

# סייגים לאחריות הפלילית

פתח דבר: סייג – מהו ?

עד לאחרונה, היתה קיימת מעט מאוד ספרות משפטית או פסקי דין מנחים בעניין זה. בפרשת רוזוב התחבט ביהמ"ש העליון בשאלת הגדרתו של סייג. המדובר במקרה של שימוש במידע פנים ופרסום פרטים מטעים בתשקיף. הנאשם, הצליח לעורר ספק סביר שמא מתקיימת אחת ההגנות שבסעיף 52(א)(4) לחוק ני"ע. לפי סעיף זה, קיימת הגנה לאדם אשר עשה שימוש במידע פנים אם השימוש בו לא נועד למטרת רווח או גרימת הפסד. ואכן, ביהמ"ש קמא זיכה אותו בעבירה זו. נשאלה השאלה מהי מידת ההוכחה הנדרשת להוכחת ההגנה המצויה בסעיף. רוזוב טען כי על סייג מכל סוג חלים הוראות פרק הסייגים שבחוק העונשין. מנגד, התביעה טענה כי הרשימה שבחוק העונשין הינה סגורה ואין לצרף לשורותיה סייגים מחיקוקים שונים.

▪ **השופט חשין** קובע כי "הגדרת המושג סייג כרוכה בטבורם של נטל ההוכחה ומידת ההוכחה. כדי להכריע האם הוראת חוק פלוגית ראויה להחשב כסייג, יש לבחון האם היא הולמת את ההסדרים בדבר נטל ההוכחה ומידת ההוכחה שבחוק העונשין".

▪ **השופט בייניש**, חולקת על דעתו של חשין ואומרת כי "סייג הינו רק אחד הסייגים המנויים בפרק ה1 לחוק העונשין. אך את הוראות חוק העונשין ניתן להחיל גם על סייגים אפשריים נוספים שיוכרו ע"י הפסיקה כבעלי מאפיינים זהים/דומים לאלו של הסייגים שבחוק העונשין".

עולה כי המכנה המשותף לשניהם הוא כי הסייגים הם בעלי תחולה כללית, משמע: הם חלים על כל סוגי העבירות, והם גם חלים על כל המבצעים.

ג"ב: סייג הוא הוראה כללית המוציאה את המעשה מתחולתו של המשפט הפלילי, ביחס לעבירה מסוימת (כלומר, אין לסייג אופי זיכוי גורף, אלא שהוא נבחן ביחס לנורמה ספציפית מסוימת) מקום בו העושה היה נושא באחריות פלילית ואשר הנסיבות החברתיות המצדיקות הצדקה באותו סייג הן חוץ-עברייניות, כלומר – הן נובעות מנסיבות המעשה ולא מנסיבות העושה.

מדוע אנו מאפיינים אירוע כלשהו כ"סייג" ?

המשמעות לכך נובעת מנושא נטל ההוכחה ומידת ההוכחה, כפי שנדונו בפרשת רוזוב.

- **נטל ההוכחה**: נטל ההוכחה מורכב משני אלמנטים – האחד, נטל השכנוע. השני, נטל הבאת הראיות.
  - נטל השכנוע תמיד מונח על כתפי התביעה, גם ביחס ליסודות העבירה וגם ביחס לסייגים. נטל השכנוע הוא החובה החלה על התביעה לשכנע את ביהמ"ש שהנאשם אכן ביצע את העבירה ושלא עומדת לזכותו כל טענת הגנה.
  - נטל הבאת הראיות, משמע: כאשר מדובר ביסודות העבירה, על התביעה החובה להביא ראיות התומכות בהתקיימותן של כל יסודות העבירה (ראו: **סעיף 34כב(א)**). כשמדובר בסייגים – היינו סבורים שהתביעה צריכה להוכיח לגבי הנאשם כי לא התקיימו לגביו סייגים. אך לא כך, התביעה אינה צריכה להוכיח באופן שלילי את אי-התקיימותו של סייג, זאת מכח **סעיף 34ה** הקובע חזקה שמעשה נעשה בתנאים שאין בהם סייג.
- **מידת ההוכחה**: נטל ההוכחה הרובץ על התביעה בא על סיפוקו עפ"י מבחן הסתברותי של מעבר לספק סביר. לעומת זאת, החזקה המצויה ב**סעיף 34ה** נסתרת ע"י ספק סביר ותו לא, וזאת מכח **סעיף 34כב(ב)**.

משמעות נוספת לסיווג אירוע מסויים כ'סייג' נובעת מנושא **החקיקה השיפוטית של סייגים**. עקרון החוקיות, הקובע כי אין עונשין אלא ע"פ חוק, יוצר מצב בו ביהמ"ש אינו יכול באופן של חקיקה שיפוטית לקבוע עבירות חדשות. עולה השאלה מה לגבי סייגים? האם ניתן ליצור סייגים חדשים בדרך של חקיקה שיפוטית? הדעות לכאן ולכאן:

- **פרופ' פלר** מתנגד לביסוס סייגים חדשים באמצעות הפסיקה. הוא אומר כי רשימת הסייגים צריכה להיות רשימה סגורה מכיוון שמלאכת החקיקה, לא צריכה להיות מסורה בידי ביהמ"ש. הכרעתו של ביהמ"ש צריכה להיות קונקרטית, בזמן שראייתו של המחוקק היא כללית יותר. התרת חקיקה שיפוטית של סייגים פוגעת באחידות של נשיאה באחריות פלילית – עקרון השוויון ועקרון הפרדת הרשויות נפגעים.
- **פרופ' אנקר** הוא בעד חקיקה שיפוטית של סייגים. לדידו, הרציונליזציה שהביאה להכרה בעקרון החוקיות אינה חלה כאשר מדובר בסייג, מכיוון שהמדובר בעניין שהוא לטובת הנאשם.

שוני אפשרי נוסף, עוסק בהיבטים של היסוד הנפשי – המודעות לקיום יסודות הסייג. כאשר מדובר ביסודות העבירה, ישנה דרישה ברורה ב**סעיף 19** למודעות בפועל ככלל. מה הדין לגבי יסודות הסייג? האם אדם שפעל תחת סייג צריך להיות מודע לכך שהוא פועל תחת סייג? התשובה לכך היא שככל הנוגע לסייג – אין דרישה כי הנהנה ממנו יהיה מודע ליסודותיו. אך כשמדובר בסייגים מקטגוריית ה"אילווצים" (כגון: הגנה עצמית) הדרישה היא למודעות מסויימת ליסודות העבירה.

שוני נוסף עוסק בתוצא (מלשון *effect*) הנלווה של זיכוי מכח סייג – "לא ישא אדם באחריות פלילית". במה דברים אמורים? הזיכוי במשפט הישראלי הוא מעיין הכרזה על הלגיטימיות של ההתנהגות. אם זו התנהגות מותרת, הרי שהמדינה אינה יכולה לעשות דבר כנגד הנאשם שזוכה מחמת הסייג. משמע, ישנה חוסר סמכות לשלוט או להטיל מגבלות על התנהגותם של בעלי בעיה נמשכת. הסייג נתפס כ"מטהר" התנהגות. מתעוררת כאן בעיה חברתית – שהרי אין בסמכות החברה לשנות את התנהגותו של הזכאי, לנסות לטפל בו, וכדומה (**דוגמא**): חולה נפש שמקבל התקפי אפילפסיה ברכבו ואגב כך מבצע תאונת דרכים. לאחר שזוכה מחמת אי-שליטה, הרי שהמדינה אינה יכולה לפקוד או לחייב אותו ללכת לטפל בבעיה).

אלמנט נוסף של התוצא הנלווה בעקבות זיכוי עקב סייג הוא העובדה שאין רישום פלילי מכח **חוק המרשם** (למעט שני מקרים – חולי נפש וקטינים).

## הצדקים ופטורים

ההבחנה בין הצדק ופטור אינה קיימת בחוק הישראלי, אך היא קיימת בשיטות משפט אחרות ובינהן ארה"ב, קנדה, צרפת, גרמניה, ועוד. למרות זאת, יש לציין כי ההבחנה תופסת מקום נכבד בשיח האקדמי הישראלי. בחוק הישראלי קיים לכאורה שוויון בין הסייגים השונים. אך, אט אט מתחילה לחלחל גם בדעותיו של ביהמ"ש, שיטתו בכל זאת הבדל בין הסייגים השונים. בע"פ 2947/00 מאיר נ' מ"י קובעת השופטת שטרסברג-כהן "...וכבר נקבע ע"י בית משפט זה, כי הסייגים לאחריית הפלילית אינם עשויים מקשה אחת, על אף שקובצו לפרק אחד בחוק העונשין".

סוגיית ההצדקים והפטורים נובעת מתפיסה לפיה קיימת הרכיה מסויימת בין הסייגים, הם אינם שקולים לחלוטין. לצורך מיקוד הבעיה, נבחן את השאלות העולות מתוך פרשת Dudly<sup>1</sup> באנגליה. האנטגוניזם המתעורר נובע מן ההבדל בין השאלה – האם להמית אדם אחר ולאכול מברשו כדי להציל את עצמך, זוהי התנהגות ראויה, מותרת או מוצדקת? לבין השאלה האם זוהי התנהגות פסולה ברת עונש.

### הצדק ופטור: ההבחנה

- בהצדק, המעשה הוא מותר או אינו אסור. לא רק שהחברה אינה מגנה את המעשה, אלא אף מקבלת אותו עד לרמה של הגדרתו כמעשה שנכון לעשותו. השאלה הנובעת מהגדרת הצדק היא האם הצדק נובע מתוך זכות העומדת לו לאדם, או שמא זו רק רשות בהנתן מצב מסויים? בשני המקרים, המעשה אינו אסור.
- בפטור, המעשה עצמו הוא אסור. השאלה הרלוונטית היא האם ראוי לחייב את העושה באחריות פלילית בגין המעשה הפסול שעשה, או שמא להתחשב במבצע לאור נסיבות עשיית המעשה ולהעלים עינינו ממעשיו.

יש לתת את תשומת הלב לכך שהתוצאה המשפטית בשני המקרים תהא זהה – זיכוי. מכך נובעת ביקורת מאד קשה כלפי סיווג מעשים שונים כהצדקים או פטורים והיכולת להבחין בין מקרה הנופל לגדר פטור ובין מקרה הנופל לגדר הצדק. להמחשת תמצית הבעיה, נבחן דוגמא של הגנה עצמית מדומה: פלוני רואה ברחוב במישהו לבוש דובון עם זיפים בפניו וסבור כי הוא מחבל מתאבד, ודורס אותו. מסתבר כי אותו אדם היה אדם פשוט, לא מחבל. האם נאמר לגביו כי זהו הצדק, או פטור? האם זוהי הגנה עצמית? להדגיש – לא נשקפה סכנה לחייו.

עיקר הביקורת מופנת כלפי הנפקויות בין צדוקים ובין פטורים, ולא ההבחנה ביניהם. הנה מספר שאלות שעלו בשיח האקדמי בעניין זה:

- **האם מותר להתגונן אל מול הפועל תחת סייג:** ההבחנה הראשונה קובעת כי מותר להתגונן מפני אדם הפועל תחת פטור, שהרי מעשהו אסור. מן העבר השני, אסור להתגונן מפני מי שפועל תחת הצדק, שהרי התנהגותו אינה אסורה לפי חוק אלא מותרת.
- **האם מותר לסייע לבעל הסייג:** סעיף 334 לחוק העונשין דן בנתונים אישיים. מכח סעיף זה יש לומר כי סייג הוא נתון אישי הפועל אך ורק "לזכות" בעל הסייג, ולא לזכות אחרים. משמע: לא ניתן לסייע לו. אך אם היה מדובר בהצדק, הרי שזה נתון החל על כולם, מכיוון שזו התנהגות מותרת, לכן מותר לסייע לבעל הצדק.
- **האם נדרשת מודעות לכך שפועלים תחת סייג:** המלומד פלצ'ר סבור כי בהצדק, הנסיבות העובדתיות עצמן מצדיקות את ההתנהגות. לכן, די בהתקיימותם התנאים האובייקטיביים כדי שהסייג יחול. מלומדים אחרים

<sup>1</sup> שלושה מלחים שנתקעו בלב ים ימים רבים עד אשר שניים מהם נאלצו להמית ולאכול את חברים ע"מ לשרוד.

מוסיפים כי הגדרת הצדקים ופטורים היא אימרה חברתית שהחליטה כי מעשה מסויים יזכה להגנה, אי לכך די בהתקיימות התנאים שנקבעו ע"י החברה.

למרות חשיבות הנפקויות, מדוע להבחנה בין הצדק ופטור יש בכל זאת מקום נכבד בשיח הפלילי? לכך כמה סיבות:

- **אופטימיזציה של הצדק**: ישנו עיוות מוסרי הדורש יצירת מדרג בין הסייגים, כלום דומה מצב בו אדם רצח בהינף יד את אישתו, מפאת אי-שפיות זמנית, לבין מאבטח שהצליח לנטרל מחבל מתאבד באמצע טיילת הומה אדם ע"י יריה בראשו? התשובה לכך שלילית, אך התוצאה המשפטית זהה – זיכוי. זו הסיבה שהשופט שטרסברג-כהן מבחינה בין הסייגים **בפרשת מאיר**. היא אינה מעוניינת להתייחס לרוצח מפאת מחלת נפש כאל מי שנמצא זכאי, אלא מי שלא הורשע בעקבות פטור.
- **אפשרות הטלת סנקציה בגין מעשים פליליים אך חסרי אשם**: בשיטת המשפט הישראלית ניתן להטיל סנקציה רק בגין מעשה בר-אשמה ('אין עבירה ללא אשם'). להבדיל, המשפט הגרמני פיתח שתי דרכים להטלת סנקציה. האחת, זהו המסלול הפלילי הרגיל. השניה, היא דרך של שיקום ובטחון אשר מכוחה ניתן להטיל סנקציה כדי לשקם את העושה או להגן על הציבור מפניו.
- **היכולת לפטור מאחריות פלילית מבלי להגדיר את המעשה כחוקי**: במצבים בהם אדם חורג מתחום הסייג העומד לזכותו, האם "נאשר" את פעולתו או שמא נאמר שהחריגה משווה את מעשהו לעבירה רגילה? דוגמא: מצב בו אדם חושש לחייו בגלל המון המבקש לכולתו, ובמקום לאתר את המפגע הפוטנציאלי או לירות לאויר, הוא יורה אל תוך ההמון והורג מספר אנשים. במצב דברים שכזה, אותו אדם חושש אובייקטיבית לחייו – האם נרשע אותו? האם אכן ניתן להסתכל עליו באופן דומה לרוצח? ההגיון מבקש להתחשב במצב האמוציונאלי המיוחד שבו האדם מצא עצמו.

## הסייגים בכללותם

מקור הסכנה	הגנה עצמית (סעיף 34 י)	צורך (סעיף 34 א)	כורח (סעיף 34 ב)
	"תקיפה של כדין"	"מצב דברים נתון"	"איום"
האובייקט הנפגע	התוקף	צד שלישי <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ אש יוצאת משדה ומאיימת לכלות כפר סמוך</li> <li>– הפגיעה תהא בשדה ממנו יוצאת האש.</li> <li>▪ ספינה נוטה לטבוע ומשליכים ממנה את הסחורות – הפגיעה תהא בצד שלישי, בעלי הנכסים שנזרקו לים.</li> </ul>	צד שלישי

הערות לטבלה:

סייג הצורך מאפשר ל-א' לפגוע ב-ב' שהוא **תמים לסיטואציה**, אי לכך הנטייה תהא לצמצמו. כך גם סייג הכורח. אך להדגיש כי "איום" או "מצב דברים נתון" יכול להופיע גם בהגנה עצמית, אך ההבדל הוא שבהגנה עצמית, גם אם מקור הסכנה הוא "איום", אנו מתגוננים אגב פגיעה במאיים עצמו או ביוצר מצב הדברים הנתון.

