

## ניצול מיני בחולי נפש מאושפזים<sup>1</sup>

חוות דעת: אחריותם הפלילית והאזרחית של מנהלי בתי חולים פסיכיאטריים, מנהלי מחלקות ואנשי הצוות, למעשה מיני המתכצע בחולה המאושפז או בפניו.<sup>2</sup>

### ראשי פרקים:

1. השאלות המתעוררות: במשפט הפלילי ובמשפט האזרחי.
2. הגדרות: מעשה מיני; חולה; אחראי על החולה.
3. האיסור על מעשה מיני בגוף החולה:
  - א. מעשה מיני שלא בהסכמת החולה
  - ב. מעשה מיני בהסכמת החולה
4. חובת האחראי להגן על החולה מפני ניצול מיני
5. אחריותו בפלילים של אדם "הגורם" לעשיית המעשה המיני.
6. מתי מופרת החובה להגן על החולה מפני ניצול מיני.
7. היסוד הנפשי שצריך להתלוות ל"גרימת" המעשה המיני.
8. מעשה מיני שנעשה בפני חולה נפש
9. אחריות במשפט האזרחי
10. סיכום הדיון.
11. הצעות חקיקה

### 1. השאלות המתעוררות

חולי נפש המאושפזים בבתי חולים פסיכיאטריים, ביחוד נשים, עשויים לשמש - מרצונם ושלא מרצונם - אובייקט למעשה מיני (שלא ע"י בן הזוג החוקי). מהן ההשלכות המשפטיות של מעשה כזה בחולה נפש במשפט הפלילי ובמשפט האזרחי? באופן ספציפי השאלות הן:

### במשפט הפלילי:

1) האם מעשה מיני הנעשה בגוף החולה, מרצונו או שלא מרצונו, בהיותו מאושפז בבית חולים פסיכיאטרי, הוא אסור על פי חוק?

1. הערת העורך: בשנת 1991, בעיקבות תלונות רבות על פגיעות מיניות בחולי נפש מאושפזים שהגיעו למשרד הבריאות במקביל לפירסומים קשים בעיתונות, נתבקש ד"ר מרדכי למברג, אז ממונה בכיר על מחקר משפטי במשרד המשפטים, להכין חוות דעת משפטית בנושא. חוות דעת זו, נמסרה גם לחברי ועדת שרשבסקי שדנה בנושא, והיא מתפרסמת כאן לראשונה, לעיונו של ציבור הרופאים והמשפטנים, בשינויים קלים של המחבר שבאים לפשט ולהשלים את הצגת הדברים. ראה עוד: דו"ח ועדת הבירור לענין: ההגנה על חולי נפש מאושפזים מפני תקיפה וניצול מיני, אסיא נ"ו, עמ' 37-42; ההגנה על חולי נפש מאושפזים מפני תקיפה וניצול מיני, ספר אסיא ח', עמ' 195-204. חו"ד זו נכתבה לפני חקיקת חוק זכויות החולה התשנ"ו-1996 המטיל חובות נוספות על המטפלים ועל הנהלת המוסד הרפואי.
2. הערת המחבר: מכיון שדיונונו עוסק בשאלה העקרונית של האחריות, אנו מתמקדים, כמצויין בכותרת, באחריותם של אנשים האחראים לחולה, והיכן שלא נאמר אחרת, איננו דנים, באחריותם של גופים משפטיים האחראים לחולה - בית החולים עצמו והגוף שמפעיל אותו (כמו קופת חולים), מפני שזו מהווה סוגיה לעצמה.

- (2) אם המעשה אסור - מיהו העברייני? האם רק האדם המבצע את המעשה (בתנאי שניתן להעמידו לדין) או האם ניתן להטיל אחריות פלילית עקב ביצוע מעשה כזה על מנהל בית החולים או מנהל המחלקה, או אנשי הצוות? אם כן, איזו עבירה ניתן לייחס להם?
- (3) מה הדין כשנעשה מעשה מיני לא בגוף החולה אלא רק בפניו?

#### במשפט האזרחי:

- (1) האם יכול חולה שנעשה בו, או בפניו, מעשה מיני, מרצונו או שלא מרצונו, להגיש תביעת פיצויים כנגד בית החולים ואנשי הצוות?
- (2) האם יש לקרובי החולה עילת תביעה אם הם נפגעו מן המעשה בחולה?
- (3) מה הדין כשנעשה מעשה מיני לא בגוף החולה אלא רק בפניו?

## 2. הגדרות

לצורך הדיון, אנו משתמשים, מטעמי נוחיות, במונח הרחב "מעשה מיני", שאינו מופיע בחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), כשאנו כוללים בו את כל שלושת המעשים הבאים המשמשים יסוד לעבירות המין השונות:<sup>3</sup>

- (1) "בעילה" - שהיא החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האשה.
- (2) "מעשה סדום" - שהוא החדרת איבר המין של גבר לפי הטבעת או לפה של אדם או החדרת חפץ לפי הטבעת.
- (3) "מעשה מגונה" - שהוא מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני.
- בשורות הבאות, המונח "חולה" מציין חולה נפש המאושפז בבית חולים פסיכיאטרי מרצונו או שלא מרצונו.

המונח "אחראי על החולה" מציין כל אדם שמוטלת עליו חובה חוקית לדאוג לחולה המאושפז: מנהל בית החולים, מנהל המחלקה, ואנשי הצוות.

## 3. האיסור על מעשה מיני בגוף החולה<sup>4</sup>

נבחין בין מעשה מיני בהסכמה לבין מעשה מיני שלא בהסכמה.

### א. מעשה מיני שלא בהסכמת החולה

חוק העונשין מגן על האדם מפני פגיעה שלא בהסכמתו בגופו ו(אגב כך) בכבודו, על ידי קביעת עבירות שונות נגד הגוף<sup>5</sup>, ובכללן עבירות המין,

3. ראה בחוק העונשין (פרק י', סימן ה'; וראה התיקונים האחרונים בספר החוקים תש"ן, עמ' 196-198).

4. איננו רואים מקום להבחין בין חולה המאושפז מרצון לבין חולה המאושפז אישפוז כפוי.

5. תקיפה. פגיעה. המתה וכו'.

שהעיקריות שבהן הן עבירת האינוס, העבירה של מעשה סדום, והעבירה של מעשה מגונה.

סעיף 35(א) לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א - 1991, קובע, ש"לא תשלל זכות מזכויותיו של חולה ולא תוגבל בדרך כלשהי אלא על פי חוק".

מהוראה זו יש להבין, כי הזכות שיש לכל אדם, שלא יפגעו בו בגופו ובכבודו<sup>6</sup> (ע"י מעשה מיני המתבצע בנסיבות ההופכות את המעשה לעבירה פלילית), לא יכולה להשלל ממנו כשהוא הופך להיות "חולה" (המוגדר בחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 כ"אדם הסובל ממחלת נפש") המאושפז בבית חולים מרצונו או שלא מרצונו. הסייג היחיד האפשרי לכך הוא, אם החוק יתיר זאת. אבל בחוק טיפול בחולי נפש התשנ"א-1991 אין למצוא כל היתר (ולו גם בסייגים) לא במפורש ולא מכללא לביצוע מעשה מיני בגוף החולה, או לחשיפתו לסכנת ביצוע מעשה כזה בגופו.

סעיף 35(ב) קובע, כי "המטרה העיקרית של אשפוז בבית חולים הינה קבלת טיפול רפואי...".<sup>7</sup> מכיוון שאי אפשר לומר שלפי הגישה הרפואית המקובלת קיום מעשה מיני בגוף החולה בניגוד לרצונו<sup>8</sup> הוא חלק מן הטיפול הרפואי - אין כל ספק שמעשה כזה הוא בלתי חוקי בתחום בית החולים כפי שהוא בלתי חוקי מחוץ לבית החולים.

מה הדין כאשר האדם שכופה על חולה הנפש את המעשה המיני הוא עצמו חולה נפש שאינו נושא באחריות פלילית? אין עובדה זו הופכת את המעשה הבלתי חוקי לחוקי; היא מהווה רק סייג להטלת האחריות על עושה המעשה, אך ייתכן שאפשר להטיל על אדם אחר - איש צוות, מנהל המחלקה, מנהל בית החולים - את האחריות הפלילית לעשיית המעשה. נדון בשאלה זו בהמשך.

