו), אין הוא יכול להסכים לפגיעה בערך האינטרינזי של האדם אשר אינו שייך לאף אדם ספציפי.⁸² זאת ועוד, ניתן לומר שערך "קדושת החיים" משמעו שלחיי האדם יש ערך פנימי שאינו קשור לאדם באופן אישי. ערך זה נוגע לכל אדם באשר הוא אדם בלי קשר לרציונאליות או לאוטונומיה שלו.⁸³

(4) הסבר נוסף לאיסור נובע מעיקרון דתי הקובע כי לחיי אדם יש קדושה מצד עצמם (בין משום שגוף האדם אינו שייך לו אלא לאל, בין משום שהאדם נברא בצלם אלוהים, ובין בשל צו אלוהי שאסור לאדם לפגוע בגופו). ועל כן אסור לאדם להתאבד ואסור לבצע בו המתת חסד אקטיבית גם אם הוא סובל מכאבים עזים.⁸⁴

שתי הגישות הראשונות ל"קדושת החיים" לכאורה אינן יכולות לשמש בסיס לעמדה המרשיעה במקרה שבו הנפגע קיבל עליו את הסיכון. הנימוק לכך הוא שלפי שתי גישות אלה הסכמת הנפגע אמורה למנוע את הרשעתו של הפוגע (בעברת ההריגה) הואיל והאדם הספציפי הוא בעל הערך המוגן, בין שמדובר בטוב העתידי שלו ובין שמדובר באוטונומיה שלו (בהנחה שזהו הנימוק היחיד לאיסור הריגה), והוא

⁸⁰ David J. Velleman, *A Right of Self-Termination?* 109 ETHICS, 606, 611 (1999)

⁸¹ שם, בעמ' 609, 611.

⁸² קאנט, לעיל ה"ש 79, בעמ' 86-88. וולמאן מסביר שהאיסור להתאבד ולהמית המתת חסד נובע מכך שנפעולות אלה האדם הופך את ערכו המוסרי של האדם לאמצעי למימוש הטוב האישי שלו ולא למטרה בפני עצמה. שם, בעמ' 613.

⁸³ JONATHAN HERRING, *MEDICAL LAW AND ETHICS* 502-503 (2010). יש שטענו בהקשר זה כי ערך "קדושת החיים" כפי שתואר הוא ערך דתי בלבד ועל כן הוא אינו רלוונטי לחוק. שם, בעמ' 505. דוורקין סבר כי ניתן לייחס ערך אינטרינזי לחיים בלא קשר לדת. ראו: דוורקין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 81-84.

פיינברג דוחה את הבנתו של קאנט באשר למושג האוטונומיה בהיותה מנותקת מן האדם הקונקרטי. לפי פיינברג משמעות האוטונומיה של האדם היא מתן משמעות לבחירות ולרצונות שלו ולא לרציונליות ולאוטונומיה מופשטת הקשורה למושג "אדם" באופן כללי אך מנותקת מן הפרט הקונקרטי. ראו: פיינברג, לעיל ה"ש 50, בעמ' 94-96. לדבריו: "[R]espect for a person's autonomy is respect for his unfettered voluntary choice as the sole rightful determinant of his actions except where the interests of others need protection from him." שם, בעמ' 68.

⁸⁴ משה גרינברג "ערך החיים במקרא" **קדושת החיים וחירוף הנפש: קובץ מאמרים לזכרו של אמיר יקותיאל** 35, 37 (ישעיהו גפני ואביעזר רביצקי עורכים, התשנ"ג). כן ראו: הרב חיים דוד הלוי "קדושת החיים וחירוף נפש: תרתי דסתרי?", שם, בעמ' 19. רייצ'לס מציין גם הוא גישה זו אך דוחה אותה. ראו: רייצ'לס, לעיל ה"ש 73, בעמ' 7.

רשאי לוותר על דברים השייכים לו.⁸⁵

לעומת זאת, הגישה השלישית או הרביעית יכולה לשמש בסיס לעמדה המרשיעה בפרשת **מרוץ המכוניות**.⁸⁶ לכאורה רק גישות אלה גורסות שהפגיעה באמצעות מעשה ההריגה אינה מתמקדת בקרבן המסוים אלא נוגעת לערך כללי שאינו מיוחס דווקא לו. מכוח עמדות אלה אפשר לטעון כי אף שהקרבן קיבל עליו את הסיכון למות (כפי שאירע בפרשת **מרוץ המכוניות** ובפרשת **לורנס**), בכל זאת נפגע הערך המוגן שהוא ערך כללי שאינו מיוחס לאדם המסוים.

האם ראוי להתחשב בשתי תיאוריות אחרונות אלה במשפט הפלילי? הגישה הרביעית מוקשית, שכן לא ראוי להשתמש בערכים התלויים בתפיסת עולם דתית של קבוצות בחברה (כל עוד ערכים אלה לא אומצו בחוק ספציפי) לצורכי הפללה במשפט הפלילי. אני סבור שגם הגישה השלישית אינה ראויה לשמש בסיס לערך המשפטי המוגן של "קדושת החיים". ראשית, גם לפי גישה זו החברה אינה נפגעת (וגם לא האדם הקונקרטי) עקב הפגיעה בערכו האינטרינזי של האדם, כפי שפורש על ידי קאנט. הנפגע הוא המוסר הכללי.⁸⁷ שנית, אף אם נאמר שפגיעה במוסר הכללי היא כשלעצמה פגיעה בחברה, בכל זאת לדעתי קביעת מדיניות הפללה על יסוד פגיעה בערך מוסרי כללי אינה מבחינה כראוי בין המוסר לבין המשפט. ספק אם פגיעה בערך מוסרי כללי, בלא פגיעה ממשית באדם או בחברה, ראויה לשמש בסיס להרשעה במשפט הפלילי.⁸⁸ יש להדגיש כי אינני חולק בהכרח על כך שיש ערך מוסרי אינטרינזי לאדם, שאינו קשור בטוב השייך לאדם, אלא שספק אם פגיעה בערך זה בלבד, בלא פגיעה ממשית בקרבן או בחברה (או למצער חשש לפגיעה כזאת), היא בסיס ראוי להרשעה במשפט הפלילי.⁸⁹

בהקשר זה ניתן להעלות את הטענה שאף אם "קדושת החיים" היא ערך מוסרי כללי, פגיעה בערך זה משולה לפגיעה ברגשות הציבור ולכן היא מסבה נזק לחברה

⁸⁵ טענה זו מותנית בהיעדר גישה פטרנליסטית הקובעת שלאדם אסור לוותר על זכותו לחיים במקרים של סיכון עצמי.

⁸⁶ פרשת **מרוץ המכוניות**, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁸⁷ וולמאן, לעיל ה"ש 80, בעמ' 609, 611.

⁸⁸ זו הייתה עמדתו של הארט. לדעתו האיסור להמית או לתקוף, גם אם נעשו בהסכמה, אינו מבקש לאכוף את הערך של "קדושת החיים" אלא הוא נובע מפטרנליזם. כלומר לפי דבריו גם אם יש ערך כללי של קדושת החיים, שאינו קשור לאדם הקונקרטי, אין הוא ראוי לאכיפה במשפט הפלילי, שכן הדבר יהווה אכיפת מוסר ומטרת המשפט הפלילי היא למנוע נזק. ראו: ה.ל.א. הארט **חוק, חירות ומוסר** 68–70 (אליה גילדין מתרגמת, 2006). כמו כן ראו: דוורקין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 157.

⁸⁹ יתרה מזו, אף אם נאמר שפגיעה בערך מוסרי כללי כמו המוסר הקאנטיאני יכולה לשמש בסיס לאיסור במשפט הפלילי, לא ברור אם אין ערכים אחרים שהערך האינטרינזי שצוין לעיל אינו ניגף מפניהם, כגון האוטונומיה של הנפגע להחליט להסתכן.

וראויה להיכלל במשפט הפלילי. אני סבור שעמדה זו מוקשית משני כיוונים: ראשית, אף אם ניתן לראות בפגיעה ברגשות הציבור פגיעה מהותית הראויה להיכלל במשפט הפלילי, לדעתי לא ראוי להרשיע אך בגינה ברצח או בהריגה (בהנחה שהייתה הסכמה מצד הנפגע), בלא שהייתה פגיעה מוחשית יותר בקרבן או בחברה. שנית, אם בפגיעה ברגשות הציבור עסקינן, הרי פגיעה זו משתנה ממקרה למקרה. למשל, פגיעה ברגשות הציבור בשל המתת אדם בריא שביקש למות אינה דומה לפגיעה ברגשותיו במקרה שבו חולה סופני התחנן לפני רופאו שימיתתו. ושני מקרים אלה אינם דומים מבחינת הפגיעה ברגשות הציבור לפרשת **מרוץ המכוניות**. ספק אם נפגעו רגשות הציבור **מגרימת מותם** של המנוחים על ידי המשיב (כלומר ייתכן שהייתה פגיעה ברגשות הציבור מעצם מותם אך לא מהתנהגות המשיב שגרמה למותם).

