

אישום בהריגה של משתתף במרוץ מכוניות: על דרכי השימוש במשפט העברי בבית המשפט העליון

מיכאל ויגודה*

א. פתח דבר

דבר נורא אירע בירושלים באחד מלילות חורף 2008. שלושה עברייני תנועה צעירים נדברו ביניהם לערוך מרוץ מכוניות. צעיר המתחרים, קטיץ כבן 17, נהג במכוניתו ללא רישיון נהיגה וללא ביטוח. שני חבריו נהגו במכונית האחרת. שתי המכוניות שעטו במהירות מסחררת במעלה הכביש העירוני. בסיום המרוץ הטרגי, בלא שנוצר מגע בין המכוניות, איבד נהג המכונית השנייה את השליטה במכוניתו והתנגש בעוצמה אדירה בעמוד תאורה. מן הפגיעה התרוממה המכונית באוויר, פגעה בלוח מודעות והוטחה אל קיר אבנים. שני נוסעיה נהרגו במקום. בבית המשפט המחוזי בירושלים הוגש נגד הנער המנצח בתחרות כתב אישום חמור הכולל סעיף אישום בהריגה.¹

בפסק דינו החליט השופט סולברג לזכות את הנאשם מסעיף אישום חמור זה,² משום שלדעתו לא נתקיים בנסיבות העניין קשר סיבתי משפטי בין ההשתתפות במרוץ ובין התוצאה הקטלנית.³ לדעתו יש להבחין בין מקרה זה ובין פסק הדין המנחה בעניין משחקים מסוכנים, בעניין לורנס,⁴ שבו הורשע אדם בגרימת מוות ברשלנות בגין משחק רולטה רוסית שאירגן ובו מצא אחד המשתתפים את מותו. ושני נימוקים עיקריים עמו להבחין בין המקרים: ברולטה רוסית מהות המשחק היא סיכון חיי אדם (לחיצה על ההדק כשהאקדח מכוון לרקה) בעוד במרוץ מכוניות מהות המשחק היא הגעה ראשון

* ראש היחידה למשפט עברי, משרד המשפטים. ההדגשות בכל המקורות המצוטטים במאמר זה הן שלי.

1 ס' 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).
2 ת"פ (י-ם) 1035/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 25.5.2010) (להלן: ת"פ פלוני).
3 שם, פס' 29-30 ו-49 לפסק דינו של השופט סולברג.
4 ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1 (1994).

לקו הסיום; בתקדים הרולטה הרוסית הפער המעמדי בין הקרבן ליוזם המשחק היה כזה (נער מול קצין בצבא) שהקרבן נחשב למעשה כמי שנעדר יכולת החלטה אוטונומית.

על פסק דין זה הגישה הפרקליטות ערעור לבית המשפט העליון. ואכן, בית המשפט העליון הפך את פסק דינו של השופט סולברג והרשיע את הנער בהריגה,⁵ אם כי רק ברוב דעות. הוסכם על דעת כל השופטים שהוכח קשר סיבתי עובדתי ("הסיבה בלעדיה אין") בין ההשתתפות במרוץ ובין התוצאה הקטלנית (אף שהנאשם לא יזם את המרוץ אלא רק התפתה להשתתף בו), אך נחלקו דעותיהם בשאלה אם בנסיבות המקרה נתקיים גם קשר סיבתי משפטי, לאמור קשר סיבתי שמצדיק הטלת אחריות פלילית בגין הריגה. על כולם מוסכם שזוהי שאלה נורמטיבית שההכרעה בה היא עניין למדיניות משפטית.⁶

לפי דעת הרוב (השופטים ארבל ורובינשטיין) עצם הידיעה של הנאשם שהתחרות עלולה להסתיים במוות, עונה לדרישה של קשר סיבתי משפטי, ועל כן מצאו אותו אשם בהריגה. לעומת זאת, לפי דעת המיעוט (השופט הנדל) העובדה שכל מתחרה פועל באופן חופשי ומחליט באופן אוטונומי להשתתף בתחרות המסוכנת צריכה להוביל למסקנה שבנסיבות העניין לא נתקיים קשר סיבתי משפטי בין פעולת הנאשם והתוצאה הקטלנית, ועל כן זיכה אותו מאשמת הריגה⁷ והסתפק בהרשעתו בעבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה.⁸ הן המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין והן השופט הנדל נדרשו בפסקי דיניהם למשפט העברי, כפי שפורחב להלן.

על פסק דין תקדימי זה הוגשה ונתקבלה בקשה לדיון נוסף שנדונה בפני הרכב של שבעה שופטים.⁹ בדיון הנוסף נהפכה ההלכה שוב, כשכל השופטים לכד מן השופט רובינשטיין פסקו הפעם כמו השופט הנדל שיש לזכות את הנאשם מאשמת הריגה ולהרשיע אותו בעבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה.

