

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

רוני רוזנברג



נבו

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי / רוני רוזנברג

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

רוני רוזנברג

נבו

RONI ROSENBERG

BETWEEN ACT AND OMISSION
IN CRIMINAL JURISPRUDENCE

הפקה: טלי פלד

מסת"ב 978-965-442-090-7 ISBN

©

זכויות היוצרים שמורות למחבר

תשע"ד-2014

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835

טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il

לאפרת, אביגיל, נעמי, מיקה, דפנה ויותם

תוכן העניינים

13.....	הקדמה
15.....	מבוא

שער ראשון

ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

37.....	פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה
37.....	1. מבוא
39.....	2. טיעון השוואת מקרים
39.....	א. הצגת הטיעון
43.....	ב. ביקורת
49.....	3. טיעון השוואת הנימוקים לאיסור
49.....	א. הצגת הטיעון
50.....	ב. הביקורת
52.....	4. טיעון תקיפת הרציונל המוסרי
52.....	א. הצגת הטיעון
55.....	ב. ביקורת
57.....	5. טיעון תקיפת ההגדרה הדסקריפטיבית
57.....	א. ניטרליות ההגדרה הדסקריפטיבית – הטיעון של בנט
57.....	(1) הצגת הטיעון
59.....	(2) ביקורת
62.....	ב. סתירת האינטואיציה המוסרית – הטיעון של קגן
62.....	(1) הצגת הטיעון
64.....	(2) הביקורת
64.....	6. סיכום

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה

65.....	לבין מחדל במשפט הפלילי
65.....	1. מבוא לפרק כולו
66.....	2. רציונל הסיבתיות
66.....	א. הקדמה

תוכן העניינים

ב.	תאורית "סיבה בלעדיה אין" ומבחן התנועה הגופנית – אפשרות ראשונה	
68	להבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות	68
68	(1) הצגת התאוריה	68
71	(2) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות	71
72	(3) התשתית הפילוסופית של התאוריה	72
76	(4) הצורך באיתור חובה לפעול במחדל	76
76	(5) הביקורת	76
ג.	"תאורית ההעברה" – אפשרות שנייה להבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות	82
82	(1) הצגת התאוריה	82
	(2) ההבחנה בין "תאורית ההעברה" לבין תאורית "סיבה בלעדיה אין" וההגדרה	
84	הדסקריפטיבית	84
85	(3) ביקורת על "תאורית ההעברה"	85
ד.	תאורית יצירת האיום – אפשרות שלישית להבחנה סיבתית	
87	בין המתה לבין הנחה למות	87
87	(1) העמדה של פוט	87
87	(א) הצגת העמדה	87
89	(ב) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות	89
90	(2) העמדה של מקהמן	90
90	(א) הצגת העמדה	90
90	(ב) ההבחנה בין פוט לבין מקהמן ביחס להסרת מגן	90
93	(ג) הביקורת	93
94	(ד) ביקורת כללית על כל שלוש התיאוריות	94
ה.	תאורית "ביניים" – החריגה מהנורמה	94
94	(1) העמדה של הונורה	94
94	(א) הצעת העמדה	94
98	(ב) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות	98
99	(ג) הצורך באיתור חובה לפעול	99
100	(2) העמדה של פלטשר	100
100	(א) הצגת העמדה	100
101	(ב) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות	101
102	(ג) הקשר שבין התאוריה של פלטשר לדרישת המעשה בדין הפלילי	102
ו.	תיאוריות שלפיהן אין הבחנה סיבתית בין המתה להנחה למות	103
104	(1) סיבה בלעדיה אין – אפשרות ראשונה	104
104	(א) מחדל הוא אירוע – העמדה של דייודסון	104

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

106 (ב) רכיבי הקשר הסיבתי הם עובדות – העמדה של מלור
108 (2) תנאי הכרחי במערכת מספיקה – אפשרות שנייה
111 ז. סיכום
111 3. רציונל החירות
111 א. הקדמה
112 ב. תאוריית החירות הליברלית
112 הצגת הטיעון
117 ג. תאוריית החירות הצרה
117 הצגת הטיעון
118 ד. ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות
121 ה. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
121 ו. השלכות סיווג תאוריית החירות כרציונל מוסרי ולא משפטי
124 ז. ביקורת
129 4. רציונל הפגיעה בקרבן
129 א. הקדמה
130 ב. תאוריית הזכאות של קם
130 (1) הצגת התאוריה
134 (2) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות
136 (3) הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
137 (4) הביקורת
139 (5) ביקורת על ההגדרה הדסקריפטיבית
140 ג. התאוריה המכניסטית של מור
140 (1) הצגת התאוריה
143 (2) הצורך באיתור חובה לפעול
144 (3) ההגדרה הדסקריפטיבית להמתה והנחה למות
146 (4) הביקורת
148 5. רציונל הדומיננטיות
148 א. הצגת העמדה
149 ב. ההגדרה הדסקריפטיבית
150 ג. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
151 ד. ניתוח המקרים שהעלה קרמניצר וביקורת

תוכן העניינים

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה

155	לבין מחדל במשפט הפלילי
155	1. מבוא
157	2. רציונל עקרון החוקיות
157	א. הצגת הרציונל
160	ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
161	3. רציונל בעיית התיאום
161	א. הצגת הרציונל
164	ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
164	4. רציונל צמצום האשמים
164	א. הצגת הרציונל
165	ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
166	5. רציונל החירות
166	א. הצגת הרציונל
167	ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
167	ג. השלכות סיווג רציונל החירות כרציונל משפטי ולא מוסרי
168	6. ביקורת

פרק ד: תאורית הפגיעה באוטונומית הפרט

171	1. מבוא
172	2. הצגת הטיעון
177	3. תועלתנות כלל
182	4. תאורית האמנה החברתית
182	א. האמנה החברתית ההובסיאנית
183	(1) נקודות המוצא של תאורית האמנה החברתית ההובסיאנית
184	(2) המצב הטבעי
185	(3) היציאה מן המצב הטבעי באמצעות חוזה
186	(4) החוקים שהיו מתקבלים במסגרת החוזה ההיפותטי
187	ב. האמנה החברתית הרולסיאנית
187	(1) ההבחנה בין אמנה חברתית הובסיאנית לבין אמנה חברתית רולסיאנית
188	(2) נקודות המוצא של תאורית האמנה החברתית הרולסיאנית
189	(3) האמנה החברתית ומסך הבערות
190	(4) הכללים הבסיסיים שהיו מתקבלים מאחורי מסך הבערות

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

- 191 (5) ההשלכה של התאוריה של רולס על הבחנה בין המתה לבין הנחה למות
- 192 (6) תאוריית הצדק של רולס ביחס לאינדיווידואלים
- 195 5. ההגדרה הדסקריפטיבית להמתה והנחה למות
- 195 א. הצגת ההגדרה
- 197 ב. השלכות הבעלות על המגן
- 197 (1) המגן שייך לפועל או לקרבן
- 199 (2) המגן שייך לצד ג' או לאף אדם
- 201 (3) הפרדת תאומות סיאמיות – מעשה או מחדל
- 203 6. הקשר בין ההגדרה לרציונל
- 204 7. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל
- 205 8. התייחסות לביקורות שהועלו כלפי התאוריות האחרות
- 209 9. נקודות ההשקה בין תאוריית הפגיעה באוטונומיה לבין תאוריות אחרות

שער שני

עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

- 215 פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל
- 215 1. מבוא
- 216 2. עמדת הפסיקה
- 216 א. פסקי דין המכפיפים את הגדרת "מעשה" ו"מחדל" לעקרון התנועה הגופנית
- 216 ב. פסקי דין שאינם מכפיפים את הגדרת "מעשה" ו"מחדל" לעקרון התנועה הגופנית
- 221 ג. שורש המחלוקת בין פסקי הדין באספקלריית הרציונלים השונים
- 232 3. שני דגמים להיעדר תנועה גופנית
- 233 4. פסיקה מוטעית של בתי משפט בניתוח סוגיית מעשה ומחדל
- פרק ו: סוגי העבירות המחדליות היכולות לשמש כמקור חובה
- 239 לפעול בעבירות תוצאה
- 239 1. מבוא
- 240 2. הצגת הבעיה
- 241 3. העמדה המרחיבה
- 244 4. העמדה המצמצמת
- 247 5. עמדת הביניים

תוכן העניינים

249.....	פרק ז: הבדלים ברמת הענישה בין מעשה לבין מחדל
249.....	1. מברא
250.....	2. העמדה המשווה ברמת הענישה
250.....	א. העמדות הנשענות על רציונל משפטי – העמדה של פיינברג כדגם
250.....	ב. רציונל החירות – העמדה של אשוורת'
251.....	3. העמדה המבחינה ברמת הענישה
251.....	א. רציונל הסיבתיות – העמדה המכניסטית של מור
252.....	ב. רציונל הזכאות – העמדה של קם
253.....	4. עמדת הביניים – העמדה המבחינה ברמת הענישה בין חובות מסוימות
253.....	א. רציונל הסיבתיות של הונורה'
255.....	ב. רציונל הדומיננטיות – העמדה של קרמניצר
256.....	ג. רציונל הפגיעה באוטונומית הפרט והחברה
257.....	פרק ח: הבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות
257.....	1. מברא
257.....	2. הבחנה רוחבית בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות
261.....	3. יישום העמדה שהוצגה מתוך פסקי הדין
265.....	מפתחות
267.....	חקיקה
269.....	פסיקה
271.....	ספרים
275.....	מאמרים

הקדמה

ספר זה עוסק בהבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי שהיא אולי ההבחנה המושרשת ביותר בתחום זה. בהתאם להבחנה זו כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מעשה שגרם לנזק הרי שמבחינת היסוד העובדתי כל מעשה שגרם לתוצאה האסורה יספיק לצורך הרשעה. אולם כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מחדל שגרם לנזק, לא כל מחדל יספיק לצורך הרשעה, אלא רק אם רבצה על הנאשם החובה לפעול וההפרה של אותה חובה גרמה לנזק האסור. הבחנה זו, אשר נראית במבט ראשון סבירה ואינטואיטיבית במשקפיים מוסריות ומשפטיות, אינה קלה לביסוס. ספר זה יעסוק אפוא בשאלות היסוד הקשורות להבחנה זו הן מבחינה תאורטית הן מבחינה מעשית, ובין היתר יעסוק הספר בשאלות הבאות: מהו הרציונל המבחין בין המעשה לבין המחדל במשפט הפלילי, מהי ההגדרה של מעשה ומחדל, אלו עבירות מחדליות יכולות לשמש כמקור חובה לעבירות תוצאה, האם צריך להיות הבדל ברמת הענישה בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לנזק, וכן האם קיימת עמדה אחידה בפסיקה הישראלית ביחס לשאלות אלו?

כפי שניתן להיווכח, הספר מיועד לקהילת המשפטנים באשר היא, קרי, לשופטים, אנשי אקדמיה ועורכי דין. הספר בנוי מחלק תאורטי המצוי בשער הראשון של הספר ומחלק מעשי יותר המצוי בשער השני. כך שקורא אשר אינו מעוניין לעסוק בצד הפילוסופי – משפטי של ההבחנה, יוכל למצוא עניין בחלק המעשי יותר המצוי, כאמור, בשער ב של הספר. עם זאת, יש להדגיש כי אחת ממטרות המחקר היא להראות כי השאלות המעשיות יותר נשענות באופן מובהק על ההיבטים התאורטיים העוסקים ברציונלים השונים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי.

אני תקווה, כי ספר זה יתרום בהנהרת הסוגיות הקשורות להבחנה בין מעשה לבין מחדל הן במישור האקדמי הן בהיבטים המעשיים של הבחנה זו בתחום הפלילי, במסגרת סוגיות העולות על שולחנו של בית המשפט דבר יום ביומו. אני אף סבור כי המחקר עשוי לתרום לא רק לתחום הפלילי אלא גם לכינון כיווני חשיבה אחרים בתחומים נוספים, כמו דיני הנזיקין ודיני החוזים.

ולבסוף, ספר זה מבוסס ברובו על עבודת דוקטורט שנכתבה על ידיי במסגרת הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר אילן ואושרה על ידי סינט האוניברסיטה בשנת תש"ע. במיוחד לאור זאת, אני מעוניין להודות מקרב לב לפרופ' רות קנאי ולפרופ' יצחק בנבגי אשר הינחוני בכתיבת הדוקטורט. הערותיהם המחכימות והמועילות היו לי לעזר רב בליבון הסוגיות הסבוכות הקשורות להבחנה בין מעשה לבין מחדל. אני מבקש להודות גם לאלי

בין מעשה למחדל במשפט הפילי

נבו על הוצאת הספר לאור במסגרת הוצאת נבו, לטלי פלד אשר ערכה את הספר בסבלנות, במסירות ובמקצועיות, וכן לעוזרת המחקר נועה אדרי אשר עמלה על הפרטים הסופיים עד לפרסומו. ואחרונים חביבים – תודה למשפחתי היקרה, רעייתי אפרת וילדיי אביגיל, נעמי, מיקה, דפנה ויותם על הסבלנות הרבה והתמיכה המתמדת.

הקדמה

ספר זה עוסק בהבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי שהיא אולי ההבחנה המושרשת ביותר בתחום זה. בהתאם להבחנה זו כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מעשה שגרם לנזק הרי שמבחינת היסוד העובדתי כל מעשה שגרם לתוצאה האסורה יספיק לצורך הרשעה. אולם כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מחדל שגרם לנזק, לא כל מחדל יספיק לצורך הרשעה, אלא רק אם רבצה על הנאשם החובה לפעול וההפרה של אותה חובה גרמה לנזק האסור. הבחנה זו, אשר נראית במבט ראשון סבירה ואינטואיטיבית במשקפיים מוסריות ומשפטיות, אינה קלה לביסוס. ספר זה יעסוק אפוא בשאלות היסוד הקשורות להבחנה זו הן מבחינה תאורטית הן מבחינה מעשית, ובין היתר יעסוק הספר בשאלות הבאות: מהו הרציונל המבחין בין המעשה לבין המחדל במשפט הפלילי, מהי ההגדרה של מעשה ומחדל, אלו עבירות מחדליות יכולות לשמש כמקור חובה לעבירות תוצאה, האם צריך להיות הבדל ברמת הענישה בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לנזק, וכן האם קיימת עמדה אחידה בפסיקה הישראלית ביחס לשאלות אלו?

כפי שניתן להיווכח, הספר מיועד לקהילת המשפטנים באשר היא, קרי, לשופטים, אנשי אקדמיה ועורכי דין. הספר בנוי מחלק תאורטי המצוי בשער הראשון של הספר ומחלק מעשי יותר המצוי בשער השני. כך שקורא אשר אינו מעוניין לעסוק בצד הפילוסופי – משפטי של ההבחנה, יוכל למצוא עניין בחלק המעשי יותר המצוי, כאמור, בשער ב של הספר. עם זאת, יש להדגיש כי אחת ממטרות המחקר היא להראות כי השאלות המעשיות יותר נשענות באופן מובהק על ההיבטים התאורטיים העוסקים ברציונלים השונים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי.

אני תקווה, כי ספר זה יתרום בהנהרת הסוגיות הקשורות להבחנה בין מעשה לבין מחדל הן במישור האקדמי הן בהיבטים המעשיים של הבחנה זו בתחום הפלילי, במסגרת סוגיות העולות על שולחנו של בית המשפט דבר יום ביומו. אני אף סבור כי המחקר עשוי לתרום לא רק לתחום הפלילי אלא גם לכינון כיווני חשיבה אחרים בתחומים נוספים, כמו דיני הנזיקין ודיני החוזים.

ולבסוף, ספר זה מבוסס ברובו על עבודת דוקטורט שנכתבה על ידיי במסגרת הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר אילן ואושרה על ידי סינט האוניברסיטה בשנת תש"ע. במיוחד לאור זאת, אני מעוניין להודות מקרב לב לפרופ' רות קנאי ולפרופ' יצחק בנבגי אשר הינחוני בכתיבת הדוקטורט. הערותיהם המחכימות והמועילות היו לי לעזר רב בליבון הסוגיות הסבוכות הקשורות להבחנה בין מעשה לבין מחדל. אני מבקש להודות גם לאלי

בין מעשה למחדל במשפט הפילי

נבו על הוצאת הספר לאור במסגרת הוצאת נבו, לטלי פלד אשר ערכה את הספר בסבלנות, במסירות ובמקצועיות, וכן לעוזרת המחקר נועה אדרי אשר עמלה על הפרטים הסופיים עד לפרסומו. ואחרונים חביבים – תודה למשפחתי היקרה, רעייתי אפרת וילדיי אביגיל, נעמי, מיקה, דפנה ויותם על הסבלנות הרבה והתמיכה המתמדת.

מבוא

ג'ון סטיוארט מיל מנסח בספרו על החירות את אחת ההכרזות המפורסמות ביותר בהיסטוריה של הרעיונות, המתייחסת לגבולות כוחם של המדינה והחברה לפגוע בחירותו של היחיד:

"מטרתה של מסה זו היא לקבוע עיקרון אחד פשוט מאוד, שהוא הראוי להנהיג באורח מוחלט את התעסקויותיה של החברה עם היחיד כמה שנוגע לכפייה ולפיקוח, בין אם האמצעי המשמש אותה הוא כוח פיזי, בצורת עונשים חוקיים, ובין אם הוא כפייה מוסרית באמצעות דעת הקהל. העיקרון הוא שהתכלית היחידה המעניקה לבני המין האנושי, כיחידים או ככלל, את הרשות להתערב בחירותם של אנשים מביניהם לפעול, היא הגנה עצמית; שהמטרה היחידה אשר למענה אפשר להפעיל כוח בצדק כלפי כל חבר בקהילה מתורבתת בניגוד לרצונו היא כדי למנוע נזק לאחרים... החלק האחד בהתנהגותו של כל יחיד אשר לגביו הוא חייב בדין-וחשבון לחברה הוא זה הנוגע לאחרים. בחלק הנוגע רק לעצמו, עצמאותו היא מוחלטת, מתוקף זכות. ביחס לעצמו, ביחס לגופו ולנפשו שלו, היחיד הוא ריבון".¹

עיקרון זה נודע לימים כ"עקרון הנזק" – The Harm Principle. לפי עיקרון זה קיימת חלוקה בסיסית בין מצב שבו אדם גורם נזק לאחרים למצב שבו אין אדם גורם נזק לאחרים אלא אך ורק לעצמו. המדינה רשאית לכפות על אדם התנהגות מסוימת ולשלול את חירותו (בין אם מדובר בכפייה לעשות מעשה מסוים ובין אם מדובר בהימנעות מעשיית מעשה מסוים) רק כאשר כפייה זו תמנע מן האדם לגרום נזק לאחרים. אין היא רשאית לכפות עליו התנהגות כלשהי כאשר אין הוא גורם נזק לאחרים, שכן, לפי מיל, ביחס לגופו ולנפשו יש ליחיד שלטון בלתי מוגבל.

שאלה מרכזית הנוגעת לספרו של מיל בכלל ולהכרזתו שצוינה לעיל בפרט, היא מתי ייחשב אדם כגורם נזק לאחרים, שכן כאמור רק במקרה זה רשאית המדינה לשלול את חירותו.² מיל טוען, כי "מן הרגע שבו חלק כלשהו בהתנהגותו של אדם נוגע באופן מזיק באינטרסים של אחרים, יש לחברה הזכות לשפוט את העניין".³ דא עקא, מאמירה זו קשה להבין מתי אדם נוגע באופן מזיק באינטרסים של אחרים. נראה ברור לפי מיל, כי המדינה

1 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 53 (עפר קובר תירגם, 2006) (ההדגשות שלי).
2 JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 128-129 (1984).
3 ראו מיל, לעיל הערה 1, בעמ' 150.

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

רשאית, למשל, לחוקק חוק שיאסור על אזרח להרוג אדם אחר, שכן קיימת כאן פגיעה ברורה באינטרסים של האחר, ולפיכך אם א' ירה בב' והרגו, הרי שמותר יהיה למדינה לשלול מא' את חירותו ולאסור אותו. לעומת זאת, לא ברור מה יאמר מיל על מקרה שבו א' ראה את ב' טובע בים ולא הצילו. האם במקרה זה לדעת מיל קיימת למדינה הזכות להעניש את א' ? האם המדינה רשאית לכפות על א' להציל את ב' הטובע ? יתרה מזו, אף אם ניתן לחייב את א' להציל את ב', האם דרגת החומרה של מקרה זה הדרגת החומרה של מקרה בו א' ירה בב' והרגו ? מיל עצמו אינו נותן פיתרון מפורט לשאלות אלו, אך ברור מעל לכל ספק כי כל מחוקק וכל אתיקן חייב לתת את דעתו עליהן.⁴

ואכן, המשפט הפלילי עורך הבחנה משמעותית בין מעשה לבין מחדל. הבחנה זו באה לידי ביטוי בעיקר (אך לא רק) בעבירות תוצאה בלא התנהגות מוגדרת,⁵ כגון סעיף 304 לחוק העונשין⁶ הקובע כי: "הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו – מאסר שלוש שנים בלבד" או עבירת הרצח המופיעה בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין הקובע כי: "העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד... (2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם".⁷ אמנם, ניתן להרשיע בעבירות אלו גם בגין מחדל שכן הרכיב ההתנהגותי

4 מיל מסכים לכך כי קיימת זכות עקרונית לחברה לקבוע איסורים הדורשים מניעת נזק, אך הוא מדגיש כי דרושה זהירות בקביעת איסורים מעין אלו ויש לראות בקביעתם יוצא מן הכלל. בכל מקרה מיל אינו מתייחס באופן מפורט וברור להבחנה בדרגת החומרה בין מעשה למחדל ולנימוק להבחין ביניהם.

5 עבירות אלו מכונות עבירות גרימה. להלן אראה כי סוגיית המחדל יכולה לעלות אף במסגרת עבירות התנהגות וכן במסגרת סיוע לעבירה. ההתייחסות בספר זה היא בעיקר לעבירות תוצאה. לסקירה הסטורית של עבירות המחדל ראו: Graham Hughes, *Criminal Omissions*, P.R. Glazebrook, *Criminal* 67 THE YALE LAW JOURNAL 590 (1958) כמו כן ראו: *Omissions: The Duty Requirement in Offences Against the Person*, 76 THE LAW QUARTERLY REVIEW 386 (1960).

6 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן בספר זה – חוק העונשין).

7 המחוקק נוקט דרך זו של הגדרת עבירות, בדרך כלל, כאשר התוצאה המזיקה היא חמורה במיוחד וכאשר ניתן לגרום לה בדרכים כה רבות שאין למצותן בנוסח חוק. כמצוין לעיל, הרכיב ההתנהגותי מובע בדרך כלל, במונח הכללי ביותר "גרם" או במונח אחר בעל משמעות כללית רחבה דומה, הקושר את הרכיב ההתנהגותי לתוצאה המיוחדת האמורה. ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 388 (1984). להלן מספר דוגמאות נוספות לעבירות הגרימה: עבירת ההריגה (סעיף 298 לחוק העונשין): "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם"; סעיף 108(ב) לחוק העונשין: "מי שגרם ברשלנות נזק לרכוש שהוא בשימוש כוח מזוין..."; סעיף 174 לחוק העונשין: "ההורס... בניין או מצבה שיוחדו לשימוש הציבור או לנוי או גורם להם נזק". סעיף 449 לחוק העונשין: "הגורם ברשלנות לשריפת דבר לא לו, או הגורם ברשלנות סכנת שריפה לדבר לא לו". ראו גם: יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 202 (2003).

של היסוד העובדתי בעבירות אלו מצוין בלשון "גרם" ולא מוגדר באופן ספציפי. עם זאת התנאים להרשעה בגין מעשה והתנאים להרשעה בגין מחדל – שונים.⁸ כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מעשה שגרם למותו של אדם, כל מעשה שהוא שגרם לתוצאה יספיק לצורך הרשעה, בכפוף לכך שכל יתר תנאי העבירה מולאו, כגון הקשר הסיבתי-משפטי וכן היסוד הנפשי. לעומת זאת, כאשר מבקשים להרשיע נאשם בגין מחדל שגרם למותו של אדם, לא כל מחדל יספיק לצורך הרשעה. רק אם הוטלה על הנאשם החובה לפעול, וההפרה של אותה חובה היא שגרמה למות הקרבן, אזי ניתן יהיה להרשיע את הנאשם. כך, אם מבקשים להרשיע נאשם בהריגה מכוח סעיף 298 לחוק העונשין, אין זה משנה אם הנאשם גרם למות הקרבן באמצעות מעשה אקטיבי של חניקה, ירייה, דחיפה לבור או הרעלה – בכל מקרה הוא יוכל להיות מורשע בהריגה בכפוף להתקיימות יתר התנאים המגבשים עבירה פלילית. לעומת זאת, באם מבקשים להרשיע נאשם בהריגה מכוח סעיף 298 לחוק העונשין בגין מחדל, אזי יש להוכיח לדוגמה כי הנאשם הועסק כמציל בים, ובשל העובדה שלא מילא אחר החובה שהוטלה עליו מכוח סעיף 326 לחוק, הקרבן מת. עמדה זו המאפשרת הרשעה במחדל רק בכפוף לאיתור חובה לפעול, משתקפת גם בחקיקתו של סעיף 18(ב) לחוק (אשר נחקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין) הקובע: "מעשה – לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת", בצירוף עם סעיף 18(ג) לחוק הקובע: "מחדל – הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה." קרי, רק אם אותה חובה לפעול, ניתן להרשיע בגין התנהגות מחדלית.

כפי שצינתי לעיל, ניתן להרשיע בעבירות תוצאה ואף במחדל כאשר הרכיב ההתנהגותי בעבירה לא הוגדר באופן ספציפי, כאשר עבירות ההמתה הן דוגמה לכך.⁹ עם זאת, נראה כי

8 יש לציין כי בהקשר של מחדל ראוי לפצל בין שתי שאלות שונות: בין השאלה מדוע קיימת הבחנה בין התנאים להרשעה בגין מעשה לתנאים להרשעה בגין מחדל, לבין השאלה כיצד ניתן להרשיע בגין מחדלים שהרי זה סותר את הכלל: אין עונשין על דברים שבלב (Nullum in Crimen Sine Actu). השאלה הראשונה היא השאלה המרכזית שבה אני עוסק בספר זה. השאלה השנייה היא שאלה בסיסית בנוגע למחדלים, שהרי כל הרשעה בגין מחדל היא הרשעה על דברים שבלב. ראו: Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law 105-106 (2006). לגבי השאלה השנייה פלר טוען כי גם התנהגות פסיבית נחשבת לעשייה כאשר הייתה חובה לפעול. במצב שבו הייתה חובה לפעול, יכול האדם לבחור בין עמידה בתנאי החוק לבין עבירה עליו. במצב שבו קיימת חובה לפעול והאדם בחר שלא לבצע את החובה המוטלת עליו, הרי שזהו מעשה בעל ביטוי חיצוני ועל כן אין בכך כל סטייה מן הכלל הקובע שאין עונשין על דברים שבלב. ראו: פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 31-32. נראה, כי אשוורת' ומור חולקים על פלר שכן הם טוענים כי הרשעה בגין מחדל אכן מהווה סתירה לכלל הדרוש התנהגות כתנאי להתהוות העבירה, אך סטייה זו מהכלל היא נדרשת ומובנת במצבים מסוימים. ראו, אשוורת', שם, בעמ' 110-111 וכן ראו: Michael S. Moore, Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implication for Criminal Law 34 (1993). עניין זה ראו גם: George Fletcher, *On the Moral Irrelevance of Bodily Movements*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1443, 1445 (1994).

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

לאור סעיף 18 לחוק העונשין, ניתן להרשיע בגין מחדל בכפוף לאיתור חובה לפעול, לא רק בשל עבירות תוצאה המנוסחות בלשון "הגורם לתוצאה X דינו..." אלא אף עבירות תוצאה המנוסחות כך: "העושה מעשה שגרם לתוצאה X דינו..."¹⁰. זאת לאור סעיף 18(ב) הקובע – כאמור – כי המילה "מעשה" כוללת בחובה אף התנהגות מחדלית אלא אם כן נאמר אחרת.¹¹

שאלה אחרת שעולה היא האם ניתן לעבור במחדל עבירות המשתמשות במינוחים כגון: חובל באדם, פוצע אדם, הורס או משמיד נכס, משמיד ראייה, הורג בעל חיים של אדם אחר וכדומה. לכאורה נראה, כי מבחינה לשונית, הפעלים שהוזכרו לעיל אינם כוללים מקרים של מחדל אלא אך ורק התנהגות אקטיבית. אם אדם לא מנע השמדת ראייה, ייתכן שנוכל לומר שהוא גרם להשמדת הראייה, אך קשה לומר מבחינה לשונית כי השמיד את הראייה. עם זאת, כפי שטוען קוגלר, "הפעלים המוזכרים לעיל נראים קרובים מאוד לניסוח גרימתי. החובל קרוב מאוד ל'גורם חבלה', הפוצע ל'גורם פצע', ההורג ל'גורם מוות' וכדומה, כך שהחריגה הלשונית הכרוכה בהחלת עבירות המשתמשות בפעלים הללו על מחדלים אינה גדולה".¹² לאור זאת, אצא מתוך נקודת מוצא כי ניתן לומר שאף בעבירות הנוקטות במונחים כגון "חובל", "פוצע" וכדומה ניתן יהיה להרשיע באמצעות מחדל ולא רק באמצעות מעשה אקטיבי, בכפוף לכך שאותרה חובה לפעול.

יש לציין, כי סוגיית ההרשעה במחדל בכפוף לכך שהנאשם מחויב לפעול על פי דין, אינה מתמצה רק בעבירות תוצאה, והיא קיימת, לכאורה, אף בעבירות התנהגות. עמדה זו באה לידי ביטוי בסעיף 18(ג) לחוק העונשין שצוין לעיל, אשר אינו עורך הבחנה בין סוגים

9 ראו קוגלר, לעיל הערה 7, שם.
10 להלן מספר דוגמאות לעבירות מסוג זה. סעיף 329 לחוק העונשין קובע: "העושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה... (1) ...גורם לו חבלה חמורה... (3) גורם שלא כדין להתפוצצותו של חומר נפיץ; סעיף 216(א) לחוק העונשין: "העושה אחת מאלה... (2) גורם לקטין שלא מלאו לו שש עשרה שנים לפשוט יד או לקבץ נדבות במקום ציבורי...".

11 ראו קוגלר, לעיל הערה 7, בעמ' 206-207.
12 שם, בעמ' 208-209. כמו כן, ראו פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 389. קוגלר במאמרו מציין כי אם היינו מפרשים את הביטויים הללו בלשון דווקנית אזי, היינו צריכים לזכות לא רק מחדלים אלא אפילו מקרים של גרימה אקטיבית עקיפה. למשל, אם אדם עודד את כלבו המסוכן לצאת לרחוב, והכלב נשך ילד, אנו לא נאמר שהאדם פצע את הילד. במקרים אלו גרם האדם במעשה אקטיבי לפצע או לחבלה, אך הוא לא פצע את הקרבן. עם זאת, נראה די ברור שאדם זה יורשע בכך שהוא פצע את הילד. לפיכך, אם מוסכם שבהקשר זה יש לקרוא את הביטוי "חובל" כ"גורם חבלה", אזי ההרחבה למחדל היא גם כן סבירה. ראו קוגלר, שם, בעמ' 210. יש לציין, כי ווילאמס טוען כי ביטויים כגון: החובל, הפוצע, וכדומה אינם יכולים להתפרס גם על גרימה מחדלית. ראו, GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 153 (1983).

שונים של עבירות.¹³ פלר מציין מספר דוגמאות לעבירות התנהגות אותן ניתן לעבור אף במחדל, כדוגמת סעיף 337 לחוק העונשין המתייחס לכליאת שווא. על פי פלר, כאשר אדם נקלע לחדר ממנו אינו יכול לצאת, במידה שבעל המקום נמנע מלפתוח את הדלת כדי לשלול מאותו אדם את חופש התנועה למשך זמן מסוים, הרי שיש כאן "כליאת שווא" לפי סעיף 377 לחוק העונשין.¹⁴

לפי פלר, סעיף 284 לחוק העונשין המתייחס לעבירה של הפרת אמונים הוא דוגמה נוספת לעיקרון זה. הסעיף קובע כי "עובד ציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור... דינו מאסר שלוש שנים". על פיו, עובד ציבור יכול להפר אמונים אף בלא שעשה כל מעשה, אם לא מילא אחר החובות המוטלות עליו מכוח הדין. לפיכך אף עבירה זו כאמור יכולה להשתרע על מחדל, בכפוף לכך שהייתה חובה לפעול.¹⁵ סוגיית המחדל המתייחסת לצורך באיתור חובה לפעול עלתה במספר פסקי דין אף בהקשר של מסייע במחדל. במקרים אלו, דובר על מצב שבו אדם (המסייע) לא ביצע כל פעולה גופנית, והיעדר פעולה זו סייע לאדם אחר כדי לבצע את העבירה המושלמת. במסגרת זו נשאלה השאלה האם קיים צורך באיתור חובה מפורשת ונפרדת לפעול או שמא

13 ראו גם: פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 388 הקובע כי: "עבירות של עשיה באפס מעשה עשויות להימצא גם בתחום העבירות התלויות בתוצאה וגם בתחום העבירות התלויות בהתנהגות גרידא".

14 שם, בעמ' 391.

15 כך נפסק גם בע"פ 450/86 גילה נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 826 (1986). כמו כן, על פי פלר אף עבירת "עריקה" בניגוד לסעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, עשויה להתבצע באפס מעשה, תוך הימנעות מחזרה ליחידה הצבאית. פלר טוען כי גם עבירת "בריחה" לפי סעיף 257 לחוק העונשין יכולה להתבצע במחדל, זאת על אף העובדה שהמשמעות הרגילה של המילה "בורח" היא משמעות אקטיבית. השאלה התעוררה בע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421 (1980). בעניין מזרחי ביטל בית המשפט העליון את החלטת בית משפט קמא לזכות אסיר שלא שב לבית הסוהר עם סיום החופשה המיוחדת, מעבירת ה"בריחה" לפי סעיף 357 לחוק העונשין והרשיע אותו בעבירה זו. פרופ' קרמניצר חולק על פלר (וגם על החלטת בית המשפט העליון) בנקודה זו, בין היתר, בשל העובדה כי המשמעות הטבעית של המונח "בריחה" היא משמעות אקטיבית ולא פסיבית. בהקשר זה יש לציין, כי פלר סבור כי אם קיים סעיף ממנו משתמע כי קיים איסור על עשיית מעשה אקטיבי מסוים (להלן – האיסור), אך בד בבד לאיסור זה קובע המחוקק חובות לפעול אשר כל הגיון הוא למנוע פגיעה בערך החברתי המוגן על ידי האיסור, אזי יש לפרש את האיסור כך שניתן יהיה לעבור אותו במחדל בניגוד לכל אחת מן החובות כאמור. ראו, פלר, לעיל הערה 7, בעמ' 391. כפי שצינתי, קרמניצר חולק על פלר בנקודה זו, ולפיו אם לשון הסעיף לא משתרעת על מחדלים כי אז לא ניתן להרשיע בגין מחדל, ואין זה משנה כלל אם קיימות חובות לפעול שהגיוןן הוא למנוע פגיעה בערך החברתי המוגן על ידי האיסור. ראו: מרדכי קרמניצר "בריחה ממשמורת חוקית, במחדל? – הערה נוספת" עיוני משפט י 195 (1984).

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

ניתן לטעון כי העבירה העיקרית, היא עצמה יכולה לשמש כמקור חובה של המסייע לפעול?¹⁶

מן האמור לעיל עולה אפוא, כי המשפט הפלילי אכן עורך הבחנה חדה בין הרשעה בגין מעשה לבין הרשעה בגין מחדל, והבחנה זו משתרעת כיום, בין היתר, על פני עבירות תוצאה, עבירות התנהגות ואף על מקרים של סיוע לעבירה. עם זאת, יש לציין, כי ההבחנה בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לנזק אינה נחלתו הבלעדית של המשפט הפלילי. הבחנה זו נטועה עמוק בבסיס המוסר הרווח, ¹⁷ אשר נותן משקל לא רק להיבט התוצאתי של ההתנהגות אלא אף לאופן התרחשותה. הבחנה זו באה לידי ביטוי בהקשרים רבים המקיפים את המארג המוסרי בימינו. כך, על פי החשיבה המוסרית האינטואיטיבית, קיים הבדל רב, בין א' אשר הטביע את ב' לבין א' שלא הציל את ב' מטביעה. וכן, בהקשרים רפואיים, על פי הלך חשיבה זהה, קיים לדעת רבים, הבדל מבחינה מוסרית בין המתת חסד אקטיבית (הזרקת רעל לחולה סופני), לבין המתת חסד פסיבית (אי-חיבור למכשירי הנשמה).¹⁸ כמו כן,

16 ראו רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 187 (2002). השאלה המרכזית שעלתה לדיון במסגרת פסק הדין הייתה האם נדרשת חובה לפעול לשם הרשעה בסיוע באמצעות מחדל. וכן אם יש צורך באיתור חובה לפעול, מאין ניתן לשאוב חובה זו. באופן כללי הציג השופט חשין שלוש עמדות עיקריות. העמדה הראשונה הייתה כי יש צורך לאתר חובת פעולה מפורשת בדיון על מנת להרשיע במחדל. עמדה זו מיוחסת לשופטים לנדוי ובן פורת. העמדה השנייה, אשר יוחסה על פי השופט חשין לפרופ' קרמניצר ולד"ר שגב, אינה מצריכה חוק חרות דווקא על מנת להרשיע בסיוע במחדל. על פי גישה זו, "ניתן להסתפק בחובות הנדרשות מתוך מערכת יחסים מיוחדת היוצרת זיקה ספציפית בין המסייע לבין הסכנה או קרבן העבירה, מערכת יחסים שאינה מוצאת בהכרח ביטוי בחוק החרות". העמדה השלישית מיוחסת לפרופ' פלר. לפי עמדתו של פלר, אין צורך במקור חובה חיצוני לעבירה כדי להטיל חובת פעולה על המסייע. העבירה העיקרית, במתכונת הקונקרטי שבה בוצעה, משמשת כמקור לחובה של המסייע לפעול. פרופ' קרמניצר עצמו מתנגד להצגת דברים זו. לפיו, העמדה שלו לא הוצגה כהלכה על ידי השופט חשין. העמדה של קרמניצר היא כי כדי להרשיע בסיוע במחדל יש לעבור שני שלבים: מציאת חובה מכוח הדין או החוזה. וכן, החובה צריכה להיות מבוססת על זיקה ספציפית לסכנה או לקרבן. ראו, מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל" עלי משפט ד 175, 179 (2005). לעניין סיוע במחדל ראו, בין היתר, ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 505 (1978). כן ראו, בע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני, פ"ד יח (4) 20 (1964). וכן: ע"פ 6327/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 289 (1999). לעניין עמדת השופטים בפסק דין פוליאקוב ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403 (2002). בפרק ה' לספר אני מתייחס לפסק דין זה בהקשר להגדרת מעשה ומחדל בפסקת בית המשפט הישראלי.

17 מושג זה לקוח מספרו של שלי קגן (1991) SHELLY KAGAN, THE LIMITS OF MORALITY 2.

18 יש שטענו כי לא בהכרח מי שסבור כי קיים הבדל בין המתה לבין הנחה למות באופן כללי יסבור כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתת חסד אקטיבית לבין המתה פסיבית. בהמתת חסד – אם הוחלט שנכון להפסיק את סבלו של החולה, המוות אינו דבר רע. לכן, ייתכן שאין כלל הבחנה בין שני סוגי ההמתות. לעומת זאת, בהקשרים כלליים יותר, המוות נתפס כדבר רע ועל

בהקשרים כלליים יותר, אנו עורכים הבחנה מוסרית בין אי-משלוח עזרה למדינות העולם השלישי לבין הריגת אנשים בפועל.¹⁹

19 כן תיתכן הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. ראו למשל: Holly Smith Goldman, *Killing, Letting Die, and Euthanasia*, 40 ANALYSIS 224 (1980).
 בהקשר לשאלה המוסרית שבין המתה לבין הנחה למות יש לשים לב לשלוש נקודות משמעותיות. הנקודה הראשונה – אף אם אנו טוענים שקיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות הרי שאין זה אומר כי כל מקרה של המתה יהיה חמור מבחינה מוסרית מכל מקרה של הנחה למות. כך, ייתכנו מקרים שבהם המתה תהא מותרת מבחינה מוסרית ואילו הנחה למות תהא אסורה. למשל, לכל אדם קיימת זכות להגנה עצמית כנגד תוקפן הבא להורגו. במקרה זה מדובר, לכאורה, בהמתה אך זהו מקרה המותר הן מבחינה מוסרית הן מבחינה משפטית. לעומת זאת, רופא אשר אינו מעניק תרופה שמצילה חיים לחולה המצוי תחת פיקוחו, מניח לחולה זה למות, ועם זאת ברור שמדובר במקרה האסור מבחינה מוסרית ומשפטית כאחד. James Rachels, *Killing and Starving to Death*, 54 PHILOSOPHY 159, 164 (1979) (להלן – רייצ'לס 1979). הנקודה השנייה, נוגעת למשמעות המעשית שיש להבחנה מבחינה מוסרית. משמעות מעשית זו יכולה לבוא לידי ביטוי באחד משני אופנים: האופן הראשון מתייחס לכך שאם המתה חמורה מהנחה למות הרי שהמאמצים שיידרשו מהפועל להימנע מפעולת המתה גדולים מהמאמצים שיידרשו ממנו כדי להימנע מפעולה של הנחה למות. למשל, ייתכן שלא נדרוש מהפועל להיחבל בכדי להציל אדם, אך כן נדרוש ממנו להיחבל בכדי שימנע מהריגת אדם. האופן השני מתייחס לכך, שההצדקות המוסריות שיידרשו כדי להתיר המתה צריכות להיות כבדות משקל מההצדקות המוסריות שיידרשו כדי להתיר הנחה למות. למשל, ייתכן ששיקולים מצפוניים או דתיים יתירו הנחה למות, אך אותם שיקולים לא יתירו המתה. כמו כן, ייתכן שהצלת חמישה אנשים תתיר הנחה למות של אדם אחד, אך הצלת חמישה אנשים לא תתיר הריגת אדם אחד. ראו Bruce Russell, *On the Relative Strictness of Negative and Positive Duties*, 14 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 87, 88 (1977). הנקודה השלישית מתייחסת לעובדה, כי על מנת להבחנה בין המתה לבין הנחה למות תהיה משמעות מוסרית, עלינו לנתק את ההגדרה של מונחים אלו מכל שיפוט מוסרי. כלומר, אל לנו להגדיר את המונחים הללו כאשר שיפוט מוסרי מונח בתרמילנו. אם נגדיר את המונחים הללו לאור השיפוט המוסרי המוקדם שלנו, לא נוכל לעשות שימוש בהבחנה המוסרית הזו. למשל, אם נגדיר מקרה שהוא אסור מבחינה מוסרית כהמתה ומקרה שהוא מותר כהנחה למות, כי אז לא נוכל לעשות שימוש בהבחנה זו על מנת להעריך מקרים שבהם אנו מתלבטים מבחינה מוסרית, מקרים שבהם השיפוט המוסרי אינו נהיר כל כך. כמו כן, לא נוכל להעריך נכונה איזהו מקרה חמור יותר ממשנהו. לכן כאשר אנו מגדירים מהי המתה ומהו מקרה המסווג כהנחה למות עלינו להעלות הגדרות שהן ניטרליות מבחינת השיפוט המוסרי. בהקשר זה ראוי להבחין בין שיקולים מוסריים לבין שיפוט מוסריים. שיקולים מוסריים יכולים להשפיע על ההגדרה של המתה והנחה למות. למשל, האם מתקיים קשר סיבתי אם לאו. הנקודה שהדגשתי היא כי שיפוט מוסרי על אודות המקרה – האם מדובר במקרה שמותר או אסור מבחינה מוסרית – אינו רלוונטי להגדרה של המתה והנחה למות. ראו Francis M. Kamm, *MORALITY, MORTALITY: RIGHTS, DUTIES, AND STATUS* 28-29 (1996). וכן ראו: Jeff McMahan, *On Harming and Killing: Replies to Hanser, Person and Savulesch, and Wasserman*, 46 PHILOSOPHICAL BOOKS 34 (2005).

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

חרף חשיבה אינטואיטיבית זו, הרי שמתחילת שנות השישים של המאה העשרים החלה מגמה משמעותית לתקוף ולבקר את ההבחנה המוסרית המבדילה בין שני סוגי התנהגות אלו.²⁰ השאלה המרכזית הייתה האם באמת קיימת הבחנה מוסרית בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות, ובאופן ספציפי יותר האם קיימת הבחנה בין המתה (killing) לבין הנחה למות (letting die)? כמו כן, אם אכן קיימת הבחנה מוסרית כזו, מהו הרציונל המוסרי העומד בבסיס הבחנה זו? מבקרי ההבחנה המוסרית היו מודעים להיות הבחנה זו, אחת מן ההבחנות המושרשות והמוטמעות ביותר בחשיבה המוסרית שלנו, וייתכן כי עובדה זו הייתה הרחף והדלק העיקריים לכתיבה על אודותיה. מבקרים אלה טענו, בין היתר, כי כאשר כל שאר התנאים שווים, קרי, כאשר הכוונות בשני המקרים הן זהות, ההוצאות לצורך מניעת המוות הן זהות, ובשני המקרים התוצאה זהה, אין כל סיבה לקיומו של הבדל מוסרי בין המקרים. ג'יימס רייצ'לס טען בשל כך, כי לא קיים הבדל מוסרי בין אדם שמטביע את אחיינו כדי לזכות בירושתו לבין אדם שלא מציל את אחיינו כדי לזכות בירושתו, אף שבקלות רבה יכול היה לעשות כן. ובהתאמה, כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתת חסד אקטיבית לבין המתת חסד פסיבית.²¹ על פי מבקרים אלה, במקרים שבהם נטען כי אכן קיימת הבחנה מוסרית הרי שתמיד נמצא יסוד מוסרי רלוונטי אשר יבחין בין שני המקרים, יסוד שאינו קשור מבחינה מהותית להגדרות של המתה והנחה למות. כך למשל, במקרים רבים נמצא כי הכוונה של הפועל אינה זהה בשני המקרים וזהו הבסיס המוסרי להבדל בין המקרים, ולא עצם העובדה כי במקרה אחד מדובר בפעולת המתה ובמקרה השני מדובר בהנחה למות.

בשל העובדה כי לטענתם של מבקרים אלו לא קיימת הבחנה מוסרית בין מעשה לבין מחדל, הרי שלפי רובם, המוסר שלנו הרבה יותר תובעני ממה שניתן היה לשער.²² לפי

20 ראו, בין היתר Jonathan Bennett, *Whatever the Consequences*, in KILLING AND LETTING DIE 167 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994). וכן: ראסל, לעיל הערה 19, Bruce Russell, *Presumption, Intrinsic Relevance, and Equivalence*, 4: 96-87. וכן: The JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 263 (1979). וכן, רייצ'לס 1979, לעיל הערה 19, James Rachels, *Active and Passive Euthanasia*, in KILLING AND LETTING DIE 112 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) (להלן – רייצ'לס 1975). John Harris, *The Marxist Conception of Violence*, 3 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 192 (1974). כמו כן, ראו קגן, לעיל הערה 17, בעמ' 127-83. Michael Tooley, *An Irrelevant Consideration: Killing Versus Letting Die*, in KILLING AND LETTING DIE 103 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994). וכן ראו Tracy L. Isaacs, *Moral Theory, Action Theory, Killing and Letting Die*, 32 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 355 (1995).

21 ראו: רייצ'לס 1975, לעיל הערה 20, בעמ' 115-116.
22 ראו למשל, קגן, לעיל הערה 17, שם. כמו כן, ראו רייצ'לס 1979, לעיל הערה 19, בעמ' 169-168. אני טוען שלפי רובם, ולא לפי כולם, המוסר הרווח תובעני הרבה יותר, שכן ישנם פילוסופים המגיעים למסקנה הפוכה. לפיהם, אם הריגה לא חמורה מבחינה מוסרית מהנחה

הוגים אלה, אם עד עתה סברנו כי האחריות שלנו לנזקים להם הנחנו לקרות היא פחותה, הרי שמעתה ואילך יהיה עלינו לתת את הדין מבחינה מוסרית אף על נזקים אלו, ממש כפי שעלינו לתת את הדין לנזקים שאנו עצמנו גרמנו באמצעות מעשה אקטיבי.

זוהי ללא ספק עמדה מהפכנית מבחינה מוסרית, שכן כל האינטואיציות המוסריות שלנו מתנגדות לה. אם עלולים אנו להיחשב כרוצחים כל אימת שאיננו מצילים אדם שיכולנו להצילו, אזי ברור כי חשיבתנו המוסרית חייבת להשתנות באופן משמעותי. ולא רק שעל החשיבה המוסרית שלנו להשתנות, אלא ייתכן שאף החשיבה המשפטית שלנו צריכה להשתנות בעקבות זאת. שכן באם המשפט הפלילי עורך, כאמור, הבחנה חדה בין מעשה לבין מחדל, הבחנה שמבחינה מוסרית אינה ברורה מאליה, הרי שלכאורה, אף ההבחנה המשפטית איננה יכולה להיות ברורה מאליה.

לאור עמדה זו, המעמידה כאמור בספק אמיתי את עצם המוסריות שלנו וייתכן שאף את חשיבתנו המשפטית, קמו ניסיונות רבים להניח תשתית מוסרית ורציונלית לאינטואיציה החזקה הגורסת כי אכן קיים הבדל מוסרי בין גרימת נזק להנחה לנזק לקרות בכלל ובין המתה להנחה למות בפרט.²³ מקריאת החומר המשפטי והפילוסופי על אודות נושא זה, התחוויר לי כי בניית בסיס מוסרי איתן להבחנה זו אינה משימה קלה כלל וכלל.

דומה כי בשל העובדה שהמשפט הפלילי מחלק את העבירות – לעבירות תוצאה ועבירות התנהגות וכן מבדיל בין מבצע עיקרי לבין מסייע, הרי שהוא הופך את ההבחנה בין מעשה למחדל למורכבת יותר מהדיון העולה בפילוסופיה של המוסר. כפי שהראיתי לעיל, הפילוסופיה של המוסר עסקה בהבחנה שבין מעשה לבין מחדל בעיקר בהתייחס לעבירות תוצאה: כגון ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות, או באופן כללי יותר בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות. היא לא עסקה בהבחנה המתייחסת גם לעבירות התנהגות (וייתכן שהבחנה זו לא קיימת מבחינה מוסרית). ואמנם, בהמשך הספר (פרק שמיני) אראה כי ייתכן שיש לחלק בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות בכל הנוגע לצורך באיתור חובה לפעול במחדל, שכן הרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל מתאים יותר, לדעתי, לעבירות תוצאה ולא לעבירות התנהגות.

למות, אזי המוסר פחות תובעני ממה שניתן היה לחשוב. ראו, ראסל, לעיל הערה 19, בעמ' 93-94.

23 ראו הדיון בפרק ב להלן. יש שטענו כי ההבחנה בין גרימת נזק לבין הנחה לנזק לקרות היא חשובה שכן היא מבדילה בין תאוריית מוסר תוצאתנית לבין תאוריית מוסר דאונטולוגית. לכאורה, על פי תאוריית מוסר תוצאתנית (בעיקר תוצאתנות אקט), אם בשני המקרים, הן במעשה הן במחדל, התוצאה היא זהה, כי אז לא צריך להיות קיים הבדל מוסרי בין המקרים. לעומת זאת, על פי חשיבה דאונטולוגית ישנה חשיבות לא רק לתוצאה אלא גם לאופן התרחשותה, האם במעשה או במחדל. ראו: Philippa Foot, *Morality, Action and Outcome*, in MORALITY AND OBJECTIVITY 23 (Ted Honderich ed., 1985). כמו כן ראו: קגן, לעיל הערה 17, בעמ' 1-127.

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

מן האמור לעיל עולה, כי הפילוסופיה של המוסר נחלקת בשאלת ההבחנה המוסרית בין מעשה לבין מחדל, אך מחלוקת זו לא באה לידי ביטוי במשפט הפלילי, אשר עורך הבחנה חדה כאמור בתנאי ההרשעה בגין מעשה לתנאי ההרשעה בגין מחדל.

בנקודה זו ראוי לומר מיד, כי כאשר מתייחסים להבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי נהוג להתייחס לעצם קיומם של המונחים "מעשה" ו"מחדל" כנתון קבוע ורק אז לשאול מהי ההגדרה הדסקריפטיבית של מונחים אלה או מהו הרציונל העומד בבסיס ההבחנה בין מעשה לבין מחדל. נראה שחלק מן הסיבות להתייחסות למונחים מעשה ומחדל כנתון, נובע מכך שהמחוקק עצמו נוקט בלשון זו (מעשה ומחדל או Act and Omission). לדעתי, עצם ההיצמדות למונחים מעשה ומחדל יצרה בעייתיות מסוימת בניתוח המשפטי של הסוגיה. כאשר ניסו להעניק הגדרה דסקריפטיבית למונחים מעשה ומחדל בכדי לקבוע מתי יש צורך באיתור חובה לפעול ומתי אין צורך בכך, הרי שנתקלו בבעיה לשונית. נראה כי הפרשנות של מונחים אלה, על פי השפה הטבעית היא שמעשה הוא תנועה גופנית ואילו מחדל הוא היעדר תנועה גופנית, ועל כן, כל ניסיון לטעון שמעשה יכול לכלול אף מקרים שבהם לא התרחשה תנועה גופנית (כגון עמידה במקום, ישיבה בכיסא ועוד), ומנגד מחדל יכול לכלול אף מקרים שבהם התרחשה תנועה גופנית כזו או אחרת (כגון ניתוק ממכונת הנשמה), נתקל במכשול ובמחסום של השפה.²⁴ זאת חרף העובדה שמבחינה מוסרית ומשפטית כאחד, ייתכן שבמקרים מסוימים לא צריך להיות כל הבדל בין תנועה גופנית לבין עמידה במקום, או באופן ספציפי יותר בין אי-מתן תרופה לבין ניתוק ממכונת הנשמה.²⁵

לכן לדעתי, שאלת המפתח צריכה להיות באלו סוגי מקרים נצריך לאתר חובה ספציפית לפעול כדי להרשיע ובאלו מקרים לא נצריך לאתר חובה כזו, ולא מהי ההגדרה של מעשה ומחדל. ברור, שמרבית המקרים שבהם נצריך לאתר חובה לפעול יהיו מקרים שלא יהיו כרוכים בתנועה גופנית, ומנגד מרבית המקרים שבהם לא נצריך לאתר חובה לפעול כדי להרשיע יהיו מקרים הכרוכים בתנועה גופנית, אולם לא תמיד. שאלה זו אפוא שמה את הדגש על הנקודה המהותית ולא מתמקדת במונחים שהותו מראש ואשר מגבילים אותנו מבחינת השפה.

כך, כאשר שופט נתקל במקרה שבו הנאשם לא ביצע כל תנועה גופנית, אין זה מחייב אותו להגדיר מקרה זה כמחדל ולנסות לאתר חובה לפעול כדי להרשיע. מאוד ייתכן כי מדובר במקרה שבו היעדר התנועה הגופנית זהה מבחינה מהותית למקרה הכרוך בתנועה גופנית ועל כן לא יהא צורך כלל באיתור חובה לפעול. וכן, כאשר שופט נתקל במקרה שבו

²⁴ ראו לעניין זה קוגלר, לעיל הערה 7, בעמ' 232, הערה 56.

²⁵ ואכן קיימת פסיקה בבית המשפט המחוזי שלפיה אין הבדל בין ניתוק לאי-חיבור למכונת הנשמה. ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 529/01 פלזניץ נ' הכללית שירותי בריאות (פורסם בנבו, 5.6.2001). וכן: ה"פ (מחוזי ת"א) 528/96 ביבס נ' עיריית ת"א-יפו (פורסם בנבו, 3.4.1997).

הנאשם כן ביצע תנועה גופנית, אין זה מחייב כי מדובר במקרה שבו לא נצריך לאתר חובה לפעול. מאוד ייתכן, כי מדובר במקרה זהה מבחינה מהותית לאי־התערבות מלכתחילה (ואין אני מתייחס רק למקרי ניתוק ממכונת הנשמה – כפי שיובהר בהמשך). ניתן לשער, כי על המחוקק היה לנקוט במונחים מעשה ומחדל כדי לציין מונחים ברורים לאזרח, אך חשוב לזכור כי החלוקה היסודית היא בין סוגי מקרים המצריכים חובה לפעול (ובדרך כלל אלו יהיו מקרים שלא כרוכים בתנועה גופנית, אך, לדעתי אשר תובא בהמשך, לא תמיד) לבין מקרים שאינם מצריכים חובה לפעול כדי להרשיע (ובדרך כלל הם יהיו כרוכים בתנועה גופנית, אך לא תמיד). בהמשך הספר כאשר אני מתייחס להבחנה בין מעשה לבין מחדל, יש להתייחס לכך באספקלריית הערה זו.

מטרת המחקר

נוכח האמור לעיל, מטרת המחקר כפי שבאה לידי ביטוי בספר זה היא לענות על מספר שאלות עיקריות:

השאלה הראשונה: מהו הרציונל המבחיין בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי? מדוע יורשע האדם במחדל רק אם אותרה החובה לפעול ואילו כאשר מדובר במעשה אין הדבר כן? במסגרת זו יש לברר, מדוע נעלמת ההבחנה בין מעשה לבין מחדל כאשר אותרה החובה לפעול?²⁶ (להלן – שאלת הרציונל). יש להדגיש, כי במסגרת שאלת הרציונל, אעסוק בעיקר בעבירות תוצאה, ולא בכדי, שכן לדעתי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נכונה בעיקר לעבירות תוצאה ופחות לעבירות התנהגות. כמו כן, על מנת להבהיר את הדיון, וכן בשל העובדה כי זו הדוגמה העיקרית שהעסיקה את הספרות המשפטית והפילוסופית על אודות ההבחנה שבין מעשה לבין מחדל, אתמקד בספר זה בעיקר בהבחנה שבין המתה לבין הנחה למות.

השאלה השנייה: מהי ההגדרה הדסקריפטיבית למושגים מעשה ומחדל הצומחת מהרציונל הרלוונטי? (להלן – שאלת ההגדרה הדסקריפטיבית).

השאלה השלישית: אלו חובות מספקות את הדרישה של החובה לפעול במחדל? האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול יספק את דרישת החובה, או שמא רק חובות ספציפיות יכולות לספק את הדרישה כאמור? למשל, האם חובה הנובעת מחוק "לא תעמוד על דם רעך" יכולה לספק את הדרישה של חובה לפעול במקרה של הריגה במחדל, או שמא רק חובה הנובעת מקרבה לקרבן או ליצירת הנזק יכולה לספק את דרישת חובה זו? **השאלה הרביעית:** האם צריך להיות הבדל מבחינת רמת הענישה בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לנזק אף כאשר הופרה חובה ספציפית לפעול?

²⁶ לשם הזהירות אציין, כי לפי חלק מן השיטות ההבחנה לא נעלמת לחלוטין כאשר אותרה חובה לפעול. ראו לעניין זה הדיון שערכתי לעניין הענישה בפרק ז.

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

יצוין, כי בנוגע לשאלת הרציונל, ראוי להבחין בינה לבין שאלה אחרת והיא האם ראוי לחייב אזרח להציל אדם אחר, אף כאשר מדובר בשני אנשים זרים. הרבו לדון בשאלה זו הן בארץ והן בחו"ל במסגרת חוק "לא תעמוד על דם רעך"²⁷ או חוק "השומר הני טוב"²⁸. אולם, שאלה זו כבר יצאה מנקודת מוצא ברורה כי קיים הבדל מוסרי משמעותי בין א' שהרג את ב' לבין א' שלא הציל את ב' (כאשר מדובר באנשים זרים), וכל שנותר לשאול היה, האם בכל זאת ראוי להרשיע בעבירה פחות חמורה בגין היעדר ההצלה? שאלת הרציונל שאני דן בה היא רדיקלית יותר. השאלה היא מדוע בכלל קיים שוני בין התנאים להרשעה בגין מעשה לבין התנאים להרשעה בגין מחדל? מדוע שלא נרשיע אדם בהמתה כל אימת שיכול היה למנוע את מותו של זולתו ולא עשה כן? שאלה זו רדיקלית יותר, שכן אין היא יוצאת מנקודת מוצא הגורסת כי מעשה שגרם לנזק חמור ממחדל שגרם לנזק. להפך. היא נועדה לברר נקודת מוצא זו.

ההפרדה בין השאלות הללו חשובה שכן לא בהכרח התשובות לשתי השאלות תהיינה זהות. השאלה נשוא מחקר זה מצמיחה מתוכה את ההגדרה של מעשה ומחדל. השאלה העוסקת בחוק "לא תעמוד על דם רעך" או חוק "השומר הני טוב" היא שאלה פנימית בנושא מחדלים. קרי, לאחר שכבר קבענו כי מחדל שגרם לנזק פחות חמור ממעשה שגרם לנזק, עדיין ניתן לשאול האם בכל זאת ראוי שהמשפט הפלילי יאסור על מחדלים אלה (כאשר העונש בצדק יהיה פחות חמור ממעשים שגרמו לאותו הנזק).

בנוסף, חשוב להפריד בין שאלת הרציונל לבין שאלת ההגדרה הדסקריפטיבית. מחדל, לא ניתן להסתפק בשאלה הדסקריפטיבית בלבד שכן לדעתי, ההגדרה של מעשה ומחדל צומחת בעצם מתוך הרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל. לא ניתן לחשוב על הגדרה

27 חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ס"ח 245 (להלן בספר זה – חוק לא תעמוד על דם רעך).

28 ראו למשל Andrew Ashworth, *The Scope of Criminal Liability for Omissions*, 105 L.Q.R. 424 (1989); Glanville Williams, *Criminal Omissions: The Conventional View*, 107 L.Q.R. 86 (1991). ראו גם, פיינברג, לעיל הערה 2, בעמ' 126-128. וכן, עדי פרוש "חוק, מוסר והשומר הני טוב" עיין כו 295, 297 (תשל"ו-תשל"ז). כמו כן ראו: ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998: השראה ומציאות" מחקרי משפט טו 229 (2001). מאמר זה מציין כי בשיטת המשפט האנגלית וכן במרבית המדינות בארצות הברית אין חובת הצלה כללית זאת בניגוד לשיטת המשפט העברי ולשיטה הישראלית מאז חקיקת חוק לא תעמוד על דם רעך. ברור, כי גם מאמר זה יוצא מתוך נקודת מוצא שהמתה חמורה מהנחה למות (כאשר מדובר בשני אנשים זרים) וכל השאלה היא האם ראוי ששיטה משפטית תחייב בכל זאת להציל. המאמר אינו עוסק באופן מהותי בשאלה הרדיקלית מדוע המתה חמורה מהנחה למות. ראו לעניין זה גם מאמרו של פרופ' דני סטטמן "לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת "השומר הני טוב" מחקרי משפט טו 89 (1999). על פיו, אם א' עבר על חוק לא תעמוד על דם רעך וב' מת כתוצאה מכך, הרי שלא ראוי להרשיע את א' בהריגה. היעדר הבהרה זו בחוק לא תעמוד על דם רעך מהווה לדעת סטטמן ליקוי של ממש. ראו: שם, בעמ' 113-114.

דסקריפטיבית הגיונית למעשה ומחדל בלא לשאול את השאלה הבסיסית יותר שהיא מהו הרציונל המבחיין בין מעשה לבין מחדל.²⁹ מאידך, לא ניתן להסתפק ברציונל המבחיין בין מעשה לבין מחדל בלבד, שכן אין מדובר בהנבעה לוגית המתחייבת בין רציונל מסוים לבין הגדרה דסקריפטיבית מסוימת, אלא בקשר הגיוני בין רציונל לבין הגדרה. במילים אחרות, יש צורך בתהליך נוסף המגשר בין הרציונל העומד בבסיס ההבחנה לבין הגדרה הדסקריפטיבית עצמה. חשוב עם זאת לציין, כי היות שיש קשר הגיוני בין הרציונל לבין ההגדרה הרי שרציונל מסוים אינו יכול להצמיח מתוכו מספר בלתי מוגבל של הגדרות. למשל, רציונל החירות (אשר יובא בהמשך) יכול להצמיח מתוכו הגדרה מסוימת בעוד שרציונל הסיבתיות יכול להצמיח מתוכו הגדרה שונה בתכלית. כלומר, שאלת הרציונל ושאלת ההגדרה הן שאלות שונות אך קשורות. שאלות אלו מהוות את הבסיס לחשיבה המלאה והכוללת בכל הנוגע להבחנה שבין מעשה לבין מחדל הן מבחינה מוסרית הן מבחינה משפטית.

מניתוח הספרות המשפטית והפילוסופית על אודות הרציונלים השונים המבחינים בין מעשה לבין מחדל עולה, כי רציונלים אלה מתחלקים לשני סוגים עיקריים: הסוג הראשון משתית את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל על רציונל מוסרי. קרי, מעשה הגורם לתוצאה מסוימת חמור מבחינה מוסרית ממחדל המוביל לאותה תוצאה, והבדל מוסרי זה הוא התשתית להבחנה המשפטית בין מעשה לבין מחדל. הסוג השני משתית את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל על רציונל משפטי. לאמור: אף אם לא קיימת כל הבחנה מוסרית בין מעשה לבין מחדל, עדיין, המשפט הפלילי צריך לערוך את ההבחנה הזו בשל נימוקים פנים משפטיים (אשר יפורטו בהמשך).

בספר זה אנתח הן את הרציונלים המוסריים הן את הרציונליים המשפטיים שעלו עד כה בספרות הפילוסופית והמשפטית (בפרק ב ארחיב יותר בנוגע להבדל בין רציונל מוסרי לבין רציונל משפטי). בהקשר האמור אציין, כי למיטב ידיעתי, החלוקה לרציונלים השונים וההצבעה על ההיבטים המוסריים או המשפטיים שבהם מתמקדת כל תאוריה, היו סמויים מן העין בספרות המשפטית והפילוסופית. אולם, כפי שאראה להלן, ברור כי לשאלת הרציונל המבחיין בין מעשה לבין מחדל קיימת השפעה על קשת רחבה של שאלות אליהן אני מתייחס בספר. כך, שאלת הרציונל משפיעה באופן ישיר על השאלה המשפטית אלו חובות יכולות לשמש בסיס להרשעה בעבירות תוצאה, וכן על השאלה האם רמת הענישה

29 מנגד, ניתן לשאול אמנם, כיצד ניתן לחשוב על הרציונל המבחיין בין מעשה לבין מחדל, בלא שתהא לנו הגדרה למהו מעשה ומהו מחדל? לדעתי, וכך אכן עשיתי, הדרך הנכונה יותר לחשוב על שתי השאלות הללו היא במעין דיאלוג בין הרציונל לבין הגדרה הדסקריפטיבית. כלומר, יש לבחון שני מקרים קלאסיים שבהם ההבחנה היא ברורה, למשל ירי באדם ואימתן עזרה לאדם טובע, ואז לעבור לרציונל המוסרי המבחיין בין שני המקרים. לאחר מכן יש לעבור למקרים מורכבים יותר ולבחון האם הרציונל המקורי מאבחן נכון אף את המקרים המורכבים הללו וכן הלאה.

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

במעשה לעומת מחדל צריכה להיות שונה. כך, בחשיפת הרציונלים, ניתוחם וציון ההבדלים שביניהם, יש כדי ליצור תמונה חדשה ועשירה יותר ביחס למחשבה על אודות ההבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי.

הרציונלים המוסריים והמשפטיים להבחנה בין המתה לבין הנחה למות

במסגרת הרציונלים המוסריים השונים שהועלו סביב ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אציג שלושה רציונלים עיקריים ואראה כי כל רציונל שם דגש על קודקוד אחר של המשולש הרלוונטי: הפועל, הקשר הסיבתי בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן והנזק הנגרם לקרבן. (א) הרציונל הראשון אליו אתייחס בספר מתמקד בקודקוד של הקשר הסיבתי שבין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן. באופן כללי, הטענה לפי רציונל זה היא כי בין התנהגות הפועל במקרה של המתה לבין מות הקרבן מתקיים קשר סיבתי ואילו בין התנהגות הפועל במקרה של הנחה למות לבין מות הקרבן, לא מתקיים קשר סיבתי או למצער הקשר הסיבתי עקיף יותר. על פי רציונל זה, ככל שהקשר הסיבתי בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן ישיר יותר, כי אז אשמת הפועל גדולה יותר, ובשל הבדלי אשמה אלה יש להבחין בין מעשה לבין מחדל, כך שניתן יהיה להרשיע בהמתה במחדל רק אם אותרה חובה ספציפית לפעול. לפי גישה אחת, החובה לפעול במקרה של מחדל, מהווה תחליף לקשר הסיבתי באמצעות ייחוס קשר ייחודי לפועל, כפי שעושה הקשר הסיבתי במקרה של מעשה אקטיבי. לפי גישה אחרת (המיוצגת על ידי הארט והונורה) המייחסת לסיבתיות גם היבטים קונבנציונליים, החובה לפעול אינה מהווה תחליף לקשר הסיבתי, אלא היא שיוצרת את הקשר הסיבתי על ידי הבניית ציפייה אצל האזרח לפעול במקרים הכלולים במסגרת החובה. על פי גישה זו, כאשר קיימת ציפייה לפעול והאזרח לא פעל, כי אז ניתן לומר שהיעדר הפעולה גרם לתוצאת הנזק הרלוונטי.

במסגרת רציונל זה, אציג תאוריות שונות על אודות סיבתיות אשר לפיהן ניתן להסביר את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות במונחים סיבתיים וכן אציג את האופן שבו מתפקדת החובה לפעול בהתאם לכל תאוריה. יש לציין, כי לא כל התאוריות שאציג פותחו תחת המטרייה המשפטית אלא חלקם פותחו במסגרת הפילוסופיה של המדע והמוסר. על אף זאת, אני מתייחס לתאוריות אלו, שכן מדובר בתאוריות משמעותיות שיש בהן כדי לתת בסיס תאורטי להבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט מבחינה סיבתית.

(ב) הרציונל השני שאציג מתמקד בקודקוד "הפועל" שבמשולש, ובאופן ספציפי בפגיעה השונה בחירותו של הפועל. ההנחה על פי רציונל זה היא כי איסור כללי על המתה פוגע פחות בחירות הפעולה של הפועל, מאשר איסור כללי נגד הנחה למות. לו כל אזרח היה מחויב לעזור או להציל אזרח אחר כאשר היה באפשרותו לעשות כן, כי אז הייתה נגרמת פגיעה משמעותית בחירותו שכן כמעט בכל רגע נתון היה האזרח חייב להפסיק את

עיסוקיו על מנת למנוע מוות של אדם אחר. לעומת זאת, איסור כללי על המתה אינו פוגע משמעותית בחירותו של האזרח, שכן אף אם הוא מחויב שלא להמית אדם, עדיין הוא יכול להמשיך לעסוק בחייו הרגילים במקביל לחובה זו.

(ג) הרציונל השלישי שאציג, אינו מתמקד בקשר הסיבתי שבין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן, ואף לא בשוני בפגיעה בחירותו של הפועל כפי שטענה תאורית החירות. רציונל זה מדגיש את הפגיעה בקודקוד השלישי של המשולש, הלוא הוא הקרבן. במסגרת רציונל זה, אפרוס את עמדתה של פרנסיס קם המתבססת על זכותו של האדם על גופו ועל משאביו. לפי קם המתה חמורה מהנחה למות שכן בהמתה, בדרך כלל, הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו ללא תלות בפועל, ולעומת זאת במקרה של הנחה למות הקרבן מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. הרעיון שעומד בבסיס התאוריה של קם הוא שכל אדם, ביחס לאדם אחר, זכאי רק לדברים שאינם תלויים באדם האחר. לדברים התלויים באדם אחר, אין הוא זכאי.

מכאן, ברורה לדעת קם ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות. כאשר הפועל ממית את הקרבן הרי שהקרבן מאבד חיים להם הוא זכאי, שכן המשך חייו אינו אמור להיות תלוי כלל בפועל. לעומת זאת, במקרה של הנחה למות הקרבן מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל ועל כן הוא מאבד, לכאורה, חיים שאין הוא זכאי להם. מכיוון שהתאוריה של קם נובעת מזכותו של האדם על גופו ועל משאביו, הרי שיש לכך גם השלכה על ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות. לפי קם, במקרה שבו הקרבן היה מוגן מפני הנזק באמצעות מגן השייך לו, והפועל הסיר מגן זה וכתוצאה מכך מת הקרבן, הרי שמדובר בהמתה. לעומת זאת במקרה שבו הפועל הסיר מגן השייך לו עצמו, הרי שמדובר בהנחה למות שכן במקרה זה הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו רק כתוצאה מהעזרה של הפועל, ובמקרה זה רק כתוצאה ממשאביו של הפועל. בניגוד לתאוריות הקודמות, לפי קם דרישת איתור החובה לפעול מבקשת לפתור את החולשה המוסרית הקיימת בהנחה למות לעומת המתה. החובה לפעול יוצרת מצב שבו הקרבן זכאי למעשה לעזרה ולמאמצים של הפועל, וכתוצאה מכך הופכת החובה מקרים מסוימים המסווגים כהנחה למות לדומים מבחינה מוסרית למקרים של המתה. בנוסף לעמדתה של קם אני מציג בתוך גישת הפגיעה בקרבן גם את גישתו המכניסטית של מייקל מור.³⁰ על פיו, המתה חמורה מהנחה למות שכן המתה הופכת את מצבו של

30 כאן אני פוסע בעקבות פלטשר שהתייחס לגישתו של מור כמכניסטית שכן לדעתו, בהקשר של דרישת המעשה במשפט הפלילי, מור שם דגש רחב על ההגדרה המטאפיזית – ביולוגית של המושג "מעשה" ואילו לפי פלטשר הדגש בדרישת המעשה במשפט הפלילי צריך להיות בהשפעה או בקשר שיש להתנהגות האדם על הסביבה החברתית שלו. לכן לפי פלטשר, גם מקרים שלא היו כרוכים בתנועה גופנית יכולים להיחשב כ"מעשה" מבחינה משפטית.

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

הקרוב לרע יותר ואילו הנחה למות אמנם אינה הופכת את מצבו לטוב יותר, אך היא גם אינה מרעה את מצבו. לפי מור, גישה זו נשענת על עמדה סיבתית ולפיה רק תנועה גופנית יכולה לגרום לתוצאה ואילו מחדל שאינו כרוך בתנועה גופנית אינו יכול לגרום לתוצאה. גישתו של מור היא בעייתית שכן אין זה ברור כלל שהנחה למות אינה הופכת את מצבו של הקרבן לרע יותר. ויתרה מזאת, כפי שציינתי לעיל במסגרת הרציונל הסיבתי, הטענה כי מחדל המתאפיין בהיעדר תנועה גופנית אינו יכול לגרום לתוצאה אינה פשוטה כלל, ויש גישות רבות הסבורות (ואני מסכים עמן) כי מחדל יכול לגרום לתוצאה.

כאמור לעיל, מעבר לרציונלים המוסריים קיימים גם רציונלים משפטיים להבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי. המדובר ברציונלים משפטיים שכן הם אינם מבססים את הבחנת המחוקק בין מעשה לבין מחדל על הבדל בדרגת אשמה גבוהה יותר מצד הפועל, אלא על שיקולים פרגמטיים יותר החיצוניים לדרגת האשמה של הפועל.

(א) הרציונל הראשון שאציג מתייחס לבעיית החוקיות. על פי רציונל זה אכן אין הבדל מבחינה סיבתית בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לנזק. אולם, קיים צורך באיתור חובה לפעול במחדל, שכן ללא חובה זו האזרח לא היה מודע לקיומו של הקשר הסיבתי במחדל. החובה לפעול נועדה לשמש הודעה לאזרח על קיומו של הקשר הסיבתי במקרה הרלוונטי.

(ב) רציונל משפטי אחר הוא רציונל בעיית התיאום שהעלה יואל פיינברג. על פיו, ללא הבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה, הייתה נגרמת בעיה קשה של תיאום בין האזרחים, ובעיה זו הייתה יוצרת בזבוז אדיר של משאבים. אם כל אזרח צריך היה להציל אדם אחר כל אימת שיכול היה לעשות כן, וכולם היו מנסים להציל את כולם, הרי שהיה נגרם חוסר יעילות משווע. כדי לפתור את בעיית התיאום וחוסר היעילות כאמור, היה צריך המחוקק לקבוע חובה ספציפית לפעול המוטלת רק על אנשים מסוימים.

(ג) רציונל משפטי נוסף מתייחס לצורך בצמצום האשמים. על פי רציונל זה ללא צורך באיתור חובה לפעול במחדל, הרי שכל באי עולם עלולים היו להיות מורשעים, ועובדה זו הייתה גורמת לחוסר יעילות מבחינה חברתית ופוגעת קשות במערכת אכיפת החוק על כל שלוחותיה. לפי גישה זו, החובה לפעול נועדה אפוא לצמצם את מספר האנשים שיכולים להיות מורשעים במקרה של מחדל, ובכך לאפשר יעילות חברתית בכל מערכות המדינה.³¹

GEORGE P. FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN COMPARATIVE, AND INTERNATIONAL 269-272 (2007).

31 במסגרת הרציונלים המשפטיים אני מציג גם את רציונל החירות היכול להתפרש גם כרציונל משפטי ולא מוסרי. בספר זה אני מראה את ההבדל בין רציונל החירות כרציונל מוסרי לבין רציונל החירות כרציונל משפטי.

רציונל הפגיעה באוטונומית הפרט

לאחר הצגת הביקורות האפשריות על הרציונלים המוסריים והמשפטיים, אציע רציונל אחר להבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה, תוך שאני מתמקד כאמור בהבחנה שבין המתה לבין הנחה למות. את רציונל זה אני מגדיר – רציונל הפגיעה באוטונומיה. במסגרת זו אטען כי את ההבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות יש לבחון לאור האינטרסים העומדים בבסיס שני האיסורים הללו. טענתי תהא, כי האינטרסים העומדים בבסיס שני האיסורים הללו שונים, זאת בניגוד, להנחת המוצא של כל הרציונלים האחרים ולפיה האינטרסים העומדים בבסיס שני האיסורים הללו זהים. כפי שאטען להלן, האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על המתה רחבים ומשמעותיים יותר מן האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות.

אטען כי כדי לבחון את האינטרסים או הערכים העומדים בבסיס האיסורים הללו יש לשאול שתי שאלות בסיסיות:

ראשית, מה היה קורה בעולם לו לא היה קיים כלל האיסור על המתה?

שנית, מה היה קורה בעולם לו היה קיים איסור על המתה (ואף היה נאכף) אך לא היה קיים האיסור על הנחה למות?

לגבי השאלה הראשונה אטען כי בלא איסור על המתה קיים חשש משמעותי, שניפול למצב הטבעי שתיאר הובס – של מלחמת הכול בכל. במצב זה אף אם אנשים היו מצליחים לשמור על חייהם, והם לא היו מתים, עדיין הם היו חיים בפחד ואיום ממשי מפני המוות. פחד זה היה גורר לשלילת האוטונומיה של האדם, שכן במצב זה אין האדם יכול לעשות דבר, וודאי שאין הוא יכול לממש את שאיפותיו ולתכנן את חייו באופן סביר.³²

לגבי השאלה השנייה אטען, כי אף בלא איסור על הנחה למות הרי שחיינו של האדם עדיין יכולים להיות סבירים. במצב זה אין האדם חושש תמיד שמא ימיתו אותו ועל כן האוטונומיה שלו לא נשחקת באופן משמעותי. בהתאם לכך, הוא יכול לנהל באופן סביר את חייו הרגילים תוך שהוא ייאלץ לנהל את חייו באופן זהיר יותר בלא להיכנס לסיכונים מיותרים.

הבדל זה מצביע על כך שהערכים העומדים בבסיס האיסורים הללו שונים. האיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם, ואילו האיסור על הנחה למות ייתכן שהוא מרחיב לעתים את האוטונומיה של האדם אך אין הוא מכונן אותה, שכן גם ללא איסור זה יכול היה האדם לחיות באופן סביר.

³² יש להדגיש, כי תאוריית הפגיעה באוטונומיה אינה מחייבת את ההנחה כי כולם היו מנסים להמית את כולם. גם אם רק חלק מן האנשים היו מנסים להמית אנשים אחרים, עדיין האדם היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו. בנוסף, אף אם איננו יודעים באם אנשים היו מנסים להמית אם לאו, עצם החשש והפחד מפני מעשים אלו (מתוך ידיעה שלא קיים איסור על המתה), היה מכרסם באוטונומיה של האנשים באופן משמעותי.

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

יצוין כי רציונל זה מסביר מחד, מדוע אין להרשיע אדם בהריגה או ברצח (תלוי ביסוד הנפשי) אם הוא הפר את החובה הכלולה בחוק לא תעמוד על דם רעך, ומאידך, מדוע יש להרשיע אדם בהריגה או ברצח אם הוא הפר חובות ספציפיות אחרות, למשל במקרה שבו אב לא הציל את בנו, או במקרה שבו רופא לא הציל את חולהו.

הנימוק להבדל נעוץ בכך שכאשר אדם הפר את חוק לא תעמוד על דם רעך הרי שלא נפגעה האוטונומיה של הפרט או למצער לא נפגעה הנורמה המכוננת את האוטונומיה של הפרט, היות שאף אם לא היה נחקק חוק זה עדיין יכול היה האזרח לחיות חיים סבירים. לעומת זאת, קיימות חובות ספציפיות שכן אמורות לשמור על האוטונומיה של הפרט. הכיכוד? על מנת לתפקד בצורה סבירה ולאפשר לפרטים שבה לממש אוטונומיה מינימלית, ממנה החברה "סוכנים" שתפקידם לספק יציבות וביטחון לפרטים: רופא שיטפל במצוקתם, מציל שימנע טביעתם, הורים שישגיחו על ילדיהם ועוד. בעלי תפקידים אלה חשובים על מנת לשוות לחברה אנושית את היציבות והביטחון הנדרשים על מנת שכל פרט ופרט יוכל לחיות חיים סבירים עם אוטונומיה. ולפיכך הפרת חובות אלו כן פוגעת בנורמה שמטרתה לשמור על האוטונומיה של כלל החברה.

במסגרת הצגת רציונל הפגיעה באוטונומיה אראה כי רציונל זה מתיישב יפה עם תאוריית המוסר של תועלתנות כלל ועם תיאוריית האמנה החברתית ההובסיאנית והרולסיאנית. מרציונל הפגיעה באוטונומיה צומחת לדעתי הגדרה שונה להמתה והנחה למות ובנוגע לכך ארחיב בפרק הרביעי של הספר.

בנקודה זו ראוי להדגיש, כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות היא רק דוגמה ספציפית (על אף שהיא המשמעותית ביותר) להבחנה כללית יותר בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות (doing harm and allowing harm). אולם, רציונל הפגיעה באוטונומיה רלוונטי גם לנזקים שאינם קשורים כלל להמתה. כך למשל, איסור גרימת חבלה במעשה חמור מאיסור גרימת חבלה במחדל (אף אם נניח כי מתקיים קשר סיבתי במחדל) שכן איסור חבלה במעשה מגן על האוטונומיה של האדם באופן משמעותי יותר מאיסור חבלה במחדל. באופן דומה, אך בהקשר לרכושו של האדם ולא לגופו, גרימת נזק לרכוש במעשה פוגעת באוטונומיה של הפרט והחברה באופן משמעותי יותר מגרימת נזק במחדל.³³

במסגרת הצגת הביקורת על הרציונלים השונים ובמסגרת הצגת רציונל הפגיעה באוטונומיה אוכיח, כי ההגדרה האינטואיטיבית למעשה ומחדל, המגדירה מעשה כתנועה גופנית ומחדל כאי־תנועה גופנית אינה הגדרה נכונה, שכן, לדעתי, אין היא מצליחה לסווג

33 לו לא היה קיים איסור על לקיחת רכוש או על גרימת נזק לרכושו של אדם, היה האדם חושש כי בכל רגע נתון יוכלו לקחת את רכושו או לפגוע ברכושו. אמנם יתכן שהוא לא היה חי בפחד מחשש שמא ימיתו אותו (על אף שלעיתים רכושו אכן מגן עליו, כמו למשל כספו או ביתו), אך עדיין הוא היה חושש שרכושו יפגע וכמובן שגם לעובדה זו ישנה השלכה על רווחת חייו של האדם, על משמעות חייו ועל האופן שבו הוא יוכל לחיות אותם.

מבוא

באופן ראוי מקרים מסוימים שהובילו לנזק. היעדר הצלחה זה נובע מן העובדה, כי הבחנה זו היא בעיקרה טכנית ואינה בעלת תשתית מוסרית. כמו כן אוכיח כי אף הפסיקה הישראלית לא הייתה מאוחדת סביב הגדרה זו, שכן ככל הנראה היא לא הייתה מאוחדת אף בנוגע לרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל.

בנוסף, נוכח הדיון ברציונלים השונים אטען כי יש לחלק בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות בכל הנוגע לצורך באיתור החובה לפעול. במסגרת זו אציג מספר דוגמאות מן הפסיקה אשר התייחסו לעבירות התנהגות, ואציין מדוע לדעתי לא היה צורך באיתור חובה לפעול במקרים הללו.

סדר הפרקים בספר

הצגת הדברים תיעשה באופן הבא:

במסגרת השער הראשון אציג בפרק הראשון את העמדות הסקפטיות הסבורות כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט. במסגרת זו אדגיש את המתודות השונות שבהן נקטו הכותבים השונים כדי לערער את ההבחנה הנ"ל ואציין את הביקורות כלפיהן. בחרתי להציג ולהתמודד עם גישות סקפטיות אלה בתחילת הספר, שכן הן מנסות לקעקע ולחתור תחת הנחות היסוד של הגישות הסבורות כי קיים רציונל מוסרי להבחנה בין המתה לבין הנחה למות. אני סבור כי פריסת גישות אלה תוך ניתוח הטיעון העומד בבסיסן תבנה, תמונה מורכבת יותר של סוגיית ההבחנה בין מעשה לבין מחדל, מבחינה מוסרית ומשפטית.

בפרק השני, אציג את הגישות החולקות, הסבורות כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נשענת על רציונל מוסרי. במסגרת זו אציג את גישות המלומדים תוך הצגת ביקורת על עמדתם. כמו כן, בשל העובדה כי שאלת הרציונל ושאלת ההגדרה הדסקריפטיבית קשורות אחת לשנייה ולשם פישוט הדברים, אציג את עמדות המלומדים על אודות שתי השאלות הללו יחדיו.

בפרק השלישי של הספר אדון בגישות הסבורות כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נשענת על רציונל משפטי.

בפרק הרביעי של הספר אציג את רציונל הפגיעה באוטונומיית הפרט, שהוא הרציונל שאני מציע להבחנה בין מעשה לבין מחדל. במסגרת זו אציג כאמור הגדרה שונה להמתה והנחה למות, הגדרה הצומחת מתוך הרציונל שאציג.

במסגרת השער השני של הספר, אתייחס בפרק החמישי, בין היתר, לעמדת בית המשפט בנוגע להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי. במסגרת פרק זה אתייחס לפסיקת בית המשפט ואראה כי עמדת בית המשפט בנוגע להגדרת מעשה ומחדל אינה אחידה, שכן קיימים פסקי דין שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית, ומנגד קיימים פסקי דין שלא הכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל לעיקרון זה. מפסקי דין אלה עולה,

בין מעשה למחדל במשפט הפלילי

כי לעתים גם כאשר מדובר במקרה שלא היה כרוך בתנועה גופנית, לא היה צורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיע. בתוך כך, אנסה להראות כי חוסר אחידות זה נובע מגישות שונות ביחס לרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי.

בפרק השישי אדון בשאלה: אלו חובות מספקות את הדרישה של החובה לפעול במחדל? האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול יספק את דרישת החובה או שמא רק חובות ספציפיות יכולות לספק את הדרישה. במסגרת זו אצביע על הקשר הקיים בין הרציונלים השונים שהוצעו להבחנה בין מעשה לבין מחדל, לבין התשובה לשאלה זו.

בפרק השביעי אדון בשאלה האם צריך להיות הבדל ברמת הענישה בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לנזק אף כאשר הופרה חובה ספציפית לפעול.

בפרק השמיני והאחרון אטען כי נוכח הרציונלים השונים, ההבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי נכונה בעיקר לעבירות תוצאה ולא לעבירות התנהגות. במילים אחרות אטען, כי בנוגע להבחנה בין מעשה לבין מחדל יש לערוך חלוקה רוחבית, בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות, כך שבעבירות התנהגות ניתן יהיה להרשיע גם בגין מחדלים בלא צורך באיתור חובה לפעול.³⁴

34 יש לציין, כי בשל קוצר היריעה, בספר זה לא אעסוק בעמדת ההלכה המתייחסת להבחנה שבין מעשה לבין מחדל ובין המתה לבין הנחה למות. אדגיש רק, כי גם ההלכה מבחינה בין המתה לבין הנחה למות (בלא תנועה גופנית). כך, הרמב"ם מציין כי כל היכול להציל ולא הציל עובר על לא תעמוד על דם רעך, ובמקרה זה הוא אף אינו לוקה בשל הכלל הקובע כי "לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו". ראו: משנה תורה, רוצח ושמירת נפש, פרק א, הלכה טז. כמו כן אציין, כי ההבחנות שנעשו במסגרת ההלכה אינן מתמצות רק בין מקרה שבו נעשתה תנועה גופנית שגרמה למוות לבין מקרה שבו לא נעשתה תנועה גופנית. ההלכה עוסקת גם במקרים מורכבים יותר כמו הסרת מגן מפני הנזק כגון הסרת סולם מתוך בור שמצוי בתוכו אדם. ראו: משנה תורה, רוצח ושמירת נפש, פרק ג, הלכה יב. וכן ראו: בבלי, סנהדרין עח, ע"ב.

שער ראשון

ההבחנות בין מעשה לבין
מחדל – קיומן וסיווגן

פרק א

התאוריה הסקפטית המשווה

1. מבוא

בפרק זה אדון בתאוריה הסקפטית הגורסת כי לא קיימת כלל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות (הגישה התומכת בשלילת ההבחנה המוסרית ידועה בכינוי *The Equivalence Thesis*). לצורך ספר זה אכנה גישה זו התאוריה הסקפטית או העמדות הסקפטיות, לפי העניין). לפי תאוריה זו, כאשר כל התנאים שווים – הכוונות, המניעים, התוצאה, ההוצאות למניעת המוות – אין הבדל בין ראובן שהטביע את שמעון לבין ראובן שלא הציל את שמעון מטיביעה. יש לציין כי אין מדובר בתאוריה שולית כלל אלא בתאוריה מרכזית הנדונה רבות בפילוסופיה של המוסר.¹

כפי שצינתי לעיל, קבלת התאוריה הסקפטית תחייב שינוי רדיקלי במחשבה המוסרית ובסגנון החיים שלנו. לפי תאוריה זו, החובה לתת עזרה לאדם המצוי בסכנה שקולה לחובה שלא להרגו, ומכאן עולה לכאורה כי אסור לאדם להשתמש בסכום כסף לצורך הנאות כאלה ואחרות, אם באמצעות סכום זה יכול היה להציל אנשים המצויים בסכנה. כמו כן, קבלת תאוריה זו אמורה לגרום לשינוי בגישה להמתות חסד. רבים סבורים כי במקרה של חולה הנוטה למות, מותר לרופא להניח לחולה למות ולא להעניק לו תרופות שיאריכו את חייו, על מנת להפסיק את סבלו. מנגד, הם סבורים, כי אסור לרופא להמית את החולה באופן אקטיבי אף אם המטרה היא הפסקת סבלו של החולה. אולם, אם אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, הרי שלא אמורה להיות הבחנה בין המתת חסד אקטיבית לבין המתה פסיבית, ואם המתה פסיבית מותרת כך גם המתת חסד אקטיבית. יש לציין כי העמדות הסקפטיות שתקפו את ההבחנה המוסרית אינן עשויות מקשה אחת. בפרק זה אציג את ההבחנות ביניהן ואת המתודולוגיה שבה הן נקטו כדי לערער את ההבחנה המוסרית.

ניתן לחלק את העמדות הללו לארבע קבוצות עיקריות:

1 טרמל, למשל, שאינו מסכים לגישה הסקפטית מציין: "It seems to be widely doubted by philosophers today whether any intrinsically relevant moral distinction can be drawn between taking a life and failing to save a life" Richard L. Trammell, *The Presumption Against Taking Life*, 3 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 53 (1978).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

העמדה הראשונה מתמקדת בערעור ההבחנה המוסרית בעיקר על ידי העלאת שתי דוגמאות המצביעות על היעדר הבדל בין המתה לבין הנחה למות. על פי עמדה זו, אם נחשוב על שני מקרים הזיהם בכל מרכיביהם למעט העובדה שמקרה אחד כרוך בהמתה והמקרה השני בהנחה למות, הרי שנוכל להיווכח כי לא קיימת כל הבחנה מוסרית בין המקרים. המסקנה הנובעת מכך לדעת האוחזים בעמדה זו היא, כי אף ביתר המקרים (המשווים בכל יתר המרכיבים) לא קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות.²

העמדה השנייה מתמקדת בערעור ההבחנה המוסרית על ידי ניתוח הנימוקים שעומדים בבסיס האיסורים כנגד המתה והנחה למות. על פי עמדה זו, אם שני איסורים נשענים על נימוקים זהים, הרי שלא יכולה להיות הבחנה מבחינה מוסרית בין שני האיסורים. לכן, היות שהאיסורים על המתה ועל הנחה למות נשענים על נימוקים זהים, הרי שאין כל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.³

העמדה השלישית מתמקדת בתקיפת הרציונלים השונים שהועלו כדי לבסס את ההבחנה המוסרית. למשל, אחד מן הרציונלים שהועלו כדי לבסס את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות הוא רציונל הסיבתיות. על פי רציונל זה המתה חמורה מהנחה למות, שכן בין פעולת ההמתה לבין מות הקרבן מתקיים קשר סיבתי ואילו בין ההתנהגות של הנחה למות לבין מות הקרבן לא מתקיים קשר סיבתי בשל סיבות כאלה ואחרות (וארון בנישות אלה, בהרחבה, בפרק ב להלן). עמדה זו תטען, כי אף בין המתה להנחה למות מתקיים קשר סיבתי ולפיכך לא קיים הבדל בין המתה לבין הנחה למות.⁴

2 ראו, בין היתר: James Rachels, *Active and Passive Euthanasia*, in KILLING AND LETTING DIE 112 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) (להלן – רייצ'לס); James Rachels, *Killing and Starving to Death*, 54 PHILOSOPHY 159 (1979); (להלן – רייצ'לס 1979); James Rachels, *Reasoning About Killing and Letting die*, 19 THE SOUTHERN JOURNAL OF PHILOSOPHY 465 (1981); Roy W. Perrett, *Killing, Letting Die and the Bare Difference Argument*, 10 BIOETHICS 131 (1996); Michael Tooley, *An Irrelevant Consideration: Killing Versus Letting Die*, in KILLING AND LETTING DIE 103 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994); Michael Tooley, *Abortion and Infanticide*, 2 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 37 (1972); Judith Lichtenberg, *The Moral Equivalence of Action and Omission*, in KILLING AND LETTING DIE 210 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994).

3 ראו: רייצ'לס 1979, שם.

4 ראו: John Harris, *The Survival Lottery*, in KILLING AND LETTING DIE 257 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) (להלן – האריס 1975); John Harris, *The Marxist Conception of Violence*, 3 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 192 (1974) (להלן – האריס 1974); John Harris, *Bad Samaritan Cause Harm*, 32 PHILOSOPHICAL QUARTERLY 60 (1982).

פרק א: התאוריה הסקפטית המשוויה

העמדה הרביעית התמקדה בהגדרה של המתה ושל הנחה למות ודרך זו תקפה את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות (ואבהיר עמדה זו בהמשך).⁵ לאחר הצגת כל עמדה אציג את הביקורות המופנות כלפיה.

2. טיעון השוואת מקרים

א. הצגת הטיעון

העמדה הראשונה השוללת קיום הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות מתמקדת בהצגת שני מקרים המשווים בכל התנאים למעט העובדה כי מקרה אחד מסווג כהמתה ואילו המקרה השני מסווג כהנחה למות. במאמר המתייחס להמתות חסד השתמש ג'יימס רייצ'לס, בין היתר, במתודה זו על מנת להוכיח כי לא קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. להלן שני המקרים שהובאו על ידיו:⁶

ירושה 1: סמית' אמור לרשת ירושה גדולה אם האחייני שלו בן השש ימות. לכן, סמית' מתכנן להורגו. הוא נכנס לחדר האמבטיה של האחייני ומטביעו.

ירושה 2: המקרה זהה למקרה ירושה 1 למעט העובדה, כי כאן מדובר בג'ון המבחין באחיינו שהחליק באמבטיה והוא בוחר שלא להצילו. כתוצאה מכך האחייני מת.

ב"ירושה 1", סמית' המית את האחייני ואילו ב"ירושה 2", ג'ון רק הניח לאחייני למות. כל שאר התנאים שווים. כלומר, המניעים של סמית' וג'ון זהים שכן הם מעוניינים לזכות בירושה, הכוונות להמית את האחייני זהות, אף המאמצים למנוע את המוות זהים וכן התוצאה זהה שכן בשני המקרים האחייני מת. רייצ'לס טוען כי על אף העובדה ש"ירושה 1" עוסקת בהמתה ואילו "ירושה 2" עוסקת בהנחה למות, עדיין אין הבחנה מוסרית בין המקרים. מקרים אלה מוכיחים לדעת רייצ'לס כי כאשר כל שאר התנאים שווים וההבדל היחיד בין המקרים טמון בכך שמקרה אחד מסווג כהמתה ואילו המקרה השני מסווג כהנחה למות, כי אז אין כל הבדל מבחינה מוסרית בין המקרים.⁷

יש לציין, כי הטענה של רייצ'לס להיעדר הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות אינה מתמצה רק במקרים שבהם הכוונה היא להמית אדם כפי שעולה מהמקרים שנכתבו לעיל. לפי דעתו לא קיימת הבחנה מוסרית אף כאשר אנו אדישים למותו של האחר. לכן לפי, לא קיימת הבחנה מוסרית בין משלוח רעל למדינות העולם השלישי לבין העובדה כי

5 ראו: Jonathan Bennett, *The Act Itself* 88-96 (1995) (להלן – בנט 1995); Jonathan Bennett, *Whatever the Consequences*, in *KILLING AND LETTING DIE* 167 (Bonnie Shelly Kagan, ed., 1994) (להלן – בנט 1966); Steinbock and Alastair Norcross ed., *LIMITS OF MORALITY* 83-127 (1991).

6 ראו, רייצ'לס 1975, לעיל הערה 2, בעמ' 115.

7 ראו, שם, בעמ' 116.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

איננו מצילים מדינות אלו מרעב.⁸ כמו כן, בהתייחס למקרים שהועלו על ידי טרמל (ואשר יובאו להלן) טוען רייצ'לס, כי אין הבדל בין מקרה שבו א' ממית את ב' כדי לשמור לעצמו סכום כסף, לבין מקרה שבו א' לא מציל את ב' כדי לשמור לעצמו סכום זהה.⁹ רייצ'לס טוען כי למרבית האנשים קשה לקבל את התפיסה השוללת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות שכן לטענתו הם אינם עורכים הבחנה חדה בין השאלה האם המתה כשלעצמה חמורה מהנחה למות לבין השאלה האם מבחינה אמפירית רוב המקרים המסווגים כהמתה חמורים מרוב המקרים המסווגים כהנחה למות. הוא מציין כי ברוב מקרי ההמתה, הכוונה של הפועל היא רעה והמניע הוא זדוני ואילו ברוב המקרים המסווגים כהנחה למות הכוונה של הפועל אינה רעה, אלא הוא לכל היותר אדיש לתוצאה. ואף יותר מכך, במקרים רבים הפועל היה מעוניין להציל את הקרבן אך הצלתו כרוכה בהוצאות גבוהות.¹⁰ למשל, במקרים רבים ראובן אינו מציל את שמעון מטביעה לא בשל העובדה שהוא מעוניין במותו אלא מכיוון שהצלתו כרוכה בסכנה מסוימת או מכיוון שאין לו עניין בהצלתו. לעומת זאת, אם מתרחש מקרה שבו ראובן מטביע את שמעון, הרי שבמרבית המקרים פעולה זו נעשית מתוך כוונה רעה ולא מתוך אדישות להתרחשות התוצאה. עם זאת, רייצ'לס טוען, כי הבדלים אלה אינם מצביעים על כך כי המתה כשלעצמה חמורה מהנחה למות, אלא לכל היותר כי מרכיבים אחרים משפיעים על החומרה המוסרית של המעשה, כגון, הכוונות או המניעים של הפועל. ומכאן טוען כאמור רייצ'לס, כי כאשר המניעים, הכוונות והתוצאות שווים כי אז לא אמור להיות כל הבדל מוסרי בין המקרים.¹¹

8 ראו, רייצ'לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ' 159. בהקשר לאי מתן תרומה לרעבים טוען רייצ'לס: "I shall argue that we are wrong to take comfort in the fact that we 'only' let these people die, because our duty not to let them die is equally as strong as our duty not to kill them, which, of course, is very strong indeed". ראו: שם.

9 שם, בעמ' 169-170.

10 ראו: רייצ'לס 1975, לעיל הערה 2, בעמ' 117.

11 לאור טיעונו זה טוען רייצ'לס כי אין כל הבחנה מוסרית בין המתת חסד אקטיבית לבין המתת חסד פסיבית. אם קיים מצב שבו סובל החולה מכאבים עזים והרופא מגיע למסקנה כי זהו מצב שבו מותר להניח לחולה למות, כי אז במקרה זה טוען רייצ'לס כי אין כל סיבה שלא להתיר להמית את החולה באופן אקטיבי. עמדה זו מבוססת כאמור על כך כי אין הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. יש לציין, כי במקרה זה טיעונו של רייצ'לס משכנע, שכן כאן מדובר במצב שבו הגיע הרופא למסקנה כי מותר להניח לחולה למות. ואם כן נוכל לומר באופן נייטרלי כי המוות במקרה זה הוא "טוב". ואם המוות במקרה זה הוא "טוב" מדוע לא להביא את הטוב בדרך המהירה יותר, קרי, על ידי המתת חסד אקטיבית. במילים אחרות, אם אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כי אז ניתן להגיע למסקנה שאין הבדל בין המתת חסד אקטיבית לבין המתת חסד פסיבית מקל וחומר, שכן אם כאשר המוות הוא "רע" אין הבחנה כי אז כאשר המוות הוא טוב (כפי שקורה לכאורה במקרים של המתת חסד), קל וחומר שלא תהיה הבחנה. לעומת זאת אם כן קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כי אז עדיין ניתן לומר שבנוגע להמתת חסד אין כל הבדל בין המתת חסד אקטיבית לבין המתת חסד פסיבית שכן מדובר במצב שבו המוות הוא דבר "טוב" ואין כל סיבה שלא להביאו בצורה באופן המהיר

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

כמו כן, מעבר לעובדה שמרבית מקרי ההמתה חמורים ממרבית המקרים המסווגים כהנחה למות, רייצ'לס סבור כי האינטואיציה החזקה המבחינה מבחינה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, נובעת ממניעים אגואיסטיים של מדינות המערב והאתגר הפילוסופי הוא להצביע על כך שאינטואיציה זו שגויה מבחינה מוסרית. רייצ'לס טוען, כי בני אדם אמנם אלטרואיסטיים במידה מסוימת אך יותר משהם אלטרואיסטיים הם אגואיסטיים, והשיפוט המוסרי שלהם על אודות סיטואציות מסוימות מושפע מאוד מהאינטרס האישי שלהם. מניתוח של הוצאות ורווחים עדיף למדינות העשירות להתייחס להמתה בצורה חמורה יותר מהנחה למות. בהתייחס לניתוח ההוצאות – ההוצאות הכרוכות באי־המתה אינן גבוהות, שכן, לכאורה, ניתן למלא את החובה שלא להמית בלא הוצאות כלל. לעומת זאת, ההוצאות הכרוכות בהצלת אנשים ממוות כאשר ניתן לעשות זאת, עלולות להיות גבוהות מאוד. משמעות השוויון המוסרי בין המתה לבין הנחה למות תהא הפסקת אורח החיים של העולם המערבי, שכן אם לא היה הבדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות הרי שאסור היה לבזבז כסף עבור מותרות כאשר הוצאות אלו יכולות להציל אזרחים המצויים בסכנת חיים. בהתייחס לניתוח הרווחים – המדינות העשירות ירוויחו מכך שהאיסור על המתה חמור מהאיסור על הנחה למות. מצד אחד, מדינות אלו אינן נמצאות תחת סכנה מיידית של מוות ומשכך אין צורך בקיום איסור חמור על הנחה למות. מצד שני, המדינות העשירות יפסידו הרבה מאוד אם לא יהיה איסור חמור על המתה. מכאן, שהן מניתוח ההוצאות הן מניתוח הרווחים עולה, כי עדיף מבחינה אגואיסטית להתייחס לאיסור על המתה באופן חמור יותר מהנחה למות. אולם, טוען רייצ'לס, על אף העובדה כי עדיף למדינות העשירות לסבור כך אין בכך כדי להוכיח כי עמדה זו נכונה מבחינה מוסרית.¹²

בהקשר זה רייצ'לס מציין כי אף אם תיפגע משמעותית חירות האדם אם תישלל ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות, שכן כל רגע נתון נדרש להציל חיים וכן לא נוכל לבזבז את כספנו על הנאה כזו או אחרת, עדיין אין זה אומר כי מבחינה מוסרית יש הבחנה בין המתה לבין הנחה למות.

ביותר. ראו בנקודה זו: Holley Smith Goldman, *Killing, Letting Die and Euthanasia*, 40 ANALYSIS 224 (1980).

12 ראו, רייצ'לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ' 171. טיעון זה יוצא למעשה נגד הסברו של גילברט הרמן אשר טען כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות נובעת מתאוריה מוסרית של אמנה חברתית. על פיו, הנימוק לכך כי המתה חמורה מהנחה למות נובע מכך שכולם יסכימו לקבל על עצמם את האיסור של המתה, אך לא כולם יסכימו לקבל על עצמם את האיסור על הנחה למות. על פי הרמן כולם יסכימו לאיסור של המתה שכן הפחד שמאן דהוא יגרום למוות של מישהו נוגע לכלל האוכלוסייה: הן לעשירים, הן לעניים, הן לחזקים הן לחלשים. לעומת זאת, לא כולם יסכימו לאיסור על הנחה למות שכן העשירים והחזקים אינם נמצאים לכאורה בטווח הסיכון ולפיכך הם לא ירצו שתוגבל חירותם. ראו: Gilbert Harman, *Moral Relativism*. *Defended*, 84 THE PHILOSOPHICAL REVIEW 3, 13 (1975).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

“On the view I am defending, he ought to give the money to feed the hungry person... Similarly, the realization that we are morally wrong to spend money on inessentials, when that money could go to feed the starving, is an integral part of the view I am defending. It is not an embarrassing consequence of the view, it is (part of) the view itself.”¹³

לאור האמור, נראה שחירות האדם על פי רייצ'לס אינה ערך בפני עצמו או למצער היא ערך שניגף מפני החשיבות של חיי אדם. קרי, אף אם תיפגע חירות האדם אם נאסור על הנחה למות, עדיין צריך האדם לעשות כל שביכולתו כדי להציל אנשים אחרים, ואם הוא אינו עושה כן הרי שהתנהגותו זהה מבחינה מוסרית להמתה.¹⁴

ציינתי לעיל, כי לפי רייצ'לס העובדה שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות גוררת את המסקנה כי המוסר שלנו הרבה יותר תובעני משניתן היה לשער. כשם שיש לעשות מאמצים רבים כדי להימנע ממעשה המתה, כך יש לעשות מאמצים רבים כדי להימנע מהנחה למות, על אף העובדה כי מאמצים אלה עלולים לפגוע בחירות שלנו. עם זאת, יש שהגיעו לתוצאה שונה, אך מכיוון דומה. לפי ראסל, היות שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, הרי שהאיסור של המתה אינו חמור כל כך. לפיו, המאמצים אשר אדם צריך לעשות בכדי להימנע ממעשה המתה זהים למאמצים שהוא צריך לעשות כדי להימנע ממעשה המסווג כהנחה למות. כשם שהמאמצים שעל האדם לעשות כדי להימנע מהנחה למות כפופים לסייג שאין לפגוע באינטרסים הבסיסיים של הפועל, כך המאמצים של המתה כפופים לסייג זה. בניגוד לרייצ'לס שהעלה את החומרה המוסרית של הנחה למות, הרי שראסל הקל בחומרה של המתה.¹⁵

לסיכום דעתו של רייצ'לס יש לומר, כי הוא סבור שלא קיימת כלל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. על פיו, כאשר אנו מציגים שני מקרים השווים בכל התנאים למצט העובדה שמקרה אחד כרוך במעשה המתה והמקרה השני כרוך בהנחה למות, הרי שניתן

13 ראו: רייצ'לס 1979, שם, בעמ' 169.

14 רייצ'לס מעלה גם את האפשרות כי קיים הבדל בין המתה לבין הנחה למות שכן כאשר א' ממתית את ב' כי אז א' עשה פעולה כלשהי שגרמה למותו של ב'. לעומת זאת, כאשר א' מניח לב' למות, הרי שא' לא עשה כלום כדי להביא למותו של ב'. עם זאת, רייצ'לס דוחה טענה זו. ראשית הוא טוען כי גם היעדר תנועה גופנית יכול להיחשב כמעשה. כך למשל, במקרה שבו ראובן אינו מושיט ידו לשמעון לשלום (לאחר ששמעון הושיט ידו לפני כן), הרי שראובן העליב את שמעון ממש כשם שהוא היה עושה מעשה שהיה מעליבו. יתרה מזו, לפי רייצ'לס אף אם הנחה למות לא הייתה נחשבת למעשה, עדיין עובדה זו אינה משנה מאומה מבחינה מוסרית, שכן ישנה אחריות מוסרית אף על דברים שאיננו עושים, אך היינו מחויבים לעשותם. ראו: שם, בעמ' 167-169.

15 Bruce Russell, *On the Relative Strictness of Negative and Positive Duties*, 14 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 87, 94 (1977).

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

לראות כי אין הבחנה מוסרית בין המקרים. על פי רייצ'לס האינטואיציות שלנו על אודות ההבחנה שבין המתה לבין הנחה למות, הן אינטואיציות המבוססות על טעות (בכך שאנו סבורים שכאשר מדובר בהנחה למות הרי שהכוונה שלנו אינה רעה כל כך. לעומת מעשה של המתה אשר מתלווה אליו תמיד כוונה רעה ומניעים זדוניים) או על אגואיזם. אם נסלק את הטעות ולא נהיה מונעים מאינטרסים אישיים הרי שהמסקנה תהא כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

ב. ביקורת

(1) יש שביקרו את רייצ'לס תוך התייחסות למקרים אותם הוא עצמו הציג, על פיהם ניתן לחלוק על האינטואיציה של רייצ'לס בנוגע למקרים הללו. פרנסיס קם העלתה את מבחן "המאמץ וההוצאות שלאחר המעשה" (The Post Effort Test) בכדי להפריך את הטענה כי השיפוט במקרים הללו הוא זהה. קם שואלת כמה הפסד או מאמץ נדרוש מאדם אם מאמץ או הפסד בזמן t2 יגרום לכך שהתינוק לא ימות ב"ירושה 1" וב"ירושה 2".¹⁶ המבחן זה מבוסס על מצב שבו במקרה של "ירושה 1" סמית' החל בהריגת התינוק (שזהו זמן t) אך הוא יכול להציל אותו על ידי הפסד או מאמץ מסוים. ובמקרה "ירושה 2" התינוק טובע (שכן ג'ון לא מנע ממנו לטבוע) אך ניתן להצילו על ידי מאמץ או הפסד מסוים לג'ון. בשני המקרים אם הם לא יתאמצו או לא ייגרם ההפסד – התינוק ימות. מה תהיה התשובה למבחן זה? על פי קם, סביר שב"ירושה 1" אנו נדרוש מסמית' שניסה להטביע את הילד למאמץ גדול מאוד. במקרים קיצוניים נדרוש ממנו אף להמית את עצמו על מנת להציל את הילד. לעומת זאת, לפי קם, נראה כי המאמץ או ההפסד שיידרש ג'ון לספוג יהיה פחות מן המאמץ או ההפסד שיידרשו מסמית'. לפי קם, הנימוק לכך שאין הם נדרשים למאמץ או הפסד זהה נובעת מן העובדה כי המעשים של ג'ון ושל סמית' אינם זהים מבחינה מוסרית שכן סמית' הרג את הילד ואילו ג'ון הניח לו למות. לכאורה אם הפעולות הן שוות ערך מבחינה מוסרית, כי אז נוכל לדרוש מהם לעשות מאמץ זהה. אולם, יש להדגיש, כי רייצ'לס יכול לחלוק על האינטואיציות המוסריות של קם ולטעון כי בשני המקרים המאמץ שג'ון וסמית' יידרשו כדי למנוע את המוות של אחיינם יהיה זהה. כנגד תשובה זו, יש שהציגו מקרים שונים מהם עולה לכאורה כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. אחת הביקורות מן הסוג הזה נוסחה על ידי דינלו.¹⁷

16 ראו: FRANCIS M. KAMM, MORALITY, MORTALITY: RIGHTS DUTIES AND STATUS 88 (1996).

17 ראו: Daniel Dinello, *On Killing and Letting Die*, in KILLING AND LETTING DIE 192, 195 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994); H.M. Malm, *Between the Horns of*

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

“השתלה” – ג’ון וסמית’ נמצאים בבית החולים. ג’ון עומד למות בתוך שעתים אלא אם כן יושתל לב חדש במקום ליבו שלו. לסמית’ לעומת זאת נותרו ארבע שעות לחיות אלא אם כן תושתל בגופו כליה. כאשר ג’ון ימות יוכלו להשתיל את כלייתו לתוך גופו של סמית’ ולהציל אותו. כמו כן, ניתן להרוג את סמית’ ולהציל את ג’ון בכך שישתילו את ליבו של סמית’ בגופו של ג’ון.

דינלו טוען, כי נראה ברור שאסור להרוג את סמית’ כדי להציל את ג’ון. לעומת זאת מותר להניח לג’ון למות ולהציל את סמית’ לאחר מכן. מכאן, שהמתה חמורה יותר מהנחה למות, שאם לא כן, הרי שלא היה כל הבדל בין האופציות הקיימות.

יש לציין, כי רייצ’לס ניסה להתמודד עם המקרה אותו העלה דינלו. על פיו, בדוגמה זו אין שתי אופציות, המתה והנחה למות, שכן במקרה זה איננו מניחים לג’ון למות. אנו מניחים לג’ון למות רק כאשר אנו יכולים להציל אותו ואיננו עושים זאת. במקרה זה איננו יכולים להציל את ג’ון שכן ליבו של סמית’ נמצא בשימוש על ידי סמית’ עצמו. נוכל לומר שהרופא הניח לג’ון למות רק אם היה לב פנוי שלא נמצא בשימוש של אדם אחר ועדיין הרופא לא היה עושה דבר בכדי להציל את ג’ון. כאן כאמור, הלב של סמית’ אינו פנוי ולפיכך לא ניתן לומר שהניחו לג’ון למות. ומכאן, שלא ניתן להוכיח מדוגמה זו כי המתה חמורה יותר מהנחה למות.¹⁸

לדעתי רייצ’לס אינו מצליח להפריך את טיעונו של דינלו. דומה, כי הדוגמה של דינלו חושפת באופן מדויק את הבעיה של התאוריה הסבורה כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. אם אנו שוללים את ההבחנה המוסרית, כי אז נראה, שהמאמצים וההוצאות שיש להוציא כדי למנוע מעשה של המתה והמעשים וההוצאות שיש להוציא כדי

the Negative – Positive Duty Debate, 61 *PHILOSOPHICAL STUDIES* 187, 188, 193-194 (1991). מלם מציגה מקרים מהם עולה כי בכל מקרה אשר אינו כרוך בהוצאות או במאמץ, אם שאר התנאים שווים (כוונות, מניעים, תוצאות) הרי שהשיפוט המוסרי שלנו יהיה זהה, ואין זה משנה אם הכוונה בשני המקרים הייתה כוונת זדון או אדישות. להלן המקרים: מכונה 1 – א’ נכנס לחדר ורואה שאם הוא ילחץ על כפתור ילד ימות. א’ לוחץ על הכפתור והילד מת. מכונה 2 – ב’ נכנס לחדר ורואה שאם הוא לא ילחץ על כפתור ילד ימות. א’ לא לוחץ על הכפתור והילד מת. לפי מלם, השיפוט המוסרי של שני המקרים – זהה. ראו: שם, בעמ’ 191. לעמדתה הכללית של מלם ראו גם: H.M. Malm, *Killing Letting Die and Simple Conflicts*, 18 *PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS* 238 (1989); H.M.Malm, *Directions of Justification in the Negative-Positive Duty Debate*, 27 *AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY* 315 (1990).

18 רייצ’לס כנראה היה מודע לבעיה זו, ובהערת שוליים במאמרו הוא מציין שיש אפשרות נוספת לפתור את הקושי שהעלה דינלו הקשורה לתאוריה שתובא להלן בשם האריס. לפי האריס במקרה זה מותר יהיה ככל הנראה להרוג אדם אחד כדי להציל אדם אחר. לדעתו אין כל הבדל בין להניח למות כדי להציל אדם אחר, לבין להמית כדי להציל אדם אחר. John Harris, *The Survival Lottery*, in *KILLING AND LETTING DIE* 257 (Bonnie Stinbock and Alastair Norcross ed., 1994). ראו: רייצ’לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ’ 170, הערה 16.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

למנוע מעשה של הנחה למות צריכים להיות זהים.¹⁹ אם כדי למנוע מעשה של המתה אדם צריך להמית את עצמו הרי שאף כדי להציל אחרים, אדם צריך להמית את עצמו. וכך, אם המתה זהה מבחינה מוסרית להנחה למות הרי שמותר להרוג אדם אחד כדי להציל אדם אחר, כפי שמותר להציל אדם ולהניח לאדם אחר למות. וזו הרי הדוגמה שהעלה דינלו. הטענה של רייצ'לס כי במקרה זה איננו מניחים לג'ון למות, אינה מובנת כלל. נראה ברור שאנו מניחים לו למות, שהרי אנו יכולים להציל אותו באמצעות הריגת סמית', אלא שאיננו מוכנים לעשות זאת. ואם איננו מוכנים לעשות זאת, הרי שזו הוכחה שאנו מעדיפים להניח לאדם מסוים למות מאשר להרוג אדם אחר ומכאן שקיימת כאמור הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.²⁰

19 ראו: קם, לעיל הערה 16, בעמ' 87-99.

יש לציין, כי רייצ'לס לא התמודד עם מקרים דומים למקרה שהעלה דינלו. למשל, מדוע אסור להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים. נראה, כי תשובתו של רייצ'לס למקרה זה הייתה זהה לתשובה אותה ציין בתגובתו לדינלו. אולם, כפי שצינתי, תשובה זו אינה ברורה, והיא לדעתי חושפת את הבעייתיות בעמדה הטוענת כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. בניגוד לרייצ'לס, הרי שג'ודית ליכטנברג התייחסה לשאלה מדוע אסור להרוג אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים? אם לא קיים הבדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות הרי שלכאורה היה מותר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים. פוט העלתה דוגמה כזו על מנת להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. הדוגמה היא כדלקמן: "שופט" – שופט ניצב מול עבריין הדורש ממנו להוציא אדם חף מפשע להורג. אם הוא לא יוציא אדם זה להורג הרי שמספר רב יותר של אנשים יהרגו על ידי העבריין. פוט טענה, כי הטעם שאסור לשופט להוציא את החף מפשע להורג אף שבאמצעות פעולה זו יינצלו אנשים רבים, נובע מכך שאיסור על המתה חמור מאיסור על הנחה למות. הוצאת אדם חף מפשע להורג היא פעולה של המתה ואי-הוצאתו להורג היא פעולה של הנחה למות לגבי האנשים האחרים. לפיכך, אסור להוציא אדם זה להורג. ראו: Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in *KILLING AND LETTING DIE* (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994), 266, 270-271. בהתייחס למקרה זה, טענה ליכטנברג בניגוד לפוט, כי הנימוק לאיסור להרוג אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים אינו נובע כלל מן העובדה כי המתה חמור יותר מהנחה למות. הנימוק כי אסור לעשות זאת נובע מכך שבמקרה זה אנו הופכים אדם לאמצעי, שכן אנו משתמשים בגופו של אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים. יתרה מזו, לו האיסור להרוג אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים היה נובע מכך שמדובר כאן בהמתה הרי שלכאורה היינו צריכים להתיר מקרה מקביל המתייחס למצב של הנחה למות. כלומר, היינו צריכים להתיר להניח לאדם מסוים למות כדי להשתמש בו להציל חמישה אנשים אחרים. ולכאורה אף מקרה כגון זה אסור, למשל המקרה הבא שהעלה ראסל: "שופט 1" – דומה למקרה "שופט" אלא שכאן השופט יכול להציל מספר רב של אנשים על ידי כך שהוא ימנע מחולה סוכרת מלקחת את התרופה שלו. במקרה זה, לפי ראסל, השופט מניח לחולה למות על מנת להציל מספר רב של אנשים, ועם זאת, נראה שמקרה כזה אסור מבחינה מוסרית, באותה מידה שבה אסור להוציא חף מפשע להורג כדי להציל מספר רב של אנשים. אם האיסור להוציא להורג אדם חף מפשע היה נובע מן ההבחנה שבין המתה לבין הנחה למות הרי שהיינו צריכים לראות הבדל מבחינה מוסרית בין "שופט" ל-"שופט 1". מעצם העובדה שאיננו רואים כל הבדל מבחינה מוסרית

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

על אף האמור לעיל, רייצ'לס יכול לטעון כי העובדה שלא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות במקרים שהוא הציג במאמרו, מוכיחה כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות ביתר המקרים, והעובדה שדינלו מצביע על מקרים אחרים המצביעים מבחינה אינטואיטיבית שאכן קיימת הבחנה, אינה הוכחה לכך שהבחנה זו אכן נכונה.

משמעותה של גישה זו היא כי מזוג מקרים אחד המצביע על כך שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין מות ניתן לגזור עמדה כללית הקובעת כי בכל המקרים אין הבחנה בין המתה לבין הנחה למות כאשר כל שאר התנאים שווים. על פי קגן הנחת המוצא של גישה זו מבוססת על כך שאם למרכיב ספציפי בתוך מקרה מסוים יש משקל מוסרי X, כי אז לאותו מרכיב ספציפי במסגרת מקרה אחר יהיה משקל מוסרי זהה.²¹ במילים אחרות, מרכיב מוסרי הוא יחידה עצמאית שמשקלה המוסרי אינו משתנה ממקרה למקרה. כך, אם להנחה למות יש משקל מוסרי X במסגרת מקרה Y כי אז בכל מקרה אחר המסווג כהנחה למות, המשקל המוסרי של ההנחה למות יוותר X. ומכאן נובע כאמור, שאם בזוג מקרים אחד הנחה למות זהה מבחינה מוסרית להמתה כי אז בכל המקרים, כאשר כל שאר התנאים שווים, לא תהא הבחנה בין המתה לבין הנחה למות, שכן המשקל המוסרי של הנחה למות תמיד יהא זהה למשקל המוסרי של המתה.

אולם נראה, כי כיוון מחשבה זה מבוסס על טעות והוגים כגון קם, טרמל וקגן, טענו כי ייתכן שבזוג מקרים אחד לא נראה הבחנה מוסרית, אך במקרים רבים אחרים הבחנה זו כן תבוא לידי ביטוי. כלומר, בהקשר מסוים, הנחה למות יכולה להיות זהה מבחינה מוסרית להמתה, כך למשל כאשר ההוצאות שנדרשות על מנת להציל את הקרבן הן מזעריות והכוונה היא רעה ביותר. עם זאת, כאשר נשנה מעט את המקרה כך שההוצאות הנדרשות

נובע כי אין כל הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. ראו, ראסל, לעיל הערה 15, בעמ' 90. כן ראו, ליכטנברג, לעיל הערה 2, בעמ' 224-225. אני סבור כי המקרה שהעלה ראסל אינו מוכיח כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. ראשית, ניתן לומר כי המקרים אינם שונים בחומרתם מבחינה מוסרית שכן בשני המקרים מוטלת על השופט חובה חוקית (בשונה מחובה כללית לעזור לאדם) כלפי האדם החף מפשע. במקרה הראשון מוטלת עליו חובה שלא להוציא אדם חף מפשע להורג ובמקרה השני מוטלת עליו החובה לטפל בחולה הסוכרת. במקרים כגון אלה, ניתן לומר כי ההבדל בין המתה לבין הנחה למות הוא קטן. לעומת זאת, כאשר מדובר במקרה שבו אין זכות לקרבן להצלת חיים, הרי שייתכן ויהיה מותר להניח לאדם מסוים למות כדי להציל את החמישה. שנית, אף לו היינו מקבלים את טיעונו של ראסל בכך שכאשר מדובר בהפיכת אדם לאמצעי הרי שאף הנחה למות אסורה כשם שהמתה אסורה, עדיין, לא ניתן להוכיח מכאן כי כאשר אין מדובר בהפיכת אדם לאמצעי מותר יהיה להציל חמישה אנשים במחיר הריגת אדם אחד. לשון אחר, ניתן להעלות סיטואציה אחרת שבה אנו לא הופכים את האדם לאמצעי ובכל זאת נאסור להרוג אדם אחד ולהציל חמישה אנשים אחרים, ולעומת זאת, כאשר איננו הופכים אדם לאמצעי נתיר להניח לאדם למות ולהציל חמישה אנשים אחרים.

21 Shelly Kagan, *The Additive Fallacy*, 99 ETHICS 5, 16-17 (1988).

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

להצלת הקרבן הן גבוהות וכוונתו של הפועל אינה רעה, אלא הוא אדיש לתוצאת המוות, כי אז נוכל להיווכח שהמתה חמורה מהנחה למות. העובדה ששינוי המקרה גורם לכך כי המתה חמורה מהנחה למות היא הוכחה טובה לקיום ההבחנה המוסרית.²² קם, בהמשך לקגן, הסבירה טענה זו באמצעות מטאפורה מתחום הכימיה.²³ חנקן וחמצן (המקבילים במטפורה זו להמתה והנחה למות) יכולים להגיב באופן זהה כאשר הם נמצאים בתרכובת כימית מסוימת. עם זאת, כאשר שמים אותם בתרכובת אחרת כל אחד מהם מגיב לתרכובת זו באופן שונה. כלומר, העובדה שחנקן וחמצן מגיבים לתרכובות מסוימות באופן זהה אינה הופכת אותם לזהים. כך גם המתה והנחה למות. העובדה שבקונטקסט מסוים (למשל, כאשר מדובר בהוצאות מזעריות), אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, אין בכך כדי להוכיח כי באופן קטגורי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.²⁴ הרעיון העומד בבסיס טענה זו הוא כי אלמנטים מוסריים יכולים לתפקד בצורה שונה בהקשרים שונים. התנהגות של הנחה למות במקרה הכרוך בהוצאות נמוכות וכוונה רעה לא תהפוך את המקרה לפחות חמור מהמתה בתנאים זהים. אולם, התנהגות של הנחה למות במקרה הכרוך בהוצאות גבוהות כאשר הפועל גם אדיש לתוצאה, כן תשפיע על החומרה המוסרית שאנו מייחסים להתנהגות זו, ותהפוך את המקרה לקל יותר מהמתה בתנאים זהים.²⁵

(2) אף אם נניח כי ממקרה אחד ניתן להוכיח שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, עדיין אני סבור כי לא ניתן להוכיח מן המקרים הללו שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. לדעתי, הבעיה במקרים הללו מצויה במרכיב הכוונה. על פי רייצ'לס בשני המקרים הכוונה של סמית' וג'ון היא להמית את האחיין שלהם. הן סמית' הן ג'ון באו במטרה להמית את האחיין שלהם. סמית' המית אותו וג'ון בסופו של דבר לא היה צריך

22 ראו: קם, לעיל הערה 16, בעמ' 56. "For example, the moral unacceptability of an instance of letting die may depend on the fact that the efforts required to save someone are very small. When the efforts required to save are great, refusing to make the effort and hence letting die may not be unacceptable"

23 שם. כמו כן ראו: קגן, לעיל הערה 21, בעמ' 13. כמו כן יש לציין, כי גם טרמל טען זאת במאמרים קודמים הרבה יותר ראו: Richard L. Trammell, *The Nonequivalency of Saving Life and Not Taking Life*, 4 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 251, 254-255 (1979). כמו כן ראו: קם, לעיל הערה 16, בעמ' 51-58.

24 דוגמה נוספת המשקפת רעיון זה היא הדוגמה הבאה: העובדה כי רץ למרחקים ארוכים מאתיופיה ורץ למרחקים ארוכים מקנדה משיגים תוצאה זהה כאשר הטמפרטורה בחוץ היא 40 מעלות, אינה מוכיחה כי הם ישיגו תוצאות זהות כאשר הטמפרטורה בחוץ היא 10 מעלות. כלומר, העובדה שהם ישיגו תוצאות זהות במקרה אחד אינה הוכחה לכך שספורטאי אחד אינו טוב יותר מהשני. כפי שניתן לראות בדוגמה זו ההבדל יכול להתבטא כאשר הטמפרטורה היא שונה. כך גם כאשר מדובר בהמתה והנחה למות. העובדה שבסיטואציות מסוימות אין כל הבדל מוסרי ביניהם אינה מוכיחה כלל שהמתה אינה חמורה מבחינה מוסרית מהנחה למות. ראו: קגן, לעיל הערה 21, בעמ' 13.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לעשות זאת שכן האחיין החליק באמבטיה וטבע ללא כל התערבות מצד ג'ון. בשל העובדה כי הכוונה זהה לחלוטין הרי שניתן לומר שהבעיה היא כאן במזל מוסרי (moral luck) ולא בשל העובדה כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. כלומר, אם בשני המקרים הכוונה שלהם הייתה להמית את האחיין, אך במקרה אחד סמית' המית את האחיין ובמקרה שני ג'ון לא היה צריך בסופו של דבר לעשות זאת, הרי שכל ההבדל בין המקרים הוא במזל המוסרי. ג'ון לא היה צריך להמית את האחיין כי המזל שיחק כאן תפקיד משמעותי. כעת, על פי קאנט (ובעקבותיו הלכו הוגים אחרים), המזל אינו צריך למלא תפקיד כלשהו בטריטוריה המוסרית.²⁶ לכן לפי קאנט השאלה העיקרית שצריכה להישאל היא מה הייתה הכוונה של הפועל, שכן רק הכוונה תלויה באדם. יתר התנאים אינם תלויים בו אלא במזל, והמזל אינו רלוונטי למוסר. לאור זאת, ניתן לומר, כי מי שסבור שמזל אינו רלוונטי לקביעת הערך המוסרי של מעשה, יוכל לטעון כי המקרים של רייצ'לס זהים מבחינה מוסרית, שכן כוונתם זהה לחלוטין. אם רייצ'לס מעוניין להוכיח כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, הרי שהוא צריך להציג שני מקרים: מקרה אחד עם כוונה של המתה ומקרה אחר עם כוונה של הנחה למות ולהראות כי אין הבחנה מוסרית בין שני המקרים. הבאת שני מקרים עם כוונה דומה של המתה אינה יכולה להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

ניתן לשאול זאת כך: אם אין הבחנה מוסרית בין מעשה המתה לבין הנחה למות הרי שלא צריכה להיות הבחנה מוסרית גם בין מקרה שיש בו כוונה של המתה לבין מקרה שיש בו כוונה רק של הנחה למות. אם נשנה את המקרים של רייצ'לס כך שמקרה אחד יהיה עם כוונה של המתה ומקרה שני עם כוונה של הנחה למות הרי שניתן יהיה לראות, לכאורה, כי קיימת הבחנה מוסרית בין המקרים, ואם יש הבחנה בין המקרים הללו הרי שזו הוכחה כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות (אני מניח כאן שאם כוונה של המתה חמורה מכוונה של הנחה למות הרי שזה רק מכיוון שמעשה המתה עצמו חמור מהנחה למות).