## סקירה הסטורית

עד 1992, לא היה בחוק הישראלי סייג ההגנה העצמית, אלא שהיה קיים רק סייג הצורך. הפסיקה, "קראה" לתוך סייג הצורך גם את ההגנה העצמית ואף נתנה להגנה העצמית פרשנות קצת שונה. ב-1992 התקבל תיקון 37 לחוק העונשין אשר הפריד בין ההגנה העצמית שנקבעה בסעיף 22 דאז, לבין סייג הצורך שנקבע בסעיף 22א. באוגוסט 1994 עובר תיקון 39 לחוק העונשין בכנסת ונכנס לתוקף שנה לאחר מכן, למעט מספר סעיפים ספורים אשר נקבע להם תוקף מיידי, ובהם סייג ההגנה העצמית, הצורך, הכורח ואי-השפיות.

## האילוצים: הגנה עצמית, צורך וכורח

### הגנה עצמית

#### ניתוח יסודות סעיף 34

##### ▪ "מעשה שהיה דרוש"

○ דרישת הנתיבות: דרישה שאותו מעשה ספציפי שנעשה ע"י המתגונן, הוא המעשה שהיה נחוץ לאור הנסיבות הקונקרטיות תוך בחינת האלטרנטיבות שעמדו למתגונן.

##### ▪ "באופן מיידי"

○ דרישת המיידיות: האם המעשה נחוץ באופן מיידי? גם האובייקט של דרישת המיידיות הוא "המעשה" ולא הסכנה. משמע, המעשה נדרש באופן מיידי ואין צורך כי הסכנה היא זו שעומדת להתרחש באופן מיידי. יתכנו מקרים שבהם העושה מצוי בפני סכנה שאיננה תיאורטית אלא ממשית, במקרה זה קובע סעיף 34, שאין הוא צריך לשבת ולהמתין אלא שהסעיף מאפשר להתגונן, ובלבד שההתגוננות דרושה באופן מיידי. משמע, אסור לאדם לצאת ולקדם פני סכנות או להעניש תוקפים.

▪ "כדי להדוף תקיפה" – תקיפה זו מהי? במסגרת סייג ההגנה העצמית נדרש כי התקיפה תהא שלא כדין. הערת המרצה: התקיפה מפניה מותר להתגונן היא רחבה יותר, לכן מעתה נקרא במקום "תקיפה" את המילה "פגיעה". משמע, כל התנהגות אשר מעמידה בסכנת פגיעה את אחד הערכים החברתיים המנויים בסעיף (מיי, חירותו, גופו או רכושו). להדגיש: תקיפה כוללת גם איום בתקיפה. אך בל נשכח כי האיום צריך לעמוד באותם תנאים המתירים התגוננות, קרי איום ממשי בר-מימוש מיידי ולא ערטילאי.

אם כן, אסור שהפגיעה תהיה מוקדמת ומצד שני אין סייג ההגנה העצמית עומד לאחר שהמעשה נעשה. המסקנה היא שישנו פרק זמן קצר הקרוי "המכה המקדימה" שבמסגרתה מותר לפעול ולהנות מסייג ההגנה העצמית, למרות שהמכה הראשונה מגיעה מן המתגונן. אך יש להזהר, ככל שאדם יקדים יותר את תגובתו, כך הוא מגדיל את הספק בדבר השאלה האם הוא באמת פעל במסגרת הסייג. בסופם של דברים, יתכן כי פעולת התגוננות של אדם תהא היא תקיפה שלא כדין אשר תקים לאחר את זכות ההגנה העצמית.

מלכודות אדם: מלכודות אדם הן בדמות כלב שמירה או גדר בעלת שיפודים. האם חל סייג ההגנה העצמית על מלכודות אדם, כגון במפעל אשר מגדר עצמו בגדר שיפודים ובטעות ילד משתפד על הגדר אגב חיפוש אחר כדור שאבד לו? אין לכך תשובה ברורה. נבחן הכרעות ממדינות שונות: בארה"ב ישנה פסיקה שנויה במחלוקת אשר קבעה כי מי שמציב מלכודות אדם עושה זאת על אחריותו. השאלה האם היה מוצדק לפעול כפי שעבדה המלכודת תוכרע לפי תוצאות המקרה. כך שכלב שנשך ילד שחיפש את הכדור שאבד לו – הסייג לא יעבוד. אך אם מדובר בגנב, הסייג יעמוד. באנגליה חוקקו חוקים ספציפיים האוסרים על מלכודות אדם וקבעו בהם תנאים מסויימים

בהם מותר ליצור, להחזיק או להפעיל מלכודות אדם. כגון: לשם הגנה על בתי מגורים בשעות הלילה. בישראל, אנשים הועמדו לדין והורשעו בגין תקיפות שתקפו כלבי שמירה.

▪ **”שלא כדין”** – ישנו הקשר אחד בו התעוררה מחלוקת ביחס לתנאי זה, וזה בשאלה מה קורה כאשר התוקף הוא קטין או בלתי שפוי (=אדם ללא אחריות פלילית). האם ניתן להתגונן מפני תקיפה זו במסגרת סייג ההגנה העצמית או תחת סייג הצורך? נבחן זאת בטבלה:

צורך	הגנה עצמית	
מותר להתגונן מפני פגיעה חמורה מכיוון שאין תוקף זדוני, אלא צד שלישי. הסעיף דורש גם שלא תהא דרך אחרת מאשר התגוננות שכזו.	מותר להתגונן גם מפני פגיעה קלה די בכך שזו היתה דרך סבירה להתגונן, מכח <b>סעיף 34טז</b> .	<b>טיב הפגיעה</b>
ישנה דרישת שקילות.	אין דרישת שקילות. משום שהאדם פועל נגד תוקף זדוני. לכן, ניתן לגרום לו לנזק חמור יותר ממה שהתכוון לבצע. כך – ניתן לגרום נזק גוף לתוקף כאשר מבקשים להגן על רכוש.	<b>היחס הנדרש בין האיום לתגובה</b>

▪ **פרופ' אנקר**: התקיפה מצד הקטין והבלתי שפוי נכנסת לקטגוריה של "תקיפה שלא כדין", אלא שהתוקף עצמו לא נושא באחריות פלילית לתקיפה מחמת פטור. לכן, התגוננות מפניהם מותרת במסגרת סייג ההגנה העצמית.

▪ **פרופ' פלר**: סיטואציה של הגנה עצמית היא מקום בו אדם מתגונן מפני תוקף זדוני. 'תוקף זדוני' משמע, זוהי תקיפה המוציאה את האינטרסים של התוקף ממסגרת ההגנה של החוק הפלילי. התוקף הזדוני "מזלזל" בערכי החוק. בכך, התוקף "מוותר" על הגנת החוק על האינטרסים שלו. עולה מגישתו של פלר כי התוקף הזדוני צריך לפעול במודעות. לא חייב השתמש פלר במונח תקיפה זדונית, שהרי ישנן התנהגויות מקובלות בחברה שאילולא הרכיב הזדוני, היו נחשבות תקיפה, כגון: תפיחה על השכם, דחיפה קלה באוטובוס וכדומה. התקיפה של הקטין והבלתי שפוי היא יותר "מצב דברים" או "אירוע" מאשר תקיפה זדונית הנועדה לפגוע בערך חברתי, לכן היא תחסה במסגרת סייג הצורך. מכאן נובע שלא נוכל לבצע בהם נזק גדול יותר, מכיוון שישנה דרישת שקילות.

יש לזכור כי פרופ' אנקר ופרופ' קנאי כתבו את מאמרם לפני תיקון 37 לחוק העונשין, בזמן שסייג ההגנה העצמית לא פרס חסותו על מעשה שגרם למוות. כיום סבור אנקר כי יש לפרש את ההגנה העצמית בצמצום, תוך הכנסת דרישת שקילות למעשה המתגונן, משמע: פרופ' אנקר סבור שהתגוננות מפני קטין או בלתי שפוי תהא כפופה למגבלות שמטיל סייג הצורך.

יש לקחת בחשבון את **סעיף 34טז** המחיל את דרישת הסבירות על סייג ההגנה העצמית, הכורח והצורך. הסבירות מתפרשת באופן שונה ביחס לכל אחד מן הסייגים. העובדה שהמחוקק בחר לכרוך את דרישת הסבירות בסעיף אחד, אינה מעלה ואינה מורידה.

## הגנה עצמית: דרישת הסבירות

כיצד הסבירות משפיעה על סייג ההגנה העצמית? במסגרת זו יש לבחון כמה שאלות מנחות:

- מהי ההתנהגות שהעושה בחר בה מבין האפשרויות השונות אשר עמדו לנגד עיניו?
- כיצד היה נוהג האדם הסביר בנסיבות העניין כאשר הוא מגן על אינטרס לגיטימי שלו מפני תקיפה שלא כדין?
- מה היחס בין הסכנה שנמנעה לבין זו שנגרמה כתוצאה מן ההתגוננות?

יש לזכור כי מבחן הסבירות בדין הישראלי הוא אובייקטיבי (=אדם סביר) משולב בסובייקטיבי (=בנסיבות העניין).

## כניסה למצב של הגנה עצמית

הסיפא של **סעיף 34** קובעת "ואולם אין אדם פועל בהגנה עצמית מקום שהביא עצמו למצב בהתנהגותו פסולה". אלו הם מצבים בהם אדם מבצע עבירה במצב של סייג לכאורה, ובכל זאת נשללת ממנו ההגנה והוא ישא באחריות פלילית מקום בו הביא עצמו למצב שהוא נאלץ להתגונן.

דוקטרינה זו הוכרה ע"י המחוקק לראשונה בשנת 1992, במסגרת תיקון 37 לחוק העונשין, אך היא בכללותה פיתוח של הפסיקה.

## חריגים לדוקטרינה:

למרות זאת, בע"פ 88/85 **שוקרון נ' מ"י** נקבעו שני תנאים בהם הסייג יחול על אף שאדם הכניס עצמו למצב:

- **שינוי בכללי המשחק**: במקרה בו ישנה סטייה מכללי המשחק, על אף שאדם הכניס עצמו לסיטואציה של הגנה עצמית בהתנהגות פסולה, יעמוד לו הסייג. **דוגמא**: מקום בו שניים מתווכחים ומחליטים "לסגור" את הסכסוך בחוץ, בתגרה – הסייג יחול.
- **נסיגה מוחלטת של התוקף**: **דוגמא**: אדם מקלל את חברו ומרגיז אותו. החבר מבקש לתקוף את המקלל. המקלל הכניס עצמו למצב בהתנהגותו הפסולה. הסייג יעמוד למקלל אילו יביע נכונות לנסיגה מלאה, כגון חרטה וחזרה בו מן הקללות. אם חרטה זו לא תועיל והחבר עדיין יבקש לתקוף אותו, יעמוד לו סייג ההגנה העצמית.

בע"פ 298/88 **טויטו נ' מ"י** הוסיפה הפסיקה תנאי נוסף אשר ישאיר את סייג ההגנה העצמית על קנו למרות כניסה למצב בהתנהגות פסולה (או במילים אחרות – סייג לסייג לסייג):

- **סמיכות בזמנים בין ההתנהגות הפסולה לבין ההתגוננות שבאה בעטייה**: מצב בו כמה ימים אחרי ההתנהגות הפסולה, מבקש החבר לתקוף את חברו – תעמיד לחבר את סייג ההגנה העצמית בכל זאת.
- **פרופורציה בין המעשה הפסול שעשה האדם לבין מה שהביא על עצמו**.

די בכך שחריג אחד יתקיים כדי להשיב את הסייג. כך, אף אם יש סמיכות בזמנים אך אין פרופורציה בתגובה, ישוב ויעמוד הסייג לטובת החבר.

**קושיה**: כאשר אדם נכנס לבית חברו ע"מ לגנוב את מקלט הטלביזיה שלו, ובעל הבית שולף אקדח ומבקש לירות בו ולהורגו. הגנב הזריז שולף אקדח בעצמו ומבקש להתגונן. מה יהא הדין אז? מצד אחד, אין פרופורציה בין המעשה הפסול לבין התגובה. מצד שני, ישנה סמיכות. ראוי גם להדגיש כי במצב שהאדם מחזיק את המקלט

בידיו תוך כדי מעשה הגנבה, ניתן לראות בו "תוקף שלא כדין" שבעל הבית יכול להתגונן מפניו. במצב דברים שכזה, יתכן כי אף אחד מהם לא יהנה מסייג ההגנה העצמית או ששניהם יהנו ממנו. יש לבחון סיטואציה שכזו במשקפי הסבירות.

### התנהגות פסולה – מהי ?

▪ "התנהגותו הפסולה"

**התנהגות פסולה יכולה להיות התנהגות שלא כדין** אך היא לא בהכרח כזו, אלא שבהתנהגות זו יכול להיות גם פסול ערכי. אך להדגיש: ההתנהגות הפסולה אינה יכולה להיות תקיפה שלא כדין עצמה. תתכנה התנהגויות שהן "התנהגויות שלא כדין" אך הן לא מהוות "תקיפה שלא כדין" משום שהן אינן מסכנות את אחד האינטרסים שעליהם מותר להגן במסגרת סייג ההגנה העצמית – והם: חיים, חירות, גוף או רכוש.

**דוגמא:** התערטלות בפומבי היא התנהגות שלא כדין, אך זו לא התנהגות שעולה כדי "תקיפה שלא כדין". התערטלות זו אינה פוגעת באינטרסים המוזכרים לעיל. נניח מצב בו אדם מבקש לתקוף אדם אחר המתערטל ברבים, כתוצאה מכך שהתרגז מהתנהגותו – למתערטל לא יעמוד סייג ההגנה העצמית מכיוון שהכניס עצמו למצב בהתנהגות פסולה, וגם לתוקף לא יעמוד סייג מכיוון שפגיעה ברגשותיו לא מוגנת במסגרת **סעיף 34** (הוא עצמו נחשב התוקף).

מאידך, קיימת **התנהגות פסולה שלא אסורה עפ"י דין**, דוגמא: אדם נכנס לבית-כנסת ביום הכיפורים תוך שהוא אוכל מזון. המתפללים מבקשים לזרוק אותו מבית הכנסת. על פניו, אסור למתפללים לתקוף אותו, שהרי זו תקיפה שלא כדין המקימה לו סייג של הגנה עצמית. אך זוהי התנהגות פסולה מבחינה ערכית ולכן ישלל ממנו הסייג.

אם כן, המבחן להתנהגות פסולה הוא מבחן ערכי.

▪ "תוך שהוא צופה מראש"

רף הצפיות הגבוה ביותר זו "הליכה מתוך מטרה" או בלשון פרופ' פלר ה"בימוי", משמע: אדם באופן מכוון יוזם אירוע של הגנה עצמית, מכיוון שהוא רוצה לתקוף באצתלה של התגוננות. אי לכך, כאשר אדם הולך לתוך תגרה מתוך מטרה ליזום התקפה מתגוננת (ע"י פרובוקציה) אנו רואים בזה התנהגות פסולה שמספקת כבר את הדרישה של היסוד הראשון של הסייג לסייג.

אך להבדיל, כאשר התנהגותו של אדם היא בגדר הפעלה של זכות לגיטימית הנתונה לו, לשם אותה אותה מטרה שלשמה ניתנה הזכות, הרי שאין עליו חובה להמנע מן ההתנהגות. חובת ההמנעות מן ההתנהגות קמה רק כאשר קיים פסול בנסיבות בהן נוצלה אותה הזכות. וכך, כהתנהגות פסולה נתפסים מעשים מקנטרים, פרובוקטיביים, ומעשים שכל יעודם הוא ליצור סכסוך או להביא להסלמתו.

