

הסכמת הנפגע במשפט הפלילי*

מאת

רות קנאי**

במספר רב של עבירות פליליות יש נפגע ספציפי. האם הסכמתו לפגיעה שוללת את קיומה של העבירה? בשאלה זו דן המאמר. החלק הראשון של המאמר בוחן את התשתית התיאורטית, שעל-פיה יש לקבוע את מעמדה של ההסכמה. חלק זה דן באוטונומיה של היחיד ובהתחשבות בה במשפט הפלילי. כן נדונה בו האפשרות לקבוע עבירות הפוגעות באינטרסים של הציבור. בחלק השני נבחנת ההסכמה של הנפגע במשפט המצוי, תוך הבחנה בין יסודות העבירה לסייגים לאחריות הפלילית. בחלק זה נידונות בפירוט ההוראות החדשות בסעיף הצידוק ובחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. המאמר מסיים בהצעה לקבוע סייג לאחריות הפלילית, המבוסס על הסכמה של הנפגע לפגיעות שאינן חמורות. סייג כזה מעניק מעמד ראוי לאוטונומיה של היחיד, בלי לפגוע באינטרסים של החברה.

מבוא. א. עקרונות לקביעת מעמד ההסכמה של הנפגע במשפט הפלילי.
1. האוטונומיה של היחיד, האינטרס המוגן וההסכמה; 2. פגיעה עצמית. ב. מקומה של ההסכמה במשפט הפלילי המצוי. 1. היעדר ההסכמה כרכיב בעבירה; 2. הסכמה כהגנה.
ג. קביעת סייג המבוסס על הסכמה. 1. שיקולים לקביעת סייג; 2. המשפט האנגלי; 3. חקיקה במשפט האמריקני. ד. סיום: הצעה לחקיקה בארץ.

* התעוררתי לבדוק את הנושא בעקבות שאלותיהם ועמדותיהם של תלמידי בסמינריון על ההגנות הכלליות במשפט הפלילי באוניברסיטת בר-אילן בשנת תשנ"ד. תודתי להם, ובמיוחד לחגית גינת, שאף העירה על טיוטת המאמר. תודתי לפרופ' ד' סטטמן, שעבר על טיוטה של המאמר, והערותיו הועילו לי. כתמיד נעזרתי בהערותיו של פרופ' אנקר. תודה מיוחדת לחברי מערכת משפטים, שהערותיהם תרמו רבות לצורה הסופית של המאמר.
** מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

מבוא

במשפט האזרחי, בדיני־הנזיקין, יש מעמד מוכר וחשוב להסכמה של הנפגע. מי שמוכן לספוג את הפגיעה, אינו יכול לתבוע לאחר־מכן פיצוי בשל הנזק שנגרם לו¹. דבר זה מובן מאליה בדיני־הנזיקין, ובמשפטנו הוא מפורש בסעיף 5 של פקודת הנזיקין [נוסח חדש]². אף בדיני־הנזיקין יש שאין להסכמה ערך מטעמים של תקנת־הציבור, אך אלה מקרים חריגים³.

הדבר שונה לחלוטין במשפט הפלילי. שאלת תחולתו של הכלל *volenti non fit injuria* היא סבוכה, אך ברור שאין לו תחולה כללית כמו בנזיקין. יש לזכור, כי בעוד שבמשפט האזרחי התובע הוא הנפגע עצמו (שהסכים), הרי במשפט הפלילי המדינה היא המאשימה והיא מייצגת את הציבור כולו ולא רק את הנפגע־הקורבן, שנתן את הסכמתו⁴.

במאמר זה ננסה לבדוק את מעמדה של ההסכמה במשפט הפלילי. השאלה נוגעת לעיקרון חשוב ביותר, והוא האוטונומיה של היחיד. מתעוררות כאן שאלות באשר למשמעות האוטונומיה של היחיד וגבולותיה. באיזו מידה מוכן המשפט הפלילי להכיר באוטונומיה של היחיד ולהעניק משמעות להחלטתו באשר לפגיעה בחייו או ברכושו? הסוגיה נוגעת לגבול הפליליות ולמשמעות האינטרס המוגן והפגיעה בו.

מאליה יובן, כי לא בכל העבירות מתעוררת הבעיה הנידונה. בכל העבירות שבהן אין קורבן ספציפי קשה לדבר על הסכמה. לא נדון כאן באפשרות לראות את הציבור כקורבן, ואת היועץ המשפטי כנציגו; גם לא בנסיונות לראות בנושא קשרה מסוימת כמי שרשאי להסכים בעבירות מסוימות⁵. הדברים יתרכזו סביב המשפט המהותי ולפיכך לא אעסוק

1 לדיון בסוגיה זו ראו י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני־הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, תשל"ז) שער רביעי, חלק רביעי.

2 נ"ח 266. סעיף 5(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע: "בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע ידע והעריך, או יש להניח שידע והעריך, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכשו למצב זה מרצונו".

3 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל הערה 1, בעמ' 308. וראו גם מ' בן פורת "אין הרוצה נפגע" משפטים ב (תשל"ל) 42. דיון בשאלת ההשפעה שיש לשלילת מעמדה של ההסכמה במשפט הפלילי על דיני הנזיקין ראו גם בע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגר, פ"ד יט(1) 429; ד"נ 5/65 אבוטבול נ' קליגר, פ"ד כ(1) 561; וכן ד' קרצ'מר תקיפה וכליאת שווא (דיני־הנזיקין — העוולות השונות ג' טדסקי עורך, 1981) סימן 15.

4 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) סימן 171.

5 גם אם אפשר לפתח דיון מקביל במקרים שבהם הקורבן הוא ציבור, לא אדון בכך. בספרות יש דיון

בשאלות הנוגעות לדיון הפלילי ולדיני-הראיות, כמו, למשל, השאלה אם יש צורך בתלונה כדי לפתוח בהליך או מה המעמד של ויתור הקורבן (הסכמה בדיעבד) לגבי המשך ההליך הפלילי.⁶

אף בתחום המהותי של המשפט הפלילי לא נעסוק בכל השאלות המתעוררות. לא אדון כאן בעיון בטיבה של ההסכמה. ליתר דיוק, נבדוק את הצורך ואת החשיבות של הסכמה חופשית ומודעת, אך לא נדון בפרוטרוט בכללים הקובעים מתי יש הסכמה כזו.⁷ אעבור לתיאור קצר של הדברים שבהם נדון בהמשך. בחלק הראשון של המאמר יתקיים דיון עיוני בעקרונות שלפיהם ראוי לקבוע את מעמדה של הסכמת הנפגע במשפט הפלילי. במסגרת זו אדון באינטרס המוגן ובאוטונומיה של היחיד ואעבור לבדוק, מתי ניתן לפגוע באוטונומיה זו. בחלק השני של המאמר אדון במעמדה של ההסכמה במשפט הקיים. אתחיל במקרים שבהם היעדר-ההסכמה הוא רכיב בעבירה. במסגרת זו אדון במקרים בהם היעדר-ההסכמה הוא רכיב מפורש ובשאלה אם ניתן להתחשב בהסכמה בפרשנות הרכיב "שלא כדין" ובאפשרות להתחשב בהסכמה בבדיקת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. אמשך בדיון בהסכמה כרכיב בהגנה. גם כאן אתחיל בדיון בהגנות ספציפיות ואעבור לדון בהגנות הכלליות. אקדיש דיון מיוחד לסעיפים החדשים שהוכנסו

בסוגיה זו. למשל: במקרה שפקיד-המס אמר שאין חובת תשלום, האם זה מקרה של הסכמה, והפקיד מחייב את המדינה? יש חשש לראות זאת כך וכנראה נכון יותר לראות זאת כעניין של טעות בחוק, כאשר הטעות של פקיד-המס תיראה כהגנה, בגדר עצה רשמית או בגדר טעות בלתי-נמנעת באורח סביר. וראו דברי ההסבר להצעת החוק הפדרלית, *Study Draft of a New Federal Criminal Code*, vol. II, p. 850. ייתכן גם שדבריו של פקיד-המס ישמשו בסיס לטענה של מניעות (estoppel). הדיון שלנו יתמקד בעבירות שיש להן קורבן ספציפי ובשאלת מעמדה של ההסכמה שלו.

6 ראו, למשל, W.R. LaFare & A.W. Scott *Criminal Law* (St. Paul, 2nd ed., 1986) 483. דוגמאות מעניינות לעניין זה יש בנספח B של הדו"ח האנגלי השני, הנזכר להלן בהערה 16. ישנן כמה מדינות שבהן נדרשת תלונה של הקורבן בעבירות קלות נגד גוף האדם, אך לא בעבירות החמורות יותר. לפנינו דרך פרוצסואלית, המסדירה למעשה את השאלה המהותית של מעמד ההסכמה.

7 השאלה של טיב ההסכמה, הדרישה להסכמה חופשית ומודעת והשאלה מתי ההסכמה עומדת בתנאים אלה נדונו רבות גם בספרות גם בחקיקה המסדירה את שאלת ההסכמה. ראו, למשל, J. Feinberg, *The Moral Limits of The Criminal Law — Harm to Self* (Oxford, 1986) Ch. 23-26; G. Williams *Textbook of Criminal Law* (London, 2nd ed., 1983) 551-576. דיון מפורט ומעניין, המבחין בין פעילויות שונות גם לעניין טיב ההסכמה נמצא ב-"Consent in Criminal Assault" 19 *Ill. L. Rev.* (1925) 617 E.W. Puttkammer. לדוגמה בחקיקה ראו Model Penal Code, sec. 2.11(3). ראו גם ע' שפירא "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי — הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 225. לאחרונה זכינו גם בארץ להסדר חקיקתי בשאלת טיב ההסכמה בתחום הטיפול הרפואי. ראו פרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה). בהמשך אדון בחוק זה.

לסייג הצידוק בתיקון 39 לחוק העונשין⁸ ולסעיפים העוסקים בהסכמה בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.⁹ בחלק האחרון של המאמר אבדוק את האפשרות לקבוע במשפט הפלילי בישראל סייג כללי המבוסס על הסכמת הנפגע ולשם כך אסקור בקצרה פתרונות שהוצעו בשיטות אחרות.

א. עקרונות לקביעת מעמד ההסכמה של הנפגע במשפט הפלילי

1. האוטונומיה של היחיד, האינטרס המוגן וההסכמה

דומני, כי העניין הרב שיש בשנים האחרונות בשאלת מעמדה של ההסכמה במשפט הפלילי נובע מהעלייה בחשיבות שאנו מייחסים לאוטונומיה של היחיד. כל עוד שאלת זכותו של היחיד לקבוע את גורלו לא היתה במרכז החשיבה שלנו, לא התקשינו לומר שאין בפלילים תחולה לכלל של *volenti non fit injuria*. כך בספרו של פרופסור פלר¹⁰ וכך גם בפסיקה שלנו¹¹. רק באותם מקרים שבהם מקור הפגיעה באינטרס המוגן הוא שהמעשה נעשה ללא הסכמה — כלומר: חוסר-ההסכמה הוא הסיבה להפלת המעשה — ההסכמה היא רכיב בעבירה. במקרים אלה היעדר-ההסכמה הוא היוצר את הפלילות, וההסכמה היא המבחינה בין פעילות מותרת לפעילות פלילית¹². במקרים אחרים התפישה המקובלת היתה, כי מכיוון שהמשפט הפלילי דן בפגיעה באינטרסים מוגנים של החברה, העבירות פוגעות בחברה ולא ביחיד ולכן אין הסכמת היחיד רלבנטית ואינה משנה את הפגיעה באינטרס החברתי המוגן. בעל האינטרס המוגן אינו הפרט, אלא החברה; והנפגע אינו הפרט, אלא החברה¹³. גישה אחרת רואה את הפרט כבעל

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

9 לעיל הערה 7.

10 פלר, לעיל הערה 4. ראו גם H. Silving *The Constituent Elements of Crime* (Springfield, 1967) 418. גישה זו מצויה אפילו בספרו החדש של רובינסון. המחבר דן בהבדלים בין המשפט האזרחי למשפט הפלילי ואומר, כי במשפט הפלילי יש להתחשב בהסכמת הקורבן רק לגבי פגיעות גופניות קלות. ראו P.H. Robinson *Fundamentals of Criminal Law* (Boston, 2nd ed., 1955) 26-27.

11 ע"פ 478/72 פנקס ג' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 617, 626; ע"פ 182/73 בוסתנאי סתה ג' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 645, 648.

12 ראו לקמן, בדיון בהסכמה כרכיב בעבירה. בחברה הנוחתת חשיבות לחירות הפרט ישנה הגבלה על התחום הפלילי — כפי שנראה לקמן — ולכן התנהגויות שנתפשו בעבר כפליליות אינן נחשבות עוד לפליליות, אלא-אם-כן נעדרת הסכמה של אחד הצדדים. דוגמא לכך בארץ ישנה בביטול העבירה של משכב-זכר בשנת חשמ"ח (חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62), והאיסור מוגבל למעשה-סדרים בקטין או תוך ניצול יחסי-מרות או בנסיבות של אינוס (סעיף 347 לחוק העונשין).

13 פלר, לעיל הערה 4. כך גם אצל סילבינג, לעיל הערה 10, בעמ' 418.

האינטרס המוגן¹⁴ ומשתלבת היטב עם החקיקה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁵. גישה זו תיתן מעמד רב יותר להסכמה.

מתן משקל נכבד יותר לזכותו של היחיד לשלוט בחייו ולקבוע את עתידו מביא לערעור הגישה שהיתה מקובלת¹⁶. מדוע לא נתחשב בכך שהקורבן הסכים — אולי אף ביקש — שיפגעו בו? מדוע לא ניתן משקל להסכמתו? יש לזכור, כי אי-התחשבות בהסכמה עשויה להביא לכך שהיחיד לא יוכל לממש את רצונו. הפוגע לא יהיה מוכן לפגוע בו, אף לפי בקשתו, אם יהיה צפוי להרשעה פלילית. חוסר-ההתחשבות בהסכמה מביא לפגיעה באוטונומיה של המסכים¹⁷.

כיבוד האוטונומיה של היחיד הוא אידיאל שיש לשאוף אליו וכמו-כן ניתן לעצב את החוקים כך שיביאו להגשמתו¹⁸. הדברים מיושמים על התחום הפלילי בדבריו של

14 לניתוח משמעותו של ההבדל בין שתי הגישות ראו מ' קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, תש"מ) 187-191.

15 במאמרה על השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על המשפט הפלילי דנה י' קרפ בכך, כי התפישה הליברלית שביסוד החוק תביא להדגשת האינטרס של הפרט גם בחוק הפלילי. י' קרפ "המשפט הפלילי — יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64, 72.

16 המעבר מהגישה המסורתית לגישה הליברלית בולט כאשר משווים בין שני הדו"חות על ההסכמה במשפט הפלילי שהתפרסמו באנגליה בתקופה האחרונה. בדו"ח הראשון משנת 1994 אין דיון באוטונומיה של היחיד, ואכן המעמד שניתן להסכמה מועט ביותר. פרט לסוגים מיוחדים (כגון תחירות-ספורט), פגיעה גופנית ממשית היא פלילית, אף אם נעשתה בהסכמה. Consultation Paper: *Consent and Offences Against the Person* (Cons. Paper No. 134, 1994). בדו"ח השני, שהתפרסם כשנה-וחצי לאחר-מכן, יש דיון מפורט באוטונומיה של היחיד, והמעמד שניתן להסכמה שונה לחלוטין. בדרך-כלל הסכמה עשויה למנוע גם הפללה של פגיעה גופנית ממשית, כל עוד אינה חמורה. Consultation Paper: *Consent and The Criminal Law* (Cons. Paper No. 139, 1995). בהמשך נדון יותר בהמלצות שבדו"חות באנגליה. אעיר עוד, שנוסח ראשון של המאמר נכתב עוד לפני פרסום הדו"ח השני.

17 נקודה זו עולה רבות בדיון באפשרות לסייע לחולים סופניים לשים קץ לחייהם. ראו, למשל, הדיון של ג' ויליאמס בספרו 8 ch. *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (London, 1958).

18 נשתמש בדבריו של רו כדי לתאר את האוטונומיה של היחיד:

The ruling idea behind the ideal of personal autonomy is that people should make their own lives. The autonomous person is a (part) author of his own life. The ideal of personal autonomy is the vision of people controlling, to some degree, their own destiny, fashioning it through successive decisions throughout their lives (J. Raz "Autonomy Toleration and the Harm Principle" *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (Oxford, R. Gavison ed., 1987) 313, 314).

: Ashworth

The law should respect the autonomy of each individual above all; it should treat persons as individuals and allow each to pursue his or her own conception of the good life subject only to the minimum number of constraints necessary to secure the same freedom to other individuals¹⁹.

רוז מראה, כי המשמעות המרכזית של האוטונומיה היא אפשרות של בחירה²⁰, אלא שהבחירה אינה בלתי-מוגבלת. פיינברג מראה, כי אצל האדם האוטונומי האידיאלי הבחירה מוגבלת מאוד. אדם זה הוא חלק מהחברה, והערכים של החברה הם גם ערכיו, ולכן בחירתו מוגבלת.

The ideal of the autonomous person is that of an authentic individual whose self-determination is as complete as is consistent with the requirement that he is, of course, a member of a community²¹.

אמנם, ניתן לטעון כי כאשר היחיד מקבל על עצמו את ערכי החברה — כפי שראינו אצל פיינברג — אין בהגבלה על הבחירה, מטעמים של פגיעה בזולת, פגיעה באוטונומיה²². אין לחשוב שהאדם האוטונומי פועל תמיד רק לסיפוק צרכי-הוא, אלא

The autonomous person is self-governing; she lives her life according to a self-chosen or self-ratified plan. Such a plan might include conformity to normal principles and action to satisfy altruistic or other non-self interested aims, so that living autonomously might well involve deliberately foregoing benefits to herself in order to respect the moral principles she accepts or in order to benefit other persons at her expense²³.

19 A. Ashworth *Principles of Criminal Law* (Oxford, 1991) 23

20 Raz, *supra* note 18, at p. 318

21 Feinberg, *supra* note 7, at p. 47. לשאלת היחס בין האוטונומיה ואימוץ נורמות ראו ר' כהן-

אלמגור גבולות הסובלנות והחירות — תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות (תשנ"ד) 29-38.

22 אפשר שכל העניין הוא סמנטי בלבד, אך אפשר שיש הבדל בין הגבלה שהאדם נוטל על עצמו מרצונו לכבד את צורכי הזולת ובין הגבלה המוטלת עליו מבחוץ. במקרה השני ישנה פגיעה באוטונומיה, אלא שהיא מוצדקת. השווה כהן-אלמגור, שם, שם.

R.J. Arneson "Autonomy and Preference Formation" in *In Harms Way* (Cambridge, 23 J. Coleman and A. Buchanan eds., 1994) 42, 45

(א) עבירות הבאות למנוע פגיעה בזולת

השמירה על האוטונומיה של היחיד מוגבלת בכך, שתישמר גם האוטונומיה של האחרים. לכן יש מקום לאסור פגיעה בזולת, גם אם יש בכך הגבלה על האוטונומיה של הפוגע²⁴. יתר על כן: גם כאשר נפגעת רק האוטונומיה של הזולת — כלומר: אפשרויות הבחירה שלו — זו פגיעה בזולת²⁵ ומכאן שגם הפללה של התנהגות הפוגעת באפשרויות הבחירה של הזולת אפשרית²⁶.

תיזה מרכזית של מיל בספרו על החירות היא, שאין לקבוע עבירה אלא כאשר היא באה למנוע נזק מאחר: "התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכוח הכפיה כלפי חבר אחד בציבור מתורבת, נגד רצונו של אותו איש, היא למנוע נזק מאחרים"²⁷. עיקרון זה נובע מהחשיבות שמיל מעניק לחירותו של היחיד: "היחיד חייב לתת דין וחשבון לחברה על התנהגותו אך ורק כשהיא נוגעת גם לאחרים, אם היא נוגעת לו בלבד, זכאי הוא לעצמאות מוחלטת. על עצמו, על גופו ועל נפשו, שולט היחיד שלטון בלתי מוגבל"²⁸. מכאן נובעת התנגדותו של מיל לעבירות האוכפות את המוסר ולעבירות הבאות להגן על האדם מפני עצמו (פטרנליזם)²⁹. בעקבות מיל הלכו רבים, וגישתו הפכה

24 השווה לדברי השופט ד' לוי על הגבלת חופש הפרט כאשר ישנה פגיעה בזולת, ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 16-17.

25 Raz, *supra* note 18, at p. 327. אולם רז מראה, שתיתכן פגיעה בזולת שהיא רק עלבון לזולת או גרימת כאב שאין עמה צמצום של אפשרות הבחירה. פגיעה כזו אינה פגיעה באוטונומיה ועל-כן איסורה מוגבל. ראו גם J. Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986).

26 עקרון הנזק הוא תנאי הכרחי לקביעת עבירה פלילית ואינו תנאי מספיק. ישנם שיקולים נוספים לקביעת עבירה פלילית, מהם עקרוניים ומהם פרגמטיים. ישנם המדמים זאת למסגרת שיש בה כמה פילטרים אשר בטדם ייקבע מעשה כפלילי יש להעבירו דרכם. עקרון הנזק הוא הפילטר הראשון. ראו J. Schonscheck *On Criminalization — An Essay in the Philosophy of the Criminal Law* (Dordrecht, 1994). וראו גם Raz, *supra* note 25, at p. 420. וראו להלן הערה 29.

27 ג'ס מיל על החירות (מהדורה שנייה, תשכ"ו) 20.

28 שם, עמ' 20-21. במובאה זו ההדגשה היא על כך שהיחיד שולט על עצמו ולא על כך שניתן למנוע מהיחיד לפגוע בזולת. אכן, ישנם הטוענים, כי יש להבין את גישתו של מיל כטענה שאין להתערב במעשיו של היחיד ברשותו-הוא ולא כטענה שניתן להתערב כשהזולת נפגע. ראו R. Vernon "John Stuart Mill and Pornography — Beyond the Harm Principle" 106 *Ethics* (1995-1996) 621.

תודתי לפרופ' ד' סטטמן, שהפנה את תשומת-לבי לגישה זו.

29 ההחלטה לקבוע שהתנהגות מסוימת היא פלילית דורשת בדיקה של כמה עניינים: העניין הראשון הוא, אם צורך להפליל התנהגות מסוימת. התנהגויות שכל-כולן בתחום הפרט אין להפליל. בכך אנו חוזרים לתורתו של מיל, למשקל שיש לתת לאוטונומיה של היחיד ולעקרון הנזק. יש לבדוק גם אם ההגנה על האינטרס המוגן מצדיקה שימוש באמצעי החזק של המשפט הפלילי או שדי באמצעים אחרים כדי להגן עליו. העניין השני הוא, אם המשפט הפלילי הוא הדרך היעילה לטפל בהתנהגות

לאבן-פינה במשפט הפלילי המודרני. מיל הוא קיצוני, וכפי שנראה בהמשך גם כיום, ואולי במיוחד כיום, אין אנו מקבלים את גישתו במלואה³⁰.

רז רואה באוטונומיה של היחיד את הבסיס המוסרי לעקרון הנזק של מיל³¹. על-כן — לדעתו — האוטונומיה מספקת לנו כלי לבחון מה ייחשב כנזק. ההסתכלות על האוטונומיה כבסיס המוסרי לעקרון הנזק מביאה — לדעתו של רז — להרחבה מסוימת של עקרון הנזק של מיל. האוטונומיה היא הבסיס המוסרי של עקרון הנזק, מפני שרואים בה ערך מוסרי טוב. ההנחה היא, שהאוטונומיה מיטיבה עם היחיד. אמנם, כאשר שוללים מהיחיד אפשרויות פעולה לא-מוסריות ומגונות, פוגעים באוטונומיה שלו, אבל פגיעה זו אינה מרעה עמו; להיפך: היא באה להיטיב עמו ולפיכך אין היא אסורה. מכאן שעקרון הנזק בא למנוע איסור של פעולות המזיקות לזולת וגם לאדם עצמו. הבנה זו של עקרון הנזק מיוחדת לרז וכפי שנראה בהמשך, יש להחשיבות רבה בדיון על הפטרנליזם. כיצד משתלבת ההסכמה של הקורבן בניתוח זה? אם רואים את הפגיעה בזולת כפגיעה באוטונומיה שלו, אפשר להמשיך ולומר שכאשר ישנה הסכמה אין פגיעה באוטונומיה ולכן אין פגיעה בזולת. אכן, מיל אומר במפורש, כי התחום שאין התכרה מעוניינת בו, אלא לכל היותר באופן בלתי-יישיר, כולל את "פרשת חייו והתנהגותו של בן אדם הנוגעת רק לו עצמו, או הנוגעת גם לאחרים אך ורק עקב הסכמתם לכך

הפוגעת באינטרס המוגן. הקביעה של התחום הפלילי נוגעת בעיקר לשאלה הראשונה, היינו: לשאלות של מידת הפגיעה בחופש של היחיד ולעקרון הנזק. ראו גם M. Kremnitzer "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 84, 86-91. המחבר דן בשיקולים הראויים בהחלטה לקבוע עבירות פליליות. לקביעת המרחב של החירות ראו גם ספרו של סר ישעיה ברלין ארבע מסות על החירות (תשל"א) 170. המחבר דן ב"משמע השלילי" של החופש, כלומר: אותו תחום אשר במסגרתו לא תיתכן התערבות של הזולת. ככל שתחום זה רחב יותר, כן נרחבת החירות. קביעת קר-הגבול אינה פשוטה, אך יש תחום מסוים של חופש אישי שבו אין לפגוע. ראו גם לעיל הערה 26.

30 כוונתי כאן בעיקר לכך שאנו מצדיקים חוקים האוסרים שימוש בסמים, ובוודאי חוקים האוסרים סחר בסמים. מיל התנגד לחקיקה זו בספרו, לעיל הערה 27, בעמ' 178 ואילך. ראו H.L.A. Hart *Law*, 32 *Liberty and Morality* (Stanford, 1963). ראו גם ביקורת על המרכזיות של עקרון הנזק במשפט הפלילי לפי שיטתם של מיל ושל פיינברג "Agency and Welfare in the Penal Law" A. Brudner in *Action and Value in Criminal Law* (Oxford, S. Shute, J. Gardner and J. Horder eds., 1993) 21.

