

מטבע הדברים, המאמרים בקובץ זה אינם מוזיבים לאף אחת מנקודות המבט שהוצעו לעיל, גם אם שאלות דומות שבות ומפיעות בתלכם. עם זאת, הבהירה לקבצם יחד מקורה בנקודת מבט הרבותית רחבה, הצופה בדאגה בהתפתחות החשיבה הטכנולוגית המדעית לתחומי היים רבים. משום כך אין המאמרים בקובץ עוסקים רק בתופעות טכנולוגיות ומדעיות מובהקות, כגון אינטרנט, טכנולוגיות צילום ואמצעים רפואיים פלאיסטיים, אלא גם בהתרחבות החשיבה הטכנולוגית לתחומים אחרים, כגון גבולות עירוניים, ארגונים ומומנטים ואחריות פלילית.

בהקשר זה ראוי לציין במיוחד את התייחסותו של הוגה הדעות האיטלקי, ג'ורג'יו אגמבי. קטעים מספרו רב ההשפעה, *Homo Sacer*, מופיעים בקובץ זה לראשונה בתרגום לעברית בלוויית הקדמה ביקורתית של עדי אופיר. אגמבי עומד בספרו על ההשפעה מדויקת הלכת של התפשטות החשיבה הטכנולוגית אל התחום הפוליטי, והוא ער, אולי יותר מכל הוגה אחר בן זמננו, לאופן שבו התפשטותה של צורת חשיבה זו מאיימת על קיומו של

הסדר המשפטי.
הגורו רלוונטית במיוחד לדורנו בשל תובנותיו לגבי סכנה הוסיטוריום שתבונה בכל המשטרים המוקדמים המודרניים. סכנה זו אינה אלא סכנת השתלטותה של החשיבה המדעית-הטכנולוגית על היינו הפוליטיים. אגמבי מצביע, בעקבות מישל פוקו וחנה אורבט, על היווצרותם של מנגנוני-כוח שמאיימים את המדינה המודרנית, גם זו המוקדמית, ומאפשרים שליטה האוכלוסייה על אוכלוסיות. עם טכנולוגיות אלה של פיקוח ניתן למנות את מרשם האוכלוסין, מדיניות של בריאות ציבורית, תקשורת המונים ומכללה פוליטית. כתיבתו של אגמבי ייחודית בכך שהיא מעניקה מקום מרכזי למשפט תוך שהיא מבקשת לבחון את היחסים המורכבים שבינו לבין טכנולוגיות הפיקוח החדשות. אלא שבעניין זה, ובניגוד לאופטימיות שהובעה לעיל, אגמבי מביע ספקות רבה ביכולתו של המשפט להיות חלופה לכוונת החוקים הניצבים לפניו. לשיטתו, שורשה של החשיבה הטוטליטרית סמוך במשפט עצמו.

שי לבאי

בקרה גנטית על התנהגות והשלכותה על המשפט הפלילי
זוגמת האלכוהוליים

מאת
דנה פוגץ*, מוטי פידל**

- א. הצגת הדברים
- ב. מבוא
- ג. מדע מול הנחת הרצון החופשי של המשפט הפלילי
- ד. שכרות – ההסדר המשפטי בחוק העונשין לאחר תיקון 39
 1. הצגת ההסדר ועקרונות הדקע
 2. מהו "מצב של שכרות" לעניין ההסדר שבחוק העונשין
 3. משמעותה המשפטית של השכרות לאור סעיף 34ט לחוק העונשין
 4. "שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו" – מה פירושו?
 5. "התנהגות נשלטת ומדעתו" דוקטרינת ההתנהגות החופשית במקור
 6. פקדות התעברה והיחס בינה לבין ההסדר שבחוק העונשין
- ה. תסיס הגנטי של ההתנהגות
 1. מבוא
 2. עדויות ישירות ועקיפות לקשר בין גנטיקה להתנהגות
 3. הכתבה גנטית של אלכוהוליים
- ו. סיווגם הגנטי של צרכני אלכוהול והשלכותיו המשפטיות – מודל ראשוני
- ז. סיכום ומסקנות

א. הצגת הדברים

אדם כולא את אשתו בריחה, מצמיד סכין לצווארה ומאיים עליה ברצח. בהמשך הוא מקיים איתה יחסי מיין בכוח, למרות סירובה והתנגדותה. באירוע אחד תוקף אותו נאשם את אשתו וביצע בבטנה למרות ידיעתו כי נהגתה בבטנה זמן קצר לפני האירוע.¹ בית המשפט מתיר קבלת ראיות המצביעות על כך שאירועים אלה היו חלק ממסכת של אלימות ומריבות על רקע שתייתו לשוכרה של הנאשם. השאלה המיוחדת מקרה זה היא מה דינו של אדם אשר לא נמצא במלוא חושייו, עקב צריכת אלכוהול, בשעת ביצוע עבירות

* מרצה, הקריית האקדמית קריית-אונה.
** רופא, ביולוג ומשפטן.
1 אלה הן עובדות; תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1096/01 מדינת ישראל נ' פלוני, תק"מ 2002 (3) 2138 (להלן: עניין פלוני).

תמורות ביותר. אין ספק כי עובדות עניין פלוני מדינות הישב את מורכבות השאלה התבררית והמשפטית כאשר תוצאותיה התמורות של השתתפות צידיק, כפי שגאה, הסדר משפטי מיוחד לצורך החלת אחריות פלילית על הנאשם. אולם, ואם הייתה דעתנו בדבר אחריותו המשפטית שונה אם היה נתון שפלוני סבל מסוכרות, טופל בתרופות, ובשל רגישות גנטית לתרופה לקה בטיפוגליקמיה (ידידה ברמת הסוכר)? ומה תהיה עמדתנו אם נדע שגורמים גנטיים הם האחראים לשתיותיו וכי אין הוא יכול לשלוט בה? האם נראה את השתייה כמחלה אשר אין הוא אחראי בגין "תופעות הלוואה" שלה? האם יגוב המשפט על ממצאים מדעיים שיוכלו להוות בבידור את הקו בין גורמים גנטיים לבין גורמים סביבתיים, בין לשאלת ההתמכרות לאלכוהול או לפירוק בגוף ובין לתגובותיו האינדיווידואליות של הנאשם על נוכחות זו? האם מידע גנטי צריך להשפיע על דוקטרינות יסוד של המשפט הפלילי, ומה יוכלו השפעה זו להיות? בשאלות אלה ענייננו במאמר זה.

ב. מבוא

בעובדה שעבירות מבוזעות לעיתים בהשפעת אלכוהול אין הידוש, אולם-למה גורמים הביון אורנו למסקנה כי יש מקום לדון בהסדר המשפטי הול על עבירות אלה. ראשית, השתכרות אינה עוד תופעה שולית, ויעידו פסקי-דין מודרניים הרבים הנסקרים במאמר זה, המהווים אך חלק קטן מגוף הפסיקה העצום המתפתח בשנים האחרונות: קטטות על רקע צריכת אלכוהול,² עשיית שימוש בכלי נשק שונים בהשפעת אלכוהול וגרימת תלולות גוף ואף מוות;³ אלימות במשפחה כאשר התוקף שתוי;⁴ נהיגה בהשפעת אלכוהול

2 ברצוננו לציין שכל הדוגמות שירבאו להלן הן אקראיות מתוך מספר רב של פסקי דין דומים בעבודתיהם. בדוגמות אלה אין משום ייחוד. הן נבחרו דווקא בשל העובדה כי הן מייצגות מספר פסקים גדול עד כדי כך שניתן להגדירם כתופעה. ראו פסיקה להלן.

3 ראו, למשל, ת"פ (הרפח) 364/98 מדינת ישראל נ' מצאנב, תק"מח 2001 (2) 2224 (להלן: עניין מצאנב), שבו דקר הנאשם כמה אנשים, לרבות שניים מתבריו שאותם לא זיהה, ואף הרג אחד מהם, על רקע של ריב בין שתי תברות של נערים שיצאו לבלות בדיסקוטק. הנאשם, שסען לשכרות, שתה עובר למעשה כמות נכבדת של סקילה.

4 ראו ת"פ (הל-אריב-יפח) 2463/94 מדינת ישראל נ' משיח, תק"ש 2096 (2) 4959, שבו הורשע אדם בשני אישומים של תקיפת אשתו לשעבר, אימים וכליאת שוא, ובכל אחד מן המקרים שבהם הורשע תקף אותה כאשר היה שתוי. בר"צ (אשרוד) 1547/01 מדינת ישראל נ' קרויפיאש, תק"ש 2002 (1) 726, הורשע הנאשם בעבירות של תקיפה בנסיבות מתמרות, תקיפה הגורמת לתבלה של ממש ואימים עקב אירועים שבהם גרע בתברות להיים. הנאשם הורה כי "לפעמים הייתי חוזר ממסיבה, לא שאני חוזר שיכור לגמרי ועושה בלאגן בבית" וכי "כשלא מצאתי עבודה או קצת התחלתי לשתות, אבל לא עד כדי כך שאקטק לעורה של רופא" (שם). בפסקה 12.5 לפסק-הדין.

שתוצאותיה קטלניות לעיתים⁵ - כל אלה הן תופעות שרשיות הנוק נתקלות בהן לעיתים תכופות למדי. במיזמשפט עצמם הניחו לא אחת כי הקשר בין צריכת אלכוהול לאלימות הוא במוחלט מוסכמה שאינה סיווג הוכחה. כך, למשל, קבע בית-המשפט בעניין פלוני הנכר לעיל כי "שתיית המשקאות המשכרים מגבירה את אלימותו של הנאשם ואת מסוכנותו למתלוננת ולחבריה".⁶ לעיתים, גם הקורבן וגם הנאשם נתונים להשפעת אלכוהול, ודומה שהשאלה מי יעמוד לדון נעשית מקרית כמעט, כמו בעניין פרידמן,⁷ שבו סען נאשם שדקן את אשתו כי "המנוחה הייתה בעת המקרת בגילופין... ועל פי הוראות שבאו בפני בית המשפט המנוחה נהגה להשתכר, ובשעה שהייתה נתונה להשפעת האלכוהול הייתה אלימה".⁸

לחוק העונשין,⁹ ופרק הומן שעבר מאז תקיפתו מאפשר ביקורת עליו כמו גם בדיקת הדרך שבה בתהמשפט מפעילים אותו. שלישית, ותשוב מכל, עדידות מדעית מצטברות מצביעות על משמעות הקשר בין המסען הנגטי של הפרט לבין צריכת אלכוהול ותגובת הסובייקט על נוכחות האלכוהול בגופו. ממצאים מדעיים אלה, שהם אך בתחילת תשיפתם, עוררו אצלנו את השאלה אם התסדר בחוק תולם את ההתפתחויות המדעיות, או שמא דרוש שינוי שביא בתשובת את השפעתם של גורמים גנטיים על ההתנהגות ואת יכולתו של האדם לשלוט בהתנהגותו זו. מסרתנו במאמר זה היא להציג מסגרת חשיבה תיאורית חדשה, צופה פני עתיד, לבחינת יחסו של המשפט הפלילי לעבירות המבוזעות בהשפעת אלכוהול. תוך בחינת השפעתם האפשרית של הממצאים הגנטיים על ההנחות המשפטיות בדבר אחריות בגין ההתנהגות במצב שכרות.

בשאלת היחס בין משפט למדע נדון בקצרה בהמשך, אולם ניתן לציין כבר בשלב זה שגם אם השפעתו של המדע על המשפט אינה מובנת מאליה והמשפט אינו מחויב להפנים אמיתות מדעיות, קשה להעלות על הדעת שהמשפט יתעלם משפע הממצאים המדעיים המתגלים חדשות לבקרים הודות למאמץ הכלל-עולמי לפיצוח הגנום האנושי.

5 ראו, למשל, ת"פ (הל-אריב-יפח) 40144/00 מדינת ישראל נ' סאראת, תק"ש 2001 (1) 84 (להלן: עניין סאראת), מקרה שבו הורשע נהג משאית בעבירות של הריגה, תבלה ונהיגה בומן שכרות. הנאשם נהג כאשר כמות האלכוהול בדמו הייתה כפולה מהמותר, נכנס לצומת באור אדום, פגע ברכב, גרם למוותן של אם ובהתניינות, והאב נפצע באורח קשה.

6 עניין פלוני, לעיל הערה 1.

7 ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 265, פסקה 5 לפסק-דינו של השופט קרמי.

8 כך גם בת"פ 8037/00 (בארשבע) מדינת ישראל נ' גאנדי, תק"מח 2002 (2) 205 (להלן: עניין גאנדי), שבו גרם הנאשם תבלה המורה לצאנית מכורה לסמים, בעוורו את עיניו. בעדות שמע בית-המשפט כי "...באותו הילל המתלוננת הייתה ביקרין, הנאשם היה שיכור, ושניהם נאבקו אחד עם השני".

9 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), הודעת" 1994-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39).

יש להעלות תחילה את שאלת ההשלכות האפשריות של ממצאים אלה על המשפט, ובשאלות אלה ענייננו. מרכזו של מאמר זה אינו הצעת שינויים במודל משפטי קיים, מכיוון שבדיעבד ממצאים מדעיים מלאים לא ניתן ממילא להציג מודל מעין זה; אלא אנו רואים אותו כקריאת כיוון לעתיד אפשרי שבו ישפיעו תגליות מדעיות בתחום הנגטי על החשיבה המשפטית. מכיוון שכך, כל הנאמר כאן הוא בבחינת Research Agenda – העלאת רעיונות ראשוניים למדי שאנו מקווים כי אחתם יפתח אותם בעתיד. בהודו בינו בנשוא האכלותו כמדגים את השאלה של השלכת המשפט הנגטי על האחריות הפלילית, אולם אין ספק שהשלכות הנאמר כאן מרתקות לכת לתחומים רבים ומגוונים אחרים. השענה המרכזית שנפתחה במאמרנו היא שההסדר הקבוע בחוק העונשין, תש"ל-1977, לעניין אחריות פלילית במצב של שכרות והחלכות המתפתחות על-פני אינם ראויים, שכן יש בהם משום סטייה מנורמה יתר על המידה מודינית השלימה ומעקרון האשמה. הממצאים המדעיים תומכים בדעה זו ומחייבים מציאת פתרון חולם שיענה טוב יותר על צורכיהם של נאשמים אינדיווידואליים. מודל כזה ננסה להציג, גם אם בקיומם כלליים, תוך הבחנה בין הנמצאים במצב שכרות על-פי סיווגם לכמה קטגוריות הנשענות על ההבחנות המדעיות.

על-מנת להציג את הנושא הרחב שאנו דנים בו בצורה הטובה ביותר, יתנהל הדיון בדרך הבאה: בפתיחה נציג בקצרה את הנחת-המוצא שלנו לגבי הקשר המצוי בין משפט פלילי למדע, ונזכיר נסיבות קודמות לבסס תיאוריות קרימינולוגיות על ממצאים מדעיים. לאחר-מכן נציג בהרחבה את ההסדר המשפטי לעניין שכרות הקבוע בחוק העונשין ואת "ישומו בפסיקה. נראה כי המצב כיום אינו אופטימלי גם בתנאי החוק הנתונים, שכן לא נברקת לעומק אחריותו האינדיווידואלית של הנאשם. הצגה רחבה זו דרושה לא רק כדי להבהיר את המצב הנוכחי, אלא גם כדי להראות שלא ייזהר קל לשכנע את בתי-המשפט (או את המוקדק) לסמוך את ידם על ממצאים מדעיים שמשמעותם עלולה להיות זיכוי נאשמים (או שליתום לטיפול) באקלים שבו המערכת המשפטית מתייחסת תמיד לציבת אלכותול לא כאל הפרעה פיזיולוגית, כי אם כאל תכונה שלילית הפוגעת בחברה. המצדיקה נשלת אחריות רחבה. נמשך בהצגת הקצ הביולוגי להידושים בתחום הנגטיקה, תוך הדיגשת הבסיס הנגטי להחננה, ונסיים בקישור בין שני חלקים אחרונים אלה – יישומים אפשריים של המידושים המדעיים בקביעת אחריותו הפלילית של הפועל במצב שכרות.

ג. מדע מול הנחת הרצון החופשי של המשפט הפלילי

השענה כי הנחת הרצון החופשי כולה או מקצתה אינה אלא פיקציה אינה חדשה כלל וכלל כמובן, ויקצר כאן המקום לדון אף במקרה המסוימת של דטרמיניזם המבוסס על מדע מול הנחת היסוד של המשפט הפלילי בדבר האדם כיצור אוטונומי, אחראי למפעלו.