הסיפא של סעיף 34 הוכנסה לחוק לראשונה בחורף 1992, שיאה של האינתיפדה הראשונה. חששו של המחוקק היה מפני פרובוקציות של המתיישבים היהודים כלפי האוכלוסיה הערבית המקומית. כך הסביר יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת את השינוי: "הביטוי 'פסולה' משמיע היבט שנוגע לנסיבות העניין, והוא היבט מוסרי-



ערכי. אדם לביתו רשאי לנסוע – לשם פרובוקציה הוא אינו רשאי לעשות זאת". הנה באים לידי ביטוי שני היסודות לסיפא של הסעיף, התנהגות פסולה יחד עם צפייה מראש.

היסוד הנפשי שבסיפא, הצפייה, היא צפיות רגילה. הדרישה ה"נמוכה" במישור היסוד הנפשי מאוזנת ע"י הדרישה לפסול במישור העובדתי. כאשר לעושה יש רק צפיות רגילה, אנו נדרוש כי התנהגותו הפסולה תהא בעלת פסול אובייקטיבי כשלעצמה. ככל שהצפיות "גבוהה" יותר (משמע: המישור הנפשי מלווה במטרה ורצון), אזי יש בכך כבר כדי למלא את הדרישה במישור העובדתי.

▪ "את אפשרות התפתחות הדברים"

מה יש לצפות? הנה לפנינו שוב מבחן הסתברותי נמוך ביותר. בהעדר קורלציה מהותית בין המציאות בפועל לבין המציאות אותה סבר העושה שתתרחש, חוזר סייג ההגנה העצמית. משמע: יש לצפות בפועל מבחן אישי-סובייקטיבי את אפשרות התפתחות הדברים, כך שאם הדברים התפתחו באופן שונה, הסייג ישוב במלוא היקפו (לכן ישינוי בכללי המשחק' – לעיל – עונה על דרישת התפתחות שהעושה לא צפה אותה).

#### הצלת אינטרס הזולת

כפי שראינו, ישנם שני הסדרים בחוק העונשין לכניסה למצב בהתנהגות פסולה. האחד, ההסדר בסעיף 34 הנוגע רק לסייג ההגנה העצמית. ההסדר השני והכולל קבוע בסעיף 34 שמתייחס לסייגי צורך, כורח והעדר שליטה. ההסדרים הם שונים, ונבחן אותם לעומק בהמשך הדברים. כעת, נתייחס לאלמנט אחד המצוי בסעיף 34, אך הנעדר מסעיף 34.

בסיפא של **סעיף 34(א)** נאמר "ובלבד שעניינו של המעשה שנעשה לא היה הצלת אינטרס הזולת". כלומר, כאשר המדובר באינטרס הזולת, הסייג לסייג לא חל. אם אדם הכניס עצמו למצב שבו הוא נאלץ לפעול תחת סייג הצורך והוא עשה זאת בתנאי סעיף 34 – במצב רגיל, ישלל ממנו הסייג. אך, אם המעשה שעשה היה הצלת אינטרס הזולת, ישוב ויזקף לזכותו הסייג.

**דוגמא:** אנשים מבעירים אש בלב שדה קוצים. האש מתפשטת לעבר כפר סמוך. בסיטואציה זו, מבעירי השריפה מעוניינים לשרוף את שדהו של האדם הקרוב ביותר לאיזור השרפה ע"מ שהיא לא תיתפשט עד לכפר (וזהו עבירה בפני עצמה). לכאורה, הם נכנסו למצב בהתנהגות פסולה והסייג לא יחול ויהיה ניתן להעמידם לדין בגין שריפת שדהו של איש הכפר, אך מכיוון שהם מעוניינים להציל את אינטרס הזולת – ישוב הסייג ויזקף לזכותם.

עפ"י פשוטו של סעיף 34, סייג ההגנה העצמית נשלל לחלוטין ממי שהכניס עצמו למצב, ורק ממנו. נבחן זאת בכמה דוגמאות:

▪ **דוגמא 1:** א' הכניס עצמו למצב בהתנהגות פסולה, ע"י כך שהוא יוצר פרובוקציה מכוונת. אך כתוצאה מן הפרובוקציה שלו, מי שמוחקף הוא דווקא צד ג' תמים. האם מותר ל-א' להגן על ג' מפני תגובתו של ב' בו התגררו?

ניתן לומר שהזכות של א' להגן על ג' התמים נגזרת מזכותו של הנתקף, ג', להתגונן. אם המחוקק היה מבקש למנוע מ-א' להגן על ג' התמים, הרי שהוא שולל זאת מפורשות. כל עוד זה לא נשלל, הרי שמותר לו לעשות כן.

▪ דוגמא 2: א' הכניס עצמו למצב בהתנהגות פסולה, ואי לכך נשללת ממנו הזכות להגנה עצמית. האם ל-ג', שעבר באיזור, מותר להגן על א'?

**אנקר** סבור כי לשון הסעיף כיום, מורה על כך שההגנה העצמית נשללת רק ממי שהכניס עצמו למצב, כך של-ג' קמה הזכות להגן על א'. למעשה, מוסיף אנקר, לאדם אין זכות להגן על אחרים, אלא שלאדם 'רשות' להגן על אדם אחר. רשות זו מותנית בזכות של האחר להגן על עצמו. כך מקום בו לנתקף עצמו עומדת הזכות להגנה עצמית – נתיר לאחר להגן עליו.

**קרמניצר** אינו רוצה לשלול את סייג ההגנה העצמית גם במצב של כניסה למצב בהתנהגות פסולה. גם הוא גוזר את זכותו של צד ג' להגן מתוך זכותו של הנתקף להתגונן, אבל – גם ממי שהכניס עצמו למצב, קרמניצר לא שולל לחלוטין את סייג ההגנה העצמית אלא מצמצם אותו אך ורק להתגוננות. כך שמי שהכניס עצמו בהתנהגות פסולה לסיטואציה של הגנה עצמית, מותר לו לנסות ולהפחית את הפגיעה בו, גם תוך סיכון עצמי. גישה זו משפיעה גם על מה שמותר לצד ג' לעשות – להפריד בין הניצים, לנסות להפסיק את הסכסוך. רק אם לא מצליח בהפרדה, מותר לו לפנות כנגד התוקף העכשווי.

*עד כאן לעניין כניסה למצב בהתנהגות פסולה. כעת, להיפוטזות נוספות לעניין הגנה עצמית:*

#### **פגיעה בקרבן תמים**

אדם נמצא בסיטואציה של הגנה עצמית. מה הדין כאשר אגב ההתגוננות נפגע קרבן תמים?

**ד"ר רות קנאי** סבורה כי הפגיעה בקרבן התמים אגב התגוננות מפני תוקף זדוני חוסה בצל הסייג. את סברתה היא לומדת מן הסעיף הישן, טרום תיקון 37 והשוואתו ללשון הסעיף הנוכחי "כדי להדוף תקיפה שלא כדין". משמע, עומדת זכות להתגונן בכל מחיר.

**ג"ב**: כאשר מדובר בקרבן תמים, אנו רוצים שההתנהגות שפגעה בקרבן התמים תבחן לאורו של סייג הצורך, ולא סייג ההגנה העצמית. כאשר מדובר בקרבן תמים המדובר באדם בעל אינטרסים לגיטימיים, לכן לא סביר להתגונן בצורה מסויימת, המותרת במסגרת סייג ההגנה העצמית, כאשר ישנם קרבנות תמימים סביב.

## תסמונת האישה המוכה

במסגרת נושא זה, נבקש לבחון את נקודת מבטו של הקרבן ובכך לנסות להבין את הסייגים העומדים להם בנסותם להתגונן מפני הגורם המתעלל בהם. לצורך כך ננסה להבין מהי ההשפעה הפסיכולוגית של תסמונת האישה המוכה.

### רקע

תסמונת האישה המוכה היא סדרה של מאפיינים המתקיימים בנשים הסובלות מהתעללות פיזית ונפשית לאורך תקופת זמן ממושכת מדמות הגבר הדומיננטית בחייהן, כך בפ"ד Kelly. במסגרת פרשה זו ציין ביהמ"ש שכדי להבין את המצב הנפשי המיוחד שבו מצויה אישה מוכה, עלינו להבין מה גרם לה להשאר עם הגבר המכה.

להדגיש: אנו נזקקים לתסמונת האישה המוכה כאשר האישה פוגעת בבן הזוג במצב "נטול עימות", לא כאשר נשקפת סכנה לחייה (שאם לא כן, הרי עומד לה סייג של הגנה עצמית). במצבים כגון דא אנו צריכים להסביר מבחינה משפטית מדוע האישה רואה בגבר העומד מולה – מקור איום. יש להסביר מדוע הפחד שלה היה רציונלי.

### תסמונת האישה המוכה: תיאוריות

קיימות שתי תיאוריות עיקריות המאפיינות נשים מוכות:

- **מעגל האלימות** – תיאוריה זו מתארת מחזוריות בת שלושה שלבים המאפיינת את היחסים המתעללים.
  - שלב בניית המתח: תקופה זו מאופיינת ע"י אווירה של מתח מצד המתעלל, כאשר במהלכה יכולים להיות ביטויים קלים של אלימות. האישה המוכה יודעת לזהות את התקופה הזו והיא אף יכולה לחזות, עפ"י נסיון העבר, מה יבוא בהמשך.
  - שלב ההתפרצות האלימה: האלימות גופה.
  - שלב החרטה: בשלב זה המתעלל מביע חרטה על מעשיו ועושה הכל כדי להשתנות ולבוא לקראת בת-זוגתו. שלב זה קושר את האישה, מבחינה נפשית, לתוך מערכת הזוגיות.
- **חוסר האונים הנרכש** – תיאוריה זו נוסתה על כלבים. באמצעותה הוכח שכלבים שנכלאו בכלוב וטופלו בשוקים חשמליים באופן סדיר, בתחילה ניסו להמלט. במשך הזמן הכלבים הפכו אדישים, הפסיקו את נסיונות הבריחה ופשוט ישבו והמתו למכות החשמליות. מכאן למציאות: נשים מוכות מבינות במשך הזמן שאין כל קשר בין התנהגותן לבין ההתעללות, ולכן עם הזמן הן מאבדות את האמונה ביכולתן לעזור לעצמן או לשנות את מצבן – הן הופכות פסיביות.

### תסמונת האישה המוכה: הגישה הפמניסטית

הפמניזם הראדיקלי חקר תופעות שונות אשר הצטיירו בעיני הציבור כהתנהגות מתוך בחירה, כגון: זנות, פורנוגרפיה, אונס ואלימות בתוך המשפחה. אנשי אסכולה זו ביקשו לשנות את התודעה הציבורית בעניינים שנראו כטרוויאליים ולהסביר את הפן השלילי שבהם תוך מתיחת ביקורת קשה ביותר על המוסדות שתפקידם לטפל בעניין. קשה לומר כי בימנו אנו ישנו שיפור רב בטיפול הרשויות כלפי נשים מוכות, גם המשטרה וגם בתי המשפט, שהרי לעיתים הענישה מגוחכת וההתערבות מאוחרת. זוהי **גישת העדר האופציה**. העדר הכתובת לפנות אליה, העדר הגורמים היכולים לסייע.

השופט דורנר, במסגרת **פרשת בוחבוט**, לא חוסכת ביקורתה מן הגופים אשר היו מעורבים במסכת ההתעללות שעברה כרמלה בוחבוט מבעלה, ובהם – אדישות החברה והתעלמותה ממקרי אלימות בתוך המשפחה. דורנר

בודקת את השאלה האם באמת היתה לכרמלה בוחבוט אופציה אחרת מלבד להמית את בעלה. היא מציינת עלי פסק הדין כי בישוב בו בוחבוט התגוררה, כולם ידעו אך שתקו. דורנר מצביעה על העדר האופציות שעמדו בפניה של בוחבוט. בסופו של דבר, הרגה את בעלה.

הפמניזם התרבותי פיתחו את **גרסת הדאגה לקשר ולהמשכיות מערכת היחסים**. הם יצאו נגד מודל העדר האופציות וטענו כי מודל זה מתאר את הנשים כאובייקטים פאסיביים ותלותיים תוך שהוא שולח מסר חזק של ה"קרבניות" של האישה. אלו הם מודלים גבריים לתיאור האישה-קרוב, מכיוון שגבר מגדיר את עצמו "לעומת האחר". להבדיל, טוענים אנשי הזרם כי נשים מגדירות את זהותן הנשית ב"המשכיות לאחר", משמע: דרך מערכות היחסים המשמעותיות בחייהן. הניתוח של הפמניזם התרבותי ישים את הדגש על כיצד משפיעה אתיקה של דאגה לזולת על ההתמודדות של נשים עם אלימות תוך משפחתית, ועל האופן בו זה משפיע על החלטתן לעזוב את הבית (ובכך לנסות להסביר את מצבן הנפשי).

### **התסמונת בראי הסייגים לאחריות הפלילית**

אחת מן הטענות שעולות בעניין תסמונת האישה המוכה בראי סייג ההגנה העצמית, היא שסייג ההגנה העצמית אינו תואם לנשים מתגוננות. סייג ההגנה העצמית, כך אומרים הטוענים, מבוסס על שתי פרדיגמות:

- מפגש פתאומי חד-פעמי עם גבר זר.
- השניים שנפגשו, הם שקולים ושווים בכוחם.

לב הטענה היא כשנחקקו כללי ההגנה העצמית, הם נועדו להגן ולהקים סייג לגבר שתוקף לשם הגנה גבר אחר שווה לו בכוחו. האישה לכשעצמה שונה מן הגבר בכוחה ומיומנותיה, ולכן הסייג כפי שהוא מנוסח בחקיקה הפלילית, אינו תואם לסיצואציה הנפוצה שבה נשים ממיתות. בנוסף, סייג ההגנה העצמית דורש פעולה מיידית להתרחשות מאיימת מצד אחר – גם בכך חוסר התאמה.

גישה אחרת גורסת כי הבעיה אינה בהגדרת הסייג, וכי ניתן להחילו על סיטואציה של אישה מוכה. אלא שהבעיה היא בדעה הקדומה של השופטים – האופן בו ביהמ"ש מפרש את התנאים של סייג ההגנה העצמית. הם נמנעים מליישם את הסייג על הסיטואציה מטעמים של סבירות, מתוך מחשבה שמעשיה של האישה נובעים מנקמנות, ומתוך פחד מפני מדרון חלקלק.

*נסכם את שתי הנקודות הבעייתיות: המיידיות של התגובה, הסבירות והפורפוציה של הפעולה.*

תופעת האישה המוכה נועדה להגמיש את הקריטריונים של סייג ההגנה העצמית. היא לא נועדה להמציא סייג חדש לנשים מוכות, והיא לא נועדה להעמיד להם תירוץ למצב נפשי בזמן שעשו את אשר עשו. אלא שהתופעה מבקשת להציג מהי תגובה נורמלית של אדם רגיל שנקלע למצב לא נורמלי. לכן, כאשר הנשים צריכות להוכיח שהן האמינו בכנות שהן נמצאות בסיטואציה של הגנה עצמית, השופטים לא תמיד מאמינים להן. כאן נכנסת לתמונה עדות מומחה שצריך להסביר כי אישה מוכה כבר מכירה את מסלול ההתנגשות, והיא יכולה עפ"י הסימנים לצפות את עוצמתה של המכה הבאה.

