

“לא תעמוד על דם רעך” מחובת הזהירות לחובת “השומרני הטוב”

דני סטטמן

- א. מבוא ♦ ב. ביקורת פסק-הדין בפרשת לודנס ♦ ג. שומרני טוב בדיני נזיקין ♦
ד. מחדל טהור במקרי “הצלה קלה”: מעוולה נזיקית לעבירה פלילית? 1. עמדת הפסיקה
2. עמדת פרופסור פלר 3. עמדת פרופסור קרמניצר ♦ ה. עקרון החוקיות והחשיבות
של חקיקת חוק שומרני טוב ♦ ו. סיכום

א. מבוא

מן המפורסמות הוא שבמערכות המשפט האנגלוסקסיות, וכן, עד לאחרונה, במשפט הישראלי, לא היתה קיימת חובה להציל אדם השרוי בסכנה אלא אם היתה חובה מיוחדת כלפיו מכוח הסכם או מכוח חוק ספציפי.¹ במינוח המשפטי הרווח, לא היה קיים אצלנו “חוק שומרני טוב”,² אלא רק “איים” מסוימים ומוגדרים,³ כגון סיוע לפצועי תאונות-דרכים ועוד,

* המחבר הוא פרופסור חבר, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן.
** אני מודה לאמיר לויצקי, איציק עמית, עדי פרוש ודודי שוורץ על הערות מועילות לטיטות קודמות. כן ברצוני להודות לקוראים עלומי-השם של “מחקרי משפט” על הצעותיהם והערותיהם, לחברי המערכת על עבודתם הקפדנית והמסורה, ולעוזר המחקר גיא סלע. תודה מיוחדת לעורך רונן אברהם על העידוד, המקצועיות והעצה הטובה.

1 לסקירה על המצב המשפטי בארצות-הברית ראו: K.W. Feuerhelm “Taking Notice of Good Samaritan and Duty to Rescue Rules” 11 *J. of Contemporary Law* (1984) 219. מדינות אחדות בארצות-הברית חוקקו חוקי שומרני טוב, אף שהעונש הנלווה להפרתם קל למדי. ראו במיוחד את החוק של מדינת ורמונט (VT. STAT. ANN. tit. 12, 519 (1973)), המטיל קנס של 100 דולר על הפרת החוק, וכן ראו החוקים של רוד-איילנד, ויסקונסין ומינסוטה.

2 ביטוי זה, הרווח בספרות המשפטית הישראלית, מטעה במקצת, שכן היה צריך לקרוא לחוק “השומרני הרע”. החוק המוצע אינו אמור לתגמל שומרנים טובים, דהיינו, כאלה המסייעים לאנשים השרויים בסכנה, אלא להעניש שומרנים רעים, כאלה העומדים על דם רעיהם ואינם מגישים את העזרה המינימלית הנחוצה. בספרות האמריקנית נפוץ יותר הביטוי “שומרני רע” בהקשר הנידון, ראו למשל: E. Mack “Bad Samaritanism and the Causation of Harm” 9 *Philosophy & Public Affairs* (1980) 230; H.M. Malm “Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism” 106 *Ethics* (1995) 4. אם חוקי שומרני רע מטילים עונש על מי שאינו מגיש עזרה לאדם השרוי בסכנה, הרי חוקי שומרני טוב הם כאלה המסייעים, במיוחד על-ידי שיפוי על הוצאות, למי שנוהג כהלכה ומגיש עזרה בנסיבות אלה. לשימוש זה בביטוי “חוק שומרני טוב” ראו 4 *Malm, ibid*.

בהם קמה חובת ההצלה האמורה.⁴ במטרה להדגים את ההשלכה מרחיקת-הלכת של מצב משפטי זה, נהגו הכותבים להצביע על מקרים קיצוניים, כזה של אדם שאינו נוקף אצבע כדי להציל תינוק שסכנת מוות נשקפת לו ואשר ניתן להצילו בנקל,⁵ כדי להראות שלפי החוק הישראלי, אפילו במקרים קיצוניים אלה (המכונים מקרים של "הצלה קלה" [easy rescue]), לא היתה אפשרות להרשעה בפלילים של מי שעומד על דם רעהו. ודוק: הטענה לא היתה שבמערכת המשפט הישראלית היתה קיימת אפשרות להרשעה מעין זאת שבת-המשפט לא ניצלוה, אלא שלא היתה כלל אפשרות מעין זאת, ולכן רק חקיקה חדשה תוכל לשנות את המצב המשפטי הקיים.⁶ בעת מסירת מאמר זה לרפוס אישרה הכנסת את חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1988,⁷ ובכך שינתה את המצב המשפטי האמור. הניתוח שאציע כאן מניח את המצב המשפטי שהיה קיים לפני קבלת חוק זה, אך יש בו תועלת תיאורטית גם היום, בספקו טיעון נוסף לטובת החוק האמור.

דיו רב נשפך וקולמוסין רבים עדיין נשברים בדיון בשאלה אם נכון לחוקק חוק שומרונים

- 3 כלשונו של השופט לוין, ע"פ 119/93 לורנס נ' מ"י, פ"ד מח(4) 1 (להלן: עניין לורנס), בעמ' 30.
- 4 לעיתים טוענים שאף-על-פי שאין אצלנו חובה לעזור לזולת, המערכת המשפטית מעודדת מעשים מעין אלה, למשל בחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, המבטיח שיפוי על נזקים והוצאות למי שהתנדב לפעולת הצלה. ראו למשל דברי לוין בעניין לורנס, שם, בעמ' 30-31. טענה זו מוזרה במקצת: שיפוי ופיצוי אינם מיטיבים במאומה את מצבו של המתנדב לאחר מעשה ההתנדבות יחסית למצבו לפני מעשה זה, ולכן אינם בגדר עידוד למעשה הצלה. להצעה להעניק פרס לשומרונים טובים, ראו T.M. Benditt "Liability for Failing to Rescue" 1 *Law and Philosophy* (1982) 391, 407 ומסקנתו של Malm, *supra* note 1, at p. 312.
- 5 ראו למשל ע' פרוש "חוק, מוסר והחובה לעזור לזולת" בתוך: *הכרעות משפטיות ושיקולים מוסריים* (תל-אביב, 1986) 11: "שמעון יושב על ספסל בגן הציבורי, מעיין בעיתון. לפתע הוא רואה תינוק זוחל במהירות לעבר כביש סואן. אמו של התינוק, שלא היתה קרובה אליו די הצורך, קוראת אל שמעון ומבקשת ממנו לעצור את התינוק. שמעון יכול למלא את בקשתה ללא כל קושי, אולם מכיוון שאינו רוצה להפסיק לעיין בעיתון, הוא אינו עושה מאומה, והתינוק נדרס למוות... במדינת ישראל... אין החוק אוסר על שמעון להתנהג כפי שנהג."
- 6 היעדר הוראה מפורשת בחוק שיש לעזור לאדם בסכנה אינה אומרת כמובן שלפנינו לקונה המחייבת, על בסיס חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, פנייה למשפט העברי. כאשר חובה מסוימת נעדרת לגמרי מהמשפט הישראלי, אי-אפשר ליצור אותה בדרך של יבוא מן ההלכה, אחרת היינו נגררים לתוצאה האבסורדית שכל החובות ההלכתיות שהמחוקק שותק לגביהן מחייבות מבחינת המשפט הישראלי. א' בן-שלמה "החובה להציל נפשות" *הפדקליט* לט (תש"ן) 414, 432-433, מתייחס לחוק יסודות המשפט בפרשנותו למחלוקת בין השופטים בן לביסקי בעניין קודטאם (ע"פ 480/85 קודטאם נ' מ"י פ"ד מ(3) 673). לדעת בן-שלמה, עמדתו של השופט בייסקי, שאישרה לנתח את קודטאם בעל כורחו כדי להציל את חייו, העולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית בדבר קדושת החיים כערך עליון ועם מסורת ישראל המצווה להציל במקום שניתן להציל (עניין קודטאם, שם בעמ' 696), "מתחייבת לכאורה גם מחוק יסודות המשפט" (שם, בעמ' 432-433). גם אם בן-שלמה צודק בעניין קודטאם, בו ודאי שאין להסיק מכך חובה כללית להציל נפשות שקיימת בצידה סנקציה עונשית.
- 7 חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ס"ח התשנ"ח 245 (להלן: חוק לא-תעמוד). העובדה שמדובר ב"הצלה קלה" באה לידי ביטוי בסעיף 1(א) של החוק, בתנאי הקובע שהיה "לא-ידו [של הנמנע - ד"ס] להושיט את העזרה מבלי להסתכן או לסכן את זולתו"; ובסעיף 1(ב), בתנאי הקובע שהודעה לרשויות או הזעקת אדם אחר היכול לעזור ייראו כהושטת העזרה הנדרשת.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרני הטוב"

טוב. דעתי נוטה לדעתם של אותם מלומדים הסבורים שראוי לחוקק חוק כזה⁸ משיקולים מוסריים וחברתיים. לא אעסוק כאן בשיקולים אלה, אלא באפשרות שניתן להסיק חובת שומרני טוב מחובת הזהירות (duty of care), חובה שמשכנה הטבעי והרווח הוא דווקא בדיני נזיקין. אפשרות מעין זו פותחה לפני כמה שנים בפרשת לונס, ובחינה ביקורתית של פסק-הדין בעניין זה תהווה נקודת פתיחה לדיון.

שאלת השומרני הטוב נידונה בדרך-כלל כשאלה בתחום הפלילי, דהיינו: האם ניתן להטיל והאם ראוי להטיל עונש על מי שעומד על דם רעהו? מיקוד זה בהיבט העונשי הינו טבעי, שכן במקרים חמורים וקיצוניים של עמידה על דם הרע יש לרובנו ציפייה איתנה שהאדם יענש, וטבעי שאנו פונים לחוק הפלילי לברר אם ציפייתנו נענית. בהקשר זה השאלה הנזיקית הרלוונטית היא שאלת זכאותו לפיצויים של מציל על נזקים שנגרמו לו בגלל פעולת ההצלה.⁹ ברם, לחובה לא לעמוד על דם הרע יש כמובן גם היבט נזיקי מובהק, דהיינו: האם ניתן והאם ראוי לחייב אדם לשלם על נזקים שגרם לזולת במחדלו להגיש לו עזרה דחופה וחיונית? אם התשובה על כך חיובית, יש בכך כדי לשנות את ההנחה המקובלת כאילו אין כל דרישה מאדם להיות אחראי כלפי זולתו, כאילו החוק מעודד את הכלל to mind your own business. זאת ועוד, לא ייתכן שלא יהיו לתשובה חיובית על שאלה זו השלכות על שאלת העמידה על דם הרע בדיני העונשין.

אדון תחילה באופן ביקורתי בפסק-הדין בעניין לונס. בסעיף ב אציג תפיסה אחרת מזו של פסק-דין זה לגבי היחס בין חובת הזהירות לבין החובה לא לעמוד על דם הרע, ואבקש להראות שההתפתחויות בדיני נזיקין בשנים האחרונות הולכות בכיוון של הכרה במעין חובת שומרני טוב בתחום זה. בסעיף ג אבחן את ההשלכה של התפתחויות אלה על התחום הפלילי, ואטען שהן מקדמות אותנו באופן ניכר לקראת הרשעה בפלילים על אי-הגשת עזרה במקרים של "הצלה קלה". אסיים בטענה שהתפתחויות אלה מחזקות דווקא את הצורך לעגן בחוק את החובה לא לעמוד על דם הרע במקרים אלה.¹⁰

8 ראו במיוחד מאמרו המאלף והשיטתי של פרוש, לעיל הערה 5; וכן א' ידין "על דיני פיקוח נפש" משפטים ב (תש"ל) 252; מ' בן-פורת "עזרה לזולת" עיוני משפט ז (1980) 269; א' בן-שלמה, לעיל הערה 6. לתומכים בחוק שומרני טוב בספרות הפילוסופית והמשפטית הכללית ראו למשל: J. Kleinig "Good Samaritanism" 5 *Philosophy & Public Affairs* (1976) 382; J. Feinberg "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan" 3 *Criminal Justice Ethics* (1984) 56; S. Freeman "Criminal Liability and the Duty to Aid the Distressed" 142 *U. of Pennsylvania Law Rev.* (1994) 1455.

9 עניין המוסדר אצלנו בחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט 1979-, סעיף 5. ראו עוד בעניין זה: E. O'Dell "Danger Invites Rescue" 14 *Dublin University Law Journal* (1992) 65.

10 מהפרוטוקולים של ועדת חוקה חוק ומשפט, שדנה בהצעת-חוק לא תעמוד על דם רעך, עולה כי החששות העיקריים של המסתייגים מהחוק נגעו במישור היישומי, ולא במישור העקרוני. כך, למשל, נטען שיהיה קשה להבחין בין נסיבות שקמה בהן חובת הצלה לבין נסיבות שבוודאי לא קמה בהן חובה כזאת (כגון אי-נתינת אוכל לאדם רעב), ונטען שלעיתים ניאליץ להרשיע בעבירה זו אנשים רבים מדי. על שיקולים אלה ראו דיונו הביקורתי של פרוש (לעיל הערה 5).

ב. ביקורת פסק-הדין בפרשת לורנס

בפרשה זו נידונה שאלת אחריותו של אדם, שהיה שותף למשחק "רולטה רוסית", למותו של השחקן האחר. לגבי העובדות לא היתה כמעט מחלוקת בין התביעה להגנה: המשחק ששיחקו אכן היה רולטה רוסית; המנוח מת כתוצאה מהירייה שירה בראשו; לורנס (המערער) אמר למנוח שקיימת סבירות נמוכה בלבד שבירייה ראשונה ייפלט כדור אם בתוף של האקדח יש כדור אחד בלבד. לורנס הורשע בגרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-, ועל הרשעה זו (כמו גם על חומרת העונש) הוגש ערעור ברשות לבית-המשפט העליון, שנדחה פה אחד.