## ב. מעשה מיני בהסכמת החולה

בעיקרון, כאשר אדם מסכים לעשיית מעשה מיני בגופו, אין המעשה נושא אופי פלילי. אבל יש מקרים בהם החוק לא מייחס להסכמה כל ערך. אחד המקרים הוא כשהמעשה המיני מתבצע בגוף חולה נפש או לקוי בשכלו.<sup>9</sup>

6. לפי טבלת הזכויות של הופלד, מדובר כאן כנראה בזכות מסוג חרות, ואם כן, צריך לדבר על "חרות מפגיעה בגוף החולה ובכבודו"; כדרך שמדברים על (זכות מסוג) "חרות ממעצר לא חוקי".

7. מה הכוונה ב"מטרה עיקרית"? כמטרות נלוות יכולות להיות: הצורך להגן על המתאשפז מפני עצמו, והצורך להגן על אחרים מפניו. אבל כשהמטרה העיקרית לא קיימת - כלומר, כאשר אין צורך בקבלת טיפול רפואי - אסור לאשפוז. (דבר זה מובהר מהמשך הסעיף הנ"ל וכן מסעיף 3 לחוק זה, המורה שאין לאשפוז חולה אלא אם כן נבדק ונקבע הצורך לאשפוז.)

8. או תוך ניצול חוסר הבנתו (=פגיעה בכושר השיפוט) כתוצאה ממחלתו.

9. לכן, כאשר אדם זר בועל חולת נפש (או לקויה בשכלה) בהסכמתה הוא אשם בעבירת אינוס. כאשר הוא מחדיר את אבר מינו או חפץ לתוך פי הטבעת של תולת או חולה נפש (או לקויה

הטעם לכך איננו נעוץ בהנחה שחולה הנפש או הלקוי בשכלו חסרים יכולת פיזית להתנגד, אלא נעוץ בפגם שהחוק מניח שהוא קיים בכושר השיפוט שלהם.<sup>10</sup> החוק אינו מייחס כל ערך להסכמתם, מפני שמטרתו להגן עליהם מפני עצמם; ומטעם זה, אין החוק מייחס ערך גם לעובדה שהיוזמה לביצוע המעשה המיני באה במקרה מסוים מצידם.<sup>11</sup>

#### 4. חובת האחראי להגן על החולה מפני ניצול מיני

סעיף 362 לחוק העונשין קובע:

"... כל המחוייב על פי דין או הסכם לדאוג לצרכי חייו של מושגח הנתון להשגחתו, והוא אינו מספק מזון, לבוש, צרכי לינה וצרכי חיים חיוניים אחרים במידה הדרושה לשמירת שלומו ובריאותו, דינו - מאסר שלש שנים, זולת אם הוכיח שנקט אמצעים סבירים לפי הנסיבות להשגת הדרוש כדי לספק את הצרכים ואין בידו לספקם".

ברישא של הסעיף, הוגדר המונח "מושגח" כ"ילד שלא מלאו לו ארבע עשרה שנים או מי שאינו מסוגל לדאוג לצרכי חייו".

אין כל ספק, לאור לשונו של סעיף זה, שהוא חל על מנהלי בית החולים, מנהלי המחלקות ואנשי הצוות, ומטיל עליהם חובה לשמור על שלומם ובריאותם, מבחינה גופנית ונפשית, של החולים - בין היתר גם מפני מעשים מיניים. אם החובה מופרת (כלומר לא ננקטים אמצעי זהירות מספיקים) אפשר להעמיד אותם לדין על סמך סעיף זה, גם אם לא קרה מאומה. עצם הפרת החובה (בין שנעשתה מתוך כוונה, בין שנעשתה מתוך פזיזות, ובין שנעשתה מתוך רשלנות) מהווה עבירה פלילית. בשאלה מתי החובה תחשב למופרת, נדון להלן בפסקה 6.

בשכלה או לקוי בשכלו), או מחדיר את אבר מינו בפיהם בהסכמתם - הוא אשם בעבירה של מעשה סדום. וכאשר הוא מלטף אותם (לשם גירוי או סיפוק מיני) בהסכמתם הוא אשם בעבירה של מעשה מגונה (ראה חוק העונשין, סעיפים 345(4), 347 ו-345(א)). מקרים נוספים בהם הסכמת קרבן העבירה המינית משוללת כל ערך הם: 1. כשהקרבן היה מתחת לגיל 14; 2. כשהסכמת הקרבן הושגה במרמה לגבי מהות העושה או מהות המעשה; 3. כשהקרבן היה במצב חוסר הכרה או לא היה מסוגל להתנגד מכל סיבה אחרת. הבוועל קטינה, שאינה נשואה לו, ומלאו לה 14 וטרם מלאו לה 16, עובר את העבירה של "בעילה אסורה בהסכמה" (סעיף 346א) שגוררת עונש קל יותר מאינוס; הסכמת הנערה אמנם פגומה, אך אין רואים אותה כאילו לא ניתנה. (יתירה מזאת, אם בנוסף להסכמתה, הבדל הגילים בין הבוועל לבין הנערה אינו עולה על שנתיים, והמעשה נעשה במהלך יחסי רעות רגילים, ללא ניצול מעמדו של הבוועל - אין כאן עבירה).

10. זאת ניתן ללמוד מן העובדה שהחוק מזכיר את שני המצבים הבאים זה בצד זה: 1. חוסר הכרה או מצב אחר המונע התנגדות; 2. היות הקרבן חולה נפש או לקוי בשכלו.

11. השווה: ד.נ. 65/5 אבוטבול פ"ד כ' (1) 561, שכך פסק לגבי יוזמת קטינה שלא מלאו לה 14.

מהו המצב המשפטי כאשר (לא רק הופרה חובה אלא גם) נעשה מעשה מיני? קודם כל, אם תוגש תלונה שתפעיל את המערכת, יוגש כתב אישום המייחס לאחראים על החולה עבירה לפי סעיף 362, ואז, לפי הסיפא של סעיף זה, לא התביעה צריכה להוכיח שהאחראים הפרו את חובתם, אלא האחראים צריכים להוכיח שהם לא הפרו את חובתם. אם האחראים יורשעו בדין, העובדה שהפרת החובה שהיתה מוטלת עליהם גרמה לפגיעה בחולה תיזקף לחובתם בעת שקילת העונש. העונש המירבי עפ"י סעיף זה הוא שלש שנות מאסר. תוצאה משפטית נוספת וחמורה יותר, היא, שבנסיבות מסויימות, ניתן להאשים את האנשים האחראים על החולה בעבירה המינית שנעשתה (אינוס, מעשה סדום, מעשה מגונה) ואז הם צפויים לעונשים חמורים בהרבה. בענין זה נעסוק בפסקה הבאה.

##### 5. אחריותו בפלילים של אדם "הגורם" לעשיית המעשה המיני

ברור שאת מבצעו של המעשה המיני בחולה, אם הוא אחראי למעשיו, ניתן להעמיד לדין. אדם זה יכול להיות: (1) איש צוות; (2) אורח; או (3) חולה שמצבו אינו מוגדר כאי שפיות על פי המבחן המשפטי.

אבל אותנו מעניינת במיוחד אחריותם של האנשים האחראים על החולה הקרוב. סעיף 350 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע: "לענין עבירה לפי סימן זה [סימן ה': עבירות מין] אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה".

מתי ניתן לומר ששמעון "גרם" לביצוע עבירת מין ע"י יהודה? סעיף 350 אינו אומר לנו זאת. הדבר צריך להקבע על פי עקרונות כלליים, שהתפתחו בהקשר לעבירות שאחד מיסודותיהן הוא "גרימת" תוצאה אסורה מסוימת. ההתפתחות העיקרית היתה בעבירות ההמתה, בהן על התביעה להוכיח שהנאשם "גרם" למות אדם אחר. בתי המשפט קבלו את העיקרון כי בנסיבות מסוימות אדם יכול להחשב כ"גורם" למותו של אדם אחר גם אם הסיבה המידית למוות לא היתה פעולתו של הנאשם, אלא פעולתו העצמאית של אדם אחר.<sup>12</sup> נפרט ארבעה סוגי מקרים בהם ניתן לומר שהנאשם גרם שתבוצע עבירת מין בידי אחר.<sup>13</sup>

12. חלק מן הכללים שהתגבשו בפסיקה בנושא "הסיבתיות" (או "הגרימה") המשפטית מופיעים בסעיף 309 לחוק העונשין, אך אין זו רשימה סגורה, ובית המשפט יכול לשאוב מים הפסיקה כאשר הוא נתקל במצבים שלא הוזכרו בסעיף 309 (ע.פ. 11/58 מנקס פ"ד י"ב 1905, 1912).