10 ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).
11 לדיון קלסי בסוגיה זו, נקשר של מוזלות-נפש וקביעות רופאים פסיכיאטריים אל מול

אולם ניתן לראות במאמר זה שלב נוסף בניסיון להבין את הקתאם בין ממצאים מדעיים לבין התנהגות פוגענית. כבר באמצע המאה השמונה-עשרה נמצאו מלומדים ששענו כי נסיבות פיזיולוגיות, חברתיות ופסיכולוגיות מצמצמות את יכולת הבחירה ומצטבות את ההתנהגות האנושית.¹² דוגמה בולטת ניתן למצוא בכתביו של האיטלקי פרי (Ferri), שגרס כי לפצע סיבות טבעיות וחברתיות משלו, הנמצאות מחוץ "לנקודה המתמטית הקרויה רצונו החופשי של הפרש".¹³

הקרימינולוגיה, שניסחה לספק תיאוריות להתנהגות עבריינית, התבססה לעיתים על הסברים "מדעיים", לרבות נסיונות חודרים וגשנים למצוא שוגות ביולוגיים בין "עבריינים" לבין "האדם הנורמלי", מתוך הנחה כי פגמים ביולוגיים הם כבונות הסמינים להחיותם המתוחות יותר של העבריינים.¹⁴ כך, למשל, אחת התיאוריות שהתפתחו במאה השמונה-עשרה גורעת בשם "פיזיולוגיה", תיאוריה שאפשרה לעוסקים בה, לפי הנסען, לשפוט תכונות אופי ונשיות אישיות על-פי מבנה הפנים והגוף, ואשר התימרה להסתמך על בסיס מדעי.¹⁵ מאוחר יותר שענו אחרים, דוגמת סר גלטון (Galton), כי "להתנהגות פלילית" או "לנשיות עברייניות" יש בסיס תורשתי.¹⁶

הביקורת המרכזית שבמתחה על רוב התיאוריות הללו, ובצדק, ציינה שמדובר בקביעות משפטיות, ראו: M. Moore *Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship* (Cambridge, 1984) כמרכז, מעניין להביא כאן את ניתוחו של Normie על המתנגדים למתן משקל רב לדעת רופאים, שכן "הליברל רצה להגן על הפרש מפני הכוח של הפסיכיאטרים, והשמון רצה להגן על החברה מפני אנשים שיימלטו מתגומל חלום", וכך כולם מתנגדים לקבלת חוות-דעת מדעיות המצביעות על דטרמיניזם. 185 A. Normie *Crime, Reason and History* (London, 1993).

39 על הנחה האוטונומיה הנמצאת בבסיסו.
12 להתייחסות מודרנית לכתביהם של Dawes ו-Dagge (בין היתר), ראו: D. Garland "The Development of British Criminology" *The Oxford Handbook of Criminology* (R. Oxford, Maguire, R. Morgan & R. Reiner eds., 2nd ed., 1997) 11, 23.

13 E. Ferri *The Positive School of Criminology* (Chicago, 1901).

14 לסקירה מקיפה של תיאוריות קרימינולוגיות הקשורות בין עבריינות למאפיינים פיזיולוגיים ולגורמים ביולוגיים, ראו: G. Vold & T. Bernard *Theoretical Criminology* (New York, 3rd ed., 1986) 47-66, 84-107.

15 כן, למשל, בכתביו של Lavater. ראו אובורו: D. Vold & Bernard, *ibid.*, at p. 26.

16 C. Beccaria *Essay on Crime and Punishment* (1764). Vold & Bernard, *ibid.*, at p. 48.

48 ניתן להזכיר כאן גם את ה"פרנולוגיה", הלוא היא תורת האבחון על-פי צורת הגולגולת, ואת מקוריו של ציורה לומברוזו, "שאבחן" את "השיפוט הקרימינולי" ונתן בו סימונים פיזיולוגיים. ראו: Vold & Bernard, *ibid.*, at pp. 50-51.

16 F. Galton *Inquiry into Human Faculty and its Development* (London, 2nd ed., 1907).

תחומי-דעת שונים לחלוטין במסורותיהם, במתודולוגיה שלהם, במהותם.²³ גם אם נניח שהמשפט והמדע מתפסים שניהם אחד "אמת", אין ספק שהחידוש נעשה בדרבים שונים, והאמת המשפטית אינה זהה בהכרח לאמת המדעית.²⁴ כך, למשל, בית-משפט גרש להכריע בין שתי גרסות שונות של אמת, והוא יכול להעדיף "אמת" אחת גם אם נותרו לו ספקות. שופטים (וזכריי-מושבעים) מצפים לקבל שתי "אמיתות" שונות. לגבי המדע, לעומת זאת, לאמת אין ערך תועלתני. האמת היא דרך יותר מאשר תוצאה, והחידוש הוא בשיטתה, ולא בשימוש שייעשה בה.²⁵ והאם תבדלים אלה מוזעים הסתמכות של המשפט על המצאים מדעיים?

אין אנו מבקשים להגיע כאן לקצוניות זוגות זו של כמה מהאי-אליסטים האמריקאים, דוגמת פראנק (Frank) או לואלין (Llewellyn) (בכתביו המקדימים, שאפו ל"לימוד מדעי של המשפט" או להפליכתו של תהליך השיפוט למדע יישומי.²⁶ מבקריהם טענו כי הם התעלמו מהאופי הנורמטיבי של כללים משפטיים, וניסו להחליפם בהצמדות מדעיות הקובעות צורות אחרות להתנהגות האנושית.²⁷ אנו מקבלים את הקביעה שכללים משפטיים הינם נורמות התנהגות, ואינם, כשלעצמם, נכונים או שקריים. עם זאת נקבל כאנטי-סוד להשיבתנו את אמירתו של טווינג (Twining) כי חשיבות הייאליסטים היא בהכרה כי המשפט אינו "ממלכה בפני עצמה" כי אם דיסציפלינה שצריכה לשתף-פעולה

23 בעניין Mercado v. Ahmed 756 F. Supp. 1097, 1100 (1991) העיר בית-המשפט הפדרלי, לעניין קביעות ממצאים מדעיים, כי אי-יכליפי שגם הקיטליה המשפטית וגם זו המדעית מבוססות שתיים למצוא את האמת, שיטותיהן ומטרותיהן שונות.

24 כפי שטענו, למשל, שופטת בית-המשפט הפדרלי לערעורים של אוצור-הברית, פאלין ניומן (Pauline Newman), ב: "The Testing of Justice" 57 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. (2000) 419
 25 ניסויים פועל בה ניתן לקרוא, למשל, ב: "The Poverty of Historicism" K. Popper, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, M.D.A. Freeman ed., 6th ed., 1994) 35

26 לדיון מורחב בסוגיה, ראו: R. Forniaš "Analyzing Scientific Evidence: From Validity to Reliability with a two-step Approach" 24 *St. Mary's L. J.* (1992) 223, 233. ראו עניין 1100, at p. 1100, *supra* note 23, שם נאמר כי המדען מחפש את האמת לשם מציאתה, ולא לשם השגת מטרות תועלתניות.

27 ראו תוך השוואה ל"מדע המשפט" של הורמליסטים: N. Duxbury *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford, 1995) from p. 80
 לסקירה של הייאליסטים האמריקאי והביקורת עליה, ראו: *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, M.D.A. Freeman ed., 6th ed., 1994) 656-670; J. Frank "Law and the Modern Mind" *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, M.D.A. Freeman ed., 6th ed., 1994) 679; K. Llewellyn "Some Realism about Realism" *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, M.D.A. Freeman ed., 6th ed., 1994) 686

בתיאוריות היפותטיות לחלוטין, מבלי שתונח להן בסיס מדעי מוצק.¹⁷ הפתולוגיה, למשל, נעלמה מהישג המדעי כאשר לא הוכחו מושגי-היסוד של "איברים פיזיולוגיים של המוח" או יחסם להתנהגויות מסוימות. גם התיאוריות "התודעניות" בוקרו קשות עקב פגמים מהותיים, דוגמת התעלמות הכמטפ מחולשת מגורמים סביבתיים.¹⁸ העניין בקשרים אפשריים בין ביולוגיה לבין תכונות אופי ודרכי התנהגות, הוצגו להבין התנהגות במונחים מדעיים, בעיקר כאשר מדובר בהתנהגות פתולוגית, כל אלה אס-כן אינם חדשים. האם טענה לדיסציפלינה גנטי התנהגותי היא רק חוליה נוספת בשרשרת זו, טענה שדיונה להיות מופרכת? ברנרד (Bernard) ויולד (Vold) מציגים כי אופיין דיסציפלינר של התיאוריות "מדעיות" נתקלו באי-אחידה בציבור, שכן עליפי תיאוריות אלה, היה גורלם של אנשים נתון בידי האנטיסמי הפיזיולוגית שלהם. האדם לא נראה עוד כאדון לגורלו,¹⁹ והאין זה המקרה גם בענייננו? אין אנו סבורים כך.

נקודת-המוצא של התנהגות המוכתבת גנטית, כמו נקודת-המוצא של התיאוריות שותארו לעיל, היא התנהגות כי מקורה של התנהגות ביולוגית.²⁰ אולם בניגוד לויכוחים קודמים בדבר nature v. nurture, הזכרה כיום היא כי הביולוגיה אינה משקפת את התמונה כולה. המדע מכיר בכך שהצורות בדבר "אין הקובע התנהגות" לא הוכחו (עדיו) מדעית, ומתרחק מדיסציפלינה כוללני לעבר הסתברויות.²¹ הביי-קיימיולוגים אוטוד (Osgood) ורווא (Rowe) ציינו בשנת 1984, בהחיות רבה, כי רוב התכונות קשורות לגנים רבים, ולא לוג יחיד, וגורמים גנטיים יכולים להיות רק השלב הראשון בכל תהליך סיבת המוביל להתנהגויות חברתיות.²² אולם גם אם בוחרות ניתן לדאוג כי המדע מתחיל לפתח כלים לבדיקה מדויקת יותר של הקשר בין הגנים להתנהגות, בעיקר כאשר מדברים על תכונות ספציפיות כאלה הנידונות כאן, הסתברות התנהגות לא כלולה ויכולת פירוק בנפרד, ולא טענות כלליות כגון "גנטי עבריינית". המשפעות היא כי לא כל זיהוי גן ייביל לטענת דיסציפלינה, היעדר יכולת בדיקה, כפי שנמנע בהמשך, המדע יועיל בבדיקת אותה הנחה שהמשפט הפלילי מנסה להגיע אליה כבר היום: בדיקת התיאוריות המוסרית הסובייקטיבית של האדם המסוים בפני מסוים של התנהגותו.

משעברנו את משוכת התיאוריה הקרימינולוגית, מתעוררת שאלה גדולה לא פחות: מוזי משפעות המשפטיות של ממצאים מדעיים אלה? גם אם לפנינו ממצאים מדעיים מוכחים המסוגלים להסביר בצורה מדויקת את הגורמים להתנהגותו של אדם מסוים, האם נגזרת מכך מסקנה משפטית כאשר לטוח אחריות הפלילית למעשה? והיא מדובר בשני

17 Vold & Bernard, *supra* note 14, at p. 49
 18 *Ibid.*, at p. 86
 19 *Ibid.*
 20 ראו: 83 "A Complex Relationship" J.D. McInerney "Genes and Behavior – A Complex Relationship" (1999) 116 *Judicature*
 21 *Ibid.*
 22 D. Rowe & D.W. Osgood "Heredity and Sociological Theories of Delinquency: A Reconsideration" 49 *Am. Soc. Rev.* (1984) 526, 527

של שעות, הניתנות לסיווג כחלק מהסוגיה הראייתית הקשורה לתופעתו של מדע בבית המשפט. גם אם נקבל את תגות היסוד כי ניתן להיעזר במדע, שאלות שיעלו יזמי כיצד יש להציג את המדע לפני בית המשפט, קבילותן של הראיות מדעיות חדשות, תשום של משפטים מתדירות למערכת המשפט של מה שמכונה לעיתים Junk Science³³ וכיצד להימנע ממנו, שאלות שברון בן בקצרה מאוד לקראת סיומו של המאמר.

ד. שכרות – ההסדר המנטטי בחוק העונשין לאחד תיקון 39

1. הצגת ההסדר ועקרונות הרקע
בניגוד לצריכת סמים נרקוטיים, השכרות עצמה אינה מהווה עבירה פלילית, ועניינו של מאמר זה אינו בעבירות המיוחסות למעשים ספציפיים הנעשים בהשפעת אלכוהול או סמים (דוגמת נהיגה בשכרות), כי אם בהסדר הכללי הקבוע בחוק העונשין כאשר עשה העושה, בהיותו שיכור, את היסוד ההתנהגותי של עבירה פלילית שאינה מיוחדת לשכרות.³⁴ הסדר מיוחד נדרש במקרים שבהם שללה השכרות את אחד היסודות הנדרשים להתחלת העבירה. ואומנם, ההסדר הקבוע בחוק העונשין חל רק במקום שבו חסרה הנדרשת בשעת עשיית המעשה, היכולת השכלית להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשיו, או שהיה חסר יכולת של ממש להימנע מעשיית המעשה (להלן: שכרות מלאה).³⁵ והן מקום שבו עקב שכרות חלקית, לא היה המבצע מודע לאחד מיסודות העבירה (להלן: שכרות חלקית).³⁶

תיקון 39, סעיף 34 הנדון מהווה חלק ממנו, אימץ למעשה את "עקרון האשמה",
נשנים ואחרונות ניתן למצוא ספרות רבה בשאלות אלה, בעיקר בתחום דיני העונשין.
ראו, למשל: L. Rev. 3
33 חוק העונשין מגדיר אומנם "שכרות" גם כמצב שבו נלקחים סמים נרקוטיים, כהגדרת סעיף 34(ב) לחוק, אולם אנו נהרצו במאמר זה בשכרות הנובעת מצריכת אלכוהול. דוגמה אחת להחלת ההסדר שבסעיף 34 על נאשמים שנמלו סם וגרמו במחול למוט נעוה ח"פ 193/99 מדינת ישראל נ' אברגיל, דינים מחוץ למס' 410, פסקה 64 לפסק הדין. הסדר ספציפי אחד שנתייחס אליו ין בנהיגה בהשפעת אלכוהול בעיקר לנוכח השילוב המתחייב בין הסדר זה להסדר הכללי בדבר שכרות בעבירות הנהיגה בתאונת דרכים, למשל.
35 כהגדרת סעיף 34(ב) לחוק העונשין. נתייחס בהמשך לעבירות המיוחסות למצבי שכרות, בעיקר נהיגה בהשפעת אלכוהול, אולם רק על דרך ההשוואה להסדר המיוחד הנוגע בשכרות. סעיף זה וחוקי את סעיף 20 לחוק העונשין (לפני כן סעיף 15 לפקודת החוק הפלילי, 1956).
36 כהגדרת סעיף 34(ב) לחוק העונשין.

עם מדעי החברה, עם סוציולוגיה, פסיכולוגיה, כלכלה וכדומה.²⁶ בעיות משפטיות ניתן בהחלט לפתור באמצעות פניה לשיטות הפעולה ולבקורות המבט של המדעים. התוכנה שהנתחה אותנו היא, כדברי רובינסון (Robinson): "יש לחפש במדעי הטבע עובדות ועקרונות ישימים למשפט."²⁹

נקודת-המוצא שמאמר זה מתבסס עליה היא אס"כ. שגם אם המשפט אינו הייב להתאמץ על המדע, יש לנסות לגשר על הפערים הנוצרים וגדלים בין השניים. מכיוון שכלים חוץ-משפטיים אלה עשויים לתרום לתוכן המשפט. על המשפטן לפנות לעזרת המדע בהירות, ללא קבלה עיוורת של הממצאים המדעיים, מתוך שיקול-דעת. בהקשר זה יש לזכור גם שבשנים האחרונות גמתחת ביקורת על הדרך השמרנית שבה משפטנים רואים לעיתים קרובות את המדע כמליך אוניקסיברי, נישרלי, מבוסס על חוקים יסודיים ומוחלטים, ועל"כ מייחסים לו דיוק ואמינות שאינם נמצא בהכרח.³⁰ המדענים עצמם מכירים בכך שתמדע, כמו המשפט, אינו מתקיים בריק, ושדעות וערכים שחיים בהחלט להשפיע על השיטה המדעית.³¹ בכל אלה אין משום הצדקה לשלילת הידע המדעי במשפט, אלא קריאה להפעלת שיקול-דעת.

