

האחריות הפלילית של הצוות הרפואי והמוסד הרפואי למותו של החולה הנוטה למות

מאת

גבריאל הלוי*

שאלת המתת החד מהווה את אחת מן השאלות החברתיות המורכבות ביותר לאורך ההיסטוריה האנושית. שאלה זו התעצמה בעידן המודרני, בו התקדמותה המהירה של הרפואה המודרנית מאפשרת הארכת חיים באמצעים מלאכותיים של חולים, המצויים בשלבים סופניים של חייהם, נוסף על הארכת תוחלת החיים האנושית בכללה. בחברות ובתרבויות שונות בעולם ניתנו תשובות שונות לשאלה זו בהיבטים רפואיים, סיעודיים, פילוסופיים, אתיים ומשפטיים. בשיטות המשפט בעולם הסדירו דיני העונשין שאלה זו וחרצו את גורל המעורבים לשבט או לחסד. דיני העונשין קבעו, האם רופא, שנמנע מלהאריך את חייו של החולה הסופי באמצעים רפואיים מודרניים, הוא בבחינת אדם רחום בעל מידת החסד או רוצח, הראוי לגינוי חברתי ולאות קלון. בישראל הסדיר המחוקק היבטים רבים בשאלת המתת החד במסגרת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, אשר נכנס לתוקף ביום 15 בדצמבר 2006. עם זאת, היבטי דיני העונשין של המתת החד, אשר הוסדרו מחוץ לחוק זה – נותרו בעינם. כך, עוסק המאמר בשאלת האחריות הפלילית של הצוות הרפואי והמוסד הרפואי, אשר נמנעו מחידוש טיפול רפואי מאריך חיים לשם המתתו של חולה נוטה למות, למרות שפעלו לפי הוראות החוק. שאלה זו מתייחסת גם למצבים, בהם חולה הנוטה למות, שם נפשו בכפו ומחליט להתאבד, והצוות הרפואי מונע בעדו בניגוד לחוק, הקובע כי יש לכבד את רצונו של החולה למות.

1. **מבוא**
 2. **המתת חסד מותרת – מהי?**
 - 2.1. חזקת הרצון לחיות וסתירתה
 - 2.2. ביצוע ההמתה
 3. **האחריות הפלילית למותו של החולה הנוטה למות**
 - 3.1. האחריות הפלילית של הרופא האחראי
 - 3.2. אחריותו הפלילית של הצוות הרפואי הנלווה
 - 3.3. אחריותו הפלילית של המוסד הרפואי
 4. **פתרונות**
 - 4.1. פתרון מכוח חוק החולה הנוטה למות – הגנת הרשלנות
 - 4.2. פתרון מכוח דיני העונשין – סייג הצידוק
- פתרון ראוי – במקום סיכום

* מרצה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

1. מבוא

האם הצוות הרפואי והמוסד הרפואי, אשר נמנעו מחידוש טיפול רפואי מאריך חיים, נושאים באחריות פלילית למותו של חולה נוטה למות לאור כניסתו לתוקף של הוראות חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, למרות שפעלו לפי הוראות החוק. חולה הנוטה למות, השם נפשו בכפו ומחליט להתאבד, והצוות הרפואי מונע בעדו – האם תהא זו פגיעה בחוק, הקובע כי יש לכבד את רצונו של החולה. על שאלות אלה ואחרות נסבה רשימה זו.

ביום 15 בדצמבר 2006 נכנסו לתוקף בישראל הוראות חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005.¹ חוק זה עיצב את יחסה המשפטי של החברה הישראלית לסוגיה הכואבת של המתת החסד בהיבטים רפואיים, סיעודיים, פילוסופיים ואתיים. התקדמותה המהירה של הרפואה המודרנית, המאפשרת הארכת חיים באמצעים מלאכותיים של חולים, המצויים בשלבים סופניים של חייהם ("Terminally Ill Patients", "End-of-Life Patients"), המעבר לגישה המכבדת את האוטונומיה של הפרט ביחסי רופא-מטופל וגידול ניכר באוכלוסייה המעורבת בטיפול בחולים סופניים, הביאו לצורך בהסדרה משפטית של התחום.²

ככלל ובכפוף לתנאים ספציפיים שידונו להלן, מאפשר החוק לצוות הרפואי לנקוט המתת חסד פאסיבית בדרך של הימנעות מחידוש טיפול רפואי מאריך חיים. המתת חסד אקטיבית נאסרה באופן גורף³ כמו גם הפסקת טיפול רפואי רציף, העלולה להביא למותו של המטופל.⁴ מנגד, דיני העונשין הפוזיטיביים בישראל עשויים עדיין להכיר באחריות פלילית של הצוות הרפואי ושל המוסד הרפואי לעבירות המתה, אשר המרכזית שבהן היא עבירת ה"שידול או סיוע להתאבדות".⁵

- 1 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58 (להלן – "חוק החולה הנוטה למות" או "החוק"). החוק התקבל בכנסת ביום 6 בדצמבר 2005 ופורסם ברשומות ביום 15 בדצמבר 2005. הוראות סעיף 63 לחוק קבעו כי תחולת החוק תחל שנה מיום פרסומו, ועל-כן הוראות החוק נכנסו לתוקף ביום 15 בדצמבר 2006.
- 2 ראו בעניין זה את דברי ההסבר המקדימים ביחס להצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ה-2004, ה"ח הממשלה 454, 454. ההצעה פורסמה ברשומות ביום 13 בדצמבר 2004.
- 3 בהתאם להוראות סעיף 19 לחוק החולה הנוטה למות, שם נקבע, כי "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא".
- 4 בהתאם להוראות סעיף 21 לחוק החולה הנוטה למות, שם נקבע, כי "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו; ואולם מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי רציף, שנפסק שלא במכוון או שלא בניגוד להוראות כל דין וכן מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי מחזורי, והכל בכפוף להוראות סימן ג'".
- 5 עבירה זו קבועה בסעיף 302 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן – "חוק העונשין"), ונוסחה: "המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה, או מסייע אדם להתאבד, דינו – מאסר עשרים שנים".

לא זו בלבד שחוק החולה הנוטה למות לא צמצם את האחריות הפלילית בגין עבירה זו, אלא שהוראותיו אף סייגו מראש את עצמן לבל תסתורנה את תחולתה של עבירה זו⁶. לזאת מצטרפים גם הקושי המושגי בפלילים שבהבחנה בין פעולה אקטיבית לבין הימנעות פאסיבית מפעולה⁷, כמו גם אופיים האקסקלוסיבי של דיני העונשין הכלליים, הדוחים בדרך-כלל השפעות חיזוניות עליהם⁸. התוצאה האפריורית של מצב זה היא שהצוות הרפואי והמוסד הרפואי עשויים לשאת באחריות פלילית להמתת חסד, המתה אשר חוק החולה הנוטה למות התיר מפורשות.

ברשימה זו ננסה להתוות את הקווים הכלליים של בעיה משפטית זו ולהתייחס לפתרונות משפטיים מן הדין הקיים. תחילה נברר את גבולותיה של המתת החסד המותרת בהתאם להוראות חוק החולה הנוטה למות. לאחר מכן נבחן את הנורמות הענישות בדיני העונשין ביחס להמתת חסד ואת ייתכנות הטלתה של אחריות פלילית על הצוות הרפואי ועל המוסד הרפואי בהתאם לאותן נורמות – הן בישראל, הן במבט השוואתי. לבסוף נתייחס לפתרונות אפשריים במסגרת הדין הקיים, המאפשרים הגנה על הצוות הרפואי ועל המוסד הרפואי מפני הטלת אחריות פלילית בשל השתתפות פאסיבית בהמתת חסד של חולים נוטים למות.

2. המתת חסד מותרת – מהי?

2.1. חזקת הרצון לחיות וסתירתה

נקודת המוצא של החוק היא כי רצונו של אדם, בין חולה בין בריא, הוא לחיות. נקודת מוצא זו מעוגנת בחזקה משפטית⁹ (Praesumptio Juris), לפיה "חזקה

6 הוראות סעיף 20 לחוק החולה הנוטה למות מתייחסות מפורשות לעניין זה בקובען, כי "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, שיש בה סיוע להתאבדות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא". כלומר הוראות חוק החולה הנוטה למות מסווגות במפורש מפני אחריות פלילית בעבירת ה"שידול או סיוע להתאבדות" דלעיל.

7 ראו להלן, ה"ש 136.

8 האופי האקסקלוסיבי של דיני העונשין הכלליים מוצא את ביטויו בדחיית השפעות משפטיות חיזוניות, מתוך נורמות חיזוניות, עליהם, אלא אם כן הותרה ההשפעה באופן ספציפי ומפורש במסגרת דיני העונשין. כך, לדוגמא, הוראות ס"ק 18(ג) לחוק העונשין מאפשרות להצביע על מקור חובת-עשה שהופרה במסגרת המחdel הפלילי גם על דין חיזוני או חוזה. דוגמא נוספת נעוצה בהוראות ס"ק 34(1) לחוק העונשין, המאפשרת להתייחס גם לדין חיזוני לדיני העונשין כאל מקור הסמכה לביצוע פעולה ספציפית. ודוק: המדובר הוא בהוראות ספציפיות במסגרת דיני העונשין הכלליים, המאפשרות פניה והשפעה של נורמות חיזוניות.

9 את החזקה המשפטית (Praesumptio Juris) יש להבחין מן החזקה העובדתית (Praesumptio Facti). החזקה המשפטית קבועה בהוראות המחוקק ובכך משקפת הכרעה חברתית רצויה, בעוד החזקה העובדתית מהווה הכרה במצב דברים קיים. החזקה המשפטית היא מכוננת (קונסטיטטיבית), בעוד החזקה העובדתית היא דקלרטיבית. לעניין זה, חזקת הרצון לחיות היא קונסטיטטיבית ומשקפת את הכרעתו החברתית של המחוקק. לעניין החזקה המשפטית והבחנותיה ראו: (2004) 148-154 (10th ed., Cross & Tapper On Evidence); COLIN TAPPER, ליישום בישראל ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1560-1572 (2003).

על אדם שהוא רוצה להוסיף לחיות, אלא אם כן הוכח אחרת"¹⁰, זוהי "חזקת הרצון לחיות". נטל ההוכחה לסתור חזקה משפטית זו הועלה בחוק לרמת נטל השכנוע במשפט הפלילי, קרי: "מעבר לכל ספק סביר"¹¹. אי עמידה בנטל זה מצד הטוען לסתירת החזקה תוביל להמשך התקיימותה של החזקה, כך שיעודף הרצון להוסיף לחיות על-פני כל אפשרות אחרת. נטל שכנוע זה הוא יוצא דופן במסגרת המשפט האזרחי¹², בו נוהג נטל השכנוע מסוג "הטיית מאזן ההסתברויות", כלומר תתקבל טענת הצד אשר הצליח לשכנע את בית המשפט להעדיף את גרסתו על-פני גרסת הצד היריב¹³. הנטל של "מעבר לכל ספק סביר" מחייב רמת שכנוע גבוהה, אשר גם אם צד אחד הצליח לשכנע את בית המשפט להעדיף את גרסתו, עדיין אין בית המשפט רשאי להעדיף גרסה זו עד שיתלק מלבו כל ספק סביר, שאם לא כן לא תתקבל הטענה¹⁴.

גם הדרכים לסתור את חזקת הרצון לחיות נקבעו מפורשות בחוק. בעניין זה מבחין המחוקק בין ארבעה סוגי חולים הנוטים למות: חולה שהוא "בעל כשרות" משפטית להחליט באשר לגורלו, חולה בגיר שאינו בעל כשרות, חולה קטין שאינו בעל כשרות וחולה חסוי שאינו בעל כשרות.

חולה "בעל כשרות" מוגדר¹⁵ כחולה בן למעלה משבע-עשרה שנים, המסוגל להביע את רצונו, שלא הוכרז פסול-דין ואשר לא הוכח, כי מבחינה הכרתית, שכלית ונפשית, אין הוא כשיר לקבל החלטות באשר לטיפול הרפואי מתוך הבנה, שיקול-

10 הוראות סעיף 4 לחוק קובעות, כי "חזקה על אדם שהוא רוצה להוסיף לחיות, אלא אם כן הוכח אחרת; לא הוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר – יש לנטות לטובת הרצון להוסיף לחיות".

11 הוראות סיפא דסעיף 4 לחוק.

12 אין מדובר בחריג היחיד המשפט האזרחי. ראו, לדוגמה: ס"ק 20(ב) לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, ס"ח 86; ס"ק 25(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63; ע"א 375/84 עדן נ' פאגורי, פ"ד מב(4) 226, 231 (1988); ע"א 4902/91 גודמן נ' ישיבת שם בית מדרש גבוה להוראה ודיינות, פ"ד מט(2) 441, 453, 456 (1995).

13 למהותו של נטל השכנוע מסוג "הטיית מאזן ההסתברויות" ראו: ע"א 6283/97 אלכסנדרוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 254, 274 (1998); [2003] Cooper v. Floor Cleaning Machines Ltd.; [1998] E.W.C.A. Civ 1649; Pickford v. Imperial Chemical Industries Plc, [1998] 3 All E.R. 462, 472, [1998] 1 W.L.R. 1189, 1200.

14 למהותו של הספק הסביר בפלילים ושל נטל השכנוע של "מעבר לכל ספק סביר" ראו: McKenna, (1964) 81 (Pt. 1) W.N. N.S.W. 330, שם נקבע כדלהלן:

"That degree is well settled. It did not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond a reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of a doubt."

בישראל ראו: ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי, פ"ד מד(3) 465, 468 (1990) וההפניות שם, וכן אצל קדמי, לעיל הי"ש 9, בע"מ 1466-1472.

15 הגדרת "בעל כשרות" קבועה במסגרת סעיף ההגדרות בחוק (סעיף 3) כדלהלן:

"בעל כשרות" – מי שמתקיימים בו כל אלה: (1) מלאו לו 17 שנים; (2) הוא מסוגל להביע את רצונו; (3) הוא לא הוכרז פסול דין; (4) הוא לא הוצא מחזקת הכשרות האמורה בסעיף 6"

דעת ורצון חופשי¹⁶. חולה "בעל כשרות" כאמור עשוי לסתור את חזקת הרצון לחיות בהבעה מפורשת של רצונו בלבד¹⁷.

חולה בגיר¹⁸ שאינו בעל כשרות עשוי לסתור את חזקת הרצון לחיות באחת מארבע דרכים. הדרך האחת היא באמצעות אימוץ הנוהג האמריקאי של צוואה בחיים (Living Will)¹⁹ בדרך של הנחיות רפואיות מקדימות שניתנו על-ידו, אם ניתנו, במצב שהיה בעל כשרות²⁰. בדרך זו מניח המחוקק הידרדרות במצבו הרפואי-הכרתי של החולה ממצב של כשרות למצב של אי-כשרות, כאשר בעת היותו של החולה בעל כשרות ניתנו על-ידו הנחיות רפואיות מקדימות בכתב ובפני שני עדים²¹, שבהן פירט החולה את רצונו לגבי טיפול עתידי בו, אם ייקבע בעתיד שהוא חולה נוטה למות שאינו בעל כשרות. הדרך השנייה היא בהתאם להחלטה של מיופה כוח לפי ייפוי כוח בכתב, אשר ניתן למיופה הכוח על-ידי החולה בעת שהחולה היה בעל כשרות ובפני שני עדים²². הדרך השלישית היא באמצעות החלטה של ועדה מוסדית

16 המדובר הוא בחזקת הכשרות, הקבועה בהוראות סעיף 6 לחוק, ואשר שולבה בתנאי הרביעי המצטבר של הגדרת "בעל כשרות" הני"ל (סעיף 3). חזקת הכשרות הוגדרה כ"חזקה על אדם שמלאו לו 17 שנים ושלא הוכרז פסול דין שהוא כשיר מבחינה הכרתית, שכלית ונפשית לקבל החלטות בקשר לטיפול הרפואי בו מתוך הבנה, שיקול דעת ורצון חופשי".

17 הוראות ס"ק 5(א) לחוק מגדירות דרך זו כ"על-פי הבעת רצונו המפורשת" ללא כל אפשרות אחרת של סתירת חזקת הרצון לחיות.

18 הוראות סעיף 3 לחוק מגדירות את הקטינות כגיל שמתחת לשבע עשרה שנים. ס"ק 5(ב) לחוק מתייחס לחולה נוטה למות שאינו בעל כשרות ואשר מלאו לו שבע עשרה שנים, כלומר שאינו בגדר "קטין", אלא מהווה בגיר.

19 ראו בעניין זה: אמנון כרמי **בריאות ומשפט** 1485-1488 (2003) והמובאות שם R. Cohen-Almagor, *Patients' Rights to Die in Dignity and the Role of their Beloved People*, 4 ANN. REVIEW OF LAW AND ETHICS 213 (1996); L.O. Schoeder, *Where There's a Will*, 11 MED. LAW 417 (1992); Norman L. Cantor, *Making Advance Directives Meaningful*, 4 PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY, AND LAW 629 (1998).

בישראל עוגנה דוקטרינה זו במסגרת הכללית של הוראות סעיף 30 לחוק. מצב משפטי זה, המעוגן בהוראות ס"ק 5(ב)1 לחוק, מתקבל כתוצאה משילוב הוראות סעיפים 31 ו-33(א) כחלק ממכלול הוראות סימן ב לפרק ה לחוק. סעיפים אלה קובעים כי "אדם בעל כשרות רשאי לתת הנחיות רפואיות מקדימות שבהן יפרט את רצונו לגבי טיפול רפואי עתידי בו אם ייקבע לגביו כי הוא חולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות, הכל לפי הוראות חוק זה" [סעיף 31] וכי "הנחיות רפואיות מקדימות יינתנו בכתב, על גבי טופס הנחיות רפואיות מקדימות שנוסחו מובא בתוספת הראשונה, בחתימת ידו של נותן ההנחיות בפני שני עדים שאין להם אינטרס כלכלי או אחר בנותן ההנחיות, ושאינם מיופה כוח, אך יכול שאחד העדים יהיה מוסר המידע; העדים יאשרו באותו מעמד בחתימת ידם על גבי טופס ההנחיות הרפואיות המקדימות שנותן ההנחיות חתם כאמור" [ס"ק 33(א)].

21 בהתאם להוראות ס"ק 33(א) לחוק ובכפוף לחריגים שבס"ק 33(ג).

22 מצב משפטי זה, המעוגן בהוראות ס"ק 5(ב)2 לחוק, מתקבל כתוצאה משילוב הוראות סימן ג לפרק ה לדרך זו. כך, קובעות הוראות הרישא של ס"ק 38(א) לחוק את ההנחיות הכלליות בעניין דרכי המינוי ותיעודו:

"ייפוי כוח יינתן בכתב, מתוך רצון חופשי ועצמאי, על יסוד הבנה ושיקול דעת וייחתם בחתימת ידם של מייפה הכוח ושל שני עדים שאין להם אינטרס כלכלי או אחר במייפה הכוח, ושאינם מיופה כוח, אך יכול שאחד העדים יהיה מוסר המידע כאמור בסעיף 37(ד)".