31 רז מפתח נקודה זו בחלק החמישי של ספרו (Raz *supra* note 25, at pp. 369-429) ולא אצליח להביא כאן את כל הפרטים. רז ער לכך, שדעתו שונה מהדעה המקובלת במשנה הליברלית, וכמיוחד לכך שהוא נותן עקרונית יותר מקום לפטרנליזם, אך הוא מראה שלמעשה הסכמה בגישתו אינה כה גדולה.

והשתתפותם החופשית, שאין בה לא משום אונס ולא משום אונאה³². פיינברג מבחין בין שלוש משמעויות של נזק (harm), ורק שתי האחרונות חשובות לנו: המשמעות השנייה של נזק אצל פיינברג היא נזק כפגיעה באינטרס (setback to interest), והשלישית — פגיעה בזכות (wrong)³³. כאשר הקורבן מסכים לפגיעה בו, שוב אין פגיעה בזכותו, אבל ייתכן שישנה פגיעה באינטרס שלו. כלומר: גם כאשר ההסכמה מביאה לכך שאין פגיעה בזכות, עדיין ייתכן שיש נזק במשמעות השנייה של פיינברג. הבנה נכונה של עקרון הנזק אצל מיל מחייבת — לדעתו — את המסקנה, שרק כאשר ישנה גם פגיעה באינטרס וגם פגיעה בזכות יש מקום לעבירה פלילית. קביעה של עבירה פלילית כאשר נפגע האינטרס, אך לא נפגעה הזכות, היא פטרנליזם, ועל-כן פסולה³⁴. אכן, לפי גישתו של פיינברג, בעקבות מיל, אין נזק לזולת, המצדיק עבירה פלילית, אם אין פגיעה בזכותו של הזולת³⁵.

(ב) עבירות הבאות למנוע פגיעה בחברה

אולם ניתן לקבוע עבירות המפלילות התנהגות הפוגעת בחברה. עקרון הנזק לזולת של מיל אינו בא למנוע זאת, אלא רק להורות שאין לקבוע עבירות הבאות להגן על האדם מפני עצמו. ראינו שחופש הבחירה והאוטונומיה מוגבלים על-ידי זכויותיהם של היחידים הנוספים, האדם האוטונומי האידיאלי מתחשב בחברה, ולכן יש בסיס לקביעת עבירות גם כאשר נפגע אינטרס של החברה, שאינו מתמצה רק באינטרס של אחד

32 מיל, לעיל הערה 27, בעמ' 24 (ההדגשה שלי — ר"ק).

33 J. Feinberg *The Moral Limits of the Criminal Law — Harm to Others* (Oxford, 1985) 33 ff.

34 The harm principle as a guide to the moral limits of the criminal law does not license liability for acts that tend to cause only non harmful wrongs. It is more obvious still that no plausible interpreted harm principle could support the prohibition of actions without violating rights, for example setbacks to interest incurred in legitimate competitions, or harms to the risk of which the "victim" freely consented (*ibid.*, at p. 36).

35 Feinberg, *supra* note 33, at p. 36. פיינברג עשוי להגיע לתוצאות דומות לאלו שמגיעים אליהן על-ידי שלילת מעמד ההסכמה, במקרים של פגיעה באינטרס של החברה, משום שיאמר כי במקרים כאלה ההסכמה אינה מודעת וחופשית ורק משוגע יסכים לפגיעה כזו, או יאמר שההסכמה ניתנה תוך ניצול ולכן היא פסולה (פיינברג בספרו, לעיל הערה 7, פרק 22). וראו גם דבריו של פיינברג בספרו *The Moral Limits of the Criminal Law — Harmless Wrongdoing* (Oxford, 1988) 274. לעניין זה ראו גם א' רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית (תשל"ה) 90-91.

מחבריה³⁶. עקרון הנזק אינו סותר את האפשרות שהתנהגות תהיה פלילית, הגם שאינה פוגעת בזולת שהסכים, אם היא פוגעת בחברה³⁷. אולם רק באותם מקרים שבהם נוכל לומר כי הגם שאין פגיעה ביחיד — שהרי הוא הסכים, ואנו מתחשבים בהסכמתו — ישנה פגיעה בחברה, רק אז יש מקום לעבירה פלילית למרות ההסכמה³⁸. עלינו לבדוק היטב מתי נכון לראות פגיעה באינטרס מוגן גם כשאין פגיעה ביחיד שהסכים. מיל עצמו מביא לא מעט מקרים כאלה ונוכיר אותם בהמשך.

לעתים מדברים על תקנת-הציבור, המביאה לכך שאין מתחשבים בהסכמה, כאשר המשמעות היא כי ישנה פגיעה באינטרס הציבור הגם שאין פגיעה באינטרס³⁹ של הקורבן בשל ההסכמה. כיום רווחת גישה זו, הנותנת משקל להסכמה ורואה את ההסכמה כשוללת את הפגיעה ביחיד המסכים, אך מאפשרת עדיין לומר כי במקרים מסוימים, למרות ההסכמה יש פגיעה באינטרס של החברה⁴⁰. היא מחייבת אותנו לבחון מתי יש פגיעה באינטרס של החברה למרות הסכמת הקורבן, וזאת נעשה בהמשך.

גישה שונה מעט ליחס בין ההסכמה של היחיד לפגיעה באינטרס החברתי נמצא אצל Hughes. הוא רואה את ההסכמה של היחיד כניתנת בשם החברה. כדרך זו הוא מתגבר על הטענה שבמשפט פלילי מדובר בפגיעה בחברה ולכן אין הסכמה של היחיד מועילה. ההסכמה של היחיד מועילה רק משום שהיא מבטאת את רצון החברה; אם כך, אין

36 הדברים נאמרו במפורש אצל גרינאוולט:

One Significant point is that the prevention of harm to others includes prevention of harm that is most directly inflicted on people as a collective. K. Greenawalt "Legal Enforcement of Morality" 85 *J. Crim. L. Criminology* (1995) 710, 712.

ברור, שיש לבדוק היטב מה ייחשב לנזק לחברה. ואכן, המחבר עוסק בשאלה זו בהמשך מאמרו. השווה גם לדבריו של קרמניצר, לעיל הערה 14, הדן בבעלות המשותפת של היחידים כערכים הציבוריים. גם סעיף 1.02 ל-Model Penal Code, המונה את המטרות של הקוד הפלילי, אומר: (a) to forbid and prevent conduct that ... inflicts or threatens substantial harm to individual or public interests.

37 Hart, *supra* note 30, at pp. 51, 80, 82.

38 ייתכן כי הטיעון שניתן לקבוע עבירה כאשר נפגעת החברה אינו מקובל בתיאוריות ליברליות נייטרליות. לפי תיאוריות אלה, המדינה אינה רשאית לאכוף ערכים מסוימים והיא צריכה לשמור על נייטרליות. לתיאוריות ליברליות נייטרליות ראו כהן-אלמגור, לעיל הערה 21, פרק שלישי. הטיעון שלי אינו הולך בדרך זו.

39 במינוח של פיינברג, שהבאנו לעיל, אין פגיעה בזכות של היחיד.

40 זו גם גישתו של א' רובינשטיין בפרק החמישי של ספרו, לעיל הערה 35, בעמ' 104. זו גם הגישה של שתי הוועדות באנגליה, לעיל הערה 16. ראו גם בדברי ההסבר לסעיף 2.11 לחוק הפלילי לדוגמא (American Law Institute, Model Penal Code (Philadelphia, 1985)); ובהנמקה של השופטים האנגליים ב-"A.G. Reference (No. 6 of 1980) [1982] 1 Q.B. 715 (C.A.)".

ההסכמה מועילה כאשר היא מנוגדת לאינטרס החברתי. במקרה כזה היא אינה מבטאת את רצון החברה.⁴¹ בסופו של דבר גם לפי גישה זו, השאלה החשובה היא, מתי ישנה פגיעה באינטרס הציבור, הגם שהיחיד מוכן להסכים לפגיעה בו. נבדוק מתי יש פגיעה באינטרס הציבור המצדיקה קביעת עבירה גם כאשר הנפגע הסכים לפגיעה.

בסוג הראשון נכללים מקרים שבהם ישנה פגיעה גם ביחידים אחרים. במקרים אלה ישנה התאמה לעקרון הנזק של מיל, כי כאן הפגיעה היא בזולת (שלא הסכים) ולכן ברור שאין מקום לשלול הפללה.

הדוגמאות המובאות כאן הן מקרים שבהם תהיה פגיעה גם בקרוביו של הנפגע שהסכים, מפני שהוא לא יוכל יותר למלא את חובותיו כלפיהם, ואולי ניתן להביא בחשבון גם את הצער שייגרם לקרובים עקב הפגיעה בקרובן. מיל עצמו מביא מקרים כאלה בדברו על מי שמשכר ולכן אינו עומד בחובותיו כלפי קרוביו.⁴²

כאן חשוב לקבוע גבולות ולראות מה ייחשב לנזק ישיר. אפשר לומר, כי כאשר אדם פוגע בעצמו או מסכים שאחרים יפגעו בו, ואחר-כך נופל למעמסה על הציבור, ישנה גם פגיעה באינטרס הציבורי. התחשבות בנזק כזה תאפשר לנו לראות פגיעה באינטרס הציבור בעבירות סמים, בעבירות של פגיעה גופנית קשה, באי-חבישת קסדה או באי-חגירת חגורות בטיחות.⁴³

בסוג השני נכללים מקרים שבהם יש חשש כי הפגיעה ביחיד תביא גם להפרת הסדר הציבורי. זה יהיה המצב, למשל, בקטטות הנעשות בהסכמה במקום ציבורי.⁴⁴ אם חשש זה הוא היסוד להפללה ובו מצויה הפגיעה באינטרס החברתי, יהיה צורך להבחין בין מעשים הנעשים בצנעה למעשים הנעשים בפומבי. רק באחרונים יהיה מקום להפליל את המעשים למרות ההסכמה.⁴⁵

ההבחנה בין רשות-יחיד לרשות-הרבים עומדת גם בבסיס סוג נוסף של מקרים שבהם יש פגיעה באינטרס הציבורי. מיל סבור, כי יש מקום לאסור התנהגות הפוגעת בתפישה המוסרית של הציבור, כאשר היא נעשית בפרהסיה. יש לזכור, כי מיל מתנגד

41 ראו 672 (1962) 25 *Modern L. Rev.* "Consent in Sexual Offences"; G. Hughes; וכן דבריו ב-88 (1955) 33 *Canadian Bar Rev.* "Case and Comment".

42 מיל מתנגד לחוקים האוסרים שכרות ואף לחוקים המגבילים מאוד מכירת משקאות משכרים. חוקים כאלה באים להגן על אדם מפני נזק לעצמו, וזהו פטרנליזם פסול. אך ניתן — לדעתו — לראות כעבריון מי שבשל השכרות אינו ממלא את חובותיו כלפי משפחתו. לא השכרות אסורה, אלא אי-מילוי החובה כלפי המשפחה, הגורמת לפגיעה בזולת. לעיל הערה 27, בעמ' 146-147, 148, 162.

43 רובינשטיין דן בבעיה זו בספרו, לעיל הערה 35, בעמ' 69-75.

44 ראו 675 at p. 41, *supra* Hughes; וכן ויליאמס בספרו, לעיל הערה 7, בעמ' 582.

45 הבחנה כזו נעשית בדו"ח האנגלי הראשון, לעיל הערה 16, בסעיף 21, עמ' 47.

נמרצות לאכיפת המוסר על-ידי המשפט ולכן הוא שולל חוקים ותקנות האוסרים שכרות, או משחקי-הימורים⁴⁶ או הכופים שמירה על עקרונות נעלים, כגון שמירת יום-המנוחה (חוקי יום א'). אבל מעשה כזה הנעשה בפרהסיה יש בו משום "עלבון הנימוס" ופוגע בצניעות וברגשות הציבור ולכן מן הראוי לענוש אותו⁴⁷. מיל לא דן כלל בשאלות של עבירות-מין, אבל היום טיעון זה של פגיעה ברגשות החברה, בעבירות-מין הנעשות בפומבי, רווח מאוד⁴⁸.

סוג נוסף של מקרים הוא הפגיעות החמורות בגופו של אדם ואף המתתו. פגיעות כאלה, כשהן נעשות בהסכמה, אין בהן — כפי שראינו — משום פגיעה בזולת⁴⁹. לעתים ניתן יהיה לכלול מקרים כאלה בסוג הראשון שמנינו, כלומר: ישנה פגיעה ביחידים נוספים, אך לא תמיד. רובינשטיין מבסס גישה, שלפיה פגיעה בעקרון קדושת-החיים היא פגיעה בחברה. הוא מראה, כי אין כאן עניין של אכיפת המוסר, אלא פגיעה בערכים של החברה⁵⁰.

עלינו לבדוק עתה אם פגיעה במוסר יכולה להיחשב כפגיעה באינטרס של החברה. שאלת ההסכמה עלתה לדיון בשנות השישים במהלך ויכוח על אכיפת המוסר⁵¹. הטענה היתה, שיש להכיר בזכותם של בוגרים להסכים ליחסים-מין מיוחדים (חד-מיניים, סאדו וכו'). הפללה של התנהגות כזו, גם כאשר היא מוסכמת על המשתתפים בה, נתפשה

46 בספרו, לעיל הערה 27, בעמ' 151, 162, 166, 167.

47 שם, עמ' 183. מיל מדגיש כי אין כאן עניין של אכיפת המוסר, אלא רק מניעת פגיעה ברגשות הציבור ולכן לא תהיה מניעה לאפשר אותה התנהגות כשהיא נעשית בצנעה. לגישה דומה ראו רובינשטיין בספרו, לעיל הערה 35, בעמ' 78-81. פיינברג מקדיש ספר שלם לשאלות הקשורות בהפללה של התנהגות הפוגעת ברגשות הזולת: — J. Feinberg *The Moral Limits of the Criminal Law* — *Offense to Others* (Oxford, 1985). הסוגיה של פגיעה ברגשות הציבור קשה ביותר. השאלה דורשת איזון בין כיבוד רגשות הציבור ובין כיבוד זכותו של היחיד, למשל: חופש הביטוי שלו. הדיון בסוגיה זו חורג מהנדרש לצורך ענייננו. אזכיר רק, שבחוק הפלילי שלנו ישנם סעיפים מיוחדים הדנים בפגיעה ברגשות הציבור ומפלילים פגיעה כזו, למשל: סעיפים 170-174 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

48 גם הארט עומד על ההבחנה בין אכיפת המוסר ובין מניעת פגיעה ברגשות הציבור. ראו ספרו, לעיל הערה 30, בעמ' 38-48.

49 אפשר שלפי גישתו של רז, לעיל הערה 25, המאפשרת הגנה על אדם מפני עצמו, גם כאן יש מקום לאסור את ההתנהגות למרות ההסכמה.

50 רובינשטיין, לעיל הערה 35, בעמ' 113.

51 ראו דו"ח וולפנדן: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (Cmd. 247, 1957); P. Devlin *The Enforcement of Morals* (London, 1965); G. Williams "Authoritarian Morals and the Criminal Law" *Crim. L. R.* (1966) 132; וכן הארט, לעיל הערה 30.

כאקט של אכיפת המוסר באמצעות המשפט הפלילי. הוויכוח התנהל סביב שאלת יחסי-המין, אך השאלה קיימת גם לעניין ההסכמה לפגיעות גופניות. גם כאן הועלתה הטענה, כי שלילת מעמדה של ההסכמה מקורה במוסר ובקדושת-החיים כערך מוסרי ודת⁵². ויליאמס מראה, כי חלק ניכר של המקרים שבהם אין מכירים בהסכמה ושהם דבלין מצדיק אכיפה של המוסר, אינם באים, לאמיתו של דבר, לשם אכיפת המוסר⁵³, אלא יש בהם פגיעה בתקנת-הציבור⁵⁴. כפי שכבר ראינו, תקנת-הציבור מונעת התחשבות בהסכמה כאשר המעשה המוסכם מנוגד לערכים העומדים בבסיס החברה החילונית. פגיעה בערכים אלה נחשבת מסוכנת להמשך קיומה של החברה. כך מסביר ויליאמס את חוסר-ההתחשבות בהסכמה לרצח או לחבלה חמורה⁵⁵. יצוין, כי בדרך-כלל גישתו של ויליאמס היא, שיש לתת מעמד להסכמה של הנפגע וראוי — לדעתו — לעשות רפורמה במשפט האנגלי בעניין זה. עם זאת, כאשר ההסכמה מנוגדת לתקנת-הציבור, אין להתחשב בה⁵⁶. ויליאמס דן בפירוט בפעילויות שונות ובודק באיזו מידה יש בהן פגיעה בתקנת-הציבור, אך אין בדבריו ניתוח עיוני של השאלה מהם הערכים העומדים בבסיסה של החברה החילונית. דיון רחב בשאלה זו מצוי אצל רובינשטיין. בעקבות הארט⁵⁷ מדבר רובינשטיין על מספר מצומצם של ערכים אוניברסליים העומדים בבסיסה של החברה. ערכים אלה הם חופש הפרט, קדושת-החיים⁵⁸ והגנת הפרט מפני נזק מכוון. בהמשך דן רובינשטיין בשאלות הנוגעות למינימום המוסרי בחברה מתירנית⁵⁹. הדיון הזה חורג מהגדרת לצרכנו. די לנו לראות, כי גם מי שאינו מצדיק אכיפה של המוסר

52 Devlin, *ibid.* at p. 8; Williams, *ibid.*; Hart, *supra* note 30, at p. 31

53 Williams, *supra* note 51, at pp. 132-141

54 תקנת-הציבור מונעת התחשבות בהסכמה כאשר המעשה המוסכם נחפש כבלתי-מוסרי או פוגע בחברה (acts that are regarded as immoral or socially injurious). ראו, למשל, Williams *supra*, note 7, at pp. 549, 576-577. המונח "בלתי-מוסרי" כאן אינו מכונן לאכיפה של מוסר דתי, אלא לעניין הנחשב כמנוגד לערכי החברה.

55 ראו Williams, *supra* note 7, at pp. 576-577; וכן במאמרו "Consent and Public Policy" *Crim. L. R.* (1962) 74, 154.

56 ויליאמס דן בשאלות אלו בכמה מקומות. הוא כוחן פעילויות שונות ובודק האם יש בהן פגיעה בתקנת-הציבור. בכל המקרים שבהם — לדעתו — אין פגיעה בתקנת-הציבור, ראוי להחזיר התנהגות מוסכמת, למשל: ניתוח קוסמטי, עיקור וכדומה. מנגד, אין להתחשב בהסכמה כאשר המעשה פוגע בתקנת-הציבור, למשל: דו-קרב. ראו ספרו, לעיל הערה 7, בעמ' 578-593; מאמרו, לעיל הערה 51; מאמרו הנזכר בהערה 55; וכן ספרו, לעיל הערה 17.

57 Hart, *supra* note 30, at p. 51

58 ראו לאתרונה מאמרו של ד' הר, הדן בין השאר בקדושת-החיים, ועוסק בקושי לבסס ערך זה כערך חילוני: ד' הר "מעבר לחירות ולכבוד" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 649, 663.

59 א' רובינשטיין, לעיל הערה 35, במיוחד בפרק השלישי.

באמצעות המשפט הפלילי מכיר בקיומם של כמה ערכי-יסוד הדרושים לקיומה של החברה ורואה בפגיעה בהם נזק לחברה ובסיס לעבירה פלילית⁶⁰. במקרים אלה יש בגרימת נזק לנפגע, למרות הסכמתו⁶¹, משום פגיעה בערכי החברה⁶². רובינשטיין אומר, כי המשותף לכל הערכים החיוניים לקיום החברה הוא "כי שמירתם מאפשרת חיים חברתיים בלא גרם נזק או פגיעה של אדם בזולתו"⁶³. המתת אדם ואף פגיעה חמורה בגופו, אפילו בהסכמתו, נוגדת את הערך של קדושת-החיים⁶⁴.

(ג) עבירות הבאות למנוע פגיעה ביחיד המסכים — פטרנליזם

בראיה פלוגתא של דבלין בעניין זה של אכיפת המוסר היה הארט. לדעתו של הארט ההפלה של מעשים למרות ההסכמה של הנפגע — למשל: חטיפות שיש בהן נזק גופני — אינה בשל העוול המוסרי שבהם, אלא משום שהחברה רואה בהם פגיעה ביחיד. הפגיעה ביחיד קיימת למרות הסכמתו וישנה כאן גישה פטרנליסטית⁶⁵. גישה פטרנליסטית תאמר, כי למרות ההסכמה ישנה פגיעה ביחיד. כאשר מדובר,

60 Hart, *supra* note 30, at p. 51. השווה Greenawalt, *supra* note 36, at pp. 722-724. המחבר אינו שולל את האפשרות לאסור התנהגויות המנוגדות ל"מוסר האובייקטיבי", היינו: לתפישה המוסרית המקובלת בחברה; אלא שיש צורך להראות שאיסור כזה, הפוגע בחופש של היחיד, נחרץ לשמירה על החברה. אך ראו לעיל הערה 38.

61 נזק במובן של set-back של האינטרס, ולא פגיעה בזכות, בהתאם להבחנה של פיינברג שהבאנו קודם.

62 השווה לדיון בעניין גואטה, שם דן המשנה-לנשיא, השופט אלון בערך של כבוד האדם כערך של מדינה יהודית וגם של מדינה דמוקרטית. מעניין לראות את הדיון במשמעות שיש לתת להסכמה של האדם לפגיעה בכבודו. באותו מקרה נידון חיפוש בגופו של אדם במקום ציבורי בהסכמתו. השופט אומר, כי ההסכמה אינה שוללת את הפגיעה בכבוד האדם, מפני שההגנה היא על כבוד הציבור, וההסכמה אינה שוללת את הפגיעה בכבוד הציבור (בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704, 725. אך דווקא השאלה של חשיבות ההסכמה נידונה לפי מקורות של המשפט העברי).

63 רובינשטיין, לעיל הערה 35, בעמ' 47. אני צרה לקושי שיש בסיפא של הדברים. כאשר יש הסכמה, אין פגיעה בזולת, אך אולי אפשר לומר שהכוונה כאן היא לפגיעה באינטרס.

64 וראו הסברו של רובינשטיין, לעיל הערה 35, בעמ' 111. אך אפשר לטעון כי פגיעה קלה יותר בגופו של אדם אינה פוגעת בערך של קדושת-החיים, אלא רק בשלמות הגופנית. רובינשטיין מדבר על "פגיעה של אדם בזולתו" (שם, בעמ' 47), ודברים אלה כוללים גם פגיעה בשלמות הגופנית. בתחום זה של השלמות הגופנית דן רובינשטיין בהמשך דבריו, והוא אינו רואה בכל פגיעה בגוף משום פגיעה בערכים החיוניים של החברה. ישנם מקרים שבהם פגיעה גופנית שנעשתה בהסכמה לא תהיה פגיעה בחברה. וראו להלן, בחלק האחרון של המאמר, על ההבחנה בין פגיעה חמורה לפגיעה שאינה חמורה.

65 Hart, *supra* note 30, at pp. 30-34.

למשל, בהסכמה לחבלה חמורה, לא נכיר בה, כי ההסכמה הזו פוגעת ביחיד, והחברה דואגת ליחיד ויודעת מה טוב לו ומה פוגע בו, אף יותר ממה שהוא עצמו יודע. אין כאן טענה שישנה פגיעה בחברה, למרות ההסכמה, אלא שישנה פגיעה ביחיד למרות ההסכמה ולכן ישנה פגיעה גם באינטרס החברתי המוגן. השאלה שיש לבדוק היא, האם יש מקום לגישה פטרנליסטית במשפט הפלילי.

מיל הציג גישה המתנגדת לפטרנליזם⁶⁶; אך ישנם רבים שאינם מקבלים התנגדות קיצונית זו. הארט⁶⁷ וויליאמס⁶⁸ סבורים, שלעיתים ראוי לנקוט גישה פטרנליסטית⁶⁹. הארט אומר במפורש, כי ההתפתחויות החברתיות מאז תקופתו של מיל מראות, שאין לשלול לחלוטין חקיקה פטרנליסטית. הארט מחייב אפוא את החקיקה של עבירות סמים, גם אם הן באות להגן על האדם מפני עצמו. בדרך זו מצדיק הארט גם את שלילת מעמדה של ההסכמה במקרים של חבלה גופנית חמורה⁷⁰.

כמדומני, יהיה זה נכון לומר כי כיום גם הדוגלים בגישה ליברלית יראו בהתנגדות לחקיקה פטרנליסטית נקודת-מוצא בלבד. כלומר: ישנה הנחה נגד חקיקה כזו, אך ישנם שיקולים שיגברו עליה⁷¹. דוגמא לגישה פטרנליסטית מרוככת אפשר למצוא אצל הוועדה האנגלית השנייה. הסיבה לשלילת מעמדה של ההסכמה ברוב המקרים של נזק גופני חמור היא במוצהר פטרנליסטית⁷².

לפני שנמשיך לדון בגבולותיה של הגישה הפטרנליסטית, נחזור בקצרה לגישתו של רו. אמרנו כי רו אינו שולל איסור של פעולות, המגבילות את היחיד, כאשר הן אינן

66 הדברים מצויים הרבה בספרו, לעיל הערה 27; ראו, למשל, בעמ' 20, 26, 136-137; ובפרק החמישי של ספרו. עם זאת, מיל מאפשר חקיקה הבאה להגן על קטינים, שם, בעמ' 21.

67 Hart, *supra* note 30, at pp. 30-34.

68 Williams, *supra* note 7. ראו גם רובינשטיין, לעיל הערה 35, למשל לגבי חוקי עבודה, בעמ' 33.

69 אפשר לחשוב על כמה עקרונות שינחו אותנו בקביעה מתי יש לאפשר חקיקה פטרנליסטית. אפשר להצדיק חקיקה כזאת כאשר מדובר בנוק גדול שאינו הפיך ושהסיכוי שהוא יתרחש גדול. קריטריונים אלה הוצגו על-ידי פרופ' ע' פרוש בהרצאתו על איסור השימוש בסמים וסוגיית הפטרנליזם המשפטי, שניתנה ביום-עיון על "המדיניות בתחום הסמים: מלחמה או רווחה?" אשר התקיים באוניברסיטה העברית בירושלים ב-4 בפברואר 1996.