נקודה זו רלוונטית גם למקרה שהועלה על ידי טוליי.²⁷ טוליי מעלה מקרה שבו שני בנים רצו להרוג את אביהם על מנת לזכות בירושה גדולה, אלא שבן אחד הרג את האב ואילו הבן השני לא היה צריך בסופו של דבר לעשות זאת. טוליי טוען כי אין הבחנה מוסרית בין שני סוגי ההתנהגות של הבנים, ומכאן הוא ניסה להוכיח כי אין הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. אני סבור כי אף אם אין הבחנה מוסרית בין שני הבנים הרי שהיא נובעת ממזל מוסרי. העובדה שהבן השני לא הרג בסופו של דבר את האב היא עובדה התלויה במזל

26 עמנואל קאנט הנחות יסוד למטפיזיקה של המידות 20 (מ' שפי תרגם, תשכ"ה). לעניין ביקורת זו ראו: Jean Beer Blumenfeld, *Causing Harm and Bringing Aid*, 18 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 323, 327-328 (1981).

27 Tooley, לעיל הערה 2, בעמ' 103-104.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

בלבד ולכך אין קשר למוסר. אצל שני הבנים הכוונה היא זהה במדויק ועל כן השיפוט המוסרי שלנו על אודות שני המקרים הוא זהה.

3. טיעון השוואת הנימוקים לאיסור

א. הצגת הטיעון

בניגוד לגישה הראשונה שניסתה לשלול את ההבחנה המוסרית על ידי השוואת שני מקרים כאמור לעיל, הגישה השנייה, שפותחה אף היא על ידי רייצ'לס, מתמקדת בניתוח הנימוקים העומדים בבסיס האיסור של המתה והנחה למות. גישה זו מנסה לשלול את ההבחנה המוסרית לא על אינטואיציה שיפוטית בנוגע להשוואת שני מקרים, אלא על מהלך לוגי מסודר אשר יוכיח כי לא ייתכן שקיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

הטיעון של רייצ'לס לובש את הצורה הלוגית הבאה:

(1) שיפוט מוסרי הוא נכון אך ורק אם הוא נשען על נימוקים מסוימים המצדיקים שיפוט מוסרי זה. על פיו, אם אין נימוקים המצדיקים פעולה מסוימת, הרי שלא ייתכן שאדם יחויב לעשות פעולה זו. יתרה מזו, כאשר עומדות בפני האדם מגוון פעולות אפשריות, הרי שהפעולה הנכונה תהא הפעולה המגובה עם הנימוקים הטובים ביותר.²⁸

(2) אם הנימוקים נגד פעולה A זהים לנימוקים נגד פעולה B כי אז פעולה A ופעולה B זהות מבחינת חומרתן המוסרית.

(3) הנימוקים לאסור על המתה זהים לנימוקים לאסור על הנחה למות. הנימוק לאסור על המתה נובע לדעת רייצ'לס מכך שהמתה גורמת לקרבן נזק – בכך שהוא מת. ובנוסף לכך המתה הקרבן גורמת נזק לחבריו ולמשפחתו של הקרבן על ידי הצער שנגרם להם. נימוקים אלו נמצאים גם בבסיס האיסור על הנחה למות. אסור להניח לאדם למות, שכן נגרם לקרבן נזק – בכך שהוא מת, וכן נגרם צער למשפחתו ולחבריו.

“The primary reason why killing is wrong is that something very bad is done to the victim himself: he ends up dead. He no longer has a good, his life, which he possessed before. But notice that exactly the same can be said about letting someone die. The primary reason why it is morally objectionable to let someone die, when we could save him, is that he ends up dead. He no longer has a good, his life, which he possessed

28 ראו רייצ'לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ' 164. רייצ'לס מדגיש כי השאלה באם מדובר בנימוק טוב אם לאו תלויה בתיאוריה המוסרית שבה האדם מחזיק. ראו: שם.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

before... Thus, the explanation of why killing is bad mentions features of killing that are also features of letting die, and vice versa."²⁹

(4) מכאן, שאיסור על המתה זהה בחומרתו לאיסור על הנחה למות. רייצ'לס מדגיש כי לא כל מקרה של הנחה למות זהה מבחינה מוסרית למקרה של המתה. ברור שישנם מקרים שבהם המתה תהא חמורה מהנחה למות, כאשר לא כל שאר התנאים שווים. לדוגמה, ברור שרצח אדם בריא חמור יותר מבחינה מוסרית מהנחה למות של חולה הנוטה למות המבקש מהרופא שלא להעניק לו תרופות מאריכות חיים. כמו כן, להניח לאדם למות מתוך כוונה זדונית שהוא ימות, אף שניתן היה להציל אותו, חמור יותר מלהמית חולה הנוטה למות, כאשר הוא מבקש מהרופא לעשות זאת כדי להקל על סבלו.

"It should be clear, then, that I will not be arguing that every act of letting die is equally as bad as every act of killing. There are lots of reasons why a particular act of killing may be morally worse than a particular act of letting die, or vice versa... Similarly, if an ill person who could be saved is maliciously allowed to die, while a terminal patient is killed, upon his request, as an act of kindness, we have good reason to judge the letting die worse than the killing."³⁰

לפי רייצ'לס, במקרים אלה הנימוקים העומדים בבסיס האיסור שונים ועל כן אף החומרה המוסרית שונה.

ב. הביקורת

אני סבור כי אף אם טענה (1) ו-(2) של רייצ'לס היא נכונה, הרי שטענה (3) אינה נכונה. לדעתי, הנימוקים שעומדים בבסיס האיסור על המתה אינם זהים לנימוקים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות. כפי שאפתח בהרחבה להלן (בתאורית הפגיעה באוטונומית הפרט והחברה – פרק ד להלן), כדי להבין מהם הנימוקים (להם אני קורא ערכים או אינטרסים) העומדים בבסיס האיסור על המתה יש לשאול מה היה קורה לו לא היה קיים איסור על המתה (או מה היה קורה לו המתה הייתה מותרת) וכדי להבין מהם הנימוקים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות יש לשאול מה היה קורה לו לא היה קיים איסור על הנחה למות. הניסוי המחשבתי הזה יאפשר לנו לבחון את תמונת המצב המוסרית בכל אחד משני המצבים. כפי שאטען להלן, אם לא היה קיים איסור על המתה הרי שכל אדם היה חושש בכל רגע נתון שימיתו אותו. חיים כאלה יובילו לחיים ללא ביטחון, חיים של פחד וחיים

29 שם, בעמ' 165.

30 שם, בעמ' 164.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

ללא אוטונומיה אישית. לעומת זאת, לו לא היה קיים איסור על הנחה למות, הרי שהחיים שלנו כחברה עדיין היו סבירים, אלא שהיינו צריכים להיות זהירים יותר. ויודגש, כי החשיבות של איסור המתה מצויה גם ללא קשר לעובדה האם אדם זה או אחר מת. חשיבות האיסור נמצאת בכל זמן נתון, באשר היא מאפשרת לחברה בכלל ולאדם בפרט להיות חיים אנושיים נסבלים ללא פחד עם אוטונומיה אישית. בפרק ד, ארחיב תאוריה זו ואצביע על כך שהיא מתיישבת יפה עם התאוריה של תועלתנות כלל, תאורית האמנה החברתית ההוּבְּסִיאֵנִית ותאורית האמנה החברתית הרולִיסִיאֵנִית.

על אף האמור לעיל, ניתן לנסח את טיעונו של רייצ'לס באופן מעט שונה כך שהוא לכאורה יהא חסין בפני הביקורת שהעליתי לעיל.

על פי טיעונו של רייצ'לס כאמור שיפוט מוסרי הוא נכון אם הוא נשען על נימוקים המצדיקים שיפוט זה וכן אם הנימוקים כנגד פעולה A זהים לנימוקים כנגד פעולה B כי אז אין הבדל מבחינת חומרתן המוסרית.

עם זאת, בניגוד לרייצ'לס שטען כי הנימוקים כנגד המתה נובעים מן הנזק הנגרם לקרבן ולמשפחתו כתוצאה מן ההמתה, הרי שניתן לכאורה לטעון כי המתה אסורה בשל היחס שהפועל מפגין כלפי הקרבן בפעולת ההמתה. במקרה של המתה היחס של הפועל כלפי הקרבן משקף פגיעה בכבודו של הקרבן כאדם על ידי הפגנת בוז לאנושיות שבו. יש לשים לב, כי הדגש לפי עמדה זו אינו בנזק הנגרם לקרבן או למשפחתו אלא ביחס של הפועל כלפי הקרבן. במילים אחרות, הדגש אינו בתוצאת המוות אלא ביחס שהפועל מפגין בפעולת ההמתה. זו כמובן עמדה קאנטיאנית בעיקרה המתייחסת פחות לתוצאות המעשה ויותר לכוונה או לרצון המחוללים את המעשה. מקמהן מנסה להוכיח עמדה זו באמצעות הצבעה על היעדר הבחנה מוסרית בין מקרה שבו א' המית את ב' כאשר נותר לב' זמן קצר לחיות לבין מקרה שבו א' המית את ג' כאשר נותר לו זמן רב לחיות. לכאורה, הנזק שנגרם לב' ולג' הוא שונה, אך עדיין אנו לא עורכים הבחנה מוסרית בין שני המקרים. ומכאן שהמתה אסורה לא בשל הנזק שהיא גורמת אלא בשל היחס של הפועל כלפי האדם. כלפי כבודו של האדם וכלפי האנושיות שבו.³¹

לפי גישה זו, לכאורה, לא אמור להיות הבדל בין המתה לבין הנחה למות שכן בשני המקרים, לכאורה, היחס של פועל האנושיות של האדם הוא זהה. בשני המקרים היחס הוא יחס של בוז וחוסר כבוד לאנושיותו של האדם.

כפי שצינתי בקצרה לעיל, אינני סבור כי האיסור על המתה מבקש רק למנוע יחס של השפלה ובוז כלפי האדם. האיסור על המתה מבקש לאפשר לאדם חיים סבירים עם ביטחון, בעלי אוטונומיה אישית ובמילים אחרות הוא כן מבקש למנוע נזקים מן האדם. אולם, לדעתי, העמדה שאציג (והצגתי בקצרה לעיל) מתיישבת יפה אף עם העמדה הטוענת כי המתה אסורה בשל היחס של הפועל כלפי הקרבן. בכדי להבין זאת יש לקבוע ממה מורכבת

31 ראו: JEFF McMAHAN, THE ETHICS OF KILLING: PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE 240-242 (2002).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

אנושיותו של האדם. לדעתי, חלק נכבד מהאנושיות שבאדם מבוסס על האוטונומיה שלו לנהל חיים ללא פחד וחשש. האוטונומיה של האדם משקפת את כבודו ואת אנושיותו בכך שהיא מאפשרת לו לממש את חייו ולכתוב את תולדות חייו בעצמו. האנושיות של האדם וכבודו אינם מתבטאים לפי תפיסתי רק בכך שהוא אורגניזם חי, אלא בעיקר באופן שהוא חי ובמשמעות שהוא יכול לנסוך אל תוך חייו.

תפיסה זו יכולה גם להנהיר את ההבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות אף אם אנו שמים דגש רק על היחס שמפגין הפועל כלפי אנושיותו של האדם. בניגוד לאיסור על הנחה למות, האיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם, ובשל העובדה שהאוטונומיה של האדם מהווה חלק נכבד מכבודו ואנושיותו הרי שפעולת המתה מבטאת יחס משפיל יותר כלפי האדם באשר הוא (ולא רק כלפי הקרבן) מאשר הנחה למות, שכן המתה אינה מבטאת בוז רק כלפי הקרבן, היא מבטאת בוז גם כלפי הנורמה המבקשת לכונן את האוטונומיה של האדם ובכך גם בכבודו ואנושיותו.³²

4. טיעון תקיפת הרציונל המוסרי

א. הצגת הטיעון

בניגוד לשתי הגישות הקודמות, אשר ניסו להעלות טיעונים פוזיטיביים לטובת שלילת ההבחנה המוסרית, הרי שהגישה הנוכחית מנסה לשלול את ההבחנה המוסרית על ידי דחיית הרציונלים השונים שהועלו כדי להבחין בין המתה לבין הנחה למות.

אחד מן הרציונלים שיועלו בהרחבה להלן (פרק ב) כדי להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית הוא הרציונל הסיבתי. על פי רציונל זה, בין פעולת ההמתה לבין מות הקרבן מתקיים קשר סיבתי, ואילו בין הנחה למות לבין מות הקרבן לא מתקיים קשר סיבתי (או למצער הוא עקיף יותר). ובניסוח אחר, כאשר א' ממית את ב' הרי שהוא גרם לתוצאה. לעומת זאת, כאשר א' הניח לב' למות, הוא לא גרם לתוצאה (או שהגרימה שלו עקיפה יותר), הוא רק הניח לה לקרות. על פי רציונל זה, רמת האשמה של א' בפעולת ההמתה גדולה יותר ממקרה של הנחה למות, שכן הקשר שלו לתוצאה הדוק יותר.

האריס דוחה רציונל זה. על פיו, אין כל סיבה לטעון שלא קיים קשר סיבתי כאשר מדובר בהנחה למות. לפיו, אף עמידה במקום יכולה להיחשב מעשה ועל כן גם הנחה למות יכולה להיחשב לרצח. העמדה של האריס היא רדיקלית. לדעת האריס, אם Z ו- Y עומדים למות,

32 גם הגישה הקאנטיאנית מדגישה את הכרת הכבוד לחוק כהיבט משמעותי בפעולה מוסרית. לעניין זה ראו בין היתר: קאנט, לעיל הערה 26, בעמ' 33-36, 106-107. בהקשר הזה ניתן לטעון (ואינני טוען כמובן שקאנט עצמו טוען זאת באופן מפורש) שפעולת ההמתה אינה מבטאת בוז רק כלפי הקרבן אלא אף כלפי החוק שאמור לכונן את האוטונומיה של האדם. לעומת זאת, הנחה למות אינה מבטאת את הבוז כלפי החוק המכונן את האוטונומיה של האדם.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

אך יכולים להינצל בכך שרופא ימית את A וייקח ממנו את איבריו, הרי שאי-המתת A נחשבת להמתת Y ו-Z. אם יכולנו להציל את Y ו-Z ולא עשינו זאת, הרי שהמתנו את Y ו-Z ואין זה משנה אם לשם כך היינו צריכים להמית אדם חף מפשע אחר.

“Y and Z argue that if a doctor refuses to treat a patient, with the result that the patient dies, he has killed the patient as sure as shooting, and that, in exactly the same way, if the doctors refuse Y and Z the transplants that they need, then their refusal will kill Y and Z, again as sure as shooting.”³³

על פי האריס, היעדר הבדל בין גרימת נזק לבין הנחה לנזק לקרות בכלל ובין המתה להנחה לבין מות בפרט, נמצאת בבסיס החשיבה המאקסיסיטית. מארקס טען, כי האחריות המוסרית שלנו כחברה המאפשרת ניצול של עובדים זהה לאחריות המוסרית של האנשים שיצרו מצב זה מלכתחילה. על פיו איננו יכולים לטעון כי אנו לא אחראים לכך שפועלים מסוימים עובדים בתנאים מחפירים, שכן מתן אפשרות למצב כגון זה להימשך, זהה מבחינה מוסרית ליצירת מצב זה מלכתחילה.³⁴

האריס ממשיך כיוון זה ומספק לו תשתית תאורטית. על פיו כאמור, היעדר פעולה גופנית יכול להיחשב למעשה ועל כן הוא יכול לגרום לתוצאה.³⁵ בהקשר לכך, יוצא האריס, בין היתר, נגד עמדתם של הארט והונורה הקובעים כי מחדלים יכולים להיות הסיבה לנזק רק בכפוף לכך שהייתה לנו ציפייה מסוימת מהפועל שיפעל בצורה מסוימת והוא חרג מציפייה זו.³⁶ לפי הארט והונורה, כדי לדעת מהי הסיבה העיקרית לנזק יש לברר מהו הנורמלי והסביר בהתרחשות נתונה, ומי חרג מהנורמלי והסביר. הגורם שחרג מהנורמלי

33 ראו: האריס 1975, לעיל הערה 4, בעמ' 258.

34 ראו: האריס 1974, לעיל הערה 4, בעמ' 192-220.

35 בהקשר זה הוא מסכים עם בנתהאם שטען כי מחדל הוא “מעשה נגטיבי”. ראו: שם, בעמ' 198.

36 ראו: שם, בעמ' 198-209. האריס יוצא גם נגד עמדתו של אריק דארסי. דארסי טוען כי היעדר מעשה X יכול לגרום לתוצאה Y רק כאשר מעשה X יכול למנוע את Y וכן כאשר מצופה מהפועל או נדרש ממנו לעשות את מעשה X. לפי דארסי קיימת ציפייה מהפועל לעשות את X באחת משתי אפשרויות: (1) X הוא מעשה שהפועל עושה בדרך כלל, או שהציבור יבצע אותו בדרך כלל בסיטואציה הספציפית. (2) X הוא מעשה שנדרש מן הפועל לעשות כתוצאה מחובה מוסרית כללית או ספציפית. הטעם לכך שאנו דורשים שתהא חובה או ציפייה מוסרית קודמת כדי לטעון שהיעדר מעשה X הוא הסיבה ל-Y נובע מכך כי אם אין ציפייה או חובה מוקדמת מהפועל, כי אז אין קשר בין הפועל להיעדר מעשה X ואם אין לפועל כל קשר להיעדר מעשה X כי אז אין לו גם כל קשר לתוצאה Y. ראו, שם. למשל, כאשר אני רואה אדם שיכור שעומד לטבוע יש לי חובה מוסרית להציל אותו. אם אני לא ממלא אחר חובה מוסרית זו, כי אז נוכל לומר שאני גרמתי למוות של אדם זה. לו לא הייתה לי חובה מוסרית ראשונית, כי אז לא היו יכולים לייחס לי את תוצאת המוות. ראו, שם, בעמ' 199.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

והסביר אותו נראה כסיבה לנזק.³⁷ למשל, אם כתוצאה משנת בצורת מתו אנשים מרעב, או נוכל לראות בממשלה כגורם לנזק, אף שמדובר במחדל. הנימוק לכך נובע מן העובדה שהנורמלי והסביר הוא כי ממשלות דואגות לאזרחיהם ומכינות עצמן לתקופות מעין אלו. אם הממשלה לא הכינה את עצמה כיאות היא חרגה מהנורמלי והסביר ולפיכך היא הסיבה לנזק.³⁸

כפי שציינתי האריס חולק על עמדתם. לפי האריס, כאשר מדובר בתוצאה שהיא נזק, יכול להתקיים קשר סיבתי במחדל וזאת ללא כל קשר לציפייה שהייתה לנו מן הפועל וללא קשר לחובה קודמת שלו.³⁹ כלומר על פי האריס, היעדר מעשה X מהווה סיבה לתוצאה, אם הפועל יכולה היה לעשות את X ו-X היה מונע את התוצאה, וזאת ללא קשר לציפייה שיש מן הפועל.⁴⁰

הנקודה המרכזית של האריס היא כי לא העובדה שקיימת חובה פוזיטיבית לעזור לאדם היא שיוצאת את הקשר הסיבתי, אלא הקשר הסיבתי האובייקטיבי הוא שיוצר את החובה המוסרית לעזור לאדם. כמו כן, לא הציפייה שלנו מאדם מסוים לעשות פעולה X כדי למנוע נזק היא שהופכת את אי-פעולתו לבעלת קשר סיבתי לתוצאה, אלא העובדה שיש לו קשר סיבתי לתוצאה מסבירה לנו מדוע הייתה לנו צפייה ממנו.

"It would not be the death of him because we have the duty; it would be the death of him because we fail to save him. His death results from our failure, whether we have a duty to save him or not... It is not the existence of the duty that makes the death of the drunk a consequence of our failure"

37 לפי הארט היעדר מעשה שיכול היה למנוע נזק יכול להיחשב כסיבה לנזק כאשר מניעת הנזק הפכה בחברה "לטבע שני" ולפיכך לנורמה. H.L.A. HART AND A.M.HONORE, CAUSATION. IN THE LAW 34-35, 37 (1959). ארחיב על תאוריה זו במסגרת פרק ב.

38 ראו: האריס 1974, לעיל הערה 4, בעמ' 202-203.

39 שם, בעמ' 205.

40 האריס יוצא נגד השאלה שהארט והונורה שאלו כדי למצוא את הסיבה לבצורת: מדוע אנשים אלה סובלים כאשר בדרך כלל הם אינם סובלים בסיטואציה זוהי? השאלה לפי האריס צריכה להיות זו: מדוע אנשים אלה סובלים כאשר ניתן היה למנוע את הנזק? השאלה אינה צריכה להיות מה עשה את ההבדל, אלא מה יכול היה לעשות את ההבדל? שם, בעמ' 206. הוא מעלה כלפי הארט את השאלה הבאה: אם חברת תרופות פיתחה תרופה נגד סרטן, אך היא לא עושה דבר בכדי לגרום לכך שהתרופה תהיה זמינה לכולם. האם לא נוכל לומר כי היא הניחה לאנשים מסוימים למות למרות שלא היה כל נוהג בנוגע לפיתוח תרופות נגד סרטן? שם, בעמ' 203. כמו כן, יש לציין, כי גם לפי האריס לא כל היעדר תנועה גופנית היא הגורם לנזק. לפי האריס רק אם הפועל יכול היה לבצע מעשה שימנע את הנזק והוא לא עשה זאת הרי שהיעדר המעשה הוא הגורם לנזק. אך אם הפועל לא יכול היה למנוע את הנזק בשל העובדה שהוא לא היה מודע לנזק והוא לא יכול היה להיות מודע לנזק הרי שלא נוכל לומר כי היעדר התנועה הגופנית יש קשר סיבתי לנזק. ראו: שם, בעמ' 209.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

*to save him, rather it is the fact that unless we save him he will die that make it our duty to save him...*⁴¹

לאור האמור לעיל טוען האריס כי אם קיים קשר סיבתי בין המחדל לבין נזק, כי אז לא יכול להיות הבדל בין גרימת נזק על ידי מעשה לבין גרימת נזק על ידי מחדל. אם קיים איסור להמית אדם, הרי שאין הבדל בין המתה במעשה לבין המתה במחדל שכן בשני המקרים קיים קשר סיבתי לתוצאה.⁴²

ב. ביקורת

(1) הביקורת הראשונה גורסת, בניגוד להאריס, כי רק מעשה שהוא תנועה גופנית יכול לגרום לתוצאה ולא מחדל. וינראוב המתייחס בין היתר למאמרו של האריס טוען כי רק מעשה שהוא תנועה גופנית יכול ליצור שינוי בעולם ועל כן הוא גם יכול לגרום לתוצאה, לעומת זאת מחדל שאינו כרוך בתנועה גופנית, אינו יכול לגרום לשום שינוי בעולם ועל כן הוא אף לא יכול לגרום לתוצאה.

“Do omissions have consequences, in the sense that a person who omits to prevent a harm causes it? If no bodily movement is necessarily involved in omission, how is it possible for the omission to have effects in the concrete world? Perhaps the expression ‘consequences of omission’ has become current because of its formal similarity to the expression ‘consequences of action’. And perhaps its prevalence has something to do with the doctrine that regards omissions as actions of a special kind. But it is quite likely that the term ‘consequences’ does not have the same

41 שם, בעמ' 200. ההדגשות שלי.

42 שם, בעמ' 211. יש לציין, כי האריס אינו היחיד שתוקף את העמדה שהועלתה על ידי הארט. לפי אריק מק העמדה של הארט בעייתית שכן לכאורה, חובה פוזיטיבית, או ציפייה מאדם אינה יכולה לשנות קשר סיבתי מסוים. הקשר הסיבתי קיים ללא קשר לחובה זו או אחרת. ניתן לראות זאת באמצעות מקרה שבו א' רואה את ב' טובע בים ולא מציל אותו. לפי הארט, אנו נאמר כי אי-הצלת ב' מהווה קשר סיבתי בכפוף לכך שלא' קיימת חובה להציל את ב'. השאלה של מק היא כיצד החובה להציל, או הציפייה להציל משנה את הקשר הסיבתי? נניח כי לא' אין שום חובה להציל את ב' בזמן t. נניח שנוצרת חובה כזו על ידי כך שג' משלם לא' כסף על מנת שיציל את ב' לאחר t. נניח עוד כי ב' טובע בים לפני t וא' לא מציל אותו לא לפני t ולא לאחר t. לפי הארט לפני t אין קשר סיבתי ואילו לאחר t יש קשר סיבתי, שכן לפני t אין חובה ואילו לאחר t קיימת חובה וזה נראה אבסורד. ראו: Eric Mack, *Bad Samaritanism and the Causation of Harm*, 9 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 230, 238-239 (1980).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

meaning when attached to 'omission' as it has in 'consequences of action'".⁴³

יש לציין כי על פי וינראוב, אף במקרים שבהם מוטלת חובה על הפועל לבצע מעשה, כגון רופא וחולה, והפועל לא ביצע את המוטל עליו והקרבתן מת, אין זה נכון לומר כי מתקיים קשר סיבתי בין היעדר הפעולה לבין מות הקרבתן. במקרים אלה אנו נרשע את האדם לא בשל הקשר הסיבתי שבין המחדל לבין מוות אלא בשל אי-ביצוע החובה המוטלת עליו.⁴⁴ עמדה דומה המתייחסת להבחנה שעורך המשפט הפיליבי בין מעשה לבין מחדל מציג מור. בהמשך אציג ביתר הרחבה את התאוריה של מור במסגרת הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל.

(2) ביקורת שנייה כנגד עמדת האריס באה מכיוונו של מק. על פי האריס כאמור, אי-מעשה X מהווה סיבה לתוצאה אם הפועל יכול היה לעשות את X ו-X היה מונע את התוצאה. מק מבקר את האריס בכך שהיעדר מעשה לא מהווה סיבה לתוצאה, מכיוון שהתוצאה הייתה מתרחשת, אף אם הפועל לא היה קיים כלל. כלומר, כאשר הפועל המית את הקרבתן יהיה זה נכון לומר שמעשה ההמתה היה הסיבה למות הקרבתן שכן אם הפועל לא היה קיים הקרבתן לא היה מת. ומכאן, שמעשה ההמתה גרם לתוצאה. לעומת זאת, כאשר הפועל הניח לקרבתן למות הרי שהיעדר המעשה אינו יכול להיות הסיבה לתוצאה שכן אף אם הפועל כלל לא היה קיים הרי שהקרבתן עדיין היה מת ומכאן שהיעדר ההצלה לא גרם לדבר. מק מבהיר עמדה זו: נניח שמדובר במצב שבו הפועל לא יכול להציל את הקרבתן, הרי שאנו נאמר כי התנאים המספיקים למות הקרבתן היו למשל הים, הריחוק מהחוף והמערבולת. אם כך, מדוע כאשר מדובר במצב שבו הפועל כן יכול היה להציל את הקרבתן מתווסף לתנאים המספיקים תנאי נוסף של אי-הצלת הקרבתן על ידי הפועל. אם התנאים של הים והמערבולת מספיקים במקרה שהפועל אינו יכול להציל את הקרבתן, הרי שהם מספיקים גם כאשר הוא יכול להציל את הקרבתן, ועל כן היעדר ההצלה מצד הפועל אינו יכול להיות הסיבה לתוצאה.⁴⁵

לדעתי האריס יכול לענות על ביקורת זו. כאשר הפועל אינו יכול להציל את הקרבתן, עדיין אי-הצלת הקרבתן מהווה תנאי הכרחי לכך שהקרבתן ימות, אלא שבמקרה זה הפועל אינו אחראי מבחינה מוסרית לתוצאה זו, שכן כאמור הוא לא יכול היה להציל את הקרבתן. לעומת זאת, כאשר הפועל יכול היה להציל את הקרבתן הרי שעדיין מדובר בתנאי הכרחי אך כאן

43 ראו: Elazar Weinryb, *Omissions and Responsibility*, 30 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 1, 3 (1980).
Douglas N. להתייחסות לגישתו של וינראוב ראו: Husak, *Omissions, Causation and Liability*, 30 PHILOSOPHICAL QUARTERLY 318, 324 (1980).

44 ראו: וינראוב, בעמ' 10 וכן בעמ' 13-18.

45 ראו: מק, לעיל הערה 42, בעמ' 255.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

הפועל אחראי מבחינה מוסרית לתוצאה שכן הוא יכול היה למנוע את התוצאה ולא עשה זאת.

(3) אני סבור כי הביקורת העיקרית נגד האריס נשענת על הביקורת שהעליתי כנגד הטיעון של רייצ'לס לעיל. האריס בוחן את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות רק דרך רציונל הסיבתיות. ברם, ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות, איננה חייבת להישען על רציונל הסיבתיות. כפי שטענתי בקצרה לעיל ואטען בהרחבה להלן, אף אם נאמר כי אין הבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות, אין זה מוכיח כי הערכים שעומדים בבסיס האיסורים הללו הם זהים. כפי שטענתי, הערכים שעומדים בבסיס האיסור על המתה רחבים ומשמעותיים יותר מהערכים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות. ומכאן שיכולה להיות הבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות שאינה מתבססת על הבחנה סיבתית.

5. טיעון תקיפת ההגדרה הדסקריפטיבית

הגישה הרביעית מתייחסת לכותבים שהגדירו את המושגים המתה והנחה למות אך טענו כי נוכח הגדרה זו, לא קיים רציונל מוסרי להבחנה בין המתה לבין הנחה למות.

א. ניטרליות ההגדרה הדסקריפטיבית – הטיעון של בנט

(1) הצגת הטיעון

בנט הוא אולי המבקר המקורי ביותר של ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות המצוי בתוך קבוצה זו. לצורך הבנת עמדתו הוא בוחן מקרה שבו אישה יולדת תמות אלא אם כן יבוצע ניתוח אשר ירסק את ראשו של העובר. אם לא יבוצע הניתוח הנ"ל התינוק יוכל להיוולד על ידי ניתוח קיסרי שיבוצע באישה המתה.⁴⁶

מה המיילד צריך לעשות? האם עליו לרסק את ראשו של העובר ולהציל בכך את האישה, או להימנע מריסוק ראש העובר אך לתת לאישה למות? הטענה של בנט היא כי ההבחנה היחידה שניתן לערוך בין שני המקרים היא לומר שאם יבוצע הניתוח וירוסק ראש העובר, כי אז אנו ממייתם את העובר. לעומת זאת אם לא יבוצע כל ניתוח ונימנע מריסוק ראש העובר כי אז אנו רק מניחים לאישה למות אך לא ממייתים אותה.

השאלה היא מהי ההגדרה של המתה ומהי ההגדרה של הנחה למות והאם הבחנה זו יכולה להיות בסיס לשיפוט מוסרי כלשהו?

לפי בנט כאשר אנו אומרים כי X הרג את Y אנו טוענים את הדברים הבאים⁴⁷:

46 ראו: בנט 1966, לעיל הערה 5, בעמ' 167.

47 ראו: שם, בעמ' 180-182. במקום אחר בנט נוקט מבחינה מילולית בהבחנה שונה. ההבחנה שהוא נוקט בה היא בין התנהגות פוזיטיבית לבין התנהגות נגטיבית. ראו: Jonathan Bennett,

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

- (1) X הזיז את גופו.
- (2) Y מת.
- (3) מבין כל אפשרויות התזווה אשר נתונות ל-X רק מספר תזוזות מעטות היו גורמות למות Y. מרבית התנועות אשר היו נתונות ל-X לא היו גורמות למות Y. כאשר אנו אומרים כי X הניח ל-Y למות אנו טוענים את הדבר הבא:
 - (1) X הזיז את גופו.
 - (2) Y מת.
 - (3) מבין כל אפשרויות התזווה אשר היו נתונות ל-X מרבית התזוזות היו גורמות למות Y. רק מקצת התנועות אשר היו נתונות ל-X לא היו גורמות למות Y. ניתן לראות אפוא כי ההבדל היחיד בין המתה לבין הנחה למות הוא בתנאי השלישי. כלומר, בכמות הפעולות אשר היו גורמות למות Y. בנט טוען כי אם זהו ההבדל היחיד בין שני מושגים אלו, הרי שהבדל זה אינו יכול להיות בסיס לשיפוט מוסרי כלשהו, ומכאן עולה אפוא כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אינה יכולה להיות משמעותית מבחינה מוסרית.

“This, then, is the conservative’s residual basis for a moral discrimination between operating and not-operating. Operating would be killing: if the obstetrician makes movements which constitute operating, then the child will die; and there are very few other movements he could make which would also involve the child’s dying. Not-operating would only be letting die; if throughout the time when he could be operating the obstetrician makes movements which constitute not-operating, then the woman will die; but in a vast majority of alternative movements he could make during that time would equally involve the woman’s dying. *I do not see how anyone doing his own moral thinking about the matter could find the least shred of moral significance in this difference between operating and not-operating*”⁴⁸

בנט טוען, כי לו יבוא אדם ויאמר כי א' המית את ב' בדרך היחידה האפשרית ולאחר מכן יבוא ויאמר כי א' המית את ב' באחת מבין שתי דרכי הפעולה האפשריות שהיו נתונות בידיו

Negation and Abstinence: Two Theories of Allowing, in KILLING AND LETTING DIE 230, 232 (Bonnie Steinbock and alastair norcross ed., 1994). וכן: בנט 1995, לעיל הערה 5, בעמ' 67, 88. לשם הנוחות אגדיר את המקרים הנופלים לגדר התנהגות פוזיטיבית כהמתה ואילו את המקרים הנופלים להתנהגות נגטיבית כהנחה למות.
48 ראו: בנט 1966, לעיל הערה 5, בעמ' 182. ההדגשות שלי.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

ולאחר מכן יוסיף לכך עוד דרך אחת וכן הלאה, הרי שיש לנו כאן מעבר בין המתה לבין הנחה למות ולמעבר זה אין משמעות מוסרית. ההבדל הוא למעשה בין א' שהמית את ב' באחת מבין N אפשרויות שהיו נתונות בידי לבין א' שהמית את ב' באחת מבין N+1 אפשרויות שהיו נתונות בידי.⁴⁹

לצורך הבהרת עמדתו בנט מעלה שלוש דוגמאות:⁵⁰

(1) "דחיפה" – א' דוחף את ב' הרוכב על אופנוע. דחיפה זו גורמת לרוכב להתרסק ולמות.

(2) "עצירה" – ב' רוכב על אופנוע ועלול להתרסק אלא אם כן א' יניח סלע שימנע זאת. א' לא מניח את הסלע וב' מתרסק ומת.

(3) "הסטה" – ב' רוכב על אופנוע לכיוון מקום שבו נמצא סלע שיעצור אותו. א' מסיט את הסלע וב' מתרסק ומת.

על פי בנט ב"דחיפה" רק מקצת מן הפעולות הנתונות לא' היו מובילות לתוצאה של מות ב' ועל כן פעולתו של א' מסווגת כהמתה.

ב"עצירה" – מרבית הפעולות הנתונות לא' היו גורמות להתרסקותו של ב' ועל כן התנהגות זו מסווגת כהנחה למות.

ולבסוף ב"הסטה" – רק מקצת מן הפעולות הנתונות לא' היו מובילות להתרסקותו של ב' ועל כן פעולתו מסווגת כהמתה, בדומה למקרה "דחיפה".

כפי שציינתי לעיל, על פי בנט, אם ההבדל בין המתה לבין הנחה למות נשען על כמות הפעולות שהיו מובילות לתוצאת המוות, הרי שהבדל זה אינו יכול להיות בעל משמעות מוסרית.

(2) ביקורת

הביקורת כלפי בנט הופנתה לשני מרכיבים בתאוריה שלו. הביקורת הראשונה הופנתה למרכיב ההגדרה בתאוריה שלו. על פי ביקורת זו, ההגדרה שניתנה על ידי למושגים המתה והנחה למות אינה נכונה. הביקורת השנייה טענה, כי יש רציונל מוסרי שעומד בבסיס ההגדרה שניתנה על ידי בנט, זאת בניגוד לבנט אשר טען כי להבחנה לא יכולה להיות משמעות מוסרית.

(א) הביקורת על ההגדרה – הטכניקה של בנט לדחיית ההבחנה המוסרית היא לקבוע מהי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות ולהראות כי לא יכול להיות רציונל מוסרי להבחנה

49 שם, בעמ' 183. לפי בנט נובע, כי אם אני רואה אדם העומד לטבוע בים, ואני מטביע אותו, הרי שרק הנחתי לו למות, שכן מרבית הפעולות שהיו נתונות בידי היו מובילות לכך שהוא היה מת בכל מקרה. אף אם לא הייתי עושה כלום הוא היה מת. זה נראה אבסורד. ראו: דינלו, לעיל הערה 17, בעמ' 193-194.

50 ראו, בנט 1995, לעיל הערה 5, בעמ' 67.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

זו. מקמהן טוען⁵¹ כי ההגדרה של בנט להמתה ולהנחה למות אינה נכונה ולפיכך התאוריה שלו להיעדר הבחנה מוסרית – קורסת. מקמהן מתייחס, בין היתר, למקרה הבא: "ביטול" – קיים כפר באפריקה המצוי בסכנת רעב. פקיד הבנק של הפועל (agent) סבר שהוא מעוניין לשלוח המחאה על סכום מסוים בכדי לעזור לכפר זה. הפועל שומע על כך ומודיע לפקיד על ביטול המחאה.⁵²

על פי בנט, מקרה זה יסווג כהמתה שכן רק מקצת מן הפעולות הנתונות לפועל יובילו לתוצאה של מות האנשים המצויים בכפר.⁵³ לעומת זאת, מקמהן טוען, כי מדובר כאן בהנחה למות. מקמהן מציין, כי הבעיה המרכזית של בנט היא בכך שהוא מתייחס רק לפעולה הנעשית בנקודת זמן ספציפית והוא אינו מתייחס למרכיבים מן העבר, שהם בעלי משמעות. במקרה של "ביטול" מדובר על משאבים השייכים לפועל (הכסף שייך לו), ואם משאבים אלה היו מגיעים לכפר הרי שהיינו טוענים שהפועל הציל אנשים אלו. במקרה זה, הפועל פשוט החליט שלא להמשיך בתהליך ההצלה. כלומר הוא לא מנע את המוות של אנשי הכפר אך לא ניתן לומר שהוא המית אותם. במצב זה יש כאן חזרה למצב ההתחלתי שמשמעותו, אי-ביצוע פעולת ההצלה מלכתחילה. לעומת זאת אם הפועל היה עוצר פעולת הצלה שהייתה מתבצעת על ידי צד ג' כי אז מקרה זה יכול היה להיות מסווג כהמתה, שכן לא מדובר בהפסקת הצלה של הפועל עצמו.⁵⁴

מקמהן מתייחס גם למקרה "הסטה" שצוין לעיל. על פי מקמהן אם הפועל הוא שהניח את הסלע כדי לעצור את רוכב האופנוע מלהתרסק אך לאחר מכן הוא התחרט והסיר את הסלע (מקמהן מכנה מקרה זה *interpose & kick*) הרי שהוא הניח לרוכב למות ולא המית אותו. אף כאן, ובניגוד לתוצאה אליה הגיע בנט, המשמעות היא הפסקת פעולת הצלה ולא המתה.⁵⁵

51. Jeff MaMahan, *A Challenge to Common Sense Morality*, 108 ETHICS 394 (1998).
לביקורת ברוח דומה ראו: דינלו, לעיל הערה 17, בעמ' 196-192.
52. ראו: מקמן, שם, בעמ' 400.
53. ראו: בנט 1995, לעיל הערה 5, בעמ' 103.
54. ראו: מקמהן, לעיל הערה 51, בעמ' 401.
55. ראו: שם, בעמ' 402-403. מקמהן מעלה מקרים נוספים המוכיחים כי החלוקה של בנט אינה נכונה. למשל, נניח שמדובר היה במצב שבו הפועל עצמו יושב במסלולו של רוכב האופנוע. אם הרוכב ימשיך בדרכו הוא יתקל בפועל וינצל. האפשרות היחידה שלפיה הרוכב לא יתקל בו היא לקפוץ לצד שמאל. במקרה זה אם הפועל קופץ לצד שמאל, לפי בנט הוא המית את הרוכב שכן מבין מגוון הפעולות הנתונות בידי, רק פעולה אחת הייתה גורמת למות הקרבן. לעומת זאת מקמהן טוען כי במקרה זה, נראה ברור שמדובר במצב שבו הפועל הניח לקרבן למות. מדובר כאן במצב שבו הפועל לא הציל את הקרבן ולא מדובר כאן במצב שהוא המית אותו. ראו: שם בעמ' 404. ראו שם גם מגוון מקרים נוספים שמקמהן מציג.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

כיוון שהמקרים הללו מוכיחים כי החלוקה של בנט בין המתה לבין הנחה למות אינה נכונה הרי שהטיעון שלו קורס.⁵⁶

(ב) הביקורת על היעדר הרציונל – בנט אמנם טען שההבדל בהגדרה של המתה והנחה למות אינו יכול להיות מושגת על רציונל מוסרי כלשהו, אך יש שחלקו על כך.⁵⁷ יש שהצביעו על כך כי החלוקה של בנט מורה באופן עקרוני על רציונל סיבתי המספק תשתית מוסרית להבחנה בין המתה לבין הנחה למות. העובדה שמתוך סך הפעולות הנתונות לפועל רק מקצת מן הפעולות היו מובילות למוות של הקרבן מצביעה על קשר סיבתי ישיר בין מעשה הפועל לבין מות הקרבן. לעומת זאת, העובדה שמתוך סך הפעולות הנתונות לפועל מרבית מן הפעולות היו מובילות למות הקרבן מצביעה על כך שהקשר הסיבתי בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן הוא עקיף יותר.

וכך מציינות קדרי וטרנס במאמרם המתייחס להבחנה בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות:

“This leads Bennett to conclude ultimately that the Dif makes no real moral difference. This seems to us very wrong. Bennett’s account works, when it works, because his criterion measures the extent to which the way someone moves his body influences, in Lewis’s sense, whether an outcome occurs. What is really being measured is whether the agent’s body movements cause the outcome. Thus the bystander’s failure to throw the switch is a cause of the cub scouts’ death. She fails to throw the switch by standing perfectly still; the fact that she could have moved in many other ways without preventing their death is relevant because it means that the way she actually moves her body is not a cause of the scouts’ death. In turn, it seems to us that whether or not someone’s body movements cause an outcome is *obviously* relevant to the moral status of her conduct”.⁵⁸

כלומר על אף העובדה שבנט טען כי אין ולא יכול להיות רציונל מוסרי העומד בתשתית ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות (לפי ההגדרה של בנט), הרי שייתכן כי עומד רציונל המסביר חלוקה זו, רציונל המבוסס על סיבתיות.

56 ראו: שם, בעמ' 408.

57 ראו למשל: Kadri Vihvelin & Terrance Tomkow, *The Dif*, 102 THE JOURNAL OF PHILOSOPHY 183 (2005). כמו כן ראו TONY HONORE', RESPONSIBILITY AND FAULT 52 (1999).

58 ראו: קדרי וטרנס, שם, בעמ' 190-191. קדרי וטרנס מכנות את ההבחנה בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות (The Dif).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

ב. סתירת האינטואיציה המוסרית – הטיעון של קגן

(1) הצגת הטיעון

גם קגן מבקר את ההבחנה המוסרית, בין היתר באמצעות תקיפת ההגדרה הדסקריפטיבית על ידי כך שהוא מראה שההגדרה הדסקריפטיבית ההגיונית להמתה והנחה למות אינה עולה בקנה אחד עם האינטואיציות המוסריות שלנו. כלומר, כמו בנט הוא תוקף את ההבחנה המוסרית דרך ההגדרה הדסקריפטיבית, אך הוא עושה זאת באופן שונה מבנט. קגן מעלה את האפשרות כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות (או באופן כללי בין גרימת נזק לבין הנחה לנזק לקרות) נשענת על מושג ההתערבות בחייו של הקרבן. כאשר ראובן ממית את שמעון הרי ששמעון מת כתוצאה מהתערבות ראובן במהלך העניינים הרגיל. לעומת זאת, כאשר ראובן מניח לשמעון למות הרי ששמעון מת כתוצאה מהיעדר התערבות במהלך העניינים הרגיל. קגן מדגיש כי מושג ההתערבות אינו קשור בהכרח למושג הסיבתיות.⁵⁹ כלומר, ייתכן שהן במקרה של המתה, הן במקרה של הנחה למות, מתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן אלא שההבדל נעוץ באופן שבו הקרבן מת. במקרה של המתה כאמור הקרבן מת כתוצאה מהתערבות של הפועל, ואילו במקרה של הנחה למות הקרבן מת כתוצאה מהיעדר התערבות של הפועל.

“Intuitively, the idea is this: often agents step into the causal flow in such a manner as to alter the outcome of processes which were already under way. This is in contrast to cases where the agent simply lets the on-going process continue. In the former case, but not the latter, the agent can be said to *interfere*: he makes a difference in a way that he does not when he merely refrains from altering the causal flow.”⁶⁰

על פי קגן, החשיבות המוסרית של רעיון ההתערבות נעוצה בהגיון הבא: כאשר הקרבן מת כתוצאה מהתערבות הפועל, הרי שהפועל הפך את מצבו של הקרבן לרע יותר, שכן אם הוא לא היה מתערב מצבו של הקרבן היה טוב יותר, ואילו כאשר הפועל לא התערב במהלך העניינים הרגיל אלא רק הניח לקרבן למות הרי שהפועל לא הפך את מצב הקרבן לרע יותר. אף אם הפועל כלל לא היה קיים, הרי שהקרבן עדיין היה מת.⁶¹

59 ראו: קגן, לעיל הערה 5, בעמ' 92-94.

60 שם, בעמ' 94.

61 שם. קגן טוען בתחילה כי הדרך להבחין מתי הפועל התערב ומתי הוא לא התערב, יכולה להיעשות על ידי השאלה הבאה: מה היה קורה לו הפועל לא היה קיים. אם הקרבן לא היה מת, כי אז ברור שהפועל התערב במצב הקרבן. לעומת זאת, אם הקרבן עדיין היה מת כי אז הפועל לא התערב במצב הקרבן שכן דבר לא השתנה בכך שהפועל קיים. אך קגן דוחה דרך זו. הוא טוען שאם זה היה המבחן הרי שהוא לא מספק את התשובה הנכונה במקרים מסוימים. למשל

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

אולם קגן מטיל ספק באפשרות להבחין בין המתה לבין הנחה למות מבחינה דסקריפטיבית באמצעות מושג ההתערבות. לצורך כך הוא מתייחס, בין היתר, לארבעה מקרים אפשריים הקשורים להסרת מגן:⁶² "עבדול 1" – אוכל נשלח לאנשים רעבים אך עבדול גונב אוכל זה, וכתוצאה מכך האנשים הרעבים מתו. "עבדול 2" – נשלחה המחאה לאנשים הרעבים כדי שיוכלו באמצעותה לקנות אוכל. עבדול גונב את ההמחאה, וכתוצאה מכך אנשים אלו מתו. "עבדול 3" – עבדול עצמו שולח את ההמחאה, אך הוא מתחרט. לאחר משלוח ההמחאה הוא מבטל אותה. "עבדול 4" – עבדול כותב המחאה, אך לפני שהוא שולח אותה הוא מתחרט וקורע אותה.

קגן טוען כי בכל המקרים הללו עבדול עושה מעשה אשר מונע מן העזרה מלהגיע למקומה. בכל המקרים הללו הוא מתערב במהלך העניינים הרגיל וגורם בכך למותם של האנשים – אם הוא לא היה מתערב הם לא היו מתים. אם ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות מבוססת על מושג ההתערבות כי אז כל המקרים הללו צריכים להיות מסווגים כהמתה (או כגרימת נזק) ולפיכך הם אמורים להיות אסורים. עם זאת, נראה כי מי שמסכים להבחנה בין המתה לבין הנחה למות, יטען כי "עבדול 3" ו"עבדול 4" אינם חמורים מבחינה מוסרית שכן מדובר בהנחה למות, ממש כשם שהיעדר הצלה כלל (ללא כל פעולה מצד הפועל) אינו חמור מבחינה מוסרית (ולמצער אינו חמור כמו המתה). ומשכך, ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות המבוססת על רעיון ההתערבות אינה נכונה. במילים אחרות, לדעת קגן הדרך היחידה להבחין מבחינה דסקריפטיבית בין המתה לבין הנחה למות היא באמצעות מושג ההתערבות. אולם, הישענות על מושג ההתערבות תגרור איסורים במקומות שבהם אלה הטוענים להבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות יהיו מעוניינים להתיר, ומכאן שההבחנה עצמה אינה נכונה.

המקרים הבאים: "מלך" – מלך יורה בבנו הבכור על מנת שכנו השני יירש אותו. את מקרה "מלך" אנו נסווג ללא ספק כהמתה. עם זאת, לפי מבחן ההתערבות, אם המלך לא היה קיים כי אז הבן הבכור לא היה קיים, ואם כן, הירי בבן הבכור לא הפך את מצבו של הבן לגרוע יותר. ניתן להמשיך את סיפור המקרה באופן הבא: "מלך 1" – לאחר שהמלך ירה בבנו הבכור ירש בנו השני את הכתר. בנו השלישי של המלך מבקש את עזרתו של אחיו (הבן השני של המלך) שיצילו מרעב והאח (בנו השני של המלך) אינו עוזר לו. בשל כך הבן השלישי מת. את מקרה "מלך 1" אנו מסווגים בדרך כלל כהנחה למות ולא כהמתה. עם זאת, לפי מבחן ההתערבות, אם האח השני לא היה קיים כי אז הבן השלישי לא היה מת מרעב שכן הוא היה יורש את המלך. ראו שם, בעמ' 96.

62 ראו: שם, בעמ' 106-107.

(2) הביקורת

אף אם נסכים לכך שההבחנה מבוססת על מושג ההתערבות בחייו של הפועל, עדיין ניתן לחלוק על קגן בנוגע לסיווג המקרים שהועלו לעיל. ניתן לטעון, כי מקרים "עבדול 3" ו"עבדול 4" מסווגים כהנחה למות ולא כהמתה. כפי שציניתי לעיל בביקורת על בנט, על פי מקמהן יש משמעות למרכיבים מן העבר. יש להתחשב בהיסטוריה של המקרה על מנת לדעת כיצד לסווג אותו. בשני המקרים הללו, הקרבן היה תחת איום שלא נוצר על ידי הפועל. במקרים אלה הפועל התחיל להעניק עזרה אך הפסיק לפני שהעזרה הצילה את הקרבן. במצב כזה, הגיוני יותר לסווג את המקרה כהיעדר התערבות ולא כהתערבות. כלומר, קגן טען שההבחנה אינה נכונה מבחינה מוסרית כיוון שהוא סיווג מקרים מסוימים כהמתה ולפיכך הם אמורים להיות אסורים. אולם, אם הסיווג של קגן אינו הכרחי (או אינו נכון) כי אז גם הביקורת של קגן אינה הכרחית.

וכך כותב מקמהן בהתייחסו למקרים אלה:

"This, however, would be a mistake. Intuitively, the agent in each of these...cases (i.e., ...Abdul 3, and Abdul 4) seems merely to let the villagers die. In each case there is an antecedent threat to the victims the existence of which is independent of any action by the agent. The agent then initiates a process that, if continued, would eventually block or eliminate the threat. But before this process intervenes to eliminate the threat, the agent acts to abort it. Intuitively we regard this as an instance of allowing a preexisting lethal threat to continue—that is, as an instance of letting die."⁶³

6. סיכום

לסיכום, הצגתי בפרק זה עמדות סקפטיות שונות הגורסות כי לא קיימת כל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. מגוון העמדות הספקטיות שהוצגו מצביע לדעתי על כך כי מדובר בגישה משמעותית מאוד בפילוסופיה של המוסר, וכי יש לתת את הדעת עליה. יש לציין, כי עמדות סקפטיות אלו מערערות, לכאורה, על ההבחנה החדה שעורך המשפט הפלילי בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט, ולמצער הן מערערות את הבסיס המוסרי של הבחנה זו. עם זאת, עמדות אלו אינן חפות מביקורות ומקשיים ובמסגרת הצגת העמדות הסקפטיות ציינתי את הביקורות השונות שניתן להעלות כלפיהן. בפרק הבא אציג את הגישות הסבורות כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות נשענת על רציונל מוסרי.

63 ראו: Jeff McMahan, *Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid*, in *KILLING AND LETTING DIE* 383, 394 (Bonnie Steibock and Alastair Norcross ed, 1994).

שער ראשון

ההבחנות בין מעשה לבין
מחדל – קיומן וסיווגן

פרק א

התאוריה הסקפטית המשווה

1. מבוא

בפרק זה אדון בתאוריה הסקפטית הגורסת כי לא קיימת כלל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות (הגישה התומכת בשלילת ההבחנה המוסרית ידועה בכינוי *The Equivalence Thesis*). לצורך ספר זה אכנה גישה זו התאוריה הסקפטית או העמדות הסקפטיות, לפי העניין). לפי תאוריה זו, כאשר כל התנאים שווים – הכוונות, המניעים, התוצאה, ההוצאות למניעת המוות – אין הבדל בין ראובן שהטביע את שמעון לבין ראובן שלא הציל את שמעון מטיביעה. יש לציין כי אין מדובר בתאוריה שולית כלל אלא בתאוריה מרכזית הנדונה רבות בפילוסופיה של המוסר.¹

כפי שצינתי לעיל, קבלת התאוריה הסקפטית תחייב שינוי רדיקלי במחשבה המוסרית ובסגנון החיים שלנו. לפי תאוריה זו, החובה לתת עזרה לאדם המצוי בסכנה שקולה לחובה שלא להרגו, ומכאן עולה לכאורה כי אסור לאדם להשתמש בסכום כסף לצורך הנאות כאלה ואחרות, אם באמצעות סכום זה יכול היה להציל אנשים המצויים בסכנה. כמו כן, קבלת תאוריה זו אמורה לגרום לשינוי בגישה להמתות חסד. רבים סבורים כי במקרה של חולה הנוטה למות, מותר לרופא להניח לחולה למות ולא להעניק לו תרופות שיאריכו את חייו, על מנת להפסיק את סבלו. מנגד, הם סבורים, כי אסור לרופא להמית את החולה באופן אקטיבי אף אם המטרה היא הפסקת סבלו של החולה. אולם, אם אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, הרי שלא אמורה להיות הבחנה בין המתת חסד אקטיבית לבין המתה פסיבית, ואם המתה פסיבית מותרת כך גם המתת חסד אקטיבית.

יש לציין כי העמדות הסקפטיות שתקפו את ההבחנה המוסרית אינן עשויות מקשה אחת. בפרק זה אציג את ההבחנות ביניהן ואת המתודולוגיה שבה הן נקטו כדי לערער את ההבחנה המוסרית.

ניתן לחלק את העמדות הללו לארבע קבוצות עיקריות:

1 טרמל, למשל, שאינו מסכים לגישה הסקפטית מציין: "It seems to be widely doubted by philosophers today whether any intrinsically relevant moral distinction can be drawn between taking a life and failing to save a life" Richard L. Trammell, *The Presumption Against Taking Life*, 3 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 53 (1978).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

העמדה הראשונה מתמקדת בערעור ההבחנה המוסרית בעיקר על ידי העלאת שתי דוגמאות המצביעות על היעדר הבדל בין המתה לבין הנחה למות. על פי עמדה זו, אם נחשוב על שני מקרים הזוהים בכל מרכיביהם למעט העובדה שמקרה אחד כרוך בהמתה והמקרה השני בהנחה למות, הרי שנוכל להיווכח כי לא קיימת כל הבחנה מוסרית בין המקרים. המסקנה הנובעת מכך לדעת האוחזים בעמדה זו היא, כי אף ביתר המקרים (המשווים בכל יתר המרכיבים) לא קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות.²

העמדה השנייה מתמקדת בערעור ההבחנה המוסרית על ידי ניתוח הנימוקים שעומדים בבסיס האיסורים כנגד המתה והנחה למות. על פי עמדה זו, אם שני איסורים נשענים על נימוקים זהים, הרי שלא יכולה להיות הבחנה מבחינה מוסרית בין שני האיסורים. לכן, היות שהאיסורים על המתה ועל הנחה למות נשענים על נימוקים זהים, הרי שאין כל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.³

העמדה השלישית מתמקדת בתקיפת הרציונלים השונים שהועלו כדי לבסס את ההבחנה המוסרית. למשל, אחד מן הרציונלים שהועלו כדי לבסס את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות הוא רציונל הסיבתיות. על פי רציונל זה המתה חמורה מהנחה למות, שכן בין פעולת ההמתה לבין מות הקרבן מתקיים קשר סיבתי ואילו בין ההתנהגות של הנחה למות לבין מות הקרבן לא מתקיים קשר סיבתי בשל סיבות כאלה ואחרות (וארון בגישות אלה, בהרחבה, בפרק ב להלן). עמדה זו תטען, כי אף בין המתה להנחה למות מתקיים קשר סיבתי ולפיכך לא קיים הבדל בין המתה לבין הנחה למות.⁴

2 ראו, בין היתר: James Rachels, *Active and Passive Euthanasia*, in KILLING AND LETTING DIE 112 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) (להלן – רייצ'לס); James Rachels, *Killing and Starving to Death*, 54 PHILOSOPHY 159 (1979); (1975) James Rachels, *Reasoning About Killing and Letting die*, 19 THE SOUTHERN JOURNAL OF PHILOSOPHY 465 (1981); Roy W. Perrett, *Killing, Letting Die and the Bare Difference Argument*, 10 BIOETHICS 131 (1996); Michael Tooley, *An Irrelevant Consideration: Killing Versus Letting Die*, in KILLING AND LETTING DIE 103 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994); Michael Tooley, *Abortion and Infanticide*, 2 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 37 (1972); Judith Lichtenberg, *The Moral Equivalence of Action and Omission*, in KILLING AND LETTING DIE 210 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994).

3 ראו: רייצ'לס 1979, שם.

4 ראו: John Harris, *The Survival Lottery*, in KILLING AND LETTING DIE 257 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) (להלן – האריס); John Harris, *The Marxist Conception of Violence*, 3 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 192 (1974) (להלן – האריס); John Harris, *Bad Samaritan Cause Harm*, 32 PHILOSOPHICAL QUARTERLY 60 (1982).

פרק א: התאוריה הסקפטית המשוויה

העמדה הרביעית התמקדה בהגדרה של המתה ושל הנחה למות ודרך זו תקפה את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות (ואבהיר עמדה זו בהמשך).⁵ לאחר הצגת כל עמדה אציג את הביקורות המופנות כלפיה.

2. טיעון השוואת מקרים

א. הצגת הטיעון

העמדה הראשונה השוללת קיום הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות מתמקדת בהצגת שני מקרים המשווים בכל התנאים למעט העובדה כי מקרה אחד מסווג כהמתה ואילו המקרה השני מסווג כהנחה למות. במאמר המתייחס להמתות חסד השתמש ג'יימס רייצ'לס, בין היתר, במתודה זו על מנת להוכיח כי לא קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. להלן שני המקרים שהובאו על ידיו:⁶

ירושה 1: סמית' אמור לרשת ירושה גדולה אם האחייך שלו בן השש ימות. לכן, סמית' מתכנן להורגו. הוא נכנס לחדר האמבטיה של האחייך ומטביעו.

ירושה 2: המקרה זהה למקרה ירושה 1 למעט העובדה, כי כאן מדובר בג'ון המבחיין באחיינו שהחליק באמבטיה והוא בוחר שלא להצילו. כתוצאה מכך האחייך מת.

ב"ירושה 1", סמית' המית את האחייך ואילו ב"ירושה 2", ג'ון רק הניח לאחייך למות. כל שאר התנאים שווים. כלומר, המניעים של סמית' וג'ון זהים שכן הם מעוניינים לזכות בירושה, הכוונות להמית את האחייך זהות, אף המאמצים למנוע את המוות זהים וכן התוצאה זהה שכן בשני המקרים האחייך מת. רייצ'לס טוען כי על אף העובדה ש"ירושה 1" עוסקת בהמתה ואילו "ירושה 2" עוסקת בהנחה למות, עדיין אין הבחנה מוסרית בין המקרים. מקרים אלה מוכיחים לדעת רייצ'לס כי כאשר כל שאר התנאים שווים וההבדל היחיד בין המקרים טמון בכך שמקרה אחד מסווג כהמתה ואילו המקרה השני מסווג כהנחה למות, כי אז אין כל הבדל מבחינה מוסרית בין המקרים.⁷

יש לציין, כי הטענה של רייצ'לס להיעדר הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות אינה מתמצה רק במקרים שבהם הכוונה היא להמית אדם כפי שעולה מהמקרים שנכתבו לעיל. לפי דעתו לא קיימת הבחנה מוסרית אף כאשר אנו אדישים למותו של האחר. לכן לפי, לא קיימת הבחנה מוסרית בין משלוח רעל למדינות העולם השלישי לבין העובדה כי

5 ראו: Jonathan Bennett, *The Act Itself* 88-96 (1995) (להלן – בנט 1995); Jonathan Bennett, *Whatever the Consequences*, in *KILLING AND LETTING DIE* 167 (Bonnie Shelly Kagan, ed., 1994) (להלן – בנט 1966); Steinbock and Alastair Norcross ed., *LIMITS OF MORALITY* 83-127 (1991).

6 ראו, רייצ'לס 1975, לעיל הערה 2, בעמ' 115.

7 ראו, שם, בעמ' 116.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

איננו מצילים מדינות אלו מרעב.⁸ כמו כן, בהתייחס למקרים שהועלו על ידי טרמל (ואשר יובאו להלן) טוען רייצ'לס, כי אין הבדל בין מקרה שבו א' ממית את ב' כדי לשמור לעצמו סכום כסף, לבין מקרה שבו א' לא מציל את ב' כדי לשמור לעצמו סכום זהה.⁹ רייצ'לס טוען כי למרבית האנשים קשה לקבל את התפיסה השוללת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות שכן לטענתו הם אינם עורכים הבחנה חדה בין השאלה האם המתה כשלעצמה חמורה מהנחה למות לבין השאלה האם מבחינה אמפירית רוב המקרים המסווגים כהמתה חמורים מרוב המקרים המסווגים כהנחה למות. הוא מציין כי ברוב מקרי ההמתה, הכוונה של הפועל היא רעה והמניע הוא זדוני ואילו ברוב המקרים המסווגים כהנחה למות הכוונה של הפועל אינה רעה, אלא הוא לכל היותר אדיש לתוצאה. ואף יותר מכך, במקרים רבים הפועל היה מעוניין להציל את הקרבן אך הצלתו כרוכה בהוצאות גבוהות.¹⁰ למשל, במקרים רבים ראובן אינו מציל את שמעון מטביעה לא בשל העובדה שהוא מעוניין במותו אלא מכיוון שהצלתו כרוכה בסכנה מסוימת או מכיוון שאין לו עניין בהצלתו. לעומת זאת, אם מתרחש מקרה שבו ראובן מטביע את שמעון, הרי שבמרבית המקרים פעולה זו נעשית מתוך כוונה רעה ולא מתוך אדישות להתרחשות התוצאה. עם זאת, רייצ'לס טוען, כי הבדלים אלה אינם מצביעים על כך כי המתה כשלעצמה חמורה מהנחה למות, אלא לכל היותר כי מרכיבים אחרים משפיעים על החומרה המוסרית של המעשה, כגון, הכוונות או המניעים של הפועל. ומכאן טוען כאמור רייצ'לס, כי כאשר המניעים, הכוונות והתוצאות שווים כי אז לא אמור להיות כל הבדל מוסרי בין המקרים.¹¹

8 ראו, רייצ'לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ' 159. בהקשר לאי מתן תרומה לרעבים טוען רייצ'לס: "I shall argue that we are wrong to take comfort in the fact that we 'only' let these people die, because our duty not to let them die is equally as strong as our duty not to kill them, which, of course, is very strong indeed". ראו: שם.

9 שם, בעמ' 169-170.

10 ראו: רייצ'לס 1975, לעיל הערה 2, בעמ' 117.

11 לאור טיעונו זה טוען רייצ'לס כי אין כל הבחנה מוסרית בין המתת חסד אקטיבית לבין המתת חסד פסיבית. אם קיים מצב שבו סובל החולה מכאבים עזים והרופא מגיע למסקנה כי זהו מצב שבו מותר להניח לחולה למות, כי אז במקרה זה טוען רייצ'לס כי אין כל סיבה שלא להתיר להמית את החולה באופן אקטיבי. עמדה זו מבוססת כאמור על כך כי אין הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. יש לציין, כי במקרה זה טיעונו של רייצ'לס משכנע, שכן כאן מדובר במצב שבו הגיע הרופא למסקנה כי מותר להניח לחולה למות. ואם כן נוכל לומר באופן נייטרלי כי המוות במקרה זה הוא "טוב". ואם המוות במקרה זה הוא "טוב" מדוע לא להביא את הטוב בדרך המהירה יותר, קרי, על ידי המתת חסד אקטיבית. במילים אחרות, אם אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כי אז ניתן להגיע למסקנה שאין הבדל בין המתת חסד אקטיבית לבין המתת חסד פסיבית מקל וחומר, שכן אם כאשר המוות הוא "רע" אין הבחנה כי אז כאשר המוות הוא טוב (כפי שקורה לכאורה במקרים של המתת חסד), קל וחומר שלא תהיה הבחנה. לעומת זאת אם כן קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כי אז עדיין ניתן לומר שבנוגע להמתת חסד אין כל הבדל בין המתת חסד אקטיבית לבין המתת חסד פסיבית שכן מדובר במצב שבו המוות הוא דבר "טוב" ואין כל סיבה שלא להביאו בצורה באופן המהיר

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

כמו כן, מעבר לעובדה שמרבית מקרי ההמתה חמורים ממרבית המקרים המסווגים כהנחה למות, רייצ'לס סבור כי האינטואיציה החזקה המבחינה מבחינה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, נובעת ממניעים אגואיסטיים של מדינות המערב והאתגר הפילוסופי הוא להצביע על כך שאינטואיציה זו שגויה מבחינה מוסרית. רייצ'לס טוען, כי בני אדם אמנם אלטרואיסטיים במידה מסוימת אך יותר משהם אלטרואיסטיים הם אגואיסטיים, והשיפוט המוסרי שלהם על אודות סיטואציות מסוימות מושפע מאוד מהאינטרס האישי שלהם. מניתוח של הוצאות ורווחים עדיף למדינות העשירות להתייחס להמתה בצורה חמורה יותר מהנחה למות. בהתייחס לניתוח ההוצאות – ההוצאות הכרוכות באי־המתה אינן גבוהות, שכן, לכאורה, ניתן למלא את החובה שלא להמית בלא הוצאות כלל. לעומת זאת, ההוצאות הכרוכות בהצלת אנשים ממוות כאשר ניתן לעשות זאת, עלולות להיות גבוהות מאוד. משמעות השוויון המוסרי בין המתה לבין הנחה למות תהא הפסקת אורח החיים של העולם המערבי, שכן אם לא היה הבדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות הרי שאסור היה לבזבז כסף עבור מותרות כאשר הוצאות אלו יכולות להציל אזרחים המצויים בסכנת חיים. בהתייחס לניתוח הרווחים – המדינות העשירות ירוויחו מכך שהאיסור על המתה חמור מהאיסור על הנחה למות. מצד אחד, מדינות אלו אינן נמצאות תחת סכנה מיידית של מוות ומשכך אין צורך בקיום איסור חמור על הנחה למות. מצד שני, המדינות העשירות יפסידו הרבה מאוד אם לא יהיה איסור חמור על המתה. מכאן, שהן מניתוח ההוצאות הן מניתוח הרווחים עולה, כי עדיף מבחינה אגואיסטית להתייחס לאיסור על המתה באופן חמור יותר מהנחה למות. אולם, טוען רייצ'לס, על אף העובדה כי עדיף למדינות העשירות לסבור כך אין בכך כדי להוכיח כי עמדה זו נכונה מבחינה מוסרית.¹²

בהקשר זה רייצ'לס מציין כי אף אם תיפגע משמעותית חירות האדם אם תישלל ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות, שכן כל רגע נתון נדרש להציל חיים וכן לא נוכל לבזבז את כספנו על הנאה כזו או אחרת, עדיין אין זה אומר כי מבחינה מוסרית יש הבחנה בין המתה לבין הנחה למות.

ביותר. ראו בנקודה זו: Holley Smith Goldman, *Killing, Letting Die and Euthanasia*, 40 ANALYSIS 224 (1980).

12 ראו, רייצ'לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ' 171. טיעון זה יוצא למעשה נגד הסברו של גילברט הרמן אשר טען כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות נובעת מתאוריה מוסרית של אמנה חברתית. על פיו, הנימוק לכך כי המתה חמורה מהנחה למות נובע מכך שכולם יסכימו לקבל על עצמם את האיסור של המתה, אך לא כולם יסכימו לקבל על עצמם את האיסור על הנחה למות. על פי הרמן כולם יסכימו לאיסור של המתה שכן הפחד שמאן דהוא יגרום למוות של מישהו נוגע לכלל האוכלוסייה: הן לעשירים, הן לעניים, הן לחזקים הן לחלשים. לעומת זאת, לא כולם יסכימו לאיסור על הנחה למות שכן העשירים והחזקים אינם נמצאים לכאורה בטווח הסיכון ולפיכך הם לא ירצו שתוגבל חירותם. ראו: Gilbert Harman, *Moral Relativism*. *Defended*, 84 THE PHILOSOPHICAL REVIEW 3, 13 (1975).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

“On the view I am defending, he ought to give the money to feed the hungry person... Similarly, the realization that we are morally wrong to spend money on inessentials, when that money could go to feed the starving, is an integral part of the view I am defending. It is not an embarrassing consequence of the view, it is (part of) the view itself.”¹³

לאור האמור, נראה שחירות האדם על פי רייצ'לס אינה ערך בפני עצמו או למצער היא ערך שניגף מפני החשיבות של חיי אדם. קרי, אף אם תיפגע חירות האדם אם נאסור על הנחה למות, עדיין צריך האדם לעשות כל שביכולתו כדי להציל אנשים אחרים, ואם הוא אינו עושה כן הרי שהתנהגותו זהה מבחינה מוסרית להמתה.¹⁴

ציינתי לעיל, כי לפי רייצ'לס העובדה שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות גוררת את המסקנה כי המוסר שלנו הרבה יותר תובעני משניתן היה לשער. כשם שיש לעשות מאמצים רבים כדי להימנע ממעשה המתה, כך יש לעשות מאמצים רבים כדי להימנע מהנחה למות, על אף העובדה כי מאמצים אלה עלולים לפגוע בחירות שלנו. עם זאת, יש שהגיעו לתוצאה שונה, אך מכיוון דומה. לפי ראסל, היות שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, הרי שהאיסור של המתה אינו חמור כל כך. לפיו, המאמצים אשר אדם צריך לעשות בכדי להימנע ממעשה המתה זהים למאמצים שהוא צריך לעשות כדי להימנע ממעשה המסווג כהנחה למות. כשם שהמאמצים שעל האדם לעשות כדי להימנע מהנחה למות כפופים לסייג שאין לפגוע באינטרסים הבסיסיים של הפועל, כך המאמצים של המתה כפופים לסייג זה. בניגוד לרייצ'לס שהעלה את החומרה המוסרית של הנחה למות, הרי שראסל הקל בחומרה של המתה.¹⁵

לסיכום דעתו של רייצ'לס יש לומר, כי הוא סבור שלא קיימת כלל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. על פיו, כאשר אנו מציגים שני מקרים השווים בכל התנאים למצט העובדה שמקרה אחד כרוך במעשה המתה והמקרה השני כרוך בהנחה למות, הרי שניתן

13 ראו: רייצ'לס 1979, שם, בעמ' 169.

14 רייצ'לס מעלה גם את האפשרות כי קיים הבדל בין המתה לבין הנחה למות שכן כאשר א' ממתית את ב' כי אז א' עשה פעולה כלשהי שגרמה למותו של ב'. לעומת זאת, כאשר א' מניח לב' למות, הרי שא' לא עשה כלום כדי להביא למותו של ב'. עם זאת, רייצ'לס דוחה טענה זו. ראשית הוא טוען כי גם היעדר תנועה גופנית יכול להיחשב כמעשה. כך למשל, במקרה שבו ראובן אינו מושיט ידו לשמעון לשלום (לאחר ששמעון הושיט ידו לפני כן), הרי שראובן העליב את שמעון ממש כשם שהוא היה עושה מעשה שהיה מעליבו. יתרה מזו, לפי רייצ'לס אף אם הנחה למות לא הייתה נחשבת למעשה, עדיין עובדה זו אינה משנה מאומה מבחינה מוסרית, שכן ישנה אחריות מוסרית אף על דברים שאיננו עושים, אך היינו מחויבים לעשותם. ראו: שם, בעמ' 167-169.

15 Bruce Russell, *On the Relative Strictness of Negative and Positive Duties*, 14 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 87, 94 (1977).

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

לראות כי אין הבחנה מוסרית בין המקרים. על פי רייצ'לס האינטואיציות שלנו על אודות ההבחנה שבין המתה לבין הנחה למות, הן אינטואיציות המבוססות על טעות (בכך שאנו סבורים שכאשר מדובר בהנחה למות הרי שהכוונה שלנו אינה רעה כל כך. לעומת מעשה של המתה אשר מתלווה אליו תמיד כוונה רעה ומניעים זדוניים) או על אגואיזם. אם נסלק את הטעות ולא נהיה מונעים מאינטרסים אישיים הרי שהמסקנה תהא כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

ב. ביקורת

(1) יש שביקרו את רייצ'לס תוך התייחסות למקרים אותם הוא עצמו הציג, על פיהם ניתן לחלוק על האינטואיציה של רייצ'לס בנוגע למקרים הללו. פרנסיס קם העלתה את מבחן "המאמץ וההוצאות שלאחר המעשה" (The Post Effort Test) בכדי להפריך את הטענה כי השיפוט במקרים הללו הוא זהה. קם שואלת כמה הפסד או מאמץ נדרוש מאדם אם מאמץ או הפסד בזמן t2 יגרום לכך שהתינוק לא ימות ב"ירושה 1" וב"ירושה 2".¹⁶ המבחן זה מבוסס על מצב שבו במקרה של "ירושה 1" סמית' החל בהריגת התינוק (שזהו זמן t) אך הוא יכול להציל אותו על ידי הפסד או מאמץ מסוים. ובמקרה "ירושה 2" התינוק טובע (שכן ג'ון לא מנע ממנו לטבוע) אך ניתן להצילו על ידי מאמץ או הפסד מסוים לג'ון. בשני המקרים אם הם לא יתאמצו או לא ייגרם ההפסד – התינוק ימות. מה תהיה התשובה למבחן זה? על פי קם, סביר שב"ירושה 1" אנו נדרוש מסמית' שניסה להטביע את הילד למאמץ גדול מאוד. במקרים קיצוניים נדרוש ממנו אף להמית את עצמו על מנת להציל את הילד. לעומת זאת, לפי קם, נראה כי המאמץ או ההפסד שיידרש ג'ון לספוג יהיה פחות מן המאמץ או ההפסד שיידרשו מסמית'. לפי קם, הנימוק לכך שאין הם נדרשים למאמץ או הפסד זהה נובעת מן העובדה כי המעשים של ג'ון ושל סמית' אינם זהים מבחינה מוסרית שכן סמית' הרג את הילד ואילו ג'ון הניח לו למות. לכאורה אם הפעולות הן שוות ערך מבחינה מוסרית, כי אז נוכל לדרוש מהם לעשות מאמץ זהה. אולם, יש להדגיש, כי רייצ'לס יכול לחלוק על האינטואיציות המוסריות של קם ולטעון כי בשני המקרים המאמץ שג'ון וסמית' יידרשו כדי למנוע את המוות של אחיינם יהיה זהה. כנגד תשובה זו, יש שהציגו מקרים שונים מהם עולה לכאורה כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. אחת הביקורות מן הסוג הזה נוסחה על ידי דינלו.¹⁷

16 ראו: FRANCIS M. KAMM, MORALITY, MORTALITY: RIGHTS DUTIES AND STATUS 88 (1996).

17 ראו: Daniel Dinello, *On Killing and Letting Die*, in KILLING AND LETTING DIE 192, 195 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994); H.M. Malm, *Between the Horns of*

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

“השתלה” – ג’ון וסמית’ נמצאים בבית החולים. ג’ון עומד למות בתוך שעתיים אלא אם כן יושתל לב חדש במקום ליבו שלו. לסמית’ לעומת זאת נותרו ארבע שעות לחיות אלא אם כן תושתל בגופו כליה. כאשר ג’ון ימות יוכלו להשתיל את כלייתו לתוך גופו של סמית’ ולהציל אותו. כמו כן, ניתן להרוג את סמית’ ולהציל את ג’ון בכך שישתילו את ליבו של סמית’ בגופו של ג’ון.

דינלו טוען, כי נראה ברור שאסור להרוג את סמית’ כדי להציל את ג’ון. לעומת זאת מותר להניח לג’ון למות ולהציל את סמית’ לאחר מכן. מכאן, שהמתה חמורה יותר מהנחה למות, שאם לא כן, הרי שלא היה כל הבדל בין האופציות הקיימות.

יש לציין, כי רייצ’לס ניסה להתמודד עם המקרה אותו העלה דינלו. על פיו, בדוגמה זו אין שתי אופציות, המתה והנחה למות, שכן במקרה זה איננו מניחים לג’ון למות. אנו מניחים לג’ון למות רק כאשר אנו יכולים להציל אותו ואיננו עושים זאת. במקרה זה איננו יכולים להציל את ג’ון שכן ליבו של סמית’ נמצא בשימוש על ידי סמית’ עצמו. נוכל לומר שהרופא הניח לג’ון למות רק אם היה לב פנוי שלא נמצא בשימוש של אדם אחר ועדיין הרופא לא היה עושה דבר בכדי להציל את ג’ון. כאן כאמור, הלב של סמית’ אינו פנוי ולפיכך לא ניתן לומר שהניחו לג’ון למות. ומכאן, שלא ניתן להוכיח מדוגמה זו כי המתה חמורה יותר מהנחה למות.¹⁸

לדעתי רייצ’לס אינו מצליח להפריך את טיעונו של דינלו. דומה, כי הדוגמה של דינלו חושפת באופן מדויק את הבעיה של התאוריה הסבורה כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. אם אנו שוללים את ההבחנה המוסרית, כי אז נראה, שהמאמצים וההוצאות שיש להוציא כדי למנוע מעשה של המתה והמעשים וההוצאות שיש להוציא כדי

the Negative – Positive Duty Debate, 61 *PHILOSOPHICAL STUDIES* 187, 188, 193-194 (1991). מלם מציגה מקרים מהם עולה כי בכל מקרה אשר אינו כרוך בהוצאות או במאמץ, אם שאר התנאים שווים (כוונות, מניעים, תוצאות) הרי שהשיפוט המוסרי שלנו יהיה זהה, ואין זה משנה אם הכוונה בשני המקרים הייתה כוונת זדון או אדישות. להלן המקרים: מכונה 1 – א’ נכנס לחדר ורואה שאם הוא ילחץ על כפתור ילד ימות. א’ לוחץ על הכפתור והילד מת. מכונה 2 – ב’ נכנס לחדר ורואה שאם הוא לא ילחץ על כפתור ילד ימות. א’ לא לוחץ על הכפתור והילד מת. לפי מלם, השיפוט המוסרי של שני המקרים – זהה. ראו: שם, בעמ’ 191. לעמדתה הכללית של מלם ראו גם: H.M. Malm, *Killing Letting Die and Simple Conflicts*, 18 *PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS* 238 (1989); H.M.Malm, *Directions of Justification in the Negative-Positive Duty Debate*, 27 *AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY* 315 (1990).

18 רייצ’לס כנראה היה מודע לבעיה זו, ובהערת שוליים במאמרו הוא מציין שיש אפשרות נוספת לפתור את הקושי שהעלה דינלו הקשורה לתאוריה שתובא להלן בשם האריס. לפי האריס במקרה זה מותר יהיה ככל הנראה להרוג אדם אחד כדי להציל אדם אחר. לדעתו אין כל הבדל בין להניח למות כדי להציל אדם אחר, לבין להמית כדי להציל אדם אחר. John Harris, *The Survival Lottery*, in *KILLING AND LETTING DIE* 257 (Bonnie Stinbock and Alastair Norcross ed., 1994). ראו: רייצ’לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ’ 170, הערה 16.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

למנוע מעשה של הנחה למות צריכים להיות זהים.¹⁹ אם כדי למנוע מעשה של המתה אדם צריך להמית את עצמו הרי שאף כדי להציל אחרים, אדם צריך להמית את עצמו. וכך, אם המתה זהה מבחינה מוסרית להנחה למות הרי שמותר להרוג אדם אחד כדי להציל אדם אחר, כפי שמותר להציל אדם ולהניח לאדם אחר למות. וזו הרי הדוגמה שהעלה דינלו. הטענה של רייצ'לס כי במקרה זה איננו מניחים לג'ון למות, אינה מובנת כלל. נראה ברור שאנו מניחים לו למות, שהרי אנו יכולים להציל אותו באמצעות הריגת סמית', אלא שאיננו מוכנים לעשות זאת. ואם איננו מוכנים לעשות זאת, הרי שזו הוכחה שאנו מעדיפים להניח לאדם מסוים למות מאשר להרוג אדם אחר ומכאן שקיימת כאמור הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.²⁰

19 ראו: קם, לעיל הערה 16, בעמ' 87-99.

19 יש לציין, כי רייצ'לס לא התמודד עם מקרים דומים למקרה שהעלה דינלו. למשל, מדוע אסור להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים. נראה, כי תשובתו של רייצ'לס למקרה זה הייתה וזה לתשובה אותה ציין בתגובתו לדינלו. אולם, כפי שצינתי, תשובה זו אינה ברורה, והיא לדעתי חושפת את הבעייתיות בעמדה הטוענת כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. בניגוד לרייצ'לס, הרי שג'ודית ליכטנברג התייחסה לשאלה מדוע אסור להרוג אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים? אם לא קיים הבדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות הרי שלכאורה היה מותר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים. פוט העלתה דוגמה כזו על מנת להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. הדוגמה היא כדלקמן: "שופט" – שופט ניצב מול עברייני הדורש ממנו להוציא אדם חף מפשע להורג. אם הוא לא יוציא אדם זה להורג הרי שמספר רב יותר של אנשים יהרגו על ידי העברייני. פוט טענה, כי הטעם שאסור לשופט להוציא את החף מפשע להורג אף שבאמצעות פעולה זו יינצלו אנשים רבים, נובע מכך שאיסור על המתה חמור מאיסור על הנחה למות. הוצאת אדם חף מפשע להורג היא פעולה של המתה ואי-הוצאתו להורג היא פעולה של הנחה למות לגבי האנשים האחרים. לפיכך, אסור להוציא אדם זה להורג. ראו: Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in *KILLING AND LETTING DIE* (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) 266, 270-271. בהתייחס למקרה זה, טענה ליכטנברג בניגוד לפוט, כי הנימוק לאיסור להרוג אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים אינו נובע כלל מן העובדה כי המתה חמור יותר מהנחה למות. הנימוק כי אסור לעשות זאת נובע מכך שבמקרה זה אנו הופכים אדם לאמצעי, שכן אנו משתמשים בגופו של אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים. יתרה מזו, לו האיסור להרוג אדם אחד בכדי להציל חמישה אנשים אחרים היה נובע מכך שמדובר כאן בהמתה הרי שלכאורה היינו צריכים להתיר מקרה מקביל המתייחס למצב של הנחה למות. כלומר, היינו צריכים להתיר להניח לאדם מסוים למות כדי להשתמש בו להציל חמישה אנשים אחרים. ולכאורה אף מקרה כגון זה אסור, למשל המקרה הבא שהעלה ראסל: "שופט 1" – דומה למקרה "שופט" אלא שכאן השופט יכול להציל מספר רב של אנשים על ידי כך שהוא ימנע מחולה סוכרת מלקחת את התרופה שלו. במקרה זה, לפי ראסל, השופט מניח לחולה למות על מנת להציל מספר רב של אנשים, ועם זאת, נראה שמקרה כזה אסור מבחינה מוסרית, באותה מידה שבה אסור להוציא חף מפשע להורג כדי להציל מספר רב של אנשים. אם האיסור להוציא להורג אדם חף מפשע היה נובע מן ההבחנה שבין המתה לבין הנחה למות הרי שהיינו צריכים לראות הבדל מבחינה מוסרית בין "שופט" ל-"שופט 1". מעצם העובדה שאיננו רואים כל הבדל מבחינה מוסרית

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

על אף האמור לעיל, רייצ'לס יכול לטעון כי העובדה שלא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות במקרים שהוא הציג במאמרו, מוכיחה כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות ביתר המקרים, והעובדה שדינלו מצביע על מקרים אחרים המצביעים מבחינה אינטואיטיבית שאכן קיימת הבחנה, אינה הוכחה לכך שהבחנה זו אכן נכונה.

משמעותה של גישה זו היא כי מזוג מקרים אחד המצביע על כך שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין מות ניתן לגזור עמדה כללית הקובעת כי בכל המקרים אין הבחנה בין המתה לבין הנחה למות כאשר כל שאר התנאים שווים. על פי קגן הנחת המוצא של גישה זו מבוססת על כך שאם למרכיב ספציפי בתוך מקרה מסוים יש משקל מוסרי X, כי אז לאותו מרכיב ספציפי במסגרת מקרה אחר יהיה משקל מוסרי זהה.²¹ במילים אחרות, מרכיב מוסרי הוא יחידה עצמאית שמשקלה המוסרי אינו משתנה ממקרה למקרה. כך, אם להנחה למות יש משקל מוסרי X במסגרת מקרה Y כי אז בכל מקרה אחר המסווג כהנחה למות, המשקל המוסרי של ההנחה למות יוותר X. ומכאן נובע כאמור, שאם בזוג מקרים אחד הנחה למות זהה מבחינה מוסרית להמתה כי אז בכל המקרים, כאשר כל שאר התנאים שווים, לא תהא הבחנה בין המתה לבין הנחה למות, שכן המשקל המוסרי של הנחה למות תמיד יהא זהה למשקל המוסרי של המתה.

אולם נראה, כי כיוון מחשבה זה מבוסס על טעות והוגים כגון קס, טרמל וקגן, טענו כי ייתכן שבזוג מקרים אחד לא נראה הבחנה מוסרית, אך במקרים רבים אחרים הבחנה זו כן תבוא לידי ביטוי. כלומר, בהקשר מסוים, הנחה למות יכולה להיות זהה מבחינה מוסרית להמתה, כך למשל כאשר ההוצאות שנדרשות על מנת להציל את הקרבן הן מזעריות והכוונה היא רעה ביותר. עם זאת, כאשר נשנה מעט את המקרה כך שההוצאות הנדרשות

נובע כי אין כל הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. ראו, ראסל, לעיל הערה 15, בעמ' 90. כן ראו, ליכטנברג, לעיל הערה 2, בעמ' 224-225. אני סבור כי המקרה שהעלה ראסל אינו מוכיח כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. ראשית, ניתן לומר כי המקרים אינם שונים בחומרתם מבחינה מוסרית שכן בשני המקרים מוטלת על השופט חובה חוקית (בשונה מחובה כללית לעזור לאדם) כלפי האדם החף מפשע. במקרה הראשון מוטלת עליו חובה שלא להוציא אדם חף מפשע להורג ובמקרה השני מוטלת עליו החובה לטפל בחולה הסוכרת. במקרים כגון אלה, ניתן לומר כי ההבדל בין המתה לבין הנחה למות הוא קטן. לעומת זאת, כאשר מדובר במקרה שבו אין זכות לקרבן להצלת חיים, הרי שייתכן ויהיה מותר להניח לאדם מסוים למות כדי להציל את החמישה. שנית, אף לו היינו מקבלים את טיעונו של ראסל בכך שכאשר מדובר בהפיכת אדם לאמצעי הרי שאף הנחה למות אסורה כשם שהמתה אסורה, עדיין, לא ניתן להוכיח מכאן כי כאשר אין מדובר בהפיכת אדם לאמצעי מותר יהיה להציל חמישה אנשים במחיר הריגת אדם אחד. לשון אחר, ניתן להעלות סיטואציה אחרת שבה אנו לא הופכים את האדם לאמצעי ובכל זאת נאסור להרוג אדם אחד ולהציל חמישה אנשים אחרים, ולעומת זאת, כאשר איננו הופכים אדם לאמצעי נתיר להניח לאדם למות ולהציל חמישה אנשים אחרים.

21 Shelly Kagan, *The Additive Fallacy*, 99 ETHICS 5, 16-17 (1988).

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

להצלת הקרבן הן גבוהות וכוונתו של הפועל אינה רעה, אלא הוא אדיש לתוצאת המוות, כי אז נוכל להיווכח שהמתה חמורה מהנחה למות. העובדה ששינוי המקרה גורם לכך כי המתה חמורה מהנחה למות היא הוכחה טובה לקיום ההבחנה המוסרית.²² קם, בהמשך לקגן, הסבירה טענה זו באמצעות מטאפורה מתחום הכימיה.²³ חנקן וחמצן (המקבילים במטפורה זו להמתה והנחה למות) יכולים להגיב באופן זהה כאשר הם נמצאים בתרכובת כימית מסוימת. עם זאת, כאשר שמים אותם בתרכובת אחרת כל אחד מהם מגיב לתרכובת זו באופן שונה. כלומר, העובדה שחנקן וחמצן מגיבים לתרכובות מסוימות באופן זהה אינה הופכת אותם לזהים. כך גם המתה והנחה למות. העובדה שבקונטקסט מסוים (למשל, כאשר מדובר בהוצאות מזעריות), אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, אין בכך כדי להוכיח כי באופן קטגורי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.²⁴ הרעיון העומד בבסיס טענה זו הוא כי אלמנטים מוסריים יכולים לתפקד בצורה שונה בהקשרים שונים. התנהגות של הנחה למות במקרה הכרוך בהוצאות נמוכות וכוונה רעה לא תהפוך את המקרה לפחות חמור מהמתה בתנאים זהים. אולם, התנהגות של הנחה למות במקרה הכרוך בהוצאות גבוהות כאשר הפועל גם אדיש לתוצאה, כן תשפיע על החומרה המוסרית שאנו מייחסים להתנהגות זו, ותהפוך את המקרה לקל יותר מהמתה בתנאים זהים.²⁵

(2) אף אם נניח כי ממקרה אחד ניתן להוכיח שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, עדיין אני סבור כי לא ניתן להוכיח מן המקרים הללו שאין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. לדעתי, הבעיה במקרים הללו מצויה במרכיב הכוונה. על פי רייצ'לס בשני המקרים הכוונה של סמית' וג'ון היא להמית את האחיין שלהם. הן סמית' הן ג'ון באו במטרה להמית את האחיין שלהם. סמית' המית אותו וג'ון בסופו של דבר לא היה צריך

22 ראו: קם, לעיל הערה 16, בעמ' 56. "For example, the moral unacceptability of an instance of letting die may depend on the fact that the efforts required to save someone are very small. When the efforts required to save are great, refusing to make the effort and hence letting die may not be unacceptable"

23 שם. כמו כן ראו: קגן, לעיל הערה 21, בעמ' 13. כמו כן יש לציין, כי גם טרמל טען זאת במאמרים קודמים הרבה יותר ראו: Richard L. Trammell, *The Nonequivalency of Saving Life and Not Taking Life*, 4 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 251, 254-255 (1979). כמו כן ראו: קם, לעיל הערה 16, בעמ' 51-58.

24 דוגמה נוספת המשקפת רעיון זה היא הדוגמה הבאה: העובדה כי רץ למרחקים ארוכים מאתיופיה ורץ למרחקים ארוכים מקנדה משיגים תוצאה זהה כאשר הטמפרטורה בחוץ היא 40 מעלות, אינה מוכיחה כי הם ישיגו תוצאות זהות כאשר הטמפרטורה בחוץ היא 10 מעלות. כלומר, העובדה שהם ישיגו תוצאות זהות במקרה אחד אינה הוכחה לכך שספורטאי אחד אינו טוב יותר מהשני. כפי שניתן לראות בדוגמה זו ההבדל יכול להתבטא כאשר הטמפרטורה היא שונה. כך גם כאשר מדובר בהמתה והנחה למות. העובדה שבסיטואציות מסוימות אין כל הבדל מוסרי ביניהם אינה מוכיחה כלל שהמתה אינה חמורה מבחינה מוסרית מהנחה למות. ראו: קגן, לעיל הערה 21, בעמ' 13.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לעשות זאת שכן האחיין החליק באמבטיה וטבע ללא כל התערבות מצד ג'ון. בשל העובדה כי הכוונה זהה לחלוטין הרי שניתן לומר שהבעיה היא כאן במזל מוסרי (moral luck) ולא בשל העובדה כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. כלומר, אם בשני המקרים הכוונה שלהם הייתה להמית את האחיין, אך במקרה אחד סמית' המית את האחיין ובמקרה שני ג'ון לא היה צריך בסופו של דבר לעשות זאת, הרי שכל ההבדל בין המקרים הוא במזל המוסרי. ג'ון לא היה צריך להמית את האחיין כי המזל שיחק כאן תפקיד משמעותי. כעת, על פי קאנט (ובעקבותיו הלכו הוגים אחרים), המזל אינו צריך למלא תפקיד כלשהו בטריטוריה המוסרית.²⁶ לכן לפי קאנט השאלה העיקרית שצריכה להישאל היא מה הייתה הכוונה של הפועל, שכן רק הכוונה תלויה באדם. יתר התנאים אינם תלויים בו אלא במזל, והמזל אינו רלוונטי למוסר. לאור זאת, ניתן לומר, כי מי שסבור שמזל אינו רלוונטי לקביעת הערך המוסרי של מעשה, יוכל לטעון כי המקרים של רייצ'לס זהים מבחינה מוסרית, שכן כוונתם זהה לחלוטין. אם רייצ'לס מעוניין להוכיח כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, הרי שהוא צריך להציג שני מקרים: מקרה אחד עם כוונה של המתה ומקרה אחר עם כוונה של הנחה למות ולהראות כי אין הבחנה מוסרית בין שני המקרים. הבאת שני מקרים עם כוונה דומה של המתה אינה יכולה להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

ניתן לשאול זאת כך: אם אין הבחנה מוסרית בין מעשה המתה לבין הנחה למות הרי שלא צריכה להיות הבחנה מוסרית גם בין מקרה שיש בו כוונה של המתה לבין מקרה שיש בו כוונה רק של הנחה למות. אם נשנה את המקרים של רייצ'לס כך שמקרה אחד יהיה עם כוונה של המתה ומקרה שני עם כוונה של הנחה למות הרי שניתן יהיה לראות, לכאורה, כי קיימת הבחנה מוסרית בין המקרים, ואם יש הבחנה בין המקרים הללו הרי שזו הוכחה כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות (אני מניח כאן שאם כוונה של המתה חמורה מכוונה של הנחה למות הרי שזה רק מכיוון שמעשה המתה עצמו חמור מהנחה למות).

נקודה זו רלוונטית גם למקרה שהועלה על ידי טוליי.²⁷ טוליי מעלה מקרה שבו שני בנים רצו להרוג את אביהם על מנת לזכות בירושה גדולה, אלא שבן אחד הרג את האב ואילו הבן השני לא היה צריך בסופו של דבר לעשות זאת. טוליי טוען כי אין הבחנה מוסרית בין שני סוגי ההתנהגות של הבנים, ומכאן הוא ניסה להוכיח כי אין הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. אני סבור כי אף אם אין הבחנה מוסרית בין שני הבנים הרי שהיא נובעת ממזל מוסרי. העובדה שהבן השני לא הרג בסופו של דבר את האב היא עובדה התלויה במזל

26 עמנואל קאנט הנחות יסוד למטפיזיקה של המידות 20 (מ' שפי תרגם, תשכ"ה). לעניין ביקורת זו ראו: Jean Beer Blumenfeld, *Causing Harm and Bringing Aid*, 18 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 323, 327-328 (1981).

27 Tooley, לעיל הערה 2, בעמ' 103-104.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

בלבד ולכך אין קשר למוסר. אצל שני הבנים הכוונה היא זהה במדויק ועל כן השיפוט המוסרי שלנו על אודות שני המקרים הוא זהה.

3. טיעון השוואת הנימוקים לאיסור

א. הצגת הטיעון

בניגוד לגישה הראשונה שניסתה לשלול את ההבחנה המוסרית על ידי השוואת שני מקרים כאמור לעיל, הגישה השנייה, שפותחה אף היא על ידי רייצ'לס, מתמקדת בניתוח הנימוקים העומדים בבסיס האיסור של המתה והנחה למות. גישה זו מנסה לשלול את ההבחנה המוסרית לא על אינטואיציה שיפוטית בנוגע להשוואת שני מקרים, אלא על מהלך לוגי מסודר אשר יוכיח כי לא ייתכן שקיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

הטיעון של רייצ'לס לובש את הצורה הלוגית הבאה:

(1) שיפוט מוסרי הוא נכון אך ורק אם הוא נשען על נימוקים מסוימים המצדיקים שיפוט מוסרי זה. על פיו, אם אין נימוקים המצדיקים פעולה מסוימת, הרי שלא ייתכן שאדם יחויב לעשות פעולה זו. יתרה מזו, כאשר עומדות בפני האדם מגוון פעולות אפשריות, הרי שהפעולה הנכונה תהא הפעולה המגובה עם הנימוקים הטובים ביותר.²⁸

(2) אם הנימוקים נגד פעולה A זהים לנימוקים נגד פעולה B כי אז פעולה A ופעולה B זהות מבחינת חומרתן המוסרית.

(3) הנימוקים לאסור על המתה זהים לנימוקים לאסור על הנחה למות. הנימוק לאסור על המתה נובע לדעת רייצ'לס מכך שהמתה גורמת לקרבן נזק – בכך שהוא מת. ובנוסף לכך המתה הקרבן גורמת נזק לחבריו ולמשפחתו של הקרבן על ידי הצער שנגרם להם. נימוקים אלו נמצאים גם בבסיס האיסור על הנחה למות. אסור להניח לאדם למות, שכן נגרם לקרבן נזק – בכך שהוא מת, וכן נגרם צער למשפחתו ולחבריו.

“The primary reason why killing is wrong is that something very bad is done to the victim himself: he ends up dead. He no longer has a good, his life, which he possessed before. But notice that exactly the same can be said about letting someone die. The primary reason why it is morally objectionable to let someone die, when we could save him, is that he ends up dead. He no longer has a good, his life, which he possessed

28 ראו רייצ'לס 1979, לעיל הערה 2, בעמ' 164. רייצ'לס מדגיש כי השאלה באם מדובר בנימוק טוב אם לאו תלויה בתיאוריה המוסרית שבה האדם מחזיק. ראו: שם.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

before... Thus, the explanation of why killing is bad mentions features of killing that are also features of letting die, and vice versa."²⁹

(4) מכאן, שאיסור על המתה זהה בחומרתו לאיסור על הנחה למות. רייצ'לס מדגיש כי לא כל מקרה של הנחה למות זהה מבחינה מוסרית למקרה של המתה. ברור שישנם מקרים שבהם המתה תהא חמורה מהנחה למות, כאשר לא כל שאר התנאים שווים. לדוגמה, ברור שרצח אדם בריא חמור יותר מבחינה מוסרית מהנחה למות של חולה הנוטה למות המבקש מהרופא שלא להעניק לו תרופות מאריכות חיים. כמו כן, להניח לאדם למות מתוך כוונה זדונית שהוא ימות, אף שניתן היה להציל אותו, חמור יותר מלהמית חולה הנוטה למות, כאשר הוא מבקש מהרופא לעשות זאת כדי להקל על סבלו.

"It should be clear, then, that I will not be arguing that every act of letting die is equally as bad as every act of killing. There are lots of reasons why a particular act of killing may be morally worse than a particular act of letting die, or vice versa... Similarly, if an ill person who could be saved is maliciously allowed to die, while a terminal patient is killed, upon his request, as an act of kindness, we have good reason to judge the letting die worse than the killing."³⁰

לפי רייצ'לס, במקרים אלה הנימוקים העומדים בבסיס האיסור שונים ועל כן אף החומרה המוסרית שונה.

ב. הביקורת

אני סבור כי אף אם טענה (1) ו-(2) של רייצ'לס היא נכונה, הרי שטענה (3) אינה נכונה. לדעתי, הנימוקים שעומדים בבסיס האיסור על המתה אינם זהים לנימוקים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות. כפי שאפתח בהרחבה להלן (בתאורית הפגיעה באוטונומית הפרט והחברה – פרק ד להלן), כדי להבין מהם הנימוקים (להם אני קורא ערכים או אינטרסים) העומדים בבסיס האיסור על המתה יש לשאול מה היה קורה לו לא היה קיים איסור על המתה (או מה היה קורה לו המתה הייתה מותרת) וכדי להבין מהם הנימוקים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות יש לשאול מה היה קורה לו לא היה קיים איסור על הנחה למות. הניסוי המחשבתי הזה יאפשר לנו לבחון את תמונת המצב המוסרית בכל אחד משני המצבים. כפי שאטען להלן, אם לא היה קיים איסור על המתה הרי שכל אדם היה חושש בכל רגע נתון שימיתו אותו. חיים כאלה יובילו לחיים ללא ביטחון, חיים של פחד וחיים

29 שם, בעמ' 165.

30 שם, בעמ' 164.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

ללא אוטונומיה אישית. לעומת זאת, לו לא היה קיים איסור על הנחה למות, הרי שהחיים שלנו כחברה עדיין היו סבירים, אלא שהיינו צריכים להיות זהירים יותר. ויודגש, כי החשיבות של איסור המתה מצויה גם ללא קשר לעובדה האם אדם זה או אחר מת. חשיבות האיסור נמצאת בכל זמן נתון, באשר היא מאפשרת לחברה בכלל ולאדם בפרט להיות חיים אנושיים נסבלים ללא פחד עם אוטונומיה אישית. בפרק ד, ארחיב תאוריה זו ואצביע על כך שהיא מתיישבת יפה עם התאוריה של תועלתנות כלל, תאורית האמנה החברתית ההוּבְסִיאֵנִית ותאורית האמנה החברתית הרולִסִיאֵנִית.

על אף האמור לעיל, ניתן לנסח את טיעונו של רייצ'לס באופן מעט שונה כך שהוא לכאורה יהא חסין בפני הביקורת שהעליתי לעיל.

על פי טיעונו של רייצ'לס כאמור שיפוט מוסרי הוא נכון אם הוא נשען על נימוקים המצדיקים שיפוט זה וכן אם הנימוקים כנגד פעולה A זהים לנימוקים כנגד פעולה B כי אז אין הבדל מבחינת חומרתן המוסרית.

עם זאת, בניגוד לרייצ'לס שטען כי הנימוקים כנגד המתה נובעים מן הנזק הנגרם לקרבן ולמשפחתו כתוצאה מן ההמתה, הרי שניתן לכאורה לטעון כי המתה אסורה בשל היחס שהפועל מפגין כלפי הקרבן בפעולת ההמתה. במקרה של המתה היחס של הפועל כלפי הקרבן משקף פגיעה בכבודו של הקרבן כאדם על ידי הפגנת בוז לאנושיות שבו. יש לשים לב, כי הדגש לפי עמדה זו אינו בנזק הנגרם לקרבן או למשפחתו אלא ביחס של הפועל כלפי הקרבן. במילים אחרות, הדגש אינו בתוצאת המוות אלא ביחס שהפועל מפגין בפעולת ההמתה. זו כמובן עמדה קאנטיאנית בעיקרה המתייחסת פחות לתוצאות המעשה ויותר לכוונה או לרצון המחוללים את המעשה. מקמהן מנסה להוכיח עמדה זו באמצעות הצבעה על היעדר הבחנה מוסרית בין מקרה שבו א' המית את ב' כאשר נותר לב' זמן קצר לחיות לבין מקרה שבו א' המית את ג' כאשר נותר לו זמן רב לחיות. לכאורה, הנזק שנגרם לב' ולג' הוא שונה, אך עדיין אנו לא עורכים הבחנה מוסרית בין שני המקרים. ומכאן שהמתה אסורה לא בשל הנזק שהיא גורמת אלא בשל היחס של הפועל כלפי האדם. כלפי כבודו של האדם וכלפי האנושיות שבו.³¹

לפי גישה זו, לכאורה, לא אמור להיות הבדל בין המתה לבין הנחה למות שכן בשני המקרים, לכאורה, היחס של פועל האנושיות של האדם הוא זהה. בשני המקרים היחס הוא יחס של בוז וחוסר כבוד לאנושיותו של האדם.

כפי שצינתי בקצרה לעיל, אינני סבור כי האיסור על המתה מבקש רק למנוע יחס של השפלה ובוז כלפי האדם. האיסור על המתה מבקש לאפשר לאדם חיים סבירים עם ביטחון, בעלי אוטונומיה אישית ובמילים אחרות הוא כן מבקש למנוע נזקים מן האדם. אולם, לדעתי, העמדה שאציג (והצגתי בקצרה לעיל) מתיישבת יפה אף עם העמדה הטוענת כי המתה אסורה בשל היחס של הפועל כלפי הקרבן. בכדי להבין זאת יש לקבוע ממה מורכבת

31 ראו: JEFF McMAHAN, THE ETHICS OF KILLING: PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE 240-242 (2002).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

אנושיותו של האדם. לדעתי, חלק נכבד מהאנושיות שבאדם מבוסס על האוטונומיה שלו לנהל חיים ללא פחד וחשש. האוטונומיה של האדם משקפת את כבודו ואת אנושיותו בכך שהיא מאפשרת לו לממש את חייו ולכתוב את תולדות חייו בעצמו. האנושיות של האדם וכבודו אינם מתבטאים לפי תפיסתי רק בכך שהוא אורגניזם חי, אלא בעיקר באופן שהוא חי ובמשמעות שהוא יכול לנסוך אל תוך חייו.

תפיסה זו יכולה גם להנהיר את ההבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות אף אם אנו שמים דגש רק על היחס שמפגין הפועל כלפי אנושיותו של האדם. בניגוד לאיסור על הנחה למות, האיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם, ובשל העובדה שהאוטונומיה של האדם מהווה חלק נכבד מכבודו ואנושיותו הרי שפעולת המתה מבטאת יחס משפיל יותר כלפי האדם באשר הוא (ולא רק כלפי הקרבן) מאשר הנחה למות, שכן המתה אינה מבטאת בוז רק כלפי הקרבן, היא מבטאת בוז גם כלפי הנורמה המבקשת לכוונן את האוטונומיה של האדם ובכך גם בכבודו ואנושיותו.³²

4. טיעון תקיפת הרציונל המוסרי

א. הצגת הטיעון

בניגוד לשתי הגישות הקודמות, אשר ניסו להעלות טיעונים פוזיטיביים לטובת שלילת ההבחנה המוסרית, הרי שהגישה הנוכחית מנסה לשלול את ההבחנה המוסרית על ידי דחיית הרציונלים השונים שהועלו כדי להבחין בין המתה לבין הנחה למות.

אחד מן הרציונלים שיועלו בהרחבה להלן (פרק ב) כדי להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית הוא הרציונל הסיבתי. על פי רציונל זה, בין פעולת ההמתה לבין מות הקרבן מתקיים קשר סיבתי, ואילו בין הנחה למות לבין מות הקרבן לא מתקיים קשר סיבתי (או למצער הוא עקיף יותר). ובניסוח אחר, כאשר א' ממית את ב' הרי שהוא גרם לתוצאה. לעומת זאת, כאשר א' הניח לב' למות, הוא לא גרם לתוצאה (או שהגרימה שלו עקיפה יותר), הוא רק הניח לה לקרות. על פי רציונל זה, רמת האשמה של א' בפעולת ההמתה גדולה יותר ממקרה של הנחה למות, שכן הקשר שלו לתוצאה הדוק יותר.

האריס דוחה רציונל זה. על פיו, אין כל סיבה לטעון שלא קיים קשר סיבתי כאשר מדובר בהנחה למות. לפיו, אף עמידה במקום יכולה להיחשב מעשה ועל כן גם הנחה למות יכולה להיחשב לרצח. העמדה של האריס היא רדיקלית. לדעת האריס, אם Z ו- Y עומדים למות,

32 גם הגישה הקאנטיאנית מדגישה את הכרת הכבוד לחוק כהיבט משמעותי בפעולה מוסרית. לעניין זה ראו בין היתר: קאנט, לעיל הערה 26, בעמ' 33-36, 106-107. בהקשר הזה ניתן לטעון (ואינני טוען כמובן שקאנט עצמו טוען זאת באופן מפורש) שפעולת ההמתה אינה מבטאת בוז רק כלפי הקרבן אלא אף כלפי החוק שאמור לכוונן את האוטונומיה של האדם. לעומת זאת, הנחה למות אינה מבטאת את הבוז כלפי החוק המכוון את האוטונומיה של האדם.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

אך יכולים להינצל בכך שרופא ימית את A וייקח ממנו את איבריו, הרי שאי-המתת A נחשבת להמתת Y ו-Z. אם יכולנו להציל את Y ו-Z ולא עשינו זאת, הרי שהמתנו את Y ו-Z ואין זה משנה אם לשם כך היינו צריכים להמית אדם חף מפשע אחר.

“Y and Z argue that if a doctor refuses to treat a patient, with the result that the patient dies, he has killed the patient as sure as shooting, and that, in exactly the same way, if the doctors refuse Y and Z the transplants that they need, then their refusal will kill Y and Z, again as sure as shooting.”³³

על פי האריס, היעדר הבדל בין גרימת נזק לבין הנחה לנזק לקרות בכלל ובין המתה להנחה לבין מות בפרט, נמצאת בבסיס החשיבה המאקסיסיטית. מארקס טען, כי האחריות המוסרית שלנו כחברה המאפשרת ניצול של עובדים זהה לאחריות המוסרית של האנשים שיצרו מצב זה מלכתחילה. על פיו איננו יכולים לטעון כי אנו לא אחראים לכך שפועלים מסוימים עובדים בתנאים מחפירים, שכן מתן אפשרות למצב כגון זה להימשך, זהה מבחינה מוסרית ליצירת מצב זה מלכתחילה.³⁴

האריס ממשיך כיוון זה ומספק לו תשתית תאורטית. על פיו כאמור, היעדר פעולה גופנית יכול להיחשב למעשה ועל כן הוא יכול לגרום לתוצאה.³⁵ בהקשר לכך, יוצא האריס, בין היתר, נגד עמדתם של הארט והונורה הקובעים כי מחדלים יכולים להיות הסיבה לנזק רק בכפוף לכך שהייתה לנו ציפייה מסוימת מהפועל שיפעל בצורה מסוימת והוא חרג מציפייה זו.³⁶ לפי הארט והונורה, כדי לדעת מהי הסיבה העיקרית לנזק יש לברר מהו הנורמלי והסביר בהתרחשות נתונה, ומי חרג מהנורמלי והסביר. הגורם שחרג מהנורמלי

33 ראו: האריס 1975, לעיל הערה 4, בעמ' 258.

34 ראו: האריס 1974, לעיל הערה 4, בעמ' 192-220.

35 בהקשר זה הוא מסכים עם בנתהאם שטען כי מחדל הוא “מעשה נגטיבי”. ראו: שם, בעמ' 198.

36 ראו: שם, בעמ' 198-209. האריס יוצא גם נגד עמדתו של אריק דארסי. דארסי טוען כי היעדר מעשה X יכול לגרום לתוצאה Y רק כאשר מעשה X יכול למנוע את Y וכן כאשר מצופה מהפועל או נדרש ממנו לעשות את מעשה X. לפי דארסי קיימת ציפייה מהפועל לעשות את X באחת משתי אפשרויות: (1) X הוא מעשה שהפועל עושה בדרך כלל, או שהציבור יבצע אותו בדרך כלל בסיטואציה הספציפית. (2) X הוא מעשה שנדרש מן הפועל לעשות כתוצאה מחובה מוסרית כללית או ספציפית. הטעם לכך שאנו דורשים שתהא חובה או ציפייה מוסרית קודמת כדי לטעון שהיעדר מעשה X הוא הסיבה ל-Y נובע מכך כי אם אין ציפייה או חובה מוקדמת מהפועל, כי אז אין קשר בין הפועל להיעדר מעשה X ואם אין לפועל כל קשר להיעדר מעשה X כי אז אין לו גם כל קשר לתוצאה Y. ראו, שם. למשל, כאשר אני רואה אדם שיכור שעומד לטבוע יש לי חובה מוסרית להציל אותו. אם אני לא ממלא אחר חובה מוסרית זו, כי אז נוכל לומר שאני גרמתי למוות של אדם זה. לו לא הייתה לי חובה מוסרית ראשונית, כי אז לא היו יכולים לייחס לי את תוצאת המוות. ראו, שם, בעמ' 199.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

והסביר אותו נראה כסיבה לנזק.³⁷ למשל, אם כתוצאה משנת בצורת מתו אנשים מרעב, או נוכל לראות בממשלה כגורם לנזק, אף שמדובר במחדל. הנימוק לכך נובע מן העובדה שהנורמלי והסביר הוא כי ממשלות דואגות לאזרחיהם ומכינות עצמן לתקופות מעין אלו. אם הממשלה לא הכינה את עצמה כיאות היא חרגה מהנורמלי והסביר ולפיכך היא הסיבה לנזק.³⁸

כפי שציינתי האריס חולק על עמדתם. לפי האריס, כאשר מדובר בתוצאה שהיא נזק, יכול להתקיים קשר סיבתי במחדל וזאת ללא כל קשר לציפייה שהייתה לנו מן הפועל וללא קשר לחובה קודמת שלו.³⁹ כלומר על פי האריס, היעדר מעשה X מהווה סיבה לתוצאה, אם הפועל יכולה היה לעשות את X ו-X היה מונע את התוצאה, וזאת ללא קשר לציפייה שיש מן הפועל.⁴⁰

הנקודה המרכזית של האריס היא כי לא העובדה שקיימת חובה פוזיטיבית לעזור לאדם היא שיוצאת את הקשר הסיבתי, אלא הקשר הסיבתי האובייקטיבי הוא שיוצר את החובה המוסרית לעזור לאדם. כמו כן, לא הציפייה שלנו מאדם מסוים לעשות פעולה X כדי למנוע נזק היא שהופכת את אי-פעולתו לבעלת קשר סיבתי לתוצאה, אלא העובדה שיש לו קשר סיבתי לתוצאה מסבירה לנו מדוע הייתה לנו צפייה ממנו.

"It would not be the death of him because we have the duty; it would be the death of him because we fail to save him. His death results from our failure, whether we have a duty to save him or not... It is not the existence of the duty that makes the death of the drunk a consequence of our failure"

37 לפי הארט היעדר מעשה שיכול היה למנוע נזק יכול להיחשב כסיבה לנזק כאשר מניעת הנזק הפכה בחברה "לטבע שני" ולפיכך לנורמה. H.L.A. HART AND A.M.HONORE, CAUSATION. IN THE LAW 34-35, 37 (1959). ארחיב על תאוריה זו במסגרת פרק ב.

38 ראו: האריס 1974, לעיל הערה 4, בעמ' 202-203.

39 שם, בעמ' 205.

40 האריס יוצא נגד השאלה שהארט והונורה שאלו כדי למצוא את הסיבה לבצורת: מדוע אנשים אלה סובלים כאשר בדרך כלל הם אינם סובלים בסיטואציה זוהי? השאלה לפי האריס צריכה להיות זו: מדוע אנשים אלה סובלים כאשר ניתן היה למנוע את הנזק? השאלה אינה צריכה להיות מה עשה את ההבדל, אלא מה יכול היה לעשות את ההבדל? שם, בעמ' 206. הוא מעלה כלפי הארט את השאלה הבאה: אם חברת תרופות פיתחה תרופה נגד סרטן, אך היא לא עושה דבר בכדי לגרום לכך שהתרופה תהיה זמינה לכולם. האם לא נוכל לומר כי היא הניחה לאנשים מסוימים למות למרות שלא היה כל נוהג בנוגע לפיתוח תרופות נגד סרטן? שם, בעמ' 203. כמו כן, יש לציין, כי גם לפי האריס לא כל היעדר תנועה גופנית היא הגורם לנזק. לפי האריס רק אם הפועל יכול היה לבצע מעשה שימנע את הנזק והוא לא עשה זאת הרי שהיעדר המעשה הוא הגורם לנזק. אך אם הפועל לא יכול היה למנוע את הנזק בשל העובדה שהוא לא היה מודע לנזק והוא לא יכול היה להיות מודע לנזק הרי שלא נוכל לומר כי היעדר התנועה הגופנית יש קשר סיבתי לנזק. ראו: שם, בעמ' 209.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

*to save him, rather it is the fact that unless we save him he will die that make it our duty to save him...*⁴¹

לאור האמור לעיל טוען האריס כי אם קיים קשר סיבתי בין המחדל לבין נזק, כי אז לא יכול להיות הבדל בין גרימת נזק על ידי מעשה לבין גרימת נזק על ידי מחדל. אם קיים איסור להמית אדם, הרי שאין הבדל בין המתה במעשה לבין המתה במחדל שכן בשני המקרים קיים קשר סיבתי לתוצאה.⁴²

ב. ביקורת

(1) הביקורת הראשונה גורסת, בניגוד להאריס, כי רק מעשה שהוא תנועה גופנית יכול לגרום לתוצאה ולא מחדל. וינראוב המתייחס בין היתר למאמרו של האריס טוען כי רק מעשה שהוא תנועה גופנית יכול ליצור שינוי בעולם ועל כן הוא גם יכול לגרום לתוצאה, לעומת זאת מחדל שאינו כרוך בתנועה גופנית, אינו יכול לגרום לשום שינוי בעולם ועל כן הוא אף לא יכול לגרום לתוצאה.

“Do omissions have consequences, in the sense that a person who omits to prevent a harm causes it? If no bodily movement is necessarily involved in omission, how is it possible for the omission to have effects in the concrete world? Perhaps the expression ‘consequences of omission’ has become current because of its formal similarity to the expression ‘consequences of action’. And perhaps its prevalence has something to do with the doctrine that regards omissions as actions of a special kind. But it is quite likely that the term ‘consequences’ does not have the same

41 שם, בעמ' 200. ההדגשות שלי.

42 שם, בעמ' 211. יש לציין, כי האריס אינו היחיד שתוקף את העמדה שהועלתה על ידי הארט. לפי אריק מק העמדה של הארט בעייתית שכן לכאורה, חובה פוזיטיבית, או ציפייה מאדם אינה יכולה לשנות קשר סיבתי מסוים. הקשר הסיבתי קיים ללא קשר לחובה זו או אחרת. ניתן לראות זאת באמצעות מקרה שבו א' רואה את ב' טובע בים ולא מציל אותו. לפי הארט, אנו נאמר כי אי-הצלת ב' מהווה קשר סיבתי בכפוף לכך שלא' קיימת חובה להציל את ב'. השאלה של מק היא כיצד החובה להציל, או הציפייה להציל משנה את הקשר הסיבתי? נניח כי לא' אין שום חובה להציל את ב' בזמן t. נניח שנוצרת חובה כזו על ידי כך שג' משלם לא' כסף על מנת שיציל את ב' לאחר t. נניח עוד כי ב' טובע בים לפני t וא' לא מציל אותו לא לפני t ולא לאחר t. לפי הארט לפני t אין קשר סיבתי ואילו לאחר t יש קשר סיבתי, שכן לפני t אין חובה ואילו לאחר t קיימת חובה וזה נראה אבסורד. ראו: Eric Mack, *Bad Samaritanism and the Causation of Harm*, 9 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 230, 238-239 (1980).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

meaning when attached to 'omission' as it has in 'consequences of action'".⁴³

יש לציין כי על פי ויינראוב, אף במקרים שבהם מוטלת חובה על הפועל לבצע מעשה, כגון רופא וחולה, והפועל לא ביצע את המוטל עליו והקרבתן מת, אין זה נכון לומר כי מתקיים קשר סיבתי בין היעדר הפעולה לבין מות הקרבתן. במקרים אלה אנו נרשע את האדם לא בשל הקשר הסיבתי שבין המחדל לבין מוות אלא בשל אי-ביצוע החובה המוטלת עליו.⁴⁴ עמדה דומה המתייחסת להבחנה שעורך המשפט הפיליבי בין מעשה לבין מחדל מציג מור. בהמשך אציג ביתר הרחבה את התאוריה של מור במסגרת הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל.

(2) ביקורת שנייה כנגד עמדת האריס באה מכיוונו של מק. על פי האריס כאמור, אי-מעשה X מהווה סיבה לתוצאה אם הפועל יכול היה לעשות את X ו-X היה מונע את התוצאה. מק מבקר את האריס בכך שהיעדר מעשה לא מהווה סיבה לתוצאה, מכיוון שהתוצאה הייתה מתרחשת, אף אם הפועל לא היה קיים כלל. כלומר, כאשר הפועל המית את הקרבתן יהיה זה נכון לומר שמעשה ההמתה היה הסיבה למות הקרבתן שכן אם הפועל לא היה קיים הקרבתן לא היה מת. ומכאן, שמעשה ההמתה גרם לתוצאה. לעומת זאת, כאשר הפועל הניח לקרבתן למות הרי שהיעדר המעשה אינו יכול להיות הסיבה לתוצאה שכן אף אם הפועל כלל לא היה קיים הרי שהקרבתן עדיין היה מת ומכאן שהיעדר ההצלה לא גרם לדבר. מק מבהיר עמדה זו: נניח שמדובר במצב שבו הפועל לא יכול להציל את הקרבתן, הרי שאנו נאמר כי התנאים המספיקים למות הקרבתן היו למשל הים, הריחוק מהחוף והמערבולת. אם כך, מדוע כאשר מדובר במצב שבו הפועל כן יכול היה להציל את הקרבתן מתווסף לתנאים המספיקים תנאי נוסף של אי-הצלת הקרבתן על ידי הפועל. אם התנאים של הים והמערבולת מספיקים במקרה שהפועל אינו יכול להציל את הקרבתן, הרי שהם מספיקים גם כאשר הוא יכול להציל את הקרבתן, ועל כן היעדר ההצלה מצד הפועל אינו יכול להיות הסיבה לתוצאה.⁴⁵

לדעתי האריס יכול לענות על ביקורת זו. כאשר הפועל אינו יכול להציל את הקרבתן, עדיין אי-הצלת הקרבתן מהווה תנאי הכרחי לכך שהקרבתן ימות, אלא שבמקרה זה הפועל אינו אחראי מבחינה מוסרית לתוצאה זו, שכן כאמור הוא לא יכול היה להציל את הקרבתן. לעומת זאת, כאשר הפועל יכול היה להציל את הקרבתן הרי שעדיין מדובר בתנאי הכרחי אך כאן

43 ראו: Elazar Weinryb, *Omissions and Responsibility*, 30 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 1, 3 (1980).
Douglas N. להתייחסות לגישתו של ויינראוב ראו: Husak, *Omissions, Causation and Liability*, 30 PHILOSOPHICAL QUARTERLY 318, 324 (1980).

44 ראו: ויינראוב, בעמ' 10 וכן בעמ' 13-18.

45 ראו: מק, לעיל הערה 42, בעמ' 255.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

הפועל אחראי מבחינה מוסרית לתוצאה שכן הוא יכול היה למנוע את התוצאה ולא עשה זאת.

(3) אני סבור כי הביקורת העיקרית נגד האריס נשענת על הביקורת שהעליתי כנגד הטיעון של רייצ'לס לעיל. האריס בוחן את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות רק דרך רציונל הסיבתיות. ברם, ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות, איננה חייבת להישען על רציונל הסיבתיות. כפי שטענתי בקצרה לעיל ואטען בהרחבה להלן, אף אם נאמר כי אין הבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות, אין זה מוכיח כי הערכים שעומדים בבסיס האיסורים הללו הם זהים. כפי שטענתי, הערכים שעומדים בבסיס האיסור על המתה רחבים ומשמעותיים יותר מהערכים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות. ומכאן שיכולה להיות הבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות שאינה מתבססת על הבחנה סיבתית.

5. טיעון תקיפת ההגדרה הדסקריפטיבית

הגישה הרביעית מתייחסת לכותבים שהגדירו את המושגים המתה והנחה למות אך טענו כי נוכח הגדרה זו, לא קיים רציונל מוסרי להבחנה בין המתה לבין הנחה למות.

א. ניטרליות ההגדרה הדסקריפטיבית – הטיעון של בנט

(1) הצגת הטיעון

בנט הוא אולי המבקר המקורי ביותר של ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות המצוי בתוך קבוצה זו. לצורך הבנת עמדתו הוא בוחן מקרה שבו אישה יולדת תמות אלא אם כן יבוצע ניתוח אשר ירסק את ראשו של העובר. אם לא יבוצע הניתוח הנ"ל התינוק יוכל להיוולד על ידי ניתוח קיסרי שיבוצע באישה המתה.⁴⁶

מה המיילד צריך לעשות? האם עליו לרסק את ראשו של העובר ולהציל בכך את האישה, או להימנע מריסוק ראש העובר אך לתת לאישה למות? הטענה של בנט היא כי ההבחנה היחידה שניתן לערוך בין שני המקרים היא לומר שאם יבוצע הניתוח וירוסק ראש העובר, כי אז אנו ממייתם את העובר. לעומת זאת אם לא יבוצע כל ניתוח ונימנע מריסוק ראש העובר כי אז אנו רק מניחים לאישה למות אך לא ממייתים אותה.

השאלה היא מהי ההגדרה של המתה ומהי ההגדרה של הנחה למות והאם הבחנה זו יכולה להיות בסיס לשיפוט מוסרי כלשהו?

לפי בנט כאשר אנו אומרים כי X הרג את Y אנו טוענים את הדברים הבאים⁴⁷:

46 ראו: בנט 1966, לעיל הערה 5, בעמ' 167.

47 ראו: שם, בעמ' 180-182. במקום אחר בנט נוקט מבחינה מילולית בהבחנה שונה. ההבחנה שהוא נוקט בה היא בין התנהגות פוזיטיבית לבין התנהגות נגטיבית. ראו: Jonathan Bennett,

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

- (1) X הזיז את גופו.
- (2) Y מת.
- (3) מבין כל אפשרויות התזווה אשר נתונות ל-X רק מספר תזוזות מעטות היו גורמות למות Y. מרבית התנועות אשר היו נתונות ל-X לא היו גורמות למות Y. כאשר אנו אומרים כי X הניח ל-Y למות אנו טוענים את הדבר הבא:
 - (1) X הזיז את גופו.
 - (2) Y מת.
 - (3) מבין כל אפשרויות התזווה אשר היו נתונות ל-X מרבית התזוזות היו גורמות למות Y. רק מקצת התנועות אשר היו נתונות ל-X לא היו גורמות למות Y. ניתן לראות אפוא כי ההבדל היחיד בין המתה לבין הנחה למות הוא בתנאי השלישי. כלומר, בכמות הפעולות אשר היו גורמות למות Y. בנט טוען כי אם זהו ההבדל היחיד בין שני מושגים אלו, הרי שהבדל זה אינו יכול להיות בסיס לשיפוט מוסרי כלשהו, ומכאן עולה אפוא כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אינה יכולה להיות משמעותית מבחינה מוסרית.

“This, then, is the conservative’s residual basis for a moral discrimination between operating and not-operating. Operating would be killing: if the obstetrician makes movements which constitute operating, then the child will die; and there are very few other movements he could make which would also involve the child’s dying. Not-operating would only be letting die; if throughout the time when he could be operating the obstetrician makes movements which constitute not-operating, then the woman will die; but in a vast majority of alternative movements he could make during that time would equally involve the woman’s dying. *I do not see how anyone doing his own moral thinking about the matter could find the least shred of moral significance in this difference between operating and not-operating*”⁴⁸

בנט טוען, כי לו יבוא אדם ויאמר כי א' המית את ב' בדרך היחידה האפשרית ולאחר מכן יבוא ויאמר כי א' המית את ב' באחת מבין שתי דרכי הפעולה האפשריות שהיו נתונות בידיו

Negation and Abstinence: Two Theories of Allowing, in KILLING AND LETTING DIE 230, 232 (Bonnie Steinbock and alastair norcross ed., 1994). וכן: בנט 1995, לעיל הערה 5, בעמ' 67, 88. לשם הנוחות אגדיר את המקרים הנופלים לגדר התנהגות פוזיטיבית כהמתה ואילו את המקרים הנופלים להתנהגות נגטיבית כהנחה למות.
48 ראו: בנט 1966, לעיל הערה 5, בעמ' 182. ההדגשות שלי.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

ולאחר מכן יוסיף לכך עוד דרך אחת וכן הלאה, הרי שיש לנו כאן מעבר בין המתה לבין הנחה למות ולמעבר זה אין משמעות מוסרית. ההבדל הוא למעשה בין א' שהמית את ב' באחת מבין N אפשרויות שהיו נתונות בידי לבין א' שהמית את ב' באחת מבין N+1 אפשרויות שהיו נתונות בידי.⁴⁹

לצורך הבהרת עמדתו בנט מעלה שלוש דוגמאות:⁵⁰

(1) "דחיפה" – א' דוחף את ב' הרוכב על אופנוע. דחיפה זו גורמת לרוכב להתרסק ולמות.

(2) "עצירה" – ב' רוכב על אופנוע ועלול להתרסק אלא אם כן א' יניח סלע שימנע זאת. א' לא מניח את הסלע וב' מתרסק ומת.

(3) "הסטה" – ב' רוכב על אופנוע לכיוון מקום שבו נמצא סלע שיעצור אותו. א' מסיט את הסלע וב' מתרסק ומת.

על פי בנט ב"דחיפה" רק מקצת מן הפעולות הנתונות לא' היו מובילות לתוצאה של מות ב' ועל כן פעולתו של א' מסווגת כהמתה.

ב"עצירה" – מרבית הפעולות הנתונות לא' היו גורמות להתרסקותו של ב' ועל כן התנהגות זו מסווגת כהנחה למות.

ולבסוף ב"הסטה" – רק מקצת מן הפעולות הנתונות לא' היו מובילות להתרסקותו של ב' ועל כן פעולתו מסווגת כהמתה, בדומה למקרה "דחיפה".

כפי שציינתי לעיל, על פי בנט, אם ההבדל בין המתה לבין הנחה למות נשען על כמות הפעולות שהיו מובילות לתוצאת המוות, הרי שהבדל זה אינו יכול להיות בעל משמעות מוסרית.

(2) ביקורת

הביקורת כלפי בנט הופנתה לשני מרכיבים בתאוריה שלו. הביקורת הראשונה הופנתה למרכיב ההגדרה בתאוריה שלו. על פי ביקורת זו, ההגדרה שניתנה על ידי למושגים המתה והנחה למות אינה נכונה. הביקורת השנייה טענה, כי יש רציונל מוסרי שעומד בבסיס ההגדרה שניתנה על ידי בנט, זאת בניגוד לבנט אשר טען כי להבחנה לא יכולה להיות משמעות מוסרית.

(א) הביקורת על ההגדרה – הטכניקה של בנט לדחיית ההבחנה המוסרית היא לקבוע מהי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות ולהראות כי לא יכול להיות רציונל מוסרי להבחנה

49 שם, בעמ' 183. לפי בנט נובע, כי אם אני רואה אדם העומד לטבוע בים, ואני מטביע אותו, הרי שרק הנחתי לו למות, שכן מרבית הפעולות שהיו נתונות בידי היו מובילות לכך שהוא היה מת בכל מקרה. אף אם לא הייתי עושה כלום הוא היה מת. זה נראה אבסורד. ראו: דינלו, לעיל הערה 17, בעמ' 193-194.