לקראת הדיון הנוסף, כתבתי לבקשת הסנגוריה הציבורית חוות דעת על עמדת המשפט העברי בפרשה זו, שבה צידדתי בגישתו של השופט הנדל. חוות הדעת הוגשה לבית המשפט העליון. עיקר עניינו של מאמר זה הוא להציג את חוות הדעת והתייחסות השופטים אליה. הדברים ישמשו הדגמה נוספת לרלוונטיות ולתרומה האפשרית של המקורות היהודיים לדיון בשאלות משפטיות הטעונות הכרעה בבתי המשפט של מדינת ישראל כאן ועכשיו.¹⁰

- 5 ע"פ 335/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.1.2013) (להלן: ע"פ פלוני).
- 6 שם, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל; פס' ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; פס' 1, 7, ו-12 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 7 שם, פס' 8-9 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 8 ס' 332 לחוק העונשין.
- 9 דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015) (להלן: דנ"פ פלוני).
- 10 ראו נחום רקובר המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל (1989) (להלן: רקובר); מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו מקורותיו עקרונותיו 1455 ואילך (1988); יובל

ב. על המשפט הפלילי העברי

בפתח חוות דעתי, הצגתי הבחנה עקרונית מפורסמת על אודות יסודות הדין הפלילי במשפט העברי. כידוע, במשפט הפלילי העברי משמשות בריבויים שתי מערכות ענישה זו לצד זו: "דין תורה" ו"דין המלך".¹¹

"דין תורה" מצטיין בדרישות נוקשות ביותר, הן לעניין הגדרת המעשה הפלילי שניתן להטיל בגינו עונש בבית דין והן לעניין הדרישות הראייתיות (שני עדים, התראה וכיוצא בזה).¹² כך לדוגמה לעניין הגדרת המעשה הפלילי, אין בית דין מעניש אלא בגין מעשה ישיר ולא די אפילו בקשר סיבתי מובהק,¹³ וכפי שפוסק הרמב"ם:¹⁴

כל ההורג חבירו בידו כגון שהכהו בסייף או באבן הממיתה, או שחנקו עד שמת, או שרפו באש, הואיל והרגו מכל מקום הוא בעצמו הרי זה נהרג בבית דין. אבל השוכר הורג להורג את חבירו, או ששלח עבדיו והרגוהו, או שכפת חבירו והניחו לפני הארי וכיוצא בו והרגתו החיה... כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהן מיתת בית דין.

במסגרת זו של "דין תורה" נשקלים אפוא שיקולים פורמליים נוקשים ("קשר סיבתי טהור" בלשונו של השופט הנדל בעניין טואלבו)¹⁵ בלא קשר לתוצאות החברתיות.¹⁶

- סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל (2009). ראו גם את המדור "המשפט העברי בפסיקה" באתר משרד המשפטים, בכתובת: <https://goo.gl/WVSwQU>.
- 11 ראו יעקב משלם גינצבורג משפטים לישראל (התשט"ז); אהרון אנקר עיקרים במשפט הפלילי העברי (2007); אהרון קירשנבאום בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה (2013).
- 12 ראו שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שיא; שם, חלק ג, סימן שצג.
- 13 לפשר דרישה נוקשה זו בהגדרת מעשה העבירה והיקפה, ראו יעקב חבה "דרישת המעשה בעבירת רצח במשפט העברי" דיני ישראל כ-כא 475 (2001).
- 14 משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכות א-ב. אמנם קיים דיון בספרות השו"ת על אודות ההורג על ידי לחש אף שאינו "הורג בידו", כלשון הרמב"ם (ראו המקורות שציטטו במאמר שרן בהלכה ומאגיה אצל Levi Cooper, *Culpability for Curses in Jewish Law and Mystical Lore, in WIZARDS vs. MUGGLES: ESSAYS ON IDENTITY AND THE HARRY POTTER UNIVERSE 168* (Christopher E. Bell ed., 2016) (על המקורות שהובאו יש להוסיף גם את קהלות יעקב, בבא קמא, סימן מה (מהדורה חדשה)); אך יש להבין את המושג "הורג בידו" כהורג באופן ישיר בכוחו הפיזי (כולל על ידי חץ או רובה) ואולי גם בכוחו הרוחני (לחש), להבדיל מן הגורם למות חברו בעקיפין.
- 15 ע"פ 10023/06 טואלבו נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.12.2009). ראו גם ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 5, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 16 לפשר גישה זו, ראו לעיל ה"ש 11 וה"ש 13.

"דין המלך", לעומתו, בא להשלים ולתקן את החללים שמותיר דין התורה, לבל ינצלו אותו פושעים ועבריינים באופן אשר יסכן את הסדר החברתי והביטחון האישי.¹⁷ כך לדוגמה מוסיף וכותב הרמב"ם, בהמשך דבריו:¹⁸

וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרוג אותן בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך, הרי יש להם רשות כפי מה שיראו. הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לחזק הדבר הרי בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה ולאסור אותן במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים שלא יהיה להם הדבר לפוקה ולמכשול לבב ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר.