לאור הפרשנויות שהוצגו לעיל בדבר ערך "קדושת החיים" ניתן היה לנתח את המחלוקת בין העמדה המרשיעה בפרשה לעמדה המזכה בה כמחלוקת בדבר פרשנות ערך "קדושת החיים". על פי העמדה המרשיעה, הסכמת הנפגע אינה רלוונטית למניעת הרשעת המשיב, שכן הערך המוגן של "קדושת החיים" שבבסיס עברת ההריגה הוא ערך נפרד שאינו קשור לאדם הקונקרטי. לפיכך הנפגע גם אינו יכול לוותר עליו, והסכמתו להסתכן אינה רלוונטית.

לעומת זאת, לפי העמדה המזכה ערך "קדושת החיים" (**לפחות מבחינת יישומו במשפט הפלילי**) אינו מנותק מן האדם הקונקרטי, ועל כן הסכמת הנפגע במקרה זה יכולה לשמש למניעת ההפללה. לכאורה, לו שופטי העמדה המזכה היו סבורים שערך "קדושת החיים" מנותק מן האדם הקונקרטי (והוא ערך מוסרי כללי), הרי הסכמת הנפגע להסתכן לא הייתה רלוונטית בעיניהם כלל ולא הייתה עוזרת במניעת הרשעתו של המשיב.⁹⁰

אך כפי שציינתי בפרק א לעיל, דומה שהמחלוקת בין הצדדים אינה טמונה בפרשנות ערך זה. גם לפי הגישה המזכה הנפגע אינו רשאי לוותר על זכותו לחיים (בין שמדובר בערך אינטרינזי ובין שמדובר בעמדה פטרנליסטית), אולם לפי עמדה זו היה ראוי לזכות את המשיב משום שלא הוא המית את המנוחים אלא המנוחים הם שהמיתו את עצמם (בשל הסכמתם להשתתף במרוץ ובשל האוטונומיה שלהם לבחור להשתתף במרוץ עצמו).

אף שעורך "קדושת החיים" המיושם במשפט הפלילי נוגע לדעתי לאדם מסוים

⁹⁰ אני ער לכך שהצבת המחלוקת בצורה זו באשר לעמדה המרשיעה אינה האפשרות היחידה. ייתכן שהעמדה המרשיעה גורסת ש"קדושת החיים" אינה ערך המנותק מן האדם הקונקרטי (האפשרות הראשונה והשנייה), ובכל זאת מטעמים פטרנליסטיים שלפיהם לאדם אסור להזיק לעצמו, המדינה אוסרת על האדם לוותר על חייו או לסכן אותם. למרות זאת נראה מפסקי הדין שצוינו לעיל בה"ש 39, כי הטיעון הפטרנליסטי לא היה רלוונטי להרשעה, ובאופן כללי נראה שהעמדה הרווחת בבית המשפט היא העמדה הרואה ב"קדושת החיים" ערך אינטרינזי המנותק מהאדם הקונקרטי.

(כמפורט בגישה הראשונה והשנייה, או שלמצער זוהי הפגיעה החשובה כאשר מדובר בהמתת אדם), אני סבור שבמרבית מעשי המתת אדם החברה נפגעת פגיעה שאינה קשורה לערך "קדושת החיים". הפגיעה בחברה (להבדיל מהפגיעה בנפגע המסוים) נגרמת בשל כרסום בתחושת הביטחון הבסיסית שלה. ניתן אפוא לפצל את הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה לשניים: הגנה על חייו של האדם בשל המשמעות שאנו מקנים לחיים אלה, והגנה על תחושת הביטחון הבסיסית של כלל האוכלוסייה. לאחר הבהרות אלה אעבור כעת לטיעון המוצע במאמר. תחילה אתארו בקצרה ובקווים כלליים ולאחר מכן ארחיבם.

(2) מבנה הטיעון והבהרות

מבנה הטיעון:

1. בבסיס עברת ההריגה לא עומד ערך מוגן אחד של "קדושת החיים" אלא שני ערכים מוגנים נפרדים: האחד הוא הגנה על חיי האדם המסוים הצפוי להיפגע מהעברה, והאחר הוא מתן תחושה בסיסית לכלל החברה שהיא מוגנת. בלא עברת ההריגה תחושת הביטחון הבסיסית הייתה נפגעת במידה ניכרת ועמה גם הייתה נפגעת האוטונומיה של האדם לפתח את עצמו, שכן הוא היה עסוק בהתגוננות ובפחד מפני תקיפות מצד אנשים אחרים. יש לציין ששני ערכים אלה, בשינויים המחויבים, רלוונטיים לא רק לעברת ההריגה אלא לכל עברות האלימות ובהן אינוס (סעיף 345 לחוק העונשין), חבלה חמורה (סעיף 333 לחוק העונשין) ופציעה (סעיף 334 לחוק העונשין). כך, בלא עברת האינוס, לא רק הנאנסת הייתה נפגעת אלא תחושת הביטחון של כלל הנשים הייתה נפגעת במידה רבה. לאור האמור, אף שטיעון זה מתמקד בעברת ההריגה, ניתן ליישמו בשינויים המחויבים בנוגע לכלל עברות האלימות.⁹¹
2. הערך הראשון, הנוגע לחיי האדם עצמם, מופנה בראש ובראשונה לפרט עצמו ולא לכלל החברה.⁹² הערך השני, הנוגע לתחושת הביטחון הבסיסית של כלל האזרחים, קשור באופן טבעי לכלל החברה ולא לאדם מסוים.
3. כל אזרח רשאי להסכים לפגיעה בערך המוגן הראשון, שהוא הגנת חיי האדם, כאשר הפגיעה קשורה אליו במישרין, אך הסכמתו לא תועיל כאשר מדובר בפגיעה בערך השני, הנוגע לתחושת הביטחון הבסיסית, שכן ערך זה כאמור

⁹¹ בהקשר זה ראו גם: לעיל ה"ש 7, שם ציינתי כי עברת האינוס שונה מהעברות השונות שצוינו כאן משום שרכיב היעדר ההסכמה בה מהווה חלק מהגדרת העברה ולפיכך אם ניתנה הסכמה לא בוצעה עברה כלל.

⁹² אין כוונתי לטעון שהעברה אינה מבקשת להגן על חייו של כל פרט בחברה. כוונתי לטעון שבעת ביצוע מעשה הריגה כלפי פרט מסוים, בהיבט אחד הפרט הוא שניזוק ולא החברה.

- קשור לכלל האוכלוסייה ולא לאדם מסוים.
4. לא כל התנהגות שגרמה (במובן של סיבה בלעדית אין) למותו של אדם בהכרח פוגעת בשני הערכים המוגנים שצוינו בסעיף 1 לעיל. ייתכנו מקרים שבהם לא תיפגע תחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה (הערך המוגן השני), ובמקרים אלה הסכמת הנפגע תועיל למניעת ההרשעה. מנגד ייתכנו מקרים שבהם הסכמת הנפגע לא תועיל למניעת ההרשעה ואלה המקרים שבהם יש בכל מקרה פגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה.
5. במקרה שנדון בפסק הדין בפרשת **מרוץ המכוניות** לא נפגעה תחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה ולפיכך הסכמת הקרבן להשתתף במרוץ המכוניות אמורה להוציא את התנהגות המשיב מגדר עברת ההריגה.⁹³

הערכים המוגנים שבבסיס עבירת ההרגה

כדי לבחון מהם הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה אני סבור שעלינו לבצע תרגיל מחשבה הובסיאני ולשאול: מה היה קורה בעולם לו לא היה קיים איסור ההמתה? כך נוכל להבין על מה עברת ההריגה מבקשת להגן. נראה כי בלא איסור זה עלולים להיפגע שני אינטרסים חשובים: חיי אדם ותחושת הביטחון. בלא עברת ההריגה היה חשש ברור שאנשים ימותו מתקיפות מצד אנשים אחרים (ואינטרס זה משתלב בשתי הגישות הראשונות שצוינו לעיל: פגיעה בטוב העיתי השייך לאדם ופגיעה באוטונומיה של האדם לכתוב את סיפור חייו בעצמו). האינטרס השני שהיה עלול להיפגע הוא כאמור תחושת הביטחון הבסיסית של החברה. בלא עברת ההריגה היה חשש שחינו יהיו רצופים התגוננות ופחד מפני פגיעות למיניהן שעלולות לגרום למוות. במצב זה אף לו אנשים היו מצליחים לשמור על חייהם, ולא היו מתים, עדיין ייתכן שהם היו חיים בפחד ובאיום מתמיד מפני המוות. פחד זה היה מביא לפגיעה ניכרת בתחושת הביטחון הבסיסית של האדם ולפיכך לפגיעה של ממש באוטונומיה שלו, שכן במצב זה יקשה עליו לממש את שאיפותיו ולתכנן את חייו באופן סביר. בהקשר זה ראוי להביא את דבריו של הובס על המצב הטבעי:

"במצב זה של אי-בטחון הדדי, אין לו לאדם דרך נבונה יותר להבטיח את עצמו, מאשר אם יקדם את הרעה, זאת אומרת, בחזקת יד או בתחבולות ערמה ישתלט על כל מי שיוכל, עד שלא יראה עוד כוח אחר שיהא בו כדי לסכן את קיומו [...] כל אותן התוצאות שמביא אפוא זמן של מלחמה, כשכל אדם אויב לכל אדם, – כל אותן התוצאות כרוכות גם בזמנים, כשבני-האדם חיים בלי כל ערובה

⁹³ לביקורת פוטנציאלית שלפיה גם במקרה של מרוץ מכוניות תחושת הביטחון של החברה נפגעת בגלל החשש מפגיעה בעוברי אורח תמימים, ראו להלן בסוף חלק זה.

לבטחונם [...] במצב כזה [...] אין חברה. ומה שגרוע מכל – פחד בלתי-פוסק מפני מיתה בידי כוח הזרוע, שסכנתה אורבת בכל עת. האדם חי חיי בדידות, חיים דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים".⁹⁴

לולא היה קיים איסור ההמתה, הבעיה לא הייתה מסתכמת בכך שאנשים היו נלחמים זה בזה כל הזמן ואף מתים עקב כך. הבעיה העיקרית הייתה, שגם השורדים היו חיים בתחושת אימה ופגיעה בביטחון. בעקבות זאת הייתה נפגעת גם האוטונומיה שלהם.⁹⁵ חשוב לציין בהקשר זה שהפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית אינה נוגעת לאדם ספציפי אלא לכלל החברה, שכן במצב זה כל אדם חושש לגורלו אף אם לא הוא שנפגע באופן פיזי ממשי.

וידגש מיד, אף אם לא היינו מגיעים למצב הטבעי הקיצוני שתואר הובס של מלחמת הכול ככול, בכל זאת היה חשש שבלי איסור ההמתה חלק מן האנשים היו מנסים לתקוף, לפגוע או להמית אנשים אחרים (בשל שנאה, טובות הנאה, הישרדות ועוד) ודי היה בכך לגרום, לפחות לכאורה, לחשש ניכר מפני תקיפות אלה. וכך מתאר נויזיק (Nozick) את מצב החברה בהיעדר חוקים נגד המתה, תקיפה, אונס וכדומה:

"A system that allowed assaults to take place [...] would lead to apprehensive people, afraid of assault, sudden attack, and harm [...] to avoid such general apprehension and fear, these acts are prohibited and made punishable".⁹⁶

מהאמור לעיל עולה שעברת ההריגה מבקשת להגן על שני ערכים: האחד נוגע לחיים עצמם, והשני נוגע לתחושת הביטחון הבסיסית של כלל האזרחים בחברה, שלא יחיו בפחד ובהתגוננות מפני תקיפות מצד אנשים אחרים.⁹⁷

⁹⁴ תומס הובס לויטן: או החומר, הצורה והשלטון של קהילה כנסייתית ואזרחית 114–116 (יוסף אור מתרגם, התשכ"ב).

⁹⁵ לעניין זה ראו: GREGORY S. KAVKA, HOBBSIAN MORAL AND POLITICAL THEORY 82 (1999): "It is vitally important to recognize the rational element in Hobbes's account of death – avoidance, for this makes clear that self preservation solely for its own sake, that is, mere survival, is not the guiding value of Hobbes's philosophy. Thus, Hobbes's view of the importance of survival does not commit him to ignoring quality of life consideration in favor of mere longevity. Further [...] it is the rational fear of death that plays a critical role in Hobbes's political philosophy. This fear is the source of both the greatest threat to humankind – the war of all against all"

⁹⁶ נויזיק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 66.
⁹⁷ להרחבה בעניין שני ערכים מוגנים אלה ראו: רוני רוזנברג "ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט

כלפי מי הערכים המוגנים הללו מופנים?

בהמשך לאמור לעיל יש לשים לב ששני הערכים הללו שונים זה מזה גם בנוגע למושא הגנתם. טענתי היא שהערך הנוגע לשמירה על חייו הפיזיים של האדם נסב על הפרט, ואילו הערך הנוגע לתחושת הביטחון הבסיסית של כלל האוכלוסייה נסב באופן טבעי על כלל החברה ולא על הנפגע עצמו. כאשר אדם נרצח, נפגע הערך המוגן הנוגע לפגיעה הממשית בחיי הנרצח, ונפגעת גם תחושת הביטחון של כלל החברה בשל רצח זה. במצב זה גם אנשים שלא נפגעו כלל מהמעשה הפיזי, חוששים יותר מפני תקיפה פוטנציאלית אחרת, והם מגנים על עצמם יותר, ובכך גם נפגעת האוטונומיה שלהם לנהל חיים סבירים (כמובן שככל שמספר הרציחות יגבר כן תיפגע יותר האוטונומיה של האדם המודע לרציחות אלה).

גישה זו שונה מהגישה המסורתית כאמור באשר לערך המוגן שבבסיס עברת ההריגה ומהגישה של פיינברג שהוצגה לעיל. הגישה המסורתית ראתה בערך "קדושת החיים" ערך מוגן של כלל החברה, בלי קשר לפגיעה בתחושת הביטחון של כלל האוכלוסייה, וגישתו של פיינברג לעומת זאת ראתה במעשה ההריגה פגיעה בפרט ולא פגיעה בציבור, ועל כן סיווגה את עברת ההריגה לקבוצת "העברות הפרטיות" ולא "הציבוריות".

הגישה המודגשת כאן גורסת כאמור שהסיבה העיקרית לכך שהחברה נפגעת בעקבות מעשה הריגה אינה הפגיעה בערך המוסרי הכללי של "קדושת החיים", אלא הפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה. ויצוין, איני מבקש לטעון כלל שערך "קדושת החיים" אינו ערך שעל החברה להגן עליו. החברה חייבת להגן על ערך חשוב זה, אך לא מכיוון שמדובר בערך מוסרי כללי אלא משום שהחברה רואה בו ערך חשוב שאינו מנותק מהאדם הקונקרטי (לפחות ככל שמדובר במשפט הפלילי).⁹⁸

כל אזרח רשאי לוותר על ערך מוגן הנוגע אליו אישית אף כאשר מדובר בערך "קדושת החיים"

הואיל וערך קדושת החיים, הנוגע להגנה על החיים הפיזיים של האדם, קשור באופן אישי לפרט עצמו, אני סבור שהנפגע עצמו רשאי להסכים לפגיעה בערך זה. עם זאת, כאשר מדובר בהריגה שתפגע גם בערך המוגן השני, הנוגע לתחושת הביטחון של כלל החברה, הנפגע עצמו לא יוכל להסכים לפגיעה בו, כיוון שפגיעה זו בכל זאת תפגע

הפלילי – לקראת תיאוריה חדשה" (עתיד להתפרסם בספר קרמניצר, 2014) וכן ראו: רוני רוזנברג **השפעתן של הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל במשפט הפלילי הישראלי** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, 2010). זאת ועוד, ניתן לומר שבמעשה הריגה נפגע לא רק הקרבן עצמו אלא גם משפחתו ומכריו בשל הצער והאבדן. טענה זו בהקשר של הסכמת הקרבן ראו להלן בעמ' 29.

⁹⁸ דף, לעיל ה"ש 44.

בתחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה.

בקשר לאמור אפשר לכאורה לטעון שהאדם לא יוכל להסכים לפגיעה בו משום שמעשה ההריגה פוגע לא רק בקרבן עצמו אלא גם במשפחתו ובמכריו ומסב להם צער וכאב (וייתכנו גם השפעות כלכליות וכדומה). אני סבור שגם אם אכן יש פגיעה נוספת בסובבים את הקרבן, בכל זאת זו פגיעה משנית ולא ברור אם המשפט הפלילי נועד להגן על אינטרסים מעין אלה. זאת ועוד, לדעתי גם אם מכרים וקרובים נפגעים ממות הקרבן, פגיעה זו ניגפת מפני האוטונומיה של האדם לבחור את בחירותיו בעניין חייו ומותו.