- בשנת 1979 בפ"ד איבאן טאמאס בארה"ב, הוכרה לראשונה תופעת האישה המוכה כמבססת את התקיימותם של תנאי סייג ההגנה העצמית. ביהמ"ש קבע כי התסמונת נסמכת על מקורות מדעיים אמינים וכי היא רלוונטית לביסוס טענת הגנה של אישה מוכה.
- באוסטרליה, התופעה מוכרת הן לצורך סייג ההגנה העצמית והן לצורך סייג הכורח.
- באנגליה, הועלתה לראשונה תופעת האישה המוכה במסגרת פ"ד אלובליה. אך באנגליה, ביהמ"ש הכיר בתופעה כמקיימת את התנאי ה-*Abnormality of the mind*, ובכך מקנה טענת הגנה נפשית, ולא הגנה עצמית.
- בישראל, כיום, התופעה אינה מוכרת כסייג [למעט החריג בפרשת בוחבוט ודעתה של דורנר שרואה בתופעה נסיבה מקלה לצורך העונש].

**החוק למניעת אלימות במשפחה** – מטרתו להגן על אישה במצבים כגון דא, ובין היתר באמצעות צו הרחקה, ואיסור נשיאת נשק ע"י הגורם המאיים. **סעיף 86** לחוק העונשין מקנה לביהמ"ש סמכות לשלוח אב אלים לטיפול בקהילה, באמצעות צו מבחן. כמו כן, בעקבות פרשת בוחבוט הוסף **סעיף 300א** לחוק העונשין המתיר לביהמ"ש לקצוב עונש נמוך ממאסר עולם, במסגרת עבירת הרצח, אם התקיימו התנאים הקבועים לכך בסעיף, ובהם: חריגה מתנאי סייג הגנה עצמית.

## הצידוק

במסגרת **סעיף 34יג** לחוק העונשין נכללות מספר היפותיזות שונות. איחודן נובע מכך שהם מייצגים התנהגויות מקובלות ומוכרות בחברה – אלו הם אלמנטים שונים המבטאים את ביצוע הדין, דעת **פלר**. בין יתר הדברים המוזכרים בסעיף:

- **סעיף 34יג(5) דן במעשה אגב פעילות ספורטיבית**: במהלך פעילות מסוג זה, נעברות עבירות רבות. עבירות, שהמשתתפים בפעילות – הסכימו להם, ולו הסכמה מכללא. אך גם אם השחקן האחר מסכים כי פעולות אלו תבוצענה בו, הרי שאין מקום ל"הסכמה" בדין הפלילי (להבדיל מן הדין האזרחי) והיא נעדרת נפקות. אי לכך, בוסס הסייג הנ"ל. התנאים לסייג הם –

- המעשה היה תוך פעילות ספורטיבית או משחק ספורטיבי,
- שאינם נוגדים את הדין או את תקנת הציבור,
- בהתאם לכללים הנהוגים בהם.

- **סעיף 34יג(3) דן בטיפול רפואי, הטעון הסכמה, אך אין אפשרות להשיגה**:

- **סעיף 13 לחוק זכויות החולה** קובע כי כל טיפול רפואי ואבחון טעונים הסכמה מדעת.
- "כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי" – ה"מעשה", משמע: הטיפול הרפואי. ישנה מיידיות הנדרשת לביצוע המעשה, שכן אחרת לא יחול הסייג. אם המעשה לא היה דרוש באופן מיידי ובכ"ז פעל הרופא כפי שפעל, יש לפנות לסעיף "טעות במצב דברים" כדי לבסס צידוק מדומה.
- "לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו או למניעת נזק חמור לבריאותו" – הערכים עליהם המעשה אמור להגן. אם הנזק אינו חמור, הרי שהסייג לא יחול.

○ "אם לא היה בידו להשיג את ההסכמה" – כשאין אפשרות להשיג את ההסכמה, כגון: נפגעי תאונות דרכים מחוסרי הכרה.

יש לציין כי סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה דומה עד מאד לסייג דלעיל וקובע כי לא ישא רופא באחריות משמעתית בנסיבות של מצב חירום, כאשר לא ניתן להשיג הסכמה מדעת של המטופל. זאת כאשר ניתנה הסכמה של שלושה רופאים.

**בל נשכח כי רופא המבצע טיפול רפואי לצורך בריאותו של חולה ובהסכמתו – נכנס לסייג בסעיף 34(ג1).**

■ סעיף 34(ג4) דן בטיפול רפואי שנעשה בהסכמה: הסעיף עוסק בטיפולים שאינם לצורך בריאותו של האדם, אך הנעשים בהסכמתו. במבט ראשון נראה כי אם ישנה הסכמה מצד החולה, הרי שהרופא ינהה מן הסייג הקבוע בסעיף 34(ג1). אם כן מה מטרת הסעיף הזה? מדובר במקרים אשר אינם נוגעים לבריאותו של האדם, כגון: רפואה פלסטית-אסתטית.

○ הרבה מן השאלות שניתן "לשחק" עליהן נובעות מלשון הסעיף בדבר "טובתו" ו-"טובת הזולת". האם המתת חסד נכנסת במסגרת לשון החוק? ברית מילה?

## המתות חסד

האם לאור ס"ק (4) המתות חסד הפכו טיפול רפואי לטובתו של אדם, וכתוצאה מכך – מותרות?

בעת המודרנית הגענו למצב שאנו בעלי יכולת להביא להארכת חיים מבלי יכולת בהכרח לרפא את אותם חולים. דא עקא, לא תמיד הארכת החיים פירושה גם איכות חיים, אלא שפעמים רבות היכולת להאריך חיים באמצעים מלאכותיים, גורמת ותורמת להארכת הסבל של החולה ושל משפחתו. רבים מאיתנו מבחינים ברגסיה ממנה סובלים אנשים קשישים ותופעות של שטיון. תופעות אלו לא היו קיימות בעבר, אלא שהן תופעות נלוות להתפתחות הטכנולוגיה הרפואית.

במסגרת הקורס אנו נעסוק אך ורק בחולים סופניים, אלו שע"פ האבחון הרפואי – סופם וודאי באופן מוחלט. התנאי השני הוא כי החולה המדובר יהיה בגיר וכשיר (מי שהוא עצמו יכול להביע הסכמה כדין). התנאי השלישי בו נעסוק הוא חולה שהביע מפורשות את רצונו למות, או לחילופין שחיו לא יוארכו באמצעים מלאכותיים.

יש להבחין בין שתי גישות שונות בנושא זה. האחת, המתת חסד אקטיבית. השניה, המתת חסד פסיבית.

■ **המתת חסד פסיבית**: אין לחייב אדם לקבל טיפול רפואי שהוא אינו חפץ בו ואשר כל שביכולתו של אותו טיפול זה להאריך את חייו את סבלו. כלומר, המנעות מכל פעולה אקטיבית שאין בה יכולות לרפא. כך ניתן לחסוך מן החולה את כל הסבל הכרוך בהארכת מלאכותית של החיים. תומכיה של גישה זו (ובהם פרופ' עמנואל גרוס) טוענים שיש להמנע מטיפול רפואי במצב של העדר תוחלת חיים. אי לכך, בהעדר שני תנאים המצביעים על העדר תוחלת חיים:

○ התנאי האובייקטיבי – הרופאים קבעו כי מדובר בחולה סופני שאין אפשרות להצילו.

○ התנאי הסובייקטיבי – החולה עצמו הגיע להכרה כי אין עוד טעם בחייו.

▪ **המתת חסד אקטיבית**: עשיית מעשה לצורך המתת החולה המעוניין בכך. בפעולה זו יש משום הקדמת מועד המוות הטבעי. להבדיל מן הגישה לעיל, כאן הפעולה היא אקטיבית הלכה למעשה. פרופ' לאון שלף הוא מתומכי גישה זו.

הדוגלים בהמתה הפסיבית, והמתנגדים להמתה אקטיבית סבורים כי הזכות לחיות בכבוד כוללת גם את הזכות למות בכבוד. לדידם, ישנו ערך מיוחד גם בעובדה שאדם לא יאלץ לסיים את חייו ביסורים רבים או תוך טשטוש להפחתת כאבים. החיים, לפי גישה זו, אינם ערך מוחלט אלא שישנה תוחלת חיים. תוחלת החיים מתוארת על ידם כתקווה שיש לאדם לגבי כיצד חייו יראו מחר. לכן, אדם שסופו וודאי בהתאם לפרוגנוזה הרפואית, הרי שאין לו תוחלת חיים.

מאידך, תומכי ההמתה האקטיבית סבורים שגישתם אנשי ההמתה הפסיבית היא פשרה רעה, שכן כבר בהחלטה שלא להשתמש בכל הידע והציוד הרפואי הקיים כדי להאריך את חייו של האדם, הרי שיש בכך הסכמה שערך קדושת החיים – אינו ערך מוחלט. האם נשאיר את אותם חולים סופניים למות בייסורים?

ניתוק ממכשירי החיאה היא אקטיבית, שכן הרופא "מוציא אנרגיה פיסית" ע"מ לבצעה. אך גם המתנגדים להמתת חסד אקטיבית – תומכים בניתוק ממכשירים. זאת, מן החשש שרופאים ימנעו מלחבר את החולה, בטרם קבלת פרוגנוזה רפואית מלאה, למכונות ההחיאה.

#### **המתות חסד אקטיביות – משפט משווה:**

▪ **הולנד**: ביהמ"ש ההולנדי הכיר ברשות לבצע המתות חסד, ובמשך השנים נקבעו בפסיקה ההולנדית תנאים שונים שבהתקיימם ניתן להמית אדם שהביע את רצונו לכך. בראשית שנות ה-90, המחוקק ההולנדי חוקק סעיף צידוק העוסק בנושא המתות החסד של חולה שהביע רצונו לכך. לאחרונה חוקק המסדיר את המתות החסד בצורה רשמית.

▪ **בלגיה**: התקבלה הצעת חוק להסדרת המתות החסד.

▪ **המחוז הצפוני של אוסטרליה**: אוסטרליה, כמו ישראל וקנדה, היא גם כן מדינה שבה יש חלק הטוען לעצמאות ממדינת האם. חלק מן הדברים בהם עניין זה בא לידי ביטוי הוא חקיקה עצמאית. ב-1996 חוקק במחוז הצפוני חוק המתיר המתות חסד אקטיביות של חולה בגיר, כשיר וסופני, שהביע את נכונותו למות. כל זאת, בתנאים מחמירים ביותר. חודשים לאחר מכן, חוקק חוק בפרלמנט האוסטרלי המבטל זאת.

▪ **ארה"ב**: בארה"ב ישנה הבחנה בין חולים סופניים לבין חולים המצויים במצב של 'צמח'. בזמן שהראשונים מחוברים למכונות החיאה, הרי שהשניים מחוברים לרוב רק למכשירי הזנה. כשדנים בניתוק ממכשירים בארה"ב, המדובר בניתוק ממכשירי החיאה הנחשבים כ-"טיפול רפואי". מכשירי הזנה נתפסים כ-"טיפול סיעודי".

○ ב-1976 ניתן פ"ד תקדימי בעניינה של **קארן קווינלנד**. דובר בבחורה צעירה שהיתה מחוברת במשך שנה למכשירים משני הסוגים, כאשר הוריה ביקשו את ניתוקה ממכשירי החיאה. בקשתם אושרה ע"י ביהמ"ש. למרבה ההפתעה, היא המשיכה לחיות במשך כ-9 שנים, כאשר היא מחוברת למכשירי הזנה. בעקבות פ"ד הכירו מדינות רבות בארה"ב בזכותו של חולה להמנע מטיפול רפואי בניגוד לרצונו, וכן במוסד ה"צוואה בחיים". פסק דין זה משמש את התומכים בהמתה אקטיבית.

○ ב-1990 ניתן פ"ד בעניינה של **ננסי קרוזן**. מדובר בבחורה שנפגעה קשות במהלך תאונת דרכים. לאחר סדרת ניתוחים, חוברה למכונת הזנה מלאכותית ומוגדרת כצמח. צפו לגביה כי תחיה

במשך כ-30 שנה. הוריה פונים לביהמ"ש בבקשה לנתקה ממכשירי ההזנה. ביהמ"ש של מיזורי מקבל את בקשת ההורים ומורה על הניתוק. האפוטרופוס הכללי של המדינה מגיש ערעור לביהמ"ש לערעורים וטען כי המדובר בנושא תקדימי שעליו להבחן בביהמ"ש העליון. כך היה. דא עקא, ביהמ"ש העליון הפך את ההחלטה תוך שהוא מסתמך על החוק במדינת מיזורי, המקדש את ערך החיים. בנוסף קבע ביהמ"ש העליון כי לחולה הכשיר והבגיר המסוגל להביע את דעתו – זכות חוקתית לסרב לקבל טיפול רפואי. הוסיף ביהמ"ש כי התרת המתות חסד צריכה לבוא לידי ביטוי בחקיקה של כל מדינה ומדינה.

○ ב-1989 עבר בארה"ב חוק פדרלי ("The Danforth Bill") המחייב כי בכל חדרי המיון בארה"ב יהיה טופס שהוא למעשה צוואה בחיים, לעניין המתה פסיבית. ההמתה האקטיבית אסורה בארה"ב.

○ ב-1990 המציא רופא-פתולוג במדינת מישיגן מכונת מוות המזריקה רעל באופן מבוקר לחולה ומביאה למותו. פעמיים הוא הועמד לדין באשמת סיוע לרצח, אך זוכה מכיוון שהחוק במדינת מישיגן לא אסר על סיוע להתאבדות. בעקבות זאת, שינתה מישיגן את החוק הפלילי שלה. בנוסף, הרופא-פתולוג מציג בשידור טלביזיוני המתת חסד אמיתית. שוב הוא הועמד לדין, והפעם הורשע.

■ **ישראל:** קיימת כיום הצעת חוק החולה הנוטה למות המבקש להסדיר את הנושא. סעיף "עקרון היסוד" בהצעת החוק קובע כי מצבו, סבלו ורצונו של החולה הם השיקולים הבלעדיים אליהם ניתן להתייחס במתן החלטה בעניין, ולא שום גורם חיצוני אחר (כגון רצונם של בני משפחה).

#### המתנגדים להמתות חסד ככלל:

המתנגדים להמתות חסד מביעים את החשש מפני ה"נגיעה" והדיון של המושג הנקרא "חיים". רופא, הם אומרים, צריך להציל חיים. כל חיים. המושג הוא מוחלט ולא ניתן לעשות לגביו סלקציה. הכנסת עקרון תוחלת החיים לתוך המושג עלולה ליצור פריצת גבולות. מחר יתכן שעפ"י תפישותינו הערכיות נחליט גם שחייהם של הלוקים בשכלם, הבלתי שפויים וההומוסקסואלים הם "חסרי תוחלת", ובעקבות כך – אינם חיים. היכן הגבול?

ההיבט השני של המתנגדים להמתת חסד הוא הלחץ הנפשי והחברתי שיהיה על החולים הסופניים. הטיעון הוא שבמידה והמתת חסד מרצון תהפוך לנורמה מקובלת בקרב חולים סופניים, יוצר מצב שחולים סופניים אשר רוצים להמשיך ולחיות, ירגישו עם כך שלא בנוח.

טעם נוסף להתנגדות מתייחס לתופעות של נס רפואי. מנגד, טוענים אנשי המתת החסד הפסיבית שגישתם מאפשרת לניסים רפואיים להתרחש. התשובה לכך היא שניסים רפואיים בד"כ קורים כתוצאה ממעשה כלשהו או יוזמה של רופא.

#### **המצב החוקי בישראל**

ניתן לומר שהבעיה האתית-מוסרית עם המתות חסד נפתרה בעקבות חקיקת חוק זכויות החולה המחייב את הסכמתו של אדם לשם קבלת טיפול רפואי. אך עוד קודם לכן הכירה הפסיקה באוטונומיה של אדם על גופו. אלא שכבר אז קבעה הפסיקה כי זכות זו, כמו כל שאר זכויות האדם, היא זכות מוגבלת – ויתכנו מצבים בהם תהא נגיסה באותה הזכות. לכן, יש לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ולהחליט האם זכותו עומדת לו, או שמא עליה ליסוג.