דר"שה זה בין המשפט למדע יהיה ייעיל במיוחד כאשר ביכולתו של המדע להביא לידי כך שהמשפט ישרת טוב יותר את מטרותיו שלו; במקרה הנדון – את עקרון האשמה, ואולי גם אם משרת המניעה של עבירות עתידיות, אם יוכל המדע להציע פתרונות שיפוליים על-ידי יצירת מערכת רגישה יותר למידת אחריותו של הפרט.

יתר על-כן, הנושא הנדון כאן – יחסו של המשפט לצריכת אלכוהול, מבטא ממלא הסתמכות של המשפט על ממצאים מדעיים, שהיי המשפט אינו מהסס לבסס את כלליו על ממצאים אלה.³² כך, למשל, קביעת חוקי בעניין ריכוז האלכוהול המותר לנהיגה מסתמכת על ממצאים שלפיהם כישוריו של האדם הוגדלו יפגעו ברמת ריכוז מסוים של אלכוהול בדמו. לא ניתן לומר שמדובר בנורמה המנותקת לחלוטין מהמדע. אשר על-כן, סוגיה זו נראית כנקודת-פתיחה טובה למשפט הפלילי לנסות להתקרב לממצאים חדשים אך יותר. התבדלים בין הדיסציפלינה המשפטית לזו המדעית מעלים לעיתים סוג נוסף ונפרד

28 ראו: W. Twining "The Significance of Realism" *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, M.D.A. Freeman ed., 6th ed., 1994) 723
29 E.S. Robinson "Law – An Unscientific Science" 44 *Yale L. J.* (1934) 235, 248
30 Fomiah, *supra* note 25, at p. 239
31 קיימת ספרות ענפה בנושא. בהקשר המשפטי, ראו, למשל: B. Black "A Unified Theory of Scientific Evidence" 56 *Fordham L. Rev.* (1988) 595; S. Morse "Crazy Behavior. Morals in Science: An Analysis of Mental Health Law" 51 *S. Cal. L. Rev.* (1978) 527
32 בולטת במיוחד בהקשר זה הקביעה שכל אדם שנהוג כאשר ריכוזו אלכוהול מסוים העולה על המותר מצוי בדמו ייחשב שיכור, וזאת על-סמך ממוצע כלשהו. ראו התייחסות בהמשך לעבירות נהיגה בשכרות. ראו: 35 Cal. 3d 257, *Burg v. Municipal Court*, 35 Cal. 3d 732 (1983) (להלן: עניין *Burg*).

המדינה את חשיבותה של המחשבה הפלילית שבבסיסה נמצאת מודעותו של האדם לכל יסודות העבירה; במילים אחרות, חיוני שהיה לבאדם יחס קוגניטיבי כלפי המציאות הרלוונטית.³⁷ ברי כי דרישה בסיסית עוד יותר היא כי תהיה לאדם שליטה במעשיו.³⁸ עיקרון זה גובע מדמות האדם בבסיס המשפט הפלילי שבה נדון באמור, זה, אדם שהוא, כדברי פרופסור מרדכי קרמיניצ'ר, "בעל אוטונומיה מוסרית, בעל יכולת בסיסית להבין את המציאות ולהבחין בין טוב לרע".³⁹ או כדברי פרופסור אשוורד (Ashworth), בהסבריו את מרכיבות המחשבה הפלילית: "הלגיטימיות של משפט פלילי מודרני מבוססת במהותה על המושג אחריות אישית".⁴⁰

אשר על-כן, עקרונות יסוד אלה, המאיימים את האוטונומיה וכופר התחיה, וראשון בהם "עקרון האשמה", מהייבטים לא להטיל אחריות פלילית כאשר לעושה אין כושר שכלי או רצוני להעריך את התנהגותו או כאשר לא היה בידו לבחור לנהוג בדרך אחרת, כפי שאכן נקבע בחוק העונשין.⁴¹ מכאן, מקום שבו אין לעושה בשעת מעשה, מהמת שכרות, יכולת שכלית להבחין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשיו, או שאין לו אפשרות רצונית לשלוט בהתנהגותו, אין לכאורה להטיל עליו אחריות כזו. יתר על-כן, מאחר שעקרונות המשפט הפלילי, כפי שנקבעו בתקון 39 לחוק העונשין, מהייבטים מודעות לכל רכיבי העבירה ככל שמדובר בעבירות מודעות פליליות, גם אז, לכאורה, לא יהיה צורך להטיל ותוצאתה היא אי-מודעות לפדס מודעי העבירה, גם אז, לכאורה, לא יהיה צורך להטיל אחריות פלילית בניגוד עבודה של מחשבה פלילית.⁴² בכל אזה ממצב השכרות המשפט לא קיים בשעת מעשה היסוד הנפשי הנדרש לשם תהוות העבירה, מתגוררת בסעיף 20 לחוק העונשין, החל על כל עבירה של מחשבה פלילית, או שהנאשם לא נמצא בפליליות.⁴³ מאידך גיסא, עקרון האשמה אינו מוחלט, ואפילו המתחייבים לכבוד האדם כאל ערך שיש לבסס עליו גם את האחריות הפלילית אינם סוברים שכל חוק המטיל אחריות פלילית

37 ראו סעיף 19 לחוק העונשין הקובע את הוהחבה הפלילית כבררת המחל של האחריות הפלילית. בצירוף עם סעיף 20 לחוק המגדיר מחשבה פלילית מולי. וראו דברי הוסבר של מנסחי הצעת החוק: S.Z. Feiler & M. Kremnizer "Proposal for a General Part of a New Penal Law - Introduction" 30 I. L. R. (1996) 36, from p. 49.

38 וראו סעיף 134 לחוק העונשין הקובע את ההנהגה של היעדר שליטה.

39 מ' קרמיניצ'ר "עקרון האשמה" מוקרי משפט יג (תשר"ו) 109.

40 ראו: 151-152 (1995) Ashworth Principles of Criminal Law (Oxford, 2nd ed., 1995).

41 ראו סעיף 134 לחוק העונשין שעניינו היעדר שליטה וסעיף 134 שעניינו מחלת נפש המובילה לפגמים קוגניטיביים או רצוניים.

42 ראו הגדרת המחשבה הפלילית בסעיף 20 לחוק העונשין, ויודגש כי סעיף זה שולל קיומה של "פזיות אוניקסיבית", הואיל ומודעותו של העושה נבחנת. ברי כי עניינו המרכזי כאן הוא בעבירות של מחשבה פלילית, ולא בעבירות רשלנות, אף שגם לגביהן עשויות להתעורר שאלות.

43 ע"פ 5002/94 בן איסק נ' מדינה ישראל, פ"ד (מס') 151 (להלן: עניין בן איסק). ראו דברי השופט קרמי, שם, בע' 163.

במעורר אחריות מוסרית, כדבריו של עדי פרוש, הינו בלתי-חוקתי בהכרח.⁴⁴ האם הסדר השכרות פוגע בנאשמים בימינה העולה על הנדרש?⁴⁵

בני שקיים אינטרס חברתי תועלתני בהרתעה מפני כניסה למצבים שבהם אינטרסים חברתיים שונים עלולים ליהפך, בנייהם אינטרסים המוגנים על-ידי המשפט הפלילי, ואין ספק שבנייה למצב של שכרות מסכנת אינטרסים רבים.⁴⁶ ספקי-הוויי המאוחרים במאמר זה מעדיים כולם כי להתנהגות במצב של שכרות יש לא-פגם תוצאות חמורות ביותר, לרבות פגיעה בגופו של אדם ואף נטילת חיים. אחת הדוגמות הברורות ביותר היא זו של בנייה במצב של שכרות, ומעטים יהלוקו על הצורך בהרתעה עוד בשלב הראשוני, השלב שבו אדם מחליט לנהוג כאשר אינו נמצא במלוא חושיו. כך, למשל, השופטת סוקולוב מציינת בעניין סאדא, כשיקול לתומרת העונש, כי "בתי המשפט פסקו לא פגם כי תופעת השכרות תולדת ומתרחבת לאחורונה, ושומה על בתי המשפט לתרום את חלקם במאבק נגד הקטל בדרכים, על ידי הטלת עונשים משמעותיים על הללו הנהגים בכלי רכב ברישות חרבים כאשר הם מצויים תחת השפעת משקאות משכרים, אשר מכרסמים ופוגעים ביכולתם לשלוט בכלי הרכב, וזאת על מנת להרתיע אותם ואחרים שכמותם".⁴⁷

מטרת הרתעה בולטת במיוחד כאשר מדובר באלמנטים במשפחה. הקשר בין שתייה לשוכרה לבין אלימות, במיוחד כאשר אלימות זו מתפרצת כלפי בני משפחה, כלפי חלשים יותר, גשים וילדים, הניב לא-אחת את בתי-המשפט לקבוע כי "שומה על בית המשפט להרתיע לא רק את הנאשם, כי גם עבריינים בכוה, מלבד עבירות דומות כלפי בנות זוגם, עבירות שהפכו לאחורונה בה נפוצות בחוזותינו". קביעה זו נקבעה לגבי נאשם שביצע נגד אשתו, בעת שכרות, עבירות המורות של אינוס, כליאת שוא, אימים ותקיפה.⁴⁸

חוק העונשין קובע כיום הסדר כולל ומקרי לעניין השכרות:⁴⁹

44 ע' פרוש ציוות. אחריות וחוק הפלילי: סוגיות משפטיות בראי פילוסופי (תש"ו) 177 והלאה.

45 כלשון פסקת ההגבלה המופיעה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150. וראו פרוש, שם, מע' 182, בקורת על תיקון 39 אשר סטה מעקרון האשמה והטיל אחריות פלילית "למצלה מן הנדרש" לעניין עבירות אחריות מוחלטת.

46 לקשר בין מטרת הרתעה וסדר האחריות הפלילית במצבי שכרות, ראו מ' גור-אריה "שכרות בדני העונשין" משפטים יג (תשמ"ז) 183, 188-189.

47 עניין סאדא, לעיל הערה 5, בע' 86. נזכר כי סאדא הורשע לא רק בעברת בנייה בשכרות כי גם בעבירות הריגה וגרם חבלה.

48 ראו עניין פלוני, לעיל הערה 1. מעניין כי בפרשה זו עסק בית-המשפט בהתמכרותו של הנאשם לאלכוהול, אולם קבע כי השתייה לשוכרה אינה נימוק לקולא, אלא לחומרה (פסקה 5 לפסק-הדין). מכורכן קבע בית-המשפט כי "הנאשם מכחיש את התמכרותו למשקאות משכרים, אינו מודע למצבו, ונעדר מוטיבציה לשיפור...". אשר על-כן נגוד דינו למאסר ממושך ללא קבלת תשלומים מילוליות. לפסיקה נוספת ראו לעיל הערה 4.

49 לתיאור ניתוח המצב המשפטי בחוק הישראלי לפני תיקון 39, אשר בו אין אנו עוסקים

34" שטרות (תיקון: תשנ"ד)
 (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו.
 (ב) עשה אדם מעשה במצב של שכרות והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעתו, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או בארשות אם העבירה מותנית גם בתוצאה.
 (ג) גרם אדם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה, רואים אותו כמי שעבר אותה במחשבה פלילית אם היא עבירה של התנהגות, או ככוונה אם היא מותנית גם בתוצאה.
 (ד) בסעיף זה, 'מצב של שכרות' - מצב שבו נמצא אדם בהשפעת הוסר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להכין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה.
 (ה) סעיפים קטנים (א) - (ג) חלים גם על מי שלא היה חסר יכולת כאמור בסעיף קטן (ד), אך עקב שכרות חלקית לא היה מודע, בשעת מעשה, לפרט מפרטי העבירה."

הדרך שבה בחר המשפט הישראלי, כמו שיטות משפט זרות, היא דרך של "מתחתיות" האחריות לאחר, משלב המעשה לשלב הכניסה למצב הפסול.⁵⁰ לביטוי של האחריות הפלילית עובר לשאלת יחס הנפשי, הדינמי, של הנאשם בשלב הראשוני-מכלפי עצם ההמצאות במצב של שכרות.⁵¹ דבר זה ניכר כבר בהצעת החלק הכללי לחוק העונשין,

כאן, ראו גור-איייה, לעיל הערה 46, מע' 196, וראו פסק-הדין המבטא: ע"פ 315/66 כ"י שבת ג' הוינץ המשפטי, פ"ד כא(ו) 197, שבו פירש הנשיא אגרוש את סעיף 15 לפקודת הונוק הפלילי, 1936 (לימים סעיף 20 לחוק העונשין) בדרך שמשמעותה כי בכל מקרה של שכרות מלאה, אין להטיל על העושה אחריות לעבירה של מחשבה פלילית.
 50 לסקירת כללי המשפט המקובל, ראו: N. Lacey & C. Wells *Reconstructing Criminal Law* (London, 2nd ed., 1998) 202-219.
 51 וראו, ברומה לך: Proposed Official: "Self Induced Intoxication" means intoxication... caused by substance which the actor knowingly introduces into his body, the tendency of which to cause intoxication Draft, May 4, 1962, 18 USCS No. 17 (1997), section 2.08(5)(b): "Self Induced Intoxication" means intoxication... caused by substance which the actor knowingly introduces into his body, the tendency of which to cause intoxication...".

אין בשכרות רצונית משום הגנה מפני עבירות פזיות. הונוק האמריקאי הרחיב לכת אף יותר, בהחילו את ההסדר גם על כניסה ברשלנות למצב של שכרות, ובקובע כי שימוש רצוני בסמים על-ידי הנאשם או שכרות בזמן מעשה לא ייחשבו כצורך למחלוא הנפשית או הפוגם הנפשי בהחלטה אם לא היה הנאשם מסוגל להבין את הטבע והמחלות או את הפסול שבמעשהו, מכיוון שאי-שפיות החלחלה במידה כלשהי בשכרות רצונית אינה מעבר לשליטתו של הנאשם.

שנוסחה על-ידי ועדת אגרוש, ואשר סעיף 34(א) שבה קבע: "לא יישא אדם באחריות פלילית על מעשה שעשה במצב של שכרות שנגרמה שלא מדעתו", ובלש עוד יותר בברישה בסעיף כנוסחו היום שהכניסה למצב השכרות תהיה "בהתנהגות נשלטת" ו"מדעת".⁵²

אף-על-פי שמתקיימים לעיתים לשכרות כאל הגנה, בחרנו לא להתייחס אליה כך מכיוון של מחונו של הסדר השכרות היא חרבתת האחריות הפלילית, ולא צמצומה. אין לשכות שנאשם יוכל "ליתנות" מכללי האחריות הפלילית הדינמית, השוללים אחריות בהיעדר יסודות העבירה רק מקום בו יוכל הנאשם להוכיח שהשכרות גרמה שלא מדעתו או שלא בשליטתו, כך, למשל, בת"פ (אשקלון) 2355/98 מדינת ישראל נגד פלוני,⁵³ בית-דמשפט מרשיע את פלוני בעבירות תמורות ביותר מבלי לדון במצב השכרות שבו היה נתון, תוך קביעה שאותה שכרות, מאחר שלא נטען שנגרמה, כהוראת סעיף 34(א) לחוק, שלא בהתנהגותו הנשלטת של הנאשם או שלא מדעתו, אינה יכולה להוות הגנה.

סעיף 34 לחוק העונשין קובע כמה הנאים שגורשים להתמלא על-ימת שהעושה בפלילים יהיה אחראי: ראשית, על האדם להיות "במצב של שכרות" הוצרכה להגרם "שלא בהתנהגותו הנשלטת ומדעתו". דהיינו, די בכך שהשכרות נגרמה "שלא בהתנהגותו הנשלטת" או "שלא מדעתו" על-ימת שלא תקום אחריות פלילית. מהו אמ"כ "מצב של שכרות"? מהי "התנהגות נשלטת" ומתי אדם פועל "מדעתו"? באיזה שלב משלבי ההתנהגות תקודמים למעשה הפלילי ייבחנו שאלות אלה?

לכאורה, מאחר ש"חוקת הונויות" הקבועה בסעיף 34(א) הנכר לעיל (ואשר משמעותה תידון הלוח) היא תרגי לעקרן האשם, יהיה ניתן לצפות שבתי-המשפט ידונו בסוגיות אלה בהרחבה כדי להצדיק חולת אחריות פלילית בה מוחיבת. למעשה, חזיון בשאלות דל עד מאוד, בעיקר בתנאים החשובים למאמר זה - השליטה והידיעה הנדרשות לעניין הכניסה למצב שכרות, על-ימת לבחון בהמשך המאמר את השפעתם האפשרית של הגורמים הגנטיים על התנהגות המשפטיות ואת דרך יישומם של הכללים המשפטיים לעניין השלת אחריות רחבה זו, נפתח במקרים יישום חוקי על-ידי בתי-המשפט. בחלק זה של המאמר נציג בהרחבה את הדרך שבה בתי-המשפט מפרשים ומיישמים את ההסדר שבחוק על-ימת לעמוד על גישתם לצרכני אלכוהול, נדון בבסיס להסדר החוקי שהיא הנחת ההתנהגות התפשית במקור, ונרמזו על המקומות שבהם עשויה להיות משמעות לממצאים המדעיים.