ויודגש, אף שמדובר בערך חשוב של חיי אדם, אין זה ערך מוחלט במשפט הפלילי (במובן זה שאי-אפשר לוותר עליו כלל), שכן לעתים המשפט אינו מחשיב התנהגויות מסוימות להתנהגויות פליליות אף שמות אדם נגרם בעקבות התנהגויות אלה. ניתן לראות זאת בדוקטרינת המחדל במשפט הפלילי. על פי סעיף 18(ג) לחוק העונשין אי-אפשר להרשיע אדם במחדל אלא אם כן אותרה חובה לפעול. קביעה זו נכונה לכל העברות לרבות עברות ההמתה. כך, כאשר מבקשים להרשיע נאשם בעברת ההריגה מכוח סעיף 298 לחוק העונשין בגין מחדל, יש לאתר חובה לפעול שהפר. בלא חובה לפעול לא יהיה אפשר להרשיעו אף שמדובר במותו של אדם. ראובן שלא הציל את שמעון מטביעה אף שיכול לעשות כן בקלות, לא יורשע בעברת ההריגה אלא אם כן אותרה חובה לפעול החלה עליו.

אחד הרציונלים המרכזיים לצורך באיתור חובה לפעול במקרה של מחדל בעברות תוצאה הוא רציונל החירות.⁹⁹ לפי רציונל זה, אילו בכל עברות התוצאה (ואף עברת ההריגה בכללן) היה אפשר להרשיע אדם בגרימה במחדל אף בלא קיומה של חובה ספציפית לפעול, כי אז היינו חייבים לחדול מכל מעשינו ולהתגייס לפעול. כיוון שהמערכת המשפטית צריכה לאפשר לאנשים לנהל את חייהם הרגילים, בלי שיאלצו לנטוש את עיסוקיהם ולצאת למשימות הצלה מגוונות, המשפט הפלילי קובע שאדם יורשע במחדל אך ורק אם אותרה חובה לפעול. החובה לפעול במקרה של מחדל מבקשת אפוא לצמצם את מספר המקרים שבהם האזרח יצטרך לפעול כדי למנוע נזק בכלל ומוות בפרט. בכך היא מצמצמת את הפגיעה בחירותו ומאפשרת לו לחיות את

⁹⁹ יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" **מחקרי משפט** כ 201 (2003). טיעון החירות הועלה, בין היתר, גם בפסקי הדין: רע"פ 1007/05 **מדינת ישראל נ' בוחבוט**, פס' 13–14 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 1.9.2008); ע"פ 2247/10 **שלום ימיני נ' מדינת ישראל**, פס' 38–39 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.1.2011). טיעון זה גם עולה מתוך כתביהם של המלומדים סימסטר וסליבן: A.P. SIMESTER & G.R. SUSLLIVAN, *CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE* 61–62 (1999). ראו גם: DAVID ORMEROD, SMITH AND HOGAN'S *CRIMINAL LAW* 65 (13TH ed. 2011); A.P. Simester, *Why Omissions Are Special*, *LEGAL THEORY* 311, 333–335 (Vol.1, 1995).

חייו הרגילים ולהגשימם לפי בחירתו והבנתו.¹⁰⁰ כלומר גם כאשר מדובר בערך "קדושת החיים", הוא ניגף פעמים רבות מפני ערך החירות, וברור שאין מדובר בערך מוחלט.

אם ערך "קדושת החיים" נסוג מפני הצורך לשמור על חירותו של האדם, מדוע שלא ייסוג אפוא גם כאשר האדם מעוניין לממש את האוטונומיה שלו ולוותר על ערך זה כחלק מהסכמתו לסכן את חייו?

הוכחה נוספת לכך שעקרון קדושת החיים יכול להינגף מפני ערך האוטונומיה נובעת, לכאורה, מהעובדה שאין איסור להתאבד ולנסות להתאבד. ניתן לומר שהנימוק לכך הוא שיש לאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו על גופו. מנגד, אפשר לטעון שהנימוק העיקרי לכך שאין עברה של התאבדות וניסיון להתאבדות אינו קשור לאוטונומיה של האדם ליטול את חייו אלא לעובדה שהמשפט הפלילי אינו הכלי היעיל לטיפול במקרים אלה. אם האדם חפץ לפגוע בעצמו, הוא לא יירתע מכך שייענש עקב הניסיון שלו להתאבד.¹⁰¹ עם זאת, ישנם הוגים ומלומדים הקושרים את ביטול העברה של ניסיון להתאבד לשיקול של אוטונומיה.¹⁰²

לא כל התנהגות שגרמה למותו של אדם פוגעת בשני הערכים המוגנים

כפי שנרמז לעיל, לא כל מעשה שגרם (במובן של סיבה בלעדית) למותו של אדם יפגע בשני הערכים המוגנים שצוינו לעיל. בהחלט ייתכנו מעשים שגרמו (במובן של סיבה בלעדית) למותו של אדם, אך לא פגעו בתחושת הביטחון הבסיסית של האדם במובן שצוין לעיל.

לדעתי שלושה רכיבים מרכזיים משפיעים על מידת הפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית של החברה: (1) מידת האשמה של הפוגע. (2) מידת הקשר הסיבתי בין התנהגות הפוגע למות הקרבן. (3) מידת ההסכמה של הקרבן לפגיעה בו.

כך, לא דומה הפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה בעקבות רצח בכוונה תחילה, לפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית בעקבות גרם מוות ברשלנות. תחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה נפגעת כמובן במידה רבה יותר כאשר רצח מתבצע לעומת מקרה שאדם נהרג עקב התנהגות רשלנית כלשהי. אנו חוששים מאנשים הרוצים לפגוע בנו בכוונה תחילה יותר מאשר מרשלנים פוטנציאליים. וכן, כנגד אנשים רשלנים ניתן לנקוט אמצעי זהירות (אף שגם אמצעים אלה לא תמיד יסיקו), ואילו כנגד אנשים הרוצים לפגוע בנו בכוונה תחילה, אמצעי הזהירות צריכים להיות נמרצים הרבה יותר.

זאת ועוד, לא דומה הפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית כאשר אדם מת במישרין

¹⁰⁰ קוגלר, לעיל ה"ש 99.

¹⁰¹ קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי", לעיל ה"ש 7, בעמ' 409.

¹⁰² GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 770-771 (1978).

מהתנהגות הפוגע (נניח מיירי או בתאונת דרכים) לפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית כשהתנהגות לא ישירה גרמה (על אף עמידה במבחן הסיבה בלעדית אין) למות הקרבן. כך, הפגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית היא אחד הטעמים להבחנה בין גרימה ישירה במעשה לגרימה במחדל במשפט הפלילי. בלא איסור ההמתה במעשה, תחושת הביטחון הבסיסית של החברה הייתה נפגעת, שכן כאמור לעיל כל אדם היה חושש שמא ימיתו אותו. לעומת זאת, בלא חובת הצלה כללית, תחושת הביטחון הבסיסית של החברה לא הייתה נפגעת. בלא חובת הצלה כללית אדם לא היה חי בהתגוננות ובפחד שמא ימיתו אותו.¹⁰³

טענתי היא שהסכמת הנפגע (הרכיב השלישי) לא תועיל למניעת ההפללה כאשר שני הרכיבים הראשונים מתקיימים ברמתם הגבוהה. לעומת זאת הסכמת הנפגע כן תועיל למניעת ההפללה כאשר שני הרכיבים הראשונים מתקיימים ברמתם הנמוכה. לכן, אם מידת האשמה של הפוגע הייתה חמורה (למשל – התכוון להמית אותו) ומידת הקשר הסיבתי שבין התנהגות הפוגע למות הקרבן הייתה הדוקה (דקירה, ירי וכדומה), הסכמת הקרבן לא תועיל למניעת ההפללה של הפוגע, שכן גם אם הערך הראשון הנוגע להגנה על החיים עצמם לא נפגע בשל הסכמת הנפגע, תחושת הביטחון הבסיסית בכל זאת עלולה להיפגע עקב המתה זו.

בהקשר זה מתבקשת השאלה מדוע אין המחוקק מתיר המתה ישירה בהסכמה, שהרי הערך הראשון לא ייפגע לנוכח הסכמת הקרבן, ולכאורה גם תחושת הביטחון של החברה לא תיפגע? לפי פלטר (Fletcher), הנימוק לכך שהמחוקק אוסר המתה ישירה ומכוונת, גם אם היא נעשית בהסכמה, אינו שאין האדם יכול להסכים לפגיעה בגופו ובחיייו, שהרי מותר לאדם להתאבד או להטיל מום בעצמו. הנימוק הוא שהמתה כזאת פוגעת בתחושת הביטחון של כלל החברה. אם הפוגע מסוגל להרוג כאשר מבקשים ממנו לעשות זאת, הוא עלול גם להרוג כאשר אין מבקשים ממנו לעשות זאת,¹⁰⁴ וכפי שמציין גם מקונל (McConnell):

¹⁰³ לעניין רציונל זה ראו: רוזנברג לעיל ה"ש 97, בעמ' 168–193.