13. בדברי ההסבר להצעת החוק (הצ"ח תשמ"ו, עמ' 62) נאמר על מטרת סעיף 350:

"הסעיף מרחיב את האחריות הפלילית מעבר לזו שנקבעה בהוראות הכלליות של החוק. מטרת ההרחבה היא לאפשר העמדתו לדין של אדם שבפועל אינו עושה מעשה בזולתו אלא גורם לזולתו שיעשו בו את מעשה העבירה, אף שהמעשה אינו מהווה עבירה לגבי האדם העושה אותו."

## מקרה ראשון

הנאשם, אדם בעמדת כח, מטיל את ביצוע העבירה על אנשים הסרים למשמעתו. דוגמא בענינו: רופא בכיר שולח את יהודה, איש צוות שתלוי בו וסר למשמעתו, לאנוס חולה המאושפזת במחלקה, והלה עושה זאת.<sup>14</sup>

## מקרה שני

הנאשם פועל באמצעות "אדם תמים". שאינו תופס את הפסול שבמעשה שהוצע לו לעשותו. דוגמא בענינו: שמעון, איש צוות, אומר ליהודה, המאושפז במחלקה, לאנוס חולה המאושפזת אף היא במחלקה, והלה עושה זאת.<sup>15</sup>

## מקרה שלישי

הנאשם גורם לקרבן להיות במקום של סכנה מיוחדת, והסכנה מתממשת. לדוגמא, רופא במחלקה נותן הוראה לשים את מיטתו של הנער יהודה ליד

לא צורפו דוגמאות כהמחשה, וקשה לנחש על איזה מקרה חשבו מציעי הסעיף. במקרה הראשון מתוך הארבעה המוכאים להלן, ניתן להעמיד את מי ש"גרם" למעשה לדין גם על בסיס דיני הסיוע או דיני הקשר הפלילי, ובנוסף לזה ניתן להעמיד לדין גם את המבצעים. יש אם כן להניח שההצעה לא נועדה לחול על המקרה הראשון. המקרה השני מיועד כנראה להיות מכוסה ע"י סעיף 350, כי אין המעשה מהווה עבירה לגבי האדם העושה. אבל אין בו הרחבה אמיתית של האחריות; מפני שבמקרה מסוג זה נהוג לראות באדם ה"גורם" מבצע עיקרי. אבל סעיף 350 בהחלט נחוץ עבור המקרה השלישי ועבור המקרה הרביעי (גם כאשר ניתן להעמיד לדין את העושה עצמו).

14. במקרה כזה, יהודה יורשע באינוס, ואשר לשמעון - מקובל לבסס את אחריותו על דיני הקשר הפלילי, או דיני הסיוע, אך לאור תפקידו המרכזי של שמעון במקרה זה ניתן לדעתנו לומר שהוא בצע את העבירה באמצעות אחר, או גרם לכיצועה בידי אחר (יהודה), שנושא גם הוא באחריות לאינוס.

15. אי אפשר להאשים את יהודה (אדם בלתי שפוי) בכיצוע העבירה. דוקא משום כך עמדת החוק היא שניתן לראות את המסית לכיצוע העבירה לא רק כ"מסייע" לכיצוע עבירה בידי אדם אחר שהוא ה"מבצע העיקרי" (נושא בעיקר האחריות לעבירה) אלא כ"מבצע עיקרי" בעצמו, שבצע אותה באמצעות "אדם תמים" המשמש אך מכשיר בידו. זהו עקרון שחל בכל העבירות: לדוגמא, יהודה מבצע בשליחותו של שמעון גניבה, ואי אפשר להעמיד את יהודה לדין בגלל אי שפיות, קטינות, או אי ידיעת העובדות המטריאליות; הגניבה תיחס במישרין לשמעון.

אפשר לראות בשמעון מבצע עיקרי גם כאשר יהודה פעל מתוך רשלנות, שבגינה ניתן - כשקיימת עבירה מתאימה - להעמידו לדין. התנאי לכך הוא, שיהודה לא יהיה מודע לסכנה שתתבצע העבירה בה מעוניין שמעון: פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ב' סעיפים 272 ו-275. (פרופ' פלר סבור, משום כך, שאין התואר "תמים" מתאים. לדעתנו, זה מקרה של שימוש באדם תמים שתמימותו נובעת בין היתר גם מרשלנותו שלו.)

שתי דוגמאות נוספות לביצוע עבירת מין באמצעות אדם תמים:

א. שמעון יודע שיהודה ניסה להרוג, או לאנוס אשה, שעשה תחת השפעת סם מסוכן. שמעון שם, בהתבא, במשקחו של יהודה את הסם הנ"ל, מתוך כוונה שהאירוע יחזור על עצמו, ותוכניתו מצליחה.

ב. מרים, שמעון ויהודה הם שלושה צעירים. מרים ניתקה את יחסיה עם שמעון, והלה שואף לנקום בה. הוא מציג אותה בפני יהודה (שלא בנוכחותה) כאחותו הנימפומנית ומציע לו לבוא עליה. הוא מוסיף שלא ישית לבו לגילויי התנגדות מפני שהיא אוהבת להאנס בכח ולכן מעמידה פנים כמתנגדת. יהודה נותן אימון בדברים אלה, שבנסיבות הענין נראים סבירים, והולך ואונס את מרים.

מיטתו של שמעון, שבנוסף להיותו בלתי שפוי הוא גם הומוסקסואל אלים שתקף נערים בעבר. אם התקיפה המינית מתרחשת אפשר לקבוע כי הרופא גרם לה. זוהי דוגמא קיצונית, אך לדעתנו שייכת לסוג מקרים זה כל דוגמא שבה יועמד הקרבן ללא הצדקה בסיכון מוגבר של מעשה מיני בהשוואה לסיכון הרגיל הקיים מחוץ לכתלי בית החולים. נחזור לנקודה זאת יותר מאוחר.

### מקרה רביעי

הנאשם אינו נוקט באמצעים כדי להגן על הקרבן, שהוא חסר ישע ונתון להשגחתו, מסכנה צפויה של אינוס. מכיוון שהיתה זו חובתו למנוע את האינוס, והאינוס התרחש כתוצאה מהפרת החובה הזאת, שמעון נחשב למי שגרם לאינוס. לדוגמא, שמעון, מנהל מחלקה, מקבל דווח שתולה המאושפז במחלקה ניסה לאנוס חולת נפש המאושפזת גם היא במחלקה, אך אינו נוקט בשום אמצעים כדי למנוע את השנותו של המקרה. למחרת התוקף עושה נסיון נוסף והפעם הוא מצליח. אפשר לומר ששמעון גרם לביצוע העבירה בידי חולה הנפש. קביעה זאת מתבססת על שני כללים:

הכלל הראשון, והרחב, אומר שאדם נחשב כ"גורם" התוצאה אם מוטלת עליו החובה למנוע את בואה והוא מפר את חובתו.<sup>16</sup> כלל שני, ספציפי, החל במישרין על עניינו, נמצא בסעיף 322 לחוק העונשין:

"מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו - בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי - חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, ולדאוג לבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה".<sup>17</sup>

### נתוח "הגרימה" במקרה הרביעי

כדי להבין את המצב המשפטי לאשורו - לאור סעיפים 350 ו-322 לחוק העונשין - נחזור לדוגמא בה פתחנו את הדיון במקרה הרביעי. נניח שבדוגמא

16. לדוגמא: מתקנים מסילת ברזל. על שמעון מוטל התפקיד לעמוד עם דגל אדום במרחק 400 מטר ממקום התיקון בכיוון ממנו עלולה להופיע רכבת ולאותת לה לעצור. שמעון מתרחק למרחק 50 מטר בלבד (מרחק שאינו מאפשר לרכבת לעצור בעוד מועד) או שאינו מאותת. שמעון ייחשב כגורם למותם של מתקני המסילה אם הרכבת תדרוס אותם בגלל אי יכולתו של נהג הקטר לעצור בזמן.

17. דוגמא פשוטה: שמעון מטפל בלוי - שהוא קטין, קשיש, חולה, חולה נפש או לקוי בשכלו, או נמצא במעצר - ואינו מספק לו אוכל או את התרופות הנדרשות. אם לוי מת או נפגע בבריאותו, רואים את שמעון כמי שגרם למוות או לפגיעה בבריאות.