השלב הראשון בדחיית הערעור כלל דיון במושג רשלנות. בית-המשפט הלך בדרך שנשללה על-ידי מספר רב של פסיקות בעבר, ולפיה, בקיצור נמרץ: (1) היסודות של גרימת מוות ברשלנות בחוק העונשין חופפים ליסודות של עוולת הרשלנות בנוזיקין;¹¹ (2) רשלנות היא הפרה של חובת זהירות; (3) השאלה אם קיימת חובת זהירות או אינה קיימת תלויה בשאלה אם אדם סביר היה צריך לצפות שהתנהגותו תגרום נזק; (4) שאלה זו אינה שאלה עובדתית פשוטה, אלא שאלה נורמטיבית, דהיינו: היא תלויה באיזון בין ערכים שונים, שרק כתוצאה ממנו ניתן לקבוע מהי התנהגות סבירה ומהי התנהגות בלתי-סבירה.

היישום של דרך זו לענייננו מעלה באופן חד-משמעי שהמערער אכן אשם בעבירת הרשלנות. אין לנו כל אינטרס להגן על משחקים מסוכנים כרולטה רוסית, ומצד אחר יש לנו טעם חזק להתנגד להם מכוח אמונתנו בערך העליון של חיי אדם. לפיכך: "באיזון האינטרסים בין התועלת לנזק יוצא 'משחק' זה כפגע רע לפרט ולחברה".¹² לפיכך, מי שמשתתף במשחק מעין זה או מעודד אחרים להשתתף בו נחשב למפר את חובת הזהירות, והוא אחראי לתוצאות של התנהגות זו; ומכאן, הנאשם אשם בגרימת מוות ברשלנות. אף-על-פי שלפי המהלך של טיעון זה, קביעת אחריותו של הנאשם במקרה הנידון מספקת לגמרי אם מקבלים את התשתית התיאורטית שלעיל לגבי העבירה של גרם מוות

11 כך מסכם את הדברים השופט ד' לויין: "זה שנים רבות רווחת ההלכה שיסודות עבירת גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין חופפים למעשה לאלה של עוולת הרשלנות במישור האזרחי כפי שהם באים לידי ביטוי בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]". לויין מפנה, בין השאר, לע"פ 35/52 *רוטנשטרייך נ' יוה"מ*, פ"ד ז 58, שהוא פסק-הדין המנחה בעניין. על עצם העובדה שבת-המשפט מניחים חפיפה זו בין עוולת הרשלנות והעבירה של גרם מוות ברשלנות אין עוררין, וגם המבקרים החריפים של גישה זו מודים בה. ראו למשל ש"ז פלר "בין עוולת הרשלנות ל'רשלנות' בפלילים" *הפרקליט, ספר היוכל* (תשנ"ד) 53, 61: "פסק הדין של הרוב בעניין רוטנשטרייך נחשב להלכה פסוקה בנידון: יסודות העבירה של המתת אדם ברשלנות זהים עם יסודותיה של 'עוולת הרשלנות האזרחית'". וכן מ' קרמניצר "על הרשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי, או שניהם גם יחד", *משפטים* כד (תשנ"ה) 71, 78: "יסודות העבירה של גרם מוות ברשלנות הושוו באופן מלא ליסודות עוולת הרשלנות ללא סייג וללא תוספת". להפניות רבות לפסיקה הנסמכת על זיהוי זה, ראו י' לוי וא' לדרמן *עקרים באחריות פלילית* (תשמ"א) 529, הערה 108. מסורת פסיקתית זו התגבשה בימים שלפני התיקונים האחרונים בחוק העונשין, אם כי לא ברור שתיקונים אלה ישנו את המצב. ראו עוד להלן פרק ד סעיף 1.

12 עניין לורנס, לעיל הערה 3, בעמ' 15.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרני הטוב"

ברשלנות, סבר השופט לויין כפי הנראה שראוי לחזקו או להוסיף עליו, ולשם כך הוא מפתח מהלך נוסף המבוסס על קיומה של חובת שומרני טוב בנסיבות הנידונות. אמת הדבר, קובע השופט לויין, "חובה כללית של הצלה אין בשיטתנו... אך ישנם 'איים' של חובות הצלה, חובות סטטוטוריות, וכן כאלה שבית המשפט יכול וראוי שייצור על-ידי פרשנות".¹³ המקרה שלנו הוא דוגמה לאי מסוג אחרון זה, ופירושו של דבר הוא שלדעת השופט לויין, היתה ללורנס חובת שומרני טוב כלפי חברו המנוח, הוא הפר אותה, והוא ראוי לעונש על הפרתה.

מדבריו של השופט לויין ניתן לחלץ שני טיעונים עיקריים לביסוס טענה זו. הטיעון הראשון מבוסס על הרעיון שבמקרה הנידון היתה בין הנאשם לבין המנוח קרבה מיוחדת, המטילה עליו חובת הצלה (להלן: טיעון הקרבה). הטיעון בנוי כך:

א. המשותף למקרים שקיימת בהם חובת הצלה בחוק (חובת הורה לילדו; חובת מעורב בתאונת-דרכים לנפגע; חובתו של כבאי להציל) הוא קיומן של נסיבות היוצרות קרבה במובן המשפטי – קרבה המטילה חובת הצלה. במקרה של הורה וילדו, הקרבה היא ביולוגית; במקרה של מעורב בתאונת-דרכים והנפגע בתאונה, הקרבה היא תולדת הנסיבות והקרבה הפיסית במקום האירוע; במקרה של הכבאי, הקרבה היא תולדה של תפקיד שנטל הכבאי על עצמו.¹⁴

לפיכך –

ב. "כאשר ישנה רמת מעורבות הולכת וגדלה בין אדם לחברו, כך גם גוברת הנטייה להטיל עליו חובת הצלה".¹⁵

ג. קרבה עשויה להיווצר "מעצם העובדה שאדם א' הביא או עזר להביא את אדם ב' לסיטואציה המסוכנת".¹⁶

לפיכך –

ד. ללורנס היתה חובת הצלה כלפי המנוח בדומה לחובה שקיימת להורה כלפי ילדו, או לנהג כלפי נפגעים בתאונה.

הטיעון השני שניתן לחלץ מדברי השופט לויין מעגן את החובה הנידונה במבחן הצפיות (להלן: טיעון מבחן הצפיות) באופן הבא:

ניתן לומר שאדם א' התרשל בעצם המחדל שלא למנוע את המצב המסוכן שהוא עצמו תרם ליצירתו, והיה עליו לצפות את הנזק שהמצב עלול להסב לאדם ב'. לדוגמה: הבה נניח סיטואציה שבה גבר פוגש ילד ליד החוף כאשר הים סוער, והילד מציע לגבר להיכנס לים. הגבר מסכים ואף מסביר לילד שאם ייכנסו לים במקום מסוים, הסכנה לטבוע קטנה. הילד נכנס, מערבולת אוחזת בו והוא מתחיל לטבוע.¹⁷

13 ש.מ, בעמ' 30 (ההדגשות – שלי ד"ס).

14 ש.מ, בעמ' 31.

15 ש.מ.

16 ש.מ.

17 ש.מ, בעמ' 32.

האם טיעונים אלה מבססים חובת שומרוני טוב במקרה שלנו (או במקרים דומים)? דומני שלא. נפתח בטיעון הקרבה. הבעיה העיקרית בטיעון זה היא שרעיון ה"קרבה" הינו עמום מכדי לקדם אותנו בהבנת המשותף למקרים שקיימת בהם חובת הצלה, וקל וחומר שהוא עמום מכדי לשמש בסיס לגזירת חיובים נורמטיביים חדשים כפי שהשופט לוין מבקש לעשות. ה"קרבה" המבססת כביכול חובת הצלה בוודאי אינה קרבה פיסית, שהרי אם אדם גוסס ממש מתחת לאפי, אין עלי כל חובה להצילו. אין זו גם קרבה משפחתית, כי אם קרוב משפחה שאינו ילדי הגוסס, אין עלי חובה להצילו. גם אין מדובר בקרבה נפשית, כזו שאנו חשים כלפי חברים טובים, שהרי אין עלי חובת הצלה כלפי חברים אלה הנתונים בצרה.

כדי לראות עד כמה מושג הקרבה הינו מלאכותי בהקשר הנידון, יש לתת את הדעת לכך שקרבה מסוימת היא באופן טריוויאלי תנאי הכרחי הן לגרימת נזק והן לאי-הגשת עזרה לאדם במצוקה. הלוא עצם העובדה שהייתי במצב בו יכולתי לגרום נזק לאדם אחר מלמדת על קרבה מסוימת בינינו (פיסית או סיבתית), כשם שעצם העובדה שיכולתי להציל אדם (ולא עשיתי כן) מלמדת שהייתי קרוב אליו. קרבה אינה יכולה איפוא לשמש אמת-מידה לקביעתן של חובות זהירות או חובת שומרוני טוב, אלא היא מסקנה מקביעה זו.

הטיעון השני של השופט לוין בעייתי לא-פחות. לפי לוין, אם אדם א יצר סכנה לגבי אדם ב, מבחן הצפיות מלמד שחובה עליו לנקוט צעדים הדרושים כדי להציל את אדם ב מהסכנה. אבל בהנחה שיצירת הסכנה היא מעשה רשלני, הרי שחובתו של א להציל את ב מהסכנה אינה אלא המשך טבעי של חובתו לא ליצור את הסכנה, ואין טעם לראות אותה כחובה נפרדת ועצמאית במקרים בהם הוא אחראי ליצירת הסכנה.¹⁸ נחשוב, למשל, על נהג משאית שהתרשל בקשירת המשא על גבי המשאית, ותוך כדי נסיעה נפל המשא על הכביש והיווה סיכון לנוסעים בו. האם הנהג חייב לעשות מעשה ולפנות את המשא מהכביש? בוודאי שכן, אך לא מפני שמוטלת עליו חובה בלתי-תלויה לפנות סכנות מרשות-הרבים, אלא כדי לנטרל את התוצאות הרעות של מעשהו הרשלני. אם נהג אדם באופן רשלני וגרם נזק, הוא יהיה חייב בתשלום הנזק כולו בשל עובדה זו בלבד, בלא תלות בצעדים שנקט או נמנע מלנקוט לאחר יצירת הסכנה כדי למנוע את הנזק או להקטין. אם הקטין את הנזק על-ידי צעדים אלה, הוא יחויב בפחות מאשר היה מחויב אלמלא נקט את הצעדים הללו. אולם הטעם לכך אינו נעוץ בעובדה שהוא מילא מעין חובת שומרוני טוב ולא הוסיף מחדל רשלני על עשייתו הרשלנית, אלא בעובדה הפשוטה שאם הקטין את הנזק, ממילא עליו לשלם פחות פיזיים. בדוגמה לעיל: אם מייד לאחר שנפל המשא מהמשאית נגרם נזק כולל של 10,000 ש"ח למכונית עוברת, יחויב בעל המשאית בסכום זה בשל התנהגותו הרשלנית. עתה נניח שמדובר בכביש צדדי, שבעל המשאית הבחין בסכנה שיצר, שהוא היה יכול לפנות את המשא מהכביש מייד, אך לא עשה כן מתוך רשלנות, וכעבור כשעה עברה מכונית ונגרם לה נזק כולל באותו סכום. גם במקרה זה לא יעלו הפיצויים שישלם בעל המשאית על סכום הנזק, דהיינו: 10,000 ש"ח.

יוצא, לפחות בכל הנוגע בחיובי נזיקין, שאם א גרם במעשהו הרשלני נזק ל-ב, די

18 לא אדון כאן במקרים בהם אדם עשוי להיות חייב (בנזיקין או בפלילים) למנוע תוצאה מזיקה שלא הוא היה אחראי ליצירתה, בין שקיים לו הֶצדק מן הדין או פטור ובין שלא.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרני הטוב"

במעשה זה לחייבו, ומיותר להתייחס לחובה נפרדת, כביכול, החלה על א לנטרל את הסכנה. הואיל ולדעת השופט לוין (ולפי הפסיקה המקובלת בעניין זה), היסודות של עוולת הרשלנות בנזיקין זהים לאלה של עבירת גרם מוות ברשלנות, מסקנה זו צריכה לכאורה לחול גם על התחום הפלילי. אכן, הדעת נותנת שכך יהיה, בוודאי כאשר המעשה יוצר-הסכנה הוא מעשה רשלני. אם א עושה פעולה רשלנית שגורמת למותו של ב, אין מקום לדבר על חובה עצמאית שיש לו לסייע ל-ב משעה שזה נמצא בסכנה; לא מפני שאין לו חובה כזאת, אלא מפני שהיא נגזרת לגמרי מחובת הזהירות שלו כלפי ב. אם יצליח להציל את ב, הוא ינתק בזאת את הקשר הסיבתי בין מעשהו הרשלני לבין מותו (הצפוי) של ב, ויחלץ את עצמו מהפרת סעיף 304 לחוק העונשין. אם ייכשל, יתקיים הקשר הסיבתי, ו-א יורשע בגרימת מוות ברשלנות.

אוסף ואומר שעמדתו של השופט לוין גוררת את התוצאה הבלתי-סבירה שכמעט כל מעשה רשלני יהיה באחת גם הפרה של חובת שומרני טוב, שהרי ברגע שגרמתי נזק לזולת, קמה לי חובה להציל את מה שניתן עוד להציל. הדוגמה שלווין מביא להבהרת דבריו רק מגבירה את המבוכה. אם אדם מבוגר מעודד ילד להיכנס לים במקום מסוכן, המבוגר מפר בזאת בוודאי את חובת הזהירות, ויהיה אחראי לתוצאות רשלנותו. אם יושיט יד לילד הטובע ויצילהו, הוא יחלץ את עצמו בכך מן האישום של גרימת מות ברשלנות; אך לא מפני שמילא אחר חובת שומרני טוב שהיתה מוטלת עליו כביכול, אלא פשוט מפני שניטרל את התוצאות הרעות של מעשהו הרשלני.

שיקולים אלה מחזקים את דעת המיעוט של השופט בך, שהסכים להרשעה, אך טען שאין לתלות אותה ברעיון של חובת ההצלה. השופט בך טוען בצדק כי הואיל והנאשם גרם בהתנהגותו הרשלנית לאסון בכך שעודד את המנוח לשחק ונטל חלק במשחק, הרי שגם אילו נקט את כל האמצעים הסבירים למנוע את האסון לאחר-מכן (ונכשל), לא היה הדבר משחרר אותו מאחריות לאסון.¹⁹ במילים אחרות, רשלנותו של הנאשם במקרה דנן אינה מטילה עליו חובה עצמאית של הצלה, שהפרתה מוליכה סנקציה נפרדת ואשר קיומה עשוי לשחרר כביכול את הנאשם מאחריותו הראשונית לתוצאות התנהגותו הרשלנית.