50 ראו, בנט 1995, לעיל הערה 5, בעמ' 67.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

זו. מקמהן טוען⁵¹ כי ההגדרה של בנט להמתה ולהנחה למות אינה נכונה ולפיכך התאוריה שלו להיעדר הבחנה מוסרית – קורסת. מקמהן מתייחס, בין היתר, למקרה הבא: "ביטול" – קיים כפר באפריקה המצוי בסכנת רעב. פקיד הבנק של הפועל (agent) סבר שהוא מעוניין לשלוח המחאה על סכום מסוים בכדי לעזור לכפר זה. הפועל שומע על כך ומודיע לפקיד על ביטול המחאה.⁵²

על פי בנט, מקרה זה יסווג כהמתה שכן רק מקצת מן הפעולות הנתונות לפועל יובילו לתוצאה של מות האנשים המצויים בכפר.⁵³ לעומת זאת, מקמהן טוען, כי מדובר כאן בהנחה למות. מקמהן מציין, כי הבעיה המרכזית של בנט היא בכך שהוא מתייחס רק לפעולה הנעשית בנקודת זמן ספציפית והוא אינו מתייחס למרכיבים מן העבר, שהם בעלי משמעות. במקרה של "ביטול" מדובר על משאבים השייכים לפועל (הכסף שייך לו), ואם משאבים אלה היו מגיעים לכפר הרי שהיינו טוענים שהפועל הציל אנשים אלו. במקרה זה, הפועל פשוט החליט שלא להמשיך בתהליך ההצלה. כלומר הוא לא מנע את המוות של אנשי הכפר אך לא ניתן לומר שהוא המית אותם. במצב זה יש כאן חזרה למצב ההתחלתי שמשמעותו, אי-ביצוע פעולת ההצלה מלכתחילה. לעומת זאת אם הפועל היה עוצר פעולת הצלה שהייתה מתבצעת על ידי צד ג' כי אז מקרה זה יכול היה להיות מסווג כהמתה, שכן לא מדובר בהפסקת הצלה של הפועל עצמו.⁵⁴

מקמהן מתייחס גם למקרה "הסטה" שצוין לעיל. על פי מקמהן אם הפועל הוא שהניח את הסלע כדי לעצור את רוכב האופנוע מלהתרסק אך לאחר מכן הוא התחרט והסיר את הסלע (מקמהן מכנה מקרה זה *interpose & kick*) הרי שהוא הניח לרוכב למות ולא המית אותו. אף כאן, ובניגוד לתוצאה אליה הגיע בנט, המשמעות היא הפסקת פעולת הצלה ולא המתה.⁵⁵

51. Jeff McMahan, *A Challenge to Common Sense Morality*, 108 ETHICS 394 (1998).
לביקורת ברוח דומה ראו: דינלו, לעיל הערה 17, בעמ' 192-196.
52. ראו: מקמן, שם, בעמ' 400.
53. ראו: בנט 1995, לעיל הערה 5, בעמ' 103.
54. ראו: מקמהן, לעיל הערה 51, בעמ' 401.
55. ראו: שם, בעמ' 402-403. מקמהן מעלה מקרים נוספים המוכיחים כי החלוקה של בנט אינה נכונה. למשל, נניח שמדובר היה במצב שבו הפועל עצמו יושב במסלולו של רוכב האופנוע. אם הרוכב ימשיך בדרכו הוא יתקל בפועל וינצל. האפשרות היחידה שלפיה הרוכב לא יתקל בו היא לקפוץ לצד שמאל. במקרה זה אם הפועל קופץ לצד שמאל, לפי בנט הוא המית את הרוכב שכן מבין מגוון הפעולות הנתונות בידי, רק פעולה אחת הייתה גורמת למות הקרבן. לעומת זאת מקמהן טוען כי במקרה זה, נראה ברור שמדובר במצב שבו הפועל הניח לקרבן למות. מדובר כאן במצב שבו הפועל לא הציל את הקרבן ולא מדובר כאן במצב שהוא המית אותו. ראו: שם בעמ' 404. ראו שם גם מגוון מקרים נוספים שמקמהן מציג.

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

כיוון שהמקרים הללו מוכיחים כי החלוקה של בנט בין המתה לבין הנחה למות אינה נכונה הרי שהטיעון שלו קורס.⁵⁶

(ב) הביקורת על היעדר הרציונל – בנט אמנם טען שההבדל בהגדרה של המתה והנחה למות אינו יכול להיות מושגת על רציונל מוסרי כלשהו, אך יש שחלקו על כך.⁵⁷ יש שהצביעו על כך כי החלוקה של בנט מורה באופן עקרוני על רציונל סיבתי המספק תשתית מוסרית להבחנה בין המתה לבין הנחה למות. העובדה שמתוך סך הפעולות הנתונות לפועל רק מקצת מן הפעולות היו מובילות למוות של הקרבן מצביעה על קשר סיבתי ישיר בין מעשה הפועל לבין מות הקרבן. לעומת זאת, העובדה שמתוך סך הפעולות הנתונות לפועל מרבית מן הפעולות היו מובילות למות הקרבן מצביעה על כך שהקשר הסיבתי בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן הוא עקיף יותר.

וכך מציינות קדרי וטרנס במאמרם המתייחס להבחנה בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות:

“This leads Bennett to conclude ultimately that the Dif makes no real moral difference. This seems to us very wrong. Bennett’s account works, when it works, because his criterion measures the extent to which the way someone moves his body influences, in Lewis’s sense, whether an outcome occurs. What is really being measured is whether the agent’s body movements cause the outcome. Thus the bystander’s failure to throw the switch is a cause of the cub scouts’ death. She fails to throw the switch by standing perfectly still; the fact that she could have moved in many other ways without preventing their death is relevant because it means that the way she actually moves her body is not a cause of the scouts’ death. In turn, it seems to us that whether or not someone’s body movements cause an outcome is *obviously* relevant to the moral status of her conduct”.⁵⁸

כלומר על אף העובדה שבנט טען כי אין ולא יכול להיות רציונל מוסרי העומד בתשתית ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות (לפי ההגדרה של בנט), הרי שייתכן כי עומד רציונל המסביר חלוקה זו, רציונל המבוסס על סיבתיות.

56 ראו: שם, בעמ' 408.

57 ראו למשל: Kadri Vihvelin & Terrance Tomkow, *The Dif*, 102 THE JOURNAL OF PHILOSOPHY 183 (2005). כמו כן ראו TONY HONORE', RESPONSIBILITY AND FAULT 52 (1999).

58 ראו: קדרי וטרנס, שם, בעמ' 190-191. קדרי וטרנס מכנות את ההבחנה בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות (The Dif).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

ב. סתירת האינטואיציה המוסרית – הטיעון של קגן

(1) הצגת הטיעון

גם קגן מבקר את ההבחנה המוסרית, בין היתר באמצעות תקיפת ההגדרה הדסקריפטיבית על ידי כך שהוא מראה שההגדרה הדסקריפטיבית ההגיונית להמתה והנחה למות אינה עולה בקנה אחד עם האינטואיציות המוסריות שלנו. כלומר, כמו בנט הוא תוקף את ההבחנה המוסרית דרך ההגדרה הדסקריפטיבית, אך הוא עושה זאת באופן שונה מבנט. קגן מעלה את האפשרות כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות (או באופן כללי בין גרימת נזק לבין הנחה לנזק לקרות) נשענת על מושג ההתערבות בחייו של הקרבן. כאשר ראובן ממית את שמעון הרי ששמעון מת כתוצאה מהתערבות ראובן במהלך העניינים הרגיל. לעומת זאת, כאשר ראובן מניח לשמעון למות הרי ששמעון מת כתוצאה מהיעדר התערבות במהלך העניינים הרגיל. קגן מדגיש כי מושג ההתערבות אינו קשור בהכרח למושג הסיבתיות.⁵⁹ כלומר, ייתכן שהן במקרה של המתה, הן במקרה של הנחה למות, מתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן אלא שההבדל נעוץ באופן שבו הקרבן מת. במקרה של המתה כאמור הקרבן מת כתוצאה מהתערבות של הפועל, ואילו במקרה של הנחה למות הקרבן מת כתוצאה מהיעדר התערבות של הפועל.

“Intuitively, the idea is this: often agents step into the causal flow in such a manner as to alter the outcome of processes which were already under way. This is in contrast to cases where the agent simply lets the on-going process continue. In the former case, but not the latter, the agent can be said to *interfere*: he makes a difference in a way that he does not when he merely refrains from altering the causal flow.”⁶⁰

על פי קגן, החשיבות המוסרית של רעיון ההתערבות נעוצה בהגיון הבא: כאשר הקרבן מת כתוצאה מהתערבות הפועל, הרי שהפועל הפך את מצבו של הקרבן לרע יותר, שכן אם הוא לא היה מתערב מצבו של הקרבן היה טוב יותר, ואילו כאשר הפועל לא התערב במהלך העניינים הרגיל אלא רק הניח לקרבן למות הרי שהפועל לא הפך את מצב הקרבן לרע יותר. אף אם הפועל כלל לא היה קיים, הרי שהקרבן עדיין היה מת.⁶¹

59 ראו: קגן, לעיל הערה 5, בעמ' 92-94.

60 שם, בעמ' 94.

61 שם. קגן טוען בתחילה כי הדרך להבחין מתי הפועל התערב ומתי הוא לא התערב, יכולה להיעשות על ידי השאלה הבאה: מה היה קורה לו הפועל לא היה קיים. אם הקרבן לא היה מת, כי אז ברור שהפועל התערב במצב הקרבן. לעומת זאת, אם הקרבן עדיין היה מת כי אז הפועל לא התערב במצב הקרבן שכן דבר לא השתנה בכך שהפועל קיים. אך קגן דוחה דרך זו. הוא טוען שאם זה היה המבחן הרי שהוא לא מספק את התשובה הנכונה במקרים מסוימים. למשל

פרק א: התאוריה הסקפטית המשווה

אולם קגן מטיל ספק באפשרות להבחין בין המתה לבין הנחה למות מבחינה דסקריפטיבית באמצעות מושג ההתערבות. לצורך כך הוא מתייחס, בין היתר, לארבעה מקרים אפשריים הקשורים להסרת מגן:⁶² "עבדול 1" – אוכל נשלח לאנשים רעבים אך עבדול גונב אוכל זה, וכתוצאה מכך האנשים הרעבים מתו. "עבדול 2" – נשלחה המחאה לאנשים הרעבים כדי שיוכלו באמצעותה לקנות אוכל. עבדול גונב את ההמחאה, וכתוצאה מכך אנשים אלו מתו. "עבדול 3" – עבדול עצמו שולח את ההמחאה, אך הוא מתחרט. לאחר משלוח ההמחאה הוא מבטל אותה. "עבדול 4" – עבדול כותב המחאה, אך לפני שהוא שולח אותה הוא מתחרט וקורע אותה.

קגן טוען כי בכל המקרים הללו עבדול עושה מעשה אשר מונע מן העזרה מלהגיע למקומה. בכל המקרים הללו הוא מתערב במהלך העניינים הרגיל וגורם בכך למותם של האנשים – אם הוא לא היה מתערב הם לא היו מתים. אם ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות מבוססת על מושג ההתערבות כי אז כל המקרים הללו צריכים להיות מסווגים כהמתה (או כגרימת נזק) ולפיכך הם אמורים להיות אסורים. עם זאת, נראה כי מי שמסכים להבחנה בין המתה לבין הנחה למות, יטען כי "עבדול 3" ו"עבדול 4" אינם חמורים מבחינה מוסרית שכן מדובר בהנחה למות, ממש כשם שהיעדר הצלה כלל (ללא כל פעולה מצד הפועל) אינו חמור מבחינה מוסרית (ולמצער אינו חמור כמו המתה). ומשכך, ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות המבוססת על רעיון ההתערבות אינה נכונה. במילים אחרות, לדעת קגן הדרך היחידה להבחין מבחינה דסקריפטיבית בין המתה לבין הנחה למות היא באמצעות מושג ההתערבות. אולם, הישענות על מושג ההתערבות תגרור איסורים במקומות שבהם אלה הטוענים להבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות יהיו מעוניינים להתיר, ומכאן שההבחנה עצמה אינה נכונה.

המקרים הבאים: "מלך" – מלך יורה בבנו הבכור על מנת שכנו השני יירש אותו. את מקרה "מלך" אנו נסווג ללא ספק כהמתה. עם זאת, לפי מבחן ההתערבות, אם המלך לא היה קיים כי אז הבן הבכור לא היה קיים, ואם כן, הירי בבן הבכור לא הפך את מצבו של הבן לגרוע יותר. ניתן להמשיך את סיפור המקרה באופן הבא: "מלך 1" – לאחר שהמלך ירה בבנו הבכור ירש בנו השני את הכתר. בנו השלישי של המלך מבקש את עזרתו של אחיו (הבן השני של המלך) שיצילו מרעב והאח (בנו השני של המלך) אינו עוזר לו. בשל כך הבן השלישי מת. את מקרה "מלך 1" אנו מסווגים בדרך כלל כהנחה למות ולא כהמתה. עם זאת, לפי מבחן ההתערבות, אם האח השני לא היה קיים כי אז הבן השלישי לא היה מת מרעב שכן הוא היה יורש את המלך. ראו שם, בעמ' 96.

62 ראו: שם, בעמ' 106-107.

(2) הביקורת

אף אם נסכים לכך שההבחנה מבוססת על מושג ההתערבות בחייו של הפועל, עדיין ניתן לחלוק על קגן בנוגע לסיווג המקרים שהועלו לעיל. ניתן לטעון, כי מקרים "עבדול 3" ו"עבדול 4" מסווגים כהנחה למות ולא כהמתה. כפי שציניתי לעיל בביקורת על בנט, על פי מקמהן יש משמעות למרכיבים מן העבר. יש להתחשב בהיסטוריה של המקרה על מנת לדעת כיצד לסווג אותו. בשני המקרים הללו, הקרבן היה תחת איום שלא נוצר על ידי הפועל. במקרים אלה הפועל התחיל להעניק עזרה אך הפסיק לפני שהעזרה הצילה את הקרבן. במצב כזה, הגיוני יותר לסווג את המקרה כהיעדר התערבות ולא כהתערבות. כלומר, קגן טען שההבחנה אינה נכונה מבחינה מוסרית כיוון שהוא סיווג מקרים מסוימים כהמתה ולפיכך הם אמורים להיות אסורים. אולם, אם הסיווג של קגן אינו הכרחי (או אינו נכון) כי אז גם הביקורת של קגן אינה הכרחית.

וכך כותב מקמהן בהתייחסו למקרים אלה:

"This, however, would be a mistake. Intuitively, the agent in each of these...cases (i.e., ...Abdul 3, and Abdul 4) seems merely to let the villagers die. In each case there is an antecedent threat to the victims the existence of which is independent of any action by the agent. The agent then initiates a process that, if continued, would eventually block or eliminate the threat. But before this process intervenes to eliminate the threat, the agent acts to abort it. Intuitively we regard this as an instance of allowing a preexisting lethal threat to continue—that is, as an instance of letting die."⁶³

6. סיכום

לסיכום, הצגתי בפרק זה עמדות סקפטיות שונות הגורסות כי לא קיימת כל הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. מגוון העמדות הספקטיות שהוצגו מצביע לדעתי על כך כי מדובר בגישה משמעותית מאוד בפילוסופיה של המוסר, וכי יש לתת את הדעת עליה. יש לציין, כי עמדות סקפטיות אלו מערערות, לכאורה, על ההבחנה החדה שעורך המשפט הפלילי בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט, ולמצער הן מערערות את הבסיס המוסרי של הבחנה זו. עם זאת, עמדות אלו אינן חפות מביקורות ומקשיים ובמסגרת הצגת העמדות הסקפטיות ציינתי את הביקורות השונות שניתן להעלות כלפיהן. בפרק הבא אציג את הגישות הסבורות כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות נשענת על רציונל מוסרי.

63 ראו: Jeff McMahan, *Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid*, in *KILLING AND LETTING DIE* 383, 394 (Bonnie Steibock and Alastair Norcross ed, 1994).

פרק ב

הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

1. מבוא לפרק כולו

בפרק א ציינתי את התיאוריות הסקפטיות הגורסות כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. כעת אעבור לדון בגישות הסבורות כי קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות וכי הבחנה זו נשענת על רציונל מוסרי.¹

כפי שאראה להלן הרציונלים שניתנו להבחנה משפטית זו מגוונים, אך כמצוין לעיל, ניתן לחלק את הרציונלים השונים לשני סוגים עיקריים. הסוג הראשון משתית את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל על רציונל מוסרי. לפי עמדה זו, הטעם לכך שיש לערוך הבחנה משפטית בין מעשה לבין מחדל נובע מהבחנה מוסרית הקיימת בין מעשה לבין מחדל. בשל הפער המוסרי הקיים בין שני סוגי ההתנהגות הללו, מצריך המשפט הפלילי לאתר חובה לפעול בכדי להרשיע במחדל.

הסוג השני משתית את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל על רציונל משפטי. לפי עמדה זו, אף אם אין כל הבחנה מוסרית בין מעשה לבין מחדל, עדיין צריך המשפט הפלילי לערוך הבחנה זו בשל נימוקים פנים משפטיים אשר יפורטו בהמשך.

בפרק זה אתייחס כאמור רק לעמדות הגורסות כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נשענת על רציונל מוסרי.

יצוין, כי כאשר אני מתייחס לרציונלים מוסריים כוונתי לרציונלים המצביעים על הבחנה אינהרנטית הקשורה לרמת האשמה של הפועל במקרה של המתה אל מול אשמתו במקרה של הנחה למות. לעומת זאת, כאשר אני מתייחס לרציונלים משפטיים כוונתי לשיקולים חיצוניים של המחוקק לערוך הבחנה בין מעשה לבין מחדל, אך שיקולים אלה אינם מצביעים על הבחנה ברמת האשמה המוסרית של הפועל במקרה של המתה אל מול אשמתו במקרה של הנחה למות. בהתאם לרציונלים משפטיים אלה כאמור, ייתכן כי לא קיימת כלל

¹ כפי שציינתי לעיל, ההבחנה בין מעשה לבין מחדל מתייחסת לכאורה גם לעבירות התנהגות, אך עיקר העיסוק בהבחנה זו נעשה לגבי עבירות תוצאה. בהמשך הספר אטען כי הרציונלים השונים המבחינים בין מעשה לבין מחדל נכונים יותר לעבירות תוצאה ולא לעבירות התנהגות. מכאן ינבע, כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירות התנהגות לא תהיה רלוונטית.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

הבחנה מוסרית בין מעשה לבין מחדל, ועדיין, משיקולים פרגמטיים-משפטיים, יש צורך לערוך הבחנה זו.

בהמשך לאמור, אציין, כי היות שהדיון על אודות ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט מצוי הן בספרות הפילוסופית הכללית, הן בספרות המשפטית, הרי שהדיון בהן יהא משולב. כלומר, לא יציתי דיון מנותק בין משפטים לבין פילוסופים שעסקו בהבחנה זו, אלא יציתי כאמור הבחנה בין נימוקים מוסריים (בין אצל משפטים ובין אצל פילוסופים) המבחינים בין מעשה למחדל, לבין נימוקים משפטיים המבחינים בין מעשה למחדל. דיון מסוג זה מעשיר לדעתי הן את המשפט הפלילי, הן את התחום המוסרי, שכן ייתכנו רציונלים שהופיעו רק בספרות הפילוסופית, אך ניתן ליישם להבחנה הנעשית בתחום הפלילי. ויתכנו רציונלים שהופיעו רק בספרות המשפטית, אך ניתן ליישם להבחנה המוסרית.

2. רציונל הסיבתיות

א. הקדמה

בסעיף זה אציג את אחד הרציונלים האינטואיטיביים ביותר מבחינה מוסרית, להבחנה בין המתה לבין הנחה למות. רציונל זה מתבסס על הבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות. לפי הבחנה זו, האיסור על המתה חמור מהאיסור על הנחה למות, שכן בהמתה מתקיים קשר סיבתי בין מעשה הפועל לבין מות הקרבן ואילו במקרה של הנחה למות לא מתקיים קשר סיבתי, או למצער הקשר הסיבתי עקיף יותר, בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן.² מהלך הסעיף ייעשה באופן הבא:

בשלב הראשון, אציג שלוש תאוריות על אודות סיבתיות שעשויות לתמוך בעמדה הגורסת כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות מושתתת על הבחנה סיבתית. בחרתי בשלוש התיאוריות הללו, שכן, לבד מן העובדה כי הן תאוריות משמעותיות, הרי שהמושג להן הוא שבמקרים הקלסיים המסוגלים כהמתה (ראובן יורה בשמעון ושמעון מת) מתקיים קשר סיבתי בין מעשה הפועל לבין מות הקרבן, ולעומת זאת, במקרים הקלסיים המסוגלים כהנחה למות (הנחה למות במחדל) לא מתקיים קשר סיבתי בין היעדר המעשה של הפועל לבין מות הקרבן. במסגרת הצגת התאוריות כאמור (בעיקר בשלב הצגת העמדה הראשונה) אדגיש את השאלות העיקריות שאליהן יש להתייחס כשבאים לבחון את סוגיית הסיבתיות בהקשר של ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

2 בדיון זה, כאשר אני טוען כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה, אני טוען גם כן כי הוא אינו יכול להוות סיבה לתוצאה מסוימת, וכן כי לא יכול להיות קשר סיבתי בינו לבין תוצאה מסוימת. כל הביטויים הללו מציינים טענות זהות אלא אם כן נאמר במפורש אחרת.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

יש להדגיש, כי אף שיש מן המשותף בכל התאוריות הללו, עדיין, קיימים הבדלים משמעותיים ביניהם, הבדלים שעשויים להנביע בסופו של דבר הגדרה שונה להמתה ולהנחה למות. אציג בקצרה את שלוש התיאוריות:

התאוריה הראשונה מאפיינת את הקשר הסיבתי כ"סיבה בלעדיה אין" אולם היא טוענת כי רק אירועים (המונח אירוע יתפרש להלן) הים רכיבי הקשר הסיבתי (causal relata). לפי תאוריה זו הנחה למות במחדל אינה מקיימת קשר סיבתי שכן מחדל אינו אירוע. **התאוריה השנייה** טוענת כי קשר סיבתי נוצר רק כתוצאה מאירוע המהווה אינטראקציה סיבתית (כפי שתוגדר להלן). לפי תאוריה זו, הנחה למות במחדל אינה מקיימת קשר סיבתי שכן מחדל אינו חלק מאינטראקציה סיבתית.

התאוריה השלישית טוענת כי מעשה הוא הסיבה לתוצאה אם הוא יצר או חולל את האיום שגרם לתוצאה. לפי תאוריה זו, הנחה למות במחדל אינה מקיימת קשר סיבתי שכן מחדל לא יכול ליצור או לחולל את האיום שגרם למוות.

לאחר הצגת כל אחת מן התאוריות הללו, אציג את הביקורות הרלוונטיות שניתן להעלות כלפיה. הביקורות מחולקות לשני סוגים: סוג אחד של ביקורת מופנה כלפי עצם נכונותה של התאוריה הסיבתית עצמה. סוג שני של ביקורת מתייחס לקשר שבין התאוריה הסיבתית להבחנה המוסרית שבין המתה לבין הנחה למות. לאמור: אף אם נסכים לכך שהתאוריה הסיבתית נכונה, עדיין אין בכך כדי להוכיח כי ההבחנה הסיבתית היא היא הרציונל המבחין בין המתה לבין הנחה למות.

בשלב השני, אציג תאורית "ביניים" של סיבתיות הגורסת כי מחדל יכול במקרים מסוימים להוות גורם לתוצאה, אך לא בכל המקרים. לפי תאוריה זו, בכדי לומר שתנאי מסוים הוא אף הסיבה לתוצאה, אין די במבחן "סיבה בלעדיה אין" אלא יש אף להוכיח כי תנאי זה היווה חריגה מהנורמלי והסביר בהתרחשות נתונה. לפי עמדה זו, אף מחדלים יכולים להוות חריגה מהנורמלי והסביר, ועל כן גם מחדל יכול להוות הגורם לתוצאה מסוימת. תאוריה זו היא עמדת "ביניים" מכיוון שבניגוד לתאוריות הקודמות היא גורסת כי מחדל יכול במצבים מסוימים לגרום לתוצאה, אך לא בכל המקרים. כלומר, ההבחנה בין מעשה לבין מחדל על פי תאוריה זו אינה חדה. כמו כן, תאוריה זו היא עמדת "ביניים" אף בשל העובדה כי יש שביססו את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל על תאוריה סיבתית זו, ומנגד יש שטענו כי אין הבחנה בין מעשה לבין מחדל מבחינה סיבתית ואף הם ביססו זאת על סמך תאוריה זו (ליוונס).³

במסגרת תאורית ה"ביניים", אציג שתי גישות שונות המתבססות על תאוריה סיבתית זו כדי להסביר את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל. הגישה הראשונה היא גישתו של הונורה⁴ והגישה השנייה היא גישתו של פלטשר.

3 את גישתו של ליוונס אציג בפרק ג' המתייחס לרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

בשלב השלישי, אציג שתי תאוריות אחרות על אודות סיבתיות אשר לפיהן אף במקרים הקלסיים של הנחה למות במחדל, מתקיים קשר סיבתי בין היעדר המעשה של הפועל לבין מות הקרבן.

לפי תאוריות אלו, אם קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות הרי שהיא אינה יכולה להיות מבוססת על הבחנה סיבתית.

אציין כי תאוריות אלו אינן שוליות כלל, והן מצויות הן בתחום המשפטי, הן בתחום הפילוסופיה של המדע והמוסר. אציג בקצרה את שתי התאוריות:

לפי התאוריה הראשונה – האפיון של הקשר הסיבתי הוא אכן "סיבה בלעדית אין" אלא שניתן לומר שמחדל עצמו הוא אירוע, או שניתן לומר כי הרכיבים של הקשר הסיבתי אינם אירועים אלא עובדות (facts).

לפי התאוריה השנייה – האפיון של הקשר הסיבתי אינו "סיבה בלעדית אין" אלא תנאי הכרחי במערכת שהיא מספיקה אך לא דווקא הכרחית. אף לפי תאוריה זו, מחדל יכול מהווה גורם לתוצאה שכן הוא יכול להיות תנאי הכרחי בתוך מערכת שהיא מספיקה.

הערה אחרונה – לשם הנוחות אניח בפרק זה כי המילה "מחדל" מציינת מצב שבו הפועל לא ביצע כל תנועה גופנית והנוק לא נמנע בשל כך.

ב. תאורית "סיבה בלעדית אין" ומבחן התנועה הגופנית – אפשרות ראשונה
להבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות

(1) הצגת התאוריה

כאמור, בפרק זה אדון באפשרות כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות מבוססת על הבחנה סיבתית. לפי הבחנה זו, המתה חמורה מהנחה למות, שכן כאשר מדובר בהמתה, אזי מעשה ההמתה הוא שגורם לתוצאת המוות, ואילו כאשר מדובר בהנחה למות, אין ההנחה למות מהווה את הגורם למוות. ניתן לטעון, כי כאשר ראובן יורה בשמעון וממית אותו, אזי מעשה הירי של ראובן הוא הגורם לתוצאת המוות של שמעון. או במילים אחרות, למעשהו של ראובן יש קשר סיבתי לתוצאת המוות של שמעון. לעומת זאת, כאשר ראובן רואה את שמעון טובע בים והוא עומד באפס מעשה ולא מציל אותו אף שיכול היה לעשות זאת, אזי עמידתו של ראובן אינה הגורם למוות של שמעון. במקרה זה ניתן לומר כי גורם המוות היה הים ולא ראובן שעמד בצד ולא עשה דבר.

לעמדה זו הגורסת כי להנחה למות במחדל, אין קשר סיבתי למוות, יש תומכים הן מתחום המשפט, הן מתחום הפילוסופיה.

מתחום המשפט למשל, פרופ' פלר טוען במפורש כי מחדל אינו יכול לגרום לשום תוצאה. הוא טוען כי:

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי
"מבחינת מציאות הטבע אין אפס המעשה, המחדל, יכול לגרום למאומה.
אין כל אפשרות לגרום, בהתאם לכללים אלה, כי טביעתו בים של א' נגרמה
על ידי עמידתו מן הצד של ב', שהיה נוכח במקום האסון ובזמן שאירע...
טביעת א' בים, מבחינת כללי מציאות הטבע, היא פועל יוצא של היחס שבין
המשקל הסגולי של גופו לבין המשקל הסגולי של מי הים, ואילו מותו של
א', מאותה בחינה, הוא תוצאה של שיתוק פעולתם של כלי הנשימה שלו,
על כל הכרוך בכך מבחינת המשך פעולתם של שאר האיברים החיוניים לחיי
האדם."⁴

יש לציין, כי פלר היה מודע לכך, שקיימים מקרים שבהם נראה שמתקיים קשר סיבתי אף
במקרה של מחדל, למשל, במקרה שבו הייתה מוטלת חובה לפי דין על הפועל לעשות דבר
מסוים והוא לא ביצע דבר זה. כאשר ראובן משמש כרופאו של שמעון, ואין הוא נותן לו
תרופה שתציל אותו, אנו טוענים (לפחות בשפה היומיומית) כי ראובן גרם למותו של
שמעון; כלומר, אנו טוענים כי אי-מתן התרופה היא הסיבה למותו של שמעון.

4 ראו: ש' ז' פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 429 (1984) (ההדגשות שלי). נראה כי אף פרופ'
לוי ופרופ' לדרמן סבורים כי לא מתקיים קשר סיבתי במחדל. לפיהם, כאשר המשפט מתייחס
לקשר סיבתי במקרים של מחדלים, מדובר בקשר סיבתי משפטי ולא עובדתי. "קשר סיבתי בין
מחדל לבין תוצאות הנובעות ממנו הוא ביטוי בעל משמעות משפטית בלבד, שהרי מבחינה
פיסיקאלית אפס מעשה לעולם לא יגרום לתוצאה." ראו: "לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות
הפלילית 342 (תשמ"א) (ההדגשות שלי). יש לציין, כי לדעתי, קיימים פסקי דין מהם עולה כי
מחדל יכול לגרום לתוצאה, והוא אינו מהווה כלל בעיה לבחינת הקשר הסיבתי העובדתי. ראו
למשל, ע"א 576/81 בן שמעון נ' אלי ברדה, פ"ד לח(3) 1 (1984). בפסק דין זה דובר על
חבורת נערים שפרצה למחסן נעול דרך חלון שאחד מהסורגים בו היה חסר. הנערים נטלו
מספר רובים וכדורים ושיחקו עמם. במסגרת "משחק" זה נפגע המערער בראשו. בפסק הדין
מתייחס ברק כדבר מובן מאליו להתקיימות הקשר הסיבתי העובדתי בין אי-שימת מחסום ראוי
לפציעת הנער. זוהי אף עמדתו של השופט טירקל. כמו כן, בע"א 2714/02 פלונית נ' מרכז
רפואי בני ציון חיפה, פ"ד נח(1) 516 (2003), דובר על רופאים שלא ביצעו ניתוח קיסרי
ליולדת והעובר מת כתוצאה מכך. נקבע שם כי: "אכן אילו בוצע הניתוח הקיסרי לא הייתה
נגרמת התוצאה המצערת: במובן זה קיים קשר סיבתי עובדתי בין אי ביצוע הניתוח לבין מות
העובר". שם, בעמ' 517 (ההדגשות שלי). אציין, כי אמנם פסקי דין אלה עוסקים בדיני הנוזיקין
ולא בדין הפלילי, אך לעניין בחינת הקשר הסיבתי, אין שוני בין שני הדינים. נראה ברור, כי גם
פרופ' לוי ופרופ' לדרמן יטענו כי ניתן לחייב בנוזיקין במקרים אלה, אך לדעתם אין המדובר
בקשר סיבתי עובדתי אלא רק בקשר סיבתי משפטי. לדעתם, אי-ביצוע הניתוח למשל, אינו
מהווה סיבה עובדתית למות העובר. לעומת זאת, מפסקי דין אלה עולה כדבר מובן מאליו כי
מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין היעדר הפעולה לנזק עצמו, וניתן לראות למשל, באי-ביצוע
הניתוח כגורם או למצער כאחד הגורמים למות העובר. במילים אחרות, נראה, כי לכותבים
אלה, כאשר מדובר בקשר של מחדל – נזק, ישנה חריגה מן הדרישות המקובלות, שכן אין
צורך בקשר סיבתי עובדתי כדי להרשיע בדין הפלילי או כדי לחייב בנוזיקין, וניתן להסתפק
בקשר סיבתי משפטי.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

במקרים כגון אלה טוען פלר כי מתקיים קשר סיבתי בין המחדל לבין התוצאה שכן מוטלת על ראובן חובה להציל את שמעון.

“אבל מבחינת כללי המציאות החברתית – וכללי המשפט כחלק ממנה – אם הייתה חלה על ב’ – ...חובה להציל את א’ והיה ביכולתו לעשות כן, היו משתלבים כל התהליכים, הכוחות והפעולות – אשר היה במילוי החובה האמורה כדי לעצור בעדם באי מילויה. וכל המכלול, המעוגן מבחינה משפטית במחדלו של א’ והמהווה גוף אחד עמו, היה קונה לעצמו משקל גרימתי של ממש, שווה ערך למשקל הגרימתי של התנהגות אקטיבית. זהו הבסיס, ללא כל פיקציה, לראות, מבחינת כללי המציאות החברתית, במחדלו של ב’, שהתבטא באי מילוי חובה לפי דין, ושאיפשר את התרחשות התוצאה הקטלנית, סיבה פיזית אובייקטיבית לאותה תוצאה; לא פחות מאשר דחיפת אדם לתוך הים, שגם לה צריכים להצטרף הכוחות והתהליכים הפיזיים האמורים כדי שייגרם מותו של הנדחף. אין אפוא כל סטייה מן המציאות החברתית, כשקובעים כי בתנאי קיום חובה לפי דין לפעול, אי מילוי החובה היה סיבה של ממש להתרחשות התוצאה המזיקה.”⁵

כלומר, לפי פלר קיימים מקרים שבהם לא מתקיים קשר סיבתי במחדל וקיימים מקרים בהם כן מתקיים קשר סיבתי במחדל. כאשר מוטלת על הפועל חובה לפי דין לפעול, והוא אינו מקיים חובה זו, והתרחשה כתוצאה מכך התוצאה המזיקה, אזי במקרים אלה, אנו טוענים כי היעדר הפעולה שלו גרם לתוצאה המזיקה. אליבא דפלר, זו אינה פיקציה סיבתית, אלא סיבתיות אובייקטיבית. לעומת זאת, כאשר לא קיימת חובה לפי דין לפעול, אזי אין קשר סיבתי בין היעדר הפעולה לתוצאה המזיקה.

כמצוין לעיל, העמדה כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה (ובכלל זה כמובן, המתה במחדל) אינה נחלתם של מלומדי משפט בלבד. היא קנתה שביתה גם בקרב פילוסופים של המוסר וגם בקרב פילוסופים של המדע.

כך למשל, מתחום הפילוסופיה של המוסר, אריק מק טוען כי “השומרני הרע” שלא מציל אדם כאשר הוא מסוגל לעשות זאת, אינו גורם למוות. לפיו, המחדל עצמו אינו מוסף דבר לתוצאה הנתונה ועל כן לא יהיה זה נכון לטעון כי המחדל גורם לתוצאה.

“That Jone’s rescue activity would prevent the drowning does not show that, should the drowning occur, the absence of this activity by Jone’s

5 ראו: פלר, שם, בעמ’ 429 (ההדגשות שלי).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
would be among the factors bringing it about. *The power to avert is not
the power to cause whatever is not averted.*"⁶

ומתחום הפילוסופיה של המדע טוענת הלן ביבי, כי לא ייתכן שמתקיים קשר סיבתי
במקרה של מחדל או אי עשייה.

"According to the way we normally speak about the world, absences can
be causes. We might say for instance, that jone's failure to close the fire
doors was a cause of the raging fire that destroyed the building, of that
smith's failure to water her office plants was a cause of their death...so it
seems that an adequate theory of causation is going to have to rule that
there is such a thing as causation by absence.

*I don't believe there is any such thing as causation by absence...The
reason I deny that there's any such thing as causation by absence is that I
want to uphold the view that causation is a relation between events.*"⁷

ההבדל היחיד הקיים בין פלר לבין ביבי ומק הוא שפלר טוען, כי כאשר קיימת לפועל
חובה משפטית לפעול והוא לא עשה כן, מתקיים קשר סיבתי אובייקטיבי בין המחדל לבין
התוצאה המזיקה ואילו ביבי ומק אינם מסכימים לעמדה זו. לפיהם, מחדלים אינם יכולים
לגרום לתוצאה מזיקה בין אם הייתה חובה לפעול ובין אם לאו.⁸

(2) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות

בטרם אציג את התשתית הפילוסופית של הבחנה סיבתית זו אציין, כי לפי עמדה זו ניתן
לומר שההגדרה של המתה ושל הנחה למות מבוססת על מבחן התנועה הגופנית. על פי
מבחן זה, ראובן הרג את שמעון כאשר ראובן ביצע תנועה גופנית שגרמה למותו של שמעון

6 ראו: Eric Mack, *Bad Samaritanism and the Causation of Harm*, 9 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 230, 259 (1980) (ההדגשות שלי). ראו גם: Elazar Weinryb, *Omissions and Responsibility*, 30 PHILOSOPHICAL QUARTERLY 1, 2-5 (1980).

7 ראו: Helen Beebe, *Causing and Nothingness*, in CAUSATION AND COUNTERFACTUALS 291 (John Collins, Ned Hall and L.A. Paul ed., 2004) (ההדגשות שלי). לאור הדוגמאות שהעליתי בשמה של ביבי, אזי ברור ש-absence כולל אף מקרים של מחדל.

8 עמדה דומה אציג להלן בשם מור הסבור כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה בשום מצב שהוא, שכן מחדל מוגדר כהיעדר תנועה גופנית, והיעדר תנועה אינו יכול לגרום לשינוי בעולם. עם זאת, קיים הבדל בין מור לתאוריות שלעיל (מק ופלר). מור סבור שהתאוריה הסיבתית היא תשתית להבדל אחר; מעשה הופך את מצב הקרבן לרע יותר ואילו מחדל אמנם אינו משפר את מצב הקרבן אך מנגד אינו גורע אותו. לעומת זאת, התאוריות שלעיל טענו שהבחנה נשענת על הבחנה סיבתית, ועליה בלבד.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(למשל, הירי של ראובן). לעומת זאת, ראובן הניח לשמעון למות, כאשר ראובן לא עשה כל תנועה גופנית בכדי להציל את שמעון, ושמעון מת. לפי הבחנה סיבתית זו, הרציונל המבחיין בין המתה לבין הנחה למות נובע מההבדל בקשר הסיבתי המתקיים בין הפעולה של ראובן לבין המוות של שמעון. לפי הבחנה זו, דרגת האחריות והאשמה גדולה יותר כאשר מתקיים קשר סיבתי בין הפעולה של הפועל לבין תוצאת המוות ועל כן המתה חמורה מהנחה למות.⁹

(3) התשתית הפילוסופית של התיאוריה

עד כה הצגתי, מבחינה עובדתית, אפשרות להשתית את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות על הבחנה סיבתית. אולם, מהי התשתית הפילוסופית של העמדה שהוצגה לעיל? על אלו הנחות יסוד היא נשענת?

מכיוון שאני סבור כי סוגיית הסיבתיות אינה מבוררת דיה בשיח המשפטי, ואילו הדין הפילוסופי בסוגיה זו רווי ומסובך, נראה כי יהיה זה נכון להציג את השאלות הבסיסיות הנוגעות לסוגיית הסיבתיות (בהקשר שאני רוצה לדון כאן) ודרך הנהרת שאלות אלו, להציג את העמדה הפילוסופית והמשפטית הקובעת כי מחדלים אינם יכולים לגרום לתוצאות, ובהתאמה כי קיימת הבחנה סיבתית בין המתה להנחה למות.

כדי להבין את סוגיית הסיבתיות בהקשר דנן, יש לפצל בין שתי שאלות בסיסיות:¹⁰
(1) מהם המרכיבים של קשר סיבתי? (what are the causal relata?)

9 יש לציין, כי חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58 נשען, לכאורה, אף הוא על מבחן התנועה הגופנית, שכן הוא עורך הבחנה חדה בין מעשה לבין מחדל בכל הנוגע לאופן ההתייחסות כלפי החולה הנוטה למות. סעיף 19 לחוק זה אוסר על כל מעשה המכוון להמית את החולה או שתוצאתו של המעשה תוביל קרוב לוודאי לגרימת מותו. כמו כן, סעיף 21 לחוק אוסר על הפסקת טיפול רפואי רציף. מסעיף זה עולה כמובן, כי ניתוק ממכשירי החייאה אסור כשם שהזרקת רעל לחולה אסורה. לעומת זאת, אי-מתן טיפול רפואי לחולה הנוטה למות מותר במקרים מסוימים (ראו בעיקר סעיפים 15-18). מהצעת החוק עולה שהאיסור על ניתוק ממכונת הנשמה (שבא לידי ביטוי כאמור בסעיף 21) נבע מכך שלפחות לפי דעת רוב רובם של פוסקי ההלכה, ניתוק ממכונת הנשמה הוא המתה לכל דבר ועניין. ראו: אברהם שטיינברג "דו"ח הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות" אסיא יח 5, 39, הערה 24 (2002). לעניין זה יש לציין, כי קיימות עמדות בהלכה הסוברות כי ניתוק ממכונת הנשמה מותר במקרים מסוימים במסגרת ההיתר של הסרת המונע. ראו לעניין זה: הרב חיים דוד הלוי "ניתוק חולה שאפסו סיכוי לחיות ממכונת הנשמה מלאכותית" תחומין ב 297, 304-305 (התשמ"א). עמדה המתירה ניתוק ממכונת הנשמה בשל העובדה שאין מעשה זה שונה ממחדל רגיל מקובלת גם על חלק מן הכותבים בתחום הפילוסופיה של המוסר, ועל חלק מן המשפטנים. ראו למשל, עמדתם של פלטשר, מקמהן וקם בהמשך פרק זה.

10 ראו: Jonathan Bennett, *Event Causation: The Counterfactual Analysis*, I PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES 367-368 (1987).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

(2) כיצד יש לאפייין קשר סיבתי? כלומר, מתי נוכל לומר כי דבר מסוים גרם לדבר אחר לקרות?

השאלה הראשונה מתייחסת לטבע הרכיבים של הקשר הסיבתי. בהנחה כי הקשר הסיבתי מתרחש בין סיבה לתוצאה, השאלה היא מהו הטבע האונטולוגי של הסיבה והתוצאה? האם הם חייבים להיות אירועים (events), או שהם יכולים להיות עובדות (facts) או מצבי דברים (state of affairs) או דבר מה אחר.

למשל, במקרה שבו ראובן ירה בשמעון ושמעון מת, ישנם שני אירועים. הסיבה שהיא הירי של שמעון, והתוצאה שהיא המוות של ראובן. מי שטוען, כי המרכיבים של קשר סיבתי הם אירועים, סבור כי לא יכול להיות מצב שבו דבר שהוא אינו אירוע גרם לתוצאה מסוימת. **השאלה השנייה** מתייחסת למהות ואפיון הקשר הסיבתי. כלומר, אף אם נניח שהרכיבים של הקשר הסיבתי הם אירועים, או עובדות, או מצבי דברים, עדיין צריך לשאול את השאלה העיקרית והיא: מתי נאמר כי אירוע אחד גרם לאירוע השני? ומתי נאמר כי אירוע א' לא גרם לאירוע ב'?

בהתייחס לאפיון הקשר הסיבתי, ניתן לומר באופן כללי, כי תאוריות על אודות סיבתיות נחלקות לשתי קבוצות עיקריות:

הקבוצה האחת מאפיינת את הסיבה או את הגורם לתוצאה מסוימת, על פי מונחים של תנאים הכרחיים ו/או מספיקים לתוצאה.

הקבוצה השנייה אינה מסתפקת באפיון הסיבה או הגורם על פי מונחים של תנאים הכרחיים ו/או מספיקים לתוצאה, והיא מצריכה שהתנאי ההכרחי או המספיק יצרו או יחוללו בצורה כזו או אחרת את התוצאה.

יש לציין, כי ניתן להסכים למשל על הרכיבים של קשר סיבתי ולחלוק על האפיון של הקשר הסיבתי. מנגד, ניתן לחלוק על הרכיבים של הקשר הסיבתי ועם זאת לא לחלוק על האפיון שלו. לדוגמה, יש שיסכימו כי האפיון של קשר סיבתי מתבסס על מבחן ה"סיבה בלעדית אין". כלומר, A גרם ל-C אם ורק אם, A לא היה קיים C לא היה קיים. אך הם יכולים לחלוק על הרכיבים של קשר סיבתי. מנגד יש שיטענו כי הרכיבים של הקשר הסיבתי הם אירועים, אך יחלקו על הקביעה כי האפיון של הקשר הסיבתי הוא "סיבה בלעדית אין". לאחר הקדמה זו, ניתן לענות בצורה בהירה יותר על מה יכולה להישען העמדה הקובעת כי מבחן התנועה הגופנית הוא המבחן התיאורי המבחין בין המתה לבין הנחה למות, וכי מבחן זה נשען על רציונל סיבתי.

ניתן לטעון כי בנוגע לשאלה הראשונה המתייחסת לרכיבים של קשר סיבתי, הרכיבים הם אירועים (events). קרי, קשר סיבתי יכול להתרחש רק בין אירוע אחד שהוא הסיבה, לאירוע שני שהוא התוצאה. לפי עמדה זו, דבר שאינו אירוע אינו יכול לגרום לשום תוצאה. יש לציין, כי ההגדרה של אירוע חשובה במקרה דנן שכן אירוע הוא המרכיב הבסיסי לקשר

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

סיבתי. עם זאת, נראה כי בספרות אין עמדה אחת ברורה בנוגע להגדרה זו. הגדרה לאירוע הנראית לי סבירה היא ההגדרה שניתנה על ידי מלור¹¹ ולפיו – אירוע הוא התרחשות בזמן ובמקום מסוימים כאשר ההתרחשות ניתנת לבידול הן מבחינת המיקום שלה במרחב, הן מבחינת המיקום שלה בזמן. כלומר, אירוע דורש התרחשות (שהיא מטבעה נמשכת) מסוימת בזמן ובמרחב, או במילים אחרות, אירוע דורש שינוי במצב הדברים הקיים בעולם. ההתרחשות יכולה להיות קצרה מאוד כמו צילום תמונה, והיא יכולה להיות ארוכה מאוד כמו קרב בעת מלחמה, אך בכל מקרה ההתרחשות מצריכה מרווח של זמן ומרחב. בכך נבדל אירוע מבחינה תיאורית מאובייקטים אחרים הניתנים לבידול מבחינת המיקום שלהם במרחב אך הם אינם ניתנים לבידול מבחינת המיקום שלהם בזמן.

“The difference between events and things, I and many others have argued ... is this. Every particular that is extended in space, whether it is a thing or an event, has spatial parts. An omelette, for example, which is a thing, obviously has spatial parts. And so does a family meal, which is an event, its spatial parts being the meals eaten on that occasion by each member of the family. But not every particular that is extended in time has temporal parts. Events do: each course of a meal is a temporal part of it. But things do not. An omelette has no temporal parts, only spatial ones.”¹²

ברור כי אירוע לא חייב להתרחש על ידי אדם והוא יכול להתרחש אף על ידי הטבע עצמו, ללא התערבותו של האדם. למשל, רעידת אדמה היא אירוע. אולם, מכיוון שאנו מעוניינים להבין את ההבחנה הסיבתית בין המתה לבין הנחה למות, חשוב להדגיש כי תנועה גופנית של האדם, כגון הרמת יד, או ירי באקדח, גם היא אירוע, שכן כפי שצינתי לעיל, אירוע הוא התרחשות המתקיימת בזמן ובמרחב, ותנועה גופנית עומדת בתנאי זה. לפי עמדה זו, הנימוק לכך שקשר סיבתי יכול להתרחש רק בין שני אירועים נובע מן העובדה שרק כאשר קיים אירוע, ישנו שינוי במצב דברים, ורק שינוי במצב דברים יכול לגרום לתוצאה מסוימת. כאשר ראובן יורה בשמעון, הוא יוצר שינוי במצב הדברים הקיים, ועל כן אנו יכולים לטעון שהירי הוא שגרם למותו של שמעון. לעומת זאת, מחדל אינו

11 ההגדרה של אירוע הייתה מקור לאי-בהירויות בנוגע לסיבתיות, וכפי שאמר מלור: “In discussions of causation the word event has become a term of art which different artists use in different ways” .ראו: D.H. MELLOR, THE FACTS OF CAUSATION 121 (1995) כי הנימוק לכך שההגדרה שצינתי לעיל היא ההגדרה של מלור, מלור עצמו חלק על העמדה כי אירועים הם הרכיבים הבסיסיים של הקשר הסיבתי. לפיו, הרכיבים הבסיסיים הם עובדות ולא אירועים. ראו להלן פיתוח של עמדה זו.

12 שם, בעמ' 122.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

אירוע, שכן אינו דבר שקיים בעולם ועל כן הוא גם אינו יכול לגרום לתוצאה מסוימת להתרחש. לכן כאשר ראובן אינו משקה את הפרחים של שמעון והפרחים נבלו, לא ניתן לטעון כי ראובן גרם לנבילתם שכן היעדר ההשקיה אינו שינוי במצב הדברים ולפיכך היעדר ההשקיה לא גרם לנבילת הפרחים (אלא היובש גרם).

בנוגע לשאלה השנייה, המתייחסת לאפיון הקשר הסיבתי, עמדה זו יכולה להתבסס על אפיון הקשר הסיבתי כ"סיבה בלעדית אין". כלומר, אירוע הוא סיבה לתוצאה אם בלעדיו התוצאה לא הייתה מתרחשת. או במלים אחרות, אירוע הוא סיבה לתוצאה אם הוא תנאי הכרחי לתוצאה. עמדה זו היא עמדה רווחת במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט¹³ והיא, בין היתר, גם עמדתו של הפילוסוף דייוויד לואיס.

לפי גישה זו, אירוע A גורם לאירוע C אם ורק אם A ו-C הם אירועים נפרדים שהתרחשו בפועל, ואם A לא היה קיים C לא היה מתקיים.¹⁴

משילוב של שני התנאים עולה, כי הירי של ראובן בשמעון הוא הסיבה למותו של שמעון, שכן הירי של ראובן הוא אירוע והוא אף תנאי הכרחי לתוצאה. לעומת זאת, כאשר ראובן לא השקה את הפרחים והם נבלו, הרי שעל אף העובדה שהיעדר ההשקיה הוא תנאי הכרחי לתוצאה, הוא אינו אירוע ועל כן הוא לא הסיבה לנבילת הפרחים.¹⁵

13 ראו למשל: ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1 (1994); כמו כן ראו: ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34 (2001); כמו כן ראו, ע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ' בלזר, פ"ד נט(2) 408 (2004).

14 ראו: David Lewis, *Causation*, 70 JOURNAL OF PHILOSOPHY 556 (1973). יש לציין, כי אמנם לואיס סבור כי סיבה היא תנאי הכרחי לתוצאה, במובן זה שאם הסיבה לא הייתה קיימת, התוצאה לא הייתה מתרחשת, אך הוא סבור כי מחדלים גורמים לתוצאות, שכן הוא בעל עמדה אחרת בנוגע לשאלה הראשונה. ראו: David Lewis, *Causation as Influence*, 97 JOURNAL OF PHILOSOPHY 182 (2000). David Lewis, *Causation as Influence*, in CAUSATION AND COUNTERFACTUALS 75-106 (John Collins, Ned Hall and L.A. Paul ed., 2004) (להלן – לואיס 2004a). כמו כן ראו: וכן: David Lewis, *Void and Object*, in CAUSATION AND COUNTERFACTUALS 277-290 (John Collins, Ned Hall and L.A. Paul ed., 2004) (להלן – לואיס 2004b). יש לציין, כי אפיון של הקשר הסיבתי כ"סיבה בלעדית אין" אפשרי כמובן אף במחדל. ואכן ישנן גישות אשר יובאו בהמשך הטוענות כי גם מחדל יכול לגרום לתוצאה. בשלב זה הצגתי עמדה הסבורה כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה, לא בשל העובדה כי האפיון של הקשר הסיבתי הוא "סיבה בלעדית אין" אלא בשל העובדה כי רכיבי הקשר הסיבתי הינם אירועים ואילו מחדל לפי ההגדרה שהצגתי לעיל, אינו אירוע.

15 הקביעה כי מחדלים אינם יכולים לגרום לתוצאות שכן הם אינם אירועים מצויה באופן מפורש במאמריה של הלן ביבי.

"The reason I deny that there's any such thing as causation by absence is that I want to uphold the view that *causation is a relation between event...and I assume in what follows that there are no negative events*-which is to say, more or less, there are no event whose essence is the absence of a property or particular."

(4) הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

על פי גישה זו הגורסת כאמור כי לא מתקיים קשר סיבתי בין מחדל לבין נזק, הצורך באיתור חובה לפעול במקרה של מחדל הוא ברור. ככלל, קשר סיבתי מאפשר לנו להטיל את האחריות לתוצאה על האדם שגרם לנזק, בכך שהוא מספק קשר ייחודי בין האדם שביצע את הפעולה לבין הנזק הרלוונטי. האדם שגרם לנזק הוא המועמד הטבעי עליו תוטל האחריות לתוצאת הנזק ובעקבות זאת גם האשמה. החובה לפעול במקרה של מחדל, מהווה אפוא, תחליף לקשר הסיבתי בכך שהיא מייחסת לפועל קשר ייחודי לנזק הרלוונטי, אולם ברור כי לא כל מחדל בו אדם יכול היה למנוע נזק ולא עשה זאת, יכול להוות תחליף לקשר הסיבתי. כך, על פי גישה זו, אם שלא האכילה את בתה והבת מתה מרעב, תוכל להיות מורשעת בהריגה או ברצח (תלוי ביסוד הנפשי), לא בשל העובדה כי מתקיים קשר סיבתי בין היעדר האכלת הבת לבין מותה, אלא בשל הקשר הייחודי שיש בינה לבין הקרבן. באותה מידה, כאשר אדם המתפקד כמציל בים, נמנע מלעזור לאדם הטובע, הרי שהוא יוכל להיות מורשע בהריגה או ברצח, בשל הקשר הייחודי לנזק, ולא בשל קיום הקשר הסיבתי.¹⁶

(5) הביקורת

הביקורת כלפי עמדה זו מתייחסות הן לטענה כי רק אירועים הם רכיבי הקשר הסיבתי, הן לטענה כי האפיון של הקשר הסיבתי הוא "סיבה בלעדית אין" והן לקשר שבין התאוריה הסיבתית להבחנה שבין המתה לבין ההנחה למות. אציין, כי אני מתייחס לכל הביקורות שהועלו כלפי עמדה זו, אלא רק לביקורות הנראות בעיני רלוונטיות להבחנה שבין המתה לבין הנחה למות.

(א) לפי הביקורת הראשונה, הקביעה כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה בשל העובדה כי הוא אינו מהווה אירוע, אינה עולה בקנה אחד עם השימוש היומיומי שלנו במונח גרימה או סיבה. כלומר, אף אם נסכים לקביעה כי מחדל אינו אירוע עדיין, במספר רב של מקרים אנו טוענים כי מחדל או אי-עשייה הוא שגרם לתוצאה, או שהוא היווה הסיבה לתוצאה. להלן מספר דוגמאות:

ראו: ביבי, לעיל הערה 7, בעמ' 291 (ההדגשות שלי). כמו כן, נראה כי זוהי גם עמדתו של פלר המנמק את העובדה כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה בכך ש"מבחינת מציאות הטבע אין אפס המעשה, המחדל, יכול לגרום למאומה". ראו: פלר, לעיל הערה 4, שם.

16 ראו: ויינראוב, לעיל הערה 6, בעמ' 3, 15. הצורך באיתור חובה לפעול שצוין כאן זהה לכל שלוש התיאוריות הסוברות כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה. לכן, לא ציינתי במסגרת כל התיאוריות הללו את הצורך באיתור חובה לפעול במחדל והסתפקתי בציון צורך זה רק כאן. בנוסף יש לציין, כי על פי ויינראוב לא כל חובה לפעול יכולה לשמש בסיס להרשעה בעבירות המתה. למשל, החובה הנובעת מחוק לא תעמוד על דם רעך לא יכולה לשמש בסיס לעבירת המתה שכן היא לא יוצרת קשר ייחודי לנזק. לעניין השאלה אלו חובות יכולות לשמש בסיס לעבירות תוצאה, ראו דיון בפרק ו' להלן.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

- (1) ראובן לא שילם את הארנונה וכתוצאה מכך עוקלו המטלטלין שלו. במקרה זה אנו טוענים כי אי-המעשה של ראובן גרם לעיקול המטלטלין.
- (2) ראובן לא הגיע לעבודתו וכתוצאה מכך הוא פוטר. אף כאן אנו טוענים כי אי-ההגעה לעבודה גרמה לפיטוריו של ראובן.
- (3) ראובן לא השקה את פרחיו של שמעון וכתוצאה מכך הם נבלו. במקרה זה אנו טוענים כי היעדר ההשקיה גרם לנבילת הפרחים.
- בשלושת המקרים הללו אנו רואים כי היעדר פעולה או היעדר מצב דברים מסוים יכול לגרום לתוצאה מסוימת ומכאן, שאף מחדל יכול לגרום לנזק.¹⁷
- ברור, כי אם אנו טוענים שאף מחדל יכול לגרום לתוצאה, אזי לא ניתן להשתית את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות על הבחנה סיבתית.¹⁸
- תשובה מסוימת לביקורת ניתן למצוא בדברי פלר לעיל. על פיו, במישור המשפטי, כאשר קיימת חובה לפי דין לבצע פעולה מסוימת והפועל לא מבצע פעולה זו ונגרמת תוצאה מזיקה, ניתן לומר כי המחדל הוא הגורם או הסיבה האובייקטיבית לתוצאה. כלומר, בהקשר שלנו ניתן לומר כי כאשר ראובן לא הציל את שמעון ושמעון מת, אנו נאמר כי לראובן יש קשר סיבתי למותו של שמעון אך ורק אם הייתה לראובן חובה לפי דין לפעול. עם זאת, לדעתי עמדתו של פלר אינה מובנת כלל. ראשית, המקרים (1) ו-(2) לעיל, מצביעים על כך שגם כאשר לא מוטלת על הפועל חובה על פי דין לפעול, עדיין אנו טוענים

17 כמו כן, לא זו בלבד שמחדלים או אי-עשייה יכולים, לכאורה, לגרום לתוצאה מסוימת, אלא שהם יכולים להוות התוצאה עצמה. למשל, ראובן חלה בשפעת ולכן הוא לא הגיע להופעה.

18 יש שהעלו את הטענה כי אמנם קיימים מקרים המתייחסים למחדלים ואשר השפה היומיומית מכנה אותם גורמים, אך מנגד קיימים מקרים אחרים, שאינם שונים מבחינה סיבתית מן המקרים הקודמים ועדיין השפה היומיומית אינה מכנה אותם גורמים. למשל, אף מלכת אנגליה לא השקתה את הפרחים של שמעון, אך איננו טוענים כי היעדר ההשקיה של מלכת אנגליה גרם לפרחים לנבול, על אף העובדה שאם היא הייתה משקה את הפרחים הם לא היו נובלים. אנו טוענים כי ראובן שהתחייב כלפי שמעון גרם לנבילת הפרחים, אך מלכת אנגליה שלא התחייבה להשקות את הפרחים לא גרמה לפרחים לנבול. לכאורה, אין הבדל מבחינה סיבתית בין מלכת אנגליה שלא השקתה את הפרחים לבין ראובן שהתחייב להשקות את הפרחים. ואם אנו טוענים כי היעדר ההשקיה של מלכת אנגליה לא מהווה הסיבה לנבילת הפרחים, הרי שגם היעדר ההשקיה של ראובן אינו הסיבה לנבילת הפרחים. ראו לעניין טענה זו: ביבי, לעיל הערה 7, בעמ' 291-308. כמו כן ראו: Sara Mcgrath, *Causation by Omission: A Dilemma*, 123 PHILOSOPHICAL STUDIES 125 (2005). עם זאת, טענה זו עדיין אינה מסבירה את האינטואיציות החזקות הקיימות לנו בנוגע למחדלים אשר אנו רואים אותם כגורמים לכל דבר ועניין. כל שטענה זו עושה היא להראות שקיימות אינטואיציות אחרות לגבי מקרים אחרים, אך היא אינה מסבירה את המקרים המראים לכאורה שמחדלים יכולים לגרום לתוצאה. לעניין זה ראו גם: JUDITH JARVIS THOMSON, *THE REALM OF RIGHTS* 237-239 (1990). גם תומסון סבורה כי קשה מבחינה סיבתית לחלק בין שני המצבים שלעיל. עם זאת, היא עדיין סבורה כי מבחינה אינטואיטיבית, כאשר קיימת חובה והפועל לא מילא אחריה, ניתן לומר שהוא גרם לנזק, אולם דומה כי היא סבורה שהבחנה זו היא בעייתית.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

כי היעדר העשייה גרם לתוצאה מסוימת. שנית, וזה העיקר, אם מחדל אינו אירוע ועל כן הוא אינו יכול לגרום לדבר, כיצד יכולה החובה על פי דין לגרום לכך שהמחדל כן יגרום לתוצאה? אם אנו טוענים כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה אזי אף אם הייתה חובה לפעול, המחדל אינו יכול לגרום לתוצאה, ואם אנו טוענים כי כאשר הייתה חובה לפי דין לפעול, מחדל יכול לגרום לתוצאה, אזי אף כאשר אין חובה לפי דין לפעול, מחדל יכול לגרום לתוצאה. החובה לפעול אינה יכולה, לכאורה, להיות רלוונטית לסוגיית הסיבתיות. יש לשים לב, כי פלר אינו טוען (כפי שאחרים טוענים), כי באופן כללי מחדל גורם לתוצאה אלא שכאשר אין חובה לפי דין אנו לא רואים בו את הסיבה העיקרית לתוצאה, ואילו כאשר מוטלת עליו חובה לפי דין לפעול, אנו רואים בו את הסיבה העיקרית לתוצאה. פלר טוען את ההפך. עמדה זו כאמור לא נראית בעיני סבירה.

תשובה שונה לביקורת ניתן למצוא במאמרה של ביבי. ביבי טענה כי ניתן להסביר את האינטואיציות שלנו בדבר מחדלים שגורמים לתוצאות על ידי ההבחנה, שקבע דייוידסון, בין המושג – סיבתיות (causation), לבין המושג – הסבר סיבתי (causal explanation). לפי דייוידסון גרימה סיבתית מבוטאת במשפט – A גרם ל-C. לעומת זאת הסבר סיבתי מבוטא במשפט A בגלל C. כאשר מדובר ביחס של גרימה אזי מדובר ביחס שבין שני אירועים. כאשר מדובר בהסבר סיבתי לא מדובר ביחס של שני אירועים אלא ביחס של שתי עובדות (facts).¹⁹

למשל, כאשר אנו אומרים שהדקירה של ברוטוס גרמה למוות של יוליוס קיסר אזי אנו מבטאים משפט של סיבתיות. לעומת זאת, כאשר אנו אומרים כי שירה אוהבת את יעקב בגלל שיעקב הוא איש חכם, אנו מבטאים משפט של הסבר סיבתי. איננו מבטאים משפט של גרימה סיבתית.

הטענה של ביבי היא כי מחדל אינו יכול להיות גורם לתוצאה אך הוא יכול להעניק הסבר סיבתי לתוצאה מסוימת (יש לציין, כי זו אינה העמדה של דייוידסון עצמו, שכן כפי שאראה להלן, לפיו מחדל יכול להיות סיבה לתוצאה). אנו יכולים לומר, כי משה מת בגלל שהוא לא לקח את התרופה. אך זה לא יהיה נכון לומר כי אי-לקיחת התרופה היא שגרמה

19 כך מציינת ביבי במאמרה:

“In causal relations Davidson argues for a distinction between causation and causal explanation by concentrating on the logical form of causal statements. He argues...that causation is a relation between events rather than facts - in other words, that the canonical form of causal statements is c caused e, where c and e are events and caused is a two place relation, rather than e because c, where c and e are facts and because is a sentential connective.”

ראו: ביבי, שם, בעמ' 303. וכן ראו: Donald Davidson, *Actions, Reason, and Causes*, in: ESSAYS ON ACTION AND EVENTS 149, 161-162 (2001).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
למוות של משה. אי-לקיחת התרופה יכולה להסביר את ההיסטוריה הסיבתית של מות משה,
אך היא אינה הסיבה למוות שלו.

“In the last section, I defended the view that facts can causally explain without being causes of what they explain. In this section, I argue that facts about absences, *omissions and failures do just that*. The because locution is or at least sometimes is an explanatory locution. Moreover, as we have seen, because claims can be true – can reveal information about causal history without the explanans standing to the explanandum as cause to effect.”²⁰

לפי ביבי, כאשר אנו אומרים כי אי-השקיית הפרחים על ידי ראובן גרמה לנבילתם אנו אומרים משפט שאינו מדויק. המשפט שהיינו צריכים לומר הוא: הפרחים נבלו בגלל שראובן לא השקה אותם. משפט זה מעניק לנו הסבר סיבתי למוות הפרחים; קרי, ממשפט זה אנו למדים שמות הפרחים לא כלל אירוע של השקייתם.²¹
יש לציין, כי הוגים כמו לואיס ובנט²² טענו בניגוד לביבי, כי מחדלים גורמים לתוצאות, ואכן אף אי-השקיית הפרחים על ידי מלכת אנגליה הוא אחד מן הגורמים לכך שהפרחים נבלו. הטעם לכך שאיננו מציינים זאת כסיבה נובע משיקולים פרגמטיים ולא משיקולים עקרוניים. איננו מציינים אף פעם את כל הסיבות שגרמו לתוצאה מסוימת שכן חלק מן הסיבות פשוט לא מעניינות אותנו. כך אף במקרה זה. איננו מציינים את העובדה שמלכת אנגליה לא השקתה את הפרחים שכן אין זו הסיבה המעניינת אותנו. הסיבה המעניינת אותנו היא שראובן לא השקה את הפרחים אף שהוא התחייב לעשות כן. אני אישית מסכים עם עמדתם זו של לואיס ובנט (ובהמשך אני מפרט בנוגע לעמדות אלו).
(ב) הביקורת השנייה – נוגעת לאיפיון הקשר הסיבתי כסיבה בלעדית. כפי שצינתי לעיל, לפי גישה זו, A גורם ל-C אם A ו-C התרחשו בפועל, ואם A לא היה קיים, C לא היה

20 ראו: ביבי, שם, בעמ' 304 (ההדגשות שלי).

21 נראה, כי הפיתרון של ביבי המתייחס להבחנה בין סיבתיות לבין הסבר סיבתי (בהנחה שמקבלים פיתרון זה) יכול לעמוד בהקשרים מוסריים. קרי, ניתן לומר כי אי-הצלת שמעון מטביעה על ידי ראובן היא הסבר סיבתי למוותו של שמעון. היא אינה הגורם למוותו של שמעון. עם זאת, בהקשר משפטי המצב נראה מסובך יותר, שכן ניתן להרשיע אדם בהמתה גם במקרה של מחדל. אך אם אין קשר סיבתי בין אי-ביצוע החובה לבין המוות, כיצד ניתן להרשיע אותו, שהרי אחד מהתנאים הבסיסיים להרשעה הוא שיתקיים קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות הפועל לבין תוצאת המוות?

22 ראו: לואיס 2004a, לעיל הערה 14, בעמ' 101. כמו כן ראו: JONATHAN BENNETT, THE ACT ITSELF 130-131 (1995).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

קיים. עם זאת, קיימים מקרים בהם אף ש-A לא היה מתרחש C עדיין היה מתרחש ולפיכך A הוא אינו תנאי הכרחי לתוצאה. להלן שני מקרים:

(1) גורמים חלופיים לתוצאה, כאשר גורם אחד מקדים גורם שני – למשל, ראובן ושמעון מעוניינים להרוג את לוי (לאו דווקא כשותפים). ראובן יורה ראשון בלוי ולוי מת. אך אם ראובן לא היה יורה בלוי, שמעון היה יורה בלוי ולוי היה מת בכל מקרה.
(2) גורמים מספיקים המצויים יחדיו בסיטואציה הרלוונטית – למשל, מקרה שבו ראובן ושמעון יורים ביחד בלוי ולוי מת.

במקרה הראשון נראה שנאמר כי ראובן הוא שגרם למותו של לוי על אף שהוא אינו תנאי הכרחי לתוצאה. ובמקרה השני נראה שנאמר כי הן הירי של שמעון והן הירי של ראובן מהווים הגורם למותו של לוי, על אף שהן הירי של ראובן והן הירי של שמעון אינו תנאי הכרחי לתוצאה.²³ שכן אם ראובן לא היה יורה, לוי היה מת בכל מקרה מהכדור של שמעון, וכן אם שמעון לא היה יורה, לוי היה מת בכל מקרה מהכדור של ראובן. ממקרים אלו עולה לכאורה שאפיון הקשר הסיבתי כ"סיבה בלעדית אין" אינו מדויק.

אחד מן הפתרונות האפשריים הוא לטעון כי האיפיון של המושג גרימה אינו בא לידי ביטוי רק בכך שאם A לא היה קיים C לא היה קיים, אלא גם במקרה בו אם A לא היה קיים C לא היה מתרחש בזמן ו/או באופן שהוא התרחש בפועל. אם נתייחס לדוגמה שהועלתה לעיל, אם ראובן לא היה יורה כי אז, לוי היה מת שנייה לאחר מכן על ידי שמעון. השנייה הזו, בין הירי של ראובן לבין הירי של שמעון הופכת את האירוע לאירוע אחר. לגבי מקרה

23 ראו לעניין זה, ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3 (1978); כמו כן ראו, ע"פ 341/82 בן יחזקאל בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1 (1986). מפסקי דין אלה עולה שאכן גם במקרה השני אנו נראה הן בראובן והן בשמעון כגורמים למוות וניתן יהיה להרשיעם בהריגה. נראה שהרציונל של פסקי דין אלה הוא הפיתרון הראשון שיצוין להלן, וכן הפתרון שיובא בהמשך בשם רייט. לפי רייט תנאי הוא סיבה לתוצאה אם הוא תנאי הכרחי במערכת שהיא מספיקה לתוצאה. וכך מצייין בית המשפט כי: "יכולות על כן להצטרף זו לזו שתיים או יותר סיבות עצמאיות למותו של פלוני וכל אדם אשר הוא יוצרה של אחת מאלו, נושא באחריות הפלילית לגרימת המוות". כלומר, אם מתקיימות בפועל שתי סיבות עצמאיות למוות (כמו למשל כפי שאירע בפרשת ברדריאן – שתי דקירות על ידי שני אנשים שונים), יוצר כל אחת מן הסיבות נחשב לגורם המוות. ככל אופן יש לציין כי בפרשת ברדריאן לא היה צורך להוכיח קשר סיבתי בנוגע לכל אחת מן הדקירות בפני עצמה, שכן במקרה זה היה מדובר לכאורה במבצעים בצוותא, אולם ברור כי בית המשפט לא הלך בדרך זו. לעניין הסיטואציה השנייה יש לציין את סעיף 309(4) לחוק העונשין, הקובע כי יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר גם במקרה שבו "במעשהו או במחדלו החיש את מותו של אדם הסובל ממחלה או מפגיעה שהיו גורמות למותו גם אילו לא מעשהו או מחדלו זה"; כלומר, במקרה שבו שתי הפגיעות קטלניות יראו כל אחת מן הפגיעות כגורם המוות (מסעיף 309 לא ברור האם המחוקק סבור כי המבחן "תנאי בלעדית אין" אינו מבחן מדויק, או שמא הוא סבור כי יש לפרש את המבחן "תנאי בלעדית אין" באחד האופנים שהעליתי לעיל).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

(2), ניתן לומר שאם שמעון לא היה יורה, לוי אמנם היה מת אך המוות היה מתרחש בזמן מאוחר יותר.²⁴

לואיס מציע פיתרון מעט שונה שגם מסתמך על תנאי נוגד מציאות. הוא טוען, כי מושג הגרימה אינו מושג של הישענות סיבתית (casual dependence) אלא מושג של השפעה סיבתית (casual influence). על פי לואיס, ראובן גרם למותו של לוי, לא בשל כך שאם ראובן לא היה יורה, לוי לא היה מת, אלא בשל העובדה שראובן השפיע על מותו של לוי. ההשפעה באה לידי ביטוי בכך שאם ראובן היה יורה באופן אחר, ושמעון היה יורה באופן זהה לירי הקודם, המוות של לוי היה שונה. לעומת זאת, אם ראובן היה יורה כפי שהוא יורה, ושמעון היה משנה את הירי שלו, עדיין המוות של לוי לא היה משתנה.²⁵

ניתן לעיין בדוגמה נוספת – ראובן זורק אבן על בקבוק והבקבוק נשבר. שנייה לאחר מכן, שמעון זרק אבן על הבקבוק השבור. במקרה זה ברור לנו שראובן הוא שגרם לשבירת הבקבוק על אף העובדה שלו ראובן לא היה זורק את האבן, הבקבוק היה נשבר על ידי שמעון. על פי לואיס, ראובן גרם לשבירת הבקבוק שכן אם הוא היה זורק אבן שונה, או שהיה זורק חזק יותר את האבן וכן הלאה, ושמעון היה זורק את האבן כפי שהוא זרק לפני כן, שבירת הבקבוק הייתה משתנה בשל השינוי שערך ראובן. לעומת זאת, אם ראובן היה זורק את האבן כפי שהוא זרק לפני כן, ואילו שמעון היה משנה את האופן שבו הוא זרק את האבן לפני כן, אזי שבירת הבקבוק לא הייתה משתנה. מכאן, שראובן הוא הגורם לשבירת הבקבוק ולא שמעון, שכן ראובן הוא שהשפיע על שבירת הבקבוק ולא ראובן.

(ג) הביקורת השלישית – אף אם נסכים לעובדה כי מחדל לא יכול לגרום לתוצאה, ואף אם נסכים לעובדה כי האפיון הנכון לקשר הסיבתי הוא המבחן "סיבה בלעדית אין", עדיין לא נראה כי ההבחנה הסיבתית הזו היא שמבססת את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות. הנימוק הוא שישנם מקרים שבהם הפועל עשה מעשה, כלומר מתקיים קשר סיבתי בין הפעולה לבין המוות של הקרבן, אך עדיין אנו נסווג את המקרה כהנחה למות ולא כהמתה; וכן מבחינה מוסרית לא נראה את המקרה שונה מאשר הנחה למות במחדל.

24 ראו: ROLLIN M. PERKINS AND RONALD N. BOYCE, CRIMINAL LAW 772-773 (1982). כמו כן ראו: לוי ולדרמן, לעיל הערה 4, בעמ' 319-321; L.A. Paul, *Keeping Track of the Time*; 58 ANALYSIS 191 (1998); Glanville *Emending the Counterfactual Analysis of Causation*, 58 ANALYSIS 191 (1998); Williams, *Causation in Homicide*, CRIMINAL LAW REVIEW 429, 435-437 (1957).

25 ראו: לואיס 2004a, לעיל הערה 14, בעמ' 90-93.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

למשל המקרה הבא:

“מוות מקור 1” – ראובן עומד למות מקור בלב המדבר. לפתע הוא רואה את ביתו של שמעון. שמעון לא מעוניין לתת לראובן להיכנס (הוא לא מפחד מראובן). הוא פשוט לא מעוניין לתת לו להיכנס). והוא נועל את הדלת. כתוצאה מכך ראובן מת. אני סבור כי אנו נסווג את המקרה הזה כהנחה למות ולא כהמתה וזאת על אף העובדה שיש כאן מעשה שגרם למוות, שכן ללא המעשה של שמעון, ראובן היה ניצל. יתרה מזאת, אני סבור כי מבחינה מוסרית אין הבדל בין מקרה זה לבין מקרה שבו שמעון ראה את ראובן טובע ולא הושיט לו עזרה. מכאן, שההבחנה בין המתה לבין הנחה למות לא יכולה להיות מבוססת על ההבחנה הסיבתית שצוינה לעיל.

ג. “תאוריית ההעברה” – אפשרות שנייה להבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות

(1) הצגת התאוריה

ניתן לטעון, כי עמדה הקובעת שההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אינה נשענת על התאוריה של “סיבה בלעדית אין” אלא על התאוריה הסיבתית המכונה “תאוריית ההעברה” (Transference Theory) או “תאוריית ההליך הסיבתי”. תאוריה זו פותחה בעיקר (אך לא רק) על ידי ווסלי סלמון ופיל דיואי.

על מנת לפשט את התאוריה אומר בתחילה את המסקנה הנובעת ממנה ולאחר מכן אתאר אותה באופן יסודי יותר. תאוריה זו קובעת, באופן כללי, כי תוצאה יכולה להתרחש רק אם התקיים מפגש ישיר בין שני תהליכים, מפגש אשר יצר את התוצאה הספציפית כמעט באופן סימולטני. אירוע שמתרחש בחדר X אינו יכול לגרום לאירוע אחר להתרחש בחדר Y אם אין קשר ישיר בין אירוע X לבין אירוע Y. לכן, במקרה שבו למשל, ראובן חטף את בנו של שמעון וכתוצאה מכך שמעון עצמו לקה בהתקף לב ומת, הרי שלפי תאוריה זו, לא מתקיים קשר סיבתי בין הפעולה של ראובן לבין המוות של שמעון, שכן לא נוצר מפגש ישיר בין הפעולה של ראובן לבין הגוף של שמעון. לעומת זאת, כאשר ראובן יורה בשמעון ושמעון מת, הרי שמתקיים קשר סיבתי בין הירי של ראובן לבין המוות של שמעון שכן המוות נוצר כתוצאה ממפגש ישיר בין הפעולה של ראובן לבין הגוף של שמעון.

אציין בשלב זה, כי תאוריה זו מצמצמת יותר את המונח גרימה או סיבה מן התאוריה הראשונה. לפי התאוריה הראשונה, אירוע יכול לגרום לאירוע אחר להתרחש, אף אם אין חיבור ישיר בין שני האירועים. לפי התאוריה הראשונה, חטיפת בנו של שמעון יכולה להיות הגורם למוותו של שמעון, אף אם אין מפגש ישיר בין הפעולה של ראובן לבין גופו של שמעון. לעומת זאת, לפי תאוריה זו, אירוע לא יכול לגרום לאירוע אחר להתרחש אם אין מפגש ישיר בין שני האירועים.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

על פי סלמון ודיואי, בסוגיית הסיבתיות קיימים שני מושגי יסוד. המושג הראשון הוא "התהליך הסיבתי" (causal process) והמושג השני הוא: "אינטראקציה סיבתית" (causal interaction). לפי סלמון ודיואי (ישנם הבדלים מסוימים בין סלמון ודיואי אך ברמה העקרונית התאוריה שלהם דומה מאוד), התהליך הסיבתי הוא מצב מתמשך של אובייקט שחל עליו חוק שימור החומר (conserved quantity) והוא מאופיין בכך שהוא יכול להעביר מידע מסוים. תהליך סיבתי יכול להיות קרן אור, גלי קול, שולחן או כיסא. אינטראקציה סיבתית היא מפגש בין לפחות שני תהליכים סיבתיים, כאשר במפגש זה נוצר שינוי מעבר לנקודת המפגש עצמה. סלמון מדגיש, כי התהליך הסיבתי נבדל מתהליך פסאודו סיבתי בכך שתהליך סיבתי מסוגל להעביר סמן מסוים (a mark) ואילו תהליך פסאודו סיבתי אינו יכול להעביר שום סמן. הדוגמה שסלמון מציין כתהליך סיבתי היא קרן אור. אם נשים פילטר אדום באמצע קרן האור שיוצאת ממתקן אור מסוים, נראה שצבע קרן האור משתנה מן המקום שבו שמנו את הפילטר האדום. הפילטר האדום הוא הסמן, ואנו רואים שקרן האור מסוגלת להעביר אותו. לעומת זאת, צל של מכונית שזז עם המכונית אינו תהליך סיבתי שכן הצל עצמו אינו יכול להעביר שום סמן. הרעיון המרכזי הוא שתהליך סיבתי מושתת על אובייקטים חומריים וממשיים ולא על אובייקטים שאינם ממשיים דוגמת הצל.

"A causal process is the world line of an object that transmits a non-zero amount of a conserved quantity quality at each moment of its history (each spacetime point of its trajectory)."²⁶

"A causal interaction is an intersection of world lines that involves exchange of a conserved quantity."²⁷

דוגמה לאינטראקציה סיבתית היא הדוגמה הבאה: כאשר טיל נורה לעבר מטוס והטיל פוגע במטוס נוצרת אינטראקציה סיבתית. הטיל שנורה מאפיין תהליך סיבתי וכך גם המטוס שטס באוויר. כאשר הטיל פוגע במטוס נוצרת אינטראקציה סיבתית שכן מתקיים שינוי במטוס ובטיל.

דוגמה נוספת: כאשר ראובן יורה בשמעון ושמעון מת, הכדור שנורה מן האקדח על ידי ראובן הוא תהליך סיבתי, כמו כן, העמידה של שמעון היא גם כן תהליך סיבתי. המפגש בין

26 ראו: Wesley C. Salmon, *Causality and Explanation: A Reply to Two Critiques*, 64 (1997) PHILOSOPHY OF SCIENCE 461, 468 (1997); Wesley C. Salmon, (להלן – סלמון 1997); (1994) PHILOSOPHY OF SCIENCE 297, 308 (1994) *Causality Without Counterfactuals*, 61 (להלן – סלמון 1994).

27 ראו: סלמון 1997, שם. וכן: סלמון 1994, שם, בעמ' 303.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

הכדור שנורה לבין הגוף של שמעון הוא אינטראקציה סיבתית, שכן במפגש עצמו נוצר שינוי – המוות של שמעון – שממשיך להתרחש מעבר לנקודת המפגש עצמה.²⁸

(2) ההבחנה בין "תאוריית ההעברה" לבין תאוריית "סיבה בלעדית אין" וההגדרה הדסקריפטיבית

יש לשים לב, כי "תאוריית ההעברה" של דיואי וסלמון, מהווה חלופה לתאוריית "הסיבה בלעדית אין". לפי תאוריה זו, הגורם או הסיבה לתוצאה, אינו כל מה שהוא תנאי הכרחי לתוצאה. אירוע א' גורם לאירוע ב', לא בשל העובדה כי אם א' לא היה קיים ב' לא היה קיים, אלא בשל העובדה כי נוצרה אינטראקציה סיבתית שגרמה לשינוי. מבחינה מטאפורית למשל, ציין דיואי (בשמו של סלמון) כי ניתן להסביר את ההבדל שבין התאוריה של "סיבה בלעדית אין" לבין תאוריית "ההעברה" בכך שהתאוריה של "סיבה בלעדית אין" היא תאוריה של יחסים סיבתיים ואילו תאוריה זו מתאפיינת בחבלים (ropes) סיבתיים.²⁹

נוכח האמור, המקרים שבהם אם א' לא היה קיים ב' עדיין היה קיים, לא מהווים, לכאורה, בעיה לתאוריה זו, שכן א' הוא האירוע שבו התרחשה האינטראקציה הסיבתית ולכן הוא הגורם ל-ב'.

למשל בדוגמה שהועלתה לעיל – ראובן ירה בלוי ולוי מת. אם ראובן לא היה יורה בלוי, שמעון היה יורה בו ועל כן בכל מקרה הוא היה מת. לפי "תאוריית ההעברה", ברור מדוע ראובן הוא שגרם למותו של לוי, מכיוון שהכדור של ראובן הוא שיצר את האינטראקציה הסיבתית ולא כדורו של שמעון. הכדור של ראובן הוא שיצר את השינוי ולא הכדור של שמעון.

כך אף במקרה שהן ראובן, הן שמעון ירו יחדיו בלוי. לפי תאוריה זו שניהם גרמו למות לוי שכן הכדור של שניהם יצר אינטראקציה סיבתית אשר גרמה לשינוי. אנו יכולים לבדוק את השינוי שכל אחד גרם לפי חוקי פיזיקה שונים. לפי עמדה זו, אין זה משנה כלל מה היה קורה לו ראובן או שמעון לא היו יורים.

מתאוריה זו ברור, כי כאשר שמעון טבע בים וראובן לא שלח לו את גלגל ההצלה ושמעון מת, לא נוכל לטעון כי ראובן גרם למותו של שמעון, שכן לא נוצרה כל אינטראקציה סיבתית בין אי-משלוח גלגל ההצלה לבין הטביעה של שמעון. לעומת זאת, כאשר ראובן ירה בשמעון ושמעון מת, אזי הירי של ראובן הוא הסיבה לתוצאת המוות, שכן הוא שיצר את האינטראקציה הסיבתית שגרמה למותו של שמעון. ראובן ירה באקדח, האקדח שחרר את הכדור, הכדור פגע בגופו של ראובן וראובן מת. יש כאן שרשרת של

ראו: Wesley C. Salmon, *Causality: Production and Propagation* 154, 168-169, in : 28
CAUSATION (Ernest Sosa and Michael Tooley ed., 1980).

ראו: Phil Dowe, *Causation and Misconnections*, 71 PHILOSOPHY OF SCIENCE 926 (2004): 29

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
תהליכים סיבתיים המחברים ביניהם באינטראקציה סיבתית, שגרמה בסופו של דבר למות
שמעון.

הסתמכות על "תאורית ההעברה" ביחס לרציונל הסיבתי המבחין בין המתה לבין הנחה
למות תשליך אף על ההגדרה הדסקריפטיבית של מונחים אלו. לאמור, המתה תסווג כמקרה
שבו הפועל יצר אינטראקציה סיבתית והקרבן מת כתוצאה מכך, ואילו הנחה למות תסווג
כמקרה שבו הקרבן מת שלא כתוצאה מאינטראקציה סיבתית שנוצרה על ידי הפועל.

(3) ביקורת על "תאורית ההעברה"

הביקורת כלפי תיאוריה זו, בהתייחס להבחנה שבין המתה לבין הנחה למות, מתמקדת בשתי
טענות עיקריות:

(א) הביקורת הראשונה מופנית כלפי הקביעה כי מחדלים אינם יכולים לגרום
לתוצאה, שכן לא יכולה להיות כל אינטראקציה סיבתית במקרה של מחדל. עם זאת, כפי
שצינתי לעיל, קיימים מקרים רבים שבהם אנו טוענים שמחדל אכן גרם לתוצאה. למשל,
ראובן לא שילם ארנונה וכתוצאה מכך עוקלו מטלטליו. או למשל, ראובן לא הגיע לעבודתו
וכתוצאה מכך פוטר. יש לציין, כי גם דיואי עצמו שהוא אחד המייצגים העיקריים כאמור
של "תאורית ההעברה" ראה במחדלים בעיה לתאוריה זו. אף לפיו, קיימות אינטואיציות
מאוד משמעותיות לכך שמחדלים יכולים לגרום לתוצאה. לפיו, למשל, יש הגיון במחשבה
כי התרשלותו של אב מלשמור על בנו שלא ירוץ לכביש, גרמה למותו של הבן.³⁰ בהתייחס
לביקורת הנובעת ממחדלים כאמור, דיואי טוען כי יש לחלק בין שני רבדים של סיבתיות:
בין סיבתיות "מדעית" ל"מעין סיבתיות", לפי דיואי מחדלים משקפים "מעין סיבתיות" ולא
סיבתיות "מדעית". במקרה התאונה שתואר בקצרה לעיל הגורם האמיתי לתאונה היה
האינטראקציה הסיבתית בין ריצת הילד לכביש לבין הרכב הנוסע. היעדר השמירה של האב
משקף, לפי דיואי, "מעין סיבתיות" לתאונה. מדובר ב"מעין סיבתיות" שכן לו היה האב
שומר על בנו כי אז האינטראקציה הסיבתית לא הייתה מתרחשת (לדעתי, גישתו של דיואי
בהקשר זה דומה מאוד להסבר הסיבתי שצינתי לעיל בשם ביבי).

על אף האמור, גם אם נקבל את ההבחנה שיוצר דיואי בין שני רבדים של סיבתיות עדיין
ניתן לומר, כי לא חייב להיות מתאם בין הסיבתיות "המדעית" הבאה לידי ביטוי
באינטראקציה סיבתית בין שני תהליכים סיבתיים לבין סיבתיות מוסרית או משפטית. קרי,
ייתכן שמבחינה "מדעית" מחדלים אינם גורמים לתוצאה מכיוון שאין הם חלק
מאינטראקציה סיבתית ומנגד ניתן לומר שמבחינה מוסרית או משפטית מחדלים כן גורמים

ראו: Phil Dowe, *A Counterfactual Theory of Prevention and 'Causation' by Omission*, 79 AUSTRALASIAN JOURNAL OF PHILOSOPHY 216 (2001): "There is, no doubt, a temptation to treat...cases of 'causation' by omission, such as 'the father's inattention was the cause of the child's accident', as cases of genuine causation". שם, בעמ' 216.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לתוצאה שכן סיבתיות מוסריות או משפטית מתעניינת ומאפיינת עצמה בקשרים שונים בין אירועים או עובדות במציאות. במילים אחרות יתכן שהדרך שבה מאפיין דיואי "מעין סיבתיות" היא הסיבתיות שבה מתעניין המשפט או המוסר.³¹ ויצוין, כי אף דיואי עצמו מדגיש את העובדה כי לפיו אין כל הבדל בין סיבתיות "מדעית" לבין "מעין סיבתיות" בכל הנוגע להשלכות מוסריות או משפטיות, ומבחינה זו ההבדל בין שני הרבדים של סיבתיות שהוצגו לעיל הוא תאורטי לחלוטין. כלומר, לפי דיואי העובדה שהקשר של האב לתאונה מבטא יחס של "מעין סיבתיות" ולא יחס של סיבתיות "מדעית" אינה צריכה לשנות מבחינה מוסרית או משפטית.

"But does it actually matter that we treat quasi-causation as causation for practical purposes? No. Causation and quasi-causation play very similar practical roles... Quasi-causation may also, in my opinion, help track moral responsibility in just the way that causation does. This is why it does not matter that for practical purposes we don't bother to, or can't, distinguish quasi-causation from causation. The distinction only becomes important theoretically, in metaphysics."³²

(ב) הביקורת השנייה – אף אם "תאוריית ההעברה" יכולה ליצור הבחנה בין המתה לבין הנחה למות במקרים פשוטים, כגון בין מקרה בו א' ירה בב' והרגו לבין מקרה שבו א' עמד במקום ולא הציל את ב', הרי שנראה כי לגבי מקרים אחרים, תאוריה זו לא תסווג את המקרים נכונה, לפחות מבחינה מוסרית או משפטית. לדוגמה המקרה שהועלה לעיל:

"חטיפה" – ראובן חטף את בנו של שמעון, וכתוצאה מכך שמעון לקה בהתקף לב ומת. במקרה זה אין אינטראקציה סיבתית בין הפעולה של ראובן לבין גופו של שמעון, ולכן לא ניתן לומר כי מתקיים קשר סיבתי בין הפעולה של ראובן לבין המוות של שמעון. לכאורה, המסתמך על תאוריה סיבתית זו בנוגע להבחנה בין המתה לבין הנחה למות, יאלץ לסווג את המקרה הנ"ל כהנחה למות המצריכה חובה לפעול כדי להרשיע, שכן לא מתקיים כאן קשר סיבתי. אולם, נראה כי מקרה זה יסווג כהמתה ולא יצריך חובה לפעול כדי

31 במקום אחר דיואי עורך הבחנה דומה. הוא טוען כי יש לחלק בין "סיבתיות מדעית" המתבססת על פי דיואי על ניתוח אמפירי של העולם הממשי והמקבלת את הצדקתה מתאוריות מדעיות (דיואי מכנה סיבתיות זו actual causation) ל"סיבתיות קונספטואלית" המנסה להסביר את הדרך בה אנשים מן היישוב חושבים על אודות סיבתיות. נראה כי הרובד שציינתי לעיל בשם "מעין סיבתיות" הוא ה"סיבתיות הקונספטואלית" המתפקדת במשפט ובמוסר. ראו: דיואי, לעיל הערה 29, בעמ' 927.

32 שם, בעמ' 225.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

להרשיע, שכן נראה כי מתקיים קשר סיבתי בין פעולת ראובן למות שמעון.³³ ויש להדגיש, כי ביקורת זו לא מופנית בהכרח, כלפי דיואי או סלמון, שכן הם יכולים לטעון כאמור באופן פשוט, כי לא קיים מתאם בין סיבתיות "מדעית" לסיבתיות משפטית או מוסרית, ועל כן הם יכולים היו לטעון כי במקרה "חטיפה" ניתן להרשיע את ראובן בהריגה או ברצח אף ללא איתור חובה לפעול. ביקורתי באה מן הכיוון ההפוך. קרי, מי שרוצה להסתמך על התאוריה הסיבתית של סלמון ודיואי כדי להסביר את ההבחנה המשפטית והמוסרית בין המתה לבין הנחה למות, יהא חשוף לביקורת שלעיל.

לאור האמור ברור כי לא ניתן להסביר את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות על סמך "תאורית ההעברה" בשל אחד משני טעמים: (1) הביקורות שלעיל, מקשות על עצם נכונות התאוריה עצמה. (2) אף אם נניח כי התאוריה עצמה נכונה, עדיין היא אינה יכולה להיות התשתית להבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

ד. תאורית יצירת האיום – אפשרות שלישית להבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות

(1) העמדה של פוט

(א) הצגת העמדה

אפשרות שלישית להבחנה בין המתה לבין הנחה למות מבחינה סיבתית יכולה להסתמך, בין היתר, על העמדה שהציגו פוט ומקמהן במאמרים שהתייחסו להבחנה זו. בשל העובדה כי מקמהן חולק על פוט בנוגע לסיווגם של מקרים מסוימים, אציג בתחילה את עמדתה של פוט ולאחר מכן אציג את עמדתו של מקמהן.

לפי פוט³⁴ ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות מבוססת על ה"פעולתיות" (agency) של הפועל. לפיה, הבסיס להבחנה טמון בשאלה האם הפועל יצר או חולל את האיום שגרם

33 מקרים בעייתיים נוספים מתייחסים להסרת מגן. לפי תאוריה זו, כל הסרת מגן תוגדר כהנחה למות בשל היעדר קשר סיבתי. אך ברור שקיימים מקרים רבים הכרוכים בהסרת מגן ונסבור כי מתקיים בהם קשר סיבתי. ראו לעניין זה: Jonathan Schaffer, *Causation by Disconnection*, 67 *PHILOSOPHY OF SCIENCE* 285 (2000). שפר מעלה מקרה שבו אדם ירה ואירע פיצוץ. הפיצוץ יכול להתרחש כתוצאה מכך שהירי הסיר בסך הכול מכשול אשר אפשר לכדור להיפלט. במקרה זה, אנו נאמר כי מתקיים קשר סיבתי ואילו לפי "תאורית ההעברה" לא מתקיים קשר סיבתי.

34 ראו: Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in: *KILLING AND LETTING DIE* 266, 273 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) (להלן – פוט 1967); Philippa Foot, *Killing and Letting Die*, in *KILLING AND LETTING DIE*; (1967) (להלן – פוט 1984). Philippa Foot, *Mortality, Action and Outcome*, in *MORALITY AND OBJECTIVITY* 23 (Ted Hondrich ed., 1985) (להלן – פוט 1985).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

למוות או שהפועל לא יצר או חולל את האיום שגרם למוות, אלא רק אפשר לו להתממש. אם הפועל חולל את האיום שגרם למוות אזי פעולה זו תסווג כהמתה ואילו אם הוא לא חולל את האיום שגרם למוות, אלא רק אפשר לו להתממש, אזי פעולה זו תסווג כהנחה למוות.

“Let us mark the distinction we are after by saying that one person may or may not be ‘the agent’ of harm that befalls someone else. When is one person ‘the agent’ in this special sense of someone else’s death, or of some harm other than death that befalls him? This idea can easily be described in a general way...*The idea of agency*, in the sense that we want, seems to be composed of two subsidiary ideas. *First*, we think of particular effects as the result of particular sequences, as when a certain fatal sequence leads to someone’s death...*then* we can pick out the fatal sequence and go on to ask who initiated it. If the subject died by poisoning and it was I who put the poison into his drink, *then I am the agent of his death*. Likewise If I shot him and he died of a bullet wound...we can easily understand the idea that a death comes about through our agency if we send someone poisoned food or cut him up for spare parts, but not (ordinarily) if we fail to save him when he is threatened by accident or disease.”³⁵

ניתן לראות כבר כעת, כי השאלה לפי פוט אינה האם המעשה של הפועל הוא תנאי הכרחי לתוצאה. מן ההיבט הזה אכן אין כל הבדל בין מעשה לבין אי-מעשה, שכן הן מעשה, הן אי-מעשה יכולים להיות תנאי הכרחי לתוצאה. השאלה המרכזית היא כאמור האם המעשה או היעדר המעשה של הפועל הוא גם הגורם למוות, כאשר הגורם לפי פוט צריך להיות המעשה (או היעדר המעשה) שחולל את האיום שגרם למוות. למשל, כאשר ראובן ירה בשמעון ושמעון מת, הרי שפעולה זו מסווגת כהמתה שכן ראובן הוא שיצר את האיום שגרם למוותו של שמעון. כמצוטט לעיל, בכדי לדעת מי יצר את האיום שגרם למוות יש צורך לעבור שני שלבים. בשלב הראשון אנו מזהים את הסיבה ממנה מת האדם, ובשלב השני, אנו מבררים מי יצר את האיום שגרם למוות. במקרה זה, השלב הראשון הוא הזיהוי ששמעון מת כתוצאה מפגיעת הכדור. השלב השני הוא זיהוי ראובן כמי שיזם את פגיעת הכדור בשמעון. לעומת זאת, אם לוי ראה את שמעון מתבוסס בדמו לאחר הירי, והוא לא עזר לשמעון וכתוצאה מכך שמעון מת, אזי במקרה זה, מדובר בהנחה למוות, שכן ייתכן שהיעדר ההצלה היא תנאי הכרחי לתוצאה אך היא אינה הגורם לתוצאה.

35 ראו: פוט 1984, שם, בעמ' 281-282 (ההדגשות שלי).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

(ב) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות

לסיכום, ההגדרה של פוט להמתה היא מצב שבו הפועל יצר את רצף האירועים שהוביל לנזק. ראובן שירה בשמעון יצר את רצף האירועים שגרם למותו של שמעון. כך גם ראובן שהפיל את שמעון מראש הצוק יצר את רצף האירועים שגרם למותו של שמעון.³⁶ לעומת זאת, הנחה למות יכולה להיות אחת משני סוגים:

- (1) הסוג הראשון הוא אי-התערבות. בסוג זה של מקרים, התחיל רצף של אירועים אשר אמור לגרום למוות והפועל לא עשה דבר בכדי למנוע תוצאה זו. למשל, ראובן יכול היה להזהיר את שמעון מפני הצוק הגבוה והוא לא עשה זאת, ובשל כך שמעון מת.
- (2) הסוג השני הוא הסרת מגן מפני האיום. בסוג זה של מקרים קיים איום שיכול לגרום לנזק, אולם קיים מגן שאמור למנוע מהאיום להתממש והפועל מסיר את המגן. למשל, א' פותח את הדלת ומניח לחיה להיכנס ולהרוג את ב'.³⁷ יש לציין כאן כי לפי פוט אין זה משנה כלל זהות האדם שהניח את המגן וזהות האדם שהסיר אותו. בכל מקרה, הסרת מגן מסווגת כהנחה למות.

ניתן לראות, כי לפי פוט הגדרת המושגים המתה והנחה למות אינה מושתתת על התנועה הגופנית של הפועל, שכן לפיה יכול להיות מצב שבו א' הניח ל-ב' למות באמצעות פעולה גופנית. למשל, באמצעות הסרת המגן מפני הנזק. כמו כן, נראה כי לפי פוט פועל יכול לגרום לתוצאה מסוימת אף כאשר הוא לא עשה כל פעולה. כך, פוט מציינת את העובדה כי שחקן תיאטרון שלא מגיע להופעה, גרם לכישלון ההופעה ולא רק הניח לה להיכשל.³⁸ זוהי כמובן, מבחינה דסקריפטיבית, עמדה שונה מתאורית הסיבתיות המאופיינת ב"סיבה בלעדית אין" אשר לפי האפשרות הראשונה שצוינה לעיל השתיתה את ההגדרה הדסקריפטיבית על מבחן התנועה הגופנית.

כמו כן, ההצעה של פוט אינה חופפת כלל לתאורית "התהליך הסיבתי" של סלמון ודיואי, שכן היא אינה מצריכה אינטראקציה סיבתית בכדי לגרום לדבר מסוים. לפיה יכולים להיות מקרים שבהם פעולה גורמת לתוצאה מסוימת אף ללא מפגש של שני תהליכים סיבתיים.

36 ראו: פוט 1985, לעיל הערה 34, בעמ' 24. כמו כן, פוט מציינת כי גם מקרים של תיחזוק של פעולה יכולים להיכלל במסגרת המתה שכן רואים זאת כיצירת איום. חשוב להדגיש, כי במקרה זה לולא פעולת התחזוק, הפעולה הייתה מפסיקה. למשל, לגרום למכונית להמשיך לנסוע על ידי לחיצה על דוושת הגז. במקרה זה אנו רואים את התחזוק כיצירת איום חדש. לביקורת על עמדתה של פוט ראו: Warren S. Quinn, *Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, in *KILLING AND LETTING DIE* 355 (Bonnie Steibock and Alastair Norcross ed., 1994).

37 ראו: פוט 1967, לעיל הערה 34, שם.

38 שם.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(2) העמדה של מקהמן

(א) הצגת העמדה

מקמהן במאמרו *Killing, Letting Die and Withdrawing Aid*³⁹ מסכים עם פוט כי השאלה המרכזית היא האם הפועל יצר או חולל את האיום אלא שהוא חולק עליה בנוגע לשאלה הקונקרטית מתי הפועל נחשב כיוצר או מחולל האיום.⁴⁰

ניתן לראות זאת על פי המקרים הבאים שהעלה מקמהן:

"ילד הולנדי 1" – ילד הולנדי מבחין בסכר העומד להיפרץ ולהרוג את כל יושבי העיר. לכן הוא מניח את אצבעו ומונע את פריצת הסכר. לאחר מספר שעות הוא מתעייף וחוזר לביתו. כתוצאה מכך הסכר נפרץ וכל תושבי העיר מתו.

"ילד הולנדי 2" – ילד הולנדי מבחין בסכר העומד להיפרץ ולהרוג את כל יושבי העיר. לכן הוא מניח את אצבעו ומונע את פריצת הסכר. לאחר מספר שעות בא אביו ולוקח את הילד. כתוצאה מכך הסכר נפרץ וכל תושבי העיר מתו.⁴¹

(ב) ההבחנה בין פוט לבין מקמהן ביחס להסרת מגן

לפי פוט שני המקרים מסווגים כהנחה למות שכן בשני המקרים מדובר בהסרת מגן מפני הנזק. לעומת זאת, לפי מקמהן פעולת הילד במקרה "ילד הולנדי 1" מסווגת כהנחה למות ואילו פעולת האב במקרה "ילד הולנדי 2" מסווגת כהמתה ולא כהנחה למות. הנימוק להבדל הוא, כי במקרה "ילד הולנדי 1" איננו רואים את הסרת האצבע על ידי הילד כיצירת איום חדש, שכן זהות מסיר המגן זהה לזהות מניח המגן מלכתחילה. הילד הוא שהניח את האצבע והוא שהסיר אותה ולפיכך, איננו טוענים כי מותם של אנשי העיר נגרם כתוצאה מהתערבותו של הילד. הסרת האצבע במקרה הזה היא פשוט חזרה למצב שבו הילד לא התערב מלכתחילה.

לעומת זאת, במקרה "ילד הולנדי 2" אנו רואים את הסרת האצבע על ידי האב, כיצירת איום חדש, שכן לא קיימת זהות בין מסיר המגן לבין מניח המגן. במצב זה אם האב לא היה מתערב כלל, הם היו ניצלים על ידי הבן. לכן, אנו רואים בהתערבות האב כיצירת איום

39 ראו: Jeff McMahan, *Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid*, in *KILLING AND LETTING DIE* 383 (להלן – מקמהן 1993).

40 ראו: שם, בעמ' 389. לעמדתו הכללית של מקמהן ראו גם: JEFF McMAHAN, *THE ETHICS OF KILLING: PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE* 378-392 (2002); (להלן – מקמהן 2002); Jeff McMahan, *A Challenge to Common Sense Morality*, 108 *ETHICS* 394 (1998) (להלן – מקמהן 1998).

41 ראו: מקמהן 1993, הערה 39, בעמ' 390, 396.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי ראשוני שגרם למותם של תושבי העיר, ולפיכך פעולה זו מסווגת כהמתה ולא כהנחה למות.⁴²

כך מתאר מקמהן את ההבחנה בין שני הסוגים של הסרת מגן:

“If, in other words, one temporarily intervenes to block a threat and then withdraws, one simply allows the threat to continue, thereby allowing its victim to die. Withdrawing ones own previous aid or protection simply nullifies one's initial intervention: the net effect is tantamount to nonintervention...but to remove a barrier that exists independently of anything one has done is totally unlike nonintervention. *While in many cases it may be infelicitous to characterize action of this sort as creating a threat, since the threat already exists but is blocked, it is relevantly like the creation of a new threat in that the victim would have been entirely safe independently of any intervention by oneself.*”⁴³

מתוך הדברים שלעיל, ניתן להציע, לדעתי, שאלה אחת אשר התשובה אליה היא שתקבע, לפי מקמהן, האם הפועל הוא שיצר את האיום אם לאו. השאלה היא: מה היה קורה לו הפועל לא היה קיים כלל?⁴⁴ במקרה “ילד הולנדי 1” אם הילד לא היה קיים, התושבים היו מתים בכל מקרה על ידי השיטפון, ועל כן לא ניתן לומר כי הילד הוא שיצר את האיום שגרם למוות. לעומת זאת, במקרה “ילד הולנדי 2” אם האב לא היה קיים, עדיין תושבי העיר היו ניצלים על ידי הבן, ומכאן שבמקרה זה האב חולל את האיום אשר גרם למותם.⁴⁵

42 הבחנה דומה לזו של בנט העלה אלן דונגן. דונגן טוען כי קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות, שכן בהמתה קיימת התערבות במהלך העניינים הרגיל של הטבע, ואילו בהנחה למות, אין התערבות במהלך העניינים הרגיל של הטבע. ניתן לראות בהבחנה של פוט ומקמהן פיתוח של התאוריה הזו. למשל, לפי מקמהן כאשר הילד ההולנדי מסיר את אצבעו, הרי שאין כאן התערבות במהלך העניינים הרגיל של הטבע, שכן הסרת האצבע היא חזרה למצב הטבעי, של אי התערבות מלכתחילה. לעומת זאת, כאשר האב הסיר את אצבעו של הבן, קיימת כאן התערבות במהלך העניינים הרגיל של הטבע, שכן ללא ההתערבות של האב, התושבים היו ניצלים בשל פעולת הבן ולא בשל האב. ראו: בנט 1995, לעיל הערה 22, בעמ' 105-118.

43 ראו: מקמהן 1993, לעיל הערה 39, בעמ' 389 (ההדגשות שלי).
44 לעמדה דומה המבחינה באמצעות שאלה זו בין מעשה לבין מחדל, ראו: LEO KATZ, BAD ACTS AND GUILTY MINDS: CONUNDRUMS OF THE CRIMINAL LAW 14 (1987).

45 על אף האמור לעיל, יש להדגיש כי לפי מקמהן קיימים מקרים בהם מסיר המגן הוא שהניח את המגן מלכתחילה ועדיין פעולה זו תסווג כהמתה. למשל המקרה הבא: “דליפת גז” – במפעל מסוים דלף ברז גז שעלול היה להרוג עובדים רבים. עובד המפעל סגר את הברז וכתוצאה מכך ניצלו העובדים. שנה לאחר מכן הוא פתח את הברז בשנית ועובדים רבים נהרגו. מקרה זה

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן
יש לציין, כי מקמהן במאמרו הנ"ל מציע במפורש שהרציונל המוסרי להבחנה התיאורית
שצוינה לעיל, הוא רציונל המבוסס על הבחנה סיבתית.

“This intuition may be articulated in rough and general terms as follows.
If the situation is such that a person will live in the absence of any further
intervention in his life by a certain agent, then, if the person nevertheless
dies, the agent has killed him. In these cases, *we identify the agent's
intervention as the primary cause of the person's death*. If, by contrast, a
person dies who would not have lived without some present or future
intervention in his life by a certain agent, and if the agent neither caused
the person's need for aid nor caused a further, independent threat to his
life, the agent has let the person die. *In these cases, we trace the cause of
the person's death to conditions that are independent of any intervention
by the agent.*”⁴⁶

כלומר כאשר מדובר בהמתה אנו רואים בהתערבות הפועל את הסיבה העיקרית למוות
של הקרבן. לעומת זאת, כאשר מדובר בהנחה למות, הסיבה למות הקרבן נעוצה בתנאים
שאינם קשורים להתערבותו של הקרבן.⁴⁷

מסווג על ידי מקמהן כהמתה ולא כהנחה למות אף על פי שהאדם אשר סגר את ברוז הגז הוא
שפתח אותו. הנימוק לכך הוא שהשאלה אינה מתמקדת רק בזהות מניח המגן ומסירו, אלא אף
באיזה סוג מגן או עזרה מדובר. השאלה היא האם המגן היה מושלם ולא זקוק לתחזוק נוסף או
שמדובר במגן שזקוק לתחזוק נוסף. במקרה – “דליפת גז” מעבר לסגירת הברז לא נדרשה עוד
פעולה כלשהי ולא נדרשה כל התערבות מכל סוג שהוא מצד הפועל בכדי שהאיום יוסר. לכן,
פתיחת הברז לאחר סגירתו נחשבת ליצירת איום חדש אשר ממנו מתו עובדי המפעל, ועל כן
מסווגת פעולה זו כהמתה. במצב זה, איננו רואים את פתיחת ברוז הגז כהפסקת הצלה
שהתחילה ולא הסתיימה, שכן בשלב זה העובדים חיים ללא כל התערבות מצד הפועל אשר
סגר את ברוז הגז. בשלב זה הם כבר לא נשענים על עזרתו. ראו: מקמהן 2002, לעיל הערה 40,
בעמ' 381. לעמדה נוספת הטוענת כי ההבדל בין המתה להנחה למות נשען על הבחנה סיבתית
ראו: O.H.Green, *Killing and Letting Die*, 17 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 195 (1980);
Mathew Hanser, *Why are Killing and Letting Die Wrong?* 24 PHILOSOPHY AND
PUBLIC AFFAIRS 175 (1995).

ראו: מקמהן 1993, לעיל הערה 39, בעמ' 411 (ההדגשות שלי). 46

יש לציין, כי מקמהן עצמו מדגיש כי קיימות תאוריות של סיבתיות, אשר לפיהן אף היעדר
פעולה יכול להוות סיבה לתוצאה, ולפי תאוריות אלה, ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות
אינה יכולה להתבסס על הבחנה סיבתית. ראו: שם, בעמ' 411-412. 47

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

(ג) הביקורת

אני סבור כי מקמהן צודק לגבי ביקורתו כלפי פוט שכן אכן נראה כי קיימים מצבים המסוגלים כהמתה אף כאשר מדובר בהסרת מגן מפני הנזק. עם זאת, לפי דעתי, אף עמדתו של מקמהן היא בעייתית.

ביקורת על הרציונל המוסרי

(1) סוג אחד של מקרים בעייתיים מתייחס למקרים שבהם הפועל ביצע פעולה באותו מגן וכל ההבדל הוא שבמקרה אחד המגן שייך לקרבן ובמקרה השני המגן שייך לפועל. "מוות מקור 1" – ראובן עומד למות מקור בלב המדבר. לפתע הוא רואה את ביתו של שמעון. שמעון לא מעוניין לתת לראובן להיכנס (הוא לא מפחד מראובן). הוא פשוט לא מעוניין לתת לו להיכנס). והוא נועל את הדלת. כתוצאה מכך ראובן מת. "מוות מקור 2" – המקרה הזה ל"מוות מקור 1" אולם במקרה זה ראובן רוצה להיכנס לביתו שלו, אך שמעון שנמצא בתוך ביתו של ראובן נועל את הדלת וכתוצאה מכך ראובן מת.

במקרה זה אני סבור שנסווג את המקרה כהמתה ולא כהנחה למות. ההבדל בין שני מקרים אלו הוא שב"מוות מקור 1" הבית שייך לשמעון ואילו ב"מוות מקור 2" הבית שייך לראובן. מכיוון שמדובר כאן בשני מעשים זהים לחלוטין לא ייתכן להבדיל ביניהם מבחינה סיבתית. יתכן שמקמהן יאמר שב"מוות מקור 1" אנו רואים את סגירת הבית על ידי שמעון כהסרת מגן שהוא עצמו הניח שכן הבית שייך לו, ואילו ב"מוות מקור 2" אנו רואים את סגירת הבית על ידי שמעון כהסרת מגן שהונח על ידי ראובן. אך עדיין לא נראה שניתן לטעון שמדובר בהבחנה סיבתית שכן שמעון ביצע כאן מעשים זהים לחלוטין.

ביקורת על ההגדרה הדסקריפטיבית

(2) כפי שציינתי לעיל, לפי מקמהן, אם הפועל הסיר מגן שלא הוא עצמו הניח מלכתחילה אזי מדובר בהמתה ולא בהנחה למות. לפי דעתי קיימים מקרים שבהם הפועל הסיר מגן שלא הוא עצמו הניח ועדיין יסווגו המקרים כהנחה למות ולא כהמתה. למשל המקרה הבא:

"רעב" – ראובן עומד למות מרעב. לשמחתו, הוא רואה את שמעון זורק לפח האשפה כיכר לחם שלם היכול להציל את חייו. לוי רואה אף הוא את כיכר הלחם ואוכל אותו. כתוצאה מכך ראובן מת.

לפי מקמהן, לכאורה, לוי הרג את ראובן ולא רק הניח לו למות, שכן במקרה זה לוי לא הניח את המגן (הלחם) מלכתחילה, וללא לוי ראובן עדיין היה חי באופן עצמאי ממנו, שכן העזרה לא ניתנה על ידי לוי אלא על ידי שמעון. עם זאת, אני סבור כי מקרה זה מסווג כהנחה למות ולא כהמתה (ואדון במקרה דומה בהמשך במסגרת התאוריה שלי).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(ד) ביקורת כללית על כל שלוש התיאוריות

בטרם אעבור לדון בתאוריות ה"ביניים" ובגישות השונות אשר מהן עולה כי לא קיים הבדל סיבתי בין המתה לבין הנחה למות, אני סבור כי קיימת שאלה כללית שניתן להעלות כלפי כל התאוריות שהוצגו לעיל. השאלה היא זו: אף אם נניח כי קיים הבדל סיבתי בין המתה לבין הנחה למות, האם הבדל סיבתי זה משנה מבחינה מוסרית? כלומר, אף אם מבחינה אונטולוגית נאמר כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה שכן הוא לא אירוע, או שהוא לא מקיים אינטראקציה סיבתית וכן הלאה, האם יש לכך השפעה מבחינה מוסרית? שהרי ניתן לומר, כי ההשפעה שיש למושג סיבתיות על המוסר הוא בכך שהפועל יכול היה למנוע את הנזק, בין אם על ידי היעדר מעשה (בכך שלא ירה בקרבן) ובין על ידי מעשה (בכך שישלח גלגל הצלה). במילים אחרות, למאי נפקא מינה מבחינה מוסרית אם הפועל ירה בקרבן והקרבן מת או שהוא לא הציל את הקרבן מטביעה כאשר יכול היה לעשות זאת, והקרבן מת, הרי בשני המקרים הוא יכול היה לעשות דבר מה כדי למנוע את המוות. ואם אנו מסכימים לנקודה זו, הרי שגם אם קיים הבדל מבחינה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות, עדיין הבדל זה אינו מספק רציונל מוסרי להבחנה שבין המתה לבין הנחה למות.

ה. תאורית "ביניים" – החריגה מהנורמה

(1) העמדה של הונורה'

(א) הצעת העמדה

בניגוד לתאוריות שהועלו לעיל ולפיהן מחדל אינו יכול, בשום מצב שהוא, לגרום לתוצאה מסוימת ובניגוד לתאוריות שטענו כי סיבה היא תנאי הכרחי לתוצאה, הרי שהארט והונורה' בספרם CAUSATION IN THE LAW טוענים כי מחדל יכול במקרים מסוימים לגרום לנזק, וכן כי יש להבחין בין תנאי הכרחי לנזק לבין הסיבה לנזק. במסגרת זו הם מתמודדים עם השאלה כיצד ניתן להבחין בין התנאים ההכרחיים לנזק, לבין הסיבה לנזק. למשל, כאשר אדם זורק גפרור לפח אשפה ושריפה נגרמת כתוצאה מכך, אנו טוענים כי השלכת הגפרור לפח האשפה היא הסיבה העיקרית לנזק, על אף העובדה שהשלכת הגפרור אינה התנאי הכרחי היחיד להתרחשות הנזק. במקרה זה, קיימים תנאים הכרחיים נוספים לקרות הנזק, כגון העובדה שיש חמצן באוויר שכן ללא חמצן באוויר לא הייתה מתרחשת השריפה. כמו כן, העובדה כי בתוך הפח היו ניירות רבים אשר ללא הימצאותם בפח לא הייתה מתרחשת השריפה. עם זאת, וכפי שציינתי לעיל, אנו טוענים כי דווקא השלכת הגפרור לתוך הפח היא הסיבה לנזק, ואילו כל יתר העובדות, הינן תנאים הכרחיים אך לא הסיבה לנזק.⁴⁸ כמו כן, כאשר ראובן יורה בשמעון ושמעון מת, ישנם תנאים הכרחיים רבים למוות של שמעון. למשל, העובדה כי אמו של ראובן ילדה אותו. או למשל, העובדה שאמו של שמעון

48 ראו: H.L.A HART AND TONY HONORE', CAUSATION IN THE LAW 32-33 (1985).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

ילדה את שמעון. עם זאת, קשה לטעון כי העובדה שאמו של ראובן ילדה אותו היא הסיבה למות שמעון כפי שהירי של ראובן הוא הסיבה למותו של שמעון. אנו עורכים הבחנה בין התנאים ההכרחיים למוות של שמעון לבין הסיבה למוות של שמעון. העובדה שאמו של ראובן ילדה אותו, היא תנאי הכרחי למוות של שמעון ואילו הירי של ראובן הוא הסיבה למוות של שמעון.

לפי הארט והונורה, הטעם לכך שאנו עורכים את ההבחנה הזו, בין התנאים ההכרחיים לבין הסיבה לנזק נובע מכך שבעולם המשפט וכך גם בשפה היומיומית שלנו, איננו מסתפקים בידיעה מהם התנאים ההכרחיים לקרות נזק מסוים. אנו חפצים לדעת, מה הייתה הסיבה העיקרית לנזק בכדי שנוכל להטיל על גורם זה את האחריות לקרות הנזק.

הארט והונורה טוענים כי סיבה לנזק (בניגוד לתנאי הכרחי לו) חייבת לעמוד בשני תנאים מצטברים⁴⁹:

(1) הסיבה חייבת לעמוד במבחן של סיבה בלעדית אין.

(2) הסיבה חייבת להיות חריגה מהנורמלי והסביר בהתרחשות נתונה.

כיוון שהמבחן של "סיבה בלעדית אין" צוין לעיל, אסביר רק את התנאי השני הקובע כי סיבה חייבת להיות חריגה מהנורמלי והסביר בהתרחשות נתונה.

לפי הארט והונורה, בחיי היומיום שאלות של סיבתיות עולות בעיקר כאשר אירע דבר מסוים שחרג מההתנהלות הרגילה של הדברים. למשל, אדם מת בגיל צעיר. אנו שואלים מה גרם למותו, שהרי במצב הדברים הנורמלי, אדם בגיל כזה לא מת. או למשל, אנו שואלים מה גרם לשריפה, שהרי במצב הדברים הרגיל, שריפה כזו לא מתרחשת.

לפי הארט והונורה, התנאים ההכרחיים לנזק מסוים, הם התנאים הקיימים אף כאשר הנזק לא מתרחש. למשל, במקרה של זריקת הגפרור לפח האשפה, המצאות החמצן באוויר היא תנאי הכרחי לנזק אך לא הסיבה, כיוון שהחמצן קיים באוויר אף כאשר השריפה לא מתרחשת. לא הייתה כאן כל חריגה ממצב העניינים הנורמלי והסביר, קרי ממצב הדברים הקיים בדרך כלל. כמו כן, המצאות ניירות בפח האשפה אף היא אינה הסיבה לנזק אלא רק תנאי הכרחי לקרות הנזק, שכן המצאות ניירות בפח האשפה אינה חריגה מהנורמלי והסביר. אף כאשר לא מתרחשת שריפה, נמצאים ניירות בפח האשפה. לעומת זאת, זריקת הגפרור לפח האשפה היא כן הסיבה לנזק, שכן בדרך כלל כאשר נמצאים ניירות בפח אשפה, אנשים אינם זורקים גפרורים לתוכה. לכן, אנו יכולים לראות בזריקת הגפרור כגורם "שעשה את ההבדל". יתר התנאים לא "עשו את ההבדל" שכן הם תמיד נמצאים.

"In ordinary life... the particular causal question is most often inspired by the wish for an explanation of a particular contingency the occurrence of which is puzzling because it is a departure from the normal, ordinary, or

49 ראו: שם, בעמ' 109-111.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

*reasonably expected course of events.. with this in mind it is possible to see at once why certain types of conditions are classified as mere conditions and would be rejected as causes. In the case of a building destroyed by fire mere conditions will be factors such as the oxygen in the air. The presence of combustible material, or the dryness of the building.*⁵⁰

הארט והונורה' מדגישים כי לפעמים, הימצאות חמצן באוויר יכולה להיות הסיבה לנזק. כך, כאשר מתרחשת שריפה במעבדת ניסויים שלא אמור היה להימצא בה חמצן, אנו יכולים לטעון, כי דווקא הימצאות החמצן בתוך המעבדה היא הסיבה לנזק, שכן הימצאות החמצן הייתה החריגה מהנורמלי והסביר. כלומר, כדי לדעת מה הייתה הסיבה לנזק מסוים, אנו צריכים לדעת מה היה נורמלי וסביר בהקשר הרלוונטי והמסוים.⁵¹ כמו כן, ייתכן מצב שבו במסגרת מקרה אחד, אירוע יכול להיות הן תנאי הכרחי (ולא סיבה), הן סיבה (ולא תנאי הכרחי), הכול תלוי בנקודת המבט של המתבונן. למשל, כאשר ישנו רעב בהודו ואנשים מתים כתוצאה מכך, האזרחים ההודים יכולים לראות באי-ירידת הגשמים את הסיבה לנזק, ואילו ממשלת ארצות הברית יכולה לראות את ממשלת הודו כסיבה למוות של האנשים. הנימוק נובע מכך, שאזרחי הודו, רואים את התנהגות ממשלתם כנורמלי והסביר, ואילו ממשלת ארצות הברית לא רואה את התנהגות הממשלה כנורמלי וסביר.

הארט והונורה' מדגישים כי חריגה מהנורמלי והסביר לא חייבת להיות רק באמצעות התערבות אקטיבית של אדם מסוים. הם מדגישים כי חריגה מהנורמלי והסביר יכולה להיות אף על ידי מחדל של אדם, כלומר גם על ידי אי-עשייה. הם טוענים, שאף מחדל יכול להיות הסיבה לנזק מכיוון שבני האדם הבינו שלעתים היעדר התערבות במצב מסוים אף הוא גורם לנזק ועל כן הם פיתחו נורמות, חוקים ומנהגים כדי למנוע נזק זה. כאשר אדם חרג מהנורמות והמנהגים הללו ונגרם נזק, התנהגותו מהווה הסיבה לנזק ולא רק תנאי הכרחי לו.

“Though what is treated as normal represents in many ways our practical interests and our attitude to nature, it would be wrong to identify as the normal and so always as part of the mere conditions of events the ordinary course of nature unaffected by human intervention. This is an over simplification, because what is taken as normal for the purpose of the distinction between cause and mere conditions is very often an artifact of human habit, custom, or convention... a deviation from such man

50 שם, בעמ' 34 (ההדגשות שלי).

51 שם, בעמ' 35.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

made norms will very often be an omission, i.e. a failure to act in some way expected or required by the norm."⁵²

למשל, כאשר ראובן לא משקה את הפרחים על אף העובדה שהוא התחייב לעשות זאת, אי-השקיית הפרחים אינה רק תנאי הכרחי לנבילת הפרחים, אלא גם הסיבה לנבילתם, שכן אי-השקיית הפרחים על ידי ראובן היא חריגה מהנורמלי והסביר במקרה זה. לעומת זאת, העובדה שמלכת אנגליה לא השקתה את הפרחים, אינה הסיבה לנבילת הפרחים, אלא רק תנאי הכרחי לכך, שכן אי-השקיית הפרחים על ידי מלכת אנגליה אינה חריגה מהנורמלי והסביר במקרה זה.⁵³

לכאורה, ניתן היה לטעון כי אף לפי הניתוח של הארט והונורה בנוגע לסיבתיות, אין ולא יכול להיות הבדל סיבתי בין המתה לבין הנחה למות, בשל העובדה כי הן המתה הן הנחה למות יכולות להיות הסיבה למות הקרוב, שכן שני סוגי ההתנהגות יכולים להיות חריגה מהנורמלי והסביר בהתרחשות נתונה.⁵⁴

עם זאת, הונורה' שדן במקום אחר בנוגע להבחנה המשפטית בין מעשה לבין מחדל, טוען כי ההבחנה כן בנויה על הבדל סיבתי. ההבדל לפי הונורה' הוא שמעשה גורם לשינוי ממשי בעולם ועל כן הוא יכול לגרום לנזק ואילו מחדל במרבית המקרים אינו יוצר שינוי בעולם ועל כן הוא לא גורם לנזק. המקרים המעטים שבהם אנו נטען כי המחדל גרם לנזק הם המקרים שבהם הייתה ציפייה מן הפועל לפעול והוא לא פעל. למשל, כאשר מציל בכריכה לא הציל אדם הטובע כאשר הוא יכול היה לעשות כן, אנו נאמר כי הוא גרם לנזק. במקרה שבו הרוטינה היא לבצע דברים מסוימים, אי-ביצוע דברים אלה ייחשב כהתערבות

52 שם, בעמ' 37-38 (ההדגשות שלי).

53 שם, בעמ' 38.

54 יש לציין, כי הארט והונורה' סברו כי ההבחנה בין תנאים הכרחיים לתוצאה לבין הסיבה ההכרחית לתוצאה מבוססת על שיקולים סיבתיים אובייקטיביים ולא על שיקולי מדיניות. ראו שם, בעמ' 24-27. עם זאת, עמדה זו אינה מוסכמת כלל ועיקר ויש רבים הטוענים כי ההבחנה בין תנאים הכרחיים לנזק לבין הסיבה העיקרית לנזק מבוססת על שיקולי מדיניות ולא על שיקולים סיבתיים אובייקטיביים. ראו: DOUGLAS N. HUSAK, PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW 164-165 (1987). כמו כן ראו ביקורת על עמדתם זו של הארט והונורה' R. W. Wright, 'Causation in Tort Law, 73 CALIFORNIA LAW REVIEW 1737, 1745-1747 (1985). אני אישית סבור כי ההבחנה בין תנאים הכרחיים לסיבה העיקרית מבוססת על שיקולי מדיניות ולא על שיקולים סיבתיים אובייקטיביים. אם נאמר כי ההבחנה בין תנאים הכרחיים לבין הסיבה העיקרית, מבוססת על שיקולי מדיניות ולא על שיקולים סיבתיים אובייקטיביים, וכן אם נסכים לעובדה כי גם מחדל יכול להיות תנאי הכרחי לנזק, הרי שוראי שההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אינה יכולה להיות מבוססת על הבחנה סיבתית, שכן לפי עמדה זו ברור שמבחנה אובייקטיבית סיבתית, הן מעשה הן מחדל יכולים לגרום לנזק. ראו: הוסק, שם, בעמ' 165-163.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

במצב הדברים הקיים בעולם וכשינוי לו. במקרים אלה אנו נטען כי המחדל גרם לנזק וניתן יהיה להטיל אחריות פלילית על הפועל.

"I suggest, therefore, that what explains the difference between doing and not doing is *the notion of intervening in the world so as to bring about change*; and that at a *secondary level this notion extends to the interruption of human routines*. If the human routine is required by a norm, the violation of it is an omission that will entail responsibility".⁵⁵

כלומר, בניגוד לביבי ומק, שטענו כי ישנה הבחנה סיבתית חדה בין מעשה לבין מחדל במובן זה שמחדל אינו יכול לגרום בשום פנים, לתוצאה מסוימת, הרי שלדעת הונורה אמנם קיימת הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל אך היא אינה חדה שכן קיימים מקרים שבהם מחדל כן יכול לגרום לנזק.

(ב) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות

ההבחנה לפי הונורה היא זו: כאשר הפועל הניע את גופו ואירע נזק הרי שנוכל לייחס את הנזק לפועל, לעומת זאת, כאשר הפועל לא הניע את גופו ואירע נזק הרי שלא נוכל לייחס את הנזק לפועל למעט מקרים מסוימים שבהם הרוטינה הייתה מניעת הנזק, והפועל לא פעל לפי רוטינה זו. אפשרות זו נוכל ליישם ביחס להגדרה של המתה והנחה למות. קרי, כאשר הפועל הניע את גופו והקרבן מת כתוצאה מכך, כי אז מדובר בהמתה ואילו כאשר הפועל לא הניע את גופו והקרבן מת, כי אז מדובר בהנחה למות (ובמקרים שבהם אי-הנעת הגוף על ידי הפועל הייתה חריגה מהרוטינה, כי אז מדובר בהנחה למות שיש לה קשר סיבתי למות).

"By moving their bodies people change the world...it is inherent in this world picture that positive acts count as interventions in the outside world and attract at least a minimal responsibility for their outcomes. On the other hand, non movement is *prima facie* not an intervention in the outside world, so that the agent is not responsible for its consequence. But superimposed on this picture of the world is a refinement of it, which treats disruptions of the normal course of events as similar to interventions that bring about change...if this regular or expected conduct fails to occur, the failure then counts not, as the first world view would

55 ראו: Tony Honore, RESPONSIBILITY AND FAULT 53 (1999) (ההדגשות שלי).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

suggest, as a non intervention but rather, on a wider view of that amounts to change, as a sort of intervention in the world".⁵⁶

(ג) הצורך באיתור חובה לפעול

לפי הונורה נראה כי החובה לפעול מבקשת לפתור את בעיית הקשר הסיבתי במחדל. הפתרון יכול לבוא באחת משלוש אפשרויות:

(1) החובה לפעול יוצרת אפשרות הרשעה אף במקרים שבהם לא מתקיים הקשר הסיבתי במחדל.⁵⁷ פתרון זה הגיוני כאשר החובה לפעול אינה משקפת את הרוטינה המקובלת בין האזרחים.

(2) מטרת החובה לפעול היא לומר לנו שבמקרים אלו מתקיים קשר סיבתי במחדל. לפי אפשרות זו, המקרים הנמצאים ברשימת "החובות לפעול", הם המקרים שקיימת בהם ציפייה מן האזרח לפעול. הם המקרים המשקפים את הרוטינה המקובלת. כלומר, מטרת החובה לפעול היא להודיע לאזרח כי במקרים אלה קיימת ציפייה ברורה ממנו לפעול, ואם הוא לא ימלא את חובתו הרי שהוא יוכל להיחשב כאחד הגורמים לנזק.

(3) החובה לפעול יוצרת את הציפייה הדרושה על מנת ליצור את הקשר הסיבתי במחדל. לפי אפשרות זו, החובה לפעול אינה נדרשת כדי להודיע לאזרח על קיום קשר סיבתי בין המחדל לבין הנזק. מטרת החובה לפעול היא ליצור את הציפייה מן האזרח, וליצור את הרוטינה המקובלת על מנת שיתקיים קשר סיבתי בין המחדל לבין הנזק.⁵⁸

56 שם, בעמ' 52-53 (ההדגשות שלי).