- הפסיקה הישראלית הלכה בעקבות הפסיקה האמריקאית ואימצה מבחנים לשם בחינת מעמדה של הזכות הנ"ל. בפסקי הדין **קורטס, שפר** ואחרים נקבעו מהם האינטרסים הנוגסים בזכותו של האדם לאוטונומיה על גופו. הנה:
- **רצונו האמיתי של החולה הוא לדבוק בחיים**: כאשר חולה מגיע במצב שאינו יכול להבין באופן מלא את מצבו (לעיתים מכח מחלה הגורמת להצגה מעוותת של המציאות, כגון: אנורקסיה) או במצב שהוא לא יכול להביע באופן ברור את רצונו, ואף אדם שלא ניתן לתקשר איתו באותו הרגע, יש להניח לגביו כי הוא לא יכול להביע את דעתו כראוי, ורצונו הוא ככה"ל לדבוק בחיים.
  - **עקרון קדושת החיים**: הזכות לחיים היא אחת מזכויות היסוד של האדם. כך, אדם המגיע עם דלקת ריאות לביה"ח וכל שעליו לעשות הוא לקבל טיפול אנטיביוטי תוך-וריד, אך הוא מסרב – לא נאפשר לו לסרב מתוך הכרה בעקרון הקדושה שבחיים.
  - **הגנה על מקצוע הרפואה**: מקצוע הרפואה נועד לרפא אנשים ויש לשמור על מעמד המקצוע כתוצאה מכך [ג"ב: אין זה חל על חולים סופניים שהרי מקצוע הרפואה אינו יכול לרפא אותם].
  - **הגנה על צד ג' שתלוי בחולה**: כאשר המוות משפיע באופן ישיר על בריאותם או בטחונם של צדדים שלישיים, זה יכול להסיג בזכותו של אדם להמנע מטיפול רפואי (דוגמא: אם חולה סופנית בעלת ילדים עם חרדת נטישה משמעותית; אישה הרה שנפגעה בתאונת דרכים והוחזקה בחיים רק לשם הלידה – בשתי הדוגמאות הביעו הנשים כי אינן מעוניינות להמשיך ולחיות במצבן).

#### המתת החסד הפסיבית בישראל:

**בפרשת ישראל גלעד** ציין ביהמ"ש כי הדין הפלילי אינו מציע גישה פסקנית לשאלת המתת החסד הפסיבית. גם סעיף 34 אינו מעניק לכשעצמו פטור מאחריות פלילית. הרקע לחקיקה היה שונה, שהרי הוא כוון למקרים של נתיחה פלסטית-אסתטית, ולא להמתות חסד. בהתחמקו ממתן תשובה, ציין ביהמ"ש כי המדינה כבר הצהירה כי הענות הרופאים לבקשת החולה תואמת את הדין והפסיקה. יוצא מכך שביהמ"ש לא נתן החלטה, אלא "הסתפק" בהסכמתה של המדינה. משחרב הדין הפלילי אינה מונחת על צווארם, מוצאים עצמם הרופאים בפני דילמה אתית-מוסרית, בה "אף ביהמ"ש לא יכול להכריע".

בבחינת הדין הפלילי עולה כי **סעיף 18ג** לחוק העונשין קובע כי **מחדל** הוא "המנעות מעשייה מקום שקיימת חובה עפ"י דין או עפ"י חוזה". משמע, המשפט הפלילי קובע כי המחדל שקול להתנהגות אקטיבית רק מקום בו צמודה למחדל חובה לפעול. בהעדר חובה לפעול, אין למחדל כל נפקות פלילית. משמע: מקום בו מסרב החולה לקבל טיפול רפואי בכל תוקף, הרי שמותו לא יזקף לחובת הרופאים.

אי לכך יש לראות האם יש על רופא חובות לפעול במצב בו הפרוגנוזה הרפואית היא שמדובר בחולה סופני<sup>2</sup>, והחולה אינו מעוניין בטיפול הרפואי. יש בכך כדי לפטור רופאים המבצעים המתת חסד פסיבית.

בתשובה לסבורים כי בין רופאים וחולים ישנו חוזה "מכללא" המחייב את הרופא לטפל בחולה ויהי מה, עונים המתנגדים כי כאשר החולה אינו מעוניין לקבל את הטיפול מחד, והרופא אינו יכול לרפאו מאידך הרי שהחוזה מכללא בין ביניהם אינו חל או אינו יכול לחול.

אך גם לכך יש גבולות. למרות שהדירה רגליה מן העניין, קבעה הפסיקה מספר תנאים הנוגעים להמתות חסד:

<sup>2</sup> להדגיש: שבועת הרופאים (שבועת היפוקראט) חלה רק לגבי אדם אותו הרופא יכול לרפא או להקל על סבלו. סייגים במשפט הפלילי – ג'ודי ברודר סוכס ע"י ד.ג.כ. (2002) עותק "עולם המשפט"

- פ"ד יעל שפר : השופט אלון קובע כי המתת חסד היא אסורה, לרבות ניתוק ממכשירים (קרי, פסיבית).
- פ"ד בנימין איל : השופט גורן קובע קריטריונים שעל רופא סביר לשקול בעת החלטתו – הבעת רצון מפורשת מצד החולה ; על ההחלטה להתקבל באותו רגע קריטי ; על ההחלטה להתקבל ע"י הדרג הרפואי הבכיר ביותר.
- פ"ד איתי ארז : גבר צעיר לקה ב-ALS (ניוון שרירים), שהיא מחלה סופנית חשוכת מרפא. הוא הוחזק בחיים בעזרת מכונות הנשמה והזנה, אך היה בהכרה מלאה כל הזמן. הוא פנה לביהמ"ש בבקשה לאפשר לו לא לקבל טיפול רפואי בניגוד לרצונו. ביהמ"ש ממשיד בקו שהחל מספר שנים קודם לכן לפיו אין חובה לכפות טיפול רפואי על חולה, ואם יגיע למצב בו לא יוכל להתקיים ללא מכונות החיאה – הרי שאין לכפות עליו את הטיפול הנ"ל.

### המתות חסד : הפסיקה בישראל

השופט אלון, בפרשת שפר, טוען כי נקודת המוצא היא חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו. החוק מצווה לשלב בין שני ערכים : מדינת ישראל כמדינה יהודית מחד ודמוקרטית מאידך. לצורך השילוב, הוא מבקש למצוא מכנה משותף בין היהדות לדמוקרטיה, ולכן מגיע למסקנה כי המתה אקטיבית היא אסורה. דין ניתוק ממכשירים, לדעת השופט אלון, הוא כדין בגדר המתת חסד אקטיבית – אסורה.

השופט קלינג, בה"פ 222/95, קובע כי ניתוק ממכונה, להבדיל מהמנעות מחיבור, היא התנהגות אקטיבית העונה על הגדרתה של עבירת ההריגה, למצער. ביהמ"ש אינו מסמך, כך הוא אומר, לצות על רופא לבצע את אחת מעבירות ההמתה.

בחוזר 2/96 של מנכ"ל משרד הבריאות נדונה סוגיית החולים הסופניים, ובו נקבעים מספר תנאים להמתת חסד, כגון : דעת שני רופאים עצמאיים, החלטה ברגע הקריטי, וכדומה. החוזר אינו מתייחס לנושא הצוואה בחיים, אלא שעל החולה להביע את דעתו העצמאית בסמוך למעשה, ולא לפני כן.

ב-1996 נחקק חוק זכויות החולה, ובעקבותיו מוקמות בכל בתי החולים ועדות אתיקה. ועדות האתיקה בוחנות את בקשותיהם של חולים סופניים להתנתק מן המכשירים.

עיננו רואות כי פסיקתו של אלון לא התקבלה כמחייבת, וכי בתי המשפט המחוזיים (שאינם כפופים זה לפסיקתו של זה) מביעים דעות אך שונות.

בפ"ד ביפס, בעניין חולה סופנית שביקשה להתנתק ממכשיריה, בחנה השופטת סירוטה את ההיבטים הפליליים של המתות החסד וקבעה כי ניתוק ממכשירים ואי-חיבור למכשירים הם שני צדדים לאותו המטבע, וכי אין צורך לפנות לערכאות שיפוטיות בעניין שהרי לא ניתן לתת סעד הצהרתי למבקש מראש – לביהמ"ש אין כלים לדון בכך. ההחלטה צריכה להתקבל לפי שיקול דעתו של הצוות הרפואי – לפיכך, אין המבקשת זקוקה לדעתו של ביהמ"ש.

בה"מ (ת"א) 10403/99 לובצקי נ' קופ"ח לראשונה מגיעה בקשה לנתק חולה ממכשיר הזנה (להבדיל ממכשירי ההחייאה בהם דנו עד כה). השופט טלגם מתיר ניתוק ממכשיר הזנה. אלא שאז, קופ"ח הגישה ערער לעליון, וביהמ"ש העליון הופך את פסק-הדין, אך מבלי לנתח עניינית את השאלה העומדת על הפרק.

### המתות חסד אקטיביות: בראי תיקון 39

בדין הפלילי כל התנהגות אקטיבית בעלת תוצאה אסורה, שנלווה לה היסוד הנפשי הנדרש – היא בגדר התנהגות אסורה. הדילמות שהיו בבסיס ההמתה הפסיבית, אינן ננמצא כשאנו דנים בהמתה אקטיבית. הדבר היחיד שיכול "להוציא" אדם מחבות פלילית במקרה זה – הוא סייג.

כאן נכנס לדיון סעיף 34ג(4). האם תיקון 39 יצר לנו סייג להמתת חסד אקטיבית? נראה כי לשון הסעיף "עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת" יכולה לכוון לכך. אך כבר ראינו כי כוונתו של המחוקק לא היתה המתות חסד. להדגיש: עוד לפני חקיקת התיקון, בשלב ניסוחו – נשמעו קולות רבים בציבור כי הוא פותח פתח להמתות חסד. הדבר היה ידוע, ואף אחד מחברי הכנסת ביקש להכניס לסופו של המילים "למעט מעשה שתכליתו לקצר חיי אדם או לסיימם". הסעיף, עבר כמו שהוא לחוק העונשין. האם יש בכך להעיד על משהו?

- **פרופ' פלר סבור** כי "טיפול או פעולה רפואיים שהם לטובת האדם או לטובת הזולת", הכוונה היא שמבחינה אובייקטיבית זהו טיפול לטובת האדם, ולא מבחינה סובייקטיבית. הסעיף אינו סובל פעולה שמטרתה המתה.
- **פרופ' קרמניצר** גם הוא קובע כי שלא יתכן לפרש את לשון הסעיף כאילו הוא מאפשר המתות חסד. מוסיף קרמניצר ואומר כי כדי לאשר המתות חסד, על ביהמ"ש לעבור שלושה "מחסומים": הראשון, הסכמת הדין לכך. השני, "לטובתו של אדם" – טיפול שכל מטרתו המתה, אינו יכול להיות לטובתו. השלישי, "פעולה או טיפול רפואיים" – במדינה דמוקרטית ויהודית שיש בה יחס מיוחד לערך של קדושת החיים, אין זה סביר שביהמ"ש ידלג מעל לשלושת מחסומים אלו ויתיר המתת חסד אקטיבית.
- **השופט אלון**, במאמרו על חוקי היסוד, סבור שהמתת חסד אקטיבית ניתנת להסקה מתוך הסעיף. אלא שהמתת חסד אקטיבית נוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדי שהוראת חוק שחוקקה לאחר כניסת חוק היסוד לתוקף, תוכל לעמוד למרות סתירתה – הרי שצריכה להיות הסמכה מפורשת. סעיף 34ג אינו כולל זאת, אי לכך אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.
- **פרופ' עמוס שפירא**, כותב במאמר בעיתון "הארץ", כי הסעיף חל על המתת חסד אקטיבית אך הוא מתנגד לכך. לא יתכן, הוא קובע, שבמדינה שהחלה להכיר בזכותו של חולה לסרב טיפול רפואי יעבור סעיף המתיר, בהסח הדעת, המתת חסד אקטיבית, מבלי שיתקיים בנושא דיון ציבורי.

## הצידוק בביצוע הדין

קעת נדון בסעיפים 34(1) ו-34(2). שניהם עוסקים בביצוע הדין, משמע: העושה, אכן ביצע מעשה פלילי, אך הוא הדין אפשר לו לעשות זאת.

### **הצידוק בביצוע הדין: ס"ק (1)**

הסעיף מתאר מצב בו המבצע היה חייב או מוסמך לעשות את המעשה, באופן ישיר מכח הדין. כל סטייה, ולו הקלה ביותר, מן החובה או ההסמכה – מוציאה את העושה ממסגרת הסייג. כדי לבחון את השאלה האם העושה פעל תחת הסייג, עלינו לגשת ולבחון את הדין לפיו הוא לכאורה פעל.

**סעיף 17 לחוק הפרשנות** קובע כי "הסמכה לעשות מעשה או לכפות עשייתו משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". כך, כבאי המוסמך לכבות שריפות, הרי שמותר לו לפרוץ לתוך בית לשם זאת.

ההקשר בו הסייג בד"כ מתעורר הוא ההסדר העוסק בשימוש בכח קטלני, אגב ביצוע מעצר. בפ"ד גולד, השופט אגרנט, קובע שלושה תנאים לשימוש בכח קטלני אגב ביצוע מעצר:

1. המעצר חוקי – השוטר או החייל מוסמכים לעצור במקרה הקונקרטי הזה.
2. המדובר בעבירה מסוג פשע.
3. אין דרך אחרת אלא לעשותו.

כללים אלו שימשו עד לפרוץ האינתיפדה. בפ"ד אנקונינה, השופט שמגר, מצמצם את הלכת גולד. התנאי הראשון נשאר על כנו, אך התנאי השני שונה ל"עבירה מסוג פשע היוצרת סכנה לחיים או לגוף". כלומר, ביהמ"ש קובע כי על השוטר/חייל להפעיל שיקול דעת ולא להסתפק בפורמאליות של סיווג העבירה. עליו לשאול מה יהיה המחיר אם לא ישתמש בכח קטלני. רק אם התשובה היא שאותו אדם שאת בריחתו אנו מנסים למנוע, הוא עצמו, יסכן חיים ו/או גוף – רק אז אפשר להשתמש בכח קטלני. לשם כך, על השוטר לבדוק מה טיב העבירה שהאדם ביצע ומה טיב העבירה שהוא עשוי לבצע במידה והוא ימלט. התנאי השלישי מחייב כי הפעלת כח קטלני תהיה האמצעי האחרון, משמע: נוסו בפועל דרכים אחרות.

### **הצידוק בביצוע הדין: ס"ק (2)**

מצירוף לשון הסייג המצוי בסעיף יחד עם הדין שמכוחו ניתן הצו, הכלל הוא שמקבל ההוראה מן הממונה עליו כדין חייב לציית לה גם אם היא אינה חוקית – יעמוד לו הסייג. להבדיל מס"ק (1), הרי שהסייג שבסעיף זה דן במצב בו קיימת למבצע חובה לקיים את הפקודה/צו, שאם לא – יעמוד לדין משמעותי.

הסעיף חל על עובדי ציבור, או על כל מי שיש עליו דין משמעותי.