לשון אחר, כפי שהקדמנו, לצד דין תורה, שעל פיו מצומצמות מאוד אפשרויות הענישה, משמשות מערכות מקבילות – "דין המלך" וענישת בית דין ב"הוראת שעה" – המצוידות בסמכויות חירום להטיל עונשים החורגים מדין תורה, כדי להרתיע עבריינים למען השגת ביטחון אישי.

ברור אפוא במקרה דנן שבדין תורה אין מקום לענישה, מאחר שוודאי לא הייתה כאן הריגה בידיים, כלומר בכוחו הישיר את הנאשם (הלא לא היה מגע בין המכוניות בעת התאונה הקטלנית והמוות נגרם רק בעקיפין בשל השתתפותו במרוץ). אבל מערכת הענישה הפלילית המופעלת על ידי בתי המשפט בישראל יונקת את הצדקתה, מבחינת המשפט העברי, לא ממערכת הענישה של "דין תורה" אלא מזו של "דין המלך" והוראת שעה.¹⁹ והשאלה העומדת לפנינו היא אפוא אם נכון מבחינה זו לראות את הנאשם אשר השתתף במרוץ הקטלני כמי שאשם בהריגה כהגדרתה בסעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977:

הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים.

17 ראו דרשות הר"ן, דרשה יא 303-337 (מהדורה מנוקדת עם תוספת מראי מקום). כן ראו יצחק ברנד "משפט המלך שבדרשת הר"ן – הגות, הלכה ופולמוס" ציון 57, 393 (2010); מיכאל ויגודה "לטיבה של הנהגה מדינית בישראל ולייעודה" פרשת השבוע (פרשת שופטים, התשע"ג).

18 משנה תורה, לעיל ה"ש 14, הלכות ד-ה.

19 ראו אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז 417 (התשנ"א); אליאב שוחטמן "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל" תחומין יג 337 (התשנ"ג).

וליתר דיוק, כפי שהוגדרה השאלה על ידי כל השופטים שדנו בתיק זה; אף שההנחה היא שלולי מעשה ההשתתפות במרוץ לא היה נגרם מותו של אדם, ובמובן זה ברור שהתקיים כאן קשר סיבתי עובדתי בין השניים, השאלה היא אם התקיים גם קשר סיבתי משפטי בין ההשתתפות במרוץ ובין התוצאה הקטלנית, היינו אם נכון להטיל את האחריות לתוצאה הטרגית על מי שנטל חלק במרוץ, עדי הגדרתו כמי שהרג אדם.

ג. האם חובת מניעת סיכון חיי אדם די בה לבסס אישום בהריגה? – ביקורת גישתו של השופט רובינשטיין

ממקורות המשפט העברי עולה שאחריות מוסרית כבדה רובצת על מי שיוצר סיכון הגורם למות אדם, גם אם באופן עקיף, כפי שלמדנו ממצוות מעקה: "כִּי תִבְנֶה בַּיִת חֶדֶשׁ וְעָשִׂיתָ מַעְקָה לַגֵּגֶד וְלֹא תִשִּׂים דְּמַיִם בְּבֵיתְךָ כִּי יִפֹּל הַנֶּפֶל מִמֶּנּוּ" (דברים כב, ח). השופט רובינשטיין מבקש למצוא כאן מקור השראה לפסיקתו המחמירה שלפיה נכון להאשים בהריגה את מי שנטל חלק במרוץ מכוניות מסוכן שבו מצא חברו את מותו. וזו תמצית דבריו:

אפשר להקיש נושא זה במידת מה לחובת המעקה במשפט העברי... לא למותר לציין כי את המלים "ולא תשים דמים בביתך" מתרגם אונקלוס "ולא תשוי חובת דין דקטול בביתך" (ולא תשים חובת דין מוות בביתך)... ההיקף לטעמי הוא למצבי סכנה פוטנציאליים, שכל המזהה וצופה אותה, ושהיה עליו להתכונן אליה מטבע קיומה – מצווה לעשות כל מאמץ למנוע את המפגע; ונשים לב כי הציווי מזכיר "ולא תשים דמים בביתך", קרי, באבדן נפשות חלילה מדובר, ומכאן כנראה גישת המתרגם אונקלוס.

אולם, השאלה היא אם אחריות מוסרית זו הגלומה בחובת מניעת סיכונים עולה כדי הגדרתו המשפטית של מי שיוצר את הסיכון כשהשתתף במרוץ שבו מצא חברו את מותו כמי ש"עוון הריגה בידו" (כהגדרת הרמב"ם לגבי מי שמתכנן רצח באופן עקיף),²⁰ והוא ראוי לענישה פלילית באשמת "הריגה"? דומה שזו קביעה מרחיקת לכת. לפי מקורות המשפט העברי אחריות מוסרית כבדה רובצת לא רק על מי שיוצר סיכון אלא אפילו על מי שנמנע מלהציל את זולתו מסכנה, גם כשלא הייתה לו כל אשמה ביצירת הסכנה, כדברי הרמב"ם:²¹

כל היכול להציל ולא הציל עובר על 'לא תעמוד על דם רעך' (ויקרא י"ט ט"ז), וכן הרואה את חברו טובע בים או ליסטים באים עליו או חיה רעה באה עליו ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להצילו

20 משנה תורה, לעיל ה"ש 14.