¹⁰⁴ שם. טיעון דומה הוצג על ידי בית המשפט באנגליה בפרשת Regina v. Brown, (1993) 2 All ER 75. בפרשה זו הועמדו כמה אנשים לדין בגין יחסים סאדו-מזוכיסטיים. הנחת המוצא הייתה שהיחסים קוימו בהסכמת הצדדים וסוכמו ביניהם כללים ברורים בדבר אופן הפסקת המעשה. למרות זאת בית המשפט הרשיע אותם בתקיפה מכוה, Offences Against Person Act, 1861, c.20. חלק מן השופטים שהרשיעו נימקו זאת בטענה שקבלת ההגנה של הסכמה במקרה זה עלולה להביא לידי כך שאנשים יפגעו באחרים בלא הסכמה. ראו דיון על אודות מקרה זה אצל: Cheryl Hanna, *Sex is not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law*, 42 B.C. L. Rev. 239, 263–268 (2000). כן ראו: Sharon Cowan, *Criminalizing SM: Disavowing the Erotic Instantiating Violence*, in THE STRUCTURES OF THE CRIMINAL LAW 59, 64 (Ra Duff, Lindsay Ramer, Se Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds., 2011). ראו גם דיון אצל: אשוורת' אשר לא מסכים לעמדת הרוב וסבור שיש מקום במקרים אלה להעניק

“If society allows the possessor's consent always to count as a legal justification for killing that person, this may well increase the chances that harm to nonconsenting person will occur”.¹⁰⁵

בעיית ההוכחה באשר להסכמה להמתה ישירה עלולה אף היא להשפיע על תחושת הביטחון של החברה. אם לא היה קיים איסור להמית אנשים בהסכמה, כל רוצח פוטנציאלי (או הורג פוטנציאלי) היה יכול לטעון להגנתו שהקרבת הסכים להמתה. במצב זה, לפי מקונל, החיים של כולם היו בטוחים פחות, שכן לא היה ניתן לברר את הסכמתו של הקרבן. הדרך היחידה למנוע זאת היא לקבוע איסור כללי של המתה בהסכמה.¹⁰⁶

היבט מרכזי נוסף בהקשר זה הוא שמתן היתר מצד המדינה להמית אנשים שהסכימו לכך עלול ליצור אקלים מוסרי שיגרום לפחיתות ערך חיי אדם וזלזול בו. זלזול זה עלול בהתאמה לגרום לפגיעה בתחושת הביטחון של החברה.¹⁰⁷ לעומת זאת, כאשר מידת האשמה נמצאת ברמה נמוכה (למשל קלות דעת), והקשר הסיבתי אינו הדוק (אף שמתקיים מבחן הסיבה בלעדית אין), הרי הסכמת הקרבן תועיל למניעת הפללתו של הפוגע, כיוון שהערך הראשון לא נפגע כאמור (הנפגע הסכים לפגיעה זו), וגם הערך השני לא נפגע. תחושת הביטחון של כלל החברה אינה נפגעת במקרים הללו, וגם אם היא נפגעת במקצת, ראוי להעניק משקל רב יותר לאוטונומיה של הנפגע.¹⁰⁸

למרות זאת, ייתכנו גם מקרי ביניים כגון המתות חסד אקטיביות של חולה סופני. בהמתת חסד אקטיבית, הרופא מזריק לחולה רעל וממית אותו. במקרה זה אמנם הקשר הסיבתי בין התנהגות הרופא למות החולה הוא ישיר, אך עם זאת מדובר בחולה סופני המבקש מהרופא להמיתו, ומניעי הרופא אינם להרע לחולה אלא להיטיב עמו. ניתן אפוא לומר שמידת האשמה שלו מצויה בסף הנמוך (אף שהיסוד הנפשי של הרופא לפי חוק העונשין הוא כוונה תחילה). כלומר במקרי המתות חסד, שני הערכים שבבסיס עברת ההריגה לכאורה אינם נפגעים, שכן מצד אחד הקרבן נתן את הסכמתו להמתה, ומצד אחר לא נפגעה תחושת הביטחון של כלל החברה, ולפיכך

משקל כבד יותר לאוטונומיה של הפרט. אשוורת', לעיל ה"ש 42, בעמ' 313–314.

TERRANCE MCCONNELL, INALIENABLE RIGHTS – THE LIMITS OF CONSENT IN MEDICINE AND THE LAW 83 (2000) ¹⁰⁵

שם, בעמ' 84. מקונל מציין שגם באונס התוקפן יכול להעלות את הטענה שהקרבת הסכים לקיים יחסי מין ובכל זאת איננו אוסרים קיום יחסי מין. אלא שבמקרים אלה הקרבן חי והוא יכול לטעון במשפט שלא הסכים לכך. ¹⁰⁶

שם. ¹⁰⁷

בהמשך ראו מדוע הנימוקים של פלטשר ומקונל אינם רלוונטיים לפרשת מרוץ המכוניות. ¹⁰⁸

היה מקום להתיר המתות חסד אלה.¹⁰⁹ מנגד ניתן לומר מבחינה משפטית שיש חשש למדרון חלקלק: אם החברה תתיר להמית חולים סופניים על פי בקשתם, הדבר עלול להביא להמתת חולים סופניים גם כאשר הסכמתם אינה ברורה.¹¹⁰ במשפט הישראלי הנוהג המתת חסד אקטיבית היא אסורה, וכך גם הסיוע להתאבדותו של חולה סופני,¹¹¹ אך הטעמים לאיסורים אלה אינם נוגעים רק לערכים המוגנים שביסוד עברות הרצח או ההריגה, אלא נוספים כאן שיקולים דתיים, רפואיים ואתיים.¹¹² לפיכך קשה להקיש מעצם האיסורים הנוגעים להמתת חסד אקטיבית וסיוע להתאבדותו של חולה סופני, את השיקולים המשפטיים שיש לשקול בקביעת הדין בכל הנוגע למרוצי מכוניות ומשחקים אסורים אחרים.¹¹³ מקרי ביניים נוספים מנוגדים להמתות חסד אקטיביות. דוגמה לכך היא מקרה שבו פלוני מעוניין במות אלמוני. נניח שהוא יזם מרוץ מכוניות מתוך רצון שאלמוני ימות בו. מצד אחד מדובר במקרה שבו הקרבן הסכים להסתכן והקשר הסיבתי בין התנהגות פלוני למות אלמוני הוא עקיף. מצד אחר מידת האשמה של פלוני היא

¹⁰⁹ ברגלסון, לעיל ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 707. ברגלסון (שאמנם עסקה בסיוע להמתת חסד) טוענת כי החלטת בית המשפט להרשיע את ד"ר קבורקיאן אשר סייע לחולים סופניים להתאבד הייתה שגויה. ראו: People v. Kevorkian, 639 N.W.2d 291 (Mich. Ct. App. 2001).

¹¹⁰ לדיון בטיעון המדרון החלקלק בהקשר של המתות חסד ראו: GERALD DWORIN, R.G. FREY, AND SISSELA BOK, EUTHANASIA AND PHYSICIAN – ASSISTED SUICIDE: FOR AND AGAINST 112–118 (1998). כמו כן להבחנה בין טענת מדרון חלקלק לוגי לבין טענת מדרון חלקלק אמפירי בהקשר של המתות חסד ראו: STEPHEN W. SMITH, END-OF-LIFE DECISIONS IN MEDICAL CARE: PRINCIPLES AND POLICIES FOR REGULATING THE DYING PROCESS 261–272 (2012). ככלל, לפי הטיעון הלוגי, אם יתרחש מקרה A, בהכרח יתרחש מקרה B. לפי הטיעון האמפירי, אם יתרחש מקרה A, יתרחש ככל הנראה מקרה B אף שמבחינה לוגית אין הדבר ודאי. לטענת המדרון החלקלק באשר להמתות חסד ראו: ה"פ 603/05 פלוני נ' "ארבל" מרכז גריאטרי פס' 32 (פורסם בנבו, 3.11.2005). ראו גם: פרשת שפר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 172–173.

¹¹¹ ס' 19–20 לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005.
¹¹² אברהם שטיינברג "הבסיס ההלכתי להצעת 'חוק החולה הנוטה למות'" אסיא עא-עב, כרך יח, ג-ד (2003). כן ראו: אברהם שטיינברג "דוח הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות" אסיא סט-ע, כרך יח, א-ב (2002).