או ועדה ארצית²³. הדרך הרביעית היא באמצעות החלטה של הרופא האחראי ברמת מנהל מחלקה, מנהל יחידה או רופא מחוזי של קופת-חולים²⁴. החלטה זו תתחשב בהצהרת אדם הקרוב משפחתית או רגשית לחולה ואשר מכיר היטב את החולה עובר לטיפול הרפואי בו²⁵, כי החולה הנוטה למות אינו רוצה להוסיף לחיות. במידה ואין בנמצא הצהרה מפורשת של אדם קרוב כאמור, מאפשר החוק לרופא האחראי להתחשב בעמדת אפוטרופסו של החולה הנוטה למות שהוא אדם קרוב לחולה. הדרך הרביעית מהווה מוצא אחרון בלבד ואין לנקוט אותה, אלא אם לא התקיימו שלוש הדרכים האחרות.

חולה קטין שאינו בעל כשרות אינו רשאי לסתור את חזקת הרצון לחיות. החוק מבכר להסמיך את הוריו של הקטין לייצגו בעניין הטיפול הרפואי בו²⁶. לקטין ישנה זכאות להשתתף בקבלת ההחלטה על הטיפול הרפואי בו, וזאת אם הקטין מודע למצבו, מבקש להשתתף בקבלת ההחלטה בעניינו והרופא האחראי קבע שהוא בשל שכלית ונפשית להשתתף בקבלת ההחלטה בעניינו²⁷. אפוטרופסו של הקטין, אם הוא אדם קרוב, רשאי להשמיע עמדה לעניין זה. בהיעדר הורים או אפוטרופוס קרוב תקבע ועדה מוסדית²⁸. חילוקי דעות בין המייצגים לבין הרופא האחראי לעניין המשך הטיפול יימסרו לוועדה המוסדית²⁹. חילוקי דעות בין הקטין לבין גורמים אחרים באשר לטיפול בו, ואשר הקטין רוצה בהארכת חייו, ייפתרו בהתאם להחלטת הקטין³⁰. אם הקטין אינו רוצה בהארכת חייו והוא מתחת לגיל 15, ייפתרו חילוקי הדעות בהתאם לגורמים האחרים. רק אם הקטין אינו רוצה בהארכת חייו והוא מעל לגיל 15, יועברו חילוקי הדעות להכרעת הוועדה המוסדית³¹, תוך שלקטין שמורה הזכות להשמיע את עמדתו ותוך פירוט מכלול המידע הרפואי שהועבר לו.

גם חולה חסוי שאינו בעל כשרות אינו רשאי לסתור את חזקת הרצון לחיות. אי כשרותו של החולה החסוי אינה בהכרח פועל יוצא של מחלתו, אלא מדובר באי כשרות משפטית שקדמה לקביעה כי הוא חולה נוטה למות והיא מצאה את

23 דרך זו מעוגנת בהוראות ס"ק 5(ב)3 לחוק בשילוב הוראות פרק ו לחוק. מינוי והרכב ועדה מוסדית הוגדר בהוראות סעיף 45. מינוי והרכב ועדה ארצית ומותביה הוגדר בהוראות סעיף 50.

24 דרך זו מעוגנת בהוראות ס"ק 5(ג) לחוק. ראו בעניין זה את הגדרת "רופא אחראי" בסעיף ההגדרות בחוק, סעיף 3.

25 ראו בעניין זה את הגדרת "אדם קרוב" בסעיף ההגדרות בחוק, סעיף 3.

26 סדר העדיפויות לעניין ייצוגו של קטין על-ידי הוריו, אפוטרופוסו והוועדה המוסדית נקבע סטטוטורית בהוראות סעיף 24 לחוק.

27 סדרי השתתפותו של קטין בקבלת החלטה בעניינו נקבעה בהוראות סעיף 25 לחוק.

28 לעיל ה"ש 62.

29 בהתאם להוראות ס"ק 28(א) לחוק.

30 חלופה זו נקבעה בהוראות ס"ק 28(ב)1 לחוק.

31 חלופה זו נקבעה בהוראות ס"ק 28(ב)2 לחוק.

ביטויה בחוסר מסוגלות שכלית או נפשית לכלכל את ענייניו באופן עצמאי.³² מטבעם של דברים, לא מסוגל היה החסוי ליתן ייפוי כוח או הנחיות רפואיות מקדימות תקפות עובר למצבו הרפואי הסופני.³³ ככלל, ההחלטה בעניין אי הארכת חייו של חולה חסוי לא תוכרע, אלא על-ידי הוועדה המוסדית, בדומה להכרעה המקבילה בעניינו של קטין, גם אם הביע החסוי את רצונו להימנע מהארכת חייו.³⁴ על הוועדה המוסדית לשקול "בין שיקוליה" את טובתו של החסוי, אך אין זה השיקול היחיד.³⁵

קביעתו של המחוקק הישראלי, כי נקודת המוצא לדיון בהמתת חסד היא חזקת הרצון לחיות, נועדה להימנע מהמתה כפויה של חולים מטעמים של מדיניות ציבורית או מדיניות משפטית הזרות לטעמיו הסובייקטיביים של החולה הנוטה למוות. אין ספק שברקעם של דברים עמדו לקחי מעשי המשטר הנאצי בגרמניה, אשר רופאים במסגרתו (T-4 Gutachter) המיתו המתת "חסד" בכפייה חולים סופניים וחולי נפש סופניים ובכך "טיהרו" את הרייך השלישי מ-70,273 חולים סופניים ובהם כ-5,000 ילדים בין השנים 1939-1941.³⁶ התוכנית הופסקה בשל

32 הטיפול בחסוי הנוטה למוות הוסדר בהוראות סימן ז לפרק ד לחוק.

33 בהתאם להוראות ס"ק 29(א)3 לחוק.

34 זוהי קביעתן של הוראות ס"ק 29(ב) לחוק.

35 ראו בעניין זה את הוראות ס"ק 29(ד) לחוק. יש לציין, כי בעניין חסוי הנוטה למוות לא הופיעו כל הוראות במסגרת הצעת החוק, לעיל ה"ש 2.

36 ראו את ההיבטים ההיסטוריים לעניין זה: איאן קרשו היטלר – נמסיס 1936-1945-242 (יוסי מילוא מתרגם, 2005); Lothar Gruchmann, Euthanasie und Justiz im Dritten Reich, 20 VfZ 235 (1972). אלה מציינים, כי הרעיון בדבר "ניטילת חיים שאינם ראויים לחיות" (Vernichtung Lebensunwerten Lebens) התעורר עוד ברפובליקה הווימארית כבר בשנת 1920, אך מרבית הרופאים התנגדו לרעיון זה. הרעיון החל לקרום עור וגידים עם עליית המפלגה הנציונל-סוציאליסטית לשלטון והוצא אל הפועל סמוך לאחר פלישת גרמניה לפולין בספטמבר 1939. התעמולה הנאצית שידרה סרטים על חייהם של חולי נפש ברייך השלישי מתוך רצון לעורר הזדהות עם פעולות הרצח העתידיות כבר בין השנים 1935-1937 במסגרת "המשרד הנציונל-סוציאליסטי לגזע ופוליטיקה" (NS-Rasse und Politisches Amt). אדולף היטלר עצמו הורה להקרין את אחד הסרטים נושא השם "קרבת העבר" (Opfer der Vergangenheit) בכל בתי הקולנוע ברחבי גרמניה בשנת 1937. משנת 1936 אולצו הכנסיות להעביר חולי נפש המאושפזים בהן לידי בתי החולים לחולי נפש שבשליטת המדינה, בתי חולים אשר סבלו מקיצוץ בתקציב, מעלייה בצפיפות ומירידה באיכות כוח-האדם. בשנת 1937, כחלק מן המאמץ להכשיר את הקרקע, פורסם בבטאון ה-SS, Das Schwarze Korps, מכתב התובע חקיקת חוק המתיר הריגתם של ילדים חולי נפש בהסכמת הוריהם כדי "לעזור לטבע לעשות את שלו", וכן כי "המכבה את אור חייו" של ילד חולה נפש אינו גוזל ממנו דבר. בחודש מאי 1939 הוקם הארגון הרפואי "ועדת הרייך לרישום מדעי של סבל חמור תורשתי ומולד" (Reichsausschuss zur Wissenschaftlichen Erfassung erb- und Anlagebedinger Schwere Leiden), אשר במסגרתו הומתו למעלה מ-5,000 ילדים באמצעות זריקות קטלניות. באוגוסט 1939 בוצע אומדן רפואי של הזכאים לטיפול זה בפגישה בלשכת הקנצלר. האומדן עמד על כ-60,000 חולים. לצורך ביצוע התוכנית הוקמה אדמיניסטרציה, אשר כללה גם מערך פיננסי, מערך לוגיסטי ומערך הסעות. ההמתה נעשתה בבית ברחוב Tiergarten מס' 4 בברלין, ומכאן מקור שם המבצע T-4. הצוותים הרפואיים של בתי החולים לחולי נפש בחרו בעצמם את החולים שישתתפו במבצע T-4. זהו שמות החולים שנבחרו סומנו בצלב בצבע אדום ושמות

לחץ ציבורי פנים-גרמני ובשל בעיות לוגיסטיקה³⁷. בתום מלחמת העולם השנייה נערך המשפט הרפואי בנירנברג, בו נחשפו פרטים אלה בהיסטוריה האנושית, ובאוגוסט 1947 הורשעו הרופאים³⁸. אירוע טראומטי זה הותיר את חותמו בחלק ניכר משיטות המשפט המערביות, ובהן ישראל, אשר קבעו כנקודת מוצא את חזקת הרצון לחיות³⁹.

2.2. ביצוע ההמתה

המתת חולה סופני בישראל נעשית בשלושה שלבים מרכזיים. השלב המקדמי הוא שלב קביעת מצבו הרפואי כ"חולה הנוטה למות", לאחר מכן שלב הביניים הוא שלב בירור רצונו של החולה ולבסוף שלב ביצוע ההמתה בפועל⁴⁰.

השלב המקדמי הוא שלב דיאגנוסטי של קביעת המצב הרפואי בהתאם לפרמטרים כלליים שנקבעו בחוק⁴¹. נקודת המוצא היא בעיה רפואית, אשר הרפואה המודרנית טרם מצאה מרפא לה ("בעיה רפואית חשוכת מרפא"⁴²). בשלב זה נדרש הרופא האחראי⁴³ להעריך הסתברותית את תוחלת חייו של החולה לאור הטיפול הרפואי

החולים שעל חייהם חסו סומנו בסימן מינוס בצבע כחול. מעשי ההמתה נעשו ברובם באמצעות שימוש בגאז פחמן חד-חמצני (חד-תחמוצת הפחמן, CO) בידי רופאים וללא כפיית הרופאים לעשות כן. מצב זה נמשך עד לחודש אוגוסט 1941. באשר להיקף הסגל הרפואי שהיה מעורב במבצע T-4, ראו:

BERT HONOLKA, DIE KREUZELSCHREIBER. ÄRZTE OHNE GEWISSEN: EUTHANASIE IM DRITTEN REICH 35 (1961).

37 Ernst Klee, EUTHANASIAE IM NS-STAAT (1983); כרמי, לעיל ה"ש 19, בע"מ 1454-1452 וכן R. Lifton, *Medicalized Killings in Auschwitz*, 45 PSYCHIATRY 283 (1982). מבצע T-4 הופסק בחודש אוגוסט 1941. בחודש זה התברר שמספר החולים שקיבלו את ה"טיפול" עלה על מספר היעד והאומדן.

38 כרמי, לעיל ה"ש 19, בע"מ 1454.

39 שם, בע"מ 1469-1480. לארצות-הברית ראו:

Ronald P. Kaplan, *Euthanasia Legislation: A Survey and A Model Act*, 2 AMERICAN JOURNAL OF LAW & MEDICINE 41 (1976); Miriam Piven Cotler, *The "Do Not Resuscitate" Order: Clinical and Ethical Rationale and Implications*, 19 MEDICINE AND LAW 623 (2000).

באנגליה ראו:

J. Keown, *Euthanasia in England: Courts, Committees and Consistency*, 16 MED. LAW 805 (1997); T. Hope and A. Slowther, *Clinical Ethics Committees in the United Kingdom*, 178 BULL. MED. ETH. 13 (2002).

40 ראו לעניין זה את הדמיון בין השלבים המחייבים בחוק הישראלי לבין הטיוטה האנגלית שהוצגה לבית הלורדים: Assisted Dying for the Terminally Ill Bill [H.L.] 2004, במסגרת הוראות סימנים 1-8 בה.

41 הפרמטרים הכלליים נקבעו בהוראות סעיף 8 לחוק החולה הנוטה למות ביחס לשתי חלופות מרכזיות. החלופה האחת היא של בעיה רפואית חשוכת מרפא, אשר תוחלת חייו הצפויה של החולה כתוצאה מבעיה רפואית זו אינה עולה על ששה חודשים. החלופה השנייה מתייחס לכשל מערכות חיוניות בגוף החולה, המוביל לתוחלת חיים צפויה כתוצאה מכשל זה של פחות משבועיים ימים.

42 נוסח זה מוגדר בחלופת ס"ק 8(א) לחוק, הקובעת, כי

"רופא אחראי מוסמך לקבוע כי מטופל הוא חולה הנוטה למות, אם נוכח כי המטופל סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם ייתנו לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים".

43 ראו לעיל ה"ש 24.

המודרני המוכר. אם תוחלת חיים זו מוערכת בתקופה הנמוכה מששה חודשים, הרי שהחולה נכנס לגדר "חולה הנוטה למות". הרופא האחראי נדרש להיוועץ רפואית ברופאים מומחים לבעיה חשוכת המרפא ממנה סובל החולה ועם רופאו האישי⁴⁴ של החולה, עד כמה שניתן⁴⁵.

אם המטופל אינו סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא, עדיין רשאי הרופא האחראי לקבוע שהוא חולה הנוטה למות, וזאת במקרה בו תוחלת חייו מוערכת הסתברותית בתקופה הנמוכה משבועיים ימים בשל קריסתן של מספר מערכות חיוניות בגופו, אף ללא קשר לבעיה רפואית חשוכת מרפא, כאמור⁴⁶. ברי, כי החוק אינו נותן מענה לחולים סופניים, החולים בסרטן או בתסמונת הכשל החיסוני (איידס), המצויים במצב ווגטטיבי ("צמח"), ואשר לא ניתן להעריך את תוחלת חייהם הצפויה.

עם קביעת מצבו הרפואי של המטופל כ"חולה נוטה למות" מסתיים השלב המקדמי ומתחיל שלב הביניים המתייחס לבירור רצונו של החולה הנוטה למות. שלב הביניים מיישם את חזקת הרצון לחיות או את סתירתה, לפי העניין, כפי שנדונו לעיל⁴⁷. כך, ניתן להתייחס להבעה המפורשת של רצון החולה, אם הוא בעל כשרות, להוראות הרפואיות המקדימות, לייפויי הכוח ולדרכים האחרות שנסקרו לעיל.

במסגרת שלב הביניים חלות על הרופא האחראי שלוש חובות מצטברות: חובת יידוע על הכוונה לפעול בעניינו של החולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות⁴⁸, חובת דיון ותייעוד ביחס לקבלת החלטה⁴⁹ וחובה לשקול מחדש את מצבו הרפואי ורצונו

44 הוראות סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למות מגדירות "רופא אישי" כ"רופא, שיש לו היכרות קרובה עם המטופל, רצונותיו ועמדותיו ביחס לטיפול הרפואי בו, בין אם הוא רופא משפחה של המטופל או רופא המרכז את הטיפול במטופל בקהילה או במוסד הרפואי".

45 הוראות ס"ק 8(ג) לחוק מסייגות את ההיוועצות ברופאו האישי של החולה הנוטה למות במלים "במידת האפשר". כך, אם אין מתאפשר היוועצות עם הרופא האישי, הרי שאין בכך כדי לפסול את ההליך או להניח צו קטגורי לעשות כן.

46 חלופה זו מעוגנת בהוראות ס"ק 8(ב) לחוק החולה הנוטה למות ואין היא מותנית ב"בעיה רפואית חשוכת מרפא" כחלופה הקבועה בס"ק 8(א), אלא בקריסת מערכות חיוניות בגופו של החולה. כך, למשל, אדם בריא, אשר עבר תאונת דרכים ומגיע בשל כך לאשפוז בבית החולים, וההבחנה לגביו היא כשל מערכות חיוניות ייכנס להגדרת ס"ק 8(ב) הנ"ל, למרות שמעולם לא סבל מבעיה בריאותית חשוכת מרפא.

47 לעיל בפסקה 2.1.

48 כמתחייב מהוראות סעיף 10 לחוק החולה הנוטה למות. חובת היידוע מתייחסת למיפוח הכוח, לאדם הקרוב, לאפטרופוס של המטופל או לכל מי שדעתו נדרשת לפי חוק לצורך קבלת החלטה בעניינו של המטופל. תוכנה של חובת היידוע מתייחס לכוונת הרופא האחראי לפעול במסגרת הוראות חוק החולה הנוטה למות במקרה ומדובר בחולה שאינו בעל כשרות, ובפרט ביחס לכוונה אפשרית שלא לאפשר את הארכת חייו באמצעות טיפול רפואי, המכוון לטיפול בבעיה הרפואית, אשר בעטייה המטופל הוגדר כחולה הנוטה למות. בעניין זה קובעות הוראות ס"ק 10(ג) לחוק החרגה מפורשת של כל הוראות הגנת הפרטיות והחיסיון הרפואי, המתייחסות להעברת מידע רפואי לכל אדם זולת המטופל עצמו.

49 בהתאם להוראות סעיף 11 לחוק החולה הנוטה למות מוטלת על הרופא האחראי חובת קיום דיון (וככל הנראה גם חובת ארגונו של הדיון וניהולו) עם הרופאים המטפלים בחולה הנוטה

של החולה הנוטה למות עובר לשלב ביצוע ההמתה כדי לאפשר עדכון ההחלטה הרפואית לגבי המטופל⁵⁰.