הוא הדין גם כאשר יש אדם נוסף שאפשר לראות גם אותו כגורם למוות. לדוגמא, יהודה דוקר את לוי. לוי מובא לחדר המיון בבית החולים, אך שמעון, הרופא, מתעלם ממנו, ולוי שותת דם עד מוות. שמעון יחשב כגורם למוות של לוי, אף על פי שלוי מת מפצע שנגרם ע"י יהודה. (הן יהודה והן שמעון ייחשבו, כל אחד בנפרד, כגורמי מותו של לוי.)

זאת חולת הנפש נאנסה באכזריות ע"י חולה אחר וכתוצאה מכך היא נפגעה בבריאותה. ניתן לייחס למנהל המחלקה, שידע שאותו חולה ניסה לאנוס את החולה יום קודם, אך לא נקט באמצעים כדי למנוע נסיון נוסף, את התוצאות הבאות:

א. את הפגיעה בבריאות הקרבן: החובה בסעיף 322 "לדאוג לבריאות" אינה רק החובה לספק טיפול רפואי בעת הצורך, אלא גם החובה להגן על חסר הישע מפני אירועים צפויים הצופנים סכנה לבריאותו הפיזית והנפשית, שהאחראי יכול, וחסר הישע אינו יכול, להתגונן בפניהם. זה כולל גם את החובה להגן על שלומו הגופני והנפשי מפני פגיעה בידי אנשים אחרים המועדים לפגוע בו.

לפי סעיף 322, רואים בדוגמא שהבאנו לעיל, את מנהל המחלקה, שלא נקט באמצעים למניעת סכנת האינוס, כמי שגרם לפגיעה שנגרמה לבריאות החולה באינוס האכזרי.<sup>18</sup>

ב. את המעשה המיני עצמו: השילוב של הוראת סעיף 350 יחד עם הכלל הספציפי בסעיף 322, או יחד עם הכלל הראשון הרחב שהזכרנו בנוגע לגרימה ע"י אי מניעה, מאפשר לייחס למנהל המחלקה את מעשה האינוס.<sup>19</sup>

18. ובהתאם לסוג הפגיעה הזאת אפשר להאשים את המנהל באחת מן העבירות הבאות: גרימת חבלה - הכוללת גם, על פי ההגדרה שבסעיף 2 לחוק העונשין, "מכאוב עובר" - כתוצאה מהימנעות מעשיית מעשה שחובה לעשותו (עבירה לפי סעיף 341 לחוק העונשין); גרימת פגיעת קבע בבריאות כתוצאה מהפרת חובה לדאוג לבריאות הזולת (עבירה לפי סעיף 337 לחוק העונשין); ו(גרימת) חבלה חמורה (עבירה לפי סעיף 333 לחוק זה); תקיפת חסר ישע (שגורמת לו חבלה של ממש, או חבלה חמורה - עבירה לפי סעיף 368ב: לענין סעיף זה, נאמר בו במפורש, "חבלה" היא בין גופנית ובין נפשית..); וכנסיכות מסוימות התעללות בחסר ישע (עבירה לפי סעיף 368ג: לענין סעיף זה, התעללות היא גופנית או נפשית או מינית - כך נאמר בו במפורש). "חסר ישע" מוגדר בסעיף 368א' ב"מי שמחמת גילו, מחלתו או מיגבלותיו הגופנית או הנפשית, ליקויו השכלי או מכל סיבה אחרת, אינו יכול לדאוג לצרכי מחייתו, לבריאותו או לשלומו."

כל זאת בתנאי, שיתקיים כמנהל גם היסוד הנפשי הנדרש בעבירה הספציפית שבה מאשימים אותו, בקשר לענין זה ראה הדיון להלן בפסקה 7.

19. אנו מדגישים את האפשרות להשען על הכלל הרחב, כדי לקדם את הטענה שסעיף 322, עפ"י לשונו, מאפשר לנו לייחס לאחראי על חסר הישע את תוצאות הזנחתו רק אם תוצאות אלה הן מוות או פגיעה בבריאות; ואם כי עבירת מין יכולה להוליד פגיעה בבריאות אין לזהותה עם פגיעה בבריאות. אין טענה זו מהווה מכשול בלתי עביר, מפני שחייבים אנו לומר, שסעיף 350, שמדבר על "גרימת" תוצאה, מפנה אותנו לכללי הגרימה (או הסיבתיות) הנוהגים במשפט הפלילי, ואחד מאלה הוא הכלל שהאחראי לחסר ישע נחשב לגורם האירוע שאותו הוא היה חייב למנוע; שאם לא תאמר כן נגיע לתוצאה האבסורדית שרואים את שמעון כמי שגרם לפגיעה בבריאות (לצורך עבירה הקובעת עונש לגרימת פגיעה בבריאות) אם היא תוצאה של אינוס שאותו שמעון היה צריך למנוע ולא מנע, אך לא נראה את שמעון כמי שגרם לאינוס עצמו (לצורך עבירה הקובעת עונש על גרימת אינוס: כתוצאה משילוב הסעיפים 350 ו-345 לחוק העונשין).



## 6. מתי מופרת החובה להגן על החולה בפני ניצול מיני?

עד כאן סקרנו את סעיף 362, הקובע את העבירה של הזנחת החובה להגן על שלומו ובריאותו של החולה מפני (בין היתר) פגיעה מינית; וכן מינו ארבעה סוגי מקרים, בהם ניתן לומר שהנאשם "גרם" שמעשה המין ייעשה (בידי אחר). כדי להדגים את הסוג הרביעי הבאנו מקרה של מנהל מחלקה שמקבל מידע על סכנה מיוחדת לביצוע מעשה מין והפר את חובתו לנקוט באמצעים לסילוקה. אבל מהי אחריות האחראים על החולה במקרים הרגילים, כשחולה עושה מעשה מיני בחולה אחר מבלי שיש לאחראים ידיעה מוקדמת על דבר קיום סכנה מיוחדת שיארע נסיון אינוס? האם קיימת חובה לנקוט מראש באמצעים כדי למנוע מקרים כאלה (שעם הפרתה נוכל לומר, שהאחראי ביצע עבירה לפי סעיף 362, וכן - בלשון סעיף 350 - "גרם שהמעשה ייעשה")? אם כן, מהם האמצעים הסבירים שעל האחראים לנקוט בהם, שאם לא ינקטו - תחשב החובה למופרת?

## מתי קמה החובה לנקוט באמצעים?

החובה הנדונה היא חובת זהירות ספציפית, היינו: חובת זהירות שהאחראי על החולה חב כלפי החולה ביחס לסיכון ספציפי (הוא הסיכון לביצוע מעשה מין ע"י חולה אחר). בעקרון,<sup>20</sup> החובה לנקוט באמצעים קמה כאשר מתקיימים שני תנאים: ראשית, כאשר אפשר לחזות את הרעה; שנית, כאשר צריך לקדם את פני הרעה; ואת פני הרעה צריך לקדם כאשר מדובר בסיכון בלתי סביר. להבהרת המושג "סכון בלתי סביר", נבחין בין הסכנה הכללית בה נתון בדרך כלל חולה הנפש המאושפז בבית חולים פסיכיאטרי, לקיום מעשים מיניים בגופו, לבין סכנה מיוחדת, הקיימת בנסיבות מיוחדות:

א. הסכנה הכללית: ברור לגמרי, שבהעדר אמצעי זהירות, חולת הנפש<sup>21</sup> נתונה לסכנה כללית של ניצול מיני הגדולה במידה ניכרת מן הסכנה הכללית שנתונה לה אשה שאינה חולת נפש בתנאים רגילים. שלוש סיבות לכך: 1. חולת הנפש מוחזקת ליד מספר רב של גברים שיש להם אפשרות פיזית להגיע אליה. 2. הגברים האלה אינם נורמליים. 3. חולת הנפש חסרה כושר שיפוט (ואולי גם חסרה יכולת להתנגד בהתאם לשיפוטה). עכשיו מתחיל להיות רלוונטי המקרה השלישי מתוך ארבעת מקרי "הגרימה" שפרטנו למעלה, המאופייין בכך שהנאשם מעמיד את הקרבן בסכנה מוגברת של פגיעה מסוג מסויים. בית החולים המאשפז חולה לצורך מתן טיפול רפואי מעמיד אותו באופן אוטומטי במצב של סכנה מוגברת להיות קרבן לניצול מיני. מה

20. העיקרון נקבע בדיני הנזיקין - ע.א 145/80, ועקנין, פ"ד לז (1) 113 - אך הוא מחייב גם בתחום המשפט הפלילי.