¹¹³ יש להדגיש שהצוות לבחינת יסודות עברת ההמתה בחן מקרים שבהם חולה סופני (וגם חולה שאינו מוגדר כחולה סופני, אך סובל סבל קשה) מבקש מאדם להמיתו. הצוות קבע שיש להעניק משקל לאוטונומיה של האדם ולרצונו למות. לפיכך הציע הצוות להוסיף לחוק העונשין עברה שלפיה הגורם למותו של אדם מתוך חמלה עקב בקשה שהופנתה על ידי הקרבן דינו מאסר חמש שנים. הרשעה בעברה זו מותנית בכך שמדובר בבקשה חופשית ומפורשת מצד הקרבן, בסבל רב עקב מצב רפואי קשה ובסבלו של הקרבן שאינו תולדה של מעשים או לחץ מצד הנאשם. ראו: משרד המשפטים דין וחשבון הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה 41–43 (2011).

גבוהה בשל רצונו במוות הקרבן. במקרה זה אמנם הקרבן קיבל עליו את הסיכון, אך ייתכן שהשתתפות במרוץ המכוניות מתוך רצון שהקרבן ימות היא אירוע עברייני הפוגע בתחושת הביטחון של החברה.¹¹⁴

פרשת מרוץ המכוניות – הסכמת המנוחים צריכה להועיל למניעת הפללה

בפרשה שלפנינו מדובר בבגירים שהסכימו להשתתף במרוץ ובכך קיבלו עליהם את הסיכון למוות בגלל מרוץ זה. כמו כן אין ספק שהקשר הסיבתי בין התנהגות המשיב לבין מות המנוחים לא היה ישיר. לא מדובר במקרה שבו הוא נעץ סכין בלבם, ירה בהם או שרכבו התנגש ברכבם. הקשר הסיבתי נבע מכך שעצם השתתפותו במרוץ גרמה להתקיימותו ובמסגרת זו נהגו המנוחים בצורה בלתי זהירה שגרמה למוותם. כלומר אף שהתקיים קשר סיבתי עובדתי במובן של סיבה בלעדית אין (ובמקרים מסוימים קשר סיבתי כזה יספיק לצורך הרשעה), בכל זאת אין מדובר בקשר סיבתי ישיר. כמו כן, דרגת האשמה הסובייקטיבית של המשיב לא הייתה ברמת החומרה הגבוהה של כוונה ואף לא של אדישות. היא התאפיינה בקלות דעת, כלומר בצפיית אפשרות של קרות התוצאה מתוך תקווה שהתוצאה לא תתממש (סעיף 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין). אני סבור שבנסיבות כגון אלה, שבהן הקשר הסיבתי אינו הדוק, רמת היסוד הנפשי נמוכה, והנפגע קיבל עליו את הסיכון להיפגע, אין פגיעה בתחושת הביטחון הבסיסית של כלל החברה, ואם היא נפגעה במקצת, ראוי לתת משקל רב יותר להסכמת הנפגע.

גם השיקולים של פלטטר ומקונל, שצוינו לעיל, רלוונטיים פחות כאן. ראשית, החשש שהיתר להמתה ישירה ומכוונת בהסכמה יביא להמתות בהיעדר הסכמה, אינו מתקיים כאן (או שהוא קל מאוד). איננו חוששים שאנשים יכפו עלינו משחקים מסוכנים בלא הסכמתנו כדי להמיתנו.¹¹⁵ שנית, בעיית ההוכחה באשר להסכמת הקרבן במקרה של המתה ישירה בהסכמה קשה הרבה יותר מבעיית ההוכחה במקרה של משחק מסוכן בהסכמה, שכן בהמתה ישירה הצד הפוגע הוא הגורם הישיר להמתה, וקשה לדעת אם הקרבן הסכים להמתה זו, ולעומת זאת במשחק מסוכן הנפגע מממש את הסיכון בעצמו, ולכאורה לו לא היה רוצה בכך, לא היה משתתף במשחק המסוכן.¹¹⁶ ושלישית, היתר בחוק להמית אנשים בהסכמה יביא לידי זלזול רב יותר בערך חיי האדם מהיתר לסיכון עצמי כאשר הצד האחר אינו מעוניין במוות זה (יסוד נפשי של קלות דעת). הזלזול רב יותר במקרה הראשון בין היתר בשל ודאות

¹¹⁴ מקרה זה אינו נוגד את הכלל שאין עונשין על דברים שבלב, שכן הרשעת המשיב במקרה זה תתבסס על מעשה של ההשתתפות במרוץ מתוך כוונה שהמנוחים ימותו.

¹¹⁵ החשש שאני מתכוון אליו כאן אינו חששו של צד שלישי להיפגע ממשחק מסוכן של משתתפים אחרים. על חשש זה של צד שלישי ראו בהמשך הביקורות על נימוק זה.

¹¹⁶ תיתכן בעיה בהסכמת הקרבן במקרים של השתתפות במשחק מסוכן, אך בעיית ההוכחה תהא גדולה יותר אם יתירו המתות בהסכמה לעומת מקרים שבהם יתירו סיכון עצמי במשחק מסוכן.

התממשות הסיכון במקרים של הסכמה להמתה לעומת מקרי הסיכון העצמי. לסיום אציין כי גם הנמקה זו שונה באופן קונספטואלי מהנמקת השופטים בפרשת מרוץ המכוניות. לדעת השופטים הנדל וסולברג הנימוק לזיכוי נבע כאמור מכך שלא המשיב המית את המנוחים אלא המנוחים המיתו את עצמם. לעומת זאת לפי הנימוק שהצעתי, הבסיס לזיכוי נובע מכך שהערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה לא נפגעו. מבחינת הקונסטרוקציה המשפטית, אפשר לייחס נימוק זה גם לניתוק הקשר הסיבתי המשפטי, במובן זה שכאשר הקרבן הסכים לקחת על עצמו את הסיכון למוות, הרי שגם אם הנאשם צפה את התרחשות התוצאה, הוא לא היה צריך – כעניין שבמדיניות משפטית – לצפות אותה. עם זאת לפי נימוק זה ניתוק הקשר הסיבתי המשפטי אינו נובע מכך שהקרבן המית את עצמו (כדעת המיעוט) אלא מכך שלא ראוי להטיל את האשמה על הנאשם שכן הערכים העומדים בבסיס עברת ההריגה לא נפגעו.

(ג) ביקורות פוטנציאליות כלפי הנימוק הנורמטיבי השני

1. אפשר לטעון כי במקרה של מרוץ מכוניות החברה חוששת מכך שייפגעו עוברי אורח תמימים עקב הנהיגה המסוכנת, ולפיכך במקרה זה הסכמת הנפגע אינה אמורה למנוע את הפללת המשיב בעברת ההריגה. אני סבור שדין ביקורת זו להידחות. למניעת התממשות הסיכון של פגיעה בעוברי אורח תמימים בהקשר של מרוצי מכוניות נועדו שני סעיפים בחוק העונשין: סעיף 332 העוסק בסיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה וסעיף 298 הנוגע להריגת אדם. סעיף 332 עוסק במקרה שבו לא נפגע אדם כלשהו (מדובר בעברת התנהגות) ואילו סעיף 298 (בהקשר של מרוץ מכוניות מוסכם) נוגע רק למקרה שבו צד שלישי מת עקב נהיגה פרועה. כפי שציינתי לעיל (בביקורתי כלפי השופטים ארבל ורובינשטיין), אם אכן צד שלישי היה נהרג עקב קיום מרוץ המכוניות, היה ראוי להרשיע את המשיב בעברת ההריגה (אף אם הוא עצמו לא פגע בצד שלישי זה במישרין), שכן הסיכון שהחברה חוששת מפניו אכן היה מתממש ולכך נועד סעיף 298 בהקשר של מרוץ מכוניות. אולם במקרה זה לא נפגע צד שלישי כלשהו, והסיכון שהחברה חוששת מפניו לא התממש, ולפיכך תחושת הביטחון הבסיסית של החברה לא נפגעה מהריגת צד שלישי אלא מהמרוץ המסוכן עצמו. על כן לא היה ראוי להרשיע את המשיב בעברת ההריגה אלא בעברה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה. לכך נועד סעיף זה: להרשיע במקרה שבו הסיכון שאנו חוששים מפניו לא התממש בפועל. עברה זו נקבעה בדיוק בשל יצירת סיכון כלפי הולכי דרך תמימים אף אם אלה לא נפגעו כלל עקב הנהיגה המסוכנת, וזהו המקרה שנדון בפרשת מרוץ המכוניות.