ככלל, בשלב הביניים עשוי המטופל שנכנס לגדר "חולה הנוטה למות" לבחור⁵¹ באחת משתי דרכי טיפול. האחת היא לבחור בטיפול רפואי מאריך חיים והאחרת היא בהימנעות מטיפול כזה. ביחס לדרך הטיפול הראשונה, לא קיבל חוק החולה הנוטה למות את התפישה לפיה אין להושיט למטופל טיפול רפואי עקר ("Futile Treatment", "Un-indicated Treatment"). עם זאת, לא דחה המחוקק תפישה זו במלואה, שכן אין החוק מטיל כל חובה להעניק טיפולים חריגים, אשר אינם צפויים להאריך את חייו של החולה הנוטה למות או שצפוי מטיפולים אלה "נזק משמעותי" לחולה הנוטה למות או לזולתו⁵². כך, למשל, אין חובה להשתמש בתכשיר אנטיביוטי מדור חדש, ללא הצדקה רפואית, אשר השימוש בו עלול להוביל לפיתוח זנים עמידים לתכשיר⁵³. באשר לנזק לזולת כתוצאה מן הטיפול מאריך החיים, מדגימה הצעת החוק את הדברים באמצעות העדפת מקום במחלקה לטיפול נמרץ, המשמש את החולה הנוטה למות, ואשר לדעת מחברי ההצעה, אמור להתפנות לטובת "מתן טיפול הולם לחולה אחר שסיכוייו להחלים גבוהים"⁵⁴.

הדרך האחרת, כאמור, היא בחירה⁵⁵ בהימנעות מטיפול מאריך חיים. הבחירה בדרך זו גוררת כניסה לשלב השלישי והסופי עבור החולה הנוטה למות - שלב ההמתה בפועל. בעניין זה מבחין החוק בשני סוגי טיפולים רפואיים. הסוג האחד מוגדר כ"טיפול נלווה"⁵⁶, כלומר טיפול רפואי אשר אין לו קשר ישיר לבעיה

למות וזולתו. את הדיון יש לתעד ברשומות הרפואיות של המטופל, לרבות את מהלך הדיון ואת ההחלטה שהתקבלה במסגרת דיון זה.

50 החובה לשקול מחדש, או חובת ההערכה החוזרת, מוטלת על הרופא האחראי מכוח הוראות סעיף 12 לחוק. בהתאם להוראות אלה, כל שינוי בכשרותו, במצבו הרפואי או ברצונו של החולה הנוטה למות (ביחס להמשך הטיפול בו ואופי הטיפול בו) מחייב את הרופא האחראי לשוב ולהחליט בעניין אופיו של הטיפול הרפואי במטופל זה.

51 המדובר הוא לא רק בבחירה מודעת ועצמאית של המטופל אלא גם בבחירה "קונסטרוקטיבית" שלו, בהתאם לאפשרויות סעיף 5 לחוק החולה הנוטה למות ולאפשרויות אחרות, אשר נסקרו בפסקה 2.1 לעיל.

52 בהתאם להוראות סעיף 13 לחוק החולה הנוטה למות. דברי ההסבר לסעיף 7 להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בע"מ 459, בהחירו כי מדובר בעקרון מנחה בדמות "ביטול חלקי" של תפישת אי הענקת טיפולים רפואיים עקרים למטופלים. חלקיות הביטול מוצאת ביטוייה בהעדפת הענקתם של טיפולים רפואיים דחופים למטופלים שאינם חולים נוטים למות, על-פני הענקתם לחולים נוטים למות, אשר אין סיכויים גבוהים להחלמתם כתוצאה מטיפול רפואי זה.

53 בדוגמה זו משתמשת הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בע"מ 459.

54 שם, שם.

55 לעיל ה"ש 51.

56 הגדרת "טיפול נלווה" נקבעה בהוראות ס"ק 16(ב)1 לחוק החולה הנוטה למות והיא כוללת

"טיפול רפואי בחולה הנוטה למות, שאינו קשור כלל לבעייתו הרפואית חשובת המרפא, לרבות טיפולים שגרתיים הנחוצים לטיפול במחלות בו-זמניות או במחלות רקע וטיפול מקל, וכן מתן מזון ונוזלים אפילו באמצעים מלאכותיים".

הרפואית אשר בגינה הוגדר המטופל כחולה הנוטה למות⁵⁷. המדובר הוא במתן אמצעי המחייבה הבסיסיים (מזון ונוזלים) בדרכים טבעיות או מלאכותיות, בטיפול מקל (פליאטיבי)⁵⁸ ובטיפולים בבעיות רפואיות אחרות, לרבות מחלות רקע. ביחס לסוג זה של טיפולים רפואיים קבע המחוקק באופן קטגורי כי לא ניתן להפסיק טיפול נלווה בחולה הנוטה למות⁵⁹. בעניין זה אין מחלוקת כי הפסקת הטיפול הנלווה מהווה גם עבירה פלילית של שידול או סיוע להתאבדות⁶⁰, לכל הפחות, אם לא עבירת המתה חמורה יותר⁶¹. הרציונל המרכזי שבחיוב קטגורי זה הוא כי "הפגיעה בכבוד האדם הכרוכה במותו מרעב או מצמא גוברת על הפגיעה באי-מילוי רצונו המוקדם"⁶² וכי "אין זה ראוי לאפשר לאדם למות ברעב, בצמא או עקב העדר טיפול שגרתי בבעיה רפואית שאינה חשוכת מרפא"⁶³. בעניין זה יש להדגיש, כי ביחס לחולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות יש להעניק את הטיפול הנלווה בכפייה⁶⁴, בכפוף לחריגים⁶⁵, בעוד ביחס לחולה כאמור בעל כשרות יש לעשות מאמץ סביר כדי לשכנעו לקבל את הטיפול הנלווה⁶⁶.

57 בין אם מדובר ב"בעיה רפואית חשוכת מרפא" כהגדרת הוראות ס"ק 8(א) לחוק החולה הנוטה למות ובין אם מדובר בחלופת קריסת המערכות החיוניות כהגדרת הוראות ס"ק 8(ב) לחוק.

58 ההוראות בדבר מתן טיפול רפואי מקל (פליאטיבי) נקבעו במסגרת סעיף 23 לחוק החולה הנוטה למות. ככלל, מתן טיפול רפואי מקל כפוף, על-פי החוק, גם להסדר ולנוהג במערכת הבריאות בישראל ואינו מוכרע אך ורק על-בסיס השיקולים ביחס לחולים נוטים למות באופן ייחודי.

59 הוראות ס"ק 16(ב)(2) לחוק החולה הנוטה למות קובעות באופן קטגורי, כי "אין להימנע מטיפול נלווה בחולה הנוטה למות כאמור בסעיף קטן (א), והכל אף אם רצונו של החולה כפי שנקבע לפי סעיף 5(ב) או (ג) הוא להימנע מקבלת טיפול כאמור".

60 לעיל ה"ש 5. בדברי ההסבר להצעת החוק ביחס לסעיפים 11-8 להצעה, לעיל ה"ש 2, בע"מ 460, הובהר, כי "יש לראות בהימנעות מטיפול רפואי במחלות שגרתיות שאינן קשורות לבעיית הרפואית חשוכת המרפא או בהימנעות ממתן מזון ושתייה, משום סיוע להתאבדות" (ההדגשה אינה במקור). כן ראו בעניין זה את סדר העדיפויות שהוכתב על-ידי המחוקק בהוראות סעיף 13 לחוק החולה הנוטה למות, על פיו יש להעדיף טיפול מאריך חיים בהתאם לרצונו של החולה הנוטה למות, בכפוף להתניות שם.

61 עבירת השידול או הסיוע להתאבדות מהווה אך עבירת המתה אחת מתוך עבירות המתה המוכרות במסגרת הוראות סימן א לפרק י לחוק העונשין, ובהן עבירת ההריגה (סעיף 298 לחוק העונשין), המתייחסת להמתת אדם גם בדרך של מחדל, כמו גם עבירת הרצח בכוונה תחילה (ס"ק 300(א)(2) לחוק העונשין), אשר ניתן לעובריה גם בדרך של מחדל. במקרה בו גרם אדם (לרבות הרופא האחראי) למותו של המטופל מתוך מודעות למחדלו, לנסיבות העניין ולאפשרות שהמוות ייגרם כתוצאה מן המחדל וכן מתוך פזיזות, הרי שניתן יהיה להאשימו בהריגה. אם התכוון לגרום למוות באמצעות מחדלו, אזי מדובר ברצח בכוונה תחילה. הסכמת המנוח אינה מעלה ואינה מורידה. לעניין זה, ראו:

Gabriel Hallevy, *Victim's Complicity in Criminal Law*, 2 INTERNATIONAL JOURNAL OF PUNISHMENT AND SENTENCING 72 (2006).

62 ראו: דברי ההסבר להצעת חוק החולה הנוטה למות, לעיל ה"ש 2, בע"מ 460.

63 שם, שם.

64 ראו בעניין זה את הוראות ס"ק 16(ב)(2) לחוק החולה הנוטה למות, לעיל ה"ש 59.

65 חריגים לכלל זה של טיפול נלווה בכפייה נקבעו בהוראות סעיף 17 לחוק החולה הנוטה למות והן מתייחסות לחולה נוטה למות בשלב סופי שאינו בעל כשרות אשר נסתרה לגבי חזקת הרצון לחיות והוא סובל סבל משמעותי. חריג זה נקבע במסגרת אותו סעיף סייג בדמות מתן נוזלים, אף בדרך מלאכותית, אלא אם מתן הנוזלים בדרך זו גורם לנוק או סבל למטופל בהתאם לקביעת הרופא האחראי.

66 בהתאם להוראות ס"ק 15(ב), המטילות על ה"מטפלים" (ולא רק על הרופא האחראי) חובה בעשות עשיית מאמץ סביר לשכנע את החולה הנוטה למות לקבל חמצן, מזון ונוזלים, באופן

הסוג השני של טיפולים רפואיים הוא טיפולים שאינם נלווים אלא טיפולים בעלי קשר ישיר לטיפול בבעיה הרפואית אשר בעטיה הוגדר המטופל כחולה הנוטה למות.⁶⁷ בעניין זה קובעות הוראות החוק, כי "יש לכבד את רצונו ולהימנע מטיפול רפואי בו" – בין ביחס לחולה נוטה למות בעל כשרות בין שאינו בעל כשרות.⁶⁸ במצב זה ימשיך הצוות הרפואי להעניק את הטיפול הנלווה, כאמור, אך לא ימשיך להעניק למטופל טיפול רפואי ביחס לבעיה הספציפית שבעטיה הוא חולה הנוטה למות. מרגע זה מתבצע שלב ההמתה בדרך בה יגווע המטופל לאיטו, בפיקוח הצוות הרפואי, עד לקביעת מותו. בכך אימץ המחוקק הישראלי את קווי הפעולה להמתת חסד כפי המקובל בשיטות המשפט הקונטיננטליות,⁶⁹ בארצות-הברית⁷⁰ ובקנדה,⁷¹ וזאת בניגוד למיעוטן של שיטות משפט המכירות גם בהמתת חסד אקטיבית⁷² ובניגוד לשיטות משפט רבות שאינן מכירות כלל באפשרות של המתת חסד מכל סוג שהוא.⁷³

בישראל הוצעה⁷⁴ דרך נוספת לביצועה בפועל של המתת חסד. דרך זו כוללת את העברת המטופל ממכונת הנשמה רגילה למכונה מסוג "פארפק" המצויה בניידות טיפול נמרץ, באמבולנסים ובבתי-החולים. מכונה זו אינה מונעת בכוח חשמלי, אלא על-ידי לחץ האוויר הדחוס במיכל החמצן. אם מיכל החמצן אינו

טבעי או באופן מלאכותי, וכן לקבל טיפולים שגרתיים, הנחוצים לטיפול במחלות בר-זמניות או במחלות רקע וטיפול מקל.

67 ראו לעיל הי"ש 57.

68 כפי שמובחנות הוראות ס"ק 16(א) מהוראות ס"ק 15(א) ביחס להיותו של החולה הנוטה למות בעל כשרות אם לאו.

69 ראו בעניין זה אצל כרמי, לעיל הי"ש 19, בע"מ 1466-1468, המאזכר את החלטת האסיפה הפרלמנטרית של מועצת אירופה בדבר אימוץ ההמלצה מס' 1418 משנת 1999 במושב העשרים וארבעה מיום 25 ביוני 1999, וכן:

CARLOS. GOMEZ, REGULATING DEATH: EUTHANASIA AND THE CASE OF THE NETHERLANDS (New York, 1991); H.J.J. Leenen, *Dying with Dignity: Developments in the Field of Euthanasia in The Netherlands*, 8 MED. LAW 517 (1989); L. Deliens, F. Morier, J. Bilsen, M. Cosyns, R. V. Stichele, J. Vanoverloop, K. Ingels, *End-of-Life Decisions in Medical Practice in Flanders, Belgium: A Nationwide Survey*, 356 LANCET 1806 (25.11.2000); E. Deutsch, *Euthanasia: A German View*, in EUTHANASIA 91 (A. Carmi ed., 1984)

70 כרמי, לעיל הי"ש 19, בע"מ 1477-1468, וכן:

Steven J. Wolhandler, *Voluntary Active Euthanasia for the Terminally Ill and the Constitutional Right to Privacy*, 69 CORNELL L. REV. 363 (1983-84); Harold L. Hirsh & Richard E. Donovan, *The 267 (1976-77); Right to Die: Medico-Legal Implications of In Re Quinlan*, 30 RUTGERS L. REV. Susan M. Allan, *No-Code Orders vs. Resuscitation: The Decision to Withhold Life-Prolonging Treatment from the Terminally Ill*, 26 WAYNE L. REV. 139 (1979-80).

71 כרמי, לעיל הי"ש 19, בע"מ 1477, וכן: *Rodrigues v. British Columbia (Attorney General)*, Health Care Consent Act, 1966 (1993) 3 S.C.R. 519.

72 כרמי, לעיל הי"ש 19, בע"מ 1480, וכן:

Peicheng Hu, *The Acceptability of Active Euthanasia in China*, 12 MED. LAW 47 (1993)

73 ראו, לדוגמה, בדרום אפריקה: *S. v. Hartmann*, (1975) S.A.L.R. 532 וכן אצל כרמי, לעיל הי"ש 19, בע"מ 1478-1479.

74 יחיאל בר אילן "חולים סופניים: הדרך הקלה והחוקית להפסיק חיים". **Ynet בריאות** 7.2.2007 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3361238,00.html

מוחלף במועד, מכונת הפאראפק מפסיקה לדחוס חמצן או אוויר לריאות. במצב זה, מאחר שהמטופל אינו מסוגל לשאוף את האוויר בכוחות עצמו, הוא ייחנק תוך זמן לא רב. הקלת סבלו תתאפשר על-ידי מתן סמי הרגעה. עם זאת, חשוב לציין, כי מוות בחנק עלול להיות ממושך, כרוך בסבל ומלווה בניוול, כדוגמת הפרשות המציפות את הריאות. לאמתו של דבר, כלל לא ברורה חוקיות מעשה זה לאור הוראות ס"ק 16(ב)(2) לחוק, מאחר שהנשמה מהווה את אחד מאמצעי המחיה הבסיסיים אשר לא ניתן להפסיקם.⁷⁵

כך, במסגרת זו עשוי לעלות גם הפתרון לשאלת דינו של הצוות הרפואי, אשר מנע בעד המטופל מלאבד עצמו לדעת. שכן, כאמור, על הצוות הרפואי להמשיך במתן טיפול רפואי נלווה, למעט טיפול רפואי ביחס לבעיה הספציפית שבגינה המטופל הוגדר כחולה הנוטה למות.

3. האחריות הפלילית למותו של החולה הנוטה למות

3.1. האחריות הפלילית של הרופא האחראי

לכאורה ניתן היה להניח, כי אם בוצעה המתת חסד מותרת, כפי שתוארה לעיל, אין מקום להטלת אחריות פלילית על מי מן המעורבים בביצועה, אולם אין הדבר כך בהכרח. הסיבה המרכזית למצב משפטי זה נעוצה בהחרגות מפורשות, הקבועות בהוראות חוק החולה הנוטה למות, מפני פטור מאחריות פלילית. הוראות סעיף 20 לחוק החולה נוטה למות קובעות, כי "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, שיש בה **סיוע להתאבדות**, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה בין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר בין שלא"⁷⁶. הוראות אלה קובעות, למעשה, כי אין בחוק החולה הנוטה למות משום מתן הכשר משפטי לביצועה של עבירת הסיוע להתאבדות וכי הוראות חוק החולה הנוטה למות נסוגות מפני דיני העונשין בהקשר ספציפי זה. הוראות סעיף 19 לחוק החולה הנוטה למות הן רחבות אף יותר ומתייחסות לכל גרימת מוות שבמעשה, אף אם המעשה מהווה, כשלעצמו, טיפול רפואי⁷⁷. הוראות סעיף 21 משלימות את הקורלציה של חוק החולה הנוטה למות למשפט הפלילי באמצעות ההבהרה, כי גם מחדל (התנהגות פאסיבית) ביחס לטיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות

75 ראו לעיל ה"ש 59.

76 ההדגשה אינה במקור.

77 הוראות סעיף 19 לחוק החולה הנוטה למות קובעות כדלהלן:

"אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא".

עשוי להוות בסיס לאחריות פלילית⁷⁸. הנה כי כן, חוק החולה הנוטה למות מסייג את תחולתו באופן עצמאי מפני תחולת דיני העונשין בנקודות הספציפיות דלעיל של עבירות ההמתה הרלוונטיות.

עבירת השידול או הסיוע להתאבדות⁷⁹ לא נולדה במשפט הישראלי יש מאין. עד המאה השש-עשרה התפתחה במשפט המקובל האנגלי עבירת ההתאבדות⁸⁰. עבירה זו נתפשה, ככל הנראה, יותר כרצח-עצמי של המבצע מאשר עבירת המתה נפרדת⁸¹. אמנם כי כן, המבצע, מטבע הדברים, לא היה כשיר לעמוד לדין, אך אחריותו הפלילית היתה בלתי מבוטלת נוכח הסנקציה של העברת כל רכושו לידי הכתר תחת הורשתו ליורשיו וקבורתו בדרך ולא בבית קברות. מדינות רבות במסגרת שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות ביטלו במהלך המאה התשע-עשרה את הסנקציה לגבי המתאבד, ולמעשה גם את עבירת ההתאבדות של המשפט המקובל האנגלי, כך שאין בהן כיום עבירה או סנקציה בגין מעשה התאבדות⁸². במשפט המקובל האנגלי נותרה עבירת ההתאבדות כעבירה תקפה עד לשנת 1961, כפועל יוצא מן הצורך בעבירה עיקרית וראשית כדי להטיל אחריות פלילית על נושאי האחריות הפלילית הנגזרת⁸³ (מנסים להתאבד, משדלים להתאבד, מסייעים להתאבד וכיוצא באלה). בשנת 1961 בוטלה עבירה זו באנגליה על-ידי החוק החרות, Suicide Act, 1961⁸⁴. עבירת הניסיון להתאבדות, אשר המשפט המקובל האנגלי ראה בה כמטילה אחריות פלילית⁸⁵, אינה קיימת עוד במשפט

78 הוראות סעיף 21 לחוק החולה הנוטה למות קובעות כדלהלן:

"אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו; ואולם מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי רציף, שנפסק שלא במכוון או שלא בניגוד להוראות כל דין וכן מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי מחזורי, והכל בכפוף להוראות סימן ג'".