ער"מ 1/82 עיריית ת"א נ' רובין: "המשמעת היא מרכיב יסוד בשירות הציבורי. בלעדיו לא יכון השירות ולא יוכל לבצע את המוטל עליו. עובד יכול לערער אחר ההוראה אך זה אינו פותר אותו מלמלא אחריה, אלא אם כן היא בלתי חוקית בעליל". ביהמ"ש חזר על דבריו בער"מ 3/85 ציטיאס נ' עיריית ת"א: "עובדי הרשות המקומית חייבים למלא את ההוראות הניתנות להם, אפילו שאינן חוקיות או אינן מדוייקות, כל עוד לא ברור וגלוי שההוראה בלתי חוקית, ורק לאחר הביצוע – יבררו את חוקיותה". כך, מקום שקיים דין משמעותי הקובע חובת ציות, למציית עומד סייג לעבירה הפלילית.

יש לציין כי המגזר הציבורי בישראל הוא מגזר עצום במימדיו. יש הסבורים, כגון ד"ר רות קנאי, כי אין להחיל סייג זה על מגזר כה רחב. לכן, ביהמ"ש צמצם את הסייג באמצעות פרשנות מצמצמת למילים "צו", "פקודה" ו"הוראה". אחד התנאים שהוסיפה הפסיקה היא כי מוציא הצו יהיה בעל הסמכות המנהלית לעשות זאת (בל נשכח כי גם כאן ניתן לפנות לדיני הטעות, כאשר נותן ההוראה סבר שמותר לו לעשות כן), שהצו יהיה לצורך תפקודה של הרשות, שהצו ינבע מתוך מטרותיה של הרשות, וכדומה.

## הצידוק הצבאי

הסעיף המשלים לסעיף 34ג(2) לחוק העונשין הוא **סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי**: "לא ישא חייל באחריות פלילית... אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית".

קצרה היריעה מלתאר ולפרט את חשיבות כוחות הצבא והחשיבות למבנהו, להרכיב שלו, לשיטות הפעולה שלו, וכדומה. חשוב לציין כי האנשים המרכיבים גוף כה גדול זה אינם תמיד יכולים לראות ולצפות את התמונה בכללותה, לכן אחד האלמנטים ההכרחיים לצורך ניהולו התקיין של הצבא הוא – ציות. מקום בו קובעים עפ"י חוק חובת ציות, כמעט מוחלטת, יש לתת למי שחוייב לציית סייג מפני אחריות פלילית. אך יש לומר כי צבא אינו רק מגן על טריטוריה, אלא שהוא מגן על מטען ערכי שלם: מדינה, חוק, חברה ומוסר. מתן סייג מוחלט לחיילים מפני כל עבירה פלילית שהם יבצעו, קיים חשש גדול כי הם לא יהססו להפר את החוק ולמעשה הם יפגעו באותם ערכים עליהם הם אמורים להגן.

הדילמה ב"רמת החייל": סעיף 122 לחשפ"צ קובע את עבירת **סירוב לקיים פקודה**. סעיף 123 מגדיר את עבירת **אי קיום פקודה**. סעיף 124 מגדיר את עבירת ביצוע הפקודה **בהתרשלות**. מתוך סעיפים אלו משתקפת חובת הציות לפקודות. סעיף 125 מסייג את חובת הציות במקרה ש: "אם ברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית". שורש הבעיה מונח כאן: אם חייל יציית לפקודה, אך בדיעבד יתברר כי היא היתה בלתי חוקית בעליל – אזי הוא ישא באחריות פלילית בגין המעשה שעשה אגב ציות לפקודה. מנגד, אם יסרב החייל לבצע את הפקודה מכיוון שהוא סבור שהיא בלתי חוקית בעליל, אך בדיעבד יתברר כי הפקודה היתה בלתי חוקית 'בלבד', הפעם ישא באחריות מכח חוק השיפוט הצבאי.

ההקבלה בין חוק העונשין לבין חשפ"צ היא מלאה. לכן, ניתן להשתמש בביטויים המופיעים בשני הסעיפים לסירוגין כל אימת שהדבר נדרש. כעת נבחן את התנאים המצויים בסעיפים.

### ▪ פקודה / צו:

הפסיקה הבחינה בין פקודה, במובן של פעילות מבצעית, לבין כל נוסח אחר של פנייה של מפקד אל פקוד – אשר אותם אין לראות כ"פקודה".

וכך הגדירה זאת: **פקודה היא צו שניתן לחייל במסגרת שירותו הצבאי ולצורך מטרה צבאית בהקשר לפעולות הצבא**.

בקשה של המפקד, אישור של המפקד, ידיעה של המפקד – אינם פקודה. ולכן פעולה על-פיהם לא יקנו לפקוד את הגנת הסייג. להדגיש: כאשר כן ניתנה פקודה מצד המפקד, **כל חריגה מן ממנה, אינה חוסה תחת הסייג**.

נבחן את הפסיקה אשר דנה בפירוש המונחים "ברור וגלוי" בחשפ"צ, ו"בעליל" בחוק העונשין.

**פ"ד כפר קאסם:** מדובר בתקופת מבצע קדש. באחד מן הימים אחה"צ, הוחלט להטיל עוצר על מספר כפרים באיזור. בתדרוך שמועבר לכל מפקדי המחלקות נאמר מפורשות שיש לירות ע"מ להרוג בכל מי שמפר את העוצר. תושבי הכפרים לא היו מודעים לכך שהוטל עוצר, מכיוון שהם שהו בעבודה עד שעות הערב. בשעה הראשונה של העוצר נורו למוות 43 אנשים תמימים שהתהלכו בכפר. עובדתית, אין ספק כי ניתנה פקודה מפורשת שיש לירות ע"מ להרוג.

בית הדין קובע את מבחן כיצד ניתן לזהות פקודה שהיא בלתי חוקי בעליל: "סימן היכרה של הפקודה הבלתי חוקית בעליל – מן הראוי שיתנוסס מעל לאותה פקודה דגל שחור, כסימן אזהרה האומר "אסור!". לא אי-חוקיות סמויה, נסתרת או נסתרת למחצה. לא אי-חוקיות הנגלית רק לעיני חכמי המשפט. אלא אי-חוקיות גלויה ומובהקת, אי-חוקיות ודאית והכרחית, המופיעה על פני הפקודה עצמה. אי-חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב".

עיקר הביקורת על פסק-דין זה נמתחה על הדברים שביהמ"ש כתב בהמשך ההנמקה: "אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת". על כך אמרו המבקרים שביהמ"ש בעצם קבע מבחן מוסרי, בזמן שהמבחן צריך להיות מבחן אי-חוקיות. מדוע? מכיוון שאנו דנים בחוק המטיל אחריות פלילית, לצידו סייג, ולצידו סייג המסייג את הסייג (תנאי ה-"בעליל"). אין בחוק כל מבחן מוסרי ולא ראוי שיהיה, אלא שחוק בוחן חוקיות ואי-חוקיות, ותו לא.

**פרופ' פלר** סבור שאין צורך ב"דימוי מזדקר" של אי-חוקיות, אלא רק אי-חוקיות גלויה וברורה, בהבדל מי-חוקיות סמויה. הפרמטר, לדידו, הוא אי-החוקיות ולא אי-המוסריות. **עדי פרוש** סבור שלא כל פקודה אשר דוקרת את העין ומקוממת את הלב היא גם בהכרח פקודה בלתי חוקית. ולהיפך, תתכנה פקודות בלתי חוקיות בעליל רבות, אשר הן לא גם בלתי מוסריות.

עם השנים נזנח מבחן "הדגל השחור" ועימו המבחן המוסרי, ובפ"ד **גולני** קבע בית הדין כי מאז 1957 ועד העת הזו דחה צבעו השחור העז של הדגל, מרוב שימוש בו. יש להדרש למבחן אחר.

בפ"ד **גולני** דובר במיידה אבנים אשר נתפס ע"י חיילים והוכה קשות לצורך ענישה והרתעה, כל זאת בהתאם לפקודה שניתנה. בפ"ד **גבעתי א'** דובר בחיילי גבעתי שביקשו לחפש מיידה אבנים בבית מסויים, כאשר האב סרב לאפשר להם להכנס. הם לקחו אותו לחדר הסמוך והיכו אותו קשות. שוב, בהתאם לפקודה. העובדות כמעט זהות בשני המקרים – הכאת אוכלוסיה מקומית שנוטרלה וענישתה ללא משפט בהתאם לפקודה חד משמעית, אך חיילי גולני יוצאים זכאים בדין, וחיילי גבעתי מורשעים.

כך מציין בית הדין בפרשת גבעתי: "אין לשכוח שהקרקע לכשלונו של הנאשמים נוצרה ע"י מפקדיהם כאשר הם חזרו ושיננו להם פקודה שלפיה עליהם להשתמש באלימות כל אימת שהם עוצרים מפר סדר, בלי קשר להתנגדותו למעצר, במשך כדקה או שתיים, וזאת לצורך הרתעה. ולא סתם אלימות, אלא מכות של ממש בידיו וברגליו, שיהיה בהם כדי להכאיב לאותו אדם, ע"מ ששוב לא יחפוץ לקחת חלק באירוע נוסף של הפרת סדר, כמו גם חבריו".

קעת נבחן את המבחנים המשפטיים שלאורם זוכו חיילי גולני, והורשעו חיילי גבעתי.

▪ **פ"ד גולני** : פקודה בלתי חוקית נבנת לאור השאלה האם לאור העובדות, חייל סביר היה רואה שזו פקודה בלתי חוקית? כלומר: האם בנסיבות המקרה הקונקרטי, הפקודה היתה נראית חריגה לחייל סביר בנעליו של הנאשם. אמנם, זהו מבחן אובייקטיבי אך כזה המוגבל לנסיבות העניין. אין ספק, שזהו מבחן טוב לחייל, אך הוא אינו אחיד מכיוון שיש לבדוק את נסיבותיו של כל מקרה.

**פרופ' גור-אריה** התריעה כי מבחן זה עלול לסייע להתפשטותן של נורמות שליליות (ע"ע נאציזם או משטרים אפורים אחרים).

▪ **פ"ד גבעתי א'** : פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה הנוגדת לנורמות המשפטיות הבסיסיות של שיטתנו. אין בודקים מה חשב חייל סביר בנסיבות העניין, אלא שביהמ"ש מניח שישנן מספר נורמות בסיסיות ש"כל אדם הגדל ומתחנך במדינת חוק יודע". המבחן הוא: במקרה כזה, חייב אדם לבחון את מוסריות ההיתר עפ"י קנה-מידה אוניברסאלי של אנשים נאורים וברי מצפון. החיילים, היכו עצור לאחר מעצר. בית הדין קובע כי קיים עקרון בסיסי בשיטתנו לפיו אין ענישה אלא לאחר משפט – "כל אדם הגדל ומתחנך במדינת חוק יודע שאין סמכות זולת לבתי המשפט, לענוש אנשים שעברו עבירות. מכות לשם ביצוע מעצר הם חלק מפעולת המעצר. מכות לאחר המעצר הם ענישה שלא בעקבות פסק-הדין ולפיכך אסורות".

לפנינו שני מבחנים שונים לפרשיות עובדתיות כמעט זהות לחלוטין.

**עדי פרוש** מציע להוציא הנחיות ברורות ואחידות לחיילים אשר יסדירו מצבים בהם חובה עליהם לציית לפקודות, ומצבים בהם חובה עליהם לסרב לפקודה.

#### חייל היודע שהפקודה בלתי חוקית

מה הדין כאשר החייל יודע, סובייקטיבית, שהפקודה היא בלתי חוקית אך זו אינה בהכרח פקודה בלתי חוקית בעליל? האם הוא חייב לציית לפקודה (כלומר: האם סעיפים 122-124 לחשפ"צ חלים עליו)? אם יבצע אותה, יעמוד לו סייג?

▪ **פרופ' פלר** סבור שיש הקבלה מלאה בין חוק העונשין לחשפ"צ. לדידו, חייל חייב לציית לפקודה, אם יש לו ספק שהיא חוקית או בלתי חוקית. אלא שאם החייל יודע סובייקטיבית שהפקודה בלתי-חוקית הרי שמבחינתו היא בלתי חוקית בעליל. אסור לו לציית לה, ואם יציית – לא יעמוד לא הסייג.

▪ **פ"ד אייכמן** : במשפטי הנאצים, אחת מטענות ההגנה של הנאשמים היא שהם צוו לעשות את אשר עשו. ביהמ"ש קבע כי דין הגנה זו להדחות לא רק מפני שפקודת השמדה פיסית היתה בלתי חוקית בעליל, אלא גם מפני שלנאשמים עצמם היתה תודעה מלאה בשעת המעשה שהם נותנים ידם לביצוע פשעים נוראיים ביותר.

▪ **פ"ד אלרואי** : "בעובדות כאלה אין צורך לפנות למבחן הדגל השחור. הטעם לכך, שפיו של המערער ענה בו כי ידוע ידע שמפקדו משתף אותו במעשה בלתי חוקי". דובר על חיילים שגנבו תחמושת מבסיס סמוך לבסיסם.

▪ **פרופ' קרמניצר** מבקר את פלר ואת פרשנותו לפ"ד אלרואי, ומציין כי יש בפרשנות משום פגיעה באינטרסים של הצבא. פלר, כך טוען קרמניצר, גורם ל-"בעליל" להפוך למבחן של מודעות. המבחן הראוי הוא מבחן אובייקטיבי. כלומר: רק כאשר אי החוקיות עצמה ברורה וגלויה – חייבים לסרב לפקודה. כל עוד היא איננה ברורה וגלויה, הרי שקיימת חובת ציות מוחלטת.

המחוקק, לא הצליח להכריע בעניין, והשאיר את נוסחו של חוק העונשין כמות שהוא.

#### **חריגים לתחולת סייג הציודוק**

- סעיף 8 לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם: עפ"י הסעיף, הגנה של ציות לצו מגבוה לא תחול עפ"י עבירות מחוק זה. עובדה זו יכולה לשמש אך נסיבה להתחשבות בטיעונים לעונש.
- סעיף 6 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם.



## כורח

**סעיף 34** לחוק העונשין קובע כי כאשר אדם מבצע עבירה בנסיבות בהן הוא מאויים ע"י אחר – לא ישא הוא באחריות פלילית על כך. הכורח עובד על המנטליות של מבצע העבירה. בל נשכח כי גם סייג זה כפוף לסעיף 34טז.

יש להבחין בין סיטואציה של כורח לבין מצב של העדר שליטה. בזמן שהאחרון הוא מצב בו לעושה אין יכולת בחירה בהתנהגות חלופית, בכורח – למאויים ישנה בחירה, לפחות בין שתי אלטרנטיבות, לעשות מעשה או להמנע מעשותו, תוך שהוא נוטל סיכון שמא האיום יתממש או לאו. החוק בכ"ז מכיר בכך שהאלטרנטיבות האלו הן קשות ועלובות.

יש האומרים כי "הכורח אינו נשלט ע"י החוק", כלומר: גם אם המחוקק לא היה מכיר בסייג הכורח, עדיין היינו נוהגים כך. החוק, לא יכול היה לשנות את התנהגותינו או בחירותינו. ישנה מגבלה עד כמה החוק יכול לשנות התנהגות, וכפי שפרופ' פלר אומר – החוק הפלילי לא נועד ליצור גיבורים, אלא מטרתו להגן על אינטרסים חברתיים. בין כה וכה, בני האדם יעדיפו להסיר את האיום מעל פניהם. לכן, הדין חייב להכיר בסייג זה. אילו לא היה כך, החוק היה יוצר עבריינים, אך לא היה מונע עבריינות.

### **"איום בפגיעה על ידי אחר"**

האיום – מהו? לשון הסעיף אומרת "איום בפגיעה על ידי אחר". המעשה הנזכר בסייג נעשה עקב דרישה ספציפית של המאיים. נדרש איום ממשי, איום מפורש. לא די בכך שהמאויים יחוש הוא בסכנה, או בסיטואציה מאיימת סתם, אלא נדרש איום ברמה של "אם לא תעשה כך, יאונה לך כך!".