70 Hart, *supra* note 30, at p. 31. הדיון של הארט בפטרנליזם הוא קצר. הוא רק מסביר, כי ההנמקה לפליליות של עבירות הסמים ולשלילת מעמדה ההסכמה היא פטרנליזם ולא אכיפה של המוסר, אך אין בדבריו עקרונות שיסבירו מתי ניתן לקבוע עבירות משיקולים פטרנליסטיים.

71 ראו Hart, *supra* note 30, at pp. 30-34; Feinberg, *supra* note 7, ch. 17. א' רובינשטיין, לעיל הערה 35, בפרק החמישי.

72 ראו ההסבר של הוועדה לדרך הפרגמטית שלה בדר"ח השני, לעיל הערה 16, בפרק השני, בסעיפים 2.18-2.13. במקרים מסוימים, כשישנן דרכים נוספות להגן על היחיד, תוכר גם הסכמה לנוק גופני חמור.

חיוביות ואינן מיטיבות עמו. איסור כזה, אף שיש בו פגיעה באוטונומיה, אין בו פגיעה בערך החיובי של האוטונומיה. גישה זו מאפשרת פטרנליזם, אך רז מגביל זאת בדרכים שונות ובין השאר בכך, שקביעת איסור פלילי וסנקציה פלילית עלולים להביא לפגיעה חמורה באוטונומיה ולכן יש להימנע מקביעה כזו במקרים אלה⁷³.

פיינברג מציג את ההנחה כנגד הפטרנליזם תוך ניתוח היחס בין זכות היחיד להגשמה עצמית (self fulfillment) ובין שמירה על טובת היחיד. בדרך-כלל אין סתירה בין השניים. טובת היחיד היא הגשמה עצמית ולכן גם בחירה חופשית. כמו-כן, היחיד בדרך-כלל מיטיב לדעת מה טוב לו, אך — לפי דעתו של פיינברג — כאשר ישנה סתירה בין הזכות של היחיד להגשמה עצמית ולבחירה חופשית ובין טובתו של היחיד, יש לאפשר לו להפעיל את זכותו (בכך הוא שונה כמו-כן מרז), כמו-כן לאחר שהוכח כי היתה בחירה חופשית⁷⁴.

כאן מתעוררת בעיה נוספת: כאשר אנו נותנים מעמד להסכמה, נדרש שההסכמה תהיה חופשית ומודעת. פסילת הסכמה, שלכאורה היא חופשית ומודעת, בטענה שלאמיתו של דבר אינה מבטאת את רצונו האמיתי של האדם, אף היא מבוססת על פטרנליזם.

עיון בספרות מראה, שמתן מעמד רב יותר להסכמה כרוך בדרך-כלל בהקפדה יתירה על טיבה של ההסכמה ובנכונות לשלול את תוקפן של הסכמות בטענה שאינן משקפות את רצונו האמיתי של הקורבן. עמדה זו ברורה והגיונית. יוצא אפוא, כי התוצאה הסופית בהרבה מקרים אינה שונה משלילה גמורה של מעמדן של ההסכמות. קביעה של המשפט כי הסכמה מסוימת אינה משקפת את רצונו האמיתי של המסכים, כי "בוודאי שאדם אינו מסכים ליטול סיכון כה חמור" או כי "רק משוגע יסכים לפגיעה כזו", גם היא פטרנליסטית. מקורה בהנחה, שהשופט יודע טוב יותר מה טוב למסכים. פיינברג קורא לכך פטרנליזם רך, ומשמעותו מתן מעמד לחופש ההסכמה של היחיד, אך פסילת הסכמות מסוימות כבלתי-תקפות, משום שאינן מבטאות את רצונו האמיתי של המסכים. פטרנליזם קשה משמעותו שלילת מעמדה של ההסכמה⁷⁵.

דומני, שקל לנו יותר לקבל גישה שלא תשלול מכול-יכול את האפשרות שהסכמה תשמש הגנה בנימוקים פטרנליסטיים, אבל לא תכיר בהסכמות מסוימות בטענה שאינן הסכמות מודעות ותקפות בנימוקים פטרנליסטיים. עמדה זו מכירה עקרונית באוטונומיה של היחיד ולמעשה גם תיתן יותר הכרה בהסכמות. הדגמה לכך נמצא בביקורת של

73 בסופו של דבר ספק אם גישתו של רז תאפשר יותר פטרנליזם, אך אין מניעה עקרונית לכך. Raz, *supra* note 25. ch. 15.

74 Feinberg, *supra* note 7, at pp. 57-62.

75 להבחנה בין פטרנליזם רך לפטרנליזם קשה ראו pp. 12-16. Feinberg, *supra* note 7. ליישום ההבחנה לעניין ההסכמה ראו שם, בעמ' 174-175.

פיינברג על רולס. פיינברג אומר, כי רולס פוסל כל הסכמה שאינה רציונלית, אך פיינברג עצמו סבור כי גישה כזו מרחיקה לכת ויש בה פטרנליזם. אמנם, גם פיינברג מוכן לקבל פטרנליזם רך ולפסול הסכמות כאשר אינן מבטאות את הרצון האמיתי, אבל הוא אינו מוכן לומר שכל הסכמה שאינה רציונלית אינה מבטאת את הרצון האמיתי⁷⁶. לדעתו, הוויכוח הזה מבליט את ההבחנה בין שלילת מעמדה של ההסכמה ובין שלילת תוקפן של הסכמות מסוימות. אנו רואים, כי שיטתו של פיינברג נותנת יותר מעמד לאוטונומיה לא רק מבחינה עקרונית אלא גם למעשה⁷⁷. עם זאת, המחלוקת בין פיינברג ורולס מראה, שהגבולות של הפטרנליזם הרך אינם כה ברורים.

כפי שאומר פיינברג עצמו, יש מקום לטעון כי הגישה של פטרנליזם רך אינה פטרנליסטית כלל ועיקר. היא רק מבקשת לקבוע בדיוק מה רצונו האמיתי של היחיד וכאשר רצון זה ברור, הוא יכובד. פטרנליזם קשה משמעותו, שהמשפט קובע את הערכים ואת ההעדפות במקום היחיד, מפני שהחברה יודעת טוב יותר מהיחיד מה באמת טוב לו ולכן אין מתחשבים בהסכמתו. בפטרנליזם רך ישנה התערבות של המשפט רק כאשר ההסכמה אינה מבטאת את הרצון החופשי של היחיד. פטרנליזם רך לא בא להגן על היחיד מפני הנזק שהוא הסכים לו, אלא לוודא שההסכמה לנזק משקפת את רצונו האמיתי של היחיד⁷⁸.

אם אנו דנים רק בפסילת הסכמות שניתנו שלא מרצון חופשי או שלא מדעת, אין לדבר על פטרנליזם. אך נראה לי, כי כאשר מכוח טענות של פטרנליזם רך פוסלים הסכמות, גם כאשר אין שום ראיות על היותן לא-חופשיות — בטענה ש"רק משוגע יסכים לקבל סיכון כזה" ולכן ברור כי ניתנה על-ידי מי שאינו שפוי, וההסכמה פסולה⁷⁹ — הרי משמעות הדבר היא, כי המשפט קובע מה באמת טוב ליחיד. כאשר קובעים כי בעבירות מסוימות או כנסיבות מסוימות (ולא רק במקרה הנדון) אין מעמד להסכמה מפני שהסכמות למעשים כאלה אינן מבטאות רצון חופשי אמיתי, שוב מיטשטש ההבדל

76 Feinberg, *supra* note 7, at pp. 184-185. הגנה חלקית על רולס ניתן למצוא במאמרו של Scoccia, שם מוצגת תיוה המצמצמת מאוד את תחום החלטות הלא-רציונליות, כאשר ניתן משקל להעדפות של היחיד ולרצונו להעדיף הנאה מיידית על חוּלַת בעתיד, ולכן החלטות המבטאות העדפה כזו לא ייחשבו לבלתי-רציונליות. מנגד, החלטות שאינן מבטאות בחירה אישית אינן נחשבות — לדעת המחבר — להחלטות אוטונומיות. D. Scoccia "Paternalism and Respect for Autonomy" 100 *Ethics* (1990) 318.

77 פיינברג דן באריכות בתוקפן של ההסכמות במיוחד בחלק השני של ספרו *Harm to Self*, לעיל הערה 7, בפרקים 23-26. גוסף על כך, פיינברג מפתח את הדוקטרינה של ניצול (exploitation). ניצול של הזולת הוא בסיס לעבירה פלילית אפילו כאשר ישנה הסכמה. עניין זה פותח בעיקר בספר האחרון של פיינברג *Harmless Wrongdoing*, לעיל הערה 35.

78 Feinberg, *supra* note 7, at pp. 12-16. פיינברג דן שם בפירוש גם על בעיית המינוח.

79 Feinberg, *supra* note 33, at p. 116.

בין פטרנליזם רך לפטרנליזם קשה. פיינברג עצמו מוכן להסביר חוקים האוסרים דו־קרב או עבדות כמבוססים על פטרנליזם רך⁸⁰. כל עוד מדובר בפסילת הסכמות שיש ראיות על כך כי לא ניתן מרצון חופשי ומדעת, אין כאן פטרנליזם כלל. אך כאשר מדובר בחוסר-הכרה בהסכמה בקטיגוריות מסוימות — בטענה שהיא אינה משקפת רצון חופשי ומודע או בפסילת הסכמה ללא ראיות מיוחדות, בנימוק ש"שום אדם לא יכול מרצונו החופשי והמודע סיכון כזה" — יש כאן פטרנליזם. ייתכן כי פסילה של הסכמה למעשה שעשוי לשלול מהיחיד את האוטונומיה בעתיד (למשל: אדם המוכר את עצמו לעבדות או מי שקוטע את רגלו) אינה מבטאת פטרנליזם, אלא מתן תוקף לאוטונומיה של היחיד. פיינברג מראה שישנם חוקים אשר נראה לכאורה שיש בהם פטרנליזם, ובדיקה נוספת מראה שאין הם מנוגדים לרצונו האמיתי של היחיד, והגישה של החוק מביעה את הרצון האמיתי של היחיד ולכן אין כאן פטרנליזם. פיינברג מביא זאת בקשר לחוקים להגנת הצרכן או לחוקים האוסרים הסכמה, בניגוד לקביעת הזכויות של העובדים בחוקי עבודה⁸¹.

בסעיף זה דנו בהפללה של מעשים המזיקים לנפגע, גם כאשר הוא הסכים, וההפללה מנומקת בנימוקים פטרנליסטיים. דרך זו מתפצלת לשניים: האחת, אי־התחשבות

80 Feinberg, *supra* note 7, at pp. 174-175. פיינברג מצדיק כך גם את האיסור על מכירת סמים ועוד. לגבי חוקים האוסרים עבדות ניתן לטעון גם שאין להכיר באוטונומיה של היחיד לשלול מעצמו את האוטונומיה שלו. כפי שראינו, הארט מצדיק את חוקי הסמים ואת אי־התחשבות בהסכמת הנפגע לחבלה בו, בנימוקים פטרנליסטיים (לעיל הערה 70). מעניין לראות את הטיעון שלו להכרה בהנמקה הפטרנליסטית, בניגוד לגישתו של מיל. מסתבר מדבריו, שהפטרנליזם מוצדק כאשר יש מקום לחשוש כי ההסכמה אינה מבטאת את רצונו המלא והחופשי של היחיד. לדעתו, אנשים אינם יודעים תמיד מה טוב להם, וגם מה שנראה כבחירה חופשית אינו תמיד חופשי ומושפע מלחצים פסיכולוגיים וסביבתיים. זו אפוא גישה של פטרנליזם רך, אך תוך נכונות לפסול מספר רב של הסכמות ותוך ניסיון לקבוע מה הרצון האמיתי של היחיד גם כאשר לכאורה נראה כי ההסכמה היא חופשית ומודעת. לדעתי, גישה כזו קרובה לפטרנליזם קשה. יצוין, כי הארט עצמו אינו מבחין בין פטרנליזם רך לפטרנליזם קשה. Hart, *supra* note 30, at pp. 30-34.

81 אין ספק, כי רוב־רובם של האנשים קידמו בברכה את החוקים האוסרים דו־קרב, ובתוכם גם כאלה שאילו נקראו לקרב היו מסכימים להשתתף בו. לכן יש מקום לטענה, שהאיסור על קיום דו־קרב משקף נכונה את הרצון של היחיד. ראו Feinberg, *supra* note 7, at pp. 16-21, 175. אפשר להתייחס לדבריו של פיינברג כטענה שאין כאן פטרנליזם קשה, אלא רק פטרנליזם רך. כלומר: זו טענה, שההסכמה אינה מבטאת את הרצון האמיתי של היחיד. לכאורה יש הבדל בין חוקי הגנת הצרכן ובין המקרה של דו־קרב. בתחום הצרכנות הנפגעים הם צרכנים רבים ולא מזוהים, ובדו־קרב מדובר בפרט מסוים. אך כאשר ישנה תופעה רחבה של שימוש בדו־קרב, גם שם עלולים להיפגע רבים שאינם מזוהים אשר יסכימו לקרב, גם בניגוד לרצונם, בשל "מוסכמות חברתיות". ויליאמס מצביע על כך שעניין הדו־קרב הוא מיוחד וקשה ללמוד ממנו על סוגיות אחרות; ראו מאמרו "Consent and Public Policy", לעיל הערה 55, בעמ' 78.

בהסכמה כאשר החברה סבורה שההסכמה נוגדת את טובתו של המסכים. גישה זו מתבססת על הטענה שהחברה יודעת טוב יותר מהיחיד מה טוב לו. זו גישה של פטרנליזם קשה, אשר יהיה צורך להצדיקה בכל מקרה, ונקודת-המוצא שלנו צריכה להיות כי אין זה ראוי שהחברה תקבע מה טוב לו לאדם. הדרך השנייה היא להכיר באורח עקרוני בכך, שהאדם הוא הקובע מה טוב לו ולהתחשב בהסכמתו. אלא שיש לדקדק בבדיקת טיבה ותוקפה של ההסכמה, ולא להכיר בתוקפן של הסכמות שלא ניתנו מרצון חופשי ומתוך ידיעה של הנסיבות, וזה – כפי שאמרנו – פטרנליזם רך. גישה זו תאמר, שכאשר ישנה הסכמה תקפה, אין מקום לעבירה פלילית, אולם במקרים רבים לא תהיה ההסכמה תקפה. ראינו גם, כי כאשר מרחיבים את הגישה של פטרנליזם רך, מיטשטש הגבול בינה לבין הפטרנליזם הקשה.

כפי שראינו, פיינברג סבור כי אין לשלול את מעמדה של הסכמה חופשית ומודעת, אפילו כשהיא מנוגדת לטובת המסכים. אבל – לדעתו – ייתכן שראוי יהיה לאסור גרימת חבלה חמורה אפילו בהסכמה, אם יתרבו מקרים כאלה בחברה. במקרה כזה תהיה פגיעה באינטרסים של החברה⁸². יש לזכור, כי גם אם נאמר שאין לקבוע חוקים מנימוקים פטרנליסטיים וכי אין לשלול את מעמדה של ההסכמה בטענה שהיא מנוגדת לטובת היחיד המסכים, ייתכן שיש מקום לקבוע עבירה למרות ההסכמה מנימוקים אחרים. בכך אנו חוזרים לדברים שנאמרו בסעיף הקודם⁸³.

מבחינה עיונית יש הבדל בין השאלה מתי נהיה מוכנים לשלול את מעמדה של ההסכמה מנימוקים פטרנליסטיים ובין השאלה מתי נאמר שלמרות ההסכמה ישנה פגיעה באינטרסים של החברה⁸⁴. עם זאת, מבחינת התוצאות אין הבדל רב בין גישה המאפשרת פטרנליזם ובדרך זו אינה נותנת תמיד משקל להסכמה ובין גישה שאינה מתחשבת בהסכמה כאשר ישנה פגיעה באינטרס החברתי, למרות ההסכמה. בסופו של דבר נראה

82 Feinberg, *supra* note 7, at pp. 22-23.

83 גם האיסור על משחקי-הימורים מעורר שאלה קשה. המהמר מסכים לשחק ומדוע לא נתחשב בהסכמתו? אפשר לראות את האיסורים על משחקי-מזל כעניין של אכיפת המוסר. דרך אחרת תהיה לראות כאן חקיקה פטרנליסטית הבאה להגן על המהמר. אפשר להראות, כי בחלק מהמקרים העבירה מגינה גם על אחרים, למשל: בגי-משפחתו של המהמר. טענה אפשרית נוספת היא, שיש מקום לפסול את ההסכמה כעניין של פטרנליזם רך ואולי אפילו לראות כאן ניצול של חולשותיו של המהמר, במיוחד כשמדובר בבתי-משחק פומביים המפתים את המהמר. בהקשר זה מעניינת מאוד ההתלבטות הקשה של מיל באשר לבתי-משחק בקוביה הפועלים בפומבי. מיל מתנגד לאסור משחקי-מזל ולפיכך לדעתו, אין לאסור על אנשים ליעץ לאחרים לעשות את המותר להם ולשחק במשחקי-מזל. מנגד, בעלי בתי-המשחק הם בעלי אינטרס פרטי במשחקים ואין הם נותנים סתם עצה, אלא מגרים את המשחקים, ולכן יש אולי מקום לאסור זאת (לעיל הערה 27, בעמ' 184-188).

84 ולכן יש ממש בעמדתו של פיינברג נגד פטרנליזם קשה, הגם שהוא מוכן לקבל פטרנליזם רך.

לי, כי באותם מקרים שנכיר בפגיעה בחברה נהיה מוכנים גם לאפשר חקיקה פטרנליסטית⁸⁵.

2. פגיעה עצמית

חשוב לדאוג, ששאלת ההסכמה לפגיעה הנעשית על-ידי הזולת שונה משאלת הפגיעה העצמית. פיינברג רואה באיסור על אדם לפגוע בעצמו פטרנליזם ישיר, ובאי-מתן משקל להסכמה לפגיעה של הזולת — פטרנליזם עקיף⁸⁶. שמירה על האוטונומיה של היחיד עשויה להביא למסקנה שאין למנוע מאדם לפגוע בעצמו, ואפילו פגיעה גופנית חמורה. ואכן, אין במשפטנו סעיף האוסר על אדם לגרום לעצמו נזק⁸⁷. אמנם, ישנם סעיפים האוסרים על מי שחייב להתייצב לשירות ביטחון לפגוע בעצמו ובכך להוריד את כושרו⁸⁸. אך יש כאן פגיעה באינטרס מוגן אחר: הכשירות הגופנית של החיילים. עם זאת, חוקים רבים אוסרים על אדם לפגוע בעצמו ואפילו ליצור סיכון לעצמו, למשל: החובה לחגור חגורות-בטיחות והחובה לחבוש קסדה. בדרך-כלל אנו מצדיקים חוקים אלה בדרך פטרנליסטית⁸⁹. אפשר להסביר חוקים אלה גם כעניין של פטרנליזם רך, לא רק בטענה שהנהוג ללא קסדה או חגורה פועל באופן בלתי-רציונלי, ולכן לא נכיר בהסכמתו⁹⁰. לדעתי, טיעון כזה גובל בפטרנליזם קשה — כפי שראינו קודם. אך אפשר לומר שהנהוג ללא קסדה או חגורה, כלל לא נותן את דעתו לסיכון או שהוא מזלזל בו בהיסח-הדעת, וודאי שאין בעצם הנהיגה ללא חגורה או קסדה משום הסכמה חזקה לסיכון⁹¹.

נזכיר שוב בקצרה את גישתו המיוחדת של רו, שלפיה עקרונית ניתן לקבוע חוקים הבאים להגן על אדם מפני עצמו, והוא אינו שולל פטרנליזם בעניין זה; שהרי לדעתו — כפי שראינו — אין בחוקים כאלה משום פגיעה בערך החיובי של האוטונומיה⁹². הסבר פטרנליסטי ניתן גם לחוקים האוסרים שימוש בסמים או התאבדות. פיינברג מעלה ניסיון להסביר חוקים כאלה בדרך שאינה פטרנליסטית: אם אחוז ניכר של בני-

85 כבר ראינו, שבשני המקרים הקריטריון החשוב הוא קיום נזק גדול.

86 Feinberg, *supra* note 7, at p. 9. כפי שנראה, יש יותר מקום לאפשר פטרנליזם עקיף.

87 במשפט האנגלו-סקסי הטלת מום עצמית נחשבה בעבר לעבירה.

88 סעיף 46(ב) לחוק שירות הבטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, ס"ח 107, קובע עבירה של הטלת מום עצמית, או הסכמה לכך שאחר יטיל מום, מתוך כוונה לפגוע בכושר הרפואי לצורכי שירות-ביטחון.

89 לדיון מפורט ראו רובינשטיין בספרו, לעיל הערה 35, בעמ' 87-91.

90 לטיעון כזה ראו רובינשטיין, שם, בעמ' 90.

91 למשמעות של הסכמה חזקה ראו להלן.

92 Raz, *supra* note 25, at pp. 422-423.

החברה משתמשים בסם או מתאבדים, החברה ניזוקה וקשה לקיים את החברה ולכן יש לחברה אינטרס למנוע התנהגויות כאלה, ולא רק כדי להגן על הפרט מפני עצמו.⁹³ האיסור על אדם לפגוע בעצמו שונה מהאיסור על אדם לפגוע בזולת, כאשר הזולת הסכים. במדינות רבות, גם כאשר אין איסור על אדם לפגוע בעצמו, יש איסור כזה כאשר מדובר בפגיעה בזולת, אף בהסכמתו. אך אם אין איסור לאדם לפגוע בעצמו, מדוע לא ניתן משקל להסכמתו ולא נאפשר לו להיעזר בזולת כדי למלא את רצונו? למשל: במשפטנו אין עבירה של התאבדות ואף לא נסיון התאבדות, אך ישנה עבירה של סיוע להתאבדות.⁹⁴

אפשר להסביר זאת ולומר, שהסיבה לכך שאין איסור על האדם לפגוע בעצמו נובעת מכך שאיסור כזה לא יהיה יעיל. אם האדם חפץ לפגוע בעצמו הוא לא יירתע מכך שהפגיעה תגרוור עונש. אולם לגבי עזרה של הזולת לפגיעה, האיסור הפלילי עשוי להרתיע. ביסוד הסבר זה עומדת ההנחה שהחברה מעוניינת למנוע גם את הפגיעה של האדם בעצמו, אלא שהיא סוברת כי לא יהיה בהטלת אחריות פלילית להשיג זאת. אם כן, האיסור על הזולת מוצדק מנימוקים פטרנליסטיים.

הסבר אחר ליחס השונה שניתן לפגיעה העצמית נותן פלטר. אם נתיר לאדם לפגוע באחר בהסכמתו, יש חשש שתיפגע ההכרה בקדושת החיים ויש חשש שהאדם יתרגל לפגוע באחר ויעשה זאת בעתיד גם כשאין הסכמה.⁹⁵ הסבר זה אינו מבוסס על מושגי האוטונומיה והוא בנוי בעיקר על שיקול פרגמטי.

פיינברג סבור, כי אין הבדל ממשי בין האיסור על אדם לפגוע בעצמו לאיסור לפגוע באחר שהסכים. אולם גם לפי דבריו, ההשוואה המלאה נכונה רק בחלק מהמקרים של פגיעה בזולת שהסכים. כאשר אדם פוגע בעצמו במישרין, ברור שהוא יוזם את הפגיעה.⁹⁶ כאשר אדם מסכים לפגיעה בו על-ידי אחר, ישנן שתי אפשרויות: האחת,

93 Feinberg, *supra* note 7, at pp. 22-23.

94 העבירה של ניסיון התאבדות בוטלה בחוק לחיקוק פקודת החוק הפלילי (מס' 28), תשכ"ו-1966, ס"ח 64. הסיבה העיקרית לכך אינה הכרה בזכות של אדם ליטול את חייו, אלא הכרה בכך שהמשפט הפלילי אינו הדרך המתאימה לטפל במנסים להתאבד. העבירה של שידול ושל סיוע להתאבדות מצויה בסעיף 302 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ועונשה 20 שנות מאסר כעונש המוטל על הריגה. מאז תיקון מס' 39 לחוק העונשין, לעיל הערה 8, זה גם העונש על ניסיון הריגה. ראו גם מ' קרמיצר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות להערה, משפטים כו (תשנ"ז) 619, 624-628; ראו במיוחד שם, הערה 23 לעניין העבירה של סיוע להתאבדות והשמירה על האוטונומיה.

95 G.P. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (Boston, 1987) 770-771.

96 ייתכן שכאן יש מקום להבחין בין אדם הפוגע בעצמו ובין אדם הנוטל על עצמו סיכון, שפעילותו תביא לפגיעה בו. דומני, שבמקרה האחרון, פעמים רבות נטילת הסיכון אינה יוזמה מלאה של היחיד והוא מקבל על עצמו סיכון בתקווה שהסכנה לא תתממש. לצתים הנסיבות מביאות אותו לקחת את הסיכון, כאשר האלטרנטיבה אינה רצויה לו. הסוגיה הזו של נטילת סיכון מעוררת הרבה שאלות

היוזמה שלו. ניתן לומר שזו הסכמה חזקה, אך ייתכן גם מצב שבו הוא מסכים ליוזמה של אחר. רק במקרה של הסכמה חזקה אין הבדל בין מקרה זה לפגיעה עצמית; בשניהם ישנה אותה מידה של פטרנליזם כאשר המעשה אסור⁹⁷.