21. באופן עקרוני, דין אחד לחולה הנפש ולחולת הנפש. אך ניצול מיני של חולת הנפש הוא מצוי יותר.

שמתחייב מכך איננו שבתי החולים יפסיקו לקבל חולי נפש לאישפוז אלא שהם ינקטו בצעדים סבירים לניטרול הסכנה הכללית הזאת - שהיא צפויה, חמורה מבחינת אופיה, איננה מהווה חלק הכרחי של הטיפול הרפואי עצמו, וניתן לנטרלה - ולכן, מכל הטעמים האלה, היא מיותרת, ובהיותה מיותרת היא ממילא בלתי סבירה. אמנם ממדיה הממשיים של הסכנה הזאת אינם ידועים ומטבע הדברים גם לא יהיו ידועים, אבל די בקיומם באופן גלוי של התנאים שמזמינים את הסכנה (החמורה כשלעצמה מבחינת אופייה) בכדי לחייב את נקיטת האמצעים לניטרולה, מה גם שמידע בדבר ניצול מיני של החולים מגיע מדי פעם לידיעת האחראים, קרובי החולים, והציבור הרחב, ומוכיח שאיננו מדברים על סכנה תיאורטית גרידא. מהם אותם אמצעים - נראה מיד. אם האחראים אינם נוקטים בשום אמצעים, או אינם נוקטים באמצעים מספיקים - מופרת חובת הזהירות, ולפי המקרה השלישי והמקרה הרביעי גם יחד, רואים את האחראים, שהפרו את חובתם, כמי שגרמו לתוצאה; ואפשר כמו-כן להעמידם לדין על עצם הפרת החובה גם אם לא היתה לה תוצאה.

ב. סכנה ספציפית: בהבדל מן הסיכון הכללי שקיים בבית החולים לקיום מעשה מין בחולה הנפש, יכולים האחראים לדעת על קיום גורמי סיכון מיוחדים, ואז קמה החובה לסלק את הסכנה הספציפית הזאת.

#### אמצעי הזהירות:

צריך להבחין בין שני סוגי אמצעי זהירות למניעת מעשים מיניים בחולים:

1. אמצעי קבע נגד הסכנה הכללית של ביצוע מעשים מיניים;
2. אמצעים מיוחדים - כאשר קיימים גורמי סיכון מיוחדים.

כאמצעים מיוחדים באים בחשבון: טיפול רפואי מיוחד ל"עבריינים" פוטנציאליים בין המאושפזים, או נקיטת אמצעי כפיה, בידוד, או פיקוח מוגבר; ושמירה מוגברת על קרבנות פוטנציאליים.

כאמצעי קבע באים בחשבון: הפרדה פיזית בין גברים ונשים (קרי: החזקתם במחלקות נפרדות); הפרדה פיזית נוספת בין נוער למבוגרים; ופיקוח מתמיד. לדעתנו, הפרדה פיזית בתוך תחומי בית החולים בתוספת פיקוח יכולים להוות הגנה יעילה, ולכן סבירה, על החולים, אך פיקוח בלבד, בתנאים של אי הפרדה פיזית, איננו יעיל, ולכן אין להסתפק בו. כדי לא להעמיס יותר מדי על הדיון שלנו באחריות הפלילית, דחינו לפרק על האחריות האזרחית את הדיון במספר טענות שאפשר לכאורה להעלות כהצדקה לאי ביצוע ההפרדה הפיזית. הדיון שם רלוונטי גם לענין האחריות הפלילית.

על מי מוטלת החובה לנקוט באמצעים להגנת החולה מפני הסכנה הנדונה? החובה לנקוט באמצעי הקבע, או החובה לוודא אם האמצעים שנקבעו מופעלים, מוטלת על מנהל בית החולים, מנהלי המחלקות ואיש הצוות המקצועי האחראי במקום. החובה לנקוט באמצעי קבע ספציפי או לוודא את הפעלתו יכולה להיות מוטלת גם על אנשי צוות אחרים. החובה לנקוט באמצעי מיוחד נוכח סכנה מיוחדת, מוטלת על כל איש צוות שהסכנה ידועה לו או שחייבת להיות ידועה לו. השאלה אם האחראים פעלו בצורה סבירה כנגד סכנה מיוחדת, תחתך בכל מקרה על פי נסיבותיו ואין כל אפשרות לקבוע מסמרות מראש.

#### 7. היסוד הנפשי שצריך להתלוות ל"גרימת" המעשה המיני

אנו מבחינים בעבירה הפלילית בין שני יסודות: "המעשה הפלילי" - שהוא ההתנהגות החיצונית של העושה; ו"המחשבה הפלילית" - שהוא היחס הנפשי של העושה, בעת העשייה, כלפי התוצאה האסורה. המונח "המעשה הפלילי", כולל גם מחדל מלפעול בשעה שמוטלת חובה לפעול. במקרה שלנו "המעשה הפלילי" מתבטא בהפרת החובה לנקוט בצעדים לסילוק הסכנה הצפויה - סכנה כללית או סכנה ספציפית - של מעשה מיני בחולה בתחומי בית החולים. באופן תיאורטי, היחס הנפשי כלפי התוצאה האסורה, המתלווה להפרה כזאת, יכול להיות משלושה סוגים. האחראי על החולה יכול שלא למלא את חובתו:

א. מתוך כוונה שתושג התוצאה האסורה (זאת אומרת, הוא יודע שיש סכנה כללית או ספציפית לביצוע מעשה מיני, ומעוניין בהתממשותה).

ב. מתוך פזיזות (זאת אומרת, הוא ער לסכנה; ואם כי אינו שואף להתממשותה - לא איכפת לו אם היא תתממש, או שהוא מתעלם ממנה ללא נימוקים סבירים; היינו, הוא פועל בקלות דעת).

ג. מתוך רשלנות (זאת אומרת, מתוך חוסר עירנות לסכנה).

סעיף 350 לחוק העונשין קובע, כאמור, שמי שגורם לביצוע עבירת מין ע"י אחר, כמוהו כמי שמבצע אותה בעצמו. לכאורה, ניתן לפרש הוראה זו בשני אופנים: א. כוונת ההוראה היא כי אם שמעון גורם - בכוונה, בפזיזות, או ברשלנות - לכך שדינה תאנס ע"י יהודה - כמוהו כיהודה, וניתן להרשיעו באינוסה של דינה. ב. פירוש אפשרי שני: בכוונת ההוראה רק להשוות בין שמעון ויהודה מבחינת "המעשה הפלילי" אך לא מבחינת "המחשבה הפלילית". כלומר, מכיוון שבעבירת האינוס המעשה הפלילי הנדרש לצורך ביצועה מתואר כבעילת אשה ללא הסכמתה - ועל כן בדוגמא הנ"ל רק התנהגותו של יהודה עונה על תיאור זה - בא סעיף 350 ומשמיענו שגם גרימת

האינוס מספיקה כדי להוות את המעשה הפלילי הנדרש בעבירת האינוס; אבל עדיין אין להרשיע את שמעון בעבירת האינוס מבלי לבדוק אם קננה בו המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת האינוס.

ההבדל המעשי בין שתי דרכי הפירוש בא לידי ביטוי במקרה בו שמעון גורם לביצוע אינוסה של דינה (או לעבירת המין האחרת) מתוך הלך נפש של רשלנות. לפי דרך הפרשנות הראשונה ניתן להרשיע את שמעון בעבירת אינוס. לפי דרך הפרשנות השנייה הדבר בלתי אפשרי, מפני שכדי להרשיע את העושה עצמו - את יהודה - צריך שיהא לו הלך נפש מסוג כוונה או פזיזות, ולא די ברשלנות.<sup>22</sup> באיזו דרך פרשנות יש לבחור? כלל הפרשנות הרגיל מייחס למחוקק את הכוונה לדרוש לפחות פזיזות כאשר העבירה אינה מציינת מהו המצב הנפשי הנדרש להתהוותה.

ואולם סבורים אנו כי, מבחינה מעשית, בתחום המקרים בהם אנו עוסקים, אין לייחס משמעות גדולה מדי, למסקנה שמן האדם "הגורם" נדרשת לפחות פזיזות. כך, כשמדובר באי נקיטת אמצעי הקבע של ההפרדה בין המינים, יכול בית המשפט לומר שהסכנה הטמונה באי ההפרדה ידועה לכל, ולכן אין לומר על מנהל שלא הפריד בין המינים שהוא "לא היה ער לסכנה", ויש לקבוע שהוא בחר להתעלם מסכנה ידועה (וממשית) ולכן יש כאן הלך נפש מסוג פזיזות ולא רשלנות בלבד.<sup>23</sup> כשמדובר באי נקיטת אמצעים מיוחדים, נוכח גורמי סיכון מיוחדים, המסקנה שהאחראי היה פזיז ולא רק רשלן ברורה עוד יותר.