21 משנה תורה, שם, הלכות יד-טז.

ולא הציל... אע"פ שאין לוקין על לאוין אלו מפני שאין בהן מעשה, חמורים הם, שכל המאבד נפש אחת מישראל²² כאילו אבד כל העולם כולו וכל המקיים נפש אחת מישראל כאילו קיים כל העולם כולו.

והלא אף השופט רובינשטיין לא היה מעלה בדעתו להאשים בהריגה את מי שנמנע מלהושיט עזרה לאדם הנתון בסכנת מוות.²³ אמנם יצירת סיכון חמורה ממניעת הצלה, אך גם היא כידוע אינה בסיס לאישום בהריגה במקורות המשפט העברי. נראה אפוא שהצדק עם השופט הנדל בביקורתו על דברי השופט רובינשטיין:²⁴ "דיני הצלה לחוד ודיני המתה לחוד. החמרה בראשון אינה דורשת בהכרח החמרה בהרחבת האחריות בשני".²⁵

ד. ניתוק הקשר הסיבתי המשפטי בשל האוטונומיה של הנפגע – חיזוק טיעונו של השופט הנדל

הטיעון המרכזי של השופט הנדל לזכות את הנאשם מאשמת "הריגה" הוא שהבחירה האוטונומית של המנוח להשתתף במרוץ, תוך הסתכנות במוות, מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי בין מעשיו של הנאשם לבין התוצאה הטרגית.

דומה שזו אכן גישת המשפט העברי. המשפט העברי גורס כי מאחר שהאדם אוטונומי במעשיו, אם נפגע אדם בשל כך שהביא את הפגיעה על עצמו, אין להאשים את זולתו בפגיעה אף שיש לו חלק עוברתי בתוצאה ולולי מעשיו לא הייתה הפגיעה מתרחשת.

ראיה לכך הבאתי בחוות דעתי ממקור תלמודי²⁶ הן באחריותו הפלילית של מי שהניח גחלת בוערת על גופו של זולתו ומת הלה בשל כך. התלמוד קובע שאם ההרוג יכול היה להסיר מעליו את הגחלת ולא עשה כן, מניח הגחלת אינו אשם בהריגתו.

ואמר רבה: הניח לו גחלת על לבו ומת – פטור.

22 ראו משנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק יב, הלכה ג. שם לא מופיעה המילה "מישראל". בעניין הנוסח המקורי במקורות התלמוד ראו אפרים אלימלך אורבך "כל המקיים נפש אחת... – גלגוליו של נוסח, תהפוכות צנזורה ועסקי מדפיסים" תרביץ מ' 268 (התשל"א).

23 השוו לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, המעניש רק בקנס את מי שנמנע מלהושיט עזרה למי שנתון בסכנה חמורה ומיידית לחייו. כן ראו ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998: השראה ומציאות" מחקרי משפט 16, 229 (2001).

24 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 5, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל.

25 לתגובת המשנה לנשיאה רובינשטיין לביקורת זו, ראו דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 9, פס' ו לפסק דינו.

26 בבלי, בבא קמא כז, ע"א.

הסיבה לכך לפי רוב הפרשנים היא שהיה לו להרוג לסלק מעליו את הגחלת כדי שלא ייפגע (כלשון רש"י: "שהיה לו לסלקה").²⁷ עובדה זו מסירה את האחריות של מניח הגחלת, כנראה משום שהיא מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי בין המעשה – הנחת הגחלת, לבין התוצאה – מותו של מי שהגחלת הונחה עליו. התלמוד אינו מסביר מהי הסיטואציה הריאלית שבה ייתכן שאדם ישאיר על עצמו גחלת בוערת עד שימות ולא יסלק אותה מעליו מיד. אחד המקרים שניתן להעלותם על הדעת הוא מקרה הדומה ממש לנדרון דידן, בו שני אנשים התערבו ביניהם מה יהיה כוח סבלו של המתחרה שעליו הונחה הגחלת. המתחרה העדיף להשאיר על גופו את הגחלת ובלבד שלא יפסיד, וסופו שמת בשל כך. אפשר כמובן שהנסיבות היו שונות,²⁸ אך יהיו הנסיבות אשר יהיו, עולה מכאן שבמקרה כגון הנדרון שלפנינו פטור המתחרה אף שהוא עצמו הניח את הגחלת על גופו של חברו שמת, כאמור, וזאת בשל האוטונומיה של הנפגע, כלשון רבנו חננאל: "כיון שיכול להסירה מעל לבו, היה לו להסירה. לא הסירה – הוא הרג עצמו".²⁹

אמנם הלכה זו אמורה בהתאם ל"דין תורה", אולם היא מוכיחה יפה שההתנהגות האוטונומית של ה"קרוב" (ולו במחדל) מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי בין מבצע הפעולה (הנחת גחלת על לבו), ובין התוצאה הקטלנית.³⁰ ההוכחה אף מתחזקת אם נשים

27 רש"י, בבא קמא כז ע"א, ד"ה על לבו. ראו גם משנה תורה, הלכות חובל ומזיק, פרק ד, הלכה כב.