שאלת מעמדה של החובה לצמצם את הנזקים שאדם גרם להם נידונה במשפט הבריטי בהקשר לפרשת *R. v. Miller*.²⁰ בפרשה זו הורשע D בהצתה. הוא נרדם על מזרן בבית נטוש כשבידו סיגריה בוערת. כשהתעורר וגילה שהמזרן בוער, הוא לא ניסה לכבות האש, אלא עבר לישון בחדר אחר. האש אחזה בבית, ונגרם נזק כבד. בית-הלורדים קבע שהמעשה הפלילי של הצתה כולל גם אי-נקיטת הצעדים הדרושים כדי לצמצם או למנוע נזקים שאדם אשם בגרימתם, ולכן, ברגע שגילה את האש, חלה על D החובה לנסות לכבות אותה. לגבי מקור האחריות נחלקו דעות השופטים והמלומדים: פרופסור ויליאמס טען לטובת התיאוריה של "המעשה הנמשך" (the 'continuing act' theory), לפיה יש לראות את כל התנהגותו של D כמעשה פלילי אחד, ומכאן שהאחריות היא על אקט פוזיטיבי, ולא על מחדל. לעומתו טען פרופסור סמית' שיש לראות את הנזק כנזק שנגרם על-ידי ההימנעות מנקיטת צעדים לכיבו

19 עניין לודנס, לעיל הערה 3, בעמ' 40.
20 *R. v. Miller* [1983] 2 AC 161

דני סטטמן

האש; דהיינו, מדובר בהפרת חובה על-ידי מחדל.²¹ העמדה שנקטתי כאן היא זו הראשונה, מן הנימוקים שהובאו לעיל.

ההצעה לא לראות בחובת ההצלה במקרים הנידונים חובה עצמאית הינה רלוונטית לא רק למקרים של רשלנות. טלו לדוגמה את פסק-דין פרידמן.²² העובדות שנקבעו על-ידי בית-המשפט היו, בקיצור נמרץ, כדלקמן: הנאשם, פרידמן, רב עם אשתו אחרי שגילה אותה בביתו עם גבר אחר. האשה נטלה סכין-מטבח מתוך כוונה לדקור אותו. פרידמן כופף את ידה כדי לשחרר ממנה את הסכין, ודקר אותה דקירה עמוקה בירך. לאחר-מכן עזב את הדירה, וכשחזר אליה כעבור כמה שעות, מצא את אשתו ללא רוח-חיים. השאלה העיקרית שבית-המשפט היה צריך להכריע בה היתה: האם היה הנאשם יכול להתחמק מאחריות על-סמך טענת הגנה עצמית? בעניין זה נפסק שההגנה אינה חלה, כי לצורך הגנה על חייו היה די שיוציא את הסכין מיד המנוחה, והוא לא היה צריך לדקור אותה בעוצמה כה חזקה. דחיית הטענה של הגנה עצמית פירושה שפרידמן אשם בהריגה, ובכך היה בית-המשפט יכול לסיים חלק זה בהחלטתו. אולם בפסקה 7 לפסק-הדין ממשיך בית המשפט ודן בבקשת בא-כוח המדינה להרשיע את הנאשם בגרימת מוות במחדל אסור, בהתבסס על כך שלא הגיש למנוחה את העזרה הנחוצה לאחר שפצע אותה.²³ המחדל, קובע בית-המשפט, הוא "מניעת עזרה". העובדה שהנאשם שוטט במשך שבע שעות לפני שחזר לביתו אף שידע כי אשתו שותתת דם מהווה ראיה שהוא "התעלם ממצבה הקשה וגילה אי-אכפתיות לגורלה". באופן עקרוני קיבל בית-המשפט טענה זו, אלא הואיל ולא הוכח הקשר הסיבתי בין מחדל זה לבין מות האשה (כלומר, לא הוכח שאילו הגיעה עזרה, היו חיי המנוחה ניצלים), החליט לא להרשיע את הנאשם בעבירת הריגה בשל המחדל של אי-הגשת עזרה, אלא רק בשל הדקירה שדקר אותה ואשר גרמה למותה כאמור.

ברם, לעניות דעתי, גם אילו הוכח הקשר הסיבתי הנ"ל, לא היה מקום להרשיע את הנאשם בגין גרימת מוות על-ידי מחדל. הואיל ומעשה התקיפה היה לא-חוקי, והואיל והוכח קשר סיבתי בין הדקירה לבין המוות, די בכך להרשיע את הנאשם בהריגה, ולא היה צורך בהרשעה נפרדת על אי-מניעת המוות, שהיא כגלגל חמישי מיותר. אנו זקוקים לרעיון של

21 ראו הערה לפסיקה של J.C. Smith "Case and Comment" *Criminal L. R.* (1982) 507, וכן הערתו: 527 *Criminal L. R.* (1982) "Commentary to R. v. Miller", בהן הוא מבקר את עמדת ויליאמס בספרו *Textbook of Criminal Law*, וכן את תשובתו של ויליאמס באותו כרך של *Criminal L. R.* בעמ' 773-774, ואת תגובתו של סמית' על תשובתו זו, שם, בעמ' 774. בעמדתו של סמית' מצדד גם G. Mead "Contracting into Crime: A Theory of Criminal Omissions" 11 *Oxford J. of Legal Studies* (1991) 147, 166.

22 ת"פ 79/92 מ"י נ' בוריס בן אלכסנדר פרידמן, בית-המשפט המחוזי באר-שבע, לפני השופט גלעדי (טרם פורסם).

23 יש להודות שבית-המשפט אינו מבהיר באופן מספק את המקור לחובת ה"עשה" שהוא מייחס לנאשם לסייע לאשתו. במיוחד לא ברור אם מה שיוצר את החובה הוא העובדה שהמנוחה היתה אשתו, או העובדה שהנאשם גרם לפציעה. הואיל ואין בחוק העונשין חובת שומרוני טוב של אדם כלפי אשתו, והואיל ומכל מקום אין בית-המשפט מזכיר ולו ברמז חובה מעין זו, סביר יותר להניח שהוא מקבל את האפשרות השנייה. מכאן שחובתו של הנאשם להזעיק עזרה רפואית היתה בתוקף גם אילו דובר בשכן או באדם זר, ולא דווקא בבעל.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרוני הטוב"

גרימת מוות על-ידי מחדל רק כדי להקיף את המקרים בהם לא קדמה למחדל עשייה אסורה שהיא סיבת המוות.²⁴ בדומה לאמור לעיל, אילו היה מקום להרשעה בעניין פרידמן גם על הריגה במעשה וגם על הריגה על-ידי אי-הגשת עזרה, הרי שברוב מקרי ההריגה היה ניתן להאשים את ההורג בשני אישומים מצטברים: גרימת מוות על-ידי מעשה (ירייה, דקירה או חנק) וגרימת מוות על-ידי מחדל (אי-הגשת עזרה לקורבן, בהנחה שהוא לא מת מייד); ודבר זה אינו מתקבל על הדעת. ניתן כמובן להאשים את ההורגים באישומים חלופיים, אבל לא בכך עסקינן כאן.

נפנה עתה לקושי האחרון, אך המרכזי, בעמדתו של השופט לוין. נניח, לצורך הדיון, שהטיעונים שהעלה תקפים ומבוססים, וכי ניתן ללמוד מהם על קיומה של חובת שומרוני טוב במקרים מן הסוג הנידון. נזכור שמדובר בחובה במישור הפלילי, שהרי בכך, בסופו של דבר, עסקינן כאן. השאלה שנתורה מעורפלת היא: מה טיבה של חובה זו? שתי אפשרויות עומדות על הפרק: (א) מדובר בחובה שהיא באופן כלשהו חלק מחובת הזהירות ולפיכך הפרתה (ברשלנות) היא בגדר הפרה של סעיף 304 לחוק העונשין; (ב) מדובר בחובה אחרת הנוספת על חובת הזהירות, שהפרתה היא בגדר הפרה של סעיף אחר בחוק העונשין. מהטיעון השני של השופט לוין ("מבחן הצפיות") עולה שהוא רואה את החובה הנדונה כקשורה למבחן הצפיות, כלומר, מן הסתם, למסגרת הכללית של מעשי רשלנות. לעומת זאת, מן הטיעון הראשון ("מבחן הקרבה") עולה שהשופט לוין מבקש להציע כאן תיזה מרחיקת-לכת יותר, לפיה חובת ההצלה במקרה שלנו היא כחובת ההצלה במקרים של הורה כלפי ילדיו, נהג כלפי נפגעים בתאונה וכדומה. רושם זה מתקבל הן מן ההקדמה של השופט לוין לדיון הנזכר והן מן האופן שהוא בוחר לסיים בו את הדיון. בהקדמה הוא סוקר את המצב המשפטי בעניין השומרוני הטוב, ומסביר שהמקרה שלפנינו הוא דוגמה ל"א" של חובת הצלה אותו "יכול וראוי בית-המשפט ליצור על-ידי פרשנות",²⁵ נוסף על האיים הקיימים כבר ואשר מחייבים הגשת עזרה בנסיבות מיוחדות. בסיום דבריו השופט לוין מצטט מתוך הסכמה את דברי פרופסור א' ידין במאמרו "על דיני פיקוח נפש",²⁶ הטוען לטובת חוק שומרוני טוב, והסבור שהימנעות מפיקוח-נפש צריכה להוות עבירה.

הבעיה היא שאם כוונתו של השופט לוין לאפשרות (ב), כלומר, שהפרה של חובת ההצלה אינה שקולה כנגד הפרת חובת הזהירות או מהווה חלק ממנה, אלא מדובר בחובה עצמאית, לא ברור כלל מהו הבסיס המשפטי שלה. הואיל ולפי השופט לוין נוצרה בנסיבות דנן קרבה מיוחדת בין הנאשם לבין המנוח, כזו היוצרת חובת הצלה, אולי עלינו להסיק שאי-

24 השוו דברי השופט קדמי בערעור על פסק-הדין הנזכר לעיל (ע"פ 1713/95 בודיס פרידמן נ' מ"י, פ"ד נ(1) 265, 275), הטוען כי משעה שהוחלט שהמעשה הפלילי אינו חוסה בצלה של הגנה כלשהי, רואים את המעשה והמחדל כ"מכלול אחד", ודי בקביעת פליליותו של המעשה כדי לבסס את אחריותו של הנאשם. לדעתו, צריך לבחון את האחריות למחדל רק אם המעשה חוסה בצלה של הגנה כלשהי. השופט קדמי נותר בדעת מיעוט לגבי קבלת הערעור, אף כי המחלוקת המשפטית לא נגעה בעניין האמור, אלא בשאלה אם יש להבין את מעשה הדקירה בנסיבות הנדונות כהריגה או כגרם מוות ברשלנות.

25 לעיל הערה 22, בעמ' 30.

26 לעיל הערה 8, בעמ' 252, 255-258.

הצלה שקולה כנגד המתה, שהרי בזכות קרבה זו במחדל אסור עסקינן,²⁷ ומכאן שנוכל להאשים את לודנס אפילו בהריגה, בהנחה שהתקיימה הכוונה הפלילית הנחוצה. אבל קשה עד מאוד להניח שזו כוונתו. ראשית, האפשרות של הרשעת הנאשם בהריגה אינה נזכרת כלל.²⁸ שנית, המחדל האמור בסעיפי ההריגה הוא הפרת חובה שבדין, ואיני מניח שלדעת לויך המהלך הפרשני באמצעות טיעון הקרבה מאפשר לראות את המחדל במקרה שלנו כהפרה של חובה מעין זאת. כמו־כן, אילו סבר לויך שמדובר בחובה מיוחדת שנוצרה, בלתי־תלויה בסעיף 304, היתה צריכה להיות לגביה סנקציה נפרדת, נוספת על זו שהנאשם היה חייב בה בשל הפרתו את הסעיף הנ"ל; אך לויך אינו מעלה אפשרות זו בשום מקום.²⁹

נסכם: לדעת השופט לויך, כאשר אדם יוצר במעשהו הרשלני סכנה מסוימת, קמה לו חובה מיוחדת להציל מנזקה אדם אחר הנקלע לסכנה זו, וחובה זו מצטרפת לאותם "איים" שקיימת בהם בחוק הישראלי חובת שומרוני טוב. נגד דעה זו טענתי כדלהלן: אם חובה זו נופלת לתחום הסעיף של גרימת מוות ברשלנות, היא מיותרת ומטעה, שכן משעה שיצר אדם סכנה ברשלנות, הוא כבר התחייב בתוצאות שנגרמו בשל כך, ואין מבחינה זו צורך כלשהו או נפקות כלשהי בחובה נפרדת למנוע את התוצאות הרעות של מעשה הרשלנות.³⁰ זה המצב בעניין לודנס, בו היתה התנהגותו הרשלנית של הנאשם דיה להרשיעו בגרימת מוות ברשלנות. לעומת זאת, אם אין החובה נופלת לתחום הסעיף הנזכר לעיל, לא ברור לתחום איזה סעיף בחוק היא נופלת. כך או אחרת, המקרה של לודנס אינו דוגמה ל"אי" נוסף של חובת שומרוני טוב בחוק הישראלי.

ג. שומרוני טוב בדיני נזיקין

מן הדיון בסעיף הקודם עולה שאם יש "איים" נוספים של חובת שומרוני טוב שבית־המשפט יכול ליצור בדרך של פרשנות, הם כוללים מקרים בהם לא קדמה התנהגות רשלנית למחדל של אי־הגשת עזרה, כשם שלא קדמה לו התחייבות מכוח חוזה לדאוג לאדם השרוי בסכנה. מדובר במקרים של מחדל טהור (pure omission); אי־הגשת עזרה על־ידי אדם א לאדם ב, כאשר א ו־ב זרים זה לזה, כמו בסיפור השומרוני הטוב בברית־החדשה, וכאשר אין קשר סיבתי בין מעשיו של א לבין יצירת מצב־הביש ש־ב מצוי בו (או, מכל מקום, שאין לראות

27 לטיעון מכיוון אחר לכך שלורנס צריך היה להיות מורשע לפחות בהריגה, אם לא ברצח(!), ראו פלר "משחק מסוכן" כארוע עברייני – הערות למבנהו" משפטים כו (תשנ"ה) 169. לביקורת, מוצדקת לעניות דעתי, על עמדת פלר, ראו מ' קרמניצר "משחק מסוכן" כארוע עברייני – הערות להערות משפטים כו (תשנ"ו) 619.