2. לפי הטיעון שהצעת, כאשר אין פגיעה בשני הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה, אין להחשיב את ההתנהגות לפלילית אף אם מדובר במקרה אשר מבחינה פורמלית עומד בתנאי עברה זו. לפיכך טענתי כי בפרשת **מרוץ המכוניות** לא נפגעו שני הערכים המוגנים הללו, ולפיכך אין להרשיע את המשיב בעברת ההריגה. לעומת זאת טענתי כי אין להתיר המתה ישירה בהסכמה, שכן במקרים אלה בכל זאת תחושת הביטחון של החברה נפגעת. עם זאת ראוי לשאול מדוע אסור לסייע להתאבדות לפי סעיף 302 לחוק העונשין. הרי לכאורה במקרה זה שני הערכים המוגנים לא ייפגעו. מה השוני בין מקרה של סיוע להתאבדות, שהוא אסור למרות הסכמת הקרבן להמתה, לבין הסכמה לסיכון עצמי במסגרת משחק מסוכן? לכאורה אין שוני גדול בין שני המקרים הללו, שכן בשניהם הסכים הקרבן למות, ובשניהם התממשות הסיכון נעשתה על ידי הקרבן עצמו.

נראה שראוי להבחין בין שני המקרים: ראשית, תחושת הביטחון של החברה עלולה להיפגע אם יותר באופן כללי לסייע להתאבדות (ואיני מתכוון כאן לסיוע להתאבדות בהקשר של המתות חסד, שם החשש קטן יותר), שכן גם כאן אדם יוכל לגרום לאחר להתאבד ולטעון שהמתאבד רצה בכך. לעומת זאת דומה שהרצון לגרום לאחר למות באמצעות משחק מסוכן בלא הסכמתו הוא נמוך יותר.

שנית, אני סבור שראוי להבחין בין מקרים שבהם הקרבן מסכים להמתה ודאית (סיוע להתאבדות, ומקרה שבו א' מסכים שב' ימית אותו במישרין) לבין מקרים של הסכמה לסיכון עצמי כפי שאירע בפרשת **מרוץ המכוניות** ובפרשת **לורנס**, שם התממשות סיכון המוות לא הייתה ודאית. בהיבט זה ישנם לטעמי שלושה הבדלים מהותיים המחייבים התייחסות לקולא במקרה של הסכמה לסיכון עצמי:

(א) כאשר מדובר בהסכמה להמתה (בין בסיוע להתאבדות ובין בהמתה ישירה בהסכמה), האדם אמנם מממש את האוטונומיה שלו למות, אך מימוש הסיכון ודאי וסופי. במצב זה, בשל הפגיעה החמורה והוודאית בקרבן, אפשר להבין את ההתערבות הפטרנליסטית של המדינה האוסרת פגיעה באדם במקרים אלה אף על פי שהוא רוצה בכך.¹¹⁷ לעומת זאת, כאשר מדובר בהסכמה לסיכון עצמי, מדובר במקרה של מימוש

¹¹⁷ כאן מדובר בפטרנליזם קשה ולא בפטרנליזם רך, שכן המדינה במקרה זה קובעת שגם אם ניתנה הסכמה מלאה, המעשה הוא אסור. הסבר זה עולה בקנה אחד עם העמדה הגורסת שהנימוק לכך שאין איסור התאבדות או ניסיון התאבדות אינו נובע מכך שהמחוקק מאפשר לאדם להשתמש באוטונומיה שלו, אלא מן העובדה שהמשפט הפלילי אינו יעיל במקרים אלה. לעניין מתן משקל לוודאות הסיכון מעבר לעוצמת הפגיעה, ראו: Russ Shafer-Landau, *Liberalism and Paternalism*, LEGAL THEORY 169, 187 (Vol.11, 2005). להבחנה בין פטרנליזם קשה לפטרנליזם רך ראו גם: פיינברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 12-16. יש לציין עוד כי פיינברג עצמו מתנגד לפטרנליזם קשה בשל הפגיעה באוטונומיה של הפרט. ראו שם, בעמ' 59 (האפשרות השלישית המצוינת שם, אשר פיינברג מחזיק בה). גם נוזיק מתנגד לפטרנליזם קשה. ראו:

האוטונומיה של האדם שלא מתוך רצון למות, והתממשות הסיכון אינה ודאית. במקרים אלה יש מקום רב יותר להעניק משקל לתועלת שתצמח למסתכן ולהרחבת האפשרויות הנתונות לו, ויש לתת מקום רב יותר להסכמה שלו. במקרים אלה

הנימוקים הפטרנליסטיים של שמירה על חיי אדם חלשים יותר.¹¹⁸ (ב) ההבדל בין הסכמה ודאית למות לבין הסכמה להסתכן במוות קובע גם את

רמת החובה לברר אם מדובר בהסכמה מלאה ואם לאו. כאשר מדובר בהסכמה ודאית למות חובת הידיעה אם מדובר בהסכמה מלאה של הנפגע הפוטנציאלי גבוהה יותר מהחובה הקיימת במקרה של הסתכנות במוות. ההבדל נעוץ בוודאות התוצאה. ככל שהתוצאה ודאית יותר, כך החובה לברר את קיום ההסכמה היא גבוהה יותר, שכן הנזק הוא צפוי יותר. כיוון שכך, קביעת המחוקק שכאשר מדובר במוות שהוא ודאי, ההסכמה אינה תקפה באופן מוחלט היא קביעה הגיונית (בין שמדובר בסיוע להתאבדות ובין שמדובר במקרה שבו א' מבקש מב' שימית אותו). טיעון זה נשען על

פטרנליזם רך, שכן קביעת המחוקק היא שבמקרה זה ההסכמה תמיד אינה מלאה.¹¹⁹ באשר לטיעון זה ראוי לציין כי בדוח הצוות לבחינת יסודות עבירת ההמתה¹²⁰

הודגש שעברת הסיוע להתאבדות היא חריגה במשפט, שכן היא נגזרת של התנהגות שאינה אסורה במשפט הפלילי. עם זאת ציינה הוועדה כי ביסוד האיסור לסייע להתאבדות מונחת ההבחנה בין היחס של האדם לחייו שלו, לבין היחס של האדם לחייו זולתו שבאה בין היתר לידי ביטוי בעברת הסיוע להתאבדות. על פי דוח הוועדה, גם אם המשפט אינו אוסר התאבדות, עליו לוודא שהמתאבד לא יהיה נתון להשפעות מן החוץ. במקרים רבים קשה לדעת אם ההחלטה להתאבד הייתה אוטונומית ומלאה ואם אכן מי שביקש להתאבד "גמר אומר לשים קץ לחייו או שדבריו הם קריאה נואשת לעזרה".¹²¹ הואיל ומקרים של סיוע להתאבדות עולים בהקשרים מגוונים, הוחלט שאין לקבוע הסדרים נבדלים לכל מקרה ומקרה. מכל מקום הציעה הוועדה

נוזיק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 58. לכן, לדעת נוזיק מקרים של הסכמה להמתה אינם ראויים להיות מופללים.

¹¹⁸ קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי", לעיל ה"ש 7, בעמ' 432. עם זאת קנאי סבורה שבמקרי סיכון של מוות ייתכן שראוי לשלול את ההסכמה מנימוקים פטרנליסטיים, שלא כאמור כאן.

¹¹⁹ לעניין הפטרנליזם במקרים שבהם ייתכן שההסכמה לא תהיה מלאה ראו: הארט, לעיל ה"ש 88, בעמ' 69–70. טיעון דומה עלה גם במאמרה של Hanna לעניין האיסור של סאדו-מזוכיזם. לדעתה לא ראוי שהסכמה תהווה הגנה במקרים של סאדו-מזוכיזם הכוללים חבלה. איסור מוחלט כזה יגן על אנשים שלא ברור אם הסכמתם הייתה מלאה ואם לאו. המחוקק במקרים אלה צריך לצאת מנקודת מוצא מחמירה ולאסור כל מקרה של חבלה בשל החשש של היעדר הסכמה. ראו: Hanna, לעיל ה"ש 104, בעמ' 246, 288. כן ראו: קואן, לעיל ה"ש 104, שם.

¹²⁰ דוח הצוות לבחינת יסודות עבירת ההמתה, לעיל ה"ש 113, בעמ' 45.

¹²¹ שם, בעמ' 45. הדוח ציין גם כי בשווייץ, למשל, סיוע להתאבדות אינו מהווה עברה פלילית כל עוד המניע של המסייע לא היה אגואיסטי.

להקל בעונשו של המסייע להתאבד ולהעמיד את עונשו על שבע שנות מאסר. עם זאת יש לציין כי אף במקרים של הסתכנות במוות בסיטואציות של משחקים מסוכנים, לא תמיד ברורה האוטונומיה של המסתכן ולעתים הוא עלול להסכים להשתתף במשחק המסוכן משיקולים של לחץ חברתי או משיקולים אחרים. למרות זאת אני סבור שההבדל שציינתי לעיל במידת ודאות המוות בשני המקרים מנמק היטב את ההבדל המשפטי הראוי בין סיוע להתאבדות לבין השתתפות במשחק מסוכן כמרוץ מכוניות.