28 ואכן, בעקבות הרא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן יז, הרב יחיאל מיכל אפשטיין מעלה אפשרות אחרת: "ששמעון [הקרוב] רצה לנקום ממנו כענין תמות נפשי עם פלשתים ורצה שימות בכדי שיהרגו את ראובן לפי דעתו הסכלה שראובן יהיה חייב מתה" (ערוך השולחן, חו"מ, סימן תיח, סעיף לה). לגופו של עניין, אין זה משנה מה היו הנסיבות ומה היה המניע של מי שהגחלת הונחה על לבו, ובלבד שהחליט מרצונו החופשי שלא להסיר את הגחלת. אם כי ראו להלן ה"ש" 38.

29 רבנו חננאל, בבא קמא כז ע"א. ידידי פרופ' דב פרימר הפנה את תשומת לבי שכך מטעים גם הרב שלמה זלמן אוירבך, מנחת שלמה, בבא קמא כז ע"א.

30 כלשון "חזון איש" בהקשר לדיני הנזיקין: "דכיון דהניזק מביא על עצמו בכונה, לאו שם מזיק עלה" בחזון איש, בבא קמא, סימן ח, אות ט. ראו גם אברהם צבי שינפלד "חובת הניזק למנוע נזק" תחומין יא 361 (התש"ן).

עיקרון זה עולה ממכמה הלכות בדיני הנזיקין מלבד אלה שמזכיר "חזון איש". כך למשל: אדם אחראי לנזק שנגרם לעובד שלו כתוצאה מכך שהורה לו לשאת משא שהיה כבד ממה שיכול היה לשאת. העובדה שהפועל היה יכול להרגיש בכובד המשא אינה פוטרת את המעסיק שכן ייתכן שהפועל דימה בנפשו שיוכל לשאת משקל זה ולכן לא השליכו מעליו. אולם אם הפועל ידע שמשא זה עלול לסכן אותו, הוא נושא באחריות בלעדית לנזק שנגרם לו והמעסיק פטור. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שח, סעיף ז. וראו משפט הפועלים, פרק כד, אות א, ובמקורות הנזכרים שם.

עיקרון זה עולה מהלכה נוספת. המשפט העברי מטיל על בעליו של בעל חיים אחריות רחבה לדאוג לכך שלא ייגרם נזק על ידי בעל החיים שברשותו. לפי המשפט העברי אדם

לב לכך שהתלמוד דן בפעולת המתה ישירה, הנחת גחלת על לב הזולת (ועל כן היא הייתה עשויה להיות נושא לאישום ברצח אפילו בדין תורה), ואף על פי כן, החלטתו האוטונומית של הקרבן שלא להסיר את הגחלת מעל לבו, מנתקת את הקשר הסיבתי בין הפעולה הישירה של מניח הגחלת ובין התוצאה הקטלנית. קל וחומר, שהוא הדין ביחס למשתתף במרוץ מכוניות אסור, שלא עשה פעולה ישירה בגופו של מתחרהו.

בדיון הנוסף אימץ השופט הנדל דברים אלה שהובאו בפני בית המשפט, ואף הוסיף עליהם בהביאו מדברי הרב שמעון שקופ:³¹

עד שהפלגנו לארצות הים, נפנה לתור אחר האוצרות הטמונים בחצר ביתנו... ד"ר מ' ויגודה ערך חוות דעת בסוגיה העקרונית הנדונה, על פי בקשת הסנגוריה ובמסגרת תפקידו כראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים... הוא העלה את האפשרות שהתלמוד עוסק במצב של "משחק מסוכן", במסגרתו נבחן כוח הסבל של נושא הגחלת. התלמוד אינו מסביר מהי סיבת הפטור ומפרשיו נחלקו בדבר³²... אך הגישה הרלבנטית לענייננו היא שאף אם מתקיים היסוד הנפשי הדרוש לא ניתן להרשיע, יען כי אין לייחס כלל את התוצאה הקטלנית למניח הגחלת. רש"י על אתר, בסוגיה התלמודית, מסביר את הפטור בכך ש"היה לו [למנוח] לסלקה [את הגחלת]". הפטור נובע מאחריותו של המנוח. הרב שמעון יהודה הכהן שקופ, ראש ישיבה מחכמי המשפט העברי המרכזיים במחצית הראשונה של המאה ה-20, ליטא, הציג זאת כך:

אחראי לנזק שגרם בעל חיים שברשותו לגופו של הזולת גם כאשר אדם שלישי שיסה בנפגע את בעל החיים. אולם אם הנפגע עצמו הוא שהתגרה בבעל החיים ובשל התגררותו פגע בו בעל החיים, אשמתו של הנפגע מנתקת את אחריות הבעלים למעשה והוא אינו אחראי לנזק שגרם בעל החיים שברשותו. ראו בבלי בבא קמא, כד ע"ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שצה, סעיף א.