28 מעניין שלויך מצטט (בעמ' 19-20) בהחלטתו (לעיל הערה 3) פסק־דין של מדינת מסצ'וסטס [26] *Commonwealth v. Atencio* (1963), בו הורשעו שני משתתפים במשחק רולטה רוסית בהריגה. אלא שההרשעה היתה על המעשים שעשו, דהיינו, על ששיתפו פעולה עם המנוח, ולא על הימנעותם מלהצילו.

29 הסבר אחר לכך שלויך לא דיבר על הריגה עשוי להיות שאי־הצלה אינה מהווה סטייה רבתי מתקן ההתנהגות המקובל, כזאת שהיתה תנאי להרשעה בהריגה עד פסק־דין צבאח (ד"נ 4279/93 צבאח נ' מ"י, תקדין־עליון כרך 93(3) תשנ"ג/תשנ"ד 1993, 1316).

30 השו פלר, לעיל הערה 27, בעמ' 181.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרני הטוב"

את א כאחראי ליצירת מצב-הביש של ב). כפי שציינתי בדברי ההקדמה למאמר, מקובל שבדין הפלילי אין חובה להגיש עזרה בנסיבות כאלה לאדם המצוי בסכנת חיים גם אם הסיכון למציל הוא אפסי וגם אם מדובר בטרחה שולית. באופן דומה מקובל לחשוב שבתחום הנזיקי אין מקום לחייב על נזק שנגרם בשל מחדל טהור, אחרת, כפי שטען פעם בית-המשפט באנגליה: "there would be liability in negligence of one who sees another about to walk over a cliff with his head in the air, and forbears to shout a warning"³¹. למרות קיומם של הבדלים ידועים בין התחום הפלילי לנזיקי, במקרה דנן חלק גדול מהשיקולים בעד ונגד הטלת אחריות על מחדל טהור ממלאים תפקיד דומה בשני תחומים אלה.³² נקל להבין זאת אם מניחים שהשתת פיצויים נזיקיים הוא סוג של עונש, שכן אז השיקולים הרלוונטיים לשאלה אם ראוי להעניש את החודל על-ידי הטלת פיצויים עליו רלוונטיים גם לשאלה אם ראוי להענישו בסנקציה פלילית. ברם, גם לפי תפיסות אחרות של רעיון הפיצויים מסתבר שחלק גדול מהשיקולים הרלוונטיים לשאלת החיוב בפיצויים על מחדל טהור חל גם על שאלת ההרשעה בעונשין, ובכלל זה שיקולים חברתיים-כלכליים שונים.³³

נפתח איפוא בשאלה אם ניתן למצוא בדיני נזיקין מעין חובת שומרני טוב. לשונו הפשוטה של החוק אינה מותירה לכאורה ספק שהחוק מכיר בחובה כזאת. סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע:

עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות... הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות. (ההדגשות שלי, ד"ס)

וכן בסעיף 36 שם:

החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי כל בעל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.

משמע, חובת הזהירות כוללת חובה לפעול באופן פוזיטיבי כדי למנוע נזקים. מתי תקום לאדם חובה מעין זאת, דהיינו, חובה לפעול כדי למנוע נזק לזולת? הַנְּוִי אומר, כאשר בחינת מכלול השיקולים מלמדת שכך תתקבל התוצאה הרצויה ביותר מבחינת איזון הערכים המבוקש. בין שמדובר במעשה ובין שבמחדל, חובת הזהירות צריכה להיות "מעוצבת לפי איזון האינטרסים שבית המשפט עורך, תוך התחשבות בצורכי החברה ובערכי החברה

31 *Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1988] A.C. 175, 192
32 ראו למשל מאמרו המקיף של: S.J. Heyman "Foundations of the Duty to Rescue" 47
673 *Vanderbilt L. Rev.* (1994), המפתח טיעון ארוך לטובת חובת הצלה, ורק בסוף המאמר מצביע על ההבדלים ביישום הטיעון בין התחום הפלילי והנזיקי.
33 ראו למשל: E.J. Weinrib "The Case for a Duty to Rescue" 90 *Yale Law Journal* (1980) 247.

הראויים בעיניו, לעומת חופש הפרט ורצון הפרט לעשות ככל העולה על רוחו".³⁴ כפי שחזר בית-המשפט והדגיש פעמים הרבה, קביעת טבעה והיקפה של חובת הזהירות היא מקרה מובהק של חקיקה שיפוטית, שבית-המשפט קובע בה נורמות התנהגות לפי מיטב הבנתו את המדיניות המשפטית הרצויה.

חובת הזהירות הנקובה בסעיפי הרשלנות בנוזיקין כוללת איפוא לכאורה יסוד המזכיר את החובה לא לעמוד על דם הָרֵע; חובה על האדם לקום ולעשות מעשים מסוימים כדי למנוע נזק מבני-אדם אחרים אף-על-פי שאינו מכיר אותם ואינו קשור אליהם (כאמור בסעיף 36 לעיל, החובה היא כלפי "כל אדם"), והחובה אינה מוגבלת לסוגים מוגדרים של עשייה, אלא עשויה לכלול כל פעילות הנדרשת לדעת בית-המשפט מ"אדם סביר".³⁵

אף-על-פי שהיה ניתן לפרש את סעיפי הרשלנות כמטילים חיוב על מחדל טהור, בחרו בית-המשפט לא לעשות כן. מה שהניע אותם היה, כאמור לעיל, אותו סוג שיקולים שעומד בבסיס ההתנגדות לחוק שומרוני טוב בפלילים, ובין השאר: (א) ייחוס חשיבות רבה להבחנה בין מעשה ומחדל; (ב) חשש מ"מבול" של תביעות פיצויים. ברם, כשם שבתי-המשפט הכריעו להגביל את האפשרות של חיובים על מחדלים, כך יוכלו, בדרך של הכרעה שיפוטית, להרחיב אפשרות זו אם ישתכנעו שהדבר ראוי. מאלף הדבר שלפני למעלה מעשור התייחס הנשיא ברק להרחבה זו כ"דוגמה יפה להתפתחות עתידה" בדיני נזיקין.³⁶ הוא מזכיר את גישת המשפט האנגלו-אמריקני, "שהיא בעיקרה שלילית", ביחס לחיוב על מחדל טהור, למשל כאשר ראובן אינו מציל את שמעון מטביעה אף שאין בכך כל סיכון לראובן. לגישה שלילית זו תרמו, טוען הנשיא ברק, הבחנות בין מעשה למחדל ותפיסות ליברליות אינדיווידואליסטיות לגבי התערבות אדם בענייני זולתו. אבל טעמים אלה ראוי שיעמדו לבחינה מחודשת:

ההבחנות בין מעשה לבין מחדל נזנחו בשטחים רבים של דיני הרשלנות. התפיסה החברתית באשר להתערבות בנעשה אצל הזולת השתנתה. המחוקק עצמו מעודד מעשי הצלה. ומעל לכול, התפיסה המקובלת עלינו היא זו של קדושת החיים... נראה לי, אפוא, כי בשל תפיסתנו שלנו את קדושת החיים, מן הראוי שלא נלך בעקבות ההלכות האנגליות והאמריקאיות. שופט בישראל מן הראוי לו שיתן ביטוי לתחושת הצדק החברתי השוררת אצלנו. מן הראוי לו שיתחשב ב"סביבה" החקיקתית הקרובה והרחוקה המעודדת מעשי הצלה. שיקולים נורמטיביים, מוסדיים ובין-מוסדיים, מובילים, על כן להכרה בחובת זהירות מושגית המוטלת על כל אדם לנקוט באמצעי זהירות כדי למנוע סיכון של ממש לחיים ולגוף של זולתו, ובלבד שאין בכך כדי

34 עניין לודנס, לעיל הערה 3, בעמ' 16.

35 פשיטא שהחובה הנזכרת בסיפא של סעיף 35 אינה אלא חובת הזהירות עצמה, ולא חובה מכוח דין אחר, ואת הביטוי "שלאגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג" יש להבין ככולל גם מחדלים (דהיינו: חובה לנהוג בדרך אחרת מכפי שנהג).

36 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 463.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרוני הטוב"

להעמידו בסיכון דומה.³⁷

אילו נאמרו דברים אלה לפני שלושים שנה, הם היו נשמעים מרחיקי-לכת ביותר ובלתי-מעשיים. ברם, לנוכח המגמה האקטיביסטית של בית-המשפט העליון החל בשנות השמונים, המשתרעת על כל ענפי המשפט,³⁸ ההצעה להכיר במחדל טהור כבסיס לתביעת נזיקין אינה בגדר הבלתי-אפשרי כלל. אנו עדים לתופעה של הרחבת היקף האחריות המשפטית בענפים שונים של המשפט, ובכללם בדיני נזיקין.³⁹ כפי שטען אנגלרד: "אנו מצויים בעיצומה של פעילות שיפוטית שמטרתה להרחיב, תוך שימוש בעוולת הרשלנות, את האחריות בנזיקין על מצבי-נזק נוספים".⁴⁰ הרחבה זו של האחריות בדיני נזיקין, שאנו עדים לה, אין לדעת היכן תסתיים ומה יהיו גבולותיה, ואין זה מן הנמנע שהשלב הבא יהיה ההכרה, עליה דיבר הנשיא ברק, במחדל טהור כבסיס לחיוב נזיקין. מאז כתב הנשיא ברק את הדברים שלעיל, אנו עדים גם במשפט האנגלו-אמריקני לבחינה מחודשת של האחריות במקרים של מחדל טהור, ולהכרה בכך שאיננו רחוקים מהטלת אחריות במקרים אלה. בחינה זו קשורה למגמה כללית המסתמנת בדיני נזיקין להרחיב את תחומי האחריות, מגמה הדומה לזו שבמשפט הישראלי. תיאר את הדברים לפני כעשר שנים המלומד Logie:

One of the principal features in the development of private law in recent years has been the dramatic increase in the variety of circumstances in which courts are willing to hold that one party owes a duty of care in tort to another... [I]t is generally accepted that courts can, in appropriate cases, extend the scope of liability for negligence to embrace new types of relationships, conduct and harm. As the boundaries of liability have been rolled back, old immunities have been removed and duties of care (albeit sometimes restricted) have been established in areas previously considered to be beyond the scope of the law of tort.⁴¹

למרות התפתחויות אלה, טוען לוגי (Logie), קיימים עדיין תחומים של מבוכה וקשיים, ואחד מהם הוא התחום של אחריות למחדלים. להבחנה בין מעשים למחדלים יש השפעה רבה על עיצוב האחריות בנזיקין, אך זו הבחנה שקשה עד מאוד להגן עליה. מבחינה אנליטית, הוא טוען, כמעט כל מעשה רשלני ניתן לתיאור גם כמחדל רשלני, דהיינו, כמחדל

37 שם, בעמ' 464.

38 ראו בהרחבה אצל מ' מאוטנר *ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (תשנ"ג).

39 שם, בעמ' 107.

40 י' אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין" *עיוני משפט* יא (תשמ"ו) 67, 72, מובא אצל מאוטנר, שם.

41 J.G. Logie "Affirmative Action in the Law of Tort: The Case of the Duty to Warn" 48 *Cambridge Law Journal* (1989) 115

בא־נקיטת הצעדים הדרושים למניעת הנזק שנגרם. גם מבחינת שיקולי מדיניות – וכאן הוא מתייחס במפורש לשיקולים שעלו בדיון בסוגיית השומרוני הטוב – אין צידוק להבחנה בין מעשים ומחדלים. לכן, הוא מסכם, ההבחנה האמורה לא רק שאינה מועילה, אלא היא מפריעה בניתוח הסיטואציות הרלוונטיות, ובתי-המשפט צריכים להיות מוכנים לעיתים להטיל חובה חיובית למנוע נזק.⁴² לדעתו, ניתן להבחין במגמה בכיוון זה, והדוגמה שהוא מזכיר היא החובה להזהיר מפני סכנה (the duty to warn). לוגי מנתח מקרים שונים בהם הכירו בתי-המשפט בחובה מעין זאת, ומראה שלא ניתן לספק להם הסבר אחיד על בסיס העקרונות המקובלים של "קרבה" או של הבחנה בין מעשים ומחדלים. הדרך להסבירם ולהמשיך ולפתח את המשפט היא להשתמש בעקרונות הכלליים של דיני הרשלנות, עקרונות שעשויים להוביל לחיוב גם על מחדל טהור. בסיום דבריו לוגי מוסיף שהדברים שנאמרו על החובה להזהיר מפני סכנה חלים גם על מחדלים אחרים, בעיקר על המחדל להציל אדם מסכנה, שהוא מושא עיונו כאן. אבל, הוא טוען, יש הבדלים בין המקרים, בעיקר במאמץ הפיסי הנדרש למעשי הצלה. מכאן שגם לדעתו, במקרים של "הצלה קלה", כאשר כל מה שנדרש הוא הזעקת כוחות הצלה, אין מניעה להכיר במחדל טהור כבסיס לחיוב נזיקי. נטישת ההבחנה בתחום הרשלנות בין מעשים ומחדלים היא התפתחות חשובה גם לדעת מרקסיניס (Markesinis), מהחוקרים החשובים בתחום זה. במאמר שהתפרסם באותה שנה בה התפרסם מאמרו דלעיל של לוגי, מרקסיניס משתמש בביטוי הדרמטי "unnoticed revolution" כדי לתאר את המגמה במשפט הבריטי לנטוש את ההבחנה בין מעשים למחדלים בתחום הרשלנות.⁴³ לדעתו, ה"מבצר" של ההבחנה בין מעשים ומחדלים מחזיק עדיין מעמד, אך הוא מצוי תחת התקפה כבדה, ואין ספק שהוא עתיד ליפול בקרוב.⁴⁴ לדעת מרקסיניס, קיים ספק רק לגבי השאלה מתי ייפול המבצר, מתי תסתיים המהפכה, ולא לגבי עצם השאלה אם הדבר יקרה.⁴⁵ לדעת מרקסיניס, נפילת הדוקטרינה המקובלת לגבי מחדל

42 לטיעון דומה באותו הקשר, ולביקורת על ההבחנה המקובלת בין מעשה ומחדל, ראו: Weinrib, *supra* note 33.