(ג) הבדל נוסף בין הסכמה להמתה ודאית (הן כאשר מדובר בסיוע להתאבדות והן במקרה שבו א' מסכים או מבקש שב' ימיתו) לבין הסתכנות במוות נוגע לכרסום בערך המוגן הראשון הנוגע לחיי האדם בפועל,¹²² אשר עלול להביא בהתאמה לכרסום בערך המוגן השני הנוגע לתחושת הביטחון של החברה. היתר בחוק לסייע להתאבדות או להמית אדם (גם אם בהסכמה) עלול לגרום לזלזול בערך חיי אדם, וזלזול בערך זה עלול להביא לפגיעה בתחושת הביטחון של החברה. לעומת זאת, היעדר התערבות מצד המדינה בהסכמה לסיכון עצמי אמנם עלול לגרום לכרסום מה בערך המוגן של חיי אדם, אך אין מדובר בפגיעה שוות ערך לזו הנגרמת כשהמוות הוא ודאי. ודאות המוות – מתן היתר לגרימת מוות ודאי – גורמת לכרסום רב יותר בערך חיי אדם.¹²³

¹²² ואינני מתכוון כאן לערך "קדושת החיים" הקאנטיאני שצוין לעיל. הרעיון הוא שאם יותרו המתה בהסכמה או סיוע להמתה בהסכמה, יביא הדבר לזלזול בערך חיי האדם באופן כללי, ויש חשש שהדבר יביא להמתת אנשים גם בלא הסכמתם. ראו: מקונל, לעיל ה"ש 105, בעמ' 84.

¹²³ יתרה מזו, אני סבור שמקרים של הריגה בהסכמה אסורים (בלא קשר להמתות חסד) משום שלא ראוי שהמדינה תפריט את כוחה ותאפשר שימוש בכוח על ידי אזרחים פרטיים למטרת המתה. ראשית, הפרטה זו מנוגדת למהות המקובלת של המדינה, שהיא ישות בעלת מונופול להשתמש שימוש לגיטימי באלימות. מתן אפשרות שימוש בכוח לפרט יפגע אפוא במהות המדינה. בהקשר זה שמירת הכוח הפוגעני בידי המדינה תשמר את תחושת הביטחון של האזרחים (ובמיוחד אזרחים חלשים) שלא ייעשה שימוש לרעה בהסכמתם. לדעתי, אי-הפרטת השימוש בכוח על ידי המדינה באה לידי ביטוי בהבחנה בין הסכמה למות לבין הסכמה להסתכן במוות. כאשר ראובן מבקש משמעון שיהרגוהו, ראובן מסכים למותו הוודאי. לעומת זאת בפרשת מרוץ המכוניות, המנוחים הסכימו להסתכן במוות (הם לא הסכימו למותם הוודאי אלא ראו זאת כאפשרות סבירה). הריגת אדם בשל הסכמתו למות היא אסורה, שכן משמעותה היא הפרטת הכוח של המדינה ומסירתו לאזרחיה. לכן דו-קרב בין שני אנשים המסכימים לכך הוא אסור, שכן מדובר במצב שבו אדם ימות באופן ודאי. מתן הכשר למשחק זה משמעותו הפרטת הכוח של המדינה והפקדתו בידי אזרחיה. לעומת זאת כאשר מדובר בסיכון שאדם מקבל עליו כפי שאירע בפרשת מרוץ המכוניות, באופן מהותי אין כאן הפרטת השימוש בכוח, שכן לא הופעל כוח כלפי המנוחים. הבחנה זו מסבירה גם את האיסור הקבוע בסעיף 302 לחוק העונשין הנוגע לסיוע להתאבדות. אף שהתאבדות אינה אסורה, הסיוע להתאבדות אסור משום שמשמעותו היא הענקת כוח לאדם פרטי לעזור בהמתה ודאית של אדם אחר. תפקיד זה כאמור ראוי להיות שמור למדינה בלבד.

יש להדגיש שהמחוקק אינו צריך לאפשר כל מקרה של סיכון עצמי, בעיקר במקרים שבהם צד שלישי עלול להיפגע מהסיכון. ולכן לו צד שלישי היה נהרג עקב מרוץ זה, כי אז היה ראוי להרשיע את כל המעורבים במוות זה, שכן הסיכון שאנו חוששים מפניו אכן התממש בפועל. הואיל וצד שלישי לא נהרג, אלא רק המנוחים, הסיכון שאנו חוששים מפניו (מות צד שלישי שלא השתתף במרוץ) לא התממש בפועל, ועל כן היה צריך להרשיע את המשיב רק בסיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה (סעיף 332 לחוק העונשין). שכן סעיף זה נועד למקרים הללו.

לסיכום, כאשר מדובר במוותו של משתתף במשחק מסוכן, לא ראוי להרשיע את המשתתף האחר בהריגתו. ראשית, הבהרתי שלא נפגעו הערכים המוגנים שבבסיס עברת ההריגה. ערך החיים לא נפגע, שכן המשתתף הסתכן מרצונו בפגיעה זו, ותחושת הביטחון של החברה לא נפגעה בהקשר זה. שנית, הראיתי שגם נימוקים פטרנליסטיים רלוונטיים במקרה זה פחות מאשר במקרים של סיוע להתאבדות והסכמה להמתה.

סיכום

פרשת **מרוץ המכוניות** מהווה אבן בוחן לגבולות המשפט הפלילי. האם הסכמת הקרבן יכולה לשמש הגנה (גם במסגרת ניתוק הקשר הסיבתי המשפטי) במקרים מסוימים במסגרת עברת ההריגה? או שמא להסכמת הקרבן אין רלוונטיות לעברה זו, שכן החברה היא בעלת האינטרס המוגן בכל הקשור לעברות פליליות ועבירת ההריגה בכללן?

במאמר זה ביקרתי את עמדות השופטים בפרשת **מרוץ המכוניות**: את נימוקי ההרשעה של השופטים ארבל ורובינשטיין ואת נימוקי הזיכוי של השופט הנדל. כמו כן הצבעתי על כך שטיעון האוטונומיה אינו מספיק כדי ליזכות את המשיב מעברת ההריגה. צריך להציב מסגרת נורמטיבית כללית יותר כדי להבין מדוע ראוי שהסכמת המנוחים במקרה זה תהווה הגנה טובה מפני הרשעת המשיב בעברת ההריגה. בחלק ג של המאמר הצבתי את המסגרת הנורמטיבית הראויה לדיון בשאלות שעלו בפרשת **מרוץ המכוניות**. נימוקי הראשון היה שבאופן עקרוני הסכמת הנפגע אמורה להועיל למניעת הפללת הפוגע בכל מקרה שבו הנפגע עצמו הוא בעל האינטרס המוגן, אך ככפוף לכך שלא תהא פגיעה בכבודו כאדם, שכן פגיעה כזו משמעה פגיעה בחברה כולה. במקרה זה לא נפגעה זכותו של הנפגע לאור הסכמתו וכן לא נפגע כבודו כאדם. מנגד ביקרתי טיעון זה, שכן הוא סוטה סטייה ניכרת מהדין הנוהג ולכאורה הוא יתיר פגיעות שספק אם היינו מעוניינים להתירן. הנימוק הנורמטיבי השני שהעליתי הוא שהאינטרס המוגן בעברת ההריגה הוא מורכב. יש בו היבט הגנה על החיים הפיזיים של האדם. אינטרס זה הוא מעניינו של הפרט הנפגע. יש בו גם היבט

של הגנה על תחושת הביטחון הבסיסית. אינטרס זה הוא מעניינה של החברה בכללותה. לפיכך הנפגע רשאי להסכים לפגיעה בערך השייך לו (הגנה על חייו) אך הסכמתו לא תועיל באשר לאינטרס השייך לכלל החברה. בהקשר זה טענתי כי לא כל מקרה של מוות פוגע בשני האינטרסים המוגנים, ויתכנו מקרים שבהם תחושת הביטחון הבסיסית של החברה לא תיפגע, אף שנגרם מותו של אדם. השיקולים המרכזיים הם: מידת האשמה של הפוגע, מידת הקשר הסיבתי בין התנהגות הפוגע למות הקרבן והסכמת הנפגע. בפרשת **מרוץ המכוניות** לא נפגעה זכותם של המנוחים, ועל כן לא נפגע הערך הראשון, וכן לא נפגע הערך השני שכן תחושת הביטחון של כלל החברה לא נפגעה. לפיכך טענתי כי היה ראוי לזכות את המשיב מעברת ההריגה ולהרשעו בעברה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה בלבד.