נבדוק אם ניתן למצוא הסבר להבדל בין מקרי ההסכמה ובין המקרים של פגיעה עצמית בניתוח מושגי הזכות. כאשר מדובר בפגיעה עצמית אפשר לומר, שלאדם ישנה זכות במובן של חירות. לאדם מוקנית חירות לפגוע בעצמו. ולאף אחד אין זכות למנוע זאת ממנו⁹⁸. אפשר לראות באיזו מידה תפישת כזו נובעת מהאוטונומיה של היחיד; אך כשמדובר בפעולה של אחר, התמונה שונה. כאן קשה יותר להשתמש במושגי הזכות. מה מובנה של הזכות של היחיד להסכים שיפגעו בו? ברור שאין כנגדה חובה לפגוע בו וכנראה המשמעות היא שאין זכות למנוע את הפגיעה בו. פיינברג סבור, כי האוטונומיה מביאה לסוברניות של אדם על גופו, והסכמתו של אדם לפגיעה בגופו היא תנאי הכרחי אך גם מספיק. כלומר: כאשר אדם מסכים לניתוח — למשל, ניתוח עיקור ויש רופא המוכן לעשות זאת, יש לו זכות להינתח ואסור לחברה למנוע ניתוח זה על-ידי קביעת עבירה פלילית⁹⁹. זו אינה זכות שכנגדה מוטלת חובה על הרופא, אבל לחברה אסור למנוע מימוש הזכות על-ידי איסור פלילי. אם כך, הזכות קרובה למדי לחירות ואינה שונה כל-כך מזכותו של אדם לפגוע בעצמו.

בסופו של דבר עלינו לחזור להסברו של פלטרש בניסיון להבין מדוע אנו מגבילים יותר התנהגות הפוגעת בזולת בהסכמה, לעומת פגיעה של אדם בעצמו. ושמה הסברו של פלטרש אינו רק פרגמטי, אלא מצביע על כך שרק כאשר ישנה פגיעה בזולת, אפילו בהסכמה, עלולה להיות גם פגיעה באינטרס של החברה, ולא כך כאשר אדם פוגע בעצמו? יוצאת-מן-הכלל היא ההתאבדות. כיוון שמדובר כאן בחיים עצמם, אפשר לראות גם בה פגיעה בערכי החברה הבסיסיים ביותר.

דברים אלה מביאים אותנו למסקנה, שכאשר מדובר בפגיעה עצמית (פרט להתאבדות), אין מקום להצדיק איסור פלילי מטעמים של תקנת-הציבור — היינו: פגיעה באינטרסים של הציבור — אלא רק מטעמים פטרנליסטיים. פעמים רבות נוכל להצדיק

קשות ולדעתי, יש בה קשיים בקביעת הרצון החופשי והמודע של האדם. השווה Greenawalt, *supra* note 36, at p. 718. מנגד, בשל העובדה שמדובר בנטילת סיכון בלבד, ולא בפגיעה ברורה, יש פחות מקום להתערבות של החברה ויש לכבד יותר את חירותו של היחיד ולאפשר לו לפעול כרצונו גם כאשר הפעילות כרוכה בסכנה, בחנאי שהסיכון ניטל באופן חופשי ומודע. ראו להלן ליד הערות 194-190.

97 בספרו Feinberg, *supra* note 7, pp. 98 ff.

98 ניתוח מושג הזכות נעשה לפי הטבלה של הופלד, כפי שהובאה בספרו של סלמונד, Salmond *On Jurisprudence* (London, 12th ed., by P.J. Fitzgerald, 1966) 224.

99 Feinberg, *supra* note 7, at p. 53.

איסורים כאלה בנימוקים של פטרנליזם רך, כלומר: שנטילת הסיכון אינה חופשית ומודעת. במקרים אחרים הצדקת האיסור תחייב הנמקה של פטרנליזם קשה. המתנגדים לפטרנליזם קשה, יתקשו מאוד להצדיק איסורים על נטילת סיכון לפגיעה עצמית, כאשר אין מקום לטענה שנטילת הסיכון אינה חופשית ומודעת. ייתכן שזה המקור לגישתו של פיינברג, המצדיקה איסורים על שימוש בסמים ועל התאבדות בכך שריבוי מקרים כאלה יפגע בחברה. כלומר: יש כאן ניסיון להראות, שגם פגיעה עצמית עשויה להביא לפגיעה באינטרסים של החברה. בדרך דומה ניתן יהיה להצדיק את האיסור במקרים מסוימים של פגיעה עצמית בטענה שהנפגע יהפוך לגטל על קרוביו — כפי שהוזכר כבר למעלה.

ב. מקומה של ההסכמה במשפט הפלילי המצוי

1. היעדר הסכמה כרכיב בעבירה

דומני, כי ההבחנה הראשונה שעלינו לעשות היא בין המקרים שבהם הסכמה — או ליתר דיוק: היעדר הסכמה — היא רכיב עובדתי בהגדרת העבירה ובין המקרים שבהם הסכמה תהיה, אם בכלל, הגנה¹⁰⁰. נתחיל את הדיון במקרים הראשונים.

(א) הסכמה כרכיב מפורש

כאשר הסכמה היא רכיב בעבירה, ברור שיש לה מעמד במשפט הפלילי. במקרים כאלה, כאשר ישנה הסכמה, לא מתקיים היסוד העובדתי של העבירה. הדוגמאות הבולטות ביותר הן עבירות התקיפה והאינוס¹⁰¹. כאשר היעדר הסכמה הוא יסוד עובדתי של העבירה, על התביעה להוכיח אותו כמו את שאר היסודות העובדתיים של העבירה. בעבירות הדורשות יסוד נפשי יידרש היסוד הנפשי (מחשבה פלילית, ובמקרים אחרים — רשלנות) גם לגבי היעדר הסכמה. התביעה חייבת להוכיח, כי הנאשם היה מודע לכך שאין הסכמה, בעבירות של מחשבה פלילית או שהנאשם לא היה מודע לכך, אך אדם מן

100 אני ערה לכך, שסעיפים הדנים בהסדר כללי של מעמד ההסכמה במשפט הפלילי, כמו, למשל, סעיף 2.11 של החוק הפלילי, הנוכח לעיל בהערה 40, קובעים, כי הסכמה תשמש הגנה כאשר היא שוללת את יסודות העבירה ולפיכך מטשטשים את ההבחנה שאני ערשה. אבל בסעיף המסנה של סעיף 2.11 ישנה הבחנה בין הסכמה כשלילת יסוד בעבירה להסכמה כהגנה.
101 אך ישנן גם עבירות נוספות, למשל: הסכמת האפוטרופוס בחטיפה ממשמורת (סעיף 373 לחוק העונשין), גניבה (סעיף 383(א)(1) לחוק), גניבת כלי-שיט (סעיף 401 לחוק) ושימוש ברכב ללא רשות (סעיף 1413 לחוק). וראו גם סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, חשמ"א-1981, ס"ח 128.

היישוב יכול היה בנסיבות העניין להיות מודע לחוסר-הסכמה בעבירות של רשלנות¹⁰². כאשר היעדר-הסכמה הוא רכיב בעבירה, מצביע הדבר על החשיבות הרבה שלה ועל היותה מרכיב מרכזי בהפללת הנאשם. המצב שונה כאשר הסכמה היא בגדר הגנה. ההבדל אינו רק בהשלכות המעשיות שיש לכך בדין — למשל: לגבי שאלות של הוכחה — אלא בעיקר במהות ובמעמד של ההסכמה. הדברים נוגעים לסוגיה המוכרת של הבחנה בין יסודות ההגנה ליסודות העבירה, ועמדתו בשאלה זו היא, שיש הבדל ערכי של ממש בין הדברים¹⁰³.

בסוגיה זו של ההסכמה נכונים הדברים פי כמה והם נוגעים לשאלות העומדות בבסיס הסוגיה של מתן מעמד להסכמה במשפט הפלילי. מי שלא הוכח שנתקיימו לגביו היסודות העובדתיים של העבירה, כלל לא נכנס לתחום הפלילי. מי שנתקיימו לגביו יסודות ההגנה הוא זכאי, אך נכנס לתחום הפלילי ונדרש להראות — מכח נטל הבאת הראיות — מדוע לא יורשע¹⁰⁴. ההבחנה בין יסודות העבירה ליסודות ההגנה מבטאת —

102 סעיף 19 לחוק העונשין, חשל"ז-1977, כפי שתוקן בחיקון מספר 39 (לעיל הערה 8), קובע, שעבירה טעונה מחשבה פלילית אלא אם נקבע בהגדרתה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הנדרש בה או שהיא עבירה של אחריות קפידה. מחשבה פלילית היא מודעות לקיום הנסיבות (סעיף 20(א)), אך לפי סעיף 20(ג)(1), מי שחשד בדבר אפשרות קיומן של הנסיבות ונמנע מלברר זאת, רואים אותו כמודע לקיומן. רשלנות היא אי-מודעות לקיום הנסיבות כשאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע להן בנסיבות העניין (סעיף 21).

103 לדיון בהבחנה בין יסודות העבירה ליסודות ההגנה ראו למשל, Fletcher, *supra* note 95, at pp. 552-559; P.H. Robinson "A Theory of Justification — Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability" 23 *UCLA L. Rev.* (1975) 266; G. Williams "Offences and Defences" 2 *Legal Studies* (1982) 233; K. Campbell "Offence and Defence" in *Criminal Law and Justice* (London, I.H. Dennis ed., 1987) 73; G. Fletcher "The Nature of Justification" in *Action and Value in Criminal Law* (Oxford, S. Shute, J. Gardner and J. Horder eds., 1993) 175.

104 ההבדל בין יסודות ההגנה ליסודות העבירה מתבטא בשאלות של הוכחה. לפי סעיף 34(א), לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה, אלא אם-כן היא הוכחה מעבר לספק סביר. לפי סעיף 34 לחוק, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות; ולפי סעיף 34(ב) לחוק, אם נתעורר ספק שמא קיים סייג, והספק לא הוסר — יזוכה הנאשם. כאשר ההסכמה היא הגנה (סייג), הנאשם צריך לעודד ספק שמא יש הסכמה. כאשר היעדר-ההסכמה הוא רכיב בעבירה, התביעה צריכה להוכיח את היעדרו. עד לתיקון מספר 39 לחוק העונשין אפשר היה להצביע על הבדל נוסף. לפי סעיף 17 לחוק העונשין (לפני התיקון), טעות במצב דברים היתה הגנה רק כאשר היא היתה סבירה. בעבירות של מחשבה פלילית טעות ביסודות העבירה, גם אם לא היתה סבירה, שללה את המחשבה הפלילית, אבל לגבי יסודות ההגנה נדרש שהטעות היתה סבירה. סעיף 34(א) של החוק המתוקן מסתפק בטעות כנה גם ביסודות ההגנה בכל העבירות הדורשות מחשבה פלילית. ראו ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" מחקרי משפט יא (תשנ"ד) 147. אפשר להצביע גם על הבדלים נוספים

לדעתי — שיקולים ערכיים ומשקפת את הערכים של החברה ואת ה"מינימום" הנדרש, כדי להכניס אדם לתחום הפלילי.

בסוגיית ההסכמה דומני, כי שיקול מרכזי שהביא לקביעה של יסוד עובדתי של היעדר-הסכמה בעבירות מסוימות הוא, שהסכמה מבחינה בין התנהגויות כשרות, מקובלות וראויות, ובין התנהגות פסולה. כך, למשל, בעבירת האינוס ההסכמה היא המבחינה בין מגע מיני מותר לאינוס. ככל שהיסוד של שימוש בכוח או איום בשימוש בכוח מאבד מחשיבותו, כך עולה החשיבות של היעדר-הסכמה¹⁰⁵.

גם בעבירת התקיפה מצוי היסוד של היעדר-הסכמה וגם כאן נראה לי, שהסכמה היא המבחינה בין התנהגות מקובלת וראויה להתנהגות פלילית. אך מעניין לראות שבאנגליה, הסכמה אינה יסוד מפורש בעבירת התקיפה, אלא נחשבת כהגנה¹⁰⁶. ההבדל בין השיטות עולה כשמתעוררת השאלה של מעמד ההסכמה בעבירות יותר חמורות, כגון פציעה או גרימת חבלה. באנגליה תתעורר שאלה זהה לשאלה המתעוררת בתקיפה, כלומר: האם הסכמה עשויה לשמש הגנה? ולכן, הדיון באנגליה מתרכז סביב השאלה מהו הגבול שיש לקבוע לעניין הסכמה לגבי חומרת הנזק בעבירות נגד גופו של אדם. האם הסכמה תשמש הגנה בכל מקרה שלא היתה פגיעה ממשית או שמא תשמש הסכמה הגנה גם כאשר יש פגיעה ממשית, אך לא חמורה¹⁰⁷? לשאלה זו נשוב כשנדון על הסכמה כהגנה. בארץ מתעוררת שאלה שונה במקצת: היעדר-הסכמה אינו רכיב ביסודות של עבירת פציעה או חבלה חמורה ולכן יש לשאול, אם בכלל ניתן לראות בה הגנה בעבירות אלה. דומני, שבתקיפה הסכמה היא המבחינה בין התנהגויות מקובלות וראויות להתנהגויות

הנוגעים לעקרון החוקיות. להבחנה בין יסודות העבירה ליסודות ההגנה ישנה גם חשיבות מושגית. ראו ב' סג'רו הגנה הפרטית במשפט הפלילי (חיבור לקבלת תואר דוקטור, תשנ"ג) 12-20.

105 עבירת האינוס כוללת יסוד של שימוש בכוח או איום לשימוש בכוח, בלשון סעיף 345(א)(1): "עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים, או איום באחד מאלה". אך הפסיקה מסתפקת גם בהפעלת כוח קלה ביותר, כגון רחיפה של הקורבן למיטה. ראו דבריו של הנשיא שמגר על היסוד של שימוש בכוח בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 367. חלק מעבירות האינוס אכן מתאפיינות גם באלימות, אך שאלת ההסכמה חשובה ביותר דווקא בעבירות אינוס שאין בהן מרכיב ממשי של אלימות. אפשר שתהיה גם הסכמה לשימוש באלימות, ואז מתעוררת השאלה של יחסים סאדומזוכיסטיים, שהעסיקה הרבה את המשפט האנגלי.

106 ייתכן כי הסיבה לכך שהיעדר-הסכמה אינו רכיב בעבירת התקיפה היא היסטורית בלבד ונובעת מכך שכאשר התגבשה עבירה זו לא הקפידו כל-כך בקביעת כל הרכיבים, במיוחד כאשר בדרך-כלל עניין זה של הסכמה אינו שנוי במחלוקת במקרים של תקיפה. עם זאת מעניין לציין, כי כבר בדייקסט של סטפן ישנן הוראות מפורשות לעניין ההסכמה, גם בעבירת התקיפה. ראו סעיף 285, הדן בחקיפה; וסעיפים 310-315, הדנים בהסכמה; J.F. Stephen A Digest of the Criminal Law (8th ed., 1947). (להלן: הדייקסט של סטפן).

107 ראו הדיון בדר"חות של הוועדה האנגלית על ההסכמה במשפט הפלילי, לעיל הערה 16.

פליליות; ואילו בפציעה ובגרימת חבלה אין צורך בהיעדר הסכמה כדי לעשות הבחנה זו. פציעה, ובוודאי גרימת חבלה, מצויות בתחום הפלילי. השאלה המתעוררת היא, אם אפשר לראות בהסכמה של הקורבן לפציעה או לחבלה משום הגנה. בכך נדון בהמשך. הדרך של המשפט שלנו נראית לי ראויה יותר, כיוון שהמגע המוסכם, שאין עמו פציעה, אינו חלק מהתחום הפלילי¹⁰⁸.

ישנן עבירות שבהן אין הסכמה משמשת רכיב מפורש וברור בהגדרת העבירה, אך בכל זאת היא רכיב מובלע. כך, למשל סעיף 447 לחוק העונשין, הדין בהסגת גבול. כאשר בעל-הנכס מסכים לכניסתו של הנאשם לנכס או להישארותו שם, לא ייתקיימו בדרך-כלל שאר היסודות¹⁰⁹. אם הבעלים הסכימו, קשה לראות כאן מקרה שבו הנאשם פעל "כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה". רק החלופה של "כדי לעבור עבירה" עלולה להתעורר כשישנה הסכמה של המחזיק בנכס. ברור, שאם ההסכמה שוללת את היסוד הנפשי הנדרש, אין עבירה¹¹⁰.

(ב) שלא כדין

שאלה יפה היא, אם המלים "שלא כדין" עשויות להכניס את ההסכמה כרכיב בעבירה¹¹¹. לפי גישתו של פרופ' פלר, אם הסכמה אינה רכיב בעבירה, אין לה מעמד במשפט הפלילי, והמלים "שלא כדין" אינן מפנות להסכמה¹¹². לפני שנמשיך לבדוק סוגיה זו, חשוב להדגיש כי מתן מעמד להסכמה באמצעות המלים "שלא כדין" עשוי להפוך את ההסכמה לרכיב בעבירה. אך — לדעתי — ברוב המקרים שבהם הסכמה אינה רכיב מפורש או מובלע בעבירה, גם אם נתחשב בהסכמה, ראוי לראות התחשבות זאת כעניין של הגנה. הדברים יוסברו עוד בדיון בהסכמה כרכיב בהגנה.

108 לדיון בקביעת התחום הפלילי ראו לעיל הערה 29.

109 לגבי מקרה כזה של הישארות בנכס נאמר בסעיף קטן (2) "שלא כדין". למשמעות אמירה זו ראו בהמשך. אמנם, ייתכן גם מקרה נדיר, שבו יש למסיג הגבול כוונה נסתרת להפחיד, ובעל-הנכס אינו יודע עליה, אך בדרך-כלל ההסכמה שוללת את היסוד הנפשי הנדרש.

110 בחוקים שבהם יש הסדר כללי לגבי הסכמה, מוסדרים גם מקרים שבהם הסכמה מביאה לכך שלא ייגרם הנזק אשר העבירה באה למונעו. זה המצב כאשר ההסכמה היא רכיב מובלע בעבירה. ראו, למשל, סעיף 2.11(1) של החוק הפלילי, שלפיו ההסכמה תהיה הגנה כאשר היא שוללת יסוד מיסודות העבירה (כגון היעדר-הסכמה באינוס) או כאשר היא "precludes the infliction of the harm or evil sought to be prevented by the law defining the offense" (לעיל הערה 40).

111 למשמעות המלים "שלא כדין" ראו י' לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) סעיפים 187-194; וכן ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373.

112 ש"ז פלר, לעיל הערה 4, בסעיף 538. לגישה שונה, שלפיה המלים "שלא כדין" מפנות גם להסכמה, ראו LaFave and Scott, *supra* note 6, at p. 478.

נקח לדוגמא את סעיף 452 לחוק העונשין, הדין בהיזק בזדון. סעיף זה מדבר על מי שהורס נכס או פוגע בו במזיד ושלא כדין. האם כאשר ישנה הסכמה של הבעלים לפגיעה ברכושו, אין הפגיעה בנכס "שלא כדין" ולא מתקיימים יסודות העבירה? ואולי הסכמת הבעלים לפגיעה ברכושו היא הגנה? וניתן לשאול גם, אם ההסכמה מועילה בכלל? אולי העבירה קיימת גם אם היתה הסכמה?

אותה שאלה תתעורר גם לגבי סעיף 196 לחוק העונשין, האוסר השחתת פני מקרקעין (למשל: כתיבה או חריטה על מקרקעין). ההבדל בין הסעיפים הוא, שבסעיף 196 נאמר במפורש כי מדובר במקרקעין של הזולת. הגבלה זו לא נאמרה בסעיף 452 ולכאורה הוא חל גם על פגיעה ברכושו של הפוגע. נראה לי, כי סעיף 452 חל בדרך-כלל רק על פגיעה ברכוש הזולת. הפגיעה של אדם ברכושו היא אינה "שלא כדין"¹¹³. איסור על אדם לפגוע ברכושו הוא, כאשר הפגיעה אינה מסכנת רכוש אחר, תשמש פגיעה חמורה באוטונומיה של היחיד ובוודאי אינה עומדת בדרישה של עקרון הנזק שנידונה בראשית המאמר. כאשר נשקפת סכנה גם לרכוש זר, יש מקום לקבוע עבירה, והדבר מתאיב עם עקרון הנזק. ישנה עבירה מיוחדת הדנה בהצתה של רכוש פרטי כשנשקפת סכנה לרכוש הזולת בסעיף 448(ב) לחוק העונשין¹¹⁴. ייתכן כי ישנם גם מקרים נוספים שבהם פגיעה של אדם ברכושו היא תהיה שלא כדין¹¹⁵. ניתן לחשוב על שיטת-משפט האוסרת השחתת של יצירות אמנות נדירות, גם אם הן רכוש פרטי¹¹⁶. אך העיקרון צריך להיות שבדרך-כלל אין איסור על אדם להזיק לרכושו, וסעיף 452 לא יחול במקרים אלה. אם אמנם ניתן להשתמש במלים "שלא כדין" כדי לשלול הפללה של פגיעה ברכוש הפרטי, מדוע לא נאמר כך גם לגבי פגיעה ברכוש הזולת, כאשר הזולת מסכים (אולי אף מבקש) זאת? אפשר כמובן להבחין בין פגיעה של אדם ברכושו לפגיעה ברכוש הזולת בהסכמה, באמצעות ההבחנה שעשה פלטשר בין הפגיעה של אדם בגופו לפגיעה בגופו של הזולת שהסכים. אך נראה לי, שהבחנה זו יאה יותר לפגיעה בגופו של אדם. יש הבדל בחשיבותו של האינטרס המוגן והדברים מקבלים משנה-תוקף כאשר מבינים את ההבחנה של פלטשר כמבוססת על פגיעה בחברה כמובחן מהפגיעה בזולת¹¹⁷.

כפי שאמרנו, פרופ' פלר סבור כי גם במקרים שהיתה הסכמה, ואפילו כאשר הסכמה כזו משמשת הגנה במשפט האזרחי, היא אינה משמשת הגנה במשפט הפלילי ואינה הופכת ליסוד מיסודות העבירה באמצעות הדרישה של "שלא כדין". אין ספק, כי גישתו

113 לדין בסוגיה זו ראו ע"פ 106/64 היועץ המשפטי נ' אלוש, פ"ד יט(1) 505.

114 וראו הדין בפסק-הדין הנזכר לעיל באשר לאפשרות שהמלים "שלא כדין" מפותות לעבירה אחרת.

115 דוגמא פשוטה לכך תהיה קלקול של שטר-מטבע בניגוד לסעיף 466 לחוק העונשין. שימו לב שגם כאן יש עבירה ספציפית אחרת.

116 כאן תתעורר השאלה אם המלים "שלא כדין" יפנו גם להוראות לא פליליות.

117 ראו הדין לעיל ליד הערה 95.

של פלר מושפעת מהתפישה הבסיסית שלו לגבי מעמד ההסכמה בפלילים — כלומר: מכך שהוא שולל אותה — להוציא מקרים שבהם היא רכיב מפורש בעבירה. כפי שראינו, גישה זו מתבססת על ראיית המשפט הפלילי כעניינו של הריבון וכבא להגן על אינטרסים של החברה ולא של היחידים. בפרק הראשון של המאמר ניסיתי להראות, שאין הכרח לקבל גישה זו בנוקשות וראוי לאפשר התחשבות בהסכמה של הנפגע. פרופ' פלר מביא את דבריו של בית-המשפט העליון בעניין פנקס¹¹⁸. גם גישתו של בית-המשפט העליון שם אינה נותנת מעמד להסכמה¹¹⁹.

מבחינה עיונית נראה לי, שאפשר היה לפרש "שלא כדין" כמפנה גם להסכמה, כלומר: כאשר ישנה הסכמה, הפגיעה בנכס לפי סעיף 452 אינה שלא כדין ואין עבירה. אמנם, פרשנות זו תיתן להסכמה מעמד של יסוד מיסודות העבירה, ועל התביעה יוטל להוכיח בכל מקרה שלא היתה הסכמה. אולם הקושי העיקרי בגישה זו נעוץ בכך, שהמלים "שלא כדין" מצויות גם בעבירות חמורות נגד גופו של אדם, כמו גרימת חבלה לפי סעיף 333 לחוק העונשין או אפילו הריגה לפי סעיף 298 לחוק¹²⁰.

ניתן לומר, כי כדי שהמלים "שלא כדין" יפנו להסכמה וכדי שנוכל לומר שכאשר ישנה הסכמה אין הפעולה "שלא כדין", יש צורך בהוראה האומרת מתי יש לנפגע זכות להסכים¹²¹. כל עוד אין הוראה כזו, אי-אפשר לומר שכאשר ישנה הסכמה המעשה אינו "שלא כדין". אך אם אנו מכירים באופן עקרוני באוטונומיה של היחיד ובזכותו להסכים לפגיעה בו, נוכל לומר כי רק במקרים שישנה גם פגיעה בחברה ישנה עבירה, הגם שהנפגע הסכים לפגיעה בו. אם כך, הרכיב "שלא כדין" שולל את העבירה כאשר ישנה הסכמה רק באותם מקרים שבהם ההסכמה אינה פוגעת בתקנת-הציבור. אך עצם הימצאותן של המלים הללו בסעיף כלשהו לא תלמד אותנו מתי הסכמה אינה פוגעת בתקנת-הציבור: ייתכן, שפרשנות זו עומדת בסתירה לפסקי-הדין בעניין פנקס ובוסתנאי סתה¹²². מכל-מקום, היא אינה מקדמת אותנו בהרכה, כיוון שהיא מחזירה אותנו לסוגיה העקרונית של מתן מעמד להסכמה במשפט הפלילי. לכל היותר יש בפרשנות זו משום אפשרות לתת מעמד להסכמה גם בהיעדר סעיף כללי הדין בכך. בשאלה זו של התחשבות בהסכמה, הגם שאין סעיף כללי כזה, אשוב לעסוק בדיון על הסכמה כרכיב בהגנה.

118 ראו לעיל הערה 11. וראו גם את ההחלטה בעניין בוסתנאי סתה הנזכרת באותה הערה.

119 ייתכן שהאסמכתא מפסק-הדין אינה כה חזקה. בפסק-הדין בעניין פנקס אמר בית-המשפט, שאין בפלילים הגנה כללית של *volenti non fit injuria*, להבדיל מדיני-העונשין. אך לא נאמר שם, שאין הגנה כזו כאשר הסעיף הפלילי כולל את התנאי "שלא כדין".