ראו גם בעניין אחריות שולח לנזקי שלוחו: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן כ; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה; שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן קסז, ד"ה ובנידון דידן (מהדורת תשע"ב, עמ' 543) (הרב ויינברג דן שם בזכות הפיזיו של שליח שנשכר להבריח את הגבול עם סחורות אסורות, ונתפס בדרכו ונאלץ לשלם תמורת שחרורו מן המאסר. הוא מגיע למסקנה שמאחר שהשליח היה מודע לסכנה, אין יסוד לתביעתו מן השולח. וזה לשונו: "שהשליח ידע וקיבל על עצמו, ולא המשלח, אלא הוא עצמו, העמיד את הארי [הסכנה] על עצמו"). ראו ביתר הרחבה מיכאל ויגודה שליחות 584 ואילך (2014) (להלן: ויגודה שליחות).

31 ברנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל. הוא גם מבליע בדבריו רמז להערה למדנית מעניינת שאעמוד עליה להלן בה"ש 38.

32 כאן הוא מרמז למה שיוער להלן בה"ש 38.

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

מכיוון שמעשהו של המנוח הוא זה שהוביל למותו, הוא נחשב כמי שהרג את עצמו, ולא כמי שנהרג על ידי מניח הגחלת.

ה. לשאלת יוזם התחרות – נימוק נוסף לזיכוי הנאשם מאשמת הריגה

בחוות דעתי הבאתי נימוק נוסף לזיכוי של הנאשם מאשמת הריגה. הפוסקים דנו באחריותו בדין תורה של שולח ששלח את שלוחו לשליחות מסוכנת ומת הלה תוך כדי ביצוע השליחות. אמנם רבים מהם סוברים שאכן השולח נושא באחריות כזו אף שגם השליח היה מודע לסכנה, אולם קביעתם אינה במישור של האחריות הפלילית אלא של האחריות הדתית-מוסרית, והם קובעים שהשולח זקוק לשוב בתשובה ולקבל על עצמו כפרה (בדמות צומות וצדקה).³³

עם זאת, מעניין מאוד, בהקשר דידן, שלדעת ר' יחזקאל לנדאו,³⁴ חשובה השאלה מי יזם את השליחות, ואם השליח הוא שיזם אותה, יש לסייג את אחריותו המוסרית של השולח והוא אינו זקוק אפילו לכפרה. הבחנה זו, שנאמרה אמנם במישור של דין תורה, חשובה מאוד בעניינינו כאמור, משום שבית המשפט המחוזי קבע שלא הוכח כי היוזמה למרוץ המכוניות באה מצד הנאשם, ואף נראה כי היוזמה באה מצדו של אחד המנוחים, ובית המשפט העליון קיבל קביעה זו.

אף שבית המשפט דן באחריותו הפלילית של הנער במסגרת "דין המלך", כאמור, דומה שניתן ללמוד מהלכה זו בעניין השליחות המסוכנת, שיש שיקול להמעט באחריותו המוסרית של הנער שהתפתה להשתתף בתחרות ולא יזם אותה, וממילא לפנינו נימוק נוסף להמעט באחריותו הפלילית של הנער ולא להכתימו כמי שאשם בהריגה.

33 כך פסק מהר"י וייל בשו"ת מהר"י וייל, סימן קכה, כשהוא מסיק זאת בקל וחומר מאחריותו המוסרית של דוד בגין הריגת כוהני נוב. ראו סנהדרין, צה ע"א. וראו ביתר הרחבה ויגודה שליוחות, לעיל ה"ש 30, בעמ' 592.

34 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אורח חיים, סימן לד.

ו. שיקולי מדיניות מצדיקים גישה מחמירה לצורך השעה – גישת השופט רובינשטיין

השופט רובינשטיין התייחס אף הוא לחוות דעתי. תחילה הוא מסכם את עיקרי המקורות שהבאתי בתמיכה לגישתו המקילה של השופט הנדל:³⁵

בפסק הדין נדרשנו, חברי השופט הנדל שהיה שם בדעת מיעוט ואנכי, לעמדת המשפט העברי; בגדרי הערעור פנתה הסניגוריה הציבורית אל ד"ר מ' ויגודה, ראש תחום המשפט העברי במשרד המשפטים, שחיוה דעתו, ולפיה קרובה גישת חברי השופט הנדל יותר מזו שלי לעמדת המשפט העברי. הוא אמנם סבור, כי האחריות המוסרית שעל הנוטל חלק במרוץ מכוניות מסוכן בו מצא חברו את מותו, כבדה – ברוח מצוות מעקה אליה נדרשתי אנכי – "כי תבנה בית חדש ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בכיתך כי יפל הנפל ממנו" (דברים כ"ב, ח'); כך מקל וחומר מחובת ההצלה של "לא תעמד על דם רעך" (ויקרא י"ט, ט"ז). ואולם, לדעת המחבר אין בכך כדי להרחיב את האחריות לכלל הריגה, שכן בחירתו האוטונומית של המשתתף במרוץ, אשר המיט על עצמו את הפגיעה, מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי, כמו במקרה התלמודי (בבלי בבא קמא, כ"ז ע"א) של מי שהניח גחלת בוערת על גוף חברו והלה מת, אם יכול היה ההרוג להסיר את הגחלת – לא יחוב מניח הגחלת בהריגתו...