**7085/93 נג'ר נ' מ"י**: מדובר במקרה בו שלושה גנבים מעזה, אשר אליהם הצטרפו מספר מבוקשים חמושים, תכננו לפרוץ למפעל כבלים בפתח-תקוה. המבוקשים רצחו את שומר המפעל. שלושת הגנבים הואשמו בין היתר ברצח מכח דיני השותפות. השלושה טענו שאין להרשיעם בעבירה זו, מכיוון שפעלו מתוך כורח – פחד ממשי מפני המבוקשים החמושים. טענתם נדחתה בזו הלשון: "דרישת הסעיף היא כי הסכנה הנשקפת מן האיום תהיה מוחשית, דהיינו, שידע המאויים כי האיום הוא של ממש ואת שצפוי לו אם לא יכנע לאיום. במקרה זה, אף אם חששו המערערים כי אם לא יענו לדרישת המבוקשים הידועים כאלימים, יבולע להם או לבני משפחותיהם, אין כל ראיה כי המבוקשים אכן הפנו כלפיהם איום כלשהו". הדרישה היא, אם כן, דרישה לאיום מפורש, ואין די בחשש או איום משתמע.

קביעתו של ביהמ"ש מעט קשה, מכיוון שבעולם הפשע אין צורך באיומים מפורשים ע"מ לנטוע פחד בעיני דגי הרקק. אנשי הפשע יודעים היטב מה יהא דינם אילו לא יבצעו הוראות, או יהוו בעיה בדרך להשגת מטרת העבירה. מצד שני, לא יתכן שכל אימת שתהא סיטואציה מאיימת עקיפה, תקים היא סייג למאויים מפני אחריות פלילית.

האיום צריך להיות במעשה שלא כדין ע"י המאיים כלפי המאויים. הרציונאל הוא שהמחוקק מוכן להכיר רק בהשפעה של איום שהוא כלפי ערך שאנו סבורים שהוא ראוי להגנה עפ"י כל דין שהוא. אם מישהו מאיים שהוא יפגע באחד מערכים אלו אלא אם כן פלוני יבצע עבירה, ופלוני ביצע אותה (בסבירות) – הרי שיעמוד לו הסייג.

דוגמא למעשה שלא כדין: אדם מגלה כי הוא נשא של נגיף האיידס. רופאו איים עליו כי יפיץ מידע זה, אלא אם החולה יעשה מעשה. האיום הוא איום שלא כדין, מכיוון שהרופא מחוייב עפ"י דין לשמור על סודיות רפואית.

### "שנצטווה לעשותו"

הציווי צריך להיות קונקרטי, משמע: מבצע העבירה עשה בדיוק את אותו מעשה קונקרטי, שהמאיים ציווה שהוא יעשה. פרופ' פלר מציין כי הציווי מטבעו חייב להיות קונקרטי, אחרת היה זה מנותק מן המציאות. לכן, גם כל סטיה מגדר הציווי – תשלול מן המבצע את את סייג הכורח.

### "ואנוס היה לעשותו"

זוהי בחירה בין עשיית המעשה בו במקום, לבין מימוש האיום, הגם אם אינו מידי. כאשר נותרת אפשרות להמנע מעשיית המעשה בו במקום לא יראו את האדם כמי שהיה אנוס לעשותו. אנוס, הוא מי שלא היתה לו בעת עשיית המעשה ברירה אחרת. הדגש הוא על עשיית מעשה העבירה. כאשר מימוש הסכנה הוא מידי, זה מצביע גם על כך שהמעשה שהאדם נצטווה לעשותו הוא גם כן מידי.

לכן, סיטואציות בהן ישנה גם סכנה ברת מימוש מידי וגם המעשה נעשה באופן מידי – אין כל בעיה. הבעיה מתעוררת בסיטואציות בהן ישנו מרווח זמן, משמע: כאשר הסכנה אינה מיידית, אלא עתידה להתרחש. האם יעמוד לאדם סייג במקרים אלו?

בהצעת החוק, נוסחו כלל את המשפט "מעשה שנשקפה ממנו סכנה מיידית". נוסח זה לא מצא מקומו בחוק. פרופ' פלר טוען כי השמיט מילים אלו, אך הוסיף את הסיפא "ואנוס היה לעשותו". הביטוי "אנוס", אומר פלר, מצביע על שילוב והשלמה בין דרישת המיידיות לבין דרישת "ואינו לו דרך אחרת", אלא לעשותו".

**מ"י נ' פאטמה בשיר**: מדובר בנערה ערביה, ביתו של אב מכה ומתעלל, שאיים עליה כי תמית את אשתו השניה, ואם לא כן – ירצח אותה. משהוכח כי בשיר היתה נתונה לאיום מוחשי מצד אביה ודודה, השופט קדמי נתלה בלשון "ואנוס היה לעשותו". קביעתו היא כי למרות שהיתה נתונה לאיום מוחשי, לא היה הוא בר מימוש מידי. וכך הוא קובע: "הנקיטה בדיבר "אנוס" מלמדת כי מדובר בעשיית מעשה במצב של חוסר ברירה. בנסיבות העניין היה בידי המערערת להפתיע את דודה, להסתלק מן המקום, אל מרחבי המרעה שבסביבה המוכרים לה היטב, להגיע למקום ישוב ולהזעיק עזרה. ומשלא עשתה כן והעדיפה פניה מיידית לאיום, שהוא כשלעצמו היה אמנם מוחשי, אך לא היה בר מימוש מידי. "אנוס" הוא רק מי שלא היתה לו ברירה אחרת". מוסיף קדמי "בשולי הדברים ולמעלה מן הצורך" כי כאשר המדובר בקיפוח חיי אדם – יש להחזיר לסייג את דרישת המיידיות. כלומר, הוא יישם את סייג הכורח רק כאשר על המאויים לבחור בו במקום בין חייו שלו לבין חייו של זולתו.

### ההיבט הנפשי של הסייג

הכורח, כפי שצויין, עובד על המישור המנטלי של המאויים. המאפיינים של הסייג, עפ"י פרופ' פלר הם:

- פתאומיות או הפתעה, כלומר, האדם לא צפה את האירוע על נתוניו הקונקרטיים.
- הכורח יוצר חשש מוחשי בליבו של המאויים.
- הערכה של המאויים כי כניעה לאיום היא הדרך הראויה להתמודד איתו.

### ההיבט המוסרי של הסייג

כמו בצורך, ישנו מצב בו אנו נדרשים לבחור בין האינטרס הלגיטימי של המאויים לבין האינטרס הלגיטימי של צד שלישי תמים, שכלפיו מבוצעת העבירה. דן מרידור, בהציגו את תיקון 39 לכנסת, אמר כי החוק החליט לא להכריע בשאלה זו, לא מבחינה מוסרית ולא מבחינה משפטית. השאלה אינה אם זה ראוי או בלתי ראוי להעדיף את חיידך על פני חייהם של אחרים, אלא שהשאלה היא האם ראוי להעמיד אדם כזה לדין? האם ראוי לומר לגביו שהוא רוצח?

## הכשירות לשאת באחריות פלילית

כפי שהזכרנו בתחילתו של הקורס, ישנם שלושה תנאים לעניין כשרות לשאת באחריות פלילית – בגירות, שפיות, ויכולת בחירה בין התנהגויות חלופיות שונות. שלושה התנאים הם תנאים אישיים, הצמודים לעושה ואינם מקרינים על שותפים לעבירה.

לכל הכשירויות ישנו מכנה משותף הבא לידי ביטוי בשני מישורים:

- **אשמה** – אחריות פלילית תוטל רק במי שדבק בו אשם (*culpa*). בשיטת המשפט הישראלית "אשם" דבק במי שפועל במודעות.
- **יכולת בחירה** – אחריות פלילית תוטל רק על מי שהיתה לו יכולת בחירה שלא לבצע את העבירה.

## קטינות

חקיקה רלוונטית:

**סעיף 134** לחוק העונשין.

**חוק הנוער (טיפול והשגחה)**.

חוק העונשין קובע כי "לא ישא אדם באחריות פלילית בטרם מלאו לו 12 שנים".

האחריות של אדם למעשיו מותנית, ולו במידה המינימלית ביותר של בגרות הדעת. המחוקק מניח בסעיף 134 שילד מתחת לגיל 12 עדיין אין לו את בגרות הדעת הנדרשת כדי להיות מודע, כדי להבין את המשמעות הערכית-אנטי-חברתית של התנהגותו. לעיתים, ילדים אינם יכולים להבין באופן מלא את המשמעות הפיסית של ההתנהגות שלהם. מעצוריו החברתיים של הקטין, הביקורת העצמית שלו, כושר ההתאפקות שלו – כל אלו עדיין נמצאים בתהליכי גיבוש.

ניתן לטפל בקטין שאינו נושא באחריות פלילית בעזרת חוק הנוער, אך כתנאי לכך עליו להכנס למסגרת ההגדרה של "קטין נזקק" בסעיף 2 לחוק. בסעיף 2(3) נקבע:

קטין הוא נזקק כשנתקיים בו אחד מאלה:

הוא עשה מעשה שהוא עבירה פלילית ולא הובא בפלילים.

להדגיש: המחוקק אינו אומר מאומה על היסוד הנפשי, אלא אך ורק כאשר הקטין ביצע את היסוד העובדתי של העבירה הפלילית. המחוקק מכיר בכך שקטין אינו אחראי למעשיו מתוך כך שהוא אינו מבין את טיבם.

## העדר שליטה

סייג זה קבוע בסעיף 34א לחוק העונשין, הדין ב"העדר שליטה על תנועות גופניות".

עקרון השליטה קובע כי תנאי להטלת אחריות פלילית הוא שהיתה לעושה אפשרות בחירה בין ההתנהגות לבין ההמנעות ממנה. השליטה בה עוסק הסעיף היא שליטה על התנועות הפיסיות-מוטוריות של הגוף (ולא שליטה פנימית!), וכדוגמא: אחות האחראית על מתן תרופות לחולים, אך נעלה בשירותים ללא יכולת בריחה לשם טיפול בחוליה. או דוגמא נוספת: כאשר אדם מתעטש, עיניו נעצמות, ראשו נוטה מטה וידיו רועדות – מה יהא כאשר יתעטש בזמן נהיגה ויגרום לתאונה?

היכולת להמנע מעשיית המעשה מתייחסת הן להתנהגות אקטיבית (האם יכול היה להמנע מעשיית המעשה?), והן להתנהגות פסיבית. חשוב לזכור כי "העדר שליטה" נבחנת ביחס להתנהגות מסויימת. האדם אינו צריך להיות כולו במצב של העדר שליטה, אלא שהעדר השליטה שלו נבחן ביחס לעניין מסויים. חשוב, אם כן, לאתר מהי ההתנהגות הרלוונטית, שביחס אליה, האדם היה נעדר שליטה.

העובדה שאדם אינו מודע למתרחש, אינה רלוונטית. גם כאשר אנו מבצעים את הפעולות השגרתיות ביותר, ואשר איננו נותנים עליהן את דעתנו, עדיין ישנה לאדם אפשרות להמנע מעשיית מעשה. להדגיש: בעקרון השליטה השאלה אינה נוגעת למודעות, אלא ביחס להתנהגות בלבד – "האם יכול היה להמנע מן ההתנהגות?".

חריג – מתי בכל זאת בוחנים מודעות? ישנה רק סיטואציה אחת בה לוקחים בחשבון את מודעותו של האדם, בשאלת העדר השליטה, והיא כניסה למצב בהתנהגות פסולה (דוגמא: חולה אפילפסיה שלא נטל את תרופותיו ונכנס לרכב ונהג בו).

דוגמאות לחוסר שליטה:

- כח פיסית עורף – כגון מי שנכפת ע"י שלשלאות; שומר הכלוא בשירותים; מי שעומד ועוצר לפני מעבר חציה ומישהו אחר לא מספיק לעצור הודף אותו אל עבר מעבר החציה.
- מצבים בהם האדם פועל במצב של חוסר הכרה – התקפים אפילפטיים; התקף דיאבטי (סכרת); התנהגות עקב שינה; היפנוזה (מצוי בסייג עצמו).
- נושאים בעלי זיקה לבריאותו של אדם, אך הם משפיעים על היכולות הפיסיות-מוטוריות שלו – התקפים למיניהם; איבוד הכרה;

## אי שפיות ו-רפי שכל

חקיקה רלוונטית:

סעיף 34ח.

החוק לטיפול בחולי נפש.

שאלות לגבי שפיותו של אדם יכולות להתעורר במספר שלבים של ההליך הפלילי. אחד השלבים הוא השלב הדייוני, משמע: האם הנאשם כשיר לעמוד לדין? האם ניתן לנקוט כנגדו בהליכי חקירה? שאלת הכשרות לעמוד לדין פלילי נשלטת כולה ע"י חסד"פ, מכח סעיף 170. בשלב זה, אם האדם הוא רק בגדר חשוד, הסמכות היחידה

של ביהמ"ש היא להורות על בדיקה פסיכיאטרית שלא בתנאי אשפוז, מכח סעיף 17 לחוק לטיפול בחולי נפש. אך אם המדובר באדם שהסטטוס שלו הוא "עצור", בין אם מעצר ימים ובין אם מעצר עד תום ההליכים, קובע סעיף 16 לחוק חולי הנפש, כי ביהמ"ש רשאי כי המעצר יהיה בבית חולים פסיכיאטרי.

הקשר נוסף בו עשויה להתעורר שאלת שפיותו של אדם היא **לאחר גזר הדין**, כאשר האדם נושא בעונש ומסתבר כי הוא זקוק לטיפול פסיכיאטרי. סיטואציה זו מוסדרת כולה ע"י פקודת בתי הסוהר. סעיף 15 לפקודה מפנה אותנו לחוק חולי הנפש, המאפשר לאשפז את האסיר בבי"ח לחולי נפש או במחלקה הפסיכיאטרית של בית הכלא.

*כעת נדון בעיקר הסוגיה.*

### **שפיותו של אדם בעת ביצוע העבירה**

קביעתו של ביהמ"ש שנאשם היה בלתי שפוי בביצוע העבירה, מוסדר **בסעיף 15(ב)** לחוק לטיפול בחולי נפש. נוסחו, כמעט זהה לחוק הנוער במובן זה שהוא דן רק ביסוד העובדתי של ביצוע העבירה, ומאומה על היסוד הנפשי.

שני התנאים לפטור מאחריות פלילית:

אם כן, כאשר מצא ביהמ"ש שבזמן ביצוע העבירה היה הנאשם חולה נפש, וכמו כן הנאשם עודנו חולה נפש, ובשל כך הסיק כי אינו נושא באחריות פלילית – יצווה על אשפוזו. מן הרגע הזה, הנאשם "יוצא" מתחת ידיו של הדין הפלילי. **סעיף 15(ג)** קובע כי אסור לביהמ"ש ליתן צו אשפוז אלא אם קיבל חו"ד של פסיכיאטר המחוזי.

חולה נפש/נאשם שהחלים:

נאשם שהחלים ממחלת הנפש שגרמה לו להמית אדם אחר – ייצא בלא כלום. הוא פטור עפ"י דיני העונשין, וכמו כן הוא לא יטופל עפ"י דיני האשפוז הפסיכיאטרי.

*אם כן, כיצד נצדיק את סייג אי השפיות?*

קודם לכן דנו בשני העקרונות שבעטיים אנו מכירים בסייגים שונים – מודעות ויכולת בחירה. כאשר מדובר בבלתי שפוי, הרי שעקרונות הבחירה, ההבנה או היכולת להמנע מביצוע המעשה לא חלים לגביו. ענישת חולי נפש לא תרתיע עבריינים פוטנציאליים או חולי נפש אחרים.