57 יש לציין, כי לא ברור לפי הונורה האם הקשר הסיבתי במחדל, וזה מבחינת "חוזקו" לקשר הסיבתי במעשה אקטיבי? במקום מסוים בספרו (שם, בעמ' 53) ניתן להבין כי אף במקרים בהם מחדל גרם לנזק, עדיין קיים הבדל איכותי בין מעשה לבין מחדל מבחינה סיבתית. על פי מקור זה ניתן לומר כי לפי הונורה ישנם שני סוגים של גרימה: גרימה חזקה והיא נעשית על ידי מעשה שיוצר בכל מקרה שינוי בעולם, וגרימה חלשה המתבצעת על ידי מחדל שיוצא נגד רוטינה מסוימת וגרימה מהסוג השני פחות "חזקה" מגרימה מהסוג הראשון. לפי גישה זו, הצורך בחובה לפעול, מבקש לגשר על חולשת הקשר הסיבתי במחדל. בכל אופן, וכפי שצינתי, גם הונורה סבור כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל מושתתת על תאוריה סיבתית המבחינה באופן עקרוני בין גרימת נזק במעשה לבין אי-מניעת נזק.

58 בהקשר זה יש לציין כי קוגלר במאמרו העלה את האפשרות שהחובה לפעול מטרתה לפתור את בעיית הקשר הסיבתי אך הוא דחה אותה. לפיו, אם הצורך בחובה לפעול היה נובע מהקשר הסיבתי, הרי שהמחוקק יכול היה לקבוע חובה כללית למנוע נזק, חובה זו הייתה יוצרת ציפייה ובכך היה מתקיים קשר סיבתי. מן העובדה שהמחוקק לא יצר חובה כזו נובע כי קיים שיקול אחר והוא שיקול החירות. שנית, גם אם נניח שלא כל הפרה של חובה משפטית יכולה להצדיק את הקביעה שהמפר היה הגורם לנזק, עדיין אין לראות בטיעון הגרימה את ההסבר לדרישת החובה. המחוקק יכול היה לקבוע עבירת מחדל פשוטה וכללית והעונש בצידה היה זהה לעונש בגין גרימת מוות במעשה. מכך שהמחוקק לא עושה זאת, משמע ששיקול החירות הוא השיקול העיקרי. ראו: ראו: יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 224-225

(2) העמדה של פלטר

(א) הצגת העמדה

אף פלטר טוען כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט מבוססת על הבחנה סיבתית, תוך שהוא מסתמך על התאוריה הסיבתית שפותחה על ידי הארט והונורה⁵⁹ ואשר תוארה לעיל.

כך, במקרים המסווגים כהמתה מתקיים קשר סיבתי, ואילו במרבית המקרים המסווגים כהנחה למות, לא מתקיים קשר סיבתי. במסגרת הצגת עמדתו, מסביר פלטר, כי אם המבחן של "סיבה בלעדית אין" היה נכון, כי אז המשפט הפלילי היה צריך להרשיע במקרים של מחדלים אף ללא צורך באיתור החובה לפעול. מנגד, המשפט הפלילי אינו יכול להסתמך על תאוריה הגורסת כי מחדל לא יכול לגרום לתוצאה כלל בשל היעדר "כוח" או "אנרגיה", שכן אז לא ניתן היה להרשיע בהריגה או ברצח, אף אם אותה חובה לפעול. לכן טוען פלטר, כי מחדלים גורמים לתוצאה רק במקרים מסוימים; במקרים שבהם המחדל היה חריגה מהנורמלי והסביר בסיטואציה הרלוונטית מתקיים קשר סיבתי במחדל, ואילו במקרים שבהם לא הייתה חריגה מהנורמלי והסביר – לא מתקיים קשר סיבתי במחדל. מעמדתו של פלטר עולה, כי הצורך בחובה לפעול במחדל נובע מן ההבחנה הסיבתית בין מעשה לבין מחדל. על פיו, המקרים הנמצאים ברשימת "החובות לפעול", הם המקרים שקיימת בהם ציפייה מן האזרח לפעול, ועל כן, במקרים אלה מתקיים קשר סיבתי בין המחדל לנזק.

"If those who killed and those who let others die both caused death in the same way, we would have trouble explaining the differentiation in the law. All those who cause death should be treated in the same way. Yet in

(2003) (להלן – קוגלר 2003). נראה, כי ניתן לענות על הביקורת של קוגלר. ניתן לומר ששיקול הגרימה הוא שמצריך חובה לפעול, וללא חובה לפעול לא היה מתקיים קשר סיבתי. עם זאת הנימוק לכך שהמחוקק לא יצר חובה כללית למנוע נזק נובע משיקול החירות. לדעתי לא קיימת כל סתירה בין הדברים. גם מי שסובר כי החובה לפעול, מטרתה לפתור את בעיית הקשר הסיבתי, עדיין יכול לסבור שהמחוקק לא יצר חובה כללית כדי לא לפגוע בחירות של האזרח. כלומר, אם היה מתקיים קשר סיבתי הרי שלא הייתה מניעה להרשיע בגין גרימה במחדל. עם זאת, כאשר לא מתקיים קשר סיבתי, יכול המחוקק לבחור אלו חובות להטיל על האזרח כדי לא לפגוע בחירותו. אבל עדיין, השיקול העיקרי באיתור החובה לפעול, הוא השיקול הנובע מהיעדר הקשר הסיבתי במחדל. העובדה שהמחוקק לא יצר מלכתחילה חובה כללית כדי ליצור קשר סיבתי, אינה מצביעה על כך שהחובה לפעול מבקשת לפתור את הקשר הסיבתי.

59 לגישתו הסיבתית של פלטר ראו: GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW (1978) 593-602 (להלן – פלטר 1978); GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW (1998) 59-70 (להלן – פלטר 1998).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי
fact we do not hold accountable those who merely allow or let others die, unless there is a special duty to render aid. It is clear, then, that the law do not rigorously follow the 'but for' test, for if it did, it would treat as causal agents all those who could have saved the life of the deceased and did not. *But if the law took the view that omissions were not causes at all, we would run into problem making sense of our practice of holding liable for homicide those who, under a duty to aid, knowingly let the victim die*".⁶⁰

ברם, יש להדגיש, כי על פי פלטשר, עדיין קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות אף במקרים שבהם מתקיים קשר סיבתי בהנחה למות (כאשר יש חובה לפעול המשקפת למעשה את הנורמאלי והסביר). פלטשר טוען, כי במקרים של המתה הפועל יצר את הנזק ואילו במקרים של הנחה למות הפועל לא יצר את הנזק אלא רק הניח לו לקרות (כפי שטענתי בשם מקמהן ופוט). במילים אחרות, אמנם במקרים שבהם אותרה חובה לפעול במחדל, מתקיים קשר סיבתי, אך נראה לפי פלטשר כי הקשר הסיבתי במקרים של המתה הדוק יותר.⁶¹ לעובדה זו, תיתכן משמעות לעניין ההבדל ברמת הענישה בין מעשה לבין מחדל ואדון בכך במסגרת הפרק השביעי להלן.

(ב) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות

ההבדל העיקרי בינו לבין הונורה' מצוי בהגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות. בניגוד להונורה' (וכן למור שיובא להלן) שטען כי ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות מושתתת על תנועתו הגופנית של הפועל הרי שלפי פלטשר, ההגדרה של מונחים אלה אינה קשורה כלל לתנועתו הגופנית של הפועל. לפי פלטשר, לתנועתו הגופנית של הפועל אין כל משמעות מוסרית. לכן לפיו ייתכנו מקרים אשר יסווגו כהמתה אף כאשר הפועל לא הניע את גופו והקרבן מת, ואילו ייתכנו מקרים אשר יסווגו כהנחה למות אף כאשר הפועל הניע את גופו והקרבן מת. לפי פלטשר למשל, אם רופא ניתק חולה סופני

60 ראו, פלטשר 1998, שם, בעמ' 67-68 (ההדגשות שלי).

61 שם, בעמ' 67. על פי פלטשר נראה, כי כאשר לא ברור לנו כיצד לסווג מקרה מסוים – כהמתה או כהנחה למות – כי אז יש לעשות שימוש בשפה היומיומית שלנו. פלטשר טוען כי השפה היומיומית שלנו עורכת הבחנה בין מקרים של המתה למקרים של הנחה למות גם כאשר מתקיים קשר סיבתי ולכך, לפי פלטשר, יש משמעות מוסרית. ראו: פלטשר 1978, לעיל הערה 59, בעמ' 597 וכן בעמ' 600-601. למשל, לפי פלטשר כאשר רופא לא נתן תרופה לחולה הרי שלפי השפה היומיומית שלנו הוא הניח לו למות ולא הרג אותו, ואילו אם שלא האכילה את בנה הרגה אותו. לעובדה כי לפי השפה היומיומית שלנו אי-מתן תרופה מוגדרת כהנחה למות, יש משמעות מוסרית, למשל במקרה של ענישה. ייתכן (פלטשר אינו אומר זאת במפורש) כי הענישה במקרה של הריגה תהיה חמורה יותר מאשר מקרה שסווג כהנחה למות אף אם אותרה חובה לפעול. ראו להלן פרק ז' המתייחס לענישה.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

ממכונת הנשמה הרי שהרופא הניח לחולה למות. במקרה זה איננו טוענים כי הרופא גרם למותו של החולה, ממש כשם שאיננו טוענים שרופא אשר חדל להנשים חולה בשל העובדה שאין סיכוי להצילו, גרם למות החולה. מנגד, לפי פלטשר אם שלא האכילה את בתה – הרגה אותה. וכן אם א' עמד במקום וב' נתקע בו ומת הרי שא' הרג את ב' (בהנחה שהוא יכול היה לזוז משם) ולא רק הניח לו למות. איננו רואים את עמידתו של א' במקום כהיעדר מעשה.

“There is certainly no correlation between activity or motion, on the one hand, and the use of affirmative verbs of killing, on the other. A parent might starve a child to death by refusing to feed it. One can kill by standing still; and as we shall see later, one can let die by moving one`s body. The issue is not motion, but the particular link that exists between the act and the occurrence of death.”⁶²

(ג) הקשר שבין התאוריה של פלטשר לדרישת המעשה בדין הפלילי הגישה הסיבתית של פלטשר וכן העמדה הקובעת כי גם עמידה במקום יכולה להוות צורת התנהגות שלא תצריך חובה לפעול (כך אני מבין את פלטשר שכן הוא מגדיר לעתים את עמידה במקום כהמתה) מתיישבת יפה עם עמדתו לגבי מהות דרישת המעשה במשפט הפלילי.

על פי פלטשר הדגש בדרישת המעשה, צריך להיות בהשפעה או בקשר שיש להתנהגות האדם על הסביבה החברתית שלו. בכך יוצא פלטשר נגד ההיבט המכניסטי של הגישה הקובעת כי מעשה הוא תנועה גופנית הנובעת מן הרצון (זו גישתו של מור שתובא להלן). לפי פלטשר הדגש בדרישת המעשה אינו בהבנה הפיזיולוגית – מדעית של מעשה אלא בהשפעה שיש למעשה על הסביבה החברתית של האדם.⁶³ כך למשל, כאשר פסיכולוג

62 שם, בעמ' 601-602 (ההדגשות שלי). ראו גם George P. Fletcher, *Moral Irrelevance of Bodily Movements*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1443, 1445 (1994). “I mean to challenge this conventional views...with the radical suggestion that bodily movements have no bearing on the act/omission distinction. Movement, as such, has no moral relevance”

63 ראו: GEORGE P. FLETCHER, *THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN, COMPARATIVE, INTERNATIONAL* 283 (2007). שם יוצא פלטשר נגד העמדה המכניסטי של מור. גם אלה שכתבו על פלטשר וספרו הנ"ל הבינו כי הדגש הוא בקשר שבין המעשה על הסביבה החברתית של האדם.

“For Fletcher, the first thing that needs to be noticed in the concept of action is that human conduct is always a form of expression or of relevant communication between human beings. Consequently, if we consider the concept of action from the point of view of the traditional theories (causal or

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

היושב מול המטופל שלו ולא מניע את שרירי גופו, אמנם מבחינה מדעית ביולוגית ייתכן לומר שאין כאן מעשה, אך לעניין המשפט הפלילי לא חייב להיות כל הבדל בין מקרה זה לבין מקרה שבו הנאשם הניע את שרירי גופו. כך גם סטודנטים המקשיבים קשב רב למרצה ואינם מזיזים את גופם, ייתכן שמבחינה פזיולוגית אין כאן מעשה, אך לעניין המשפט הפלילי בהקשרים הרלוונטיים, ההתייחסות למעשים אלה אינה צריכה להיות שונה מן ההתייחסות למעשה רגיל.⁶⁴

מכאן ניתן להבין את העמדה של פלטשר כי לעתים עמידה במקום היא רק הנחה למות ולעתים עמידה במקום יכולה להוות המתה. כמו כן לעתים מקרה הכרוך בתנועה גופנית מסווג כהמתה ואילו לעתים מקרה הכרוך בתנועה גופנית מסווג רק כהנחה למות. לא ניתן לפי פלטשר להחליט באופן קטיגורי כי היעדר תנועה גופנית תסווג כהנחה למות, שכן לפיו לא ניתן לנתק את ההתנהגות של הפועל מהסביבה החברתית בו היא נעשתה.⁶⁵ לפעמים עמידה במקום יוצרת את הנזק ולפיכך היא מסווגת כהמתה ולפעמים עמידה במקום מניחה לנזק לקרות ובמקרים אלה היא תצריך חובה לפעול. אם ראובן נעצר באופן פתאומי לאחר ריצה וכתוצאה מכך שמעון מת, הרי שעמידתו במקום של ראובן יצרה את הנזק וגרמה למותו של שמעון, אף אם העמידה במקום לא הניעה שריר. לעומת זאת, אם רופא לא העניק תרופה לחולה והחולה מת, הרי שמדובר בהנחה למות, על אף העובדה שמתקיים קשר סיבתי. כלומר, כפי שצוטט לעיל, השאלה היא, מהו אופי הקשר הסיבתי בין התנהגות הפועל לבין מות הקרבן ולא האם מדובר בתנועה גופנית או באי-תנועה גופנית. בהתאם לאופי הקשר הסיבתי, תסווג ההגדרה של ההמתה וההנחה למות, וחשוב מכך, בהתאם לכך יוחלט האם יש צורך בחובה לפעול כדי להרשיע או שמא אין צורך באיתור חובה לפעול.

ו. תיאוריות שלפיהן אין הבחנה סיבתית בין המתה להנחה למות

הצגתי לעיל את האפשרויות העיקריות עליהן יכולה להתבסס העמדה הקובעת כי קיימת הבחנה סיבתית בין המתה להנחה למות.

teleological), we ignore precisely the only thing that really characterizes human action in general, and human criminal action in particular: that, regardless of any external assessment that can be made of it, human action is, above all, a form of intersubjective communication and not a simple causal or teleological process.”

ראו: Francisco Munoz Conde and Luis Erensto Chiesa, *The Act Requirement as Basic*

Concept of Criminal Law, 28 CARDOZO LAW REVIEW 2461, 2463-2464 (2007)

64 פלטשר, שם, בעמ' 271-272. דוגמה ידועה נוספת היא השומר בארמון מלכת אנגליה. ייתכן שעמידתו במקום אינה נחשבת מבחינה ביולוגית כמעשה, אך מבחינה משפטית או מוסרית במקרים הרלוונטיים ההתייחסות אליה לא צריכה להיות שונה ממעשה רגיל.

65 ראו: קונדה וצ'יסה, לעיל הערה 63, בעמ' 2469.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

כעת אעבור לדון בגישות הטוענות כי מחדל יכול לגרום לתוצאה וזאת אף בלא שהמחדל יהווה חריגה מהנורמלי והסביר כמצוין לעיל בשם הונורה' ופלטשר. לפי גישות אלה ברור, כי אם מחדל יכול לגרום לתוצאה (מחדל מוגדר כאמור בפרק זה היעדר תנועה גופנית שלא מנעה נזק) אזי לכאורה אין ולא יכולה להיות הבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות. יש לציין, כי עמדה זו אינה שולית כלל ואף היא עמדה החוצה גבולות. כך למשל, מלומדי משפט כגון, פרקינס⁶⁶ וליונס⁶⁷ טוענים כי מחדל יכול לגרום לתוצאה וכך גם פילוסופים מתחום המדע והמוסר, כגון, לוואיס,⁶⁸ בנט,⁶⁹ מלור,⁷⁰ קגן,⁷¹ האריס,⁷² וכן מקי,⁷³ סבורים כי מחדל גורם לתוצאה כשם שמעשה יכול לגרום לתוצאה.⁷⁴ אף גישות הטוענות כי מחדל יכול לגרום לתוצאה יכולות להתבסס על מספר אפשרויות.

(1) סיבה בלעדית אין – אפשרות ראשונה

גישה זו יכולה לטעון כי בנוגע לאיפיון הקשר הסיבתי, האפיון הנכון הוא "סיבה בלעדית אין", קרי, A גרם ל-C כאשר A ו-C התרחשו בפועל ואם A לא היה קיים, אזי C גם כן לא היה קיים. אולם, בניגוד לעמדה הטוענת כי הרכיבים של הקשר הסיבתי הם אירועים, ניתן לטעון כי: (א) מחדל הוא אירוע; או (ב) הרכיבים אינם אירועים אלא עובדות (facts) ומחדל הוא עובדה. אציג שתי אפשרויות אלו להלן.

(א) מחדל הוא אירוע – העמדה של דייוידסון

בניגוד לעמדה הטוענת כי מחדלים אינם יכולים לגרום לתוצאה שכן מחדלים אינם אירועים, ניתן לטעון כי אף מחדל הוא אירוע. על מנת להבין כיצד מחדל יכול להוות אירוע אשתמש בתיאורית המעשה של דונלד דייוידסון. דייוידסון טען כי כשם שקיים קשר סיבתי בין שני אירועים, כאשר האירוע הראשון הוא הסיבה והאירוע השני הוא התוצאה, כך קיים קשר של

- 66 ראו: פרקינס, לעיל הערה 24, בעמ' 773.
67 Arthur Leavens, *A Causation Approach to Criminal Omissions*, 76 CALIFORNIA LAW REVIEW 547 (1988).
68 ראו: לוואיס 2004b, לעיל הערה 14, שם.
69 ראו: בנט, לעיל 22, בעמ' 126-130.
70 ראו: מלור, לעיל הערה 11, בעמ' 130-135.
71 ראו: SHELLY KAGAN, THE LIMITS OF MORALITY 92-94 (1991).
72 ראו: John Harris, *The Survival Lottery*, in KILLING AND LETTING DIE 257 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994); John Harris, *The Marxist Conception of Violence*, 3 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 192 (1974) (להלן – האריס 1974).
73 J.L. Mackie, *Causes and Condition*, 2 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 245 (1965).
74 ראו גם, בין היתר את פסקי הדין המוזכרים, לעיל הערה 4.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפיליפי
סיבה ותוצאה בין פעולה מנטלית של האדם לבין הפעולה הפיזית-חיצונית שלו.⁷⁵ למשל,
כאשר ראובן יורה בשמעון, אזי קיים קשר סיבתי בין הפעולה המנטלית שהיא ההחלטה
לירות בשמעון לבין הירי עצמו. ההחלטה לירות בשמעון היא הגורם לירי בשמעון. פעולות
מנטליות המהוות גורם לתוצאה הם אירוע לכל דבר ועניין, ופעולות אלו מגוונות. כמו
למשל, החלטה לבצע פעולה, חישוב מסוים, שיפוט מסוים ועוד.⁷⁶ וכך, כאשר ראובן יורה
בשמעון ושמעון מת, מתקיימים כאן שני קשרים סיבתיים, הראשון הוא בין הכוונה או
ההחלטה לירות בשמעון לבין הירי בשמעון, והשני הוא בין הירי של שמעון לבין המוות
שלו.

“If someone sank the Bismarck, then various mental events such as
perceivings, notings, calculations, judgments decisions, intentional
actions, and changes of belief played a causal role in the sinking of the
Bismarck. In particular, I would urge that the fact that someone sank the
Bismarck entails that he moved his body in a way that was caused by
mental events of certain sort, and that this bodily movement in turn
caused the Bismarck to sink.”⁷⁷

אני סבור, כי כשם שקיים קשר של סיבה ותוצאה בין הכוונה של האדם, או ההחלטה של
האדם לבין הפעולה שלו, כך ניתן לומר כי קיים קשר של סיבה ותוצאה בין הכוונה של
האדם לבין המחדל שלו.

למשל, ראובן לא קפץ למים ושמעון מת.

ניתן להסביר את המקרה כך: האירוע המנטלי שהתבטא בכוונה של ראובן לא לקפוץ
למים בכדי להציל את ראובן אלא לעמוד במקום, גרם למותו של שמעון. כלומר, האירוע
המנטלי של ההחלטה של ראובן לא לקפוץ למים, גרם לכך שראובן לא יקפוץ למים אלא
יעמוד במקום, וכתוצאה מכך שמעון מת.⁷⁸

75 ראו: Donald Davidson, *Mental Events*, in *ESSAYS ON ACTION AND EVENTS* 208 (2001) (להלן – דייוידסון 1970). כמו כן ראו: דייוידסון, לעיל הערה 19, בעמ' 20-3.

76 ראו: דייוידסון 1970, שם.

77 שם.

78 בניתוח המקרה הזה ניתן להעלות שתי אפשרויות: האפשרות הראשונה היא לטעון שאי-
הקפיצה עצמה היא אירוע שבא לידי ביטוי בעמידה במקום. ההוכחה לכך שהיא אירוע היא
בכך שאנו טוענים שהיא נגרמה כתוצאה מאירוע מסוים. אם היא לא הייתה דבר, אזי לא היינו
יכולים לטעון שהיא נגרמה כתוצאה מדבר אחר. האפשרות השנייה היא לטעון שאי-הקפיצה
עצמה אינה אירוע, אך עדיין נוכל לייחס את הסיבה למותו של שמעון לאירוע אחר שהוא
הפעולה המנטלית שהובילה להחלטה לא לקפוץ ולהציל את שמעון. כך שמתקיים קשר סיבתי
בין ההחלטה של ראובן שלא להציל את שמעון לבין האירוע שבו הוא מת.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

יש לציין, כי דייוידסון עצמו לא התייחס באופן משמעותי למחדלים. עם זאת, במקרים המועטים שהוא כן התייחס אליהם, נראה שהוא ראה בהם כישויות שיכולות לגרום לתוצאות.

“The word ‘action’ does not very often occur in ordinary speech, and when it does, it is usually reserved for fairly portentous occasions. I follow a useful philosophical practice in calling anything an agent does intentionally an action, including intentional omissions.”⁷⁹

כלומר, לפי ציטוט זה דייוידסון רואה במחדלים מכוונים, מעשים לכל דבר ועניין. ניתן לחזק את העמדה כי דייוידסון סבר שמחדל יכול לגרום, בכך שהוא טען, כי אדם הוא הפועל (agent) של מעשה מסוים, אם ניתן לומר שהוא עשה את המעשה בכוונה. כלומר, ניתן לייחס לאדם פעולתיות (agency), אם הוא ביצע את הפעולה בכוונה. למשל, כאשר אדם שפך את הקפה שלו בכוונה, אנו יכולים לומר כי הוא הפועל של המעשה של שפיכת הקפה. כמו כן, הוא הפועל של שפיכת הקפה כאשר הוא סבר שהוא שופך תה, כיוון שעדיין ניתן לייחס לו כוונה בשפיכת הקפה (אף אם הכוונה הייתה לשפוך תה). לעומת זאת, אם הוא הפיל את הקפה בשל העובדה שמישהו דחף לו את היד, אנו לא יכולים לטעון שהוא הפועל של שפיכת הקפה, שכן לא ניתן לייחס לו כל כוונה בשפיכת הקפה.⁸⁰ כעת, אם ניתן לייחס לאדם פעולתיות כאשר הוא עשה מעשה עם כוונה מסוימת, אין כל סיבה שלא ניתן לייחס לו פעולתיות לגבי מחדל מכוון שאירע, שכן אף במקרה של מחדל האדם עצמו שולט על מה שאירע. למשל, אין כל סיבה שלא לומר שראובן הוא הפועל של המחדל שלא להציל את שמעון מטביעה. נראה, שיהיה זה סביר לומר, כי אם ניתן לייחס פעולתיות לגבי מחדל של אדם, הרי שניתן לומר שמחדל עצמו הוא אירוע.

(ב) רכיבי הקשר הסיבתי הם עובדות – העמדה של מלור

עד עתה טענתי כי קשר של סיבה ותוצאה חייב להתרחש בין שני אירועים. עם זאת, טענה זו אינה מוסכמת כלל על הכול. לפי מלור ובנט למשל, מחדלים יכולים לגרום לתוצאה שכן הרכיבים של הקשר הסיבתי אינם אירועים אלא עובדות (facts). מכיוון שמחדל נופל לגדר עובדה, אזי אף הוא יכול לגרום לתוצאה. מלור מוכיח את הטענה כי עובדות ולא אירועים הן הרכיבים של קשר סיבתי על ידי מקרים שבהם מתקיים לכאורה קשר סיבתי הגם שלא כלול בהם אירוע.

למשל: (1) הנפילה של ראובן גרמה למותו בגלל שעצמותיו היו שבירות. כלומר העובדה שעצמותיו של ראובן היו שבירות גרמה לכך שהוא ימות עקב הנפילה. מכיוון

79 ראו: דייוידסון 1970, לעיל הערה 75, הערה 2 (ההדגשות שלי).

80 ראו: Donald Davidson, Agency, in ESSAYS ON ACTION AND EVENTS 43-61 (2001).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
שתכונת השבירות של עצמות ראובן אינה אירוע אזי ברור שאף עובדות יכולות לגרום
לתוצאות.⁸¹

הארט העלה מקרה נוסף המשקף עמדה זו:
(2) התאונה אירעה כתוצאה מכך שהכביש היה מכוסה בקרח. היות הכביש מכוסה
בקרח אינה אירוע ועדיין אנו רואים בו כגורם לתאונה.
מלור מוכיח את טיעונו אף ממקרים נגטיביים. הוא טוען כי אם ניתן לומר שהנפילה של
ראובן גרמה למותו, אזי ניתן לומר, שאי-נפילתו של ראובן גרמה לכך שהוא לא מת.⁸²
כפי שציניתי בקצרה לעיל, אף לואיס טוען במפורש כי מחדלים יכולים לגרום לתוצאה.
לואיס מוכיח זאת בין היתר מכך שכאשר אדם נמצא בתוך ריק מוחלט, הוא ימות כתוצאה
מהריק הזה. וריק לפי לואיס הוא המקרה הקיצוני ביותר של "היעדר". אם במקרה של ריק
מוחלט אנו נסכים לטעון שהריק גרם למותו של האדם אזי במחדל רגיל לא כל שכן. לואיס
מדגיש כי האדם הנמצא בתוך הריק ימות לא כתוצאה מכוח שמפעיל הריק הזה. הריק אינו
מפעיל כל כוח. הוא ימות למשל מכך שאין שום כוח שיעצור מהאוויר שבריאות שלו לצאת
החוצה. כלומר האדם מת לא כתוצאה מכך שמופעל עליו כוח מסוים, אלא בשל העובדה
שלא מופעל עליו שום כוח.

"The void is deadly. If you were cast into a void, it would cause you to die in just a few minutes. It would suck the air from your lungs. It would boil your blood. It would drain the warmth from your body. And it would inflate enclosures in your body until they burst...Likewise, when the void drains your warmth, what happens is that your thermal energy, left to itself, tends to dissipate: and the void provides no influx of energy to replace the departing heat."⁸³

דוגמת הריק כאמור ממחישה את הנקודה כי קשר סיבתי אינו חייב להתקיים רק בין
אירועים, אלא הוא יכול להתרחש אף במקרים של מחדלים. התאוריה של לואיס כאמור
בנוגע לסיבתיות היא, באופן כללי, "סיבה בלעדית אין". A גורם ל-C כאשר אם A לא היה
קיים C לא היה קיים. במקרה של הריק כאמור אנו נאמר שהריק גרם למותו שכן אם לא היה
ריק, האדם לא היה קיים. וכך נאמר גם במחדלים רגילים: אי-השקיית הפרחים על ידי ראובן
גרמה לפרחים לנבול, שכן אם ראובן היה משקה את הפרחים אזי הפרחים לא היו נובלים.

81 ראו: מלור, לעיל הערה 11, בעמ' 106-109.
82 שם, בעמ' 132. כמו כן, אף המקרים שהעליתי לעיל כביקורת על התאוריה ולפיה רק אירוע
מהווים רכיבים בקשר הסיבתי, יכולים להוות הוכחה לכך שגם עובדות יכולות להוות רכיב
בקשר הסיבתי.
83 ראו: לואיס 2004b, לעיל הערה 14, בעמ' 277.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

או במקרה אחר, אי-משלוח גלגל ההצלה על ידי ראובן גרם למות שמעון, שכן אם ראובן היה שולח את גלגל ההצלה, שמעון היה ניצל.

“The void causes death to one who is cast into it because if, instead, he had been surrounded by suitable objects, he would not have died...likewise for lesser absences.”⁸⁴

ההבדל בין מלור ללואיס הוא שמלור טוען שהרכיבים הבסיסיים בקשר סיבתי הם עובדות, ואילו לואיס טוען שבדרך כלל הם אירועים. רק כאשר מדובר במחדל מדובר בסיבתיות שבין עובדה של המחדל לבין אירוע.⁸⁵

ההשלכה לנושא ההבחנה הסיבתית בין המתה לבין הנחה למות היא ברורה. אם אנו מגדירים סיבה לתוצאה כמונחים של תנאים הכרחיים לתוצאה, ואף דברים שאינם מתרחשים בעולם יכולים להוות תנאי הכרחי לתוצאה, אזי אין כל סיבה לומר כי מחדל אינו יכול לגרום לתוצאה כשם שמעשה יכול לגרום לתוצאה. ובהשלכה להבחנה בין המתה לבין הנחה למות – אם אנו טוענים כי כאשר ראובן יורה בשמעון ושמעון מת, הירי של ראובן הוא תנאי הכרחי למותו של שמעון, ולכן הוא הסיבה למות שמעון; וכן אם אנו טוענים כי כאשר ראובן לא הציל את שמעון מטביעה ושמעון מת, אי-ההצלה גם היא תנאי הכרחי למות שמעון, ועל כן אף היא הסיבה למותו של שמעון, אזי ההבדל מבחינה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות אינו יכול להישען על הבדל סיבתי אלא הוא טמון במקום אחר.

(2) תנאי הכרחי במערכת מספיקה – אפשרות שנייה

כפי שציניתי לעיל, מבחן “הסיבה בלעדית אין” מתקשה לענות על שני סוגים של מקרים: (א) גורם אחד המקדים גורם השני – למשל, ראובן ירה בלוי והרג אותו. אך אם ראובן לא היה יורה בלוי, שמעון היה יורה בו והורג אותו. (ב) שני גורמים מספיקים התרחשו באופן סימולטני בסיטואציה הרלוונטית – למשל, ראובן ושמעון ירו יחדיו בלוי. במקרה זה אם ראובן לא היה יורה, לוי היה מת כתוצאה מהירי של שמעון. ואם שמעון לא היה יורה לוי היה מת כתוצאה מהירי של ראובן.

84 שם, בעמ' 282.

85 יש לציין כי הן האריס, הן רייצ'לס טוענים כי אין כל הבדל מבחינה סיבתית בין ראובן שמטביע את שמעון לבין ראובן שלא מציל את שמעון מטביעה כאשר הוא יכול לעשות זאת. הריס טוען במפורש כי אי הצלה הוא מעשה נגטיבי שגורם למות. כך למשל הוא כותב:

“I have suggested that where Y involves harm to human beings, then Y will be a consequence of A not doing X simply where X would have prevented Y and A could have done X.”

ראו: האריס 1974, לעיל הערה 72, בעמ' 208. וכן הדיון בפרק א' במסגרת הגישות הסקפטיות. כמו כן ראו הדיון של קגן בנושא: קגן, לעיל הערה 71, שם.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
ציינתי לעיל שתי תשובות שעלו בספרות בנוגע למקרים אלו. תשובות אלו, מותרות
באופן עקרוני את מבחן "הסיבה בלעדית אין" על כנו.
ריצ'רד רייט לעומת זאת טען, כי לאור המקרים הללו, מבחן "הסיבה בלעדית אין" אינו
המבחן הנכון לקביעת הסיבה לתוצאה מסוימת. על פיו, תנאי מסוים מהווה סיבה לתוצאה,
אם ורק אם תנאי זה הוא מרכיב הכרחי בתוך מערכת שהיא מספיקה להתרחשות התוצאה,
ומערכת זו התרחשה בפועל.⁸⁶

אמחיש את ההגדרה באמצעות דוגמה:

כאשר אנו טוענים כי זריקת גפרור לתוך בית היא הסיבה לשריפה, אנו טוענים שזריקת
הגפרור היא תנאי הכרחי במסגרת מערכת שהיא מספיקה להתרחשות השריפה, ומערכת זו
אכן התרחשה בפועל. במקרה זה זריקת הגפרור בלבד, לא הייתה מספיקה להתרחשות
השריפה, שכן היה גם צורך שיהיו חומרים דליקים, וכן היה צורך שיהיה חמצן באוויר, וכן
היה צורך שאף אדם לא יכבה את השריפה מיד אחרי זריקת הגפרור לתוך הבית. כלומר,
כאשר אנו טוענים שזריקת הגפרור היא הסיבה לשריפה, אנו בסך הכל טוענים שהיא תנאי
הכרחי בתוך מערכת של תנאים אחרים, פוזיטיביים ונגטיביים, שאף הם היו נדרשים
להתרחשות התוצאה.

רייט מדגיש כי הוא ממשיך דרכו של ג'ון סטיוארט מיל אשר טען, כי הסיבה המלאה
לתוצאה מסוימת היא מכלול הגורמים שאפשרו לתוצאה להתרחש.⁸⁷ כפי שציינתי לעיל,
התנאים יכולים להיות פוזיטיביים והם יכולים להיות נגטיביים. למשל, יש צורך בהימצאות
החמצן באוויר, ויש צורך בכך שאף אדם אחר לא יכבה את הגפרור מיד לאחר שהוא נזרק
לתוך הבית. כמו כן, רייט הוא ממשיך דרכו של מיל במתן אפשרות לפלורליזם סיבתי.
לאמור, תוצאה יכולה להתרחש בשל מכלול של גורמים חלופיים. אדם יכול למות,
כתוצאה מכך שהוא הורעל וגם כתוצאה מכך שירו בו.⁸⁸

לפי רייט השוני בין המבחן שהוא מציע (הוא קרא למבחן NESS- necessary element in
sufficient set), לבין המבחן "סיבה בלעדית אין" הוא שמבחן "הסיבה בלעדית אין" הוא
מבחן של הכרחיות בלבד, כלומר, תנאי מסוים הוא סיבה לתוצאה אם ורק אם הוא תנאי
הכרחי לתוצאה. לעומת זאת, המבחן שהוא מציע הוא מבחן של הכרחיות המוכפף למבחן
של מספיקות, שכן לפיו תנאי הוא סיבה לתוצאה אם הוא תנאי הכרחי במערכת שהיא
מספיקה להתרחשות התוצאה.⁸⁹

86 ראו: רייט, לעיל הערה 54, בעמ' 1790.

87 שם, בעמ' 1789-1791.

88 שם, בעמ' 1790.

89 ראו: R.W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 *LOWA LAW REVIEW* 1001, 1019 (1988).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לפי רייט, המבחן שהוא מציע עונה על שני המקרים שצוינו לעיל ואשר היוו בעיה למבחן "הסיבה בלעדית אין". לפיו, במקרה הראשון, אנו טוענים כי הירי של ראובן גרם למוות של לוי, על אף העובדה שאם ראובן לא היה יורה לוי היה מת בכל מקרה, שכן הירי של ראובן הוא תנאי הכרחי בתוך מערכת שהיא מספיקה להתרחשות התוצאה והיא התרחשה בפועל, ואין זה משנה כלל, שלוי היה מת בכל מקרה כתוצאה מהירי של שמעון. כמו כן, במקרה השני, הן הירי של ראובן, הן הירי של שמעון מהווים סיבה למוות של לוי, שכן הירי של ראובן הוא תנאי הכרחי בתוך מערכת שהיא מספיקה הכוללת את הירי של ראובן ללא הירי של שמעון. והירי של שמעון, אף הוא תנאי הכרחי בתוך מערכת מספיקה הכוללת את הירי של לוי ללא הירי של שמעון.

מכיוון אחר לחלוטין, טען מקי כמו רייט (הוא טען זאת לפני רייט), כי כאשר אנו טוענים כי A גרם ל-C איננו טוענים כי אם A לא היה קיים אזי C לא היה קיים. אנו טוענים לכל הפחות, כי A הוא תנאי הכרחי במערכת שהיא מספיקה ולא הכרחית (מקי קרא לתנאי שהוא סיבה לתוצאה INUS condition שהם ראשי התיבות של המילים: Insufficient but necessary: part of a condition which is itself unnecessary but sufficient for the result). מקי מציין במפורש שמערכת מספיקה כוללת הן תנאים פוזיטיביים שהתרחשו בפועל, הן תנאים נגטיביים שלא התרחשו כלל. על פי הדוגמה שהעליתי לעיל, השריפה התרחשה לא רק בשל זריקת הגפרור אלא בשל העובדה שלא היה אף אדם שכיבה את השריפה או שלא הייתה מערכת אוטומטית שכיבתה את השריפה.⁹⁰

אם ניישם את התאוריה הזו, של מקי ושל רייט לעניין ההבחנה בין המתה לבין הנחה למוות, הרי שברור שההבחנה אינה יכולה להיות מושתתת על הבחנה סיבתית, שכן לפי תאוריה זו, הן תנאים פוזיטיביים, הן תנאים נגטיביים יכולים להוות סיבה להתרחשותה של תוצאה. כלומר, אף אם נגדיר את ההנחה למוות כמצב שבו הפועל לא עשה דבר והקרבת מת, ואת המתה כמצב שבו הפועל עשה מעשה והקרבת מת, הרי שהרציונל המבחין בין שני המקרים אינו יכול להיות רציונל סיבתי, שכן בשני המקרים מתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הפועל (הפוזיטיבית בהמתה והנגטיבית בהנחה למוות) לבין מות הקרבן. במקרה של המתה המעשה של הפועל הוא תנאי הכרחי במערכת שהיא מספיקה למוות הקרבן. ובמקרה של הנחה למוות, היעדר הפעולה של הפועל הוא תנאי הכרחי במערכת שהיא מספיקה למוות הקרבן.

בנט שפוסע בעקבות מקי בנוגע לתאוריה הסיבתית, ומתייחס לאפשרות להבדיל מבחינה סיבתית בין המתה לבין הנחה למוות, טוען במפורש כי אין כל אפשרות להשתית את ההבדל המוסרי על הבחנה סיבתית.

כאשר הוא מתייחס למקרה שבו הפועל לא הסית סלע כדי להציל את הקרבן (הוא קרא למקרה: Stayback) הוא טוען את הדברים הבאים:

90 ראו: מקי, לעיל הערה 73, בעמ' 245-246.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
"My account of causation makes it impressively weak. It implies that in
Stayback the causes of the vehicles demise include its momentum, the
slope of the ground, the presence of the cliff, the stillness of the ground,
and agents not moving in a certain way. *That is the crux: agents not
interposing the rock is a cause of the vehicles destruction: so the causal
analysis of our distinction fails.*"⁹¹

ז. סיכום

הראיתי לעיל, כי תאוריות המנסות לבסס את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות
על תיאוריה סיבתית, אינן עומדות לדעתי במבחן הביקורת. מעבר לכך, הצגתי תאוריות על
אודות סיבתיות אשר לפיהן אף במקרה הקלסי של הנחה למות, קרי הנחה למות במחדל,
מתקיים קשר סיבתי בין היעדר המעשה לבין התוצאה. כך, שאף אם לא נסכים לביקורות
שהעליתי לעיל, הרי שברור כי לאלה הטוענים כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אינה
מושגת על הבחנה סיבתית, יש בהחלט על מה לסמוך.

3. רציונל החירות

א. הקדמה

בסעיף זה אציג תאוריה מרכזית ומקובלת להבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על
הנחה למות במשפט הפילי המתמקדת בפגיעה השונה בחירות הפעולה של הפועל (להלן
– תאורית החירות). על פי תאוריה זו, הרציונל המוסרי המבחין בין שני האיסורים מושגת
על השוני במידת הפגיעה בחירותו של הפועל בכל אחד מן האיסורים. ניתן לזהות שתי
גרסאות של תאורית החירות:

על פי הגרסה הראשונה (שאותה אכנה תאורית החירות הליברלית), האיסור על המתה
חמור מאיסור על הנחה למות, מכיוון שאיסור כללי כנגד הנחה למות יחייב את הפועל, כל
העת, לבצע פעולות של הצלה שכן בכל זמן נתון קיים אי שם אדם המצוי בסכנה. דרישה מן
הפועל לבצע בכל זמן נתון מעשה הצלה תפגע באופן משמעותי בחירותו ותשלול ממנו את
האפשרות לתכנן ולנהל את חייו באופן עצמאי. לעומת זאת, באיסור כללי נגד המתה אין
פגיעה משמעותית בחירות הפועל שכן כל שנדרש ממנו לעשות הוא להימנע מפעולה
מסוימת, אך הוא עדיין יכול לנהל את חייו באופן עצמאי.

על פי הגרסה השנייה (שאותה אכנה תאורית החירות הצרה), איסור על המתה חמור
יותר מאיסור על הנחה למות, שכן באיסור על המתה, נאסר על הפועל לבצע פעולה אחת,

91 ראו: בנט 1995, לעיל הערה 22, בעמ' 129-130 (ההדגשות שלי).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

אך הוא עדיין רשאי לבצע פעולות רבות אחרות. לעומת זאת, באיסור על הנחה למות, מותר לפועל לבצע פעולה אחת, אך נאסר עליו לבצע אינסוף פעולות אחרות. על פי תאוריית החירות הליברלית, הבעיה בהנחה למות אינה מתמצית בכך שנאסר על הפועל לבצע אינסוף פעולות אחרות במועד ספציפי אחד. הבעיה נובעת מתדירותה של הדרישה לפעול שכן בכל רגע נתון מצוי אדם הזקוק לעזרה. לעומת זאת, על פי תאוריית החירות הצרה הפגיעה בחירות אינה קשורה לתדירותה של הדרישה אלא לעצם מניעת אפשרויות רבות לפעולה בזמן נתון.

בספר זה אתמקד בעיקר בתאוריית החירות הליברלית כפי שבאה לידי ביטוי בכתביהם של טרמל וקוגלר.

על פי תאוריית החירות, ההבחנה בין שני האיסורים בנויה על שיקולים מוסריים, שכן לחירות האדם יש ערך מוסרי בפני עצמו, וללא הבחנה בין האיסורים השונים, הרי שחירותו של הפועל תיפגע באופן משמעותי.

דרך הצגת הדברים תיעשה באופן הבא:

(1) הצגת שתי הגרסאות של תאוריית החירות. בתוך כך אעלה, בין היתר, את אופן הוכחת הכותבים להבחנה המוסרית, את הרציונל המוסרי להבחנה זו ואת הדרך שבה מגשרת החובה לפעול על הפער בין המתה במעשה לבין הנחה למות. כמו כן, אציין את ההגדרה הדסקריפטיבית הצומחת מתוך הרציונל הרלוונטי.

(2) לאחר הצגת התאוריה, אציג את הביקורות הרלוונטיות שניתן להפנות כלפיהן. הביקורות נחלקות לשני סוגים: סוג אחד של ביקורת מתייחס לרציונל המוסרי של ההבחנה. סוג שני של ביקורת מתייחס להגדרה הדסקריפטיבית הצומחת מן הרציונל הרלוונטי.

ב. תאוריית החירות הליברלית

הצגת הטיעון

ריצ'רד טרמל⁹² מעלה שני מקרים כדי להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות:

“מוות 1” – ראובן מודע לכך, שאם ימשיך בפעילות שבה הוא עוסק (כגון נהיגה, רכיבה על סוס ועוד) הוא ימית את שמעון. הפסקת הפעילות תעלה לראובן 1,000 ש”ח.

92 ראו: Richard L. Trammell, *Tooley's Moral Symmetry Principle*, 5 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 305, 309 (1976) (להלן – טרמל 1976). המקרים שהעליתי דומים אך שיניתי את שמות האנשים בדוגמאות שלעיל. למקרים נוספים ראו: Richard Trammell, *Saving Life and Taking Life*, in KILLING AND LETTING DIE 290 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) (להלן – טרמל 1975); Richard L. Trammell, *The Nonequivalency of Saving Life and not Taking Life*, 4 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 251 (1979) (להלן – טרמל 1979).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי לראובן אין דבר כנגד שמעון אך הוא מחליט בכל זאת להמשיך בפעילותו וממית את שמעון.

"מוות 2" – ראובן מודע לכך ששמעון (אדם זר) ימות אלא אם כן ראובן יפעל כדי להצילו. פעולת ההצלה תעלה לראובן 1,000 ש"ח. לראובן אין דבר כנגד שמעון אך הוא מחליט בכל זאת שלא להצילו. היעדר ההצלה אפשר את מותו של שמעון. ההבדל היחיד בין שני מקרים אלו הוא שב"מוות 1" ראובן המית את שמעון ואילו ב"מוות 2" ראובן הניח לשמעון למות, אך לא המית אותו. שאר כל התנאים שווים. כלומר, בשני המקרים המניע הוא זהה – לשמור על 1,000 ש"ח, בשני המקרים התוצאה היא זהה, קרי, שמעון מת, ובשני המקרים ההוצאות כדי להציל את שמעון הן זהות, קרי, 1,000 ש"ח.⁹³

טרמל טוען, כי חרף העובדה שכל שאר התנאים שווים, עדיין קיימת הבחנה מוסרית בין המקרים. ב"מוות 1" מחויב ראובן מבחינה מוסרית לעשות את כל המאמצים כדי לא להרוג את שמעון, ועל כן הוא חייב היה לוותר על 1,000 ש"ח. לעומת זאת, ב"מוות 2" ראובן אינו מחויב מבחינה מוסרית לעשות את כל המאמצים על מנת להציל את שמעון. במקרה זה נראה, כי החובה המוסרית לתת 1,000 ש"ח על מנת להציל את שמעון, חלשה מן החובה המוסרית להימנע מהמתה. העובדה כי קיים הבדל בין שני המקרים בהתייחס לכמות המאמצים וההוצאות שראובן מחויב להוציא כדי למנוע את מותו של שמעון, מצביעה על הבדל מוסרי ביניהם. אם שני המקרים היו זהים מבחינה מוסרית, כי אז לא היה צריך להיות הבדל בכמות המאמצים וההוצאות שראובן מחויב להוציא. מכאן עולה אפוא כי אף כאשר כל שאר התנאים שווים האיסור על המתה חמור מהאיסור על הנחה למות. אחד מן הרציונלים העיקריים עליהם מתבסס טרמל כדי להסביר מדוע המתה חמורה מהנחה למות נשען על ההבדל במידת הפגיעה בחירות הפועל בכל אחד מן האיסורים הללו.⁹⁴

93 באמצעות דוגמה זו יוצא טרמל נגד הדוגמאות שהעלה אשר באמצעותם הוכיח טוליי כי אין הבדל בין המתה לבין הנחה למות. המקרים שטוליי העלה התייחסו למאמץ מינימלי הן במקרה של המתה, הן במקרה של הנחה למות וכן בשני המקרים דובר בכוונה זדון. טרמל טוען כי כאשר ישנה כוונת זדון קשה לראות את ההבדל למרות שההבדל ישנו. עובדה זו דומה לערבוב שני סוגים של יינות עם נוזל נוסף וערבוב זה גורם לקושי בהבחנה בין הטעמים של היינות. כמו כן, כאשר מעלים מקרים בהם ההוצאות גדולות יותר, ההבדל ניכר הרבה יותר. ראו: טרמל 1975, שם, בעמ' 291. כמו כן ראו: טרמל 1976, שם.

94 יש לציין כי טרמל מדגיש בתחילה כי ההבדל בין הזכות שלא ימיתו אותי לבין הזכות לעזור לי הוא ביכולת למלא אחר שתי החובות. כלומר, החובה שלא יהרגו אותי כבדת משקל יותר מהחובה שיעזרו לי מפני שניתן למלא באופן מוחלט אחר החובה הנגטיבית. אין כל בעיה להימנע מלהרוג אדם, אך לא ניתן למלא באופן מוחלט אחר החובה הפוזיטיבית, שכן אין אפשרות לעזור לכל אדם הזקוק לעזרה. עם זאת, נראה מהמשך מאמרו כי הדגש הוא בפגיעה בחירות הפועל כפי שצינתי בגוף הספר. הבדל נוסף שהעלה טרמל נוגע לכך שכאשר א' ממית

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

בדרך כלל, האיסור על המתה דורש מאיתנו שלא לעשות כל מעשה. הוא אוסר עלינו למשל, לירות באדם או להטביע אותו. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות, מחייב אותנו לבצע מעשה מסוים. הוא מחייב אותנו להציל אדם הזקוק לעזרה. במובן זה, החובה להציל אדם פוגעת באופן משמעותי יותר בחירות הפועל מהחובה שלא להמית אדם, שכן ההנחה היא, שבכל רגע נתון מצוי אדם כלשהו בסכנת מוות, ואת מותו ניתן למנוע באמצעות מעשים כאלה ואחרים. יש לציין, כי אף אם מדובר במאמצים פעוטים אשר יכולים להציל ממוות, עדיין, הואיל ויש הצטברות של מקרים כגון אלה, הצטברות זו יוצרת פגיעה קשה בחירות האדם. אם בכל רגע נתון יידרש הפועל לעשות מעשים שיצילו אנשים אחרים (אף אם כל מקרה דורש מאמץ פעוט), הרי שתהיה בכך פגיעה קשה בחירותו וביכולתו לתכנן את חייו.

בהתייחסו לאפשרות כי לא תתקיים הבחנה מוסרית בין המתה להנחה למות טוען טרמל:

“Suppose we teach that the duty to save applies at all times and to all people, that whatever one may be doing one should stop doing that if it prevents one from saving someone, even if it takes great effort and results in serious personal sacrifice, the only exception being that we are free not to save someone else if this is the only way we can save ourselves...if the duty to save is solemnized to the same degree that the duty not to kill is, the moral agent either will lead the life of a John the Baptist or else will become demoralized(i.e., cease to take the rule so seriously) or else will be a miserable human being.”⁹⁵

את ב', הרי ש-א' גורם לו לנזק באופן מידי ואינו מאפשר לאף אדם לתקן את הנזק. לעומת זאת, כאשר א' מניח ל-ב', הוא עדיין מותיר אפשרות להציל אותו על ידי אדם אחר. אני סבור, כי הטיעון הזה אינו משכנע, שכן טרמל משווה כאן בין שני מצבים שאינם שווים. במקרה הראשון מדובר במקרה בו ברור ש-ב' מת ואילו במקרה השני אין זה ברור ש-ב' ימות. אולם, אם משווים את המקרים כי אז צריך להעלות מקרה בו ברור, שאם לא יצילו את ב' הרי שהוא ימות (ייתכן שטרמל סבור שאין כזה מקרה, ומבחינה הגדרתית כאשר לא הצילו את ב', מישוהו אחר יכול להציל אותו, אך זה לא נראה משכנע, שכן יכולים להיות מצבים בהם אם לא יעשה כלום, האדם ימות באופן וודאי). ראו לביקורת זו: James Rachels, *Killing and Starving to* (1979) 159, 167 *PHILOSOPHY* 54 *Death*.

95 טרמל 1979, לעיל הערה 92, בעמ' 261 (ההדגשות שלי). כמו כן ראו: טרמל 1975, לעיל הערה 92, בעמ' 293 (ההדגשות שלי):

“So Smith gives a dollar to charity. But the poor are always with Smith. Before he has a chance to fix his car, Smith notes that another dollar to this charity would have the same beneficial effect. Now perhaps giving this

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

כלומר, כדי שהאדם יוכל לנהל את חייו בצורה סבירה, יש לערוך מבחינה מוסרית הבחנה בין המתה לבין הנחה למות. מערכת מוסרית אשר תכרסם בהבחנה מוסרית זו, לא תהא מערכת מוסרית נכונה, שכן היא תהא נוקשה כל כך, באופן שאף אדם לא יוכל לעמוד בה.

יצוין, כי טרמל אמנם לא התייחס ליישום ההבחנה במשפט הפלילי אלא רק להבחנה המוסרית שבין המתה לבין הנחה למות. אך קיימים מספר לא מועט של מלומדים שיישמו את רציונל החירות בכדי להסביר את ההבחנה הנעשית במשפט הפלילי בהקשר של מעשה ומחדל.

כך למשל, טוען קוגלר, כי הסיבה שניתן להרשיע בעבירות תוצאה במחדל, רק כאשר אותה חובה ספציפית לפעול, נשענת על חירות הפעולה של האזרח.⁹⁶ לפיו, האיסור על

second dollar would come harder than the first. But still it would come no harder than the unspent charity. Bit by bit, Smith gives away all his resources- reminding himself from time to time that he is just as obligated to give another dollar to charity as to fix his car. The problem is that, even though fulfillment of one particular act of aid involves only minimal effort, it sets a precedent for millions of such efforts. If one maintains as a general principle that we have equal duty not to kill as to save, then either one must uphold an ethic so strenuous that asceticism is the only morally defensible way of life: or else one must be willing to allow Smith to harm someone with his car for lack of a simple repair.”

96 ראו: קוגלר 2003, לעיל הערה 58, בעמ' 212. יש לציין כי ניתן לפרש את עמדתו של קוגלר כרציונל משפטי ובפרק ג' אני מציג זאת. טיעון החירות הועלה, בין היתר, בפסק דין שניתן לאחרונה: ברע"פ 1007/05 מדינת ישראל נ' בוחבוט (פורסם בנבו, 1.9.2008). זוהי גם עמדתם של המלומדים סימסטר וסליבן. לפיהם:

“The prohibition of omissions is far more intrusive upon individual's autonomy and freedom than is the prohibition of acts, which is why the systematic imposition of (criminal or civic) liability for failures to act is to be resisted...The present argument is that liability of omissions should be exceptional, and not as widespread as liability of actions. At any moment in time, the number of positive actions we are doing is very small. But the number of things we are failing to do is enormous.”

ראו: A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE 61-62 (2000); A.P. Simester, *Why Omissions Are Special*, 1 LEGAL THEORY 311, 333-335 (1995). נראה כי גם פלר מציין במקומות מסוימים את גישת החירות. פלר טוען כי אין הציבור מסוגל לעמוד במבחן מצוות "עשה" כללית באותה מידה שעליו לעמוד במצוות "לא תעשה". וכן, "אין להשוות את החובה המוסרית שעשויה לרבוץ על אדם, עם החבות שהפרתן עלולה להצמיח אחריות משפטית, ובמיוחד אחריות פלילית. כלום אפשר לדרוש סולידריות מוחלטת וכללית בין הפרט וזולתו או אף הציבור כולו?". ראו: פלר, לעיל הערה 4, בעמ' 397. לפי הפרשנות שלי לדבריו לעיל, פלר טוען למעשה כי הפגיעה בחירות האזרח רבה יותר כאשר מדובר באיסור על מחדל מאשר איסור על מעשה. טיעון החירות יוצר הבדל הן ברמה

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

מעשה שגורם לנזק אינו פוגע באופן משמעותי בחירות הפעולה של הפועל. כל שנדרש ממנו לעשות הוא להימנע מפעולה כלשהי. לעומת זאת, איסור על מחדל שגורם לנזק, כן פוגע באופן משמעותי בחירותו של האזרח, שכן איסור זה היה גורם לכך, שבכל רגע נתון אדם היה חייב להפסיק את עיסוקיו כדי למנוע נזק של אדם אחר. על פי עמדה זו, המערכת המשפטית צריכה לערוך הבחנה בין מעשה למחדל בעבירות תוצאה, כדי לאפשר לאזרחים לנהל את חייהם כראות עיניהם.⁹⁷

ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בהקשר של עבירות תוצאה, נובעת, לדעת קוגלר, משילובם של שתי הנחות: ראשית, באיסור על מעשה, כל שנדרש מן האזרח הוא להימנע מלבצע מעשה ספציפי, אך יש באפשרותו לבצע אין סוף מעשים אחרים. לעומת זאת, כאשר מחייבים אדם לבצע פעולה מסוימת על מנת למנוע נזק מסוים, הרי שניתנת לו האפשרות לבצע מעשה ספציפי אחד, אך בשלב זה נמנעת ממנו האפשרות לבצע פעולות רבות אחרות. שנית, הצורך למנוע נזק בכלל ומוות בפרט הוא צורך המתחדש כל הזמן.⁹⁸ דוגמה הממחישה יפה נקודה זו היא הדוגמה שמעלה קוגלר:

“נניח שבשכונה של ראובן גר זקן בודד שסובל מדיכאון שעלול לגרום למותו, ומדי יומיים הוא מתקשר לראובן ומסביר לו שהוא מעוניין שראובן יבוא לביתו וישוחח אתו, משום שלולא כן הוא עלול למות. אם ראובן מאמין לו, הוא יהיה חייב לנטוש את עיסוקיו הרגילים (כגון: צפייה בטלוויזיה, קריאת ספר, משחק עם הילדים) בכל פעם שהוא מקבל קריאה כזאת, וללכת לביתו של הזקן, שאם לא כן, הוא מסתכן בכך שהוא יורשע בגרימת מותו בפזיזות.”⁹⁹

המוסרית והן ברמה המשפטית, כך שלא ניתן יהיה להרשיע במחדל אם אין חובה לפעול. עם זאת יש לציין, כי בשני מקומות אחרים הוא מוסיף שני טיעונים שנראים שונים במקצת. במקום אחד הוא מציין, שגישה הטוענת להשוואה בין עבירות “עשה” (מחדל) לבין עבירות “אל תעשה”, “הייתה מביאה להתנכרות האדם לסביבתו כדי לדעת ככל האפשר פחות על המתרחש, ועקב כך שלא להתחייב בשל היווצרות מצבים מסוכנים או התרחשות תוצאות שליליות.” כלומר, הנימוק לצורך בחובה ספציפית לפעול נובע מכך שאם לא הייתה חובה ספציפית לפעול, הרי שהאדם היה מתנכר לסביבתו. ראו: שם. במקום אחר הוא טוען, כי הנימוק לכך שהענשת מחדל בעבירות גרימה מצריכה חובה לפעול נובע מן העובדה כי “אחרת ניתן היה ליחס את העבירה, מבחינה אובייקטיבית, לכל העולם. כי כל בני האדם לא התערבו כדי למנוע את התרחשות התוצאה המזיקה”. ראו: שם, בעמ' 399. כלומר, דרישת החובה לפעול במחדל אינה נובעת רק מהצורך למנוע פגיעה בחירות, אלא מן הצורך שלא כל העולם יורשע בפלילים.

97 ראו: קוגלר 2003, שם, בעמ' 214, הערה 28.

98 שם, בעמ' 212, הערה 32.

99 שם, בעמ' 213.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

לביסוס ההבחנה על שיקול החירות יש, לדעת קוגלר, השלכה על מקרים של המתות חסד. לפיו, היות שבמקרים אלו הרופא אינו מעלה את טיעון החירות (הוא אינו טוען שחובת חיבור החולה למכונת הנשמה תפגע בחירותו), הרי שההבחנה בין הזרקה רעל לחולה לבין אי-חיבורו למכונת הנשמה בהקשר של איתור חובה לפעול במחדל אינה רלוונטית. לכאורה, שני המקרים יהיו זהים מבחינה משפטית ומוסרית, שכן טיעון החירות כאמור אינו רלוונטי כאן. לכן, טוען קוגלר, כי פסקי הדין שהתירו ניתוק ממכונת הנשמה, על ידי קונסטרוקציה משפטית שהגדירה ניתוק ממכונת הנשמה כמחדל ובמקרה של חולה סופני על הרופא לא מוטלת החובה לפעול, הלכו בדרך מלאכותית. ביחסי רופא וחולה ובמיוחד בהקשרים אלה, טיעון החירות אינו רלוונטי, ועל כן, אין זה משנה כיצד תוגדר הפעולה, כמעשה או כמחדל. לפיו, אם רוצים להתיר למשל לרופא לא לחבר חולה, במקרים מסוימים, למכונת הנשמה, הרי שיש לעשות זאת במסגרת הגנה נפרדת ולא במסגרת ההבחנה הרגילה בין מעשה לבין מחדל (זאת אף לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות).¹⁰⁰

ג. תאוריית החירות הצרה

הצגת הטיעון

גרסא שונה מגרסת החירות של טרמל וקוגלר, מציע פיציג'רלד. על פיו, ההבדל בין האיסור להמית לבין האיסור להניח למות נובע מכך שהאיסור להמית מונע מהפועל לעשות דבר אחד אך מותר בידיו את האפשרות לעשות פעולות רבות אחרות. לעומת זאת, האיסור להניח למות, מחייבת את הפועל לעשות פעולה אחת, אך מונעת ממנו לעשות פעולות רבות אחרות באותו זמן. למשל, החובה שלא לירות באדם מונעת ממני את פעולת הירי, אך מותרת בידי את האפשרות לעשות פעולות רבות אחרות. לעומת זאת, החובה לעזור לאדם הטובע בים, מאפשרת לי לעשות פעולה אחת, אך מונעת ממני פעולות רבות אחרות.

“A requirement that he must not do the act in (a) (killing) merely closes off one avenue of activity a requirement that he must do the act in (b) (letting die) closes off all avenues but one.”¹⁰¹

אף כאן ניתן לראות, כי הדגש העיקרי מתמקד בפגיעה בחירותו של הפועל, אך מדובר בשני טיעונים שונים. על פי טרמל וקוגלר, הפגיעה בחירות של האדם מתעוררת בעיקר כאשר ישנם הצטברות של מקרים שבהם מוטלת על האדם החובה להציל אדם אחר. בעיית החירות אינה מתעוררת באופן מהותי כאשר מדובר במקרה ספציפי ומוגדר בו עולה הצורך להציל אדם אחר, אף אם נסגרת בפני האדם בסיטואציה זו לעשות פעולות רבות אחרות.

100 שם, בעמ' 220-221.

101 P.J. Fitzgerald, *Acting and Refraining*, 27 ANALYSIS 133, 138 (1967)

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לכן, לפי קוגלר, כאשר מספר המקרים שבהם מוטלת על האדם החובה להציל אדם מצומצמת, אזי לא קיים הבדל משמעותי בין המתה לבין הנחה למות. לעומת זאת, על פי פיצג'רלד, אף לו היה מקרה אחד בעולם שבו האדם היה נדרש להציל אדם אחר באמצעות פעולה פשוטה, עדיין היה קיים הבדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות, שכן כבר בפעולה הספציפית הזו קיים הבדל במספר הפעולות שנשללו ממנו.

יש לציין, כי תאוריית החירות הצרה (ופחות תאורית החירות הליברלית השמה דגש על תדירות המקרים נשוא עבירת התוצאה) מסבירה מדוע הדין הפלילי ממעט בעבירות מחדל פשוטות שמשמעותן, עבירות מחדליות שההרשעה בהן מותנית רק בהפרת חובת העשה המצוינת במפורש בהגדרת העבירה.¹⁰² דוגמאות לעבירות אלו, הן החובה להציל אדם, להגיש דוח למס הכנסה, להתגייס לצבא, או למנוע פשע.¹⁰³ לכאורה, רק במספר מועט של מקרים יתקל האזרח בסיטואציה נשוא עבירת מחדל פשוטה (לפחות במרבית עבירות המחדל הפשוטות). למשל, סעיף 263 לחוק העונשין עוסק, בין השאר, במי שנצטווה כדין מפי עובד ציבורי לעזור במעצרו של אדם, וקובע כי אזרח כזה חייב להגיש את העזרה לפי יכולתו. מכאן, שמרגע שנצטווה האזרח לעזור, עליו להתמקד בפעולה זו, תוך נטישת כל עיסוק אחר שהוא מעוניין לעסוק בו באותו הזמן. אולם נראה, כי מספר הפעמים שאזרח יתקל במקרה שבו הוא יידרש לעזור הוא מועט. בכל אופן, לפי הטיעון של פיצג'רלד, אף בסיטואציה זו ישנה פגיעה בחירות האדם, שכן בשלב בו הוא נדרש לעזור, אף אם מדובר בסיטואציה ספציפית, נשללות ממנו פעולות רבות אפשריות.

ד. ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות

על פי תאוריית החירות (וכפי שצינתי אני מתייחס בעיקר לתאוריית החירות הליברלית), המבחן המקובל להגדרת מעשה ומחדל לעניין הצורך באיתור החובה לפעול בעבירות תוצאה הוא מבחן התנועה הגופנית. על פי מבחן זה, תנועת שריר שגרמה לנזק מסווגת כמעשה ואילו היעדר תנועת שריר שגרמה לנזק מוגדרת כמחדל, ובאופן ספציפי – תנועת שריר שגרמה למוות תסווג כהמתה ואילו היעדר תנועת שריר שהובילה למוות, תסווג כהנחה למות.

102 זאת בניגוד לעבירות תוצאה שניתן להרשיע בגינן בשל התנהגות מחדלית של הפועל, בכפוף לכך שאותרה חובה המצויה מחוץ לעבירת התוצאה עצמה. ראו: פלר, לעיל הערה 4, בעמ' 390-389. כמו כן ראו: לוי ולדרמן, לעיל הערה 4, בעמ' 161-163.

103 יש לציין, כי עבירות מחדל פשוטות אינן מעוררות קשיים מיוחדים מבחינת הגדרתן, שכן, כאמור, בכדי להרשיע את האזרח בגין עבירה מחדלית פשוטה די שנקבע כי האזרח לא ביצע את המעשה הספציפי שהוגדר במסגרת העבירה. ראו: פלר, שם, בעמ' 398. בשל עובדה זו לא אעסוק בהרחבה בעבירות מחדל פשוטות.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
כך עולה מדבריו של טרמל:

“The distinction between killing and not saving, seems closely related to the distinction between *acting and not acting*, since killing usually involves action while not saving usually involves refraining from action.”¹⁰⁴

דברים חדים יותר עולים ממאמרו של קוגלר:

“נראה לי שהמבחן הנכון לסיווג ההתנהגות הרלוונטית כמעשה או כמחדל (לפחות לצורך הסוגיה דנן, קרי לצורך השאלה, האם ההרשעה באירוע הנידון מותנית בקיום דרישת החובה לפעול), הוא מבחן התנועה הגופנית (או תנועת השרירים).”¹⁰⁵

104 ראו: Richard L. Trammel, *The Presumption Against Taking Life*, 3 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 53, 54 (1978). במקום נוסף, נראה ברור שטרמל נשען על עקרון התנועה הגופנית כמבחין בין המתה להנחה למות: “That is, does it sometimes require action to avoid saving? I’m inclined to think not. To say that X must act to avoid saving Y, is to say that the flow of events is such that Y will live unless X intervenes in a certain way. *If X does thus intervene, we would say that X is killing Y rather than X is not saving Y*.” שם, בעמ’ 66 (ההדגשות שלי). לעמדה התומכת בעקרון התנועה הגופנית במסגרת תאורית החירות ראו: Jean Beer Blumenfeld, *Causing Harm and Bringing Aid*, 18 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 323, 325 (1981).
105 ראו: קוגלר 2003, לעיל הערה 58, בעמ’ 226. וכן ראו: Itzhak Kugler, *Two Concepts of Omission* 14 CRIMINAL LAW FORUM 421, 437 (2003). (להלן – קוגלר 2003a). כך גם פלר קובע בספרו: “מבחינת צורתה יכולה ההתנהגות להיות אקטיבית או פאסיבית, בבחינת מעשה או מחדל, עשייה או אפס מעשה. לסיווג זה חשיבות ערכית, מעשית ונורמטיבית ראשונה במעלה, בתחום דיני העונשין... התנהגות אקטיבית באה לידי ביטוי עקב הוצאת אנרגיה פיזית כלשהי מטעם עושה העבירה... התנהגות שבאה לידי ביטוי בהימנעות מהפעלת אנרגיה פיזית לעניין מסוים, באפס-מעשה, במחדל, היא התנהגות פסיבית לגבי אותו עניין.” ראו: פלר, לעיל הערה 4, בעמ’ 385-384 (ההדגשות שלי). עקרון התנועה הגופנית עולה גם מספרו של רובינסון: PAUL H. ROBINSON, *CRIMINAL LAW* 202-203 (1997). כמו כן ראו: סימסטר וסליבן, לעיל הערה 96, בעמ’ 70. יש לשים לב, שטיעון החירות לפי סימסטר וסליבן פועל גם במקרים כמו המתות חסד. כלומר, לפיהם ניתן להתיר המתת חסד פסיבית שכן מדובר במחדל ללא חובה לפעול. קוגלר, כפי שציינתי לעיל טוען אחרת. לפי קוגלר, טיעון החירות בהמתת חסד אינו רלוונטי. לכן הנימוק להתיר אינו נובע מטיעון החירות אלא משיקול אחר המתיר במצבים של סבל קשה לא לחבר למכונת הנשמה. ראו: קוגלר 2003, שם, בעמ’ 220. יש לציין, כי השאלה האם מדובר כאן בפעולה אקטיבית אם לאו, אינה קשורה לשפה ולדרך הביטוי בחיי היומיום. למשל, אם אב לא נתן אוכל לבנו והבן מת, נוכל לתאר את ההתנהגות של האב, כהרעבה. הביטוי הרעבה הוא ביטוי פוזיטיבי (כמו אכל, שתה, כלא), וביטוי פוזיטיבי מצביע בדרך כלל על התנהגות אקטיבית. אך במקרה זה, הגם שמדובר במקרה שבו

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

קוגלר מדגיש, כי מבחן התנועה הגופנית עולה בקנה אחד עם רציונל החירות. איסור על מעשה המוגדר כתנועה גופנית, אינו פוגע באופן משמעותי בחירות האדם, שכן עדיין פתוחות בפניו אפשרויות אחרות לפעולה. לעומת זאת, איסור על מחדל, המוגדר כאפס מעשה, כן פוגע בחירות האדם, שכן איסור זה מחייב את האדם לבצע מעשים, וכאשר מדובר במקרים תדירים, הרי שהאדם לא יוכל לנהל את חייו באופן סביר. אם הייתה מוטלת על האדם חובה כללית למנוע נזק, הרי שבכל פעם שנודע על הנזק העומד להתרחש, היה האדם צריך להפעיל את שריריו באופן שימנע את הנזק. על פי קוגלר, כיוון שהאדם אינו יכול להיות בשני מקומות באותה העת, ומאחר שאינו יכול לבצע עם שריריו פעולות רבות בו זמנית, הרי שכמעט בכל פעם שהיה האדם צריך לפעול למניעת הנזק, הוא היה צריך לנטוש את מהלך חייו הרגיל. כאשר מדובר בגיוס תדיר ביותר, מדובר בהפרעה משמעותית ביותר למהלך החיים הרגיל. לעומת זאת, כאשר האיסור הוא על גרימת תוצאות על ידי תנועות שרירים, המציאות שונה. בכל פעם שמתעורר חשש של גרימה של אדם לתוצאה על ידי תנועת השריר (והתנועה נאסרת), ההפרעה אינה משמעותית, משום שפתוחות לאדם אפשרויות פעולה רבות אחרות.¹⁰⁶

ניתן לראות כי מבחינה דסקריפטיבית לא קיים הבדל בין תאורית הסיבתיות (לפי התאוריה הסבורה שרק אירועים יכולים לגרום לתוצאה) לבין תאורית החירות בנוגע להגדרה של המתה להנחה למות. לפי שתי התאוריות ההגדרה מבוססת על מבחן התנועה הגופנית. כלומר, אנו נאמר כי ראובן הרג את שמעון כאשר ראובן ביצע תנועה גופנית שגרמה למותו של שמעון (למשל, הירי של ראובן). לעומת זאת, אנו נאמר כי ראובן הניח לשמעון למות, כאשר ראובן לא עשה כל תנועה גופנית בכדי להציל את שמעון ושמעון מת. ההבדל היחיד, לכאורה, בין תאורית החירות לבין תאורית הסיבתיות מתייחס לרציונל המוסרי המבחין בין המתה לבין הנחה למות ולא להגדרת המונחים הנובעים מרציונל זה.

האב הרעיב את הבן, עדיין לפי תאוריה זו, הבן מת בגין מחדלו של האב ולא בגין מעשהו של האב, שכן הבן מת כתוצאה מכך שהאב לא הניע את שריריו, ולא כתוצאה מהנעת השריר על ידי האב. נוכח האמור, ברור, שאם האב יועמד לדין באשמת הריגה, ויהיה צורך לסווג את מקרה ההרעבה כמעשה או כמחדל (על מנת לראות האם יש צורך באיתור חובה לפעול אם לא), התיאור המדויק יהיה הריגה במחדל ולא במעשה אף על פי שניתן להגדיר את ההריגה באופן פוזיטיבי – כהרעבה. הנימוק לכך הוא כאמור, שהבן מת כתוצאה מכך שהאב לא הניע את שריריו.

106 ראו: שם, בעמ' 234. וכן ראו: קוגלר 2003a, שם, בעמ' 442-443. יש לציין, כי אף בהקשר של עבירות מחדל פשוטות קיים צורך להפעיל שרירים בצורה מסוימת, אך כפי שצינתי, הפגיעה בחירות בגין עבירות אלו אינה גדולה שכן מדובר בהפרעה נדירה ולא תדירה. לדוגמה עבירת מחדל של אי מניעת פשע (סעיף 262 לחוק העונשין) היא עבירת מחדל פשוטה (שכן החובה לפעול מצויה בתוך העבירה עצמה) אך היא גם עבירה נדירה שכן אין מקרים רבים בהם מודע האדם לפשע שעומד לבצע אחר, ועל כן עבירה מעין זו אינה פוגעת באופן משמעותי בחירות האזרח.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

לפי תאוריית החירות כאמור, הרציונל להבחנה נובע מכך שהאיסור על הנחה למות יפגע באופן משמעותי בחירות הפעולה של האזרח בניגוד לאיסור על המתה, ואילו לפי תאוריית הסיבתיות, הרציונל המבחיין בין המתה לבין הנחה למות נובע מההבדל בקשר הסיבתי המתקיים בין הפעולה של ראובן לבין המוות של שמעון. לפי הבחנה זו, דרגת האחריות והאשמה גדולה יותר כאשר מתקיים קשר סיבתי בין הפעולה של הפועל לבין תוצאת המוות ועל כן המתה חמורה מהנחה למות.

ה. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

על פי קוגלר, טיעון החירות מסביר מדוע קיים שוני בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה, כך שבמחדל ניתן יהיה להרשיע את הנאשם רק אם אותרה חובה ספציפית לפעול. אילו בכל עבירות התוצאה ניתן היה להרשיע בגין גרימה במחדל אף בלא קיומה של חובה לפעול, כי אז היינו חייבים לעזוב את כל מעשינו ולהתגייס לפעולה. המערכת המשפטית צריכה, לפי קוגלר, לאפשר לאנשים לנהל את חייהם הרגילים, לאכול בנחת ארוחת ערב, לראות טלוויזיה, ולשחק עם הילדים, מבלי שבכל עת הם יצטרכו לנטוש את עיסוקיהם ולצאת למשימות הצלה שונות ומגוונות.

“דרישת החובה לפעול, בהקשר של מחדלים, נובעת מכך שלולא התקיימותה, היה המשפט הפילי פוגע בצורה בלתי נסבלת בחירות של האזרחים לחיות את חייהם הרגילים, ולקדם את תכניות חייהם לפי בחירתם והבנתם.”¹⁰⁷

החובה לפעול, לפי קוגלר, מבקשת אפוא לצמצם את מספר המקרים שבהם האזרח צריך לפעול כדי למנוע נזק בכלל ומוות בפרט ובכך היא מצמצמת כמובן את הפגיעה בחירותו של הפועל. כך, העובדה שאב צריך להציל את בנו אינה פוגעת באופן חריג בחירותו של האב שכן אין מדובר במספר מקרים בלתי מוגבל שבו הוא נדרש לעשות זאת. לעומת זאת, אם לא הייתה קיימת הדרישה של החובה לפעול, וכל אזרח היה נדרש להציל אדם אחר במקרים שהוא יכול היה לעשות זאת, אזי הייתה חירות האזרח נפגעת באופן משמעותי.

ו. השלכות סיווג תאוריית החירות כרציונל מוסרי ולא משפטי

יש לציין, כי מרציונל החירות עולה לכאורה, כי ניתן להרשיע בהריגה לא רק במקרים שבהם קיימת זיקה מיוחדת לקרבן (כמו החובה של אב להציל את בנו) אלא אף אם אדם הפר חובה המתחייבת לאנשים הזרים זה לזה. כלומר, לכאורה, לפי תאוריית החירות, אם נצמצם משמעותית את מספר המקרים שבהם יחויב האדם להציל אדם אחר גם כאשר מדובר

107 ראו: קוגלר 2003, לעיל הערה 58, בעמ' 212.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

באנשים זרים זה לזה (ולא חובה הנובעת מקרבה לקרבת או מכוח התפקיד או זיקה למקור הסכנה), הרי שאמורה להיות שקילות מוחלטת בין המתה לבין הנחה למות. ואכן, קוגלר טוען, כי אם אזרח עבר על חוק "לא תעמוד על דם רעך" ואדם אחר מת כתוצאה מכך, ניתן להרשיע את האזרח בהריגה (מכוח סעיף 298 לחוק העונשין). מפני שטיעון החירות אינו רלוונטי כאן – כמות המקרים שבהם נדרש האדם להציל מכוח חוק זה היא מצומצמת מאוד.¹⁰⁸

"בתחילת סעיף זה הוצא טיעון שעשוי לתמוך בגישה שכל עברת – מחדל פשוטה תשמש מקור חובה לצורך עברות-הגרימה הרלוונטיות. הטענה היא שדרישת החובה לפעול, במקרה של מחדל, נובעת משיקול החירות, וששמירה של מחדל הנכנס לגדרה של עברת – מחדל פשוטה כבר הכריע המחוקק שיש לפעול. במקרה כזה נעלם ההבדל בין מעשה למחדל, וניתן להרשיע בעברת-הגרימה הנידונה. כפי שכל מעשה שגרם לתוצאה הנידונה מספיק להרשעה בעברה הנידונה, כך צריך להיות הדין ביחס לכל מחדל (שבהקשרו הוכרע כי שיקול החירות נדחה) שגרם לתוצאה הנידונה".¹⁰⁹

אולם לדעתי, עמדה זו קשה. האינטואיציה הבסיסית שלנו היא כי עדיין קיים הבדל משמעותי בין ראובן שהטביע את שמעון לבין ראובן שלא הציל אותו, אף אם החובה להציל היא מצומצמת.¹¹⁰ ואם אכן קיים עדיין הבדל מוסרי משמעותי בין המקרים הללו, הרי שלכאורה, טיעון החירות מתקשה להסביר הבדל זה.

108 ראו: יצחק קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה בגין התנהגות מחדלית?" מחקרי משפט כ 382, 379 (2004) (להלן – קוגלר 2004). עמדה זו קשה גם מן הכיוון ההפוך. אם רציונל החירות היה נכון, לכאורה, במקרים שבהם תיפגע מאוד חירותו של האדם אם הוא ימנע מהמתה, כי אז לא נכון היה להעניש אותו. למשל, אם הימנעות מהמתה הייתה גוררת פגיעה קשה באיכות חייו של הפועל, ובהתאמה פגיעה קשה בחירות, כי אז לפי רציונל החירות לא נכון היה להרשיע אותו, אם הוא העדיף להמית את האדם. ראו: קגן, לעיל הערה 71, בעמ' 115.

109 ראו: קוגלר 2004, שם, בעמ' 383 (ההדגשות שלי).

110 לכן לדעתי כמו גם לדעת פרופ' קרמניצר והשופט חשין, לא ניתן להרשיע אדם בהריגה אם הוא עבר על חוק "לא תעמוד על דם רעך" ואדם מת כתוצאה מכך. ראו: מרדכי קרמניצר ושגב ראם "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר 197, 219-220 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים 1999) (להלן – קרמניצר 1999). כמו כן ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים – בעקבות הדין בהוראת הסיוע בע"פ 6327/97 מחקרי משפט יז 406, 403 (2002) (להלן – קרמניצר 2002). כמו כן ראו: רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 216, 187 (2002). ראו דיון בשאלה זו, בפרק ו' לספר זה.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

האם תאורית החירות יכולה להסביר הברדל זה, בלא שתיאלץ לטעון כי אכן אין הברדל מוסרי בין שני המקרים (כשם שקוגלר טען)? אני סבור שכן, אם היא אכן מתפרשת כרציונל מוסרי ולא משפטי.

טרמל טוען, כי עצם העובדה שאיסור על המתה אינו מוגבל למקרים מסוימים ואילו איסור על הנחה למות כן מוגבל למספר מקרים מצומצם, מוכיחה כי קיים הברדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות, אף במקרים מצומצמים אלו. כלומר, אף אם נאמר שאדם יחויב להציל רק במקרים המצומצמים הקבועים בחוק "לא תעמוד על דם רעך", עדיין קיים הברדל מוסרי משמעותי בין מקרה שבו האדם הרג לבין מקרה שבו הוא רק לא הציל (במסגרת המקרים הכלולים בחוק), שכן העובדה שהיה צריך לצמצם את מספר המקרים שבהם נחייב את האדם להציל הופכת את החיוב להציל לפחות חמור מבחינה מוסרית.

עמדה זו של טרמל נובעת מההגיון הבא: אם אנו מעוניינים לגרום לכך, שחוק מוסרי יהיה חוק מוסרי חמור, ואולי חשוב מכך, שאנשים יפנימו כי מדובר בחוק מוסרי חמור הרי שיש צורך למלא שני פרמטרים עיקריים:

(1) היקף החוק: החוק צריך לחול כל הזמן, וכמעט ללא יוצאים מן הכלל, הוא צריך לחול על כולם, וצריך למלא אחר החוק המוסרי אף כשהדבר כרוך בהוצאות גדולות. אם מדובר בחוק שאינו חל כל הזמן ויש לו מקרים רבים היוצאים מן הכלל (כלומר מקרים שבהם לא צריך לקיים אותו) הרי שבני האדם לא מפנימים שמדובר כאן בחוק מוסרי חמור. לעומת זאת, אם מדובר בחוק שחל כל הזמן ללא יוצאים מן הכלל ויש למלא אחריו אף כשהדבר כרוך בהוצאות ובמאמצים גדולים, הרי שאנשים מפנימים כי מדובר בחוק מוסרי חמור.

(2) היכולת למלא אחר החוק המוסרי: על פי טרמל, אם אנו מעוניינים שאנשים יפנימו את העובדה שמדובר בחוק מוסרי חמור הרי שזה צריך להיות חוק שניתן לקיים אותו. כלומר, לא די בכך שהיקף החוק יחול כל הזמן וללא יוצאים מן הכלל, אלא גם צריך שהחוק יהיה כזה שהציבור יכול לקיימו בשלמותו. כאשר מדובר לכאורה בחוק חמור אך לא ניתן לקיימו הרי שיש נטייה לזלזל בו. ניתן ליישם את שני הפרמטרים הללו על שני האיסורים המדוברים. כאשר מדובר באיסור המתה, אנו טוענים שאיסור זה חל כל הזמן, אין בו כמעט יוצאים מן הכלל (למעט הגנה עצמית), הוא חל על כולם, וכן הוא לא נסוג גם כאשר יש להוציא הוצאות גדולות או לעשות מאמצים גדולים כדי להימנע מהמתה. כמו כן, ניתן למלא באופן מלא אחר האיסור על המתה, שכן בדרך כלל כל שנדרש מן האדם הוא להימנע מן הפעולה, ועדיין ניתנת לו האפשרות לנהל את חייו. בשל העובדה ששני הפרמטרים מתקיימים הרי שאנשים מפנימים כי מדובר באיסור מוסרי חמור ומתייחסים אליו ברצינות הראויה. לעומת זאת, באיסור על הנחה למות, אנו טוענים שבשל הפגיעה בחירות, לא ניתן לקיימו בשלמותו. אם היינו מחייבים לקיים את האיסור על הנחה למות בשלמותו, הרי שהאדם היה צריך לעזוב את כל עיסוקיו בכל רגע נתון ולצאת לעזור לאחרים. סוג חיים זה, כמעט אינו אפשרי, ולכן יש גם צורך בצמצום היקף החוק. צמצום

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

החוק המוסרי גורם לכך שהוא לא חל כל הזמן, יש לו הרבה יוצאים מן הכלל, וכאשר מדובר בהוצאות גדולות או במאמצים רבים, אין חובה מוסרית לקיימו (או למצער החובה המוסרית אינה כבדת משקל). לכן על פי טרמל, צמצום המקרים המחייבים הצלה, אינו יכול לגרום לצמצום הפער המוסרי בין המתה לבין הנחה למות. נהפוך הוא. צמצום המקרים המחייבים הצלה רק מוכיח כי מדובר בשני איסורים בעלי חומרה מוסרית שונה. צמצום המקרים המחייבים הצלה מורה על כך שאין מדובר באיסור כל כך חמור, שכן הוא לא חל כל הזמן וקיימים הרבה מקרים היוצאים מן הכלל. לאור זאת ברור, שגם במקרים המחייבים הצלה, לא ניתן לטעון כי מדובר באיסור הוזהה מבחינת חומרתו המוסרית לאיסור המתה.

“The asymmetry between the duty to save and the duty not to kill cannot be eliminated by putting restrictions into the duty to save concerning the amount of effort required... To do so is saying in effect: the duty to save is very solemn, but you need not keep it if it takes much effort or causes serious inconvenience or restriction of freedom... But this is precisely the kind of teaching which we do not attach to the duty not to kill, nor could we do so without weakening the seriousness with which that rule is taken.”¹¹¹

כלומר, אם רציונל החירות מתפרש כרציונל מוסרי ולא משפטי אזי ניתן עדיין להסביר מדוע אף אם נצמצם את מספר המקרים שבהם יחויב הפועל להציל עדיין תהא הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות גם במקרים הללו.

ז. ביקורת

ביקורת על רציונל החירות הליברלית

(1) אני סבור, כי אם טיעון החירות היה נכון, כי אז מותר היה, לכאורה, להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים. אסביר את דברי: לפי טיעון החירות כאמור, איסור על המתה חמור מאיסור על הנחה למות שכן איסור על המתה פוגע פחות בחירות הפעולה מאשר האיסור על הנחה למות, שכן האיסור על המתה מונע מן הפועל לעשות מעשים מסוימים, אך עדיין מאפשר לפועל לנהל את חייו בצורה רגילה וסבירה. לעומת זאת, איסור גורף על הנחה למות היה פוגע בחירות הפועל באופן משמעותי שכן איסור זה היה מאלץ את הפועל להפסיק את כל עיסוקיו כדי להציל אנשים אחרים בכל רגע נתון. ההבחנה בין שני האיסורים נעשית, אפוא, לטובת הפועל, כדי שיוכל לנהל את חייו בצורה סבירה, בלא

111 ראו: טרמל 1979, לעיל הערה 92, בעמ' 260-261.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

שיאלץ להפסיק את כל עיסוקיו הרגילים לצורך הצלת חיים. ההבחנה אינה נשענת על כך שהנזק שנגרם לקרבן או לחברה הוא שונה, אלא שהנזק הנגרם לפועל הוא אחר. אולם, אם ההבחנה בין שני האיסורים מבקשת להגן על חירותו של הפועל, אזי לכאורה, כאשר מדובר במצב שבו הפועל עצמו מוכן לוותר על חירותו זו כדי להציל אנשים אחרים, מותר יהיה לו לעשות כן אף במחיר של הריגת אדם אחר, שכן במקרים אלו לא אמור להיות הבדל בין המתה לבין הנחה למות. כלומר, לפועל יהיה מותר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים, לאור העובדה שבמצב זה לא קיים הבדל מוסרי בין המתה להנחה למות, שכן הפועל מוותר מרצונו על חירותו בכך שהוא מעוניין להציל את חמשת האנשים האחרים (ומדובר כאן בוותר על החירות מכיוון שההנחה היא שפעולות הצלה פוגעת בחירות יותר מאשר הימנעות מפעולות המתה).¹¹²

לכאורה ניתן היה לומר, כי אכן המשפט הפלילי מאפשר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים בשל הגנת הצורך הקבועה בסעיף 34א לחוק העונשין ולפיה, בכפוף לתנאים מסוימים, אדם לא ישא באחריות פלילית אם הוא עשה מעשה שהיה דרוש, בין היתר, לצורך הצלת גופו של זולתו מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה בזולתו. לכאורה, לפי סייג זה, אם קיים מצב שבו חמישה אנשים מצויים בסכנת חיים (טביעה בים למשל) וניתן להצילם על ידי הריגת אדם אחר, אזי ניתן יהיה לכאורה להרוג אדם זה כדי להציל את החמישה שכן האינטרס המצרפי המוגן של חמשת האנשים הללו עולה על האינטרס המוגן של האדם היחיד. ואם אכן מותר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אחרים, כי אז הביקורת שהעליתי קורסת.

עם זאת, על אף האמור בסעיף 34א, נראה שהגנת הצורך אינה רלוונטית לסיטואציות מעין אלה. קרמניצר ושגב, מציינים, כי טיב המגבלות שיוטלו במסגרת הגנת הצורך נובע מהתפיסה המוסרית העומדת בבסיס ההגנה.

על פיהם, תפיסה תוצאתית תתמוך בגישה המרחיבה ולפיה התנאי היחיד להגנת הצורך הוא שהפגיעה שנמנעה חמורה יותר מהפגיעה שנגרמה, זאת בהתאם לקריטריון של אותה תפיסה לגבי מהן התוצאות הטובות והרעות. לעומת זאת, תפיסה דאונטולוגית שאינה קובעת את הערך המוסרי של מעשה רק בהתאם לתוצאות, תתמוך בגישה מצמצמת. על פי גישה זו על הגנת הצורך תוטלנה מגבלות נוספות מלבד האיזון התוצאתי כגון אי-הפרת חובות מוסריות אחרות שלהן משקל עצמאי. ואכן קרמניצר ושגב טוענים כי הגנת הצורך (או כפי שהם מציינים, הגנת הרע במיעוט) צריכה לכלול מעשים המונעים פגיעה חמורה

112 ניתן היה לומר כי תאורית החירות יכולה לענות על שאלה זו, בכך שתאמר כי אסור בכל מקרה להמית אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים, שכן במקרה זה הופכים את האדם לאמצעי. עם זאת, ניתן בלא שום קושי, להעלות מקרים אחרים, בהם אין משתמשים באדם כאמצעי, ועדיין נראה כי אסור להמית אדם ולהציל בתוך כך חמישה אנשים אחרים. לדוגמה מעין זו ראו: פוט 1967, לעיל הערה 34, בעמ' 276.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

מאוד במחיר פגיעה קלה יחסית, כאשר הפער בין הפגיעות גדול.¹¹³ בשל כך הם טוענים כי לא קיימת הצדקה להריגת אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים ולראיה הם מציינים כי בגרמניה סייג הצורך במקרה זה אינו חל.¹¹⁴

אולם מעבר לכך, אם רציונל החירות היה נכון, לכאורה, במקרים שבהם תיפגע מאוד חירותו של האדם אם הוא ימנע מהמתה, כי אז לא יהיה זה נכון להענישו בהריגה. למשל, אם הימנעות מהמתה הייתה גורמת לפגיעה משמעותית בחירות האדם, או ביכולת שלו להתפרנס בעתיד, כי אז לפי רציונל החירות, לא נכון להענישו בהריגה שכן קיימת כאן פגיעה קשה בחירות.¹¹⁵ אמנם, כפי שציינתי לעיל, הימנעות מפעולת המתה אינה גוררת בדרך כלל פגיעה קשה בחירות האדם, אך עדיין ייתכנו בהחלט מקרים שבהם הימנעות מהמתה כן תגרוור פגיעה קשה בחירות ולכאורה לפי תאוריית החירות, במקרים אלה, החובה של האדם לא להמית תהא פחותה יותר. אולם, נראה, כי מבחינה משפטית, אין זה נכון. החובה המשפטית שלא להמית אינה הופכת להיות פחות חמורה בשל פגיעה בחירות האדם. ואם החובה המשפטית אינה משתנה בעקבות הפגיעה בחירות, כי אז נראה שרציונל החירות כפי שהוא הוצג כאן אינו נכון.

בנוגע לביקורת זו, ייתכן שניתן לענות כי על מנת להיות ברור ולא ליצור מצבים שבהם לא ברור לאזרח כיצד לפעול, המשפט אינו יכול לערוך הבחנות דקות וספציפיות בין מקרים מסוימים, ולענייננו, המשפט אינו יכול לערוך הבחנות המתייחסות לסיטואציות שבהן אף הימנעות מהמתה תפגע בחירותו של הפועל. כלומר, אכן במקרים ספציפיים איסור על המתה פוגע בחירותו של הפועל, אך מכיוון שבדרך כלל איסור על המתה אינו פוגע בחירותו של הפועל, המשפט הפלילי אינו עורך הבחנה בין שני המקרים, כדי ליצור אחידות ובהירות לאזרח.

אך תשובה זו היא בעייתית מעט שכן לפיה, ייתכנו מצבים שבהם לא יהיה הבדל מבחינה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות (למשל כאשר מדובר בסיטואציות ששני

113 ראו: מרדכי קרמיניצר ושגב ראם "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד 667, 697-696 (תשנ"ח). סטטמן מעלה טענה דומה בהקשר של עינויים. לפיו הדיאונטולוג סבור כי "יש סף מסוים שעד אליו שיקולים של תוצאות אינם רלוונטיים, וליתר דיוק, אין הם חזקים דיים כדי לבטל את האיסור החמור שלא לענות בני – אדם". לכן לפי הדיאונטולוג אסור לענות אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים מעינויים. ראו: דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד 161, 187-188 (תשנ"ז). לעניין הגנת הצורך ראו גם: רע"פ 1498/07 הרשברג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.3.2007). וכן: J.C. SMITH AND B. HOGAN, CRIMINAL LAW 345-351 (2008). לעמדה שונה מעמדתו של קרמיניצר ראו: WAYNE R. LAFAVE, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 395-398 (2003).

114 שם, בעמ' 708-709.

115 ראו: קגן, לעיל הערה 71, שם.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי
האיסורים פוגעים בחירותו של הפועל) ועדיין המשפט הפלילי יטיל עונש חמור יותר על
מקרה ההמתה אל מול ההנחה למות.

(2) ביקורת נוספת שהועלתה כלפי תאוריית החירות מתייחסת לעצם הרעיון שההבחנה
בין מעשה לבין מחדל או בין המתה לבין הנחה למות נשענת על הקלות של הפועל למלא
אחר האיסור. הונורה' טוען, כי אם בהבחנה זו היה טמון כל ההבדל בין מעשה לבין מחדל
או בין המתה לבין הנחה למות, הרי שלא היה בכך כדי להסביר את ההבחנה החדה שאנו
עורכים מבחינה משפטית ומבחינה מוסרית בין שני המקרים הללו. לפי הונורה' אף אם קל
יותר למלא אחר האיסור של המתה מאשר האיסור על הנחה למות, אין זה מצביע על הבחנה
מוסרית בין שני המקרים.

“These are some of the arguments that tend to show that it is on the whole
cheaper for society to protect life and health by forbidding harm-doing
than by requiring people to help others... but it does not follow from the
fact that it is cheaper to regulate society mainly by forbidding harmful
acts that these acts are morally worse than omissions, apart from the fact
that it costs little to abstain from them. If it turns out that, apart from
considerations of cost, not contributing to the relief fund is morally just as
bad, or almost as bad, as poisoning the relief food, we shall have to ask
whether law and conventional morality are justified in making so sharp a
distinction between acts and omissions on the basis of cost alone.”¹¹⁶

(3) **ביקורת על תאוריית החירות הצרה** – על פי יאוריה זו, איסור על מחדל שגרם לנזק
חמור מאיסור על מעשה שגרם לנזק זהה בשל העובדה כי איסור על מעשה מונע מהפועל
לעשות מעשה אחד, אך מותיר בידיו לעשות פעולות רבות אחרות. לעומת זאת, איסור על
מחדל, מחייב את הפועל לעשות מעשה אחד, אך מונע ממנו לעשות פעולות רבות אחרות.
פלטשר טוען (ואני מסכים עמו) כי זו טעות לחשוב שעבירות מחדל פשוטות בהכרח פוגעות
בחירות יותר מאשר עבירות האוסרות מעשים אקטיביים. שכן מידת הפגיעה בחירות
שנוצרת על ידי חקיקתה של עבירה תלויה בהגדרה המדויקת של העבירה, ובשאלה מה הם
רצונותיו של האדם הספציפי שהעבירה חלה עליו. איסור לעשן למשל מגביל מאוד את
החירות של אדם שמאוד אוהב לעשן. העובדה שהוא יכול לשיר או לרקוד באותו זמן אינה
משנה את הפגיעה המשמעותית בחירותו.¹¹⁷ יתרה מזו, כפי שטוען קוגלר, דרישה מן האדם
לעשות פעולה אחת אינה פוגעת באופן משמעותי בחירותו, אם דרישה זו נדירה. אם האדם
נדרש פעם אחת לשלוח גלגל הצלה לטובע פוטנציאלי, אין כאן פגיעה בחירות, על אף

116 ראו: הונורה', לעיל הערה 55, בעמ' 42-43.
117 ראו: פלטשר 1994, לעיל הערה 62, בעמ' 1451-1450.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחול – קיומן וסיווגן

העובדה שבמקרה ספציפי זה נמנעה מן האדם האפשרות לעשות אינספור פעולות אחרות. במילים אחרות, הבעיה הרצינית של הפגיעה בחירות, נובעת מתדירותה של הפגיעה ולא רק ממניעת האפשרות לעשות פעולות רבות אחרות.¹¹⁸

ביקורת על ההגדרה הדסקריפטיבית:

מבחן התנועה הגופנית אינו מתיישב עם האינטואיציות המוסריות שלנו. קיימים מקרים הכרוכים בתנועה גופנית ועדיין נטען שיש צורך בחובה לפעול כדי להרשיע בעבירת תוצאה. מנגד קיימים מקרים שלא כרוכים בתנועה גופנית ולפי דעתי, לא נצריך חובה לפעול.

להלן ארבעה מקרים אפשריים:

(1) "תזוזה" – ראובן יורה בשמעון, שמעון זו, והכדור פוגע בלוי והורג אותו (ניתן להניח שלשמעון יש שריון הוא לא היה נפגע).

(2) "ילד הולנדי 1" – תושבי עירו של ילד הולנדי עומדים לטבוע כתוצאה מסכר פרוץ ובשל כך הוא מחליט לחסום את הפרצה בסכר. לאחר מספר שעות הוא מתעייף ומסיר את ידיו מהסכר. כתוצאה מכך נפרץ הסכר ותושבי העיר מתו (המקרה הובא לעיל במסגרת התיאוריה של מקמהן).

(3) "מוות מקור" – שמעון עומד למות כתוצאה מקור. הוא מעוניין להיכנס לביתו של ראובן בכדי להינצל. ראובן לא מעוניין להציל את שמעון והוא נועל את דלת ביתו. כתוצאה מכך שמעון מת.

(4) "אי-תזוזה" – שמעון רץ לכיוונו של ראובן (כדי להימלט מלוי המעוניין להורגו). אם ראובן לא יזוז שמעון יתקע בו וימות. ראובן מסרב לזוז ממקומו. שמעון נתקע בראובן ומת.

שלושת המקרים הראשונים כרוכים בתנועה גופנית ועל פי מבחן התנועה הגופנית נראה כי מקרים אלו יסווגו כהמתה, ולא נצריך חובה לפעול על מנת להרשיעם ברצח או בהריגה. אך נראה כי ראוי יותר לסווג מקרים אלו כהנחה למות ולא כהמתה. במקרים אלו, אם נרצה להרשיע את ראובן בהמתה (רצח או הריגה), כי אז נראה שנצטרך למצוא חובה המחייבת את ראובן שלא לעשות דבר. למשל, במקרה "תזוזה", נצטרך למצוא חובה המחייבת את ראובן שלא לזוז.¹¹⁹ כמו כן, במקרה "הילד ההולנדי" נצטרך למצוא חובה המחייבת את הילד שלא להסיר את ידיו מן הסכר הפרוץ.

המקרה הרביעי אינו כרוך כלל בתנועה גופנית. אך נראה, כי לא נצריך כלל חובה לפעול על מנת להרשיע את ראובן בהמתה.

118 ראו: קוגלר 2003, לעיל הערה 58, בעמ' 216.

119 לפרשנות זהה ראו: Leo Katz, *Proximate Cause in Michael Moore's Act and Crime*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1513, 1518 (1994). למקרים נוספים המהווים בעיה לעקרון התנועה הגופנית ראו: Roy Sorenson and Boorse Christopher, *Ducking Harm*, 85 JOURNAL OF PHILOSOPHY 115 (1988).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

חשוב להדגיש, כי אינני סבור שהאינטואיציה שלנו לסווג את שלושת המקרים הראשונים כהנחה למות וכמצריכים חובה לפעול כדי להרשיע נובעת מהכוונה הרעה של ראובן. אני סבור כי מבחינה נייטרלית,¹²⁰ ללא קשר לכוונתו של ראובן, אנו נאמר כי ראובן הניח לשמעון למות ולא המית אותו, ובכל מקרה, אנו נאמר כי יש צורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיע את ראובן.

אמנם מרבית המקרים של המתה יהיו כרוכים בתנועה גופנית, ומרבית המקרים של הנחה למות לא יהיו כרוכים בתנועה גופנית. אך מהמקרים שציינתי לעיל עולה, כי מבחן התנועה הגופנית אינו המבחן המתאים לסיווג של המתה והנחה למות.

לאור ביקורת זו, נראה, כי רציונל החירות אינו הרציונל המתאים להבחנה בין מעשה לבין מחדל, וכן מבחן התנועה הגופנית אינו המבחן המתאים להגדרת מעשה ומחדל.¹²¹

4. רציונל הפגיעה בקרבן

א. הקדמה

עד עתה הצגתי שתי תאוריות המבחינות מבחינה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. תאוריית החירות אשר התמקדה בפגיעה השונה בפועל במקרה של איסור המתה אל מול האיסור על הנחה למות ותאוריית הסיבתיות אשר התמקדה בקשר הסיבתי השונה בין מקרה של המתה לבין מקרה של הנחה למות. כעת אציג תאוריית המתמקדת בפגיעה בקרבן. אף כאן, ניתן לזהות שתי תאוריות שונות המתייחסות לפגיעה השונה בקרבן.

תאוריית הזכאות – תאוריית זו גורסת כי הרציונל המבחין בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות נובע מהנוק השונה הנגרם לקרבן בכל אחד מן המקרים הללו. לפי עמדה זו, בכל המקרים של הנחה למות קיימת תכונה מהותית ולפיה, הקרבן מאבד "רק" חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. לעומת זאת, במרבית המקרים של המתה, הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו באופן בלתי תלוי בפועל. למשל, במקרה

¹²⁰ במונח נייטרלי אני מתכוון לומר, כי סיווג המקרה אינו נשען על שיפוט מוסרי כלשהו. כלומר, מקרה מסווג כהנחה למות לא בשל העובדה כי מדובר כאן במקרה מותר מבחינה מוסרית, ומקרה מסווג כהמתה לא בשל העובדה כי מדובר במקרה אסור מבחינה מוסרית.

¹²¹ עם זאת, על אף טענתי, כי רציונל החירות אינו הרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל כאמור, לדעתי הוא עדיין מהווה מרכיב חשוב בכל הנוגע להרשעה במחדל. כלומר לדעתי, רציונל החירות נדרש כדי להסביר לנו מדוע קיימים מחדלים מוסריים שאינם ענישים כלל. במילים אחרות, לאחר שקבע המחוקק כי מחדלים שגרמו לנוק הרבה פחות חמורים ממעשים שגרמו לנוק (בהתאם לרציונל השונה מרציונל החירות), בהרבה מקרים הוא פוטר מחדלים אלה מעונש כדי לשמור על חירותו של האזרח. כדי לאפשר לו לנהל את חייו בהתאם לרצונו, לנהל את חייו בצורה חופשית במידת האפשר. אולם חשוב להדגיש כי לדעתי, לא זהו הרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל. זה רציונל פנים מחדלי, המסביר מדוע קיימים מחדלים שאינם ענישים כלל.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

שבו ראובן מטביע את שמעון, הרי ששמעון מאבד חיים שיכלו להיות לו באופן בלתי תלוי בראובן, שכן הוא יכול היה להמשיך לחיות ללא קשר לראובן. לעומת זאת, במקרה שבו ראובן אינו מציל את שמעון, הרי ששמעון מאבד "רק" חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של ראובן, שכן רק באמצעות עזרת ראובן הוא יכול היה להמשיך לחיות. המייצגת של גישה זו היא פרנסיס קם.¹²²

יש לשים לב, כי בניגוד לתאוריית החירות, ההבחנה בין האיסורים אינה קשורה כלל לחירות של הפועל. אף אם חירותו של הפועל הייתה נשללת בצורה זוהי, עדיין הייתה קיימת הבחנה בין המקרים, הבחנה הנעוצה כאמור בשוני הפגיעה בקרבן.

התאוריה המכניסטית – תאוריה זו גורסת, כי הנזק הנגרם לקרבן במקרה של המתה גדול יותר מן הנזק הנגרם לקרבן במקרה של הנחה למות, שכן המתה הופכת את מצבו של הקרבן לרע יותר, ואילו הנחה למות, אמנם אינה הופכת את מצב הקרבן לטוב יותר, אך אין היא הופכת אותו לרע יותר. עמדה זו מתבססת על גישה סיבתית הסבורה כי רק מעשה יכול לגרום לתוצאה, ואילו מחדל אינו יכול לגרום לשום תוצאה שהיא, ועל כן לא ניתן לומר כי הפועל הפך את מצב הקרבן לרע יותר (ביסוס לעמדה סיבתית זו ניתן לראות בפרק זה לעיל). כלומר, לפי עמדה זו ההבדל הסיבתי שבין מעשה למחדל, מהווה רק תשתית להבחנה עמוקה מבחינה מוסרית ולפיה מעשה הופך את מצב הקרבן לרע יותר ואילו מחדל אינו הופך אותו לטוב יותר אך הוא גם אינו הופך את מצב הקרבן לרע יותר. המייצג של גישה זו הוא מייקל מור.¹²³ על פי גישה זו, ההגדרה של המתה והנחה למות מבוססת אף היא על תנועתו הגופנית של הפועל. כאשר הפועל ביצע תנועה גופנית וגרם למותו של אדם, מקרה זה יוגדר כהמתה. לעומת זאת, כאשר הפועל לא ביצע כל תנועה גופנית, והקרבן מת, אזי התנהגות זו תסווג כהנחה למות.

ב. תאוריית הזכאות של קם

(1) הצגת התאוריה

מבחינה מתודולוגית, קם בניגוד לטרמל ועוד רבים אחרים, אינה מסתפקת בהעלאת שני מקרים – האחד של המתה והשני של הנחה למות – כדי להוכיח כי אכן קיימת הבחנה

FRANCES MYRNA KAMM, MORALITY, MORTALITY: RIGHTS, DUTIES, AND STATUS (1996) 122 (להלן – קם 1996); F.M. Kamm, *Action, Omission, and the Stringency of Duties*, 142; F.M. Kamm, ; (1994) UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1493 (1994) (להלן – קם 1994); F.M. Kamm, *Killing and Letting die: Methodological and Substantive Issues*, 64 PACIFIC PHILOSOPHICAL QUARTERLY 297 (1983) (להלן – קם 1983); F.M. Kamm, *Harming, not Aiding, and Positive Rights*, 15 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 3 (1986) (להלן – קם 1986).

MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATIONS FOR CRIMINAL LAW (1993) 123

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

מוסרית בין המקרים. לפיה, לא תמיד ניתן לזהות מבחינה אינטואיטיבית, הבחנה מוסרית בין המקרים (למשל, כאשר הכוונה בשני המקרים היא רעה, וההוצאות או המאמצים למניעת המוות הם זעירים). ויתרה מזאת, מהצגת שני מקרים, לא ניתן לזהות את המרכיב המהותי ההופך את הנחה למות לקלה יותר מבחינה מוסרית מהמתה, או מן הכיוון ההפוך, את המרכיב המהותי ההופך מקרה של המתה לחמור יותר מבחינה מוסרית ממקרה של הנחה למות. לכן מציעה קם דרך מתודולוגית שונה שתצביע הן על ההבחנה המוסרית בין המקרים, הן על המרכיב המשמעותי היוצר את ההבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות.

לשם הוכחת ההבחנה, מנתחת קם את המרכיבים המהותיים (להם קוראת קם – המרכיבים הקונספטואליים) של המתה והנחה למות. יצוין, כי מרכיב מהותי לפי קם, הוא מרכיב הנמצא מעצם ההגדרה של המושג. למשל, מרכיב מהותי של הנחה למות הוא מרכיב הנמצא בכל מקרה של הנחה למות. ומרכיב מהותי של המתה הוא מרכיב הנמצא בכל מקרה של המתה.

לפי קם, המרכיבים המהותיים של המתה הם: (1) הפועל יוצר את האיום שגורם למות הקרבן. למשל, הטבעת הקרבן, ירי בקרבן, או במקרים מסובכים יותר, הסרת מגן השייך לקרבן. (2) הקרבן מת כתוצאה מפגיעה באמצעים השייכים לו.¹²⁴

לעומת זאת, לפי קם, המרכיבים המהותיים של הנחה למות הם: (1) בהנחה למות הקרבן נמצא תחת איום, ללא כל קשר לפועל; (2) הקרבן מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. למשל, כאשר ראובן אינו מציל את שמעון הטובע בים, הרי שמעון מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של ראובן. שכן, ללא העזרה של ראובן, שמעון כבר היה מת; (3) העזרה של הפועל תגרום לחייו של הקרבן להימשך; (4) בהנחה למות הפועל שולט רק באמצעים השייכים לו.¹²⁵

קם מציינת, כי בתוך המרכיבים המהותיים של הנחה למות, קיימים מרכיבים הניתנים להעברה למקרה של המתה, בלא שישתנה סיווג מקרה ההמתה. למשל, המרכיב שבו מאבד הקרבן רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל, הוא מרכיב מהותי של הנחה למות, אך הוא ניתן להעברה למקרים של המתה. למשל, ראובן יכול לבצע פעולות הצלה בשמעון, אך בד בבד לירות בו ולהמיתו. במקרה זה המית ראובן את שמעון בכך שירה בו, אך שמעון מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של ראובן. לפי קם, באמצעות טכניקה של השוואת מקרים המשלבים מרכיב מהותי של הנחה למות אל תוך מקרה של המתה, ניתן להוכיח את ההבחנה המוסרית בין המתה להנחה למות. כך

124 קם מנתחת בעיקר את המרכיבים המהותיים של הנחה למות. אך מתוך ההגדרה שהיא נותנת להמתה ניתן להבין את המרכיבים המהותיים של המתה. ראה קם 1996, לעיל הערה 122, בעמ' 29-30.

125 ראו: שם, בעמ' 31. וכן ראו: קם 1983, לעיל הערה 122, בעמ' 301.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

למשל, אם נוכיח כי מקרה רגיל של המתה (כלומר, מקרה אשר אינו משלב מרכיב מהותי של הנחה למות), חמור מבחינה מוסרית ממקרה של המתה המשלב בתוכו מרכיב מהותי של הנחה למות, ומקרה זה אינו קל יותר ממקרה רגיל של הנחה למות, אזי ניתן לומר, שמקרה רגיל של המתה חמור יותר מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של הנחה למות ואף ניתן כאמור להצביע על המרכיב הרלוונטי מבחינה מוסרית.

“Now, definitional properties of such acts as killing and letting die could be morally significant. *That is, for example, introducing a property conceptually true of letting die into a case of killing might make the particular killing more easily justified than killing in a case which lacked the property.* In fact, introducing this property might make CD – killing cases morally more like cases of letting die than non – CD killing cases are. If the CD – killing cases were morally better than simple C- killing cases with which they shared the same “standard” equalities, and morally more like letting die cases, then C – killing cases would be morally worse than letting die cases. Suppose letting die had a property true of it by definition which did make cases less morally objectionable, while killing did not have a definitional property with the same effect. I suggest that, other things equal between them, this would indicate that killing and letting die differ morally *per se*”.¹²⁶

לפי קם נראה, כי המרכיב המהותי ההופך את הנחה למות לקלה יותר מבחינה מוסרית מהמתה הוא המרכיב הקובע כי בהנחה למות הקרבן מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. מרכיב זה הוא מרכיב מהותי של הנחה למות, אך הוא אינו מרכיב מהותי בהמתה, שכן במרבית המקרים המסווגים כהמתה הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו באופן עצמאי מהפועל.

ניתן לראות כי זהו המרכיב הרלוונטי מבחינה מוסרית לפי הטכניקה שצוינה לעיל: השוואת שני מקרים של המתה. מקרה אחד המשלב בתוכו מרכיב מהותי זה ומקרה המתה רגיל שאינו משלב בתוכו מרכיב מהותי זה.

126 קם 1983, שם, בעמ' 301 (ההדגשות שלי). וכן ראו קם 1996, לעיל הערה 122, בעמ' 32. המשמעות של CD killing היא מקרים של המתה המשלבים מרכיבים מהותיים של הנחה למות. המשמעות של C killing היא מקרים של המתה שאינם משלבים מרכיבים מהותיים של הנחה למות.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

"ירי 1" – שמעון חובר לגופו של ראובן על מנת להציל את חייו של שמעון. חיבור זה נעשה ללא רצונו של ראובן (הוא לא מעוניין בכך ששמעון יחיה). הדרך היחידה לנתק את שמעון מגופו של ראובן היא לירות בשמעון. ראובן יורה בשמעון וממית אותו.

"ירי 2" – במקרה זה שמעון לא מחובר לגופו של ראובן והוא אינו זקוק לראובן כדי לחיות. ראובן יורה בשמעון וממית אותו.

שני המקרים עוסקים במקרה של המתת שמעון על ידי ראובן. אולם, מקרה "ירי 1", משלב בתוכו מרכיב מהותי של הנחה למות, שכן שמעון איבד רק חיים שיכלו להיות לו כתוצאה מעזרתו של ראובן מה שאין כן מקרה "ירי 2". במקרה זה שמעון מאבד חיים שיכלו להיות לו באופן עצמאי מראובן, שכן ללא התערבות ראובן, שמעון היה ממשיך לחיות. על פי קם, מרכיב מהותי זה, הפך את מקרה "ירי 1" לקל יותר מבחינה מוסרית. ובנוסף, מקרה זה אינו שונה מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של הנחה למות. ומכאן עולה אפוא, לפי קם, כי מקרה רגיל של המתה חמור יותר מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של הנחה למות.¹²⁷ על פי קם, למרכיב המהותי המתייחס לכך שהקרבת מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל יש משמעות מוסרית, שכן לפיה, כל אדם, ביחס לאדם אחר, זכאי רק למה שיש לו באופן בלתי תלוי מהאדם האחר. לדברים שאין לו באופן בלתי תלוי ביחס לאדם אחר, אין הוא זכאי. לכן, כאשר הפועל מניח לקרבן למות, הקרבן מאבד חיים שהם תוצאה של עזרה ומאמצים שהוא אינו זכאי להם, שכן הוא לא יכול היה להמשיך לחיות באופן בלתי תלוי מהפועל אלא רק באמצעות העזרה והמאמצים שלו. מכאן, שהקרבת מאבד למעשה המשך חיים שהוא אינו זכאי להם. לעומת זאת, במרבית המקרים של המתה, הקרבן מאבד חיים להם הוא זכאי, שכן הוא יכול היה להמשיך לחיות באופן עצמאי ללא צורך כלל בהתערבותו של הפועל.

"In particular, the moral duties not to interfere with what someone else has independently of us is more stringent than the positive duty to provide someone with more than she would have independently of our aid...this thesis – call it the *Entitlement Thesis* – emphasizes that relative to a particular person, you are entitled only to what you have independently

127 קם מדגישה, כי ההוכחה הנשענת על השוואת שני מקרים של המתה – האחד המשלב בתוכו מרכיב מהותי של הנחה למות והשני שאינו משלב בתוכו מרכיב זה, כפופה לכך שמרכיב מהותי זה אינו מתפקד בצורה שונה כאשר הוא נמצא בהנחה למות רגילה. אם הוא כן היה מתפקד אחרת, אזי לא ניתן היה להוכיח כי קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, ולא ניתן היה להוכיח כי המרכיב הספציפי הזה (לפיו הקרבן מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל) הוא המרכיב הרלוונטי מבחינה מוסרית. ראו: קם 1983, שם, בעמ' 305.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

of the other person, and she is entitled to the efforts which she could make on your behalf."¹²⁸

עובדה זו מסבירה לדעת קם, מדוע מבחינה מוסרית אין שוני מהותי בין מקרה רגיל של הנחה למות לבין מקרה "ירי 1". במקרה "ירי 1" שמעון לא היה זכאי מלכתחילה לפעולת העזרה של ראובן. לכן, אין כל סיבה שלא נחיר לראובן להפסיק את פעולת ההצלה שלו גם על ידי מעשה המתה.¹²⁹

קם מדגישה, כי הרציונל המוסרי המבחין בין המתה לבין הנחה למות, כפי שמוכח ממקרים אלו, אינו קשור לעובדה כי המתה כרוכה בתנועה גופנית ואילו הנחה למות לא כרוכה בתנועה גופנית, שכן במקרה "ירי 1" יש תנועה גופנית, ולפי קם, אין זה שונה מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של הנחה למות. כמו כן, ההבדל בין המתה לבין הנחה למות אינו קשור גם לעובדה כי בהמתה הפועל יצר את הנזק או התערב בחייו של הקרבן ואילו בהנחה למות הוא לא יצר את הנזק ולא התערב בחייו של הקרבן, שכן גם כאן ב"ירי 1" הפועל יצר את הנזק, ואין זה שונה ממקרה רגיל של הנחה למות.

"Notice that the conceptual distinction between killing and letting die focused on in these examples is not that between action and omission, of interference and noninterference, since action and interference occur in both cases of killing. Rather the conceptual characteristic of letting die thought to be morally significant, and so introduced into one case of killing, is that the person who dies loses only a life he would have had via the aid of the agent in question ...rather than independently of his aid."¹³⁰

(2) ההגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות

המקרים המסווגים כהמתה:

(1) המתה על ידי יצירת סיבת המוות. למשל, כאשר א' ירה בב' ו-ב' מת, א' הרג את ב' שכן ב' מת כתוצאה מכך שא' יצר את סיבת המוות.

- 128 ראו: קם 1994, לעיל הערה 122, בעמ' 1496 (ההדגשות שלי). כך הבין אותה גם קגן. ראו: קגן, לעיל הערה 71, בעמ' 116-121.
- 129 ראו: קם 1983, לעיל הערה 122, בעמ' 304.
- 130 קם 1986, לעיל הערה 122, בעמ' 7.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

(2) המתה על ידי הסרת מגן מפני מוות כאשר האדם שהסיר את המגן אינו האדם שהניח את המגן מלכתחילה. למשל, כאשר א' מסיר את חליפת האזכסט המונחת על ב' כאשר הוא רואה ששריפה עומדת לפגוע ב-ב'.¹³¹

המקרים המסווגים כהנחה למות:¹³²

(1) הנחה למות על ידי היעדר התערבות. למשל, א' רואה את ב' טובע בים ואינו מציל אותו למרות שיכול היה לעשות זאת.

(2) הנחה למות על ידי הסרת מגן מפני מוות, כאשר מסיר המגן הוא האדם שהניח את המגן מלכתחילה, או שאדם הסיר מגן השייך לו, על אף העובדה שהוא לא הניח את המגן מלכתחילה. כלומר לפי קס, אם א' הניח מגן השייך ל-ב' כדי להגן על ג' ו-ב' הסיר את המגן רג' מת, הרי שמדובר כאן בהנחה למות, שכן המגן שייך ל-ב' והוא הסיר אותו.

“Essentially, removing a defense against a potential cause of death – this could be a cause that had at one time already threatened the person or something entirely new – is a killing if the person who dies was not dependent for the defense on the person who terminates it. If an agent terminate aid and so allows a potential cause of death actually to kill someone, but it is aid that the agent himself was providing, or aid that belongs to the agent then we have a letting die. (this disjunctive set of conditions is meant to include cases in which A takes what is B'S to help C, and B then removes it.) This will be true even though it is an act rather than an omission that removes the aid. By contrast, when there is an original cause of death, for example, the agent stabs the person he is providing with life support, there is a killing, whether the person is dependent on or independent of the agent who kills (which is not to say the killing is impermissible).”¹³³

כלומר בניגוד להגדרה הדסקריפטיבית של תאוריית החירות שהתבססה על תנועת הגופנית של הפועל, קם טוענת כי ההגדרה של המתה והנחה למות אינה מבוססת על כך. לפי קס, ייתכנו מקרים שבהם הקרבן מת כתוצאה מתנועתו הגופנית של הפועל, אך המקרה יסווג כהנחה למות. אלו מקרים שבהם הפועל הסיג את העזרה שהוא עצמו נתן או הסיר מגן

131 לפי קס, גם מניעת הצלה באמצעות שליטה באמצעים השייכים לקרבן תסווג כהמתה. למשל, אם ראובן מצוי בסכנת חיים, ושמעון עומד לעזור לראובן ובא לוי ועוצר את שמעון, אזי לוי הרג את ראובן. ראו: קס 1994, לעיל הערה 122, בעמ' 1497, הערה 18.

132 קס 1996, לעיל הערה 122, בעמ' 43.

133 שם, בעמ' 28-29.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

השייך לו. לכן לפי קם, אם רופא ניתק חולה ממכונת הנשמה, מקרה זה יסווג כהנחה למות ולא כהמתה, שכן מדובר במקרה שבו הרופא הסיר מגן שהוא עצמו הניח. לעומת זאת, אם אדם אחר (ולא הרופא) ניתק חולה ממכונת הנשמה, אזי מדובר בהמתה שכן מדובר במקרה שבו אדם הסיר מגן שלא הוא עצמו הניח.

(3) הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

קם לא התייחסה להבחנה הקיימת במשפט הפלילי בין המתה לבין הנחה למות (כתוצאה מההבחנה הכללית שבין מעשה לבין מחדל), אלא בעיקר להבחנה המוסרית בין המתה לבין הנחה למות. אולם מניתוח עמדתה ניתן להבין מדוע קיימת הבחנה במשפט הפלילי בין התנאים להרשעה בגין מוות במעשה לבין התנאים להרשעה בגין מוות במחדל. כאשר מדובר בהמתה, הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו באופן עצמאי מהפועל, ועל כן הוא איבד חיים להם הוא זכאי. לעומת זאת, כאשר מדובר בהנחה למות, הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו רק כתוצאה מהעזרה של הפועל, ולכן הוא לא איבד חיים להם הוא זכאי. בשל הבדל זה, כדי להרשיע בגין הנחה למות יש צורך באיתור החובה לפעול. במילים אחרות, בניגוד לתאוריית החירות אשר גרסה כי החובה לפעול במחדל מבקשת לפתור את בעיית החירות על ידי צמצום המקרים בהם יחויב האדם לפעול על פי קם, דרישת איתור החובה לפעול מבקשת לפתור את החולשה המוסרית הקיימת בהנחה למות לעומת המתה. החובה לפעול גורמת להנחה למות להיות חמורה יותר מבחינה מוסרית, שכן אמנם מדובר במצב שבו הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו רק כתוצאה מהעזרה של הפועל, אך הקרבן זכאי היה לעזרה זו. מכיוון שהוא היה זכאי לעזרה זו, הרי שהוא איבד חיים להם הוא זכאי, ועובדה זו הופכת מקרים מסוימים של הנחה למות (כאשר הייתה חובה לפעול), לדומים (אך לא זהים) מבחינה מוסרית למקרה רגיל של המתה.¹³⁴

“Within the class of aiding behaviors which we compare with negative duties not to interfere, there are (1) acts that we decide we have no duty to perform, (2) acts that we decide we have a duty to perform even without a contractual obligation, and (3) acts that we decide we have a duty to perform due to contractual obligations. The view of the world represented by the Entitlement Thesis may help explain why we decide certain acts fall into class (1): relative to some person, we are entitled to what we have independently of that person, and therefore she cannot claim it for

134 קם מציינת, כי עדיין מבחינה מוסרית המתה תהא חמורה מהנחה למות אף כאשר מדובר במצב שבו קיימת חובה לפעול. הטעם הוא שעדיין בהנחה למות הקרבן מאבד חיים שיכלו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל, על אף העובדה שמוטלת על הפועל החובה להעניק עזרה זו. ראו: קם 1994, לעיל הערה 122, בעמ' 1496-1497.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

use on her behalf. But the claim that negative duties are stricter than positive duties need not be merely the claim that there are no comparable positive duties. It may also be that the duties in categories (2) and (3) are not as stringent, even though the presence of a duty implies that we are not fully entitled relative to another to what we have independently of her, and may be subject to a claim for efforts on her behalf. Although we are not entitled to keep from her what we have independently of her, it may be that denying her our efforts is less bad than interfering with what she has independently of us.”¹³⁵

כלומר, לפי קם קיימים מקרים המסווגים כהנחה למות, אשר יהיו חמורים יותר ממקרים רגילים המסווגים כהנחה למות. המדובר במקרים שבהם הייתה לקרבן זכות פוזיטיבית לעזרה מהפועל, הפועל לא העניק את העזרה, והקרבן מת כתוצאה מכך. במקרים אלו הקרבן היה זכאי לעזרה ועל כן הוא איבד חיים להם הוא היה זכאי. עם זאת, יש לציין, כי קם עדיין עורכת הבחנה מוסרית בין מקרים רגילים של המתה למקרים שבהם הייתה לקרבן זכות פוזיטיבית חוזית, והיא טוענת שהמתה חמורה אף ממקרים אלו, שכן בכל מקרה, בהמתה הפועל פוגע בדבר שלקרבן יש באופן בלתי תלוי בו, ואילו בהנחה למות, בסיטואציה הרלוונטית, הפועל מונע מהקרבן דבר שיש לו רק כתוצאה מהעזרה של הפועל (אף שהוא זכאי לעזרה זו).¹³⁶

(4) הביקורת

ביקורת על הרציונל המוסרי של ההבחנה:

(1) ציינתי לעיל, כי קם שמה את הדגש על העובדה כי בהנחה למות הקרבן מאבד רק חיים שיכלו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. היות שהקרבן לא זכאי לעזרה ולמאמצים של הפועל, אזי הוא מאבד חיים שהוא לא זכאי להם. אך טיעון זה הוא בעייתי, שכן הוא לכאורה מניח את המבוקש. קם יוצאת מנקודת מוצא כי כל אדם זכאי רק לדברים שיש לו באופן עצמאי מאדם אחר, ולכן הנחה למות פחות חמורה מבחינה מוסרית, שכן הקרבן מאבד רק חיים שיכלו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. אך אם נצא מנקודת מוצא שהקרבן כן זכאי למאמצים ולעזרה אלו, אזי לכאורה ההבדל בין המתה לבין הנחה למות לא יהיה משמעותי כל כך. בנוסף, וכפי שטוען קגן, גם כאשר הפועל הורג את הקרבן, הקרבן מאבד רק חיים שיכלו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל, והעזרה של הפועל היא שהוא לא ימית את הקרבן.¹³⁷

135 ש.ם.

136 ש.ם.

137 ראו: קגן, לעיל הערה 71, בעמ' 120.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(2) לפי קס כאמור, אם הפועל מפסיק להציל את הקרבן על ידי כך שהוא ממית אותו, הרי שהחומרה המוסרית של מעשה זה כמעט ואינה שונה מהחומרה של מעשה הנחה למות רגיל. הנימוק לכך שאין כמעט הבדל מוסרי בין שני המקרים הוא, כי בשני המקרים הקרבן מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. העליתי לעיל, בשם קס, את מקרה "ירי 1" המוכיח לכאורה טענה זו. בניגוד לקס, אני סבור כי הנימוק לכך שהמקרה אינו חמור כל כך אינו נובע כלל מן העובדה שהקרבן מאבד רק חיים שהיו לו כתוצאה מהפועל, אלא מכך שזכותו של ראובן על גופו נפגעה כאן באופן משמעותי, ובמקרים מסוימים כאשר הפגיעה בזכות הבעלות על הגוף נפגעת באופן משמעותי, הרי שמותר להרוג את התוקפן על מנת לנטרל פגיעה זו. במקרים כגון אלו אנו רואים את הזכות לנטרול הפגיעה כמעין זכות להגנה עצמית על גופנו. ניתן להוכיח כי מרכיב המתייחס לכך שהקרבן מאבד רק חיים שהיו לו כתוצאה מהפועל אינו מרכיב משמעותי מאוד מבחינה מוסרית על פי המקרה הבא:

"שחייה" – שמעון טובע בים. הוא יכול להציל עצמו רק אם יתפוס ברגלו של ראובן. תפיסה זו לא תכביד כלל על ראובן. שמעון תופס ברגלו של ראובן. ראובן אינו רוצה ששמעון יתפוס את רגלו לכן הוא מוציא את אקדחו ויורה בשמעון. שמעון מת כתוצאה מכך.

אף כאן שמעון מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של ראובן, אך מקרה זה נראה כחמור ביותר מבחינה מוסרית ובוודאי שאנו רואים מקרה כגון זה כחמור הרבה יותר ממקרה הנחה למות רגיל. נראה, כי ההבדל בין "שחייה" ל"ירי 1" הוא שב"שחייה" הפגיעה בזכות הבעלות על גופו של ראובן אינה משמעותית כלל, ולפיכך אין לו כל זכות לפגוע בזכות הבעלות על גופו של שמעון. לעומת זאת, ב"ירי 1" זכות הבעלות על גופו של ראובן נפגעה באופן משמעותי, ועל כן, יש לו זכות לפגוע בגופו של שמעון כדי לנטרל פגיעה זו.¹³⁸

138 אף המקרים הבאים שהעלתה קס אינם מוכיחים לדעתי כי מרכיב זה משמעותי: "דם 1" – כתוצאה מפלאי הטבע דם זורם מגופו של א' לגופו של ב'. ללא זרימת הדם לגופו של ב' הרי שב' היה מת. זרימת הדם לגופו של ב' גורמת לא' נזק. א' יכול להפסיק את זרימת הדם רק באמצעות הריגת ב'. א' הורג את ב'. "דם 2" – הסיפור זהה למקרה דם 1, אלא שבמקרה זה א' יכול להפסיק את זרימת הדם רק באמצעות הריגת חף מפשע שאינו מעורב במקרה. לפי קס, הריגת ב' ב"דם 1" פחות חמורה מבחינה מוסרית מהריגת חף מפשע ב"דם 2", מכיוון שב"דם 1" ב' מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהפועל ואילו ב"דם 2" האדם החף מפשע מאבד רק חיים שיכולים להיות לו באופן עצמאי מהפועל. ראו: קס 1996, לעיל הערה 122, בעמ' 48. אני סבור, כי מקרים קיצוניים ובלתי סבירים אלה אינם יכולים להוכיח דבר. אלה סוג המקרים שבהם האינטואיציות המוסריות שלנו נמצאות בתחום האפור, כך שאפילו אנו איננו יודעים מהן האינטואיציות שלנו במקרים אלו. אולם, גם אם אניח לרגע לטיעון זה, הרי שאיני חושב כלל שמותר לא' ב' "דם 1" להרוג את ב'. הטיעון שב' יכול להעלות כלפי א' הוא הטיעון הבא: איני אשם בזרימת הדם שלך לתוך גופי. המזל כאן שיחק לרעתך, שכן הטבע גרם לדם

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

(5) ביקורת על ההגדרה הדסקריפטיבית

באופן כללי אני מסכים עם ההגדרה של קם הנשענת בין היתר על מידת הפגיעה בדברים השייכים לקרבן. עם זאת, לפי קם מתעוררות שתי שאלות. ראשית, כיצד יסווג מקרה שבו הפועל הניח מגן השייך לקרבן ולאחר מכן הוא הסיר אותו. שנית, כיצד יסווג מקרה שבו הפועל הסיר מגן שלא שייך לאף אדם שהוא. נראה לפי קם, כי המקרה הראשון יסווג כהנחה למות, שכן כאשר הפועל הניח את המגן, קם אינה מחלקת בין מצב שבו המגן שייך לפועל לבין מצב שבו המגן שייך לקרבן. לעומת זאת, המקרה השני יסווג כהמתה, כיוון שהמגן לא הונח על ידי הפועל, ועל כן הקרבן יכול היה לחיות באופן עצמאי מן הפועל. עם זאת, אני סבור כי קיימים מקרים אשר יסווגו כהנחה למות.