אך לדעתו אין זה נכון להכריע בשאלה המשפטית שעומדת לדיון על סמך מקורות אלה, ונימוקו עמו:³⁶

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

35 דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 9, פס' כא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בהמשך, מוסיף ומצטט רובינשטיין מן המקורות שהבאתי ברוח זו בעניין הגבלת אחריותו של שולח לנזקי שלוחו.

36 שם, פס' כב.

לשון אחר, לדעת השופט רובינשטיין, בכל הכבוד למסקנה האנליטית העולה מתקדים הגחלת (שלפיה נטילת הסיכון האוטונומית של הקרבן מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי בין הנאשם לבין התוצאה הקטלנית), השיקולים המנחים את המשפט הפלילי במדינת ישראל אינם דין תורה אלא "דין המדינה" ("דין המלך"), שבמסגרתו ראוי השופט לסטות מדין תורה לפי צורכי השעה. משכך, הרי המקורות שלדעתו נכון יותר שהשופט הישראלי ישאב מהם השראה כבואו להכריע את הדין במקרה כגון זה, הם מקורות המשפט העברי שהוא הסתמך עליהם ושנסקרו לעיל,³⁷ בדבר ערך חיי אדם, חשיבות שמירתם והחומרה שבסיכונם.³⁸

בסיום פסק דינו³⁹ הוא מוסיף שיקול נוסף לדחיית התפישה שלפיה האוטונומיה של הקרבן שסיכן את עצמו מצדו מפחיתה מאחריות הנאשם; מקורות ההלכה האוסרים התאבדות מוכיחים לדעתו שיש גבול לאוטונומיה של האדם, וממילא נשמט הבסיס מטעונו של השופט הנדל.

על כך נראה להשיב, שסוגיית הגחלת מוכיחה, שאף שנכון הוא שאסור לאדם להתאבד, הרי סוף סוף רואים אותו כמי שהרג את עצמו, וההלכה קובעת שיש בכך שיקול לפטור את מי שיצר את הסיכון שנטל על עצמו. ומכאן, שאמנם, נורמטיבית, ההלכה שוללת מן האדם את הזכות לפגוע בחייו, אך מעשית, הוא נותר ארון לגורלו ובכוחו לפגוע בעצמו, וזהו השיקול העומד בבסיס העמדה שלפיה אוטונומיה זו מנתקת את הקשר הסיבתי בין השתתפותו של הנאשם במרוץ ובין התוצאה הקטלנית. לשון אחר, איסור ההתאבדות אינו עניין לכאן.

37 בפרק ג של מאמר זה.

38 יצוין כי המשנה לנשיאה רובינשטיין יכול היה להעיר שהראיה מסוגיית הגחלת אינה עולה יפה לשיטת הרא"ש וערוך השולחן. הרא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן יז, מטעים שפטור מניח הגחלת אמור אפילו כשהזוהירו אותו שחברו לא יסיר את הגחלת: "ואפילו אם התרוהו וקבל עליו התראה, דלפי סברת העולם היה לו לסלק ולא להניח לעצמו למות כדי שיהרג חבירו" (ראו לעיל ה"ש 28). וכך נוקט בעקבותיו ערוך השולחן: "ואפילו התרו בו בראובן שכשיניח על לבו של שמעון לא יטלנה שמעון מלבו וימות, מכל מקום אי אפשר לחייב את ראובן בדיני אדם במיתה שלא היה לו להעלות על הדעת ששמעון לא יטלנה מלבו" (שם). לפי דבריהם נימוק הפטור אינו בהיעדר המעשה הפלילי (actus reus) בשל ניתוק הקשר הסיבתי הנובע מפעולתו האוטונומית של הקרבן, אלא בהיעדר המחשבה הפלילית (mens rea), בשל חוסר האמונה שהקרבן ירהיב עוז ולא יסיר את הגחלת. וכבר העיר על כך השופט הנדל בעצמו, בקטע שדילגנו עליו לעיל, ליד ציון ה"ש 32: "יש שסברו שלמניח הגחלת אין את היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעה" (ראו ערוך השולחן, לעיל ה"ש 28; וכן ראו הרא"ש, בבא קמא, פרק ב סימן ז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תיח, סעיף יח). אולם לא כך נקטו רוב הפוסקים והמפרשים, ולכן, כנראה, המשנה לנשיאה רובינשטיין העדיף לדחות מקורות אלו מכוח שיקול כללי ועקרוני יותר.