79 לעיל ה"ש 5.

80 Hales v. Petit, 1 Plowd. 253, 75 E.R. 387 (C.B., 1565); Hawkins, 1 P.C. 77; Burnett v. People, 204 Ill. 208, 68 N.E. 505 (1903)

81 William E. Mikell, *Is Suicide Murder?*, 3 COLUM. L. R. 379 (1903)

82 Commonwealth v. Mink, 123 Mass. 422, 25 Am. Rep. 109 (1877); State v. Campbell, 217 Iowa 848, 251 N.W. 717 (1933); State v. Marti, 290 N.W.2d 570 (Iowa, 1980); State v. Fuller, 203 Neb. 233, 278 N.W.2d 756 (1979)

83 ראו בעניין זה את דברי זקן השופטים, Lord Goddard, בעניין French, (1955) 39 Cr. App. R. 192, 193

84 סעיף 1 לחוק החרות, Suicide Act, 1961, c. 60 (Eng.), קובע כי

"The rule of law whereby it is a crime for a person to commit suicide is hereby abrogated".

85 The King v. Mann, [1914] 2 K.B. 107; May v. Pennell, 101 Me. 516, 64 A. 885 (1906); Commonwealth v. Dennis, 105 Mass. 162 (1870).

במקרים מסוימים אף הוגדרה עבירת הניסיון להתאבדות כ"פשע" ("crime"):

State v. La Fayette, 15 N.J.Misc. 115, 188 A. 918 (Ct. Com. Pl., 1937); State v. Willis, 255 N.C. 473, 121 S.E.2d 854 (1961)

האנגלי בפרט⁸⁶ ובשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות בכלל⁸⁷, וכך הוא גם מצב הדברים בישראל משנת 1966⁸⁸.

נוכח ביטולן של עבירות ההתאבדות והניסיון להתאבדות, לא ניתן היה עוד להכיר באחריות הפלילית של המסייע ושל המשדל להתאבדות כאחריות פלילית נגזרת, הנגזרת מן הביצוע העיקרי של ההתאבדות, שכן העבירה העיקרית בוטלה. משום כך עלה הצורך להגדיר את האחריות הפלילית בגין שידול או סיוע להתאבדות כאחריות פלילית עצמאית ונפרדת. החוק החרות האנגלי, Suicide Act, 1961, הגדיר בסעיף 2 את האחריות הפלילית של השותפים העקיפים (Accessories "and Abettors", או "המסייעים והמשדלים") למעשה ההתאבדות כאחריות פלילית עצמאית ונפרדת⁸⁹. ברי, כי מתוך אחריות פלילית עצמאית ונפרדת זו של השותפים העקיפים ניתן לשוב ולגזור גם ניסיון לסיוע להתאבדות או ניסיון לשידול להתאבדות⁹⁰. כך החיל המשפט האנגלי את סעיף 2 הנ"ל כלפי המתת חסד ("Mercy Killing") כעבירה פלילית של קרובי משפחה ושל הצוות הרפואי אשר סייעו לחולה הסופני להתאבד או אשר החישו את מותו⁹¹. תחולה זו של אחריות פלילית אף עמדה במבחן בית הדין האירופי לזכויות האדם שבשטרסבורג, ואושרה⁹². אין במשפט האנגלי כיום כל הגנה משפטית על הרופא האחראי ועל

86 DAVID ORMEROD, SMITH AND HOGAN CRIMINAL LAW 493-497 (11TH ED., 2005)

87 Wallace v. State, 232 Ind. 700, 116 N.E.2d 100 (1953); State v. Campbell, 217 Iowa 848, 251 N.W. 717 (1933).

כן ראו בהוראות סימן 210.5 למהדורת 1985 של הקוד הפלילי לדוגמה בארצות הברית, Model Penal Code, עמ' 91.

88 עבירות ההתאבדות והניסיון להתאבדות בוטלו במסגרת תיקונו של סימן 225 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 263, 316 על-ידי ביטולו של ס"ק 1225(1), ראו: הוראות סעיף 6 לחוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), התשכ"ו-1966, ס"ח 64, 68. הוראות ס"ק 1225(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936 קבעו, כי "כל המנסה להרוג את עצמו יאשם בעוון".

89 סעיף 2 לחוק החרות, Suicide Act, 1961, c. 60 (Eng.), קובע כדלהלן:

"2. Criminal liability for complicity in another's suicide

(1) A person who aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

(2) If on the trial of an indictment for murder or manslaughter it is proved that the accused aided, abetted, counselled or procured the suicide of the person in question, the jury may find him guilty of that offence."

כך, לאור הוראות סעיף 1 לחוק (לעיל ה"ש 84), מהווה האדם, אשר סייע או שידל להתאבדותו של אדם אחר, מבצע עיקרי של עבירה זו (סעיף 2) ואין אחריותו הפלילית נובעת מאחריותו הפלילית של המתאבד. למעשה, מדובר בשימוש בטרמינולוגיה מתחום דיני השותפות לדבר-עבירה בלבד ולא בשימוש בדיני השותפות לדבר-עבירה עצמם בעבירה זו.

90 S, [2005] All E.R. (D) 339.

91 Finlay, [2003] E.W.C.A. Crim. 3868; Kennedy, [2005] E.W.C.A. Crim. 685; R. (On the Application of Pretty) v. D.P.P., [2002] 1 All E.R. 1; Dunbar v. Plant, [1997] 3 W.L.R. 1261

92 .Pretty v. United Kingdom, [2002] 35 E.H.R.R. 1

הצוות הרפואי מפני הטלת אחריות פלילית בגין שידול או סיוע להתאבדות שלחולה סופני הנמצא תחת האחריות הרפואית שלהם⁹³. עם זאת, הוכר כי אם החולה הסופני סירב בתוקף לקבל את הטיפול הרפואי וסירוב זה גרם למותו, לא ייחשב הדבר כשידול או סיוע להתאבדות מצד הרופא האחראי⁹⁴.

בארצות-הברית נקודת המוצא היתה כי אין מדובר בעבירה פלילית עצמאית ונפרדת, אלא בצורה של רצח, או לכל הפחות הריגה⁹⁵. המשפט האמריקאי רואה בכל מעשה הגורם, בדרך ישירה או עקיפה, למותו של אדם, ואשר מתלווה אליו כוונת המתה, כרצח מדרגה ראשונה⁹⁶. כך גם באופן מפורש וברור ביחס לשידול להתאבדות⁹⁷ וביחס לסיוע להתאבדות⁹⁸. אמנם בעבר נשמעו קולות, כי ביטול עבירות ההתאבדות והניסיון להתאבדות מונע הטלת אחריות פלילית בגין שידול או סיוע להתאבדות⁹⁹, אך עמדה זו נדחתה באופן נחרץ בארצות-הברית¹⁰⁰. בחלק

93 R. (On the Application of Burke) v. G.M.C., [2004] EWHC 1879

94 B v NHS Hospital Trust, [2002] 2 All E.R. 449

95 State v. Cobb, 229 Kan. 522, 625 P.2d 1133 (1981); State v. Fuller, 203 Neb. 233, 278

N.W.2d 756 (1979); State v. Sexon, 117 N.M. 113, 869 P.2d 301 (App., 1994); Turner

v. State, 119 Tenn. 663, 108 S.W. 1139 (1908)

96 כרצח מדרגה ראשונה ראו: People v. Lewis, 124 Cal. 551, 57 P. 470 (1899)

Stephenson v. State, 205 Ind. 141, 179 N.E. 633 (1932)

97 McMahan v. State, 168 Ala. 70, 53 So. 89 (1910); Burnett v. People, 204 Ill. 208, 68

N.E. 505 (1903)

וכך גם במשפט המקובל האנגלי: Alison, (1838) 8 C. & P. 418, 173 E.R. 557, שם נדון מקרה,

בו זוג נאהבים בייאושם נטלו רעל כדי להתאבד בצוותא חדא. האשה איבדה עצמה לדעת, בעוד

בן זוגה שרד. בן הזוג הואשם ברצח.

98 People v. Roberts, 211 Mich. 187, 178 N.W. 690 (1920), שם דובר באשה שחלתה במחלה

ממארת וביקשה מבעלה להכין רעל קטלני עבורה. הבעל הכין את הרעל והניחו בהישג ידה.

האשה נטלה את הרעל ונפטרה.

99 State v. Sage, 31 Ohio St.3d 173, 510 N.E.2d 343 (1987); Aven v. State, 102 Tex. 99

Crim. 478, 277 S.W. 1080 (1925); Sanders v. State, 54 Tex. Crim. 101, 112 S.W. 68

Blackburn v. State, 23 Ohio St. 146 (1872); עם זאת ראו: (1908)

100 בעניין State v. Marti, 290 N.W.2d 570 (Iowa, 1980)

"Although the distinction between aiding and abetting suicide and homicide based on the same conduct is somewhat paradoxical, we believe it has merit. The criminal is held to answer for his conduct because it constitutes murder or manslaughter, not because it coincidentally helped someone to die who wanted to die anyway. Our law makes no distinctions as to the identity of the victim in determining culpability for homicide. The only reason we view suicide noncriminal is that we consider inappropriate punishing the suicide victim or attempted suicide victim, not that we are concerned about that person's life any less than others' lives."

עוד ראו בעניין זה: Commonwealth v. Bowen, 13 Mass. 356, 7 Am. Dec. 154 (1816);

Commonwealth v. Hicks, 118 Ky. 637, 82 S.W. 265 (1904); State v. Jones, 86 S.C.

.17, 67 S.E. 160 (1910); People v. Kevorkian, 447 Mich. 436, 527 N.W.2d 714 (1994)

לניתוח השאלה המשפטית ראו: Sue Woolf Brenner, *Undue Influence in the Criminal Law: A Proposed Analysis of the Criminal Offense of "Causing Suicide"*, 47 ALBANY L. REV. 62

(1982-83).

מן החקיקה הפלילית המדינתית בארצות-הברית קיבלו את התפישיה האנגלית, על-פיה מדובר באחריות פלילית עצמאית ונפרדת מיתר עבירות ההמתה¹⁰¹. במקרים אלה, מהווה עבירה פלילית עצמאית ונפרדת זו כמחסום משפטי מפני הטלת אחריות פלילית בגין רצח או הריגה¹⁰². הפללת מעשיהם של המסייעים ושל המשדלים להתאבדות אף עמדה למבחן חוקתי בפני בית המשפט העליון הפדראלי בארצות-הברית, ושם נקבע כי אין כל מניעה חוקתית להפליל התנהגות זו¹⁰³, גם כאשר מדובר בהמתת חסד ("Euthanasia") מצד הצוות הרפואי כלפי חולה סופני, וזאת על אף שהמתת החסד הותרה לפי חוק בדרך אישור סירובו של החולה הסופני להמשך קבלת הטיפול¹⁰⁴. בעניין Sampson נקבע כי זכותו של החולה הסופני לסיים את חייו אינה כוללת גם זכות לרופא האחראי או לצוות הרפואי ליטול בכך כל חלק, ישיר או עקיף. נטילת חלק בכך תביא להטלת אחריות פלילית על הרופא האחראי והצוות הרפואי¹⁰⁵. פסיקה זו אושרה גם במקרים רבים נוספים¹⁰⁶.

במרבית שיטות המשפט הקונטיננטליות קיימת עבירה פלילית עצמאית וספציפית המפלילה את המסייע והמשדל להתאבדות, לרבות הניסיון לבצע זאת (ניסיון לסיוע להתאבדות וניסיון לשידול להתאבדות). הסיבה המרכזית לכך היא כדי שעבירה עצמאית וספציפית זו תשמש מחסום מפני הטלת אחריות פלילית בגין רצח או הריגה. כך, לדוגמה, קובע סימן 216 לקוד הפלילי הגרמני (Strafgesetzbuch, StGB) עונש מאסר לתקופה שבין ששה חודשים לחמש שנים¹⁰⁷ תחת עונש מאסר

State v. Bouse, 199 Or. 676, 264 P.2d 800 (1953); Forden v. Joseph, 34 Cal.3d 429, 194 101 Justine R. Young, לניתוח החקיקה הרלוונטית ראו: Cal. Rptr. 163, 667 P.2d 1176 (1983) *Dead Wrong: The Problems with Assisted Suicide Statutes and Prosecutions*, 6 STAN. L. & POL'Y REV. 123 (1994-95).

State v. Cobb, 229 Kan. 522, 625 P.2d 1133 (1981); People v. Gordon, 32 P.3d 575 102 (Colo. App., 2001).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772 (1997). 103

104 בעניין Vacco v. Quill, 521 U.S. 793, 117 S.Ct. 2293, 138 L.Ed.2d 834 (1997) נקבע כי המדינה (המאשימה, מדינת ניו-יורק) לא הפרה את התיקון הארבעה עשר לחוקה האמריקאית בכך שהפלילה בסיוע להתאבדות מקרה של המתת חסד, בו החולה הסופני סירב לקבל טיפול מאריך חיים, ואשר סירובו מותר ומעוגן בחקיקה פנימית מדינתית.

Sampson v. State, 31 P.3d 88 (Alaska, 2001) 105

106 לדוגמה: People v. Kevorkian, 248 Mich. App. 373, 639 N.W.2d 291 (2001); עוד לעניין

המצב המשפטי בארצות הברית בהקשר ספציפי זה של אחריותו הפלילית של הצוות הרפואי להמתת חסד כסיוע להתאבדות ראו: Yale Kamisar, *Physician-Assisted Suicide: The Problems Presented by the Compelling, Heartwrenching Case*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1121 (1997-98); David Orentlicher, *The Alleged Distinction between Euthanasia and the Withdrawal of Life-Sustaining Treatment: Conceptually Incoherent and Impossible to Maintain*, 1998 U. ILL. L. REV. 837 (1998); Melvin I. Urofsky, *Justifying Assisted Suicide: Comments on the Ongoing Debate*, 14 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 893 (2000); Susan M. Wolf, *Symposium: Physician-Assisted Suicide: Facing Death after Glucksberg and Quill*, 82 MINN. L. REV. 885 (1997-98).

107 הוראות סימן 216 לקוד הפלילי הגרמני קובעות, כי
"Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des
Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs

עולם לרוצח (סימן 108211). סימן 13-223 רישא לקוד הפלילי הצרפתי (Code Pénal) קובע בדומה עונש מאסר לתקופה של שלוש שנים¹⁰⁹ תחת עונש מאסר לתקופה של שלושים שנה לרוצח (סימן 1-110221).

בישראל, כאמור, בוטלו בשנת 1966 עבירות ההתאבדות והניסיון להתאבדות ונותרה תחתן בתוקף עבירת השידול או סיוע להתאבדות, אשר עונשה נקבע לעשרים שנות מאסר תחת מאסר עולם¹¹¹. כיום מוגדרת עבירה זו כעבירה עצמאית ונפרדת במסגרת הוראות סעיף 302 לחוק העונשין, ללא שינוי בנוסחה מאז שנת 1966. עבירה זו כוללת שתי חלופות: חלופת השידול ["המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה"] וחלופת הסיוע ["(או) מסייע אדם להתאבד"]. השאלה המקדמית בפרשנות עבירה זו היא האם יש ליחס משמעות עצמאית ונפרדת למונחים "שידול" ו"מסייע" או שמא יש לשאוב את פרשנותם מהוראות דיני העונשין הכלליים בדבר השידול לדבר-עבירה¹¹² והסיוע לדבר-עבירה¹¹³. נוכח תצורתה של עבירה זו כעבירה המרחיבה את הטלת האחריות הפלילית על השותפים העקיפים לדבר-עבירה (משדל ומסייע) ונוכח השימוש במינוח זהה (גם בתרגום העברי¹¹⁴, גם בנוסח באנגלית וגם בחוק החרות האנגלי¹¹⁵), נראה כי

Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen. (2) Der Versuch ist strafbar".

108 הוראות סיי"ק 1(1)211 לקוד הפלילי הגרמני קובעות, כי

"(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft".

109 הוראות רישא דסימן 13-223 לקוד הפלילי הצרפתי קובעות, כי

"Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de € 45,000 d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide".

110 הוראות סימן 1-221 לקוד הפלילי הצרפתי קובעות, כי

"Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle".

111 בהתאם להוראות סעיף 5 לחוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), התשכ"ו-1966, לעיל ה"ש 88, בע"מ 68. הוראות סיי"ק 2(2)225 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 263, 316 קבעו עובר לתיקון, כי "כל אדם (א) המשדל אדם אחר שיאבד עצמו לדעת; או (ב) מיעץ לאדם אחר לאבד עצמו לדעת ובעצתו הוא מפתהו לכך; או (ג) מסייע לאדם אחר לאבד עצמו לדעת, יאשם בפשע ויהא צפוי למאסר עולם".

112 השידול לדבר-עבירה מוגדר בהוראות סעיף 30 לחוק העונשין כדלהלן: "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה".

113 הסיוע לדבר-עבירה מוגדר בהוראות סעיף 31 לחוק העונשין כדלהלן: "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

114 השוו את נוסח סעיף 302 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 5, עם נוסח השידול והסיוע לדבר-עבירה, לעיל ה"ש 112, 113. כן ראו את נוסח הוראות סיי"ק 3(2)26 לחוק העונשין, כפי נוסחו טרם כניסת לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק, ביחס לטרמינולוגיית השידול לדבר-עבירה ואת הוראות סיי"ק 4(2)26 שם ביחס לטרמינולוגיית הסיוע לדבר-עבירה.

115 גם הנוסח באנגלית של עבירת השידול או סיוע להתאבדות, לעיל ה"ש 89, וגם הוראות החוק החרות Accessories and Abettors Act, 1861, 24 & 25 Vict. c.94, המהווה את דבר החקיקה המרכזי לדיני השותפות לדבר-עבירה במשפט האנגלי, עושים שימוש באותה טרמינולוגיה של "aid, abet, counsel or procure".

פרשנות מונחים אלה שאובה מדיני העונשין הכלליים¹¹⁶.