22. נראה לנו שצריך להבחין כאן בין העקרון המשפטי המקובל, לבין המצב המשפטי למעשה. אשר לעקרון המשפטי: בסעיף 346 הישן לחוק העונשין תשל"ז - 1977 (מקודם: סעיף 153 לפקודת החוק הפלילי 1936) נדרשה ידיעה שהאשה חולת רוח או לקויה בנפשה. לאור השמטת דרישה זו מן העבירה בנוסחה החדש (סעיף 345 (א) (4)) ברור שהמחוקק מסתפק בפזיזות לגבי עובדה זו; דהיינו: די בכך שהנאשם היה ער לאפשרות שהאשה היא חולת רוח או לקויה בנפשה. (או, במילים אחרות, די בכך שהיה לו ספק לגבי הנורמליות של האשה). אבל, למעשה, די ברשלנות: אם הנאשם האמין שהאשה נורמלית בנסיבות שאדם סביר לא היה מאמין בכך, והסתבר אכן שהאשה חולת נפש או לקויה בשכלה, הנאשם לא יצליח בהגנת טעות בעובדה מפני שהטעות לא היתה סבירה. במילים אחרות הנאשם צריך להראות שלא היתה לו כל סיבה לחשוד שהאשה היא חולת נפש או לקויה בשכלה. (השופטת בן פורת אמנם הביעה את דעתה בשתי הזדמנויות - לאחרונה בע.פ. 564/83 דהרי פ"ד מ"ג (1) 617, 626 - שדי בטעות בתום לב כדי לזכות את הנאשם מאינוס, אך גב' בן פורת מודה שאין זה הכלל המצוי ומכל מקום דעתה היא דעת יחיד.)

23. כדומה לכך: כשחוטפים נערה - קיימת אפשרות שהיא מתחת לגיל 16 ונמצאת ברשות אפוטרופוס; ולכן, מי שלא נותן דעתו לעובדות אלה (בהבדל ממי שמאמין שהעובדות שונות) רואים אותו כאדיש להן: ע.פ. 390/62; 291/62 אבו-רביעה פ"ד יז' 2913, 2929 - ז'; וכשכובעלים אשה, תמיד קיימת אפשרות שהיא לא מסכימה, ולכן מי שלא נותן דעתו לענין זה (בהבדל ממי שמאמין שהיא מסכימה) רואים אותו כאדיש לשאלת הסכמתה: ע.פ. 862/80 שבירו 775, 782 ה': "לענין העדר הסכמה בעבירת אינוס יש להסתפק גם ב"פזיזות" של הנאשם שכן לא פחות מהגיל של הנחטף(ת), על הנאשם באינוס ליתן דעתו על שאלת ההסכמה, שהיא השאלה הקרדינלית בפשע חמור זה."

## 8. מעשה מיני שנעשה בפני חולה הנפש

בצד עבירות המגינות על אדם מפני מעשה מיני בגופו, קיימת גם עבירה המגינה על אדם מפני מעשה מיני הפוגע ברגשותיו בלבד. זוהי העבירה של "מעשה מגונה בפומבי" לפי סעיף 349 לחוק העונשין. קרבן העבירה הזאת הוא האדם שבפניו המעשה המגונה נעשה. שני מקרים באים בחשבון: 1. שמעון נבחר ע"י עושה המעשה להיות קרבנו (למשל, א' מאונן בפני שמעון); 2. שמעון רק נוכח (במקרה) בעת ביצוע המעשה המיני בין שניים אחרים. שני המקרים יכולים לקרות במסגרת בית החולים הפסיכיאטרי.

במשפט הפלילי, העקרונות הכלליים שהזכרנו לגבי מעשה מיני בגוף החולה צריכים לחול על מעשה מין שנעשה בפניו. ואולם החוק לקוי בנקודה זאת. נעיר על כך להלן (בפיסקה 11).

## 9. אחריות במשפט האזרחי

לדעתנו, אין ספק שבית החולים ואנשיו האחראים על החולה (להלן: בית החולים) עשויים להתבע בתביעה אזרחית בגין מעשה מין שבוצע בחולה, הן בעילה חוזית והן בעילה נזיקית. נציין כאן רק עיקרי דברים.

## בדיני הנזיקין:

עילת התביעה מבוססת על עוולת הרשלנות, שיסודותיה הם: קיום חובת זהירות; הפרתה; ונוק הנובע מן ההפרה. אפשר לומר שקיימים שני כללים: כלל א. בית החולים חייב לנקוט באמצעי זהירות כדי למנוע את העמדת החולה

1. בסכנה בלתי רגילה; 2. אם היא איננה מוצדקת.

כלל ב. בית החולים חייב לנקוט באמצעי זהירות כדי להגן על חולה חסר ישע מפני סכנות צפויות, גם כשהן רגילות, אם ברור מראש שהחולה הוא חסר ישע להתגונן בפניהן.

המקרה של חולת הנפש הנאנסת (לפי הגדרת החוק) ע"י אחד מן הגברים הרבים, הבלתי שפויים, הנמצאים במשך תקופה ארוכה בסמוך לה, נופל במסגרת הכלל הראשון, מפני שאין ספק שמדובר כאן בסכנה בלתי רגילה שאשה שפויה איננה חשופה לה בחיי היומיום.<sup>24</sup>

האם הסכנה היא גם בלתי מוצדקת? יש לענות על כך בחיוב משלושה טעמים: א. סכנת הניצול המיני איננה נובעת כלל מן הצורך לתת טיפול רפואי (ובודאי לא נובעת באופן הכרחי מן הטיפול הרפואי). ב. החולה ו/או

24. אבל גם אם היינו גורסים שהמדובר בסכנה רגילה, היה המקרה נופל במסגרת הכלל השני, מפני שברור שאין זו סכנה שהחולה עצמה מסוגלת להתמודד איתה, ולכן חייב בית החולים להגן על החולה מפני סכנה זו.

אפוטרופסו אינו מודע לסיכון או איננו נמצא במצב בו הוא מסוגל להעריכו; וגם אם היה מודע לו ומעריכו נכונה - הרי הוא בבחינת "אנוס"; ג. ניתן, באופן אובייקטיבי, לנקוט באמצעים שיבטלו למעשה את הסיכון.

נבחן עתה אם יכול בית החולים להתגונן בטענה שהסיכון הנדון הוא מוצדק או סביר, בשל כל אחד מהטעמים הבאים:

#### א. יחסי מין מועילים לחולי הנפש מבחינה נפשית

יש לדחות את הטענה מכמה טעמים: (1) גישה זו עומדת בסתירה גמורה לגישת המחוקק. גישת המחוקק היא, שהסכמת חולת הנפש (או חולה הנפש) איננה הסכמה, והמעשה המיני שנעשה בגופה - אפילו נעשה ביוזמתה - מהווה עבירה חמורה (בהתאם למהות המעשה: אינוס, מעשה סדום, מעשה מגונה, וכו'), ועל כן חובת בית החולים וחובת הממונים על החולה להגן עליה גם מפני מעשים מיניים הנעשים, לכאורה, "בהסכמתה", ולא להמנע מאמצעי מנע מתוך מגמה לעודד מעשים כאלה; (2) אין ספק שבתנאים של אי הפרדה פיזית, קשה למנוע גם מעשי מין הנכפים על החולה בכח, והרי אין ספק שגם הדוגלים במתירנות מינית בין חולי הנפש אינם סוברים שמקרים כאלו מועילים לחולה מבחינה נפשית; (3) נזק נפשי יכול להגרם לחולה שאינו מעורב במעשה, אלא רק עד לו שלא מרצונו; (4) גם לגבי החולה שמסכימה למעשה, צריך לקחת בחשבון, כנגד הפורקן המיני המידי, את הנזק הנפשי ארוך הטווח לאותה חולה. אם החולה איננה נוהגת במתירנות מינית בחייה הפרטיים - וזה נכון לגבי מרבית החולות - הרי כשתעזוב את בית החולים בודאי תתייטר כאשר תזכר כי בתקופה בה סבלה מחוסר איזון נפשי התנהגה באופן הנוגד את מצפונה וערכיה; (5) טענה התומכת בזכות קיום יחסי המין בין החולים מתעלמת מן האספקט המוסרי. בעל שמביא את אשתו לבית החולים, והורים שמביאים לשם את בתם, עושים זאת בתקוה שיטפלו בה ויבריאוה, ואינם מעלים על דעתם שבמשך התקופה בה תשהה בבית החולים, בהיות דעתה משובשת עליה, היא תשמש אובייקט למעשים מיניים בהסכמת הצוות הרפואי במטרה לקדם כביכול את ריפויה. מבחינה מוסרית גרידא, לאור העדר יכולת החולה להסכים, הרי ללא מתן אזהרה ברורה מראש לבני משפחת החולה על מדיניותו המתירנית של בית החולים - בודאי שאין להרשות לבית החולים לסטות מן הציפיות הסבירות של משפחת החולה בענין זה. אך לדעתנו, כפי שנצביע להלן, גם אזהרה כזאת לא תועיל בהיותה נוגדת את החוק ואת תקנת הציבור.