52 "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש" משפטים י (תשמ"ב) 203, הצעה זו קביעה הסדר דומה לנוכחי, חוקת פזיות מקום שבו גרם האדם למצב השכרות מרצונו, לגבי שכרות מלאה בלבד. תגיטות מוכיח את זה של המשפט האנגלו-אמריקאי: "voluntary intoxication" או "self-induced" אל מול "involuntary intoxication".
 53 תק"פ 498 (180). "הנאשם הורשע בתקיפת גרושתו ואדם נוסף, לאחר ששתה בקבוק ודוקה, כאשר גרישתו העידה כי 'כשהוא שתוי אינו נוהן לה מנוחה'."

תוכנית התביעה את יסודות העבירה כנדרש. אולם אם יקבע כי לא היה שיכור, יהיה ניתן להרשיעו אף בעבירות הדורשות יסוד נפשי של כוונה. יש לכור כי על עבירות של כוונה, לרבות רצח בכוונה תחילה ותכלה בכוונה מחמירה, לא חל ההסדר שבסעיף 354 במקרה לחוק העונשין, שכן גבולה העליון של האחריות מכוח החוק הוא גבול הפוזיות.⁵⁷ במקרה כזה "ייתנה" הנאשם מודעה בודיגה בלבד, עבירה על סעיף 298 לחוק העונשין. על-כן, חלק גדול מפסקי-דין הדין בשאלת השכרות עניינם בעבירות המתנה, והסניגור הוא המעורר את שאלת השכרות. כך, למשל, בית-המשפט קובע בע"פ 2788/96 אבלים נ' מדינת ישראל⁵⁸. כי הנאשם ברצח לא היה שיכור בשעת המתנה, והדין המרכזי היא כי היה מסוגל "לעשות כביסה" עובר למעשה זה. בניין מאאנבד השופטת מסתמכת, בין השאר, על כך שהנאשם רקן בדיסקוסקי. ריקוד מזויב מידה מסוימת של קואורדינציה ושל שליטה (שאם לא כן הוא היה נתקל ברוקדים האחרים וניתן להניח שהיה מוצא אל מחוץ לחברת הרוקדים).⁵⁹ אם-כן, גם לאחר תיקון חוק העונשין, היעדרות בכלים מדעיים אינה חיונית לצורך הקביעה אם היה נאשם שיכור בשעת מעשה, שאלה שהנביע לעיתים את היקף אחריותו.⁶⁰

מזב של שכרות" אינו מסתפק אביבן בהוכחת היותו של הנאשם נתון להשפעת אלכוהול, שכן השכרות תשפיע על פליליות המעשה רק מקום שבו השפיעה על הכרתו של הנאשם או על רצונו. ניהות ממזה של הדיכיות לחוכמת שכרות נעשה בע"פ 9258/00 נטרלשוילי נ' ער רצונו. ניהות ממזה של הדיכיות לחוכמת שכרות נעשה בע"פ 9258/00 נטרלשוילי נ' מדינת ישראל⁶¹. שבו טען הנאשם, שדקן אהר לאור "כמה שעות, בון שחו המעריע והמונה אלכוהול", להפחתת הדרשעה מרצח להריגה לנוכח היותו במזב שכרות. בדיקת דם נערכה למעריע בתשע שעות לאחר האירוע, ונמצא בה שריכוז האלכוהול בדמו היה 0.116 מ"ג. מומחה מסעם התגנה שחור על-סמך נתון זה את רמת האלכוהול בזמן האירוע, וקבע שהיתה זו רמה גבוהה מאוד, אשר שללה ממנו את היכולת להעריך ולצפות את תוצאות מעשיו. אולם השופטת נאור קובעת כי תוכחת "מזב של

57 סעיף 354(ג) מניל את התקנה על עבירות כוונה רק מקום שבו "גורם אדם למזב השכרות כדי לעבור בו את העבירה".
 58 פ"ד נב(3) 183 (להלן: עניין אבלים).
 59 עניין מצאנבד, לעיל הערה 3, פסקה 107 לדברי השופטת. למרות קביעתה שתנאשם לא היה ב"מזב של שכרות" זכתה אותו השופטת מעבירת הרצח בגין היעדר התלמה להרוג, ומצאנבד הורשע בעבירת הריגה בלבד. עם זאת, אי-חלוותו של סעיף 354 מאפשרת להרשיע אותו גם בעבירה של תכלה בכוונה מחמירה, עבירה על סעיף 329 לחוק העונשין. פסקה 132 לדברי השופטת.
 60 וראו גם ע"פ 332/86 גינריל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 543, שם נאמר כי "כי העובדה שפלגני נתון להשפעת אלכוהול ועל-כן גוה יותר להניח באופן תקפני או חסר-סבלינות יותר, אינם משנים ממוחזה המשפטית של הכוונה הנרצח אצלו בשל רגונותו או קוצר רוחו, כאמור...".
 61 פ"ד נו(2) 673 (להלן: עניין נטרלשוילי); וראו גם ע"פ 3243/95 דניאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נבו(1) 769.

2. מהו "מזב של שכרות" לעניין ההסדר שבחוק העונשין?

כאשר מדובר בעבירות שאינן קשורות לניהוג, אין עורכים לעיתים קרובות בדיקה מעבדתית של רמת האלכוהול בדמו של המזבץ.⁵⁴ כך, למשל, בע"פ 372/85 הליגוד נ' מדינת ישראל⁵⁵. שבו נזתו בצי האמריקאי עלה על גג בניין רב-קומות בהיפה, השתלשל ונחת בדירה בקומה השישית, משם צבר לקומה התמישית, חדר לדירה, תקף אשה ואבס אותה. הנאשם העיד בבית-המשפט על התמכרותו לשתיית משקאות חריפים, וטען כי בזמן המעשה היה שתוי מאוד. השופט אלון אמין את מסקנת בית-המשפט המחוזי כי הנאשם לא היה שתוי ולא נמצא במזב שכרות, ועל-כן אין עומדת לו "הגנת השכרות". ממזב זה נסמן, בין היתר, על הוות-דעת מומחה ומתרחשות בית-המשפט מ'כושד האקורובסקי" של הנאשם. "נסיין החיים" של בית-המשפט עורר לו להגיע למסקנות שהינן מדעיות בעיקרן. אגב, ניתן לציין בהקשר הגנטי כי בית-המשפט הביא בחשבון בין הנימוקים לקולא את העובדה כי "אביו, מאו ומתמדי, נתן עינו כבוש, והימנו ידש המעריע הרגלי השתייה". משקבע בית-המשפט כי הנאשם לא היה שיכור, הוזייתר ממילא הצורך לבדוק אם שכרות זו רצונית היתה אם לא.

לכאורה, סעיף 354(ט) לחוק העונשין קבע אמות-מידה ברורות למדי בהגדרתו את

מזב השכרות:
 "(ג) בסעיף זה, 'מזב של שכרות' - מזב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להכין את אשר עשה או את הפסול שבמעשיו, או להפעיל מעשית המעשה."

כאשר ליישא, בקובעו אם נמצא הנאשם בהשפעת חומר אלכוהולי, יבחן בית-המשפט את חומר הראיות בדומה למתואר לעיל. במ"ח 8665/01 סמרי נ' מ"י,⁵⁶ למשל, הנישא ברך קובע כי "הגנת השכרות" לא יכלה לעמוד למבקשים משפט חוזר, וזאת, בין היתר, מפני שהפעילות שביצעו המבקשים היתה פעילות מורכבת", הם גדרו שומר של אתר בנייה אל מחוץ למכוניתו, שניים מהם קשרו תיל לגרונו והשלישי ניגש לרכב כדי להפש את מפתחות המחסן, פעולות המעירות על "רמת ערנות מספקת להבנת המעשים אותם ביצעו המבקשים". הודעותיהם המפורטות של המבקשים העירו גם הן על מזב שאינו מגיע כדי חוסר יכולת להכין את המעשים או את הפסול שבהם, כדרישת סעיף 354 לחוק העונשין.

"הגנת השכרות" מזילה הסדר מורכב. אם יימצא הנאשם שיכור שנכנס למזב השכרות כתתנהגות נשללת ומדעת, הוא ייראה אחראי לעבירות של מחשבה פלילית ולעבירות הורשות פוזיות. אם יימצא שלא היה שיכור, גם אז יסוכן בהרשעה בעבירות אלה אם

54 ראו התייחסות קצרה בהמשך לתוצאות פקדת התעבורה.
 55 דינים עליון ב 182 (להלן: עניין הייגוד).
 56 תק"על 2001 (3) 236 (להלן: עניין סמרי), פסקה 6 לדברי הנשיא ברק.

שכרות" אינה מסתפקת בהימצאו של הנאשם בהשפעת אלכוהול, אלא גורשת הוכחה ותסמינים הנוספים ותולפיים הקבועים בסיפא של סעיף 34מ(ד); שהנאשם היה חסר יכולת של גמז להבין את אשר עשה, את הפסול שבמעשהו, או שלא היה יכול להימנע מעשיית המעשה, ודרך שיתקיים קשר סיבתי בין השכרות לבין פגיעה זו ביכולת. בהתלשטה המנומקת השופטת מנתחת את אפשרות התקיימותו של כל אחד מן התנאים הללו לאור הראיות, ומסיקה כי משלא התקיים אף אחד משלושת התנאים האלה, ממילא לא היה הנאשם ב"מצב של שכרות" כהגדרתו בחוק.⁶² כך, למשל, בריחמו מקום האירוע מעידה על מודעות לפסול שבמעשהו, ואימו לקיטול את המנוח הוא אחת הראיות להבנת הנאשם את אשר עשה. המערער הוא שצריך להגיד את התשתית הראייתית המתאימה בעניין התקיימות מצב השכרות כהגדרתו בחוק.⁶³ גם בפסק-דין זה, כמו בפסקי-הדין האחרים, לא נמצא דיון מקיף בשאלת השליטה בניסוח למצב השכרות, שבה גזון המשוכה המסקנה מסקירת הפסיקה היא שעל המבקש להיעזר בסעיף 34 לעבוד את המשוכה הראשונה, שהיא הוכחה מצב של שכרות. המוחק ובתי-המשפט מציבים בפרשנותם תנאים לפני המבקש להוכיח "מצב של שכרות", והגבול בין צריכת אלכוהול רבה לבין שכרות משפטית יהיה תלוי בהוכחת התקיימותם של תנאים אלה.

62

3. משמעותה המשפטית של השכרות לאור סעיף 34 לחוק העונשין

חוק העונשין קובע כאמור כי אין השכרות סיג לאחיות פלילית אלא אם נגרמה לאדם שלא בהתנגותו הנשלטת או שלא מדעתו.
סעיף 34 מבטא עמדה קיצונית נגד כניסה למצב של שכרות בהחלו הסדר המורחב עד מאוד את האחיות הפליליות. ראשית, החוק מעביר אל שכם הנאשם את הטמל לטעון

- 62 עניין נטרלשווילי, שם, פסקאות 10-16 לפסק-דינה של השופטת נאורי. ניתן להשוות תנאים מצטברים אלה לתנאים הנדרשים לעניין סיג אי-השפיות לפי סעיף 34 לחוק העונשין, שם מחלת-הנפש מהווה תנאי הכרחי בלבד, ונדרש שיתקיימו גם מבחינת שלילת כושר ההבנה או היצון החופשי. ההבדל המהותי בין שכרות לבין מחלת-נפש נעוץ בתנאי המרכזי לאמור זה, תנאי הכניסה מרעם והשליטה במצב.
- 63 עניין נטרלשווילי, שם, פסקה 14 לפסק-דינה של השופטת. עניין אבליב, לעיל הערה 58, בע' 189, דברי השופט קרמי, ראית השכרות כסיג משמעותה כי הל סעיף 34 לחוק העונשין, שלפני חוקה על מעשה שהוא נעשה בהנאים שבהם אין סיג לאחיות פלילית. על-כן המערער הוא שצריך לעודר ספק סביר, מכוח סעיף 34ב(ב) לחוק העונשין כי היה "מצב של שכרות", וכך גם לגבי שכרות הלקיח. וראו יישום עניין נטרלשווילי בעניין גאנדי, לעיל הערה 8, מפסקה 27. גם בעניין זה השופטת קובעת כי הנאשם לא עורר ספק באשר לקיום אחד משלושת התנאים של סעיף 34, שכן יכולתו השכלית ויכולתו הרצונית לא נפגעו.

כי השכרות נגרמה שלא בהתנגותו הנשלטת או שלא מדעתו.⁶⁴ אם טענה מעין זו אינה נסענת, תחיל החוקה מהחוקת-הלכת שאם אדם נכנס למצב השכרות בהתנגות נשלטת ומדעת, חוקה עליו שהיה מודע, לפני התשכרות ובשעתה, לכל התפתחות שעלולה לצמוח עקב שכרותו המלאה.
חוקת אשמה זו הינה משפטית מוחלטת, כך שאין עוד מקום להוכיח מודעותו של העושה לגבי הנזק.⁶⁵ אם מדובר בעבירה התנגותית, יראה העושה כבעל המושכת הפלילית הנדרשת, ואם מדובר בעבירה תוצאתית, יש לראותו כמי שעשה את המעשה בצורה החמורה של פזיות - היא האדישות. מקום שבו יסוד התנגותי נעשה מתוך שכרות מלאה או מוחלטת יהיה ניתן אס-כן להטיל על העושה אחריות פלילית בגין כל עבירת מחשבה פלילית, לרבות התמורות שבהן דוגמת הריגה, למעט עבירות כוונה. כלומר - ונחזור על המובן כדי להחד את הדברים - אין גורשת כיום צפיות כלשהי של הנאשם, או אף של האדם הסביר, לגבי העמיד להתרחש בהיותו במצב השכרות, ברמה כלשהי של ספציפיות.

מאחר שתחוקה מוחלטת, אין הנאשם יכול לגסות לערערה, כך, למשל, בתפ"ח (ת"א) 95/97 מדינת ישראל נ' אוקס,⁶⁶ שבה צפה הנאשם, שעמד לנזוג בשכרות, את העומד להתרחש, וביקש מחברו שיתלך אותו בנהיגה. משלא עשה זאת חברו התרחשה תאונה שבה נהרגה אשה, לא היה הנאשם יכול לטעון כי חסר את היסוד הנפשי הנדרש, שהרי צפה את האפשרות ונקט באמצעי זהירות כדי למנוע את התוצאה.
השוואה של הסדר השכרות להסדר דבר כניסה למצב בהתנגות פסולה מגלה הבדל מעניין. סעיף 34(א) לחוק העונשין קובע: "הוראות סעיפים 34, 34א ו-34ב [הוראות החוק הנזכרות בהיעדר שליטה, בהגות הצורך והכורח] לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בניסבות העניין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה...".⁶⁷ היינו, כדי שתוטל אחריות פלילית, נדרשת צפיות סובייקטיבית או אובייקטיבית למעשה עצמו. במילים אחרות, המוחק אינו מוותר כליל על יסוד נפשי, אלא בודק את התקיימות היסוד הנפשי בשעת הכניסה למצב. ההסדר לגבי שכרות מרחיק לבח הרבה יותר, שכן, סעיף 34 מוותר על כל מודעות בכוח או בפועל של העושה בשלב ההשתכרות, או של "אדם סביר" כלשהו, למעשה שהוא עלול לעשות במצב של שכרות מלאה, ואף לא נדרשת צפיות למעשה פלילי כלשהו. במובן זה, האחיות לביצוע העבירה יהנה מוחלטת.

- 64 שם.
- 65 להגדרת החוקה כחלוטה ראו הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקומי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, הצ"ח תשנ"ד-135.
- 66 דינים מחוזי (נבט) 803, ראו פסקה 9.7 לפסק-דינו של השופט משאל.
- 67 סעיף 34(א) לחוק העונשין קובע: "הוראות סעיפים 34, 34א ו-34ב לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בניסבות העניין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנגות נשלטת ופסולה באותו מצב" (ההדגשה שלנו - ד' פ', מ' פ').