בהתאם לדיני העונשין הכלליים, חלופת השידול היא תוצאתית¹¹⁷, כלומר מותנית בהתקיימותה של התוצאה הקבועה בהגדרת העבירה ("התאבדות"). כך, כדי להטיל אחריות פלילית בחלופת השידול, נדרשת התקיימותה של התוצאה (ההתאבדות) בפועל. אם לא בוצעה ההתאבדות נוכח אי השתכנעותו של המבצע, לא ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית בגין שידול, אלא אך בגין ניסיון לשידול¹¹⁸, כדרך כל שידול שלא צלח. עם זאת, אם השידול הניב תחילת ביצוע של התאבדות (ברמה של ניסיון להתאבדות לכל הפחות) וההתאבדות לא צלחה מטעמים חיצוניים למנסה להתאבד ושאינם נשלטים על-ידו, הרי שמדובר עדיין בשידול להתאבדות, שכן שידול לניסיון לדבר-עבירה כמוהו כשידול לדבר-עבירה¹¹⁹. בשונה מחלופת השידול, חלופת הסיוע אינה תוצאתית ואינה מותנית בהתקיימותה של תוצאת ההתאבדות בפועל, שכן הסיוע הכללי לדבר-עבירה אינו מותנה בהתרחשותה של תוצאה כלשהי¹²⁰. משום כך, בין אם צלחה ההתאבדות ובוצעה בפועל ובין אם לאו, ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית בגין סיוע להתאבדות. בעניין זה מתייאר גם דיון באפשרות להטיל אחריות פלילית בגין סיוע לניסיון להתאבדות¹²¹, שכן מאחר שהסיוע אינו מותנה בהתרחשות תוצאת ההתאבדות בפועל, אין נפקא מינה אם ההתאבדות בוצעה במלואה בפועל, התקיים ניסיון להתאבדות או לא

116 עוד ראו בעניין זה אצל יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק שלישי 1234 (2006).

117 ראו בעניין זה את פסק-דינה של השופטת ביניש בע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65, 78-79 (2001) (להלן – "עניין אסקין").

118 הניסיון לשידול נקבע כאחריות פלילית נגזרת ענישה במסגרת הוראות סעיף 33 לחוק העונשין, וזאת מבלי להגדירו באופן מדויק. כך, ניתן להניח, כי מדובר בגזירה של הניסיון לדבר-עבירה, כהגדרתו במסגרת הוראות סעיף 25 לחוק העונשין, כשהעבירה המקורית היא השידול לדבר-עבירה, כפי הגדרתו לעיל ה"ש 112. בעניין זה יש להבחין גם בין השידול לניסיון לבין הניסיון לשידול, אשר למרות הקרבה המילולית ביניהם, הרי שיש ביניהם שוני משפטי ממש. השידול לניסיון דינו כדן השידול, שכן די בתחילת ביצוע מטעמו של המשדל כדי שהמשדל יישא באחריות פלילית בגין השידול (חלקו בהתרחשות העבריינית התקיים במלואו), בעוד הניסיון לשידול מתאר מצב בו המשדל כלל לא ניגש לתחילת הביצוע משום שלא שוכנע (או "שודלי") לעשות כן. עונשו הקצוב של המנסה לשדל הוא מחצית מעונשו של המשדל, בעוד עונשו של המשדל לניסיון הוא עונשו של המשדל, משום שמדובר במשדל לדבר-עבירה לכל דבר ועניין. 119 ראו לעיל את ההסבר בה"ש 118. פרופסור פלר התייחס בעקיפין לנקודה זו באשר לשוויון הדינים בין הסיוע לעבירה לבין הסיוע לניסיון, ודומה, כי אין מניעה לגזור גזירה שווה בין הסיוע לבין השידול לדבר-עבירה בהקשר זה. ראו: ש"ז פלר "על זיקה סיבתית, סיוע לדבר עבירה וסיוע להתאבדות" בפרט" עיוני משפט כ 511, 514 (1997). 120 ראו בעניין זה: ע"פ 320/99 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22, 31-32 (2001) (להלן – "עניין פלוגית").

121 ודוק: הסיוע לניסיון לדבר-עבירה והשידול לניסיון לדבר-עבירה – דינם כדן הסיוע לדבר-עבירה והשידול לדבר-עבירה, בהתאמה. במלים אחרות, הסיוע לניסיון והשידול לניסיון לדבר-עבירה הם ענישים באותה מידה כשם שהסיוע והשידול לדבר-עבירה ענישים, בהתאמה. ברי, כי אין לגזור מכך מסקנות לגבי ענישותו של הניסיון לסיוע או הניסיון לשידול לדבר-עבירה.

התקיים דבר. תוצאת ההתאבדות היא חיצונית לחלופת הסיוע. עם זאת, ביחס לשתי החלופות, אם מעשה ההתאבדות נמנע בשל מעשיו של המשדל או המסייע להתאבדות, מכירים דיני העונשין בפטור מאחריות פלילית בשל כך ("פטור עקב חרטה", אף שאין צורך בחרטה)¹²². יש לציין, כי טרם כניסתו לתוקף של הוראות רפורמת תיקון מס' 39 לחוק העונשין ניתנו פרשנויות שונות וסותרות לעבירה זו¹²³, אך עם כניסתו לתוקף של הוראות התיקון הנ"ל, אין לפרשנויות אנאכרוניסטיות אלה מקום עוד¹²⁴.

באשר לדרישת היסוד הנפשי בעבירה זו, הרי שגם היא נגזרת מן השידול והסיוע הכלליים לדבר-עבירה. כך, שתי החלופות טעונות מחשבה פלילית¹²⁵. חלופת השידול מחייבת מודעות להתנהגות (מעשה השידול, השכנוע או העצה), מודעות לנסיבות (המשדל הוא אדם) ומודעות לאפשרות גרימתה של התוצאה (ההתאבדות). בשל היות חלופת השידול מותנית בהתקיימותה בפועל של תוצאה אסורה (התאבדות) יידרש גם רכיב וולטיבי (חפצי) של המחשבה הפלילית ביחס לתוצאה. בשל אופיו התכליתי של השידול¹²⁶, יתבטא הרכיב הוולטיבי ב"כוונה", המהווה את הרכיב הוולטיבי בעל רמת החפץ הגבוהה ביותר, אשר ניתן לייחסה לתוצאות.

חלופת הסיוע, בהיותה בלתי מותנית בהתרחשותה של תוצאה כלשהי, דורשת רכיב נפשי קוגניטיבי (הכרתי) בלבד ביחס לרכיבי היסוד העובדתי בה. כך, נדרשת מודעות להתנהגות (טיב מעשה הסיוע) ולנסיבות (המסתייע הוא אדם). בנוסף, תידרש בחלופת הסיוע להתאבדות מחשבה פלילית מיוחדת ("כוונה מיוחדת")¹²⁷ ביחס למטרת הסיוע (לאפשר את ההתאבדות, להקל עליה, לאבטחה וכיוצא

122 ראו בעניין זה את הוראות ס"ק 34(א) לחוק העונשין (והשוו עם הוראות סעיף 28 לחוק העונשין); דפנה תנניהו "פטור עקב חרטה" **עלי משפט** ג' (1) 145 (2003).

123 ראו, לדוגמא: ע"פ 6568/93 **קרוגולץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(1) 397 (1995) (להלן – "עניין קרוגולץ") וההפניות שם. כן ראו בעניין זה את הביקורת אצל ש"ז פלר "על זיקה סיבתית, סיוע לדבר עבירה וסיוע להתאבדות" בפרטי", לעיל ה"ש 119.

124 אמנם הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין התייחסו לתיקון הוראות החלק הכללי והחלק המקדמי בלבד ולא התייחסו לעבירות הספציפיות, אולם הוראות סעיף 34כג לחוק העונשין מחילות באופן גורף את הוראות החלק הכללי והחלק המקדמי על כלל העבירות הפליליות, אף אם הן קבועות מחוץ לחוק העונשין. כך, בהקשר זה, תוכנם והגדרותיהם של השידול לדבר-עבירה ושל הסיוע לדבר-עבירה שאובים מתוך הדין שעבר את רפורמת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, והם ניתנים לייחוס גם כלפי עבירות ספציפיות, אשר תוכנן והגדרותיהם לא השתנו כלל בעקבות הרפורמה, כהוראות סעיף 302 הנ"ל לחוק העונשין.

125 הוראות סעיף 19 לחוק העונשין קובעות ברירת מחדל נוקשה, לפיה נדרשת מחשבה פלילית לכל עבירה פלילית, אלא אם נקבע מפורשות אחרת, ואזי מדובר בחרגים מסוג של עבירות הרשלנות או בעבירות מן הסוג של אחריות קפידה. המחשבה הפלילית מגלמת באופן מיטבי את עקרון האשם, הרואה ביחס נפשי סובייקטיבי את היסוד הנפשי הראוי לצורך גיבושה של אחריות פלילית.

126 ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך ב 234-236 (1987); עניין **אסקין**, לעיל ה"ש 117 בע"מ 84-81. 127 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 120, בע"מ 35-33.

באלה¹²⁸). בכך מושוות דרישת יסודות חלופות עבירת השידול או הסיוע להתאבדות לדרישות השידול לדבר-עבירה ולדרישות הסיוע לדבר-עבירה בהתאמה, תוך התאמה להוראות דיני העונשין הכלליים בעניין.

עתה נשאלת שאלת אחריותו הפלילית של הרופא האחראי, אשר הוציא אל הפועל המתת חסד "מותרת" לפי הוראות חוק החולה הנוטה למוות, כפי שנסקרו לעיל, ביחס לעבירת השידול או סיוע להתאבדות.

בפרשת **צדוק**¹²⁹ התווה השופט טלגם המנוח, בהתאם לדעתו של השופט חיים כהן¹³⁰, כי מחדל (התנהגות פאסיבית) מצדו של הרופא האחראי (בשונה ממעשה, המהווה התנהגות אקטיבית) אינו עשוי להוות בסיס להטלת אחריות פלילית על הרופא האחראי בשידול או סיוע להתאבדות בגין השתתפותו בהמתת החסד. כך ציין השופט טלגם, כי "השופט חיים כהן... מעמיד את התיזה, שרק מעשה יכול להיחשב כמחיש, ואפס-מעשה אינו נחשב כך. ומשום כך 'שב-ואל-תעשה' מצד רופא – שציווהו על כך החולה – אינו לא בגדר התרשלות פושעת במילוי חובה... ולא סיוע להתאבדות (סעיף 302 לחוק העונשין)"¹³¹. לכאורה, מאחר שהמתת החסד המותרת היא מחדלית-פאסיבית, ומאחר שהמחוקק קבע מפורשות כי אין בחוק החולה הנוטה למוות משום מתן היתר לביצוע מעשה אקטיבי של המתת חסד, הרי שאם פעל הרופא האחראי במסגרת המתת חסד מחדלית-פאסיבית, אין הוא נושא באחריות פלילית. זו היתה גם דעתו של בית המשפט בפרשת **ביבס**¹³².

פרשנות זו מנותקת מדיני העונשין הכלליים בסוגיה זו. המשפט הישראלי הכיר בפועל בהתקיימות הסיוע לדבר-עבירה גם במסגרת של מחדל, כלומר שהסיוע לדבר-עבירה אינו מוגבל אך למעשה אקטיבי מצדו של המסייע, אלא כי הסיוע עשוי אף ללבוש צורה של מחדל¹³³. לאמתו של דבר, יהיה מדויק יותר לציין, כי הסיוע לדבר-עבירה עשוי להיעבר אף באפס-מעשה¹³⁴ (ולא כל שכן במחדל פאסיבי

128 פעולות אלה ואחרות מוגדרות במסגרת הגדרת הסיוע לדבר-עבירה בהוראות סעיף 31 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 113. ודוק: מטרת הסיוע לדבר-עבירה אינה כי עבירת אובייקט הגזירה אכן תתבצע בידי המבצע העיקרי, אלא מטרת הסיוע היא לסייע בכל אחת מן הדרכים שהוכרו בחוק כמהוות סיוע לדבר-עבירה, לרבות דרכי הסיוע דלעיל.

129 ה"פ (מחוזי ת"א) 759/92 **צדוק נ' בית האלה בע"מ**, פ"מ התשנ"ב (2) 485 (1992) (להלן – "עניין צדוק").

130 כפי שמצאה את ביטוייה בהקדמה לספר יצחק חושן **החופש למוות בכבוד** 9 (1992).

131 עניין **צדוק**, לעיל ה"ש 129, בע"מ 499.

132 ה"פ (מחוזי ת"א) 528/96 **ביבס נ' עיריית תל-אביב-יפו** (לא פורסם, 3.4.1997) (להלן – "עניין ביבס").

133 ע"פ 3626/01 **ויצמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 187 (2002) (להלן – "עניין ויצמן").

134 פלר, לעיל ה"ש 126, בע"מ 241-246. שם מציין המחבר בע"מ 241, כי "המחדל כהתנהגות מסייעת לדבר עבירה אינו צריך להוות הפרת צו-עשה מקביל בנורמה נפרדת מזו האוסרת על עצם הסיוע, כצורה של שותפות עקיפה לאירוע עברייני רב-משתתפים, שעשויה להתבטא גם בהתנהגות פאסיבית; ובלבד שהתנהגות מסייעת זו תהיה מלווה ביסוד הנפשי הדרוש

או במעשה אקטיבי), כל זמן שאפס-המעשה כפוף לדרישת היסוד הנפשי. כלומר, הרופא האחראי לא עושה דבר כדי לסייע למטופל לסיים את חייו לפי רצונו, אף שלא מוטלת על הרופא האחראי כל חובה לבצע מעשה כדי למנוע את מותו של המטופל. כך, אכן, חוק החולה הנוטה למות, במסגרת המתת חסד מותרת, אינו מטיל כל חובת-עשה על הרופא האחראי למנוע את מותו של המטופל הנוטה למות – ואין מדובר במחדל פלילי של הרופא האחראי, אפוא. עם זאת, קיומה של חובת-עשה מעין זו אינה מעלה ואינה מורידה, שכן זו אינה נדרשת כלל כדי לקיים את היסוד העובדתי בסיוע לדבר-עבירה. הפועל היוצא הוא כי הרופא האחראי חשוף להטלת אחריות פלילית בגין השתתפותו בהמתת חסד "מותרת" על-פי הוראות חוק החולה הנוטה למות, בעבירה של שידול או סיוע להתאבדות (חלופת הסיוע, במקרה זה), שכן איונה של חובת-העשה בחוק החולה הנוטה למות כלל אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה.

לכך מתווסף גם טעם עמוק יותר של עצם ההבחנה בין מעשה לבין מחדל או אפס-מעשה. מחד, דיני העונשין מחילים דין כללי אחיד ביחס למעשה ולמחדל בדרך של ברירת-מחדל¹³⁵. מאידך, קיים קושי מובנה להבחין בין התנהגות "מחדלית" לבין התנהגות במסגרת "מעשה"¹³⁶, לא כל שכן בעניין הספציפי של המתת חסד¹³⁷. ברי, כי רופא אחראי המעודד, בדרך של מעשה אקטיבי או בדרך של מחדל פאסיבי¹³⁸, נכנס לגדר חלופת השידול להתאבדות ונושא באחריות פלילית בגינה בהתאם.

להתהוות סיוע לדבר עבירה, וכמובן שתשתלב, תוך ליווי זה, בביצועה העיקרי הקונקרטי. עיקר ההבחנה בין מחדל לבין אפס-מעשה נעוץ בדרישת הפרת חובת-עשה במקרה של מחדל [כפי הגדרת המחדל במסגרת הוראות ס"ק 18(ג) לחוק העונשין], בעוד אשר אפס-המעשה אינו דורש זאת. על גישה זו נמתחה ביקורת אשר ניסתה לשוות דין אחד למחדל בעבירות המוגדרות לאפס-המעשה שבאחריות הפלילית הנוצרת. ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה, על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" **מחקרי משפט** יז 403 (2002); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל" **עלי משפט** ד 175 (2005). יש לציין, כי בעניין **ויצמן** דלעיל, הוגבלה גישת אפס-המעשה (הגישה לפיה ניתן להטיל אחריות פלילית בגין סיוע לדבר-עבירה בהתקיים יסוד עובדתי מסוג "אפס-מעשה") ולא נתקבלה במלואה.

135 כפי הוראות ס"ק 18 (ב) לחוק העונשין, הגוזרות גזירה שווה למעשה האקטיבי ולמחדל הפאסיבי כברירת-מחדל.

136 להקשר הספציפי של המתה, ראו: ALAN NORRIE, CRIME, REASON AND HISTORY – A CRITICAL INTRODUCTION TO CRIMINAL LAW 123-124 (2nd ed., 2001).

137 כך, לדוגמה, ראו את פרי הפרשנות ביחס לניתוק החולה הסופני ממכונות ההחייאה בעניין **ביבס**, לעיל ה"ש 132, בע"מ 9 לפסק-הדין. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה סברה, כי "ניתוק מהמכונה בכל מקרה הוא מעשה אקטיבי שיש בו משום סיוע להתאבדות, עבירה על סעיף 302 לחוק העונשין". לעומתה סבר בית המשפט ביחס לאותה התרחשות עובדתית בדיוק, כי "נראה לי ניתוק ממכשיר הנשמה של חולה סופני, אינו יכול להוות עבירה של סיוע להתאבדות...".

138 השידול לדבר-עבירה עשוי למצוא ביטויו לא רק במסגרת מעשה שידול אקטיבי, אלא גם באפס-מעשה, ראו: פלר, לעיל ה"ש 126, בעמ' 229-231, שם מציין המחבר, כי "אין מקום להוציא מכלל אפשרות להפעיל השפעה על אדם גם בהתנהגות פאסיבית, באי עשייה, כדי להביאו לידי קבלת החלטה לבצע עבירה מסוימת". כן ראו בעניין זה: בועז סגיו "שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי?" **משפטים** טז 482 (1986), שם מתייחס המחבר למחדל במובן הצר שלו כהפרת חובת-עשה.

הדברים אמורים ביתר-שאת בהתקיים הוראות החרגה מפורשות בחוק החולה הנוטה למות המבכרות את תחולת דיני העונשין. כך, כאשר קובעות הוראות סעיף 20 לחוק החולה הנוטה למות כי אין בהוראות החוק כדי להכשיר מעשי סיוע להתאבדות, משמעות הדברים היא כי החוק מקבל את ההפלה שבעבירת השידול או סיוע להתאבדות, כפי פרשנותה במסגרת דיני העונשין, גם כאשר המסגרת העובדתית הכוללת היא של המתת חסד. ודוק: כאשר ביצע הרופא האחראי המתת חסד שאינה מותרת בהוראות חוק החולה הנוטה למות (המתה אקטיבית, הימנעות מטיפול במחלה שגרתית שאינה סופנית או ממארת, הפסקת טיפול רפואי רציף וכיוצא באלה), ייתכן כי ניתן יהיה להטיל עליו אחריות פלילית בגין עבירות ההמתה הכלליות, וזאת בהתאם ליסוד הנפשי שהתקיים בו: **רצח בכוונה תחילה**, אם לא קדמה בינו לבין המטופל התגרות, הרופא קיבל החלטה להמית את המטופל ואף ביצע הכנה לכך¹³⁹; או **הריגה**, אם היסוד הנפשי שהתקיים בו כלל גם תקווה שהמטופל יחיה ולא יומת, אך הרופא האחראי נטל סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת המוות, או שהרופא האחראי היה אדיש למוותו של המטופל הנוטה למות¹⁴⁰.