39 ראו דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 9, פס' כד-כה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

ז. סוף דבר

מסקנתי בסיום חוות דעתי הייתה שאמנם הנאשם ראוי לענישה, שכן השתתפות במרוץ מכוניות בלתי חוקי מסכנת חיי אדם ויש אינטרס ציבורי מובהק להילחם ברעה חולה זו, אך סברתי שאם יש ספק בדבר היקף תחולתו של סעיף האישים בהריגה,⁴⁰ עיקרון החוקיות מחייב לפרש אותו על דרך הצמצום⁴¹ ועדיף להיצמד לסעיף המפורש והברור של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה,⁴² כפי שנקט השופט הנדל. מסקנה זו מתיישבת לא רק עם העיקרון הגדול והכללי שמקורו במשפט העברי שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירים",⁴³ אלא היא עולה גם מן המקורות הפרטניים שנסקרו על ידי.

מעניין לראות כיצד הסתמכו שופטי בית המשפט העליון רובינשטיין והנדל, איש בלתי בלתי, על מקורות המשפט העברי בסוגיה תקדימית זו. האחד מצא בסוגיית הנחת הגחלת אישוש לגישתו שלפיה החלטתו האוטונומית של הקרבן להשתתף במרוץ מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי בין השתתפות הנאשם במרוץ ובין התוצאה הקטלנית. ואילו השופט רובינשטיין סבר שמאחר שבדין המלך עסקינן, אין זה נכון להירש לסוגיות פרטניות, אלא נכון יותר לפרש את החוק לאור ההשראה הכללית העולה מתוך מקורות ישראל, כגון ממצוות מעקה, בדבר חשיבות ההגנה על חיי אדם.

הורגלנו בעבר ששופטים הבקאים במשפט עברי סוקרים את עמדתו ושואבים ממנו השראה.⁴⁴ דומה שלפנינו תופעה חדשה יחסית: ויכוח ענייני בין השופטים באותו הרכב סביב הדרך הנכונה לשאוב ממקורות המשפט העברי.⁴⁵ אפשר שתופעה זו היא פועל

- 40 ס' 298 לחוק העונשין.
 41 ואכן, על שיקול זה עומדים הנשיא (בדימוס) גרוניס (פס' 32 לפסק דינו בדנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 9) והשופט (כתוארו אז) ג'ובראן (פס' 3-4 לפסק דינו, שם). על דבריהם משיב המשנה לנשיאה רובינשטיין (פס' יט לפסק דינו, שם). ואין כאן המקום לדון בגבולות עקרון החוקיות.
 42 ס' 332 לחוק העונשין.
 43 מקור הכלל בבבלי, סנהדרין, נד ע"א. וראו שו"ת חכם צבי, ליקוטי תשובות, סימן קיד: "כי אין עונשין אלא מזהירין, ואין להענישו יותר ממה שהתרו בו בפירושו. וזה כלל גדול בתורתנו הקדושה בכל מיני עונשין שבה".
 44 ראו רקובר, לעיל ה"ש 10.
 45 לדוגמה: מחלוקת בין השופט (כתוארו אז) רובינשטיין והשופט הנדל בעניין יישום דיני לשון הרע על העיתונות בחברה דמוקרטית, בדנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין (פורסם בנבו, 18.9.2014); מחלוקת בין השופטים הנדל וסולברג בדיני שטרות (ביטול הלכת גויסקי) ברע"א 8301/13 טל טריידינג קורפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 24.11.2015); מחלוקת השופטים חיות, מלצר ועמית בעניין שימוש בזרע המת, בב"ע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.12.2016). תופעה זו מצטרפת לתופעה רחבה אף יותר וחדשה יחסית אף היא, של פסקי דין שבהם שופטים אחדים באותו הרכב נותנים

יוצא מן העובדה שמתרבים והולכים השופטים שהמשפט העברי יקר ללבם המבקשים להתבסס עליו, או למצער לשאוב ממנו חיזוק ושכנוע, כפי שהדגמנו כאן, אבל עניין זה דורש מחקר יסודי, ועוד חזון למועד.

את דעתם למשפט העברי ומוסיפים האחד על דברי משנהו. ראו לדוגמה: בג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 1.4.2007), בפסקי דינם של השופטים (כתוארם אז) חשין ורובינשטיין בעניין מידות ושיעורים בהחלת נורמה משפטית; דנ"א 4693/05 בית החולים כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010), בפסקי דינם של השופטים (כתוארם אז) נאור ורובינשטיין בעניין פיצויים הסתברותיים; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 31.12.2014), בפסקי דינם של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין והשופט סולברג בעניין הריסת בתי מחבלים; בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 31.3.2016), בפסקי דינם של המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט הנדל בעניין הכרה בגיורים שלא במסגרת מערך הגיור הממלכתי; ועוד. המעיין בספרו של רקובר, לעיל ה"ש 10, שסקר את מובאות המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט עד אמצע שנות השמונים של המאה הקודמת, יווכח שלפנים הייתה זו תופעה נדירה ביותר.