43 B.S. Markesinis "Negligence, Nuisance and Affirmative Duties of Action" 105 *The Law Quarterly Rev.* (1989) 105, 119

44 J.E. Rowe and T. Silver "The Jurisprudence of Action and Inaction in the Law of Tort: Solving the Puzzle of Nonfeasance and Misfeasance from the Fifteenth through the Twentieth Centuries" 33 *Duquesne Law Rev.* (1995) 807. לדעת מלומדים אלה, ההבחנה החשובה לדיני נזיקין אינה זו שבין מעשה ומחדל, אלא בין נסיבות בהן קמה לאדם חובה לא לנהוג ברשלנות לבין נסיבות בהן לא קמה לו חובה כזאת. חובה מעין זאת קמה לדעתם רק בסיכונים שנוצרו בשל עצם קיומו של הפועל עלי אדמות ("only as to those risks created by one's existence on earth", *ibid*, at p. 854). הואיל ומקרים של מחדל טהור הם באופן טיפוסי מקרים בהם הסיכון לא נוצר בשל עצם קיומו של הפועל, זוהו בטעות שתי קבוצות מקרים אלה, והתפשטה הדעה שההבחנה החשובה היא זו שבין מעשים ומחדלים. כאשר התייחסו בתי-המשפט משך מאות שנים ל-nonfeasance כאל שיקול לפטור בנזיקין, הם התכוונו באמת לעיקרון שאין מוטלת על אדם חובה לשנות נסיבות ותוצאות שנגרמו בלא תלות בקיומו (שם, בעמ' 852).

45 "In this area of law... the opportunities for significant changes are there waiting simply to be seized... In my view, all that is uncertain is the 'when' not the 'if'" (Markesinis,

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרוני הטוב"

טהור תוביל לתוצאה מהפכנית לא-פחות, והיא נטישת המושג "חובת זהירות". אחת המטרות של השימוש במושג זה היתה להגדיר קבוצת מקרים בהם לא יהיה ניתן לעולם להטיל אחריות על המזיק, תהיה רשלנותו גדולה ככל שתהיה, פשוט מפני שלמזיק "לא היתה חובה" כלפי הניזוק, והמקרה הקלסי הוא זה של מחדל טהור. נטישת המושג חובה בהקשר דנן פירושה שיש להחליף את ה"לעולם" ב"כמעט אף פעם לא", ולהותיר מקום למבחן הרגיל של האדם הסביר בקביעת חיובים בכל סוגי המעשים והמחדלים.⁴⁶

התפתחויות ותחזיות אלה אינן מיוחדות רק למשפט האנגלי. בקנדה ניתן לראות מגמה דומה, שבאה לידי ביטוי בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין *Hall v. Herbert*.⁴⁷ בפסק-דין זה נידון המקרה הבא: התובע, Hall, פגש את הנתבע, Herbert, במסיבה, שבסופה היו שניהם שתויים. הנתבע הציע להסיע את התובע לביתו, ובקטע מסוכן של הנסיעה ביקש התובע רשות לנהוג ברכב. הנתבע הסכים, הם התחלפו במקומותיהם, וכעבור דקות אחדות גרם הנהג לתאונה ונפצע. Hall הגיש תביעה נגד Herbert בטענה ש-Herbert לא היה צריך לאפשר לו לנהוג ברכב ביודעו שהוא שתוי. הערכאה הראשונה קיבלה את התביעה.⁴⁸ בית-המשפט לערעורים דחה אותה בטענה שלא היתה על הנתבע חובת זהירות כלפי התובע,⁴⁹ ואילו בית-המשפט העליון חזר וקיבל בהחלטת רוב את העמדה שהיתה על הנתבע חובת זהירות כלפי התובע. לדעתו של המלומד Epp, החידוש המהפכני בדעת הרוב בהכרעה זו היה ההתעלמות מן ההבחנה בין מעשה ומחדל, הבחנה המתבקשת בנסיבות המקרה ואשר הונחה במפורש לפני בית-המשפט.⁵⁰ Epp מסכם ואומר:

By ignoring the misfeasance/nonfeasance issue, the Supreme Court of Canada terminated the legal significance of the distinction. It appears that all future omission-based negligence actions will be decided with reference to the standard duty of care analysis.⁵¹

ההתקדמות לקראת הכרה בחובת שומרוני טוב בנזיקין במסגרת עוולת הרשלנות מתיישבת יפה עם מגמה בולטת נוספת בדיני הנזיקין, והיא הרחבת סוגי היחסים המטילים חובה לעזור לזולת, למשל חובות של מעסיקים כלפי עובדיהם, בעלי קרקע כלפי העוברים

, at p. 122)43supra note

Ibid, at p. 123 46

Hall v. Herbert [1993] 2 S.C.R. 159 47

[1989] B.C.W.L.D. 952 48

(1991) 53 B.C.L.R. (2d) 201 at 206 49

לעיל הערה 47, בעמ' 187. שופט המיעוט Sopinka סבר שההבחנה רלוונטית, ויישומה גורר שלא היתה על התובע חובת זהירות כלפי הנתבע.

J.A. Epp "Hall v. Herbert: Duty of Care and Omissions" 28 *U.B.C Law Rev.* (1994) 51

393, 396. (ההדגשה שלי – ד"ס). לטיעון מקיף לטובת חובת הצלה בדיני נזיקין במשפט הקנדי, ראו:

M. McInnes "The Question of a Duty to Rescue in Canadian Tort Law: An Answer from France" 13 *Dalhousie Law Journal* (1990) 85

דני סטטמן

בה, ועוד.⁵² לדעת המלומד Weinrib, סביר שמגמה זו תוביל לחובת הצלה כללית:

On the judicial side, many of the outposts of the doctrine that there is no general duty to rescue have fallen... Moreover, the courts have increased the number of special relationships that require one person to aid another in peril. These developments have made the general absence of a duty to rescue seem more eccentric and isolated. They have also raised the possibility that the general rule in the process of being consumed and supplanted by the widening ambit of the exceptions and that the relationship between the general rule and the exceptions may be fundamentally incoherent.⁵³

עד כאן ראינו מגמה לקראת הכרה במחדל טהור כבסיס לחיובים מתוך ביקורת פנימית על הבחנות מקובלות בדיני הנזיקין. למסקנה דומה לגבי התחום הנזיקי הגיע, כפי שנרמז כבר לעיל, המלומד Heyman, מתוך דיון כללי ומקיף בחובת ההצלה.⁵⁴ Heyman דוחה את הטיעונים הנפוצים נגד חוק שומרונני טוב, וטוען שחוק מעין זה מוצדק ורצוי. יחד עם זאת הוא סבור שבתחום הפלילי אין לבתי-המשפט בארצות-הברית כוח ליצור פשעים חדשים, ולכן יש לחכות בתחום זה לצעד של המחוקק. לעומת זאת, בתחומים אחרים של המשפט אין מניעה שבת-המשפט יצרו בעצמם חובה זו, למשל:

courts might recognize a limited duty to rescue that would be enforceable only in tort law, and that would apply only to cases of "easy rescue", in which one individual is able to rescue another with little or no risk or expense to herself or others. This duty would merely constitute a narrower version of the obligation that I developed here and would be based on the same rationale: the responsibility of individuals to act on behalf of the community to protect their fellow citizens from serious harm.⁵⁵

ההצעה להטיל אחריות במקרים של הימנעות מהגשת עזרה במקרים של הצלה קלה מתיישבת עם המסגרת המושגית החדשה שנקבעה בהלכת *Peabody*⁵⁶ לצורך קביעת הגבולות של חובת הזהירות. בהלכה זו נקבע שיש להכיר בחובת זהירות אם הדבר "צודק וסביר" (just and reasonable),⁵⁷ ודומני שבמקרים של הצלה קלה תנאי זה מתקיים בהחלט;

52 דוגמות נוספות והפניות לפסיקה ניתן למצוא אצל ויינריב, לעיל הערה 33, בעמ' 248, הערה 7.

53 ויינריב, שם (הדגשות שלי – ד"ס).

54 Heyman, *supra* note 32.

55 *Ibid*, at p. 750.

56 *Peabody Fund v. L. Parkinson & Co.* [1984] 3 All E.R. 529.

57 לניתוח הלכה זו ומקומה בתולדות דיני הרשלנות, ראו "גלעד" על יסודותיה של עולת הרשלנות.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרוני הטוב"

צודק וגם סביר בהחלט לדרוש מאדם להזהיר עיוור הצועד לקראת תהום, או להציל ילד טובע בבריכת מים רדודה.

האם הצעות אלה שסקרנו כאן להכרה בחובת שומרוני טוב בנזיקין (במקרים של הצלה קלה) מצאו את דרכן אל הפסיקה? ככל שידוע לי, עדיין לא; אבל, לאור כל האמור לעיל, לא יהיה זה מפתיע למצוא פסיקה ברוח זו באותן שיטות המושפעות מן המשפט המקובל. דעת מיעוט ברוח זו נזכרה לפני שנים מספר בסקירתם של המלומדים Morgan ו-Hutchinson⁵⁸ על פסק-דין של בית-המשפט העליון במדינת Canengus. הערעור נשוא פסק-דין זה *Allan Derek* (v.) נסב על המקרה הבא: בשעת ערב מאוחרת נסע דרך בכביש צר ולא-מואר. באחד הסיבובים ראה רכב בעל פנס אחד נוסע מולו. הוא היה מושכנע שזה אופנוע, אך לרוע מזלו היתה זו מכונית ספורט של אלן, שאחד מפנסיה לא דלק. ברגע האחרון הבחין דרך בטעותו ולחץ בעוצמה על הבלמים. מערכת הבלמים לא פעלה כהלכה, וכתוצאה מכך איבדה המכונית את שיווי-משקלה ונזרקה לתעלה בצד הכביש. אלן לא הבחין שנגרמה תאונה, והמשיך בנסיעתו. כל האירוע התרחש סמוך לחווה המבודדת של מרטין. בזמן התאונה היה מרטין בחוץ, וראה את אשר התרחש. למרות זאת, לא נקט צעד כלשהו כדי לבדוק את יש נפגעים הזקוקים לעזרה, אלא נכנס הביתה והלך לישון. בינתיים היה דרך לכוד במכוניתו פצוע וזב דם. כחצי שעה לאחר התאונה עברה במקום ג'יין, שנחלצה מייד לעזרתו של דרך. היא גררה אותו מן האוטו וביצעה בו הנשמה מלאכותית שהצילה כנראה את חייו. לאחר-מכן הלכה לחווה של מרטין ושכנעה אותו להזעיק עזרה. אמבולנס הגיע ולקח את דרך לבית-החולים. שם נותח מייד וחייו ניצלו, אף כי היה הכרח לקטוע את רגלו. לדעת הרופאים, היתה הקטיעה נמנעת אילו הגיעה העזרה מוקדם יותר.

אין ספק שלפנינו מקרה קלסי של שומרוני טוב, המערור מייד אסוסיאציות של הסיפור בברית-החדשה. מרטין התנהג כמו הכהן והלוי שחולפים בלא להגיש עזרה, ואילו ג'יין התנהגה כמו השומרוני הטוב; אף שלא הכירה את דרך ולא היתה עליה כל חובה מיוחדת כלפיו, היא סייעה לו ככל שהיה ביכולתה ולמעשה הצילה את חייו. על רקע המאמץ שהשקיעה ג'יין כדי להציל את דרך – חילוץ מהרכב, הנשמה והזעקת אמבולנס – בולטת האדישות הבלתי-נסבלת של מרטין, שלא עשה אפילו את המינימום המתבקש, כלומר, הזעקת עזרה בטלפון. זה מקרה מובהק של "הצלה קלה"; כל שנדרש ממרטין היה להתקשר מייד לשירותי החירום. אלמלא הופיעה ג'יין, היתה הימנעות זו של מרטין מהזעקת עזרה בחזקת גזר-דין מוות לדרך.

בית-המשפט נתן את דעתו על היבטים שונים של המקרה, אולם לענייננו נתרכז כמובן בשאלת אחריותו של מרטין. האם דרך זכאי לפיצויים ממרטין על שהיה במחדלו בין הגורמים הסיבתיים לנכות שנגרמה לו כתוצאה מהתאונה? דעת הרוב היתה שאין לחייב את מרטין, מפני שלא קיימת חובת הצלה. ברם, כפי שנרמז לעיל, נשמעה בבית-המשפט גם דעה אחרת, של השופט ג' מיל, שסבר כי ראוי לחייב את מרטין. טיעונו מיוסדים על המגמה

במשפט הנזיקין הישראלי "עינוי משפט יד (תשמ"ט) 319, 365.

A.C. Hutchinson and D. Morgan "The Canengusian Connection: The Kaleidoscope of Tort Theory" 22 *Osgoode Hall Law Journal* (1984) 69

דני סטטמן

שניתחנו לעיל להרחיב את האחריות בדיני נזיקין ולבטל את ההבחנה בין מעשים למחדלים. אצטט חלק מחוות-דעתו:

As the courts are slowly beginning to accept, there is no significant or meaningful difference between misfeasance and nonfeasance; see *Rowland v. Christian* 69 Cal. 2d 108 (1968) and *Spreacher v. Adamson Companies* 30 Cal 3d 358 (1981). Furthermore, the courts and legislators seem to be committed to extending the liability of potential rescuers... The natural and obvious step is to establish a general duty to rescue. This advance will reflect and respect the moral and economic underpinnings of the common law.⁵⁹

אף כי ניתן להעלות התנגדויות לחובה להציל בכל הנסיבות, הוא ממשיך ואומר, התנגדויות אלה לא יחולו במקרה שלנו, בו כל שנדרש ממרטין הוא להתקשר בטלפון לשירותי החירום. לכן, לדעת השופט מיל, יש לחייב את מרטין בחלק ניכר מהנזקים שנגרמו לדרך.