120 שם נאמר: "מעשה או מחדל אסורים", אך המקור האנגלי זהה: *unlawful*.

121 הוראה כזו ישנה, למשל, בסעיף 312 לדייג'סט של סטפן, לעיל הערה 106. ראו הדיון להלן ליד הערות 139-143.

122 לעיל הערה 11.

(ג) התחשבות בהסכמה בקביעת היסוד הנפשי של העבירה

בעבירות הדורשות יסוד נפשי של פזיזות או רשלנות עשויה להיות להסכמה השפעה על קיום המצב הנפשי הנדרש. בעבירות אלה מדובר על נטילת סיכון שאינו סביר. בפזיזות מדובר בנטילה מודעת של סיכון שאינו סביר; וברשלנות מדובר בנטילה בלתי-מודעת של סיכון שאינו סביר, כאשר אדם מן היישוב היה מודע לסיכון¹²³.

להסכמה ישנה חשיבות בקביעה אם היה סיכון בלתי-סביר. גם סיכון שאינו סביר כשאין הסכמה עשוי להיחשב כסביר כאשר ישנה הסכמה. דוגמא לכך היא המקרה של ה-"Wild West Show". במסגרת הצגה הסכים אדם להשתתף במופע שבו אדם מיומן ירה לעבר סיגריה שעישן הקורבן. היורה פגע בלחיו של הקורבן. ברור שבהיעדר הסכמה היה כאן סיכון לא-סביר, אך כאשר הקורבן הסכים ראו בכך סיכון סביר¹²⁴.

אך מתעוררת השאלה, באיזו מידה נתחשב בהסכמה לפגיעה חמורה. האם גם כאן נראה אותה כהופכת את הסיכון לסביר? הרי ראינו, שיש מקום לגישה השוללת את מעמד ההסכמה כשמדובר בפגיעות חמורות, אם מסיבות פטרנליסטיות אם כעניין של תקנת-הציבור. באנגליה הוצע לבדוק את שאלת סבירותו של הסיכון כשישנה הסכמה לפגיעה חמורה, תוך התחשבות בטובתו של הקורבן מנקודת-ראות אובייקטיבית. ברור שזו גישה פטרנליסטית, הבודקת את הסיכון לא בדרך שהמסכים רואה אותו, אלא דרך עיניה של החברה¹²⁵.

(ד) שלילת מעמדה של ההסכמה

ישנן עבירות שבהן במפורש נשלל מעמד ההסכמה כרכיב בעבירה, למשל: אינוס קטינה (סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין). במקרים כאלה לא רק שהיעדר-ההסכמה אינו רכיב בעבירה, אלא שלפי המלים המפורשות שבסעיף ברור כי הסכמה לא תוכל להיחשב כהגנה, גם אם נכיר בהסכמה כהגנה במקרים אחרים. המחוקק הביע במפורש את דעתו בעניין זה¹²⁶.

123 היותו של הסיכון בלתי-סביר מצויה בדרך-כלל בהגדרות של פזיזות ושל רשלנות. כך, למשל, ב-Model Penal Code §2.02, וגם בהצעת החוק האנגלית Criminal Draft Code 1989, Commission No. 177. בחוק שלנו סבירות הסיכון מצויה בהגדרת הרשלנות ובהגדרת קלות-הודעת, אך לא בהגדרת האדישות (סעיפים 20(א)(2) ו-21 לחוק העונשין). ראו גם "קוגלר" על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי של חוק העונשין "פלילים" (תשנ"ו) 149, 167.

124 430 34 N.Z.L.R. (1915) McLeod. וראו הדיון בדו"ח השני, לעיל הערה 16, בסעיף 4.20.

125 שם, בסעיף 4.25.

126 אפשר לטעון כי יש כאן גישה של פטרנליזם רך, כלומר: הסכמה של קטינות אינה הסכמה המשקפת בחירה חופשית ומודעת ועל-כן אין להתחשב בה.

שיטות־משפט שבהן יש הסדר כללי לגבי הסכמה, כוללות גם הסדרים לגבי טיב הסכמה. למשל: לגבי גילו של המסכים, היעדר־כפייה ומרמה וכיוצא באלה¹²⁷. ראינו שכאשר יש להסכמה מעמד, חשוב לקבוע הוראות שיבטיחו כי היא תהיה חופשית ומודעת. הוראות אלה עשויות לחול גם על המקרים שבהם היעדר־הסכמה הוא רכיב בעבירה, גם על המקרים שבהם הסכמה תהיה הגנה. לא נראה לי שיש טעם לקבוע תנאים שונים לכשרות ההסכמה ותקפותה כאשר מדובר בהסכמה שהיעדרה הוא יסוד בעבירה. בשיטתנו אין הסדר כללי לגבי ההסכמה ולכן אין גם הוראות לגבי כשרות ההסכמה ותקפותה. משום־כך, ישנן עבירות שבהן היעדר־הסכמה הוא רכיב בעבירה ואין הסדר לגבי טיב ההסכמה הנדרשת. אין ספק, כי בתי־המשפט יעמדו על כך שהסכמה תהיה חופשית ומודעת, אך עדיף שהדבר יוסדר בחוק. לגבי עבירות מסוימות ישנן הוראות, לפחות חלקיות, לעניין טיב ההסכמה. למשל: בעבירת התקיפה נאמר "בלא הסכמתו שהושגה בתרמית"¹²⁸. הכוונה היא, כי הסכמה שהושגה בתרמית אינה תקפה. בעבירת האינוס ישנן הוראות מפורשות שלפיהן בעילה בהסכמה שהושגה במקרה "לגבי מיהות העושה או מהות המעשה" היא אינוס. כך גם לגבי בעילה תוך ניצול מצב של חוסר־הכרה¹²⁹. לדעתי, ההוראה לגבי בעילת קטינה היא שונה. יש בה יותר מאשר קביעה שהסכמה אינה טובה, כי בשל גיל הקורבן אין ביטחון שההסכמה חופשית ומודעת. ישנה כאן קביעה נורמטיבית של המחוקק שאין להתיר בעילה, אפילו בהסכמה, כאשר הנבעלת היא קטינה. אמנם, הסיבה לקביעה זו היא גיל הנבעלת, אך יש כאן יותר מאשר חשש כי ההסכמה אינה משקפת רצון חופשי ומודע¹³⁰.

2. הסכמה כהגנה

ראינו כי כאשר היעדר־הסכמה הוא המקור לפגיעה באינטרס החברתי המוגן, הסכמה היא רכיב בעבירה. נבדוק עתה באיזו מידה יש בחוק שלנו מעמד להסכמה, לא כרכיב בעבירה, אלא כסייג לאחריות הפלילית. בכמה עבירות בחוק העונשין נקבעה ההסכמה כהגנה. מדובר בקביעה ספציפית ואין בכך הכרה בהסכמה כסייג כללי לאחריות הפלילית¹³¹.

127 כך, למשל, בסעיף 2.11 של החוק הפלילי, שהוזכר לעיל בהערה 40.

128 סעיף 378 לחוק העונשין.

129 סעיפים 345(א)(2) ו־4 לחוק העונשין.

130 וראו סעיף 346 לחוק העונשין הקובע עבירה קלה יותר כאשר הבעילה היא בהסכמת קטינה מעל גיל

14; וסעיף 353 הנותן הגנה בעבירה לפי סעיף 346(א) במקרים מיוחדים. בסעיף 353 ההסכמה של

הקטינה היא אחד מיסודות ההגנה הניתנת בו.

131 סעיף 352(ב) יכול לשמש לנו דוגמא לעבירה, שבה הסכמה היא הגנה שנקבעה בחוק. סעיף 352(א)

לחוק העונשין אוסר לפרסם פרטים מזהים על קורבן של עבירות־מין. סעיף קטן (ב) קובע: "לא ישא

(א) היעדר סעיף כללי בחוק העונשין בישראל

אין בחוק שלנו סעיף כללי, הקובע סייג לעבירות שונות, כאשר ישנה הסכמה של הנפגע. לדעתי, רצוי לחשוב על קביעת סייג כזה ומוכן שיש להגביל אותו, ובהמשך אנסה לבדוק מה ראוי לקבוע בו. גם בתיקון מספר 39 לחוק העונשין¹³² לא הוכנס סייג לעניין הסכמה וכך גם בהצעת החוק שקדמה לו¹³³ ובהצעה של פרופ' פלר ופרופ' קרמניצר¹³⁴. אין ספק כי גישתו של פרופ' פלר, השוללת הכרה בהסכמה במשפט הפלילי, השפיעה. אך גם הקושי לקבוע בדיוק את גבולות הסייג מרתיע מחקיקתו. הצורך במתן משקל רב יותר להסכמה במשפט הפלילי התגבר בשנים האחרונות¹³⁵, אך תהליך החשיבה בנושא זה

אדם באחריות פלילית לפי סעיף קטן (א), אם האדם ששמו או זהותו פורסמו כאמור נתן את הסכמתו לפרסום בפני בית המשפט". נוסח הדברים מצביע על הגנה וגם בחינה מהותית של הנושא מצביעה על הגנה. המעשה האסור הוא הפרסום, מפני שהחברה סבורה כי אין זה ראוי לפרסם את זהותם של קורבנות של עבירות-מין. הפרסום אסור מחשש לפגיעה בפרטיות של הקורבן, אך כאשר הקורבן הסכים, שוב אין פגיעה בפרטיות שלו. מעניין להשוות זאת לסעיף 34 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293. סעיף זה אוסר פרסום פרטים על האימוץ ואין בו הוראה מיוחדת לגבי פרסום בהסכמת המאומץ. בע"פ 4463/93 בירב נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 447, נידונה השאלה, אם גם פרסום בהסכמה הוא בגדר עבירה. השופט ד' דורנר (שם, בעמ' 454-459) דנה גם בשאלת האוטונומיה של המסכים.

סעיף 353 לחוק העונשין קובע הגנה מיוחדת לעבירה של בעילת קטינה, הקבועה בסעיף 346(א) רישא לחוק. העבירה היא: "הברעל קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים והיא אינה נשואה לו...". עבירה זו דומה לעבירה של אינוס לפי סעיף 345(א)(3), אלא שכאן מדובר במקרה שהנערה היא בגיל 14-16, בעוד שהאינוס הוא בנערה צעירה מגיל 14. ההבדל בגיל מביא גם להקלה ניכרת בעונש: הברעל קטינה מתחח לגיל 14 דינו שש-עשרה שנות-מאסר, בעוד שהברעל קטינה בגיל 14-16, דינו — חמש שנות-מאסר. בשני המקרים היעדר-ההסכמה אינו רכיב בעבירה. לגבי עבירת האינוס, הדבר נאמר במפורש בסעיף 345(א)(3) לחוק ("אף בהסכמתה"). לגבי הבעילה לפי סעיף 346(א) הדבר אינו מפורש, אך היעדר-ההסכמה אינו מצוי בין יסודות העבירה, והכותרת של הסעיף היא "בעילה בהסכמה". סעיף 353 קובע, כאמור, סייג מיוחד, שבו הסכמה היא רק אחד מהיסודות של ההגנה, כאשר היסודות הנוספים הם הפרש הגילים בין הנאשם לקורבן והיות הבעילה חלק מייחסי-רעות רגילים. גם כאן מדובר בהגנה. המגע המיני עם נערה בגיל 14-16 אסור לפי סעיף 346(א), אך קיום תנאי סעיף 353 לחוק מביא להגנה. כאן אפשר לתאר גם גישה אחרת, אולי בחברה אחרת, שבה ייקבע כי אין איסור כמגע מיני עם נערה בגיל האמור, אלא אם הפרש הגילים גדול יותר וכדומה. לי נראה, שכיום, בחברה שלנו, מדובר בהגנה. הניסוח תומך בגישה זו, ולדעתי, הניסוח מבטא את היחס הערכי.

132 לעיל הערה 8.

133 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, ה"ח 114.

134 "הצעה לחלק מקדמי וחלק כללי חדש לחוק העונשין" משפטים יד (תשמ"ד) 127.

135 ואולי משום-כך אין התייחסות לכך בהצעה של ועדת אגרנט שפורסמה במשפטים י (תשמ"ז) 202.

טרם הגיע לידי גיבוש¹³⁶.

מעניין לראות כי בדייקט של סטפן, אשר שימש כידוע אחד המקורות של פקודת החוק הפלילי¹³⁷, ישנם סעיפים כלליים הדנים בהסכמה¹³⁸, אך סעיפים אלה לא מצאו את דרכם לפקודה שלנו. סעיפים 309-315 מסדירים את מעמד ההסכמה¹³⁹. רק סעיף 311 קובע שבמקרה הנידון בו לא תהיה עבירה ודווקא סעיף זה עוסק במקרה שבו אין הסכמה. מדובר בטיפול רפואי, במסיבות שבהן לא ניתן להשיג הסכמה. במקרה כזה נקבע כי לא תהיה זו עבירה לרופא שפגע בקורבן, הגם שלא היתה הסכמה ואף כאשר ישנה התנגדות מצדו של הנפגע. לאמיתו של דבר, סעיף זה קובע הגנה של צורך במקרה ספציפי של צורך רפואי. הסעיפים האחרים אינם דנים בשאלה אם יש לפוגע הגנה, אלא בשאלת זכותו של הנפגע להסכים. סעיף 310 אינו קובע שהסכמה משמשת הגנה לרופא שפגע בזולת לאחר שהאחרון הסכים. הסעיף נותן ליחיד זכות להסכים לפגיעה גופנית שתיעשה בו (או בילדו) במהלך פעולה כירורגית. מכנה זה של הסעיף מעניין מאוד. בסיטואציה המיוחדת של ניתוח ישנה לאדם זכות להסכים לפגיעה גופנית. במסיבות אחרות אין לאדם זכות כזו. סעיף 312 דן בהסכמה לשימוש בכוח שאין עמו פגיעה גופנית. גם כאן מדובר בזכותו של אדם להסכים לכך שיופעל נגדו כוח, ובלבד שאין עמו פגיעה גופנית. הפגיעה אינה צריכה להיות קבועה, וגם לנזק גופני קל וחולף אין אדם רשאי להסכים בתנאים רגילים. רק כאשר מדובר בפעילות ספורטיבית חוקית, רשאי אדם להסכים לפגיעה גופנית. סעיף 313 קובע כי אין לאדם זכות להסכים לפגיעת מוות או לפגיעה העלולה להביא למותו, פרטלמקרים של צורך רפואי — כפי שנקבע בסעיף 311. לא ברור מדוע היה צורך לקבוע זאת, כאשר כבר הסעיף הקודם הגביל את ההסכמה לשימוש בכוח רק למקרים שבהם אין פגיעה גופנית. אותה שאלה ניתן לשאול גם לגבי סעיף 314. הסעיף אוסר מתן הסכמה לפגיעה גופנית כאשר יש חשש להפרת הסדר הציבורי. אך כאן יש אולי הוספה מסוימת על הנאמר בסעיף 312. כשיש חשש להפרת הסדר הציבורי, אולי אין אדם רשאי להסכים אפילו לשימוש בכוח שאין עמו פגיעה

136 מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", תשנ"ב-1992 "משפטים כד (תשנ"ד) 9, 17. העובדה שתוך זמן קצר מאוד יצאו באנגליה שני דו"חות הבדקים שאלה זו (לעיל הערה 16) מעידה על חיפוש־הדרך וההתלבטויות הרבות.

137 לחולדותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936 ראו N. Abrams "Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 — The Untapped Well" 7 *Isr. L. Rev.* (1972) 25; וכן "שחר" מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936 "עיוני משפט ז (תשל"ט) 75. אין שם דיון בסעיפי ההסכמה.

Stephen, *supra* note 106 138.

139 סעיף 309 קובע מתי הסכמה תיחשב חופשית ומודעת. סעיפים 310 ו-311 עוסקים בהסכמה לגיתוחים, סעיף 312 עוסק בהסכמה לשימוש בכוח, סעיף 313 עוסק בהסכמה לשימוש בכוח קטלני, סעיף 314 עוסק בהסכמה לשימוש בכוח הגורם להפרעה לשלום הציבור וסעיף 315 דן בהסכמה להעמדה בסיכון.

גופנית. האמת היא, שהסבר אחרון זה אינו מתאים ללשון של הסעיפים¹⁴⁰. ולבסוף, סעיף 315 משאיר בצריך עיון את שאלת ההסכמה להעמדה בסיכון. גם כאן השאלה היא באיזו מידה אדם רשאי להעמיד את עצמו בסכנה ולא באיזו מידה הסכמתו משמשת הגנה לפוגע. יודגש, כי מדובר בהעמדה בסכנה של פגיעה מצד אדם אחר ולא בשאלה באיזו מידה מותר לאדם להעמיד את עצמו בסכנה של פגיעה עצמית. הסיבה לכך ברורה: הסעיפים דנים בהסכמה לפגיעה של הזולת¹⁴¹. בכללו של דבר, הסעיפים הללו נותנים לאדם זכות להסכים רק לפגיעה שאין עמה נזק גופני, פרט למקרים של צורך רפואי ושל משחקי-ספורט, ובכך הם מתאימים לגמרי למשפט המקובל האנגלי¹⁴². מעניינת דרך הצגת הדברים כזכות להסכים ולא בהגנה לפוגע. דרך זו מדגישה את הזכות של האדם להסכים לפגיעה בו, אף שזכותו זו מוגבלת ביותר. הדברים משתלבים יפה עם הגדרת התקיפה בדייג'סט של סטיפן. סעיף 285 קובע במפורש, כי היעדר-הסכמה הוא רכיב בעבירת התקיפה — שלא כמו במשפט האנגלי המקובל וגם הסטוטורי — תוך הפנייה לסעיפים הקובעים מתי יש לאדם זכות להסכים. קיומם של סעיפים כגון אלה שבדייג'סט עשוי לתת משמעות לדרישה "שלא כדין" בעבירות ספציפיות. כאשר ישנם סעיפים הקובעים זכות להסכים לפגיעות מסוימות, ניתן לומר כי מי שפגע בזולת כאשר הלה הסכים לפגיעה שזכותו להסכים לה, לא פעל שלא כדין¹⁴³.

בעבר הוגשה בארץ הצעת חוק לתיקון כל סעיפי פקודת החוק הפלילי הדנים בעבירות נגד הגוף. סעיף 2 להצעת החוק לתיקון דיני העונשין (פגיעות בגוף האדם), תשכ"ד-1964¹⁴⁴, קבע שלוש עבירות של תקיפה. זו לשון הסעיף: "התוקף אדם שלא כדין, דינו — מאסר ששה חודשים; תקף בכוונה לגרום לחבלה, דינו — מאסר שלוש שנים; תקף בכוונה לגרום לחבלה שיש בה נזק חמור לגוף או לנפש או סיכון חיי אדם, דינו — מאסר שבע שנים". מעניין, שהדירוג בין העבירות מבוסס רק על הכוונה של הנאשם ואינו מתחשב כלל במידת הפגיעה למעשה. לפי סעיף 1 לאותה הצעה, תקיפה מוגדרת כנגיעה בגופו של אחר שלא בהסכמתו המפורשת או המשתמעת מן הנסיבות. יוצא שלפי הצעה זו, היעדר-הסכמה הוא רכיב בכל הדרגות של עבירות נגד הגוף, ואדם התוקף את חברו מתוך כוונה לגרום לו נזק גופני חמור ואף סיכון חיים לא יהיה אחראי

140 סעיף 312 מאפשר הסכמה לשימוש בכוח (infliction of force) כשאין בו bodily harm. סעיף 314 אוסר הסכמה לפגיעה גופנית (bodily harm) כשיש חשש לשלום הציבור.

141 כאשר מדובר בזכותו של האדם להסכים להעמדתו בסכנה, אין אולי מקום להבחין בין מקרה שאדם מעמיד את עצמו בסכנה של פגיעה עצמית ובין מקרה שאדם מעמיד את עצמו בסכנה של פגיעה על-ידי הזולת. אך הסעיפים הללו עוסקים רק במקרה השני.

142 לדיון במשפט האנגלי ראו להלן פרק ג(2).

143 ראו לעיל, בדיון בהיעדר-הסכמה כרכיב בעבירה.

144 ה"ח 96.

אם הנפגע הסכים. בדברי ההסבר להצעת החוק אין דיון בשאלת ההסכמה, אך יצוין כי סעיפים נוספים בחוק עוסקים בהיבטים אחרים של הסכמה. סעיף 9 דן בטיב ההסכמה ובשאלה מתי ההסכמה חופשית ומודעת; וסעיף 11 דן בטיפול רפואי ללא הסכמה, כאשר לא ניתן להשיג הסכמה. ההכרה הגורפת בהסכמה לתקיפה בכל דרגותיה חורגת לחלוטין מהמשפט האנגלי ואינה מתאימה למשפט החל בארץ¹⁴⁵, ולדעתי, גם אינה ראויה. היא נותנת להסכמה משקל מכריע גם כאשר ישנה פגיעה בערכי החברה.

כאמור, אין במשפט שלנו סעיפים הדנים בסייג כללי של הסכמה. אולם גם אם אין סעיף כללי, ראינו שאולי ישנה אפשרות להתחשב בהסכמה בעבירות מסוימות באמצעות הרכיב "שלא כדין". אפשרות זו אינה רצויה בעיני משני טעמים: ראשית, ההסכמה הופכת ליסוד מיסודות העבירה כשראוי לראותה כהגנה. שנית, אין בהסדר זה קריטריונים להחלטה בשאלה, מתי ראוי להתחשב בהסכמה כהגנה. אפשרות אחרת היא לפתח בפסיקה את ההסכמה כהגנה. גם אפשרות זו אינה רצויה — לדעתי — כי ראוי שהדברים ייקבעו בחקיקה, אך אפשר להשתמש בה עד לקביעה בחקיקה. יתר על כן: הדיונים בפסיקה יעזרו בקביעת ההסדרים המדויקים לאחר-מכן בחקיקה. ראוי לציין, כי אין מניעה לפתח הגנות בפסיקה. בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, היה סעיף שקבע כי אין לפתח הגנות בפסיקה, אך הסעיף לא התקבל¹⁴⁶. מובן, שבתי-המשפט נרתעים מפיתוח הגנות בפסיקה, אך הדבר אפשרי¹⁴⁷.

(ב) התיקונים החדשים בסייג הציודק

גם אם אין בחוק העונשין המתוקן סייג הדן בהסכמות, הסכמה גידונה בכמה הוראות

145 אולי לא נעשתה הבחנה לעניין ההסכמה בין תקיפה ובין תקיפה הגורמת חבלה ובין תקיפה הגורמת חבלה רצינית, כי אין הבחנה כזו גם בהגדרת העבירות. הדירוג בין העבירות אינו מבוסס על חומרת הפגיעה, אלא רק על הכוונה. קשה לקבוע כי להסכמה תהיה חשיבות בתקיפה שיש בה כוונה לגרום חבלה, אך לא בתקיפה שיש בה כוונה לגרום חבלה חמורה. הבעיה נעוצה אפוא בדרך שבה הוגדרו העבירות. כאמור, הצעה זו לא הפכה לחוק.

146 סעיף 40 להצעה הנזכרת לעיל בהערה 133, קובע: "אין סייג לאחריות פלילית אלא במקרים ובתנאים הקבועים בחקיקה". ההצעה ראתה באיסור על פיתוח הגנות בפסיקה חלק מעקרונות החוקיות. בדברי ההסבר נאמר גם, שההגנות הגיעו לשלב של גיבוש ולכן ראוי לקובען רק בחוק. אך בעניין ההסכמה אין הדברים מדויקים. היה גם חשש, שאם אי-אפשר לפתח הגנות בפסיקה, בתי-המשפט עשויים לעשות זאת באמצעות ההגנה החדשה של זוטי דברים, המצויה בסעיף 34 לחוק העונשין המתוקן. דרך זו עשויה לעוות את גבולותיה של הגנה חדשה זו. ראו ביקורתה של פרופ' מ' גור-אריה במאמרה, לעיל הערה 136.

147 נראה לי שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו מונע זאת. לדין בשאלה זו ראו י' קרפ, לעיל הערה 15, בעמ' 104.

חדשות בפרק הדין בסייגים¹⁴⁸. הוראות אלו נותנות משקל להסכמה גם כאשר אין היא רכיב ביסודות העבירה. הגם שההוראות חדשות, הן מגבשות מצב משפטי קיים.

הסעיפים שנוספו דנים בטיפול רפואי ובפעילות ספורטיבית. סעיף 34(ג) (3) אומר: "במעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מידי להצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו, ואם בנסיבות הענין לא היה בידו להשיג את ההסכמה". אמנם, הנוסח של הסעיף אינו מוגבל לטיפול רפואי, אך נראה שעיך עניינו כמה שכינתי קודם צורך רפואי והוא מקביל במידה רבה לסעיף 311 בדייג'סט של סטפן שראינו קודם. אלא שבחוק העונשין אין כלל סעיף המקביל לסעיף 310 בדייג'סט, שבו נקבעה זכותו של אדם להסכים לטיפול רפואי. כזכור, להסכמה מעמד בחוק הפלילי שלנו — בעבירות הפוגעות בגוף — רק בעבירת התקיפה. סעיף קטן (3) הנידון דן במקרה שאי אפשר לקבל הסכמה, אך מה הבסיס לכך שאדם זכאי להסכים לפגיעה או לגרימת חבלה אפילו במסגרת הטיפול הרפואי? ומנין שהסכמה כזו תשמש הגנה לרופא? עד לאחרונה, מועד חקיקת חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996¹⁴⁹, לא היה בחוק שלנו מקור לכך שאדם רשאי להסכים לפגיעה גופנית במסגרת הטיפול הרפואי. בחוק זכויות החולה וביחס בינו ובין סעיף הצידוק, אדון בהמשך.