למשל המקרה הבא:

“רעב 1” – שמעון עומד למות מרעב. לפתע הוא רואה כיכר לחם שיכולה להצילו.

ראובן, הרעב אף הוא, לוקח את כיכר הלחם ואוכלו.

לדעתי קם תסווג את המקרה כהמתה שכן מדובר במקרה שבו שמעון יכול היה להמשיך לחיות ללא העזרה של ראובן, שכן אם ראובן לא היה עושה דבר, שמעון היה ניצל. על פיה, ניתן יהיה להרשיע את ראובן בהריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין בלא צורך באיתור חובה לפעול. אולם לדעתי, מקרה זה אינו המתה אלא הנחה למות. מקרה זה אינו שונה ממצב שבו ראובן מוכר תרופה שקנה בבית מרקחת וכתוצאה מכך שמעון מת. במקרה זה אני סבור שלא

שלך לצאת. אם הנך רוצה להפסיק את זרימת הדם לתוך גופי הרי שאסור לך לעשות זאת על ידי שימוש באמצעים או משאבים השייכים לי. לכן אסור לך להרוג אותי. אם אתה מעוניין להפסיק את זרימת הדם באמצעות שימוש באמצעים השייכים לך, בלא כל פגיעה בי, אנא עשה זאת, אך אל לך לפגוע או לעשות שימוש כלשהו באמצעים השייכים לי. יתרה מזאת, גם אם אניח כי אכן מותר להרוג את ב' במקרה “דם 1” הרי שהנימוק לכך היה שונה לגמרי מנימוקה של קם. ב”דם 1” ב' משתמש בגופו של א' (או במשאב חשוב של א' – הדם שלו) ובכך הוא פוגע בזכות של א' על גופו. ניתן לומר, כי העובדה שב' לא עשה דבר כדי לקבל את הדם של א' אינה מעלה ואינה מורידה שכן בכל מקרה הוא פוגע בזכות של א' על גופו וכעת הוא אף מעוניין בכך שכן דם זה מציל את חייו (ניתן לומר שמדובר כאן בתוקפן שהוא חף מפשע. ייתכן, כי אם הוא לא מעוניין בכך הרי שא' אינו יכול לומר שב' פגע בזכות שלו על גופו. יותר נכון לומר שהטבע פגע בגופו של א'). מבחינה עובדתית הוא משתמש במשאב השייך לגוף של א', בלא שיש לו זכות להשתמש בכך, ושימוש זה גורם לא' לנזק. עולה אפוא, כי רק בשל העובדה כי שימוש זה גורם לא' לנזק ופוגע בזכות שלו על גופו, הרי שמותר לא' להרוג אותו כדי להציל את עצמו, ולא בשל העובדה כי ב' מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מא'. יש לציין, כי אם נניח שזרימת הדם לגופו של ב' לא הייתה גורמת לא' לנזק כלשהו, הרי שברור שאסור היה לא' להרוג את ב' רק מכיוון שהוא מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה שלו, שכן אין כאן כל פגיעה בזכות שלו על גופו.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

ניתן להרשיע את ראובן בהריגה, רק משום שמכר את התרופה שקנה. נוכל להרשיע את ראובן רק אם נאתר חובה לפעול, אשר אוסרת עליו את מכירת התרופה.¹³⁹

ג. התאוריה המכניסטית של מור

(1) הצגת התאוריה

מור טוען כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נובעת מהבחנה מוסרית בין חובות נגיטיביות לבין חובות פוזיטיביות, והבחנה זו גופא, מבוססת על הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל.

כאשר אדם עושה מעשה וגורם לנזק הוא מפר את חובתו הנגיטיבית כלפי הקרבן. לעומת זאת, כאשר אדם מבצע התנהגות מחדלית (ולפי מור מחדל הוא היעדר מעשה) והתרחש נזק, כי אז הוא מפר את חובתו הפוזיטיבית כלפי הקרבן. לפי מור, הפרה של חובה נגיטיבית חמורה מהפרה של חובה פוזיטיבית מכיוון שהפרה של חובה נגיטיבית הופכת את מצבו של הקרבן לרע יותר, ואילו הפרה של חובה פוזיטיבית אינה הופכת את מצבו של הקרבן לטוב יותר, אך היא אינה הופכת אותו לרע יותר. היא משאירה את מצבו כפי שהוא. הטעם לכך שהפרה של חובה נגיטיבית הופך את מצבו של הקרבן לרע יותר בניגוד להפרה של חובה פוזיטיבית מושתת, לדעת מור, על תאוריה סיבתית המבחינה בין מעשה לבין מחדל. מעשה יכול ליצור שינוי בעולם ועל כן הוא יכול לגרום לנזק ובעקבות זאת להפוך את מצבו של הקרבן לרע יותר. לעומת זאת מחדל אינו יכול ליצור שום שינוי בעולם ועל כן הוא גם לא יכול להפוך את מצבו של הקרבן לרע יותר.¹⁴⁰

“The moral freight relevant here is the moral difference between our negative obligations not to make the world worse and our positive obligations to make it better. Many sense, as do I, the very real difference in the force of these two kinds of obligation.”¹⁴¹

139 ניתן להעלות מקרה נוסף שיחזק אולי אינטואיציה זו: “דחיפה” – ראובן יורה לעברו של לוי על מנת להורגו. שמעון שלא שם לב לכך עומד בין ראובן ללוי. יהודה חברו של שמעון דוחף אותו בכדי שלא ימות. כתוצאה מכך לוי מת. אף במקרה זה יהודה הסיר מגן מפני המוות של לוי, מגן שלא הוא הניח מלכתחילה. לפי קם מדובר כאן במעשה המסווג כהמתה שכן לוי מאבד חיים שיכולים היו להיות לו באופן עצמאי מיהודה. אני סבור כי יהודה במקרה זה הניח ללוי למות ולא הרג אותו.

140 התאוריה הסיבתית של מור מתבססת במידה רבה על התאוריה הסיבתית שהוצגה בסעיף הקודם הטוענת כי מחדלים המתבטאים בחוסר תנועה גופנית, אינם יכולים לגרום לתוצאה. עם זאת, יש לציין, כי מור אמנם מתבסס על הבחנה סיבתית אך הבחנה זו היא רק תשתית להבחנה בסיסית יותר – בין הפיכת מצב הקרבן לרע יותר, לבין אי-הפיכתו לטוב יותר.

141 ראו: מור, לעיל הערה 123, בעמ' 125 (ההדגשות שלי).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

וכן:

“Omissions do not cause anything. Then when I omit to prevent some harm I do not make the world worse... only when I cause that harm to occur – through my actions- do I worsen the world.”¹⁴²

יש לציין, כי מור אינו טוען שבשל העובדה כי מחדל אינו הופך את העולם לרע יותר אזי אין מחדלים שצריכים להיות ענישים. בהקשר זה הוא מחלק בין שני סוגים של מחדלים.¹⁴³ קיימים מחדלים שמשמעותם הפרה של חובה פוזיטיבית חזקה שמקורם בקשר שבין הפועל למקור הסכנה או בין הפועל לקרבן. לעומת זאת קיימים מחדלים שמשמעותם הפרה של חובה פוזיטיבית חלשה אשר אינם מתבססים על קשר ישיר למקור הסכנה או לקרבן. דוגמה לחובה פוזיטיבית חזקה, היא חובת האב להציל את בנו. בחובות מסוג זה, אף על פי שאי-הצלת הבן לא הפכה את מצב הקרבן לרע יותר (אליבא דמור), עדיין מחדלים אלו יהיו ענישים. הנימוק לכך הוא שמדובר כאן בחובה חזקה המבוססת על קשר שבין הפועל לקרבן ולא בחובה חלשה.

דוגמה לחובה פוזיטיבית חלשה היא חובת הצלה כאשר מדובר בשני אנשים הזרים זה לזה ללא זיקה מיוחדת ביניהם. על פי מור, כיוון שמחדל מלכתחילה אינו מרע את מצבו של הקרבן, וכיוון שמדובר כאן בחובה חלשה, אין לחייב אדם בגין חובה זו שכן חיוב כזה יגרור פגיעה בחירות הפעולה של האזרח.¹⁴⁴ יש להדגיש, כי לפי מור טיעון חירות הפעולה שהועלה לעיל בשם טרמל וקוגלר רלוונטי רק כדי להסביר מדוע אין להעניש בגין הפרה של חובה פוזיטיבית חלשה ולא כדי להסביר את ההבחנה הבסיסית בין מעשה לבין מחדל. הבחנה זו מבוססת כאמור על העמדה כי מעשה הופך את מצב הקרבן לרע יותר ואילו מחדל אינו הופך אותו לטוב יותר.

וכך מסביר מור את ההבדל בין מחדלים שהם ענישים (למשל הפרה של חובה פוזיטיבית כלפי הבן) לבין מחדלים שאינם ענישים (למשל, הפרה של חובה פוזיטיבית כלפי זר):

“Putting these factors together, it may be that the greater infringement of liberty that punishing strangers would entail justifies the allowance of the less wrongful violation of the (less powerful) positive duty going unpunished. Whereas with parents, the balance tips the other way: the duty is stronger, and the wrong for its violation accordingly greater, so that such wrong going unpunished more greatly flouts the achievement of

142 שם, בעמ' 28-29.

143 שם, בעמ' 54-57. לעניין חלוקה לשני סוגים של מחדלים ראו בין היתר גם: קרמניצר 1999, לעיל הערה 110, בעמ' 218-219.

144 טיעון חירות הפעולה הובא לעיל במסגרת תאוריית החירות (העמדה של טרמל וקוגלר).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

retributive justice, while at the same time the costs to liberty of achieving such justice through punishment of parents are less.”¹⁴⁵

כלומר, לפי מור יש מדרג של התנהגויות: הסוג הראשון מתייחס למעשים שגורמים לנזק ולפי מור מעשים אלה ראוי שיהיו ענישים (למעט אולי מקרים שבהם הנזק הוא שולי) על אף פגיעתם בחירות שכן מעשים אלה חמורים מבחינה מוסרית באשר הן פוגעים בזכות הנגטיבית של האדם והופכים את מצבו לרע יותר (למעט כאמור במקרים בהם הנזק אינו משמעותי). הסוג השני מתייחס לחובות פוזיטיביות חזקות, המבוססות על קשר שבין הקרבן לאזרח, לדוגמה חובת ההצלה המוטלת על האב. לפי מור, הסוג השני פחות חמור מן הסוג הראשון, אולם, הגם שהפרה של חובה מעין זו אינה הופכת את מצבו של הקרבן לרע יותר, עדיין ראוי להעניש בגינה שכן מדובר בחובה מוסרית חזקה – חובה המבוססת על קשר שבין הקרבן לאזרח. הסוג השלישי מתייחס לחובות פוזיטיביות המטילות על האדם חובה לעזור לאדם אחר שאינו קשור אליו בצורה זו או אחרת.

לפי מור, כאמור, טיעון חירות הפעולה של האזרח גורם לכך שהפרת חובה מן הסוג השלישי לא תהא ענישה כלל. לעומת זאת, טיעון החירות אינו חזק דיו כדי למנוע ענישת מחדלים מן הסוג השני וקל וחומר שהוא אינו חזק כדי למנוע ענישת עבירות מן הסוג הראשון.

“We do much more wrong when we kill than when we fail to save, even when such failure violates a positive duty to prevent death. Because negative duties are so much stronger than their positive counterparts, the liberty diminished is almost never of sufficient value to outweigh the retributive justice achieved by punishing such wrongs.”¹⁴⁶

יש לציין, כי על אף העובדה שהן קם, הן מור מתמקדים בקרבן, הרי שהתאוריות שלהן שונות. הנימוק של קם מתמקד בזכאות של הקרבן להמשך החיים. לפיה, במרבית המקרים של המתה הקרבן מאבד חיים להם הוא זכאי, שכן הוא יכול היה להמשיך לחיות ללא קשר לקרבן. אולם, בכל מקרה של הנחה למות, הקרבן מאבד, לכאורה, חיים שהוא אינו זכאי להם, שכן הוא יכול היה להמשיך לחיות רק הודות לפועל. לעומת זאת, מור שם את הדגש בעובדה שמצבו של הקרבן במקרה של המתה נעשה גרוע יותר מאשר מקרה של הנחה למות, ולא בשאלת הזכאות של הקרבן להמשך החיים.

לסיכום, לפי מור ההבחנה בין מעשה לבין מחדל אינה קשורה כלל לרציונל החירות. הרציונל הבסיסי המבחין בין מעשה לבין מחדל הוא רציונל מוסרי, הקובע כי מעשה הופך

145 מור, לעיל הערה 123, בעמ' 57.

146 שם, בעמ' 58.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

את מצבו של הקרבן לרע יותר, ואילו מחדל אינו הופך מצבו של הקרבן לטוב יותר, בהסתמך על תאוריה סיבתית הקובעת כי מעשה יכול לגרום לתוצאה ואילו היעדר מעשה לא גורם לתוצאה. עם זאת, על פי מור שיקול החירות בא בשלב השני הפוטר מחדלים שהם בלאו הכי אינם חמורים שכן מדובר בחובות פוזיטיביות חלשות שאינן מבוססות על קשר ישיר בין הפועל לקרבן או בין הפועל למקור הסכנה.

(2) הצורך באיתור חובה לפעול

נוכח האמור לעיל ברור מדוע לפי מור יש צורך בחובה ספציפית לפעול כאשר אנו רוצים להרשיע בעבירות תוצאה במחדל. הטעם לכך הוא שלא מתקיים קשר סיבתי בין מחדל לבין תוצאה מסוימת. לכן, למשל, כאשר רופא לא נתן אינסולין לחולה והחולה מת, לא מתקיים, לפי מור, קשר סיבתי בין היעדר מתן התרופה לבין מות החולה. כדי שניתן יהיה להרשיע את הרופא בהריגה הגם שלא מתקיים קשר סיבתי, יש צורך בהפרתה של חובה לפעול. במילים אחרות, היעדר הקשר הסיבתי הוא שמצריך את החובה לפעול כאשר מדובר במחדל. החובה לפעול מאפשרת להרשיע את הרופא אף כאשר לא מתקיים קשר סיבתי בין מחדלו לבין הנזק. יש להדגיש, כי מור אינו טוען, כי החובה לפעול יוצרת את הקשר הסיבתי במחדל, שכן אם אין קשר סיבתי ללא החובה הרי שהחובה אינה יכולה לשנות זאת.¹⁴⁷ לפי מור האדם מורשע אפוא בגין אי-מילוי החובה ולא בגין גרימת הנזק. מור טוען כי על אף העובדה שיש צורך בקשר סיבתי בעבירות תוצאה, כאשר מדובר במחדל, לא מדובר בקשר סיבתי ממש, אלא בהסבר סיבתי, קרי, אם האדם היה ממלא את חובתו אזי הנזק לא היה קורה.¹⁴⁸

יש לציין, כי עמדה זו, הרואה בחובה לפעול תחליף לסיבתיות, באה לידי ביטוי גם בדבריו של קרמניצר כאשר הוא מתייחס להבדל הסיבתי בין מעשה למחדל:

“אחריותו של החדל אינה מתבטאת בכך שהציב גורם להתפתחות סיבתית, אלא בכך שנמנע מלהתערב ולנתק מהלך סיבתי שכבר היה קיים, בהתרחשות או בהתהוות, כאשר לפי סטנדרט חברתי-משפטי היה עליו לעשות כן. ההצדקה להטלת האחריות אינה התרומה הסיבתית (שאינה קיימת), אלא הפרתה של החובה לפעול. המגמה לראות את הפרת החובה כמקבילה לסיבתיות נובעת מהנטייה החברתית לזהות מצב עניינים מסוים עם המחדל, נטייה שבאה לידי ביטוי משפטי בקביעת החובה לפעול.”¹⁴⁹

147 ראו: Michael S. Moore, *More on Act and Crime*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1749, 1784-1785 (1994).

148 שם.

149 ראו: קרמניצר 1999, לעיל הערה 110, בעמ' 203 (ההדגשות שלי). וחשוב לומר, כי לפי גישות אלה, אף שלא מתקיים קשר סיבתי במחדל, עדיין ההרשעה תהא בעבירת התוצאה ולא

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(3) ההגדרה הדסקריפטיבית להמתה והנחה למות

ההגדרה של מור למעשה ומחדל, דומה (אך כפי שאראה לא זהה) להגדרה שניתנה על ידי תאורית החירות, הגדרה המבוססת על מבחן התנועה הגופנית. כלומר לפי מור מעשה הוא תנועה גופנית רצונית של הפועל ואילו מחדל הוא היעדר תנועה גופנית של הפועל. ובהקשר של המתה והנחה למות עולה, כי כאשר הפועל הזיז את שרירי גופו וכתוצאה מכך הקרבן מת כי אז המקרה מוגדר כהמתה ולא נצריך חובה לפעול כדי להרשיע, ואילו כאשר הפועל לא הזיז את שרירי גופו והקרבן מת כי אז נצריך חובה לפעול כדי להרשיע.¹⁵⁰

ההגדרה המושתתת על מבחן התנועה הגופנית צומחת באופן הגיוני מהרציונל של מור להבחנה שבין מעשה לבין מחדל. לפי מור הרציונל מבוסס על הבחנה בין מעשה שמזיק והופך בכך את מצבו של הקרבן לרע יותר לבין מחדל שאינו הופך את מצב הקרבן לטוב יותר אך הוא גם אינו הופכו לרע יותר. רציונל זה מושתת כאמור על תפיסה סיבתית הקובעת כי רק שינוי במצב דברים יכול לגרום לנזק. לכן ברור מדוע לפי מור ההגדרה של מעשה היא תנועה גופנית ואילו מחדל הוא היעדר תנועה גופנית. תנועה גופנית גורמת לשינוי ולכן היא יכולה אף לגרום לנזק ולהפוך את מצב הקרבן לרע יותר, ואילו אי-תנועה גופנית לא יוצרת שינוי ולכן היא איננה יכולה לגרום לנזק ולהפוך את מצב הקרבן לרע יותר. כך קובע מור בספרו לגבי ההגדרה של מעשה ומחדל ולגבי הקשר שבין ההגדרה לרציונל המוסרי:

“Omissions are simply absent actions. An omission to save life is not some kind of ghostly act of saving life, and certainly not some ghostly kind of killing. It is literally nothing at all ... actions are event particulars of a certain kind, namely, willed bodily movements. Anticipating the results of that analysis, we can then say that omissions are the absence of any willed bodily movements... If, as I shall argue in chapter 10, omissions do not cause anything, then when I omit to prevent some harm I do not make the world worse; I only fail to make it better. Only when I

בגין הפרת עבירת ההתנהגות, שכן גישות אלה רואות את הפרת החובה לפעול כמקבילה לסיבתיות. יש לציין, כי על פי קרמניצר הצורך באיתור חובה לפעול במחדל נובע מסיבות נוספות ולא רק בשל היעדר הקשר הסיבתי במחדל. על פיו החובה לפעול מתבקשת בשל “חולשתו” היחסית של המחדל לעומת המעשה האקטיבי, וחולשה זו מתבטאת במספר מרכיבים עליהם אפרט בהמשך במסגרת הצגת עמדתו של קרמניצר. כלומר מאוד ייתכן לפי קרמניצר, כי אף אם היה קשר סיבתי בין המחדל לבין הנזק, עדיין היה צורך באיתור חובה לפעול במחדל בשל המרכיבים הנוספים המצביעים על “חולשתו” המוסרית של המחדל. ראו להלן סעיף 5 בפרק זה.

150 ראו: מור, לעיל הערה 147, בעמ' 1787-1785.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
cause that harm to occur – through my actions – do I worsen the
world”.¹⁵¹

למרות העובדה שמור משתית את הגדרתו על מבחן התנועה הגופנית, הרי שנראה כי
הוא לוקח את ההגדרה “צעד אחד קדימה” ממבחן התנועה הגופנית שצוין לעיל בשם
תאורית החירות. אבהיר את דברי:
בכדי להבין את עמדתו של מור ניתן לפצל בין ארבעה מקרים אפשריים של היעדר
הצלה:

- (1) שמעון טובע בים וראובן עומד במקום ולא מציל אותו.
- (2) שמעון טובע בים וראובן הולך להנאתו בים ולא מציל אותו.
- (3) שמעון טובע בים, הוא יינצל רק אם הוא יעלה על ספינתו של ראובן. ראובן משיט
את ספינתו לחוף וכתוצאה מכך שמעון מת. אם ראובן לא היה עושה דבר שמעון היה ניצל.
- (4) שמעון טובע בים, ראובן מניח את ידיו על אוזניו כדי למנוע מעצמו לשמוע את
זעקות שמעון לעזרה (ההנחה בדוגמה זו היא כי אם ראובן לא היה מניח את ידיו על אוזניו
הוא היה מציל את שמעון).

מקרה (1) מסווג כמחדל שכן ראובן אכן לא עשה דבר, שכן הוא לא הפעיל כלל את
שריריו. בכך לא קיימת מחלוקת בין תאורית החירות לתאוריה של מור. אף מקרה (2) מסווג
על ידי מור כמחדל, שכן על אף העובדה שהגדרתו מבוססת על מבחן התנועה הגופנית, הרי
שמור מדגיש את העובדה כי אף במקרים שבהם א' לא יציל את ב' מטביעה, ובו זמנית הוא
ישיר, ילך, או ישרוק אנו עדיין נגדיר את התנהגותו של א' כמחדל ולא כמעשה. הטעם לכך
הוא שלפעולות של א' אין קשר סיבתי למוות של ב'. הפעולות של א' לא מנעו את משלוח
גלגל ההצלה, שכן אף אם הוא לא היה מבצע פעולות אלו הוא עדיין לא היה שולח את גלגל
ההצלה. לכן, אנו עדיין נגדיר את ההתנהגות של א' כמחדל ולא כמעשה.¹⁵²

אף כאן לא נראה שקיימת מחלוקת בין תאורית החירות לבין התאוריה של מור.
לעומת מקרים (1) ו-(2), מקרים (3) ו-(4) מסווגים על ידי מור כמעשה שכן, לפי מור,
תנועתו הגופנית של ראובן היא שגרמה למוות של שמעון. לולא תנועתו הגופנית של ראובן,
המוות של שמעון היה נמנע. נראה שתאורית החירות תסכים עם מור בנוגע לסיווג של מקרה
(3), אך לא ברור כלל שהיא תסכים עמו לסיווגו של מקרה (4).¹⁵³ מקרה (4) הוא מקרה

151 ראו: מור, לעיל הערה 123, בעמ' 28-29.

152 שם, בעמ' 29-30.

153 נראה כי פלר שמחזיק אף הוא במבחן התנועה הגופנית (בשל, בין היתר, רציונל החירות),
טוען כי מקרה (4) יסווג כמחדל ולא כמעשה. הטעם לכך הוא שפלר טוען “כי המחדל מתבטא
בהימנעות מהפעלת אנרגיה פיזית “לעניין מסוים” בלבד. ראו: פלר, לעיל הערה 4, בעמ'
385. פלר מציין את הדוגמה המתייחסת למציל שמופקד על קטע מחוף רחצה בשפת הים,
ואינו נוקף אצבע כדי לבוא לעזרת אדם הטובע במי הים שבאותו קטע. הוא טוען כי אין זאת
אומרת כי באותו רגע בו זקוק היה האדם לפעולת ההצלה, היה צריך המציל להיות במצב של

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

קיצוני יותר ממקרה (3) שכן מדובר כאן במקרה שבו אדם מונע מעצמו באמצעות תנועה גופנית להוות מגן לנזק. מקרה (3) לעומת זאת מדבר על מצב שבו אדם היווה כבר המגן לנזק וחדל להיות מגן על ידי מעשהו. ברור שמקרה (4) הוא קיצוני יותר, אך עדיין ברור מהתאוריה של מור כי הוא סבור שגם מקרה (3) יסווג כמעשה ולא כמחדל.¹⁵⁴

(4) הביקורת

ביקורת על הרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל –

הביקורת שלי כלפי הרציונל של מור מופנית הן כלפי הטענה כי מחדל אינו הופך את מצבו של הקרבן לרע יותר, הן כלפי עצם ההבחנה המוסרית שמור עורך בין הפיכת מצב הקרבן לרע יותר לבין אי-הפיכתו לטוב יותר.

(1) ראשית, אף אם מסכימים לכך שיש הבדל משמעותי בין הפיכת מצבו של הקרבן לרע יותר לאי-הפיכתו לטוב יותר, עדיין לא ברור כלל מדוע אי-מניעת נזק לא הופכת את מצבו של הקרבן לרע יותר. מדוע לא ניתן לטעון כי כאשר ראובן לא מציל תינוק מטביעה הרי שהוא הפך את מצב התינוק לרע יותר? ניתן לומר כי הגורל של התינוק הורע בשל העובדה שראובן לא התערב. ברור, כי אם נסכים לכך שאף במקרים אלו הפך ראובן את מצבו של התינוק לרע יותר הרי שההבחנה של מור בין מעשה למחדל קורסת.¹⁵⁵ נראה שהבעיה כאן טמונה במושג הסיבתיות. לפי מור כאמור היעדר מעשה לא יכול לגרום לתוצאה ועל כן הוא לא יכול להפוך את מצבו של הקרבן לרע יותר. כפי שהראיתי לעיל, נקודה זו אינה פשוטה כלל, ויש רבים הסבורים כי אף היעדר מעשה גורם לתוצאה ועל כן הוא יכול לכאורה להפוך את מצב הקרבן לרע יותר.

(2) שנית, אף אם נסכים לעובדה כי היעדר מעשה לא יכול לגרום לתוצאה מסוימת, עדיין לא ברור כלל באם ההבחנה שמור מציע היא הבחנה נכונה מבחינה מוסרית. בהקשר זה אני נעזר בהבחנה שפיינברג עורך בין שני סוגים של "הטבה".¹⁵⁶ סוג ראשון של

שיתוק גופני, הוא יכול היה לאכול, לנמנם או לשחק בקלפים, עדיין בכל הנוגע להצלת האדם שטבע התנהג המציל באפס מעשה. נראה כי פלר טוען שגם אם הפעולות הללו גרמו לכך שהוא לא יציל את האדם, וללא הפעולות הללו הוא היה מציל את האדם, עדיין מדובר כאן במחדל. לא ברור מה קוגלר יאמר במצבים כגון אלה. במובן זה פלר חולק על מור וזוהי נפקא מינה שבין רציונל החירות לבין רציונל המבחין בין חובות פוזיטיביות לחובות נגטיביות כפי שמור אכן עושה.

154 ראו: מור, לעיל לעיל הערה 123, בעמ' 87. למשל, לפי מור אם אדם קשר את שתי ידיו כדי להימנע מאכילה הוא לא ביצע מחדל אלא מעשה שמנע את האכילה.

155 ראו גם: סימסטר, לעיל הערה 96, בעמ' 322. "conversely, might not noninterventions often be said to make things worse of create a risk that they will be worse? Peter's lot is worsened, and the risk of his drowning increase ..., by my nonintervention"

156 JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 30-43 (1984). לביקורת נוספות ראו: Michael Corrado, *Is there an Act Requirement in the*

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

"הטבה" מתייחס לשיפור המצב הנורמלי של האדם. למשל, נתינת מתנה לחבר. במצב זה אני משפר את מצבו של חברי ואני מעלה אותו מעבר למצב הנורמלי שלו.¹⁵⁷ סוג שני של "הטבה" מתייחס להעלאת האדם למצב הנורמלי. למשל, כאשר אני מציל תינוק הטובע בבריכה, אני מעלה אותו למצב הנורמלי שלו. כלומר, למצב שהוא היה לפני שהוא נפל לבריכה. אינני מעלה אותו מעבר למצב הנורמלי. פיינברג טוען כי אמנם בשני המקרים מדובר בהטבה, אך להטבות אלו יש משמעויות שונות לחלוטין מבחינה מוסרית. כך, טוען פיינברג, לאדם לא קיימת זכות להטבה מן הסוג הראשון, קרי להעלאה מעבר למצב הנורמלי שלו, אך כן קיימת לו הזכות להטבה מן הסוג השני, קרי, להעלאה למצב הנורמלי שלו. הטענה שלי היא, כי ייתכן שההבחנה של מור נכונה כאשר מדובר בהטבה מן הסוג הראשון. כלומר, ישנה הבחנה מוסרית בין גרימת נזק והפיכת מצבו של הקרוב לרע יותר, לבין אי-הפיכת המצב לטוב יותר כאשר מדובר בהטבה שאמורה להעלות את האדם מן המצב הנורמלי. עם זאת, אין זה ברור כלל כי ישנה הבחנה בין גרימת נזק והפיכת מצב הקרוב לרע יותר לבין אי-הפיכת המצב לטוב יותר כאשר מדובר בהטבה שאמורה להעלות את האדם למצב הנורמלי. מה ההבדל בין הורדת האדם למצב X (שהוא הרבה פחות מן המצב הנורמלי) לבין אי-העלאתו ממצב X?¹⁵⁸

ביקורת על ההבחנה הדסקריפטיבית –

הביקורת על ההגדרה הדסקריפטיבית של מור זהה באופן עקרוני לביקורת אותה העליתי כנגד תאוריית החירות. קרי, קיימים מצבים שבהם הייתה תנועה גופנית, אך לא נסווג את המקרה כהמתה ונצריך בעקבות זאת חובה לפעול, ומנגד קיימים מקרים אשר לא היו כרוכים בתנועה גופנית ונסווגם כהמתה.¹⁵⁹

Criminal Law?, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1529 (1994); Samuel Freeman, *Criminal Liability and the Duty to Aid the distressed*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1455 (1994); Ron Shapira, *Structural Flaws of the "Willed Bodily Movement" Theory of Action*, 1 BUFFALO CRIMINAL LAW REVIEW 349 (1997)

157 הגדרת המצב הנורמלי של האדם היא הגדרה קשה. למשל, כאשר חברי מפסיד בעסקה מסוימת 10,000 ש"ח האם יש לי חובה להחזירו למצב שבו הוא היה לפני שהוא הפסיד? האם זה משנה מדוע הוא הפסיד? או נניח כי נגנבו מחברי 10,000 ש"ח האם יש לי חובה להחזירו למצב בו הוא היה לפני הגניבה? כאן אני מניח כי המצב הנורמלי של האדם הוא מצב שבו הוא יכול לתפקד ללא כל מכשירים וללא עזרה. ברור, שאין זו הגדרה ממצה אך לצורך ההבחנה בין שני סוגים של הטבה אני סבור כי זו הגדרה מספקת.

158 יש להדגיש כי בעבירות תוצאה הבאות למנוע נזק המדובר בחובה להיטיב על מנת להחזיר למצב הנורמלי ולא מעבר לכך.

159 אולם מעבר לכך, כפי שציינתי לעיל, מור סבור כי אף במקרה שבו ראובן הניח את ידיו על אוזניו בכדי למנוע מעצמו לשמוע את זעקותיו של שמעון ולהימנע מהצלתו, תסווג פעולתו של ראובן כמעשה ולא כמחדל בשל התנועה הגופנית של ראובן. אני סבור כי זוהי דוגמה

5. רציונל הדומיננטיות

א. הצגת העמדה

קרמניצר טוען כי קיימים מספר הבדלים בין גרימת נזק במעשה לבין גרימת נזק במחדל:¹⁶⁰

(א) חיובי "עשה" מבטאים עמדה של סולידריות חברתית בעוד שחיובי "אל תעשה" מבקשים להגן על האוטונומיה של הפרט מפני פגיעה על ידי אחר.

(ב) חיובי "אל תעשה" פוגעים פחות בחירות הפרט לעומת חיובי "עשה".

(ג) בין מעשה אקטיבי לבין הנזק מתקיים קשר סיבתי, ואילו בין מחדל לין נזק לא מתקיים קשר סיבתי (ולמצער הקשר הסיבתי הוא עקיף יותר, ספקולטיבי יותר).

(ד) מעשה הופך את מצב הקרבן לרע יותר ואילו מחדל אינו משנה את מצבו של הקרבן.

(ה) התנהגות אקטיבית מתבטאת, ככלל, ביצירת מצב מסוכן, ואילו התנהגות מחדלית בהימנעות מלהציל אינטרס חברתי הנתון בסכנה. העושה האקטיבי שולט במהלך העניינים ובהתרחשות העבריינית, שליטה שאינה דומה לחדל. "מי שנמנע מלהציל טובע או מלכבות אש – גם אם מוטלת עליו חובה לעשות כן – אינו בעל שליטה במשמעות המקובלת של מושג זה המתבטאת בניהוג או בהולכה של מהלך אירועים עברייני, כמו בהשלכת מי שאינו יודע לשחות למים עמוקים. החדל אינו יוצר את הסיכון, אלא בהימנעותו הוא מאפשר התפתחותו של מהלך דברים, אך אין הוא תורם לו, ואין הוא מונע התערבות מאחרים או התפתחות אחרת שבה תימנע התוצאה (הטובע יחלץ את עצמו, האש תכבה מעצמה). מה שעשוי להיראות כשליטה איננו אלא אפשרות מניעת התוצאה".¹⁶¹

(ו) ההבדל בקשר הסיבתי משקף הבדל גם במידת המחויבות והנחישות לגרימת התוצאה. מידת המחויבות והנחישות לגרימת התוצאה גדולה יותר כאשר מדובר במעשה אקטיבי מאשר מחדל.¹⁶² על פי קרמניצר "מחדל כרוך במידה פחותה של אנרגיה אנטי-חברתית; מחדל מבטא פחות נחישות לבצע את העבירה, ולכן מעיד על מידה פחותה של מסוכנות ושל עזות מצח; הוא אינו כרוך בתרומה אפקטיבית לעבירה, המאפיינת את הסיוע האקטיבי".¹⁶³

כלומר, לפי קרמניצר, ההבחנה בין מעשה לבין מחדל אינה נשענת על רציונל אחד, אלא על מספר רציונלים יחדיו. במסגרת זו מציין קרמניצר בין היתר את הרציונלים שצוינו לעיל,

נגדית לתאוריה של מור שכן נראה כי יותר נכון לראות מקרה זה כאי הצלתו של שמעון על ידי ראובן ולא כהריגתו של שמעון על ידי ראובן.

160 ראו: קרמניצר 1999, לעיל הערה 110, בעמ' 199-204. כן ראו: קרמניצר 2002, לעיל הערה 110, בעמ' 405-406.

161 ראו: קרמניצר 1999, שם, בעמ' 203-204.

162 שם, בעמ' 204.

163 ראו: מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל – בעקבות רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל" עלי משפט ד 175, 199 (תשס"ה).

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

כגון רציונל החירות, רציונל הפגיעה בקרבן (לפי הגישה של מור) ורציונל הסיביות. אך הוא גם מוסיף עליהם. הוא טוען כי מעשה אקטיבי מבטא יותר נחישות לבצע את העבירה מאשר מחדל, וכן, האיסור על מחדל מבטא עמדה של סולידריות ואילו איסור על מעשה מבקש לשמור על האוטונומיה של האדם.

ב. ההגדרה הדסקריפטיבית

כאשר קרמניצר דן בהגדרה הדסקריפטיבית של מעשה ומחדל הוא טוען שמבחן התנועה הגופנית אינו מספק, שכן הוא סבור כי קיימים מקרים הכרוכים בתנועה גופנית והם ראויים להיות מסווגים כמחדל וכן קיימים מקרים שאינם כרוכים בתנועה גופנית והם ראויים להיות מסווגים כמעשה. כך, לפי קרמניצר, שליטה על כוח פסיקלי או מכני ללא תנועה גופנית או הפעלת שרירים ראויה להיחשב כמעשה ולא כמחדל.¹⁶⁴ בנוסף, מבחן התנועה הגופנית לדעת קרמניצר אינו יכול לפתור מקרים מורכבים שבהם מעורבים הן מעשה, הן מחדל. לכן, הוא טוען כי הדרך היחידה לסווג התנהגות כמעשה או כמחדל היא בהתאם למבחן הדומיננטיות. ההבחנה בין התנהגות אקטיבית לבין התנהגות פסיבית על פי קרמניצר, אינה יכולה להתבסס על מבחן בודד, שכן היא צריכה לבטא את כל ההבדלים שבין מעשה למחדל.

“דומה, כי הדרך היחידה להשיב על כך היא על פי מבחן של דומיננטיות. כדי לזהות את ההתנהגות הדומיננטית יש לבחון את האירוע כולו, תוך התחשבות בכל השיקולים המהווים את הבסיס להבחנה בין מעשה ומחדל. נראה שהאבחנה בין התנהגות אקטיבית לבין התנהגות פאסיבית אינה יכולה להתבסס על מבחן בודד, מפני שכאמור יש מספר הבדלים משמעותיים ושוניים בין המעשה האקטיבי למחדל, שאת כולם צריכה האבחנה לבטא. המסקנה היא שהאבחנה צריכה להתבסס על שיקלול של כל הנתונים הרלוונטים כדי להחליט מהי ההתנהגות הדומיננטית באירוע.”¹⁶⁵

כלומר, לפי קרמניצר, במרבית המקרים, לא תהא כל בעיה לסווג את ההתנהגות כמעשה או כמחדל, וסיווג זה יעשה בהתאם למבחן התנועה הגופנית. מבחן הדומיננטיות נדרש כאשר קיים מקרה המשלב בתוכו הן התנהגות אקטיבית, הן התנהגות פסיבית. במקרה זה, אם ההתנהגות הדומיננטית שגרמה לתוצאה הייתה מעשה אקטיבי, הרי שההתנהגות תסווג

164 ראו: קרמניצר 1999, הערה 110, בעמ' 207. קרמניצר מסתמך, בין היתר, על הפסיקה האנגלית. Fagan V. Commissioner of Metropolitan Police [1969] 1 Q.B. 439. כן ראו: V. Miller [1983] 2A.c. 161.
165 קרמניצר 1999, שם, בעמ' 208.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

כמעשה, ואילו אם ההתנהגות הדומיננטית שגרמה לתוצאה הייתה התנהגות פסיבית הרי שההתנהגות תסווג כמחדל.

לפי קרמניצר ההכרעה באם מדובר בהתנהגות אקטיבית או פסיבית תיעשה בהסתמך על הרציונלים המבחינים בין מעשה לבין מחדל ובעיקר על ידי המאפיינים הבאים:¹⁶⁶

(א) התנהגות אקטיבית גורמת לתוצאה, ואילו התנהגות פסיבית מתבטאת באי-מניעתה של התוצאה הפוגעת באינטרס החברתי המוגן.

(ב) התנהגות אקטיבית מתבטאת, ככלל, בהרעת מצבו של אינטרס חברתי מוגן ואילו מחדל מתבטא בהימנעות משיפור המצב.

(ג) התנהגות אקטיבית מתבטאת, ככלל, ביצירת מצב מסוכן, ואילו התנהגות מחדלית בהימנעות מלהציל אינטרס חברתי הנתון בסכנה.

במסגרת הביקורת על עמדה זו, אדון במקרים אותם העלה קרמניצר על מנת ליישם את מבחן הדומיננטיות.

ג. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

קרמניצר סבור כי הצורך באיתור חובה ספציפית לפעול במקרה של מחדל בעבירות תוצאה, נועדה ליצור שקילות מבחינת החומרה המוסרית בין המעשה לבין המחדל. לפי קרמניצר היות שהמחדל נחות מן המעשה מבחינת חומרתו, הרבה מעבר לטיעון החירות, הן מבחינת האנרגיה האנטי חברתית, הנחישות לבצע את העבירה וכן ההבדלים בין מעשה למחדל מבחינה סיבתית, הרי שיש צורך באיתור חובה ספציפית שמקורה בזיקה מיוחדת ולא בחובה כללית, כדי "לחזקו". וכך קובע קרמניצר:

"הצורך להתנות את האחריות על מחדל בהפרת חובה ספציפית דווקא נעוץ ב'חולשתו' היחסית של המחדל לעומת ההתנהגות האקטיבית: הן מבחינת האנרגיה האנטי – חברתית, הנחישות לבצע עבירה (ועזות המצח והמסוכנות המתבטאות בכך), העובדה שאין מדובר ביצירת הסיכון שהיא אם כל חטאת, וההבדלים בין מעשה למחדל בהקשרים של גרימה ושליטה. מה שעשוי לכפר על חולשה זו הוא חובה לפעול, שמקורה בזיקה מיוחדת, ולא בחובה כללית המוטלת על הכל ואשר קמה עקב היקלעות אקראית ותמימה למצב הדברים. יש הבדל ברור בין חובה כללית כזו לבין, למשל, חובה מכוח תפקיד, שעשויה להפוך את המחדל לשווה ערך למעשה: אין

166 שם. יש לציין, כי כאשר קרמניצר מציין מאפיינים אלה, הוא אינו כולל את כל הרציונלים שהועלו לעיל.

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי
הבדל גדול בין השארת הדלת פתוחה (על ידי סוהר או שומר) לבין מסירת
מפתח על ידי בעל תפקיד לאחר.¹⁶⁷

יש לציין, כי עמדה זו שונה מעמדת החירות שהובאה לעיל בשם טרמל וקוגלר. קוגלר
טען כי החובה לפעול מבקשת לצמצם את הפגיעה בחירותו של הפועל. לכן, לפיו, כל חובה
לפעול – הן חובה הנובעת מחובת עשה כללית, הן חובה הנובעת מחובת עשה ספציפית –
יכולה לשמש כמקור כחובה לצורך הרשעה בעבירת תוצאה. לעומת זאת, לפי קרמניצר
ההבחנה בין מעשה לבין מחדל אינה נשענת רק על רציונל החירות. היא נשענת על מספר
מרכיבים נוספים, המצביעים על הבחנה מוסרית מהותית בין מעשה לבין מחדל. ההבחנה
נשענת, בין היתר, על הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל, על הבחנה בנוגע לנחישות
לבצע את העבירה, ועל ההבחנה המתייחסת ליצירת הסיכון. הבדלים אלה גורמים לכך,
שלא ניתן להשתמש בחובת עשה כללית על מנת להרשיע בעבירת תוצאה, אלא יש צורך
בחובת עשה ספציפית, כדי להשוות את החומרה המוסרית בין מעשה למחדל.

ד. ניתוח המקרים שהעלה קרמניצר וביקורת

כעת אבחן כיצד מיושם מבחן הדומיננטיות של קרמניצר בהתאם למספר מקרים מעניינים
שהוא בוחן במאמרו, וכן אעלה את הביקורות שבעיני ראוי להעלותן בהתייחס לניתוח
מקרים אלו:

(1) המקרה הראשון שהוא מעלה עוסק ברופא הנותן לחולה שלו תרופה נייטרלית
(שאינה משפיעה על מצבו וגם אינה מרעה את מצבו), במקום התרופה שיש בה כדי לרפא
את מחלתו, ועקב כך נגרם מותו של החולה.¹⁶⁸
לפי קרמניצר מדובר כאן בהתנהגות מחדלית, שכן אם בודקים ממה נגרם מותו של
החולה, מסתבר כי מותו נגרם עקב העובדה שלא קיבל את התרופה המועילה. כלומר היסוד
הדומיננטי כאן הוא דווקא הימנעותו של הרופא לרשום לחולה את התרופה שתציל את
החולה.

יצוין, כי קרמניצר מגיע לתוצאה זו אף כאשר ברור היה שאם הרופא לא היה מציג בפני
החולה מצג שווא זה, חזקה על החולה שהיה ממשיך לחפש את התרופה והיה מבריא
בעקבות זאת. קרמניצר כאמור סבור שהיסוד הדומיננטי כאן הוא היסוד המחדלי ולא היסוד
האקטיבי שהיה כרוך בהצגת מצג שווא.

מדוע היסוד הדומיננטי כאן הוא היסוד המחדלי? קרמניצר אינו מסביר זאת. אולם אם
ניגש לבחון את המאפיינים שקרמניצר עצמו הצביע עליהם ככאלה שיש להסתייע בהם בכדי

167 שם, בעמ' 218-219 (ההדגשות שלי).

168 שם, בעמ' 210.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

להכריע באם מדובר בהתנהגות מחדלית אם לאו, הרי שלא ברור מדוע הוא הכריע כי היסוד הדומיננטי הוא היסוד המחדלי?

ראשית, מבחינה סיבתית, מדובר כאן בהתנהגות אקטיבית שגרמה לתוצאת המוות. מתן התרופה הנייטרלית על ידי הרופא גרם לכך שהחולה נמנע מלמצוא לעצמו תרופה שתציל את חייו (כאמור ניתן להניח במסגרת הדוגמה שמציאת התרופה אכן הייתה מצילה את חייו של החולה). אמנם הרופא לא יצר את המחלה, אך הרופא מנע מן החולה להציל את עצמו. מקרה זה דומה למצב שבו הרופא גנב מהחולה שלו את תרופתו נגד מחלת הסכרת וכתוצאה מכך החולה מת.

שנית, מתן התרופה הנייטרלית הרע ללא ספק את מצבו של החולה, שכן ללא מתן התרופה הנייטרלית היה החולה משיג לעצמו את התרופה וככל הנראה היה ניצל. רק בהתייחס למבחן השלישי ניתן, בדוחק, לומר שמדובר במחדל שכן ייתכן שהתנהגותו של הרופא לא יצרה את המצב המסוכן אך אף זה לא דבר ברור. לאור זאת לא ברור מדוע על פי מבחן הדומיננטיות של קרמניצר מדובר בהתנהגות מחדלית.

(2) מקרה נוסף (להלן – המקרה השני) שקרמניצר מעלה מתייחס למניעת הצלה על ידי אחר. למשל, אדם נפצע קשה כתוצאה מפליטת כדור והוא מאבד דם במהירות. עוברי אורח שואלים את מרשעי הנמצא לידו: מה קרה? והוא משיב, בכוונה להטעותם, כי הפצוע מת. האם מדובר במעשה או במחדל? קרמניצר טוען שמבחינה סיבתית ניתן לראות זאת כמחדל שכן מדובר כאן בהימנעות מהצלה ולא ביצירת התוצאה. כמו כן, מדובר כאן בסיבתיות בעלת אופי היפותטי-ספקולטיבי ההולמת התנהגות מחדלית. לעומת זאת, סבור קרמניצר כי מדובר כאן בהרעת מצב קיים שכן "עם התקרבותם של עוברי האורח למקום נוצר מצב חדש המהווה סיכוי להצלתו של הפצוע. מצב זה הוא גם המצב הרגיל – שצפוי להיווצר במהלך העניינים הרגיל – ולכן, שינויו הוא הרעת הסטטוס קוו. את טיב מעשהו של מרשעי יש לבחון על רקע מצב דברים זה. הוא הביא להתרחקותם מן המקום, ובכך הרע את מצבו של הקרבן והפחית (בעצם סילק) את סיכוייו לחיות".¹⁶⁹

כלומר לפי קרמניצר, בשל העובדה שככל הנראה האדם שנפצע היה ניצל לו מרשעי לא היה מטעה את עוברי האורח, מדובר כאן בשינוי הסטטוס קוו ובהרעת המצב הקיים. אם כך הם פני הדברים, מדוע, במקרה הראשון, כאשר הרופא נתן לחולה תרופה נייטרלית ובכך הטעה את החולה ומנע את הצלתו אין מדובר בהרעת מצב קיים? ניתן לומר שהמקרה הראשון חמור יותר מן המקרה השני מקל וחומר: אם במקרה שבו הפועל הטעה אנשים אחרים ובכך מנע את הצלתו של הקרבן אנו טוענים כי מדובר במעשה, הרי שבמקרה שבו הרופא הטעה את הקרבן עצמו, קל וחומר שראוי לראות את היסוד הדומיננטי כמעשה ולא כמחדל. ויש לשים לב, כי קרמניצר הכריע שמדובר במעשה (במקרה של מרשעי) רק בשל

פרק ב: הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפילי

העובדה כי מדובר בהרעת מצב קיים. לאור זאת אין כל סיבה לומר כי גם במקרה הראשון מדובר במעשה ולא במחדל.

יתרה מזו, קשה להבין מדוע מבחינה סיבתית, אין מדובר במצב שבו מרשעי גרם לתוצאה שהרי הוא ביצע פעולה שגרמה לתוצאה הזו? מדוע זה משנה אם התוצאה התרחשה בשל מניעת ההצלה או שהיא התרחשה כתוצאה מיצירת האיום עצמו? קרמניצר במאמר זה אינו מעלה תאוריה סיבתית ברורה המבחינה בין מעשה לבין מחדל, וכפי שהראיתי בפרק הקודם, קיים ספק רב אם ההבחנה בין מעשה לבין מחדל מבוססת על הבחנה סיבתית, במיוחד לאור העובדה כי קיימים מקרים שבהם קיימת תנועה גופנית, אך אנו נסווג את המקרה בצד המחדלי של המשוואה ולא בצד המעשה של המשוואה.

(3) סיווגם של המקרים בהתאם למבחן הדומיננטיות שמציע קרמניצר (בהתייחס למאפיינים שצוינו לעיל) מהווה בעיה קשה אף במקרים הבאים המובאים על ידיו: קרמניצר שואל, מה דין פעולה של המציל עצמו, החוזר בו מפעולת ההצלה שלו, כגון שהוא מושך חזרה את החבל שהשליך לעבר הטובע? הוא טוען כי ההבחנה המתבקשת היא: "לא הגיעה פעולת ההצלה לספרה של הקורבן, יש לראות את העשייה החיובית והשלילית כמקזוזת או מבטלות זו את זו, כך שנותרת הימנעות מעשייה. אם לעומת זאת, הגיעה ההצלה לתחומו של הקורבן, החזרה ממנה היא התנהגות אקטיבית, שכן אחרת מי שהעלה את הקורבן לסירתו ואחר כך השליך אותו אל המים – ייחשב כחדל. ההבדל נובע מכך שבמקרה הראשון נשמר המצב הקיים בעוד שבמקרה השני ההתנהגות מרעה את המצב הקיים".¹⁷⁰

לעומת מקרה שבו המציל חוזר בו מפעולת ההצלה שלו עצמו, כאשר מדובר על מניעת הצלה על ידי אחר, הרי שאין זה משנה אם פעולת ההצלה הגיעה אל הקרבן אם לאו. למשל, אם א' שלח חבל הצלה להציל את ב' ובא ג' וסילק את חבל ההצלה הרי שמדובר כאן במעשה של ג' ולא במחדל של א'–הצלה. כמו כן טוען קרמניצר, אם "מצילי מבקש להציל את אומללי הטובע בעזרת סירתו של זדוני. זדוני מונע זאת ממצילי על ידי כך שהוא אוזר בכוח בסירתו של זדוני (במאמר מצוין מצילי אך נראה שכוונתו של קרמניצר הייתה לכתוב זדוני. הוספה שלי – ר' ר')".¹⁷¹ במקרים אלה טוען קרמניצר כי מדובר במעשה ולא במחדל. כלומר, קרמניצר עורך הבחנה בין מצב שבו הפועל הניח את המגן והוא שהסירו, לבין מצב שבו הפועל הניח (או עמד להניח את המגן) וצד ג' הסיר אותו. כאשר הפועל הניח את המגן, יש חלוקה בין מקרה שבו המגן הגיע לספרה של הקרבן לבין מקרה שבו המגן לא הגיע לספרה של הקרבן. לעומת זאת, כאשר מדובר במקרה שבו צד ג' הסיר את המגן אין זה משנה אם המגן הגיע לספרה של הקרבן אם לאו. בכל מקרה, על פי מבחן הדומיננטיות שהציע קרמניצר מדובר במעשה ולא במחדל.

170 שם, בעמ' 213.

171 שם.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לדעתי, ההבחנות שמציע קרמניצר אינן עולות מתוך המאפיינים שהוא הציע כדי להכריע באם מדובר בהתנהגות אקטיבית או מחדלית. למשל, מדוע כאשר העזרה הגיעה לספרה של הקרבן אנו טוענים שהסרת העזרה היא הרעת המצב הקיים ואילו כאשר העזרה הוסרה בטרם היא הגיעה לספרה של הקרבן, אנו טוענים כי מדובר בשמירת המצב הקיים? נראה, כי קרמניצר אינו מסביר זאת. ניתן לומר ממה נפשך, אם כאשר הגיעה העזרה לספרה של הקרבן מדובר בהרעת המצב הקיים הרי שגם כאשר לא הגיעה העזרה לספרה של הקרבן אין מדובר בהרעת מצב קיים הרי שגם כאשר הגיעה העזרה לספרה של הקרבן אין מדובר בהרעת המצב הקיים (ויש לציין שלא ברורה משמעות הביטוי הגעה לספרה של הקרבן). יתרה מזו, לכאורה אם הייתה משמעות לחלוקה זו בהקשר של הרעת המצב הקיים הרי שהיא הייתה צריכה לבוא לידי ביטוי אף במקרה שבו הפועל הניח את המגן או שהיה מעוניין להניח את המגן וצד ג' מנע או הסיר את המגן. אולם, כפי שציינתי לעיל, לפי קרמניצר כאשר מדובר במצב בו צד ג' הסיר את המגן הרי שחלוקה מעין זו אינה רלוונטית.¹⁷² יתרה מזו, לדעתי, המקרה שבו זדוני מנע את לקיחת סירתו על ידי אחיזתו בה בכוח לא צריך להיות מוגדרת כמעשה. במקרה זה זדוני מונע ממצילי לקחת את הסירה השייכת לו עצמו. יש לראות מקרה זה כאי-רצון להציל את אומללי. מקרה זה דומה למצב שבו קרבן מעוניין להיכנס לביתו של זדוני כדי להינצל ממוות, ואילו זדוני נועל את הדלת ומונע מן הקרבן להיכנס. לדעתי, מקרה זה ראוי שיסווג כמחדל ולא כמעשה. בהקשר זה עלי לציין, כי אינני חולק בהכרח על סיווגם של כל המקרים שקרמניצר העלה במאמרו ואשר צוינו כאן. אני חולק בעיקר על הרציונלים העומדים לדעתו בבסיס ההבחנה בין מעשה לבין מחדל, וכתוצאה מכך אני חולק על סיווגם של חלק מן המקרים שהועלו על ידו במסגרת מאמרו. למשל, אינני חולק על כך שאם א' זרק חבל ל-ב' והוא לקח את החבל חזרה אזי יהיה נכון לסווג פעולה זו כמחדל ולא כמעשה, אך אני חולק על הרציונל שעומד בבסיס הסיווג הזה.

172 לדעתי החלוקה הנכונה יותר היא החלוקה שהציע מקמהן. השאלה היא אם המגן עדיין זקוק לתחזוק נוסף על ידי הפועל אם לאו. אם המגן עדיין זקוק לתחזוק נוסף (ותחזוק נוסף מוגדר כך: המשך פעולות מצד הפועל כדי שהמגן ימשיך לשמש כמגן, או שהמגן עדיין שייך מבחינה קניינית לפועל), הרי שהסרת המגן תיחשב כמחדל, ואילו אם המגן אינו זקוק לתחזוק נוסף הרי שהסרת המגן תיחשב כמעשה. כמו כן, ההבחנה לדעתי אינה קשורה לסיבתיות או להרעת המצב הקיים. ההבחנה לדעתי קשורה ביסוד של "התערבות" או "חדירה" למרחב המוגן של הקרבן. כאשר הפועל מונע מן הקרבן או מכל אחד אחר לקחת דברים ששייכים לו עצמו הרי שהוא לא נחשב כ"מתערב" או כ"חודר" לתחומו של הקרבן ועל כן יש לסווג זאת כמחדל. לכן, כאשר זדוני מונע ממצילי לקחת את הסירה השייכת לו ראוי לסווג את הפעולה כמחדל ולא כמעשה שכן זדוני לא חודר לתחומו של הקרבן. הוא פשוט לא נותן דבר השייך לו עצמו. כאשר הוא מונע ממצילי לקחת דבר ששייך למצילי, הרי שהוא כן מתערב בדברים השייכים לקרבן עצמו. העזרה כעת שייכת לקרבן.

פרק ג

הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

1. מבוא

הצגתי לעיל את הגישות הסבורות כי ההבחנה כי ההבחנה במשפט הפלילי בין מעשה למחדל בכלל ובין המתה להנחה למות בפרט מושתתת על רציונל מוסרי. להלן אציג את הגישות הסבורות כי ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות במשפט הפלילי אינה מושתתת על רציונל מוסרי אלא על רציונל משפטי. לפי עמדה זו, אף אם לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, עדיין, ראוי שהמשפט הפלילי יערוך הבחנה זו מנימוקים משפטיים כאלה ואחרים.

מתוך קריאת הספרות המשפטית ניתן לחלץ ארבעה רציונלים משפטיים שונים המבססים את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות במשפט הפלילי:

(1) **רציונל עקרון החוקיות** – ליוונס סבור כי דוקטרינת החובה לפעול במחדל בנויה על מחשבה שגויה ולפיה קיימת הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל, כך שמעשה יכול לגרום לתוצאה ואילו מחדל לא יכול לגרום לתוצאה.¹ החובה לפעול, לאור הבחנה זו, מבקשת לפתור את היעדר הקשר הסיבתי במחדל. הוא טוען כי מחשבה זו שגויה שכן לא קיימת כל הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל, תוך שהוא מסתמך על התאוריה הסיבתית של הארט והונורה.² על פי תאוריה זו, השאלה העיקרית שיש לשאול בין במעשה ובין במחדל היא האם קיימת חריגה מהנורמלי והסביר בהתנהגות זו. האם קיימת חריגה מהציפייה שיש מן האדם. אם קיימת חריגה אזי מתקיים קשר סיבתי הן במעשה, הן במחדל. ואם לא קיימת חריגה אזי לא מתקיים קשר סיבתי לא במעשה ולא במחדל. יש לשים לב, כי הונורה טען שקיימת הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל תוך שהוא מסתמך על תאוריה סיבתית זו, אולם, ליוונס יוצא מתוך תאוריה זו ממש אך לכיוון ההפוך, קרי, הוא טוען כי לפי תאוריה זו אין ולא יכולה להיות הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל. לפי ליוונס, כיוון שאין כל הבחנה סיבתית בין מעשה לבין מחדל, אזי אין צורך באיתור חובה לפעול במחדל. עם זאת, לדעתי, אף לפי עמדה זו, יש צורך בדוקטרינת החובה לפעול. הנימוק נובע

Arthur Leavens, *A Causation Approach to Criminal Omissions*, 76 CALIFORNIA LAW REVIEW 547 (1988).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

מעקרון החוקיות. כלומר, דוקטרינת החובה לפעול נדרשת כדי לומר לאזרח מתי קיימת חריגה מהנורמלי והסביר ובעקבות כך מתי מתקיים הקשר הסיבתי בין המחדל לנזק.

(2) רציונל בעיית התיאום – פיינברג סבור כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. עם זאת, קיים צורך באיתור חובה לפעול במחדל, כדי לפתור את בעיית התיאום בין האזרחים.² בעיית התיאום נחלקת לשניים: בעיית היעילות ובעיית הצדק. בהתייחס לבעיית היעילות – ללא חובה לפעול במחדל, היה נוצר בזכו אדיר של משאבים, שכן אנשים רבים היו נאלצים לעזור לאנשים הזקוקים לצרה, בלא שיהא בכך כל צורך. בהתייחס לבעיית הצדק – ללא חובה לפעול במחדל יכול להיווצר חוסר שוויון בין אנשים, שכן ללא חובה לפעול מוטלת על כל האנשים החובה להציל – ויתכן מצב שחלק מן האנשים יצילו וחלקם לא יעשו זאת. בשל כך נוצרה החובה לפעול במחדל.

(3) רציונל צמצום האשמים – לפי פלטר, קיימת סיבה נוספת (מעבר להבחנה הסיבתית שצוינה לעיל) מדוע יש לערוך הבחנה בין מעשה לבין מחדל, כך שניתן יהיה להרשיע במחדל בעבירות תוצאה, רק אם קיימת חובה ספציפית לפעול. הנימוק נובע מכך, כי כאשר מדובר במחדל קיימת בעיה משפטית לברור את האשם העיקרי מתוך כלל האשמים הפוטנציאליים. באופן כללי, כאשר אדם מבצע תנועה גופנית שגרמה לנזק, ברור לנו מיהו האשם העיקרי בנזק. לעומת זאת, כאשר מדובר במחדל של אי-תנועה גופנית, הרי שפעמים רבות מדובר במצב שבו אנשים רבים יכלו למנוע את הנזק ולא עשו זאת. במצב זה אם לא נצריך חובה לפעול במחדל, הרי שכל באי עולם עלולים להיות מורשעים.³ החובה לפעול, אפוא, מצמצמת את האשמים בסיטואציה מסוימת, על ידי כך שהיא יוצרת מצב שאנו יכולים להטיל על אדם ספציפי את האשמה, כשם שאנו עושים זאת כאשר אדם מבצע מעשה שגורם לנזק. יש לשים לב שהחובה לפעול לפי עמדה זו אינה מבקשת לפתור את בעיית הקשר הסיבתי במחדל. על פי עמדה זו, אף אם מתקיים קשר סיבתי במחדל, עדיין קיימת בעיה של כמות אשמים בסיטואציה רלוונטית והחובה לפעול מבקשת לפתור בעיה זו.

(4) רציונל החירות – על פי תאוריה זו, ראוי להבחין בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה בשל העובדה כי איסור על מחדל פוגע יותר בחירות הפעולה של הפועל מאשר האיסור על מעשה. יש לציין, כי עמדה זו הועלתה אף במסגרת הרציונלים המוסריים שהוצגו בפרק ב לעיל. עם זאת, על פי הגישה המשפטית, אף אם שיקול החירות לא היה מהווה רציונל מוסרי כפי שרייצ'לס טען (ראו פרק א'), עדיין המערכת המשפטית צריכה לערוך הבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה, כדי לאפשר לאזרחים לנהל את חייהם כראות עיניהם. כלומר, מבחינה משפטית, ניתן לומר, כי אין זה ראוי שהמשפט הפלילי יכפה

JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 159-181 2
(1984).

.GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 604-605 (1978) 3

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי
חובה לפעול תמיד למען הכלל, אלא ראוי שהוא ישאיר לפרט מידה משמעותית של חירות
לנהל את חייו הרגילים.⁴

2. רציונל עקרון החוקיות

א. הצגת הרציונל

ציינתי לעיל, כי התאוריה הסיבתית של מור מסבירה היטב מדוע קיימת הבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי כך שבמחדל ניתן להרשיע בעבירות תוצאה רק אם אותה חובה ספציפית לפעול. לפי עמדה זו החובה לפעול מהווה, לכאורה, תחליף לקשר הסיבתי במחדל. כמו כן ציינתי, כי אף לפי תאוריית הסיבתיות של הארט והונורה יש הסבורים כי עדיין יש מקום לערוך הבחנה בין מעשה לבין מחדל, כך שהחדל יורשע רק אם הייתה לו חובה ספציפית לפעול. לפי עמדה זו, החובה לפעול יוצרת או מגלה את הקשר הסיבתי במחדל. אולם מנגד, יש הנסמכים על אותה תאוריה סיבתית של הארט והונורה כדי לטעון מן הכיוון ההפוך, כי לפי תאוריה זו לא קיימת הבחנה בין מעשה לבין מחדל. לפי תאוריה סיבתית זו שאלת התקיימות הקשר הסיבתי תלויה בשאלה אחת ויחידה והיא: האם בהתנהגות הפועל הייתה חריגה מהנורמלי והסביר בהתרחשות הנתונה. כאשר התנהגות הפועל הייתה חריגה מהנורמלי והסביר אזי מתקיים קשר סיבתי בינה לבין התוצאה. לעומת זאת, כאשר התנהגות הפועל לא הייתה חריגה מהנורמלי והסביר אזי לא מתקיים קשר סיבתי בינה לבין התוצאה, ואין זה משנה אם מדובר במעשה או במחדל.

למרות זאת, אני טוען, כי אף לאוחזים בגישה זו נראה שיש צורך באיתור חובה לפעול במחדל מטעמים פנים משפטיים.

אבהיר את דברי:

כאמור, התאוריה הסיבתית של הארט והונורה אינה מתמקדת בשאלה מהם התנאים ההכרחיים לנזק אלא בעיקר כיצד ניתן להבדיל בין תנאי הכרחי לנזק לבין הסיבה או הגורם העיקרי לנזק. לפי עמדה זו, ההבדל בין תנאי הכרחי לסיבה עיקרית מתבסס על כך שתנאי הכרחי לנזק נחשב לנורמלי שכן הוא קיים אף בזמנים בהם לא מתרחש הנזק. לעומת זאת, תנאי נחשב לסיבה עיקרית, כאשר תנאי זה מהווה חריגה מהנורמלי – שכן תנאי זה לא מתקיים כאשר לא מתרחש הנזק. לכן, זריקת הגפרור שגרמה לשריפת הבית נחשבת לסיבה העיקרית לנזק שכן היא חורגת מהנורמלי – היא אינה קיימת כאשר הבית לא נשרף. לעומת זאת, הימצאות חמצן באוויר מהווה תנאי הכרחי ולא סיבה עיקרית. על פי הארט והונורה התנאי שהיווה חריגה מהנורמלי והסביר הוא התנאי "שעשה את ההבדל", הוא התנאי

4 ראו: יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 214 הערה 28 (2003).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

שהתערב במצב הרגיל של הדברים ויצר את השינוי. הארט והונורה, כאמור לעיל, מדגישים כי לא רק תנועה גופנית של אדם תהווה חריגה מהנורמלי והסביר. לעתים גם חוסר תנועה או מחדל של אדם נחשבים לחריגה מהנורמלי והסביר.⁵ כאשר קיים כבר הרגל מסוים המונע נזק, ואדם פועל בניגוד להרגל זה הרי שאנו נטען כי המחדל הזה גרם לנזק, שכן היעדר הפעולה במצב הזה הוא חריגה מהנורמלי והסביר.

מכאן עולה כאמור שההבדל בין מעשה לבין מחדל אינו הבדל עקרוני מבחינה סיבתית, שכן הן מעשה, הן מחדל יכולים לגרום לנזק. ייתכן אמנם כי קיימת כמות גדולה יותר של מעשים שגרמו לנזק מאשר מחדלים שגרמו לנזק, אך הבדל זה הוא הבדל כמותי ולא הבדל איכותי.

הארט והונורה לא התייחסו בספרם (למיטב ידיעתי) לצורך בדוקטרינת החובה לפעול במחדל. אולם, על סמך עמדה סיבתית דומה לזו טען ארתור ליוונס כי הדוקטרינה של החובה לפעול במחדל מיותרת.

ליוונס יוצא נגד תאוריית החירות שטענה כי דוקטרינת החובה לפעול נדרשת בכדי לצמצם את הפגיעה בחירות של האזרח. לפיו, הגישה ההגיונית יותר מתבססת על כך שדוקטרינת החובה לפעול באה אך ורק כדי לפתור את בעיית הקשר הסיבתי בין מחדל לנזק רלוונטי.

“This article first examines the conventional doctrine of criminal omissions and its dependence on the concept of legal duty. It suggests that the conventional legal duty requirement was developed principally *to set clear limits on imposing omission liability. This approach, however, is conceptually flawed, for it achieves certainty without regard to the function of the underlying criminal prohibition, which is to punish, and thereby hopefully to prevent, conduct which produces particular harms... The proper function of the duty requirement therefore is not simply to limit liability; rather, its main purpose should be to define the causal relationship between failures to act and specific harms.*”⁶

עם זאת, אף שהוא מודע לכך שבכדי להרשיע במחדל בעבירות תוצאה יש לקבוע כי מתקיים קשר סיבתי בין המחדל לבין הנזק, הרי שהוא סבור שלצורך קביעה זו לא נדרשת כלל דוקטרינת החובה לפעול. הטענה של ליוונס מתבססת על כך שדוקטרינת החובה לפעול קמה על גבי תפיסה מוטעית הקובעת כי קיים הבדל סיבתי בין גרימה במעשה לבין גרימה

5 ראו: H.L.A HART AND TONY HONORE, CAUSATION IN THE LAW 37-38 (1985).

6 ראו: ליוונס, לעיל הערה 1, בעמ' 551 (ההדגשות שלי).

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי במחדל. על פיו, אם נפנים את העובדה כי לא קיים הבדל איכותי בין גרימה במעשה לבין גרימה במחדל, אזי לא יהיה צורך אמיתי בדוקטרינת החובה לפעול במחדל.

“This article concludes by proposing an alternative to conventional criminal omissions analysis. Reliance on duty as a causal link between an omission and a harm is only necessary if we continue to distinguish between acts and omissions. This article suggests that such a distinction is illusory and unhelpful”.⁷

על פי ליוונס, תפיסה המבחינה מבחינה סיבתית בין מעשה לבין מחדל, מגיחה כי העולם נמצא במצב של מגווח ועל כן רק תנועה גופנית או תנועה אחרת שמתרחשת, יכולים לגרום לשינוי, לטובה או לרעה. בהקשר הרלוונטי לענייננו, רק תנועה גופנית יכולה ליצור שינוי בסטטוס קוו הקיים בעולם. היעדר תנועה אינו יוצר שינוי בסטטוס קוו ועל כן הוא לא יכול ליצור דבר. זוהי למעשה תפיסתו של מור (וכן של ווינראוב שצוין בפרק א' לעיל) שטען כי תנועה גופנית יוצרת שינוי ואילו היעדר תנועה לא יכול ליצור כל שינוי. ליוונס, כמו הארט והונורה', טוען כאמור שתפיסה זו אינה נכונה (הגם שכפי שציינתי לעיל, לפי הונורה' למרות העובדה שגם מחדל יכול לעתים לגרום לתוצאה, הוא עדיין מבחין בין מעשה לבין מחדל מבחינה סיבתית. כפי שציינתי, ייתכן שלפי הונורה', אף שגם מחדל יכול לגרום לנזק, עדיין מעשה שגורם לנזק הוא בעל קשר סיבתי ישיר יותר לתוצאה מאשר מחדל שגורם לנזק).

כאשר אב אינו מאכיל את בנו והבן מת הרי שהאב גרם למות הבן. כמו כן, כאשר אדם מחנה את רכבו על גבעה, המצב הנורמלי הוא שהוא ישתמש בבלם כדי למנוע את הידרדרות הרכב. אם הוא לא עושה כן הרי שהוא משנה את הסטטוס קוו הקיים ובכך הוא גורם ויוצר שינוי בעולם, שינוי שנוצר על ידי היעדר תנועה גופנית.⁸

נוכח גישה זו טוען ליוונס שאין כל צורך בדוקטרינת החובה לפעול. השאלה שאנו שואלים לגבי מעשה ולגבי מחדל היא זהה. השאלה היא: האם יש חריגה מן הסטטוס קוו? אם יש חריגה מן הסטטוס קוו הרי שנוכל לומר כי המחדל גרם למוות, ואם אין חריגה מן הסטטוס קוו הרי שנטען כי המחדל לא גרם למוות.⁹

לפי ליוונס, אף אם לא הייתה חובה ספציפית המוטלת על האב להאכיל את בנו, היינו יכולים לומר שאם אירע מקרה שהאב לא האכיל את בנו והבן מת, הרי שנוכל להרשיע את האב בהריגה או ברצח (תלוי ביסוד הנפשי), שכן במקרה זה האב גרם למות הבן גם ללא כל תנועה גופנית. במקרה זה אי-האכלת הבן היא חריגה מהנורמלי והסביר, היא חריגה

7 שם.

8 שם, בעמ' 572-575.

9 שם, בעמ' 583.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

מהסטטוס קו, ועל כן היא גם הגורם למות הבן. לכן, לדעתו, החובה לפעול רק יוצרת סיבוך בהקשר הסיבתי ולפיכך יש לבטלה.

ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

על אף העובדה שלפי ליוונס אין הבדל מבחינה סיבתית בין מעשה לבין מחדל ולפיכך, לפיו, לא קיים צורך בחובה לפעול, אני עדיין סבור כי קיים צורך בדוקטרינה זו. ניתן לומר כי הצורך בחובה לפעול לפי גישה זו נובע מעקרון החוקיות. כלומר, כיוון שהסיבתיות נעוצה בחריגה מהנורמלי והסביר, הרי שיש צורך שהאזרח יהיה מודע למהו הנורמלי והסביר, מהי הרוטינה הקיימת. דא עקא, שהמחוקק אינו יכול להניח כי האזרח מודע לרוטינה המקובלת, או לסטטוס קו, או לנורמלי והסביר. למשל, ייתכן שהאזרח מודע לכך שאם הוא לא מציל אדם הטובע בים הרי שאדם זה ימות, אך לא ברור האם האזרח מודע לכך שהיעדר הצלה היא הפרה של הסטטוס קו, ועל כן הוא אינו מודע לכך שאי-הצלה במקרה הנתון היא גם הסיבה העיקרית למוות. בשל חוסר ידיעה זה, צריך המחוקק להזהיר את האזרח ולומר לו באופן ברור באילו מקרים הוא חשוף להרשעה ובאילו מקרים הוא אינו חשוף להרשעה. הודעה לאזרח, כי הוא יורשע באם יתקיים הקשר הסיבתי במחדל, כאשר קשר סיבתי זה מבוסס על סטטוס קו, או רוטינה מקובלת, אינה מהווה הודעה או הזהרה מספקת.

לעומת מקרים של מחדל, כאשר מדובר במעשה אקטיבי שגורם לנזק, ניתן להניח כי האזרח מודע לכך שהוא זה שיוצר את השינוי, וכאשר שינוי זה גורם לנזק אזי הוא עלול להיות מורשע בעבירה כזו או אחרת (שכן התפיסה הרגילה של האנשים היא שמעשה הוא שינוי שחל בעולם). עם זאת, כאשר מדובר בהצלת אדם למשל, הרי שהאזרח צריך להיות מודע לכך שהיעדר הצלה הוא שבירה של רוטינה השוררת בעולם, ואת זה כאמור המחוקק לא יכול להניח. לכן, ניתן לומר כי החובה לפעול מגדירה לאזרח מהי הנורמה שהפכה לרוטינה על מנת שיוכל לכלכל את צעדיו בהתאם.¹⁰

10 לעניין עקרון החוקיות מציין קרמניצר כי שורשיה של התפיסה שלפיה יש לציין באופן מפורש מהי ההתנהגות האסורה, נעוצים בכבוד האדם וחירות האדם. "כבוד האדם מחייב כי מי שמתיימר להשית עונש על אדם, יסביר לו קודם לכן בדיוק מהי התנהגות אסורה הגוררת עמה עונש, וכפועל יוצא מכך גם כיצד להימנע ממנה. כאשר אדם עושה מעשה שהוזהר קודם לכן שלא לעשותו, הוא נוטל על עצמו את האחריות לתוצאות מעשיו. על כן אין ענישתו משפילה אותו, אלא להפך – היא מכבדת אותו. הענישה היא הוצאה לפעול של האחריות שהאדם עצמו נטל על עצמו. היא בגדר הצפוי מבחינתו. ההפך הוא הנכון כאשר העונש מוטל על האדם במפתיע, ללא אזהרה קודמת. אז, גורלו של האדם על חייו ניטל ממנו. החברה היא ש"משחקת" בו ככלי – מענישה או מרחמת – מבלי שתהיה לאדם האפשרות לברר מראש מה צפויות להיות גחמותיה. ואשר לעקרון החירות – חירות האדם מחייבת לאפשר לו להתנהל ללא חשש מתמיד שהחוש המוסרי שלו אינו זהה לחוש המוסרי החברתי, ועל כן אפשר שמעשה שנראה לו ראוי ומותר יגרור את ענישתו באופן שהוא, מבחינתו, מפתיע". ראו:

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

3. רציונל בעיית התיאום

א. הצגת הרציונל

פיינברג טוען כי לא קיימת הבחנה מוסרית בין גרימת נזק לבין הנחה לנזק לקרות וכן לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. בהקשר זה דוחה פיינברג את הטענות בדבר הבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות. ויתרה מזו הוא טוען כי אף אם הייתה קיימת הבחנה סיבתית הרי שאין לכך כל משמעות מוסרית.¹¹ עם זאת, אף שהוא סבור כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, הרי שעדיין מבחינה משפטית הוא טוען כי יש לערוך הבחנה בין שני המקרים. אבהיר את דבריי.

בנוגע לטענה בדבר הבחנה סיבתית בין המתה לבין הנחה למות טוען פיינברג כי אי-מניעת נזק היא, במקרים מסוימים, הגורם או אחד הגורמים לנזק. עמדתו של פיינברג דומה לעמדתם של הארט והונורה.¹² לפיו מחדלים גורמים לנזק כאשר הייתה ציפייה מהחדל שימנע את הנזק והוא לא עשה כן.¹²

על פי פיינברג כאשר פועל חדל מלעשות X ונזק אירע כתוצאה מכך הרי שניתן לטעון כי המחדל גרם לנזק שכן לפועל הייתה היכולת לשלוט בהתרחשות הנזק. בסיטואציה שבה שמעון מת כתוצאה מכך שראובן לא הציל אותו כאשר הוא יכול היה לעשות זאת, הרי

מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים: בעקבות הדיון בהוראת הסיוע בע"פ 6327/97" מחקרי משפט יז 403, 410-409 (2002).

11 ראו: פיינברג, לעיל הערה 2, בעמ' 166-167.

12 באופן מפורט יותר, לפי פיינברג כדי שאי-מניעת נזק תיחשב כגורם לנזק היא חייבת להיות מחדל (שכן לא כל אי-מניעת נזק נחשבת לפי פיינברג למחדל). אנו טוענים כי א' חדל מלעשות X כאשר:

(1) א' לא עשה X.

(2) ל-א' הייתה הזדמנות סבירה לעשות X והוא היה מודע להזדמנות זו. תנאי זה מצמצם את האנשים שיכולים להיחשב לחדלים. הוא מוציא את כל אלה שלא היו כלל בזירת האירוע ולא יכלו בשל כך לעזור לקרבן הפוטנציאלי. אם א' לא היה כלל בזירת האירוע או שהוא היה בזירת האירוע אך הוא לא היה מודע לכך שהוא יכול לעזור ל-ב' הרי שלא נאמר שהוא חדל מלעשות את X, ועל כן גם לא נוכל לומר שהוא גרם לתוצאת נזק מסוימת.

(3) היה זה סביר לצפות מ-א' לעשות את X בנתונים הקיימים בשל אחת מן הסיבות הבאות:

(א) אנשים במצבו של א' בדרך כלל עושים את X.

(ב) הייתה מוטלת חובה על א' לעשות את X בשל חובת מקצוע או בשל הקשר הקיים בינו לבין הקרבן.

(ג) הייתה מוטלת על א' חובה מוסרית לעשות את X בשל חוזה מוקדם או הבטחה מוקדמת.

(ד) הייתה מוטלת על א' חובה מוסרית בשל סיבה אחרת לבצע את X.

ראו: פיינברג, שם, בעמ' 159-161.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

שראובן שלט באופן מוחלט בסיטואציה זו. לכן נכון לומר כי אדם המניח לאדם אחר למות (בהנחה שמדובר במחדל – לפי פיינברג) גרם למותו או שהוא היה אחד הגורמים למות.¹³ יתרה מזו, לפי פיינברג אף אם נאמר שמחדל אינו יכול לגרום לתוצאת נזק הרי שבכל מקרה אין הבדל מבחינה מוסרית בין שני המקרים.¹⁴ פיינברג טוען כי אם נשווה בין שני מקרים שבהם הנזק הוא גדול והדרך למנוע אותו אינה מצריכה מאמץ גדול, נוכל לראות שאין הבדל מבחינה מוסרית בין המקרים. פיינברג מודע לכך שבמקרים מסוימים כאשר ההוצאות או המאמצים למנוע את הנזק הם גדולים הרי שלכאורה, נראה הבחנה מוסרית בין המקרים.¹⁵ אולם, לפיו, ההבדל בין שני המקרים אינו מבוסס על הבחנה מוסרית.¹⁶ נוכח זאת, הטענה המרכזית של פיינברג היא, כי הנימוק לכך שלא מוטלת עלינו חובת הצלה כללית בניגוד למקרים שבהם אני אחויב שלא להרוג, נובעת מבעיה פנים משפטית של תיאום (the coordination problem).¹⁷ לפי דבריו של פיינברג נראה כי ניתן לפצל את בעיית התיאום עליה מצביע פיינברג לשניים: בעיית היעילות ובעיית הצדק.¹⁸

בעיית היעילות מתאפיינת בכך שאם תוטל על כל אחד מאתנו החובה להציל אנשים אחרים אזי עלול להיווצר מצב שבו יהיו כאלה שינצלו ויהיו כאלה שלא ינצלו. יתרה מזו, חוסר התיאום בין האנשים – מי עושה מה ומתי, יוביל למצב קטסטרופלי של חוסר יעילות בהקצאת משאבי ההצלה. מצב זה יכול להוביל לכך שמשאבים ומאמצים רבים ירדו לטמיון. לכן עדיף לחברה להסדיר את חובת ההצלה בצורה מאורגנת ויעילה יותר דרך תשלום מיסים למדינה, והמדינה היא זו שתקצה את משאבי ההצלה לפי הצורך.

בעיית הצדק מתאפיינת בכך שאם תוטל חובת הצלה כללית, הרי שבהכרח יהיו אזרחים אשר ישקיעו יותר מאזרחים אחרים ביחס למאמצי ההצלה. חלק מן האזרחים ישקיעו מאמצים בכדי להציל אנשים אחרים וחלק לא יעשו כן. אף בעיה זו ניתנת לפיתרון על ידי הקצאת משאבי ההצלה על ידי המדינה דרך תשלומי מיסים.

לפי פיינברג, כאשר מדובר בקביעת איסור כללי על עשיית מעשה מסוים, כמו למשל האיסור לא להרוג, הרי שלא נוצרת כל בעיה של תיאום בין האנשים. ככלל, אדם יכול למלא

13 שם, בעמ' 174-175.

14 שם, בעמ' 166. "Assuming then that one causes harm to another by initiating a causal process that leads directly to a harmful result unless it is stopped short, and that one 'allows' or fails to prevent harm when one does not intervene to stop a causal process already begun..., what does it matter morally whether A causes harm to B or fails to prevent harm to B when it is easy to do so?"

15 פיינברג מתייחס למקרים שהעלטה מלם: אני אחויב לשלם 1,000 ש"ח כדי לא להרוג אדם. לעומת זאת, לא אחויב לשלם 1,000 ש"ח כדי להציל אדם. מכאן שקיימת לכאורה הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. שם, בעמ' 167.

16 שם, בעמ' 169.

17 שם.

18 שם, בעמ' 169-171.

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

באופן מוחלט אחר הצו שלא להרוג שכן הימנעות מהריגה אינה כרוכה בדרך כלל באמצעים ובהוצאות רבות. לעומת זאת, כאשר מדובר בצו כללי להצלת חיים, הרי שאדם פרטי אינו יכול להציל את כל האנשים המצויים בעולם ואף לא את כל האנשים המצויים בתוך מדינתו והנמצאים בסכנת חיים. לכן, נוצרת כאן בעיה של תיאום המחייבת תקשורת ושיתוף פעולה בין אנשים.

לאור האמור לפי פיינברג, כאשר מדובר בחובת הצלה לא צפויה, הרי שמוטלת על האדם חובה להציל וחובה זו אינה שונה בחומרתה מהחובה שלא להרוג, שכן במקרה זה לא תעזור חלוקת המשאבים על ידי המדינה. לעומת זאת, כאשר מדובר בהצלה צפויה, כגון אנשים עניים שעלולים למות ברעב, או במצבים מסוכנים שבהם ידוע כי אנשים עלולים למות, הרי שהחובה להציל מוטלת על המדינה (והיא נעשית על ידי תשלומי המיסים שלנו), לא בשל העובדה כי מדובר בחובה לא חשובה אלא בשל בעיית התיאום עליה הצבעתי לעיל.

“One underlying reason for the general superiority of the negative duties is that positive duties, if framed in the same unconditional term (‘Thou must save all of those in need that thou can’) *would lead to unsolvable coordination problems*. Moral duties, whether positive or negative, are derived from moral rules which, like all regulatory rules, are inherently social in scope and in function...

Assigning certain important negative duties can normally be done in a simple and unqualified way of each citizen without raising difficult coordination and motivational problems... It is a rare case when we must really exert ourselves to keep from killing a person. Thus each of us is capable of assigning to himself the unqualified moral duty – ‘Thou shalt not kill’. On the other hand, we must in principle consult with our fellow citizens to determine a suitable rule, even a moral rule, governing our positive duty to rescue, because an individual duty to aid everyone who needs aid cannot be discharged completely. *It would be unfair to those who attempt to do so on their own if others do not make similar efforts and utterly chaotic if everyone tried, on this own, to discharge such a duty, independently of any known assignments of ‘shares’ and special responsibilities...* Part of the reason why I don't have a duty to maximize the harm preventing I can achieve on my own is that society collectively has preempted that duty and reassigned it in fair shares to private individuals. Collectively there is hardly any limit to how far we are prepared to go to prevent serious harms to individuals... positive duties

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

to rescue are every bit as serious and weighty as negative duties not to harm. Unlike the latter, however, they must be divided into parts, allocated in shares, and (often) executed by appropriate specialists.”¹⁹

ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

כפי שצינתי לעיל, לפי פיינברג אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. עם זאת, כפי שצינתי לעיל, פיינברג טוען שבמקרים של מוות או נזק גופני אין טעם להטיל על האזרח חובת הצלה גורפת שכן חובת הצלה מעין זו תיצור בעיות קשות של תיאום – בעיות של חוסר יעילות וחוסר צדק.

לכן, ניתן לומר כי לפי פיינברג החובה לפעול בהקשר של מחדל נדרשת כדי לפתור את בעיית התיאום. באמצעות החובה לפעול, מקצה המחוקק את האחריות בין האזרחים בצורה הגיונית יותר וסבירה יותר, באופן שלא יצור בעיה של חוסר יעילות וחוסר צדק. לכן, למשל, הטיל המחוקק על האב או על האם ולא על אנשים אחרים, לשמור על ילדיהם מפני סכנות אפשריות, שכן הטלת חובה זו על האב ועל האם יעילה יותר. ולכן, הטיל המחוקק את החובה לכבות שריפה על כבאי המומחה לכך, ולא על כלל האזרחים. כפי שהסברתי לעיל, נכון יותר, שהמדינה תעזור לעניים דרך תשלומים המיסים של האזרחים ולא תטיל חובת הצלה כללית שלא תהיה יעילה ולא תהיה צודקת. במילים אחרות, אם ירשיעו אדם, למשל בהמתה במחדל גם כאשר לא הייתה קיימת חובה ספציפית לפעול, הרי שהייתה נוצרת בעיה של תיאום. הצורך באיתור החובה לפעול פותר בעיה זו.

יש לשים לב שזוהי עמדה שאינה מבססת את הצורך באיתור חובה ספציפית לפעול על הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות. לפי גישתו של פיינברג, אף אם אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, עדיין אין זה אומר כלל שמבחינה משפטית אין צורך לערוך את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל. לפי עמדה זו, אף רייצ'לס שטען כי אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות וכי קיימת חובה לערוך מאמצים רבים כדי למנוע מותו של אחר, יכול לסבור כי מבחינה משפטית נכון יותר לערוך הבחנה בין הרשעה בגין מעשה להרשעה בגין מחדל.

4. רציונל צמצום האשמים

א. הצגת הרציונל

פלטשר מעלה טיעון שני להבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט. טיעון זה מתבסס על כך שאף אם לא היה קיים הבדל סיבתי בין המתה לבין הנחה למות עדיין היה צורך בחובה לפעול, שכן קיימת בעיה משפטית המתייחסת לאפשרות

19 שם, בעמ' 169-171 (ההדגשות שלי).

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

לברור את האשם העיקרי מתוך כלל האשמים הפוטנציאליים. כלומר, כאשר מדובר במקרה שבו ראובן ביצע תנועה גופנית וירה בשמעון ושמעון מת נוכל לטעון כי ראובן הוא האשם העיקרי במות שמעון שכן הקשר הסיבתי שלו לתוצאה היה קרוב יותר מהקשר הסיבתי של יתר האנשים אשר נכחו בסיטואציה. לעומת זאת, כאשר מדובר במקרה של הנחה למות, בדרך כלל אין אפשרות לברור את האשם העיקרי מתוך כלל האנשים. למשל במקרה שבו שמעון טבע ו-100 אנשים היו מודעים לכך ולא עשו דבר; כיצד נוכל לברור את האשם העיקרי מתוך 100 אנשים אלו? לולא הדוקטרינה של החובה לפעול במחדל, הרי שהיינו חייבים לעשות שימוש בסייגים של המשפט הפלילי דוגמת הצורך או הכרח על מנת לברור את האשמים העיקריים מתוך כלל אנשים אלו. אך עשיית שימוש בסייגים אלה היא בעייתית מאוד במקרים רבים. בדרך כלל אנשים אלו לא פעלו – לא מתוך צורך ולא מתוך כורח ולא חל עליהם כל סייג אחר, ואם כך הם פני הדברים הרי שהדרך היעילה היחידה לברור את האשמים העיקריים היא באמצעות הדוקטרינה של החובה לפעול.

“when many people have stood by and let someone die, either we have too many candidates for liability or we have none at all... in cases of killing or of creation risks of death, we have a subtle set of techniques for distinguishing between culpable and non culpable homicide...in contrast, the group of people who tolerate a risk of death cannot be charged with a particular degree of contribution in the death that occurs...”²⁰

ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

על פי רציונל זה היות שאיננו מעוניינים שכל באי עולם יורשעו במקרה שלא עשו דבר בכדי להציל את הקרבן, הרי שיש לנו צורך בדוקטרינת החובה לפעול. דוקטרינה זו, מאפשרת לנו לברור את האשם העיקרי מתוך כלל האשמים הפוטנציאליים, כשם שתנועה גופנית מאפשרת לנו לברור את האדם בעל הקשר הסיבתי הקרוב ביותר לתוצאה. החובה לפעול קובעת על מי מוטלת האחריות להציל אדם זה או אחר, ובדרך זו, מחלצת את האשם העיקרי מתוך כלל האנשים. גם ווילאמס, בהקשר מעט שונה, מציין את הרציונל של צמצום האשמים, כרציונל מרכזי המסביר מדוע לא מוטלת חובה כללית למנוע נזק.

“Fifthly, and perhaps most important of all, the law enforcement agencies (including the courts) have their work cut out to deal with people who

20 ראו: פלטר, לעיל הערה 3, שם (ההדגשות שלי). לרעיון דומה ראו: רון שפירא “מבנה היסוד העובדתי של העבירה” מגמות תשס”א 113, 145.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

offend by active conduct. The prisons, it is scarcely necessary to recall, are packed with them. To extend the campaign by attempting to punish all (or large groups of) those who contribute to the evil result by failing to co-operate in the great endeavour of producing a happier world would exceed the bounds of possibility.”²¹

אמנם וויליאמס מתייחס בעיקר לחוק “השומרונים הטוב”, אולם מהדברים שהובאו לעיל, ניתן לומר, כי הצורך באיתור חובה לפעול במחדל, נובע, בין היתר, מהצורך בצמצום האשמים.

5. רציונל החירות

א. הצגת הרציונל

הדרך האחרונה להסביר את ההבדל שבין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה נשענת על חירות הפעולה של האזרח. כפי שציינתי בפרק ב' לעיל, האיסור על מעשה שגורם לנזק אינו פוגע באופן משמעותי בחירות הפעולה של הפועל. כל שנדרש מן הפועל לעשות הוא להימנע מפעולה כלשהי, אך הימנעות מפעולה אחת אינה פוגעת באופן משמעותי בחירותו, שכן בדרך כלל נותרת בידיו האפשרות להמשיך לעסוק ביתר ענייניו הרגילים. לעומת זאת, איסור על מחדל שגורם לנזק, כן פוגע באופן משמעותי בחירותו של האזרח, שכן איסור זה היה גורם לכך, שבכל רגע נתון אדם היה חייב להפסיק את עיסוקיו כדי למנוע נזק של אדם אחר. בפרק ב' לעיל, הצגתי רציונל זה במסגרת הרציונלים המוסריים המבחינים בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה. על פי תאוריה זו, חירות הפועל והיכולת לכתוב את תולדות חייו בעצמו הם בעלי ערך מוסרי בפני עצמו, ולפיכך, כדי לא לפגוע בחירות זו, יש לערוך מבחינה מוסרית את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל. הצגתי זאת, בין היתר, כעמדתם של טרמל וקוגלר.²²

עם זאת, כפי שמציין קוגלר במאמרו, אין הכרח לראות את רציונל החירות כרציונל מוסרי. אף אם נאמר כי חירות הפעולה של הפועל אינה ערך מוסרי בפני עצמו, עדיין ניתן לומר, כי מבחינה משפטית קיים הצורך לערוך הבחנה בין מעשה לבין מחדל. לשון אחר, אף אם אין הבחנה מוסרית בין מעשה שגורם לנזק לבין מחדל שגורם לנזק, עדיין, אין זה ראוי

21 ראו: Glanville Williams, *Criminal Omissions-The Conventional View*, 107 L.Q.R. 86, (1991) 88-89. עמדה דומה מעלה גם פלר. ראו: ש' ז' פלר יסודות בדיני העונשין כרך א 399 (1984).

22 ראו, בין היתר: Richard Trammell, *Saving Life and Taking Life*, in *KILLING AND LETTING*: DIE 290 (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross ed., 1994) וכך: קוגלר, לעיל הערה 4, בעמ' 211.

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי מבחינה משפטית שהדין הפלילי יכפה חובה לפעול תמיד למען הכלל, אלא ראוי שהוא ישאיר לפרט מידה משמעותית של חירות לנהל את חייו הרגילים.²³

ב. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

נוכח רציונל החירות, דרישת החובה לפעול בהקשר של מחדלים, נובעת מכך שלולא התקיימותה, היה המשפט הפלילי פוגע בצורה בלתי נסבלת בחירות של האזרחים לחיות את חייהם הרגילים, ולקדם את תכניות חייהם לפי בחירתם והבנתם.²⁴ דרישת החובה לפעול מצמצמת אפוא את מספר המקרים שבהם יאלץ האזרח לפעול וכתוצאה מכך היא מצמצמת את הפגיעה בחירות.

ג. השלכות סיווג רציונל החירות כרציונל משפטי ולא מוסרי

לכאורה, ניתן לשאול, למאי נפקא מינה אם טיעון החירות מתפרש כרציונל מוסרי או כרציונל משפטי, עדיין מדובר בטיעון אחד הקובע כי איסור על מחדל פוגע בחירות הפועל יותר מאשר איסור על מעשה?

לדעתי, ובהתייחס לדברים שכתבתי בפרק ב' לעיל, קיימת חשיבות לסיווג רציונל חירות הפעולה, כרציונל מוסרי או כרציונל משפטי.

בהתייחסי לעיל לרציונל החירות העליתי את השאלה הבאה: אם רציונל החירות היה נכון, אזי, לו היינו מצמצמים את מספר המקרים שבהם יאלץ האזרח לפעול (גם כאשר מדובר בשני אנשים הזרים זה לזה), לכאורה לא אמור היה להיות הבדל בין איסור על מעשה לבין איסור על מחדל שכן הפגיעה בחירות היא מועטה בשני המקרים. אולם, נראה, כי עמדה זו שאינה מבחינה בין שני המקרים (כאשר מדובר בשני אנשים הזרים זה לזה) גם כאשר אין הבדל בפגיעה בחירות, היא קשה מבחינה מוסרית ואם כן לכאורה טיעון החירות לא נכון.

ציינתי לעיל, כי אם רציונל החירות מתפרש כרציונל מוסרי, ניתן לענות על שאלה זו, כך שאף אם נצמצם את מספר המקרים שבהם האזרח יחויב להציל, עדיין יהא קיים הבדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות. ציינתי כי לפי טרמל, עצם העובדה שאיסור המתה אינו מוגבל למקרים מסוימים ואילו איסור על הנחה למות מצומצם למספר מקרים קטן שבהם יחויב האדם להציל, מוכיחה כי קיים הבדל מוסרי בין המתה לבין הנחה למות, אף במקרים מוגבלים אלו. כלומר, אף אם נאמר שהאדם יחויב להציל רק במקרים המצומצמים הקבועים בחוק "לא תעמוד על דם רעך", עדיין קיים הבדל מוסרי משמעותי בין מקרה שבו האדם המית לבין מקרה שבו הוא רק לא הציל (במסגרת המקרים הכלולים בחוק), שכן העובדה

23 ראו: שם, בעמ' 214, הערה 28.

24 שם, בעמ' 212-215.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

שהיה צריך לצמצם את מספר המקרים שבהם נחייב את האדם להציל הופכת את החיוב להציל לפחות חמור מבחינה מוסרית.

אולם, אם רציונל החירות מתפרש כרציונל משפטי ולא מוסרי, במובן זה שמבחינה מוסרית לא קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות, וכל הצורך בהבחנה נשען על הצורך המשפטי להשאיר לפרט את החירות לנהל את חייו הרגילים, אזי לכאורה, אם נצמצם את מספר המקרים שבהם יחויב האדם להציל, לא תהא הבחנה בין המתה לבין הנחה למות מבחינה משפטית. כלומר, אם רציונל החירות מתפרש כרציונל משפטי ולא מוסרי, התשובה שהצגתי בשם טרמל לא תהא רלוונטית, שכן כאמור מבחינה מוסרית אכן לא קיים כל הבדל בין שני המקרים, וכל הצורך בצמצום המקרים נוצר מן הצורך המשפטי לאפשר לאזרח לנהל את חייו. במצב זה אם אכן צמצמנו את מספר המקרים שבהם הוא יחויב להציל, כי אז לפי תאוריית החירות לא תהא הבחנה בין המתה לבין הנחה למות מבחינה משפטית וניתן יהיה להרשיע אדם בהריגה אם הוא עבר על חוק "לא תעמוד על דם רעך" ואדם אחר מת. אולם, כפי שציינתי, עמדה זו קשה. לדעתי עדיין קיים הבדל בין מקרה שבו ראובן הטביע את שמעון לבין ראובן לא הציל את שמעון. מבחינה אינטואיטיבית, המקרה שבו ראובן לא הציל את שמעון מטביעה, קל באופן משמעותי מן המקרה שבו ראובן הטביע את שמעון, ואת הבדל זה כאמור, תאוריית החירות אינה יכולה להסביר.

6. ביקורת

הביקורת שאעלה כלפי עמדות אלו (ובעיקר כלפי רציונל התיאום, רציונל צמצום האשמים ורציונל החירות) נחלקת לשניים: ראשית, אם התומכים ברציונלים אלה, אכן מחזיקים בעמדה כי אין הבחנה מוסרית בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט, אזי הן חשופות לביקורת שהעליתי כלפי התאוריות הסקפטיות במסגרת פרק א' לעיל. ובנוסף, קשה להניח כי כל ההבחנה בין מעשה לבין מחדל המתייחסת לכל סוגי העבירות, לרבות עבירות אשר האינטרס המוגן העומד בבסיסן הוא כבד משקל ביותר, נשענת רק על הבחנה פרגמטית-משפטית (זו הייתה הביקורת שהעליתי בשם הונורה' כלפי תאוריית החירות – ראו פרק ב' לעיל).

שנית, לכאורה, לפי כל העמדות הללו ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט מבחינה דסקרפטיבית, נשענת על עקרון התנועה הגופנית. לדוגמה, לפי הרציונל של פיינברג, הצורך בחובה לפעול נובע מבעיית התיאום, שכן אם נדרוש מאנשים להציל בכל מקרה שבו הם יכולים לעשות כן, אזי ייגרם בזבוז אדיר של משאבים. כל בעיית התיאום נגרמת כאשר מדובר במצב שבו אדם נמצא בסכנה, וכל האנשים נדרשים להצילו. אולם, אם מדובר בפעולות הצלה שבו אדם ספציפי נדרש שלא להזיז את גופו כי אז לא היה נגרם בזבוז של משאבים כלל, שכן מדובר באדם ספציפי ובסיטואציה ספציפית. למשל, אם אדם עומד למות מקור ומעוניין להיכנס לביתו של ראובן, אזי אם ראובן היה

פרק ג: הרציונלים המשפטיים המבחינים בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי

נדרש מכוח החוק שלא לנעול את ביתו לא היה נגרם כל בזבוז של משאבים, שכן מדובר בסיטואציה ספציפית המתייחסת לראובן. אולם, לדעתי, בסיטואציה כזו, לא יהא זה נכון להרשיעו בהריגה או ברצח, שכן אין זה שונה מאי-הצלה כלל. בעיה זו קיימת אף בנוגע לרציונל צמצום האשמים של פלטשר וכן לגבי רציונל החירות.²⁵ מבחינת רציונל צמצום האשמים, בסיס הבעיה היה כי לא ניתן לברור את האשם העיקרי שכן כל באי עולם יכלו להציל את הקרבן. אולם, במקרה הכרוך בתנועה גופנית, כן ניתן לברור את האשם. ברם, כפי שהראיתי בפרק ב' (כביקורת על רציונל החירות), קיימים מקרים רבים הכרוכים בתנועה גופנית, אך אין הם שונים מבחינה מהותית מהיעדר הצלה מלכתחילה. לכן, לפי דעתי הרציונלים הללו בעייתיים, במיוחד כאשר מדובר בהבחנה גורפת המתייחסת לכל סוגי העבירות. ביקורת זו רלוונטית גם לגבי רציונל החירות, ביקורת שהעליתי בפרק ב' לעיל.

25 נקודה בעייתית נוספת שעולה מן העמדות הללו היא, כי לפי כל העמדות הללו, כאשר נצמצם את מספר המקרים אשר לפיהם נחייב את האדם להציל, אזי ניתן יהיה להרשיע בהריגה. למשל, לפי עמדה זו אם ראובן ראה את שמעון טובע בים ולא הציל אותו הגם שיכול היה בקלות לעשות כן, ניתן יהיה להרשיעו בהריגה או ברצח (תלוי ביסוד הנפשי), אך לדעתי זה סותר את האינטואיציה הבסיסית בנוגע למקרים הללו. ראו לעניין זה: יצחק קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות – גרימה בגין התנהגות מחדלית?" מחקרי משפט כ 379, 383 (2004).

פרק ד

תאורית הפגיעה באוטונומית הפרט

1. מבוא

השאלה היא כאמור, מהו הרציונל המבחין בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות? מדוע במקרה של הנחה למות יש צורך באיתור חובה ספציפית לפעול כדי להרשיע נאשם?

עד עתה ראינו מספר דרכים להבחנה בין שני האיסורים הללו:

האפשרות הראשונה התמקדה בטענה כי הקשר הסיבתי במקרה של המתה ישיר יותר מהקשר הסיבתי במקרה של הנחה למות (וכפי שציינתי יש הטוענים כי במקרה של הנחה למות לא קיים קשר סיבתי כלל).

האפשרות השנייה התמקדה בכך שהחירות של הפועל נפגעת יותר במקרה של איסור על הנחה למות מאשר באיסור על המתה.

האפשרות השלישית התמקדה בכך שהפגיעה בקרבן היא שונה, בין היתר מכיוון שבמקרה של המתה הפגיעה בקרבן חמורה יותר שכן היא הופכת את מצבו של הקרבן לרע יותר ואילו במקרה של הנחה למות מצבו של הקרבן אינו משתנה.

בפרק זה אטען, כי בניגוד לגישות הללו, יש ללכת בכיוון שונה, הן מבחינת הרציונל המבחין בין המתה להנחה למות, הן מבחינה מתודולוגית.

מבחינת הרציונל אטען כי המפתח להבחנה מצוי בהבנה על אלו אינטרסים שני האיסורים – האיסור על המתה במעשה והאיסור על הנחה למות – מבקשים להגן. נראה, כי נקודת המוצא של כל התאוריות הקודמות הייתה כי שני האיסורים מבקשים להגן על אינטרסים או ערכים זהים ועל כן יש למצוא את ההבחנה במעשה עצמו, ברמת הפגיעה בקרבן, או שמא ברמת היכולת למלא אחר האיסור. אני לעומת זאת סבור, כי האינטרסים העומדים בבסיס האיסורים הללו שונים; האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על המתה רחבים יותר ומשמעותיים יותר מהאינטרסים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות. האיסור על המתה מכונן את האוטונומיה האישית שלנו, כיחידים וכחברה, באשר הוא מאפשר לנו לחיות חיים עם ביטחון ללא פחד. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות אינו מכונן את האוטונומיה האישית שלנו, אלא רק (במקרים מסוימים) מרחיב אותה.

מבחינה מתודולוגית אטען, כי יש להוכיח את ההבחנה בדרך שונה מהדרכים שבהם הלכו כותבים רבים בנושא זה. רבים ניסו להוכיח את קיומה או אי-קיומה של הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, באמצעות הצגת שני מקרים, האחד של המתה והשני

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

של הנחה למות, תוך שהם מראים כי קיים או שלא קיים שוני מוסרי בין המקרים. אופן ההסתכלות שלי הוא כאמור שונה. איני בוחן שני מקרים פרטיים של המתה ושל הנחה למות ומחליץ מתוך כך מדוע האיסור על המתה חמור יותר. נהפוך הוא. אני מנסה לבחון מה עומד בבסיס האיסור על המתה ובסיס האיסור על הנחה למות, ודרך זו אני בוחן מדוע האיסור על המתה חמור יותר. במילים אחרות אני טוען, כי את חומרת האיסור אין לגזור ממקרה פרטי. יש לגזור אותו מתוך האינטרסים או הערכים העומדים בבסיס האיסור על המעשה. ואת האינטרסים יש לגזור מתוך כלל מוסרי האוסר על המעשה והמוחל על כלל החברה.

במסגרת הטיעון שאני מציע כאמור, אפרט באופן רחב יותר כי החשיבה על חומרת האיסור דרך האינטרסים העומדים בבסיסו במסגרת הכלל המוחל על החברה, עולה בקנה אחד הן עם אופן ההסתכלות של התאוריה המוסרית של תועלתנות כלל, הן עם אופן ההסתכלות של תאוריית המוסר המבוססת על אמנה חברתית – הובסיאנית ורולסיאנית. לאחר הצגת הטיעון בהקשרו הרחב, אראה כיצד משיבה התאוריה שאציע על הביקורות שהפניתי כלפי התאוריות הקודמות, ובעיקר כלפי תאוריית החירות, תאוריית הסיבתיות ותאוריית הפגיעה בקרבן.

בנוסף אדגיש, כי על אף השינויים הקיימים בין תאוריית הפגיעה באוטונומיה שאני מציע לבין כלל התאוריות האחרות, קיימים גם קווי דמיון בין תאוריה זו לחלק מן התאוריות האחרות שהצגתי. במסגרת זו אציין את קווי הדמיון הקיימים בין תאוריית הפגיעה באוטונומיה לבין תאוריית החירות שהוצגה לעיל בשם טרמל וקוגלר, תאוריית הפגיעה בקרבן שהוצגה בשם קס, וכן תאוריית בעיית התיאום שהוצגה בשם פיינברג.

2. הצגת הטיעון

כפי שצינתי לעיל, נראה, כי נקודת המוצא של כל התאוריות הקודמות הייתה כי שני האיסורים מבקשים להגן על אינטרסים או ערכים זהים ועל כן יש למצוא את ההבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות, באופן המעשה עצמו, ברמת הפגיעה בקרבן, או שמא ביכולת למלא אחר האיסור.

לעומת הגישות הללו, אני סבור כי שני האיסורים – האיסור על המתה במעשה והאיסור על הנחה למות – מטרתם להגן על אינטרסים או ערכים שונים. האיסור על המתה במעשה מבקש להגן על אינטרסים בסיסיים ורחבים יותר הקשורים לאדם בפרט ולחברה האנושית בכלל ואילו האיסור על הנחה למות מבקש להגן על אינטרסים צרים הרבה יותר.

כדי להבין מה עומד בבסיס כל איסור יש לשאול שתי שאלות שונות:

(1) השאלה הראשונה היא, מה היה קורה בעולם לו לא היה קיים איסור על המתה במעשה?

(2) השאלה השנייה היא, מה היה קורה בעולם לו היה קיים איסור על המתה במעשה, אך לא היה קיים איסור על הנחה למות?

שתי השאלות הללו יבהירו לנו מה הייתה תמונת המצב לולא היה קיים האיסור הרלוונטי. או במילים אחרות, על מה בדיוק מגן כל אחד מן האיסורים הללו. לגבי השאלה הראשונה נראה כי בלא איסור על המתה במעשה קיים חשש שניפול לחיים של מגננה ופחד מפני פגיעות שונות שעלולות לגרום למוות. במצב זה אף אם אנשים היו מצליחים לשמור על חייהם ולא היו מתים, עדיין קיים חשש שהם היו חיים בפחד ובאיום מתמיד מפני המוות. פחד זה היה גורר לפגיעה משמעותית באוטונומיה של האדם שכן במצב זה יקשה על האדם לממש את שאיפותיו ולתכנן את חייו באופן סביר. בהקשר זה ראוי להביא את דבריו של הובס המתייחס למצב הטבעי:

”במצב זה של אי בטחון הדדי, אין לו לאדם דרך נבונה יותר להבטיח את עצמו, מאשר אם יקדם את הרעה, זאת אומרת, בחוזק יד או בתחבולות ערמה ישתלט על כל מי שיוכל ועד שלא יראה עוד כוח אחר שיהא בו כדי לסכן את קיומו: ואין זה יותר ממה שדורשת שמירת קיומו, ובדרך כלל מוסכם הדבר. וכן, מאחר שמצויים בני אדם שלבם שש לקראת גילוי כוחם במעשי כיבוש, והם מרחיבים את כיבושיהם מעבר למה שדורש בטחונם, הרי גם אחרים (שאלמלא כן היו מסתפקים בחיי נחת בתוך גבולות צנועים), אילו לא היו מגדילים את כוחם על ידי מעשי פלישה, לא היו לאורך ימים מחזיקים מעמד תוך התגוננות בלבד...”

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 לביטחונם במצב כזה אין מקום לחריצות כפיים, משום שפרותיה אינם בטוחים. על כן אין עבודת אדמה; אין שיט וגם לא שימוש במצרכים שאפשר להביא בדרך הים: אין בניינים נוחים: אין כלים להעתיק ולהוביל דברים שמצריכים כוח רב: אין ידיעה על פני הארץ; אין ספירה של הזמנים; אין אמנויות; אין ספרות; 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”¹.

1 ראו: תומס הובס לויטן: או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית 114-116 (יוסף אור תרגם, תשכ”ב). כפי שציינתי במבוא הכללי לספר זה, חשוב להדגיש כי תאוריה זו אינה מחייבת את ההנחה כי כולם היו מנסים להמית את כולם. אף אם רק חלק מן האנשים היו מנסים להמית אנשים אחרים, עדיין האדם היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו. בנוסף, אף אם איננו יודעים באם אנשים היו מנסים להמית את כולם, עצם החשש והפחד מפני מעשים אלו (מתוך ידיעה שלא קיים איסור על המתה), היה מכרסם באוטונומיה של האנשים באופן משמעותי.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

כלומר, לפי הובס במצב שבו לכל אדם מותר להרוג כל אדם הרי שחיי האדם אינם חיים. אין אנושיות, אין תרבות, אין יצירה והחמור מכל, כל העת נמצא האדם בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו.

חשוב להדגיש כי הבעיה שהייתה מתרחשת במידה שלא היה קיים איסור על המתה, לא הייתה מסתכמת רק בכך שאנשים היו נלחמים האחד בשני כל הזמן. הבעיה העיקרית היא, שאף אם אנשים לא היו מתים הרי שמחמת הפחד אוטונומית האדם הייתה נפגעת באופן משמעותי וכתוצאה מכך התפתחות התרבות הכללית הייתה נפגעת.

קבא בספרו על הובס מציין עובדה זו כאשר הוא דן בשאלה מה הטריד את הובס יותר מכל במצב הטבעי בנוגע למוות:

“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.”²

יודגש מיד, כי אף אם לא נגיע למצב הטבעי הקיצוני אותו תיאר הובס של מלחמת הכל בכל, עדיין קיים חשש שללא האיסור על המתה חלק מן האנשים ינסו לתקוף, לפגוע או להמית אנשים אחרים (בשל שנאה, טובות הנאה, הישרדות ועוד) ועובדה זו תגרום, לפחות לכאורה, לחשש משמעותי מפני תקיפות אלה. ויתירה מזאת, אף אם אנשים לא ינסו לתקוף האחד את השני, לא מן הנמנע כי אנשים יחששו מפני תקיפות פוטנציאליות אלה. כך מתאר רוברט נוזיק את מצב החברה בהיעדר חוקים כנגד 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

2 ראו: GREGORY S. KAVKA, HOBBSIAN MORAL AND POLITICAL THEORY 81-82 (1999) (ההדגשות שלי). לעניין החשש והפחד שהיה נגרם כתוצאה מהיעדר עיגון של חוקים נגד המתה, תקיפה, אונס וכדומה ראו גם: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 66 (1974).

such general apprehension and fear, these acts are prohibited and made punishable.”³

לעומת זאת, אם היה קיים איסור על המתה במעשה (ובהנחה שאיסור זה היה נאכף), אך לא היה קיים איסור על הנחה למות, הרי שיתכן שלא היה מדובר בקיום אנושי אופטימלי אך לבטח, לא היינו מגיעים למצב הטבעי של הובס – של מלחמת הכול בכול. במצב זה עדיין הייתה תרבות אנושית, והאדם לא היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו ואף לא למצב פחות חמור. אמנם הוא היה צריך לחשוש מפני מצבים מסוכנים, אך עובדה זו בדרך כלל תלויה בו עצמו. במצב כזה הקיום האנושי הוא סביר והאדם לא היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו.⁴

מהאמור לעיל עולה כי האיסור על המתה במעשה מבקש להגן על אינטרסים או ערכים הרבה יותר בסיסיים ליכולתו של האדם וליכולתה של החברה לנהל חיים סבירים, מאשר האיסור על הנחה למות. מטרתו של האיסור על המתה היא מתן אפשרות לאדם לחיות חיים ראויים עם אוטונומיה אישית, חיים ברי משמעות עבורו ולא חיים של פחד מתמיד עם פגיעה ממשית ביכולת האדם לנהל חיים סבירים. במובן זה, האיסור על המתה מכונן במידה רבה את האוטונומיה של האדם והחברה לחיות חיים ברי משמעות ללא פחד. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות אינו מכונן ערכים אלו. ייתכן שאיסור על הנחה למות מרחיב, במידה מסוימת את האוטונומיה של הפרט בכך שאדם יודע שיצילו אותו במקרים שהוא זקוק לכך, אך הוא אינו מכונן אותה.⁵

לפי עמדה זו, ברור מדוע הענישה בגין עבירת הרצח חמורה יותר מהענישה בגין עבירה על חוק “לא תעמוד על דם רעך”, גם כאשר מדובר ביסוד נפשי זהה. כאשר אדם רוצח, הוא פוגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה האישית שלנו, המאפשרת לנו, כחברה וכיחידים, לחיות חיים ברי משמעות. לעומת זאת, כאשר אזרח לא מציל אדם אחר, הוא אינו פוגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה האישית שלנו, שכן אף אם לא היה קיים איסור זה, עדיין הייתה לנו אוטונומיה ועדיין היינו יכולים לנהל את חיינו באופן סביר.⁶

3 Nozick, שם.

4 ברור שקיימים מקומות נחשלים שבהם הקיום מעצם טבעו הוא מסוכן בשל חשש ממחלות או מרעב, אך עדיין אני סבור כי גם במקומות אלו קיים חשש גדול יותר מפני המתה מאשר הנחה למות. יתרה מזו, ייתכן בהחלט שבמקומות אלו, האיסור על הנחה למות צריך להיות חמור יותר שכן במקומות אלו איסור זה גם כן שומר על שרידותה של החברה.

5 בהקשר זה יש להדגיש כי האיסור על הנחה למות אמנם מרחיב מצד אחד את האוטונומיה של הפרט והחברה במובן זה שאדם יודע שיצילו אותו, אך מצד שני הוא מצמצם את האוטונומיה של הפרט שכן בכל רגע נתון אדם צריך לבצע פעולת הצלה.

6 אני סבור כי התבוננות בחיינו אנו מצביעה על הבדל זה בצורה משמעותית. כאשר מתרחש רצח באחד מן המקומות בארץ הרי שהוא גורם לחשש ולפחד אצל כלל האוכלוסייה שחשה מאוימת. רצח באילת משפיע על האדם בעפולה שכן הוא חש מאוים על ידי כך שאף לו זה יכול לקרות. וככל שמתגברות הרציחות ומתגברת האלימות כך תחושת הפחד שלנו גוברת. אנו

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

בנקודה זו ראוי להדגיש, כי כפי שכתבתי במבוא לספר זה ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות היא רק דוגמה ספציפית (אף שהיא המשמעותית ביותר) להבחנה כללית יותר בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות (doing harm and allowing harm). אולם, רציונל הפגיעה באוטונומיה רלוונטי גם לנזקים שאינם קשורים כלל להמתה. כך למשל, איסור גרימת חבלה במעשה חמור מאיסור גרימת חבלה במחדל (אף אם נניח כי מתקיים קשר סיבתי במחדל) שכן איסור חבלה במעשה מגן על האוטונומיה של האדם באופן משמעותי יותר מאיסור חבלה במחדל. באופן דומה, אך בהקשר לרכושו של האדם ולא לגופו, גרימת נזק לרכוש במעשה פוגעת באוטונומיה של הפרט והחברה באופן משמעותי יותר מגרימת נזק במחדל.

יש להדגיש כי הרציונל שאני מציע להבחין בין המתה לבין הנחה למות שונה לחלוטין מהרציונלים שהוזכרו לעיל. רציונל זה אינו קשור להבדל הסיבתי, שכן אני יוצא מנקודת הנחה שהן במעשה, הן במחדל מתקיים קשר סיבתי. כמו כן, רציונל זה שונה מן הרציונל שקבע כי הפגיעה בקרבן היא שונה בכך שבהמתה מצב הקרבן הופך להיות רע יותר ואילו, בהנחה למות הוא אינו הופך להיות טוב יותר. לפי הרציונל שהעליתי, הן במקרה של המתה, הן במקרה של הנחה למות, המצב של הקרבן הופך להיות רע יותר. רציונל הפגיעה באוטונומיה שונה גם מהרציונל של קם שקבע כי המתה חמורה מהנחה למות שכן בהמתה הקרבן מאבד חיים שיכלו להמשיך להיות לו ללא קשר לפועל ואילו בהנחה למות הקרבן מאבד רק חיים שיכלו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. לפי תאוריית הפגיעה באוטונומיה, הבדל זה, ככל שהוא קיים בין שני המקרים, אינו בעל ערך מוסרי משמעותי. לפי רציונל הפגיעה באוטונומיה, מוקד ההבחנה אינו בשאלה האם הקרבן איבד חיים להם הוא זכאי אם לאו. מוקד ההבחנה הוא בכך שאיסור המתה מכונן את האוטונומיה בכך שהוא מאפשר לאדם ולחברה לחיות חיים ללא פחד ואילו איסור על הנחה למות אינו מכונן את האוטונומיה אלא לכל היותר מרחיב את האוטונומיה ומחזק את הסולידריות החברתית. כמו כן, רציונל זה שונה מרציונל חירות הפעולה של הפועל. לפי תאוריית החירות, ההבדל בין שני האיסורים נובע מרמת הקושי בקיום האיסור, ולא באינטרסים השונים העומדים בבסיס שני האיסורים. לכן, לפי רציונל החירות, אם לא היה הבדל ברמת קושי זו הרי, שלכאורה, לא היה הבדל בין שני המעשים. לעומת זאת, על פי הרציונל שאני מציע גם אם לא היה הבדל ברמת הקושי בקיום אחר האיסור הרי שהיה הבדל משמעותי בין שני המקרים, שכן שני האיסורים מגנים על אינטרסים שונים.

על אף האמור לעיל, ניתן, לכאורה, להעלות את השאלה הבאה: אמנם איסור על המתה שומר על אינטרסים חשובים ובסיסיים יותר מהאינטרסים עליהם מבקש להגן האיסור על הנחה למות, אך עדיין אין זה אומר שכל מעשה המתה חמור מהתנהגות של הנחה למות,

חשים מאוימים יותר ומפחדים יותר, שכן אנו חוששים לפלישה דומה למרחב המוגן שלנו, עובדה שבסופו של דבר תביא לקיפאון בעשייה כלשהי (אם אכן כל אדם יוכל להרוג כל אדם).

שכן ניתן לומר שלא כל המתה פוגעת באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה. ראשית, ייתכן שמספר הריגות מועט לא פוגע בתחושת הביטחון שלנו ולא פוגע באוטונומייה שלנו כחברה, ושנית ייתכנו הריגות שאף אדם לא שמע על אודותם ואף הריגות אלה אינן פוגעות באינטרסים עליהם האיסור מבקש להגן. אם כך הם פני הדברים, הרי שלא קיים הבדל משמעותי בין המתה לבין הנחה למות, שכן לא כל המתה פוגעת באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה.

על שאלה זו ניתן לענות בשני אופנים: ראשית, אף אם לא כל מעשה המתה חמור מבחינה מוסרית מהתנהגות של הנחה למות הרי שהמשפט לא יכול לעשות הבחנה בין מעשה הריגה אחד לבין מעשה הריגה אחר, שכן הוא כפוף לכללים מסוימים שהתקבלו ופועל על פיהם.

שנית, ניתן לומר שמבחינה מוסרית, אף אם מעשה הריגה מסוים אינו פוגע באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה עדיין הוא יהיה חמור יותר מהנחה למות, שכן לדעתי, חומרת המעשה נמדדת ביחס לחומרת האיסור וחומרת האיסור עצמו נמדדת ביחס למשמעות האינטרסים עליהם מגן האיסור. בהקשר זה, וכפי שציינתי לעיל, אני סבור כי הן תאוריה מוסרית של תועלתנות כלל, הן תאוריה מוסרית של אמנה חברתית יגיעו לתוצאה זו.

3. תועלתנות כלל

האפשרות הראשונה היא להסתמך על תאוריית מוסר תועלתנית. לתאוריה זו יש שתי אסכולות עיקריות. תועלתנות כלל ותועלתנות אקט.

תועלתנות אקט גורסת שמעשה הוא מוסרי אם הוא מביא לתוצאות הטובות ביותר בסיטואציה הרלוונטית ביחס לאלטרנטיבות הקיימות. ומעשה הוא אינו מוסרי אם הוא אינו מביא לתוצאות הטובות ביותר בסיטואציה הרלוונטית, ביחס לאלטרנטיבות הקיימות.⁷ לעומת תועלתנות אקט, תועלתנות כלל גורסת, כי מעשה הוא רע מבחינה מוסרית אם הוא לא עולה בקנה אחד עם מערכת כללים אשר אם כל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותה היא הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר.

לעומת זאת, מעשה הוא טוב מבחינה מוסרית אם הוא עולה בקנה אחד עם מערכת כללים אשר אם כל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותה היא הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר.⁸

7 ראו: ג'ון סטיוארט מיל *התועלתנות* 16 (יוסף אור תרגם, תשל"ב); J.J.C. SMART AND BERNARD WILLIAMS, *UTILITARIANISM: FOR AND AGAINST* 9 (1973); RICHARD B. BRANDT, *MORALITY, UTILITARIANISM, AND RIGHTS* 114 (1992).

8 ראו: BRAD HOOKER, *IDEAL CODE, REAL WORLD: A RULE-CONSEQUENTIALIST THEORY OF MORALITY* 32 (2000) (להלן – הוקר 2000); Brad Hooker, *Rule-Consequentialism*, 99 (2000); MIND 67 (1990) (להלן – הוקר 1990). כמו כן ראו: ברנדט, שם, בעמ' 115.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

יש לשים לב, כי תועלתנות כלל שונה מתועלתנות אקט בעיקר בכך שתועלתנות אקט מודדת את הערך המוסרי של מעשה בצורה ישירה, קרי, בהתאם לתוצאות של המעשה עצמו, ואילו תועלתנות כלל מודדת את הערך המוסרי של מעשה במידת התאמתו לכלל, אשר אם כל החברה הייתה מקבלת אותו, הוא היה מביא לתוצאות טובות מאשר כל כלל אחר.⁹

למשל, תועלתנות אקט גורסת כי אסור לגנוב מאדם שכן במקרה הרלוונטי הגניבה תביא לתוצאות רעות יותר מאשר אם לא היו גונבים מאדם זה. לעומת זאת, תועלתנות כלל תאמר שאסור לגנוב מאדם מכיוון שאקט הגניבה סותר את הכלל "לא לגנוב" שהוא הכלל המוסרי הנכון, שכן אם כולם היו מקבלים את הכלל "לא לגנוב" הרי שהתוצאות עבור החברה היו טובות יותר מאשר אם כולם לא היו מקבלים כלל זה.

אחת מן הסיבות לקבל את התאוריה של תועלתנות כלל ולא תועלתנות אקט נובעת מכך שבמקרים רבים תועלתנות אקט סותרת את האינטואיציות המוסריות שלנו. אציין שתי דוגמאות לכך:

(1) תועלתנות אקט גורסת, לכאורה, שבמקרים מסוימים יהיה מותר להזיק לאדם או להרוג אותו אם המעשה יביא לתוצאות הטובות ביותר במסגרת האלטרנטיבות הקיימות.¹⁰ כמו כן, תועלתנות אקט תגרוס כי מותר להפר הבטחה או לשקר אם ההתנהגויות הללו יביאו לתוצאות טובות יותר במסגרת האלטרנטיבות הקיימות (זאת אף אם התועלת שתצמח מכך תהיה מעט יותר גדולה מאשר אם לא תופר ההבטחה או מאשר אם לא ייאמר דבר שקר). לעומת זאת, וכפי שציינתי לעיל, תועלתנות כלל גורסת שמוסריות של מעשה אינה נמדדת בתוצאות הישירות של המעשה עצמו, אלא במידת התאמתו לכלל שאם כולם (או רובם) יקבלו אותו הוא יביא לתוצאות הטובות ביותר. לכן, תועלתנות כלל יכולה לומר, כי אסור להרוג אדם חף מפשע אף אם המעשה הספציפי הזה יביא לתוצאות הטובות ביותר שכן מעשה זה סותר את הכלל שאוסר על מעשה הריגה.¹¹

"Rule consequentialism, however, does not make that problematic claim.

Rule consequentialism claims instead that individual acts of murder,

9 לכן, יש הקוראים לתועלתנות אקט – תועלתנות ישירה ואילו לתועלתנות כלל – תועלתנות עקיפה. ראו: הוקר 1990, שם.

10 ראו: Philippa Foot, *Morality, Action and Outcome*, in MORALITY AND OBJECTIVITY 23- (Ted Hondrich ed., 1985) 25 יש לציין כי פוט אינה תומכת בתועלתנות כלל. עם זאת, היא מעלה את הסתירה לאינטואיציות שלנו, בעיקר כנגד תועלתנות אקט.

11 תועלתנות כלל גם תאמר שכלל ספציפי שהיה קובע כי אסור להרוג למעט מקרה שבו הריגה תציל מספר אנשים גדול יותר לא היה כלל טוב, שכן אנשים היו מוטרדים מכך שיכולים להרוג אותם בסיטואציות מסוימות ועל כן הם היו פועלים בהתאם לכך. למשל, ייתכן שהם היו מקדימים תרופה למכה. לכן הכלל ההגיוני הוא "לא להרוג חף מפשע" גם אם זה יציל מספר אנשים גדול יותר.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומיית הפרט

torture, promise breaking, and so on, can be wrong even when those particular acts bring about better consequences than any alternative acts would have. For rule consequentialism makes the rightness and wrongness of particular acts, not a matter of the consequences of those individual acts, but rather a matter of conformity with that set of fairly general rules.”¹²

(2) כמו כן, יש שיצאו נגד תועלתנות אקט שכן היא דורשת מן האדם מעשים שאין הוא יכול לעמוד בהם ולבצע אותם. למשל, תועלתנות אקט, לכאורה תאמר כי אדם מחויב לתרום את כל כספו כדי להציל אנשים העלולים למות מרעב, שכן מעשה זה יביא לתוצאות הטובות ביותר. אך זוהי דרישה שסותרת את האינטואיציות המוסריות שלנו הנשענות על כך שחשוב שתינתן לאדם היכולת לממש את עצמו באמצעות כישוריו וכספו, וכמובן שאם הוא יאלץ לתרום את כל כספו הוא לא יוכל לעשות זאת.

הוקר¹³ טוען כי תועלתנות כלל יכולה להתמודד עם הטענה הזו. לפיו, במסגרת תועלתנות כלל, איננו מבודדים כל מקרה ספציפי ובוחרים מהי הפעולה שתביא לתוצאה הטובה ביותר. במצב זה אנו צריכים לבחון מה היה קורה אם כולם היו עוזרים לאנשים הזקוקים לעזרה. כמה אז היינו צריכים להוציא מכספנו ובהתאם לכך לפעול. במצב שבו כולם היו תורמים לאנשים הזקוקים לעזרה, הדרישה ככל הנראה הייתה הרבה פחות מחייבת.

מעבר לעובדה שהתוצאות המוסריות של תועלתנות כלל עולות בקנה אחד עם השיפוטיות המוסריות שלנו, יש המציינים כי תועלתנות כלל עדיפה על תועלתנות אקט בכך שהיא פועלת במסגרת של חוקים לעומת תועלתנות אקט הפועלת לפי חוק אחד (עשה את המעשה שמביא לתוצאות הטובות ביותר) שמיושם באופן שונה בהתאם לכל מקרה ומקרה. בכך תועלתנות כלל מתיישבת יפה עם התפיסה המוסרית שלנו הפועלת על פי חוקים נוקשים יותר שאינם משתנים ממקרה למקרה.¹⁴

לסיכום נקודה זו – תועלתנות כלל בניגוד לתועלתנות אקט אינה מסתפקת בכלל הבסיסי הקובע כי יש לבצע מעשים שיביאו לתוצאות הטובות ביותר, הא ותו לא. תועלתנות כלל מצריכה מערכת של כללים בסיסיים (ולא כלל לכל מקרה ומקרה שכן אז לא קיים הבדל בין תועלתנות כלל לתועלתנות אקט) שקבלתם על ידי כלל החברה (או רובה) תביא לתוצאות הטובות ביותר. מערכת החוקים שקבלתה תביא לתוצאות הטובות ביותר היא מערכת

12 ראו: הוקר 1990, לעיל הערה 8, בעמ' 69-70.

13 שם, בעמ' 72.

14 שם, בעמ' 70.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

החוקים האידיאלית ומוסריותו של כל מעשה ומעשה נמדדת במידת ההתאמה למערכת החוקים האידיאלית.¹⁵

אם נשוב לשאלה שנשאלה לעיל – ההנחה כי מעשה המתה פוגע באינטרסים עליהם מבקש האיסור להגן אינה בהכרח נכונה. ייתכן שלא כל מעשה המתה פוגע באינטרסים עליהם מבקש להגן האיסור על המתה ובמקרים אלו, לכאורה, לא קיים הבדל משמעותי מבחינה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות?

אני סבור שתאוריה של תועלתנות כלל פותרת בעיה זו. כפי שצינתי, תועלתנות כלל, אינה בוחנת מוסריותו של מעשה באופן ישיר לפי תוצאות המעשה הספציפי, אלא לפי מידת התאמתו למערכת כללים אידיאלית. מערכת הכללים האידיאלית היא מערכת כללים שקבלתה על ידי החברה הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר. אולם, אף בתוך מערכת כללים זו ישנה, לכאורה, היררכיה. ככל שהכלל שומר על אינטרסים בסיסיים יותר של החברה הרי שהוא כלל בעל משקל רב יותר והפרתו תגרור אשמה גדולה יותר. בהקשר שלנו, הרי שהאיסור על הריגה שומר על אינטרסים בסיסיים וחשובים יותר מאשר האיסור על הנחה למות ועל כן הוא כלל חשוב יותר ובעל משקל מבחינה מוסרית גבוה יותר מאשר האיסור על הנחה למות.