כאמור, השופט מיל לא הצליח לשכנע את עמיתיו בעמדתו, והיא נותרה בגדר דעת מיעוט. אבל אם הטיעון שפיתחתי כאן נכון, הרי שדעת המיעוט במדינת Canengus עשויה לרמוז על השלב האחרון במגמה הנוכחית של התפתחות דיני הנזיקין. היא עשויה לבשר, במינוח הדרמטי של מרקסיניס, את נפילתן הממשית של חומות ההבחנה בין מעשה למחדל בנזיקין,⁶⁰ ואת קריסת התפיסה שלא ניתן לחייב על מחדלים טהורים. בכל מקרה, מה שעולה בבירור מהדיון בסעיף זה הוא שההכרעה אם להכיר במחדלים טהורים כבסיס לחיוב נזיקי היא הכרעה שיפוטית מובהקת. כשם שההרחבה הכללית של האחריות בדיני נזיקין בארץ⁶¹ ובעולם⁶² היא פעולה של בתי-המשפט, כך נתונה להם גם ההחלטה על הרחבה נוספת.⁶³ בין

Ibid, at p. 85 59

60 להסתייגות מן ההבחנה בין מעשים ומחדלים יש השלכות בתחומים רבים. היא ממלאת תפקיד מרכזי בביקורת של פילוסופים מסוימים על המדיניות המקובלת לגבי (מה שמכונה) המתת-חסד. לפי מדיניות זו, בעוד שמותר לרופאים למנוע טיפול רפואי או הזנה מחולים במצבים מסוימים, אסור להם לגרום באופן פעיל למותם. לדעת המבקרים, להבחנה זו אין צידוק, והיישום שלה גורם סבל מיותר; במקום לגרום ליצור אנושי (למשל, תינוק פגוע ביותר) מוות מייד וחסר כאבים, מונעים ממנו טיפול והזנה, וכך גורמים לו גסיסה קשה ומְנַוּלֶת. ראו למשל: P. Singer *Rethinking Life and Death* (Oxford, 1994) esp., pp. 75-80. ההבדל בין סוגיה זו לבין סוגיית השומרוני הטוב הוא שבסוגיית המתת-חסד, ערעור ההבחנה בין מעשים ומחדלים מיועד להביא לידי ראייה ליברלית יותר מבחינה מוסרית ומשפטית, דהיינו, להוכיח שכשם שמותר לבצע המתה סבילה במקרים מסוימים, כך מותר (ולעיתים אף רצוי), באותם מקרים, לבצע המתה פעילה. לעומת זאת, בהקשר של סוגיית השומרוני הטוב, ערעור ההבחנה הנ"ל משמש בסיס לראייה מגבילה יותר מבחינה מוסרית ומשפטית, דהיינו, כשם שאסור לגרום למוות באופן פעיל, כך אסור לעמוד על דם הרע ולגרום למוות על-ידי מחדל.

ראו לעיל הערות 38-40.

ראו לעיל הערות 41-43.

63 או במיוחד מאמרו המקיף של Weinrib, *supra* note 33, שתכליתו המפורשת (שם, בעמ' 249) היא

”לא תעמוד על דם רעך” – מחובת הזהירות לחובת ”השומר הנוב”

שיחליטו ללכת לקראת הרחבה כזו, ברוח הצעתו של הנשיא ברק ובהתאם לפסיקתו של השופט מיל שלעיל, ובין שיחליטו, משיקולים שונים, שאין ללכת לקראתה, ההכרעה היא שלהם, ולא בהכרח של המחוקק. אם דברי בסעיף זה נכוחים, הרי שהרחבה הנוספת אינה בגדר צעד מהפכני וחסר כל תקדים, אלא מהלך שמתיישב יפה עם המגמה הבולטת בדיני הנזיקין בעשור האחרון.

עתה ראוי להבהיר לקוראים שטרם גילו זאת כי מדינת Canengus לא היתה ולא נבראה, אלא משל היתה בפיהם של Morgan ו-Hutchinson, כדי לסמן את ההתפתחות הצפויה של דיני הנזיקין.⁶⁴ דעת המיעוט של השופט הדמיוני מיל משתלבת היטב במגמה הנוכחית ומעוגנת כראוי בפסיקה קודמת. אם להשתמש בדברי מרקסיניס בהקשר דומה, השאלה כבר אינה אם חוות-דעת כמו זו של השופט מיל תיהפך מדמיון למציאות, אלא מתי יתרחש הדבר.

להרחבת האחריות בנזיקין השלכות רבות ומגוונות, בין השאר על הסוג והעלות של ביטוח נזקים במחדל. במאמר הנוכחי אני מבקש לדון בהשלכה אחת בלבד, הלוא היא ההשלכה של הרחבת האחריות הנזיקית על החובה הפלילית להציל אדם השרוי בסכנה. נפנה איפוא לעניין זה.

ד. מחדל טהור במקרי ”הצלה קלה”: מעוולה נזיקית לעבירה פלילית?

בסעיף הקודם ניסיתי להראות שבמסגרת המגמה הכללית להרחבת האחריות בדיני נזיקין ניתן לזהות בשני העשורים האחרונים מגמה לנטוש את ההבחנה בין מעשים ומחדלים, או לפחות להפחית בחשיבותה, והתוצאה הסופית של התפתחויות אלה עשויה להיות הכרה במחדלים טהורים כבסיס לתביעת נזיקין במקרים של אי-הצלה-קלה. לדעת הנשיא ברק, זו תהיה דוגמה להתפתחות רצויה של רעיון חובת הזהירות, ולדעת מרקסיניס, אין ספק שההבחנה בין מעשים ומחדלים תינטש; השאלה היא רק מתי.

דברים אלה מעוררים את השאלה: מהן ההשלכות של התפתחויות אלה על הדין הפלילי? שאלה זו מחזירה אותנו לעניין לונדנס, בו נידונה כזכור שאלת האחריות בפלילים של המערער על גרימת מוות ברשלנות. האם השיקולים שהעלינו בסעיף הקודם גוררים שגם בדין הפלילי קיימת, או עשויה להתקיים בקרוב, חובת שומר הנוב טוב במקרים של הצלה קלה? כדי לענות על שאלה זו, עלינו להתייחס למחלוקת לגבי היחס בין עוולת הרשלנות בנזיקין לבין העבירה הפלילית של גרימת מוות ברשלנות. בעניין זה ניתן למצוא שלוש עמדות מתחרות:

1. עמדת הפסיקה

64 שם המדינה הוא שילוב של קנדה, אנגליה וארצות-הברית (CANada-ENgland-US), ושם עיר בירתה (Ottlonwash) מורכב משמות ערי הבירה של מדינות אלה – הכל כדי להראות שפסק-הדין הדמיוני עולה בקנה אחד עם ההתפתחויות בשיטות המשפט של מדינות אלה.

דני סטטמן

כפי שהזכרנו לעיל, העמדה המקובלת בפסיקה זה שנים רבות היא שיסודות העבירה של גרם מוות ברשלנות זהות לאלה של עוולת הרשלנות.⁶⁵ בשני המקרים עלינו לבצע אותו סוג של שיקול-דעת, דהיינו: לברר אם היתה קיימת לנתבע (או לנאשם) חובת זהירות מושגית לגבי סוג ההתנהגות הרלוונטי, אם היתה לו חובת זהירות קונקרטיית כלפי התובע, וכך הלאה. כל התנהגות שנקבע לגביה שהיא רשלנית ומטילה על הפועל אחריות בנוזיקין היא כזאת שהיתה מטילה אחריות פלילית אילו היתה התוצאה מוות, וכמובן להיפך. דברים אלה חלים בה במידה על מעשים ומחדלים, שהרי יסודות הרשלנות זהים בשני התחומים. עמדה זו, יש להזכיר, התגבשה בימי הנוסח הקודם של חוק העונשין, לפני הכנסת תיקונים 43 ו-39 לחוק. האם יגררו תיקונים אלה שינוי בעמדת בית-המשפט? השופט גולדברג סבור כנראה שהתשובה חיובית. בחוות-דעתו לגבי גרם מוות ברשלנות בעת מעצר על-ידי קבוצת שוטרים,⁶⁶ גולדברג מזכיר את המסורת המקובלת בפסיקה לגבי הזהות בין היסודות של גרם מוות ברשלנות לבין יסודותיה של עוולת הרשלנות, מוסיף שעמדה זו עוררה ביקורת בקרב מלומדים שונים, ומסיים כדלהלן:

ברוח הביקורת אף שונתה הגדרת הרשלנות כאמור בסעיף 21 כפי שתוקן בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי). אלא שכל עוד לא נכנס החוק האמור לתוקף, עומדת ההלכה האמורה בעינה, ולאורה נבחן את עובדות המקרה שלפנינו.⁶⁷

החידוש החשוב בסעיף 21 המתוקן הוא השימוש בביטוי "אדם מן היישוב" במקום הביטוי "אדם סביר" המקובל בדיני נזיקין. הבדל זה יש בו כדי לחזק את ההשערה שאמת-המידה לקביעת רשלנות פלילית תהיה מעתה שונה מזו המשמשת לקביעת רשלנות נזיקית. כדי לחייב בנוזיקין די שהמעשה יהיה כזה שאדם סביר לא היה עושהו, ואילו כדי להרשיע בפלילים יש צורך שהמעשה יהיה כזה שאדם מן היישוב, אדם רגיל מן השורה, לא היה עושהו. עצם טענתו של גולדברג שהתיקון נובע מהביקורת של פלר ואחרים על מדיניותו של בית-המשפט, מבהירה שלדעתו התיקון נועד לשנות מדיניות זו. עם זאת אין זה ברור שהתיקון יחייב את בית-המשפט לשנות את עמדתו. בסופו של דבר, גם לפני התיקון לא נכפה הזיהוי בין רשלנות נזיקית ופלילית על בית-המשפט מתוך לשון החוק, אלא ביטא אקט של פרשנות משפטית; והואיל ושערי הפרשנות לא ננעלו, אין זה מן הנמנע שגם אחרי התיקון ידבק בית-המשפט בעמדתו הישנה, וימצא דרך להתאים אותה לנוסח המתוקן.⁶⁸ בכל מקרה, לגבי המעמד של מחדלים פליליים, קרוב לוודאי שעמדת

65 ראו לעיל הערה 11.

66 ע"פ 5235, 4188/93 לזי נ' מ"י פ"ד מח (ה) 539.

67 שם, בעמ' 553 (הדגשות שלי – ד"ס).

68 בפסק-דין שניתן לאחר התיקון קבעה השופטת ר' יפה-כץ "כי חובת הזהירות... לא תשתנה גם לנוכח השינוי בחוק העונשין", וכי בבואנו לבחון אם ניתן לייחס עבירה על-ידי מחדל, תיבדק החובה לפעול "באותם מבחנים של החובה שעל פי דיני הרשלנות" (ת"פ (קריית גת) 552/94 מ"י נ' דנאור צנרת בע"מ, פ"מ תשנ"ו (4) 353, 371-372).

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרני הטוב"

הפסיקה לאחר התיקון לא תהיה שונה מעמדתו של פרופסור פלר, אותה אסביר מייד.

2. עמדת פרופסור פלר

פלר מותח ביקורת נוקבת על עמדת הפסיקה דלעיל, וסבור ש"אין כל מקום להציב סימן שוויון בין [עוולת הרשלנות האזרחית] לבין המושג 'רשלנות' בתחום הפלילי",⁶⁹ וכי "כל תחום משפטי, כולל זה של דיני העונשין, והאוטונומיה המושגית שלו, כל תחום ועולמו".⁷⁰ לביקורת זו שותפים גם פולונסקי⁷¹ וגור-אריה.⁷² אף שלפי גישה זו מדובר בתחומים שונים ונבדלים, קיימת ביניהם זיקה דווקא במקרים המעניינים אותנו כאן, דהיינו, במקרים של מחדל. כדי להאשים משהו במחדל פלילי, עלינו להניח קיומה של חובה שאדם זה הפר במחדל. מניין "נִיבָא" חובה זו? לדעת פלר, אין מניעה לייבא אותה מתחומים נורמטיביים אקסטרה-פליליים, ובכלל זה תחום הנזיקין, ומכאן נובע הכלל: חובת הזהירות, שהפרתה במחדל עשויה להיות החובה לפעול המשתמעת מן האפשרות לראות במחדל פלוני, שגרם לנזק, עילה לתביעת נזיקין, היא בכך חובה לפי דין, ולכן כוחה יפה להפוך את המחדל לרכיב התנהגותי של עבירה פלילית של "גרימה".⁷³

עמדה זו פותחה בהרחבה על-ידי מ' גור-אריה במאמרה הנזכר לעיל, והיא מסכמת ואומרת ש"במקרים של מחדל, ניתן לאמץ את חובת הזהירות המושגית מדיני נזיקין כחובה לפעול לצורך הטלת אחריות פלילית לעבירה של גרם מוות, ולכל עבירה אחרת".⁷⁴ גישה זו מקבלת חיזוק מן התיקון האחרון בחוק העונשין,⁷⁵ על-פיו נקבע בסעיף 18(ג) שמחדל הינו "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה". אם כך, לפי פלר וגור-אריה, אף-על-פי שתחום הנזיקין ותחום העונשין הם עולמות שונים, קיימת זיקה הדוקה בין העולמות כאשר מדובר במחדלים; מחדל שנקבע לגביו כי הוא מטיל חיוב בנזיקין דיו גם לביסוס מחדל פלילי בנסיבות דומות.

הזיקה, יש להדגיש, היא חד-סיטרית, מנזיקין לעונשין, ולא להיפך, דהיינו: כל מחדל נזיקי הוא בסיס למחדל פלילי, אבל לא כל מחדל פלילי מהווה בהכרח בסיס למחדל נזיקי. הטעם הפורמלי לחד-סיטריות זו נעוץ בעובדה שהמחדל הפלילי זקוק לחובה קודמת ומייבא אותה מכל מקום אפשרי, כולל מדיני נזיקין; ואילו המחדל הנזיקי עומד ברשות עצמו ונזקק רק לשיקולים הנוגעים בחובת הזהירות. לכן ייתכן שהימנעות מעשייה שהיא חובה לפי סעיף חוק כלשהו תהווה בסיס למחדל פלילי, אך בלא להספיק לחיוב נזיקי.

69 פלר, לעיל הערה 11, בעמ' 62.

70 שם, בעמ' 76.

71 א' פולונסקי "סעיף 218 של החוק הפלילי, עבירה פלילית או עוולה אזרחית?" הפרקליט יב (תשט"ז-תשי"ז) 119.

72 מ' גור-אריה "העבירה של גרם מוות ברשלנות, והיחס בינה לבין עוולת הרשלנות" משפטים יב (תשמ"ב) 257.

73 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א) 401, פסקה 518.

74 גור-אריה, לעיל הערה 72, בעמ' 280.

75 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ד, 348, 351.