אמנם, ישנן הוראות הדורשות הסכמה בכתב לטיפול רפואי¹⁵⁰, אך אלה באות להסדיר את דרך מתן ההסכמה ואת הצורך בהסכמה במסגרת הדין האזרחי. ההוראות הללו מטרתן למנוע מתן טיפול רפואי לאדם בניגוד לרצונו ואין להסיק מהן שהסכמה משמשת הגנה מפני אחריות פלילית. לכן נראה לי, שבחוק שלנו היה ליקוי בנקודה זו. עם זאת ברור, שטיפול רפואי הנדרש להצלת אדם או לריפוי וניתן בהסכמת האדם, אינו גורר אחריות פלילית וניתן היה לפרש שסעיף קטן (3), בדברו על מעשה הטעון הסכמה, מבליע בתוכו את ההוראה שכאשר יש הסכמה היא תשמש הגנה¹⁵¹.

סעיף קטן (4) אומר: "עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת". סעיף זה נותן הגנה למי שפגע בזולת, גם פגיעה גופנית חמורה, אם היתה הסכמה ואם הפגיעה נעשתה תוך טיפול רפואי, לטובת הנפגע או לטובת אחר. ההסכמה כאן היא אחד התנאים להגנה. אבל ברור, שבסעיף זה ישנה

148 סעיפים קטנים (3), (4) ו-(5) של סייג הצידוק המצוי בסעיף 34ג.

149 לעיל הערה 7.

150 תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), תשמ"ד-1984, ק"ת 2189. התקנות הותקנו מכוח סעיפים 33 ו-70 לפקודת בריאות העם, 1940, ע"ר תוס' 1 (ע) 191, (א) 1945.

151 במקרים רבים ניתן לראות בהסכמה, אישור שהניתוח אכן רצוי ונחוץ. ההנחה היא, שאדם לא יסכים לניתוח שאין בו צורך. אפשר אפוא לראות בהסכמה ראייה לכך שמתמלאת דרישה של סבירות. דרישה כזו היא יסוד חשוב בסייגים לאחריות הפלילית.

הוראה ברורה שהסכמה במסיבות המתוארות בסעיף תשמש הגנה¹⁵². לאחר חקיקת סעיף זה התעוררה השאלה, אם הסעיף בא לתת הגנה במקרים של המתת-חסד¹⁵³. נראה, שלא זו היתה מטרת הסעיף. מדברי ההסבר ברור, שכוונת הסעיף היא לתת הגנה לפגיעה גופנית, שנעשתה תוך פעולה רפואית ובהסכמת הנפגע, אך שלא בתנאים של צורך רפואי, למשל: בניתוח קוסמטי או בתרומת איבר מחיים¹⁵⁴. דווקא משום שאין כאן צורך ממשי של הקורבן עצמו, נדרש סעיף מיוחד¹⁵⁵. גם בדיונים בכנסת לא נידונה הסוגיה של המתת-חסד בדיון בסעיף זה ואין זה ראוי להסדיר את השאלה הקשה והערכית של המתת-חסד בהיחבא. כאשר היה דיון בהמתת-חסד במסגרת הצעת חוק זכויות החולה, לא נתקבל הסעיף שהוצע¹⁵⁶. סעיף קטן (4) אף אינו מתאים כלל לפתרון הסוגיה של המתת-חסד, בעיקר משום שהוא אינו כולל שום תנאי של מחלה קשה או סופנית¹⁵⁷.

152 שלא כמו בדייג'סט של סטפן, לעיל הערה 106, אין כאן אמירה מפורשת שאדם זכאי להסכים לפגיעה גופנית במסיבות המתוארות בסעיף, אבל הענקת ההגנה לפוגע במקרה כזה משמעותה היא שהאדם רשאי להסכים.

153 כך עולה, למשל, מהחלטות החברה הישראלית לאתיקה רפואית שפורסמו במכתב לחבר של ההסתדרות הרפואית, כרך נז, חוברת 9, עמ' 5. וראו המקורות הנוספים במאמרו של אלון, להלן הערה 159.

154 ראו דברי ההסבר לסעיף בהצעת החוק, לעיל הערה 133.
155 השוו לדין בטיפול רפואי שאינו חיוני אצל Andenaes, המציע לבסס את ההגנה במקרים אלה על צירוף של הסכמה וצורך. J. Andenaes *The General Part of the Criminal Law of Norway* (London, 1965) 178.

156 הצעת חוק זכויות החולה, תשנ"ב-1992, ה"ח 359. בסעיף המוצע נאמר: "חולה סופני זכאי למות בכבוד ועל פי עיקרי השקפת עולמו ואמונתו, וככל שהדבר אפשרי, בנוכחות אדם שהמטופל רוצה בו, והרופא המטפל והמוסד הרפואי יסייעו לו במימוש זכות זו וימנעו כל דבר העלול לפגוע בכבודו".

157 היה גם ניסיון אחר להסדיר את הסוגיה של המתת-חסד. היתה הצעה לחקיקה שתקבע כי במקרים של המתת-חסד יורשע אדם בהריגה ולא ברצח כאמור בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), תשנ"ה-1995, ה"ח 475. לגבי המקרים האחרים שנוכרו באותה הצעה, ושגם בהם הוצע להרשיע בהריגה, נקבע בינתיים בחוק שניתן יהיה להקל בעונש החובה על רצח (סעיף 300א לחוק העונשין כפי שהוסף בחוק העונשין (תיקון מספר 44), התשנ"ה-1995, ס"ח 391). אך המקרה של המתת-חסד לא נכלל בסעיף החדש ואין הוראה המאפשרת להקל במקרה כזה בעונש החובה על רצח. מעניין לדאוג, כי בהצעת התיקון האמורה נקבעו במפורש המסיבות של מחלה קשה וסופנית, אך הושמטה הדרישה של הסכמת הנפגע. הסדר משפטי מיוחד להמתת אדם ללא הסכמתו גם כשהוא חולה מאוד — פוגע בכבוד האדם, אינו מתחשב באוטונומיה שלו ומסוכן ביותר. לדין ביחס בין ההסכמה לפגיעה באינטרס הציבור לניתוח החשיבות של ההסכמה, ובחשש של פגיעה באדם, אף ללא הסכמתו מטעמים של אינטרס הציבור ראו L. Vandervort "Consent and the Criminal Law" *Osgoode Hall L. J.* (1990) 485.

מכל-מקום, הסעיף יחול כנראה רק על איש הצוות הרפואי ולא על בן-משפחה¹⁵⁸. נקודה אחרונה זו היא כנראה הסיבה למיקומו של הסעיף בהגנת הצידוק. פרופ' מנחם אלון מבקר קשות את הסעיף האמור, ובמיוחד את דרך חקיקתו. הוא מוצא כי סעיף זה, ככל שהוא מתיר המתת-חסד אקטיבית, עומד בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו מנוגד לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית¹⁵⁹.

סעיף קטן (5) אומר: "עשהו תוך פעילות ספורטיבית או משחק ספורטיבי, שאינם אסורים לפי דין, ואינם נוגדים את תקנת-הציבור, ובהתאם לכללים הנוהגים בהם". הסייג כולל שלושה תנאים: שהמשחק אינו אסור לפי דין, שאינו נוגד את תקנת-הציבור ושנשמרו כללי המשחק. התנאי השני לא הוזכר בהצעת החוק והוא בא לשלול את ההגנה במקרה של תחרות ספורטיבית שתיראה לבית-המשפט כמנוגדת לתקנת-הציבור. התנאי בא לתת לבית-המשפט גמישות ולאפשר לו לפעול בהתאם לשינויים חברתיים ולתופעות שיתעוררו בעתיד¹⁶⁰. התנאי האחרון בא לשלול את ההגנה ממי שפוגע בזולת תוך משחק ספורטיבי, אך תוך חריגה מכללי המשחק, למשל: מי שבועט בשחקן היריב במשחק כדורסל.

מה הבסיס לשלוש ההוראות החדשות? אפשר לראותן כמבוססות על הסכמה. זו היתה כנראה דרך הדיון במשפט האנגלי¹⁶¹, על-אף שגם במשפט האנגלי מדברים על "מקרים מיוחדים" ומדגישים שהסכמה אינה התנאי היחיד להגנה¹⁶². אם הבסיס להגנה הוא הסכמה, יש לומר כי מי שמשותף במשחק-ספורט מסכים — במפורש או מכללא — לפגיעה בו. הסכמה זו היא הנותנת הגנה מפני העבירות נגד גופו של אדם שנעשו תוך כדי פעילות ספורטיבית¹⁶³. כאשר הבסיס להגנה הוא הסכמה, יש לבדוק אם הפגיעה

החולה. ראו, למשל, הדיון של ויליאמס בספרו, לעיל הערה 17, בעמ' 302-309. 158 וגם זה בניגוד להצעה הנוכחת בהערה לעיל. שם מדובר רק בבן-משפחה ולא באיש הצוות הרפואי. ההצעה דנה במי שהרג "במצב של מצוקה נפשית קשה, נוכח מצב בריאותו חסר התקווה של הנפגע בעבירה, היקר לו והקרוב אליו קרבה מיוחדת".

159 במאמרו "חוקי היסוד — דרכי חקיקתם ופרשנותם" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 253, 295-297. הקביעה כי המתת-חסד אקטיבית מנוגדת לחוק-היסוד, מסתמכת על פסק-הדין בעניין שפר, להלן הערה 244. דברים אלו עשויים להביא אותנו לתת לסעיף פרשנות מצומצמת יותר, שהעמוד בהוראות חוק-היסוד וגם תנאים לדברי ההסבר שבהצעת החוק.

160 אפשר לחשוב על תחרויות של היאבקות חופשית או מופעים שיש בהם עינוי של חיות. אמנם, במקרה האחרון ייתכן שהפעילות תהיה אסורה על-פי דין, אם תהיה בה עבירה על חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), תשנ"ד-1994, ס"ח 56.

161 Hughes, בדבריו ב-Can. Bar Rev., לעיל הערה 41. כל המקרים הללו נידונים גם בדו"חות של הוועדה האנגלית לעניין ההסכמה, לעיל הערה 16, שנדון בהם לקמן.

162 ראו הדו"ח האנגלי הראשון, לעיל הערה 16, בסעיף 5.12.

163 כבר ראינו, שאצל סטפן, אדם זכאי להסכים לפגיעה גופנית תוך משחק ספורטיבי. ראו לעיל הערה 106.

בוולת בהסכמתו אינה פוגעת בערכים הבסיסיים של החברה¹⁶⁴ ורק במקרים שאין פגיעה כזו תוכר ההסכמה כהגנה. לפי גישה זו, פגיעה במהלך פעילות ספורטיבית היא מוגנת, כי נעשתה בהסכמת הנפגע — גם אם מכללא — והסכמה זו אינה מנוגדת לתקנת הציבור, בגלל הערך החברתי שיש בקיום פעילות ספורטיבית. אם הבסיס להסדר הוא הסכמה, ראוי לקבוע קודם-כול מתי זכאי אדם להסכים לפגיעה גופנית, כפי שנעשה בדיקסט של סטפן.

דרך אחרת לניתוח שלושת המקרים, שנידונו בסעיף הצידוק החדש, היא במסגרת הגנת הצורך. קל לראות, שזו דרך טבעית בתחום של טיפול רפואי וניתוחים; וכבר ראינו, שכאשר מדובר בטיפול רפואי הנחוץ להצלתו של אדם, ההנחה של הסעיף שלנו היא שישנה הגנה של צורך. כאשר מדובר בטיפול רפואי שאינו הכרחי, קשה יותר לדבר על צורך. אך ניתן לומר שמביאים בחשבון את רצונו של הנפגע, את החשיבות שיש בטיפול למצבו הנפשי וכיוצא בזאת ואז הפגיעה הנעשית תוך כדי הטיפול הרפואי הרצוי היא סבירה ותחול הגנת הצורך¹⁶⁵. מעט יותר קשה לראות זאת בתחום הספורט, אך גם שם אפשר לומר, שהתועלת החברתית בקיום פעילות ספורטיבית עולה על הסיכון של פגיעה¹⁶⁶. נראה שזו דרך הדיון בסוגיות אלה במשפט הקונטיננטלי¹⁶⁷.

לפי דרך אחרונה זו, הסכמה אינה יוצרת את ההגנה. בסיס ההגנה הוא צורך, אך הסכמה היא תנאי, מפני שבלעדיה ישנה פגיעה באוטונומיה של היחיד. יושם לב: אין אנו דנים כאן בשאלה אם אי-הכרה בהסכמה היא פגיעה באוטונומיה, משום שכאן המצב הפוך. לו לא ביקשנו הסכמה, היתה פגיעה באוטונומיה. אך לא ההסכמה היא בסיס ההגנה, אלא הצורך ולכן גם אם נאמר שאין הסכמה מועילה בעבירות של גרימת חבלה חמורה, אין הדבר משפיע על מקרה של טיפול רפואי. אם הסכמה אינה הבסיס להגנה, אלא רק תנאי, ברור מדוע אין בחוק הפלילי שלנו הוראה הקובעת מתי אדם זכאי

164 השו"י R. Binder "The Consent Defense: Sports, Violence and the Criminal Law" 13 *Amer. Crim. L. Rev.* (1975) 235. לדעתו, הבסיס להגנה מפני פגיעה גופנית במשחק-ספורט היא ההסכמה. הסכמה זו כוללת גם הסכמה לכללי המשחק. להסכמה יש משקל מפני שהיא משקפת את עמדת החברה לגבי הפעילות הספורטיבית. משום-כך, בדיון במשמעות ההסכמה נכללים שיקולים של תקנת-הציבור.

165 על הגנת הצורך כהגנה של הרע במיעוטו ראו א' אנקר ור' קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג (תשנ"ג) 5, 24-26.

166 השוו לדבריו של השופט ד' לוין על התועלת החברתית בפעילות ספורטיבית בעניין לורנס, לעיל הערה 24, בעמ' 24.

167 להשוואה בין השיטה האנגלו-סקסית לשיטה הקונטיננטלית בסוגיה זו ולתיאור השיטה הקונטיננטלית ויתרונותיה ראו G. Hughes "Two Views on Consent in the Criminal Law" 26 *Modern L. R.* (1963) 233.

להסכים לפגיעה גופנית¹⁶⁸. דרך דיון זו מסבירה מדוע בתחומים המיוחדים¹⁶⁹ — טיפול רפואי וספורט — ניתנת הגנה גם לפגיעות חמורות, ונאמר שיש פגיעה בערכים של החברה. דרך דיון זו מאפשרת גם להבחין בין פעולות ספורט שונות. היא מאפשרת לתת הגנה כשמדובר בענפי ספורט מוכרים וידועים, אך לשלול אותה בענפים אחרים (דו־קרב). בענפים אלה נאמר שאין "צורך", כי אין תועלת חברתית בקיום הפעילות¹⁷⁰.

כאשר דנים בסוגיות אלה במסגרת של צורך, והסכמה היא רק תנאי להגנה ולא הבסיס לה, הדיון נסב על ערכה של הפעילות המדוברת. הגנה ניתנת רק כאשר ישנה הצדקה בקיום הפעילות — כלומר: כאשר פעילות זו רצויה לחברה — והחברה מעוניינת בקיומה, גם אם יש בה סכנה של פגיעה גופנית, אפילו חמורה. הסכמת הנפגע היא תנאי להגנה, כי בלעדיה תהיה פגיעה באוטונומיה שלו — פגיעה שאינה מוצדקת, אפילו כאשר החברה מעוניינת בקיום הפעילות. בדיון כזה ישנה התייחסות גלויה וישירה לשאלות של מדיניות משפטית כדי לקבוע את ערכה של הפעילות הנדונה. Hughes מעדיף את הגישה האירופאית, הדנה במקרים במסגרת הגנת הצורך, מפני שבה הדיון נסב במישרין על הערך החברתי בקיום הפעילות¹⁷¹. לדעתו, הגישה האנגלית, הדנה בשאלות במסגרת משקל ההסכמה, מטשטשת את הדיון. אבל לאמיתו של דבר, גם אם המסגרת לדיון היא מעמד ההסכמה, הדיון העיקרי הוא בשאלה אם ישנה פגיעה בתקנת הציבור, כלומר: בהערכת הפעילות הנדונה. ייתכן שיש הבדל דק: בדיון במסגרת הגנת הצורך יהיה צורך להראות שקיום הפעילות מוצדק, על־אף הסיכון; ואילו בדיון במסגרת ההסכמה די להראות, שהפעילות אינה פוגעת בערכים הבסיסיים של החברה. ההסבר של צורך מתאים לגישת פלר, שכלל לא מוכן לתת להסכמה מעמד של הגנה, להבדיל מרכיב בעבירה¹⁷². על־כן ברור שלדעתו, לא ההסכמה היא הבסיס לסייג לגבי פעילות ספורטיבית, אלא הערך בקיום פעילות זו¹⁷³. הסיבה לכך שסעיפים קטנים (3), (4) ו־(5) נמצאים בהגנת הציבור ולא בהגנת הצורך היא כנראה ההתייחסות למקרים

168 פרט לניסיון שלי לראות את סעיף קטן (4) ככולל הוראה כזו לגבי טיפול רפואי.

169 במשפט האנגלי יש דיון נפרד בסוגיית ההכרה בהסכמה כהגנה מפני פגיעה גופנית בדרך־כלל ובעניין ה"מקרים המיוחדים" שענינם ספורט וטיפול רפואי. וראו הדיון להלן בפרק השלישי.

170 גם אם Hughes צודק, ובעבר נסב הדיון במשפט האנגלי סביב ההסכמה, כיום גם במשפט האנגלי הדיון ב"מקרים המיוחדים" נסב סביב הערך החברתי שיש בהם, כאשר ההסכמה היא רק אחד התנאים להגנה.

Hughes, *supra* note 167 171.

172 פלר, לעיל הערות 4 ו־134.

173 ראו ש"ז פלר יסודות כדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) 499. בפירוש נאמר שם, שהפגיעה היא בגדר עבירה פלילית, למרות ההסכמה. רק היותה במסגרת של פעילות ספורטיבית משמשת סייג לאחריות.

הנידונים באותם סעיפים כעניין של התנהגות לפי נורמה מקובלת, במקביל למקרים הקודמים של הצידוק העוסקים בהתנהגות לפי דין ולפי צו של רשות מוסמכת¹⁷⁴ וכן למקרה שבו הטיפול הרפואי נעשה על-ידי בעל-סמכות. עוד יש לומר, שבהבדל מהמקרים הנידונים בסייג הצורך, כאן בדרך-כלל לא מדובר בהתנגשות בין אינטרסים לגיטימיים של אנשים שונים, אלא בהתנגשות בין אינטרסים של אותו אדם¹⁷⁵.

(ג) סעיפי הצידוק וחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996

הצבעתי על כך, שבחוק העונשין לא היה מקור לזכותו של אדם להסכים לפגיעה גופנית בו תוך טיפול רפואי. דומני, שחוק זכויות החולה מקנה מעמד להסכמה לטיפול הרפואי. סעיף 13 לחוק קובע, שלא יינתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת והוא מגדיר מהי הסכמה מדעת. אפשר לראות בסעיף זה בסיס בחוק לזכותו של אדם להסכים לטיפול רפואי, גם כאשר הטיפול עשוי לגרום לו חבלה¹⁷⁶. הדברים מקבלים חיזוק גם מהרישא של סעיף 1 לחוק, האומר: "חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו". זכות זו נשענת על הציפייה שהטיפול הרפואי יביא לאדם תועלת וישפר את מצבו.

סעיף 15 לחוק דן במתן טיפול רפואי ללא הסכמה. הסעיף מבדיל בין שלושה מקרים: המקרה האחד הוא מתן טיפול שאינו מנוי בתוספת (הטיפולים המנויים בתוספת הם ניתוחים, צינתורים, דיאליזה וכן הקרנות, הפריה חוץ-גופית וכימותרפיה). המקרה השני הוא מתן טיפול רפואי בניגוד לרצון המטופל והמקרה השלישי הוא מתן טיפול רפואי, גם כזה הנכלל בתוספת, במצב-חירום רפואי. במקרים המנויים בסעיף 15 המטפל "רשאי" לתת את הטיפול. רשות זו משמעותה בין השאר, שהמטפל אינו אחראי בפלילים, כלומר: שסעיף הצידוק יעמוד לו.

נראה לי, שגם אם לא התמלאו כל הדרישות של סעיף 15, אך התמלאו הדרישות של

174 להבחנה בין צורך לצידוק בסוגיה זו ראו גם G. Williams *Criminal Law — The General Part* (London, 2nd ed., 1961) 733. דומני, כי מקרה רגיל של ניתוח דחוף הנעשה ללא הסכמה, כיוון שלא היתה אפשרות לקבל הסכמה, יהיה לגישת ויליאמס מקרה של צורך ולא של צידוק. צידוק יהיה כאשר שלטונות בית-סוהר מאכילים אסירים השובתים שביתת-רעב ומסכנים את חייהם.

175 זה הסברו של פלר, לעיל הערה 173, בסעיף 616.

176 עד לחקיקת חוק זכויות החולה נראה לי, שהיינו נאלצים לראות את סעיף קטן (4) של סייג הצידוק ככולל בתוכו קביעה, שלפיה פגיעה בזולת תוך טיפול רפואי בהסכמה אינה עבירה, והגנה כללית זו היא הנותנת להסכמה לפגיעה תוך טיפול רפואי מעמד גם בעבירות של פגיעה וגרימת חבלה. פרשנות זו של סעיף קטן (4) אינה מתאימה לדברי ההסבר והיא מקשה מעט, אם כי אינה מונעת, להבין את סעיף קטן (4) כחל דווקא על טיפול רפואי שאינו הכרחי. פרשנות זו היתה מחייבת להקדים את סעיף קטן (4) לסעיף קטן (3).

סעיף הצידוק — תהיה למטפל הגנה. יושם לב, כי אין הקבלה מלאה בין הדרישות של סעיף 15 לדרישות סעיף קטן 3 בסייג הצידוק. למשל: הדרישה להסכמה של שלושה רופאים לטיפול רפואי המנוי בתוספת, אפילו כשיש מצב־חירום רפואי, אינה מצויה בסעיף הצידוק. אין גם הקבלה מלאה בין ההגדרה של מצב־חירום רפואי בחוק זכויות החולה לתנאי המצוי בסעיף הצידוק. מצב־חירום רפואי מוגדר כ"נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה". התנאי בסעיף הצידוק רחב יותר: "המעשה דרוש באופן מידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו"¹⁷⁷. טיפול רפואי שניתן שלא לפי דרישות סעיף 15, אך עומד בדרישות סעיף הצידוק, יהיה מוגן בפלילים, אך יהיה בגדר עבירה משמעתית¹⁷⁸, ואולי גם עילה לתביעה אזרחית. יש גם היגיון בכך שמי שעשה מעשים העומדים בתנאי סעיף הצידוק, ולכן אינם גורמים אחריות פלילית, ישא באחריות משמעטית ואזרחית. יצוין, כי בעוד שבהצעת חוק זכויות החולה היה סעיף עונשין כללי, אשר קבע כי כל הפרה של הוראות החוק דינה מאסר שנה¹⁷⁹, אין סעיף כזה בחוק. נקבעו רק שתי עבירות ספציפיות שאינן נוגעות לעניינינו¹⁸⁰.

הטיפול הנפרד במקרה השני — מתן טיפול חרף התנגדותו של המטופל — חשוב מאוד, מפני שיש בו הכרה בייחודיותו של מקרה זה. לדעתי, הבחנה זו חסרה בפסק־הדין בעניין קורטאם¹⁸¹. באותו עניין נידונה השאלה, האם ומתי ניתן לכפות על אדם טיפול רפואי בניגוד לרצונו. השופט בך קיבל את העיקרון הכללי של המשפט האנגלו־סקסי, שלפיו אין לכפות על אדם טיפול רפואי, פרט ליוצאים־מן־הכלל¹⁸². השופט בייסקי חלק עליו וסבר, שהמסורת היהודית אינה מקבלת עיקרון כללי זה ומעדיפה את קדושת־החיים ולכן תאפשר כפיית טיפול רפואי על אדם במקרים רבים יותר¹⁸³. בעניין קורטאם, וגם בחלק מהמקורות שהובאו בו, לא נעשתה — לדעתי — הבחנה מספקת בין טיפול רפואי באדם ללא הסכמתו ובין טיפול רפואי באדם בניגוד להסכמתו. לשאלה האחרונה חשיבות מיוחדת בנושא דיונו. הטיפול באדם בניגוד לרצונו מעלה בחריפות את שאלת האוטונומיה של היחיד וחקיקה פטרנליסטית. עד כה דנו במעמד שיש להסכמה כדי

177 אפשר כמובן לפרש "נזק חמור לבריאותו" כ"נכות חמורה בלתי הפיכה", אך נראה לי שנוק חמור לבריאות הוא מצב רחב יותר.

178 סעיף 33 לחוק זכויות החולה מוסיף את סעיף קטן (7) לסעיף 41 של פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976, נ"ח 594, ובכך הופך כל הפרה של הוראות החוק לעבירה משמעטית.

179 סעיף 31(א) להצעת חוק זכויות החולה, תשנ"ב-1992, ה"ח 351.

180 סעיף 28 לחוק זכויות החולה. עבירה אחת נוגעת לאפליה בין מטופלים, והשנייה — לטיפול ברשומות רפואיות.

181 ע"פ 527, 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673.

182 שם, בעמ' 681-688.

183 שם, בעמ' 694-698.