לאור זאת, כאשר אנו בוחנים התנהגות של המתה ושל הנחה למות אנו צריכים לבחון זאת לאור הכלל שקבלתו תביא לתוצאות הטובות ביותר ולא לפי התוצאות של מעשי ההמתה או ההנחה למות הספציפיים. לאור העובדה שהכלל האוסר על המתה חמור יותר מן הכלל האוסר על הנחה למות הרי שמעשה הריגה חמור יותר מהתנהגות של הנחה למות וזאת ללא קשר לתוצאות המעשה עצמו.

חשוב לציין, שיש הטוענים כי התאוריה של תועלתנות כלל אינה הגיונית מבחינה מוסרית. שכן, אם כל מה שחשוב מבחינה מוסרית אלו התוצאות, מדוע יש צורך בכללים שתפקידם להסדיר התנהגות חברתית. פעולה על פי כללים עלולה להוביל להתנהגות לא רציונלית. למשל, אם אנו נתקלים במקרה שבו פעולה מסוימת תביא לתוצאות הטובות

15 יש לציין, כי ישנם מספר ניסוחים לתועלתנות כלל. יש הסבורים כי מעשה הוא רע מבחינה מוסרית אם הוא נאסר על ידי מערכת כללים שקבלתם תביא מבחינה ריאלית – ממשית לתוצאות הטובות ביותר (זאת על אף העובדה שיתכן שאיננו יודעים בדיוק איזו מערכת כללים תביא באמת לתוצאות הטובות ביותר), ויש הסבורים שמעשה הוא רע מבחינה מוסרית אם הוא נאסר על ידי מערכת כללים שקבלתה תביא על פי צפייתנו לתוצאות הטובות ביותר (כלומר אנו בוחנים את המעשה בהתאם למערכת כללים שנראה לנו כעת שתביא לתוצאות הטובות ביותר). ראו: סמרט ווילאמס, לעיל הערה 7, בעמ' 93. נקודה שנייה השנויה במחלוקת נוגעת לשאלה האם תועלתנות כלל מודדת את הערך המוסרי של מעשה במידת התאמתו לכלל שכל החברה (או רובה) הייתה פועלת על פיו (compliance) או שמא תועלתנות כלל מודדת את הערך המוסרי של מעשה במידת התאמתו לכלל שכל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותו (acceptance), שכן קבלה ופעולה על פי כלל מסוים יש בה תועלת רבה יותר מאשר רק פעולה על פי כלל מסוים. ראו: הוקר 2000, לעיל הערה 8, בעמ' 75-80.

פרק ד: תאורית הפגיעה באוטונומית הפרט

ביותר אך היא סותרת כלל מסוים, הרי, שלכאורה, לא יהיה זה רציונלי לפעול בדרך שלא תביא לתוצאות הטובות ביותר רק בשל העובדה שזה סותר כלל מוסרי.¹⁶

מבחינה מוסרית, יש שתירצו כי אם אדם יפעל רק על פי כלל אחד הקובע כי יש לבצע את המעשה שיביא לתוצאות הטובות ביותר, כי אז בסופו של דבר, התוצאות לא תהיינה הטובות ביותר. ראשית, יכולות להיווצר טעויות רבות ביישום הכלל הזה, ושנית הפנמת המוטיבציה של כלל זה (עשה את המעשה שיובייל לתוצאות הטובות ביותר), תוביל להוצאות רבות, אשר בסופו של דבר תובלנה לתוצאות לא אופטימליות.¹⁷

הוקר טוען טענה שונה. על פיו, השאלה הנ"ל מבוססת על הנחה כי המטרה של תועלתנות כלל היא להוביל לתוצאה הטובה ביותר. אולם, טוען הוקר, מטרה זו אינה מונחת בבסיס התאוריה של תועלתנות כלל. הבסיס עליו נשענת התאוריה הוא הצלחתה לשקף נכונה את העמדות המוסריות שלנו, וכן העובדה כי המוטיבציה של הפועל במסגרת תאוריה זו, היא לבצע את המעשים שלא ממניעים זרים או אגואיסטים. ואכן, לפי תועלתנות כלל כאשר אדם פועל בהתאם לכלל אשר אם כולם יקיימו אותו הוא יוביל לתוצאות הטובות ביותר, אין הוא פועל ממניעים זרים או אגואיסטים, אלא הוא פועל באופן בלתי מוטה, וחסר פניות.¹⁸ לכן, אף אם אדם יפעל בסיטואציה מסוימת באופן שלא מוביל לתוצאות הטובות ביותר, אין זה מצביע על חוסר קוהרנטיות או חוסר רציונליות של תאורית תועלתנות כלל. יתרה מזו, אף אם יש ממש בביקורת זו הרי שהיא נכונה רק בהקשר המוסרי ולא בהקשר המשפטי. בהקשר המוסרי ניתן לומר שאם אכן מבחינה מוסרית העובדות החשובות הן התוצאות הרי שאין סיבה לפעול על פי כללים מסוימים, שלעתים עשיית פעולה בהתאם לכללים אלו, לא תוביל לתוצאות הטובות ביותר.

אולם, מבחינה משפטית, ברור שאין אפשרות לפעול על פי הכלל היחיד הקובע כי יש לעשות מעשים שיביאו לתוצאות הטובות ביותר. אזרח לא מסוגל לדעת מתי התוצאות הן טובות ומתי לא וכיוון שכך הרי שלא ניתן להענישו בהיעדר אזהרה מספקת. כדי למנוע מצב שבו אדם אינו יודע בדיוק מה נדרש ממנו ומתי ניתן להענישו הרי שאנו נדרשים לכללים מסוימים שקבלתם על ידי כלל החברה תביא לתוצאות הטובות ביותר. במצב זה אי-פעולה על פי כללים אלו יכולה לגרור אשמה וענישה. לכן, ניתן לומר כי אף שיתכן שמבחינה מוסרית תאוריה זו היא בעייתית (ויש לציין כי קיימים הוגים שמחזיקים בתאוריה זו גם בהקשר המוסרי), הרי שהיא יכולה להיות ישימה למשפט.

16 ראו: סמרט ווילאמס, לעיל הערה 7, בעמ' 10.

17 ראו: הוקר 2000, לעיל הערה 8, בעמ' 100.

18 ראו: שם, בעמ' 101-102.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

4. תאורית האמנה החברתית

האפשרות השנייה היא להשתית את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למוות על תאורית מוסר הנשענת על אמנה חברתית. תאוריה זו גורסת כי מעשה מוסרי הוא מעשה שאנשים – במסגרת חוזה היפותטי – היו מסכימים לו. לעומת זאת, מעשה לא מוסרי הוא מעשה שאנשים – במסגרת חוזה היפותטי – היו מתנגדים לו.¹⁹ את התאוריה של אמנה חברתית מוסרית נהוג לחלק לשתי אסכולות²⁰: אמנה חברתית הובסיאנית היוצאת מבית מדרשו של תומאס הובס, ואמנה חברתית רולסיאנית היוצאת מבית מדרשו של ג'ון רולס (ויש לציין, כי רולס עצמו מתבסס על קאנט). לדעתי, ההבחנה שאני מציע בין האיסור על המתה לבין לאיסור על הנחה למוות מתיישבת יפה הן עם האמנה החברתית ההובסיאנית, הן עם האמנה החברתית הרולסיאנית.

א. האמנה החברתית ההובסיאנית

מקור מרכזי לתאוריה של אמנה חברתית נמצא בספרו של תומאס הובס – "הלווייתן"²¹. במסגרת ספר זה מתייחס הובס, בין היתר, לנורמות המוסריות המחייבות אותנו, למקור של נורמות אלה ולהצדקתן.²² יש לציין כי הובס אינו היחיד המנסה לבסס את המוסר על אמנה חברתית. קיימים הוגים בני זמננו התומכים גם כן בגישה זו ובכך הם למעשה ממשיכי דרכו המוסרית של הובס. במסגרת הוגים אלה ניתן לציין, בין היתר, את דויד גותייר,²³ ג'ן

- 19 רונלד דוורקין ביקר את תאוריית האמנה החברתית של רולס שכן היא מסתמכת על חוזה היפותטי שלמעשה אינו חוזה כלל. "A hypothetical contract is not simply a pale form of an actual contract. It is no contract at all" Ronald Dworkin, *The Original Position*, ראו: 40 THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 500 (1973); GILBERT HARMAN, EXPLAINING VALUE: AND OTHER ESSAYS IN MORAL PHILOSOPHY 67 (2000). יש לציין, כי הגרסא המתייחסת לחוזה היפותטי חברתי, אינה הגרסא היחידה של אמנה חברתית. הרמן מתאר את החוזה החברתי, כחוזה משתמע, או כחוזה מכליל בין האנשים בחברה, כך שמדובר בחוזה שלמעשה האנשים מקבלים על עצמם את סעיפיו. ראו: שם, בעמ' 59 וכן בעמ' 66-68. ראו: Will Kymlicka, *The Social Contract Tradition*, in A COMPANION TO ETHICS 186-196 (Peter Singer ed., 1993).
- 20 ראו: הובס, לעיל הערה 1.
- 21 חשוב לציין, כי הובס בספרו – הלווייתן, התעסק כמובן בשאלה הפוליטית, מהו מקור החובה של האדם לציית לממשל המדיני? אולם, דרך העיסוק בשאלה הפוליטית פורס הובס גם את משנתו המוסרית.
- 22 ראו: David Gauthier, *The Social Contract as Ideology*, 6 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 130 (1977) (להלן – גותייר 1977); David Gauthier, *Thomas Hobbes: Moral Theorist*, 76 THE JOURNAL OF PHILOSOPHY 547 (1979) (להלן – גותייר 1979).

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

המפטון²⁴ וגרגורי קבא²⁵. במסגרת הצגת עמדת האמנה החברתית ההובסיאנית אתייחס לעמדתו של הובס ולדרך הצגת העמדה של האמנה החברתית על ידי הוגים מאוחרים אלה.

(1) נקודות המוצא של תאוריית האמנה החברתית ההובסיאנית

התאוריה המבוססת על אמנה חברתית הובסיאנית גורסת כי החובות המוסריות בין בני האדם אינן מבוססות על צווי האל או על חובות טבעיות הטבועות בעולם. הן גם לא מבוססות על טבע האדם. תאוריה זו גורסת כי החובות המוסריות בין בני האדם הן קונבנציות. הרציונל של קונבנציות אלו נשען על הסכמתם של בני האדם להטיל על עצמם, במסגרת חוזה, מגבלות מוסריות כדי למקסם את התועלות האישיות שלהם. על פי גישה זו, האיסור המוטל על האדם לא לפגוע בגופו של חברו אינו נובע מחובה טבעית מוסרית. הוא נובע מהסכמה בין אנשים שלא לבצע פעולות אלה. מרבית הכותבים שהולכים בדרך של האמנה החברתית מציינים כי אין מדובר באמנה חברתית שאכן נחתמה בין אנשים. מדובר באמנה חברתית היפותטית.²⁶ על פיהם, התאוריה של האמנה החברתית נועדה לתת רציונל לחובות המוסריות בין האנשים. קרי, ההסבר לכך שאדם מחויב בחובות מוסריות כאלה או אחרות, נובע מן העובדה שהוא היה מסכים לחובות אלו במסגרת הסכם או אמנה.

“The theory itself concerns the rational of relationships among persons, and between society and its members, rather than the cause of those relationships. *The justification of rights and duties, institutions and practices, is to be found by regarding them as if they were contractual, and showing the rationality of this hypothetical contractual base.*”²⁷

גותייר מציין²⁸ כי התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית נשענת על שלוש הנחות עיקריות:

- 24 ראו: JEAN HAMPTON, HOBBS AND THE SOCIAL CONTRACT TRADITION (1986).
- 25 ראו: קבא, לעיל הערה 2.
- 26 ראו למשל, גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 135. עם זאת, כאמור, יש גם כאלה שסוברים שהנורמות המוסריות הם פרי חוזה בין אנשים אמיתיים. ראו למשל: הרמן, לעיל הערה 19, בעמ' 66-67.
- 27 ראו: גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 135 (ההדגשות שלי).
- 28 ראו: גותייר 1979, לעיל הערה 23, בעמ' 549-547. גותייר מדגיש כי שלוש הנחות אלו מקובלות על אנשי כלכלה אולם רוב תורות המוסר דוחות אחת או יותר משלוש הנחות אלו. התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית מקבלת את שלוש ההנחות הללו.
- “The problematic of modern moral theory is set by three dogmas which philosophy receives from economics. The first is that value is utility – a measure of subjective Individual preference. The second is that rationality is maximization: the rational individual ‘will maximize the extent to which his objective is achieved’. The third is that interests are non-tuistic:

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(1) העולם נקי מעובדות מוסריות. לפי תאוריה זו, אין חובות טבעיות המחייבות את האדם לעשות או להימנע מפעולה כזו או אחרת. כך למשל טוען הובס כי המושגים רע או טוב, אינם עובדות אלא רגשות של אהבה ושנאה על אודות פעולות או דברים מסוימים. מושא התשוקה הוא הטוב ואילו מושא השנאה הוא הרע.²⁹ כלומר הטוב והרע אינם מושגים הטבועים בעולם. וכן, הובס (בניגוד לרולס אשר יובא בהמשך) אינו יוצא מנקודת מוצא כי לבני האדם סטטוס מוסרי שווה. אמנם הובס מציין כי באופן עקרוני מבחינה עובדתית הכוח של בני האדם שווה, אך אין לכך כל השפעה מוסרית.³⁰

(2) האדם הוא יצור רציונלי במובן זה שהוא מכוון את מעשיו בהתאם למטרותיו. ככל שמעשיו תורמים יותר לקידום מטרותיו כך הוא רציונלי יותר.

(3) המטרות של האדם נובעים מהאינטרסים האישיים שלו. כלומר, האדם שואף ראשית לכול, לקדם את האינטרסים והתועלת שלו, כאשר המטרה העיקרית של האדם היא כפי שצינתי לעיל, לשמור על חייו גם בשל הפחד מן המוות וגם כדי לאפשר לו לקדם את שאיפותיו.³¹

נוכח שלוש הנחות אלו, עולה השאלה מהו המקור של המוסר ומהן הנורמות המוסריות המחייבות אותנו? כלומר, אם אין חובות טבעיות המחייבות אותנו וכל מטרת האדם היא לקדם את האינטרסים האישיים שלו, מדוע אנו מגבילים את עצמנו ומונעים מעצמנו פעולות מסוימות? מדוע למשל איננו גונבים או הורגים אחד את השני?

(2) המצב הטבעי

כדי להבין זאת עורך הובס תרגיל מחשבתי שבו הוא שואל כיצד היה נראה העולם ללא כל ממשל מדיני המחייב אותנו לעשות דברים מסוימים ואוסר עלינו לעשות דברים אחרים.³²

interacting persons do not take 'an interest in one another's interests'... this is what Hobbes does. Establishing a place for morality as a conventional constraint on our natural behavior."

שם, בעמ' 547.

29 וכך טוען הובס: "הטוב. הרע – אולם יהא מה שיהא המושא לתאבוננו או לתשוקתו של פלוני, הוא שאותו איש מצדו קורא לו "טוב"; ולמושא לשנאתו ולסלידתו – "רע"; ולמושא שהוא מבזה – "נקלה" ו"חסר ערך". כי מלות אלו – טוב, רע, נקלה – לעולם משמשות מתוך יחס אל המשתמש בהן; לפי שאין לך דבר שיהא כך בפשיטות ובמוחלט, ואין אמת מידה כללית לטוב ולרע שתהא שאובה ממהותם של המושאים עצמם. אמת מידה כזו יכולה להיות שאובה רק מאישיותו של האדם במקום שאין קהילה". ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 47.

30 ראו: שם, בעמ' 113. ראו גם: קימליקה, לעיל הערה 20, שם. המפטון מציינת כי לקוראים רבים הטענה של הובס בדבר שוויון עובדתי בין בני אדם נראית מוטעית. היא טוענת כי הטענה של הובס היא זו: אמנם קיים שוני בין בני אדם, אך שוני זה אינו כה גדול כדי להפוך אדם אחד ל"עבד" מבחינה טבעית ואת השני ל"אדון". השוני הטבעי בין בני אדם אינו מספיק כדי לזכות אף אחד, מבחינה טבעית, בזכויות פוליטיות נוספות. ראו: המפטון, לעיל הערה 24, בעמ' 25.

31 ראו גם: קבקא, לעיל הערה 2, בעמ' 80.

32 ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 114-115.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

את מצב זה מכנה הובס "המצב הטבעי"³³. הובס טוען כי המצב הטבעי מוביל למלחמת הכול בכול שבו כל אדם הוא אויב של כל אדם. הטעם לכך שבמצב הטבעי קיימת מלחמת הכול בכל נובע, בין היתר, מהנחות המוצא של התיאוריה.³⁴

(1) המטרה העיקרית של האדם היא שמירה על חייו כדי שיוכל לממש את שאיפותיו ומאווייו.

(2) כדי שאדם יוכל לשמור על חייו הרי שהוא נדרש לאמצעים מסוימים שבאמצעותם הוא יוכל להגן על עצמו. אמצעים אלה יכולים להיות, רכוש, אוכל ועוד.

(3) מכיוון שהאדם הוא יצור רציונלי שמכוון את מעשיו לסיפוק מטרותיו הרי שכל בני האדם יאבקו על כל מיני משאבים כדי לשמור על חייהם, אך משאבים אלו מוגבלים.

(4) במצב הטבעי אין שום חוק מוסרי המגביל את האדם מלעשות כל מה שהוא צריך כדי לשמור על חייו. במצב הטבעי לכל אדם יש זכות לכל דבר ואפילו לגופו של הזולת. במצב הטבעי, "שום דבר אי אפשר שיהא בגדר אי צדק".

(5) במצב הטבעי בני האדם הם שווים באופן עקרוני בכוחם ובחוכמתם ועל כן אף אדם לא יוותר על זכותו לאמצעים ומשאבים סתם כך.

לאור הנחות אלו תהיה תחרות בלתי פוסקת בין אנשים אשר תוביל בסופו של דבר למלחמת הכול בכל.

יתרה מזו, אף אם אדם היה מוכן להסתפק בחלקו, הוא לא יכול היה להיות בטוח שאף חברו יסתפק בחלקו. כלומר הוא תמיד צריך לחשוש כי חברו יהרוג אותו כדי לשמור על עצמו. לשם כך הוא היה מקדים רפואה למכה והורג את חברו. גם עובדה זו יכולה להוביל למלחמת הכול בכל.³⁵

(3) היציאה מן המצב הטבעי באמצעות חוזה

כעת, מכיוון שבמצב הטבעי קיימת מלחמת הכול שבו חיי האדם הם קצרים ומאוסים, הרי שהאדם, בהיותו יצור רציונלי המעוניין, ראשית לכל, בטובתו האישית, יהיה מעוניין לברוח ממצב זה. הדרך לעשות זאת היא באמצעות חוזה ולפיו כל אדם מגביל את עצמו מלבצע פעולות מסוימות שעלולות להשיב אותו למצב הטבעי. מצבו של כל אדם לאחר ההסכם הזה טוב לאין שיעור ממצבו במצב הטבעי.³⁶

33 שם, בעמ' 127.

34 ראו הסבר למצב הטבעי: קבקא, לעיל הערה 2, בעמ' 96-98. המפטון, לעיל הערה 24, בעמ' 58-68. כמו כן ראו: גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 144-150.

35 ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 114.

36 גותייר מדגיש כי תאוריית האמנה החברתית המשתיתה את הנורמות המוסריות על הסכם שנועד לחלץ את בני האדם מן המצב הטבעי, יוצאת משתי נקודות מוצא: ראשית, טוען גותייר כי לפי התיאוריה של האמנה החברתית, האדם קודם לחברה שבה הוא חי, במובן זה שניתן

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

נורמות אלו שהן פרי הסכמה שנועדה להוציא את האדם ממצבו הטבעי, הן חוקי המוסר האנושי.³⁷

ברור, שהתפיסה של האמנה החברתית ההובסיאנית שונה מן המוסר המקובל. על פי המוסר המקובל, על האדם לקחת בחשבון, לא רק את האינטרסים האישיים שלו אלא גם את האינטרסים של זולתו. על פי התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית, האדם מחויב אך ורק לחוקים שהוא היה בוחר במצב הטבעי במסגרת חוזה היפותטי, ומכיוון שהוא יצור רציונאלי (על פי הגדרתה לעיל) הרי שהוא היה בוחר רק חוקים שהיו מקדמים את טובתו האישית. במסגרת חוקים אלה ייתכן שיתקבלו חוקים המקדמים גם את האינטרסים של הזולת, אך המוטיבציה של כל צד לחוזה אינה קידום האינטרסים של הזולת אלא קידום האינטרסים שלו עצמו.

(4) החוקים שהיו מתקבלים במסגרת החוזה ההיפותטי

בהמשך לאמור לעיל, עולה השאלה מהם החוקים שהיו מתקבלים במסגרת החוזה ההיפותטי?

להבין אותו כאינדיווידואל ללא קשר לחברה. לכן התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית יכולה לערוך את התרגיל המחשבתי הזה, שבו האדם קיים ללא חברה מסודרת וללא חוקים. אם לא היה ניתן להבין את האדם, ללא קשר לחברה, אזי לא ניתן היה לערוך את התרגיל המחשבתי הזה.

“To conceive all social relationships as contractual is to suppose that men, with their particular human characteristics, are prior to society.”

ראו, גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 138. שנית, הסוציאליזם של האדם אינה חלק מטבע האדם. נקודה זו נובעת מן העובדה כי על פי האמנה החברתית ההובסיאנית כל מערכות היחסים בין בני החברה אינם טבעיים אלא מוסכרים ומוצדקים בעזרת העיקרון של האמנה החברתית ההיפותטית. לו היה האדם יצור חברתי מטבעו, אזי לא היה צורך לקבוע כי היחסים בין בני החברה מוסכרים על ידי חוזה היפותטי. במילים אחרות, על פי האמנה החברתית ההובסיאנית, הסוציאליזם של האדם נובעת מהצרכים הקיימים במצב הטבעי בו אין חברה. היא אינה חלק מטבעו.

“But more than this is implicit in contractarianism. It would be compatible with the claim that the individual is prior to society, to suppose nonetheless that human sociability is itself a natural and fundamental characteristic of individuals, which expresses itself directly in social relations among human being. And this is denied by contract theory in its insistence upon the essentially conventional character of society.”

ראו: שם.

יש לציין, כי בניגוד לתאוריית האמנה החברתית של רולס (שתוצג בהמשך) ולפיה במסגרת החוזה ההיפותטי, בני האדם אינם יודעים את מצבם האמיתי זאת כדי לשקף את השוויון המוסרי בין בני האדם, הרי שלפי תאוריית האמנה החברתית ההובסיאנית, הנורמות המוסריות הן פרי חוזה היפותטי שבו בני האדם מודעים למצבם הכלכלי והחברתי האמיתי.

לאור העובדה כי הנימוק לאמנה החברתית הוא למעשה חילוץ האדם מן המצב הטבעי שבו קיימת מלחמת הכול בכול, הרי שהכלל הראשון שהיה מתקבל במסגרת הסכם זה, הוא הכלל האוסר על המתה. ללא מגבלה זו על האדם, קיים חשש כבד כי האדם היה שב למצבו הטבעי, בו הוא היה חי חיים של פחד, שכן בכל רגע נתון הוא היה חושש שיכולים להמיתו.³⁸

לעומת זאת, הכלל המחייב הצלת אנשים ייתכן שהיה מתקבל במסגרת חוזה היפותטי, אך בצורה הרבה יותר מסויגת ובכל מקרה הוא היה הרבה פחות כבד משקל מן האיסור על המתה, שכן אף אם לא היה מוטל על האדם חיוב להציל הרי שהחברה הייתה שורדת והחיים יכולים להיות תקינים.

יש לציין, כי אף הרמן³⁹ טען שהרציונל המבחין בין המתה לבין הנחה למות מבוסס על קונבנציה שהתפתחה בין אנשים. הוא טוען כי קיים הסכם בין העשירים והעניים, החזקים והחלשים ולפיו כל אחד מחברי קבוצות אלו מתחייב שלא להרוג אחד את השני וכן לעזור רק במקרים מסוימים אחד לשני (כאשר העזרה אינה מצריכה הוצאות או פעולות רבות). הטעם לקונבנציה שהתקבלה הוא שהאיסור על המתה מועיל לכולם. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות מועיל בעיקר לעניים ולחלשים (העשירים והחזקים לא יזדקקו לעזרה). לכן, אפשרה בין קבוצות אלו היא איסור גורף על המתה ואילו איסור מצומצם על הנחה למות: העשירים והחזקים הסכימו לעזור במקרים מסוימים כדי שהעניים והחלשים יסכימו לאיסור גורף על המתה. הטענה שלי היא שונה. היא אינה מסתמכת על כך שקיימות קבוצות שונות בחברה, בעלי כוח שונה שכן לפי הרציונל שאני מעלה, אף אם כולם היו בעלי כוח שווה הרי שראוי לבצע הבחנה זו. הטענה שלי היא, כי לא זו בלבד שאיסור על המתה הוא איסור גורף יותר מאיסור על הנחה למות, אלא שהוא כבד משקל מהאיסור על הנחה למות, שכן הוא שומר על אינטרסים בסיסיים יותר.

ב. האמנה החברתית הרולסיאנית

(1) ההבחנה בין אמנה חברתית הובסיאנית לבין האמנה חברתית רולסיאנית

האמנה החברתית הרולסיאנית חלוקה על האמנה החברתית ההובסיאנית בשני יסודות עיקריים:

38 גם הובס ציין כי הכלל הבסיסי הוא לרדוף שלום והכלל שנובע מכך הוא הכלל האוסר על הריגה, בתנאי שכולם יקבלו כלל זה. "יהי אדם נכון, כשגם אחרים נכונים לכך, לנטוש את זכותו זו לכל דבר, במידה שימצא לנחוץ למען השלום ולשם הגנה על עצמו; ויהיה מסתפק באותה מידה של חירות כלפי בני אדם אחרים, שהיה מניח בידם ביחס לעצמו". ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 121.

39 ראו: הרמן, לעיל הערה 19, בעמ' 69.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(א) בניגוד להובס ולממשיכי דרכו, הגישה הרולסיאנית יוצאת מתוך נקודת מוצא שלכל בני האדם יש סטטוס מוסרי זהה. כלומר העובדה שבני האדם שונים בתכונותיהם ובצבע עורם אינה סיבה להתייחס אליהם באופן שונה. לכן האמנה החברתית ההובסיאנית מבוססת על נורמות שהן פרי של חוזה שבו הצדדים מודעים למצבם האמיתי, ואילו לפי האמנה החברתית של רולס הרי שהצדדים לחוזה אינם מודעים למצבם האמיתי.⁴⁰

(ב) המשמעות של האמנה החברתית היא שונה. אצל הובס המטרה של בני האדם היא מקסום התועלת האישית של כל אחד ואחד והאמנה החברתית היא אמצעי להשגת מטרה זו. לעומת זאת, אצל רולס האמנה החברתית אינה אמצעי להשגת הטוב. היא המשמעות וההצדקה למוסר עצמו. כלומר, הנימוק לכך שמעשה מסוים הוא מוסרי נובע מכך שאנשים הסכימו או שהיו מסכימים עליו (בכפוף לכך שתנאי ההסכמה הם שוויוניים).⁴¹

כעת אציג את התאוריה של רולס ואת השלכותיה לעניין ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות.

(2) נקודות המוצא של תאוריית האמנה החברתית הרולסיאנית

רולס בספרו *A THEORY OF JUSTICE*⁴² מציג תאוריה של צדק שאמורה להוות בסיס ליסודות המשטר של המדינה. רולס יוצא מנקודת מוצא שבכל חברה ישנם אינטרסים משותפים ואינטרסים מנוגדים. האינטרסים המשותפים נובעים מהבנת האנשים בחברה כי שיתוף פעולה בין כולם עדיף על פני מצב שבו כל אחד פועל בנפרד. אולם, ישנם גם ניגודי אינטרסים שכן כל אחד מן האנשים אינו אדיש לדרך שבה יחולקו הזכויות והחובות בין הצדדים.⁴³ בשל כך, טוען רולס, כי יש צורך במספר כללים אשר יאפשרו חלוקה צודקת של זכויות וחובות בין האנשים וכן חלוקה צודקת יותר של משאבים. כללים אלה הם כללי הצדק של המוסדות הבסיסיים של החברה.

“A set of principles is required for choosing among the various social arrangements which determine this division of advantages and for underwriting an agreement on the proper distributive shares. These principles are the principles of social justice. They provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they

40 ראו: קימליקה, לעיל הערה 20, שם.

41 ראו: T.M Scanlon, *Contractualism and Utilitarianism*, in MORALITY AND OBJECTIVITY: 41

T.M. 103, 128 (Ted Hondrich ed., 1985). לתאוריית המוסר הכללית של סקנלון ראו: T.M.

SCANLON, WHAT WE OWE TO EACH OTHER (1998). וכן פרשנות לעמדתו של סקנלון בנוגע

להבדלים שבין שתי תאוריות אלו, ראו: David Gauthier, *Political Contractarianism*, 5

JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 132 (1997).

42 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (REV. ED., 1999) 42

43 שם, בעמ' 4.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומיית הפרט

define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation.”⁴⁴

רולס מציין כי המוסדות הבסיסיים של החברה אליהם אמורים להתייחס כללי הצדק שלו הם המוסדות הפוליטיים, הכלכליים והחברתיים במדינה. מוסדות אלה הם המוסדות המשפיעים ביותר על האדם. הם קובעים מהם הזכויות והחובות שלו ולמה הוא יכול לשאוף בחייו.⁴⁵

בספרות המשפטית על רולס, הודגשה הנקודה כי אין זה ברור מה כלול במוסדות הבסיסיים של החברה. כך, הוצגה השאלה האם תורת הצדק של רולס רלוונטית לדיני החוזים או לדיני הנזיקין?⁴⁶ עם זאת, על אף אי־בהירות זו, נראה ברור כי הדין הפלילי כלול בתאוריה של רולס שכן אחד מכללי הצדק הבסיסיים (שאני מציג בהמשך) מתייחס לחירויות הבסיסיות של האדם. ואין ספק כי לדין הפלילי השלכה מהותית על חירות האדם. כך למשל מציין ניקל במאמרו על רולס:

“Creating an effective system of protections of security rights through the criminal law is one of the most important things that can be done to make possible the enjoyment of other liberty below”.⁴⁷

(3) האמנה החברתית ומסך הבערות

הדרך שבה רולס פוסע כדי לגלות ולהצדיק את הכללים שלאורם צריכים ללכת המוסדות הבסיסיים של החברה היא דרך האמנה החברתית.⁴⁸ על פיו, כללי הצדק הם אותם כללים בסיסיים המתייחסים לחלוקה של זכויות וחובות וחלוקת משאבים בין בני החברה אשר אנשים חופשיים ורציונליים היו מקבלים במצב התחילי מאחורי מסך הבערות.⁴⁹

44 ראו: שם.

45 שם, בעמ' 6.

46 ראו: Kevin A. Kordana, David H. Tabachnick, *Rawls and Contract Law*, 73 GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW 598 (2005); Arthur Ripstein, *The Division of Responsibility and the Law of Tort*, 72 FORDHAM LAW REVIEW 1811, 1813 (2004).

47 ראו: James W. Nickel, *Rethinking Rawls's Theory of Liberty and Rights*, 69 CHICAGO-KENT LAW REVIEW 763, 768 (1994) (ההדגשות שלי).

48 רולס, לעיל הערה 42, בעמ' 10. רולס מציין גם כי: “My aim is to present a conception of justice which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau and Kant”.

49 שם.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

רולס מדגיש כי אין מדובר בהסכם אמיתי בין אנשים ספציפיים ומסוימים. מדובר למעשה בתרגיל מחשבתי המנסה לקבוע מהם החוקים שהיו מקבלים אנשים מאחורי מסך הבערות.⁵⁰

הרעיון הבסיסי העומד מאחורי מסך הבערות הוא שאנשים במצב זה אינם יודעים כלל מהו מיקומם בחברה, מה מעמדם הכלכלי, ומהי הדת לה הם כפופים. הם אינם יודעים האם הם חכמים או טיפשים, האם הם חזקים או חלשים, או האם הם גברים או נשים.⁵¹ במצב שבו אף אדם אינו יודע מהו מצבו האמיתי הרי שקיים שוויון מוחלט. במצב זה היתרונות שיש לאדם הנובעים ממזל אינם באים לידי ביטוי. כך למשל, העובדה שאדם מסוים הוא עשיר או עני לא אמורה להשפיע כלל על אופן קבלת ההחלטה בחוזה ההיפותטי שכן הוא אינו יודע כלל מה מצבו הכלכלי.⁵² כתוצאה מכך, החוקים שהתגבשו מאחורי מסך הבערות הם חוקים הוגנים שכן הם התקבלו בין אנשים שהם חופשיים ושווים.

“Together with the veil of ignorance, these conditions define the principles of justice as those which rational persons concerned to advance their interests would consent to as equals when none are known to be advantaged or disadvantaged by social and natural contingencies.”⁵³

לסיכום, הנימוק לכך שהכללים שיבחרו מאחורי מסך הבערות הם כללים צודקים נובעת בדיוק מן העובדה שכללים אלו היו נבחרים על ידי אנשים רציונאליים, חופשיים ושווים. לכן קורא רולס לשיטתו Justice as Fairness.⁵⁴

(4) הכללים הבסיסיים שהיו מתקבלים מאחורי מסך הבערות

רולס טוען כי מאחורי מסך הבערות אנשים היו בוחרים בשני כללים בסיסיים:⁵⁵
(א) הכלל הראשון הוא כי לכל אדם זכות שווה למכלול החירויות הבסיסי.
(ב) הכלל השני קובע כי ניתן להפר את השוויון בתחום החברתי והכלכלי (למשל את השוויון בחלוקת משאבים) רק כאשר אי-שוויון זה מעלה את רמתו של החלש ביותר.

50 שם, בעמ' 11, 14. יש לציין, כאמור לעיל, כי דוורקין ביקר את התאוריה של רולס בין היתר בשל העובדה כי החוזה הוא היפותטי וחוזה היפותטי אינו חוזה כלל. ראו: דוורקין, לעיל הערה 19, שם.

51 רולס, שם, בעמ' 11.

52 שם, בעמ' 17.

53 שם.

54 שם, בעמ' 19. וכך מציין רולס: “We shall want to say that certain principles of justice are justified because they would be agreed to in an initial situation of equality”

55 שם, בעמ' 53.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

רולס אינו מסתפק בקביעת שני כללים אלו, אלא הוא אף קובע כי העיקרון הראשון קודם לעיקרון השני. המשמעות של קדימות זו היא כי אין לפגוע בחירות בסיסית של אדם כדי לשפר את מצבו הכלכלי. ניתן לפגוע בחירותו של אדם אך ורק לטובת החירות הבסיסית עצמה.⁵⁶

לענייננו, חשוב להדגיש כי כאשר רולס מדבר על החירויות הבסיסיות של האדם הוא מתייחס לחירות פוליטית (כגון החירות להצביע), חופש הדיבור, חופש המצפון והמחשבה, וחירות האדם באופן כללי הכוללת בחובה חירות מכפיה פסיכולוגית וחירות מתקיפה.

“Now it is essential to observe that the basic liberties are given by a list of such liberties. Important among these are political liberty...and freedom of speech and assembly, liberty of conscience and freedom of thought, freedom of the person, which includes freedom from psychological oppression and physical assault and dismemberment (integrity of the person).”⁵⁷

(5) ההשלכה של התאוריה של רולס על הבחנה בין המתה לבין הנחה למות

אני סבור כי לרעיון של רולס הקובע כי אנשים מאחורי מסך הבערות היו בוחרים בכללים הללו, תוך מתן קדימות לקסיקאלית לכלל הראשון הקובע כי לכל אדם זכות שווה למכלול החירויות הבסיסי, קיימת השלכה אף להבחנה המוסרית שבין המתה לבין הנחה למות. כפי שציינתי לעיל, לו לא היה קיים כלל איסור על המתה הרי שאף אם האדם לא היה נרצח על ידי מאן דהוא הרי שחייו לא היו חיים ששווה לחיותם, שכן הוא היה חי בפחד מתמיד ללא אוטונומיה בסיסית. המשמעות המרכזית של עובדה זו לענייננו היא, כי במצב כזה שבו אין איסור על המתה, קיימת פגיעה במכלול החירות הבסיסיות שרולס ציין. אין חירות הצבעה, אין חופש דיבור, אין חופש מחשבה וברור שלאדם אין חירות מכפיה פסיכולוגית ומתקיפה. לכן ברור, כי כדי לשמור על החירויות הללו היו האנשים מאחורי מסך הבערות בוחרים בכלל האוסר על המתה. טענה דומה העלה ניקל במאמרו:

“Creating an effective system of protections of security rights through the criminal law is one of the most important things that can be done to make possible the enjoyment of other liberty below. *If those who would invade people's liberties and rights are unrestrained in their ability to threaten*

56 שם, בעמ' 53-54. כמו כן, ראו ביקורת: H.L.A. Hart, *Rawls on Liberty and Priority*, 40 *The University of Chicago Law Review* 534 (1973).

57 רולס, שם, בעמ' 53 (ההדגשות שלי).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

*death, harm, violence, and loss of property, few if any liberties can be enjoyed. Security rights, like due process rights, are essential building blocks for a system of liberty.*⁵⁸

לעומת זאת, אם לא היה כלל המחייב אנשים להציל את זולתם בעת סכנה, הרי שלא היו נפגעות כלל החירויות שצוינו על ידיו. עדיין היה לאנשים החופש להצביע, לאנשים היה חופש מחשבה ודיבור וכן הייתה להם חירות מכפייה פסיכולוגית ותקיפה. יצוין, כי איני טוען שאנשים מאחורי מסך הבערות לא היו מקבלים את הכלל המחייב הצלה במקרים מסוימים, אך ברור לאור הדברים שטענתי לעיל, כי הוא היה מתקבל בצורה הרבה יותר מצומצמת והוא היה פחות כבד משקל מן האיסור על המתה. לסיכום, הטענה שלי היא כי מבחינת הצדק של מוסדות המדינה, הרי שמאחורי מסך הבערות היה מתקבל הכלל האוסר על המתה משתי סיבות עיקריות: (1) ראשית, הכלל הזה הוא תנאי הכרחי לכל החירויות הבסיסיות של האדם. ללא כלל זה כל החירות הבסיסיות של האדם היו נמצאות בסכנה. (2) האיסור על המתה שומר על החירות הבסיסית שרולס ציין – חירות כללית של האדם הכוללת חירות מכפייה פסיכולוגית וחירות מתקיפה.

(6) תאוריית הצדק של רולס ביחס לאינדיווידואלים

בנוסף, אני סבור כי ישנה נקודה נוספת בתאוריה של רולס (שנראה שלא הרבו להתייחס אליה), אך יש לה השלכה ישירה להבחנה שבין המתה לבין הנחה למות. כפי שצינתי, התאוריה של רולס מתייחסת בעיקר לצדק של המוסדות הבסיסיים של החברה. עם זאת, רולס מציין בספרו כי באמנה ההיפותטטית שהייתה מתקבלת מאחורי מסך הבערות אנשים היו מקבלים כללים נוספים שאינם מתייחסים רק לכללי הצדק של המוסדות הבסיסיים של החברה. על פיו כדי להציג תאוריה שלמה של צדק יש לקבוע כללים נוספים שהיו מתקבלים מאחורי מסך הבערות, כללים המתייחסים לבני אדם כאינדיווידואלים.⁵⁹ במסגרת ניתוח הכללים ביחס לאינדיווידואלים רולס מתייחס לחובות טבעיות (natural duties). בתוך חובות אלו הוא מציין את החובה לעזור לאדם אחר כאשר הוא מצוי בצרה בכפוף לכך שפעולת ההצלה לא תהיה כרוכה בסיכון רב ובהוצאות גדולות. כמו כן הוא דן בחובה שלא לפגוע באדם אחר. רולס מציין שחובת ההצלה היא חובה חיובית ואילו החובה שלא לפגוע היא חובה שלילית והוא אף מציין כי החובה השלילית כבדת משקל יותר מן החובה החיובית. אך הוא אינו מסביר מדוע החובה השלילית כבדת משקל מן החובה החיובית, או במילים אחרות הוא אינו מסביר מדוע המתה חמורה מהנחה למות.⁶⁰ למרות העובדה שרולס אינו מציין במפורש מדוע המתה חמורה מהנחה למות, ניתן לדעתי למלא

58 ראו: ניקל, לעיל הערה 47, בעמ' 768 (ההדגשות שלי).

59 ראו: רולס, לעיל הערה 42, בעמ' 93.

60 שם, בעמ' 99.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

את החסר לאור התייחסותו של רולס לחובת ההצלה בהמשך ספרו. רולס מדגיש כי אנשים היו מקבלים על עצמם את חובת ההצלה הקלה מאחורי מסך הבערות בשל שני נימוקים אפשריים:

- (1) הנימוק הראשון מתבסס על קאנט. קאנט טען שיש חובה להציל אדם המצוי בסכנת חיים שכן כל אדם היה רוצה שיצילו אותו בשעת סכנה. אם לא נקבל את הכלל הזה נמצאנו שוללים מעצמנו את העזרה כאשר אנחנו נהיה זקוקים לכך. ומכיוון שקיים סיכוי שנהיה מצויים בצרה אזי הגיוני לומר שנקבל את הכלל הזה מאחורי מסך הבערות.
- (2) אולם, רולס מציין נימוק נוסף אשר מבחינתו היא משמעותי הרבה יותר מן הראשון. רולס טוען שאנשים היו מקבלים את הכלל הקובע חובת הצלה מאחורי מסך הבערות שכן יש לכלל זה השפעה רבה על איכות החיים של האדם עוד בטרם הוא יזדקק לעזרה. רולס מדגיש כי לעובדה שכל אחד מן הציבור יודע כי אם הוא יזדקק לעזרה בשעת סכנה היא תינתן לו, יש ערך רב, אף אם הוא כלל לא יזדקק לעזרה זו. הערך הרב של הכלל, לפי רולס, אינו נמדד בכמות הפעמים שהייתי זקוק לעזרה ואכן קיבלתי אותה. הערך הרב של הכלל נוצר בידיעה ובביטחון שנוצר עקב ידיעה זו שאם אזדקק לעזרה הרי שאקבל אותה. רולס מדגיש כי הדרך לבדוק את הערך הרב שיש לחובה זו ניתנת להיעשות על ידי כך שנחשוב איך הייתה נראית החברה לו לא הייתה חובה כזו. במצב זה כל אדם היה חי בחשש שאם הוא יזדקק לעזרה הוא לא יקבל אותה.

“Kant suggests, and others have followed him here, that the ground for proposing this duty is that situations may arise in which we will need the help of others, and not to acknowledge this principle is to deprive ourselves of their assistance...but this is not the only argument for the duty of mutual aid, or even the most important one. *A sufficient ground for adopting this duty is its pervasive effect on the quality of everyday life.* The public knowledge that we are living in a society in which we can depend upon others to come to our assistance in difficult circumstances is itself of great value. It makes little difference that we never, as things turn out, need this assistance and that occasionally we are called on to give it. The balance of gain, narrowly interpreted, may not matter. *The primary value of the principle is not measured by the help we actually receive but rather by the sense of confidence and trust in other men's good intentions and the knowledge that they are there if we need them.* Indeed, it is only

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

necessary to imaging what a society would be like if it were publicly known that this duty was rejected.”⁶¹

באמצעות דרך הטיעון של רולס בנוגע לחובת הצלה, ניתן לדעת להשלים את התמונה בנוגע לאיסור המתה. ניתן כמובן לומר כי אנשים היו מקבלים את איסור ההמתה מאחורי מסך הבערות שכן אף אדם לא היה רוצה שימיתו אותו (זו דרך טיעון דומה לדרך הטיעון שהועלתה בשם קאנט). עם זאת נראה שיש טיעון עמוק יותר המתבסס על הנימוק השני שהועלה על ידי רולס. הנימוק לכך שאנשים היו מקבלים את האיסור על המתה נוגע להשפעה העצומה שיש לאיסור זה על איכות החיים שלנו. עצם העובדה שאנשים יודעים שאף אחד לא יפגע בהם יש לכך ערך רב. כפי שציין רולס בנוגע לחובת הצלה, די אם נדמיין לעצמנו את מצב החברה בכלל והאדם בפרט אם לא היינו מקבלים על עצמנו איסור זה. במצב זה כמובן, האדם חי בפחד מתמיד בלא יכולת לעשות דבר.

ברור, אם כן, שגם לפי דרך הטיעון של רולס, הרי שאנשים מאחורי מסך הבערות היו מקבלים על עצמם את האיסור על המתה ויתרה מזאת, ברור שאיסור זה היה מתקבל בצורה גורפת יותר והיה לו גם משקל רב יותר.

אם נשוב לשאלה שנשאלה לעיל המדגישה כי לא כל המתה פוגעת באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה ומכאן שלא כל המתה חמורה מהנחה למות. לפי דרך הטיעון של פילוסופיית המוסר של האמנה החברתית (הן ההובסיאנית, הן הרולסיאנית), הרי שאיננו בודקים כל מקרה ספציפי. אנו בודקים את החומרה של המעשה לפי הכלל שהיה מתקבל במסגרת אמנה חברתית. אם מדובר באמנה החברתית ההובסיאנית הרי שמדובר באמנה חברתית היפותטית שהייתה מתקבלת במצב הטבעי, ואם מדובר באמנה חברתית רולסיאנית הרי שמדובר באמנה חברתית היפותטית שהייתה מתקבלת במצב התחילי מאחורי מסך הבערות. כפי שניסיתי להוכיח לעיל, בשתי האמנות, הכלל הבסיסי שהיה מתקבל הוא הכלל האוסר על המתה, ולא הכלל המחייב הצלה, שכן האינטרסים עליהם מגן כלל זה הם רחבים ומשמעותיים יותר.

כמצוין לעיל, ניתן להעלות את האפשרות שרציונל הפגיעה באוטונומיה יכול להתפרש לא רק כרציונל מוסרי אלא אף כרציונל משפטי. הסברתי לעיל את האופן שבו ניתן להבין את הרציונל כמוסרי בכך שביססתי אותו על תאורית תועלתנות כלל ועל תאורית האמנה החברתית. ברם, ניתן להעלות את האפשרות כי אף אם נחלוק על תאוריות אלו מבחינה מוסרית בשל קשיים כאלה ואחרים (אשר חלקם הועלו לעיל), עדיין ניתן לומר כי מבחינה משפטית ראוי להסדיר את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות ואף לבסס זאת על תאוריות אלו. כך למשל, אדם המחזיק בתורת מוסר קאנטיאנית השמה דגש בעיקר על כוונתו של האדם, יכול לטעון כי אמנם לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כאשר

61 שם, בעמ' 297-298 (ההדגשות שלי).

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

הכוונות זהות (אף שטענתי בפרק א' לעיל, כי גם לפי גישה קאנטיאנית קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות) אך עדיין מבחינה משפטית ראוי לערוך הבחנה זו שכן מטרות המשפט הפלילי הן גם (ויש הטוענים בעיקר) שמירה על הסדר החברתי והגנה על האוטונומיה של הפרטים בחברה.⁶²

בהקשר של תועלתנות כלל ברנדט טוען באופן מפורש כי ניתן לערוך הבחנה זו:

“A conscience-utilitarian about morality need not hold a utilitarian thesis about justified law; and of course, the reverse is also true”.⁶³

במילים אחרות, ניתן לחלוק על תאוריות אלה מבחינה מוסרית, ועדיין לטעון כי מבחינה משפטית ראוי לחוקק חוקים המשקפים תועלתנות כלל או אמנה חברתית (הכל בהתאם לגישה שבה מחזיק כל אדם), שכן הסדרת החוק על פי גישות אלה תגשים את המטרות העיקריות של המשפט הפלילי – שמירה על הסדר החברתי והגנה על האוטונומיה.⁶⁴

5. ההגדרה הדסקריפטיבית להמתה והנחה למות

א. הצגת ההגדרה

ציינתי לעיל, כי הרציונל המבחין בין המתה לבין הנחה למות נגזר למעשה מהאינטרסים שעומדים בבסיס שני האיסורים. האיסור על המתה מהווה בסיס לקיומה של חברה. הוא מאפשר חיים ללא פחד, ובכך הוא למעשה מכונן את האוטונומיה של האדם, כיצור חופשי. במובן זה הוא אף מהווה בסיס לקיומה של החברה. לעומת זאת, האיסור על הנחה אינו מבקש להגן על קיומה של החברה. ייתכן, שבצורה כזו או אחרת, הוא מרחיב את האוטונומיה של הפרט (בכך שהפרט מודע לכך שיעזור לו), אך אין הוא מהווה בסיס לקיומה של החברה.

ברור, כי ההגדרה של המתה והנחה למות צריכה לשקף את הרציונל הזה. על פי רציונל זה המתה צריכה להיות מוגדרת כך שהאיסור בגינה יאפשר חיים ללא פחד, ובכך הוא יאפשר את קיומה של החברה. לעומת זאת, הנחה למות צריכה להיות מוגדרת כך שהאיסור בגינה ישקף ערכים של עזרה והרחבת האוטונומיה.

62 ראו: ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 22, 25-28 (2006).

63 ראו: R.B. Brandt, *Conscience (Rule) Utilitarianism and the Criminal Law*, 14 LAW AND PHILOSOPHY 65, 66 (1995).

64 כמובן, אינני טוען שחקיקת חוקים בהתאם לגישות אלה תוביל בהכרח להגשמת מטרות המשפט הפלילי. כל שטענתי הוא שקיימת האפשרות לערוך הבחנה ולטעון כי גם מי שחולק על גישות אלה מבחינה מוסרית, יכול להסכים להם מבחינה משפטית.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לדעתי, כדי לאפשר חיים ללא פחד עם אוטונומיה, הרי שהאיסור על המתה צריך לאסור התערבות או פלישה למרחב המוגן של האדם. התערבות בחייו של אדם יכולה להתבצע בעיקר, באמצעות יצירת הסיכון או באמצעות הסרת המגן השייך לקרבן (אני דן בהמשך במקרים שבהם המגן שייך לצד ג' או לאף אדם). כלומר, הגדרת המתה, באשר היא מושתתת על יסוד ההתערבות במרחב המוגן של האדם, קשורה בהיבטים קנייניים, קרי מיהו הבעלים של המגן שהוסר, ובהיבטים של יצירת סיכון. הרעיון הבסיסי הוא ליצור מרחב מוגן, מעין חגורת ביטחון לאדם שאסור יהיה לחדור אותה. אם אדם מת כתוצאה מחדירה או פלישה למרחב המוגן שלו, הרי שחדירה או פלישה זו תסווג כהמתה. במקרים שבהם הייתה חדירה למרחב המוגן של האדם, לא נצריך לאתר חובה לפעול כדי להרשיע את הנאשם. ברור, שעמדה זו אינה שמה דגש על תנועתו הגופנית של הפועל. לפי עמדה זו ייתכנו מצבים שיהיו כרוכים בפעולה גופנית ולא יהיו מסווגים כהמתה שכן הפעולה הגופנית לא חדרה את המרחב המוגן של האדם וכן ייתכנו מצבים שלא היו כרוכים בפעולה גופנית, שעדיין יסווגו כהמתה שכן אנו נראה זאת כחדירה למרחב המוגן של האדם.

על פי עמדה זו, אם קרבן מת כתוצאה מהסרת מגן השייך לו או כתוצאה מיצירת סיכון על ידי הפועל הרי שהתנהגות זו תסווג כהמתה.

לעומת זאת, אם קרבן מת כתוצאה מהסרת מגן השייך לפועל או כתוצאה מאימתן עזרה למניעת סיכון שנוצר על ידי גורם אחר שאינו הפועל, אזי התנהגות זו תסווג כהנחה למות וכדי להרשיע יהיה צורך באיתור חובה לפעול.

יש להדגיש, כי ההתייחסות לבעלות על המגן אינה קשורה כלל לשמירה על זכות הקניין כמטרה בפני עצמה. אינני טוען כלל שאנו מסווגים את המקרים של הסרת מגן השייך לקרבן כהמתה בשל העובדה שיש כאן פגיעה בזכות הקניין של הקרבן. ההבחנה הקניינית שאני עורך נובעת ישירות מהרציונל של ההבחנה. האדם שומר על עצמו בעיקר באמצעות משאביו וגופו, ורק בשל כך, הסרת המגן השייך לקרבן פוגעת באינטרסים העומדים בבסיס האיסור של המתה.⁶⁵

65 יש להדגיש, כי ההקשר הקנייני שאני מציע אינו נשען גם על תפיסת הקניית כריבונות בהיבט הליברטאריאני ולפיו, יש לשמר את הקניין הפרטי כדי למקסם את חירותו השלילית של האדם המהווה תנאי לפיתוח עצמי. בנוסף, ההקשר הקנייני של תאורית הפגיעה באוטונומיה אינו נשען על ערך הקניין כ"אישיות" הרואה משאבים מסוימים של האדם חלק מן ה"אני". ההקשר הקנייני אליו אני מתייחס הוא כאמור שונה. ההקשר הקנייני בתאורית הפגיעה באוטונומיה רלוונטי שכן הוא משמש כמגן מפני חדירה למרחב המוגן של האדם. הגנה זו לא נדרשת בעיקרה מפני עריצות שלטונית אלא מפני בני אדם אחרים. על פי תפיסתי על ידי המרחב המוגן יכול האדם לחיות ללא פחד עם ביטחון על מנת לקיים חיים סבירים. לעניין תפיסת הקניין כריבונות ולעניין ערך הקניין כ"אישיות" ראו: חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 25-26, 39-38 (2005).

ב. השלכות הבעלות על המגן

(1) המגן שייך לפועל או לקרבן

נקודת המוצא היא כי במקרה שבו הפועל יצר את הסיכון הרי שברור שפעולה זו תסווג כהמתה ואין מחלוקת על כך. לדוגמה, שמעון הטביע את ראובן בים וגרם למותו. במצב זה שמעון יצר את הסיכון ועל כן תסווג הפעולה כהמתה. במצב זה, יש חדירה למרחב המוגן של האדם באמצעות פגיעה ישירה בגופו.⁶⁶ לעומת זאת, כאשר שמעון ראה את ראובן טובע ולא נחלק לעזרתו הרי שהוא לא יצר את סיכון הטביעה (גם אם יש לו קשר סיבתי למוות של ראובן), ועל כן התנהגות זו תסווג כהנחה למות. במצב זה אין חדירה למרחב המוגן של האדם.

עם זאת, יש לבחון לעומק את סוגיית הסרת המגן ואת רלוונטיות שאלת הבעלות הקניינית על המגן.

אתן מספר דוגמאות להבהרת עמדתי:

(א) בריחה מלב ים – ראובן עומד לטבוע בלב ים. לפתע הוא רואה את שמעון עומד על ספינתו ומביט בו. ראובן שוחה לעבר ספינתו של שמעון בכדי להינצל. שמעון לא מעוניין להציל את ראובן ומשיט את ספינתו לים. כתוצאה מכך ראובן מת.⁶⁷

(ב) תזוזה – ראובן מעוניין להרוג את לוי ויורה כדור לכיוונו. שמעון נמצא בין ראובן לבין לוי (ניתן לצאת מנקודת הנחה שלא יקרה כלום לשמעון אם הכדור יפגע בו). שמעון אינו מעוניין להציל את לוי ולכן הוא זו. כתוצאה מכך הכדור פוגע בלוי ולוי מת.

אני סבור כי שני המקרים לא יסווגו כהמתה. במקרה הראשון, אינני סבור שנגדיר את פעולתו של שמעון (השטת הספינה אל החוף) כהמתת ראובן (אף שמדובר כאן בתנועה גופנית). כמו כן, אינני סבור כי נגדיר את תזוזתו של שמעון במקרה השני, כהריגת לוי. ההסבר נובע מכך שבשני המקרים שמעון הסיר מגן השייך לו עצמו ולא מגן השייך לקרבן. במקרה הראשון שמעון הזיז את ספינתו שלו שהייתה למעשה מגן מפני הטביעה של ראובן. ובמקרה השני, שמעון הזיז את גופו שהייתה מגן מפני הכדור של ראובן.

נוכל לראות כי לנקודה זו משמעות מוסרית אם נשנה מעט את המקרים:

(ג) בריחה מלב ים 1 – שמעון עומד על ספינתו של ראובן ומשיט את הספינה של ראובן אל החוף. כתוצאה מכך ראובן מת.

(ד) תזוזה 1 – שמעון לוקח את לוי ומניח אותו בצורה שהכדור של ראובן יפגע בו.

66 ברור, שייטכנו מצבים שבו יצירת הסיכון לא בוצעה ישירות בגוף האדם. למשל, הנחת פצצה שגרמה למותם של אנשים. עם זאת, אף כאן יש חדירה ישירה למרחב המוגן של האדם.

67 דוגמה נוספת שהועלתה בפרק ב' לעיל: ראובן עומד למות מקור. הוא מעוניין להיכנס לביתו של שמעון כדי להינצל. שמעון נועל את הדלת וראובן מת כתוצאה מכך. כאן המגן שייך לשמעון. אינני סבור כי נראה זאת כהמתה.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

אני סבור כי נסווג את שני מקרים אלו כהמתה ולא כהנחה למות. במקרים אלו לא נטען כי שמעון לא הציל את ראובן או לוי. שמעון המית את שניהם בכך שמנע מהם מגן השייך להם.

כלומר ההבדל בין מקרים (א) ו-(ב) לבין המקרים (ג) ו-(ד) הוא הבעלות על המגן. במקרים (א) ו-(ב) המגן שייך לפועל ואילו במקרים (ג) ו-(ד) המגן שייך לקרבן. ויש להדגיש, כי ההבחנה בין הסרת מגן השייך לפועל או הסרת מגן השייך לקרבן אינה טכנית אלא מהותית. כאשר הוסר מגן השייך לקרבן איננו רואים זאת כהתערבות במרחב המוגן של הקרבן. לעומת זאת, כאשר מדובר בהסרת מגן השייך לקרבן, אנו רואים זאת כהתערבות במרחב המוגן של האדם. התערבות במרחב זה, פוגעת בנורמה השומרת על האוטונומיה של הפרט ושל החברה ולפיכך אנו מרשיעים בגינה בצורה חמורה יותר.⁶⁸ יש להדגיש, כי ברור שייתכנו מקרים שבהם הפועל פגע או הסיר משאב השייך לקרבן והקרבן מת, אך עדיין לא נרשיעו בהריגה, אולם זאת בשל היעדר קשר סיבתי משפטי. במקרים אלה לקיחת המגן הייתה אמנם תנאי הכרחי לתוצאה, אך לא נרשיע את הפועל בהריגה בשל ריחוק מן הנזק. לשם ההמחשה נניח מקרה שבו א' גנב את כספם של אנשים מסוימים שהיו אמורים לתרום את כספם לבית החולים לצורך רכישת תרופות ומכונות החיאה. כתוצאה מן הגניבה, רכישת התרופות והמכונות לא התאפשרה, עובדה שגרמה למותם של אנשים. ייתכן, שכאן לא ירשיעו את א' בהריגה בשל הריחוק מן הנזק במסגרת הקונסטרוקציה של היעדר קשר סיבתי משפטי. ההבחנה בין הסרת מגן השייך לקרבן לבין הסרת מגן השייך לפועל כפי שציינתי לעיל בעינה עומדת במקרה שמתקיים, לכאורה, קשר סיבתי משפטי.

68 על אף האמור לעיל, יש להדגיש כי מכיוון שחשיבות הקניין לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה מתבססת על כך שמשאביו של האדם וגופו יוצרים מרחב מוגן כך שהאדם יוכל לחיות חיים סבירים עם ביטחון מינימלי, הרי שיהיה זה סביר לערוך הבחנה בין סוגים שונים של משאבים; בין משאבים המגדירים את המרחב המוגן של האדם לבין משאבים שאינם מגדירים מרחב מוגן זה. לפי הבחנה זו, ייתכנו מקרים שבהם הפועל הסיר מגן השייך לו עצמו אך עדיין נסווג זאת כהמתה ולא כהנחה למות. למשל, במקרה שבו א' קופץ מגגו של בניין תוך שהוא מודע לכך שרשתו של ב' מתוחה בתחתיתו של בניין זה כך שא' יכול להינצל אם הוא יפול לתוך רשת זו. ב' מסיט את הרשת וא' מת כתוצאה מכך. במקרה זה, אף שמדובר במשאביו של ב' יתכן שלא נצריך חובה לפעול כדי להרשיע. שכן ייתכן שלא כל משאב השייך לפועל הוא משאב המגדיר את המרחב המוגן שלו. במקרה זה ייתכן לומר שהרשת, במצב נתון זה, אינה מגדירה את המרחב המוגן של האדם ולפיכך הסטת הרשת מהווה המתה. לעומת זאת, ביתו של האדם כן מגדיר את המרחב המוגן של האדם. ולפיכך אם ב' סגר את דלת ביתו בפני א' וא' מת מקור כתוצאה מכך, אזי המקרה יסווג כהנחה למות ויצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע. במילים אחרות, ניתן לומר, שבמסגרת אמנה חברתית היפותטית, כדי להבטיח חיים ללא פחד וחשש אנו קובעים את התנאים בהם יהוו משאבים מסוימים מרחב מוגן לאדם. יהיו משאבים שבכל מקרה הם מהווים מרחב מוגן זה (לדוגמה ביתו של אדם) ויהיו משאבים שיהוו מרחב מוגן במקרים מסוימים וספציפיים (לדוגמה הרשת במקרה שהצגתי לעיל).

(2) המגן שייך לצד ג' או לאף אדם

יש לשאול מה הדין במקרים שבהם המגן אינו שייך לא לפועל ולא לקרבן אלא לצד ג' כלשהו או שהוא אינו שייך לאף אדם. האם במקרים שבהם הפועל הסיר מגן שייך לצד ג' או שאינו שייך לאף אדם וכתוצאה מכך הקרבן מת, האם מקרים אלו יסווגו כהמתה או כהנחה למות? או במילים אחרות, האם נצריך במקרים אלו חובה לפעול או לא? לגבי מגן שייך לצד ג' יש לחלק, בין מצב שבו צד ג' העניק את זכות השימוש לקרבן לבין מצב שבו צד ג' לא העניק את זכות השימוש לקרבן. במצב הראשון ניתן לראות זאת כמצב שבו המגן למעשה שייך לקרבן ועל כן מקרה זה יסווג כהמתה. למשל, מקרה שבו בית החולים מחבר את החולה למכונת הנשמה ושמעון בא ומנתק את מכונת הנשמה. מקרה זה יסווג כהמתה שכן שמעון הסיר מגן שזכות השימוש בו נתונה לראובן. לעומת זאת אם הפועל הסיר מגן שייך לצד ג', אך צד ג' לא העניק את זכות השימוש במגן לקרבן, כאן המצב לדעתי פחות ברור. למשל, מה יהיה הדין במקרה שבו שמעון עומד על הספינה השייכת ללוי ומשיט אותה אל החוף וכתוצאה מכך ראובן מת? אני נוטה לומר כי התשובה לשאלה תלויה בצורך של הפועל במגן. ככל שהצורך של הפועל במגן גדול יותר כך פחות נראה את פעולתו כהמתה. ככל שהצורך של הפועל במגן קטן יותר (למשל הוא סתם מעוניין לשוט להנאתו) הרי שניטה לראות את פעולתו כהמתה. במצב שבו הצורך של הקרבן גדול אל מול הצורך של הפועל אזי יש לקרבן "זכות צורך"⁶⁹ (need right) על המגן. הסרת המגן במקרה כזה תהווה פלישה למרחב המוגן של האדם. לעומת זאת, כאשר גם הצורך של הפועל במגן הוא גדול הרי שהן לקרבן והן לפועל יש "זכות צורך". במצב זה, לאף אחד מן הצדדים אין זכות חזקה יותר משל רעהו ביחס למגן. זכות השימוש נתונה לשניהם באותה מידה. במצב זה אין פלישה למרחב המוגן של האדם (מכיוון שהזכות נתונה לשניהם אין זה מלכתחילה מרחב מוגן).⁷⁰ המקרה שבו המגן אינו שייך לאף אדם הוא מקרה, לדעתי, קשה יותר. למשל, מה הדין במקרה שבו הפועל עומד על ספינה שאינה שייכת לאף אדם ומשיט אותה אל החוף? ניתן מצד אחד לטעון גם כאן שהתשובה תלויה בצורך של הקרבן אל מול הצורך של הפועל, כפי

69 מקור המושג מופיע במאמרו של דרייפר. ראו: Kai Draper, *Rights and the Doctrine of Doing and Allowing*, 33 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 253, 271 (2005). יש לציין, כי דרייפר עצמו משתמש במושג הזה לטעון כי גם כאשר המגן שייך לפועל, במצב שבו הצורך של הקרבן גדול, הרי שהזכות המגן תיחשב להמתה.

70 דרייפר מעלה מקרה המתייחס לצורך שווה בין הצדדים. שני אנשים נמצאים על ספינה טובעת. עם זאת יש רק חגורת הצלה אחת שאינה שייכת לאף אחד מהם. ברור כי לכל אחד מן הצדדים יש זכות להגיע לחגורת הצלה, ואם אחד הצדדים אכן החזיק בה הוא לא ייחשב כממית את הצד השני. עם זאת, כאשר אחד מן הצדדים כן הגיע לחגורת הצלה, לקיחתה על ידי הצד השני כן תיחשב להמתה. שם, בעמ' 274.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

שטענטי במקרה שבו המגן שייך לצד ג'. עם זאת, נראה מבחינה אינטואיטיבית כי, במצבים מסוימים, עדיין קיים הבדל בין שני המקרים. ניתן להעלות מקרה שישקף מצב זה: "מוות ממחלה" – ראובן עומד למות ממחלה אלא אם יעבור ניתוח העולה סכום כסף ניכר. לשמחתו, הוא שומע כי ישנו מטמון ליד ביתו אשר באמצעותו יוכל הוא לממן את הניתוח. שמעון מודע אף הוא למטמון זה, רץ מיד ומוצא את המטמון, ומשתמש בו לצרכיו הוא. כתוצאה מכך, ראובן לא עבר את הניתוח ומת.

במצב זה לשני הצדדים יש זכות שימוש במטמון, אולם הצורך של ראובן גדול יותר, שכן הוא זקוק לתרופה כדי להינצל ממות. עם זאת, אני סבור כי הסיווג הנכון יותר למקרה זה הוא הנחה למות. במקרה זה נוכל לדעתי להרשיע את שמעון בהריגה או ברצח רק בכפוף לכך שאותרה החובה לפעול, קרי אותרה חובה ספציפית המחייבת את שמעון להציל את ראובן. לעומת זאת, אם הכסף שייך היה לראובן עצמו, הרי שלדעתי הסיווג הנכון יותר הוא המתה ועל כן ניתן יהיה להרשיע את שמעון בהריגה או ברצח ללא איתור חובה לפעול.⁷¹ כלומר, ייתכן שקיים הבדל בין מצב שבו המגן שייך לצד ג' לבין מצב שבו המגן אינו שייך לאף אדם. כאשר המגן שייך לצד ג' הרי שהסיווג יהיה תלוי בצורך של הקרבן והפועל במגן. לעומת זאת, כאשר מדובר במגן שאינו שייך לאף אדם, כי אז ההגדרה אינה תלויה בצורך של הפועל והמגן בקרבן.

יש לציין כי הגדרת המתה והנחה למות במקרים של הסרת מגן, כתלויה, בין היתר, בשאלת הבעלות הקניינית של המגן נתמכת בעמדתם של מספר כותבים. כך למשל, מקמהן מציין בספרו:

"The idea that the provider's aid must be in some sense continuing in order for his withdrawing it to count as letting die does not imply that any further action is required from him on the dependent person's behalf. That is, one may let a person die even if there is nothing that one must do in order for the person to survive. As long as the dependent person's continued survival depends on resources that properly belong to the provider (where "resources" are understood liberally to include action, physical possessions, political power, and so on), it can be appropriate to

71 יש לציין שוב, כי הדגש כאן אינו שמירה על זכות הקניין של הצדדים. זכות הקניין אינה מטרה בפני עצמה. אינני טוען כי מכיוון שהמגן שייך לקרבן אזי הסרת המגן חמורה יותר רק בשל כך. אני טוען שבמסגרת אמנה חברתית היינו קובעים כללים אלה כדי לאפשר לבני האדם לחיות ללא פחד. במסגרת אמנה זו, היינו אוסרים בראש ובראשונה המתה על ידי פגיעה בגוף או בקניין שלנו. לאחר מכן, היינו אוסרים המתה על ידי פגיעה במשאבים של צד ג' (למשל הסרת מגן השייך לצד ג' בהתאם למפורט לעיל), ולבסוף היינו אוסרים על הנחה למות, שמשמעותה אי מתן עזרה או הסרת מגן השייך לפועל עצמו.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

see the dependent person as being kept alive by the provider. So that the withdrawal of the life sustaining resources by the provider will count as an instance of letting die."⁷²

כפי שציינתי לעיל, נראה שזוהי גם עמדתה של פרנסיס קם:

"Essentially, removing a defense against a potential cause of death – this could be a cause that had at one time already threatened the person or something entirely new – is a killing if the person who dies was not dependent for the defense on the person who terminates it. *If an agent terminates aid and so allows a potential cause of death actually to kill someone, but it is aid that the agent himself was providing, or aid that belongs to the agent then we have a letting die. (this disjunctive set of conditions is meant to include cases in which A takes what is B's to help C, and B then removes it).*"⁷³

כלומר, הן מקמהן הן קם ראו את הרלוונטיות של הבעלות על המגן. במקרה שהמגן שייך לפועל הרי שהסרתו מסווגת כהנחה למות. לעומת זאת, כאשר המגן שייך לקרבן הרי שהפעולה מסווגת כהמתה.

(3) הפרדת תאומות סיאמיות – מעשה או מחדל

עמדה זו מקבלת חיזוק אף מפסק דין אנגלי המתייחס להפרדת תאומות סיאמיות. סיפור המקרה התרחש באנגליה. ג'ודי ומארי נולדו כתאומות סיאמיות. לכל אחת מן הילדות היה מוח, לב, כליות ידיים ורגליים, ושאר אורגנים. עם זאת, הלב והכליות של מארי קיבלו אספקה של דם וחמצן מגופה של ג'ודי. אם מארי הייתה נולדת לבד היא לא הייתה שורדת.

72 ראו: JEFF McMAHAN, THE ETHICS OF KILLING: PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE 381 (2002) (ההדגשות שלי).

73 ראו: F.M. KAMM, MORALITY, MORTALITY: RIGHTS, DUTIES, AND STATUS 28-29 (1996) (ההדגשות שלי). אמנם לפי קם ומקמהן לא ברור מה הדין במקרה שבו הפועל הניח מגן השייך לקרבן ולאחר מכן הסיר אותו, אך עדיין ברור כי ההגדרה של המתה והנחה למות תלויה בצורה זו או אחרת בבעלות על המגן. כמו כן, לעמדה המבססת את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות על זכויות הקניין ראו: דרייפר, לעיל הערה 69, בעמ' 270-269. זוהי גם עמדתה המפורשת של ג'ודית תומסון. ראו: Judith Jarvis Thomson, *Physician – Assisted Suicide*: *Two Moral Argument*, 109 ETHICS 497, 503-504 (1999). לפי תומסון, אם א' מספק מגן לב' על ידי מאמציו או המשאבים שלו, הרי שאם הוא יסיר את המגן הוא יניח לב' למות רק אם הוא לא התחייב לב' למגן זה. אם הוא התחייב כלפי ב' לשים את המגן אזי הסרת המגן תסווג כהמתה.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

המצב היה כדלהלן: אם לא היה מתבצע שום ניתוח המפריד בין התאומות הרי שהתאומות היו מתות מספר חודשים לאחר מכן, שכן ליבה של ג'ודי לא היה מחזיק מעמד. לעומת זאת, אם היה מתבצע ניתוח ההפרדה הרי שג'ודי הייתה ממשיכה לחיות ואילו מארי הייתה מתה מיד לאחר מכן. הורי התאומות לא יכלו להסכים לניתוח, שכן הם לא יכלו להחליט להרוג אחת מן התאומות כדי להציל את השנייה. במסגרת הדיון עלתה השאלה האם מותר לבצע את הניתוח כך שבסופו של דבר ג'ודי תחיה אולם מארי תמות מיד לאחר מכן, או שמא יהיה מדובר ברצח מארי. בית המשפט האנגלי דן במסגרת פסק הדין, בין היתר, בשאלת המעשה והמחדל. קרי, האם הפרדת התאומות מסווגת כמעשה או שמא כמחדל. יש שרצו לטעון כי הפרדת התאומות דומה להפסקת פעולת מכונית הנשמה (שכן ג'ודי סיפקה דם וחמצן למארי), ולפי פסק דין בלנד⁷⁴ הרי שהפסקת פעולת הנשמה דינה כמחדל ולא כמעשה. אולם, בית המשפט לא קיבל השוואה זו. הנקודה המעניינת היא הנימוק לאי-קבלת ההשוואה. על פי בית המשפט כדי לנתק בין התאומות היה צריך לפלוש לגופה של מארי ולא ניתן היה להסתפק רק בטיפול באיבריה של ג'ודי. בשל הצורך לפלוש לגופה של מארי כדי לבצע את הטיפול, הרי שלא ניתן להגדיר זאת כמחדל אלא כמעשה.

“7.7 Act or omission in this case?”

I set out earlier (I realise with embarrassment a lot earlier) how this operation would be performed. The first step is to take the scalpel and cut the skin. If it is theoretically possible to cut precisely down the mid-line separating two individual bodies, that is not surgically feasible. Then the doctors have to ascertain which of the organs belong to each child. That is impossible to do without *invading Mary's body in the course of that exploration. There follow further acts of separation culminating in the clamping and then severing of the artery. Whether or not the final step is taken within Jodie's body so that Jodie's aorta and not Mary's aorta is assaulted, it seems to me to be utterly fanciful to classify this invasive treatment as an omission in contra-distinction to an act.* Johnson J.'s valiant and wholly understandable attempt to do so cannot be supported and although Mr Whitfield Q.C. did his best, he recognised his difficulty. The operation has, therefore, to be seen as an act of invasion of Mary's

Airedale NHS Trust v. Bland [1993] AC. 789, ראו, 74

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומיית הפרט

bodily integrity and unless consent or approval is given for it, it constitutes an unlawful assault upon her.”⁷⁵

כלומר, אף בית המשפט בפרשת התאומות הסיאמיות הסביר את העובדה שאין מדובר במחדל, לא בכך שמדובר בפעולה גופנית, אלא בכך שניתוח הפרדת התאומות יצריך פלישה לגופה של מארי, וכאשר ישנה פלישה לגוף של הקרבן הרי שלא ניתן להגדיר זאת כמחדל. משתמע מפסק הדין שאם ניתן היה להפריד את התאומות רק באמצעות מגע בגופה של ג'ודי אזי הפעולה הייתה מוגדרת כמחדל. אולם, כיוון שהניתוח יצריך פלישה לגופה של מארי לא ניתן היה להגדיר זאת כמחדל אלא כמעשה.

6. הקשר בין ההגדרה לרציונל

ציינתי לעיל, כי ההגדרה של המתה והנחה למות קשורה לחדירה או פלישה למרחב המוגן של האדם. כמו כן, ציינתי את הרציונל להבחין בין המתה לבין הנחה למות המבוסס על האינטרסים השונים העומדים בבסיס האיסורים הללו. כעת אסביר את הקשר שבין הרציונל להגדרה עצמה.

האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על המתה מבקשים להגן על האפשרות לחיות ללא פחד ובכך לאפשר את האוטונומיה של החברה בכלל ושל האדם בפרט. לשם כך יש צורך לכונן מרחב מוגן לאדם שאותו אסור לחדור. המרחב המוגן העיקרי של האדם הוא גופו ומשאביו. האדם מגן על עצמו, בראש ובראשונה, באמצעות גופו ומשאביו ולא באמצעות גופם ומשאביהם של אחרים. גופו ומשאביו של האדם הם מבצרו. לכן ראוי לאסור יותר מכל את החדירה למרחב זה. אם לא נאסור זאת, הרי ששוב יחיה האדם בפחד מתמיד שכן בכל רגע נתון יהיה ניתן לחדור למרחב המוגן שאמור לשמור עליו. כיוון שכך, נכון לסווג הסרת מגן השייך לקרבן וכן יצירת סיכון שפגעה בגופו של אדם וגרמה למותו כהמתה, שכן יש כאן חדירה למרחב המוגן של האדם. לעומת זאת, נכון לסווג הסרת מגן השייך לפועל (ובמקרים מסוימים גם הסרת מגן השייך לצד ג' או לאף צד אחר) כהנחה למות. אני סבור כי לא זו בלבד שנכון לסווג את המקרים כך, אלא שסיווג זה עולה לדעתי בקנה אחד עם האינטואיציות המוסריות שלנו. הרציונל המוסרי שהעליתי, מנסה לספק תשתית מוסרית לאינטואיציה זו.

יש לציין, כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם התאוריה של האמנה החברתית, הן ההובסיאנית הן הרולסיאנית. מבחינת התאוריה ההובסיאנית החוששת מחזרה למצב הטבעי, הרי שבמסגרת של אמנה חברתית וכדי לקיים חברה שבה אדם יכול לחיות ללא חשש, הרי שכל בני האדם היו מסכימים לכך שאסור בראש ובראשונה, לגרום למותו של

75 ראו: [2000] 4 All ER 961, 1003 Re A (children) (conjoined twins: surgical separation) (ההדגשות שלי).

שער ראשון : ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

אדם באמצעות פגיעה בגופו או במשאביו. אי-קבלת איסור זה עלולה לגרום נפילה חזרה למצב הטבעי. מבחינת התאוריה הרולסיאנית הרי שאנשים היו מקבלים כלל זה, שכן ללא כלל זה הם לא יוכלו ליהנות מן החירויות הבסיסיות של האדם, וללא חירויות אלו הרי שהם לא יוכלו לקדם את חייהם ומטרתם.

7. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

לאור האמור, הצורך באיתור חובה ספציפית לפעול במחדל כדי להרשיע בהמתה נועד כדי לפתור את החולשה המוסרית שיש במחדל לעומת המעשה (בהתאם להגדרה שהעליתי בהקשר של המתה והנחה למות). עם זאת, לאור הרציונל שהצגתי ייתכן שישנו נימוק מדוע דווקא חובות מסוימות יכולות לשמש כמקור חובה כדי להרשיע, למשל, בהמתה במחדל ואילו חובות אחרות לא יכולות לשמש כמקור חובה כזה.

ההבחנה שהצעתי נשענת על כך שאיסור על המתה מאפשר חיים ללא פחד ומהווה בסיס לקיומה של החברה, שכן ללא איסור זה אין אוטונומיה לאדם (מחמת הפחד המתמיד שמא יהרגו אותו), מה שאין כן האיסור על הנחה למות. עם זאת, נראה שבמקרים מסוימים האוטונומיה של האדם יכולה להישחק באופן משמעותי אם ידע שלא יקבל עזרה במצבים מסוימים. ראשית, קיימים מקרים שבהם הכניסה למצב המסוכן אינה אשמתו של האזרח, כגון מחלה או שריפה שנגרמה עקב פגעי מזג האוויר ואשר קשה להתגונן מפניה. שנית, הפגיעה באוטונומיה אף יכולה להתרחש עקב כך שהאזרח ישמר כל העת מלעשות דברים הדרושים לו מחשש שלא יקבל עזרה כאשר יזדקק לכך.

בשל כך, ממנה החברה "סוכנים" מסוימים שתפקידם לספק הגנה לבני החברה במצבים מסוכנים העלולים לגרום להם נזק. תפקידם של הסוכנים הוא לספק יציבות וביטחון לפרטים: רופא שיטפל במצוקתם, מציל שימנע את טביעתם, הורים שישגיחו על ילדיהם ועוד. בעלי תפקידים אלה חשובים על מנת לשוות לחברה אנושית את היציבות והביטחון בכדי שהחברה והפרט יוכלו לממש את האוטונומיה שלהם.

ברור כי לא בכל מקרה תישלל האוטונומיה של האדם אם ידע כי לא יקבל עזרה. ברור לדעתי כי אם לא היה נחקק חוק "לא תעמוד על דם רעך", עדיין הייתה נותרת בידי האדם האוטונומיה שכן הוא עדיין יכול היה לחיות חיים סבירים ברי משמעות, ללא חשש ופחד. לעומת זאת, לו היינו מבטלים לחלוטין את החובה להציל ולעזור אף במקרים ספציפיים (כגון שוטרים, אבות או רופאים), אזי נראה שהאוטונומיה של האדם הייתה נשחקת באופן משמעותי, מתוך הבנה כאמור שישנם דברים שאינם בשליטתנו ולולא חובות אלו יתקשו האדם והחברה לשרוד, להתפתח ולממש את האוטונומיה שלהם. כך, אילו לא היינו יכולים לסמוך על כך שרופא יציל את חולהו, יכולתנו להתפתח הייתה קשה הרבה יותר בשל החשש מפני מחלה. כמו כן, אילו לא יכולנו לסמוך על אדם שהתחייב כלפינו שיצילנו בשעת הצורך, יכולתנו להתפתח ולשרוד הייתה קשה, מתוך ידיעה כי קיימים מצבים

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

מסוימים שאנו זקוקים לעזרתם של אחרים. היכולת של האדם בפרט והחברה בכלל להתפתח במקרה בו אין אדם יכול לסמוך על חברו שהתחייב כלפיו היא נמוכה מאוד. כך גם ביחס לחובת ההורים כלפי ילדיהם, אילו לא היה כלל המחייב הורים לדאוג לילדיהם, הרי שספק אם החברה יכולה הייתה להתקיים.

הרעיון המרכזי המובע בדברים שלעיל הוא אפוא זה: החובות לפעול היכולות לספק בסיס לעבירת ההמתה הן החובות המגנות באופן משמעותי על האוטונומיה של האדם בכך שהם מקנות יציבות וביטחון לפרטים בחברה. ללא חובות אלו האוטונומיה של האדם הייתה נשחקת.

לאור האמור, אני מציע לראות את החיובים הקשורים במוות של אדם כמעין ספקטרום. החיוב החלש הוא להציל אדם שאינו קשור אליי בצורה כזו או אחרת. אני לא מחויב אליו מכוח תפקיד או מכוח התחייבות או מכוח הסיכון. החיוב הבא הוא הצלת אדם הקשור אלי מכוח חוזה או מכוח תפקיד או מכוח יצירת הסיכון. והחיוב כבד המשקל ביותר הוא החיוב שלא להמית אדם.

רמת החומרה נמדדת ברמת הפגיעה באדם בפרט ובחברה בכלל, אילו לא היה כלל כזה. מבחינת האמנה החברתית, השאלה היא אלו חוקים אנשים היו מקבלים על עצמם במסגרת אמנה? אדם שיכולים להרוג אותו כל רגע נתון הוא אדם המצוי בפחד מתמיד ובכך הוא מאבד את האוטונומיה שלו לעשות דברים. במצב זה ברור כי גם החברה אינה יכולה להתפתח. עם זאת, אדם שלא יכול לסמוך על אף אדם שיעזור לו במקרה הצורך (אף שהתחייבו לעזור לו) הוא אדם שרמת האוטונומיה שלו להתפתח היא נמוכה. הוא אמנם לא יחיה בפחד שמא יהרגו אותו, אך הוא לא יוכל להתפתח ולצמוח, שכן התפתחות וצמיחה מצריכה לקיחת סיכונים מסוימים, אך לקיחת סיכונים מצריכה שיתוף פעולה בין אנשים. לכן, אנשים היו מקבלים ראשית לכל חוק שאוסר על המתה, אולם הם היו מקבלים חוק שבמקרים מסוימים ישנה חובת הצלה, וחובה זו היא כבדת משקל הרבה יותר מאשר חובת הצלה שאינה נובעת מיחסים מיוחדים בין אנשים.

ייתכן שלא כל החובות יכולות להיות מוסכרות באופן שהעליתי לעיל וייתכן שקיימים בסיסים מוסריים נוספים לחובות מסוימות (כגון חובת ההורים כלפי ילדיהם), אולם, הרציונל שהעליתי מעניק כיוון חשיבה לגבי חלק מן החובות האמורות.

8. התייחסות לביקורות שהועלו כלפי התאוריות האחרות

בפרק ב' לעיל הצגתי מספר ביקורות כנגד תאוריית החירות. כעת אנסה להראות מדוע התאוריה שהצעתי לעיל אינה חשופה לביקורות אלו.

טענתי לעיל, כי לפי תאוריית החירות, לכאורה, מותר יהיה להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים, שכן לפי תאוריה זו, כל ההבחנה בין האיסור על המתה לבין איסור על הנחה למות נעשית לטובת הפועל, בכדי לשמור על חירותו ואילו כאן הפועל בעצמו

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

מוותר על חירותו בכך שהוא מעוניין להציל את החמישה. בשל כך, במקרה זה, ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אמורה להיעלם, ולפיכך, אף לא אמורה להיות מניעה להתיר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה. אך נראה שכמעט אין חולקים על כך שאין להתיר מעשה כזה מבחינה משפטית ומוסרית כאחד ומכאן הביקורת כלפי תאוריית החירות.

לדעתי, התאוריה שהצעתי לעיל, אינה חשופה לביקורת זו שכן הבסיס להבחנה אינו נשען על כך שהייתה מתרחשת פגיעה קשה יותר בחירותו של האדם לו היה נחקק איסור כללי נגד הנחה למות. הבסיס להבחנה על פי התאוריה שאני מציע נשען על כך שאיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם והחברה, שכן ללא איסור זה כל אדם היה חי בפחד שמא יהרגו אותו, וחוסר ביטחון זה עלול היה להביאו לידי מצב שבו לא תיוותר לו האוטונומיה המינימלית לנהל את חייו בצורה סבירה. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות אינו מכונן את האוטונומיה של האדם אלא לעתים רק מרחיב אותה, שכן אף ללא האיסור על הנחה למות יכול היה האדם לחיות חיים סבירים. בשל הבדל זה ציינתי כי במסגרת אמנה חברתית אנשים היו מקבלים ראשית לכל כלל האוסר על המתה, כדי שיוכלו לחיות חיים עם אוטונומיה מינימלית. אולם נראה כי כדי להגן על האפשרות לחיות חיים עם ביטחון ללא פחד ובכך לכונן את האוטונומיה יש גם לאסור מלכתחילה להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה. היעדר איסור להרוג בסיטואציה מעין זו יותיר את החברה במצב של חשש וחוסר ביטחון שכן בכל רגע נתון עדיין יהיה קיים החשש שיהרגו אדם אחד כדי להציל מספר רב יותר של אנשים.

ניתן להבחין כי שינוי נקודת המבט – מתאורית החירות השמה את הדגש על הקשיים למלא אחר האיסור על הנחה למות, אל תאורית הפגיעה באוטונומיה השמה את הדגש על הפגיעה הפוטנציאלית בחירות האדם אם לא יכובד האיסור על המתה – הוא שמסביר מדוע יש לאסור גם מקרים שבהם הפועל מוותר על חירותו ומוכן להציל מספר אנשים במחיר הריגת אדם אחד, שכן באופן טבעי, אף מקרים אלה נכללים במסגרת האיסור על המתה הנדרש כדי לכונן ולאפשר את האוטונומיה של הפרט והחברה.

ביקורת נוספת שהצגתי התייחסה למקרה שבו האיסור על המתה יפגע משמעותית בחירות האדם. השאלה ששאלתי היא מדוע במקרים הללו אנו עדיין סבורים כי קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות על אף העובדה שאין הבדל מבחינת הפגיעה בחירות האדם? הצעתי לעיל, כי תאוריית החירות יכולה להשיב על ביקורת זו בכך שאמנם ייתכנו מקרים שאכן חירות האדם תיפגע אם יאסרו עליו להמית, אך מדובר במקרים בודדים. ככלל, איסור על המתה אינו פוגע בחירות האדם שכן כל שנדרש ממנו הוא להימנע מלעשות מעשה מסוים, מה שאין איסור כללי על הנחה למות, אשר היה מחייב אותו להציל כל העת אנשים מסוימים. כיוון שהמשפט בנוי על כללים ואינו יכול לערוך הבחנות המתייחסות למקרים בודדים, כי אז, גם מקרים הפוגעים בחירות האדם (אם יאסרו עליו להמית) יהיו אסורים במידה וזהה למקרי ההמתה שאינם פוגעים בחירות האדם.

על אף זאת אני סבור כי תאורית הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל יכולה להשיב לביקורת זו באופן פשוט יותר. כפי שציינתי לעיל מוקד ההבחנה בין שני האיסורים אינו נעוץ בשוני בפגיעה בחירותו של הפועל. אף אם לא היה קיים שוני בפגיעה בחירותו של הפועל בין שני האיסורים הללו, עדיין הייתה קיימת לדעתי הבחנה מוסרית בין שני האיסורים שכן האינטרסים העומדים בבסיס שני האיסורים הללו הם שונים. כיוון שכך, אף אם מדובר במקרה שבו האיסור על המתה פוגע בחירותו של הפועל, עדיין מקרה זה אינו הופך אותו לקל יותר מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של המתה, שכן גם במקרה זה מדובר בפגיעה בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם והחברה. אם נשוב לרעיון האמנה החברתית שהובהר לעיל, הרי שבמסגרת אמנה זו לא היו האזרחים יוצרים הבחנה בין איסור המתה הפוגע בחירות האדם לבין איסור המתה שאינו פוגע בחירותו, שכן אם הם היו יוצרים הבחנה מעין זו הרי ששוב אוטונומיית האדם והחברה הייתה נשחקת. כל העת היה צריך האדם לחשוש שמא ימית אותו אדם שאיסור על המתה פוגע בחירותו. ומשכך, לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה אין מקום לערוך הבחנה בין איסור המתה הפוגע בחירות האדם לבין איסור המתה שאינו פוגע בחירות האדם.

בנוסף, במסגרת תאורית הסיבתיים, הצגתי ביקורת המתייחסת לזוג מקרים: "מוות מקור 1" ו"מוות מקור 2". בקצרה – ב"מוות מקור 1" ראובן מעוניין להיכנס לביתו של שמעון כדי להינצל מקור אולם שמעון נועל את דלת ביתו ומסרב לתת לראובן להיכנס, ואילו ב"מוות מקור 2" ראובן מעוניין להיכנס לביתו שלו, אך שמעון נועל את דלת ביתו של ראובן ולא מאפשר לו להיכנס.

בהתייחס לשני מקרים אלו, טענתי כלפי תאורית יצירת האיום (שהובאה בשם פוט ומקמהן), כי מבחינה סיבתית קשה לראות הבדל בין שני המקרים שכן שמעון ביצע כאן מעשים זהים לחלוטין. ההבדל היחיד הוא שב"מוות מקור 1" המגן שייך לשמעון ואילו ב"מוות מקור 2" המגן שייך לראובן.

עם זאת, לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל, אני סבור כי ניתן להסביר את ההבדל בין שני המקרים. תאוריה זו כאמור יוצאת מנקודת מוצא כי אף במקרים הקלסיים של הנחה למות מתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הפועל למות הקרבן. עם זאת, אף שבשני המקרים מתקיים קשר סיבתי עדיין קיים הבדל משמעותי בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות. כאמור, איסור על המתה מאפשר חיים עם ביטחון ללא פחד מה שאין כן האיסור על הנחה למות. בהקשר זה טענתי כי כדי לאפשר חיים עם ביטחון יש ליצור מרחב מוגן לאדם אשר יאסור על אנשים אחרים לחדור לתוכו. מרחב מוגן זה מבוסס בראש ובראשונה על גופו ומשאביו של האדם, אשר באמצעותם הוא רשאי להגן על עצמו. כאשר אדם יודע כי חייו מוגנים בתוך מרחב זה הרי שהאוטונומיה שלו נשמרת והוא יכול לנהל את חייו בצורה סבירה.

לאור זאת ברור ההבדל בין "מוות מקור 1" לבין "מוות מקור 2". ב"מוות מקור 1", שמעון לא חדר למרחב המוגן של ראובן כיוון שהוא סגר את דלת ביתו השייכת לו עצמו.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לעומת זאת, ב"מוות מקור 2" שמעון כן חדר למרחב המוגן של ראובן כיוון שהוא סגר את דלתו של ראובן עצמו. לכן, ב"מוות מקור 1" שמעון לא פגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם ואילו ב"מוות מקור 2" הוא כן פגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם. מכיוון שכך, שני המקרים שונים מבחינה מוסרית, וראוי שיהיו שונים אף מבחינה משפטית. קרי, ב"מוות מקור 1" יורשע שמעון בהריגה או ברצח (תלוי ביסוד הנפשי) רק אם אותרה חובה ספציפית לפעול (במקרה זה רק אם אותרה חובה המחייבת אותו לאפשר לראובן להיכנס) ואילו ב"מוות מקור 2" יורשע שמעון בהריגה או ברצח בלא צורך באיתור חובה לפעול.

קרמניצר הציג מקרה דומה (אשר הובא לעיל במסגרת התאוריה של קרמניצר) ולפיו זדוני מנע את לקיחת סירתו ממצילי על ידי אחיזתו בה בכוח. על פי קרמניצר מקרה זה צריך להיות מסווג כמעשה ולא כמחדל ומשכך לא יצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע. לאור תאורית הפגיעה באוטונומיה ברור מדוע ראוי שמקרה זה יסווג כמחדל ולא כמעשה, שכן במקרה זה זדוני מונע ממצילי לקחת את סירתו שלו עצמו ולפיכך אין הוא חודר למרחב המוגן של הקרבן. תגובה דומה רלוונטית גם למקרה "תזווה" שהועלה כביקורת לתאורית החירות. על פי מקרה זה, כדור נורה לעבר שמעון על ידי ראובן. שמעון זו והכדור פוגע בלוי. טענתי לעיל, כי לפי עקרון התנועה הגופנית הרי ששמעון יכול להיות מורשע בהריגת לוי אף ללא קיום חובה לפעול, שכן הוא ביצע תנועה גופנית, אולם בעיני ספק אם הדבר ראוי מבחינה מוסרית ומשפטית. לעומת זאת, על פי תאורית הפגיעה באוטונומיה ברור מדוע מדובר במקרה של הנחה למות שיצריך חובה לפעול כדי להרשיע. במקרה זה שמעון לא חדר למרחב המוגן של לוי, שכן הוא לא יצר את הנזק אלא רק הסיר מגן השייך לו עצמו. במקרה זה המגן הוא גופו של שמעון, וגופו של שמעון לא מהווה באופן טבעי חלק מן המרחב המוגן של לוי, ולפיכך נכון יותר לסווג מקרה זה כהנחה למות ולא כהמתה, ונצריך חובה לפעול כדי להרשיע.

אף הביקורת שהפניתי כלפי קם במקרה "שחייה" יכולה להיות מיושבת היטב בהתאם לתאורית הפגיעה באוטונומיה. בקצרה, במקרה זה שמעון עומד לטבוע בים, אך הוא מנסה להציל עצמו על ידי אחיזה ברגלו של ראובן. אחיזה זו אינה מכבידה על ראובן. עם זאת, כדי להינתק מן האחיזה יורה ראובן בשמעון והורגו.

לפי קם, לכאורה, מקרה זה אינו חמור ממקרה רגיל של הנחה למות שכן שמעון במקרה זה מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו באמצעות עזרתו של ראובן. אולם, מבחינה אינטואיטיבית אני סבור כי מקרה זה אינו שונה מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של המתה. אני סבור כי תאורית הפגיעה באוטונומיה יכולה להסביר מדוע מקרה זה אינו שונה ממקרה רגיל של המתה. לפי תאוריה זו כאמור איסור על המתה אוסר על חדירה למרחב המוגן של האדם, בשל העובדה כי איסור זה מבקש לכונן את האוטונומיה של האדם. במקרה "שחייה" כאשר ראובן יורה בשמעון הוא חודר למרחב המוגן של שמעון ועל כן הוא פוגע בנורמה

המכוננת את האוטונומיה של האדם, ואין זה משנה כלל אם שמעון מאבד חיים שהיו תלויים בראובן אם לאו.

9. נקודות ההשקה בין תאורית הפגיעה באוטונומיה לבין תאוריות אחרות

כפי שציינתי בהקדמה לפרק זה קיימים קווי דמיון בין תאורית הפגיעה באוטונומיה לחלק מן התאוריות שנדונו לעיל: תאורית החירות שהוצגה בשם טרמל וקוגלר, תאורית בעיית התיאום של פיינברג, ותאורית הפגיעה בקרבן כפי שנוסחה על ידי קס. הדמיון בין תאורית הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל, לבין תאורית החירות הוא לכאורה ברור. שתי התאוריות מעניקות לחירות האדם וליכולת שלו לנהל את חייו באופן אוטונומי, ערך מוסרי אינטרינזי, ואכן רעיון החירות כערך מוסרי משתקף על ידי שתי התאוריות באמצעות ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט. עם זאת, קיימים מספר הבדלים מהותיים בין שתי התאוריות הללו. לפי תאורית החירות, שני האיסורים – האיסור על המתה והאיסור על הנחה למות – מבקשים להגן על אינטרסים זהים, קרי, על חייו של האדם. אלא שלפי תאוריה זו, אם המשפט הפלילי לא היה עורך הבחנה בין שני האיסורים – כך שאדם יכול להיות מורשע בהריגה במחדל רק אם אותרה חובה ספציפית לפעול – כי אז חירות האדם הייתה נפגעת, שכן בכל רגע נתון עלול אדם כלשהוא להיות בסכנת חיים. במילים אחרות, עצם ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות נועדה לשמור על החירות של האדם. לעומת זאת, לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה האיסור על המתה מבקש להגן על אינטרסים רחבים ומשמעותיים יותר מן האיסור על הנחה למות. האיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם, שכן ללא איסור זה האדם היה חי בפחד וחשש מתמיד שמא יהרגו אותו, מה שאין כן האיסור על הנחה למות, שלעתים רק מרחיב את האוטונומיה של האדם, אך לבטח אינו מכונן אותה. לפי עמדה זו עצם ההבחנה שעורך המשפט הפלילי, לא נועדה לשמר את החירות; ההבחנה משקפת את העובדה שהמתה עצמה פוגעת יותר בחירות האדם מאשר הנחה למות, או מכיוון מעט שונה, ההבחנה עצמה משקפת את העובדה שאיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם, ואילו איסור על הנחה למות אינו עושה כן. אך מעבר לכך, החירות אליה מתייחסת תאורית החירות היא לדעתי פחות כבדת משקל מהחירות לה אני מתכוון בתאורית הפגיעה באוטונומיה. לפי תאורית החירות ההבחנה נועדה להגן על האפשרות של האדם לחיות את חייו הרגילים ללא הפרעה מצד המחוקק אשר יחייב אותו להציל כל העת אנשים אחרים. אכן, לו לא הייתה נערכת ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות הייתה נפגעת חירותו של האדם, שכן היעדר ההבחנה היה מקשה על האדם לעשות דברים שהוא מעוניין בהם, אולם לדעתי, פגיעה כזו בחירות אינה פוגעת בכבודו של האדם כאדם, היא אינה פוגעת בעצם אנושיותו. על פי עמדה זו, אם לא הייתה מתקיימת הבחנה בין איסור המתה לבין איסור הנחה למות, אמנם היו נוצרים קשיים משמעותיים לאדם לחיות את חייו הרגילים, אך לא היה בכך כדי למנוע לחלוטין את היכולת

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לחיות חיים ברי משמעות. עדיין היו קיימים "איים" מסוימים שבהם הוא יכול היה לממש את חירותו, למשל, כאשר ברור כי אין צורך להציל אנשים אחרים או כאשר אין לאדם היכולת להצילם. ואף יתרה מכך, היעדר ההבחנה אולי היה מקשה על האדם לחיות את חייו הרגילים, אך הוא עדיין היה מאפשר לו להציל חיים של אנשים אחרים, ולעצם היכולת להציל אנשים ישנה משמעות הן מבחינה מוסרית, הן מבחינת מתן אפשרות לאדם לממש את יכולותיו במקרים אלו.

לעומת זאת, לפי תאוריית הפגיעה באוטונומיה ללא האיסור על המתה האדם לא יכול היה לעשות דבר, אף לא להציל אנשים אחרים אם היה מעוניין בכך, שכן כל העת הוא היה חי בפחד וחשש שמא ימיתו אותו. יתרה מזו, לפי תאוריה זו הפגיעה בחירות האדם ללא איסור על המתה אינה מוגבלת כלל בזמן או ביכולת להציל אנשים אחרים, שכן כל הזמן הוא נתון באיום ההמתה מצד אנשים אחרים.

כלומר, ההבחנה, לפי תאוריית הפגיעה באוטונומיה, אינה משקפת רק הגנה על חירות האדם לחיות את חייו הרגילים ללא הפרעה. על פי תאוריה זו האיסור על המתה משקף הגנה על החירות לחיות חיים ברי משמעות מינימלית, מה שאין כן האיסור על הנחה למות. פגיעה מעין זו באוטונומיה של האדם היא אפוא פגיעה משמעותית באנושיותו של האדם ובכבודו. תאוריית הפגיעה באוטונומיה דומה בהקשרים מסוימים לתאוריה של פיינברג אשר התייחס לבעיית התיאום וכן לתאוריה של וויליאמס ופלטשר אשר התייחסו בין היתר לבעיית צמצום האשמים. לפי פיינברג כאמור, אף אם אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כך שאשמתו של הממית אינה שונה מאשמתו של המניח למות, עדיין נדרש המשפט הפלילי לערוך הבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט. לפי פיינברג אם כל אזרח היה מחויב להציל אזרחים המצויים בסכנת חיים כל אימת שהוא יכול לעשות זאת הרי שהייתה נגרמת בעיה קשה של תיאום בחברה, והיה נגרם כתוצאה מכך, בזכוז אדיר של משאבים. דרישת החובה לפעול במחדל מבקשת לפתור אפוא את בעיית התיאום כך שבסיטואציות מסוימות רק אנשים מסוימים יהיו מחויבים להציל. לעומת זאת, לפי פלטשר וויליאמס, אם לא הייתה נערכת הבחנה בין מעשה לבין מחדל, הרי שאז כל באי עולם יכלו להיות מורשעים אך החברה אינה רוצה בכך. הדגש כאן כאמור אינו ברעיון החירות כפי שהוא בא לידי ביטוי בתאוריית החירות שציינתי לעיל, אלא ברעיון ולפיו איננו מעוניינים להרשיע אנשים רבים שכן עובדה זו תפגע ביעילות החברתית ובמערכת אכיפת החוק על כל שלוחותיה.

הדמיון בין תאוריית הפגיעה באוטונומיה לבין תאוריות אלה הוא בעיקר באופן הטיעון שעומד בבסיס התאוריות הללו. גם רציונל צמצום האשמים וגם רציונל בעיית התיאום נשענים לכאורה על אמנה חברתית הקובעת למעשה כי במסגרת האמנתית היו האזרחים יוצרים הבחנה בין מעשה לבין מחדל כדי למנוע בזכוז של משאבים או כדי לצמצם את מספר האשמים, וכפי שציינתי לעיל גם רציונל הפגיעה באוטונומיה יכול להישען על תאוריה של אמנה חברתית (הובסיאנית או רולסיאנית). ההבדל בין רציונל הפגיעה באוטונומיה לשני הרציונלים האחרים נשען על הערכים או האינטרסים העומדים בבסיס שני

האיסורים. לפי רציונל הפגיעה באוטונומיה ההבחנה בין שני האיסורים משקפת את העובדה שהאיסור על המתה מבקש לכונן את האוטונומיה של האדם ובכך הוא מגן על אינטרסים רחבים מאשר האיסור על הנחה למות. לעומת זאת לפי שני הרציונלים האחרים, האיסורים מבקשים להגן על אינטרסים זהים אלא שללא ההבחנה היו נגרמות בעיות נוספות, היצוניות לכאורה לאיסור עצמו – הרחבה של אשמים ובעיה של תיאום, וההבחנה בין מעשה לבין מחדל מבקשת לפתור בעיה זו.

תאורית הפגיעה באוטונומיה דומה בהיבטים מסוימים גם לתאורית הפגיעה בקרבן של קם, ובייחוד בנוגע להגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות. כפי שהראיתי לעיל, הן לפי קם הן לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה יש משמעות לבעלות הקניינית של המגן, שכן לפי שתי התאוריות, אם הפועל הסיר מגן השייך לקרבן הרי שמדובר בהמתה ואילו אם הפועל הסיר מגן השייך לו עצמו, הרי שמדובר בהנחה למות. אמנם הצבעתי לעיל על הבדלים מסוימים שככל הנראה קיימים בין שתי התאוריות, לדוגמה כאשר המגן שייך לצד ג' או שהמגן אינו שייך לאף אדם, אך עדיין אין בכך כדי לשנות את העובדה כי שתי התאוריות מעניקות משקל גם לשיקולים קנייניים. אולם, על אף הקווים הדומים הקיימים בכל הנוגע להגדרה הדסקריפטיבית, הרי שקיים הבדל משמעותי ברציונל ממנו צומחת ההגדרה הדסקריפטיבית. לפי קם הדגש בין המתה לבין הנחה למות מושם על הזכות שיש לאדם על גופו ומשאביו. לכל אדם יש זכות על גופו ומשאביו שלו, אך אין לו זכות על הגוף ועל המשאבים של אדם אחר. לכן לפי קם קיים הבדל בין א' אשר הניח ל-ב' למות לבין א' שהטביע את ב'. במקרה הראשון ב' איבד לפי קם חיים שהיו תלויים במאמציו של הפועל ובמובן זה הוא לא היה זכאי להצלתם, ואילו במקרה השני הרי ש-ב' איבד חיים שלא היו תלויים בפועל ובמובן זה הוא איבד חיים שהוא היה זכאי להם. מרציונל זה נובעת ההגדרה הנשענת בין היתר על השאלה הקניינית, למי שייך המגן שהגן על הקרבן.

לעומת זאת, לפי רציונל הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל, ההיבט הקנייני נובע מן הצורך ליצור מרחב מוגן לאדם, כדי למנוע את החשש והפחד מפני המתה. לכן לפי תאוריה זו, מקרה שבו א' מטביע את ב' חמור יותר ממקרה שבו א' לא מציל את ב' שכן במקרה ההטבעה ישנה חדירה למרחב המוגן של האדם ובכך יש פגיעה בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם. לעומת זאת במקרה היעדר ההצלה, אין חדירה למרחב המוגן של האדם ולפיכך אין גם פגיעה בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם. הדגש כאן אינו בפגיעה בזכויות הקנייניות ככאלה (כמטרה בפני עצמה), אלא בצורך ליצור מרחב מוגן מפגיעה על ידי אדם אחר.

פרק ד

תאורית הפגיעה באוטונומית הפרט

1. מבוא

השאלה היא כאמור, מהו הרציונל המבחין בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות? מדוע במקרה של הנחה למות יש צורך באיתור חובה ספציפית לפעול כדי להרשיע נאשם?

עד עתה ראינו מספר דרכים להבחנה בין שני האיסורים הללו:

האפשרות הראשונה התמקדה בטענה כי הקשר הסיבתי במקרה של המתה ישיר יותר מהקשר הסיבתי במקרה של הנחה למות (וכפי שציינתי יש הטוענים כי במקרה של הנחה למות לא קיים קשר סיבתי כלל).

האפשרות השנייה התמקדה בכך שהחירות של הפועל נפגעת יותר במקרה של איסור על הנחה למות מאשר באיסור על המתה.

האפשרות השלישית התמקדה בכך שהפגיעה בקרבן היא שונה, בין היתר מכיוון שבמקרה של המתה הפגיעה בקרבן חמורה יותר שכן היא הופכת את מצבו של הקרבן לרע יותר ואילו במקרה של הנחה למות מצבו של הקרבן אינו משתנה.

בפרק זה אטען, כי בניגוד לגישות הללו, יש ללכת בכיוון שונה, הן מבחינת הרציונל המבחין בין המתה להנחה למות, הן מבחינה מתודולוגית.

מבחינת הרציונל אטען כי המפתח להבחנה מצוי בהבנה על אלו אינטרסים שני האיסורים – האיסור על המתה במעשה והאיסור על הנחה למות – מבקשים להגן. נראה, כי נקודת המוצא של כל התאוריות הקודמות הייתה כי שני האיסורים מבקשים להגן על אינטרסים או ערכים זהים ועל כן יש למצוא את ההבחנה במעשה עצמו, ברמת הפגיעה בקרבן, או שמא ברמת היכולת למלא אחר האיסור. אני לעומת זאת סבור, כי האינטרסים העומדים בבסיס האיסורים הללו שונים; האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על המתה רחבים יותר ומשמעותיים יותר מהאינטרסים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות. האיסור על המתה מכונן את האוטונומיה האישית שלנו, כיחידים וכחברה, באשר הוא מאפשר לנו לחיות חיים עם ביטחון ללא פחד. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות אינו מכונן את האוטונומיה האישית שלנו, אלא רק (במקרים מסוימים) מרחיב אותה.

מבחינה מתודולוגית אטען, כי יש להוכיח את ההבחנה בדרך שונה מהדרכים שבהם הלכו כותבים רבים בנושא זה. רבים ניסו להוכיח את קיומה או אי-קיומה של הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות, באמצעות הצגת שני מקרים, האחד של המתה והשני

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

של הנחה למות, תוך שהם מראים כי קיים או שלא קיים שוני מוסרי בין המקרים. אופן ההסתכלות שלי הוא כאמור שונה. איני בוחן שני מקרים פרטיים של המתה ושל הנחה למות ומחליץ מתוך כך מדוע האיסור על המתה חמור יותר. נהפוך הוא. אני מנסה לבחון מה עומד בבסיס האיסור על המתה ובסיס האיסור על הנחה למות, ודרך זו אני בוחן מדוע האיסור על המתה חמור יותר. במילים אחרות אני טוען, כי את חומרת האיסור אין לגזור ממקרה פרטי. יש לגזור אותו מתוך האינטרסים או הערכים העומדים בבסיס האיסור על המעשה. ואת האינטרסים יש לגזור מתוך כלל מוסרי האוסר על המעשה והמוחל על כלל החברה.

במסגרת הטיעון שאני מציע כאמור, אפרט באופן רחב יותר כי החשיבה על חומרת האיסור דרך האינטרסים העומדים בבסיסו במסגרת הכלל המוחל על החברה, עולה בקנה אחד הן עם אופן ההסתכלות של התאוריה המוסרית של תועלתנות כלל, הן עם אופן ההסתכלות של תאוריית המוסר המבוססת על אמנה חברתית – הובסיאנית ורולסיאנית. לאחר הצגת הטיעון בהקשרו הרחב, אראה כיצד משיבה התאוריה שאציע על הביקורות שהפניתי כלפי התאוריות הקודמות, ובעיקר כלפי תאוריית החירות, תאוריית הסיבתיות ותאוריית הפגיעה בקרבן.

בנוסף אדגיש, כי על אף השינויים הקיימים בין תאוריית הפגיעה באוטונומיה שאני מציע לבין כלל התאוריות האחרות, קיימים גם קווי דמיון בין תאוריה זו לחלק מן התאוריות האחרות שהצגתי. במסגרת זו אציין את קווי הדמיון הקיימים בין תאוריית הפגיעה באוטונומיה לבין תאוריית החירות שהוצגה לעיל בשם טרמל וקוגלר, תאוריית הפגיעה בקרבן שהוצגה בשם קס, וכן תאוריית בעיית התיאום שהוצגה בשם פיינברג.

2. הצגת הטיעון

כפי שצינתי לעיל, נראה, כי נקודת המוצא של כל התאוריות הקודמות הייתה כי שני האיסורים מבקשים להגן על אינטרסים או ערכים זהים ועל כן יש למצוא את ההבחנה בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות, באופן המעשה עצמו, ברמת הפגיעה בקרבן, או שמא ביכולת למלא אחר האיסור.

לעומת הגישות הללו, אני סבור כי שני האיסורים – האיסור על המתה במעשה והאיסור על הנחה למות – מטרתם להגן על אינטרסים או ערכים שונים. האיסור על המתה במעשה מבקש להגן על אינטרסים בסיסיים ורחבים יותר הקשורים לאדם בפרט ולחברה האנושית בכלל ואילו האיסור על הנחה למות מבקש להגן על אינטרסים צרים הרבה יותר.

כדי להבין מה עומד בבסיס כל איסור יש לשאול שתי שאלות שונות:

(1) השאלה הראשונה היא, מה היה קורה בעולם לו לא היה קיים איסור על המתה במעשה?

(2) השאלה השנייה היא, מה היה קורה בעולם לו היה קיים איסור על המתה במעשה, אך לא היה קיים איסור על הנחה למות?

שתי השאלות הללו יבהירו לנו מה הייתה תמונת המצב לולא היה קיים האיסור הרלוונטי. או במילים אחרות, על מה בדיוק מגן כל אחד מן האיסורים הללו. לגבי השאלה הראשונה נראה כי בלא איסור על המתה במעשה קיים חשש שניפול לחיים של מגננה ופחד מפני פגיעות שונות שעלולות לגרום למוות. במצב זה אף אם אנשים היו מצליחים לשמור על חייהם ולא היו מתים, עדיין קיים חשש שהם היו חיים בפחד ובאיום מתמיד מפני המוות. פחד זה היה גורר לפגיעה משמעותית באוטונומיה של האדם שכן במצב זה יקשה על האדם לממש את שאיפותיו ולתכנן את חייו באופן סביר. בהקשר זה ראוי להביא את דבריו של הובס המתייחס למצב הטבעי:

”במצב זה של אי בטחון הדדי, אין לו לאדם דרך נבונה יותר להבטיח את עצמו, מאשר אם יקדם את הרעה, זאת אומרת, בחוזק יד או בתחבולות ערמה ישתלט על כל מי שיוכל ועד שלא יראה עוד כוח אחר שיהא בו כדי לסכן את קיומו: ואין זה יותר ממה שדורשת שמירת קיומו, ובדרך כלל מוסכם הדבר. וכן, מאחר שמצויים בני אדם שלבם שש לקראת גילוי כוחם במעשי כיבוש, והם מרחיבים את כיבושיהם מעבר למה שדורש בטחונם, הרי גם אחרים (שאלמלא כן היו מסתפקים בחיי נחת בתוך גבולות צנועים), אילו לא היו מגדילים את כוחם על ידי מעשי פלישה, לא היו לאורך ימים מחזיקים מעמד תוך התגוננות בלבד...”

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 לביטחונם במצב כזה אין מקום לחריצות כפיים, משום שפרותיה אינם בטוחים. על כן אין עבודת אדמה; אין שיט וגם לא שימוש במצרכים שאפשר להביא בדרך הים: אין בניינים נוחים: אין כלים להעתיק ולהוביל דברים שמצריכים כוח רב: אין ידיעה על פני הארץ; אין ספירה של הזמנים; אין אמנויות; אין ספרות; 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”¹.

1 ראו: תומס הובס לויטן: או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית 114-116 (יוסף אור תרגם, תשכ”ב). כפי שציינתי במבוא הכללי לספר זה, חשוב להדגיש כי תאוריה זו אינה מחייבת את ההנחה כי כולם היו מנסים להמית את כולם. אף אם רק חלק מן האנשים היו מנסים להמית אנשים אחרים, עדיין האדם היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו. בנוסף, אף אם איננו יודעים באם אנשים היו מנסים להמית את כולם, עצם החשש והפחד מפני מעשים אלו (מתוך ידיעה שלא קיים איסור על המתה), היה מכרסם באוטונומיה של האנשים באופן משמעותי.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

כלומר, לפי הובס במצב שבו לכל אדם מותר להרוג כל אדם הרי שחיי האדם אינם חיים. אין אנושיות, אין תרבות, אין יצירה והחמור מכל, כל העת נמצא האדם בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו.

חשוב להדגיש כי הבעיה שהייתה מתרחשת במידה שלא היה קיים איסור על המתה, לא הייתה מסתכמת רק בכך שאנשים היו נלחמים האחד בשני כל הזמן. הבעיה העיקרית היא, שאף אם אנשים לא היו מתים הרי שמחמת הפחד אוטונומית האדם הייתה נפגעת באופן משמעותי וכתוצאה מכך התפתחות התרבות הכללית הייתה נפגעת.

קבא בספרו על הובס מציין עובדה זו כאשר הוא דן בשאלה מה הטריד את הובס יותר מכל במצב הטבעי בנוגע למוות:

“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.”²

יודגש מיד, כי אף אם לא נגיע למצב הטבעי הקיצוני אותו תיאר הובס של מלחמת הכל בכל, עדיין קיים חשש שללא האיסור על המתה חלק מן האנשים ינסו לתקוף, לפגוע או להמית אנשים אחרים (בשל שנאה, טובות הנאה, הישרדות ועוד) ועובדה זו תגרום, לפחות לכאורה, לחשש משמעותי מפני תקיפות אלה. ויתירה מזאת, אף אם אנשים לא ינסו לתקוף האחד את השני, לא מן הנמנע כי אנשים יחששו מפני תקיפות פוטנציאליות אלה. כך מתאר רוברט נוזיק את מצב החברה בהיעדר חוקים כנגד 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

2 ראו: GREGORY S. KAVKA, HOBBSIAN MORAL AND POLITICAL THEORY 81-82 (1999) (ההדגשות שלי). לעניין החשש והפחד שהיה נגרם כתוצאה מהיעדר עיגון של חוקים נגד המתה, תקיפה, אונס וכדומה ראו גם: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 66 (1974).

such general apprehension and fear, these acts are prohibited and made punishable.”³

לעומת זאת, אם היה קיים איסור על המתה במעשה (ובהנחה שאיסור זה היה נאכף), אך לא היה קיים איסור על הנחה למות, הרי שיתכן שלא היה מדובר בקיום אנושי אופטימלי אך לבטח, לא היינו מגיעים למצב הטבעי של הובס – של מלחמת הכול בכול. במצב זה עדיין הייתה תרבות אנושית, והאדם לא היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו ואף לא למצב פחות חמור. אמנם הוא היה צריך לחשוש מפני מצבים מסוכנים, אך עובדה זו בדרך כלל תלויה בו עצמו. במצב כזה הקיום האנושי הוא סביר והאדם לא היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו.⁴

מהאמור לעיל עולה כי האיסור על המתה במעשה מבקש להגן על אינטרסים או ערכים הרבה יותר בסיסיים ליכולתו של האדם וליכולתה של החברה לנהל חיים סבירים, מאשר האיסור על הנחה למות. מטרתו של האיסור על המתה היא מתן אפשרות לאדם לחיות חיים ראויים עם אוטונומיה אישית, חיים ברי משמעות עבורו ולא חיים של פחד מתמיד עם פגיעה ממשית ביכולת האדם לנהל חיים סבירים. במובן זה, האיסור על המתה מכונן במידה רבה את האוטונומיה של האדם והחברה לחיות חיים ברי משמעות ללא פחד. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות אינו מכונן ערכים אלו. ייתכן שאיסור על הנחה למות מרחיב, במידה מסוימת את האוטונומיה של הפרט בכך שאדם יודע שיצילו אותו במקרים שהוא זקוק לכך, אך הוא אינו מכונן אותה.⁵

לפי עמדה זו, ברור מדוע הענישה בגין עבירת הרצח חמורה יותר מהענישה בגין עבירה על חוק “לא תעמוד על דם רעך”, גם כאשר מדובר ביסוד נפשי זהה. כאשר אדם רוצח, הוא פוגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה האישית שלנו, המאפשרת לנו, כחברה וכיחידים, לחיות חיים ברי משמעות. לעומת זאת, כאשר אזרח לא מציל אדם אחר, הוא אינו פוגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה האישית שלנו, שכן אף אם לא היה קיים איסור זה, עדיין הייתה לנו אוטונומיה ועדיין היינו יכולים לנהל את חיינו באופן סביר.⁶

3 Nozick, שם.

4 ברור שקיימים מקומות נחשלים שבהם הקיום מעצם טבעו הוא מסוכן בשל חשש ממחלות או מרעב, אך עדיין אני סבור כי גם במקומות אלו קיים חשש גדול יותר מפני המתה מאשר הנחה למות. יתרה מזו, ייתכן בהחלט שבמקומות אלו, האיסור על הנחה למות צריך להיות חמור יותר שכן במקומות אלו איסור זה גם כן שומר על שרידותה של החברה.

5 בהקשר זה יש להדגיש כי האיסור על הנחה למות אמנם מרחיב מצד אחד את האוטונומיה של הפרט והחברה במובן זה שאדם יודע שיצילו אותו, אך מצד שני הוא מצמצם את האוטונומיה של הפרט שכן בכל רגע נתון אדם צריך לבצע פעולת הצלה.

6 אני סבור כי התבוננות בחיינו אנו מצביעה על הבדל זה בצורה משמעותית. כאשר מתרחש רצח באחד מן המקומות בארץ הרי שהוא גורם לחשש ולפחד אצל כלל האוכלוסייה שחשה מאוימת. רצח באילת משפיע על האדם בעפולה שכן הוא חש מאוים על ידי כך שאף לו זה יכול לקרות. וככל שמתגברות הרציחות ומתגברת האלימות כך תחושת הפחד שלנו גוברת. אנו

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

בנקודה זו ראוי להדגיש, כי כפי שכתבתי במבוא לספר זה ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות היא רק דוגמה ספציפית (אף שהיא המשמעותית ביותר) להבחנה כללית יותר בין גרימת נזק לבין נתינה לנזק לקרות (doing harm and allowing harm). אולם, רציונל הפגיעה באוטונומיה רלוונטי גם לנזקים שאינם קשורים כלל להמתה. כך למשל, איסור גרימת חבלה במעשה חמור מאיסור גרימת חבלה במחדל (אף אם נניח כי מתקיים קשר סיבתי במחדל) שכן איסור חבלה במעשה מגן על האוטונומיה של האדם באופן משמעותי יותר מאיסור חבלה במחדל. באופן דומה, אך בהקשר לרכושו של האדם ולא לגופו, גרימת נזק לרכוש במעשה פוגעת באוטונומיה של הפרט והחברה באופן משמעותי יותר מגרימת נזק במחדל.

יש להדגיש כי הרציונל שאני מציע להבחין בין המתה לבין הנחה למות שונה לחלוטין מהרציונלים שהוזכרו לעיל. רציונל זה אינו קשור להבדל הסיבתי, שכן אני יוצא מנקודת הנחה שהן במעשה, הן במחדל מתקיים קשר סיבתי. כמו כן, רציונל זה שונה מן הרציונל שקבע כי הפגיעה בקרבן היא שונה בכך שבהמתה מצב הקרבן הופך להיות רע יותר ואילו, בהנחה למות הוא אינו הופך להיות טוב יותר. לפי הרציונל שהעליתי, הן במקרה של המתה, הן במקרה של הנחה למות, המצב של הקרבן הופך להיות רע יותר. רציונל הפגיעה באוטונומיה שונה גם מהרציונל של קם שקבע כי המתה חמורה מהנחה למות שכן בהמתה הקרבן מאבד חיים שיכלו להמשיך להיות לו ללא קשר לפועל ואילו בהנחה למות הקרבן מאבד רק חיים שיכלו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. לפי תאוריית הפגיעה באוטונומיה, הבדל זה, ככל שהוא קיים בין שני המקרים, אינו בעל ערך מוסרי משמעותי. לפי רציונל הפגיעה באוטונומיה, מוקד ההבחנה אינו בשאלה האם הקרבן איבד חיים להם הוא זכאי אם לאו. מוקד ההבחנה הוא בכך שאיסור המתה מכונן את האוטונומיה בכך שהוא מאפשר לאדם ולחברה לחיות חיים ללא פחד ואילו איסור על הנחה למות אינו מכונן את האוטונומיה אלא לכל היותר מרחיב את האוטונומיה ומחזק את הסולידריות החברתית. כמו כן, רציונל זה שונה מרציונל חירות הפעולה של הפועל. לפי תאוריית החירות, ההבדל בין שני האיסורים נובע מרמת הקושי בקיום האיסור, ולא באינטרסים השונים העומדים בבסיס שני האיסורים. לכן, לפי רציונל החירות, אם לא היה הבדל ברמת קושי זו הרי, שלכאורה, לא היה הבדל בין שני המעשים. לעומת זאת, על פי הרציונל שאני מציע גם אם לא היה הבדל ברמת הקושי בקיום אחר האיסור הרי שהיה הבדל משמעותי בין שני המקרים, שכן שני האיסורים מגנים על אינטרסים שונים.

על אף האמור לעיל, ניתן, לכאורה, להעלות את השאלה הבאה: אמנם איסור על המתה שומר על אינטרסים חשובים ובסיסיים יותר מהאינטרסים עליהם מבקש להגן האיסור על הנחה למות, אך עדיין אין זה אומר שכל מעשה המתה חמור מהתנהגות של הנחה למות,

חשים מאוימים יותר ומפחדים יותר, שכן אנו חוששים לפלישה דומה למרחב המוגן שלנו, עובדה שבסופו של דבר תביא לקיפאון בעשייה כלשהי (אם אכן כל אדם יוכל להרוג כל אדם).

שכן ניתן לומר שלא כל המתה פוגעת באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה. ראשית, ייתכן שמספר הריגות מועט לא פוגע בתחושת הביטחון שלנו ולא פוגע באוטונומיה שלנו כחברה, ושנית ייתכנו הריגות שאף אדם לא שמע על אודותם ואף הריגות אלה אינן פוגעות באינטרסים עליהם האיסור מבקש להגן. אם כך הם פני הדברים, הרי שלא קיים הבדל משמעותי בין המתה לבין הנחה למות, שכן לא כל המתה פוגעת באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה.

על שאלה זו ניתן לענות בשני אופנים: ראשית, אף אם לא כל מעשה המתה חמור מבחינה מוסרית מהתנהגות של הנחה למות הרי שהמשפט לא יכול לעשות הבחנה בין מעשה הריגה אחד לבין מעשה הריגה אחר, שכן הוא כפוף לכללים מסוימים שהתקבלו ופועל על פיהם.

שנית, ניתן לומר שמבחינה מוסרית, אף אם מעשה הריגה מסוים אינו פוגע באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה עדיין הוא יהיה חמור יותר מהנחה למות, שכן לדעתי, חומרת המעשה נמדדת ביחס לחומרת האיסור וחומרת האיסור עצמו נמדדת ביחס למשמעות האינטרסים עליהם מגן האיסור. בהקשר זה, וכפי שציינתי לעיל, אני סבור כי הן תאוריה מוסרית של תועלתנות כלל, הן תאוריה מוסרית של אמנה חברתית יגיעו לתוצאה זו.

3. תועלתנות כלל

האפשרות הראשונה היא להסתמך על תאוריית מוסר תועלתנית. לתאוריה זו יש שתי אסכולות עיקריות. תועלתנות כלל ותועלתנות אקט.

תועלתנות אקט גורסת שמעשה הוא מוסרי אם הוא מביא לתוצאות הטובות ביותר בסיטואציה הרלוונטית ביחס לאלטרנטיבות הקיימות. ומעשה הוא אינו מוסרי אם הוא אינו מביא לתוצאות הטובות ביותר בסיטואציה הרלוונטית, ביחס לאלטרנטיבות הקיימות.⁷ לעומת תועלתנות אקט, תועלתנות כלל גורסת, כי מעשה הוא רע מבחינה מוסרית אם הוא לא עולה בקנה אחד עם מערכת כללים אשר אם כל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותה היא הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר.

לעומת זאת, מעשה הוא טוב מבחינה מוסרית אם הוא עולה בקנה אחד עם מערכת כללים אשר אם כל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותה היא הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר.⁸

7 ראו: ג'ון סטיוארט מיל *התועלתנות* 16 (יוסף אור תרגם, תשל"ב); J.J.C. SMART AND BERNARD WILLIAMS, UTILITARIANISM: FOR AND AGAINST 9 (1973); RICHARD B. BRANDT, MORALITY, UTILITARIANISM, AND RIGHTS 114 (1992).

8 ראו: BRAD HOOKER, IDEAL CODE, REAL WORLD: A RULE-CONSEQUENTIALIST THEORY OF MORALITY 32 (2000) (להלן – הוקר 2000); Brad Hooker, *Rule-Consequentialism*, 99 (2000); MIND 67 (1990) (להלן – הוקר 1990). כמו כן ראו: ברנדט, שם, בעמ' 115.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

יש לשים לב, כי תועלתנות כלל שונה מתועלתנות אקט בעיקר בכך שתועלתנות אקט מודדת את הערך המוסרי של מעשה בצורה ישירה, קרי, בהתאם לתוצאות של המעשה עצמו, ואילו תועלתנות כלל מודדת את הערך המוסרי של מעשה במידת התאמתו לכלל, אשר אם כל החברה הייתה מקבלת אותו, הוא היה מביא לתוצאות טובות מאשר כל כלל אחר.⁹

למשל, תועלתנות אקט גורסת כי אסור לגנוב מאדם שכן במקרה הרלוונטי הגניבה תביא לתוצאות רעות יותר מאשר אם לא היו גונבים מאדם זה. לעומת זאת, תועלתנות כלל תאמר שאסור לגנוב מאדם מכיוון שאקט הגניבה סותר את הכלל "לא לגנוב" שהוא הכלל המוסרי הנכון, שכן אם כולם היו מקבלים את הכלל "לא לגנוב" הרי שהתוצאות עבור החברה היו טובות יותר מאשר אם כולם לא היו מקבלים כלל זה.

אחת מן הסיבות לקבל את התאוריה של תועלתנות כלל ולא תועלתנות אקט נובעת מכך שבמקרים רבים תועלתנות אקט סותרת את האינטואיציות המוסריות שלנו. אציין שתי דוגמאות לכך:

(1) תועלתנות אקט גורסת, לכאורה, שבמקרים מסוימים יהיה מותר להזיק לאדם או להרוג אותו אם המעשה יביא לתוצאות הטובות ביותר במסגרת האלטרנטיבות הקיימות.¹⁰ כמו כן, תועלתנות אקט תגרוס כי מותר להפר הבטחה או לשקר אם ההתנהגויות הללו יביאו לתוצאות טובות יותר במסגרת האלטרנטיבות הקיימות (זאת אף אם התועלת שתצמח מכך תהיה מעט יותר גדולה מאשר אם לא תופר ההבטחה או מאשר אם לא ייאמר דבר שקר). לעומת זאת, וכפי שציינתי לעיל, תועלתנות כלל גורסת שמוסריות של מעשה אינה נמדדת בתוצאות הישירות של המעשה עצמו, אלא במידת התאמתו לכלל שאם כולם (או רובם) יקבלו אותו הוא יביא לתוצאות הטובות ביותר. לכן, תועלתנות כלל יכולה לומר, כי אסור להרוג אדם חף מפשע אף אם המעשה הספציפי הזה יביא לתוצאות הטובות ביותר שכן מעשה זה סותר את הכלל שאוסר על מעשה הריגה.¹¹

"Rule consequentialism, however, does not make that problematic claim.

Rule consequentialism claims instead that individual acts of murder,

9 לכן, יש הקוראים לתועלתנות אקט – תועלתנות ישירה ואילו לתועלתנות כלל – תועלתנות עקיפה. ראו: הוקר 1990, שם.

10 ראו: Philippa Foot, *Morality, Action and Outcome*, in MORALITY AND OBJECTIVITY 23- (Ted Hondrich ed., 1985) 25 יש לציין כי פוט אינה תומכת בתועלתנות כלל. עם זאת, היא מעלה את הסתירה לאינטואיציות שלנו, בעיקר כנגד תועלתנות אקט.