3. עמדת פרופסור קרמניצר

קרמניצר מקבל את הביקורת שלעיל על עמדת הפסיקה, ומסכים שמעמדן של חובות הזהירות שנקבעו בדין הנזיקין אינו צריך להיות מעמד של אימוץ אוטומטי. אלא שקרמניצר מרחיב ביקורת זו גם לתחום של מחדלים, ואינו מקבל את עמדת פלר וגור-אריה שחובת הזהירות בנוזיקין משמשת באופן אוטומטי מקור חובה למחדל פלילי. לדעתו, הן לגבי מעשה והן לגבי מחדל, המעמד על חובות הזהירות שנקבעו בדין נזיקין הוא לא יותר מאשר "מקור השראה" לדין הפלילי.⁷⁶

נפנה עתה לבחון את ההשלכה של עמדות אלה על היחס בין הכרה בחובת שומרוני טוב בנוזיקין לבין הכרה בחובה מקבילה בפלילים. לפי עמדת הפסיקה, דומה שהראשונה גוררת באופן אוטומטי את השנייה.⁷⁷ אם, כדברי דב לוי שצוטטו לעיל, "יסודות עבירת גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין חופפים למעשה לאלה של עוולת הרשלנות במישור האזרחי",⁷⁸ אין מנוס מהמסקנה כי התנהגות שנקבע לגביה שהיא בגדר מחדל רשלני לעניין חיוב נזיקי היא באחת גם מחדל רשלני לעניין סעיף 304, לפחות בכל הנוגע ביסוד העובדתי הנחוץ. נתבונן, לדוגמה, במקרה של השומרוני הרע מרטין שתואר בהרחבה לעיל. אם

בית-המשפט סבור שהיתה למרטין חובת זהירות כלפי דרק, שהפרתה מטילה עליו חובה לפצות את דרק על הנזק שנגרם לו כתוצאה ממחדלו של מרטין, הרי מחדל זה דיו גם להטיל על מרטין אחריות פלילית בגין התוצאות של מחדל זה.

כפי שכבר הוזכר, סעיף 18 המתוקן בחוק העונשין קובע שמחדל פירושו "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה", ולפי זה נצטרך לומר מן-הסתם שלפי עמדת הפסיקה, מחדל רשלני שעשוי להצדיק הרשעה על בסיס סעיף 304 הוא כזה הכרוך בהפרה של חובת הזהירות. אך לא ברור לגמרי אם מדובר בחובת זהירות שכבר נקבע לגביה בעבר שהיא חלה על נסיבות ממין העניין, או שמא בית-המשפט רשאי ליצור חובת זהירות למקרה שבא לפניו בהתאם לשיקול דעתו הערכי ובהתאם למבחנים המקובלים לקביעת חובה זו.

בכל מקרה, נקל לראות שכאשר מדובר בגרימת מוות במחדל, אין הבדל גדול בין עמדת הפסיקה לעמדתם של פלר וגור-אריה. גם לפי האחרונים ניתן וראוי לאמץ את חובת הזהירות המושגית מדיני נזיקין כבסיס לחובה לצורך הטלת אחריות בפלילים. לפי שתי עמדות אלה, אם תוכר חובת שומרוני טוב בנוזיקין (דהיינו: חובת זהירות במקרים של הצלה קלה), יהיה בכך כדי לגרור אחריות פלילית בעוון התעלמות מאדם הזועק לעזרה.

יש להדגיש: אחריות זו תחול על כל עבירות ההמתה, לאו דווקא על גרימת מוות ברשלנות. הטעם העיקרי לכך הוא שבכל העבירות הללו ניתן לגרום למוות הן על-ידי מעשה והן על-ידי מחדל, ובלבד שהמחדל הוא "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה". יוצא שאם מחדל מסוים הוא הפרה של חובת זהירות כפי שנקבעה בדין נזיקין, הרי הוא עשוי בנקל לעלות לכדי הריגה אם רק התמלאו התנאים של היסוד הנפשי הנדרש, כאמור

76 קרמניצר, לעיל הערה 11, בעמ' 84-85.

77 בהנחה, כאמור לעיל, שעמדה זו עומדת בתוקפה גם לאחר השינוי בחוק העונשין.

78 לעיל הערה 11.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרוני הטוב"

בסעיפים 19-20 לחוק העונשין. טעם נוסף למסקנה זו הוא שאם האחריות הנזכרת לעיל תוטל רק על רשלנות, תתקבל התוצאה המוזרה הבאה: התנהגות שנעשתה ברשלנות מטילה אחריות פלילית, ואילו אותה התנהגות שנעשתה מתוך מחשבה פלילית אינה מטילה אחריות מעין זאת.⁷⁹ במילים אחרות: אם לא נאמר כך, ייצא שבמקרה של גרימת מוות על-ידי מחדל, במקום שכוונה חמורה יותר תבסס עונש חמור יותר, היא תגרום לפטור מוחלט מעונש.⁸⁰ לדעת גור-אריה, עקרון החוקיות מחייב ש"ראוי להגביל את המקרים שבהם ניתן לאמץ את חובת הזהירות המושגית כחובה לפעול לצורך הטלת אחריות פלילית בגין מחדלו של הנאשם, למקרים שבהם הכירו, בתחום דיני הנזיקין, בקיומה של חובת זהירות מושגית ביחסים שבין הנאשם ובין הקורבן קודם למחדלו של הנאשם".⁸¹ כפי שאמרתי לעיל, ייתכן שזו גם עמדת הפסיקה בעניין זה.

ההשלכה של דברים אלה על ענייננו היא, ראשית, שהאפשרות של בתי-המשפט להשתמש בכוחם הנורמטיבי היוצר כדי לקדם חובת שומרוני טוב תלויה לחלוטין בהתפתחות מקבילה בדיני נזיקין. שנית, שהואיל ובדיני נזיקין ענייננו חוזות בהתפתחות מעין זאת, כפי שהראיתי בסעיף ב, אין זה בלתי-מתקבל על הדעת שיהיו לכך השלכות גם על הכרה בחובת שומרוני טוב לפחות במקרים של הצלה קלה. יודגש שוב: התפתחות מעין זו בדין הפלילי לא תחייב שינוי מטעם המחוקק, ותבסס כל כולה על החקיקה השיפוטית של בתי-המשפט בהגדרת חובות הזהירות הנזיקיות והשלכתה האוטומטית על הגדרת המחדל הפלילי.

עמדתו דלעיל של קרמניצר קיצונית מזו של פלר וגור-אריה לגבי היחס בין עוולת הרשלנות האזרחית לבין מחדלים פליליים. לפי הפסיקה, היסודות של אלה חופפים; לפי פלר וגור-אריה, מדובר בעולמות שונים, אך בכל הנוגע בקביעת מחדל פלילי יש נפקות ישירה לחובות הזהירות הנזיקיות; ואילו לפי קרמניצר, אפילו לגבי מחדל אין חובת הזהירות בנזיקין יוצרת באופן אוטומטי מקור חובה למחדל פלילי. הנימוק לעמדתו הוא זה:

חובת הזהירות המושגית כשלעצמה אינה יוצרת חובה בנזיקין, אלא "חובה פוטנציאלית" בלבד, והסתמכות עליה כשלעצמה היא הליכה מעבר לדין הנזיקי או

79 ראו קרמניצר, לעיל הערה 11, בעמ' 74: "אין הצדקה ואין היגיון להטיל אחריות פלילית על רשלנות, כאשר אין אוסרים אותה עשייה מתוך מחשבה פלילית".

80 מתוצאה פרדוקסלית זו ניתן אמנם להתחמק אם תופסים את עבירת הרשלנות כמעין "סף תחתון" פלילי, הכולל את כל סוגי המחשבה הפלילית. התחמקות זו מבוססת על כך שברגע שתופר חובת הזהירות הרלוונטית, תוטל אחריות לפחות לפי סעיף 304, ולכן טענת הפרדוקס, לפיה עלייה בדרגה של המחשבה הפלילית גורמת לפטור גמור מאחריות, אינה נכונה. אבל גישה זו כלפי עבירת הרשלנות אינה מחויבת המציאות, ולדעתי, ראוי לדחותה. השווה קרמניצר, שם, בעמ' 74: "אשר לאפשרות של עבירת הרשלנות כ'סף תחתון' בלבד, הסופגת לתוכה גם את המחשבה הפלילית, אין להסתפק במסגרת נורמטיבית זהה לסוגים כה שונים של יסוד נפשי". וכן ש"ז פלר "על הקטיגוריות של החזקות: אגב פסקי הדין סובאח צלנקו ופלונני" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 357, 358, הערה 8: "אין מקום לגרוס כי בו ברגע שגרימת מוות ברשלנות בלבד נופלת לגדר איסור פלילי מכוח הוראת חוק מפורשת, ניתן להשתית על הוראה זו ענישה גם על כל מעשה שהתלוותה אליו צורת אשמה חמורה מרשלנות".

81 גור-אריה, לעיל הערה 72, בעמ' 278.

"ייצור" חובה במקום שזו איננה קיימת: בהעדר חובה קונקרטי, אין חובה על פי דין בנזיקין... ואילו החובה הקונקרטית מוטלת תוך התייחסות לכל נסיבות העניין, ובכללן הצפיות הסבירה של התוצאה. היא מוטלת בפועל, *ex post factum* תוך הבאה בחשבון של מכלול הנתונים הקונקרטיים. לא ברור כיצד היא יכולה למלא מראש תפקיד של הכוונת התנהגות, כנדרש ממקור חובה למחדל. חובת הזהירות המושגית היא מופשטת וכללית מדי, ואילו חובת הזהירות הקונקרטית היא קונקרטית מדי ו"בדיעבדית".⁸²

למרות זאת, קרמניצר סבור, כפי שהוזכר לעיל, שלחובות הזהירות שנקבעו בדיני נזיקין יש מעמד של השראה לקביעת חובת זהירות בדיני עונשין. פירושו של דבר שגם לדעת קרמניצר, הרחבת האחריות בדיני נזיקין במקרים של מחדל צריכה לשמש מקור השראה ועידוד להרחבה דומה בדיני עונשין. יתרה מזאת, לפי גישתו, יכולתו של בית-המשפט לקדם הרחבה אחרונה זו אינה תלויה כל-כולה בהכרעות השיפוטיות בדיני נזיקין, אלא עשויה לנבוע מהכרעות אוטונומיות של הדין הפלילי. הואיל וחובת הזהירות בפלילים טבועה בחותם אופיו המיוחד של הדין הפלילי, הרי שהגדרתו אינה תלויה בהכרעות בתחומים אחרים, ובכלל זה בנזיקין. מכאן שלדעת קרמניצר, בית-המשפט רשאי להרחיב את תחום האחריות הפלילית במקרים של מחדל רשלני אף מעבר לגבולות האחריות שנקבעו בנזיקין, כשם שהוא רשאי כמובן לא לעשות כן – הכל בהתאם ליעדים המיוחדים ולשיקולי הצדק של הדין הפלילי. הרחבה מעין זאת אינה משהו שמרתיע את קרמניצר:

אין קדושה בהיקף הקיים של עבירות הרשלנות. אפשר שמוצדקת הרחבה מסוימת שלו, ואם אימוץ המבחן האישי יביא להרחבה כזו ולהגנה מלאה יותר על אינטרסים חברתיים – טוב הדבר. עם זאת, יש לעמוד על המשמר ולא לאפשר הרחבת-יתר של התחום האסור. הסכנה קיימת, אך זהו סיכון מחושב שצריך ליטול, והמודעות לסיכון תעזור להתמודדות טובה עמו.⁸³

דומני שהמקרה של מרטין מתיישב יפה עם דרישות אלה. האינטרס החברתי שאנו רוצים להגן עליו הוא חשוב – שלמות הגוף והנפש, והמבחן האישי מצדיק בהחלט להעניש את מרטין בעוון עמידתו על דם רעהו. הן ההשראה מדיני נזיקין והן השיקולים הפנימיים המיוחדים לדין הפלילי עשויים איפוא להצדיק הטלת אחריות פלילית במקרים של (אי-) הצלה קלה.

ה. עקרון החוקיות והחשיבות של חקיקת חוק שומרוני טוב

ראינו בראש סעיף ב שהנשיא ברק צפה את ההכרה במחדל טהור כהתפתחות מבורכת עתידית בדיני נזיקין, וניסיתי להראות שאכן קיימת מגמה בכיוון זה בארץ ובעולם. למגמה זו

82 קרמניצר, לעיל הערה 11, בעמ' 84-85.

83 קרמניצר, שם, בעמ' 94.

"לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומרוני הטוב"

יש השפעה בלתי-נמנעת על החובה לא לעמוד על דם הרע בדין הפלילי, בין השפעה ישירה ומחייבת ובין השפעה בדרך של השראה. השאלה המתבקשת עתה היא: מהי ההשלכה של התפתחויות אלה על ההצעה לחוקק חוק שומרוני טוב?⁸⁴ לכאורה, חקיקה זו מתייגת, שכן בתי-המשפט יכולים לעשות את העבודה הדרושה באמצעות כוחם הנורמטיבי היוצר, בוודאי בתחום הנזיקי, וכפועל יוצא מכך גם בתחום הפלילי. ברם, במחשבה שנייה, ייתכן שדווקא ההתפתחויות שלעיל מדגישות את הצורך לחוקק חוק שומרוני טוב ברור ומוגדר. חוק כזה יגדיל ללא ספק את האחריות הפלילית הקיימת כיום במקרים של מחדל טהור, אך מצד אחר ישמש תריס בפני הרחבת-יתר של התחום האסור, הרחבה שעלולה לנבוע מן הזיקה לחובת הזהירות הנזיקית ומן ההתפתחויות הנ"ל בהקפה של חובה זו. דווקא ההגנה על האינטרסים המיוחדים של התחום הפלילי מחייבת שההלכות הנקבעות בתחום זה יהיו, ככל שניתן, בלתי-תלויות בהלכות הנקבעות בתחומים אחרים, ובכלל זה בתחום הנזיקי.

בהקשר הנידון, דומה שהדרך היעילה ביותר לחסום תלות זו היא לקבוע מפורשות בחוק העונשין את הנסיבות המיוחדות בהן אי-הצלה-קלה היא עבירה פלילית. לדעת גור-אריה, עקרון החוקיות גורר צמצום כוחו הנורמטיבי היוצר של בתי-המשפט כאשר מדובר בהטלת אחריות פלילית, ומכאן נובע, לדעתה, שראוי להטיל אחריות פלילית על מחדלים בגין הפרת חובת זהירות רק כאשר חובה זו הוכרה כבר בדיני נזיקין. באותה רוח אוסיף ואומר שעקרון החוקיות יכובד עוד יותר אם אחריות זו תוטל, במידת האפשר, רק על הפרה של סעיפי חוק שזכרם בא במפורש בחוק העונשין.