כך, מבחינת היסודות הפוזיטיביים של הטלת האחריות הפלילית, אין מניעה להטיל אחריות פלילית בגין שידול או סיוע להתאבדות על הרופא האחראי שהשתתף בביצועה של המתת חסד, על-פי הוראות חוק החולה הנוטה למות. ברי, כי רופא אחראי שפעל בניגוד להוראות חוק החולה הנוטה למות עשוי לשאת באחריות פלילית בשל רצח בכוונה תחילה או הריגה, בהתאם למידת החפץ שלו בתוצאה (מותו של המטופל)¹⁴¹. לפיכך, פטור מאחריות פלילית לרופא האחראי עשוי יהיה להישקל אך במסגרת היסודות הנגטיביים של הטלת האחריות הפלילית, כפי שיידונו להלן¹⁴².

3.2. אחריותו הפלילית של הצוות הרפואי הנלווה

במסגרת ארגונה המודרני של הרפואה המוסדית, נראה כי לא רבים הסיכויים שהצוות הרפואי המטפל בחולים סופניים יכול אך את הרופא האחראי. טיפולו של הרופא האחראי בחולים סופניים, ובחולים בכלל, נשען על פעילותו של הצוות הרפואי הנלווה במובן הרחב. צוות רפואי זה כולל, בין היתר, גם את הצוות

139 זאת כפי הגדרת "כוונה תחילה" שבסעיף 301 לחוק העונשין, המתייחסת לדרישה שבחלופת הרצח בכוונה תחילה שבהוראות ס"ק 300(א)(2) לחוק העונשין. עוד ראו בעניין זה: דני"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 27.11.2006).
140 כפי דרישת הוראות סעיף 298 לחוק העונשין. ראו: ע"פ 8251/05 **מדינת ישראל נ' שלום** (לא פורסם, 3.10.2006); ע"פ 729/06 **רוטקביץ' נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 8.11.2006).
141 ראו לעניין זה את האלטרנטיבה המוצעת אצל פלר, לעיל ה"ש 119, בע"מ 530.
142 להלן בפסקה 4 לרשימה זו.

הסיעודי, האחיות והסניטרים, כמו גם רופאים קולגות שהשתתפו באי-אלו מן השלבים (כיועצים, כמקבלי החלטה במשותף, כמטפלים בתקופות שונות וכיוצא באלה). הגדרת הצוות הרפואי כוללת גם את הגדרת "מטפל" שבסעיף 3 לחוק החולה הנוטה למות ובה "רופא, אח או אחות, עובד סוציאלי ופסיכולוג". הכללה זו תלויה, כמובן, בכך שהיתה להם נגיעה, ישירה או עקיפה, להמתת החסד.

אחריותו הפלילית של הצוות הרפואי הנלווה עשויה להתגבש בשתי דרכים נפרדות. הדרך האחת היא במסגרת אחריות פלילית ישירה¹⁴³. כלומר, במקרים בהם מי מבין אנשי הצוות הרפואי הנלווה ביצע את העבירה הפלילית באופן ישיר, הוא יישא באחריות פלילית באופן ישיר. במקרה זה אין אחריותו של איש הצוות הרפואי הנלווה שונה מאחריותו הפלילית של הרופא האחראי, ויפים הדברים האמורים לעיל ביחס לאחריותו הפלילית של הרופא האחראי גם ביחס לאיש הצוות הרפואי הנלווה. הדרך האחרת היא במסגרת אחריות פלילית נגזרת. כלומר, אחריות פלילית שאינה עצמאית ועומדת בפני עצמה אלא נגזרת מאחריותו הפלילית של הרופא האחראי. משמעות נגזרותה של אחריות פלילית זו היא כי אותה אחריות נובעת (או "נגזרת") מן הביצוע העיקרי של העבירה, כפי שבוצע על-ידי הרופא האחראי. המדובר הוא באנשי הצוות הרפואי הנלווה, אשר סייעו בידי הרופא האחראי לבצע את ההמתה, נשואת האחריות הפלילית העיקרית, או אשר עודדו אותו לעשות כן, שכנעו אותו לעשות כן, הפעילו עליו לחץ לעשות כן או אשר השתתפו יחד עמו בביצוע כצוות אחד ובצוותא חדא.

דיני העונשין בשיטות המשפט הקונטיננטליות, כפי שגם אומצו בישראל¹⁴⁴, מבחינים בין שני סוגים של השתתפות באירוע עברייני רב-משתתפים. הסוג האחד הוא השותפות הישירה לדבר-עבירה, הכוללת את ביצועה של העבירה לסוגיו (ביצוע עיקרי, ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר). הסוג האחר הוא השותפות העקיפה לדבר-עבירה, הכוללת את הצדדים שלא נטלו חלק בביצועה הפיסי של העבירה, לרבות בתכנון המוקדם של העבירה¹⁴⁵, ונגזרותיהם (שידול, סיוע, ניסיון לשידול

143 האחריות הפלילית הישירה כוללת, בהתאם להגדרתה שבסעיף 29 לחוק העונשין, את הביצוע העיקרי של העבירה. גם הצורות המוכרות האחרות של הביצוע (ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר) הושווה דינן לביצוע העיקרי בהוראות ס"ק 29(א) לחוק העונשין.

144 הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין קיבלו את מסגרת ההבחנה הכללית של שותפות ישירה לדבר-עבירה (הוראות סעיף 29 לחוק העונשין ונגזרותיו) לעומת שותפות עקיפה לדבר-עבירה (הוראות סעיפים 30-31 לחוק העונשין ונגזרותיהם). ראו בעניין זה את הוראות סימן 25 לקוד הפלילי הגרמני לעומת הוראות סימנים 26-27 לקוד, וכן את הוראות סימן 4-121 לקוד הפלילי הצרפתי לעומת הוראות סימן 7-121 לקוד הפלילי הצרפתי. לעומת זאת, ניתן להשוות זאת לשוני המובנה שבדין האנגלי, כפי ביטוי בחוק החרות משנת 1861, לעיל ה"ש 115, וכפי שהיה מקובל בישראל עד לכניסתה לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין ביחס לנוסח סעיף 26 לחוק העונשין כנוסחו עובר לתיקון. נוסח זה שבוטל היה שעון על אדניה של התפישה האנגלית דלעיל.

145 להבחנת סוגי השותפות הישירה לדבר-עבירה מסוגי השותפות העקיפה לדבר-עבירה ראו את גבריאל הלוי **השותפות לדבר-עבירה** פרק ג (2008).

וכיוצא באלה). דיני העונשין רואים בשותפות הישירה לדבר-עבירה חלק בלתי נפרד מן הביצוע העיקרי והישיר של העבירה¹⁴⁶. על-כן, הצוות הרפואי הנלווה, אשר ניתן לייחס לו אחריות פלילית ישירה במסגרת של שותפות ישירה לדבר-עבירה, יישא באחריות פלילית כרופא האחראי. כך, במסגרת השותפות הישירה ניתן להטיל על הצוות הרפואי הנלווה, אשר ביצע או השתתף בביצועה הפיסי של העבירה, אחריות פלילית ישירה בגין העבירה הרלוונטית. ההבדל בין אחריות פלילית ישירה של מבצע עיקרי לעומת של מבצע בצוותא היא נעוץ במידת שיתוף הפעולה בין איש הצוות הרפואי הנלווה לבין הרופא האחראי. שיתוף פעולה הדוק, העולה כדי "בצוותא חדא" יוביל להטלת אחריות פלילית סולידרית על שניהם כמבצעים בצוותא, בעוד שאי-שיתוף פעולה שכזה יוביל להטלת אחריות פלילית על כל אחד מהם בנפרד כמבצע עיקרי. למען הסר ספק יש לציין, כי נפקות הטלת אחריות פלילית בכל אחת משתי אפשרויות אלה היא זהה.

הבעיה המשפטית עולה באשר להטלת אחריות פלילית על אנשי הצוות הרפואי כשותפים עקיפים לדבר-עבירה ביחס לעבירת השידול או סיוע להתאבדות, כלומר: "שידול לשידול או סיוע להתאבדות" או "סיוע לשידול או סיוע להתאבדות"¹⁴⁷. הדיון בבעיה משפטית זו דורש מספר הבהרות. העמדה השמרנית ביחס לאחריות פלילית נגזרת, הנגזרת מתוך אחריות פלילית נגזרת בעצמה (שידול לשידול, סיוע לשידול, ניסיון לסיוע וכיוצא באלה) הובהרה על-ידי פרופסור פלר. לדידו¹⁴⁸, לא ניתן להטיל אחריות פלילית בגין גזירה לגזירה, כאמור, אלא במקום שקבע כן המחוקק מפורשות. כך, למשל, הניסיון לשידול עשוי להוות בסיס להטלת אחריות פלילית, מאחר שהמחוקק קבע כן מפורשות¹⁴⁹, אולם לא כך הדבר ביחס לניסיון לסיוע, לסיוע לשידול, לשידול לשידול וכיוצא באלה, שכן המחוקק שתק לגביהם¹⁵⁰. גישה שמרנית זו מתחייבת מעצם טיבו וטבעו של עקרון החוקיות בפלילים. כך, לכאורה, אם אחריותו הפלילית של הרופא האחראי היא בגין עבירת השידול או סיוע להתאבדות, כי אז לא ניתן יהיה לגזור גזירה מגזירה ולא ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית על הצוות הרפואי הנלווה בגין סיוע לשידול או סיוע להתאבדות בגין הושטת סיוע לרופא האחראי לבצע את המתת החסד או בגין

146 כפי הוראות ס"ק 29(א) לחוק העונשין.

147 יקל להבהיר את הנורמה באמצעות שימוש בסוגריים. הגזירה השנייה מתייחסת לעבירה לפי סעיף 302 לחוק העונשין בשלמותה, כלומר: שידול (לשידול או סיוע להתאבדות) וכן סיוע (לשידול או סיוע להתאבדות).

148 פלר, לעיל ה"ש 126, בע"מ 13-16, 277.

149 במסגרת הוראות סעיף 33 לחוק העונשין.

150 יוצאים דופן בעניין זה הם הסיוע לניסיון לדבר-עבירה והשידול לניסיון לדבר-עבירה, הנתפסים, למעשה, כסיוע ושידול לביצועה של עבירה עצמה, עבירת אובייקט הגזירה. ראו לעיל הבהרה בה"ש 118.

שידול לשידול או סיוע להתאבדות בגין עידודו של הרופא האחראי, הבאתו לידי קבלת ההחלטה הקטלנית וכיוצא באלה.

עם זאת, משפטית, אין כך הדבר. בעניין **סוגאקר**¹⁵¹ קבעה השופטת דורנר, כי "פשוט בעינינו כי במקום שקיים שרשור של משדלים קמה עבירת השידול..."¹⁵². אמירה זו התייחסה למקרה של שידול לשידול לחבלה בכוונה מחמירה ("שרשור של משדלים"). עם זאת, נוכח אי הנמקתה, קשה לרדת לסוף דעתה, ולא כל שכן להחילה גם ביחס לצורות נגזרות אחרות הרלוונטיות לענייננו (סיוע לסיוע, סיוע לשידול וכיוצא באלה). מעבר לכך, זוהי אמירה יחידה שלא נפסק עוד כמוה. עם זאת, גם ללא התייחסות לפסק-הדין בעניין **סוגאקר**, ניתן להגיע לתוצאה משפטית המאפשרת הטלת אחריות פלילית על הצוות הרפואי הנלווה כאמור.

למעשה, גם דעתו השמרנית של פרופסור פלר וגם הגישה ההפוכה שבפרשת **סוגאקר** אינן רלוונטיות לאחריות הפלילית של הצוות הרפואי הנלווה בעניין זה. המחלוקת בין הגישות מתייחסת למצבים של אחריות פלילית נגזרת, הנגזרת מתוך אחריות פלילית נגזרת בעצמה. לדוגמא: שידול לשידול לשוד. בדוגמא זו העבירה העיקרית היא עבירת השוד. הגזירה הראשונה הובילה לשידול לשוד – והיא אחריות פלילית נגזרת. גזירה נוספת של אחריות פלילית נגזרת זו תהווה שידול לשידול לשוד. למצבים כגון אלה מתייחסת המחלוקת דלעיל. עם זאת, בעבירת השידול או סיוע להתאבדות אין מדובר באחריות פלילית נגזרת, אלא בעבירה עצמאית ונפרדת העומדת בפני עצמה. השימוש בטרמינולוגיה השאובה מתחום דיני השותפות לדבר-עבירה עדיין אינו הופך את העבירה להיות עבירה נגזרת. כך, אפוא, מאחר שמדובר באחריות פלילית עצמאית, נפרדת ומוגמרת, אין כל מניעה לגזרה (בפעם הראשונה), כפי העניין. כך גם נהג בית המשפט העליון בפועל¹⁵³. כיוון שכך, מצב זה כלל אינו מצוי במחלוקת דלעיל.

כפועל יוצא, אין כל מניעה משפטית, ככל שהדבר מתייחס ליסודות הפוזיטיביים של האחריות הפלילית, להטיל אחריות פלילית בגין סיוע לשידול או סיוע להתאבדות על אנשי הצוות הרפואי הנלווה שסייעו בידיו של הרופא האחראי לבצע המתת חסד. כמו-כן, ניתן להטיל אחריות פלילית בגין שידול לשידול או

151 ע"פ 992/03 **מדינת ישראל נ' סוגאקר**, פדאור 03 (5) 5 (2003).

152 שם, בע"מ 2 לפסק-הדין.

153 כך, לדוגמא, בעניין **קרוגולץ**, לעיל ה"ש 123, הרשיעה דעת הרוב את המערערת בניסיון לסיוע למעשה התאבדות, בעוד אשר ניסיון לסיוע לדבר-עבירה אינו עניש. הסיבה לאפשרות זו של הפללה נעוצה בהיות הסיוע למעשה התאבדות, כלומר חלופת הסיוע שבעבירת השידול או סיוע להתאבדות, בגדר עבירה עצמאית ונפרדת העומדת בפני עצמה. משום כך, אין כל מניעה לגזרה (בפעם הראשונה) הן במסגרת ניסיון לדבר-עבירה, הן במסגרת סיוע לדבר-עבירה והן במסגרת שידול לדבר-עבירה. ראו: ש"ז פלר "על זיקה סיבתית, סיוע לדבר עבירה וסיוע להתאבדות" בפרטי", לעיל ה"ש 119.

סיוע להתאבדות על אנשי הצוות הרפואי הנלווה שעודדו את הרופא האחראי, שכנעו אותו וכיוצא באלה לבצע המתת חסד, אחריות פלילית. אין, כי גם במקרה זה, פטור מאחריות פלילית לצוות הרפואי הנלווה עשוי יהיה להישקל אך במסגרת היסודות הנגטיביים של הטלת האחריות הפלילית, כפי שיידונו להלן¹⁵⁴. ברי, כי אם האחריות הפלילית המיוחסת לרופא האחראי היא בגין הריגה או רצח בכוונה תחילה, כי אז האחריות הפלילית של הצוות הרפואי הנלווה, במקרים המתאימים, היא בגין שידול או סיוע להריגה או לרצח בכוונה תחילה.

3.3. אחריותו הפלילית של המוסד הרפואי

ביצועה של המתת חסד בין כתליו של מוסד רפואי מעלה גם את שאלת אחריותו הפלילית של המוסד להמתה זו. השאלה מתחדדת כאשר התגלעה אי-הסכמה בין המוסד הרפואי לבין הרופא האחראי או הצוות הרפואי הנלווה, ואזי נשאלת השאלה האם רשאי המוסד הרפואי להתנער מן הרופא האחראי או הצוות הרפואי ובכך לפטור את עצמו מאחריות פלילית. המונח "מוסד רפואי"¹⁵⁵ לצורך המתות חסד כולל בתי-חולים¹⁵⁶, מרפאות¹⁵⁷ וקופות חולים¹⁵⁸. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך הדברים, האחריות הפלילית של מוסד רפואי אינה מוגבלת אך כלפי מוסדות רפואיים אלה, והיא עשויה להתקיים גם ביחס למוסדות רפואיים

154 להלן בפסקה 4 לרשימה זו.

155 הגדרת המונח "מוסד רפואי" מצויה בהוראות סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למוות.

156 הוראות סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למוות בהגדרת "בית חולים" מפנות להוראות סעיף 24 לפקודת בריאות העם, 1940, ע"ר תוס' 1, 191. ס"ק 24(ב) לפקודה זו מתייחס למונח "בית חולים" כ"ככל בית חולים, מבראה בית מרפא וכל בנין המשמש, או מכון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי, בין שניתן או הובטח ובין שלא ניתן או הובטח שכר או תשלום ע"י כל אדם שנתקבל שם כנ"ל".

157 הוראות סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למוות בהגדרת "מרפאה" מפנות להוראות סעיף 34 לפקודת בריאות העם, 1940 הני"ל. ס"ק 34(ג) לפקודה זו מגדיר את המונח "מרפאה" כ"מקום שאיננו בית חולים הטעון רישום לפי פקודה זו, או חלק ממנו והמיועד להגשת שירותי רפואה, רפואת שיניים וסיעוד, לרבות טיפול יום וטיפול לילה, להשגחה למטרות אלה על חולים, ועל נשים בזיקה להריון, ושיקום".

158 הוראות סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למוות בהגדרת "קופת חולים" מפנות להוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתית, התשנ"ד-1994, ס"ח 156. סעיף 2 לחוק זה מגדיר "קופת חולים" כ"**תאגיד** שהוכר לפי סעיפים 24 ו-25" (ההדגשה אינה במקור). סעיף 24 לחוק זה מסמיך את שר הבריאות להכיר בקופת חולים ולפרסם הודעה על כך ברשומות או לסרב בהודעה בכתב. סעיף 25 מפרט את תנאי הסף להכרה בקופת חולים כדלהלן: "שר הבריאות לא יכיר בקופת חולים אלא אם כן נתקיימו בה כל אלה: (1) התאגיד המבקש הוא תאגיד שהמסמכים שעל פיו הוא נתכונן ופועל מחייבים את השקעת כל הרווחים בו לשם ביצוע מטרותיו, אינם מתירים חלוקת רווחים בין חבריו או בעלי מניותיו, לפי הענין, ומחייבים את העברת יתרת נכסיו למטרה הקרובה למטרותיו בעת פירוקו או חיסולו; (2) לתאגיד המבקש היכולת הכלכלית לספק לאורך זמן את כל שירותי הבריאות לפי חוק זה, בין בעצמו ובין באמצעות נותני שירותים, ברמה רפואית ומקצועית נאותה על פי אמות מידה שקבע שר הבריאות; (3) תוך פרק זמן שיקבע שר הבריאות, יהיה מספר המבוטחים בקופת החולים לפחות כמספר שקבע השר; (4) התאגיד המבקש אינו בעלות של נותן שירותים".