בקרה גסיסה על התנגות והשלכמה על המשפט הפלילי דוגמת האלכוהוליים

תיקון 39 לחוק העונשין הרהיק לכת לעומת חוק הקודם בהחילו את הנאמר לעיל גם לגבי מצב של שכרות חלקית, שבו האדם מבין את מעשיו ושולט בהתנהגותו, אך אינו מודע לפרט מפורשי העבירה, ובכל זאת ניתן להטיל עליו אחריות מכוח חוקת הפניות על-פי סעיף 34(א) לחוק העונשין. גם במקרה זה אין כלל צורך להראות כי הנאשם, או אף אדם סביר, צפה או וזית יכול לצפות את ביצוע העבירה.⁶⁸

ניתן לאתר שתי סיבות שהנחו את המחוקק בוותרו על מבחן צפיות כלשהו. ראשית, הצורך בהרתעה מיוזמת מפני כניסה למצב זה, אשר לא נראה בנושא בחובו תועלת הבררית כלשהי שהינה עשויה לאנן את הסכנות תעלות ממנו, כי אם כשלילי גרידא.⁶⁹ שנית, התפיסה שהשתכרות מוחלטת עד אובדן חושים פסולה ומסוכנת, עד כדי כך שכל אדם בר-דעת מודע לסכנות ולמעשים שהתנהגותו עלולה להידרדר אליהם.⁷⁰ זה התסבר להטלת אחריות פלילית על המעשה שנעשה במצב זה כאילו בוצע "במהשגה פלילית אם העבירה היא של התנהגות, או בארישות אם העבירה מוחנית גם בתוצאה".

ניתן לאתר את התזמרה שבה המחוקק ראת את הכניסה למצב של שכרות גם בסעיף 34(א), הוול על מצב עובדתי המור שבו האדם נכנס למצב של שכרות במסירה לבעד את העבירה. במקרה כזה, אם העבירה מותנית בתוצאה, ואדם את העושה כמי שעבר את העבירה מותן כוונה, כמרכיב, סעיף-קס"ו (ה) מחיל את הכללים המתייחסים לשכרות מלאה גם על שכרות חלקית, שבצטייה לא היה אדם מודע לפרט מפורשי העבירה.⁷¹

אנו שותפים לדעתה של פרופסור גור-אריה, שסענה, עוד לפני כניסתו של תיקון 39 לחוק העונשין לתוקפו, כי "האופי השלילי של עבירות של מחשבה פלילית גובע, בין השאר, מהעובדה שתוצאה שביצע את האלמנט ההתנהגותי של העבירה, גילף בהתנהגותו זו שהוא מוכן לפגוע בערך המוגן על ידי איסור העבירה, או לפחות שהוא מוכן לקחת בידעין סיכון של פגיעה בערך כאמור. כדי לייחס לעושה נכונות לפגוע בערך המוגן על ידי איסור העבירה, האופיינית לעבירות של מחשבה פלילית, יש להוכיח שהוא וזית ער לאלמנטים העובדתיים של העבירה".⁷² כלומר, נאשם שלא היה ער ליסודות העובדתיים

68 לדיון בנושא השכרות חלקית עובר לתיקון 39, דאו גור-אריה, לעיל הערה 46, בע' 208.

המחוקק קיבל בתיקון 39 את דעתה של פרופסור גור-אריה כי יש להחיל את ההסדר הנשען על התנהגות תופשית במקור גם לגבי עבירות המבוצעות בשכרות חלקית, ולא רק בשכרות מלאה.

69 ראו ש"ן פלר יסודות בדיני עונשין (תשנ"ב), כרך 8, 592. ראו זיון במאמרה של גור-אריה, שם, בע' 188, ודאו סעיף 193 לחוק העונשין הקובע עבירות של איסור מכירת

משקאות משכרים לקטיף, לרבות עידוד קטיף לשתייה.

70 גור-אריה, שם, בע' 188. ודאו ניתוחה המשווה של פרופסור גור-אריה, המארת את שורשי הגישה המקיימת לקבוע חוקה מוחלטת במשפט המקובל, לרבות החיג של "כוונה מיוזמת", שאף הוא מצא את מקומו של דבר, לתיקון 39. כמרכיב ראו

ד' נתניהו "כניסה למצב התנהגות פסולה" פללים ג (תשנ"ג) 233.

71 גור-אריה, שם, בע' 192. גור-אריה מציעה להעביר את ההסדר בהגדרת עבירת מיוזמת של איסור מוחלט למקרים שבהם הביא עצמו תוצאה למצב של שכרות מלאה, במודעות או

של העבירה עובר להיכנסו למצב השכרות, כל שעשה היה הצמדת ערכים מסוימים בסכנה, אולם לאו דווקא את הערכים שהעבירה הספציפית מתייחסת אליהם. לדוגמה, אדם שדווקא אחד בהיותו שיכור, האם יש להאשמו בתקיפתו הסטייה מעקרון האשמה במקרה זה גדולה, ועל-כן יש להצדיקה אם טובים שאין להטיל אחריות פלילית "במידת העולה על הגדרה".⁷²

אולם ענייננו המרכזי במאמר זה אינו ביקורת על עצם ההסדר של הטלת אחריות רחבה על הנכנס מוצונו למצב שכרות, אלא על הדרך שבה הוא מופעל ומתקיים.⁷³ אם ההסדר כולו פוגע בכבוד האדם, הרי שכבוד זה נפגע שבועתיים כאשר תנאי ההסדר אינם נבונים לעומק ובתו-המשפט אינם עומדים על קיומם, בעיקר כאשר, כפי שגור-אריה, אדם שאינו יכול כלל לשלוט בשכרותו יידאה כאוראי.⁷⁴

4. "שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מודעתו" - מה פירושו?

מתי משמעותו של התנאי המרכזי בסעיף 34(א) "אלא אם נגרמה לאדם שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו" לבאורה, מדובר בתנאי סובייקטיבי של צפיית האפשרות של כניסה למצב של שכרות, שכן אין מדובר בצפייתו של האדם הסביר, כי אם של הנאשם עצמו. דהיינו, לא תיתכן אחריות פלילית מקום שבו הנאשם נכנס למצב של שכרות ברשלנות; לאור עקרון האשם המהותי את בסיס האחריות הפלילית לפי תיקון 39, נסכים עם דבריה של פרופסור גור-אריה כי "יש להגביל את תחולתה של חוקת זו [חוקת הפניות המוחלטת] למקרים שבהם הביא העושה את עצמו מודע למצב של שכרות מלאה. דהיינו - למקרים שבהם בשלב הקודם צפה העושה את האפשרות ששתית המשקה או שלקחת הסם עלולות להביא אותו למצב של שכרות מלאה".⁷⁵ העיקרון מחייב להטיל אחריות רק על אדם שבוחר להשתכר, שהיה מודע להשפעות האלכוהול עליו, ובכל זאת בחר להמשיך בשתייה. לכן נוסיק גם את התנאי שהיה יכול לשלוט בשתייתו, כך, למשל, התקיים התנאי בעניין אוקס,⁷⁶ שבו הודה הנאשם, שהג בהאונות-דרכים, כי ידע "שהוא שותה כמות גדולה של בירה, למרות שידע שהוא משתכר בקלות במיוחד כשהוא

ברשלנות, וביצע את האלמנט ההתנהגותי של עבירת פלילית. כפי שגור-אריה, במשך, אין אנו יכולים להסכים להצעתה זו באותם מקרים שבהם לא היה הנאשם יכול לשלוט

בכניסה למצב.

72 ראו לעיל הערה 44.

73 ודאו גם ביקורתה של גור-אריה: מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד (תשנ"ג) 9.

74 לטענה שההסדר תוכו פוגע בכבוד האדם במידת העולה על הגדרה לפי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו מ' גור-אריה "ספיות מעקרון האשמה - חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994" מחקרי משפט יג (תשנ"ד) 129.

75 גור-אריה, לעיל הערה 46, בע' 191.

76 בעניין אוקס, לעיל הערה 66, דאו פסקה 9 לפסק-דינו של השופט משאלי.

עיקר (כפי שהעיד הנאשם על מצב עייפותו כיום התאונתו). אולם לא נבדקה השאלה אם היה יכול לשלוט בשתייתו (אם מדובר בנאשם "מכור"), כאן יוכלו ממצאים מדעיים להיכנס לתמונה אם היה ביכולתם להצביע במדויק על יכולתו של הנאשם לפרק את האלכוהול (להיכנס למצב של שכרות) ויכולתו להימנע משתייה. האומנם בית המשפט בודק אם השכרות נגרמה לאדם שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו? הרישם נאשם המכור לאלכוהול לטעון כי עקב התמכרותו, נגרמה השכרות בריגוע מסענו הנגטי משה אותו לאלכוהול או להתגובה חריפה על קמות קטנה של נאשם אשר מסענו הנגטי משה אותו לאלכוהול או להתגובה חריפה על קמות קטנה של אלכוהול? ולהפוך, נאשם שמסענו הנגטי מאפשר לו לשתות מעבר לכמות הקבועה בחוק מבלי שתהיה לך תשפעה על התנהגותו, מדוע לא יוכל לטעון שאין להחיל עליו את התחוקת החלופות הקבועות בסעיפים 34(א) ו-34(ב), וכי על התביעה להוכיח את מצבו הנפשי הסובייקטיבי?

קשה למצוא בפסיקה דיון מעמיק ורציני בשאלות אלה. מקרה אופייני ניתן למצוא בת"פ (ת"א) 166/97 מדינת ישראל נ' עמור, 77 שבו זיהה הנאשם נרקומן (כממצא בית המשפט) ונמצא תחת השפעת סם כאשר תקף אדם אחר וגרם לו תכלה חמורה. השופטת מצאה לנכון לזכותו מעבירה על סעיף 1329(1) לחוק העונשין, תכלה כבונה מתמיה לאור הוראות סעיף 384, אולם הרישעה אותו בעבירה "פחותה וימנה במחשבה הפלילית המתלווה אליה, בעשיו של הסם - אלי סעיף 383 החובל בתכרו תכלה חמורה שלא כדיו... אותו הנאשם, הנרקומן... הנתנה בפראות, כבשיגעון, כרוף אמוני... מי אשר אינו גרם למצבו זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעתו..." השופטת הסיקה את השליטה והתודעות מבלי לדון כלל בשאלה אם אכן זה המצב כאשר מדובר בנרקומן.

דוגמה קיצונית אף יותר נמצאת בע"פ 1196/99 ממדור נ' מדינת ישראל, 78 השופט קדמי פותח ומציג את הדקע למעשה במילים הבאות: "כיום 20.1.98 בשעות הצהריים, ישבו המערער, שכסמן ולדימיר ז'ל... וחברים נוספים ברחבת בית הכנסת הגדול בנתניה ושהו ודקק. המערער, המנוח והחברים האחרים הנם חסרי בית יוצאי חבר העמים, המוציאים את ימיהם כשתייה לשכרה." למרות הצגת דברים זו, המעוררת שאלות רבות להעיר את המנוח שקעק בשכרותו. למרות הצגת דברים זו, המעוררת שאלות רבות בנוגע למצבו הנפשי של הנאשם, השופט קדמי מסתפק בקביעה הקלפנית כי "אמנם, אפשר שהמערער לא היה מודע לעוצמת תביעתו שבעט במנות, בשל כך שגם הוא היה שמוי ואולי גם מסומם, ברם, לנוכח הוראת סעיף 389 לחוק העונשין, ברוב סיג השכרות, אין בשכרותו כדי לסייע לו בהקשר זה". השופטים זמיר וזעבי, החולקים על השופט קדמי בשאלת הצפייה הדרושה בעבירת הריגה, וסוברים כי הצפייה צריכה להתייחס למוות, ולא לתכלה גופנית, אם אם חמורה, מסיקים כי המערער היה מודע לכן שהתביעות עלולות לגרום למות המנוח, תוך שהשופט זמיר עושה שימוש בחוקי ראיותיה, ואילו השופט זעבי

77 דינים מחוזי כו(9) 907.

78 דינים עליון גו 891 (להלן: עניין ממדור).

מרחיק לכת אף יותר, וקובע: "אין ספק בלבי שתמערער היה מודע לתוצאות הקטלניות של מעשיו."⁷⁹ ענינו הרוואות, לא נסך דיון בשאלה של מצב השכרות, ובוודאי לא בשאלת השליטה של אלכוהוליסט בעצמו בהיכנסו למצב של שכרות, אף שדי בספק שיעור נאשם בשאלת שכרותו כדי שהסיג יחול בעניינו. לולא הצגת הדברים בפמת פסק-הדין היה ניתן להשוב שמדובר בנאשם שהיה במלוא חושי בעת ביצוע העבירה, ושקל את מעשיו ואת התוצאות העשירות לברוע מהם. משלא טען זאת הנאשם, האפשרות שמא לא נכנס למצב השכרות בהתנהגותו הנשלטת אינה נידונה כלל.

5. "התנהגות נשלטת ומדעת" ודוקטרינת ההתנהגות החופשית במקור

יש להגיש כי אף-על-פי שסעיף 384 מהווה חריג לעקרון האשמה, הוא קשור לעיקרון, כך, פרופור קרמניצר מסביר:
 "משום שתפיסת האשמה נשענת על תכונות אלה דווקא של האדם כיצור תבוני, אוטונומי, בעל כושר ויכולת בזירה, המסוגל לנהג את עצמו ואת מעשיו מתוך שליטה עצמית, יש לראות בהתנהגות שבה אדם משליך ביודעין תכונות אלה מאחורי גוו, והופך עצמו לכות פסי פראי, העלול לפעול ללא מצפן וללא הגה, התנהגות מוגנה במידה."⁸⁰

סעיף 384 לחוק העונשין קשור קשר הדוק לדוקטרינה של "התנהגות חופשית במקור" (actus libera in causa). תיקון 39 לחוק העונשין הכיר בדוקטרינה עצמה בגדר סעיף 384(א) לחוק. המחיל אחריות פלילית על נאשם "אם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב."⁸¹ גם במצב של שכרות וגם במצבים שתחול עליהם הדוקטרינה של "התנהגות חופשית במקור", נשלל מתועשה בשלב העשייה אחד מיסודות העבירה (יסוד נפשי, במצב של שכרות, שליטה, למשל, במצב של "התנהגות חופשית במקור"). על-כן לא ניתן להטיל אחריות פלילית על-פי עקרונות המשפט הפלילי הרגילים. הדוקטרינה פותרת בעיה זו על-ידי דייקת השלב הקודם לשלב של עשיית המעשה, עובר להיכנס למצב של שכרות, במקרה הנדון. נבדוק אם בשלב מוקדם זה בחר העושה בהתנהגות אשר הובילה אותו למצב שבו ביצע את המעשה.⁸² אם בחר העושה להיכנס למצב, ויחיל

79 שם, בע' 10 לפסק-הדין.

80 קרמניצר, לעיל הערה 39, בע' 117-118.

81 לחבל המרכזי בחוק העונשין בין שכרות לבין דוקטרינה זו, בשאלת הצפייה הדרושה, ראו דיון נפרד.

82 ראו "יצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" משפטים י (תשמ"ב) 203, שם נאמר לגבי הסדר השכרות: "זהו יישום של הדוקטרינה הפלילית של actio libera in causa - מעשה שהיה חופשי במקורו." ראו דיונה המקיף של גור-אריה בקשר בין שכרות לבין דוקטרינה זו: גור-אריה, לעיל הערה 46, בע' 185.

בקה נוספת על התנהגות והשלמתה על המשפט הפלילי זוגמת האמתחות

לו גם לגבי המתלוננת הנכבדת בעלות גיון מיני⁸⁴. גם בית המשפט העליון דחה את טענות הסניגור ואישר כי "די בכך שהמעורר היה ער לסיכון ששתיות הויסקי תכניס אותו למצב של שכרות, ואין צורך בהוכחה ידעיה מלאה וממשית שכן יקרה, כפי שמתחייב מטיעונו של הסניגור", וזאת לאחר שחברו הוהיד אותו לכל יצרף כדורי הרעעה לשתיה.⁸⁵

כאשר מצבו של הנאשם המסוים עובר לצריכת האלכוהול לא נבדק כלל, ובית המשפט מחיל עליו חוקת כגון "צריך היה להיות מודע", משמעות הדברים היא אחיות על בסיס רשלנות לעבירה של מחשבה פלילית, דבר שאין לו כל הצדקה. לעיתים בית המשפט עושה זאת במפורש, כדברי השופט קדמי בעניין אלסיצקי: "שחיי כל אדם בר דעת מודע לסיכון של כניסה למצב של שכרות כתוצאה משתיית כמות משמעותית... של וויסקי. בנסיבות אלה, הסענה לא ידעתי שאשתכר, לא תסיע לשיכור",⁸⁶ גם פרופסור קרמניצ'ר סבור כי "יש עובדות או הערכות שהן כה בסיסיות ומובנות מאליו (מן הסוג שכל יענוק מבין), שהמשפט רשאי לצפות, ואף לתבוע מכל אדם תכונה להכיר בהן".⁸⁶ האומנם? ומה דינו של אדם שלא היה יכול לדעת את הסכנה הנשקפת לו בשתיית כמות זעירה של אלכוהול, השפעה המוכתבת על-ידי מטענו הנגטי? טענתנו היא שגם מסרת התרעה, חשובה ככל שתהא, אינה מצדיקה סטייה גסה כל כך מעיקרון האשם. אם התנהגותו של נאשם לא הייתה "חופשית במקור", אין להטיל עליו אחריות פלילית ויהי מה.