זאת ועוד: כפי שהדגשתי לעיל, הרחבת חובת הזהירות בנזיקין לקראת הכרה במחדל טהור משפיעה על הרחבה מקבילה של היקף ההתנהגויות שהן בגדר מחדל פלילי לגבי כל סוגי העבירות הפליליות, ולא דווקא לגבי העבירה של גרם מוות ברשלנות. המשמעות מרחיקת-הלכת של דברים אלה היא שאם החובה לעזור לזולת לא תוגדר ותוגבל על-ידי חקיקה, בני-אדם עלולים למצוא את עצמם מורשעים בעבירה החמורה של הריגה על אי-מתן עזרה במקרים של הצלה קלה. אפילו התומכים הנלהבים בחקיקת חוק שומרוני טוב אינם מציעים סנקציה כה חמורה.⁸⁵

אין צריך לומר ששיקולים אלה לטובת חקיקה של חוק שומרוני טוב בנסיבות המתוארות

84 כמעט כל המלומדים שעסקו בשאלה אם ראוי לחוקק חוק שומרוני טוב (פלילי) במשפט הישראלי ענו על כך בחיוב. ראו מאמריהם של ידין, בן-פורת, בן-שלמה ופרוש, הנזכרים לעיל הערות 6-8. וראו גם דברי הנשיא ברק, ליד הערה 37, שנאמרו אמנם בהקשר נזיקי, אבל הגיונם תופס במידה רבה גם לתחום הפלילי. לקריאות לחוקק חוק מעין זה בארצות-הברית, ראו למשל Heyman (לעיל הערה 32).

85 כפי שהזכרתי בהערה 1 לעיל, באותן מדינות בארצות-הברית שיש בהן חוק שומרוני טוב, העונש הוא קנס כספי קל. בחוק לא-תעמוד (לעיל הערה 7) העונש הוא קנס בלבד, ולא התקבלה הצעת-החוק לפיה העונש יהיה שישה חודשי מאסר (ראו הצעת חוק העונשין, (תיקון מס' 47) (לא תעמוד על דם רעך), התשנ"ה-1995). במקומות אחרים בעולם העונש חמור יותר, אך עדיין רחוק מזה שמוטל על הריגה. ראו למשל סעיף 223 לחוק הפלילי הצרפתי: The same penalty [imprisonment of 5 years and a fine of 500,000F (US\$ 80,000)] applies to anyone who will voluntarily refrain from assisting anyone in peril either personally or by searching for help, without endangering himself or a third party. אגב, סעיף זה וכן הסעיף שאחריו, העוסק בהפרעה למעשי הצלה, הוזכרו לאחרונה במסגרת הדיון בנסיבות מותה הטרגי של הנסיכה דיאנה על אדמת צרפת.

תופסים גם – בעצם, במיוחד – לגבי אלה שחששו עד היום מהתוצאות של חקיקה כזאת. דווקא חשש זה צריך להניעם לתמוך בחוק המוצע, כדי שגבולותיה של החובה האמורה ייקבעו באופן ברור ככל שניתן (למקרים של הצלה קלה בלבד וכולי), וכדי למנוע סחף בלתי רצוי של הדין הפלילי אחר ההתפתחויות בדיני נזיקין. אם מרקסיניס צודק בתחזיתו שחומות ההבחנה בין מעשה ומחדל מטות כבר ליפול בדיני נזיקין, ואם בתחום הפלילי אנו מבקשים למנוע נפילה מקבילה, ראוי שננתק ככל שניתן את החומות אלה מאלה, וזאת, כאמור, על-ידי חקיקה מפורשת בתחום הפלילי.

לסיום הדיון ברצוני להוסיף שחקיקה זו צריכה להיזהר לא לגרום לאותה תוצאה שביקשנו למנוע בעזרתה, דהיינו, לאפשרות של הרשעה בהריגה על אי-מתן עזרה לאדם במצוקה. בחוק לא-תעמוד נאמר בסעיף 1(א): "חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו..." משמעותו של חוק זה היא שמעשה יש חובה על-פי דין להושיט עזרה לאדם המצוי בסכנת מוות. ברם, מה יקרה אם כתוצאה ממחדלו של העבריין ימות אדם זה, תוצאה סבירה למדי בנסיבות העניין? לכאורה אין מנוס מהמסקנה שהחודל יהיה אשם לא רק בהימנעות מהושתט עזרה, כלומר, עבירה לפי סעיף 1 לחוק

לא-תעמוד, אלא אף בהריגה! שהרי הריגה היא גרימה במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם; ואם קיימת לאדם חובה להושיט עזרה, ולא נהג כן, ברור שנוכל לומר שגרם במחדל אסור למותו של האדם. לפי הגדרות המחשבה הפלילית בתיקון האחרון לחוק העונשין (תשנ"ד), אין מניעה להניח שתהיה לחודל המחשבה הפלילית הדרושה, דהיינו: "מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה". הואיל ונראה לי שרק במקרים נדירים ביותר היינו רוצים להרשיע בהריגה את מי שעומד על דם רעהו,⁸⁶ מדובר לכאורה בליקוי של ממש בחוק האמור. כדי לתקן את הליקוי היה ראוי להוסיף הבהרה שתקבע כי המפר את החוק לא יורשע, נוסף על כך, בעבירה התוצאתית של גרימת מוות. במילים אחרות, עמידה על דם הרע צריכה להיחשב לעבירת התנהגות בשני מובנים: ראשית, כדי לחייב את העבריין אין צורך שהאדם במצוקה אכן ימות או ייפגע, ובכך החוק מחמיר עם העבריין.⁸⁷ שנית, אם העבריין מורשע על מחדלו, אין הרשעה זו יכולה לשמש בסיס להטלת אחריות על עבירת תוצאה של המתה במחדל. בכך החוק מקל כמובן על העבריין. הואיל והמחוקק לא הוסיף הבהרה זו, ראוי שבת-המשפט יפרשו את החוק הנידון הלכה למעשה

86 ראוי להזכיר שגם בהלכה, הרואה בחומרה רבה את מחדלו של העומד על דם הרע, אין העבריין נידון כרוצח. יתרה מזאת, אין הוא מקבל אפילו את העונש הקל של מלקות בזכות הכלל "לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו" (ראו רמב"ם הלכות רוצח ושמירת נפש, א, טז).

87 כשם שחוק השומרוני הרע הנ"ל הוא עבירת התנהגות, כך גם החוק המעודד שומרונים טובים מסתפק בהתנהגות הראויה בלא תלות בתוצאותיה. כוונתי לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט 1979, סעיף 5, בו נקבע כי "מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר... חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות..." זכותו של המתנדב לקבל שיפוי על הוצאותיו ופיצוי על נזקיו אינה תלויה בהצלחתה של פעולת ההצלה, אחרת יש חשש שאנשים ימנעו מלהתנדב. סעיף 2(א) לחוק לא-תעמוד מבהיר שחובת ההצלה שנקבעה בחוק זה אינה שוללת מהמציל את השיפוי שהוא זכאי לו לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט.

ו. סיכום

1. בעניין *לונס* קבע בית-המשפט כי התנהגותו של המערער היתה רשלנית, וכי הוכח קשר סיבתי בין התנהגות זו לבין מותו של המנוח במשחק "רולטה רוסית". היה די בכך לדחות את הערעור ולשוב להרשיע את המערער. אך בית-המשפט לא הסתפק בכך, וביקש ליצור, בדרך של פרשנות, חובה נוספת: שהמערער הפר כביכול מעין חובת שומרוני טוב כלפי המנוח. ניסיתי להראות שמהלך אחרון זה מוטעה, שכן כאשר עשייה אסורה דיה להטיל אחריות פלילית, אין ראוי להוסיף עליה את המחדל של אי-מניעת התוצאות של עשייה זו עצמה. אם יריתי בפלוני כדי להורגו אך הוא לא מת מייד, אין מקום להרשיע אותי פעמיים: הן בגרימת מוות על-יד מעשה (=הירייה בו) והן בגרימת מוות על-ידי מחדל (=ההימנעות מהזעקת אמבולנס כדי להצילו); ובאותו אופן, כאשר הוכח שגרמתי למוות בעשייה רשלנית, אין רבותא ואין טעם להוסיף על כך אישום נוסף: שלא מנעתי את התוצאות שגרמתי להן ברשלנות.⁸⁹

2. עם זאת, בית-המשפט צודק בהנחה הכללית שקיימת זיקה הדוקה בין המושג חובת זהירות לבין המושג חובת שומרוני טוב. ההקשר המעניין של זיקה זו הוא נסיבות בהן לא קדמה למחדל עשייה אסורה, וכאשר המחדל אינו הפרה של התחייבות קודמת שיש לפועל. טענתי שניתן לזהות במערכות המשפט האנגלוסקסיות מגמה לקראת הכרה הולכת וגוברת במחדלים כבסיס לחיובים בנזיקין, מגמה הקשורה לערעור ההבחנה בין מעשים ומחדלים ולהרחבת סוגי היחסים המטילים חובת עזרה. השלב האחרון בהתפתחות זו, שלב שאינו בגדר הלכתא למשיחא כלל, הוא הכרה במחדל טהור, במקרים של אי-הצלה-קלה, כעילה לחיוב נזיקי. כאילוטרציה לעניין זה הזכרתי את דעת המיעוט הדמיונית בעניין *Allan v. Derek*, שתמכה בחיוב נזיקי על תוצאות שנגרמו בשל אי-הזעקת עזרה אף-על-פי שלא היו לשומרוני הרע במקרה זה כל יחסים עם האדם הפצוע ולא חובה כלשהי כלפיו מכוח חוזה או דין.

3. לפחות בתחום דיני הנזיקין, הצעת-תחזיתו של הנשיא ברק להרחיב את האחריות כדי לכלול מקרים של מחדל טהור עושה כמדומה את דרכה, יחד עם הצעותיהם של מלומדים אחרים, ממרומי הדיון האקדמי אל הפרקטיקה של בתי-המשפט. קשה לדעת אם ילכו בתי-המשפט בדרך זו עד הסוף, דהיינו, עד להכרה במחדלים טהורים, או שיעצרו לפני הכרה זו; מה שברור הוא שההכרעה נתונה בידיהם. קביעת טבעה וגבולותיה של חובת הזהירות היא, כפי שהנשיא ברק חוזר ומדגיש, חקיקה שיפוטית טהורה,⁹⁰ ובנידון זה אין מדובר עוד בחקיקה מרחיקת-לכת שאין לה שורש וענף. לא נדע אל נכון מהי עמדת בית-המשפט הישראלי בסוגיה זו עד אשר יגיע מקרה דוגמת *Allan v. Derek* לפניו. והיה כאשר יגיע,

88 אני מודה לפרופסור קרמיניצר על עזרתו בנקודה זו.

89 אין בכך כדי להכחיש שהתנהגותו ומחדליו של עבריין לאחר עשיית מעשה אסור עשויים להוות שיקולים להקלה או להחמרה בעונש.

90 ראו, למשל, ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 138-139.

דני סטטמן

לא יהיה זה פלא בעיני אם דעת המיעוט של השופט מיל תישמע גם אצלנו, ומי יודע, אולי אף תיהפך להלכה מחייבת.

4. לנוכח החפיפה המקובלת בפסיקה בין רשלנות כעוולה אזרחית לבין רשלנות כעבירה פלילית (גרם מוות ברשלנות), אין הרחבת האחריות הנזיקית יכולה לא להשפיע גם על הרחבת האחריות הפלילית. טענתי שהשפעה זו תחול על דעת כולי עלמא, דהיינו, גם על דעתו של קרמניצר, הסבור שההכרעות בעניין זה בדיני נזיקין הן רק מקור השראה, ולא מקור מחייב לדיני עונשין. כל שכן שתחול על דעת הפסיקה ועל דעתם של פלר וגור-אריה, לפיהן, לקביעה של חובות זהירות בנזיקין יש מעמד של דין מחייב לגבי קביעת מחדל בתחום הפלילי. המשמעות של דברים אלה היא שההתפתחויות שלעיל בדיני נזיקין המבשרות חובת שומרוני טוב בתחום הנזיקי עשויות להוביל, כתוצאה נגזרת ומאוחרת, לבשורה דומה בתחום הפלילי. דווקא בשל כך נכון להקדים ולחוקק חוק שומרוני טוב,⁹¹ ולקבוע בו במפורש את הנסיבות בהן אדם צפוי לסנקציה פלילית על שעמד על דם רעהו.

5. החידוש במאמרי אינו בעצם הציוד בחקיקת חוק שומרוני טוב, אלא בטיעון שאני מציע לטובת צעד זה. הטיעונים הרגילים לטובת החוק האמור מבוססים על שיקולים מוסריים וחברתיים, בעיקר על הדאגה לפגיעה בחיי אדם, ואיני מערער על תוקפם וחשיבותם. כאן הצעתי מהלך אחר, המבוסס על שיקולים שהינם פנים-משפטיים יותר, דהיינו: התפתחויות מסוימות בדיני הנזיקין בתוספת עקרון החוקיות. אם מהלך זה תקף, יש בו כדי להעניק משנה תוקף לשיקולים האחרים, ולשכנע גם את המשפטן שאין לפניו כביכול אלא ד' אמות של משפט לקבל בכרכה את חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1988.

91 כמובן שקיימים טעמים נוספים וכבדי-משקל לחקיקת חוק מעין זה, שלא טיפלתי בהם כאן. להגנה כללית על הצורך ליצירת חובת שומרוני טוב, בין בדרך של חקיקה שיפוטית ובין בדרך של יצירה חובה חקוקה, ראו, נוסף על המקורות הנזכרים בהערה 8 לעיל, D.B. Yaeger "A Radical Community of Aid: A Rejoinder to Opponents of Affirmative Duties to Help Others" 71 *Washington University Law Quar.* (1993) 1; V.C. Brady "The Duty to Rescue in Tort Law: Implications of Research on Altruism" 55 *Indiana Law Journal* (1980) 551; A.D. Woosely "A Duty to Rescue: Some Thoughts on Criminal Liability", 69 *Virginia Law Rev.* (1983) 1273; Heyman, *supra* note 33; Weinrib, *supra* note 32.