11 תועלתנות כלל גם תאמר שכלל ספציפי שהיה קובע כי אסור להרוג למעט מקרה שבו הריגה תציל מספר אנשים גדול יותר לא היה כלל טוב, שכן אנשים היו מוטרדים מכך שיכולים להרוג אותם בסיטואציות מסוימות ועל כן הם היו פועלים בהתאם לכך. למשל, ייתכן שהם היו מקדימים תרופה למכה. לכן הכלל ההגיוני הוא "לא להרוג חף מפשע" גם אם זה יציל מספר אנשים גדול יותר.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

torture, promise breaking, and so on, can be wrong even when those particular acts bring about better consequences than any alternative acts would have. For rule consequentialism makes the rightness and wrongness of particular acts, not a matter of the consequences of those individual acts, but rather a matter of conformity with that set of fairly general rules.”¹²

(2) כמו כן, יש שיצאו נגד תועלתנות אקט שכן היא דורשת מן האדם מעשים שאין הוא יכול לעמוד בהם ולבצע אותם. למשל, תועלתנות אקט, לכאורה תאמר כי אדם מחויב לתרום את כל כספו כדי להציל אנשים העלולים למות מרעב, שכן מעשה זה יביא לתוצאות הטובות ביותר. אך זוהי דרישה שסותרת את האינטואיציות המוסריות שלנו הנשענות על כך שחשוב שתינתן לאדם היכולת לממש את עצמו באמצעות כישוריו וכספו, וכמובן שאם הוא יאלץ לתרום את כל כספו הוא לא יוכל לעשות זאת.

הוקר¹³ טוען כי תועלתנות כלל יכולה להתמודד עם הטענה הזו. לפיו, במסגרת תועלתנות כלל, איננו מבודדים כל מקרה ספציפי ובוחרים מהי הפעולה שתביא לתוצאה הטובה ביותר. במצב זה אנו צריכים לבחון מה היה קורה אם כולם היו עוזרים לאנשים הזקוקים לעזרה. כמה אז היינו צריכים להוציא מכספנו ובהתאם לכך לפעול. במצב שבו כולם היו תורמים לאנשים הזקוקים לעזרה, הדרישה ככל הנראה הייתה הרבה פחות מחייבת.

מעבר לעובדה שהתוצאות המוסריות של תועלתנות כלל עולות בקנה אחד עם השיפוטיות המוסריות שלנו, יש המציינים כי תועלתנות כלל עדיפה על תועלתנות אקט בכך שהיא פועלת במסגרת של חוקים לעומת תועלתנות אקט הפועלת לפי חוק אחד (עשה את המעשה שמביא לתוצאות הטובות ביותר) שמיושם באופן שונה בהתאם לכל מקרה ומקרה. בכך תועלתנות כלל מתיישבת יפה עם התפיסה המוסרית שלנו הפועלת על פי חוקים נוקשים יותר שאינם משתנים ממקרה למקרה.¹⁴

לסיכום נקודה זו – תועלתנות כלל בניגוד לתועלתנות אקט אינה מסתפקת בכלל הבסיסי הקובע כי יש לבצע מעשים שיביאו לתוצאות הטובות ביותר, הא ותו לא. תועלתנות כלל מצריכה מערכת של כללים בסיסיים (ולא כלל לכל מקרה ומקרה שכן אז לא קיים הבדל בין תועלתנות כלל לתועלתנות אקט) שקבלתם על ידי כלל החברה (או רובה) תביא לתוצאות הטובות ביותר. מערכת החוקים שקבלתה תביא לתוצאות הטובות ביותר היא מערכת

12 ראו: הוקר 1990, לעיל הערה 8, בעמ' 69-70.

13 שם, בעמ' 72.

14 שם, בעמ' 70.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

החוקים האידיאלית ומוסריותו של כל מעשה ומעשה נמדדת במידת ההתאמה למערכת החוקים האידיאלית.¹⁵

אם נשוב לשאלה שנשאלה לעיל – ההנחה כי מעשה המתה פוגע באינטרסים עליהם מבקש האיסור להגן אינה בהכרח נכונה. ייתכן שלא כל מעשה המתה פוגע באינטרסים עליהם מבקש להגן האיסור על המתה ובמקרים אלו, לכאורה, לא קיים הבדל משמעותי מבחינה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות?

אני סבור שתאוריה של תועלתנות כלל פותרת בעיה זו. כפי שצינתי, תועלתנות כלל, אינה בוחנת מוסריותו של מעשה באופן ישיר לפי תוצאות המעשה הספציפי, אלא לפי מידת התאמתו למערכת כללים אידיאלית. מערכת הכללים האידיאלית היא מערכת כללים שקבלתה על ידי החברה הייתה מביאה לתוצאות הטובות ביותר. אולם, אף בתוך מערכת כללים זו ישנה, לכאורה, היררכיה. ככל שהכלל שומר על אינטרסים בסיסיים יותר של החברה הרי שהוא כלל בעל משקל רב יותר והפרתו תגרור אשמה גדולה יותר. בהקשר שלנו, הרי שהאיסור על הריגה שומר על אינטרסים בסיסיים וחשובים יותר מאשר האיסור על הנחה למות ועל כן הוא כלל חשוב יותר ובעל משקל מבחינה מוסרית גבוה יותר מאשר האיסור על הנחה למות.

לאור זאת, כאשר אנו בוחנים התנהגות של המתה ושל הנחה למות אנו צריכים לבחון זאת לאור הכלל שקבלתו תביא לתוצאות הטובות ביותר ולא לפי התוצאות של מעשי ההמתה או ההנחה למות הספציפיים. לאור העובדה שהכלל האוסר על המתה חמור יותר מן הכלל האוסר על הנחה למות הרי שמעשה הריגה חמור יותר מהתנהגות של הנחה למות וזאת ללא קשר לתוצאות המעשה עצמו.

חשוב לציין, שיש הטוענים כי התאוריה של תועלתנות כלל אינה הגיונית מבחינה מוסרית. שכן, אם כל מה שחשוב מבחינה מוסרית אלו התוצאות, מדוע יש צורך בכללים שתפקידם להסדיר התנהגות חברתית. פעולה על פי כללים עלולה להוביל להתנהגות לא רציונלית. למשל, אם אנו נתקלים במקרה שבו פעולה מסוימת תביא לתוצאות הטובות

15 יש לציין, כי ישנם מספר ניסוחים לתועלתנות כלל. יש הסבורים כי מעשה הוא רע מבחינה מוסרית אם הוא נאסר על ידי מערכת כללים שקבלתם תביא מבחינה ריאלית – ממשית לתוצאות הטובות ביותר (זאת על אף העובדה שיתכן שאיננו יודעים בדיוק איזו מערכת כללים תביא באמת לתוצאות הטובות ביותר), ויש הסבורים שמעשה הוא רע מבחינה מוסרית אם הוא נאסר על ידי מערכת כללים שקבלתה תביא על פי צפייתנו לתוצאות הטובות ביותר (כלומר אנו בוחנים את המעשה בהתאם למערכת כללים שנראה לנו כעת שתביא לתוצאות הטובות ביותר). ראו: סמרט ווילאמס, לעיל הערה 7, בעמ' 93. נקודה שנייה השנויה במחלוקת נוגעת לשאלה האם תועלתנות כלל מודדת את הערך המוסרי של מעשה במידת התאמתו לכלל שכל החברה (או רובה) הייתה פועלת על פיו (compliance) או שמא תועלתנות כלל מודדת את הערך המוסרי של מעשה במידת התאמתו לכלל שכל החברה (או רובה) הייתה מקבלת אותו (acceptance), שכן קבלה ופעולה על פי כלל מסוים יש בה תועלת רבה יותר מאשר רק פעולה על פי כלל מסוים. ראו: הוקר 2000, לעיל הערה 8, בעמ' 75-80.

פרק ד: תאורית הפגיעה באוטונומית הפרט

ביותר אך היא סותרת כלל מסוים, הרי, שלכאורה, לא יהיה זה רציונלי לפעול בדרך שלא תביא לתוצאות הטובות ביותר רק בשל העובדה שזה סותר כלל מוסרי.¹⁶

מבחינה מוסרית, יש שתירצו כי אם אדם יפעל רק על פי כלל אחד הקובע כי יש לבצע את המעשה שיביא לתוצאות הטובות ביותר, כי אז בסופו של דבר, התוצאות לא תהיינה הטובות ביותר. ראשית, יכולות להיווצר טעויות רבות ביישום הכלל הזה, ושנית הפנמת המוטיבציה של כלל זה (עשה את המעשה שיובייל לתוצאות הטובות ביותר), תוביל להוצאות רבות, אשר בסופו של דבר תובלנה לתוצאות לא אופטימליות.¹⁷

הוקר טוען טענה שונה. על פיו, השאלה הנ"ל מבוססת על הנחה כי המטרה של תועלתנות כלל היא להוביל לתוצאה הטובה ביותר. אולם, טוען הוקר, מטרה זו אינה מונחת בבסיס התאוריה של תועלתנות כלל. הבסיס עליו נשענת התאוריה הוא הצלחתה לשקף נכונה את העמדות המוסריות שלנו, וכן העובדה כי המוטיבציה של הפועל במסגרת תאוריה זו, היא לבצע את המעשים שלא ממניעים זרים או אגואיסטים. ואכן, לפי תועלתנות כלל כאשר אדם פועל בהתאם לכלל אשר אם כולם יקיימו אותו הוא יוביל לתוצאות הטובות ביותר, אין הוא פועל ממניעים זרים או אגואיסטים, אלא הוא פועל באופן בלתי מוטה, וחסר פניות.¹⁸ לכן, אף אם אדם יפעל בסיטואציה מסוימת באופן שלא מוביל לתוצאות הטובות ביותר, אין זה מצביע על חוסר קוהרנטיות או חוסר רציונליות של תאורית תועלתנות כלל. יתרה מזו, אף אם יש ממש בביקורת זו הרי שהיא נכונה רק בהקשר המוסרי ולא בהקשר המשפטי. בהקשר המוסרי ניתן לומר שאם אכן מבחינה מוסרית העובדות החשובות הן התוצאות הרי שאין סיבה לפעול על פי כללים מסוימים, שלעתים עשיית פעולה בהתאם לכללים אלו, לא תוביל לתוצאות הטובות ביותר.

אולם, מבחינה משפטית, ברור שאין אפשרות לפעול על פי הכלל היחיד הקובע כי יש לעשות מעשים שיביאו לתוצאות הטובות ביותר. אזרח לא מסוגל לדעת מתי התוצאות הן טובות ומתי לא וכיוון שכך הרי שלא ניתן להענישו בהיעדר אזהרה מספקת. כדי למנוע מצב שבו אדם אינו יודע בדיוק מה נדרש ממנו ומתי ניתן להענישו הרי שאנו נדרשים לכללים מסוימים שקבלתם על ידי כלל החברה תביא לתוצאות הטובות ביותר. במצב זה אי-פעולה על פי כללים אלו יכולה לגרור אשמה וענישה. לכן, ניתן לומר כי אף שיתכן שמבחינה מוסרית תאוריה זו היא בעייתית (ויש לציין כי קיימים הוגים שמחזיקים בתאוריה זו גם בהקשר המוסרי), הרי שהיא יכולה להיות ישימה למשפט.

16 ראו: סמרט ווילאמס, לעיל הערה 7, בעמ' 10.

17 ראו: הוקר 2000, לעיל הערה 8, בעמ' 100.

18 ראו: שם, בעמ' 101-102.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

4. תאורית האמנה החברתית

האפשרות השנייה היא להשתית את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למוות על תאורית מוסר הנשענת על אמנה חברתית. תאוריה זו גורסת כי מעשה מוסרי הוא מעשה שאנשים – במסגרת חוזה היפותטי – היו מסכימים לו. לעומת זאת, מעשה לא מוסרי הוא מעשה שאנשים – במסגרת חוזה היפותטי – היו מתנגדים לו.¹⁹ את התאוריה של אמנה חברתית מוסרית נהוג לחלק לשתי אסכולות²⁰: אמנה חברתית הובסיאנית היוצאת מבית מדרשו של תומאס הובס, ואמנה חברתית רולסיאנית היוצאת מבית מדרשו של ג'ון רולס (ויש לציין, כי רולס עצמו מתבסס על קאנט). לדעתי, ההבחנה שאני מציע בין האיסור על המתה לבין לאיסור על הנחה למוות מתיישבת יפה הן עם האמנה החברתית ההובסיאנית, הן עם האמנה החברתית הרולסיאנית.

א. האמנה החברתית ההובסיאנית

מקור מרכזי לתאוריה של אמנה חברתית נמצא בספרו של תומאס הובס – "הלווייתן"²¹. במסגרת ספר זה מתייחס הובס, בין היתר, לנורמות המוסריות המחייבות אותנו, למקור של נורמות אלה ולהצדקתן.²² יש לציין כי הובס אינו היחיד המנסה לבסס את המוסר על אמנה חברתית. קיימים הוגים בני זמננו התומכים גם כן בגישה זו ובכך הם למעשה ממשיכי דרכו המוסרית של הובס. במסגרת הוגים אלה ניתן לציין, בין היתר, את דויד גותייר,²³ ג'ן

- 19 רונלד דוורקין ביקר את תאוריית האמנה החברתית של רולס שכן היא מסתמכת על חוזה היפותטי שלמעשה אינו חוזה כלל. "A hypothetical contract is not simply a pale form of an actual contract. It is no contract at all" Ronald Dworkin, *The Original Position*, ראו: 40 THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 500 (1973); GILBERT HARMAN, EXPLAINING VALUE: AND OTHER ESSAYS IN MORAL PHILOSOPHY 67 (2000). יש לציין, כי הגרסא המתייחסת לחוזה היפותטי חברתי, אינה הגרסא היחידה של אמנה חברתית. הרמן מתאר את החוזה החברתי, כחוזה משתמע, או כחוזה מכליל בין האנשים בחברה, כך שמדובר בחוזה שלמעשה האנשים מקבלים על עצמם את סעיפיו. ראו: שם, בעמ' 59 וכן בעמ' 66-68. ראו: Will Kymlicka, *The Social Contract Tradition*, in A COMPANION TO ETHICS 186-196 (Peter Singer ed., 1993).
- 20 ראו: הובס, לעיל הערה 1.
- 21 חשוב לציין, כי הובס בספרו – הלווייתן, התעסק כמובן בשאלה הפוליטית, מהו מקור החובה של האדם לציית לממשל המדיני? אולם, דרך העיסוק בשאלה הפוליטית פורס הובס גם את משנתו המוסרית.
- 22 ראו: David Gauthier, *The Social Contract as Ideology*, 6 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 130 (1977) (להלן – גותייר 1977); David Gauthier, *Thomas Hobbes: Moral Theorist*, 76 THE JOURNAL OF PHILOSOPHY 547 (1979) (להלן – גותייר 1979).

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

המפטון²⁴ וגרגורי קבא²⁵. במסגרת הצגת עמדת האמנה החברתית ההובסיאנית אתייחס לעמדתו של הובס ולדרך הצגת העמדה של האמנה החברתית על ידי הוגים מאוחרים אלה.

(1) נקודות המוצא של תאוריית האמנה החברתית ההובסיאנית

התאוריה המבוססת על אמנה חברתית הובסיאנית גורסת כי החובות המוסריות בין בני האדם אינן מבוססות על צווי האל או על חובות טבעיות הטבועות בעולם. הן גם לא מבוססות על טבע האדם. תאוריה זו גורסת כי החובות המוסריות בין בני האדם הן קונבנציות. הרציונל של קונבנציות אלו נשען על הסכמתם של בני האדם להטיל על עצמם, במסגרת חוזה, מגבלות מוסריות כדי למקסם את התועלות האישיות שלהם. על פי גישה זו, האיסור המוטל על האדם לא לפגוע בגופו של חברו אינו נובע מחובה טבעית מוסרית. הוא נובע מהסכמה בין אנשים שלא לבצע פעולות אלה. מרבית הכותבים שהולכים בדרך של האמנה החברתית מציינים כי אין מדובר באמנה חברתית שאכן נחתמה בין אנשים. מדובר באמנה חברתית היפותטית.²⁶ על פיהם, התאוריה של האמנה החברתית נועדה לתת רציונל לחובות המוסריות בין האנשים. קרי, ההסבר לכך שאדם מחויב בחובות מוסריות כאלה או אחרות, נובע מן העובדה שהוא היה מסכים לחובות אלו במסגרת הסכם או אמנה.

“The theory itself concerns the rational of relationships among persons, and between society and its members, rather than the cause of those relationships. *The justification of rights and duties, institutions and practices, is to be found by regarding them as if they were contractual, and showing the rationality of this hypothetical contractual base.*”²⁷

גותייר מציין²⁸ כי התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית נשענת על שלוש הנחות עיקריות:

- 24 ראו: JEAN HAMPTON, HOBBS AND THE SOCIAL CONTRACT TRADITION (1986).
- 25 ראו: קבא, לעיל הערה 2.
- 26 ראו למשל, גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 135. עם זאת, כאמור, יש גם כאלה שסוברים שהנורמות המוסריות הם פרי חוזה בין אנשים אמיתיים. ראו למשל: הרמן, לעיל הערה 19, בעמ' 66-67.
- 27 ראו: גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 135 (ההדגשות שלי).
- 28 ראו: גותייר 1979, לעיל הערה 23, בעמ' 549-547. גותייר מדגיש כי שלוש הנחות אלו מקובלות על אנשי כלכלה אולם רוב תורות המוסר דוחות אחת או יותר משלוש הנחות אלו. התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית מקבלת את שלוש ההנחות הללו.
- “The problematic of modern moral theory is set by three dogmas which philosophy receives from economics. The first is that value is utility – a measure of subjective Individual preference. The second is that rationality is maximization: the rational individual ‘will maximize the extent to which his objective is achieved’. The third is that interests are non-tuistic:

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(1) העולם נקי מעובדות מוסריות. לפי תאוריה זו, אין חובות טבעיות המחייבות את האדם לעשות או להימנע מפעולה כזו או אחרת. כך למשל טוען הובס כי המושגים רע או טוב, אינם עובדות אלא רגשות של אהבה ושנאה על אודות פעולות או דברים מסוימים. מושא התשוקה הוא הטוב ואילו מושא השנאה הוא הרע.²⁹ כלומר הטוב והרע אינם מושגים הטבועים בעולם. וכן, הובס (בניגוד לרולס אשר יובא בהמשך) אינו יוצא מנקודת מוצא כי לבני האדם סטטוס מוסרי שווה. אמנם הובס מציין כי באופן עקרוני מבחינה עובדתית הכוח של בני האדם שווה, אך אין לכך כל השפעה מוסרית.³⁰

(2) האדם הוא יצור רציונלי במובן זה שהוא מכוון את מעשיו בהתאם למטרותיו. ככל שמעשיו תורמים יותר לקידום מטרותיו כך הוא רציונלי יותר.

(3) המטרות של האדם נובעים מהאינטרסים האישיים שלו. כלומר, האדם שואף ראשית לכול, לקדם את האינטרסים והתועלת שלו, כאשר המטרה העיקרית של האדם היא כפי שצינתי לעיל, לשמור על חייו גם בשל הפחד מן המוות וגם כדי לאפשר לו לקדם את שאיפותיו.³¹

נוכח שלוש הנחות אלו, עולה השאלה מהו המקור של המוסר ומהן הנורמות המוסריות המחייבות אותנו? כלומר, אם אין חובות טבעיות המחייבות אותנו וכל מטרת האדם היא לקדם את האינטרסים האישיים שלו, מדוע אנו מגבילים את עצמנו ומונעים מעצמנו פעולות מסוימות? מדוע למשל איננו גונבים או הורגים אחד את השני?

(2) המצב הטבעי

כדי להבין זאת עורך הובס תרגיל מחשבתי שבו הוא שואל כיצד היה נראה העולם ללא כל ממשל מדיני המחייב אותנו לעשות דברים מסוימים ואוסר עלינו לעשות דברים אחרים.³²

interacting persons do not take 'an interest in one another's interests'... this is what Hobbes does. Establishing a place for morality as a conventional constraint on our natural behavior."

שם, בעמ' 547.

29 וכך טוען הובס: "הטוב. הרע – אולם יהא מה שיהא המושא לתאבוננו או לתשוקתו של פלוני, הוא שאותו איש מצדו קורא לו "טוב"; ולמושא לשנאתו ולסלידתו – "רע"; ולמושא שהוא מבזה – "נקלה" ו"חסר ערך". כי מלות אלו – טוב, רע, נקלה – לעולם משמשות מתוך יחס אל המשתמש בהן; לפי שאין לך דבר שיהא כך בפשיטות ובמוחלט, ואין אמת מידה כללית לטוב ולרע שתהא שאובה ממהותם של המושאים עצמם. אמת מידה כזו יכולה להיות שאובה רק מאישיותו של האדם במקום שאין קהילה". ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 47.

30 ראו: שם, בעמ' 113. ראו גם: קימליקה, לעיל הערה 20, שם. המפטון מצינת כי לקוראים רבים הטענה של הובס בדבר שוויון עובדתי בין בני אדם נראית מוטעית. היא טוענת כי הטענה של הובס היא זו: אמנם קיים שוני בין בני אדם, אך שוני זה אינו כה גדול כדי להפוך אדם אחד ל"עבד" מבחינה טבעית ואת השני ל"אדון". השוני הטבעי בין בני אדם אינו מספיק כדי לזכות אף אחד, מבחינה טבעית, בזכויות פוליטיות נוספות. ראו: המפטון, לעיל הערה 24, בעמ' 25.

31 ראו גם: קבקא, לעיל הערה 2, בעמ' 80.

32 ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 114-115.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

את מצב זה מכנה הובס "המצב הטבעי".³³ הובס טוען כי המצב הטבעי מוביל למלחמת הכול בכול שבו כל אדם הוא אויב של כל אדם. הטעם לכך שבמצב הטבעי קיימת מלחמת הכול בכל נובע, בין היתר, מהנחות המוצא של התיאוריה.³⁴

(1) המטרה העיקרית של האדם היא שמירה על חייו כדי שיוכל לממש את שאיפותיו ומאווייו.

(2) כדי שאדם יוכל לשמור על חייו הרי שהוא נדרש לאמצעים מסוימים שבאמצעותם הוא יוכל להגן על עצמו. אמצעים אלה יכולים להיות, רכוש, אוכל ועוד.

(3) מכיוון שהאדם הוא יצור רציונלי שמכוון את מעשיו לסיפוק מטרותיו הרי שכל בני האדם יאבקו על כל מיני משאבים כדי לשמור על חייהם, אך משאבים אלו מוגבלים.

(4) במצב הטבעי אין שום חוק מוסרי המגביל את האדם מלעשות כל מה שהוא צריך כדי לשמור על חייו. במצב הטבעי לכל אדם יש זכות לכל דבר ואפילו לגופו של הזולת. במצב הטבעי, "שום דבר אי אפשר שיהא בגדר אי צדק".

(5) במצב הטבעי בני האדם הם שווים באופן עקרוני בכוחם ובחוכמתם ועל כן אף אדם לא יוותר על זכותו לאמצעים ומשאבים סתם כך.

לאור הנחות אלו תהיה תחרות בלתי פוסקת בין אנשים אשר תוביל בסופו של דבר למלחמת הכול בכל.

יתרה מזו, אף אם אדם היה מוכן להסתפק בחלקו, הוא לא יכול היה להיות בטוח שאף חברו יסתפק בחלקו. כלומר הוא תמיד צריך לחשוש כי חברו יהרוג אותו כדי לשמור על עצמו. לשם כך הוא היה מקדים רפואה למכה והורג את חברו. גם עובדה זו יכולה להוביל למלחמת הכול בכל.³⁵

(3) היציאה מן המצב הטבעי באמצעות חוזה

כעת, מכיוון שבמצב הטבעי קיימת מלחמת הכול שבו חיי האדם הם קצרים ומאוסים, הרי שהאדם, בהיותו יצור רציונלי המעוניין, ראשית לכל, בטובתו האישית, יהיה מעוניין לברוח ממצב זה. הדרך לעשות זאת היא באמצעות חוזה ולפיו כל אדם מגביל את עצמו מלבצע פעולות מסוימות שעלולות להשיב אותו למצב הטבעי. מצבו של כל אדם לאחר ההסכם הזה טוב לאין שיעור ממצבו במצב הטבעי.³⁶

33 שם, בעמ' 127.

34 ראו הסבר למצב הטבעי: קבקא, לעיל הערה 2, בעמ' 96-98. המפטון, לעיל הערה 24, בעמ' 58-68. כמו כן ראו: גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 144-150.

35 ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 114.

36 גותייר מדגיש כי תאוריית האמנה החברתית המשתיתה את הנורמות המוסריות על הסכם שנועד לחלץ את בני האדם מן המצב הטבעי, יוצאת משתי נקודות מוצא: ראשית, טוען גותייר כי לפי התיאוריה של האמנה החברתית, האדם קודם לחברה שבה הוא חי, במובן זה שניתן

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

נורמות אלו שהן פרי הסכמה שנועדה להוציא את האדם ממצבו הטבעי, הן חוקי המוסר האנושי.³⁷

ברור, שהתפיסה של האמנה החברתית ההובסיאנית שונה מן המוסר המקובל. על פי המוסר המקובל, על האדם לקחת בחשבון, לא רק את האינטרסים האישיים שלו אלא גם את האינטרסים של זולתו. על פי התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית, האדם מחויב אך ורק לחוקים שהוא היה בוחר במצב הטבעי במסגרת חוזה היפותטי, ומכיוון שהוא יצור רציונאלי (על פי הגדרתה לעיל) הרי שהוא היה בוחר רק חוקים שהיו מקדמים את טובתו האישית. במסגרת חוקים אלה ייתכן שיתקבלו חוקים המקדמים גם את האינטרסים של הזולת, אך המוטיבציה של כל צד לחוזה אינה קידום האינטרסים של הזולת אלא קידום האינטרסים שלו עצמו.

(4) החוקים שהיו מתקבלים במסגרת החוזה ההיפותטי

בהמשך לאמור לעיל, עולה השאלה מהם החוקים שהיו מתקבלים במסגרת החוזה ההיפותטי?

להבין אותו כאינדיווידואל ללא קשר לחברה. לכן התאוריה של האמנה החברתית ההובסיאנית יכולה לערוך את התרגיל המחשבתי הזה, שבו האדם קיים ללא חברה מסודרת וללא חוקים. אם לא היה ניתן להבין את האדם, ללא קשר לחברה, אזי לא ניתן היה לערוך את התרגיל המחשבתי הזה.

“To conceive all social relationships as contractual is to suppose that men, with their particular human characteristics, are prior to society.”

ראו, גותייר 1977, לעיל הערה 23, בעמ' 138. שנית, הסוציאליזם של האדם אינה חלק מטבע האדם. נקודה זו נובעת מן העובדה כי על פי האמנה החברתית ההובסיאנית כל מערכות היחסים בין בני החברה אינם טבעיים אלא מוסכרים ומוצדקים בעזרת העיקרון של האמנה החברתית ההיפותטית. לו היה האדם יצור חברתי מטבעו, אזי לא היה צורך לקבוע כי היחסים בין בני החברה מוסכרים על ידי חוזה היפותטי. במילים אחרות, על פי האמנה החברתית ההובסיאנית, הסוציאליזם של האדם נובעת מהצרכים הקיימים במצב הטבעי בו אין חברה. היא אינה חלק מטבעו.

“But more than this is implicit in contractarianism. It would be compatible with the claim that the individual is prior to society, to suppose nonetheless that human sociability is itself a natural and fundamental characteristic of individuals, which expresses itself directly in social relations among human being. And this is denied by contract theory in its insistence upon the essentially conventional character of society.”

ראו: שם.

37 יש לציין, כי בניגוד לתאוריית האמנה החברתית של רולס (שתוצג בהמשך) ולפיה במסגרת החוזה ההיפותטי, בני האדם אינם יודעים את מצבם האמיתי זאת כדי לשקף את השוויון המוסרי בין בני האדם, הרי שלפי תאוריית האמנה החברתית ההובסיאנית, הנורמות המוסריות הן פרי חוזה היפותטי שבו בני האדם מודעים למצבם הכלכלי והחברתי האמיתי.

לאור העובדה כי הנימוק לאמנה החברתית הוא למעשה חילוץ האדם מן המצב הטבעי שבו קיימת מלחמת הכול בכול, הרי שהכלל הראשון שהיה מתקבל במסגרת הסכם זה, הוא הכלל האוסר על המתה. ללא מגבלה זו על האדם, קיים חשש כבד כי האדם היה שב למצבו הטבעי, בו הוא היה חי חיים של פחד, שכן בכל רגע נתון הוא היה חושש שיכולים להמיתו.³⁸

לעומת זאת, הכלל המחייב הצלת אנשים ייתכן שהיה מתקבל במסגרת חוזה היפותטי, אך בצורה הרבה יותר מסויגת ובכל מקרה הוא היה הרבה פחות כבד משקל מן האיסור על המתה, שכן אף אם לא היה מוטל על האדם חיוב להציל הרי שהחברה הייתה שורדת והחיים יכולים להיות תקינים.

יש לציין, כי אף הרמן³⁹ טען שהרציונל המבחין בין המתה לבין הנחה למות מבוסס על קונבנציה שהתפתחה בין אנשים. הוא טוען כי קיים הסכם בין העשירים והעניים, החזקים והחלשים ולפיו כל אחד מחברי קבוצות אלו מתחייב שלא להרוג אחד את השני וכן לעזור רק במקרים מסוימים אחד לשני (כאשר העזרה אינה מצריכה הוצאות או פעולות רבות). הטעם לקונבנציה שהתקבלה הוא שהאיסור על המתה מועיל לכולם. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות מועיל בעיקר לעניים ולחלשים (העשירים והחזקים לא יזדקקו לעזרה). לכן, אפשרה בין קבוצות אלו היא איסור גורף על המתה ואילו איסור מצומצם על הנחה למות: העשירים והחזקים הסכימו לעזור במקרים מסוימים כדי שהעניים והחלשים יסכימו לאיסור גורף על המתה. הטענה שלי היא שונה. היא אינה מסתמכת על כך שקיימות קבוצות שונות בחברה, בעלי כוח שונה שכן לפי הרציונל שאני מעלה, אף אם כולם היו בעלי כוח שווה הרי שראוי לבצע הבחנה זו. הטענה שלי היא, כי לא זו בלבד שאיסור על המתה הוא איסור גורף יותר מאיסור על הנחה למות, אלא שהוא כבד משקל מהאיסור על הנחה למות, שכן הוא שומר על אינטרסים בסיסיים יותר.

ב. האמנה החברתית הרולסיאנית

(1) ההבחנה בין אמנה חברתית הובסיאנית לבין האמנה חברתית רולסיאנית

האמנה החברתית הרולסיאנית חלוקה על האמנה החברתית ההובסיאנית בשני יסודות עיקריים:

38 גם הובס ציין כי הכלל הבסיסי הוא לרדוף שלום והכלל שנובע מכך הוא הכלל האוסר על הריגה, בתנאי שכולם יקבלו כלל זה. "יהי אדם נכון, כשגם אחרים נכונים לכך, לנטוש את זכותו זו לכל דבר, במידה שימצא לנחוץ למען השלום ולשם הגנה על עצמו; ויהיה מסתפק באותה מידה של חירות כלפי בני אדם אחרים, שהיה מניח בידם ביחס לעצמו". ראו: הובס, לעיל הערה 1, בעמ' 121.

39 ראו: הרמן, לעיל הערה 19, בעמ' 69.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

(א) בניגוד להובס ולממשיכי דרכו, הגישה הרולסיאנית יוצאת מתוך נקודת מוצא שלכל בני האדם יש סטטוס מוסרי זהה. כלומר העובדה שבני האדם שונים בתכונותיהם ובצבע עורם אינה סיבה להתייחס אליהם באופן שונה. לכן האמנה החברתית ההובסיאנית מבוססת על נורמות שהן פרי של חוזה שבו הצדדים מודעים למצבם האמיתי, ואילו לפי האמנה החברתית של רולס הרי שהצדדים לחוזה אינם מודעים למצבם האמיתי.⁴⁰

(ב) המשמעות של האמנה החברתית היא שונה. אצל הובס המטרה של בני האדם היא מקסום התועלת האישית של כל אחד ואחד והאמנה החברתית היא אמצעי להשגת מטרה זו. לעומת זאת, אצל רולס האמנה החברתית אינה אמצעי להשגת הטוב. היא המשמעות וההצדקה למוסר עצמו. כלומר, הנימוק לכך שמעשה מסוים הוא מוסרי נובע מכך שאנשים הסכימו או שהיו מסכימים עליו (בכפוף לכך שתנאי ההסכמה הם שוויוניים).⁴¹

כעת אציג את התאוריה של רולס ואת השלכותיה לעניין ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות.

(2) נקודות המוצא של תאוריית האמנה החברתית הרולסיאנית

רולס בספרו *A THEORY OF JUSTICE*⁴² מציג תאוריה של צדק שאמורה להוות בסיס ליסודות המשטר של המדינה. רולס יוצא מנקודת מוצא שבכל חברה ישנם אינטרסים משותפים ואינטרסים מנוגדים. האינטרסים המשותפים נובעים מהבנת האנשים בחברה כי שיתוף פעולה בין כולם עדיף על פני מצב שבו כל אחד פועל בנפרד. אולם, ישנם גם ניגודי אינטרסים שכן כל אחד מן האנשים אינו אדיש לדרך שבה יחולקו הזכויות והחובות בין הצדדים.⁴³ בשל כך, טוען רולס, כי יש צורך במספר כללים אשר יאפשרו חלוקה צודקת של זכויות וחובות בין האנשים וכן חלוקה צודקת יותר של משאבים. כללים אלה הם כללי הצדק של המוסדות הבסיסיים של החברה.

“A set of principles is required for choosing among the various social arrangements which determine this division of advantages and for underwriting an agreement on the proper distributive shares. These principles are the principles of social justice. They provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they

40 ראו: קימליקה, לעיל הערה 20, שם.

41 ראו: T.M Scanlon, *Contractualism and Utilitarianism*, in MORALITY AND OBJECTIVITY: 41

T.M. 103, 128 (Ted Hondrich ed., 1985). לתאוריית המוסר הכללית של סקנלון ראו: T.M.

SCANLON, WHAT WE OWE TO EACH OTHER (1998). וכן פרשנות לעמדתו של סקנלון בנוגע

להבדלים שבין שתי תאוריות אלו, ראו: David Gauthier, *Political Contractarianism*, 5

JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 132 (1997).

42 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (REV. ED., 1999).

43 שם, בעמ' 4.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומיית הפרט

define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation.”⁴⁴

רולס מציין כי המוסדות הבסיסיים של החברה אליהם אמורים להתייחס כללי הצדק שלו הם המוסדות הפוליטיים, הכלכליים והחברתיים במדינה. מוסדות אלה הם המוסדות המשפיעים ביותר על האדם. הם קובעים מהם הזכויות והחובות שלו ולמה הוא יכול לשאוף בחייו.⁴⁵

בספרות המשפטית על רולס, הודגשה הנקודה כי אין זה ברור מה כלול במוסדות הבסיסיים של החברה. כך, הוצגה השאלה האם תורת הצדק של רולס רלוונטית לדיני החוזים או לדיני הנזיקין?⁴⁶ עם זאת, על אף אי־בהירות זו, נראה ברור כי הדין הפלילי כלול בתאוריה של רולס שכן אחד מכללי הצדק הבסיסיים (שאני מציג בהמשך) מתייחס לחירויות הבסיסיות של האדם. ואין ספק כי לדין הפלילי השלכה מהותית על חירות האדם. כך למשל מציין ניקל במאמרו על רולס:

“Creating an effective system of protections of security rights through the criminal law is one of the most important things that can be done to make possible the enjoyment of other liberty below”.⁴⁷

(3) האמנה החברתית ומסך הבערות

הדרך שבה רולס פוסע כדי לגלות ולהצדיק את הכללים שלאורם צריכים ללכת המוסדות הבסיסיים של החברה היא דרך האמנה החברתית.⁴⁸ על פיו, כללי הצדק הם אותם כללים בסיסיים המתייחסים לחלוקה של זכויות וחובות וחלוקת משאבים בין בני החברה אשר אנשים חופשיים ורציונליים היו מקבלים במצב התחילי מאחורי מסך הבערות.⁴⁹

44 ראו: שם.

45 שם, בעמ' 6.

46 ראו: Kevin A. Kordana, David H. Tabachnick, *Rawls and Contract Law*, 73 GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW 598 (2005); Arthur Ripstein, *The Division of Responsibility and the Law of Tort*, 72 FORDHAM LAW REVIEW 1811, 1813 (2004).

47 ראו: James W. Nickel, *Rethinking Rawls's Theory of Liberty and Rights*, 69 CHICAGO-KENT LAW REVIEW 763, 768 (1994) (ההדגשות שלי).

48 רולס, לעיל הערה 42, בעמ' 10. רולס מציין גם כי: “My aim is to present a conception of justice which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau and Kant”.

49 שם.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

רולס מדגיש כי אין מדובר בהסכם אמיתי בין אנשים ספציפיים ומסוימים. מדובר למעשה בתרגיל מחשבתי המנסה לקבוע מהם החוקים שהיו מקבלים אנשים מאחורי מסך הבערות.⁵⁰

הרעיון הבסיסי העומד מאחורי מסך הבערות הוא שאנשים במצב זה אינם יודעים כלל מהו מיקומם בחברה, מה מעמדם הכלכלי, ומהי הדת לה הם כפופים. הם אינם יודעים האם הם חכמים או טיפשים, האם הם חזקים או חלשים, או האם הם גברים או נשים.⁵¹ במצב שבו אף אדם אינו יודע מהו מצבו האמיתי הרי שקיים שוויון מוחלט. במצב זה היתרונות שיש לאדם הנובעים ממזל אינם באים לידי ביטוי. כך למשל, העובדה שאדם מסוים הוא עשיר או עני לא אמורה להשפיע כלל על אופן קבלת ההחלטה בחוזה ההיפותטי שכן הוא אינו יודע כלל מה מצבו הכלכלי.⁵² כתוצאה מכך, החוקים שהתגבשו מאחורי מסך הבערות הם חוקים הוגנים שכן הם התקבלו בין אנשים שהם חופשיים ושווים.

“Together with the veil of ignorance, these conditions define the principles of justice as those which rational persons concerned to advance their interests would consent to as equals when none are known to be advantaged or disadvantaged by social and natural contingencies.”⁵³

לסיכום, הנימוק לכך שהכללים שיבחרו מאחורי מסך הבערות הם כללים צודקים נובעת בדיוק מן העובדה שכללים אלו היו נבחרים על ידי אנשים רציונאליים, חופשיים ושווים. לכן קורא רולס לשיטתו Justice as Fairness.⁵⁴

(4) הכללים הבסיסיים שהיו מתקבלים מאחורי מסך הבערות

רולס טוען כי מאחורי מסך הבערות אנשים היו בוחרים בשני כללים בסיסיים:⁵⁵
(א) הכלל הראשון הוא כי לכל אדם זכות שווה למכלול החירויות הבסיסי.
(ב) הכלל השני קובע כי ניתן להפר את השוויון בתחום החברתי והכלכלי (למשל את השוויון בחלוקת משאבים) רק כאשר אי-שוויון זה מעלה את רמתו של החלש ביותר.

50 שם, בעמ' 11, 14. יש לציין, כאמור לעיל, כי דוורקין ביקר את התאוריה של רולס בין היתר בשל העובדה כי החוזה הוא היפותטי וחוזה היפותטי אינו חוזה כלל. ראו: דוורקין, לעיל הערה 19, שם.

51 רולס, שם, בעמ' 11.

52 שם, בעמ' 17.

53 שם.

54 שם, בעמ' 19. וכך מציין רולס: “We shall want to say that certain principles of justice are justified because they would be agreed to in an initial situation of equality”

55 שם, בעמ' 53.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

רולס אינו מסתפק בקביעת שני כללים אלו, אלא הוא אף קובע כי העיקרון הראשון קודם לעיקרון השני. המשמעות של קדימות זו היא כי אין לפגוע בחירות בסיסית של אדם כדי לשפר את מצבו הכלכלי. ניתן לפגוע בחירותו של אדם אך ורק לטובת החירות הבסיסית עצמה.⁵⁶

לענייננו, חשוב להדגיש כי כאשר רולס מדבר על החירויות הבסיסיות של האדם הוא מתייחס לחירות פוליטית (כגון החירות להצביע), חופש הדיבור, חופש המצפון והמחשבה, וחירות האדם באופן כללי הכוללת בחובה חירות מכפיה פסיכולוגית וחירות מתקיפה.

“Now it is essential to observe that the basic liberties are given by a list of such liberties. Important among these are political liberty...and freedom of speech and assembly, liberty of conscience and freedom of thought, freedom of the person, which includes freedom from psychological oppression and physical assault and dismemberment (integrity of the person).”⁵⁷

(5) ההשלכה של התאוריה של רולס על הבחנה בין המתה לבין הנחה למות

אני סבור כי לרעיון של רולס הקובע כי אנשים מאחורי מסך הבערות היו בוחרים בכללים הללו, תוך מתן קדימות לקסיקאלית לכלל הראשון הקובע כי לכל אדם זכות שווה למכלול החירויות הבסיסי, קיימת השלכה אף להבחנה המוסרית שבין המתה לבין הנחה למות. כפי שציינתי לעיל, לו לא היה קיים כלל איסור על המתה הרי שאף אם האדם לא היה נרצח על ידי מאן דהוא הרי שחייו לא היו חיים ששווה לחיותם, שכן הוא היה חי בפחד מתמיד ללא אוטונומיה בסיסית. המשמעות המרכזית של עובדה זו לענייננו היא, כי במצב כזה שבו אין איסור על המתה, קיימת פגיעה במכלול החירות הבסיסיות שרולס ציין. אין חירות הצבעה, אין חופש דיבור, אין חופש מחשבה וברור שלאדם אין חירות מכפיה פסיכולוגית ומתקיפה. לכן ברור, כי כדי לשמור על החירויות הללו היו האנשים מאחורי מסך הבערות בוחרים בכלל האוסר על המתה. טענה דומה העלה ניקל במאמרו:

“Creating an effective system of protections of security rights through the criminal law is one of the most important things that can be done to make possible the enjoyment of other liberty below. If those who would invade people's liberties and rights are unrestrained in their ability to threaten

56 שם, בעמ' 53-54. כמו כן, ראו ביקורת: H.L.A. Hart, *Rawls on Liberty and Priority*, 40 *The University of Chicago Law Review* 534 (1973).

57 רולס, שם, בעמ' 53 (ההדגשות שלי).

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

death, harm, violence, and loss of property, few if any liberties can be enjoyed. Security rights, like due process rights, are essential building blocks for a system of liberty."⁵⁸

לעומת זאת, אם לא היה כלל המחייב אנשים להציל את זולתם בעת סכנה, הרי שלא היו נפגעות כלל החירויות שצוינו על ידיו. עדיין היה לאנשים החופש להצביע, לאנשים היה חופש מחשבה ודיבור וכן הייתה להם חירות מכפייה פסיכולוגית ותקיפה. יצוין, כי איני טוען שאנשים מאחורי מסך הבערות לא היו מקבלים את הכלל המחייב הצלה במקרים מסוימים, אך ברור לאור הדברים שטענתי לעיל, כי הוא היה מתקבל בצורה הרבה יותר מצומצמת והוא היה פחות כבד משקל מן האיסור על המתה. לסיכום, הטענה שלי היא כי מבחינת הצדק של מוסדות המדינה, הרי שמאחורי מסך הבערות היה מתקבל הכלל האוסר על המתה משתי סיבות עיקריות: (1) ראשית, הכלל הזה הוא תנאי הכרחי לכל החירויות הבסיסיות של האדם. ללא כלל זה כל החירות הבסיסיות של האדם היו נמצאות בסכנה. (2) האיסור על המתה שומר על החירות הבסיסית שרולס ציין – חירות כללית של האדם הכוללת חירות מכפייה פסיכולוגית וחירות מתקיפה.

(6) תאוריית הצדק של רולס ביחס לאינדיווידואלים

בנוסף, אני סבור כי ישנה נקודה נוספת בתאוריה של רולס (שנראה שלא הרבו להתייחס אליה), אך יש לה השלכה ישירה להבחנה שבין המתה לבין הנחה למות. כפי שצינתי, התאוריה של רולס מתייחסת בעיקר לצדק של המוסדות הבסיסיים של החברה. עם זאת, רולס מציין בספרו כי באמנה ההיפותטית שהייתה מתקבלת מאחורי מסך הבערות אנשים היו מקבלים כללים נוספים שאינם מתייחסים רק לכללי הצדק של המוסדות הבסיסיים של החברה. על פיו כדי להציג תאוריה שלמה של צדק יש לקבוע כללים נוספים שהיו מתקבלים מאחורי מסך הבערות, כללים המתייחסים לבני אדם כאינדיווידואלים.⁵⁹ במסגרת ניתוח הכללים ביחס לאינדיווידואלים רולס מתייחס לחובות טבעיות (natural duties). בתוך חובות אלו הוא מציין את החובה לעזור לאדם אחר כאשר הוא מצוי בצרה בכפוף לכך שפעולת הצלה לא תהיה כרוכה בסיכון רב ובהוצאות גדולות. כמו כן הוא דן בחובה שלא לפגוע באדם אחר. רולס מציין שחובת הצלה היא חובה חיובית ואילו החובה שלא לפגוע היא חובה שלילית והוא אף מציין כי החובה השלילית כבדת משקל יותר מן החובה החיובית. אך הוא אינו מסביר מדוע החובה השלילית כבדת משקל מן החובה החיובית, או במילים אחרות הוא אינו מסביר מדוע המתה חמורה מהנחה למות.⁶⁰ למרות העובדה שרולס אינו מציין במפורש מדוע המתה חמורה מהנחה למות, ניתן לדעתי למלא

58 ראו: ניקל, לעיל הערה 47, בעמ' 768 (ההדגשות שלי).

59 ראו: רולס, לעיל הערה 42, בעמ' 93.

60 שם, בעמ' 99.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

את החסר לאור התייחסותו של רולס לחובת ההצלה בהמשך ספרו. רולס מדגיש כי אנשים היו מקבלים על עצמם את חובת ההצלה הקלה מאחורי מסך הבערות בשל שני נימוקים אפשריים:

(1) הנימוק הראשון מתבסס על קאנט. קאנט טען שיש חובה להציל אדם המצוי בסכנת חיים שכן כל אדם היה רוצה שיצילו אותו בשעת סכנה. אם לא נקבל את הכלל הזה נמצאנו שוללים מעצמנו את העזרה כאשר אנחנו נהיה זקוקים לכך. ומכיוון שקיים סיכוי שנהיה מצויים בצרה אזי הגיוני לומר שנקבל את הכלל הזה מאחורי מסך הבערות.

(2) אולם, רולס מציין נימוק נוסף אשר מבחינתו היא משמעותי הרבה יותר מן הראשון. רולס טוען שאנשים היו מקבלים את הכלל הקובע חובת הצלה מאחורי מסך הבערות שכן יש לכלל זה השפעה רבה על איכות החיים של האדם עוד בטרם הוא יזדקק לעזרה. רולס מדגיש כי לעובדה שכל אחד מן הציבור יודע כי אם הוא יזדקק לעזרה בשעת סכנה היא תינתן לו, יש ערך רב, אף אם הוא כלל לא יזדקק לעזרה זו. הערך הרב של הכלל, לפי רולס, אינו נמדד בכמות הפעמים שהייתי זקוק לעזרה ואכן קיבלתי אותה. הערך הרב של הכלל נוצר בידיעה ובביטחון שנוצר עקב ידיעה זו שאם אזדקק לעזרה הרי שאקבל אותה. רולס מדגיש כי הדרך לבדוק את הערך הרב שיש לחובה זו ניתנת להיעשות על ידי כך שנחשוב איך הייתה נראית החברה לו לא הייתה חובה כזו. במצב זה כל אדם היה חי בחשש שאם הוא יזדקק לעזרה הוא לא יקבל אותה.

“Kant suggests, and others have followed him here, that the ground for proposing this duty is that situations may arise in which we will need the help of others, and not to acknowledge this principle is to deprive ourselves of their assistance...but this is not the only argument for the duty of mutual aid, or even the most important one. *A sufficient ground for adopting this duty is its pervasive effect on the quality of everyday life.* The public knowledge that we are living in a society in which we can depend upon others to come to our assistance in difficult circumstances is itself of great value. It makes little difference that we never, as things turn out, need this assistance and that occasionally we are called on to give it. The balance of gain, narrowly interpreted, may not matter. *The primary value of the principle is not measured by the help we actually receive but rather by the sense of confidence and trust in other men's good intentions and the knowledge that they are there if we need them.* Indeed, it is only

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

necessary to imaging what a society would be like if it were publicly known that this duty was rejected.”⁶¹

באמצעות דרך הטיעון של רולס בנוגע לחובת הצלה, ניתן לדעת להשלים את התמונה בנוגע לאיסור המתה. ניתן כמובן לומר כי אנשים היו מקבלים את איסור ההמתה מאחורי מסך הבערות שכן אף אדם לא היה רוצה שימיתו אותו (זו דרך טיעון דומה לדרך הטיעון שהועלתה בשם קאנט). עם זאת נראה שיש טיעון עמוק יותר המתבסס על הנימוק השני שהועלה על ידי רולס. הנימוק לכך שאנשים היו מקבלים את האיסור על המתה נוגע להשפעה העצומה שיש לאיסור זה על איכות החיים שלנו. עצם העובדה שאנשים יודעים שאף אחד לא יפגע בהם יש לכך ערך רב. כפי שציין רולס בנוגע לחובת הצלה, די אם נדמיין לעצמנו את מצב החברה בכלל והאדם בפרט אם לא היינו מקבלים על עצמנו איסור זה. במצב זה כמובן, האדם חי בפחד מתמיד בלא יכולת לעשות דבר.

ברור, אם כן, שגם לפי דרך הטיעון של רולס, הרי שאנשים מאחורי מסך הבערות היו מקבלים על עצמם את האיסור על המתה ויתרה מזאת, ברור שאיסור זה היה מתקבל בצורה גורפת יותר והיה לו גם משקל רב יותר.

אם נשוב לשאלה שנשאלה לעיל המדגישה כי לא כל המתה פוגעת באינטרסים עליהם מגן האיסור על המתה ומכאן שלא כל המתה חמורה מהנחה למות. לפי דרך הטיעון של פילוסופיית המוסר של האמנה החברתית (הן ההובסיאנית, הן הרולסיאנית), הרי שאיננו בודקים כל מקרה ספציפי. אנו בודקים את החומרה של המעשה לפי הכלל שהיה מתקבל במסגרת אמנה חברתית. אם מדובר באמנה החברתית ההובסיאנית הרי שמדובר באמנה חברתית היפותטית שהייתה מתקבלת במצב הטבעי, ואם מדובר באמנה חברתית רולסיאנית הרי שמדובר באמנה חברתית היפותטית שהייתה מתקבלת במצב התחילי מאחורי מסך הבערות. כפי שניסינו להוכיח לעיל, בשתי האמנות, הכלל הבסיסי שהיה מתקבל הוא הכלל האוסר על המתה, ולא הכלל המחייב הצלה, שכן האינטרסים עליהם מגן כלל זה הם רחבים ומשמעותיים יותר.

כמצוין לעיל, ניתן להעלות את האפשרות שרציונל הפגיעה באוטונומיה יכול להתפרש לא רק כרציונל מוסרי אלא אף כרציונל משפטי. הסברתי לעיל את האופן שבו ניתן להבין את הרציונל כמוסרי בכך שביססתי אותו על תאורית תועלתנות כלל ועל תאורית האמנה החברתית. ברם, ניתן להעלות את האפשרות כי אף אם נחלוק על תאוריות אלו מבחינה מוסרית בשל קשיים כאלה ואחרים (אשר חלקם הועלו לעיל), עדיין ניתן לומר כי מבחינה משפטית ראוי להסדיר את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות ואף לבסס זאת על תאוריות אלו. כך למשל, אדם המחזיק בתורת מוסר קאנטיאנית השמה דגש בעיקר על כוונתו של האדם, יכול לטעון כי אמנם לא קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כאשר

61 שם, בעמ' 297-298 (ההדגשות שלי).

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

הכוונות זהות (אף שטענתי בפרק א' לעיל, כי גם לפי גישה קאנטיאנית קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות) אך עדיין מבחינה משפטית ראוי לערוך הבחנה זו שכן מטרות המשפט הפלילי הן גם (ויש הטוענים בעיקר) שמירה על הסדר החברתי והגנה על האוטונומיה של הפרטים בחברה.⁶²

בהקשר של תועלתנות כלל ברנדט טוען באופן מפורש כי ניתן לערוך הבחנה זו:

“A conscience-utilitarian about morality need not hold a utilitarian thesis about justified law; and of course, the reverse is also true”.⁶³

במילים אחרות, ניתן לחלוק על תאוריות אלה מבחינה מוסרית, ועדיין לטעון כי מבחינה משפטית ראוי לחוקק חוקים המשקפים תועלתנות כלל או אמנה חברתית (הכל בהתאם לגישה שבה מחזיק כל אדם), שכן הסדרת החוק על פי גישות אלה תגשים את המטרות העיקריות של המשפט הפלילי – שמירה על הסדר החברתי והגנה על האוטונומיה.⁶⁴

5. ההגדרה הדסקריפטיבית להמתה והנחה למות

א. הצגת ההגדרה

ציינתי לעיל, כי הרציונל המבחין בין המתה לבין הנחה למות נגזר למעשה מהאינטרסים שעומדים בבסיס שני האיסורים. האיסור על המתה מהווה בסיס לקיומה של חברה. הוא מאפשר חיים ללא פחד, ובכך הוא למעשה מכונן את האוטונומיה של האדם, כיצור חופשי. במובן זה הוא אף מהווה בסיס לקיומה של החברה. לעומת זאת, האיסור על הנחה אינו מבקש להגן על קיומה של החברה. ייתכן, שבצורה כזו או אחרת, הוא מרחיב את האוטונומיה של הפרט (בכך שהפרט מודע לכך שיעזור לו), אך אין הוא מהווה בסיס לקיומה של החברה.

ברור, כי ההגדרה של המתה והנחה למות צריכה לשקף את הרציונל הזה. על פי רציונל זה המתה צריכה להיות מוגדרת כך שהאיסור בגינה יאפשר חיים ללא פחד, ובכך הוא יאפשר את קיומה של החברה. לעומת זאת, הנחה למות צריכה להיות מוגדרת כך שהאיסור בגינה ישקף ערכים של עזרה והרחבת האוטונומיה.

62 ראו: ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 22, 25-28 (2006).

63 ראו: R.B. Brandt, *Conscience (Rule) Utilitarianism and the Criminal Law*, 14 LAW AND PHILOSOPHY 65, 66 (1995).

64 כמובן, אינני טוען שחקיקת חוקים בהתאם לגישות אלה תוביל בהכרח להגשמת מטרות המשפט הפלילי. כל שטענתי הוא שקיימת האפשרות לערוך הבחנה ולטעון כי גם מי שחולק על גישות אלה מבחינה מוסרית, יכול להסכים להם מבחינה משפטית.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לדעתי, כדי לאפשר חיים ללא פחד עם אוטונומיה, הרי שהאיסור על המתה צריך לאסור התערבות או פלישה למרחב המוגן של האדם. התערבות בחייו של אדם יכולה להתבצע בעיקר, באמצעות יצירת הסיכון או באמצעות הסרת המגן השייך לקרבן (אני דן בהמשך במקרים שבהם המגן שייך לצד ג' או לאף אדם). כלומר, הגדרת המתה, באשר היא מושתתת על יסוד ההתערבות במרחב המוגן של האדם, קשורה בהיבטים קנייניים, קרי מיהו הבעלים של המגן שהוסר, ובהיבטים של יצירת סיכון. הרעיון הבסיסי הוא ליצור מרחב מוגן, מעין חגורת ביטחון לאדם שאסור יהיה לחדור אותה. אם אדם מת כתוצאה מחדירה או פלישה למרחב המוגן שלו, הרי שחדירה או פלישה זו תסווג כהמתה. במקרים שבהם הייתה חדירה למרחב המוגן של האדם, לא נצריך לאתר חובה לפעול כדי להרשיע את הנאשם. ברור, שעמדה זו אינה שמה דגש על תנועתו הגופנית של הפועל. לפי עמדה זו ייתכנו מצבים שיהיו כרוכים בפעולה גופנית ולא יהיו מסווגים כהמתה שכן הפעולה הגופנית לא חדרה את המרחב המוגן של האדם וכן ייתכנו מצבים שלא היו כרוכים בפעולה גופנית, שעדיין יסווגו כהמתה שכן אנו נראה זאת כחדירה למרחב המוגן של האדם.

על פי עמדה זו, אם קרבן מת כתוצאה מהסרת מגן השייך לו או כתוצאה מיצירת סיכון על ידי הפועל הרי שהתנהגות זו תסווג כהמתה.

לעומת זאת, אם קרבן מת כתוצאה מהסרת מגן השייך לפועל או כתוצאה מאימתן עזרה למניעת סיכון שנוצר על ידי גורם אחר שאינו הפועל, אזי התנהגות זו תסווג כהנחה למות וכדי להרשיע יהיה צורך באיתור חובה לפעול.

יש להדגיש, כי ההתייחסות לבעלות על המגן אינה קשורה כלל לשמירה על זכות הקניין כמטרה בפני עצמה. אינני טוען כלל שאנו מסווגים את המקרים של הסרת מגן השייך לקרבן כהמתה בשל העובדה שיש כאן פגיעה בזכות הקניין של הקרבן. ההבחנה הקניינית שאני עורך נובעת ישירות מהרציונל של ההבחנה. האדם שומר על עצמו בעיקר באמצעות משאביו וגופו, ורק בשל כך, הסרת המגן השייך לקרבן פוגעת באינטרסים העומדים בבסיס האיסור של המתה.⁶⁵

65 יש להדגיש, כי ההקשר הקנייני שאני מציע אינו נשען גם על תפיסת הקניית כריבונות בהיבט הליברטאריאני ולפיו, יש לשמר את הקניין הפרטי כדי למקסם את חירותו השלילית של האדם המהווה תנאי לפיתוח עצמי. בנוסף, ההקשר הקנייני של תאורית הפגיעה באוטונומיה אינו נשען על ערך הקניין כ"אישיות" הרואה משאבים מסוימים של האדם חלק מן ה"אני". ההקשר הקנייני אליו אני מתייחס הוא כאמור שונה. ההקשר הקנייני בתאורית הפגיעה באוטונומיה רלוונטי שכן הוא משמש כמגן מפני חדירה למרחב המוגן של האדם. הגנה זו לא נדרשת בעיקרה מפני עריצות שלטונית אלא מפני בני אדם אחרים. על פי תפיסתי על ידי המרחב המוגן יכול האדם לחיות ללא פחד עם ביטחון על מנת לקיים חיים סבירים. לעניין תפיסת הקניין כריבונות ולעניין ערך הקניין כ"אישיות" ראו: חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 25-26, 39-38 (2005).

ב. השלכות הבעלות על המגן

(1) המגן שייך לפועל או לקרבן

נקודת המוצא היא כי במקרה שבו הפועל יצר את הסיכון הרי שברור שפעולה זו תסווג כהמתה ואין מחלוקת על כך. לדוגמה, שמעון הטביע את ראובן בים וגרם למותו. במצב זה שמעון יצר את הסיכון ועל כן תסווג הפעולה כהמתה. במצב זה, יש חדירה למרחב המוגן של האדם באמצעות פגיעה ישירה בגופו.⁶⁶ לעומת זאת, כאשר שמעון ראה את ראובן טובע ולא נחלק לעזרתו הרי שהוא לא יצר את סיכון הטביעה (גם אם יש לו קשר סיבתי למוות של ראובן), ועל כן התנהגות זו תסווג כהנחה למות. במצב זה אין חדירה למרחב המוגן של האדם.

עם זאת, יש לבחון לעומק את סוגיית הסרת המגן ואת רלוונטיות שאלת הבעלות הקניינית על המגן.

אתן מספר דוגמאות להבהרת עמדתי:

(א) בריחה מלב ים – ראובן עומד לטבוע בלב ים. לפתע הוא רואה את שמעון עומד על ספינתו ומביט בו. ראובן שוחה לעבר ספינתו של שמעון בכדי להינצל. שמעון לא מעוניין להציל את ראובן ומשיט את ספינתו לים. כתוצאה מכך ראובן מת.⁶⁷

(ב) תזוזה – ראובן מעוניין להרוג את לוי ויורה כדור לכיוונו. שמעון נמצא בין ראובן לבין לוי (ניתן לצאת מנקודת הנחה שלא יקרה כלום לשמעון אם הכדור יפגע בו). שמעון אינו מעוניין להציל את לוי ולכן הוא זו. כתוצאה מכך הכדור פוגע בלוי ולוי מת.

אני סבור כי שני המקרים לא יסווגו כהמתה. במקרה הראשון, אינני סבור שנגדיר את פעולתו של שמעון (השטת הספינה אל החוף) כהמתת ראובן (אף שמדובר כאן בתנועה גופנית). כמו כן, אינני סבור כי נגדיר את תזוזתו של שמעון במקרה השני, כהריגת לוי. ההסבר נובע מכך שבשני המקרים שמעון הסיר מגן השייך לו עצמו ולא מגן השייך לקרבן. במקרה הראשון שמעון הזיז את ספינתו שלו שהייתה למעשה מגן מפני הטביעה של ראובן. ובמקרה השני, שמעון הזיז את גופו שהייתה מגן מפני הכדור של ראובן.

נוכל לראות כי לנקודה זו משמעות מוסרית אם נשנה מעט את המקרים:

(ג) בריחה מלב ים 1 – שמעון עומד על ספינתו של ראובן ומשיט את הספינה של ראובן אל החוף. כתוצאה מכך ראובן מת.

(ד) תזוזה 1 – שמעון לוקח את לוי ומניח אותו בצורה שהכדור של ראובן יפגע בו.

66 ברור, שייטכנו מצבים שבו יצירת הסיכון לא בוצעה ישירות בגוף האדם. למשל, הנחת פצצה שגרמה למותם של אנשים. עם זאת, אף כאן יש חדירה ישירה למרחב המוגן של האדם.

67 דוגמה נוספת שהועלתה בפרק ב' לעיל: ראובן עומד למות מקור. הוא מעוניין להיכנס לביתו של שמעון כדי להינצל. שמעון נועל את הדלת וראובן מת כתוצאה מכך. כאן המגן שייך לשמעון. אינני סבור כי נראה זאת כהמתה.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

אני סבור כי נסווג את שני מקרים אלו כהמתה ולא כהנחה למות. במקרים אלו לא נטען כי שמעון לא הציל את ראובן או לוי. שמעון המית את שניהם בכך שמנע מהם מגן השייך להם.

כלומר ההבדל בין מקרים (א) ו-(ב) לבין המקרים (ג) ו-(ד) הוא הבעלות על המגן. במקרים (א) ו-(ב) המגן שייך לפועל ואילו במקרים (ג) ו-(ד) המגן שייך לקרבן. ויש להדגיש, כי ההבחנה בין הסרת מגן השייך לפועל או הסרת מגן השייך לקרבן אינה טכנית אלא מהותית. כאשר הוסר מגן השייך לקרבן איננו רואים זאת כהתערבות במרחב המוגן של הקרבן. לעומת זאת, כאשר מדובר בהסרת מגן השייך לקרבן, אנו רואים זאת כהתערבות במרחב המוגן של האדם. התערבות במרחב זה, פוגעת בנורמה השומרת על האוטונומיה של הפרט ושל החברה ולפיכך אנו מרשיעים בגינה בצורה חמורה יותר.⁶⁸ יש להדגיש, כי ברור שייתכנו מקרים שבהם הפועל פגע או הסיר משאב השייך לקרבן והקרבן מת, אך עדיין לא נרשיעו בהריגה, אולם זאת בשל היעדר קשר סיבתי משפטי. במקרים אלה לקיחת המגן הייתה אמנם תנאי הכרחי לתוצאה, אך לא נרשיע את הפועל בהריגה בשל ריחוק מן הנזק. לשם ההמחשה נניח מקרה שבו א' גנב את כספם של אנשים מסוימים שהיו אמורים לתרום את כספם לבית החולים לצורך רכישת תרופות ומכונות החיאה. כתוצאה מן הגניבה, רכישת התרופות והמכונות לא התאפשרה, עובדה שגרמה למותם של אנשים. ייתכן, שכאן לא ירשיעו את א' בהריגה בשל הריחוק מן הנזק במסגרת הקונסטרוקציה של היעדר קשר סיבתי משפטי. ההבחנה בין הסרת מגן השייך לקרבן לבין הסרת מגן השייך לפועל כפי שציינתי לעיל בעינה עומדת במקרה שמתקיים, לכאורה, קשר סיבתי משפטי.

68 על אף האמור לעיל, יש להדגיש כי מכיוון שחשיבות הקניין לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה מתבססת על כך שמשאביו של האדם וגופו יוצרים מרחב מוגן כך שהאדם יוכל לחיות חיים סבירים עם ביטחון מינימלי, הרי שיהיה זה סביר לערוך הבחנה בין סוגים שונים של משאבים; בין משאבים המגדירים את המרחב המוגן של האדם לבין משאבים שאינם מגדירים מרחב מוגן זה. לפי הבחנה זו, ייתכנו מקרים שבהם הפועל הסיר מגן השייך לו עצמו אך עדיין נסווג זאת כהמתה ולא כהנחה למות. למשל, במקרה שבו א' קופץ מגגו של בניין תוך שהוא מודע לכך שרשתו של ב' מתוחה בתחתיתו של בניין זה כך שא' יכול להינצל אם הוא יפול לתוך רשת זו. ב' מסיט את הרשת וא' מת כתוצאה מכך. במקרה זה, אף שמדובר במשאביו של ב' יתכן שלא נצריך חובה לפעול כדי להרשיע. שכן ייתכן שלא כל משאב השייך לפועל הוא משאב המגדיר את המרחב המוגן שלו. במקרה זה ייתכן לומר שהרשת, במצב נתון זה, אינה מגדירה את המרחב המוגן של האדם ולפיכך הסטת הרשת מהווה המתה. לעומת זאת, ביתו של האדם כן מגדיר את המרחב המוגן של האדם. ולפיכך אם ב' סגר את דלת ביתו בפני א' וא' מת מקור כתוצאה מכך, אזי המקרה יסווג כהנחה למות ויצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע. במילים אחרות, ניתן לומר, שבמסגרת אמנה חברתית היפותטית, כדי להבטיח חיים ללא פחד וחשש אנו קובעים את התנאים בהם יהוו משאבים מסוימים מרחב מוגן לאדם. יהיו משאבים שבכל מקרה הם מהווים מרחב מוגן זה (לדוגמה ביתו של אדם) ויהיו משאבים שיהוו מרחב מוגן במקרים מסוימים וספציפיים (לדוגמה הרשת במקרה שהצגתי לעיל).

(2) המגן שייך לצד ג' או לאף אדם

יש לשאול מה הדין במקרים שבהם המגן אינו שייך לא לפועל ולא לקרבן אלא לצד ג' כלשהו או שהוא אינו שייך לאף אדם. האם במקרים שבהם הפועל הסיר מגן שייך לצד ג' או שאינו שייך לאף אדם וכתוצאה מכך הקרבן מת, האם מקרים אלו יסווגו כהמתה או כהנחה למות? או במילים אחרות, האם נצריך במקרים אלו חובה לפעול או לא? לגבי מגן שייך לצד ג' יש לחלק, בין מצב שבו צד ג' העניק את זכות השימוש לקרבן לבין מצב שבו צד ג' לא העניק את זכות השימוש לקרבן. במצב הראשון ניתן לראות זאת כמצב שבו המגן למעשה שייך לקרבן ועל כן מקרה זה יסווג כהמתה. למשל, מקרה שבו בית החולים מחבר את החולה למכונת הנשמה ושמעון בא ומנתק את מכונת הנשמה. מקרה זה יסווג כהמתה שכן שמעון הסיר מגן שזכות השימוש בו נתונה לראובן. לעומת זאת אם הפועל הסיר מגן שייך לצד ג', אך צד ג' לא העניק את זכות השימוש במגן לקרבן, כאן המצב לדעתי פחות ברור. למשל, מה יהיה הדין במקרה שבו שמעון עומד על הספינה השייכת ללוי ומשיט אותה אל החוף וכתוצאה מכך ראובן מת? אני נוטה לומר כי התשובה לשאלה תלויה בצורך של הפועל במגן. ככל שהצורך של הפועל במגן גדול יותר כך פחות נראה את פעולתו כהמתה. ככל שהצורך של הפועל במגן קטן יותר (למשל הוא סתם מעוניין לשוט להנאתו) הרי שניטה לראות את פעולתו כהמתה. במצב שבו הצורך של הקרבן גדול אל מול הצורך של הפועל אזי יש לקרבן "זכות צורך"⁶⁹ (need right) על המגן. הסרת המגן במקרה כזה תהווה פלישה למרחב המוגן של האדם. לעומת זאת, כאשר גם הצורך של הפועל במגן הוא גדול הרי שהן לקרבן והן לפועל יש "זכות צורך". במצב זה, לאף אחד מן הצדדים אין זכות חזקה יותר משל רעהו ביחס למגן. זכות השימוש נתונה לשניהם באותה מידה. במצב זה אין פלישה למרחב המוגן של האדם (מכיוון שהזכות נתונה לשניהם אין זה מלכתחילה מרחב מוגן).⁷⁰ המקרה שבו המגן אינו שייך לאף אדם הוא מקרה, לדעתי, קשה יותר. למשל, מה הדין במקרה שבו הפועל עומד על ספינה שאינה שייכת לאף אדם ומשיט אותה אל החוף? ניתן מצד אחד לטעון גם כאן שהתשובה תלויה בצורך של הקרבן אל מול הצורך של הפועל, כפי

69 מקור המושג מופיע במאמרו של דרייפר. ראו: Kai Draper, *Rights and the Doctrine of Doing and Allowing*, 33 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 253, 271 (2005). יש לציין, כי דרייפר עצמו משתמש במושג הזה לטעון כי גם כאשר המגן שייך לפועל, במצב שבו הצורך של הקרבן גדול, הרי שהזכות המגן תיחשב להמתה.

70 דרייפר מעלה מקרה המתייחס לצורך שווה בין הצדדים. שני אנשים נמצאים על ספינה טובעת. עם זאת יש רק חגורת הצלה אחת שאינה שייכת לאף אחד מהם. ברור כי לכל אחד מן הצדדים יש זכות להגיע לחגורת הצלה, ואם אחד הצדדים אכן החזיק בה הוא לא ייחשב כממית את הצד השני. עם זאת, כאשר אחד מן הצדדים כן הגיע לחגורת הצלה, לקיחתה על ידי הצד השני כן תיחשב להמתה. שם, בעמ' 274.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

שטענטי במקרה שבו המגן שייך לצד ג'. עם זאת, נראה מבחינה אינטואיטיבית כי, במצבים מסוימים, עדיין קיים הבדל בין שני המקרים. ניתן להעלות מקרה שישקף מצב זה: "מוות ממחלה" – ראובן עומד למות ממחלה אלא אם יעבור ניתוח העולה סכום כסף ניכר. לשמחתו, הוא שומע כי ישנו מטמון ליד ביתו אשר באמצעותו יוכל הוא לממן את הניתוח. שמעון מודע אף הוא למטמון זה, רץ מיד ומוצא את המטמון, ומשתמש בו לצרכיו הוא. כתוצאה מכך, ראובן לא עבר את הניתוח ומת.

במצב זה לשני הצדדים יש זכות שימוש במטמון, אולם הצורך של ראובן גדול יותר, שכן הוא זקוק לתרופה כדי להינצל ממות. עם זאת, אני סבור כי הסיווג הנכון יותר למקרה זה הוא הנחה למות. במקרה זה נוכל לדעתי להרשיע את שמעון בהריגה או ברצח רק בכפוף לכך שאותרה החובה לפעול, קרי אותרה חובה ספציפית המחייבת את שמעון להציל את ראובן. לעומת זאת, אם הכסף שייך היה לראובן עצמו, הרי שלדעתי הסיווג הנכון יותר הוא המתה ועל כן ניתן יהיה להרשיע את שמעון בהריגה או ברצח ללא איתור חובה לפעול.⁷¹ כלומר, ייתכן שקיים הבדל בין מצב שבו המגן שייך לצד ג' לבין מצב שבו המגן אינו שייך לאף אדם. כאשר המגן שייך לצד ג' הרי שהסיווג יהיה תלוי בצורך של הקרבן והפועל במגן. לעומת זאת, כאשר מדובר במגן שאינו שייך לאף אדם, כי אז ההגדרה אינה תלויה בצורך של הפועל והמגן בקרבן.

יש לציין כי הגדרת המתה והנחה למות במקרים של הסרת מגן, כתלויה, בין היתר, בשאלת הבעלות הקניינית של המגן נתמכת בעמדתם של מספר כותבים. כך למשל, מקמהן מציין בספרו:

"The idea that the provider's aid must be in some sense continuing in order for his withdrawing it to count as letting die does not imply that any further action is required from him on the dependent person's behalf. That is, one may let a person die even if there is nothing that one must do in order for the person to survive. As long as the dependent person's continued survival depends on resources that properly belong to the provider (where "resources" are understood liberally to include action, physical possessions, political power, and so on), it can be appropriate to

71 יש לציין שוב, כי הדגש כאן אינו שמירה על זכות הקניין של הצדדים. זכות הקניין אינה מטרה בפני עצמה. אינני טוען כי מכיוון שהמגן שייך לקרבן אזי הסרת המגן חמורה יותר רק בשל כך. אני טוען שבמסגרת אמנה חברתית היינו קובעים כללים אלה כדי לאפשר לבני האדם לחיות ללא פחד. במסגרת אמנה זו, היינו אוסרים בראש ובראשונה המתה על ידי פגיעה בגוף או בקניין שלנו. לאחר מכן, היינו אוסרים המתה על ידי פגיעה במשאבים של צד ג' (למשל הסרת מגן השייך לצד ג' בהתאם למפורט לעיל), ולבסוף היינו אוסרים על הנחה למות, שמשמעותה אי מתן עזרה או הסרת מגן השייך לפועל עצמו.

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

see the dependent person as being kept alive by the provider. So that the withdrawal of the life sustaining resources by the provider will count as an instance of letting die."⁷²

כפי שציינתי לעיל, נראה שזוהי גם עמדתה של פרנסיס קם:

"Essentially, removing a defense against a potential cause of death – this could be a cause that had at one time already threatened the person or something entirely new – is a killing if the person who dies was not dependent for the defense on the person who terminates it. *If an agent terminates aid and so allows a potential cause of death actually to kill someone, but it is aid that the agent himself was providing, or aid that belongs to the agent then we have a letting die. (this disjunctive set of conditions is meant to include cases in which A takes what is B's to help C, and B then removes it).*"⁷³

כלומר, הן מקמהן הן קם ראו את הרלוונטיות של הבעלות על המגן. במקרה שהמגן שייך לפועל הרי שהסרתו מסווגת כהנחה למות. לעומת זאת, כאשר המגן שייך לקרבן הרי שהפעולה מסווגת כהמתה.

(3) הפרדת תאומות סיאמיות – מעשה או מחדל

עמדה זו מקבלת חיזוק אף מפסק דין אנגלי המתייחס להפרדת תאומות סיאמיות. סיפור המקרה התרחש באנגליה. ג'ודי ומארי נולדו כתאומות סיאמיות. לכל אחת מן הילדות היה מוח, לב, כליות ידיים ורגליים, ושאר אורגנים. עם זאת, הלב והכליות של מארי קיבלו אספקה של דם וחמצן מגופה של ג'ודי. אם מארי הייתה נולדת לבד היא לא הייתה שורדת.

72 ראו: JEFF McMAHAN, THE ETHICS OF KILLING: PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE 381 (2002) (ההדגשות שלי).

73 ראו: F.M. KAMM, MORALITY, MORTALITY: RIGHTS, DUTIES, AND STATUS 28-29 (1996) (ההדגשות שלי). אמנם לפי קם ומקמהן לא ברור מה הדין במקרה שבו הפועל הניח מגן השייך לקרבן ולאחר מכן הסיר אותו, אך עדיין ברור כי ההגדרה של המתה והנחה למות תלויה בצורה זו או אחרת בבעלות על המגן. כמו כן, לעמדה המבססת את ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות על זכויות הקניין ראו: דרייפר, לעיל הערה 69, בעמ' 270-269. זוהי גם עמדתה המפורשת של ג'ודית תומסון. ראו: Judith Jarvis Thomson, *Physician – Assisted Suicide*: *Two Moral Argument*, 109 ETHICS 497, 503-504 (1999). לפי תומסון, אם א' מספק מגן לב' על ידי מאמציו או המשאבים שלו, הרי שאם הוא יסיר את המגן הוא יניח לב' למות רק אם הוא לא התחייב לב' למגן זה. אם הוא התחייב כלפי ב' לשים את המגן אזי הסרת המגן תסווג כהמתה.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

המצב היה כדלהלן: אם לא היה מתבצע שום ניתוח המפריד בין התאומות הרי שהתאומות היו מתות מספר חודשים לאחר מכן, שכן ליבה של ג'ודי לא היה מחזיק מעמד. לעומת זאת, אם היה מתבצע ניתוח ההפרדה הרי שג'ודי הייתה ממשיכה לחיות ואילו מארי הייתה מתה מיד לאחר מכן. הורי התאומות לא יכלו להסכים לניתוח, שכן הם לא יכלו להחליט להרוג אחת מן התאומות כדי להציל את השנייה. במסגרת הדיון עלתה השאלה האם מותר לבצע את הניתוח כך שבסופו של דבר ג'ודי תחיה אולם מארי תמות מיד לאחר מכן, או שמא יהיה מדובר ברצח מארי. בית המשפט האנגלי דן במסגרת פסק הדין, בין היתר, בשאלת המעשה והמחדל. קרי, האם הפרדת התאומות מסווגת כמעשה או שמא כמחדל. יש שרצו לטעון כי הפרדת התאומות דומה להפסקת פעולת מכונית הנשמה (שכן ג'ודי סיפקה דם וחמצן למארי), ולפי פסק דין בלנד⁷⁴ הרי שהפסקת פעולת הנשמה דינה כמחדל ולא כמעשה. אולם, בית המשפט לא קיבל השוואה זו. הנקודה המעניינת היא הנימוק לאי-קבלת ההשוואה. על פי בית המשפט כדי לנתק בין התאומות היה צריך לפלוש לגופה של מארי ולא ניתן היה להסתפק רק בטיפול באיבריה של ג'ודי. בשל הצורך לפלוש לגופה של מארי כדי לבצע את הטיפול, הרי שלא ניתן להגדיר זאת כמחדל אלא כמעשה.

“7.7 Act or omission in this case?”

I set out earlier (I realise with embarrassment a lot earlier) how this operation would be performed. The first step is to take the scalpel and cut the skin. If it is theoretically possible to cut precisely down the mid-line separating two individual bodies, that is not surgically feasible. Then the doctors have to ascertain which of the organs belong to each child. That is impossible to do without *invading Mary's body in the course of that exploration. There follow further acts of separation culminating in the clamping and then severing of the artery. Whether or not the final step is taken within Jodie's body so that Jodie's aorta and not Mary's aorta is assaulted, it seems to me to be utterly fanciful to classify this invasive treatment as an omission in contra-distinction to an act.* Johnson J.'s valiant and wholly understandable attempt to do so cannot be supported and although Mr Whitfield Q.C. did his best, he recognised his difficulty. The operation has, therefore, to be seen as an act of invasion of Mary's

Airedale NHS Trust v. Bland [1993] AC. 789, ראו, 74

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומיה הפרט

bodily integrity and unless consent or approval is given for it, it constitutes an unlawful assault upon her.”⁷⁵

כלומר, אף בית המשפט בפרשת התאומות הסיאמיות הסביר את העובדה שאין מדובר במחדל, לא בכך שמדובר בפעולה גופנית, אלא בכך שניתוח הפרדת התאומות יצריך פלישה לגופה של מארי, וכאשר ישנה פלישה לגוף של הקרבן הרי שלא ניתן להגדיר זאת כמחדל. משתמע מפסק הדין שאם ניתן היה להפריד את התאומות רק באמצעות מגע בגופה של ג'ודי אזי הפעולה הייתה מוגדרת כמחדל. אולם, כיוון שהניתוח יצריך פלישה לגופה של מארי לא ניתן היה להגדיר זאת כמחדל אלא כמעשה.

6. הקשר בין ההגדרה לרציונל

ציינתי לעיל, כי ההגדרה של המתה והנחה למות קשורה לחדירה או פלישה למרחב המוגן של האדם. כמו כן, ציינתי את הרציונל להבחין בין המתה לבין הנחה למות המבוסס על האינטרסים השונים העומדים בבסיס האיסורים הללו. כעת אסביר את הקשר שבין הרציונל להגדרה עצמה.

האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על המתה מבקשים להגן על האפשרות לחיות ללא פחד ובכך לאפשר את האוטונומיה של החברה בכלל ושל האדם בפרט. לשם כך יש צורך לכונן מרחב מוגן לאדם שאותו אסור לחדור. המרחב המוגן העיקרי של האדם הוא גופו ומשאביו. האדם מגן על עצמו, בראש ובראשונה, באמצעות גופו ומשאביו ולא באמצעות גופם ומשאביהם של אחרים. גופו ומשאביו של האדם הם מבצרו. לכן ראוי לאסור יותר מכל את החדירה למרחב זה. אם לא נאסור זאת, הרי ששוב יחיה האדם בפחד מתמיד שכן בכל רגע נתון יהיה ניתן לחדור למרחב המוגן שאמור לשמור עליו. כיוון שכך, נכון לסווג הסרת מגן השייך לקרבן וכן יצירת סיכון שפגעה בגופו של אדם וגרמה למותו כהמתה, שכן יש כאן חדירה למרחב המוגן של האדם. לעומת זאת, נכון לסווג הסרת מגן השייך לפועל (ובמקרים מסוימים גם הסרת מגן השייך לצד ג' או לאף צד אחר) כהנחה למות. אני סבור כי לא זו בלבד שנכון לסווג את המקרים כך, אלא שסיווג זה עולה לדעתי בקנה אחד עם האינטואיציות המוסריות שלנו. הרציונל המוסרי שהעליתי, מנסה לספק תשתית מוסרית לאינטואיציה זו.

יש לציין, כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם התאוריה של האמנה החברתית, הן ההובסיאנית הן הרולסיאנית. מבחינת התאוריה ההובסיאנית החוששת מחזרה למצב הטבעי, הרי שבמסגרת של אמנה חברתית וכדי לקיים חברה שבה אדם יכול לחיות ללא חשש, הרי שכל בני האדם היו מסכימים לכך שאסור בראש ובראשונה, לגרום למותו של

75 ראו: [2000] 4 All ER 961, 1003 Re A (children) (conjoined twins: surgical separation) (ההדגשות שלי).

שער ראשון : ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

אדם באמצעות פגיעה בגופו או במשאביו. אי-קבלת איסור זה עלולה לגרום נפילה חזרה למצב הטבעי. מבחינת התאוריה הרולסיאנית הרי שאנשים היו מקבלים כלל זה, שכן ללא כלל זה הם לא יוכלו ליהנות מן החירויות הבסיסיות של האדם, וללא חירויות אלו הרי שהם לא יוכלו לקדם את חייהם ומטרתם.

7. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל

לאור האמור, הצורך באיתור חובה ספציפית לפעול במחדל כדי להרשיע בהמתה נועד כדי לפתור את החולשה המוסרית שיש במחדל לעומת המעשה (בהתאם להגדרה שהעליתי בהקשר של המתה והנחה למות). עם זאת, לאור הרציונל שהצגתי ייתכן שישנו נימוק מדוע דווקא חובות מסוימות יכולות לשמש כמקור חובה כדי להרשיע, למשל, בהמתה במחדל ואילו חובות אחרות לא יכולות לשמש כמקור חובה כזה.

ההבחנה שהצעתי נשענת על כך שאיסור על המתה מאפשר חיים ללא פחד ומהווה בסיס לקיומה של החברה, שכן ללא איסור זה אין אוטונומיה לאדם (מחמת הפחד המתמיד שמא יהרגו אותו), מה שאין כן האיסור על הנחה למות. עם זאת, נראה שבמקרים מסוימים האוטונומיה של האדם יכולה להישחק באופן משמעותי אם ידע שלא יקבל עזרה במצבים מסוימים. ראשית, קיימים מקרים שבהם הכניסה למצב המסוכן אינה אשמתו של האזרח, כגון מחלה או שריפה שנגרמה עקב פגעי מזג האוויר ואשר קשה להתגונן מפניה. שנית, הפגיעה באוטונומיה אף יכולה להתרחש עקב כך שהאזרח ישמר כל העת מלעשות דברים הדרושים לו מחשש שלא יקבל עזרה כאשר יזדקק לכך.

בשל כך, ממנה החברה "סוכנים" מסוימים שתפקידם לספק הגנה לבני החברה במצבים מסוכנים העלולים לגרום להם נזק. תפקידם של הסוכנים הוא לספק יציבות וביטחון לפרטים: רופא שיטפל במצוקתם, מציל שימנע את טביעתם, הורים שישגיחו על ילדיהם ועוד. בעלי תפקידים אלה חשובים על מנת לשוות לחברה אנושית את היציבות והביטחון בכדי שהחברה והפרט יוכלו לממש את האוטונומיה שלהם.

ברור כי לא בכל מקרה תישלל האוטונומיה של האדם אם ידע כי לא יקבל עזרה. ברור לדעתי כי אם לא היה נחקק חוק "לא תעמוד על דם רעך", עדיין הייתה נותרת בידי האדם האוטונומיה שכן הוא עדיין יכול היה לחיות חיים סבירים ברי משמעות, ללא חשש ופחד. לעומת זאת, לו היינו מבטלים לחלוטין את החובה להציל ולעזור אף במקרים ספציפיים (כגון שוטרים, אבות או רופאים), אזי נראה שהאוטונומיה של האדם הייתה נשחקת באופן משמעותי, מתוך הבנה כאמור שישנם דברים שאינם בשליטתנו ולולא חובות אלו יתקשו האדם והחברה לשרוד, להתפתח ולממש את האוטונומיה שלהם. כך, אילו לא היינו יכולים לסמוך על כך שרופא יציל את חולהו, יכולתנו להתפתח הייתה קשה הרבה יותר בשל החשש מפני מחלה. כמו כן, אילו לא יכולנו לסמוך על אדם שהתחייב כלפינו שיצילנו בשעת הצורך, יכולתנו להתפתח ולשרוד הייתה קשה, מתוך ידיעה כי קיימים מצבים

פרק ד: תאוריית הפגיעה באוטונומית הפרט

מסוימים שאנו זקוקים לעזרתם של אחרים. היכולת של האדם בפרט והחברה בכלל להתפתח במקרה בו אין אדם יכול לסמוך על חברו שהתחייב כלפיו היא נמוכה מאוד. כך גם ביחס לחובת ההורים כלפי ילדיהם, אילו לא היה כלל המחייב הורים לדאוג לילדיהם, הרי שספק אם החברה יכולה הייתה להתקיים.

הרעיון המרכזי המובע בדברים שלעיל הוא אפוא זה: החובות לפעול היכולות לספק בסיס לעבירת ההמתה הן החובות המגנות באופן משמעותי על האוטונומיה של האדם בכך שהם מקנות יציבות וביטחון לפרטים בחברה. ללא חובות אלו האוטונומיה של האדם הייתה נשחקת.

לאור האמור, אני מציע לראות את החיובים הקשורים במוות של אדם כמעין ספקטרום. החיוב החלש הוא להציל אדם שאינו קשור אליי בצורה כזו או אחרת. אני לא מחויב אליו מכוח תפקיד או מכוח התחייבות או מכוח הסיכון. החיוב הבא הוא הצלת אדם הקשור אלי מכוח חוזה או מכוח תפקיד או מכוח יצירת הסיכון. והחיוב כבד המשקל ביותר הוא החיוב שלא להמית אדם.

רמת החומרה נמדדת ברמת הפגיעה באדם בפרט ובחברה בכלל, אילו לא היה כלל כזה. מבחינת האמנה החברתית, השאלה היא אלו חוקים אנשים היו מקבלים על עצמם במסגרת אמנה? אדם שיכולים להרוג אותו כל רגע נתון הוא אדם המצוי בפחד מתמיד ובכך הוא מאבד את האוטונומיה שלו לעשות דברים. במצב זה ברור כי גם החברה אינה יכולה להתפתח. עם זאת, אדם שלא יכול לסמוך על אף אדם שיעזור לו במקרה הצורך (אף שהתחייבו לעזור לו) הוא אדם שרמת האוטונומיה שלו להתפתח היא נמוכה. הוא אמנם לא יחיה בפחד שמא יהרגו אותו, אך הוא לא יוכל להתפתח ולצמוח, שכן התפתחות וצמיחה מצריכה לקיחת סיכונים מסוימים, אך לקיחת סיכונים מצריכה שיתוף פעולה בין אנשים. לכן, אנשים היו מקבלים ראשית לכל חוק שאוסר על המתה, אולם הם היו מקבלים חוק שבמקרים מסוימים ישנה חובת הצלה, וחובה זו היא כבדת משקל הרבה יותר מאשר חובת הצלה שאינה נובעת מיחסים מיוחדים בין אנשים.

ייתכן שלא כל החובות יכולות להיות מוסכרות באופן שהעליתי לעיל וייתכן שקיימים בסיסים מוסריים נוספים לחובות מסוימות (כגון חובת ההורים כלפי ילדיהם), אולם, הרציונל שהעליתי מעניק כיוון חשיבה לגבי חלק מן החובות האמורות.

8. התייחסות לביקורות שהועלו כלפי התאוריות האחרות

בפרק ב' לעיל הצגתי מספר ביקורות כנגד תאוריית החירות. כעת אנסה להראות מדוע התאוריה שהצעתי לעיל אינה חשופה לביקורות אלו.

טענתי לעיל, כי לפי תאוריית החירות, לכאורה, מותר יהיה להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה אנשים אחרים, שכן לפי תאוריה זו, כל ההבחנה בין האיסור על המתה לבין איסור על הנחה למות נעשית לטובת הפועל, בכדי לשמור על חירותו ואילו כאן הפועל בעצמו

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

מוותר על חירותו בכך שהוא מעוניין להציל את החמישה. בשל כך, במקרה זה, ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות אמורה להיעלם, ולפיכך, אף לא אמורה להיות מניעה להתיר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה. אך נראה שכמעט אין חולקים על כך שאין להתיר מעשה כזה מבחינה משפטית ומוסרית כאחד ומכאן הביקורת כלפי תאוריית החירות.

לדעתי, התאוריה שהצעתי לעיל, אינה חשופה לביקורת זו שכן הבסיס להבחנה אינו נשען על כך שהייתה מתרחשת פגיעה קשה יותר בחירותו של האדם לו היה נחקק איסור כללי נגד הנחה למות. הבסיס להבחנה על פי התאוריה שאני מציע נשען על כך שאיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם והחברה, שכן ללא איסור זה כל אדם היה חי בפחד שמא יהרגו אותו, וחוסר ביטחון זה עלול היה להביאו לידי מצב שבו לא תיוותר לו האוטונומיה המינימלית לנהל את חייו בצורה סבירה. לעומת זאת, האיסור על הנחה למות אינו מכונן את האוטונומיה של האדם אלא לעתים רק מרחיב אותה, שכן אף ללא האיסור על הנחה למות יכול היה האדם לחיות חיים סבירים. בשל הבדל זה ציינתי כי במסגרת אמנה חברתית אנשים היו מקבלים ראשית לכל כלל האוסר על המתה, כדי שיוכלו לחיות חיים עם אוטונומיה מינימלית. אולם נראה כי כדי להגן על האפשרות לחיות חיים עם ביטחון ללא פחד ובכך לכונן את האוטונומיה יש גם לאסור מלכתחילה להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה. היעדר איסור להרוג בסיטואציה מעין זו יותיר את החברה במצב של חשש וחוסר ביטחון שכן בכל רגע נתון עדיין יהיה קיים החשש שיהרגו אדם אחד כדי להציל מספר רב יותר של אנשים.

ניתן להבחין כי שינוי נקודת המבט – מתאורית החירות השמה את הדגש על הקשיים למלא אחר האיסור על הנחה למות, אל תאורית הפגיעה באוטונומיה השמה את הדגש על הפגיעה הפוטנציאלית בחירות האדם אם לא יכובד האיסור על המתה – הוא שמסביר מדוע יש לאסור גם מקרים שבהם הפועל מוותר על חירותו ומוכן להציל מספר אנשים במחיר הריגת אדם אחד, שכן באופן טבעי, אף מקרים אלה נכללים במסגרת האיסור על המתה הנדרש כדי לכונן ולאפשר את האוטונומיה של הפרט והחברה.

ביקורת נוספת שהצגתי התייחסה למקרה שבו האיסור על המתה יפגע משמעותית בחירות האדם. השאלה ששאלתי היא מדוע במקרים הללו אנו עדיין סבורים כי קיימת הבחנה בין המתה לבין הנחה למות על אף העובדה שאין הבדל מבחינת הפגיעה בחירות האדם? הצעתי לעיל, כי תאוריית החירות יכולה להשיב על ביקורת זו בכך שאמנם ייתכנו מקרים שאכן חירות האדם תיפגע אם יאסרו עליו להמית, אך מדובר במקרים בודדים. ככלל, איסור על המתה אינו פוגע בחירות האדם שכן כל שנדרש ממנו הוא להימנע מלעשות מעשה מסוים, מה שאין איסור כללי על הנחה למות, אשר היה מחייב אותו להציל כל העת אנשים מסוימים. כיוון שהמשפט בנוי על כללים ואינו יכול לערוך הבחנות המתייחסות למקרים בודדים, כי אז, גם מקרים הפוגעים בחירות האדם (אם יאסרו עליו להמית) יהיו אסורים במידה וזהה למקרי ההמתה שאינם פוגעים בחירות האדם.

על אף זאת אני סבור כי תאורית הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל יכולה להשיב לביקורת זו באופן פשוט יותר. כפי שציינתי לעיל מוקד ההבחנה בין שני האיסורים אינו נעוץ בשוני בפגיעה בחירותו של הפועל. אף אם לא היה קיים שוני בפגיעה בחירותו של הפועל בין שני האיסורים הללו, עדיין הייתה קיימת לדעתי הבחנה מוסרית בין שני האיסורים שכן האינטרסים העומדים בבסיס שני האיסורים הללו הם שונים. כיוון שכך, אף אם מדובר במקרה שבו האיסור על המתה פוגע בחירותו של הפועל, עדיין מקרה זה אינו הופך אותו לקל יותר מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של המתה, שכן גם במקרה זה מדובר בפגיעה בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם והחברה. אם נשוב לרעיון האמנה החברתית שהובהר לעיל, הרי שבמסגרת אמנה זו לא היו האזרחים יוצרים הבחנה בין איסור המתה הפוגע בחירות האדם לבין איסור המתה שאינו פוגע בחירותו, שכן אם הם היו יוצרים הבחנה מעין זו הרי ששוב אוטונומיית האדם והחברה הייתה נשחקת. כל העת היה צריך האדם לחשוש שמא ימית אותו אדם שאיסור על המתה פוגע בחירותו. ומשכך, לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה אין מקום לערוך הבחנה בין איסור המתה הפוגע בחירות האדם לבין איסור המתה שאינו פוגע בחירות האדם.

בנוסף, במסגרת תאורית הסיבתיים, הצגתי ביקורת המתייחסת לזוג מקרים: "מוות מקור 1" ו"מוות מקור 2". בקצרה – ב"מוות מקור 1" ראובן מעוניין להיכנס לביתו של שמעון כדי להינצל מקור אולם שמעון נועל את דלת ביתו ומסרב לתת לראובן להיכנס, ואילו ב"מוות מקור 2" ראובן מעוניין להיכנס לביתו שלו, אך שמעון נועל את דלת ביתו של ראובן ולא מאפשר לו להיכנס.

בהתייחס לשני מקרים אלו, טענתי כלפי תאורית יצירת האיום (שהובאה בשם פוט ומקמהן), כי מבחינה סיבתית קשה לראות הבדל בין שני המקרים שכן שמעון ביצע כאן מעשים זהים לחלוטין. ההבדל היחיד הוא שב"מוות מקור 1" המגן שייך לשמעון ואילו ב"מוות מקור 2" המגן שייך לראובן.

עם זאת, לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל, אני סבור כי ניתן להסביר את ההבדל בין שני המקרים. תאוריה זו כאמור יוצאת מנקודת מוצא כי אף במקרים הקלסיים של הנחה למות מתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הפועל למות הקרבן. עם זאת, אף שבשני המקרים מתקיים קשר סיבתי עדיין קיים הבדל משמעותי בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות. כאמור, איסור על המתה מאפשר חיים עם ביטחון ללא פחד מה שאין כן האיסור על הנחה למות. בהקשר זה טענתי כי כדי לאפשר חיים עם ביטחון יש ליצור מרחב מוגן לאדם אשר יאסור על אנשים אחרים לחדור לתוכו. מרחב מוגן זה מבוסס בראש ובראשונה על גופו ומשאביו של האדם, אשר באמצעותם הוא רשאי להגן על עצמו. כאשר אדם יודע כי חיי מוגנים בתוך מרחב זה הרי שהאוטונומיה שלו נשמרת והוא יכול לנהל את חיו בצורה סבירה.

לאור זאת ברור ההבדל בין "מוות מקור 1" לבין "מוות מקור 2". ב"מוות מקור 1", שמעון לא חדר למרחב המוגן של ראובן כיוון שהוא סגר את דלת ביתו השייכת לו עצמו.

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לעומת זאת, ב"מוות מקור 2" שמעון כן חדר למרחב המוגן של ראובן כיוון שהוא סגר את דלתו של ראובן עצמו. לכן, ב"מוות מקור 1" שמעון לא פגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם ואילו ב"מוות מקור 2" הוא כן פגע בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם. מכיוון שכך, שני המקרים שונים מבחינה מוסרית, וראוי שיהיו שונים אף מבחינה משפטית. קרי, ב"מוות מקור 1" יורשע שמעון בהריגה או ברצח (תלוי ביסוד הנפשי) רק אם אותרה חובה ספציפית לפעול (במקרה זה רק אם אותרה חובה המחייבת אותו לאפשר לראובן להיכנס) ואילו ב"מוות מקור 2" יורשע שמעון בהריגה או ברצח בלא צורך באיתור חובה לפעול.

קרמניצר הציג מקרה דומה (אשר הובא לעיל במסגרת התאוריה של קרמניצר) ולפיו זדוני מנע את לקיחת סירתו ממצילי על ידי אחיזתו בה בכוח. על פי קרמניצר מקרה זה צריך להיות מסווג כמעשה ולא כמחדל ומשכך לא יצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע. לאור תאורית הפגיעה באוטונומיה ברור מדוע ראוי שמקרה זה יסווג כמחדל ולא כמעשה, שכן במקרה זה זדוני מונע ממצילי לקחת את סירתו שלו עצמו ולפיכך אין הוא חודר למרחב המוגן של הקרבן. תגובה דומה רלוונטית גם למקרה "תזווה" שהועלה כביקורת לתאורית החירות. על פי מקרה זה, כדור נורה לעבר שמעון על ידי ראובן. שמעון זו והכדור פוגע בלוי. טענתי לעיל, כי לפי עקרון התנועה הגופנית הרי ששמעון יכול להיות מורשע בהריגת לוי אף ללא קיום חובה לפעול, שכן הוא ביצע תנועה גופנית, אולם בעיני ספק אם הדבר ראוי מבחינה מוסרית ומשפטית. לעומת זאת, על פי תאורית הפגיעה באוטונומיה ברור מדוע מדובר במקרה של הנחה למות שיצריך חובה לפעול כדי להרשיע. במקרה זה שמעון לא חדר למרחב המוגן של לוי, שכן הוא לא יצר את הנזק אלא רק הסיר מגן השייך לו עצמו. במקרה זה המגן הוא גופו של שמעון, וגופו של שמעון לא מהווה באופן טבעי חלק מן המרחב המוגן של לוי, ולפיכך נכון יותר לסווג מקרה זה כהנחה למות ולא כהמתה, ונצריך חובה לפעול כדי להרשיע.

אף הביקורת שהפניתי כלפי קם במקרה "שחייה" יכולה להיות מיושבת היטב בהתאם לתאורית הפגיעה באוטונומיה. בקצרה, במקרה זה שמעון עומד לטבוע בים, אך הוא מנסה להציל עצמו על ידי אחיזה ברגלו של ראובן. אחיזה זו אינה מכבידה על ראובן. עם זאת, כדי להינתק מן האחיזה יורה ראובן בשמעון והורגו.

לפי קם, לכאורה, מקרה זה אינו חמור ממקרה רגיל של הנחה למות שכן שמעון במקרה זה מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו באמצעות עזרתו של ראובן. אולם, מבחינה אינטואיטיבית אני סבור כי מקרה זה אינו שונה מבחינה מוסרית ממקרה רגיל של המתה. אני סבור כי תאורית הפגיעה באוטונומיה יכולה להסביר מדוע מקרה זה אינו שונה ממקרה רגיל של המתה. לפי תאוריה זו כאמור איסור על המתה אוסר על חדירה למרחב המוגן של האדם, בשל העובדה כי איסור זה מבקש לכונן את האוטונומיה של האדם. במקרה "שחייה" כאשר ראובן יורה בשמעון הוא חודר למרחב המוגן של שמעון ועל כן הוא פוגע בנורמה

המכוננת את האוטונומיה של האדם, ואין זה משנה כלל אם שמעון מאבד חיים שהיו תלויים בראובן אם לאו.

9. נקודות ההשקה בין תאורית הפגיעה באוטונומיה לבין תאוריות אחרות

כפי שציינתי בהקדמה לפרק זה קיימים קווי דמיון בין תאורית הפגיעה באוטונומיה לחלק מן התאוריות שנדונו לעיל: תאורית החירות שהוצגה בשם טרמל וקוגלר, תאורית בעיית התיאום של פיינברג, ותאורית הפגיעה בקרבן כפי שנוסחה על ידי קס. הדמיון בין תאורית הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל, לבין תאורית החירות הוא לכאורה ברור. שתי התאוריות מעניקות לחירות האדם וליכולת שלו לנהל את חייו באופן אוטונומי, ערך מוסרי אינטרינזי, ואכן רעיון החירות כערך מוסרי משתקף על ידי שתי התאוריות באמצעות ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט. עם זאת, קיימים מספר הבדלים מהותיים בין שתי התאוריות הללו. לפי תאורית החירות, שני האיסורים – האיסור על המתה והאיסור על הנחה למות – מבקשים להגן על אינטרסים זהים, קרי, על חייו של האדם. אלא שלפי תאוריה זו, אם המשפט הפלילי לא היה עורך הבחנה בין שני האיסורים – כך שאדם יכול להיות מורשע בהריגה במחדל רק אם אותרה חובה ספציפית לפעול – כי אז חירות האדם הייתה נפגעת, שכן בכל רגע נתון עלול אדם כלשהוא להיות בסכנת חיים. במילים אחרות, עצם ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות נועדה לשמור על החירות של האדם. לעומת זאת, לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה האיסור על המתה מבקש להגן על אינטרסים רחבים ומשמעותיים יותר מן האיסור על הנחה למות. האיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם, שכן ללא איסור זה האדם היה חי בפחד וחשש מתמיד שמא יהרגו אותו, מה שאין כן האיסור על הנחה למות, שלעתים רק מרחיב את האוטונומיה של האדם, אך לבטח אינו מכונן אותה. לפי עמדה זו עצם ההבחנה שעורך המשפט הפלילי, לא נועדה לשמר את החירות; ההבחנה משקפת את העובדה שהמתה עצמה פוגעת יותר בחירות האדם מאשר הנחה למות, או מכיוון מעט שונה, ההבחנה עצמה משקפת את העובדה שאיסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם, ואילו איסור על הנחה למות אינו עושה כן. אך מעבר לכך, החירות אליה מתייחסת תאורית החירות היא לדעתי פחות כבדת משקל מהחירות לה אני מתכוון בתאורית הפגיעה באוטונומיה. לפי תאורית החירות ההבחנה נועדה להגן על האפשרות של האדם לחיות את חייו הרגילים ללא הפרעה מצד המחוקק אשר יחייב אותו להציל כל העת אנשים אחרים. אכן, לו לא הייתה נערכת ההבחנה בין המתה לבין הנחה למות הייתה נפגעת חירותו של האדם, שכן היעדר ההבחנה היה מקשה על האדם לעשות דברים שהוא מעוניין בהם, אולם לדעתי, פגיעה כזו בחירות אינה פוגעת בכבודו של האדם כאדם, היא אינה פוגעת בעצם אנושיותו. על פי עמדה זו, אם לא הייתה מתקיימת הבחנה בין איסור המתה לבין איסור הנחה למות, אמנם היו נוצרים קשיים משמעותיים לאדם לחיות את חייו הרגילים, אך לא היה בכך כדי למנוע לחלוטין את היכולת

שער ראשון: ההבחנות בין מעשה לבין מחדל – קיומן וסיווגן

לחיות חיים ברי משמעות. עדיין היו קיימים "איים" מסוימים שבהם הוא יכול היה לממש את חירותו, למשל, כאשר ברור כי אין צורך להציל אנשים אחרים או כאשר אין לאדם היכולת להצילם. ואף יתרה מכך, היעדר ההבחנה אולי היה מקשה על האדם לחיות את חייו הרגילים, אך הוא עדיין היה מאפשר לו להציל חיים של אנשים אחרים, ולעצם היכולת להציל אנשים ישנה משמעות הן מבחינה מוסרית, הן מבחינת מתן אפשרות לאדם לממש את יכולותיו במקרים אלו.

לעומת זאת, לפי תאוריית הפגיעה באוטונומיה ללא האיסור על המתה האדם לא יכול היה לעשות דבר, אף לא להציל אנשים אחרים אם היה מעוניין בכך, שכן כל העת הוא היה חי בפקד וחשש שמא ימיתו אותו. יתרה מזו, לפי תאוריה זו הפגיעה בחירות האדם ללא איסור על המתה אינה מוגבלת כלל בזמן או ביכולת להציל אנשים אחרים, שכן כל הזמן הוא נתון באיום ההמתה מצד אנשים אחרים.

כלומר, ההבחנה, לפי תאוריית הפגיעה באוטונומיה, אינה משקפת רק הגנה על חירות האדם לחיות את חייו הרגילים ללא הפרעה. על פי תאוריה זו האיסור על המתה משקף הגנה על החירות לחיות חיים ברי משמעות מינימלית, מה שאין כן האיסור על הנחה למות. פגיעה מעין זו באוטונומיה של האדם היא אפוא פגיעה משמעותית באנושיותו של האדם ובכבודו. תאוריית הפגיעה באוטונומיה דומה בהקשרים מסוימים לתאוריה של פיינברג אשר התייחס לבעיית התיאום וכן לתאוריה של וויליאמס ופלטשר אשר התייחסו בין היתר לבעיית צמצום האשמים. לפי פיינברג כאמור, אף אם אין הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות כך שאשמתו של הממית אינה שונה מאשמתו של המניח למות, עדיין נדרש המשפט הפלילי לערוך הבחנה בין מעשה לבין מחדל בכלל ובין המתה לבין הנחה למות בפרט. לפי פיינברג אם כל אזרח היה מחויב להציל אזרחים המצויים בסכנת חיים כל אימת שהוא יכול לעשות זאת הרי שהייתה נגרמת בעיה קשה של תיאום בחברה, והיה נגרם כתוצאה מכך, בזכוז אדיר של משאבים. דרישת החובה לפעול במחדל מבקשת לפתור אפוא את בעיית התיאום כך שבסיטואציות מסוימות רק אנשים מסוימים יהיו מחויבים להציל. לעומת זאת, לפי פלטשר וויליאמס, אם לא הייתה נערכת הבחנה בין מעשה לבין מחדל, הרי שאז כל באי עולם יכלו להיות מורשעים אך החברה אינה רוצה בכך. הדגש כאן כאמור אינו ברעיון החירות כפי שהוא בא לידי ביטוי בתאוריית החירות שציינתי לעיל, אלא ברעיון ולפיו איננו מעוניינים להרשיע אנשים רבים שכן עובדה זו תפגע ביעילות החברתית ובמערכת אכיפת החוק על כל שלוחותיה.

הדמיון בין תאוריית הפגיעה באוטונומיה לבין תאוריות אלה הוא בעיקר באופן הטיעון שעומד בבסיס התאוריות הללו. גם רציונל צמצום האשמים וגם רציונל בעיית התיאום נשענים לכאורה על אמנה חברתית הקובעת למעשה כי במסגרת האמנתית היו האזרחים יוצרים הבחנה בין מעשה לבין מחדל כדי למנוע בזכוז של משאבים או כדי לצמצם את מספר האשמים, וכפי שציינתי לעיל גם רציונל הפגיעה באוטונומיה יכול להישען על תאוריה של אמנה חברתית (הובסיאנית או רולסיאנית). ההבדל בין רציונל הפגיעה באוטונומיה לשני הרציונלים האחרים נשען על הערכים או האינטרסים העומדים בבסיס שני

האיסורים. לפי רציונל הפגיעה באוטונומיה ההבחנה בין שני האיסורים משקפת את העובדה שהאיסור על המתה מבקש לכונן את האוטונומיה של האדם ובכך הוא מגן על אינטרסים רחבים מאשר האיסור על הנחה למות. לעומת זאת לפי שני הרציונלים האחרים, האיסורים מבקשים להגן על אינטרסים זהים אלא שללא ההבחנה היו נגרמות בעיות נוספות, היצוניות לכאורה לאיסור עצמו – הרחבה של אשמים ובעיה של תיאום, וההבחנה בין מעשה לבין מחדל מבקשת לפתור בעיה זו.

תאורית הפגיעה באוטונומיה דומה בהיבטים מסוימים גם לתאורית הפגיעה בקרבן של קם, ובייחוד בנוגע להגדרה הדסקריפטיבית של המתה והנחה למות. כפי שהראיתי לעיל, הן לפי קם הן לפי תאורית הפגיעה באוטונומיה יש משמעות לבעלות הקניינית של המגן, שכן לפי שתי התאוריות, אם הפועל הסיר מגן השייך לקרבן הרי שמדובר בהמתה ואילו אם הפועל הסיר מגן השייך לו עצמו, הרי שמדובר בהנחה למות. אמנם הצבעתי לעיל על הבדלים מסוימים שככל הנראה קיימים בין שתי התאוריות, לדוגמה כאשר המגן שייך לצד ג' או שהמגן אינו שייך לאף אדם, אך עדיין אין בכך כדי לשנות את העובדה כי שתי התאוריות מעניקות משקל גם לשיקולים קנייניים. אולם, על אף הקווים הדומים הקיימים בכל הנוגע להגדרה הדסקריפטיבית, הרי שקיים הבדל משמעותי ברציונל ממנו צומחת ההגדרה הדסקריפטיבית. לפי קם הדגש בין המתה לבין הנחה למות מושם על הזכות שיש לאדם על גופו ומשאביו. לכל אדם יש זכות על גופו ומשאביו שלו, אך אין לו זכות על הגוף ועל המשאבים של אדם אחר. לכן לפי קם קיים הבדל בין א' אשר הניח ל-ב' למות לבין א' שהטביע את ב'. במקרה הראשון ב' איבד לפי קם חיים שהיו תלויים במאמציו של הפועל ובמובן זה הוא לא היה זכאי להצלתם, ואילו במקרה השני הרי ש-ב' איבד חיים שלא היו תלויים בפועל ובמובן זה הוא איבד חיים שהוא היה זכאי להם. מרציונל זה נובעת ההגדרה הנשענת בין היתר על השאלה הקניינית, למי שייך המגן שהגן על הקרבן.

לעומת זאת, לפי רציונל הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל, ההיבט הקנייני נובע מן הצורך ליצור מרחב מוגן לאדם, כדי למנוע את החשש והפחד מפני המתה. לכן לפי תאוריה זו, מקרה שבו א' מטביע את ב' חמור יותר ממקרה שבו א' לא מציל את ב' שכן במקרה ההטבעה ישנה חדירה למרחב המוגן של האדם ובכך יש פגיעה בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם. לעומת זאת במקרה היעדר ההצלה, אין חדירה למרחב המוגן של האדם ולפיכך אין גם פגיעה בנורמה המכוננת את האוטונומיה של האדם. הדגש כאן אינו בפגיעה בזכויות הקנייניות ככאלה (כמטרה בפני עצמה), אלא בצורך ליצור מרחב מוגן מפגיעה על ידי אדם אחר.

שער שני

עמדת הפסיקה ויישומם של
הרציונלים השונים –
הלכה למעשה

עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

1. מבוא

בפרק זה אציג את עמדת הפסיקה הישראלית בנוגע להגדרת מעשה ומחדל. כפי שאראה, עמדת הפסיקה הישראלית אינה אחידה, שכן קיימים פסקי דין שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית, ולעומת זאת, קיימים פסקי דין שלא הכפיפו את ההגדרה לעיקרון זה. לפי פסקי הדין שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית, בכל מקרה של היעדר תנועה גופנית (כגון עמידה במקום), הרי שיהיה צורך באיתור חובה לפעול. לעומת זאת, לפי פסקי דין שלא הכפיפו את ההגדרה לעקרון התנועה הגופנית, ייתכנו מקרים הכרוכים בתנועה גופנית, ועל אף זאת, נצריך לאתר חובה לפעול בכדי להרשיע, ומנגד ייתכנו מקרים אשר אינם כרוכים בתנועה גופנית, אך לא נצריך חובה לפעול בכדי להרשיע.

פסקי הדין שאציג, אינם מתייחסים רק לעבירות תוצאה, אלא גם למקרים של סיוע לעבירה וכן לעבירות התנהגות. אולם, ניתן לחלץ מתוך פסקי דין אלה את הגדרת מעשה ומחדל אף לעניין עבירות תוצאה, שכן המחוקק כמו גם פסקי הדין לא חילקו לעניין הגדרת מעשה ומחדל, בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות, ובין עבירות אלו לבין סיוע לעבירה. לאחר הצגת המחלוקת העובדתית בנוגע להגדרת מעשה ומחדל, אטען כי מחלוקת זו נשענת, לעתים במרומז ולעתים במפורש, על הרציונלים השונים להבחנה בין מעשה לבין מחדל אשר הוצגו בפרקים הקודמים. כך למשל, אראה כי העמדה המכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית נשענת על רציונל הסיבתיות (לפי חלק מן השיטות) או רציונל החירות. לעומת זאת אטען, כי העמדה שאינה מכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית נשענת על רציונלים אחרים, כגון רציונל הסיבתיות שהוצג בשם פלטשר או רציונל הפגיעה באוטונומיה שהצעתי בפרק ד' לעיל.

לאחר הצגת פסקי הדין כאמור, אציין שני דגמים של היעדר תנועה גופנית, הנובעים בעיקר מן העמדה שלא מכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית. הדגם הראשון מתייחס למקרים של היעדר תנועה גופנית כאי-מניעת נזק. הדגם השני מתייחס למקרים שבהם היעדר תנועה גופנית יוצר את הנזק.

מובן, כי שני דגמים אלה עולים בקנה אחד עם הרציונלים שהצמיחו מתוכם הגדרות של מעשה ומחדל, שאינן מוכפפות לעקרון התנועה הגופנית, כגון התאוריה הסיבתית של פלטשר, או תאוריית הפגיעה באוטונומיה שאני הצעתי.

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
בחלק האחרון של סעיף זה, אדון בשני פסקי דין שיישמו, לדעתי, באופן מוטעה את
ההבחנה בין מעשה לבין מחדל.

2. עמדת הפסיקה

מהי עמדת הפסיקה בכל הנוגע להבחנה שבין מעשה לבין מחדל?
כפי שצינתי בהקדמה לפרק זה, קיימים פסקי דין שניתחו את המושגים "מעשה"
ו"מחדל" על פי עקרון התנועה הגופנית. קרי, "מעשה" הוא תנועה גופנית של הפועל
ו"מחדל" הוא אפס מעשה. לעומת זאת, קיימים פסקי דין שלא הכפיפו את הגדרת מעשה
ומחדל לעקרון התנועה הגופנית. כמצוין לעיל, פסקי הדין שיובאו להלן לא יתייחסו בהכרח
לעבירות תוצאה. ברם, מתוך פסקי דין אלה, אף אם הם מתייחסים לעבירות התנהגות או
למקרים של סיוע לעבירה, ניתן לחלץ את עמדת השופטים בנוגע להגדרת מעשה ומחדל,
ולא רק לעבירות התנהגות או לסיוע.

א. פסקי דין המכפיפים את הגדרת "מעשה" ו"מחדל" לעקרון התנועה הגופנית

(1) בפסק דין פלוני נ' מדינת ישראל,¹ התייחס בית המשפט, בין היתר, למעשים המגונים
שביצע המערער בנערה ח' (סעיף 348(א) לחוק העונשין). המערער טען, בין היתר, כי חלק
מן המעשים המיניים שבגינם הוא הורשע בוצעו באופן שח' נגעה בגופו ללא התנגדותו.
טענתו הייתה כי הוא רק "נתן לה" לעשות אותם. כלומר, המערער טען שאין כאן מעשה
אלא רק מחדל ועל כן אין להרשיעו בגין עברת המעשה המגונה (נראה שיכלו להיות לכך
שתי סיבות אפשריות: או משום שלא נמצאה חובה לפעול, או משום שאף אם הייתה נמצאת
חובה לפעול הרי שלא ניתן מבחינה מילולית להכניס מקרה זה של מחדל לסעיף המעשה
המגונה).

כדי להסביר מדוע הטענה של המערער אינה נכונה במקרה זה מצטט השופט אליקים
רובינשטיין את פרופ' פלר הטוען כי:²

"התנהגות אקטיבית באה לידי ביטוי עקב הוצאת אנרגיה פיזית כלשהי
מטעם עושה העבירה... זוהי עשייה, פעולה הדורשת הפעלת גוף האדם תוך
הוצאת אנרגיה פיזית, הגורמת כשלעצמה לשינוי כלשהו בעולם הפיזי. לכן,
תרומה זו של האדם להיווצרות העבירה מתבטאת בהתנהגות שהיא
אקטיבית... התנהגות שבאה לידי ביטוי בהימנעות מהפעלת אנרגיה פיזית

1 ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.5.2006).
2 שם, פסקה ה(1) לפסק הדין.

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

לעניין מסוים, באפס מעשה, במחדל, היא התנהגות פאסיבית לגבי אותו עניין' (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין, כרך א, בעמ' 385).

לפי השופט רובינשטיין, אם כן, הנימוק לדחיית הערעור נובע מכך שבמקרה זה ניתן לזהות מעשה שכן המערער שיתף פעולה עם ח' וחש הנאה מאותם המעשים. במקרה זה אף אם התנועה הפיזית אינה משמעותית עדיין יש כאן הוצאת אנרגיה פיזית ולפיכך מדובר במעשה ולא במחדל. כלומר, לפי השופט רובינשטיין, אין צורך באיתור חובה לפעול במקרה זה שכן מדובר במעשה.

מפסק דין זה משתמעת עמדה דווקאנית להגדרת מעשה ומחדל. מעשה כרוך בהוצאת אנרגיה ואילו מחדל לא כרוך בהוצאת אנרגיה. במקרה זה, לו המערער לא היה מניע את גופו, הרי שלא היה ניתן להרשיעו במעשה מגונה, שכן אז היה מדובר במחדל שניתן להרשיע רק אם אותרה החובה לפעול.

(2) בפסק דין ויצמן³ התייחס השופט חשין לסוגיית הסיוע במחדל. פסק דין זה התייחס למקרה שבו קיפח שוטר את חייו כתוצאה מפגיעת רכב שנהגו לא ציית להוראת השוטר לעצור. בתוך הרכב היו 4 אנשים – ויקטור זרגיאן הנהג, ועוד 3 אנשים, שלומי אורנה וקרן. וכך מתאר השופט חשין את שאירע בתוך הרכב לאחר התאונה:

"החבטה מזעזעת את הרכב והיושבים בו יודעים היטב כי פגעו בשוטר. אורנה – היושבת במושב הקדמי – רואה את השוטר נכנס עם הכתף והראש בזכוכית אל מול פניה, והיא צווחת ומשתתקת. אף שלומי וקרן – במושב האחורי – רואים ויודעים היטב כי נסיון ההתחמקות של ויקטור עלה בתווה וכי השוטר נפגע. שלומי צועק אל ויקטור: 'סע' (כגרסתו) או: 'סע, סע' (כגרסת אורנה).

אף לא אחד מן הארבעה אינו מעלה קול רם ולו הרהור שמא יעצרו את הרכב ויושיטו עזרה לשוטר הפגוע".⁴

המערערים הורשעו, בין היתר, בעבירה של סיוע לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה, עבירה כהגדרתה בסעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] תשכ"א-1961 (פקודת התעבורה).

את שלומי ויצמן הרשיע בית המשפט בגין סיוע במעשה, שכן כפי שצוין לעיל, לאחר פגיעת הרכב צעק שלומי לנהג "סע". אולם, לגבי אורנה וקרן טוען השופט חשין כי:

3 רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187 (2002) (להלן – פרשת ויצמן).

4 שם, בעמ' 195.

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
"אני מתקשה למצוא בהתנהגותן של אורנה ושל קרן התנהגות 'אקטיבית'
ולא אך התנהגות פסיבית. אמת נכון הדבר, השתיים הסכימו – בשתיקה –
להימלטות, אך לדעתי אין הסכמה זו עולה כדי מעשה."⁵

ובהמשך טוען השופט חשין כי:

"אשר לעניינין של אורנה ושל קרן, השתיים נאלמו דום, ושלא כשלומי לא
קראו אל עבר ויקטור לא כך ולא אחרת. ואולם כאמירתו הידועה של השופט
ד"ר משה זילברג (בהקשר אחר לגמרי): "... יש ושתיקתו של המחוקק יפה
מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו' ובהמשך: 'ואם הוא [המחוקק] נמנע
מקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת
בעדה, ואומרת לנו, בפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה
הנדונה...המר באמירה בלתי נשכחת זו את 'המחוקק' באורנה ובקרן וידעת
מה עשוי להיות דינן של אלו.

...

אכן שתיקתן של אורנה ושל קרן – בנסיבות העניין – ניתן להעלות עליה כי
נחנה בסגולה של סיוע על דרך של מחדל"⁶.

5 שם, בעמ' 234.

6 שם, בעמ' 235-236 (ההדגשות שלי). פסק דין נוסף שעסק בסוגיה זו הוא ע"פ 2247/10 ימיני
נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2011). עובדות המקרה היו כדלקמן: בלילה שבין יום
חמישי לשישי ה-17.10.2008 נהרגה מיטל אהרונסון מפגיעת רכב דוהר שלא ציית לרמזור
אדום. לאחר שפגע בה (ובחברתה מלי יודי אשר נפצעה באורח קשה), המשיך נהג הרכב את
נסיעתו הפרועה והפקיר אותה. בית המשפט המחוזי הרשיע את נהג הרכב במספר עבירות
לרבות עבירת ההריגה ועבירת ההפקרה לאחר פגיעה ואת הנוסע שישב לצדו כשותף לעבירת
ההפקרה. בית המשפט העליון (השופט עמית) קבע כי לא ניתן היה להרשיע את שלום ימיני
בעבירת ההפקרה לאחר פגיעה שכן הוא לא נהג ברכב והוא אף לא היה מבצע בצוותא של
עבירה זו. עם זאת הרשיע בית המשפט את ימיני בסיוע לעבירת הפקרה. אחת מן השאלות
שעלו בפסק הדין היתה האם לסווג את שתיקתו של ימיני כמחדל או שמא ניתן לסווג את
שתיקתו כמעשה. הנפקות המשפטית היא משמעותית. אם תסווג השתיקה כמחדל כי אז יש
צורך באיתור חובה לפעול. לעומת זאת אם תסווג שתיקתו של ימיני כמעשה כי אז לא ייווצר
הצורך באיתור חובה לפעול. בית המשפט מתלבט בנושא זה הגם שבסופו של דבר הוא מאתר
בכל מקרה חובה לפעול: "יש הגורסים כי ייתכנו מצבים מסוימים בהם גם הנוכחות באפס
מעשה תיחשב כמעשה אקטיבי ולכן לא תידרש חובת עשייה בצידה. הפסיקה לגבי שתיקה
ונוכחות באפס מעשה אינה אחידה. בפסקי דין בעלי נסיבות דומות, נמצא כי לעיתים בית
המשפט תר אחר מקור חובה להרשעת הנוכח השותק ולעיתים נמנע מכך. רוזנברג גורס כי
ייתכן שבאותם מקרים בהם בית המשפט חיפש אחר מקור חובה, היה זה מאחר שסבר כי
הגדרת המחדל כפופה לעקרון התנועה הגופנית, ולכן שתיקה, שאינה מהווה הנעה של הגוף
או השרירים, מהווה מחדל. לעומת זאת, בפסקי דין בהם לא נתבקש מקור חובה, היה זה מאחר

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

כלומר, נראה כי לפי השופט חשין, על אף העובדה שהנוכחות והשתיקה של קרן ואורנה ניחנו בסגולה של סיוע (בכך שהשתיקה עודדה ואימצה את הנהג ויקטור), עדיין לא ניתן לראות זאת, מבחינה משפטית, כסיוע במעשה שכן הם לא הניעו את גופם והם לא אמרו דבר. את שלומי ניתן היה להרשיע בגין מסייע במעשה שכן הוא הניע את שרירי פיו בכך שצעק לנהג "סע" אולם את קרן ואורנה לא ניתן היה להרשיע בגין סיוע במעשה שכן הם לא עשו דבר אלא רק נכחו במכונית ושתקו. לכן, הרשיע השופט חשין את אורנה וקרן בגין סיוע במחדל תוך שהוא דן בסוגיית החובה לפעול במחדל בהקשר של סיוע. יש לציין, כי נראה שפסיקת בית המשפט המחוזי לא פסעה בדרך שבה הלך השופט חשין.⁷ בית המשפט המחוזי טען שאף את אורנה וקרן יש להרשיע בגין סיוע אקטיבי. לגבי ההסכמה של אורנה קובע בית המשפט המחוזי כך:

"...מדבריה עולה כי הייתה שותפה להחלטה לנסוע לחמרה כדי להחליט מה לעשות. מערערת 3 היתה גם זו שהבינה מיד כי פגעו באדם, המנוח לדבריה 'נכנס עם הכתף והראש בזכוכית של הקדילק'. בידעה זו הסכימה להסתלקות מן המקום, הסכמה אקטיבית ולא רק פסיבית".⁸

לגבי ההסכמה של קרן קבע בית המשפט המחוזי כך:

"ההסכמה עליה מספרת המערערת הינה מעשה אקטיבי ומהתיאור שלה, עצמה, ללא כל תוספות ברור שההסכמה תפסה משקל של ממש בהחלטה לנסוע לחמרה כדי לראות מה קרה ולרכב ולהימלט מן המקום בדרך מפותלת.

זוהי איננה רק נוכחות סתמית, אלא נוכחות שיש בה משום תרומה ליצירת התנאים לשם עשיית העבירה, כלשונו של סעיף 31 לחוק".⁹

נראה כי המחלוקת בין בית המשפט המחוזי לבין בית המשפט העליון בסוגיה זו אינה מחלוקת עובדתית, האם ההסכמה של אורנה וקרן נעשתה באמצעות מילים אם לאו. נראה כי המחלוקת בין בתי המשפט הייתה זו: האם נוכחות ושתיקה אשר מעודדים ומסייעים למבצע העיקרי לבצע את העבירה, עולה, מבחינה משפטית, כדי סיוע במעשה או שמא יש צורך בתנועה גופנית כדי שסיוע זה יהווה, מבחינה משפטית, סיוע במעשה. לפי בית

שבית המשפט סבר שהגדרת המחדל אינה כפופה לעקרון התנועה הגופנית וכפועל יוצא השתיקה יכולה להיות מסוגלת כמעשה... בפסיקה אין אפוא תמימות דעים בשאלה אם לסווג את השתיקה כמעשה או כמחדל, וניתן לומר כי סיווגה של שתיקה תלויה נסיבות היא, ואין שתיקה אחת דומה לחברתה. יש שתיקה שהיא בבחינת מעשה ויש שתיקה שהיא מחדל טהור, וכלל אחד לכל המקרים עלול להחטיא את המטרה". שם, בפסקה 40.

7 ע"פ (מחוזי ת"א) 70297/00 ויצמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.2001).

8 שם, בפסקה י (ההדגשות שלי).

9 שם (ההדגשות שלי).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

המשפט המחוזי כאמור, נראה, כי עצם העובדה שאין המדובר בנוכחות סתמית, אלא בנוכחות שיש בה משום תרומה ליצירת התנאים לשם עשיית העבירה, אף ללא תנועה גופנית, דינה, מבחינה משפטית, כסיוע במעשה. לעומת זאת, לפי השופט חשין ללא תנועה גופנית לא ניתן לומר שמדובר כאן בסיוע במעשה ולפיכך, יש צורך במציאת חובה לפעול. (3) בפסק דין אברמוב¹⁰ התייחס בית המשפט למקרה שבו המערערים, שוטרים במשמר הגבול, הורשעו בבית המשפט המחוזי בהכאת המתלוננים אותם הסיעו למעצר בתחנת משטרה ברכב משטרת. חלק מהמערערים ישבו בקדמת הג'יפ המשטרת, ואילו המערערים שהיו בחלקו האחורי של הג'יפ הם שהיכו את המתלוננים. השאלה עליה נסב הערעור היא האם בדין הורשעו המערערים שישבו בחלק הקדמי של הג'יפ?

בהקשר זה פסק בית המשפט כי:

”אמנם המערער 5, וכן זה שישב לידו...ישבו בחלק הקדמי של הג'יפ, אך אלה נוכחו במעשי חבריהם וידעו על המעשים שעשו אלה, ולמרות זאת לא מחו ולא גילו, במפורש או במרומז, את אי-הזדהותם עם מבצעי העבירה. לפיכך יש לראות בהם אחראים לתוצאה על-פי מחדל של סיוע.”¹¹

כלומר, בית המשפט מפרש את הישיבה ואת הנוכחות של המערערים כמחדל ולא כמעשה, ככל הנראה בשל העובדה כי הם לא הזיזו את גופם בשלב ביצוע העבירה. (4) אף השופטת בן פורת בפסק דין לב¹² מכפיפה, לכאורה, את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית. פסק דין זה מתייחס למקרה שבו ידע המערער כי עובדיו מרמים ומזייפים תעודות על מנת לקבל כסף שלא כדין.

על הרשעה בגין מחדל קבעה השופטת את הדברים הבאים:

”אין צריך לומר כי ידיעתו של אדם שפלוני עובר, או מתכוון לעבור עבירה אין בה כשלעצמה כדי להטיל עליו אחריות פלילית...כמו-כן כלל הוא שחוסר מעש אינו מהווה סיוע, אלא אם כן קיימת חובת 'עשה' שאינה מוסרית גרידא. חובה כזאת יכול שתהא נובעת מן הדין, מהתחייבות או מאופי התפקיד.”¹³

במקרה אליו מתייחס פסק הדין קבעה השופטת בן פורת, כי מדובר במחדל אף שברור היה שהמערערים "ראו בעין רעה כל מעשה 'מכשיל' וגילו הבנה לשיטת הזיופים כאמצעי שבלעדיו קשה להתקיים. בכך איפשרו את המעשים ונתנו למבצעים גיבוי ועידוד”.

10 ע"פ 684/87 אברמוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 146 (1989) (להלן – פרשת אברמוב).

11 שם, בעמ' 150-151.

12 ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 505 (1978) (להלן – פרשת לב).

13 שם, בעמ' 518 (ההדגשות שלי).

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

כלומר, אף שהשתיקה היוותה תמיכה ועידוד לביצוע הזיזים פירשה השופטת בן פורת את השתיקה כמחדל וכחוסר מעש, ועל כן הצריכה איתור של חובה לפעול. נראה שאף השופטת בן פורת סבורה כי בשל העובדה שלא הייתה כאן תנועה גופנית, לא ניתן לראות את שתיקת המערערים, מבחינה משפטית כמעשה על אף העובדה ששתיקה זו היוותה גיבוי ועידוד להמשך המעשים האסורים.