סקירת הפסיקה כולה מעידה כי היסוד שבתי המשפט דנים בו בקצרה, תוך עשיית שימוש רב בתחוקת הנשענות על "שכל ישר" או "ניסיון", הוא הוויא היסוד החשוב ביותר, המסביר את השלת האחריות הפלילית: הכניסה למצב שכרות מתוך שליטה וידעיה. האם הממצאים הנגטיים יכולים לשכנע את בתי המשפט כי נאשמים מסוימים אינם שולטים בשתייתם, ועל-כן אינם גננסים למצב של שכרות "מתוך שליטה וידעיה"? בכך גדון בהמשך.

6. פקודת התעבורה והיחס בינה לבין החסד שבחוק העונשין

שאלה "שכרות מהי", מבחינה משפטית, יש להבחין בין הוראות חוק העונשין לבין ההוראות המיוחדות המופיעות בפקודת התעבורה, שבה מוגדרות עבירות המיוחדות לשכרות. המשמעות היא כי השכרות במקרים אלה היא נסיבה של עבירה עצמאית, ואין צורך בהסדר תקבוע בחוק העונשין. עם זאת בהרנו להתייחס גם לפקודת התעבורה, ראשית מכיון שגם ההסדר תקבוע בה יוכל להשתנות כתוצאה מהממצאים המדעיים, כפי שפורט בהמשך, ושנית מפני שלעיתים, כאשר מדובר בעבירת תריגה בתאונות ירכים,

84 שם, ראו פסקה 5 לדברי השופט קדמי, וזאת בניגוד לפסיקה אנגלית שקבעה כי כאשר מדובר בתרופות הרעעה, יש להראות פוזיות בעצב לקיחתן, כלומר: ידעיה של הנאשם שתורפות במינון מסוים עלולות לגרום אילמות או מוסר חזירות.

85 שם, ראו פסקה 5 לפסק דינו של השופט קדמי.

86 קרמניצ'ר, לעיל הערה 89.

החוק חוקה לגבי מצבו הנפשי כלפי כל העולל להתרחש במיתו במצב זה כאילו הייתה לו מהשבה פלילית ואף פזיות.

לא קשה אם-כן לזהות את הציפיות: האחריות הפלילית מוסלת אף אם לא התקיימו יסודות העבירה בזמן ביצוע המעשה, מאחר שהכניסה למצב נעדר האחריות לכאורה נעשתה במודע, מתוך בוליה. הדבר בולט שבטענות כאשר משווים את גומת הסעף הזום לנוסחו הקודם. סעיף 20 לחוק העונשין קבע:

"גא) שכרות לא תשמש הגנה לאדם אלא אם מתמת השכרות לא ידע בשעת מעשה מה הוא עושה או שאסור לו לנהוג כפי שנהג, ונתקיימה בו אחת משתי אלה:

- (1) בא לידי שכרות במעשה זדון או רשלנות של חלתו ושלא בהסכמתו.
- (2) מתמת השכרות היה אותה שעה במצב של אי שפיות."

השוואה בין הלופה (1) שבסעיף 20 לנוסחו של סעיף 834 מעידה כי המחוקק, בהקנו את החוק, בחר להטיש את הדגש מפועלתו של חוללת שהכניס את הנאשם למצב השכרות אל עבר מצבו הסובייקטיבי של הנאשם עובר להכנסו למצב, על מודעותו, על בחירתו; במילים אחרות - על רצונות השכרות.

המודעות? מתי תיבדק מודעותו של מכור לאלכוהול השותה בקניות? האף גוכל לנתק, במלאכותיות, את שתיית היום שבו התרחש האירוע מכל הימים שקדמו לו, ולומר שהתקיימו שליטה ומודעות? האם האלכוהוליסט אכן כזה להיכנס למצב השכרות? האומנם הייתה לו אפשרות בחירה בין קווי התנהגות תלופיים? האם הנהגה כלל להימנע מהכניסה למצב? האם ניתן באמת לייחס לעושה נכונות לפגוע בערך המוגן כאשר מדובר בעבירות של מהשבה פלילית, שתלק גדול מתמרקן גובע מאותה מודעות ובכונות?

בע"פ 6586/98 אלסיצקי ג' מדינת ישראל⁸⁷ קבע בית המשפט: "הוכח שהנאשם שהה מספר כוסיות וויסקי במהלך הביקור אצל המתלוננת, וסביר שהדבר השפיע על התנהגותו.... הנאשם וחברו ניקולאי העידו על כך שהנאשם נטל 5-6 כדורי וואבן שאותם לקח מסבתו". ומייד לאחר-מכן בית המשפט מסיק כי "בפנינו מקרה ברור של כניסה למצב של שכרות בודעין ובכוונה", ועל-כן הנאשם אינו יכול ליתנות מן ההגנה שבסעיף קטן (א) הנאשם במקרה זה היה מכור לסמים, אבל בית המשפט לא רן בשאלת רצונו החופשי של "מכור" בצריכת הכורים והאלכוהול. התוצאה: אלסיצקי הורשע בשורה של עבירות, לרבות עבירת תקיפה על-פ סעיף 379 לחוק העונשין, תוך שהוא מוכנה רק מעבירת המעשה המנונה, הודרשת כוונה מיוחדת, שאותה לא ניתן להסיק מתוך חוקת הפזיות. מאחר שסעיף 834 אינו אינו דורש צפיות כלשהי של העומד להתרחש, אין בית המשפט צריך כלל לשאול אם הנאשם צפה, או אם היה יכול לצפות, שיצבור עבירה מסוג זה, אף שהשופט מודה כי "הדיושם המתקבל מן הראיות הוא שכאשר חוללת הנאשם לבקר את המתלוננת בביתה... לא הייתה לו כל כוונה לפגוע בה, וסביר להניח שלא היו

87 דיינים עליון גז 372 (להלן: עניין אלסיצקי).

למשל, ישתמש המשפט הפלילי הן בהוראות פקודת התעבורה והן בהסדר הקבוע בחוק העונשין, כמוסבר להלן.
 העבירה של גניגה בשיכור קבועה בסעיף 62(ג) לפקודת התעבורה,⁸⁷ אולם הסעיף אינו קובע מיהו שיכור וכיצד יש לבדוק מצב של שיכורות.
 סעיף 64 לפקודת התעבורה קובע כי "שיכור" הוא "מי שנתון תחת השפעתו של משקה או סם משכרים או מסוכנים". הגדרה זו גורעה, על-פי נוסחו של הסעיף, הן לצורך כל האמור בסעיף 64 (בדיקות וכדומה) והן לצורכי סעיף 62(ג), אולם אין בסעיף זה אמור מידה למידתה של המשכרות.
 בהשפעת משקה או סם מעל המידה הקבועה, התשכ"א-1961,⁸⁸ נקבע איסור גניגת רכב בתקנה 169 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961,⁸⁹ נקבע איסור גניגת רכב בהשפעת משקה או סם מעל המידה הקבועה:

(ג) לענין סעיפים 62(ג) או 64 לפקודה ופרק זה יראו אדם שיכור אם הוא נתון תחת השפעתו של סמים משכרים או מסוכנים או אם ריכוז האלכוהול אצלו עולה על המידה הקבועה. (ההדגשות שלי - ד' פ', מ' פ').⁹⁰

כלומר, לפחות לענין גניגה במצב שבו ריכוז האלכוהול עולה על המידה הקבועה, נראה כי המחקק קבע אמור מידה אחידה בשאלה "שיכור מיהו" ואת דרכי ההוכחה של מצב זה; אולם אולם קיימת חלופת שכרות נוספת, בזירה פחות, והיא היזון של האדם "נתון תחת השפעה של סמים משכרים או מסוכנים". בפסיקה נקבע לא אחת, בעקבות ר"ע 666/86 עורר נ' מדינת ישראל,⁸⁹ כי הבדיקה המעבדתית אינה הדרך הבלעדית להוכחת "שכרות", הן לענין העבירה של גניגה בשעת שכרות והן לענינה של כל אג'ירה אחרת. שיטת הבדיקה ואמות המידה לגבי אמות האלכוהול או הסם שגודגת רכב בהשפעתם אסורה אין תנאי-בל-עבור לשם הרשעתו של אדם בעבירה על סעיף 62(ג), אכן, בפסקי-דין אחרים נקבעת שכרותם של גנאים לא רק על סמך בדיקות מעיית, כי אם בהסתמך על "עדות של מי שפוגש בנהג מסיימם הנהג בייגוג ימינה ושפאלה ואשר איננו יכול לעמוד

87 דיני מדינת ישראל 7 התשכ"א 173 (להלן: פקודת התעבורה). סעיף 62 לפקודת התעבורה קובע: "העובר אמת העבירות האלה, דינו - מאסר שנתיים או קנס ואם העבירה היא עבירת קנס שון בה בית המשפט - קנס פי 1.25 מוקדם האמור בסעיף 61(א)(א) לחוק העונשין; (ג) הוא שיכור בזייתו ונהג של רכב, או בזייתו ממונה על הרכב, בדרך או במקום ציבורי."
 88 ק"ת התשכ"א 1425 (להלן: תקנות התעבורה). סעיף 64(ב) לפקודת התעבורה ממך שומר לדרוש מנהג רכב שהיה מעורב בתאונת-דרכים או מנהג רכב שיש לשוסר תשד סביר כי הוא שיכור להיבדק במועדים ובמקומות שיוזר, וקובע כי מי שנדרש לכך הייב להיבדק באמור. תקנות התעבורה מסדירות דרכים לבדיקת השכרות. הבדיקה תיערך באמצעות בדיקת נשיפה או בדיקת מעבדה, לרבות קביעת אמות האלכוהול שיוזרות את "המידה הקבועה". בתקנה 169 לתקנות התעבורה נקבע מווי "המידה הקבועה" ומוו ריכוז אלכוהול בדם או באוויר ושורף אשר יחודג ממידה זו.
 89 פ"ד (מ) 463 (להלן: ענין עוררה).

על רגליו משנעצר על-ידי השומר כאשר ריח חזק של אלכוהול גודף מפיו.⁹⁰ התוצאה היא כי "מי שאוחז האלכוהול אצלו עולה על המידה הקבועה, אינו יכול לשטון, כי אינו מושפע מן המשקה המשכר, וכי הלכה למעשה אין למשקק שליטה כלשהי על גניגתו או על התנהגותו. מכוח תקנה 169 א קביעה מידה, שהיא מידת הגובל שאסור לעבירה, ומי שעובר אותה אין מהדחים עוד אחרי הודשעות הלכה למעשה של השיכרות, כי זוהי תוכחה קוגולטיבית של השכרות שאין אחריה ולא כלום."⁹¹ התקנות קובעות תוקף חלוטה, וגם אין באדם סימנים נוספים של שכרות, הוא יחשב שיכור.
 אם עבר הנהג עבירה נוספת (על עבירת הנהיגה בשכרות), דוגמת עבירת הריגה, תיבטן שאלת אחריותו הפלילית לעבירה זו מכוח סעיף 84 לחוק העונשין, כפי שנעשה, למשל, בענין אוקס.⁹² משנקבע כי ריכוז האלכוהול בדמו עולה על הקבוע בחוק, לא יוכל נאשם לטעון לפני בית-המשפט כי לא היה שיכור בשעת הנהיגה, שכן אין ריכוז זה של אלכוהול משפיע על כושר גניגתו, ואת אף שיש בכך מעין הסלת אחריות מוחלטת, ואף-על-פי שחוק העונשין עצמו מגדיר שכרות בצורה סובייקטיבית יותר, בקובעו בסעיף 84 את מבחני מודעותו ויכולותיו של הנאשם עצמו.

משמעות הדברים קשה לגבי הנאשם. משתוכח מצב שכרותו, בין בדרך של בדיקה מעבדתית ובין בדרך אחרת, קמה גנדו החזקה. במקרה של נהג שהרג אחר, למשל, השופט קרמי קובע כי משתוכחה רמת שכרות "כבדה" -
 "ד"י ברמת שכרות שבו, כדי להקים 'חוקת פוזיות' לתוכנו של המעורר. חוקה זו, היא אמנם חוקת שבועדה בלבד; אך בהעדר ראייה לטורר - ולו רק כדי לקמת ספק - כבמקרה דנו, די בה כדי לבסס קיומה של 'פוזיות' אצל המעורר, ככל שהערב דרוש להרשעה בעבירת הנהיגה. ולמעלה מן הצורך, ראה אני להוסיף, כי, לכאורה לפחות, במקום שבו נמצא בדמו של אדם ריכוז אלכוהול העולה על

90 שם, וראו, למשל, ענין בן איסקי, לעיל הערה 48, בע' 160, שם קובע השופט קרמי כי בדיקות המעבדה היו תקינות, אולם בית-המשפט היה רשאי גם למצוא ראייה עצמאית לשכרות בעדותו של איש משטרה כי "הבחיין בריח חריף של אלכוהול שהריף המעורר סמך לאחר התאונה; ומצא חיזוק למסקנתו כי המעורר היה שיכור, בהתנהגותו כמונה הלם, ובחוסר יכולתו ליין הסבר כיצד הגיע למקום התאונה וכיצד זו התרחשה. לכך ניתן להוסיף גם את עובדת נשיפתו במדידות בלתי סבירה במסלול שבו התגועה היא בביוון הנגדי, ואת עלייתו על המדרכה כאשר ניסה לתקן את המעוה ולעבור למסלול אחר."
 91 ענין עוררה, שם, בע' 467, דברי הנשיא שמוג. ניתן לעיין בקצרה כי בתי-המשפט בארצות-הברית דחו טענות נאשמים כי קביעה שרירותית נאשר לריכוז האלכוהול אינה חוקתית משום שהאדם הנהיג אינו יכול לדעת מתי גוצר ריכוז זה בדמו, ועל-כן החוק בסל מחמת "vagueuess". ראו, למשל, ענין 32 Burgs, supra note.
 92 ענין אוקס, לעיל הערה 66, ראו פסק 9.5 לפסקי-דינו של השופט משאלי. גם שם, נוסף לבדיקת המעבדה, העיד שוסר כי "מפיו של הנאשם נדף ריח חזק, הנאשם לא הגיב לענין, לא היה מסוגל לתבין הוראות, דיבר שלא באופן טבעי...".

המיוחדת הקבועה' כמשמעותה בתקנה 69א לתקנות - קמה ועומדת בגדר 'חוקת הפניות' האמורה, ואין צורך לעניין זה בראיות גוספות בדבר רמת השכרות.⁹⁵

זוהי תוצאת שילובם של פקודת התעבורה (לעניין הריכוז האסור של אלכוהול בדם) וחוק העונשין (לעניין החלטה של חוקת הפניות). כפי שאמרגו, אחריות מוחלטת מוטלת על הנאשם ומסילה עליו נסל כבד מנשוא.⁹⁴

עבר, גם אם לא בארץ, נדחו טענות נאשמים כי קביעת תקן אחיד בחוק אינה תואמת את עקרון הזכויות, שכן אין אדם יכול לדעת מתי הוא מגיע לריכוז האסור של אלכוהול בדם. ⁹⁶ האם יהיה אפשר לנסות לשכנע את בית-המשפט כי לאור ממצאים מדעיים לגבי יכולתו האינדיווידואלית של הנאשם לפרק אלכוהול, אין הקבוע בפקודת התעבורה משקף את מצבו? אם תחוק עצמו מתיימר להסתמך על ממצאים מדעיים לגבי ריכוז האלכוהול שבו יכולתו של האדם הממוצע נפגעת, יש, לכאורה, לתת לנאשמים אפשרות להוכיח שכישוריהם לא נפגעו. בהמשך נתייחס לשאלה אילו קבוצות נאשמים יוכלו ליהנות מהממצאים הנגמשים בדבר פירוק אלכוהול. ניתן לטעון שאם יוכל נאשם לתקניו שכישוריו אינם נפגעים גם בריכוז אלכוהול גבוה יותר, תיאלץ התיקנה להוכיח את חלופת השכרות על-מנת שתחול עליו חוקת הפניות.