להתיר פגיעה בגוף המסכים. השאלה מתעוררת גם במקרה ההפוך: מה המעמד של ההתנגדות לפגיעה כאשר יש מצב של צורך או צידוק? האם נאמר כי במקרים כאלה תקנת-הציבור היא לפעול למרות ההתנגדות? ושמה נמק זאת בנימוק פטרנליסטי ונאפשר פגיעה כאשר היא לטובת החולה ולהצלת חייו גם בניגוד לרצונו? נראה לי, שכאן הבעיה אף חריפה יותר מאשר לגבי מתן מעמד להסכמה כדי להתיר פגיעה. ייתכן אפוא, שכאן קוד-הגבול צריך להיות שונה. אולי נכון לפעול בניגוד להסכמה במצבים של צורך או צידוק רק כשמדובר בהצלת חיי אדם, אך לא כשמדובר במניעת פגיעה חמורה. הבחנה זו אינה מצויה גם בסעיפי הצידוק שבחוק העונשין. סעיף קטן (3) דן במצב שבו לא ניתן להשיג הסכמה בשל מצבו של הקורבן ואין בו התייחסות נפרדת למצב שבו הובעה בפירוש התנגדות לטיפול. אך סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה דן במפורש בסוגיה זו. הוא מאפשר פעולה בניגוד לרצון החולה רק כאשר נשקפת לחולה סכנה חמורה, ואף זאת רק בתנאים מסוימים ובאישור ועדת-האתיקה. מעיון בסעיף 15 ברור, שהאפשרות לפעול בניגוד לרצון המטופל הרבה יותר מצומצמת מהאפשרות לטפל בו בהיעדר הסכמה, והבחנה זו נכונה וראויה — לדעתי. בחינת התנאים המנויים בסעיף 15 עשויה אולי להצביע על נימוק פטרנליסטי. התנאים הם אלה: נמסר למטופל מידע, צפוי שהטיפול ישפר במידה ניכרת את מצבו המטופל ויש יסוד סביר להניח שהמטופל יתן את הסכמתו למפרע לאחר הטיפול. לדעתי, שני התנאים האחרונים מצביעים על גישה פטרנליסטית ולא על גישה של תקנת-הציבור.

נראה לי, כי מטפל שפעל בניגוד לרצון המטופל בנסיבות האמורות בסעיף קטן (3) של סייג הצידוק, לא ישא באחריות פלילית, גם אם לא עמד בכל תנאי סעיף 15(2). גם עליו ניתן לומר, ש"לא היה בידו להשיג את ההסכמה". כאמור, היעדר אחריות פלילית במקרים אלה אינו פוגע באחריות המשמעתית והאזרחית.

לאחרונה התעוררו בפסיקה כמה מקרים, שבהם הוכרה האפשרות להימנע מטיפולים מסוימים בחולים סופניים לפי בקשתם. אפשר לראות זאת כהחלטה שלא לפגוע באדם בניגוד לרצונו¹⁸⁴. הפסיקה קודמת לחקיקת חוק זכויות החולה, וכיום, כאמור, הטיפול בניגוד לרצון החולה מוסדר בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. ספק אם ניתן ללמוד מהם שאין מקום לפגוע בגוף בניגוד להסכמה גם במקרים של צורך. יש לזכור, שבאותם מקרים לא היה בטיפול כדי להציל את החולים ממוות, אלא רק כדי להאריך את חייהם לתקופת-מה¹⁸⁵. אך כשמדובר בפגיעה שיש בה כדי להציל חיים, נחיר פגיעה בגוף אף בניגוד לרצונו של החולה¹⁸⁶.

184 ה"פ (ת"א) 2242/95 א.א. וי.ש. נ' קופת חולים הכללית, פ"מ תשנ"ה (ב) 253 (מפי השופט טלגם);

ה"פ 222/95 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (החלטה מ-26.3.96, מפי השופט קלינג).

185 אמנם, ההבחנה בין הצלת חיים ובין הארכתם אינה פשוטה וייתכן שהיא מניפולטיבית, אך אפשר שהיא השפיעה על החלטת השופטים באותם מקרים.

186 לעניין זה ראו דברי השופט אלון בעניין שפר, להלן הערה 244, עמ' 122-125.

ג. קביעת סייג המבוסס על הסכמה

כל ההוראות החדשות דנות במסיבות מיוחדות וכנראה שהסייג אשר נקבע בהן אינו מבוסס על הסכמה בלבד. אין לנו סייג כללי המבוסס על הסכמה, ומתעוררת השאלה, אם ראוי לקבוע בחוק שלנו סייג מיוחד במסגרת הסייגים לאחריות הפלילית, למשל: כמו בסעיף 2.11 של החוק הפלילי? מובן שאם התשובה חיובית, יהיה צורך לקבוע את תנאיו וגבולותיו של הסייג. לבדיקת השאלה הזו ראוי לבחון את המצב גם בשיטות-משפט אחרות.

1. שיקולים לקביעת סייג

ננסה לברוק, לפי הדברים שהבאנו בפרק הראשון, באיזו מידה ראוי להכיר בהסכמה כסייג לאחריות פלילית. ההכרה באוטונומיה של היחיד — כלומר: הרצון לאפשר ליחיד להגשים את רצונו — מביאה אותנו למסקנה, שפגיעה בזולת, כאשר הזולת הסכים לפגיעה, אינה מצדיקה עבירה פלילית. אולם אם פגיעה זו פוגעת בערכים הבסיסיים של החברה, ישנה כאן פגיעה בחברה במנותק מהפגיעה בזולת ויש מקום לקבוע עבירה. עלינו לבדוק אפוא מתי נפגעים ערכי החברה. בעיקר מדובר בפגיעה בערך של קדושת החיים ולכן שאלתנו היא, באיזו מידה צריכה הפגיעה בגופו של אדם להיות חמורה כדי שנראה אותה כפוגעת בערך של קדושת-החיים. כמובן ייתכנו גם מקרים של פגיעה בערכים אחרים — למשל: שמירה על הסדר הציבורי — וייתכן שגם פגיעות לא-חמורות יסכנו את שלום הציבור במסיבות מסוימות, גם כשהן מוסכמות¹⁸⁷.

נראה לי, כי בהחלטה לגבי שאלה זו יש לתת משקל ראוי לאוטונומיה של היחיד; כלומר: נקודת-המוצא שלי היא, שאדם רשאי להחליט אילו פגיעות הוא מוכן לספוג. יתר-על-כן: יש לתת משקל לרצונו של אדם ולהתחשב בו גם כדי לאפשר לו להגשים את רצונו בעזרת אחרים¹⁸⁸.

אך זו, כאמור, נקודת-מוצא בלבד. כנגדה יש לשקול ולבדוק האם אין פגיעה בחברה,

187 ההסכמה בתקיפה היא רכיב בעבירה ולכן גם אם המעשה המוסכם עלול לפגוע בסדר הציבורי, לא ייתקיימו יסודות עבירת התקיפה. אך ייתכן שההתנהגות תהיה עבירה על סעיפים אחרים. במשפטנו אפשר לחשוב על סעיפים 216(א)(1) ו-4 לחוק העונשין, הדנים בהתנהגות פסולה במקום ציבורי, והעונש המירבי בהם הוא שישה חודשי-מאסר. אם נקבע שהסכמה תהיה הגנה גם בעבירות יותר חמורות, כל עוד אין פגיעה חמורה, תתעורר בעיה לגבי מקרים של חשש לשלום הציבור וניאלץ להסתפק גם במקרים אלה בעבירות מיוחדות, ואולי אף ליצור עבירות נוספות. וראו הדיון בפרק 14 של הרו"ח האנגלי השני, לעיל הערה 16.

188 ראו לעיל, לעניין ההבחנה בין הסכמה חזקה להסכמה חלשה.

וכאשר ההכרה בהסכמה תביא להתנהגות הפוגעת בערכי החברה, אין לקבוע הגנה. עם זאת, אין לשכוח כי ההכרה באוטונומיה של היחיד גם היא אחד מהערכים של החברה¹⁸⁹.

במיוחד אמורים הדברים לגבי הסכמתו של אדם לשאת סיכונים¹⁹⁰. המסתכן אינו מעוניין בתוצאה העלולה להיגרם, אך הוא מסכים משיקולים שונים לנקוט דרך העלולה להביא לאותה תוצאה. כאן יש להביא בחשבון את התועלת שתצמח לו מקבלת הסיכון, ואפילו נטיות של אנשים לשאת סיכון¹⁹¹. ייתכן שבמקרים אלה קל יותר לראות מדוע יש מקום לתת משקל להסכמה. כשמדובר בסיכון, קל יותר להבין את מערכת השיקולים של המסכים וקשה יותר לשלול את הסכמתו מנימוקים פטרנליסטיים. מנגד, חשוב יותר לכבד את רצונו ליטול על עצמו סיכונים. נטילת הסיכונים פותחת בפני היחיד אפשרויות נרחבות להגשים את רצונו ואת מטרותיו, אם בתעסוקה ובפרנסה אם בהנאה ובתחביבים¹⁹². לכן, בתחום זה נראה לי, שחשוב לתת מעמד להסכמה, וחוסר-התחשבות בה היא פגיעה ביחיד. גם כאן ניתן לחשוב על מגבלות. ודאי שחומרת הפגיעה חשובה, אבל יש להתחשב גם בסיכויים שההתנהגות המוסכמת פותחת לפניו. האם נקבע כאן מדד של סבירות? האם נאמר כי כאשר נטילת הסיכון מאוד לא סבירה, אין הסכמה אמיתית (רצונית ומודעת)? זהו פטרנליזם רך, שכפי שראינו אפשר לקבלו. אבל אולי צריך לקבל גם הסכמות שאינן סבירות, כל עוד אינן מאוד בלתי-סבירות. בכך אני מתכוונת לתת אפשרות לאנשים שהם אוהכי סיכון לבטא את עצמם ולממש עצמם כרצונם. אך אין להתעלם גם מכך שדווקא בנטילת סיכון יש חשש שההסכמה אינה ממשית, כי האדם סבור שלא יקרה לו דבר. במיוחד נכון הדבר — לדעתי — כשאדם מקבל על עצמו עבודה הטומנת בחובה סיכונים¹⁹³.

ראוי לציין, כי נטילת סיכונים מתעוררת יותר בסיטואציות של פגיעה עצמית ופחות בסיטואציות של הסכמה לפגיעה של הזולת. לפיכך, קביעת סייג של הסכמה אינה קשורה כליכך לנטילת סיכונים. אמנם, השאלה עשויה להתעורר גם במקרה של הסכמה לנטילת סיכון של פגיעה על-ידי הזולת. דוגמא לכך מצויה בסעיף 34ג(5) לחוק העונשין הדרן במשחקי-ספורט ובו דנו לעיל. דוגמאות נוספות אפשר למצוא בפסקי-הדין בעניין

189 רובינשטיין, לעיל הערה 35, בעמ' 47.

190 סטפן, לעיל הערה 106, משאיר בצריך עיון את שאלת ההסכמה של אדם ליטול סיכונים. שם, בסעיף 315 לדייקסט של סטפן.

191 יש למדוד את הסבירות של הסיכון תוך התחשבות בערכים ובנטיות של המסתכן.

192 השווה Scoccia, *supra* note 76. המחבר דן בכיבוד ערכיו של היחיד וביניהם גם רצונו לנהל חיים שיש בהם סיכונים.

193 ראו רובינשטיין, לעיל הערה 35, בעמ' 94, 109. דברים אלה מחייבים בדיקה יסודית של ההסכמה, כדי לראות אם היא אכן מודעת וחופשית. וראו גם לעיל הערה 96.

בוסתנאי ופנקס¹⁹⁴, שהוזכרו קודם. שני המקרים האחרונים מלמדים, ששאלת ההסכמה לנטילת סיכון עשויה להיות חשובה גם לגבי האחריות לעבירות הרגילות נגד גופו של אדם, כמו פציעה וחבלה.

יושם לב, שבהתוויית השיקולים השונים לא השתמשתי בשיקול של פטרנליזם קשה. שיקולים של פטרנליזם עלולים להביא למסקנה כי הגם שישנה הסכמה, לא נחיד את הפגיעה בזולת, מתוך דאגה לנפגע שהסכים¹⁹⁵. לדעתי, גישה כזו של פטרנליזם קשה מוצדקת רק כאשר הפגיעה בזולת חמורה. לכן — כפי שהעיתי גם בפרק הראשון של המאמר — גם כאן בסופו של דבר ישנה פגיעה בערכי החברה. אם אין הבדל ממשי בין הדברים, עדיף לא להשתמש בפטרנליזם קשה. גם אם נשקול את הדברים כפי שהצגתי אותם — כלומר: כאיזון בין הכרה באוטונומיה של היחיד ובין שמירה על ערכי החברה — ייתכן שבמקרים מסוימים יהיה מקום לפסול הסכמות מסוימות, תוך הנמקה המסתייעת בשיקולים פטרנליסטיים, אך זהו, כאמור, פטרנליזם רך.

2. המשפט האנגלי

לפי המסקנה שלי המחייבת קביעת סייג כללי הדן בהסכמה, ברצוני לבדוק כמה סעיפים הקובעים סייג כזה במדינות אחרות, כדי לראות אם ניתן ללמוד מהם מה ראוי לכלול בסייג ואלו תנאים לקבוע.

במשפט האנגלי התפתח לאחרונה דיון ענף בשאלה זו. ועדה מיוחדת בחנה את השאלה, והדין־וחשבון שלה פורסם בשנת 1994. התגובות הרבות על דו"ח זה, הביקורת על ההצעות השמרניות שלו ועל המשקל המועט שניתן בו לאוטונומיה של היחיד הביאו להוצאת דו"ח חדש לאחר כשנה־וחצי¹⁹⁶. הדיונים האלו נעשו לאחר שניתנו כמה פסקי־

194 לעיל הערה 11.

195 תיאודטית אפשר לחשוב על מקרים שבהם אין פגיעה בערכים של החברה, אך הפגיעה ביחיד חמורה. במקרה כזה רק שיקולים פטרנליסטיים יצדיקו התעלמות מהסכמה. אולם אם מדובר במערכת מיוחדת של מסיבות המביאה למצב המתואר, אפשר יהיה לפסול את ההסכמה במקרה הספציפי (שיקולים של פטרנליזם רך). רק הצגה של פעילות מסוימת או עבירה מסוימת, שבה ניתן לראות פגיעה חמורה ביחיד ללא פגיעה בערכים של הציבור, תחייב שימוש בפטרנליזם קשה לשלילת מעמדה של הסכמה בעבירה כזו. כאמור, הגישה שלי היא שניתן לאסור פגיעה בערכים של החברה, אולם תיתכן גישה שונה. ראו לעיל הערה 38.

196 לעיל הערה 16. לביקורת על הדו"ח הראשון ראו R. Leng "Consent and Offences Against the Person — Law Commission Consultation Paper No. 134" *Crim. L. Rev.* (1994) 480; D. Ormerod "Consent and Offences Against the Person — Law Commission Consultation Paper No. 134" *57 Modern L. R.* (1994) 928. ביקורת על הדו"ח הראשון מובאת בדו"ח השני.

דין שעסקו באריכות בהיבטים שונים של הסוגיה¹⁹⁷. במשפט האנגלי, בהבדל מהמצב אצלנו, אין היעדר-הסכמה מפורש כפרט מיסודות העבירה אפילו בתקיפה¹⁹⁸. אבל לעתים, רואים אותו כרכיב שלילי בעבירת התקיפה¹⁹⁹, וכך נאמר במפורש בסיכום המצב המשפטי בדו"ח האנגלי הראשון²⁰⁰. בהצעת חוק אנגלית משנת 1993 אף הוזכר היעדר-הסכמה בהגדרת התקיפה²⁰¹, אולם ההתייחסות להיעדר-הסכמה כרכיב בעבירה מוגבלת למקרים שבהם אין כל נזק גופני. במקרים שיש נזק, ואפילו קל מאוד, אין התייחסות להסכמה כרכיב בעבירה²⁰². בדיון במשפט האנגלי מתעוררת שאלה זוהה לגבי מעמד ההסכמה גם בתקיפה גם בעבירות חמורות יותר נגר גופו של אדם. אצלנו השאלה אינה מתעוררת כלל לגבי תקיפה²⁰³, אבל לגבי העבירות החמורות יותר, כמו פציעה או גרימת חבלה, המצב הזה למצב במשפט האנגלי.

נקודת-המוצא של הפסיקה האנגלית היא, שפרט למקרים שבהם אין שום פגיעה ממשית, ההסכמה אינה רלבנטית. רק כאשר האינטרס הציבורי תומך בקיום הפעילות, ולפיכך ראוי להתחשב בהסכמה, ייקבע "מקרה מיוחד" (special cases) ותינתן הגנה לפגיעה שנעשתה במסגרת אותה פעילות. נקודת-מוצא זו בולטת מאוד אצל שופטי-הרוב בעניין *Brown*²⁰⁴ וגם בדברי הלורד Lane ב-*A.G. Reference*²⁰⁵. במקרים הרגילים

197 בעיקר *R. v. Brown* [1932] All E.R. 75 (H.L.) (להלן עניין *Brown*).
R. v. Donovan [1934] 2 K.B. 498; *A. G. Reference, supra* note 40; *R. v. Brown*

198 אבל היעדר-הסכמה הוא פרט מפורש עבירת האינוס. ראו *D.P.P. v. Morgan* [1975] All E.R. 347. וראו דיון ביסוד הנפשי הנדרש לגבי ההסכמה בפרק השביעי של הדו"ח השני, לעיל הערה 16.

199 כך, למשל, ב-*A.G. Reference*, לעיל הערה 40, בעמ' 718.

200 סעיף 5.10 של הדו"ח הראשון, לעיל הערה 16. נאמר שם גם, כי על התביעה להוכיח היעדר-הסכמה. אבל כאשר מדובר במקרים שבהם יש נזק גופני, אלא שהם נכללים במסגרת "המקרים המיוחדים", המצב שונה.

201 סעיף 6 להצעה משנת 1993 קובע, כי אדם יהיה אשם בתקיפה אם בכוונה או בפזיזות הפעיל כוח או גרם להפעלת כוח, על גופו של אדם ללא הסכמתו, או "where the act is intended or likely to cause injury with or without the consent of the other". הסעיף מתחשב בהסכמה רק כאשר אין כוונה לפגיעה ממשית וכאשר אין המעשה גורם בדרך-כלל לפגיעה ממשית. Law Commission: *Offences Against the Person and General Principles* L. C. No. 218, 1993.

202 כך בהחלטה בעניין *A.G. Reference* הנזכרת לעיל בהערה 40.

203 תוצאה מוזרה עשויה להתעורר מהשוואת סעיפים 380 ו-333 לחוק העונשין. סעיף 380 עוסק בתקיפה שגרמה חבלה של ממש. זו צורה מוחמרת של תקיפה, וההגדרה של תקיפה חמורה לפי סעיף 378 לחוק חלה עליה. לפיכך ההסכמה היא יסוד מיסודות העבירה. לא כך בעבירה של גרימת חבלה חמורה לפי סעיף 333, שם ההסכמה אינה יסוד בעבירה וספק רב אם נראה בה הגנה. זו תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת. יתר-על-כן: משמעות סעיף 380 היא לכאורה, שיש במשפטנו מעמד להסכמה אפילו כשמדובר בחבלה של ממש.

204 לעיל הערה 197.

205 לעיל הערה 40.

מוסכם, שהסכמה תשמש הגנה לתקיפות שאין בהן פגיעה של ממש. כמובן מוסכם, שהסכמה לא תשמש הגנה כאשר ישנה פגיעה חמורה. הוויכוח נטווש סביב השאלה בדבר מעמד ההסכמה כאשר ישנה פגיעה שאינה חמורה. ויכוח זה מצוי גם בדעות השונות של השופטים בעניין ²⁰⁶ Brown. שופטי-הרוב קבעו, שהסכמה אינה רלבנטית בכל מקרה של נזק גופני, אפילו אינו חמור. שופטי-המיעוט סברו כי כל עוד אין נזק גופני חמור, אין הפגיעה — כאשר היא מוסכמת — נוגדת את תקנת-הציבור ולכן הסכמה תשמש הגנה.

לפי הפסיקה, קרהגבול בין פגיעה שניתן להסכים לה לפגיעה שלהסכמה לה אין משמעות, הוא כיום actual bodily harm, או בלשון אחרת וללא הבדל במשמעות: injury²⁰⁷. זה קו גמך מאוד, שאינו נותן משקל להסכמה ברוב-רובם של המקרים. מקרים של עשיית כתובת-קעקע, ניקוב חורים באוזניים לעגילים ואף ברית-מילה ייחשבו לפליליים²⁰⁸. משום-כך נאלץ המשפט האנגלי לפתח כללים מיוחדים בכל "המקרים המיוחדים" ולאפשר הגנה המבוססת גם על ההסכמה בכל המקרים האלה. מתעוררת כמובן השאלה אלו מקרים ייחשבו למקרים מיוחדים. ההחלטה בעניין מחייבת בדיקה של פעילויות שונות תוך בחינת האינטרס המוגן, החשיבות שבקיום אותה פעילות ומידת הפגיעה בחברה²⁰⁹.

הוועדה האנגלית הראשונה הציגה כשאלה לדיון אפשרות של שינוי המצב המשפטי וקביעה של קרהגבול גבוה יותר, כפי שמוצע על-ידי שופטי-המיעוט בעניין ²¹⁰ Brown.

206 לעיל הערה 197.

207 הדו"ח האנגלי הראשון, לעיל הערה 16, בסעיף 13.1.

Williams, *supra* note 7, at p. 586 208.

209 הדיון נסב על פעילויות ספורטיביות שונות. למשל: יש דיון בשאלה אם לראות גם התאגרות או היאבקות חופשית בגדר "מקרה מיוחד", וכאמור השאלה היא, אם החברה מעוניינת בקיום הפעילות. ראו דו"ח הוועדה האנגלית הראשונה, לעיל הערה 16, סעיפים 10-11, 41-47. בדו"ח השני יש דיון באפשרות שלא להכיר באגרוף ובהיאבקות, אך הצעה זו נדחתה; ראו פרק 12. דיון דומה יש לגבי ניתוחי עיקור או ניתוחים לשינוי מין, ובדו"ח השני ניתוחים כאלה מוכרים והסכמה במקרים אלה מועילה אפילו לפגיעות חמורות; ראו בפרק השמיני. ראו גם Williams, *supra* note 51, at pp. 154-159; *supra* note 7, at p. 589; *supra* note 17 דומים. ראו Williams, *supra* note 17. יש מי שמציע אפילו לאפשר פגיעה גופנית, אם כי לא חמורה, במסגרת פעילות מינית סאדו-מוזכיסטית, כיוון שישנה תועלת חברתית בקיום פעילות כזו. ראו L.H. Leigh "Sado-Masochism, Consent and the Reform of the Criminal Law" 39 *Modern L. R.* 130 (1976). בסופו של דבר הוסכם בדו"ח השני, כי ההסכמה לפגיעה גופנית תשמש הגנה כל עוד אין הפגיעה חמורה (seriously disabling) וזה חל גם על פעילות מינית וסאדו-מוזכיסטית. ראו לעניין זה בפרק העשירי.

210 לעיל הערה 197.

ואכן, הוועדה השנייה נתנה משקל רב יותר לאוטונומיה של היחיד, להתחשבות ברצון היחיד ולמתן אפשרות לפרט להגשים את רצונו ומטרותיו²¹¹, והציעה שבדרך-כלל הסכמה תשמש הגנה לפגיעה גופנית כל עוד אינה *seriously disabling*. נראה, שהנימוק המרכזי לכך שכאשר הנזק חמור אין הסכמה מועילה, הוא פטרנליסטי²¹². במקרים אחדים הסכמה לא תשמש הגנה אפילו לנזק גופני שאינו חמור — למשל: במריכות ובמשחקי-ספורט שאינם מוכרים ומוסדרים²¹³ — ובמקרים אחרים תהיה הגנה גם כשנגרם נזק חמור, למשל: במהלך טיפול רפואי²¹⁴. האמת היא, כי באותם מקרים שבהם תהיה הגנה גם כאשר הנזק חמור, ההגנה אינה מתבססת על הסכמה, אלא שזו היא אחד התנאים להגנה.

3. חקיקה במשפט האמריקני

כבר הזכרנו פעמים מספר את הסעיף בחוק הפלילי לדוגמא²¹⁵. לסעיף זה שלושה סעיפי-משנה, ורק השני חשוב לנו. סעיף קטן (1) דן במקרים שבהם הסכמה היא רכיב בעבירה או שהסכמה שוללת את הנזק שמניעתו היא מטרת העבירה. סעיף קטן (3) דן בטיב ההסכמה וקובע מתי ההסכמה תקפה. הוראות כאלה חשובות מאוד ויש לקובען בסעיף הקובע הסכמה כסייג לאחריות פלילית, אבל אני לא אדון בשאלות אלה — כפי שנאמר בראש המאמר.

סעיף קטן (2) דן בהסכמה כהגנה לפגיעה גופנית. הסעיף קובע, כי הסכמה תהיה הגנה מפני עבירות של פגיעה גופנית כאשר הפגיעה אינה חמורה (*is not serious*), וכן

211 וכך יש להבין את דעת-המיעוט של לורד Mustill בעניין *Brown*, לעיל הערה 197; והשוו לביקורת של ויליאמס על הפסיקה האנגלית, לעיל הערה 7, בעמ' 587.

212 כך מסתבר מהסיכום בדו"ח השני, לעיל הערה 16, סעיף 2.18, פסקאות (3) ו-(4). בעיקרו של דבר מדובר בפטרנליזם קשה, אך יש גם שיקול של פטרנליזם רך; חשש שההסכמה לפגיעה חמורה אינה אמיתית. ראו שם.

213 הדו"ח האנגלי השני, לעיל הערה 16, פרק 13 עוסק במשחקי-ספורט ובקביעת ההכרה בהם. במשחקים לא-מוכרים לא תהיה הגנה אפילו לפגיעה קלה. ברור שמאחורי הצעה זו עומד שיקול של תקנת-הציבור. כך גם לגבי *fighting and horseplay* הנידונים בפרק 14, וגם בהם לא תהיה הכרה בהסכמה, אפילו לפגיעה קלה.

214 כך גם במשחקי-ספורט מוכרים (ראו פרק 12 של הדו"ח השני, לעיל הערה 16). במקרים כאלה ההכרה בהסכמה אפילו כשמדובר בפגיעה קשה נובעת משיקולים של תקנת-הציבור, הרצון לאפשר קיום משחקי-ספורט מוכרים והכוונה לאפשר טיפול רפואי בהתאם לרצון המטופל. הטיפול הרפואי נידון בפרק השמיני של הדו"ח השני, לעיל הערה 16, והוא כולל גם עיקור, שינוי מין, ניתוח קוסמטי, תרומת איברים, הפלה חוקית ואפילו מחקר רפואי מאושר.