מה יהא הדין כאשר חולה נפש הפסיק ליטול את תרופותיו בגלל שלא אהב את תופעות הלוואי שלהן, ומשום כך ביצע עבירה פלילית?

**ג"ב:** ניתן לומר שזהו כניסה למצב בהתנהגות פסולה, אך סעיף הכניסה למצב אינו מאפשר זאת כיום. לכן, גם אם הפסיק ליטול את תרופותיו וביצע עבירה, יהא הבלתי שפוי נעדר אחריות פלילית.

כל התנאים הם מצטברים, בזמן שבתוכם קיימות לעיתים חלופות מספר.

▪ **"בשל מחלה שבפגעה ברוחו או ליקוי בכושרו השכלי".**

הפסיקה לאורך השנים מדגישה ומתייחסת לדרישה של "מחלת נפש". פרופ' פלר אומר כי הסיבה שהפסיקה דורשת זאת נובעת מכך שאלו היו המקרים שהובאו בפני ביהמ"ש דה-פקטו. בנוסף סבור פלר כי ביהמ"ש צריך לקבל את הסייג גם אם מקור המחלה הוא פסיולוגי, כל עוד היא משפיעה על נפשו של האדם (כגון: גידול במוח; קדחת).

עם השנים החלה הפסיקה מקבלת את גישתו של פרופ' פלר, לפיה החשיבות שבסעיף 34ח היא ביחס לסימפטומים של המחלה ולא לסיווג הרפואי שלה. האם זו מחלה שהסימפטומים שלה הם כאלו שגורמים לאדם או שהוא אינו יכול להבין את המעשה או שהוא אינו יכול להמנע מעשיית המעשה.

**ע"פ 7761/95 ואהיל אבו-חמאד נ' מ"י:** [אב שחשד באשתו, ושרף את בנם בן השנתיים] השופט דורנר קובעת שקיומה של מחלת נפש היא תנאי הכרחי אך אינו מספיק לתחולת הסייג. **עיקר הסייג בא לידי ביטוי בסימפטומים שלו.**

הפסיקה קבעה ש**פסיכוזה**, כגון 'סכיזופרניה' או 'בי-פולארית סוג 1', מהוות מחלות נפש מבחינה משפטית. לעומת זאת, הפרעות נפשיות אחרות מסוג **נוירוזה**, שהן מחלות נפש קלות יותר, ובהן חרדות, הסטריה או פסיכופטיה (כגון: עצבנות או אלימות), אינן מוכרות כמחלות נפש משפטיות. הסיבה להבחנה, נובעת מכך שבמצבי פסיכוזה נפגע באופן חמור כושר תפיסת המציאות של החולה וכושר השיפוט שלו. החולה תופס בצורה מוטעית את תחושותיו, מחשבותיו ואת המציאות שלפניו, ללא התחשבות בנסיבות חיצוניות. תופעה זו אינה קיימת במחלות נפש קלות יותר או בפסיכופטיה.

אם כן, אי שפיות לכשעצמה אינה סייג לאחריות הפלילית. הדין אינו מוכן להתחשב בכל הפרעה ולהפקיר ערכים חברתיים. **לצורך החלת הסייג, יש לעבור לתנאי הבא:**

▪ **"היה חסר יכולת של ממש".**

**פרופ' פלר** אומר שהסימפטומים צריכים להיות חד משמעיים. אם יש באדם יכולת, ולו המינימאלית ביותר, להבין את אשר הוא עושה או להמנע מעשיית המעשה, הרי שהוא ישא באחריות הפלילית.

בהכנס התנאי הנ"ל לסעיף, התעוררה שאלה לגבי הלשון "ממש". האם מדובר בחוסר של ממש? האם מדובר בחוסר יכולת ממשית? **בע"פ 3795/97 פלוני נ' מ"י:** במקרה זה הנאשם טען שבעקבות תיקון 39, די "בחוסר יכולת" שאינו אבסולוטי. השופט ברק משאיר זאת בצריך עיון.

להבדיל מגישתו של פלר, **עדי פרוש** סבור כי הסייג צריך לחול גם על חולי נפש שמפאת מחלתם, תהא הגדרתה המשפטית אשר תהא, נחלש שיקול דעתם ויכולתם להבין את מעשיהם. פרוש אינו דווקאני בהקשר לסימפטומים.

דין התנהגות כפייתית :

בהפרעות נפשיות קשות שדוחפות את האדם לבצע עבירה, אך הן אינן כרוכות בשיבוש חמור של תמונת המציאות, האדם ישא באחריות ולא יחסה תחת סעיף 34. הדברים אמורים לגבי *Disorder of impulse control*, מחלות המאופיינות בדחף פנימי עז ללכת ולבצע את המעשה, דחף שלאחריו המבצע מרגיש סיפוק מאד גדול. דוגמאות לכך הן: קלפטומניה, פירומניה, אנקרופילים, פדופילים, נרקומנים, ועוד.

כך גם הדין לגבי פסיכופטים (*Disorder of personality*): אנשים עצבניים, אלימים, כאלו החושבים שנשים אינן יכולות לסרב להם. למרות מחלתם, אין הם חוסים במסגרת הסייג.

”מחלת נפש אינה מצב בריאותי בלתי נורמאלי שסתם אדם מן הישוב אינו לוקה בו. הסטייה מן הנורמה חייבת להיות ברורה וחד משמעית, אפילו מאותה נורמה שסתם פושעים הפועלים עפ”י דחפים בלתי נורמאליים לוקים בה” [השופט חיים כהן].

נסיים בשתי החלופות שבתנאי האחרון.

- **”להבין את אשר הוא עושה” – או – ”הפסול שבמעשהו”** : החלופה בס”ק (1) דנה בשיבוש במישור המנטלי. האדם אינו יכול להבין את משמעות התנהגותו. משמע: חוסר יכולת להבין את הטיב הפיסי של ההתנהגות.
- **”להמנע מעשיית המעשה”** : החלופה בס”ק (2) דנה בשיבוש במישור הפיסי. העושה מודע לטיב הפיסי של התנהגותו, כמו כן הוא מודע לטיבה האנטי-חברתי, אך דחף פנימי-חולני-בלתי-נשלט דוחף אותו לבצע את העבירה. גם כאן, חלה הרישא שדיברנו עליה, דהיינו, שהדחף צריך לנבוע ממחלה או ליקוי, כאשר עקב אותו שיבוש משתלט על האדם רעיון מסויים, חזיון, תעתועים, בעל היבט אופרטיבי טעון מימוש המתבטא בדחף פנימי שהוא אינו יכול להתגבר עליו, לצאת ולבצע את העבירה. השקפה דמיונית זו יכולה להיות אך לצורך דבר מסויים, כאשר בשאר הדברים האדם מתנהג כראוי.

מוסד ה”דחף לאו בר כיבוש” נחקק לראשונה בתיקון 39, אך הוכר בפסיקה עוד קודם לכן. השופט אגרנט בפרשת **מנדלברוט** סבר שיש להכיר בסייג לאחריות הפלילית למי שפעל תחת דחף בלתי ניתן לכיבוש, אך דעתו היתה דעת מיעוט. שנים לאחר מכן בפרשת **מיזאן**, הכיר ביהמ”ש בדחף הבלתי נשלט כסייג לאחריות הפלילית.

העובדה שישנו איזה היבט מציאותי בראשו של מבצע העבירה, אינה גורעת מן העובדה שבמעשה ישנו היבט חזיוני או בלתי מציאותי. אם ננסה להעמיד את אותו אדם על המציאות כפי שהיא לאשורה, כנראה ולא נצליח, אף אם בכל ההיבטים האחרים הוא מתנהג בצורה רציונאלית, מכיוון שהוא נמצא במצב של דחף. לא ניתן להזיז את החולה ממקומו ולהבהיר לו את המציאות – הוא ידחה את הסברינו ויאמר שהם אבסורדיים. הרעיון עצמו נוצר עקב השתלטות חולנית של הדחף, אבל הגשמת המשימה שכרוכה בו (אותו היבט אופרטיבי) אינה משהו ספונטני או מטורף, אלא שזה יהיה פרי חישוב ותכנון שיטתיים, באופן ההולם את המטרה.

אם כן, **התנאי להכרה בסייג תחת קטגוריה זו הוא – תעתוע, דמיון או חזיון המובילים לדחף מטורף ובלתי נשלט**. זהו עצם ההבדל בין הכרה בסייג כאן, ואי הכרה בו במסגרת התנהגות כפייתית לעיל.

**ע"פ 187/61 עליזה פנוב נ' מ"י**: המערערת ניהלה רומן ארוך שנים עם סופר ומשורר ישראלי בשם רפאל אליעז. במשך השנים נישאה, והמשיכה לנהל רומן עם הסופר. ברבות הימים התגרשה, וביקשה מן הסופר כי אף הוא יתגרש מאשתו וינשא לה. הסופר סרב. לכן, במשך תקופה ארוכה היא חקרה ובדקה את התכונות של רעל בשם פודיגל. יום אחד הגיעה לביתו של הסופר, והגישה לאשתו מיץ תפוזים טרי אשר לו הוסיפה הרעל. האישה הגיעה לביה"ח ונפטרה. במשפט, מומחי התביעה וההגנה הסכימו של פנוב סובלת מתופעות נוירוטיות אשר עולות כדי פסיכוזא, אך לא פסיכוטיות. כמו כן הסכימו שהיא פעלה עפ"י דחף בלתי נורמאלי. הויכוח היחיד היה בשאלה האם דחף זה היה ניתן או לא היה ניתן לכיבוש.

השופט חיים כהן קובע כי ביהמ"ש לא ידון כלל בשאלת סוג הדחף, כל עוד לא הוכח ולו לכאורה, שהמערערת סבלה בשעת המעשה ממחלת נפש [משפטית – גב]. מה שהרופא מגדיר כמחלה, אומר כהן, אינו בהכרח מה שהמשפט מגדיר כמחלה. בבוא ביהמ"ש להכריע בשאלת המחלה, לא יבחן הוא רק את חו"ד של מומחים, אלא גם את העובדות שהוכחו לפניו.

וכך הוא מסכם: *"המערערת לוקה במחלה מן הבחינה הבריאותית, אם רואים בסטיה מנורמה רגילה, בבחינת מחלה. אך אין בליבי שמץ ספק שמבחינה משפטית אין מחלתה מחלת נפש. עלובה זו, ליבה חלה באהבה – תלות פטולוגית במאהב, צער, ובאכזבה, דכאון... והיא לא מצאה עוז בנפשה להתגבר על יצריה הרעים. זאת מנת גורלם של הסוטים מדרך הישר, ולמענם נוצרו דיני העונשין"*.

בביהמ"ש בוחנים את העובדות, ולכן ביהמ"ש הוא הפוסק האחרון גם בשאלות רפואיות. הידע הרפואי, אומר ביהמ"ש, הוא נחלתם של הרופאים, אך העובדות – "נחלתנו". כך שיתכן שביהמ"ש יפסוק בניגוד לכל הפסיכיאטרים.

**שלילת הסייג של דחף לאו בר-כיבוש:**

פרופי פלר מפרט שלוש עובדות שאם הן מתקיימות, ודי באחת מהן כדי לשלול את תחולת הסייג של הדחף הבלתי נשלט. **להדגיש**: עובדות אלו רלוונטיות ל**סי"ק (2)** בלבד!

▪ **כאשר המוטיבציה היא במציאות**: כפי שאמרנו, האפיון של הדחף הוא פרי דמיונו של העושה. אם לא כך, הרי שהסייג נשלט.

▪ **המוטיבציה היא דמיונית אך היא מושתתת על רקע עובדתי רציונאלי, בשל טעות של העושה**: כלומר, העושה טעה אך טעותו היא מציאותית.

▪ **כאשר המוטיבציה נובעת ממצב דברים שהוא בלתי צפוי לעושה**: כגון מצב בו אדם נכנס לביתו ומוצא את אשתו עם גבר אחר, ורוצח אותה. זהו לא דחף לאו בר כיבוש, שהרי זו היתה הפתעה בלתי צפויה שהוא לא היה מוכן לה. מה גם, שבדוגמא זו אין רקע דמיוני כלשהו, אלא שהוא רואה את המציאות כמות שהיא.



## כניסה למצב בהתנהגות פסולה

ביטוי אחד לנושא זה בחוק, נלמד קודם לכן במסגרת סייג ההגנה העצמית בסעיף 34. מקום נוסף בו מוסדר נושא זה הוא סעיף 34. זהו סייג לסייג המתייחס למצבים בהם הנאשם אחראי ליצירת תנאים שהביאו אותו מאוחר יותר לביצוע העבירה תחת סייג.

סעיף 34 מסייג את סייגי ה**צורך**, ה**כורח**, וה**עדר השליטה**. הסעיף קובע כי אם אדם, לפני שנכנס למצב של סייג, היה מודע או שיכול היה להיות מודע לאפשרות שהוא עשוי לבצע עבירה פלילית, והוא נכנס למצב זה בהתנהגות פסולה – נייחס לו את העבירה.

### שכרות

ישנם שני היבטים ב**סעיף 34ט**, ההיבט הראשון בוחן "מה יכול להביא אדם למצב של שכרות?". המדובר ב: אלכוהול, סם או כל גורם מסמם אחר. ההיבט השני דן בשאלה "למה גורמת השכרות?".

**ס"ק (ד) ו-(ה)** דנים בשני סוגי שכרות אשר אינם פותרים מאחריות פלילית. הראשונה, שכרות מלאה: שכרות המגיעה כדי טירוף הדעת, עד אשר אדם מצוי במצב הדומה לחולה הנפש, והינו חסר יכולת לשלוט במעשיו או נעדר מודעות. השנייה, שכרות חלקית: שכרות הפוגעת במחשבה הפלילית, במודעותו של העושה.

ישנה שכרות נוספת שאינה נזכרת בסעיף – **השכרות הרגילה**. השכרות הרגילה אינה פוגעת המחשבה הפלילית. האדם מודע לכל הפרטים, אלא שעקב השתיה התרופפו מעצוריו החברתיים, והוא מוכן לעשות דברים שאחרת, מבחינה חברתית, הוא לא היה מוכן לעשותם. אדם זה ישא במלוא האחריות הפלילית ולא יהנה מכל סייג.

לפיכך קובע ס"ק (א), כי אם אדם ביצע עבירה במצב של שכרות מלאה או חלקית, והוא הגיע למצב של שכרות שלא בהתנהגותו הנשלטת, או, שלא מדעתו – רק על אדם כזה, אותו נכנה כמצוי במצב של "שכרות כפויה", רק עליו יחול הסייג.

**סעיף 34ט(א)** קובע: הסייג יחול על מי שהגיע למצב של שכרות "שלא מדעתו או שלא בהתנהגותו הנשלטת". כלומר, אדם שטעה בסוג המשקה, כמות האלכוהול שבו, או אדם שאינו מודע להשפעת האלכוהול עליו. או לחילופין אדם שהזריקו לו סם שלא מדעתו, כדוגמת חולה לאחר ניתוח שמוזרקים לו סמים משככים.

**סעיף 34(ב)** קובע את **חזקת האדישות**. על פיה, אם אדם נכנס למצב של שכרות בהתנהגות נשלטת ומדעתו – הרי שעובר להשתכרות הוא היה מודע בפועל ואדיש לכל התפתחות שעלולה לצמוח עקב השתכרות זו. ההנחה היא שכל אדם מודע למה שהוא עשוי לבצע בהיותו שיכור. לכן, נקבעה בחוק חזקה חלוטה, ואין צורך להוכיח שהאדם היה מודע. להדגיש: בעבירות תוצאה, נייחס לאדם שכזה רק "אדישות", ולא כוונה.