נוספים, אשר ניתן לייחס להם מעורבות במישור הפלילי בהמתת חסד, ובהתאם להגדרות דיני העונשין.

נקודת המוצא לבידור אחריותו הפלילית של המוסד הרפואי היא כי מדובר בתאגיד¹⁵⁹. בחלק מן המקרים קיימת חובה סטוטורית כי תנאי לרישומו של המוסד הרפואי ולהכרה בו הוא כי מדובר בתאגיד¹⁶⁰. כך, אחריותו הפלילית של המוסד הרפואי מוסדרת במסגרת דוקטרינת האחריות הפלילית של התאגיד והשלכותיה על אורגניו של המוסד הרפואי, מלבד הרופא האחראי והצוות הרפואי הנלווה. בעבר לא הכיר המשפט האנגלו-אמריקאי באחריות פלילית של תאגידים, אולם עם התרבותם והתרבות מעשי העבריינות במסגרת תאגידית, לא היה מנוס מלהכיר בה. כיום, האחריות הפלילית של התאגיד מוכרת באופן אוניברסלי, הן במשפט האנגלו-אמריקאי¹⁶¹ הן בשיטות המשפט הקונטיננטליות¹⁶². הקושי הקונספטואלי המרכזי שבהטלת אחריות פלילית על תאגיד היה היותו משולל גוף פיסי (לצורך גיבוש היסוד העובדתי בעבירה המיוחסת לו) ומשולל מחשבה (לצורך גיבוש היסוד הנפשי בעבירה המיוחסת לו). קושי זה נפתר באמצעות שימוש בחזקה משפטית (Praesumptio Juris), הקובעת כי תאגיד פועל באמצעות אורגניו, הן במישור האזרחי-עסקי הן במישור הפלילי. על-כן מעשיו של האורגן, בנסיבות מתאימות, ייחשבו מעשיו של התאגיד¹⁶³ וכן מחשבותיו של האורגן, בנסיבות מתאימות, תיחשבנה מחשבותיו של התאגיד¹⁶⁴. באמצעות חזקה זו עשויים שני היסודות המרכזיים של האחריות הפלילית להתגבש גם בתאגיד, ואין מניעה, אפוא, להטיל עליו אחריות פלילית. ברי, כי בשלב זה עולות השאלות מיהו אכן האורגן לצורך חזקה משפטית זו וכן מהן אותן נסיבות מתאימות.

159 סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302, מגדיר את התאגיד כ"גוף משפטי, כשר לחיובים, לזכויות ולפעולות משפטיות".

160 כך, לדוגמה, לענין ההכרה בקופת חולים בישראל, בהתאם להוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לעיל ה"ש 158.

161 במשפט המקובל האנגלי, ראו:

Birmingham and Gloucester Rly Co., (1842) 3 Q.B. 223; United States v. Wise, 370 U.S. 405, 82 S.Ct. 1354, 8 L.Ed.2d 590 (1962); United States v. Jorgensen, 144 F.3d 550 (8th Cir. 1998)

162 ראו, לדוגמה, את הוראות סימן 2-121 לקוד הפלילי הצרפתי.

H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T. J. Graham & Sons Ltd., [1957] 1 Q.B. 159, 163 172; New York Cent. & H.R.R. v. United States, 212 U.S. 481, 29 S.Ct. 304, 53 L.Ed. 613 (1909);

D.P.P. v. Kent and Sussex Contractors Ltd., [1944] K.B. 146, [1944] 1 All E.R. 119; 164 ICR Haulage Ltd., [1944] K.B. 551; [1944] 1 All E.R. 691; McDonnell, [1966] 1 Q.B. 233, [1966] 1 All E.R. 193; United States v. MacAndrews & Forbes Co., 149 F. 823 (C.C.N.Y., 1906); United States v. Dye Construction Co., 510 F.2d 78 (10th Cir., 1975)

המוסד הרפואי, כתאגיד, פועל באמצעות אורגנים רבים בתחומי פעילות שונים. מלבד הצוות הרפואי, האמון על מתן טיפול רפואי, קיימים במוסד הרפואי גם אורגנים אדמיניסטרטיביים, מנהלתיים, לוגיסטיים ואחרים. בראש המוסד הרפואי עומדת גם הנהלת המוסד. מיהם, אם כן, האורגנים, אשר ניתן לייחס את מעשיהם ואת מחשבותיהם למוסד הרפואי בישראל. הדין הישראלי קיבל את דוקטרינת האחריות פלילית של תאגידים במתכונתה זו, תחילה על-דרך של פסיקה¹⁶⁵, ולאחר מכן במסגרת הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, בדרך של חקיקה. כיום קבועה דוקטרינה זו במסגרת הוראות סעיף 23 לחוק העונשין. בעבירות של מחשבה פלילית, אשר עבירות ההמתה דלעיל¹⁶⁶ נמנות עליהן, קובעות הוראות ס"ק 23(א)(2) לחוק העונשין כי האורגן הרלוונטי לצורך ייחוס מעשיו ומחשבותיו לתאגיד ייקבע במבחן פונקציונלי האמור לשקלל את נסיבות הענין ואת "תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד".

לכאורה ולאור דברי ההסבר שבהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 בעניין זה¹⁶⁷, ניתן היה להסיק כי האורגן הרלוונטי לצורך ייחוס מעשיו ומחשבותיו למוסד הרפואי עשוי להשתייך לסגל ההנהלה של המוסד הרפואי כבעל תפקיד בכיר בניהול התאגיד. עם זאת, ניסוחו של סעיף 23 תוך שימוש במונח "בנסיבות העניין" מאפשר התאמה פונקציונלית של הגדרת האורגן גם כלפי מי שאינו נמנה עם סגל ההנהלה של המוסד, ובלבד שבנסיבות העניין ובפעולה הספציפית, מושא הטלתה של האחריות הפלילית, ניתן ליצור זהות תפקודית בין אותו גורם לבין המוסד הרפואי. פרשנות זו מקובלת גם בעולם¹⁶⁸. הפועל היוצא של הדברים הוא כי אין בנמצא חסם משפטי המונע ייחוס מעשיו ומחשבותיו של הרופא האחראי או מעשיהם ומחשבותיהם של הצוות הרפואי למוסד הרפואי. הבחינה בכל מקרה ספציפי אמורה להתייחס לרמת הזהות

165 ראו, לדוגמא: ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364 (1991).

166 עבירת השידול או סיוע להתאבדות כמו גם עבירות ההריגה והרצח בכוונה תחילה הן עבירות מחשבה פלילית.

167 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115, 127. שם הובהר בדברי ההסבר ביחס להוראות ס"ק 23(א)(2), כי "...יישא תאגיד באחריות פלילית על עבירה רגילה – כלומר, המצריכה מחשבה פלילית או רשלנות – כאשר האדם שעשה את המעשה הוא, לפי סדרי המינוח של התאגיד, בעל תפקיד בכיר בניהול התאגיד עד כדי כך שניתן לראות את מעשיו כמעשה התאגיד ואת מחשבתו הפלילית או את רשלנותו כמחשבה הפלילית או כרשלנות של התאגיד עצמו" (ההדגשה אינה במקור).

168 ראו, לדוגמא: 215 Burns, 215 State v. Burns, 182 (1933); 27 P.2d 77 (1933); People v. Jarvis, 135 Cal.App. 288, 27 P.2d 77 (1933); LaFave. Minn. 182, 9 N.W.2d 518 (1943) "... the criminal acts of the corporate management (...) and also for those of lesser employees..." (ההדגשה אינה במקור) כדי לציין את המקורות האפשריים (כאורגנים) לייחוס האחריות הפלילית לתאגיד, ראו:

WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 704 (4TH ED., 2003).

התפקודית שבין אותו אורגן לבין המוסד הרפואי. כאשר הרופא האחראי נתפש פונקציונלית כידו הארוכה של המוסד הרפואי וכפועל ומוסמך לפעול מכוחו של המוסד הרפואי, הרי שמתקיימת זהות תפקודית זו. כך גם, בשינויים המחויבים, כלפי הצוות הרפואי הנלווה¹⁶⁹. ודוק: אין מניעה לענייננו להטיל אחריות פלילית על התאגיד בעבירות המתה¹⁷⁰.

בעניין זה עשויה לעלות שאלת אחריותו הפלילית של המוסד הרפואי, אשר הרופא האחראי פעל בניגוד להנחיותיו הפנימיות או אשר פעל בניגוד לחוק שלא על-דעת המוסד או מבלי לקבל את אישורו. הגם כי ייתכן שעשויה להיות למצב זה נפקות במישור האזרחי, אין לכך כל נפקות במישור הטלת האחריות הפלילית¹⁷¹. אופייה של האחריות הפלילית של התאגיד הוא אופי של אחריות ישירה – לא שילוחית ולא עקיפה¹⁷². כלומר, דיני העונשין רואים בפעולתו של האורגן כפעולתו של התאגיד עצמו, ממש כשם שאדם לא יפטור עצמו מאחריות פלילית במשפט רצח אם יטען כי ידו היא כי ביצעה את העבירה ולא הוא, או אשר ידו המרתה את פיו וכיוצא בכך. לא לחינם המדובר הוא באורגן (= "איבר"), שכן המדובר הוא באחריות ישירה של התאגיד. אמנם כי כן, ניתן לייחס לאורגן הרלוונטי גם אחריות פלילית משל עצמו כאחריות ישירה-מקבילה¹⁷³ (ובכך שונה המצב המשפטי מן המטאפורה דלעיל), אך אין בהטלת האחריות הפלילית הישירה-מקבילה על האורגן כדי להפחית או לבטל את האחריות הפלילית של התאגיד.

169 המוסד הרפואי המטפל במטופל כולל בו את מכלול המנגנונים הטיפוליים בו, לרבות הרופאים, הצוות הרפואי הנלווה והסגל האדמיניסטרטיבי, עד כמה שהדבר מתייחס לטיפול באותו מטופל. לפיכך, ליקוי בטיפול על-ידי המוסד עשוי להתגבש בפעולותיהם של כל פרט במסגרת המנגנונים הטיפוליים בו, עד כמה שהדבר מתייחס לטיפול בו.

170 בעבר הופיעה המחשבה, כי האחריות הפלילית של התאגיד מוגבלת לעבירות כלכליות וכיוצא בהן ואינה ניתנת לייחוס בעבירות המתה. לדוגמא: *People v. Rochester Ry. & Light Co.*, 195 N.Y. 102, 88 N.E. 22 (1909); *Granite Construction Co. v. Superior Court*, 149 Cal.App.3d 465, 197 Cal.Rptr. 3 (1983); *Commonwealth v. Fortner L.P. Gas Co.*, 610 S.W.2d 941 (Ky.App., 1980); *State v. Lehigh Valley Ry. Co.*, 90 N.J.L. 372, 103 A. 685 (1917); *Commonwealth v. McIlwain School Bus Lines, Inc.*, 283 Pa.Super. 1, 423 A.2d 413 (1980)

171 במשפט האזרחי עשויה להיות לכך השפעה לעניין חלוקת החבות והאחריות בין המוסד לבין האורגן, כמו גם לצורך קביעת יחסי שיפוי ביניהם כלפי צדד ג'. דיני העונשין אינם מייחסים לכך משקל בקביעת האחריות הפלילית של המעורבים (המוסד והאורגן) אלא, לכל היותר, במסגרת שיקולים לקביעת גזר-הדין. הסיבה המרכזית לכך נעוצה בהיות האחריות הפלילית המודרנית אחריות פלילית בינארית, כלומר האחריות הפלילית עשויה לקבל אחד משני ערכים בלבד: הטלתה (הרשעה) לעומת אי-הטלתה (זיכוי). לפיכך, בהיעדר יישום של דוקטרינות מסוג דוקטרינת האשם התורם בפלילים, לא ניתן להתייחס לאחריות פלילית חלקית וכיוצא בה.

172 שי"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 102-108 (1984).
United States v. Wise, 370 U.S. 405, 82 S.Ct. 1354, 8 L.Ed.2d 590 (1962); *People v. 173 Sakow*, 45 N.Y.2d 131, 408 N.Y.S.2d 27, 379 N.E.2d 1157 (1978)

זאת ועוד. במסגרת הסייגים לאחריות הפלילית שבחוק העונשין¹⁷⁴ אין מוכר סייג ספציפי לאחריות הפלילית המסייג את אחריותו הפלילית של התאגיד אם בסיס האחריות הפלילית של התאגיד נשען על ייחוס מעשים ומחשבות של אורגן שפעל בניגוד להנחיותיו של התאגיד או בניגוד לחוק וכיוצא בכך. רשימת הסייגים לאחריות הפלילית היא רשימה סגורה¹⁷⁵. הפועל היוצא מכך הוא שגם אם פעל הרופא האחראי או הצוות הרפואי הנלווה בניגוד להנחיות המוסד הרפואי, שלא על דעתו או מבלי לקבל את אישורו של המוסד, לא יהיה בכך כדי לפטור את המוסד הרפואי מאחריות פלילית ישירה מעבר לאחריות הפלילית שתוטל ישירות על הרופא האחראי או על הצוות הרפואי הנלווה.

למעשה, כאשר מדובר במקרה הספציפי של המתת חסד בדרך של התנהגות פאסיבית (מחדל), דוקטרינת האחריות הפלילית של התאגיד הנה רחבה יותר, וייתכן כי במקרים ספציפיים כלל אין צורך בבחינת ייחוס מעשיו ומחשבותיו של האורגן למוסד הרפואי. ס"ק 23(ב) לחוק העונשין מייחד את דיבורו לעבירות שנעברו בדרך של מחדל, ולפיו "כאשר חובת העשיה מוטלת במישרין על התאגיד" יישא התאגיד באחריות פלילית באופן ישיר ללא קשר לאורגן ספציפי שאמור היה לבצע את חובת-העשה ולא עמד בה¹⁷⁶. במקרה זה, המתת חסד בדרך של מחדל תצמיח אחריות פלילית של התאגיד באופן ישיר, בין אם היה מעורב במחדל גם גורם פנימי אחר במוסד הרפואי (רופא אחראי או צוות רפואי נלווה) ובין אם לאו. ברי, כי אחריותו הפלילית הישירה של המוסד הרפואי במקרה זה אינה גורעת מאחריותו הפלילית של האורגן הספציפי. ואכן, חוק החולה הנוטה למות הטיל אי-אילו חובות על המוסד הרפואי¹⁷⁷ כמו גם התייחסות לאשפוזו של החולה הנוטה למות במסגרת המוסד הרפואי, כלומר יצירת מערכת יחסים משפטית מחייבת בין החולה הנוטה למות לבין המוסד הרפואי, אשר במסגרתו (או שלא במסגרתו) מועסק הרופא האחראי¹⁷⁸.

174 הסייגים לאחריות הפלילית מעוגנים במסגרת הוראות פרק ה1 לחוק העונשין, כנוסחו לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין.

175 הוראות סעיף 40 להצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 167, בע"מ 134, קבעו: "אין סייג לאחריות פלילית אלא במקרים ובתנאים הקבועים בחיקוק". דברי ההסבר הבהירו, כי "מצב הסייגים במשפט הפלילי המודרני, בהבדל מימים עברו, הגיע לשלב של בשלות וגיבוש הדומה לזה של האיסורים הפליליים; מוצע על כן שלא לאפשר פיתוח סייגים על ידי ההלכה הפסוקה". לעניין זה יש להבחין בין "סייגים" לבין "הגנות" והאמור לעיל מתייחס אך לסייגים לאחריות הפלילית ולא להגנות. להבחנה זו ראו, לדוגמא: ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337 (1999) (להלן - "עניין רוזוב").

176 הוראות ס"ק 23(ב) לחוק העונשין קובעות כדלהלן: "בעבירה שנעברה במחדל, כאשר חובת העשיה מוטלת במישרין על התאגיד, אין נפקה מינה אם ניתן לייחס את העבירה גם לבעל תפקיד פלוני בתאגיד, אם לאו".

177 ראו, לדוגמא, כפועל יוצא של הסמכת שר הבריאות ליתן הוראות לפי סעיף 60 לחוק החולה הנוטה למות.

178 לעיל ה"ש 169.

הנה כי כן, המוסד הרפואי עשוי לשאת באחריות פלילית לעבירות של שידול או סיוע להתאבדות ולעבירות המתה אחרות ביחס להמתת חסד שבוצעה בתחמומו – וזאת כאחריות פלילית ישירה של המוסד הרפואי ולא מכוח דיני השותפות לדבר-עבירה, מכוח האחריות השילוחית או מכוח כל אחריות פלילית עקיפה שהיא.

4. פתרונות

אין ספק כי המצב המשפטי, לפיו אף על-פי שהרופא האחראי, הצוות הרפואי הנלווה והמוסד הרפואי פעלו על-פי הוראות חוק החולה הנוטה למות עדיין ניתן להטיל עליהם אחריות פלילית בגין זאת (ולא כל שכן כאשר פעלו בניגוד לחוק זה), אינו המצב המשפטי אליו נתכוון המחוקק. נסקור להלן שני פתרונות מכוח הדין המצוי. הפתרון האחד מעוגן בהוראות חוק החולה הנוטה למות כהגנה (הגנת הרשלנות) והאחר מעוגן בדיני העונשין הכלליים כסייג (סייג הצידוק).

4.1. פתרון מכוח חוק החולה הנוטה למות – הגנת הרשלנות

המחוקק עמד על חלק מן הקשיים במצב המשפטי המתואר לעיל וקבע את הגנת הרשלנות בסעיף 54 לחוק החולה הנוטה למות תחת הכותרת "פטור מאחריות". הוראות סעיף 54 הני"ל קובעות, כי "לא יישא אדם באחריות לפי כל דין על פעולתו לפי הוראות חוק זה, אלא אם כן פעל ברשלנות". כבר בהצעת החוק הובהרה מהותו של סעיף זה כסעיף הגנה הנשען על גדריה של הרשלנות¹⁷⁹. הוראות סעיף 54 הני"ל ניתנות לייחוס הן במשפט האזרחי הן במשפט הפלילי¹⁸⁰, אולם נתייחס למשפט הפלילי בלבד. לצורך כך יש לעמוד תחילה על טיבה של הרשלנות בפלילים כיום ולייחוסה להמתת החסד.

הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין רואות ברשלנות סוג של יסוד נפשי באחריות הפלילית¹⁸¹, כמרביתן של שיטות המשפט המערביות¹⁸². המדובר הוא ביסוד נפשי אובייקטיבי (ולא סובייקטיבי כמחשבה הפלילית), אשר במסגרתו אין נדרשת

179 הגנה זו הוצעה במסגרת הוראות סעיף 46 להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בע"מ 471, כאשר בדברי ההסבר שם מובהר הרציונל שבהגנה זו כהגנה כדלהלן: "מוצע לקבוע כי מי שפעל לפי הוראות החוק המוצע לא יישא באחריות פלילית לפעולתו, אלא אם כן פעל ברשלנות. בסעיף זה ניתנת הגנה לרופאים שיימנעו מטיפול רפואי או שיינתנו טיפול רפואי לחולה הנוטה למות, לפי הוראות החוק המוצע, וכן ניתנת הגנה לחברי הוועדות המוסדיות והוועדה הארצית ביחס להחלטות שניתנו בהתאם להוראות חוק זה" (ההדגשה אינה במקור).