Model Penal Code, *supra* note 40, sec. 2.11 215

בשני מקרים נוספים: האחד נוגע לפעילות ספורטיבית, והאחר — לפעילות רפואית²¹⁶. המקרים הנוספים הללו אינם חשובים לנו, כי ישנם סעיפים מקבילים, אמנם לא זהים, בסעיף הצידוק המתוקן. הקביעה המעניינת אותנו היא, שהסכמה לפגיעה גופנית שאינה חמורה משמשת הגנה. קביעה כזו משקפת החלטה ערכית, שלפיה כאשר אדם מסכים לפגיעה גופנית שאינה חמורה, יש לכבד את הסכמתו ונוסף על כך אין בפגיעה הגופנית הזו משום פגיעה בערכי החברה.

גם בהצעת החוק הפדרלי מצוי סייג כללי הדן בהסכמה כהגנה. בסעיף זה ישנה הגנה כאשר בפגיעה הגופנית לא היתה סכנה לחיים או פגיעה חמורה בבריאות (jeopardize life or seriously impair health)²¹⁷. לפי הנוסח נראה, שכאן קרהגבול אף גבוה יותר, וגם פגיעות חמורות, שלפי החוק הפלילי לדוגמא לא תחול עליהן ההגנה, ייכללו בסעיף זה. אבל מדברי ההסבר משתמע, שהכוונה כאן היא כי כל עוד הפגיעה אינה חמורה, הסכמה תשמש הגנה, כמו הקביעה בחוק הפלילי לדוגמא. ההבדל בין ההצעה הפדרלית ובין החוק הפלילי לדוגמא נעוץ בכך שמראש, החוק הפדרלי מוגבל לפגיעות חמורות, כיוון שפגיעות קלות יותר הן עניין לחוקי המדינות²¹⁸.

בשני החוקים שהבאנו המחוקק שקל מתי ישנה פגיעה בערכים של החברה גם כאשר ישנה הסכמה, ועל בסיס זה קבע כי הסכמה תשמש הגנה רק כאשר הפגיעה אינה חמורה. ישנן שיטות שהלכו בדרך אחרת. למשל: במדינת מונטנה ישנה הכרה כללית בהסכמה כהגנה, ללא הגבלה למקרים של פגיעה שאינה חמורה. אבל ישנה הוראה נוספת הקובעת, שכאשר התרת הפעילות המוסכמת נוגדת את תקנת-הציבור, ההסכמה אינה תקפה²¹⁹. ניסוח כזה משאיר יותר שיקול-דעת לבית-המשפט, שיקבע מתי ההתנהגות

216 מעניין לראות, כי הסעיף הדן בהסכמה אינו כולל את ההוראות לגבי טיפול רפואי, אלא רק מפנה לסעיף 3.08 של הקוד, שבו נקבעו הצדקים שונים לפעולות הנעשות על-ידי אנשים בעלי סמכות מיוחדת. הסדר זה דומה להגנה של פעילות רפואית במסגרת הגנת הצידוק אצלנו. אבל הפעילות הספורטיבית הוסדרה בתוך ההגנה של הסכמה, כנראה משום שאין בה יסוד של פעולה על-ידי אדם מוסמך. שאלה מעניינת היא, אם יש הבדל באופי ההגנה הנובע מכך שהפעילות הספורטיבית הוסדרה בפרק הדן באחריות הפלילית ובפטור מאחריות פלילית, בעוד שהפעילות הרפואית הוסדרה בפרק הדן בהצדקים.

217 סעיף 1619 להצעת החוק, לעיל הערה 5, ודברי ההסבר הנזכרים שם. קרהגבול הזה קרוב יותר לזה המוצע בדו"ח השני באנגליה, seriously disabling injury, לעיל הערה 16, בסעיף 4.51.

218 בדברי ההסבר להצעה הפדרלית נאמר, שפגיעות קלות יותר אינן עניין לחוק הפדרלי. הנמקה זו מיוחדת כמובן לחוק זה ואין ללמוד ממנה על קביעת קרהגבול בחוקים אחרים.

219 וזו לשון הסעיף (Montana Code sec. 45-2-211):

- (1) The consent of the victim to conduct charged to constitute an offense or to the result thereof is a defense.
- (2) Consent is ineffective if ...
 - (d) it is against public policy to permit the conduct or the resulting harm, even though consented to.

המוסכמת פוגעת בתקנת-הציבור²²⁰. סעיף כזה מאפשר לבית-המשפט להכיר בהסכמה כהגנה, גם כשמדובר בפגיעות חמורות. ייתכן שסעיף כמו הסעיף של מדינת מונטנה מאפשר לבית-המשפט לקבוע, כי מי שהרג חולה סופני לפי בקשתו יהיה מוגן²²¹. ההחלטה מתי ישנה פגיעה בערכי החברה מועברת לבית-המשפט. לדעתי, החלטה זו צריכה להיעשות על-ידי המתוקק ולכן סעיף הדומה לסעיף של החוק הפלילי לדוגמא, נראה לי רצוי יותר. אין בכך כדי למנוע חקיקה מיוחדת שתאפשר קיצור חייו של חולה סופני לפי בקשתו או שתקל בעונשו של העושה כך, אם רוצים בחקיקה כזו. אך קביעה זו צריכה להיעשות במפורש בחקיקה ולאחר דיון שקול²²².

ד. סיום: הצעה לחקיקה בארץ

מהאמור לעיל ברור, כי אין זה רצוי — לדעתי — לקבוע סייג שלפיו כל פגיעה גופנית, אשר נעשתה בהסכמה חופשית ומודעת של הקורבן, לא תגרור אחריות פלילית, אלא-אם-כן המעשה או תוצאותיו פוגעים בתקנת-הציבור. המחוקק חייב לקבוע גבול ברור יותר. הסעיפים שהבאנו, וגם ההצעות שהועלו באנגליה, מבחינים בין מקרים של פגיעה גופנית למקרים של פגיעה גופנית חמורה. כאשר ישנה פגיעה גופנית שאינה חמורה, בגלל הסכמת הגפגע, אין פגיעה בזכותו של הזולת ואין גם פגיעה בערכים הבסיסיים של החברה ולכן יש מקום לקבוע סייג לאחריות הפלילית²²³. כאשר ישנה פגיעה גופנית

220 וראו דבריו של רובינסון, הדן בהשוואה בין הסעיף של מונטנה לסעיף בקוד הפלילי לדוגמא: P.H. Robinson *Criminal Law Defenses* (St. Paul, 1984, II) 312.

221 השווה, למשל, לדבריו של ויליאמס, הטוען כי מעשה כזה אינו פוגע בתקנת-הציבור: Williams, *supra* note 51, at p. 139.

222 בחוק האיטלקי הסעיף הדן בהסכמה אף רחב יותר. סעיף 50 לחוק הפלילי האיטלקי קובע "Anyone who impairs or endangers a right with the consent of a person who can validly relinquish it shall not be punishable" (המהדורה האמריקנית של חוקים פליליים, מס' 23, 1978). הפרשנות של הסעיף אומרת, שהוא חל כאשר נפגע רק אינטרס של היחיד, ואז היחיד רשאי להסכים. אבל כאשר נפגע גם האינטרס של הציבור, אין היחיד רשאי להסכים. H. Silving *Criminal Justice* (Buffalo, 1971, II) 615.

223 סייג כזה אינו שולל כמובן את סמכותו של המחוקק לקבוע חקיקה האוסרת שימוש בסמים, המחייבת חגירת חגורות בעת נסיעה וכיוצא בזה. הגם שיש קשר בין הסוגיות, הן שונות. וראו לעיל, הדיון בפרק הראשון.

חמורה, בגלל ההסכמה של הנפגע, אמנם אין פגיעה בזכותו של הזולת²²⁴, אבל ישנה פגיעה בערכים הבסיסיים של החברה, ובמיוחד בערך של קדושת החיים, ולכן אין לסייג את האחריות הפלילית של הפוגע. קדושת החיים היא אחד הערכים הבסיסיים של כל חברה, ופגיעה חמורה בגופו של אדם פוגעת בערך זה²²⁵. קביעה שיהיה סייג לאחריות פלילית, כאשר ישנה פגיעה גופנית לא-חמורה בהסכמת הנפגע, נראית לי כאיזון נכון הנותן משקל לזכות היחיד לנהל את חייו לפי רצונו, תוך שמירה על ערכיה הבסיסיים של החברה.

אפשר לקבוע את הקו המבחין בין פגיעה שאינה חמורה לפגיעה חמורה תוך אימוץ ההבחנה שחוק העונשין עושה בין חבלה לחבלה חמורה. חבלה מוגדרת בסעיף 34 כד לחוק העונשין כ"מכאוב, מחלה או ליקוי גופניים, בין קבועים ובין עוברים"; וחבלה חמורה מוגדרת כ"חבלה העולה כדי חבלה מטוכנת, או הפוגעת או העלולה לפגוע קשות או לתמיד בבריאות הנחבל או בנוחותו, או המגיעה כדי מום קבוע או כדי פגיעת קבע או פגיעה קשה באחד האברים, הקרומים או החושים החיצוניים או הפנימיים". ישנם כמה קשיים בקבלת הבחנה זו: ראשית, הגבול התחתון של חבלה חמורה הוא נמוך למדי. אם נאמר שכל פגיעה קבועה בקרום חיצוני של הגוף היא חבלה חמורה — וכך עולה מההגדרה — הרי הסכמה לא תשמש הגנה לכתובת-קעקע או אף לנקיבת חור לעגיל. ההבחנה בין שתי ההגדרות גם אינה ברורה לחלוטין: מצד אחד, כל פגיעה של קבע היא חבלה חמורה, ומצד אחר, ליקוי גופני, אפילו קבוע, הוא בגדר חבלה. כיצד נבחין ביניהם? אין ספק כי יהיה צורך להבהיר יותר את קריטריון²²⁶.

224 כאמור, אין אני נוטה לקבל טיעון פטרנליסטי, שלפיו למרות ההסכמה ישנה כאן פגיעה בזכות הזולת, אף-על-פי שאפשר ללכת בדרך זו. ייתכן ששיטות ליברליות-נאטורליות ייאלצו להשתמש בטיעון פטרנליסטי כדי להצדיק חוסר-התחשבות בהסכמה של הנפגע. ראו לעיל הערה 38.

225 וכן מסביר רובינשטיין את הערך של קדושת החיים בחברה חילונית תרבותית:

המשפט אינו יכול להשלים עם מעשה שכל כולו מנוגד לבסיסו הערכי. נטילת החיים המותרת הופכת להיות אקט סמלי שכל כולו כפירה במושגים היסודיים של חברה תרבותית. כדי להכיר בקדושה זו, אין צורך להיוקק לאמונה דתית. ... גם שיטות המבוססות על שיקולים תועלתניים או על אמונה חברתית יגינו באותה מידה על קדושת החיים ולו רק מהטעם שיראו באדם מרכז ותכלית, הראוי להגנה בפני הזולת. בלי הגנה כזו, לא ייתכנו חיים של חברה אנושית (לעיל הערה 35, בעמ' 113).

יצוין, כי הדברים נאמרו לגבי נטילת חיים בהסכמה, ובהמשך דן רובינשטיין באפשרות להתיר המתת-חסד ואינו שולל אותה.

226 חשבתי על האפשרות להיעזר בהגדרה שישנה בחוק זכויות התולה למצב-חירום גופני — "נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי

גם האנגלים התלבטו בשאלה זו של הגדרת ההבחנה בין חבלה לחבלה חמורה. לשאלה זו לא היתה חשיבות בדו"ח הראשון, משום ששם לא התחשבו בהסכמה כאשר היה נזק גופני ממשי. אך היא קיבלה חשיבות בדו"ח השני, משום שבו הוצע להכיר בהסכמה כהגנה כאשר אין נזק חמור (seriously disabling injury). ההגדרה שהאנגלים הציעו מבוססת על הגדרה של ויליאמס, והיא הרבה יותר מצומצמת מההגדרה שלנו לחבלה חמורה. ההגדרה כוללת מקרה שבו נגרמו כאב וסבל חמורים וגם נגרם אובדן של איבר, נזק גופני קבוע, אייכולת תפקודית קבועה, נכות, נזק נפשי, כאב חזק ממושך או אובדן הכרה ממושך²²⁷.

אם נאמץ את ההבחנה בין חבלה לחבלה חמורה, בדרך-כלל יחפוף קריה-גבול, המבחין בין המקרים שבהם הסכמה תהיה הגנה למקרים שבהם אין הסכמה משמשת הגנה, את חלוקת העבירות²²⁸. הסכמה תהיה הגנה לפגיעה (סעיף 334), אך לא לחבלה חמורה (סעיף 333), אם כי אין מניעה לכלול בעבירת הפגיעה גם מקרים של חבלה חמורה, ואז מובן שלא תוכר ההסכמה. קשה יותר לקבוע את הדין לגבי "חבלה של ממש", הנדרשת בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה ממשית, לפי סעיף 380 לחוק. מונח זה לא הוגדר בחוק וברור שמדובר ביותר מסתם חבלה. אך האם זו חבלה חמורה או דרגת-ביניים? אפשר שאין לשאלה זו חשיבות מרובה, כי סעיף 380 דן במי ש"תוקף את חברו" ולפיכך חלה כאן כנראה ההגדרה של תקיפה, לרבות הרכיב של היעדר-הסכמה. יוצא אפוא, כי לא יורשע אדם בעבירה על סעיף 380 אם גרם לחבלה של ממש בהסכמת הקורבן²²⁹.

בכל מקרה יש לזכור, שהסייגים הקיימים לא ישתנו ולכן מי שפגע בזולת פגיעה חמורה בתנאים האמורים בסעיפי הצידוק החדשים, לא ישא באחריות פלילית. נראה לי, שרצוי לקבוע קו מבחין שאינו נמוך מדי. לפיכך, כפי שאמרתי, יהיה צורך לשנות את ההגדרה של חבלה חמורה או לקבוע הגדרה מיוחדת. קביעת קו נמוך מדי לא תיתן משמעות מספקת לאוטונומיה של היחיד. קביעת קו נמוך מדי תיתן להסכמה מעמד

הפיכה, אם לא ינתן לו טיפול רפואי דחוף" — ולהגדיר בהתאם לכך נזק חמור, אך דומני שהגדרה זו צרה מדי.

227 הדו"ח האנגלי השני, לעיל הערה 16, בסעיף 4.51.

228 שאלה זו העסיקה רבות את המשפט האנגלי והיתה רחיצה מקביעת קריה-גבול החוצה את המקרים בתוך העבירות. ראו הדו"ח האנגלי הראשון, לעיל הערה 16, בסעיף 17.

229 שאלות נוספות עשויות להתעורר לגבי שאר העבירות נגד גופו של אדם. סעיף 341 לחוק העונשין דן בחבלה ברשלנות. הסעיף אינו מוגבל כמובן למקרים של חבלה סתם, וגם מקרים של חבלה חמורה יכללו בו. אך דומני, שהכעיה לא תתעורר כי קשה לחשוב על הסכמה של הקורבן לחבלה ברשלנות. אם הפגיעה נעשית בהסתמך על ההסכמה, היסוד הנפשי אינו רשלנות, אלא מודעות. קשה יותר השאלה לגבי סעיף 329 לחוק על סעיף-המשנה שבו: האם יש בו גם מקרה של חבלה שאינה חמורה שנעשתה בהסכמה של הקורבן?

רק בפגיעות קלות מאוד, שבהן למעשה גם היום לא יעמידו לדין אם נעשו בהסכמה. אם כך, ייתכן שעדיף לקבוע קריטריון השונה מההגדרה של חבלה חמורה. החיסרון שבדרך זו הוא, שהסכמה תשמש הגנה לחלק מהמקרים של גרימת חבלה חמורה ולא תשמש הגנה לגבי חלק אחר.

אינני יודעת איזו משמעות מעשית תהיה לסייג המוצע. במקרים הקלים של תקיפה הסכמה היא רכיב בעבירה. רוב המקרים האחרים מתעוררים במסגרת של טיפול רפואי ומוסדרים כיום בסעיף הצידוק ובחוק זכויות החולה. אפשר לחשוב על מקרים של עשיית כתובות-קעקע, שכיום אין להם הסדר בחוק, ולדעתי הם בגדר עבירה פלילית; או על מקרים של ניקוב חורים לעגילים במקומות שונים בגוף²³⁰. אבל גם כיום, הגם שישנה אחריות פלילית, לא יעמידו לדין במקרים אלה²³¹. אם נצליח לקבוע קריטריון, הרואה את ההסכמה כהגנה גם לגבי פגיעות ממשיות שאינן חמורות, יהיה כאן שינוי של ממש לגבי פגיעות חמורות יותר מאשר ניקוב חורים לעגילים. אמנם, מקרים אלה אינם שכיחים, אך אפשריים. אפשר לחשוב גם על קבלת סיכונים בעבודה או בתחביבים, אבל כאן יהיה קושי בהגבלה לפגיעה שאינה חמורה, כי במקרים רבים לא ניתן להבחין בין סיכון לפגיעה חמורה ובין סיכון לפגיעה שאינה חמורה. חשוב להדגיש שוב, כי קביעת סייג, כאמור, מחייבת הקפדה על טיב ההסכמה²³².

גם אם קשה לראות מה תהיה המשמעות המעשית של השינוי, ראוי — לדעתי — לעשותו²³³, לא רק כדי לקבוע מסגרת חוקית לדברים הנוהגים גם כיום, אלא גם כדי לתת מעמד ראוי להגשמת רצונו ושאיפותיו של היחיד²³⁴. ההכרה בחשיבות ההסכמה של הקורבן משתלבת גם עם המגמה הכללית בתקופתנו לתת יותר מעמד לקורבן בהליך הפלילי²³⁵. נכון שמגמה זו מתייחסת בעיקר להיבטים דיוניים של ההליך, אבל הבסיס

230 המקרים האלה נדונים בספרות, למשל: בדו"חות של הוועדה האנגלית, לעיל הערה 16; או אצל Williams, *supra* note 7.

231 בהיעדר סייג של הסכמה, אפשר יהיה להשתמש בסייג זוטי הדברים באותם מקרים שהתביעה בכל זאת תעמיד לדין, והשופט ימצא שהמעשה הוא קל-עורף. יושם לב, כי הסייג של זוטי דברים מדבר במפורש על התחשבות באינטרס הציבורי וניתן לומר, כי אין פגיעה באינטרס הציבורי כאשר פגיעה קלה נעשתה בהסכמה. יש קשר מהותי בין סייג של זוטי הדברים ובין סייג של הסכמה, אבל יש הבדל בין שני הסייגים. סייג של הסכמה יתן ביטוי לכך שאין כל פגיעה באינטרס המוגן באותם מקרים שהסייג חל; ואילו סייג של זוטי הדברים יאמר שהפגיעה באינטרס המוגן אינה ממשית.

232 אין לי ספק, כי הדברים טעונים דיון מדוקדק בפרטי הסייג. כוונתי כאן היתה להציג עמדה עקרונית.

233 העובדה שהשינוי לא יהיה גדול עשויה להקל על קבלתו.

234 מובן שיהיה צורך לקבוע בסייג כללים לבדיקת טיב ההסכמה. כללים אלה יבטיחו, שרק הסכמה תופשית ומודעת תשלול את האחריות הפלילית.

235 כוונתי לחשיבות הניתנת כיום לפיצויי הקורבן במסגרת ההליך הפלילי ולהשמעת עדות קורבן עבירות-מין לפני גזירת העונש. הנושא הזה נידון כיום רבות בספרות. וראו גם קרפ, לעיל הערה 15,

שלה הוא מהותי: מתן חשיבות לקורבן, לצרכיו, לרגשותיו ולשאיפותיו. לקביעה מפורשת של סייג לגבי הסכמה לפגיעה שאינה חמורה תהיה גם משמעות נוספת: קביעה שפגיעה חמורה בגופו של הזולת היא פגיעה בחברה ולא רק בזולת.

דומני, שקביעת סייג כמוצק כאן משתלבת יפה עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין ספק, כי כבוד האדם כולל גם התחשבות ברצונותיו ובשאיפותיו של האדם²³⁶; וסעיף 1 של החוק המדבר על ההכרה בערך האדם ובהיותו בן-חורין מצדיק התחשבות באוטונומיה של היחיד²³⁷ והכרה בדרך שבה היחיד מבקש לנהל את חייו²³⁸. לפי הדעה שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כולל גם חובה אקטיבית להגן על כבוד האדם²³⁹, וחובה על המחוקק לספק לאזרחים הגנות אשר תאפשרנה להם ליהנות מזכויותיהם²⁴⁰, נדרש — מכוח חוק-היסוד — סעיף הדן בהסכמה כבסיס להגנה. בדרך-כלל, קביעת הגנות כרוכה באיזון בין פגיעה בזכויות של פרטים שונים²⁴¹, כאשר ההגנה מגינה על זכותו של הנאשם, אך עשויה להביא לפגיעה בקורבן²⁴². אבל בנושא הנדון, בעיה זו של איזון בין זכויותיהם של פרטים שונים אינה מתעוררת²⁴³. לכן קל יותר להגיע למסקנה שראוי לקבוע הגנה בחוק. ברור, שפרטי ההוראות שייקבעו חייבים למלא את התנאים של חוק-היסוד.

אמרנו, כי האוטונומיה של היחיד מקבלת הגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מנגד, נותן החוק, ואף זאת בסעיף 1 שבו, מעמד מיוחד לקדושת-החיים ולכן יש להגביל את ההכרה בהסכמה למקרים שאינם פוגעים בקדושת-החיים.

בעמ' 73-74; ושם, הערה 38.

236 וראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 421.

237 ראו, למשל, א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 277, 279; "ק" קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129, 143-142.

238 השוו לריון שנעשה במשפט האנגלי באשר להשפעה שישנה לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם על המעמד של ההסכמה בכלל, ועל האיסור על יחסים בין סאדו מזוכיסטיים מוסכמים, בפרט — בדו"ח הראשון, לעיל הערה 16, בעמ' 57-60; בדברי לורד Mustill בעניין Brown, לעיל הערה 197, בעמ' 114-115. בדו"ח השני מוקדש פרק שלם לאמנה האירופאית, שם, פרק שלישי.

239 ברק, לעיל הערה 237.

240 ראו הצגת השאלה אצל קרפ, לעיל הערה 15, בעמ' 83.

241 קרפ, לעיל הערה 15, בעמ' 104-105.

242 למשל: הרחבת הזכות להגנה עצמית תביא לשמירה על חייו של הנאשם, אך לאפשרות של פגיעה בחייו של התוקפן.

243 אך עשויה כמובן להתעורר השאלה של האיזון בין זכויות היחיד לצורכי החברה — "האיזון החיצוני" במינוח של ברק, לעיל הערה 237, בעמ' 277-278.

בפסק-דינו בעניין שפר²⁴⁴ עומד המשנה-לנשיא, השופט אלון, על כך שהאוטונומיה של הפרט וחירותו האישית היא ערך-יסוד במדינה דמוקרטית²⁴⁵. הוא מצביע על הערך החשוב של קדושת-החיים במשפט העברי ומשווה בין שני ערכים אלה לגבי השאלה של המתת-חסד²⁴⁶. כפי שראינו, הערך של קדושת-החיים הוא גם מערכיה של מדינה דמוקרטית והוא אף נזכר במפורש בחוק, אולם נראה שבמשפט העברי משקלו רב יותר²⁴⁷. איוון בין הערך של קדושת-החיים לאוטונומיה של היחיד תוך התחשבות בערכים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יצדיק קביעת סייג לאחריות פלילית במקרה של פגיעה גופנית שאינה חמורה בזולת, לאחר שהנפגע הביע את הסכמתו החופשית והמודעת לפגיעה.

244 ע"א 506/88 יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 188, 87.

245 בפסק-דינו בעניין גואטה עומד המשנה-לנשיא, השופט אלון, על כך שביהדות כבוד האדם אינו רק זכותו של האדם, אלא גם חובתו. האדם מצווה לשמור על צלם-האלוקים שבו והוא אינו רשאי למחול על כך ולפגוע בעצמו. כש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, לעיל הערה 62. גם בעניין שפר, לעיל הערה 244, מראה השופט אלון, כי להסכמתו של היחיד לפגיעה בו משמעות מוגבלת ביותר. ברור גם, שביהדות אין לאוטונומיה של היחיד אותו משקל שיש לה במדינה דמוקרטית, אם כי יש לה ערך גם ביהדות, והדברים שמביא השופט אלון בעניין שפר הנ"ל לגבי החובה והסירוב לטיפול הרפואי (שם, עמ' 122) יעידו. ייתכן אפוא, כי איוון בין האוטונומיה של היחיד לקדושת-החיים בתוך "עולמה של היהדות" היה מביא לתוצאה שונה. עם זאת, גם בהלכה ישנן דעות שלפיהן רשאי אדם לפגוע בעצמו פגיעה קלה מכלי שייחשב כחובל ולפיהן רשאי אדם להסכים שיפגעו בו פגיעה קלה, והפוגע לא ייחשב כחובל. גם בהלכה נעשית הבחנה בין "היזק קטן" להיזק אחר, ובין "ראשי אברים" ל"מכות ופצעים". המחלוקת בחלק משאלות אלו קיימת לאורך כל הדורות. יש להקפיד ולהבחין בין השאלה, אם החובל חייב בתשלום, ובין השאלה, אם החובל חייב בלאו. ראו ערך "חובל", אנציקלופדיה תלמודית. לדעות שלפיהן החובל אינו חייב בלאו, כאשר מדובר בפגיעות שאינן חמורות, והנחבל הסכים, ראו שו"ת מהרלב"ת, קונטרס הסמיכה, ד"ה "עוד אני אומר"; מנחת חינוך, מצווה מת.

246 לאיוון בין כבוד האדם לקדושת-החיים בסוגיה של המתת-חסד ראו ל' שלף "בין קדושת החיים לכבוד האדם — על יסורי הגוף, הקדמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי" משפטים כד (תשנ"ד) 207.

247 לשאלה, אם אפשר לעשות איוון בין הערך של קדושת-החיים ביהדות לערך זה בדמוקרטיה המערבית ולהבדל במשמעות שיש לערך זה ביהדות וכדמוקרטיה ראו הר, לעיל הערה 58.