ה. הבסיס הנגטי של ההתנהגות

1. מבוא

חך הבסיס הנגטי להתנהגות אינו חדש, והוא עולה כשאלה מרכזית כאשר באים לבחון את האחריות האישית של כל פרט להתנהגותו. בעשור השנים האחרון שינה המחקר הנגטי את פניו, וקיבל תנופה מחדשת בעקבות פרויקט פיצוח הגנום, ⁹⁷ ששלבו הראשוני

⁹⁴ עניין בן איסקי, לעיל הערה 43, בע' 164.

⁹⁵ לביקורת שמתח עדי פרדש על אחריות הקפידה הקבועה בחוק העונשין ראו לעיל הערה 44.

⁹⁶ ראו פסק-דין שבו דחה בית-משפט טענה של "בטל בשל חוסר ראות" לעניין קביעת הריכוז בחוק תוך הסתמכות על עדויות מומחים שלפיהן הריכוז הקבוע פוגע בכישורי הנהיגה של האדם הממוצע, עניין 32 Burg, supra note.

⁹⁷ גנום - Genome מכלול הגנים הקיימים בתא ואורגניזם. גן - Gene מקטע DNA על גבי כרומוזום המקודד ליצור מקטע חלבוני. DNA חומצת הגרעין - החומר הנגטי. כרומוזום - צורת ארגון של החומר הנגטי בעת חלוקת התא. לתיאור הבסיס הנגטי ראו 'א' סולר, 'י' פלוצקי "DNA על שילוח העדים" רפואה ומשפט - ספר היובל (ע' לוי עורך, תשס"ב) 143. כמירכין ראו 'ג' גלילי וא' מרבך "אנליזה של DNA למטרות פורנויות" פלילים ב (תשנ"א) 225.

הסתים לא מכבר, כשנתיים לפני המתוכנן - עדות למאמץ המושקע בפרויקט זה. הגם שקיימות הוכחות להשפעת גנטית על התנהגות בבעלי-חיים ירודים, לא הוכח עדיין קשר מוצק זה אצל האדם, אך העדויות לבקרה גנטית על התנהגות מצטברות בעצם ימים אלה במעבדות המחקר, מפורסמות בספרות המדעית, ומזיירות את כל העוסקים בהיכנים השונים של שאלת ההתנהגות והאחריות להתנהגות להתאים את גישתם לממצאים החדשים.⁹⁷

הוכחת הבסיס הגנטי - הגנטי - להתנהגות אצל בני-אדם נמצאת בתחילת דרכה. גיאה בעליל שקיימת השפעה גנטית, אך עוצמתה ותוקפה ברורים פחות. הסיבה לקושי הקיים בהוכחת המרכיב התורשתי גובעת מעצם המושג "התנהגות של האדם" ומקשים אויביקטיביים הכרוכים בניחול מחקר מסוג זה בבני-אדם. התנהגות האדם היא פעילות מורכבת מעצם שיבה, הגדרת התנהגות מתייחסת לדישות כאשר לאינסליגנציה, אישיות, רגישות ואגרסיביות, כך שהגדרה אינה חד-משמעית וקשה לכימות ברמה הנדרשת לצורך עריכת ניסוי מעבדה מדויקים. קושי נוסף נובע מהעובדה שאין אפשרות לערוך גיסוים ובייקות באדם בדומה לבעלי-חיים. מתוך כך מובן שקשה להוכיח את ההשפעה שיש לשינויים במסען הגנטי על התנהגותם של בני-אדם ברמת דיוק זהה לזו שניתן להציג בחיות מעבדה.⁹⁸

2. עדויות ישירות ועקיפות לקשר בין גנטיקה להתנהגות

מורכבות התופעה הנקראת התנהגות מציבה בעיה נוספת לפני החוקרים, והיא המורכבות של כוחות חיצוניים בתר-ליתיים המשפיעים על דגם התנהגות הסופי של האדם ומעצבים אותו. בהיבט זה יש לבחון את הסוגיה במקורות אחדות: (א) האם המסען התורשתי מכתיב התנהגות מסוימת, מוגדרת וחד-משמעית, כך שאין לאדם יכולת לשנותה, וכבו היא מוכתבת גנטית? (ב) האם התנהגות מוכתבת בבסיסה, עומדת כרקע, אך לו לאדם יכולת לשלוט בה, לעדן אותה או להימנע ממנה, כל זאת תוך השקעת מאמץ רב יותר מה הנדרש מאדם אחר? (ג) האם המסען הגנטי מכתיב שוני בין פרטים שונים ביכולתו של הגוף להתמודד עם תומרים ותרופות הגורמים להתנהגות שלילית וחריגה? לדוגמה, יכולתו של הפרט לפרק רעלים, כגון אלכוהול, כך, צריכת

⁹⁷ במאמרים שפורסמו לאחרונה מופיעות הוכחות מדעיות ראשונות, בהיות מעבדה, לקשר בין התנהגות לבין פנייה בחומר הנגטי: כאשר פגוע החוקרים במקטע מסוים המקודד ליצירת חלבון המשמש קולטן במוח החוליה, הם הצליחו להזיז שינוי התנהגותי ארוך טווח. "Long Term Effect of Early Genetic Influences on Behavior" R. Freedman 213 (2002).

⁹⁸ 347 N. Engl. J. Med. ומאמר נוסף אוניברסיטת קולומביה שתמצאד הקורם מתייחס אליו: "Serotonin 1A Receptor Acts During Development to Establish Normal Anxiety like Behavior in Adult" C. Gross et al. 416 Nature (2002).

⁹⁹ W.S. Klug Cummings MR Concepts of Genetics (New Jersey, 6th ed., 2000) 659.

החומר, גם במינון נמוך, עלולה להיות בעלת השפעה שתוביל פרט מסוים למצב שבו לא תהיה לו שליטה בהתנהגותו, מבלי שירצה בכך. (ד) נקודה נוספת לבידוק רדיון היא קיומם של מומים, מולדת או תכונות המוכתבות גנטית שמתנהגות הפסולה מופיעה בעקבותיהם, כגון שינוי גנטי המוביל לפיגור שכלי, המכתוב התנהגות שלילית כאשר אין לו לאדם יכולת להבחין בין התנהגות חיובית או שלילית ואין לו יכולת לשנות את התנהגותו.

עד לשנות התשעים נרמזו העדויות להשפעה גנטית על התנהגות במבחנים סוציופסיכולוגיים שונים הנותנים מצבי היים חריגים, כדלקמן: (א) שינוי בדפוסי התנהגות בין פרטים מאוכלוסייה אחת שחלקם עברו להיות בתרבות שונה (Population Migration).⁹⁹ (ב) בחינה של סיפור משפחתי.¹⁰⁰ (ג) התנהגות האומים והים בתנאים שונים של מזדה והשפעת סכיזופרניה.¹⁰¹ (ד) מבחני התנהגות באוכלוסייה של פרטים שעברו

99 מבחני Migration studies / Population שבהם נבדקים השינויים של מחלה או התנהגות מסוימת באוכלוסייה של מהגרים. לדוגמה, מצבים שבהם התנהגות מסוימת באוכלוסייה מהגרת, שהיא גורמה בארץ המוצא, נותרת כפינה גם בארץ הגירה שבה התנהגות נראית חריגה, או שמתנהגות משתנה לכלל התנהגות שונה מזה של ארץ המוצא. יש בכך משום רמז להתנהגות שיש בה מעורבות גנטית. שינוי בהתנהגות לכיוון של התנהגות המקובלת בארץ הגירה מרמז על השפעות סכיזופרניות. אין הבהרה לייחס לעבודות אלה משמעות תורשתית בלבד, שכן גם השתנות בארץ הגירה יכולה להיגרם על רקע התנהגות גנטית כאשר ליכולת השינוי בתנאים סביבתיים מסוימים. מאידך גיסא, גם אצל השתנות של התנהגות הכסי הנקשרת בארץ המוצא יכול עדיין להיות בעל השפעה סכיזופרנית, דוגמת היגר המוקנה לפרטים בארץ הגירה המבוטס על זה של ארץ המוצא. או היים במחצית קבוצת מהגרים והמוגנית מאותה ארץ הגירה. ראו: R.O. Rieder, C.A. Kaufmann & J.A. Knowles "Genetics" *Textbook of Psychiatry* (Washington, R.E. Hales, S.C. Yodofsky & J.A. Talbot eds, 2nd ed., 1994) 35, 40

100 המשפחה לדורותיה יכולה לרמו על התנהגות הקשורה למסען גנטי. בדרך לחלוטין שקיימת השפעה ניכרת של הפרטים במשפחה על רפואי התנהגות של הפרטים השונים בה, אבל תופעת התנהגות חריגה ברגם של צמידות לכדים או לרגמים המתאימים לרגמי תורשה של מחלות עשויה גם היא לרמו לקשר קיים. ראו: KJung, *supra* note 98, at p. 41.

101 Twins studies: מבחן זה בודק התאמה של התנהגות לאומים והים בכמה מערכות יחסים - כאשר התאומים והים (מוניוגוטיים - הנשאים מסען גנטי זהה) או התאומים לא-הים (דיזיגוטיים, התולקים, בדומה לאומים רגילים, מחצית המסען הגנטי מכל הורה) שכיחות הופעתה של המחלה או התנהגות חריגה במוניוגוטיים צריכה להיות גבוהה בהרבה מאשר בקבוצת התאומים הדיזיגוטיים. זהו רמז נוסף להיות התופעה קשורה להשפעת המסען הגנטי. דוגמה להעברה ותאימות של 100% בתאומים מוניוגוטיים היא מחלת הנתנינגטון (Huntington's disease), שבאה לידי ביטוי בפיגור ובהתנהגות

אימוץ בגיל צעיר.¹⁰² (ה) כשינים האחרונות, בעקבות התקדמות תכירת הדיק, הגנטיקה ניתן לערוך גם מבחני התאמה בין סמנים פולימורפיים השוריים בתוך הגנום האנושי לבין החומר הגנטי - הגנים - המכתיבים מחלות או תופעות תלויות גנום, Polymorphism studies.¹⁰³ (ו) מבחנים ביזכימיים לרמות של תומרים פעילים בגוף או מערכות פרוק שלהם, ומיקוד התופעה בגנום האנושי. (ז) ניסויי חיה לשינוי הכתיוב הגנטי והכרת האופי של התנהגות מוכתבת. הופיעו של שינוי גיטוי והקידום ברמת הידע מאפשרים לחוקרים לגלות פריטים על הקוד הגנטי ברמה של יחידות מחלות והקשר בינן לבין הרצפים הכתובים של הקוד הגנטי, כך שניתן לייחס התנהגויות מסוימות להכתבה של החומר התורשתי.¹⁰⁴ עוד בסרט מומל בפיצוח הגנום האנושי הצטבר עדויות שרמזו על קיום כסיס להכתבה גנטית של התנהגות.

במבחנים גנטיים ישרים הופיעו במחצית השנייה של שנות התמישים והתרכזו בציומורפיקה - סקירת הכרומוזומים של האדם בעת שניתן לצפות בהן ישירות ברמה התאית. כרוב זמן חיי של התא, החומר הגנטי - תומכות הגרעין - מרוכז בגרעין התא. בעת הליקוט התא מופיע סידור החומר הגנטי, ה- DNA (Deoxyribonucleic Acid), כשרשרות מסודרות היטב ומלופפות בסדר מסוים ומדויק. סדר זה מוזר על עצמו בכל חלקיק וחלקיק במבנים ייחודיים הנקראים כרומוזומים, המאפשרים לצנפה לבחון את החומר הגנטי בגרעין. תמונה זו נקראת קריוטיפ. תוספת חומר כימי העוזר את חלוקת התא בשלב של הצגת הכרומוזומים מאפשרת את זיהוי כל הכרומוזומים בגרעין, ומכאן ניתן להתחזן מסוים, בעוזפים או כשינויים אחרים החלים ברמה הכרומוזומלית. בבדיקות שנערכו משנת 1956 התברר שקיימים ארבעים ושישה כרומוזומים שכל המידע הגנטי העובר בתורשה מצוי בהם, ובכללם שני כרומוזומים הקובעים את מינו של האדם. לאחר גילוי הכרומוזומים נמצא ששינוי במספרם - תוספת או הפחתה - גורם להופעת "מחלות גנטיות".

בתחילת שנות השישים היה אפשר להבחין שבקרב אוכלוסיית בתי-סוטה, אצל

אגריסביית התוקפת את החולה בגיל מתקדם יחסית בין עשרים לחמישים שנה, סכיזופרניה ב-50% מהמקרים והפרעה התנהגותית ביפולרית בכ-65% העברה. שיטה דומה ניתן ליישם במחנות תאומים והים שהתפקדו בילדותם וגודלו באווירה של השפעות סכיזופרניות שונות. ראו: KJung, *ibid*, at p. 41.

102 מקרים של אימוץ ילדים, Adoption studies, יכולים להיבחן בכמה אופנים: מקרב אחד מאומץ שמוצא מרשות הורה נגזר בהפיעה תועבר לסביבה נטולת פגיעה. ביניהם מסוג שונה תהא זו שתבחן את התנהגות הפרט המאומץ המועבר לסביבה פגיעה, והפן השלישי - ביניהם של המאומץ אל מול כל המשפחה השבעית המורחבת והפגיעות בה.

103 פולימורפיזם היא תופעה שיש בה יותר מבטיי תצונוי אחד לזן. הדוגמה הידועה היא קיום הלבני קבוצות חם השונות, A.B.O, לקיום הפולימורפיזם יש צורך בשני אללים שונים. אצל הוא צורה חלופית לזן המצוי על גבי הכרומוזום.

104 F. Mueller & I.D. Young *Emergy's Elements of Medical Genetics* (Edinburgh, 11th ed., 2001) 210-214

אסירים בעלי התנהגות אנטי-חברתית ובעיקר אצל אסירים שהיו שפויים על תקיפות מיניות היתה שכירות גבוהה מהרגיל של עורך כרומוזום Y לתמונה של עשרים ושניים זוגות כרומוזומים בתוספת כרומוזומי המין בפורמט חריג של XXY.¹⁰⁵ רק בשנות השמונים ולאחר-מכן נמצא שקיימת הופעה של כרומוזום Y עורך גם מבלי שהתנהגות הנשא תהא אנטי-חברתית. הועלתה ההשערה שהתנהגות השלילית, כאשר היא קיימת, נובעת אולי מפיגור.¹⁰⁶

מבחינת קשר הדדניים מנסים לקשור בין סמן גנטי לתורם פוגם שנמצא בהיא, כשישית ה-Functional gene cloning, או בין סמן גנטי למחלה - Positional cloning. במחלות מורכבות משתמשים בשיטה השנייה, ומנסים להפש הנאמה בין סמנים גנטיים קיימים לתכונות פיזיות. גישה זו מבוססת על Linkage studies ועל Association studies.¹⁰⁷ התנהגות בלתי-רצויה, שעלולה להוביל להתנהגות המוגדרת כפלילית, עשויה להיות מיוחסת למסען גנטי ברמות אחרות. אלה יכללו שינוי כרומוזומלי, כאשר קיים כרומוזום שלם עורך או חסר הגורם לשינוי בדפוסי התנהגות, שינויים ברמת ה- μ הבורד ועד לשינויים ברמת הבסיס הבורד כחומר הגנטי. פיזיות מדעית ניתנת מושקעת כיום באיתור שינויים גנטיים מקומיים אלה במקסע ה-DNA, SNIP's, ומציאת הקשר שבין פגיעות נקודתיות אלה לבין הופעת מחלות או שינויים בהתנהגות.