#### ב. במחלקה מעורבת החולים יותר רגועים

לטענה זו שני פנים. הפן האחד: לצוות יותר קל להשליט משמעת במחלקה מעורבת. אבל נוכח השיקול של טובת החולה, נסוג ומתבטל השיקול

של טובת הצוות, והופך לבלתי רלוונטי. הפן השני: המחלקה המעורבת מיטיבה עם חולה הנפש. הפגישה עם המין השני ממלאת צורך נפשי, וכשהצורך מסופק החולה יותר רגוע. לאור התועלת הזאת שבאי ההפרדה הפיזית בין גברים ונשים, מוצדק קיומו של סיכון לא גדול לניצול מיני. לשון אחרת, האמצעי של פיקוח מקטין את הסיכון הנדון לממדים סבירים. לדעתנו התשובה היא: טוב יעשה בית החולים אם ידאג לספק לחולה תנאים סביבתיים נעימים ככל האפשר. אבל אם בית החולים מספק רצפה יפה אך חלקה, או שהוא מעמיד ספסל נאה לנוחיות החולים, אך פגום, הסיכון הבטיחותי גובר על כל שיקול אחר. הוא הדין במפגש עם בני המין השני. יש להדגיש: ברגע שעמדנו על כך שהרצפה פגומה או שהספסל פגום - כלומר, יוצרים סיכון בלתי רגיל או מוגבר של נפילה - אין זה מעלה ומוריד מה גודלו של הסיכון, מפני שמדובר במצב שבאופן עקרוני הוא בלתי רצוי, ולכן המסקנה שהסיכון הכרוך בו הוא בלתי מוצדק ובלתי סביר אינה תלויה במדידת גודלו של הסיכון.

אנו סבורים שכל הורה סביר שבפניו היו מעמידים את הברירה: האם אתה מעדיף לשים את בתך במחלקה מעורבת - דבר שיתן לה הרגשה טובה אך יעמיד אותה בסכנת אינוס - או במחלקה לא מעורבת, יעדיף שלא להעמיד את בתו בסכנה (אלא אם כן הוא חושב שיחסי מין יכולים להועיל לבתו - השקפה שהחוק לא אימץ אותה). גישתו של הורה כזה תהיה קרוב לודאי: "לא מדוברשך ולא מעוקצך".<sup>25</sup> זאת ועוד: נראה לנו שנוכחות המין השני מרגיע במיוחד את הגברים. ולכן נראה לנו כציני המצב אליו מוכנסות הנשים המאושפזות. הן ממלאות צורך נפשי שיש לגברים, ו"התמורה" שהן מקבלות היא היותן אובייקט לאונס מדי פעם בפעם. ולבסוף, נראה לנו שניתן, במצב של הפרדה פיזית, ליזום מפגשים חברתיים מבוקרים, מעת לעת, בין הגברים והנשים, שיהא בהם כדי לספק את הצורך הנפשי הנדון מבלי להעמיד את הנשים בסיכון.

### ג. בית החולים יוצא ידי חובתו באמצעות פיקוח בלבד

מידה מסויימת של פיקוח נחוצה גם כשיש הפרדה פיזית, ואז הפיקוח יעיל. אבל אין הפיקוח יכול לבוא במקום הפרדה פיזית, מפני שבתנאים של אי הפרדה פיזית, בשים לב למגבלות ההגיוניות על כח האדם, לא יכול להיות פיקוח "צמוד" או "הרמטי". אם, למשל, אדם בודד המוצב ב"תחנת אחות" הוא שצריך באופן תיאורטי למנוע, בין יתר תפקידיו, גישה של גברים לנשים בשעות הלילה, והאירוע קרה משום שהוא נעדר מן התחנה בעת שעשה סיור בחדרים או בעת שהוזעק לאחד החדרים כדי לטפל במקרה דחוף, בית המשפט לא יבוא עמו בטרוניה על כך, וככל הנראה גם לא יבוא בטרוניה עם בית

25. אמנם, לכאורה, השאלה שעלינו לדון בה היא: "מהו סיכון סביר?", ולא "למה יסכים הורה סביר?" אך מותר לבחון את סבירות הסיכון ע"י העמדת השאלה: למה הורה סביר יסכים?

החולים והאחראים על כך שלא דאגו מראש שיהיו באופן קבוע שני אנשים בתחנת האחות. אך בית המשפט יכול לבוא בטרוניה על כך שבית החולים והאחראים, למרות מגבלותיו הידועות של הפיקוח, הסתפקו בו ולא דאגו מראש לקיים הפרדה פיזית.

ד. אי ההפרדה בין המינים הוא נוהג מקובל גם נוהג מקובל יכול להיות רשלני, ולכן בית המשפט לא יירתע מלבחון את סבירותו של נוהג מקובל (ע.פ. 162/53 בראשי פ"ד ט 701; ע.פ. 35/57 שפירא פ"ד יב' 245).

ה. קשיים מנהליים כאשר יוצאים מתוך נקודת הנחה שניצול מיני מזיק לחולה והוא בלתי מוסרי, ברור שצריך לסלק את סכנתו. מכיוון שהדרך היעילה לכך היא הפרדה בין המינים - קשיים אדמיניסטרטיביים אינם בעלי משקל מספיק כדי להצדיק אי נקיטת דרך זו.

דברנו עד כה על תביעה בגין נזק בריאותי, פיזי או נפשי, שנגרם לחולה הנפש עצמו. מן הראוי להוסיף כי הלכה חדשה שנפסקה ע"י בית המשפט העליון ברע"א 444/87, 452; ע"א 80/88 פ"ד מ"ד (3) 397 קובעת כי קרוב משפחה זכאי לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם לו עצמו בגין תאונה שנגרמה לקרובו. במסגרת הלכה זו יכול קרוב משפחתו של חולה נפש לתבוע לדין את בית החולים ואת הממונים על נזק נפשי שנגרם לו כתוצאה ממעשה מיני שנעשה בקרובתו (או קרובו).

#### בדיני החוזים

אין ספק שבהסכם שבין החולה או אפוטרופסיו לבין בית החולים קיים תנאי מכללא (=תנאי בלתי מפורש) שלא להעמיד את החולה בסיכון של ניצול מיני, מכיוון שמדובר בסיכון בלתי רגיל ובלתי מוצדק, ועל כל פנים - סיכון שהחולה חסר ישע להתגונן מפניו. אם בית החולים אינו נוקט באמצעים מספיקים להגנת החולה מפני הסיכון האמור - בית החולים מפר את ההסכם. בשום פנים ואופן אין לראות את החולה או אפוטרופסיו כמסכימים לקבל על עצמם את הסיכון האמור:

א. משום שהם לא מודעים לסיכון כזה, או אינם מסוגלים להעריכו נכונה;  
 ב. מדובר בסיכון שהוא בלתי סביר, ולכן כל חולה וכל אפוטרופוס היו מעדיפים להמנע מהסיכון אילו הברירה היתה בידם. יתרה מזאת, אפילו היה בית החולים מכניס להסכם תנייה מפורשת "באותיות קידוש לבנה" האומרת שהחולה מקבל עליו את הסיכון - היתה תנייה זו בטלה בשל היותה מנוגדת לחוק, שהרי בחוק טיפול בחולי נפש נאמר מפורשות,



בסעיף 35(א), שאין לפגוע בשום זכות מזכויות החולה אלא עפ"י החוק;<sup>26</sup> ואת ה"זכות" בהקשר זה יש להבין גם כחירות (=הזכות להיות מוגן) מניצול מיני.