180 ניתן לייחס, לכאורה ומן הבחינה הפורמלית, את הגנת סעיף 54 הן למישור האזרחי והן למישור הפלילי נוכח שימושם של הסעיף בנוסח "לפי כל דין" ("לא יישא אדם באחריות לפי כל דין"). "כל דין" – במובן המילולי והפשוט מתייחס גם למישור הפלילי. 181 הדברים עולים משילובן של הוראות סעיפים 19 ו-21 לחוק העונשין. הוראות ס"ק 119(1) לחוק העונשין נוקטות את הלשון הברורה "כ... כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש...".

182 בארצות הברית, ראו: State v. Jenkins, 278 S.C. 219, 294 S.E.2d 44 (1982); במשפט המקובל האנגלי, ראו: Tolson, (1889) 23 Q.B.D. 168; Gould, [1968] 2 Q.B. 65, [1968] 1 All E.R. 849.

מודעות, פזיזות או כוונה, אלא דווקא אי-מודעות בפועל, במקום בו אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע, בנסיבות העניין ובכפוף לתנאי החוק, לרכיבי היסוד העובדתי בעבירה¹⁸³. הרשלנות, כיסוד נפשי, נתפשת בידי העונשין כחריג לעקרון האשם¹⁸⁴, על-כן יש להחילה בצמצום. לפיכך קובעות הוראות חוק העונשין כי הרשלנות תהווה את היסוד הנפשי הרלוונטי בעבירה אך אם ציווה כך המחוקק מפורשות¹⁸⁵ ואך בעבירות שאינן מסוג "פשע"¹⁸⁶. כלפי עבירות מסוג פשע, שסווגו כעבירות רשלנות לפי נוסחן המפורש לפני כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, תיקן המחוקק תיקון מפורש וספציפי, אשר תיקן את העונש המרבי הקבוע בהן ושינה אותן לעבירות מסוג "עוון" על אף נוסחן המפורש (תיקון מס' 43 לחוק העונשין¹⁸⁷).

הרציונל הכללי העומד בבסיסה של הרשלנות בפלילים הוא בהצבת סטנדרט התנהגותי רצוי בדמותו של "האדם מן היישוב"¹⁸⁸ ואשר האוכלוסייה תכוון את התנהגותה בהתאם לסטנדרט התנהגותי זה. על-כן, אין בעברין הרשלן את קווי האופי הפליליים, המאפיינים את העברין העובר עבירות של מחשבה פלילית, שכן אין הוא פועל מתוך רצון להביא להתרחשות הפלילית או מתוך "רוע-לב", אלא כי התנהגותו לא תאמה את הסטנדרט ההתנהגותי, אותו הכתיב המחוקק בנסיבות העניין. יישום הדברים בעבירות ההמתה, העשויות להיות רלוונטיות להמתת החסד, עשוי להמחיש את הדברים היטב.

183 הגדרת הרשלנות כיסוד נפשי במסגרת הוראות ס"ק 21(א) לחוק העונשין קובעת: "רשלנות - אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד- (1) שלענין הפרטים הנתרים היתה לפחות רשלנות כאמור; (2) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר היסכון הסביר".

184 תפישה זו אינה מוגבלת למשפט הישראלי בלבד. כך, לדוגמא, קובעות הוראות סימן 15 לקוד הפלילי הגרמני, כי

"Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht".

(ההדגשה אינה במקור).

185 בהתאם להוראות ס"ק 19(1) לחוק העונשין.

186 מגבלת הייחוס של הרשלנות כיסוד נפשי לעבירות שאינן מסוג פשע נקבעה סטטוטורית במסגרת הוראות ס"ק 21(ב) לחוק העונשין. סיווגן של העבירות הפליליות לפי חומרתן נקבעה בהוראות סעיף 24 לחוק העונשין. שילוב ההוראות הללו יוצר מצב משפטי, לפיו ניתן לייחס את הרשלנות אך כלפי עבירות מסוג "חטא" או "עוון", כלומר רק כלפי עבירות שעונשן המרבי עשוי להגיע לשלוש שנות מאסר בלבד.

187 המדובר הוא בהוראות סעיף 90 לחוק העונשין, המהוות חלק מתיקון מס' 43 לחוק העונשין: חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ס"ח 390.

188 "האדם מן היישוב" נקבע כסטנדרט ההתנהגות האובייקטיבי במסגרת הוראות ס"ק 21(א) לחוק העונשין. לבחינת מהותו של "האדם מן היישוב" והבחנתו מן "האדם הסביר", ראו: ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 544, 534 (2002). מחוז ישראל ראו: Lamb, [1967] 2 Q.B. 981, [1967] 2 All E.R. 1282; C, [2001] Crim. L.R. 845, [2001] 3 F.C.R. 409; Leslie Yalof Garfield, *A More Principled Approach to Criminalizing Negligence: A Prescription for the Legislature*, 65 TENN. L. REV. 875 (1997-98)

רופא נגש לביצועו של ניתוח כירורגי ומשתמש ללא מודעות בכלי ניתוח שלא עברו חיטוי כנדרש. המטופל נפטר כתוצאה מהתפתחות זיהום שמקורו בכלי הניתוח שלא חוטאו. אין ספק, כי במצב זה לא ביקש הרופא להביא למותו של המטופל, אלא להיפך – הרופא דווקא חתר להצלחתו של הניתוח ולפתרון בעיותיו של המטופל, אולם התנהגותו לא הגיעה לרמה הנדרשת של "רופא מן היישוב", אשר היה עליו לוודא את חיטוי הכלים. אין מדובר באישיות פלילית, החפצה בגרימת ההתרחשות הפלילית, אולם הנורמה הפלילית נועדה לכוון את ההתנהגות לעברו של הסטנדרט ההתנהגותי של "רופא מן היישוב". לפיכך, הנורמה הפלילית הרלוונטית עשויה להיות "גרימת מוות ברשלנות"¹⁸⁹ – עבירת רשלנות מסוג עוון. רופא עשוי להיות מואשם בהריגה¹⁹⁰, הדורשת מודעות ופזיזות לפחות, רק אם אכן היה מודע להתנהגותו ולהשלכותיה והיה אדיש כלפי מותו של המטופל¹⁹¹ או שנטל סיכון בלתי סביר כלפי מותו של המטופל, אף מתוך תקווה להצליח למנוע את מותו¹⁹². רופא עשוי להיות מואשם ברצח בכוונה תחילה¹⁹³, הדורשת מודעות וכוונה תחילה, רק אם אכן הכין מראש את הכלים והנסיבות להמתתו של המטופל, קיבל החלטה ברורה להמיתו ואכן המיתו בדם קר¹⁹⁴. כך ניתן, אפוא, להבחין בשוני של ממש בין הרשלנות לעניין זה בעבירת המתה לבין עבירות המחשבה הפלילית בהמתה, אף שהתוצאה הפיסית של מות המטופל היא אותה תוצאה¹⁹⁵.

משום כך לא ייפלא כי הרשלנות נתפשת על-ידי המחוקק עצמו כיסוד נפשי חמור פחות מן המחשבה הפלילית¹⁹⁶. הקושי בכך ביחס ליישומה של הגנת סעיף 54 על

189 עבירת גרימת המוות ברשלנות קבועה בהוראות סעיף 304 לחוק העונשין וקובעת, כי "הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו – מאסר שלוש שנים".

190 עבירת ההריגה קבועה בהוראות סעיף 298 לחוק העונשין ועונשה המרבי עומד על מאסר לתקופה של עשרים שנה.

191 האדישות מהווה את אחד הביטויים הסטטוטוריים של הפזיזות (רכיב וולנטיבי של המחשבה הפלילית ביחס לתוצאות). האדישות מוגדרת במסגרת הוראות ס"ק 20(א)(2) לחוק העונשין כ"בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות" (במקרה זה – מותו של המטופל).

192 מצב זה מתייחס לקלות-הדעת, המהווה גם היא את אחד הביטויים הסטטוטוריים של הפזיזות, והמוגדרת במסגרת הוראות ס"ק 20(א)(2) לחוק העונשין כ"בניטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען".

193 רצח בכוונה תחילה מהווה את אחת מתוך ארבע החלופות של עבירת הרצח והיא קבועה במסגרת הוראות ס"ק 300(א)(2) לחוק העונשין.

194 הכוונה תחילה מהווה את הדרישה הוולנטיבית המשלימה של היסוד הנפשי בעבירת הרצח בכוונה תחילה. הגדרתה נקבעה בסעיף 301(א) לחוק העונשין והיא כוללת שלוש דרישות מצטברות של הכנה (הכנה עצמית של הממית והכנת המכשיר), החלטה להמית וכן היעדר קינטור (דם קר).

Ward, [1956] 1 Q.B. 351; Fitzgerald v. State, 112 Ala. 34, 20 So. 966 (1896); 195 Commonwealth v. Pierce, 138 Mass. 165, 52 Am. Rep. 264 (1884); Commonwealth v. Welansky, 316 Mass. 383, 55 N.E.2d 902 (1944); People v. Haney, 30 N.Y.2d 328, 333 N.Y.S.2d 403, 284 N.E.2d 564 (1972)

196 ראו, לדוגמה, את השימוש במונח "לפחות" בהוראות ס"ק 21(א)(1) לחוק העונשין בצמוד לרשלנות וכן ראו בע"פ 3158/00 מגידש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 80 (2000).

המתת החסד הוא כי לאור תפישת הרשלנות בפלילים דהיום, למעשה, אין מדובר כלל בהגנה מפני הטלת אחריות פלילית על הרופא האחראי, על הצוות הרפואי הנלווה או על המוסד הרפואי. העבירה המרכזית שנדונה לעיל כבסיס להטלת אחריות פלילית בהמתת חסד היא עבירת השידול או סיוע להתאבדות¹⁹⁷. בהתאם להוראות סעיף 19 לחוק העונשין, עבירה זו היא עבירת מחשבה פלילית, כלומר מדובר בעבירה שהיסוד הנפשי הנדרש לשם הטלת אחריות פלילית בגינה הוא מחשבה פלילית¹⁹⁸. לא ניתן להטיל אחריות פלילית בגין עבירה זו, אם במבצעה לכאורה התקיים יסוד נפשי מסוג רשלנות בלבד. לפיכך, "הגנת" סעיף 54 היא תמוהה. אם התקיים במבצע יסוד נפשי מסוג של מחשבה פלילית, כלומר יסוד נפשי בדרגת חומרה גבוהה מזו של הרשלנות, כי אז הוראות סעיף 54 הנ"ל כלל אינן רלוונטיות. גם אם פעלו הרופא האחראי או הצוות הרפואי הנלווה בניגוד להוראות החוק, ואזי מתקיים הבסיס להטלת אחריות פלילית בעבירת המתה, המהווה עבירת מחשבה פלילית כהריגה, לדוגמא, כי אז אין שוני במצב המשפטי.

לאור מהותן של המחשבה הפלילית ושל הרשלנות כסוגים שונים של יסוד נפשי, אין זה סביר לפרש את הוראות סעיף 54 כפוטרות מאחריות פלילית את המבצע בעל המחשבה הפלילית ולהטיל אחריות פלילית על המבצע הרשלן בלבד. פרשנות זו הנה אבסורד, באשר ההורג או הרוצח ייפטרו מאחריות פלילית כליל, בעוד עם הרשלן ימוצה הדין עד תום, אף כי קיימת אפשרות לשונית לפרש כך את הסעיף, אם כי בדוחק-מה¹⁹⁹. התוצאה המתבקשת היא כי כל אימת שמדובר בעבירת מחשבה פלילית (לרבות עבירת השידול או סיוע להתאבדות) אין הוראות סעיף 54 רלוונטיות כלל. למעשה, גם ביחס לעבירות הרשלנות הרלוונטיות לעניין, אין בהוראות סעיף 54 משום הגנה. עבירת ההמתה היחידה, המהווה גם עבירת רשלנות, היא עבירת גרימת המוות ברשלנות²⁰⁰. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו הוא רשלנות²⁰¹, לפיכך מאחר שבעובר עבירה זו התקיים יסוד נפשי של רשלנות,

197 לעיל הי"ש 5.

198 עניין קרוגולץ, לעיל הי"ש 123, בע"מ 405.

199 לכאורה ניתן לטעון, כי כאשר קבע המחוקק ברישא דסעיף 54 הנ"ל, כי "לא יישא אדם באחריות", הרי שקביעה זו מתייחסת לכל סוגי האחריות הפלילית (ולאו דווקא הפלילית בלבד), לרבות עבירות מחשבה פלילית. הדיבור "אלא אם כן פעל ברשלנות" עשוי להתפרש לא כ"ברשלנות לפחות", אלא כ"ברשלנות בלבד". במצב דברים זה, על-בסיס אותו יסוד עובדתי לא נתגבש אחריות פלילית, אלא כאשר פעל המבצע ברשלנות בלבד. יישום הדברים כלפי עבירות ההמתה יעלה, כי עבירות ההמתה, המהוות עבירות מחשבה פלילית (שידול או סיוע להתאבדות, הריגה ורצח, העשויות להיות רלוונטיות להמתת חסד), לא תהווה בסיס להטלת אחריות פלילית, אלא עבירת גרימת המוות ברשלנות בלבד, המהווה עבירת רשלנות ואשר הרשלנות היא התנאי (מבחינת היסוד הנפשי) להטלת אחריות פלילית בה.

200 לעיל הי"ש 189.

201 דרישת היסוד הנפשי מסוג "רשלנות" נזכרת מפורשות בהגדרת העבירה, בהתאם לדרישת הוראות סעיף 19 לחוק העונשין. כך גם פורש בפסיקת בית המשפט העליון בעניין זה. ראו לדוגמא: רע"פ 889/02 רשתי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.8.2002). כן ראו עוד בעניין זה אצל עדי אזור אשמה, **פזיות ורשלנות במשפט הפלילי** (383-445 (1999)).

מתקיימות הוראות הסיפא של סעיף 54 ומבטלות את ההגנה כלפיו.

אם כך, נשאלת השאלה, אימתי רלוונטית הגנת סעיף 54 הנ"ל. למעשה, בכל הקשור לעבירות ההמתה בפלילים, הכרוכות באופן אפשרי בהמתת החסד, אין להוראות סעיף 54 הנ"ל כל רלוונטיות. זאת לאור מהותן של עבירות ההמתה ולאור תפישת הרשלנות בפלילים כיום. עם זאת, אין להוציא מכלל אפשרות את הרלוונטיות האפשרית של סעיף 54 למסגרת המישור האזרחי. כך, אם בפעולתם, או אגב פעולתם, גרמו הרופא האחראי, חברי הצוות הרפואי הנלווה או המוסד הרפואי נזק, ופעולתם זו היתה במסגרת חוק החולה הנוטה למות, הרי שהם יהיו פטורים מחבות נזיקית, אלא אם כן פעלו ברשלנות²⁰². אך זאת, כאמור, במישור האזרחי בלבד ולא במישור הפלילי.

4.2. פתרון מכוח דיני העונשין – סייג הצידוק

סייג הצידוק הסטטוטורי דהיום כולל חמש קטגוריות שונות תחת הכותרת "צידוק"²⁰³. המכנה המשותף הרחב של קטגוריות צידוק אלה הוא כי מדובר במקרים ספציפיים אשר מבחינת היסודות הפורמליים של האחריות הפלילית הם מגבשים עבירה פלילית. עם זאת, מדובר במעשה בעל ערך חיובי לחברה ובעושה בעל תודעה חברתית חיובית²⁰⁴. מטעם זה ניתן למעשה "צידוק" בדין במסגרת סייג לאחריות הפלילית, הפוטר את המבצע מאחריות פלילית. כפועל יוצא, יש לסווג את סייג הצידוק כסייג לאחריות פלילית מסוג "הצדק" ולא מסוג "פטור", שכן הוא מתייחס להצדקת המעשה כחיובי (או כנסבל) ולא לעושה באשר הוא "עושה"²⁰⁵.

כך, לדוגמא, כאשר אגב פעולה לפי חוק החולה הנוטה למות בוצעה פעולה נגררת מסתברת שגרמה לנזק למטופל. ביצוע הפעולה היה כרוך ברשלנות מצד הצוות הרפואי. הדברים נכונים גם במקרים בהם עצם ביצוע הפעולה לפי חוק החולה הנוטה למות היה כרוך ברשלנות מצדו של הצוות הרפואי: חיבור או ניתוק ממכשיר בדרך רשלנית שגרמה נזק, אמירה רשלנית כלפי חולה סופנית המביאה אותו לידי מחשבות אובדניות או בקשה שלא להמשיך בחייו וכיוצא בכך.

203 סייג הצידוק על חמש חלופותיו קבוע במסגרת הוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
204 פלר, לעיל ה"ש 126, בע"מ 489 טוען, כי "מבחינה ערכית, המעשה הוא בעל ערך חיובי לחברה, עד כדי כך שהוא נותן ביטוי להתנהגות רצויה ואף מחוייבת, ולא רק מותרת, לפי דיני המדינה. אפילו כאשר מדובר בהתנהגות לפי נורמה חברתית מקובלת בלבד, טמון בהתנהגות אותו ערך חברתי חיובי, ואולי אף מקל וחומר" (ההדגשה במקור).

205 ככלל, הסייגים לאחריות הפלילית מסוג "הצדק" קשורים במעשה (הצדקתו של המעשה, ללא קשר לזהותו של העושה), בעוד הסייגים מסוג "פטור" קשורים בעושה (פטור לעושה, ללא קשר למהות המעשה). כך, לדוגמא, סייג הקטינות, הקבוע בהוראות ס"ק 134 לחוק העונשין, פוטר מאחריות פלילית כל קטין מתחת לגיל שתים עשרה שנים, בין אם מדובר ברצח, בשיד או בכל עבירה אחרת, שכן הפטור קשור בזהותו של העושה בלבד. לעומת זאת, סייג ההגנה העצמית, הקבוע בהוראות סעיפים 34 לחוק העונשין, פוטר מאחריות פלילית מעשה של הגנה עצמית ומצדיקו ככזה, ללא קשר לזהותו של העושה. ראו בעניין זה:

Kent Greenawalt, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 COLUM. L. REV. 1897 (1984); Kent Greenawalt, *Distinguishing Justifications from Excuses*, 49(3) LAW & CONTEMP. PROBS. 89 (1986); Anthony M. Dillof, *Unravelling Unknowing Justification*, 77 NOTRE DAME L. REV. 1547 (2001-02)