יש להדגיש כי הדיון כאן נסב רק על שאלת ההגדרה של מעשה ומחדל, ולא על השאלה האם סיוע במחדל מצריך חובה לפעול אם לאו (זאת בניגוד לדיון בפסק הדין שהתמקד, בין היתר, בשאלה אם יש צורך לאתר חובה לפעול במקרה של מחדל). כלומר, אף אם אצא מנקודת הנחה, כי סיוע במחדל מצריך חובה לפעול, עדיין קיימת שאלה איזו התנהגות תוגדר כמעשה ולא תצריך חובה לפעול ואיזו התנהגות תוגדר כמחדל ותצריך בשל כך חובה לפעול.¹⁴

ב. פסקי דין שאינם מכפיפים את הגדרת "מעשה" ו"מחדל" לעקרון התנועה הגופנית

כפי שציניתי, לעומת פסקי הדין שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית, קיימים פסקי דין שאינם מכפיפים בהכרח את הגדרת המושגים של מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית. כלומר, קיימים פסקי דין שקבעו שאף שמדובר במקרה שכרוך בתנועה גופנית, עדיין, מבחינה משפטית, יש לראות זאת כמחדל. כמו כן, קיימים פסקי דין המראים כי אף שמדובר במקרה שאינו כרוך בתנועה גופנית, יש לסווגו, מבחינה משפטית, כמעשה ולא כמחדל.

דוגמה לפסקי דין שהתייחסו למקרים הכרוכים בתנועה גופנית, אך סברו כי יש לסווגם כמחדל המצריך חובה לפעול בכדי להרשיע, הם פסקי דין שעסקו בניתוק ממכונת הנשמה בנוגע לחולה סופני ואשר קדמו לחוק "החולה הנוטה למות".

(1) בפסק דין פלונית נ' הכללית שירותי בריאות,¹⁵ ביקשה העותרת להצהיר על זכותה לאי-הארכת חייה וכן להצהיר על זכותה להינתק ממכשירים מאריכי חיים. העותרת סבלה ממחלה סופנית והייתה מוגבלת לחלוטין בתפקודה, מרותקת למיטתה ללא כל יכולת תנועה. המדובר היה בחולה המצויה בשלב סופני למחלתה וברור היה כי כאשר ינתק אותה ממכשירי ההנשמה תופסק פעולת ליבה והיא תסיים את חייה תוך שעות מספר. בהקשר זה כתב השופט גורן את הדברים הבאים:

14 לדיון האם הרשעה בגין סיוע במחדל מצריכה חובה לפעול ראו דיון בפסק דין ויצמן הנ"ל וכן בע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני, פ"ד יח(4) 20 (1964).

15 ה"פ (מחוזי ת"א) 529/01 פלונית נ' הכללית שירותי בריאות (פורסם בנבו, 5.6.2001).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
"לאחר ששקלתי את כל נסיבות המקרה המיוחד ולאחר שהונחיתי על ידי
פסיקת בית המשפט העליון בתיק שפר [בע"א 506/88 שפר, קטינה נ' מדינת
ישראל], שם מכיר כב' המשנה לנשיא מ' אילון בניתוק ממכונת החייאה
כפעולה פאסיבית שכמוה כאי חיבור למכונת הנשמה, ולכן שמבחינה
משפטית יש לראות את הפעולה הרפואית שתבוצע בה כפעולה פאסיבית
למרות שהניתוק הוא מעשה אקטיבי, החלטתי להיעתר לתובענה ולהצהיר
על זכותה של המבקשת להינתק ממכשירי ההחייאה ו/או הנשמה כך שכל
רופא שיפעל למימוש הצהרה זו, יהיה מחוסן מכל תביעה פלילית או
אזרחית".¹⁶

(2) גם בפסק דין ביבס נ' עיריית תל אביב,¹⁷ התבקש בית המשפט להורות על הפסקת
חיבור למכונת הנשמה במקרה שיתברר כי למבקשת אין אפשרות לקיים את חייה ללא עזרה
מתמדת. בעניין זה קבעה השופטת סירוטה את הדברים הבאים:

"אי חיבור למכונה וניתוק ממנה הם שני צדדים של אותו מטבע והם מעשה
פסיבי שיכול להביא בסופו למיתת החולה."¹⁸

וכן:

"האבחנה בין מחדל שהוכר בשורת פסקי דין שיובאו להלן ובין מעשה,
כמבוקש כאן בבקשה החילונית – ניתוק מן המכונה, אינו הבדל משמעותי.

לשיטתי, אין הבדל בין אי חיבורה של המבקשת א-פריורי, דבר שישלול
ממנה את הסיכוי שאולי עוד קיים להצילה ולרפאה, לבין ניתוק לאחר
מעשה לכשיהיה ברור שהיא במצב 'סופני' ושהחיבור יש בו כדי להאריך את
קיומה הפיזי ללא סיכוי לרפאה".¹⁹

מפסקי דין אלה עולה, כי אף שמדובר במקרה הכרוך בתנועה גופנית, עדיין סיווג אותו
בית המשפט כמחדל מבחינה משפטית. מנגד, וכפי שצינתי לעיל, קיימים פסקי דין
המתייחסים למקרים שאינם כרוכים בתנועה גופנית ועדיין מסווגים את המקרה כמעשה ולא
כמחדל.

16 שם (ההדגשות שלי).

17 ה"פ (מחוזי ת"א) 528/96 ביבס נ' עיריית ת"א-יפו (פורסם בנבו, 3.4.1997).

18 שם.

19 שם. ראו גם: Airedale National Health Service Trust v. Bland [1993] AC 789.

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

(1) בפסק דין אליאס,²⁰ דן בית המשפט בהרשעתו של המערער (אליאס) בסיוע להריגה. סיפור המקרה היה כדלקמן: המערער ואברהם אילוז שירתו במשמר הגבול. אילוז היה מפקד מחלקה והמערער היה שוטר נהג. על המערער הוטל להסיע את אילוז לביתו שבבית שמש. המערער נהג בגיפ ולידו ישב אילוז. במהלך הנסיעה הגיחה לקראתם מכונית משא של מע"צ ובה שני ערבים – נהג ועוד עובד. שני כלי הרכב כמעט התנגשו, אבל המערער הצליח למנוע את ההתנגשות. תקרית זו העלתה את חמתו של אילוז. הוא ציווה על שני הערבים לרדת מהמשאית ולעלות על הגיפ. הוא התיישב בעצמו ליד ההגה וציווה על המערער לשבת מאחוריו ולשמור על הערבים. לשם כך נטל המערער את תת מקלע העוזי שלו, ותלה אותו על כתפו. אילוז הוביל את הערבים למקום שומם וסגור למחצה, הוא נטל מאליאס את רובהו וירה בהם למוות.

בית המשפט הרשיע את המערער באשמת סיוע להריגה. הוא טען כי:

"יוצא איפוא, שאשמתו של אליאס כמסייע מתרכזת כולה באותה דקה גורלית, בה המשיך לשמור ללא מחאה על הקרבנות. באותה דקה הוא ידע היטב שאלה מובלים אל מותם, אבל לא הוכח שגם הוא עצמו רצה במותם. אדרבא, הוא 'נגרר' אחרי אילוז בהוסיפו לשמור על הקרבנות".²¹

טענת ההגנה בד"נ זה²² הייתה, כי במקרה זה מדובר בסיוע במחדל, שכן הסיוע התבטא בכך שהמערער לא ביקש מאילוז להפסיק את מעשיו, או שהוא לא הפסיק לשמור על הערבים. משום כך טען סנגורו כי אין להרשיע את המערער (אם משום סיוע מחייב מעשה או משום שיש צורך במציאת חובה לפעול. עובדה זו לא ברורה בד"נ זה). בהקשר להתנהגותו של המערער וביחס לטענה זו קבע בית המשפט כי:

"התשובה לטענה זו היא: בפסק דינו של בית המשפט העליון לא נפסקה כל הלכה כי מחדל גרידא מהווה סיוע לעבירות הריגה. הלא, כפי שראינו, מלמדת קביעת בית המשפט בקטע שהובא לעיל, כי ראה התנהגות מסייעת מצד העותר בעובדה, כי הוסיף לשמור על הקרבנות, דבר אשר כמוהו כסיוע אקטיבי, להבדיל מ'מחדל כסיוע'.²³

כלומר, בית המשפט ראה כאן את המשך השמירה על הערבים כסיוע אקטיבי (בית המשפט לא ראה כסיוע אקטיבי את המעבר של אליאס למושב האחורי שכן בשלב זה לא הוכחה כוונה פלילית. כל הבעיה התמקדה בדקה אחת של שמירה לאחר שאליאס עבר

20 ד"נ 7/69 אליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 561 (1969) (להלן – פרשת אליאס).

21 ע"פ 552/68 אילוז נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377, 387 (1969) (ההדגשות שלי).

22 פרשת אליאס, לעיל הערה 20, בעמ' 563.

23 שם (ההדגשות שלי).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

למושב האחורי). נראה כי בית המשפט בפסק דין זה אינו טוען כי הסיוע היה אקטיבי בשל העובדה שהמערער הניע את שרירי גופו כאשר הוא שמר על הערבים. נראה שבית המשפט טוען כי עצם נוכחותו של המערער אף ללא תנועה גופנית מהווה "מעשה" מבחינה משפטית. מעשה שלא יצריך חובה לפעול כדי להרשיע. שאם לא כן מדוע נוקט בית המשפט בלשון שצוינה לעיל: "הלא, כפי שראינו, מלמדת קביעת בית המשפט בקטע שהובע לעיל, כי ראה התנהגות מסייעת מצד העותר בעובדה, כי הוסיף לשמור על הקרבנות, דבר אשר כמוהו כסיוע אקטיבי, להבדיל מ'מחדל כסיוע'". לו היה מדובר כאן במצב שבו המערער הניע בוודאות את גופו כדי לשמור אזי לא היה צריך לומר "דבר אשר כמוהו כסיוע אקטיבי". נראה שבית המשפט מעוניין לומר כי על אף שיתכן שהשמירה עצמה לא לוותה בתנועה גופנית, עדיין מבחינה משפטית נראה זאת כ"מעשה" ולא כמחדל, שכן החלוקה בין מעשה ומחדל אינה כפופה לעקרון התנועה הגופנית.

(2) בפסק דין הלמר נ' מדינת ישראל²⁴ התייחס בית המשפט לסעיף 440 לחוק העונשין הקובע כי: "הקושר קשר עם זולתו להשפיע במרמה או בהונאה על מחיר השוק של דבר הנמכר בפומבי או להונות את הציבור או כל אדם, או לסחוט נכס מאדם, דינו – מאסר שלוש שנים". פסק הדין התייחס למקרה שבו המערער אשר היה בעל מעבדה פרטית לבדיקות בקטריוולוגיות קשר קשר עם הנאשם השני שהיה עובד מעבדה של בית חולים "השרון" בפתח תקווה, בכך שיביא לו בשעות העבודה בדיקות פרטיות כדי שיבצע (הנאשם השני) את הבדיקות במסגרת שעות העבודה של בית החולים באמצעות הציוד והחומרים של בית החולים. מהותו של המעשה הייתה לגרום לממונים של הנאשם השני לחשוב ולהאמין שהבדיקות שבהן הוא עוסק בשעות עבודתו הן בדיקות שהוא אמור לערוך במסגרת מילוי תפקידו בבית החולים. בית המשפט קובע כי מדובר במעשה הונאה של הנאשם השני שכן הוא העלים בודון מן המעביד את הזהות האמיתית של הבדיקות. לעניין זה מציין השופט שמגר כי "...לענין תרמית והונאה גם יחד – העלמה זדונית של עובדה, כמוה כהצהרה מפורשת שאותה עובדה אינה קיימת."²⁵

כלומר, לעניין היסוד העובדתי של מרמה והונאה בעבירה הנ"ל, אין בית המשפט מצריך בהכרח תנועה גופנית כדי להרשיע (כגון התנהגות אקטיבית או הטעיה בדיבור). במקרים מסוימים, כגון בהעלמה זדונית של עובדה, מסתפק בית המשפט בהתנהגות פסיבית. במצבים אלה, נראה שבית המשפט רואה העלמה זו כמעשה ולא כמחדל ועל כן אין הוא מצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע.

24 ע"פ 201/79 הלמר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 97 (1980).
25 שם, בעמ' 100 (ההדגשות שלי). במקרה זה קבע שמגר כי גם ההתנהגות עצמה מהווה מרמה, אך הוא גם מציין כי העלמת עובדה מהווה אף היא הצהרה מפורשת שאותה עובדה אינה קיימת. קרי העלמה זדונית של עובדה מהווה הטעיה במעשה.

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

נקודה דומה עולה גם מפסק דין מדינת ישראל נ' יהודה אופנר.²⁶ בפסק דין זה דובר על נאשם (יהודה אופנר) שהיה מורה ומדריך אומנות לחימה. בזמנים שונים הציג הנאשם את עצמו בפני תלמידיו כמטפל "זן תראפי", שהוא טיפול פסיכולוגי לא שגרתי שמקורו בסין. פסק הדין התייחס בין היתר למ' אשר הגיעה לפגישות אצל הנאשם, ואשר סברה כי מדובר בפגישות טיפוליות. במסגרת פגישות אלו קיים הנאשם עם מ' יחסי מין. בית המשפט מתעכב בפסק דין זה על הנקודה כי הנאשם לא הציג עצמו כמטפל כאשר מ' פנתה אליו בבקשת ייעוץ ובמובן זה התנהגותו של הנאשם הייתה פסיבית. עם זאת, כאשר בית המשפט מתייחס להתנהגותו הפסיבית של הנאשם אשר באה לידי ביטוי בשתיקתו, הרי שבית המשפט אינו מצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיעו בקבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין.²⁷

(3) בפסק דין עמר²⁸ התייחס בית המשפט למקרה שבו המערער, מאיר עמר, ירה למוות באיש ששמו בנימין נעמן. במקום היה נוכח המערער יעקב גולדשטיין. השאלה הייתה האם הנוכחות של המערער נחשבת כסיוע לעבירת הרצח?
על כך קובע בית המשפט כי:

"הערתי האחרונה על הנושא הזה היא: כאשר נוכחותו של אדם במקום העבירה משמשת, בנסיבות המקרה, עידוד – ולכן, סיוע – למבצע העיקרי, כי אז מן הדין, לדעתי, לראות בעובדת הנוכחות משום התנהגות פיסית, להבדיל מאפס-מעשה. הטעם לדבר הוא: הגורם המשפיע על העבריין האחר לבצע את מעשה העבירה ומעודדו לכך, הוא, בין השאר, גורם הנוכחות הפיסית של המסייע. רמו, אם לא ראייה, להשקפתי זו ימצא בקטע אחר מפסק-דינו של השופט Davies בעניין Allan... שם הוא מדבר על: 'any'

26 תפ"ח (מחוזי י-ם) 855/05 מדינת ישראל נ' אופנר (פורסם בנבו, 21.5.2007).
27 יש לציין, כי השופטת עצמה בפסק דין אופנר מדגישה כי בהקשר של קבלת דבר במרמה קיימות גישות שונות לגבי הצורך בחובה לפעול במקרה של התנהגות פסיבית בדרך של העלמת עובדה. היא מציינת את גישתו של קוגלר המצריך, לכאורה חובה לפעול במקרה זה. והיא מציינת את הגישה שהבאתי לעיל, ולפיה העלמה זדונית של עובדה עולה אף היא כדי מרמה. במקרה זה נראה שאין צורך בחובה לפעול שכן העלמה זו נחשבת, לכאורה, למעשה. יש לציין כי בפסק דין ברזל נ' מדינת ישראל עולה עמדה דומה. שם התייחס בית המשפט לסעיף קבלת דבר במרמה. לפיו: "הלכה היא ש'מרמה' במובן סעיף 414 לחוק יכולה להתקיים כשהנאשם מציג, בהתנהגותו מצג עובדתי מסוים, כשהוא יודע שלא כן הוא. מצב כזה בהתנהגות יכול שיתקיים על-ידי שתיקה והעלמה של עובדות, אשר על פי הנסיבות מתבקש גילויין". ע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539, 601 (1992).
28 ע"פ 78/71 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 421 (1972) (להלן – פרשת עמר).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
'physical act other than the fact of his mere presence' לאמור: 'נוכחות'
היא בכלל 'מעשה פיסי'".²⁹

השופט אגרנט בפסק דין זה אומר דברים ברורים. נוכחות במקום, אף שלא ניתן להצביע על תנועה גופנית, יכולה להוות, מבחינה משפטית, מעשה פיזי ולא מחדל.³⁰ הצגתי לעיל מספר פסקי דין אשר עסקו בסיוע לעבירה בדרך של נוכחות בשעת ביצוע עבירה (אברמוב, עמר, אליאס ווייצמן). טענתי כי בחלק מפסקי דין אלו (למשל, עמר, אליאס ופסיקת בית המשפט המחוזי בפרשת ווייצמן), לא הצריך בית המשפט חובה לפעול כדי להרשיע בגין הנוכחות ומכאן שבית המשפט ראה את עצם הנוכחות כמעשה ולא מחדל אף שמדובר בהתנהגות פסיבית ללא כל תנועה גופנית. עם זאת, ניתן, לכאורה, להעלות שתי טענות כנגד קו מחשבה זה. (1) ראשית, ניתן לטעון כי בית המשפט לא הצריך לאתר חובה לפעול במקרים אלה כיוון שהחוק הפלילי שחל בשעת ביצוע העבירות נשוא פסקי הדין הללו, אפשר הרשעה

29 שם, בעמ' 442 (ההדגשות שלי).
30 בע"פ 6202/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 685 (1996) (להלן – פרשת פלוני).
התייחס בית המשפט למקרה שבו עמד המערער יחד עם קבוצת נערים ליד מחנה שועפאט בירושלים. הנערים ידו אבנים בכלי רכב עוברים. המערער לא ידה כל אבן. הטענה הייתה כי הוא סייע לנערים בכך שעמד במקום. השופט צבי טל טען, בין היתר, כי במקרה הזה הנוכחות של המערער היא מחדל (שכן הוא לא ביצע כל תנועה גופנית) ובשל העובדה שלא נמצאה כל חובה לפעול, הרי שיש לזכות את המערער. "לעניין המעשה הפלילי: אם אכן נקלע המערער למקום האקראי, הרי המעשה הפלילי שלו מתבטא בכך שהוא לא פרש מן החבורה, אלא נשאר בתוכה. הווה אומר, ש'המעשה' הפלילי הוא בעצם מחדל. כדי שמחדל יעלה כדי עבירה פלילית, יש להראות שהייתה עליו חובה לפעול, בקום ועשה, ובמקרה דנן, שהייתה עליו חובה לפרוש מן הקבוצה שאליה נקלע באקראי, כאשר נתברר לו שהוא נקלע לחבורה העושה מעשה פלילי. לא ידועה לי חובה כזו, במקרה כזה. לשם המחשה: כלום עיתונאי, בנסיבות כאלה, חייב להפריש עצמו מן החבורה? או צלם? או סתם סקרן? זה לעניין המעשה הפלילי". שם, בעמ' 688 (ההדגשות שלי). בהמשך מוסיף השופט טל כי לא הוכח גם היסוד הנפשי הנדרש. כלומר נראה שלשופט טל שני טיעונים לזכות את המערער. ראשית, אין כאן מעשה, שכן נוכחות אינה מעשה וזאת על אף שיוכח יסוד נפשי הנדרש. שנית, גם אם נוכחות היא מעשה, עדיין לא הוכח היסוד הנפשי הנדרש בכדי להרשיע בגין הסיוע. ראו: שם, בעמ' 688-689. לעומת הניתוח של השופט טל את המקרה אליו מתייחס פסק הדין, השופט מצא טען כי היסוד העובדתי מתקיים בעצם נוכחות הנאשם וכל שנותר לברר הוא האם התקיים היסוד הנפשי הנדרש. כאשר מנסים להוכיח את היסוד הנפשי בגין נוכחות במקום העבירה העיקרית, טוען השופט מצא כי יש לחלק בין נוכחות שהיא על פניה, סתמית ומקרית לבין נוכחות שאינה מקרית. כאשר הנוכחות היא מקרית וסתמית אזי יוטל על התביעה להביא ראיה המורה על שיתוף פעולה ממש, ואילו כאשר הנוכחות אינה מקרית, היא גופא תהווה ראיה לכאורה לאשמת הנאשם. אולם, נראה ברור כאמור, שלגבי היסוד העובדתי, טוען השופט מצא כי אין צורך בתנועה גופנית כדי להרשיע בגין סיוע במעשה. שם, בעמ' 690-692.

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

בגין נוכחות אף ללא איתור חובה לפעול. כך למשל, על פי פקודת החוק הפלילי, 1936 נקבע בסעיף 23(1)(ג) כי "כל אדם המסייע בידי אדם אחר בביצוע העבירה, בין שהוא נוכח בשעת ביצוע העבירה ובין שאינו נוכח בשעת ביצוע העבירה. אדם נחשב כאילו סייע, אם נוכח במקום שבו נעשתה העבירה כדי להתגבר על התנגדות או כדי לחזק את רצונו של עושה העבירה האמיתי או כדי להבטיח את ההוצאה לפועל של העבירה העומדת להיעשות" (ההדגשות שלי).

כמו כן, סעיף 26(4) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (לפני תיקון 39) קובע כי –

"נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה..."

(4) מי שסייע את חברו בעבירה, על ידי שנכח במקום העבירה כדי להרטיע התנגדות, או כדי לאמץ את המבצע בהחלטתו, או כדי להבטיח ביצועה של העבירה" (ההדגשות שלי).

ניתן לראות, שפקודת החוק הפלילי וחוק העונשין הנ"ל (שאינו אלא נוסח חדש של סעיפי פקודת החוק הפלילי) מציינים את הנוכחות כאחד מדרכי הסיוע. נוכח זאת, ניתן היה לומר כאמור, כי הנימוק שבית המשפט (בחלק מן המקרים) לא ראה צורך באיתור חובה לפעול כאשר מדובר בנוכחות בשעת ביצוע עבירה אינו נובע מן העובדה שמדובר במעשה, אלא מן העובדה שהחוק מצייין במפורש כי ניתן להרטיע במקרה של נוכחות. לשון אחר, ניתן לומר שבית המשפט ראה את הנוכחות כמחדל שניתן להרטיע בו אף ללא איתור חובה לפעול, שכן הסעיף עצמו מצייין את הנוכחות כאחד מדרכי הסיוע.

(2) שנית, ניתן לטעון כי הנימוק לכך שהשופטים בפסקי דין אלה לא הצריכו לאתר חובה לפעול נבע מכך שהם סברו כי אין צורך באיתור חובה לפעול במקרה של סיוע במחדל. זאת עמדתו המפורשת של פלר אשר טען כי החובה הנובעת מן העבירה העיקרית מאריכה את "רדיוס הקרינה" לעבירת הסיוע במחדל.³¹

על אף האמור לעיל, חרף העובדה שהחוק הפלילי (לפני תיקון 39) צייין את הנוכחות כאחד מדרכי הסיוע, וחרף העובדה כי קיימת עמדה הסבורה כי אין צורך באיתור חובה לפעול במקרה של סיוע במחדל, ניתן להבחין בבירור כי קיימת מחלוקת (הגם שהיא לא נאמרה במפורש) בין השופטים באיזו קונסטרוקציה משפטית יש לנקוט כאשר מבקשים להרטיע בגין נוכחות פאסיבית במקום העבירה ומתוך כך ניתן להסיק כי אכן קיימת מחלוקת מהותית לגבי ההגדרה של מעשה ומחדל. לדעתי ניתן להצביע על ארבע קונסטרוקציות משפטיות שונות בהן הלך בית המשפט כדי להרטיע בגין סיוע במקרה של נוכחות:

31 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 242 (1987).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

- (1) קיימים פסקי דין שראו את הנוכחות של האדם בשעת ביצוע העבירה כמעשה אקטיבי ולפיכך לא היה צורך באיתור חובה לפעול.³²
- (2) קיימים פסקי דין שראו את נוכחותו של האדם כמחדל. אולם, על אף העובדה שהם סיווגו את הנוכחות כמחדל הם לא העלו כלל את השאלה האם יש צורך באיתור חובה לפעול אם לאו.³³
- (3) קיימים פסקי דין שראו את נוכחותו של האדם כמחדל, אך דנו בצורך בחובה לפעול כדי להרשיע.³⁴
- (4) וכן, קיימים פסקי דין שנראה מהם שראו את נוכחות של האדם (אם אינה מקרית) כהוכחה לכך שהאדם הגיע למקום העבירה כשותף. כלומר, הנוכחות הלא מקרית במקום היא הוכחה לכך שהאדם שיתף פעולה לפני כן עם מבצע העבירה באמצעות מעשה אקטיבי ועל כן ניתן להרשיעו בשל נוכחותו.³⁵

32 פרשת עמר, לעיל הערה 28. פרשת אליאס, לעיל הערה 20, וכן פרשת פלוני, לעיל הערה 30. ויש להדגיש, כי לפי פסקי דין אלה, ניתן היה להרשיע ללא איתור חובה לפעול שכן בית המשפט ראה את הנוכחות כמעשה ולא בשל העובדה שמדובר בסיוע במחדל, ובמקרה של סיוע אין צורך באיתור חובה לפעול (כפי שטוען פרופ' פלר).

33 פרשת אברמוב, לעיל הערה 10. יש לציין, כי גם בע"פ 303/82 אדרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז" (1) 309 (1983) וכן בע"פ 62/65 קנאנבה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(2) 488 (1965) (להלן – פרשת קנאנבה), וכן בע"פ 454/74 חוזה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 589 (1975), לא התייחס בית המשפט כלל לשאלה האם יש צורך בחובה לפעול אם לאו, וראה בנוכחות המערערים כהתנהגות פסיבית. אמנם בית המשפט לא השתמש במילה מחדל, אך ייתכן וניתן לראות אף בפסקי דין אלה כמקרים שבהם בית המשפט לא הצריך חובה לפעול במחדל. כך ראה זאת פרופ' פלר. ראו: פלר, לעיל הערה 31, בעמ' 244, הערה 129. יש לציין כי פלר ראה בפסקי דין אלה הוכחה שאין צורך באיתור חובה לפעול בכל מקרה של סיוע במחדל. אך לדעתי ניתן להבין פסקי דין אלה כטוענים שאין צורך באיתור חובה לפעול רק במקרה של סיוע בדרך של נוכחות ולא בכל מקרה של סיוע במחדל.

34 פרשת ויצמן, לעיל הערה 3. וכן פרשת לב, לעיל הערה 12. אמנם פסק דין לב לא עסק במקרה קלסי של נוכחות בשעת ביצוע העבירה אולם, ניתן לראות כי השופטת בן פורת ראתה את התנהגות המערערים כהתנהגות מעוררת ומאמצת. במובן זה אין שינוי בין התנהגות המערערים בפסק דין לב להתנהגות שבנוכחות בשעת ביצוע עבירה. יש לציין כי מעשה העבירה בפסק דין וייצמן התרחש לאחר תיקון 39, ותיקון זה בהתייחסו לסיוע אינו מציין את הנוכחות כאחת מדרכי הסיוע. ייתכן, כי אלה הרואים עמידה במקום כמחדל, יצריכו, לאור שינוי חוק זה, לאתר חובה לפעול כדי להרשיע.

35 ע"פ 319/88 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 693 (1989). כך ניתן להבין גם את האירוע שהתרחש בפרשת קנאנבה. פסק דין זה התייחס למקרה שבו הורשע המערער ביחד עם אחרים, בין היתר, בגין סחיטה בכוח לפי סעיף 11 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושיק). המערערים סחטו תחת איומים נהג מונית. בשעת הסחיטה היה המערער נוכח בתוך המונית ולא עשה דבר. בית המשפט קבע כי אמנם בזמן האירוע המערער ישב במונית ומבחינה חיצונית ההתנהגות שלו הייתה פסיבית. עם כל זאת טען בית המשפט כי "בנסיבות הענין מעידה גם התנהגות זו על 'אי המקריות' של נוכחותו בשעת מעשה העבירה ועל היותו שותף למזימתם הפושעת של שני הנאשמים האחרים... אכן, משלא נהג כך המערער ולא עשה

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

כלומר, לדעתי, אף מתוך עיון בפסקי הדין שעסקו בסיוע בדרך של נוכחות פסיבית ניתן להסיק מהי עמדת השופטים בנוגע להגדרת מעשה ומחדל בדין הפלילי, וכפי שניתן לראות אין תמימות דעים בנוגע להגדרה זו. קיימים שופטים שהכפילו את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית ולפיהם עמידה במקום נחשבת בכל מקרה למחדל, ולעומת זאת קיימים שופטים שלא הכפילו את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית ולפיהם, אף במקרים שבהם אדם עמד במקום ולא הניע את שריריו ניתן לראות זאת כמעשה אשר לא מצריך חובה לפעול.

ג. שורש המחלוקת בין פסקי הדין באספקלריית הרציונלים השונים

לאחר הצגת המחלוקת השונות בנוגע להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי יש לשאול מהו שורש המחלוקת בין השופטים המכפילים את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית לבין השופטים שאינם מכפילים את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית. לדעתי, אף שהדברים לא נאמרו תמיד במפורש, ניתן להציע כי נקודת המחלוקת טמונה ברציונלים השונים העומדים בבסיס ההבחנה בין מעשה לבין מחדל ואשר פורטו לעיל. ניתן להציע כי השופטים התומכים בעקרון התנועה הגופנית נסמכים על אחת משתי אפשרויות: (1) על רציונל הסיבתיות (לפי הגישה הראשונה שהוצגה בפרק ב'). רציונל זה (לפי הגישה הראשונה שהוצגה בפרק ב') תומך בעקרון התנועה הגופנית שכן מעשה יכול ליצור שינוי בעולם ואילו היעדר מעשה לא יוצר שינוי.

(2) על רציונל החירות שהוצג בפרק ב'. כמצוין לעיל, רציונל החירות תומך בעקרון התנועה הגופנית שכן הימנעות ממעשה פוגעת פחות בחירות האדם מאשר חיוב לעשיית מעשה.

רמו לרציונל הסיבתיות ניתן לראות בדברי פלר שצוטטו (והובאו לעיל) על ידי השופט רובינשטיין בפסק דין פלוני נ' מדינת ישראל (מקרה המעשה המגונה). על פי דברים אלו, תנועה גופנית יוצרת שינוי בעולם הפיזי, ולעומת זאת, אי-תנועה גופנית לא יוצרת שינוי בעולם הפיזי ולפיכך יש צורך בחובה לפעול כדי להרשיע.³⁶

דבר וחצי דבר כדי לנער את חצנו מהתוכנית הפלילית ולא עוד, אלא המשיך לנסוע במכונית אחרי שהנאשמים מס' 1 ו-מס' 3 'סחטו' אותה בכוח מידי הנהג, הרי שיש לראות בהתנהגות זו משום עדות מה להצטרפותו מראש לאותה תוכנית". פרשת קנאנבה, לעיל הערה 33, בעמ' 495. להבנתי, בית המשפט קובע כי ניתן להרשיע את המערער בשל היותו שותף מראש בתוכנית ועל כן אין כל בעיה בהתנהגות הפסיבית שלו. ההרשעה נבעה מכך שהוא עשה מעשה וההגעה שלו למונית היא המשך של השותפות לדבר עבירה. לדעתי, לו הייתה כאן רק התנהגות פסיבית של המערער הרי שלכאורה, לפי פסק דין זה לא הייתה מתקיימת ההרשעה (פרשנות זו היא בניגוד לפרשנות של פרופ' פלר שצוינה לעיל בהערה 33).

ניתן לשאול, הרי עבירת המעשה המגונה נשוא הדיון בפסק הדין פלוני נ' מדינת ישראל היא עבירת התנהגות ולא עבירת תוצאה. ובעבירת התנהגות אין צורך בקשר סיבתי שכן הוא אינו

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

גם בפסק דין וייצמן ניתן לזהות רמזים לרציונל הסיבתי שצוין לעיל. על פי השופט חשין, הצורך באיתור חובה לפעול במחדל אינו נדרש רק בשל עקרון החוקיות המצריך להזהיר את האדם לפני ענישתו. הצורך באיתור חובה לפעול במחדל נובע מכך שבמחדל של אפס מעשה אין ממשות וכל כולו מתמצה לכאורה במחשבתו של אדם. לדעת חשין, החובה לפעול מקנה למחדל ממשות. לעומת זאת, במקרה של עבירות אקטיביות, הרי שהמעשה האקטיבי עצמו פורע סדרי חברה ללא קשר לחובה המתלווה אליו.

“עבירות של מעשה (עבירות אקטיביות) המעשה עצמו – *Ex Hypothes* – פורע סדרי חברה, ואשר למחשבה הפלילית, זו יכולה שתילמד מן המעשה. שלא-כמות אלו הן עבירות המחדל. בהיעדר מעשה גלוי לעין תולדות עצמן עבירות אלו, כביכול, במחשבה פלילית המקנת בלבד של אדם. אלא שמחשבה פלילית, כשהיא לעצמה – רעה ומכוערת ככל שתהא – אין בה כדי לחייב אדם בעונשין, שהרי דברים שבלב אינם דברים... הנה-כי-כן, הפרת החובה מספקת את דרישת הממשות והריאליה, להבדיל בין אפס-מעשה או הימנעות מעשייה – שאינם בני-עונשין – לבין מחדל בן-עונשין.”³⁷

לעומת רמיזות בדבר רציונל הסיבתי, קיימת התייחסות מפורשת לרציונל החירות בפסק דין הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד³⁸ שדן במחדל טהור בהקשר דין הנויקין (קרי מחדל ללא כל מעשה בצידו) אשר אמנם לא הוזכר בפסקי הדין שלעיל אך ניתן ליישמו לצורך דיון זה. מקרה זה התייחס לצעיר שהתאבד בבית החולים. בית המשפט שאל האם יש להטיל אחריות בנויקין על המוסד הרפואי בשל כך שלא נקט בכל האמצעים הסבירים לשם מניעת מעשה ההתאבדות? בהתייחס לכך קבע השופט אנגלרד:

אחד מיסודות העבירה. ואם השופט רובינשטיין בכל זאת הבחין בין מעשה לבין מחדל לעניין הצורך באיתור חובה לפעול בעבירה זו כי אז לכאורה הרציונל להבחנה מבחינתו אינו רציונל הסיבתי. ניתן לענות על כך ולומר כי אמנם בעבירות התנהגות אין צורך להראות כי ההתנהגות יצרה תוצאה מסוימת, אך יש צורך להראות כי אירע שינוי בעולם הממשי. בהקשר זה ייתכן שרציונל הסיבתי מספק הגיון להבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירות התנהגות, שכן לפי רציונל זה תנועה גופנית יוצרת שינוי בעולם ואילו היעדר תנועה גופנית לא יוצרת שינוי בעולם ועל כן יש צורך באיתור חובה לפעול. לעניין ערעור ההבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות לעניין הקשר הסיבתי, ראו: רון שפירא “מבנה היסוד העובדתי של העבירה” מגמות 113, 128-132 (תשס"א).

37 ראו: פרשת וייצמן, לעיל הערה 3, בעמ' 201.

38 ראו: ע"א 6649/96 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529 (1999). גם בפסק דין הר שפי נ' מדינת ישראל הודגש רציונל החירות. ראו: ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, 748 (2001) (עמדת השופט חשין). וכן ראו: שם, בעמ' 813 (עמדתו של השופט ריבלין).

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

"בכך אני מגיע להיבט נוסף של שאלת קיומה של חובת זהירות מצד בית החולים. ההלכה המסורתית היא, כי אין להטיל אחריות בנוזיקין על מחדל טהור, בלתי אם קיים יחס מוקדם המטיל על אדם חובה לפעול. רעיון זה מתחייב מן המציאות, משום שאין מקום לחייב את כולי עלמא במניעת נזקים העומדים להתרחש על הזולת. יש לזכור, כי הטלת חובה לפעול למען הזולת היא בהכרח פגיעה בחירותו של אדם."³⁹

כלומר, לפי השופט אנגלרד הטלת חובה לנקוט בפעולה היא פגיעה בחירות האדם. לכן, במקרה של מחדל טהור יש צורך באיתור יחסי קרבה כדי לחייב בנוזיקין. לו היו מחייבים בנוזיקין על כל מקרה שבו ניתן היה למנוע נזק, הרי שהייתה נגרמת פגיעה משמעותית בחירותו של האדם.

אם ניישם את גישתו של אנגלרד לדין הפלילי ניתן יהיה לטעון, כי מכיוון שדרישה לנקוט פעולה מהווה בהכרח פגיעה בחירותו של אדם, הרי לא ניתן להרשיע אדם במחדל אם לא אותרה חובה ספציפית לפעול. לכן, גם במקרים של עמידה במקום או שתיקה לא ניתן להרשיע את האדם בכך שהוא לא נקט פעולה מסוימת כגון עזיבת המקום, או אמירת דבר מה, אם לא אותרה חובה לפעול.

לעומת עמדת השופטים הנ"ל, ניתן להציע, כי השופטים שאינם מכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית סבורים שהרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל נשען על רציונל אחר. ניתן להציע כי עמדתם נשענת על רציונל הסיבתיות שהוצג בשם פלטשר ולפיו אין הברדל חד מבחינה סיבתית בין תנועה גופנית לאי-תנועה גופנית. זאת בניגוד לגישה המכניסטית של מור אשר טען כאמור כי תנועה גופנית יוצרת שינוי ואילו היעדר תנועה גופנית לא יכול ליצור שינוי. לפי פלטשר, ייתכנו מקרים שלא יהיו כרוכים בתנועה גופנית, אך הם לא יהיו שונים ממעשה רגיל (כגון עמידה במקום של שומר בארמון המלך או שתיקה של הפסיכולוג). ייתכן שפסקי הדין שראו בעצם הנוכחות מעשה ובעצם השתיקה הצהרה כוזבת, סבורים כי הרציונל המבחין בין מעשה לבין מחדל נשען על הרציונל שהציע פלטשר הטוען כי במקרים מסוימים גם היעדר תנועה גופנית יכול ליצור נזק ועל כן לעתים גם אדם שעומד במקום יכול להמית אדם אחר. לפי עמדה זו ברור מדוע במקרים שבהם מדובר בנוכחות המאמצת ומעודדת את המבצע העיקרי לבצע את העבירה הרי שלא נצריך לאתר חובה לפעול כדי להרשיע.

הפסיקה שלא הכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית מתיישבת יפה, לדעתי, אף עם רציונל הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל (ואשר הוצג בפרק ד' לעיל). לפי הרציונל שהצעתי, יש להבחין בין האיסור על המתה לבין האיסור על הנחה למות שכן איסור על המתה מכונן את האוטונומיה של האדם מה שאין כן האיסור על הנחה למות. ללא

39 פרשת הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, שם, בעמ' 544.

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

האיסור על המתה האדם היה חי בפחד מתמיד שמא ימיתו אותו ועובדה זו הייתה שוללת ממנו לחיות חיים סבירים. לאור רציונל זה טענתי כי ההגדרה המשקפת את הרציונל מושתתת על הגנה על מרחבו המוגן של האדם. לכן טענתי כי עבירת ההמתה צריכה לאסור את יצירתו של האיום שמוביל למוות וכן לאסור הסרת מגן השייך לקרבן עצמו, שכן במקרים אלו קיימת חדירה למרחב המוגן של האדם. בהקשר לכך טענתי כי יצירת נזק אינה חייבת להיות על ידי מעשה (בכך עמדתי אינה שונה מעמדתו של פלטר) והיא יכולה להיות על ידי עמידה במקום או על ידי שתיקה. אמנם לא כל המקרים שהובאו לעיל עוסקים בעבירות ההמתה אך כפי שצינתי רציונל הפגיעה באוטונומיה רלוונטי גם לנזקים שאינם קשורים כלל להמתה. לכן, לדעתי, במקרים מסוימים שבהם העמידה במקום יצרה את הנזק נשוא העבירה או עודדה ואימצה את רוחו של המבצע העיקרי של העבירה, הרי שניתן להרשיע (בסיוע או בביצוע העבירה העיקרית לפי העניין), גם ללא איתור חובה לפעול, שכן במקרים אלה קיימת חדירה למרחב המוגן של האדם.

3. שני דגמים להיעדר תנועה גופנית

מתוך פסקי הדין שמהם עלה כי הגדרת מעשה ומחדל אינה קשורה בהכרח לעקרון התנועה הגופנית, ניתן לחלץ למעשה שני דגמים להיעדר תנועה גופנית.

דגם ראשון להיעדר תנועה גופנית מתייחס לאי־מניעת נזק. כלומר, קיים מצב שבו האיום כבר קיים והאדם לא זו ולא מנע את הנזק. המקרה הקלסי הוא מקרה של אדם שלא מנע טביעת אדם אחר. כאן האיום של הטביעה קיים ללא כל קשר למציל הפוטנציאלי ומציל זה פשוט נתן לנזק לקרות. במקרים אלו נצריך חובה לפעול במחדל בשל אחד מן הרציונלים שהועלו לעיל.

דגם שני של היעדר תנועה גופנית מתייחס למצב בו לחוסר התזוזה עצמו של האדם היה מימד של פגיעה באדם אחר. כלומר במקרים אלו איננו רואים את העמידה במקום כהנחה לנזק לקרות אלא כיצירת נזק. ניתן לומר כי במצבים מעין אלו, חוסר התנועה זהה למעשה אקטיבי, ובמקרים אלו לא יהא צורך באיתור חובה לפעול.

דגם זה מתחלק לשני סוגים של מקרים:

(1) ציינתי לעיל, כי השופט אגרנט בפסק דין עמר טען, כי כאשר הנוכחות בשעת ביצוע העבירה מעודדת את הנאשם לבצע את העבירה הרי שיש לראות בנוכחות, מעשה פיזי, הגם שלא נעשתה כל תנועה גופנית. הרעיון העומד בבסיס עמדה זו הוא לדעתי, כי לעתים לעמידה במקום יש יסוד של התערבות וקידום העבירה ממש כפי שמעשה לעתים מקדם את העבירה. לעמידה במקום מסוג זה, יש יסוד של יצירת הנזק ולא רק יסוד של אי־מניעה. לעתים, שתיקה של אדם היא עידוד ואימוץ הצד האחר לבצע עבירה, ללא כל צורך בתנועה גופנית. לדעתי, במקרה של צורת התנהגות זו אין צורך בקיום חובה לפעול, שכן הוא לא

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

שונה מבחינה מוסרית ממעשה שגורם לנזק. רייצ'לס⁴⁰ נותן דוגמה לכך. ראובן מבקש ללחוץ יד לשמעון ושמעון, ביודעין, אינו מושיט את ידו חזרה. היעדר הושטת היד מצד שמעון גרמה להיעלבותו של ראובן. במקרה זה שמעון לא עשה כל תנועה גופנית, ובמובן זה הוא לא עשה מעשה. אך אין שוני אמיתי בין מקרה זה למקרה שבו שמעון קילל את ראובן. חוסר הגשת היד זהה, לדעתי, מבחינה מוסרית לקללה המעליבה את שמעון. (2) דוגמה נוספת לעמידה במקום שמשמעותה מבחינה מוסרית מעשה, מתייחסת למצב שבו העמידה במקום הייתה חלק מן האיום. למשל, מצב שבו א' עומד להיתקל בב' וב' מודע לכך ומחליט שלא לזוז ממקומו. אם ב' היה זז ממקומו, א' לא היה נתקל בב' והיה ניצל. במקרה זה ב' לא זז ממקומו וכתוצאה מכך א' מת. מקרה זה שונה לדעתי ממקרה שבו ב' ראה את א' טובע ולא עשה דבר, שכן במקרה כזה האיום היה קיים אף ללא ב'. כאן ב' היה חלק מן האיום. אף במקרים מעין אלו, לדעתי, לא נצריך חובה לפעול הגם שמדובר במצב בו הפועל לא ביצע תנועה גופנית.⁴¹

עמדה זו, עולה, כמובן, בקנה אחד עם עמדתו של פלטרש וכן עם תאוריית הפגיעה באוטונומיה שאני הצעתי. כפי שצינתי לעיל, על פי פלטרש הדגש בדרישת המעשה הפלילי מצוי בהשפעה שיש למעשה על הסביבה החברתית של האדם, ולא בהבנה המדעית – ביולוגית של המונח "מעשה" או "מחדל". כלומר, ייתכן שמבחינה ביולוגית מעשה הוא תנועה גופנית של הפועל אך אין לכך כל משמעות בדין הפלילי. לכן לפי פלטרש ההגדרה של מעשה ומחדל אינה כפופה כלל לתנועתו הגופנית של הפועל ועל כן, ייתכנו מקרים שלא יהיו כרוכים בתנועה גופנית, אך לא יצריכו חובה לפעול.

אף תאוריית הפגיעה באוטונומיה שהצעתי, אינה מכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית, שכן גם על פי תאוריה זו אין משמעות להגדרה המדעית של המונח "מעשה". השאלה היא מתי קיימת התערבות במרחב המוגן של האדם, וייתכן שקיימת התערבות גם כאשר אדם עמד ולא הניע את שריריו. כמו כן, ייתכן שלא קיימת התערבות, כאשר אדם הניע את שריריו, ובמקרים מעין אלה, נצריך חובה לפעול כדי להרשיע.

4. פסיקה מוטעית של בתי משפט בניתוח סוגיית מעשה ומחדל

אף אם נניח כי הגדרת מעשה ומחדל לעניין הצורך למצוא חובה לפעול כפופה לעקרון התנועה הגופנית, הרי שקיימים פסקי דין שלא ניתחו את המקרה הבא לפנייהם באופן מדויק. להלן שתי דוגמאות הממחישות נקודה זו.

40 James Rachels, *Killing and Starving to Death*, 54 PHILOSOPHY 159, 166 (1979)
41 העליתי מספר דוגמאות מעין אלו בשם פלטרש. ראו: פרק ב' לעיל (סביב הערות 62-63).
GEORGE P. FLETCHER, *THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN, COMPARATIVE, AND INTERNATIONAL*, 271-272 (2007) וכן:

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

(1) בפסק דין עלי אחמד נ' מדינת ישראל,⁴² התייחס בית המשפט למקרה שבו נהג המערער במשאית, אשר ממנה השתחררו שני אופנים שהיו מורכבים על סרן אחורי בצדה הקדמי של המשאית. אחד מן האופנים עבר בתנופה את מעקה ההפרדה, חדר מבעד לשמשת רכב שעבר שם פגע בנהג והמיתו. שלושה ימים לפני התאונה החליף המערער את הצמיגים בשני האופנים שהשתחררו במוסך לתיקון תקרים. אחרי שהוחלפו הצמיגים אמר בעל המוסך למערער שעליו לחזור ולהדק את הברגים אחרי נסיעתו הראשונה. המערער לא עשה זאת ובית המשפט המחוזי הרשיע אותו, בין היתר, בעבירה של גרימת מוות ברשלנות. השופט טירקל בערעור זיכה את הנאשם מעבירה של גרימת מוות ברשלנות שכן לפיו מדובר היה בגרימת מוות שנוצרה עקב אי-חיזוק הברגים, כלומר עקב מחדל. מכיוון שמדובר במחדל הרי שהיה צורך במציאת חובה לפעול. במקרה זה לא אותרה החובה לפעול ועל כן לא הייתה אפשרות להרשיע את הנאשם. במסגרת פסק דינו מביא השופט טירקל את דבריו של פלר:⁴³

“כאשר מדובר במחדל רשלני, ניתן לעבור לבדיקת התקיימות הרשלנות רק לאחר שמבררים שהייתה מוטלת על האדם חובה לפי דין לפעול באותו עניין מסויים...תנאי מוקדם שבלעדיו מן הנמנע לייחס למחדל את המשמעות המשתווה למשמעותה של התנהגות אקטיבית לעניין היווצרות עבירה פלילית” (ש”ז פלר יסודות בדיני העונשין כרך א 33 (1984)).

לעניות דעתי, הדרך שבה הלך השופט טירקל בדרכו לתוצאה, אינה מדוייקת. במקרה הזה לא מדובר במצב של גרימת מוות במחדל. כאן מדובר במצב שבו על ידי נהיגה של המערער השתחרר אחד האופנים והרג את המנוח. אמנם היה כאן גם מחדל של אי-הידוק האופנים, אך אין זה משנה כלל לצורך הפסיקה. במקרה זה לא היה צורך לבדוק את הפרת החובה (לפחות לא בשל העובדה שמדובר כאן במחדל. כלומר, השאלה האם ניתן היה להרשיע את הנאשם הייתה צריכה לצאת מנקודת מוצא כי מדובר כאן במעשה ואז לבחון האם התקיימו יתר יסודות עבירת גרימת מוות ברשלנות), שכן הנהיגה עצמה היא מעשה. למה הדבר דומה – לחייל שירה בנשק בלא שיבדוק שהנשק נצור וכתוצאה מכך נהרג אדם אחר. במקרה זה בוודאי שלא נאמר כי האדם מת כתוצאה מהמחדל של החייל שירה בלא בדיקת הנשק. כאן האדם מת כתוצאה מהירי, כלומר כתוצאה ממעשהו של החייל. כמובן, שבמקרים שבהם לא ניתן להרשיע בגין המעשה (בשל אי-התקיימות היסוד הנפשי, או בשל אחת מן ההגנות המופיעות בדין הפלילי) הרי שיתכן שניתן יהיה להרשיע בגין המחדל, אך לא זהו המצב כאן.

42 ע”פ 6811/01 עלי אחמד נ' מדינת ישראל, פ”ד נז(1) 26 (2002) (להלן – פרשת עלי אחמד).
43 שם, בעמ’ 33.

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

בהקשר זה ראוי להביא את דבריו של פרופ' קרמניצר שטען כי אם יש מעשה שקדם לו מחדל עדיין יש לראות בהתנהגות, התנהגות אקטיבית. וכך כותב קרמניצר:

"בעל מפעל לעיבוד עורות מוסר לפועליו לעבודות, עורות שלא עברו חיטוי...מדובר בעורות נגועים בנגיף קטלני ומשום שלא חוטאו, נדבקים העובדים בנגיף, ונגרם מותם. במבט ראשון נמשכים לראות במחדל של אי חיטוי העורות את ההתנהגות הרלוונטית. ואולם, ההכרעה הסופית היא דווקא בכיוון ההפוך: מרכז הכובד הוא במסירת העורות הלא מחוטאים. כל עוד היו העורות הלא מחוטאים נעולים במחסן – לא נשקפה מהם סכנה (רלוונטית), מה שיצר את הסיכון היה מסירתם במצב זה לעובדים...העובדה שניתן היה לנטרל אותם לפני כן, והדבר לא נעשה, איננה מכרעת, כשם שהנחת פצצה (או מוקש) או מסירת רעל הם התנהגות אקטיבית, אף כי ניתן היה לנטרלם לפני כן...

הוא הדין במפקד החייב בנקיטת צעדי בטיחות שונים לפני שהוא מאשר קיום תרגיל באש חיה. הוראתו לקיום התרגיל מבלי שננקטו אותם צעדים היא התנהגות אקטיבית; שכן היא שמוציאה את הסכנה מן הכוח אל הפועל.

אלו מקרים בהם יצירת מצב מסוכן בהתנהגות אינה מאבדת את אופייה כהתנהגות אקטיבית משום שקדם לה מחדל של הימנעות מניטרול הסכנה.⁴⁴

כפי שיש להרשיע את בעל מפעל העורות בהתנהגות אקטיבית ואין צורך להרשיעו בגין המחדל, כך במקרה דנן, ניתן היה לנסות להרשיע את הנהג בגין התנהגותו האקטיבית (הנהיגה) בלא צורך באיתור החובה לפעול עקב התנהגותו המחדלית.

נראה שזו הייתה עמדתה של השופטת מרים נאור בפסק הדין. השופטת נאור דחתה את דרך הטיעון של השופט טירקל אשר טען כי אם המשיבה לא הצליחה להרים את הנטל הנדרש להוכחת מקור החובה בנוגע לחיזוק הברגים, הרי שאין צורך לדון בשאלה האם אדם מן היישוב יכול לצפות את ההתרחשות ואת תוצאות התאונה. לפי השופטת נאור אף אם לא מצאנו חובה לפעול הרי שיש לדון בשאלה השנייה. נראה בעיניי (הגם שהיא לא טוענת זאת במפורש), כי לפיה אין מדובר כאן במחדל. מדובר כאן בגרימה במעשה שלווה לה אף

44 ראו, מרדכי קרמניצר ושגב ראם "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר 197, 211-212 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999) (ההדגשות שלי). זוהי גם עמדתו של השופט קדמי. ראו: ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265, 275 (1996); ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.1.2006).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
מחדל, ועל כן אם לא ניתן היה לאתר חובה לפעול ניתן היה להרשיעו בגין מעשהו בהתלווה
כמובן היסוד הנפשי הנדרש.⁴⁵
(2) דוגמה נוספת לדעתי לסיווג לא מדויק של המקרה מופיעה בפסק דין מדינת ישראל
נ' רמי לוי.⁴⁶

במקרה זה הואשם הנאשם, בין היתר, בגין גרימת חבלה בנסיבות מחמירות לפי סעיף
333 לחוק העונשין. במקרה זה עקב מספר מקרי פריצה לחנותו, החליט הנאשם ביחד עם
אחר לארוב לפורצים בחנותו. במשך כמה לילות ישן הנאשם בחנות תוך שהוא נושא על
עצמו אקדח טעון בכדורים. ביום 12.1.1995 הבחין הנאשם בפורצים וניהל אחריהם מרדף.
הנאשם והאחר הצליחו לעצור את הפורצים. הנאשם יצא מהמכונית כשהוא אוזח אקדח
והחל להיאבק באחד הפורצים. תוך כדי מאבק נפלט כדור מהאקדח וגרם לפורץ לחבלה.
הנאשם זוכה בסופו של דבר, אך הנקודה החשובה היא דרך טיעונו של בית המשפט
לזיכוי זה. בית המשפט טען שאם הוא היה מורשע, הרי שההרשעה הייתה מתבססת על
התנהגותו המחדלית של הנאשם.
וכך כותב בית המשפט:

“סבורני כי לא ניתן לייחס לנאשם אף את העבירה של חבלה חמורה
בנסיבות מחמירות. עבירה זו של חבלה חמורה בנסיבות חמורות הנה עבירה

45 ראו: פרשת עלי אחמד, לעיל הערה 42, בעמ' 37-41. לכאורה ניתן לשאול, מדוע חשוב סיווג
ההתנהגות – כמעשה או כמחדל – במקרים של רשלנות, שהרי גם במקרה של רשלנות כמעשה
יש צורך בהפרת חובת זהירות מושגית וקונקרטי, שכן כך ניתחו בתי משפט את עבירת גרם
מוות ברשלנות. ואם כך, הרי בכל מקרה יש למצוא הפרת חובה בין כמעשה ובין כמחדל. על
כך יש להשיב שלוש תשובות אפשריות: (1) ראשית, מבחינה עיונית – אף אם במקרה של
רשלנות כמעשה יש למצוא הפרת חובת זהירות, עדיין הנימוק למציאת חובה לפעול במחדל
נובע מטעמים שונים. (2) שנית, יש הסבורים כי במקרה של רשלנות כמעשה אין צורך לאתר
חובה לפעול. ראו לעניין זה מאמרה של פרופ' מרים גור אריה. מרים גור אריה “העבירה של
גרם מוות ברשלנות, והיחס בינה ובין עוולת הרשלנות” משפטים יב 257 (תשמ"ב). “בהגדירו
את עבירות הרשלנות השונות נתן המחוקק ביטוי להשקפה העקרונית לפיה, בשל חשיבות
הערך שעליו הן מיועדות להגן, מן הראוי להטיל אחריות פלילית גם בגין התנהגות שיצרה
סכנה של פגיעה בערך המוגן שלא במודע אלא מתוך רשלנות. לפיכך, במקרים שבהם יצר
העושה בהתנהגותו סכנה של פגיעה בערך המוגן על-ידי עבירות הרשלנות, השאלה האם ניתן
להטיל עליו אחריות פלילית לאחת מעבירות הרשלנות מותנית בשאלה אם ניתן לייחס לו יסוד
נפשי של רשלנות, ואם יצירת הסכנה היתה בנסיבות המקרה בלתי סבירה. אך אין לה כל נגיעה
לשאלה האם בסוג היחסים שבין העושה ובין הקורבן קיימת בדיני הנזיקין חובת זהירות
מושגית, משום שביחסים אלה מן הראוי להטיל על העושה את המעמסה הכספית בגין הנזק
שנגרם לקורבן”. שם, בעמ' 263. (3) בנוסף, אף אם במקרה של רשלנות כמעשה, יש למצוא
הפרת חובת זהירות, יש הסבורים כי במקרה של התנהגות מחדלית אין להרשיע אם לא ניתן
למצוא חובת זהירות בדין הפלילי.

46 ת"פ (מחוזי י-ם) 193/95 מדינת ישראל נ' לוי (פורסם בנבו, 28.3.1999).

פרק ה: עמדת הפסיקה בנוגע להגדרת מעשה ומחדל

תוצאתית, אשר האיסור שבה הוא שלא לגרום לתוצאה בכל דרך שהיא:
אקטיבית או פאסיבית. כאשר ההתנהגות היא פאסיבית, יש כמובן לאתר
מקור חובה לפעול...ומהי אותה התנהגות מחדלית המיוחסת לנאשם?
נשיאת נשקו כשהוא דרוך וטעון".⁴⁷

כלומר, בית המשפט ראה בהתנהגות הנאשם התנהגות מחדלית ומכיוון שלא אותרה
חובה לפעול הרי שלא ניתן היה להרשיע בגין אותה התנהגות מחדלית.
נראה לדעתי כי בית המשפט נתפס כאן לכדי טעות. אין שום סיבה לטעון כי ההתנהגות
כאן היא מחדלית. העובדה כי הנאשם לא פרק את נשקו אינה סיבה לטעון כי ההתנהגות
הינה מחדלית. נשיאת הנשק כשהוא דרוך וטעון היא מעשה לכל דבר ועניין גם כאשר לא
ברור אם הנאשם הוא שירה בנשק אם לאו.
עצם נשיאת הנשק והמאבק עם הקרבן מהווה מעשה ולא מחדל. רק אם לא ניתן היה
להרשיע בגין המעשים האמורים, (בגין אי התקיימות היסוד הנפשי או בגין הגנות אחרות)
היה צורך לנתח את ההתנהגות המחדלית של הנאשם, אם וככל שהיא התרחשה.⁴⁸

47 שם, בפסקה 10.

48 ראייה לכך כי צריך היה לראות במקרה האמור מעשה ולא מחדל ניתן להביא מע"פ 286/62
סמין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1788 (1963). עובדות המקרה היו כדלקמן:
המערער שימש בתפקיד מנהל מחלקת העבודות הציבוריות במועצת קדימה ובמסגרת זו הוטל
עליו לערוך את הסיידורים לרגל חגיגות יום העצמאות באזור. לצורך כך הורה המערער להניח
ארבעה עמודים, שניים מכל צד אשר מעליהם יתנוססו דגלים וכן הורה המערער למתוח בין
העמודים חבל שימנע את מעבר כלי הרכב הנוסעים בכביש. באותו היום עברה משאית צבאית
ונתקלה בחבל האמור. כתוצאה מכך התמוטטו שני עמודים ואחד מהם פגע בראשו של
המתלונן ופצע אותו קשה. המערער הועמד לדין בגין גרימת חבלה חמורה מכוח סעיף 244
לפקודת החוק הפלילי. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר במחדל שכן המערער נמנע
מלעשות מעשה שחובתו לעשותו בכך שלא דאג שהחבל ימתח בגובה סביר, כך שרכבים יוכלו
לעבור תחתיו. לעומת זאת השופט אגרנט קבע כי מדובר כאן במעשה פוזיטיבי שכן המערער
הורה למתוח את החבל בין שני העמודים באופן שימנע את המעבר של כלי הרכב ובכך הוא
גרם לנזק. ראו שם, בעמ' 1791. כלומר, לפי השופט אגרנט, אין צורך לגשת לקונסטרוקציה
של מחדל שכן במקרה זה עצם ההוראה להניח את החבל בצורה מסוימת מהווה מעשה. כך גם
כאן, עצם נשיאת הנשק כשהוא טעון מהווה מעשה ואין צורך לגשת לקונסטרוקציה של מחדל
בשל העובדה שהמערער לא פרק את נשקו.

פרק ו

סוגי העבירות המחדליות היכולות לשמש כמקור חובה לפעול בעבירות תוצאה

1. מבוא

לאחר שהצגתי את הרציונלים השונים להבחנה בין מעשה לבין מחדל במשפט הפלילי. אעבור לשאלה – מה הן החובות היכולות לספק תשתית להרשעה במחדל בעבירות תוצאה. האם כל חובה המצויה בדין יכולה להוות בסיס להרשעה במחדל בעבירות תוצאה או שמא רק חובות ספציפיות וייחודיות יכולות להוות בסיס להרשעה במחדל בעבירות תוצאה?¹ לדעתי, קיים קשר רב בין שאלה זו לבין הרציונלים השונים שהוצגו לעיל. בפרק זה אציג שלוש גישות שונות ביחס לשאלה זו. הגישה המרחיבה סבורה כי כל חובה יכולה לספק תשתית להרשעה במחדל בעבירות תוצאה.

הגישה המצמצמת סבורה כי רק חובות מסוימות יכולות לשמש כמקור חובה לצורך הרשעה במחדל בעבירות תוצאה. לפי עמדה זו, החובות הספציפיות צריכות לנוכח מקרבה למקור הנזק או מקרבה לקרבן. גישת הביניים. גישה זו היא גישת ביניים, שכן מחד, היא אינה גורסת שכל הפרת חובה באשר היא מספיקה לצורך הרשעה בעבירת תוצאה, ומאידך, היא אינה גורסת בהכרח שרק חובות ספציפיות יכולות לשמש כמקור חובה לעבירת התוצאה הרלוונטית. השאלה המרכזית לפי גישה זו היא האם מדובר בחובה שיצרה ציפייה שיקיימו אותה? אם התשובה לכך חיובית כי אז החובה יכולה לספק תשתית להרשעה בעבירת התוצאה הרלוונטית, ואם התשובה היא שלילית כי אז החובה אינה יכולה לספק תשתית להרשעה בעבירת התוצאה.

1 לעניין סוגיה זו ראוי להבחין בין שתי שאלות שונות. השאלה הראשונה היא האם חובות שאינן מצויות בדין הפלילי יכולות לספק תשתית להרשעה בעבירות תוצאה? השאלה השנייה היא, אלו סוגי חובות יכולות לספק תשתית להרשעה בעבירות תוצאה (בין אם מדובר בחובות מהדין הפלילי ובין אם מדובר בחובות הנובעות מהדין האזרחי). האם רק סוגי חובות הנשענות על קשר למקור הנזק או לקרבן או שמא גם חובות אחרות?. בפרק זה אני מתייחס בעיקר לשאלה השנייה. בנוגע לשאלה זו ראו מאמרי רוני רוזנברג "על אפשרות ההרשעה בהריגה במחדל – בעקבות פרשת קרפ" (עתיד להתפרסם בכתב העת עלי משפט).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

2. הצגת הבעיה

נניח כי אדם עבר על עבירת מחדל פשוטה. במקרה כזה ניתן להרשיעו בעבירת המחדל הפשוטה ולהענישו בעונש המופיע בעבירה. נניח שהמחדל של אותו אדם גרם לתוצאה מזיקה, המהווה יסוד בעבירת התוצאה שלשם הרשעה בה, כשמדובר במחדל, נדרש שתקיים חובה לפעול. אם העונש על עבירת התוצאה הנדונה חמור מהעונש על עבירת המחדל הפשוטה הנדונה, עשויה להתעורר הטענה כי ראוי להרשיע את הנאשם בעבירת התוצאה ולהענישו בהתאם לעונש הקבוע בה, כאשר מקור החובה לצורך עברת התוצאה יהיה טמון בעברת המחדל הפשוטה. והשאלה היא האם עבירת מחדל פשוטה כזו תשמש תמיד ובהכרח מקור חובה?

לצורך המחשת הבעיה אציין מספר דוגמאות:²

(א) בעל בית קולנוע נמצא בחופשה. מבקר מזדמן בקולנוע מודיע לו בפקס שגלאי העשן המותקן בבית הקולנוע התקלקל. הבעלים אינו עושה דבר, וממשיך בחופשתו אף על פי שצפה (או היה יכול לצפות) את האפשרות שמחדלו עלול לגרום מוות אם תפרוץ שרפה בעת הקרנת סרט. למחרת, בעת הקרנת סרט, פורצת שרפה, ואדם מת בה עקב הקלקול בגלאי העשן. במדינה הנדונה, שהבנייה בעץ נפוצה בה, קיים חוק המחייב התקנת גלאי עשן והקפדה תמידית על תקינותו. הפרת חוק זה גוררת עונש מקסימלי של שנת מאסר. האם נרשיע את בעל בית הקולנוע במקרה הנדון בעברת ההריגה (אם צפה את אפשרות המוות) או בגרם מוות ברשלנות (אם הייתה צפייה בכוח של המוות), תוך שימוש, כמקור חובה, בחוק הנ"ל הקובע עבירת מחדל פשוטה שעונשה המקסימלי הוא שנת מאסר?

(ב) חוק לא תעמוד על דם רעך קובע כי פלוני, שלנגד עיניו נמצא אדם בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו עקב אירוע פתאומי, והוא יכול להושיט עזרה לאתו אדם מבלי להסתכן או לסכן את זולתו ואינו עושה כן, עובר עבירה שדינה קנס. נניח שפלוני עבר במודע את העבירה הנדונה. נניח גם שהוא צפה את האפשרות שחוסר המעש שלו יגרום מוות או חבלה חמורה, וכך אכן אירע. האם נרשיע אותו בעבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, או (אם נגרמה חבלה חמורה) בעבירה של גרימת חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, תוך שימוש בעבירה שלפי החוק הנ"ל כמקור חובה?

(ג) סעיף 262 לחוק העונשין קובע כי מוטלת על אדם, היודע כי פלוני זומם לעשות פשע, חובה למנוע את ביצוע הפשע. נניח כי אלמוני יודע כי חברו עומד לרצוח אדם אחר ואלמוני יכול למנוע את הרצח על ידי הודעה למשטרה, אך הוא אינו עושה כן. בשל כך אדם

2 חלק מן הדוגמאות מופיעות במאמרו של קוגלר. ראו: יצחק קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות – גרימה בגין התנהגות מחדלית?" מחקרי משפט כ 379, 380-381 (2004).

פרק 1: סוגי העבירות המחדליות היכולות לשמש כמקור חובה לפעול בעבירות תוצאה זה מת. האם ניתן להרשיע את אלמוני בעבירת הרצח או ההריגה תוך שימוש בעבירה של אי־מניעת פשע כמקור חובה?

3. העמדה המרחיבה

קוגלר תומך בעמדה כי כל עבירת מחדל פשוטה יכולה לשמש כמקור חובה לצורך עבירת הגרימה הרלוונטית. עמדה זו עולה כאמור בקנה אחד עם הגישה הסוברת כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נעוצה בעקרון החירות. וכך מציין קוגלר במאמרו:

"הסיבה לצורך בקיום 'חובה לפעול', בהקשר של מחדל, בעברות־הגרימה היא הצורך לאפשר לאנשים חירות לנהל את חייהם הרגילים ללא הפרעה מצד המערכת המשפטית. במקרה שקיימת בו עברת־מחדל פשוטה כבר הכריע המחוקק ששיקול החירות נדחה במקרים הנכנסים לגדר העברה, והאזרח נדרש לפעול. לפיכך, אם נגרמה התוצאה הרלוונטית, ניתן להרשיע בעברת־הגרימה. ניטול למשל את עברת ההריגה. בתחומי עברה זו נכללים כל האנשים שגרמו, במעשה או במחדל, למות של אדם והיתה להם מחשבה פלילית. במקרה של מחדל נדרשת חובה לפעול. אם דרישה זו נובעת משיקול החירות, אזי ברגע ששיקול זה נופל, ניתן להרשיע בעברת ההריגה.

...

הטענה היא שדרישת החובה לפעול, במקרה של מחדל, נובעת משיקול החירות, ושבמקרה של מחדל הנכנס לגדרה של עברת־מחדל פשוטה כבר הכריע המחוקק שיש לפעול. במקרה כזה נעלם ההבדל בין מעשה למחדל וניתן להרשיע בעברת־הגרימה הנידונה. כפי שכל מעשה שגרם לתוצאה הנידונה מספיק להרשעה בעברה הנידונה, כך צריך להיות הדין ביחס לכל מחדל (שבהקשרו הוכרע כי שיקול החירות נדחה) שגרם לתוצאה הנידונה".³

כלומר, כל הנימוק להבדל בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה נובע מהפגיעה בחירות הפעולה של האדם. כאשר מדובר במקרה שבו קיימת כבר עבירת מחדל הרי שקבע המחוקק ששיקול החירות אינו מהווה בעיה (בדרך כלל מכיוון שהמחוקק מצמצם את מספר המקרים שבהם נדרש האדם לבצע את הפעולה ועל כן אין פגיעה משמעותית בחירות האדם, או שהתכלית של עבירת המחדל הפשוטה עולה על הפגיעה בחירות שיש בה). לכן

3 שם, בעמ' 382-383 (ההדגשות שלי). לעניין עמדות מרחיבות נוספות ראו: C.M.V .CLARKSON AND H.M. KEATING, CRIMINAL LAW: TEXT AND MATERIALS 111 (1998).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה

אם נגרמה התוצאה הרלוונטית כתוצאה מעברת המחדל, הרי שלא אמור להיות שוני מבחינת חומרת ההתנהגות בין מעשה שגרם לתוצאה המזיקה לבין המחדל שגרם לתוצאה המזיקה. שיקול החירות אף תומך בעמדה כי חובה לפעול המופיעה בחיקוק לבר-פלילי תהא תנאי מספיק להכרה בחובה לפעול לצורך עברת הגרימה הרלוונטית. לפי טיעון זה, דרישת החובה לפעול בעבירות תוצאה נובעת משיקול החירות, ובמקרה שבו יש חיקוק אזרחי המחייב לפעול, הרי שהמחוקק כבר הכריע ששיקול החירות נדחה, ולפיכך אין עוד מקום להבחנה בין מעשה למחדל.⁴

אשוורת' שתומך אף הוא בגישת החירות כמבחינה בין הרשעה בגין מעשה לבין הרשעה בגין מחדל⁵, טוען כי אין מניעה להרשיע ברצח גם אדם שעבר על חוק "השומרונני הטוב" או אדם שעבר עבירה של אי-מניעת פשע (סעיף 262 לחוק העונשין) בכפוף לכך שהוכח היסוד הנפשי הרלוונטי לעבירה.

"At least three general duties have now been proposed on the basis of a social responsibility approach to the criminal law—the duty to assist those in peril, the duty to take reasonable steps towards law enforcement... If a person deliberately breaches such a duty, knowing that the consequence is virtually certain to be the death of another person, should liability for murder be a possibility? This is a stern test for adherents of the social responsibility view. For example, should the police officer in Dytham have been liable for murder if it were proved that he realized at the time that the victim was virtually certain to die or suffer serious injury if he made no effort to enforce the law? Should this be dismissed as a grotesque example of constructive liability, or accepted as a fair parallel

4 קוגלר, לעיל הערה 2, בעמ' 404. זוהי גם העמדה של ה-Model Penal Code הקובע בסעיף 2.01(3)(b) כי ההרשעה בעבירת גרימה מותנית בכך שהחובה לפעול היא "imposed by law". נראה כי ה-Model Penal Code לא עורך הבחנה בין חיקוק פלילי לבין חיקוק לבר-פלילי לצורך ההרשעה בעבירות גרימה שנעברו במחדל. עמדה זו מקובלת גם על ידי פרופ' פלר. על פיו: "אין כל מניעה לייבא מתחומים נורמטיביים אקסטרא פליליים – שתחום הנזיקין הוא רק אחד מהם – חובות לפעול אשר הפרתן תהא בגדר מחדל שעשוי להוות רכיב התנהגותי של כל עבירה של המתת אדם, ולא רק של עבירה של גרימת מוות ברשלנות, ושל כל עבירה של "גרימה", ולא דווקא של המתת אדם". מכאן שלפי פרופ' פלר ניתן לייבא חובה לפעול גם מתחום לבר-פלילי כגון מדיני הנזיקין או החוזים. כמו כן, לעמדה התומכת בכך שגם חיקוק לבר-פלילי יכול לשמש כחובה לפעול בעבירות גרימה ראו: רע"פ 7519/97 שכטר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 663 (1998). יש לציין כי בסופו של דיון בפסק דין זה בית המשפט לא נדרש לחובה מחוץ לדין הפלילי ועל כן השאיר את השאלה בצריך עיון, אך ברור מדבריו כי הוא מצדד בגישה זו.

5 ראו: ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 46, 110 (2006).

פרק ו: סוגי העבירות המחדליות היכולות לשמש כמקור חובה לפעול בעבירות תוצאה

to the liability of the parent in *Gibbins and Proctor* for the murder of the child by failing to provide food? *The answer should be to accept the fair parallel, and to denounce to attempt to regard this as a form of constructive liability. It is no constructive because conviction for murder still requires the full mental element for that crime...So long as the duties are clearly set out, so as to achieve fair warning to citizens, there is no objection to using the duties as one step in the construction of a murder conviction in cases where intention is also proved.*"⁶

עמדה זו עולה בקנה אחד אף עם עמדתו של פיינברג אשר טען כי אין הבחנה מוסרית בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לאותו נזק, וכל הצורך באיתור חובה לפעול במחדל נובע מבעיית התיאום. על פי פיינברג כאמור, אם לא היינו מצריכים לאתר חובה לפעול במחדל, והיינו מחייבים את כל האזרחים למנוע נזק כל אימת שהם יכולים הרי שהיה נגרם בזכות אדיר של משאבים (שכן אנשים רבים היו מנסים להציל בלא שיהא בכך כל צורך) והייתה נגרמת בעיה של צדק (חלק יצילו וחלק לא).

לפי עמדה זו, ניתן למשל להרשיע בעבירת הרצח, ההריגה או גרם מות ברשלנות (תלוי ביסוד הנפשי של הפועל) עקב אי-מילוי החובות הקבועות בחוק "לא תעמוד על דם רעך",

6 ראו: Andrew Ashworth, *The Scope of Criminal Liability for Omissions*, 105 L.Q.R. 424. (1989) 457. אשוורת' מדגיש כי לעתים תיתכן בעיה בהוכחת הקשר הסיבתי בין המחדל לבין התוצאה הנדרשת בעבירה. למשל, לא ברור אם ניתן להוכיח קשר סיבתי בין היעדר ההתערבות של השוטר לבין מות הקרבן. עם זאת, ברור כי לענייננו זוהי שאלה צדדית, שכן השאלה היא האם באופן עקרוני ניתן להרשיע אדם בעבירת רצח אם הוא עבר על עבירה כגון אי-מניעת פשע. התשובה של אשוורת' לשאלה זו היא כאמור חיובית. אשוורת' סבור כי ניתן להרשיע ברצח או בהריגה גם במקרים שבהם הופרה התחייבות חוזית וכתוצאה מכך אדם מת. עם זאת, הוא טוען כי לא ניתן להרשיע ברצח או בהריגה בגין כל הפרת התחייבות. לפיו יש לחלק בין שני סוגים של התחייבות. אם ההתחייבות הייתה לצורך שמירה על הגוף של האדם כי אז הפרה של התחייבות מעין זו עלולה לגרום הרשעה בעבירת הרצח. לעומת זאת, אם ההתחייבות לא הייתה לצורך שמירה על הגוף (למשל ההתחייבות של א' כלפי ב' שהוא יבוא וישטוף את ביתו כל יום. בשל הפרת התחייבות זו, אדם מת), כי אז, הפרת ההתחייבות לא יכולה לגרום הרשעה ברצח.

"The essence of the duty in these cases is closely linked to the prevention of harm. In *Pittwood* this was the very point of employing...in both types of case the dire consequences of failing to fulfill the duty were obvious: this is not to suggest that the mental element for murder does not have to be proved, but rather to make the point that the duty itself should have been known to be a serious one, different entirely from a contract to do the aunts washing or to supply the railway with paint."

שם, בעמ' 455.

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
שכן היות שנקבעה חובה לפעול הפורשת עצמה על מספר מוגבל של אנשים וסיטואציות,
הרי שלא קיימת כל בעיה של תיאום.

*"I am therefore unimpressed with the moral significance claim. Where minimal effort is required of a Samaritan there seems to be no morally significant difference between his allowing an imperiled person to suffer severe harm and his causing that harm by direct action, other things (intention, motive) being the same."*⁷

4. העמדה המצמצמת

בניגוד לעמדה זו, יש הטוענים (יובאו להלן) שלא כל עבירת מחדל פשוטה יכולה להיות "מוקפצת" לעבירת גרימה רלוונטית. למשל, יש הטוענים כי אם אזרח לא ביצע את הפעולות המוטלות עליו מכוח חוק "לא תעמוד על דם רעך" וכתוצאה מכך אדם מת, הרי שלא ניתן יהיה להרשיע אותו בהריגה אף אם התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לעבירת ההריגה. או למשל, אם אדם לא מילא את חובתו מכוח סעיף "אי מניעת פשע" (סעיף 262 לחוק העונשין) ואדם מת כתוצאה מכך, לא ניתן יהיה להרשיעו בגין עברת ההריגה. על פי גישה זו, אחריות לתוצאה יש לייחס רק למי שיש לו קשר ייחודי לנזק על ידי קרבה למקור הנזק או לקרבן עצמו, ולא למי שמוטלת עליו אחריות כללית להציל בשל היקלעותו למקום הסכנה באופן אקראי. לכן, ניתן להרשיע אב בהריגה או בגרם מוות ברשלנות אם הוא לא שמר על בנו מלרוץ לכביש, שכן במקרה זה ניתן לייחס לאב קשר ייחודי לנזק מפאת קרבתו לקרבן עצמו.

זאת עמדתו של פרופ' קרמניצר:

"הצורך להתנות את האחריות על מחדל בהפרה חובה ספציפית דווקא נעוץ ב'חולשתו' היחסית של המחדל לעומת ההתנהגות האקטיבית: הן מבחינת האנרגיה האנטי חברתית, הנחישות לבצע עבירה (ועזות המצח והמסוכנות המתבטאות בכך), העובדה שאין מדובר ביצירת הסיכון שהיא אם כל חטאת, וההבדלים בין מעשה למחדל בהקשרים של גרימה ושליטה. מה שעשוי לכפר על חולשה זו הוא חובה לפעול, שמקורה בזיקה מיוחדת, ולא חובה כללית המוטלת על הכל ואשר קמה עקב היקלעות אקראית ותמימה למצב הדברים. יש הבדל ברור בין חובה כללית כזו לבין, למשל, חובה מכוח תפקיד, שעשויה להפוך את המחדל לשווה ערך למעשה: אין הבדל

7 ראו: JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 171 (1984) (ההדגשות שלי).

פרק 1: סוגי העבירות המחדליות היכולות לשמש כמקור חובה לפעול בעבירות תוצאה

גדול בין השארת הדלת פתוחה (על ידי סוהר או שומר) לבין מסירת מפתח על ידי בעל תפקיד לאחר...

ראוי לשאול מה דינן של חובות 'עשה' כלליות, המוטלות על כולי עלמא כמו חובת הצלה או חובה למנוע פשע. ברור כי המפר חובה כזו, מתחייב בעבירה המיוחדת המטילה אותה. שאלה לגמרי אחרת היא, האם בהצטרף יסוד נפשי מתאים, של מודעות ביחס לאפשרות התרחשות התוצאה, ראוי יהיה לייחס לו אחריות גם לעבירת תוצאה שהיסוד ההתנהגותי שלה אינו מוגדר (גרימת מוות, גרימת חבלה או גרימת נזק לרכוש). התשובה הראויה, לדעתי, היא שלילית. אחריות לתוצאה מן הדין ליחס רק למי שמוטלת עליו חובה מכוח זיקה מיוחדת... ולא על מי שהוטלה עליו חובה כללית מכוח היקלעותו האקראית למצב דברים שבו מוטלת חובה כזו. יש הבדל ברור ומובהק בין החדל מכוח חובה כללית לבין החדל מכוח זיקה מיוחדת, כשם שיש הבדל ניכר בין החדל מכוח חובה כללית לבין המתנהג באופן אקטיבי. הכללתם בקטיגוריה אחת היא טיפול שווה במקרים שונים, ויש בה משום החמרת יתר כלפי החדל בניגוד לחובה כללית.⁸

עמדה דומה מביע השופט חשין בפסק דין וייצמן:

"הנה-כיי-כן, כהוראת סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 'חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לא-ל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו'. כיוצא בחובה זו היא החובה הקבועה בסעיף 262 לחוק העונשין, ולפיה 'מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים'. והנה, גם חובה אחת גם חובה אחרת השתיים באותו בגדרי המושג 'חובה לפי כל דין' שבסעיף 18(ג) לחוק העונשין. האם די בכך כדי לצרפן למועדון אותן חובות ההופכות הימנעות מעשייה למחדל בר-ענישה כהוראת סעיף 18(ג) לחוק העונשין?

8 ראו: מרדכי קרמניצר ושגב ראם "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר 197, 219-218 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999) (ההדגשות שלי). נראה כי העמדה שלא ניתן להרשיע בהריגה בשל הפרת חוק לא תעמוד על דם רעך עולה גם מהנאמר ב: J.C. SMITH AND B.: HOGAN, CRIMINAL LAW 74 (2008); W.R. LAFAVE AND A.W. SCOTT, CRIMINAL LAW 212 (1986).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
תשובתי לשאלה היא בשלילה. לדעתי, לא כל חובה הקבועה בכל דין שהוא
עשויה לשמש מקור חובה כשר לעניינו של סעיף 18(ג) לחוק העונשין. לו
אחרת אמרנו, דומני שהיינו מרחיקים לכת במאוד, וללא כל הצדק ראוי.
אכן, לקבלת כרטיס כניסה אל מועדון החובות הקבועות בסעיף 18(ג) לחוק
העונשין אין די לה לחובה כי תיקבע בדין, כך על דרך הסתם.⁹

יש לציין, כי אף הדין הגרמני קובע כי לא כל חיקוק המטיל חובה לפעול יכול לספק את
דרישת החובה בעבירות תוצאה. על פי הדין הגרמני כדי להרשיע אדם בעבירת תוצאה בגין
התנהגות מחדלית יש צורך שהחובה שהופרה תהא חובה משמעותית מבחינה מוסרית.
במקרה שאין מדובר בחובה משמעותית אזי לא ניתן יהיה להרשיע בעבירות הגרימה. ואכן
פלטשר מציין כי לפי הדין הגרמני הפרת חובה של מתן עזרה לזר אינה יכולה לשמש כמקור
חובה לצורך הרשעה בעבירות תוצאה.¹⁰

על מה למעשה נשענת המחלוקת בין העמדה המצמצמת לעמדה המרחיבה? נראה
שהמחלוקת נשענת בעיקר על הרציונל המבחיין בין מעשה שגרם למוות לבין מחדל שגרם
למוות. לפי פיינברג, היות שמלכתחילה אין הבחנה מוסרית בין מעשה לבין מחדל, וכל
הצורך בחובה לפעול נובע מבעיית התיאום (שאינה מצביעה כלל על הבחנה מוסרית בין
מעשה לבין מחדל) הרי שברור שאם אדם עבר עבירה מחדלית ואדם מת כתוצאה מכך, ניתן
להרשיעו בעבירת התוצאה הרלוונטית. כמו כן, לפי אשוורת' וקוגלר, היות שההבדל שבין
מעשה לבין מחדל מושגת על תאוריית חירות הפעולה של הפועל, אזי, במקרים שבהם קבע
המחוקק ששיקול החירות אינו רלוונטי הרי שלא צריך להיות כל הבדל בין מעשה לבין
מחדל. מובן שבדרך כלל מבחינה אמפירית מלווה למעשה יסוד נפשי גבוה יותר מאשר
המחדל, ועל כן בדרך כלל גרימה במעשה תהא חמורה יותר מבחינה מוסרית מגרימה
מחדלית, אך עדיין כאשר כל שאר התנאים שווים, לא אמור להיות הבדל משמעותי בין
גרימה במעשה לבין גרימה במחדל.

לעומת זאת, קרמניצר מדגיש היבטים נוספים ההופכים את המעשה לחמור יותר
מהמחדל. לפיו, במעשה מתקיים קשר סיבתי ואילו במחדל הקשר הסיבתי לא מתקיים או

9 ראו, רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187, 216 (2002).

10 התרגום של הדין הגרמני הוא כך: "Omission as Commission (1) Whoever fails to prevent a harm which is part of the constituent elements of a crime may be punished under this Code only if he was under a legal duty to prevent the harm, and if his failure to act was equivalent to an affirmative act for purposes of establishing the statutorily defined THE AMERICAN SERIES של 28 כרך מתוך 28 של constituent elements of the crime". התרגום לקוח מתוך 28 של THE AMERICAN SERIES של 28 כרך מתוך 28 של constituent elements of the crime". התרגום לקוח מתוך 28 של THE AMERICAN SERIES של 28 כרך מתוך 28 של constituent elements of the crime". התרגום לקוח מתוך 28 של THE AMERICAN SERIES של 28 כרך מתוך 28 של constituent elements of the crime". התרגום לקוח מתוך 28 של THE AMERICAN SERIES של 28 כרך מתוך 28 של constituent elements of the crime".
OF FOREIGN PENAL CODES 13. ראו גם דיון אצל קוגלר, לעיל הערה 2, בעמ' 401-402, הערה 32.

פרק ו: סוגי העבירות המחדליות היכולות לשמש כמקור חובה לפעול בעבירות תוצאה למצער הוא עקיף יותר. קרמניצר מציין כאמור את העובדה כי העושה האקטיבי שולט במהלך העניינים ובהתרחשות העבריינית שליטה שאינה דומה לחדל, וכן מידת המחויבות והנחישות לגרימת התוצאה גדולה יותר כאשר מדובר במעשה אקטיבי לעומת מחדל. ומכאן שהחובה לפעול לפי קרמניצר, נועדה לפתור את החולשה המוסרית של המחדל לעומת המעשה (בין היתר בשל הדברים שצינתי לעיל). לכן, לפיו, רק חובה "חזקה" הנובעת מקשר למקור הנזק או לקרבן, יכולה לגשר על הפער המוסרי שבין מעשה למחדל. לעומת זאת, חובה "חלשה", כדוגמת חובה הנובעת מחוק "לא תעמוד על דם רעך", או מכוח סעיף "אי מניעת פשע" שאינה מבוססת על קשר יחודי של הפועל למקור הנזק או לקרבן, לא תוכל לגשר על החולשה המוסרית של המחדל.

5. עמדת הביניים

אף לפי פלטר והונורה שטענו כי גם מחדל יכול לגרום לתוצאה כאשר הוא חרג מהנורמה או מהרוטינה המקובלת, או כאשר הוא חרג מהציפייה שהייתה לנו, עדיין ניתן לומר שלא כל חובה יוצרת רוטינה או נורמה מקובלת ולא כל חובה יוצרת ציפייה. ניתן לומר שאב שלא האכיל את בנו חרג מן הנורמה המקובלת, אך אדם שלא הציל אדם אחר, לא חרג מהנורמה המקובלת ועל כן עדיין לא מתקיים קשר סיבתי בין היעדר הפעולה שלו לבין מות האדם. הגישה המיוחסת לפלטר והונורה היא גישת ביניים. מחד, היא אינה גורסת שכל הפרת חובה באשר היא מספיקה כדי להרשיע אדם בעבירת הגרימה הרלוונטית, ומאידך, היא אינה גורסת בהכרח שרק עבירות מחדל מסוימות יכולות לשמש כמקור חובה לעבירת הגרימה הרלוונטית. התשובה לשאלה האם חובה ספציפית יכולה לשמש כמקור חובה לצורך הרשעה בעבירת גרימה תהיה תלויה בנסיבות העניין. אם מדובר בחובה שיצרה ציפייה, אזי חובה זו יכולה לשמש כמקור חובה לפעול, שכן אי-ביצוע החובה יצר קשר סיבתי לתוצאה. לעומת זאת, אם מדובר בחובה שטרם יצרה ציפייה לפעולה, אזי אי-ביצוע החובה עדיין לא יצר את הקשר הסיבתי לתוצאה. וכך מציין פלטר בספרו:

"This emphasis on the normal and the expected injects criteria of convention into the perception of causation. If smoke alarms in the home are highly unusual, we could hardly explain the death of the children in a home fire by saying that the family did not have a smoke alarm... Yet if every other house in the city has an alarm, we might well explain the death of the children by pointing to the absence of an alarm that could have saved their lives. *The rule of convention means that what was not a*

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השונים – הלכה למעשה
*cause yesterday might become a cause tomorrow. And what was formerly
a cause might cease to be more than a necessary condition.*¹¹

לפי גישה זו ייתכן שחובה הנובעת מחוק "לא תעמוד על דם רעך" במצבים או בזמנים מסוימים לא תוכל לשמש כמקור חובה לפעול ביחס לעבירות תוצאה, שכן חובה זו לא יצרה את הציפייה הדרושה כדי שהמפר אותה ייחשב כגורם של הנזק, ובמצבים או בזמנים אחרים היא כן תוכל לשמש כמקור חובה, אם במצבים או בזמנים אלה, היא אכן יצרה את הציפייה הדרושה כדי שהמפר אותה ייחשב כסיבה לנזק.

11 ראו: GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 70 (1998) (ההדגשות שלי). ראו לעניין זה גם רוזנברג, לעיל הערה 1.

פרק ז

הבדלים ברמת הענישה בין מעשה לבין מחדל

1. מבוא

לרציונלים השונים המבחינים בין מעשה לבין מחדל, יש השלכה לא רק לעצם היכולת להרשיע בעבירות תוצאה אלא אף לגבי רמת הענישה במקרים שבהם קיימת חובה ספציפית לפעול.

השאלה היא האם צריך להיות הבדל ברמת הענישה בין מקרה שבו מעשה גרם לנזק לבין מקרה שבו אדם הפר חובה ספציפית לפעול ונגרם נזק כתוצאה מכך? למשל, מקרה שבו מציל נמנע מלהגיש עזרה לאדם הטובע בים. מקרה זה, לכולי עלמא, נכנס בגדר החובות היכולות לשמש כמקור חובה לצורך הרשעה בעבירות תוצאה בכלל וגרימת מוות בפרט. עם זאת, האם הענישה צריכה להיות קלה יותר ממעשה שגרם למוות או שמא זהה למעשה שגרם למוות?

לכאורה, התשובה תלויה בשאלה האם ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נשענת על רציונל מוסרי או על רציונל משפטי? אם ההבחנה נשענת על רציונל משפטי ולא מוסרי, אזי, לכאורה לא אמור להיות הבדל ברמת הענישה, שכן החובה לפעול פתרה את הבעיה המשפטית וגישרה לחלוטין על הפער שבין מעשה לבין מחדל. לעומת זאת, אם ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נשענת על הבחנה המוסרית הרי שיתכן שהחובה הספציפית לפעול, יצרה מצב שבו ניתן להרשיע בעבירת תוצאה, אך עדיין קיים פער מוסרי בין גרימה במעשה לבין גרימה במחדל.

נוכח חלוקה זו, ניתן למצוא שלוש גישות מרכזיות המתייחסות לרמת הענישה במחדל. מן הקצה האחד ניתן למצוא את הגישה הקובעת כי כאשר אותרה החובה לפעול הרי שאין כל הבחנה גם ברמת הענישה בין מעשה לבין מחדל. מן הקצה השני ניתן למצוא את הגישה הקובעת כי אף כאשר אותרה החובה לפעול הרי שצריכה להיות הבחנה גם ברמת הענישה בין מעשה לבין מחדל. בין שתי גישות אלו ניתן למצוא את הגישה הקובעת כי ישנם מחדלים שראוי להעניש במידה זהה למעשים, וישנם מחדלים שראוי להעניש במידה פחות ממעשים.

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השווים – הלכה למעשה

2. העמדה המשווה ברמת הענישה

א. העמדות הנשענות על רציונל משפטי – העמדה של פיינברג כדגם

כפי שציינתי לעיל, על פי פיינברג הצורך להבחין בין מעשה לבין מחדל אינו נובע מהבחנה מוסרית אלא נובע מבעיית התיאום. בשל כך, לא צריך להיות הבדל בין מעשה לבין מחדל בנוגע לרמת הענישה. פיינברג טען כאמור כי אם היינו מחייבים כל אדם למנוע נזק אזי היה נגרם בזבזו אדיר של משאבים וכן הייתה נגרמת בעיה של צדק. החובה לפעול פותרת את בעיית התיאום בין האנשים. לכן, אם אדם הפר חובה ספציפית לפעול ונגרם נזק, העונש צריך להיות זהה למקרה שבו מעשה גרם לנזק שכן לא נותר דבר שיבחין בין מעשה לבין מחדל.¹

כפי שציטטתי לעיל,² על פי פיינברג, אין הבחנה מוסרית בין אזרח שהפר את חובתו מכוח חוק "לא תעמוד על דם רעך" או מכוח חוק "השומרני הטוב" ואדם מת כתוצאה מכך, לבין אזרח שהרג אדם אחר. אם כך הם פני הדברים בנוגע לחובה בין שני אנשים זרים, קל וחומר שהדין יהא זהה למקרים שבו מדובר בחובה הנובעת מכוח התפקיד או בחובה הנובעת מקרבה בין הפועל לבין קרבן. למשל, בין אב לבין בן או בין מציל לבין אדם הטובע בים.

כלומר, לפי פיינברג נראה שלא צריך להיות הבדל ברמת הענישה בין מעשה לבין מחדל. עמדה זו משקפת לכאורה את עמדתם של אלו הטוענים כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל נשענת על רציונל משפטי ולא מוסרי. לפי עמדות אלו, כאשר אותרה החובה לפעול היכולה לספק תשתית לעבירת התוצאה, הרי שלא קיים הבדל בין גרימה במעשה לבין גרימה במחדל, ומשכך, לא צריכה להיות הבחנה ברמת הענישה.

ב. רציונל החירות – העמדה של אשוורת'

עמדה דומה עולה אף מטיעון החירות שהועלה לעיל. הנימוק לצורך בקיום "חובה לפעול" בהקשר של מחדל בעבירות תוצאה הוא הצורך לאפשר לאנשים חירות לנהל את חייהם הרגילים ללא הפרעה מצד המערכת המשפטית. במקרה שקיימת בו עבירת מחדל פשוטה הרי שכבר הכריע המחוקק ששיקול החירות נדחה במקרים הנכנסים לגדר העבירה והאזרח נדרש לפעול. לפיכך, אם נגרמה התוצאה הרלוונטית ניתן להרשיע בעבירת התוצאה. לאור זאת ניתן לומר שאם השיקול הבלעדי הוא שיקול החירות, אזי גם הענישה לא צריכה להיות

1 ראו: Joel Feinberg, HARM TO OTHERS: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 169-171 (1984).

2 ראו בפרק ג' לעיל.

פרק ז: הבדלים ברמת הענישה בין מעשה ובין מחדל
שונה. אם שיקול החירות נדחה אזי קיימת שקילות מוחלטת בין גרימה במעשה לבין גרימה
במחדל ועל כן רמת הענישה צריכה להיות זהה.³
נראה שזוהי עמדתו של אשוורת':

“The general principle in criminal law should be that omissions liability should be possible if a duty is established, because in those circumstances there is no fundamental moral distinction between failing to perform an act with foreseen bad consequences and performing the act with identical foreseen bad consequences.”⁴

כלומר לפי אשוורת', כאשר קיימת חובה לפעול אין כל הבחנה מוסרית בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לנזק. מכאן עולה, כי לא אמור להיות ברמת הענישה בין מעשה לבין מחדל.

3. העמדה המבחינה ברמת הענישה

א. רציונל הסיבתיות – העמדה המכניסטית של מור

מור המבסס את ההבחנה המשפטית על הבחנה סיבתית חדה בין מעשה לבין מחדל (במובן זה שמחדל לעולם לא יכול לגרום לתוצאה מסוימת) טוען כי יש לערוך הבחנה גם במידת הענישה. על פיו היות שמחדל אינו יכול לגרום לנזק הרי שהוא תמיד פחות חמור ממעשה שגרם לאותו נזק.

“There is also another legality worry about the present criminalization of certain omissions, which stems from the metaphysical fact that an omission to save, even when a death ensues, is not a killing... Not only are omissions to save not killings, but acts that are killing are the more serious moral wrong, even when saving is obligatory... *Such status would attach lesser penalties to omission to save than to active killing, a lesser*

3 יש לציין, כי גישה זו תואמת את גישת החירות שהצגתי לפי טרמל וקוגלר. אולם לפי גרסת החירות של פיצג'רלד הקובע כי איסור על מעשה פוגע פחות בחירות אדם מאיסור על מחדל שכן איסור על מעשה מונע פעולה אחת, אך מאפשר הרבה פעולות אחרות, ואילו איסור על מחדל מונע אינסוף פעולות למעט אחת, עדיין ייתכן הבדל ברמת הענישה בין מעשה שגרם לנזק לבין מחדל שגרם לאותו נזק.

4 ראו: Andrew Ashworth, *The Scope of Criminal Liability for Omissions*, 105 L.Q.R. 424, 458 (1989).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השווים – הלכה למעשה
*punishment juries and judges now typically give anyway but without
statutory guidance or authorization.*"⁵

וכן:

"We do much more wrong when we kill than when we fail to save, even
when such failure violates a positive duty to prevent death."⁶

ב. רציונל הזכאות – העמדה של קם

ההבחנה ברמת הענישה בין המתה במעשה לבין המתה במחדל עולה גם מעמדתה של קם. על פי קם כאמור, המתה חמורה מבחינה מוסרית מהנחה למות שכן בהמתה הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות לו באופן עצמאי מהפועל, ואילו במקרה של הנחה למות, הקרבן מאבד חיים שיכולים היו להיות רק כתוצאה מהפועל. קם טוענת שהבחנה מוסרית זו נכונה גם למקרים שבהם לפועל הייתה חובה להציל את הקרבן.

"Within the class of aiding behaviors which we compare with negative duties not to interfere, there are (1) acts that we decide we have no duty to perform, (2) acts that we decide we have a duty to perform even without a contractual obligation, and (3) acts that we decide we have a duty to perform due to contractual obligations... *the claim that negative duties are stricter than positive duties need not be merely the claim that there are no comparable positive duties. It may also be that the duties in categories (2) and (3) are not as stringent, even though the presence of a duty implies that we are not fully entitled relative to another to what we have independently of her, and may be subject to a claim for efforts on her behalf. Although we are not entitled to keep from her what we have*

Michael S. Moore, *More on Act and Crime*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 5
1749, 1794-1795 (1994) (ההדגשות שלי).

6 ראו: MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATION FOR CRIMINAL LAW 58 (1993). זו לכאורה גם גישתו של פלטר על אף העמדה השונה שהוא מחזיק בה מבחינה סיבתית. לפי פלטר אמנם מחדלים יכולים לגרום לתוצאה כאשר המחדל חרג מן הציפייה של החברה לעשות מעשה מסוים. עם זאת, עדיין קיים שוני בין הנחה למות לבין המתה. בהמתה הפועל יצר את הנזק ופגע בחירותו של האדם. מה שאין כן בהנחה למות. עובדה זו, לכאורה, אמורה ליצור שינוי גם ברמת הענישה, אף שפלטר אינו אומר זאת במפורש. ראו: GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 67 (1998).

פרק ז: הברלים ברמת הענישה בין מעשה ובין מחדל

independently of her, it may be that denying her our efforts is less bad than interfering with what she has independently of us.”⁷

כלומר לפי קם, קיימת הבחנה מוסרית בין המתה לבין הנחה למות גם כאשר הופרה החובה לפעול, שכן עדיין, כאשר מדובר בהנחה למות (אף שמדובר בחובה של הפועל לפעול) הקרבן מאבד רק חיים שיכולים היו להיות לו כתוצאה מהעזרה של הפועל. לעומת זאת, בהמתה הקרבן מאבד חיים שיכולים להיות לו רק כתוצאה מהעזרה של הפועל. מכיוון שקיימת הבחנה מוסרית במקרים אלה, ניתן להסיק, כי רמת הענישה צריכה להיות שונה בין המתה לבין הנחה למות גם כאשר מדובר בהפרה של חובה ספציפית לפעול.

4. עמדת הביניים – העמדה המבחינה ברמת הענישה בין חובות מסוימות

א. רציונל הסיבתיות של הונורה'

ציינתי לעיל, כי אף הונורה' נשען על הבחנה סיבתית אולם הבחנה זו שונה מזו של מור. על פיו כאשר קיימת חובה ספציפית לפעול וחובה זו יצרה ציפייה לפעול, אם האזרח לא פעל ונוצר נזק, הרי שהוא גרם לנזק. לפי עמדה זו, במקרים מסוימים, לא אמור להיות הבדל ברמת הענישה בין מחדל לבין מעשה, שכן גם במקרה שבו האדם הפר חובה ספציפית לפעול כאשר חובה זו יצרה ציפייה, הרי שהוא הגורם לנזק בדיוק כמו גרימה במעשה. ואכן, הונורה' טוען כי אב שלא האכיל את ילדו צריך להיענש באותה רמת חומרה כפי שאב שהמית את ילדו במעשה היה נענש.

“If the distinct duties theory is right, positive acts are on a level, or nearly on a level, with omissions in contexts where the person concerned—the agent as he may be called—is under a distinct duty like that of parent to child. It then makes little or no difference whether the agent breaks his duty by a positive act or an omission. Beating and starving one’s child are equally culpable when the harm to the child is equal (say, comparable suffering culminating in death).”⁸

על אף האמור לעיל, הונורה' עורך הבחנה בתוך עבירות המחדל עצמן. קרי, ישנן עבירות מחדל אשר הענישה בגינן צריכה להיות זהה לענישה בגין מעשה, ולעומת זאת, ישנן עבירות מחדל, אשר הענישה בגינן אינה צריכה להיות זהה לענישה בגין מעשה.

7 ראו: F.M.Kamm, *Action, Omission, and the Stringency of Duties*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1493, 1496-1497 (1994) (ההדגשות שלי).

8 .TONY HONORE', RESPONSIBILITY AND FAULT 44 (1999)

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השווים – הלכה למעשה

“On the distinct duty theory, distinct duties are stronger than the background duties we owe to everyone and take priority over them. Moreover, distinct duties can have varying strengths among them-selves. Though both the parent and the householder have distinct duties, a parent's duty to a child may be stronger than a householder's to a visitor. It may have a higher priority and require more of the person subject to it.”⁹

כלומר לפי הונורה, אמנם קיימות עבירות מחדליות אשר יכולות לשמש כמקור חובה לעבירות תוצאה, אך הענישה בגין הפרת כל חובה וחובה יכולה להיות שונה. הפרת חובת האב להאכיל את בנו (ואשר כתוצאה ממנה מת הבן) צריכה לגרור ענישה זהה להמתת הבן באמצעות מעשה. לעומת זאת, הפרת חובה של בעל מקרקעין על הנעשה בשטחו, אינה צריכה לגרור ענישה זהה למעשה, שכן החובה המוסרית של אב כלפי הבן היא גדולה יותר מאשר החובה המוסרית של בעל מקרקעין כלפי הנכנסים בשטחו.

ניתן לשלב בין התאוריה של הונורה ביחס לסיבתיות לבין עמדתו כאן ביחס לענישה השונה, אף שהוא עצמו אינו עושה כן במפורש. כפי שציינתי לעיל, על פי הונורה קשר סיבתי (לכל הפחות בנוגע למחדלים) נמדד במידת הציפייה שיש לחברה מן הפועל לבצע פעולה מסוימת וברוטניה שנוצרה כתוצאה מכך. כאשר קיימת ציפייה מן הפועל לבצע פעולה מסוימת והפועל נמנע מלבצע פעולה זו והתרחש נזק, הרי שקיימת חריגה מהנורמלי והסביר מהרוטניה המקובלת ובמקרה זה אנו טוענים כי הפועל גרם לנזק. ובמלים אחרות, מחדלו של הפועל לא היה רק תנאי הכרחי לנזק אלא הסיבה העיקרית לנזק. לאור זאת ניתן לומר, כי קשר סיבתי, על פי הונורה מצוי על ספקטרום. הקשר הסיבתי נמדד על פי מידת המושרשות של הרוטניה שנוצרה על ידי הציפייה כלפי הפועל לבצע פעולה מסוימת. ככל שהציפייה כלפי הפועל לבצע פעולה מסוימת יצרה רוטניה מושרשת יותר בחברה, כי אז הקשר הסיבתי שנגרם כתוצאה מן המחדל הוא הדוק יותר. וכן להיפך. אם הציפייה כלפי הפועל יצרה רוטניה פחות מושרשת כי אז הקשר הסיבתי חלש יותר.

מכאן, ניתן ליתן הסבר עמוק יותר להבחנה בין החובה של האב כלפי הבן לבין חובת בעל המקרקעין כלפי הנכנסים לשטחו. כיוון שהחובה המוסרית של האב כלפי הבן היא גדולה יותר, הציפייה של החברה שהאב יעזור לבן היא גדולה יותר והרוטניה שנוצרה כתוצאה מכך היא מושרשת יותר. נוכח זאת, הקשר הסיבתי בין היעדר פעולת האב לבין הנזק שנגרם לבן, הוא הדוק ביותר. לעומת זאת, הרוטניה שנוצרה לגבי חובת בעל המקרקעין כלפי הנכנסים לשטחו היא חלשה יותר ועל כן הקשר הסיבתי בין היעדר הפעולה של בעל המקרקעין לבין הנזק הוא חלש יותר.

9 שם (ההדגשות שלי).

פרק ז: הבדלים ברמת הענישה בין מעשה ובין מחדל

ב. רציונל הדומיננטיות – העמדה של קרמניצר

אף קרמניצר עורך הבחנה בין החובות בנוגע לרמת הענישה. על פיו, באופן עקרוני, רמת הענישה בגין מחדלים צריכה להיות שונה מרמת הענישה בגין מעשים שגרמו לאותה תוצאה, זאת בשל ההבדלים העקרוניים הקיימים בין מעשה למחדל.

“האם המעשה והמחדל הם שווי-ערך מבחינת חומרתם, ולכן גם מבחינת העונש הראוי בגינם? התשובה לכך היא שלילית. היחס המשפטי השונה מתבקש ממספר גורמים קשורים: השוני במידה בה פוגעת כל התנהגות (אקטיבית ופאסיבית) בחברה, הנטל שמטילות הנורמות השונות (צו 'עשה' וצו 'אל תעשה') על הפרט, והפער בחומרה בין המעשה והמחדל.”¹⁰

וכן:

“שנית, כאשר יש הצדקה לאיסור, ובהתקיים חובה בדין לעשייה, הפרתה היא התנהגות עבריינית, עדיין קיים הבדל של ממש בינה לבין עשייה אקטיבית. לכן, נקודת המוצא לראות בהתנהגות במחדל נסיבה מקילה, הנתונה לשיקול דעת, וזאת כדי לתת ביטוי לאבחנה האמורה בין גרימה במעשה לבין גרימה במחדל, ולהביא, ככלל, להקלה בפועל בענישת המחדל, למעט המקרים של מחדל מסוג מיוחד בהם משמעותו החברתית של המחדל כעשייה אינה מצדיקה הקלה בענישתו.”¹¹

עם זאת, על פי קרמניצר ישנם מחדלים שהענישה בגינם צריכה להיות זהה למעשים. על פיו, יש לחלק בין “המחדל רגיל המתבטא באי התערבות כאשר זו דרושה על מנת להחזיר על כנו מצב קודם של סדר חברתי שהופר, ולהפסיק התפתחות מסוכנת שמקורה במעשה אחר, לבין מצבים בהם חובת העשייה נועדה להבטיח את עצם הפעילות התקינה בתחום חיים מוגדר ובלעדי החובה אין קיום לאותה פעילות, כגון קיום המין האנושי או תנועת הרכבות. כאשר המחדל הוא הפרה של חובה מן הסוג השני משמעותו החברתית היא כשל עשייה אקטיבית.”¹²

לכן לפי קרמניצר הרעבת ילד על ידי הוריו או אי-החלפת פסי רכבת במסילה יכולה להוביל לענישה דומה למעשה. לעומת זאת, נראה לפי קרמניצר שבמקרה שבו מציל לא הציל אדם הטובע בים, ענישת המציל צריכה להיות פחותה מאשר ענישת אדם שהרג באמצעות מעשה אקטיבי.

10 ראו: מרדכי קרמניצר ושגב ראם “המחדל בדין העונשין” ספר תמיר 197, 199 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999).

11 שם, בעמ' 205-206.

12 שם, בעמ' 204-205.

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השווים – הלכה למעשה

ג. רציונל הפגיעה באוטונומית הפרט והחברה

גם על פי תאוריית הפגיעה באוטונומיה שאני הצעתי, ניתן לומר כי קיים צורך להבדיל ברמת הענישה לפחות לגבי חלק מן החובות. טענתי, כי המתה חמורה מהנחה למות בשל האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על המתה אל מול האינטרסים העומדים בבסיס האיסור על הנחה למות. עם זאת, ציינתי כי קיימים כללים מסוימים המחייבים לפעול, אשר אם הם לא יקוימו תישחק מאוד האוטונומיה של האדם ושל החברה, שכן חברה ללא שיתוף פעולה כלל היא חברה שלא יכולה להתפתח ולהתקדם. אך הפרת הכלל הזה אינה משתווה להפרת הכלל האוסר על המתה. לכן, ברור כי רמת הענישה במקרה של המתה צריכה להיות גבוהה יותר מרמת הענישה במקרה של הנחה למות גם כאשר מדובר בהפרה של חובה ספציפית לפעול (עם זיקה ספציפית). עם זאת, גם לפי הרציונל שהעליתי ייתכנו חובות שהפרתן צריכה להוביל לרמת ענישה זהה להמתה במעשה, כגון הפרת האב להאכיל את בנו, שכן אם כולם לא יקוימו חובות אלו, החברה עצמה לא תוכל להתקיים, עובדה הדומה להמתה במעשה.

פרק ח

הבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות

1. מבוא

בפרק האחרון אדון בהבחנה שיש לדעתי לערוך בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות בכל הנוגע לצורך באיתור חובה לפעול במחדל. במסגרת זו אטען כי נוכח מרבית הרציונלים שהועלו בפרקים הקודמים להבחנה בין מעשה לבין מחדל, הרי שהצורך באיתור חובה לפעול במחדל עולה בעיקר בנוגע לעבירות תוצאה ולא לעבירות התנהגות. לאחר עריכת ההבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות כאמור, איישם תוכנה זו על מספר פסקי דין שעסקו בעבירות התנהגות (האחד בעבירת מעשה מגונה, השני בשיבוש הליכי משפט והשלישי בעבירת האינוס). במסגרת זו אראה כי, נוכח הרציונלים המבחינים בין מעשה לבין מחדל, בית המשפט לא צריך היה לאתר חובה לפעול בכדי להרשיע שכן המדובר בעבירות התנהגות ולא בעבירות תוצאה. ויצוין, כי אינני טוען כי זוהי עמדת המשפט הישראלי כיום, שכן כפי שציינתי במבוא לספר זה, על פי הדין הפלילי כיום, ההבחנה בין מעשה לבין מחדל קיימת הן ביחס לעבירות תוצאה, הן ביחס לעבירות התנהגות. טענתי היא, כי מבחינת הדין הרצוי יש לשקול באם יש צורך באיתור חובה לפעול בעבירות התנהגות בניגוד לעבירות תוצאה.

2. הבחנה רוחבית בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות

ציינתי לעיל, כי המחוקק לא ערך הבחנה בין סוגי העבירות בכל הנוגע להבחנה שבין מעשה לבין מחדל. כלומר הן בעבירות תוצאה, הן בעבירות התנהגות יש צורך באיתור חובה לפעול במקרים של מחדל (הן במקרים של סיוע לעבירה לפחות לפי חלק מן הדעות). האם אכן, אין צורך להבחין בין סוגי העבירות השונות בכל הנוגע לאיתור החובה לפעול במחדל? או במילים אחרות, האם אין צורך להבחין בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות בכל הנוגע לאיתור חובה לפעול במחדל?

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השווים – הלכה למעשה

הבעיות במחדל בעבירות התנהגות¹

בעבירות התנהגות קיים קושי בסיסי המתייחס למחדל, שכן בדרך כלל מחדל לא נכנס מבחינה מושגית להגדרת העבירה. למשל, ספק אם ניתן להכניס את מחדל למקרים של גניבה או אונס.² אך נניח שהיינו מתגברים על הבעיה המושגית ואף מחדל יכול להיכנס לגדר העבירה. האם יהיה צורך באיתור חובה לפעול במחדל? אינני משוכנע בכך. להלן דוגמה שתבהיר את השאלה. ראובן יושב וממתין לרופא. הוא פושט רגליו קדימה. לפתע הוא רואה את שמעון רץ לעברו. ראובן יודע ששמעון אינו רואה את רגליו ואם הוא יתקל בהן הוא ייפול. ראובן יכול להזיז את רגליו, אך אינו עושה כן. כתוצאה מכך שמעון נתקל בו ונופל. נניח כי מקרה זה יכול להיכנס מבחינה מושגית לעבירת התקיפה המצויה בסעיף 379 לחוק העונשין. האם נצריך לאתר חובה לפעול בכדי להרשיע את ראובן בתקיפה? תשובה לשאלה זו תלויה, לכאורה, ברציונלים שהעמדנו להבחנה בין מעשה לבין מחדל.

רציונל החירות – ציינתי לעיל, את עמדתם של טרמל וקוגלר הטוענים כי ההבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה נעוזה בפגיעה בחירות הפעולה של האזרח בשל שני תנאים מצטברים: ראשית, באיסור על מעשה, כל שנדרש מן האזרח הוא להימנע מלבצע מעשה ספציפי, אך יש באפשרותו לבצע אין סוף מעשים אחרים. לעומת זאת, כאשר מחייבים אדם לבצע פעולה מסוימת על מנת למנוע נזק מסוים, הרי שניתנת לו האפשרות לבצע מעשה ספציפי אחד, אך בשלב זה נמנעת ממנו האפשרות לבצע פעולות רבות אחרות. שנית, הצורך למנוע נזק בכלל ומוות בפרט הוא צורך המתחדש כל הזמן.

לעומת עבירת תוצאה, במקרה של עבירת מחדל פשוטה, נראה שהפגיעה בחירות האזרח אינה רבה, על אף העובדה שהדרישה היא לבצע מעשה מסוים אשר מונע מן האדם לעשות פעולות רבות אחרות, שכן צורך זה אינו מתחדש כל הזמן. לכן, טוען קוגלר כי עבירה על סעיף 263 לחוק העונשין (שהיא עבירת מחדל פשוטה) העוסקת בין השאר במי שנצטווה כדין מפי עובד ציבורי לעזור במעצרו של אדם אינה פוגעת בחירות של האדם. עצם הגבלת העבירה למקרה כזה, מגבילה מראש את היקף המקרים שבו אדם עשוי להיות מחויב לנטוש

1 אינני מתייחס כאן לעבירות מחדל פשוטות שאף הן עבירות התנהגות. אני מתייחס לעבירות התנהגות שניתן לעבור אותן הן במעשה הן במחדל. כמו כן, לצורך פרק זה אניח, לשם הבהירות, כי ההגדרה של מעשה ומחדל נעשית בהתאם לעקרון התנועה הגופנית. קרי מעשה הוא תנועה גופנית ואילו מחדל הוא היעדר תנועה גופנית.

2 לעניין אונס במחדל ראו: ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.2.2007). פסק דין זה התייחס למצב שבו הבעילה הראשונה נעשתה בהסכמת האישה ואילו המשך הבעילה נעשה באונס. אחת מטענות המערער הייתה כי מדובר באונס במחדל אשר מצריך חובה לפעול על מנת להרשיע. נראה כי בית המשפט לא הסכים לפרשנות זו וראה בהמשך הבעילה מעשה לכל דבר ועניין. מפסק דין זה עולה כי אכן, אונס במחדל אינו אפשרי מבחינה מושגית.

פרק ח : הבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות

את עיסוקיו ולעזור ועל כן אין כאן פגיעה משמעותית בחירות האדם.³ "כמה פעמים בחיים יעמוד אזרח רגיל בפני מצב שבו יצווה עליו שוטר לעזור במעצר? נראה כי רוב האזרחים לא ייתקלו במצב כזה אפילו פעם אחת בימי חייהם. לכן, אין עבירה זו מערימה מכשול רציני לניהול חיים רגילים."⁴

כפי שעבירת מחדל פשוטה המגבילה את מספר המקרים שבהם יאלץ האזרח לבצע פעולה ולעזור את עיסוקיו, אינה פוגעת בחירות האדם, כך גם מקרי מחדל שנכללים במסגרת עבירות התנהגות אינה פוגעים, לכאורה, בחירותו של האדם. מקרים שבהם נכלל מחדל מבחינה מושגית בעבירת התנהגות כזו או אחרת, הם מקרים שהאדם יצר את הסיטואציה הנכללת בהגדרת העבירה, והוא יכול להחליט האם סיטואציה זו תתרחש פעם נוספת אם לאו. לכן, מקרים אלה הם מעטים מאוד ועל כן הפגיעה בחירות אינה גדולה כלל. במקרים שבהם המחדל נכלל מבחינה מושגית בעבירת ההתנהגות הרלוונטית, מספר המקרים שיידרש ממנו לפעול הוא מצומצם. הסיטואציה שהעליתי לעיל המתייחסת לעבירת התקיפה היא דוגמה לכך. האם קיימת כאן פגיעה בחירות האדם, אם הוא יאלץ להזיז את רגליו הצידה? לדעתי, ודאי שלא. לעומת זאת, במקרים של מחדל בעבירות תוצאה, הרי שהפגיעה בערך המוגן החלה, בדרך כלל, ללא כל קשר לאדם עצמו, ועל כן מספר הפעמים שבהם הוא יידרש לפעול עלול להיות רחב. בעבירות תוצאה, האדם אינו יכול להחליט מתי יהיה אדם שיוזקק להצלה, שכן עובדה זו אינה תלויה בו כלל, מה שאין כן הסיטואציות הנכללות בעבירות התנהגות.

ניקח דוגמה נוספת: עבירת העריקה המצויה בסעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי.⁵ אדם יצא לחופשה מהצבא ולא חזר. נניח שמקרה זה נכנס מבחינה מושגית לגדר עריקה. האם תהיה זו פגיעה בחירות אם נאלץ את החייל לשוב לבסיסו? במקרה זה הפגיעה בחירות אינה משמעותית שכן מדובר במקרה חד פעמי שתלוי רק בחייל עצמו. לא מדובר בחובה המתחדשת כל הזמן ללא קשר לחייל. לעומת זאת מקרים המתייחסים לעבירות תוצאה (מקרי מוות למשל) הפגיעה בחירות נוצרת כתוצאה מכך שהסיטואציה יכולה להתחדש כל הזמן ללא קשר למציל הפוטנציאלי.

לכן, לפי עמדה זו, אין זה מחייב שתהיה הבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירת התנהגות.⁶

3 ראו: יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 216 (2003).

4 שם, בעמ' 218-219, הערה 32.

5 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171.

6 לכאורה ניתן היה להקשות ולשאול על ההבחנה שאני עורך בין עבירות התנהגות לבין עבירות תוצאה את השאלה הבאה: בדוגמה של התקיפה שהועלתה לעיל, נניח שהקרוב היה נופל וסופג חבלה כי אז מדובר בעבירה תוצאתית ולכאורה במקרה זה נצריך חובה לפעול שכן מדובר כאן במחדל. אם כן מדוע במקרה זה נצריך חובה לפעול ואילו במקרה של עבירת

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השווים – הלכה למעשה

אמנם יש שטענו שבעיית החירות במחדל נובעת רק מן העובדה שבמקרה של עבירת מחדל קובע המחוקק כי עליך לבצע מעשה אחד והוא שולל ממך את כל אפשרויות הפעולה למעט פעולה אחת. לעומת זאת בעבירות "אל תעשה" מונע ממך המחוקק לבצע פעולה אחת, אך מאשר לך אינספור אפשרויות פעולה אחרות.⁷ אם נקבל טיעון זה, הרי שהגיבוי להבחין בין מעשה לבין מחדל גם בעבירות התנהגות. אולם, על טיעון זה נמתחה ביקורת קשה מצד הרבה משפטנים, שכן, ראשית, אם מדובר בסיטואציה שאפשרות התרחשותה אינה גדולה ואינה מתחדשת, הרי שהפגיעה בחירות לא גדולה. שנית, הפגיעה בחירות תלויה במושא הדרישה. כלומר, אם מונעים מאדם לעשות, זוהי פגיעה קשה בחירות. ולעומת זאת, אם קובעים כי על אדם לעזור לשוטר באופן חד-פעמי, זוהי לא פגיעה קשה בחירות.⁸ (1) אם הרציונל הוא רציונל הסיבתיות – כך שהטעם לצורך בחובה ספציפית לפעול במחדל נובע מן העובדה שבמחדל לא מתקיים קשר סיבתי, הרי שבעבירות התנהגות רציונל זה אינו רלוונטי כלל, שכן קשר סיבתי אינו אחד מן היסודות בעבירות מסוג זה. ועל כן כאשר מחדל נכנס מבחינה מושגית לגדר עבירת ההתנהגות אזי ניתן לכאורה להרשיע גם ללא חובה לפעול.⁹

(2) אם הרציונל מתבסס על כך שמעשה הופך את העולם לרע יותר ואילו מחדל אינו הופך אותו לטוב יותר כפי שטוען מור, הרי שכפי שציינתי, מור הסתמך על תאוריה סיבתית הגורסת כי מחדל אינו יכול לשנות את מצב הדברים בעולם לעומת מעשה. אולם, אם בעבירת התנהגות אין צורך כלל בקשר סיבתי או בשינוי מצב דברים, הרי שגם כאן לכאורה לא אמור להיות הבדל בין מעשה למחדל.

(3) אף לפי הפגיעה באוטונומיה שאותו הצעתי – המתייחס לעובדה שהאיסור בגין גרימת מוות במעשה חמור יותר שכן האינטרסים עליהם מגן האיסור רחבים מהאינטרסים עליהם מגן האיסור בגין גרימת מוות במחדל, הרי שבמקרה שבו המחדל נכנס לגדר

התנהגות לא נצריך חובה לפעול? אני סבור כי ניתן לענות על שאלה זו. ניתן לומר כי אכן לפי רציונל החירות, בסיטואציה הספציפית כאן, לא נצריך לאתר חובה מיוחדת לפעול כדי להרשיע גם בעבירה התוצאתית של גרימת חבלה. הדרישה להסרת הסיכון במקרה של יצירת סיכון אינה פוגעת באופן משמעותי בחירות האדם. אמנם במרבית עבירות התוצאה נצריך לאתר חובה לפעול שכן ללא איתור חובה לפעול האדם לא יוכל לנהל את חייו הרגילים שכן מדובר בדרישה תדירה. אולם כאן כמות הפעמים שהוא יידרש לפעול היא חד-פעמית. לעומת זאת אם נבחן את הרציונל הסיבתי ייתכן שנצריך לאתר חובה לפעול, שכן בניגוד לעבירות התנהגות, אחד מן היסודות בעבירות התוצאה הוא הקשר הסיבתי. וכפי שציינתי לעיל, לפי חלק מן הרציונלים של סיבתיות, החובה לפעול מהווה תחליף לקשר הסיבתי.

7 P.J. Fitzgerald, *Acting and Refraining*, 27 ANALYSIS 133 (1967)

8 George P. Fletcher, *On The Moral of Irrelevance of Bodily Movements*, 142 UNIV. OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1443, 1451 (1994). כמו כן ראו: קוגלר, לעיל הערה 3, בעמ' 218, הערה 32.

9 בהקשר לרציונל הסיבתיות בעבירות התנהגות ראו גם: פרק ה' הערה 36.

פרק ח: הבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות

ההתנהגות האסורה, ייתכן שלא יהיה הבדל מבחינת החומרה המוסרית. מאוד ייתכן שבמקרים מעין אלה, למחדל יש מימד של התערבות במרחב המוגן של האדם. לכן ייתכן שגם בהתאם לרציונל הפגיעה באוטונומיה, לא אמור להיות הבדל בין מעשה לבין מחדל בנוגע לעבירות התנהגות.

(4) אם הרציונל נובע מכך שאם נרשיע במקרה של מחדל גם ללא חובה לפעול, הרי שיהיה קשה לשים את האצבע על אשם כלשהו כפי שטוען פלטר, הרי שכאן בעיה זו לא קיימת. במקרה של עבירת התנהגות במחדל, ברור לכל מיהו החדל ועל כן לא תהיה בעיה להרשיעו. הבעיה קיימת אך ורק בעבירת תוצאה, שכן הרבה אנשים יכלו להציל ולא עשו זאת.

(5) אם הרציונל נובע מבעיית התיאום, אף כאן בעיה זו אינה קיימת במקרה של עבירת התנהגות. כפי שציינתי לעיל, בעיית התיאום נוצרת בעקבות בעיית היעילות ובעיית הצדק. בעיית היעילות מושתתת על כך שמשאבים רבים ירדו לטמיון שכן אנשים רבים יבזבזו את זמנם כדי לעזור לאנשים. ובעיית הצדק נוצרת כאשר חלק מהאנשים עוזרים וחלק לא. כאן בעיות אלה לא קיימות שכן מדובר באדם הספציפי שעובר את עבירת ההתנהגות והוא היחיד שיכול למנוע עבירה זו. לא קיימת כאן, לכאורה, לא בעיה של יעילות ולא בעיה של צדק.

לאור האמור לעיל, ולנוכח הרציונלים השונים המתייחסים להבחנה בין מעשה לבין מחדל בעבירות תוצאה, אין זה ברור כלל באם קיים צורך באיתור חובה לפעול בעבירות התנהגות.

3. יישום העמדה שהוצגה מתוך פסקי הדין

כדי להסביר את עמדתי אתיחס לשלושה פסקי דין תוך שאני מתמקד בעיקר בתאוריית החירות.

(1) הדוגמה הראשונה מתייחסת לפסק דין שהוזכר על ידי לעיל: פלוני נ' מדינת ישראל¹⁰. במסגרת פסק דין זה, התייחס בית המשפט, בין היתר, למעשים המגונים שביצע המערער בנערה ח' (סעיף 348א) לחוק העונשין). המערער טען, בין היתר, כי חלק מן המעשים המיניים שבגינם הוא הורשע בוצעו על ידי ח' בגופו ללא התנגדותו. טענתו הייתה כי הוא רק "נתן לה" לעשות אותם. כלומר, המערער טען שאין כאן מעשה אלא רק מחדל ועל כן אין להרשיעו בגין עברת המעשה המגונה. השופט רובינשטיין דן בטענה זו וציין בסופו של דבר כי אין מדובר במחדל אלא במעשה שכן המערער אכן הניע את גופו. השאלה היא האם היה צורך לדון בכך? עבירת המעשה המגונה היא עבירת התנהגות. נניח כי המערער לא הניע את גופו ועדיין מקרה זה נכנס מבחינה מושגית למעשה מגונה. האם קיים

10 ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.5.2006).

שער שני: עמדת הפסיקה ויישומם של הרציונלים השווים – הלכה למעשה

צורך באיתור חובה לפעול בכדי להרשיע את ב' בעבירת המעשה המגונה? אם נתייחס למשל לתאורית החירות, איזו פגיעה בחירות קיימת כאן? הרי כל שנדרש מן המערער הוא להפסיק את פעולותיה של ח'. דרישה זו היא גם קלה וגם לא תדירה. היא מתייחסת אך ורק לסיטואציה הזו או לסיטואציות נוספות זהות שיתכן שיקרו למערער, אך ודאי שכמות מקרים אלה אינה גדולה. בניגוד לסיטואציות המהוות בסיס לעבירות תוצאה היכולות להתרחש ללא קשר למערער והן יכולות להתרחש באופן תדיר ואף פתאומי, סיטואציות בעבירות התנהגות במחדל אינן גדולות ועל כן אין פגיעה משמעותית בחירות. אם נחייב אדם להציל כל אימת שהוא יכול לעשות כן, הרי שדרישה זו תפגע באופן משמעותי בחירות האדם שכן קיימים מקרים רבים בהם אנשים מצויים בסכנת חיים. אך אם היה כלל המחייב אדם להתנגד לפעולות דוגמת הפעולות של ח', איזו פגיעה בחירות קיימת כאן? לכן, לא ברור כלל באם רצוי להבחין בין מעשה לבין מחדל גם בהקשרים של עבירות התנהגות. במילים אחרות, בעבירות התנהגות, מן ההיבט של הפגיעה בחירות, הדרישה להימנע מעשייה והדרישה לבצע מעשה מסוים אינן שונות מהותית.

(2) הדוגמה השנייה מתייחסת לפסק דין מחרבי נ' מדינת ישראל.¹¹ הערעור התייחס להרשעתו של המערער בעבירה של שיבוש הליכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין. המערער החליף חלקי נשק עם חברו שהיה מעורב בהריגת אדם. בשעת החלפת חלק הנשק לא חשד המערער כי החלפת הנשק נועדה לעזור לחברו לחמוק מעונש. אולם, זמן קצר לאחר מכן, הוא הבין זאת ולא עשה דבר על מנת לידע את המשטרה על אודות חלקי הנשק המוחלפים. בית המשפט קבע כי בהחזקת חלקי הנשק היה משום הסתרת ראיות. כמו כן, קבע בית המשפט כי מדובר במעשה ולא במחדל שכן מדובר בהסתרה.¹² אמנם מפסק הדין עולה כי אם היה מדובר במחדל לא היה ניתן להרשיע את המערער שכן סעיף 244 נוקט בלשון מעשה. אולם, נניח כי ניתן היה להרשיע במחדל, האם היה צורך למצוא חובה ספציפית לפעול כדי להרשיע את המערער? לדעתי לא. חובת דיווח למשטרה במקרים כגון אלו לא הייתה פוגעת בחירותו של האזרח, שכן כמות הפעמים שהוא היה נקלע לסיטואציה מעין זו היא מזערית (בניגוד לעבירות תוצאה). לכן, היות שברור שמדובר באינטרס מוגן, אין כל סיבה שלא נרשיע אדם בסיטואציה כזו אף אם אין חובה ספציפית לפעול.

(3) ציינתי לעיל כי ככל הנראה עבירת האינוס הקבועה בסעיף 345 לחוק העונשין אינה יכולה להתבצע במחדל. כך עולה לכאורה גם מפסק דין מדינת ישראל נ' פלוני¹³ אשר התייחס למצב שבו הבעילה הראשונה נעשתה בהסכמת האישה ואילו המשך הבעילה נעשה

11 ע"פ 867/85 מחרבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 802 (1988).

12 נראה ברור, (למצער לתאורית התנועה הגופנית) כי הנימוק של בית המשפט לכך שמדובר במעשה אינו מדויק. בית המשפט קבע כי מדובר במעשה שכן מדובר בהסתרה. אך הקביעה האם מדובר במעשה או במחדל אינה קשורה לשפה היומיומית שלנו אלא להתנהגות עצמה.

13 ראו: מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל הערה 2, שם.

פרק ח: הבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות

באונס. אחת מטענות המערער הייתה כי מדובר באונס במחדל אשר מצריך חובה לפעול על מנת להרשיע. נראה כאמור, כי בית המשפט לא הסכים לפרשנות זו וראה בהמשך הבעילה מעשה לכל דבר ועניין (ראו דיון קצר בפרק זה לעיל בהערה 2). אולם, נניח כי בית המשפט היה מסכים כי לאחר הבעילה הראשונה שנעשתה בהסכמה, לא נעשתה כל פעולה גופנית מצד המערער, וכן כי מבחינה מושגית בעילת אישה יכולה להתבצע גם ללא פעולה גופנית. האם היה צורך באיתור חובה לפעול? קרי, האם היה צורך באיתור חובה המחייבת את המערער להפסיק את הבעילה? לדעתי לא. לפי תאוריית החירות, הנימוק לצורך באיתור חובה לפעול במחדל נובע מהפגיעה בחירותו של הפועל אם היינו מחייבים כל אזרח להפסיק את פעילותו כדי למנוע נזקים מסוימים. אולם, במקרה דנן, אין פגיעה משמעותית בחירות של האזרח, שכן כמות הפעמים שבהם היה האדם נקלע לסיטואציה מעין זו היא מזערית, ולפיכך אין צורך באיתור חובה לפעול במקרים אלו. קביעה זו נכונה גם לגבי יתר הרציונלים האחרים. כך למשל, הרציונל הסיבתי, לכאורה, אינו רלוונטי כאן שכן מדובר בעבירת התנהגות ולא תוצאה. וכן לפי הרציונל הפגיעה באוטונומיה שהצעתי לעיל, קיימת כאן פגיעה במרחב המוגן של האדם אף שבסיטואציה הספציפית אין תנועה גופנית.