## 10. סיכום הדיון

### אחריות בפלילים

(1) החוק יוצא מהנחה (שאינה ניתנת לסתירה) כי כושר שיפוטו של חולה נפש פגום. להנחה זו נודעות התוצאות המשפטיות הבאות:

א. מעשה מיני שנעשה בגוף חולה הנפש (ע"י אדם שאינו בן זוגו החוקי) בהסכמתו, ואפילו ביוזמתו, נחשב למעשה מיני שנעשה בניגוד להסכמתו, ומהווה עבירה חמורה.

ב. החוק רואה בחולה הנפש אדם שאינו מסוגל להגן על עצמו מפני מעשה מיני בגופו, ומשום כך החוק מטיל על האחראי על החולה (מנהל בית החולים, מנהל המחלקה, ואנשי צוות) חובה ברורה לנקוט באמצעים סבירים בכדי להגן עליו מפני מעשה כזה.

ג. הפרת החובה הזאת מהווה עבירה פלילית כשלעצמה, בין שנעשה מעשה מיני ובין שלא.

ד. בנוסף לכך, אם נעשה מעשה מיני כתוצאה מהפרת החובה הזאת, האחראי על החולה נחשב למי שגרם למעשה - ובהתאם לסעיף 350 לחוק העונשין, אחת היא אם אדם עושה את המעשה המיני או גורם לו. פירוש הדבר: כשנעשה מעשה מיני בגופו של חולה נפש, ניתן להעמיד לדין את האחראי על החולה, שהפר את חובתו להגן על החולה מפני מעשים כאלה, כאילו הוא גופו ביצע את המעשה בחולה, וגרם לפגיעה הנלווית בבריאותו הגופנית או הנפשית של החולה.

ה. התנאי לאמור בסעיף קטן ד' הוא, כנראה, שלגרימה יתלווה יחס נפשי מסוג כוונה או פזיזות לגבי סכנת הביצוע של המעשה המיני. (וראה עוד בענין זה, להלן, בסעיף 3.)

(2) החובה להגן על החולה כוללת: א. נקיטת אמצעי קבע כנגד הסכנה הכללית של ביצוע מעשה מין; ב. נקיטת אמצעים מיוחדים נוכח גורמי סיכון מיוחדים. בין אמצעי הקבע - הפיקוח אינו יעיל כשהוא לבדו, אלא רק כשהוא מצטרף להפרדה פיזית בין גברים לנשים. נוכח הסכנה הקיימת במצב שבו אין הפרדה פיזית, מוטלת החובה לנקוט באמצעי ההפרדה, משום שלא קיימים נימוקים כבדי משקל המצביעים על התועלת הגלומה

26. אפילו לא היה הדבר נאמר במפורש בחוק היה הדבר מובן מאליו, מכיוון שתגנייה הדורשת מהחולה להסכים לביצוע עבירות מין בגופו, בטלה מחמת היותה נוגדת את "תקנת (=טובת) הציבור".

במצב של אי הפרדה, שיהיה בהם כדי לגבור על משקלה של הסכנה האמורה.

(3) נוכח הידיעה הכללית הקיימת בדבר הסכנה הכללית של ביצוע מעשה מין בחולה, ההתעלמות ממנה יכולה להתפרש כיחס של פזיזות (מסוג אדישות או קלות דעת) - ובכך מתמלאת הדרישה ליסוד הנפשי שצריך להתלוות לגרימת עבירת המין, ולגרימת הפגיעה הנלווית בבריאותו הגופנית והנפשית של החולה.

(4) עקרונית, הדין ביחס למעשה מיני שנעשה בפני החולה הוא דומה.

#### אחריות אזרחית

בית החולים שאינו נוקט באמצעים מספיקים כדי להגן על חולים מפני ביצוע עבירת מין בגופם או בנוכחותם, אחראי כלפי החולה ו/או אפוטרופסיו הן מכח דיני הנזיקין והן מכח דיני החוזים. (האחריות המוטלת על בית החולים מוטלת גם על כל איש מצוות בית החולים שעליו ניתן לומר שבנסיבות הענין היתה מוטלת עליו חובה להגן על החולה המסוים, או חולים בכלל, מפני הסכנה של ניצול מיני.) בית החולים איננו יכול לפטור את עצמו מן האחריות הזאת ע"י החתמת החולה ו/או אפוטרופסיו על הסכמה מפורשת לסיכון הנ"ל.

#### 11. הצעות חקיקה

אנו מפרטים להלן את הנקודות הטעונות פתרון חקיקתי.

(1) בחוק צריכות להתקיים ארבע חלופות יסוד זו בצד זו:

א. מי שמפר את חובתו להגן על אדם חסר ישע מפני מעשה מיני (להלן: הנאשם) - עובר עבירה; ואחת היא אם המעשה התרחש אם לאו;

ב. התרחש מעשה מיני - נעברה על ידי הנאשם עבירה חמורה יותר; ג. התרחש המעשה המיני, ונגרם באמצעותו נזק בריאותי (פיזי או נפשי) לחסר הישע, אפוטרופסיו או קרוביו - נעברה ע"י הנאשם עבירה חמורה עוד יותר;

ד. התרחש המעשה המיני - ייראה הנאשם כמי שגרם לו (ולתוצאותיו הבריאותיות), וניתן להאשימו בביצוע עבירת המין שהתקיימה.

(2) לגבי החלופה הרביעית כדאי -

א. להבהיר מהו היחס הנפשי לתוצאה הנדרש מן האדם הגורם; ב. לתקן את סעיף 322 לחוק העונשין כך שאפשר יהיה להשען עליו לביסוס "גרימת" מעשה המין כנדרש לצורך סעיף 350 לחוק העונשין. (בעוד שכרגע אפשר להשען עליו - כך אפשר לטעון - רק לביסוס גרימת המצב הבריאותי הנובע מביצוע מעשה המין).

(3) יש להתקין תקנות שתפקידן להגן על חולה הנפש מפני ניצול מיני בשני אופנים: ע"י הגדרת (או הבהרת) החובות המוטלות על בית החולים, וע"י יצירת האלטרנטיבה הראשונה הנזכרת בסעיף (1) לעיל. (יש לתקן את סעיף 44(ד) בחוק טיפול בחולי נפש באופן שיהיה ברור שאדם עובר עבירה לפי סעיף זה גם אם הוא עובר על תקנות).

(4) הבהרה בקשר לאחריות הפלילית של עושה העבירה

בסעיף 345 (א) (4) אנו ממליצים לתקן:

במקום: "תוך ניצול מצב של חוסר הכרה... או היותה חולת נפש..."

מוצע: "תוך ניצול מצב של חוסר הכרה... או בהיותה חולת נפש..."

הנוסח הקיים פותח פתח לטענה כי אין הנאשם מנצל את היותה של האשה חולת נפש אלא כאשר הוא יודע שהיא חולת נפש הלוקה ביכולת השיפוט. אבל אם אין הוכחה בדבר הפגיעה ביכולת השיפוט, או שאין הוכחה שהנאשם ידע על קיום פגיעה ביכולת השיפוט, אין לומר שהוא "ניצל" את חולשתה. אבל לפי הנוסח המוצע על ידינו ברור יהיה לחלוטין שהעבירה מבוצעת ברגע שהעושה יודע שהאשה היא חולת נפש; ז"א שהנחת החוק, שכל חולה נפש (וכן כל בעל ליקוי שכלי) הוא בעל פגם ביכולת השיפוט השולל כל ערך מהסכמתו למעשה המין, לא תהא ניתנת לסתירה.

(5) הוספת החסר בעבירת מעשה מגונה בפומבי

סעיף 349 לחוק העונשין קובע:

"(א) העושה מעשה מגונה בפומבי בפני אדם אחר, ללא הסכמתו, או העושה מעשה כאמור בכל מקום שהוא תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, דינו - מאסר שנה.

(ב) העושה, בכל מקום שהוא, מעשה מגונה בפני אדם שטרם מלאו לו שש עשרה שנים, דינו - מאסר שלוש שנים".

המחוקק שכח להתייחס למקרה בו המעשה המגונה נעשה בפני הולה נפש או אדם לקוי בשכלו. כשם שבכל עבירות המין האחרות אי התנגדות או הבעת הסכמה מצד חולה הנפש או הלקוי בשכלו הם חסרי ערך וכאילו לא התקיימו - כך צריך להיות הדין גם במקרה הנדון. על כן, מוצע להוסיף בסעיף 349(ב), אחרי המילים "שש עשרה שנים":

"או בפני אדם חולה נפש או לקוי בשכלו."