בחינה של שינויים גנטיים והתאמת הנגעים יכולה להתבצע אך היא כשיטות

105 ראו סקירה נרחבת של ספרות ואף דיון בסוגיה אם על רופא לספר זאת לחולהו של ילד כי התגלה בו הכרומוזום Human XYY. E.B. Hook "Behavioral Implications of the Human XYY Genotype" 179 Science (1973) 139

106 Mueller & Young, supra note 104, at p. 29

107 Vold & Bernard, supra note 104, at pp. 92-95

108 מבחינת הקשר (Linkage studies) נערכים על-ידי בדיקת שלוש מאות עד ארבע מאות סמנים גנטיים המפורדים בגנום באופן אחיד יחסית. שיטה זו טובה במיוחד כאשר קיים תיעוד של תולדות המחלה בעצים משפתחיים המשתרעים על מספר רב של דורות. מבחן זה יעיל פחות במחלות מורכבות Complex-trait, שבהן יותר מגורם גנטי אחד משפיע על התכונה פיזית אחת, כגון התנהגות שלילית, ועליהם נוספת השפעה סביבתית. במקרים אלה יחסר בדרך-כלל מעקב רבי-דורי אחד התופעה, אלא שבמספרה גרעינית, כאשר הדורים והילדים סובלים מתכונה שלילית זהה, יהיה ניתן בכל-זאת לערוך את המבחן, והם שכוונו חלש יותר. מבחינת ה-Association studies משמשים בעיקר כלי לאבחון תת-מיקום ויהיו של גנים לאחד שנמצאו במחל הכרומוזומים תוך שימוש במבחן הקודם. רוב התנאמות על-פי שיטה זו נערכו בין מחלות ידועות לבין מערכת של סמנים אנטיגניים, הודעה כ-HLA. מבחינת הפולימורפיזם מתבססים על תופעות חריגות שבאות לידי ביטוי היצוני של יותר משתי אפשרויות, ולרוב הכוונה היא שקיימים יותר משני אללים לכל התכונה.

אחרות.¹⁰⁸ דוגמה להתנהגות המוכתבת על-ידי חומר הגנטי ומתווכת על-ידי חומרי-ביניים כימיים, שתגלגלה ופורסמה על-ידי חוקרים בישראל, מציגה יהוה בין סמנים גנטיים לבין תגובת הנף על עקה (Stress).¹⁰⁹

כאשר בוחנים התנהגות של כל פרט ומבקשים להקור ולהציג את הסיבות להתנהגותו יש מקום להתייחס אליהן כאל רצף, מעין קשת של גורמים. מן הצד האחד תימצא ההתנהגות המוכתבת גנטית באופן בלעדי, כך שכל הפרטים הנשואים מסען תורשתי יכולו את הגן המעיד על ההתנהגות החריגה אכן ילקו בה, ללא יכולת השפעה היצונית של סביבת החיים של האדם. צד זה של קשת מצבי ההתנהגות יוגדר כמצבים שבהם התנהגות מוכתבת בהכתבה גנטית-תורשתית ואינה ניתנת לשליטה. בצידה האחר של קשת ההתנהגויות יוצבו כל ההתנהגויות המוכתבות חד-משמעית רק על-ידי גורמים סביבתיים. במצבים אלה לא תימצא כל השפעה שהיא של המסען הגנטי, וכך יהיו מבחינת הקשר המשפחתי כמו גם מבחינת ההתאמה הגנטיים שליליים. בין שתי נקודות-קיצוין אלה ניצבים כל מצבי ההתנהגות שיש להם מרכיב השפעה מעורבים, גם השפעה של המסען הגנטי וגם עדות להשפעה הסביבתית. מכאן שיש להגדיר קשת של מצבים התנהגותיים: לכל אדם בעל התנהגות שלילית יהיה ניתן בעתיד ליחס כמותית את מרכיב ההשפעה הגנטית מול ההשפעה הסביבתית.¹¹⁰

הגישה הראשונה - Functional gene cloning, שבה ניתן להגיע לשינוי הגנטי בגנום צצמו על-פי חומר תוך-גופי - הלבון מסוים מופיע פגוע במחלה מסוימת. באופן זה נמצאה מחלת Lesch-Nyhan syndrome, מחלה תנאה ליד ביטוי פיגור שלילי, שינויי התנהגות ופיגיעה עצמית. במקרה זה יש פגיעה בחלבון המשמש נדו בפעילות הביולוגית הנורמלית של הגוף. כך היה ניתן לעקוב אחר מקור התקלה עד לפגם המופיע בחומר הגנטי ה-DNA. ברוב המקרים, חומרי-הגנטיים המתווכים בפגיעות שונות ובמחלות שונות בגוף האדם אינם ידועים עדיין, ולכן, לרוב לא ניתן להשתמש בגישה המתוארת.

הגישה השונה היא של Positioning gene cloning, כאשר בחולים או בפגועים באותה מחלה יש שינוי מה חומר הגנטי.

109 ה' שורק "על תגובות הורק ומעורבות גנים שביטויים משתנה" רפואה ומשפט (תשס"א) 24, ניתן כהצגה ביום-עיון לזכר א' גיצלטר ד"ר על-ידי האגודה לרפואה ומשפט, ובהצגה מפורטת במפגש הבינאסכולוגי - מוקס 2001 תל-אביב. במאמר זה נציגה קבוצה זו, ברשותה של תרומה שורק, מארג מורכב יותר של בקרה גנטית על הדק, ברמת עיבוד של הוציף השעווק - תרגום החומר הגנטי בדרכו להקף לולבוניים. ראו: E. Meshorer, C. Erb & R. Gazit et al. "Alternative Splicing and Neuritic mRNA Translocation Under Long-Term Neuronal Hypersensitivity" 295 Science (2002) 508.

110 נקודות-קיצוין בקשת של מצבי המחלה מייצגות את מצב המחלה הגנטי השחור, מחד גיסא, והסביבתית השחור, מאידך גיסא. דוגמה למחלה גנטית שחורה היא מחלת הניסנגסון, מחלה גן אחד, המציגה התדרדרות מנטלית ושינויי התנהגות המופיעים בגיל הבוגר. מחלה סביבתית אופיינית היא חסר בוויטמין C. על קשת מצבי המחלה, ראו: Mueller & Young, supra note 104, at p. 29.

מופיעה ברמות אלכוהול מסוימות ברם. ברמות גבוהות יותר ההתנהגות נעשית בעלת משמעות והשלכות שליליות. ערך זה הוא שיווי משקל דינמי בין כמה פרמטרים: כמות האלכוהול שנצרכה עובר לתופעת ההתנהגות, משך הזמן שבו נצרכה כמות זו, יכולת המסבילים - פירוק האלכוהול - ומזירות פיזיו מוגבר, כיצד תחמו משפיע על תגובת התמו ומידת יכולתו ליצור התנהגות שלילית, ועד כמה אורזי ההשפעה רגישים לחשיפה של ריכוזים מסוימים של אלכוהול, כל אלה יוצרים את טו הופעתה של ההתנהגות השלילית. מכאן שקשה לכלול את כל הגורמים הללו באגרות אחת של תלות ושכרות, וניהיה בעתיד צורך לבחון כל אחד מהפרמטרים הללו ואת ההשפעות של כל אחד מהם מן ברמה הגנטית וכן ברמת ההשפעה הסביבתית. בעתיד, יש לצפות, יעלה בודדאי צורך להכין לכל אחד את פרופיל החשיפה שלו לתרופות ולחומרים כימיים שונים, לרבות אלכוהול, וההגנה מפניהם.¹¹⁴

הממצאים המדעיים הקיימים מעידים כי האלכוהוליים, בניגוד למחלות בעלות השפעה גנטית של גן אחד (Single gene), היא מחלה מורכבת (Complex disease), שהבסיס לה הוא מארג רב-גורמי. ריכוזי הגורמים יכול שיהיה בשני רבדים. הראשון הוא השפעה מעורבת של המסמן התורשתי אל מול ההשפעה הסביבתית על צריכת האלכוהול ביתר ועל הריגשות בתגובה על החומר. הרלבד השני הוא עצם קיומם של גנים שונים בעלי השפעה נפרדת, באמצעות ממנגונים שונים, על תופעה אחת - האלכוהוליים.

במחקרים שנערכו בשנות החמישים והשישים נמצאה השפעה מיוחדת של חשיפה מוקדמת בילדות לסביבה רוויה אלכוהול על שימוש יתר באלכוהול בזיו הבוגר, בדומה להפוצרות אכילה.¹¹⁵ הסיכון ללקות באלכוהוליים הנשקף לבן משפחה מדרגה ראשונה גדול פי שבעה לעומת קבוצת הביקורת.¹¹⁶ יש תוצאים בערויות אלה רמו לכך שהתופעה נובעת מזיו משפחה מעורערים, ואינה מהווה הפרעה בעלת רקע גנטי.¹¹⁷

מבחינה המשפחה לבחינת השפעה גנטית הינם בעייתיים, ואינם הפים מהשיה בעיקר בשל היחסים המעורערים ממילא בתוך המשפחה כתוצאה משימוש באלכוהול, כך שהשפעה סביבתית, ולא רק גנטית, מובנית לתוך המערכת הנבדקת. עם זאת, במשך השנים

B.F. Grant "Prevalence and Correlates of Alcohol Use and DMS-IV Alcohol: 114
 Dependence in the US" 58 *Alcohol* (1997) 464
 T. Reich, C.R. Cloninger et al. "Secular Trends in Familial Transmission of 115
 Alcoholism" 12 *Alcoholism* (1988) 458; B. Cooper "Nature, Nurture and Mental
 Disorder: Old Concepts in the New Millennium" 178 *Br. J. Psychiatry* (2001)
 (suppl. 40) s91
 K.R. Menkangas "Genetics of Alcoholism: A Review of Human Studies" 116
Genetics of Neuropsychiatric Diseases (London, I. Wetterberg ed., 1989) 269
 ראו: 117 ראו: 35-78, at pp. 99, *supra* note 99, Kaufmann & Knowles, Rieder, לסקירה ממצה
 של ספרות בנושא ההשפעות הסביבתיות, לרבות משפחתיות, על צריכת אלכוהול, ראו:
 T. Edwards "The Theory and Practice of Compulsory Drug Treatment in the
 Criminal Justice System: The Wisconsin Experiment" (2000) *Wis. L. Rev.* 284

אם נמצא כי התנהגות מסוימת הנתפסת כשלילית מבוססת כולה על הענייה תורשתית, תהיה משמעות הדבר שאין לאדם הלווק בה כל יכולת להשפיע על דרך פעולתו, והתנהגותו תהא שלילית בין אם ירצה בכך ובין אם לאו, כאשר ההתנהגות מבוססת על השפעה חיצונית, יש לאדם יכולת להימנע ממה בעצם התרחקותו מהגורם המשפיע.

אם כך, יש לסיים-לב לשינוי התפיסה הילודית בהתייחסות לביולוגיה של ההתנהגות נאדם, שתפיסת המשפט צריכה להיגוד ממה. מדובר בשינוי תפיסה בשתי נקודות: (א) לא עוד בחינה דיכוטומית של ההתנהגות כנשלטת או בלתי-נשלטת, כאשר הקו התוחם הוא, לדוגמה, הפסיכוחה הסכיזופרנית, וכל שאינו בגודל הקו התוחם נמצא כהתנהגות נשלטת. (ב) נקודה שנייה לציון היא תודרת חשיבותו של גורם המודיעת להתנהגות השלילית, שכן אדם יכול להיות מודע, ובכל זאת אין הוא מסוגל לשלוט במעשיו. מכאן נובעת חשיבות הבחינה המצמיקה של שני התנאים המופיעים בסעיף 334: הן המודעות והן השליטה. בקצה הקשת, שבה מצויים מצבי ההתנהגות המוכרת גנטית בלבד, אין נפקא ממה אם האדם מודע להתנהגותו השלילית. מאידך גיסא, העדר מודעות להתנהגות המוכרת בלעדית על-ידי הסביבה יעיד רק על השפעה רחבה יותר של הסביבה ועל ערכים שנתפסים כגורמה, ודי בניתוק הפרט מתוך סביבתו הפתולוגית כדי לשנות את ההתנהגותו. גישה זו, שהיזה האורזית בעיקרה עד לאחורונה וכתה בגיבוי עורבתי מדעי.¹¹¹

3. הכתבה גנטית של אלכוהוליים

השימוש באלכוהול אינו אסור, כמזכיר. נתוףך הוא, השימוש בו מוכתב ביהדות.¹¹² נמוג בנסיבות חברתיות מהוגנות, ובעיקר, הוא יכול להושב תרופה בעלת השפעה חיובית על החלואה במחלות הלב וכלי הדם, וככזו היא מומלצת לשימוש על-ידי רופאים.¹¹³ לכן, הדין חייב להתמקד בשימוש התורג הנעשה ב"תרופה" זו והגורם לתופעות-לרוא שליליות ורעילות. ההתנהגות השלילית הכרוכה באלכוהוליים נובעת מכמה מרכיבים פיזיולוגיים שונים, שאינם הליים בהכרח זה בזה, ההתנהגות השלילית

111 כפי שפורסם לאחורונה, נמצא קשר בין פולימורפיזם בחלבון MAOA (מונו אמינ
 אוקסידאז A) לבין הסיכוי לשריד התעלות קשה בגיל ההתבגרות. ראו: A. Caspi,
 X. McClay & T.E. Moffitt et al. "Role of Genotype in Cycle of Violence in
 Maltreated Children" 297 *Science* (2002) 851
 הברחית.

112 המצווה לקרש על היין, קיצור שולחן ערוך לרבי שלמה גארנצפריד (תשמי"ט), דיני
 קידוש סימן עז, סדר ליל פסח סימן קס"ו.

113 המלצות לשמירה על הבריאות לאוכלוסיות מבוססו קופת-חולים. "שינפול" ימה כראי
 לאכול" מכביותן (מחזי 2002) 30.

באלכוהול, והוא אנזים ה-MAO (Monoamine oxidase), אם כי ייתכן שקיים גורם מקשר שלישי, דוגמת עישון.¹²²
 בבדיקות DNA נמצא קשר בין סיבוכים של אלכוהוליזם לבין קולטנים לחומר פעיל במוח - הדופאמין. ממצאים אלה אומתו על-ידי כמה מעבדות נוספות.¹²³ יש שגלו בקולטן זה גם תלות בשימוש בסמים, נושא חשוב שיקצר המקום לידו בו במסגרת זו.

העדות המשכנעת ביותר כיום להשפעה גנטית על אלכוהוליזם יצאה ממעבדות המחקר שהצליחו להדגים קשר בין זיהוי הרבי-צורניות - הפולימורפיזם - של שני גנים שמקודדים ייצור של שני אנזימים, ה-ADH וה-ALDH.¹²⁴ הפקידים של שני אנזימים אלה הוא לפרק את האלכוהול בכבד, שניו מבני באנזימים אלה, הנובע משני גנים, גורם שינוי בפירוק האלכוהול ומזגים קשר בין שינויים גנטיים ותגובה על אלכוהול באוכלוסיות אסיאתיות שמקורן במזרח-הרחוק. שינוי גנטי יוצר תגובת הסמקה קשה ולא נעימה על שתית אלכוהול בבני אסיה, תגובה המלווה בירידת הסבילות לאלכוהול. בבני-אדם בעלי שני אללים¹²⁵ מסוג זה, התגובה תגופנית קשה גם על שתית אלכוהול בכמות מתונה. אוכלוסייה זו נידונה, ונמצאת בעיקרה ביפן, לכן הממצאים אינם יכולים

122 ראו: N.L. Saccone et al. "A genome Screen of Maximum Number of Drinks as an

123 כמה מחקרים ציינו קשר בין אלכוהוליזם לבין שינוי בקולטני הדופאמין, אך עבודות

124 האנזימים ALDH (Aldehyde dehydrogenase) ו-ADH (Alcohol dehydrogenase), שני

אנזימים שתפקידם הוא פינוי אלכוהול ומקומות תהוף והדם. האלכוהול עם עובר

דרך הכבד ומתפרק בו בשני שלבים. בשלב הראשון, ADH מפרק את האלכוהול

לאצטאלדהיד, המפורק בשלב השני על-ידי ALDH. ראו: D. Goldman "Candidate

174 ALDH 2*2 (1995) 3 Clinical Neuroscience, Genes in Alcoholism"

ולא-נעימה על שתית אלכוהול אצל בני אסיה, תגובה המלווה בירידת הסבילות קשה

התלות באלכוהול. בבני-אדם בעלי שני אללים מסוג זה התגובה קשה גם על שתית

אלכוהול בכמות מתונה, ראו: A.C. Heath, J.B. Whitfield, P.A.F. Madden et al.

"Towards a Molecular Epidemiology of Alcohol Dependence: Analyzing the

Interplay of Genetic and Environmental Risk Factors" 178 Br. J. Psychiatry

(2001) s33

125 אלה - Allele - צורה הלופית לזן המצוי על הכרומוזום המקביל לזן.

המשיכו להצטבר עדויות לקיום גורמים גנטיים מוכתב-תורשה הקיימים בין צרכני האלכוהול. בתחילה היו העדויות נסיבותיות - ראיות בלבד קווי דמיון משפחתיים כמזכר, ועליהן נוספו עדויות ממוכנות של צדית אלכוהול מוגזמת במבנהי האנזימים. מחקרים המבוססים על אוכלוסיות האנזימים הציגו שכיתות גבוהה יותר של חשיפה לאלכוהוליזם אצל האנזימים הם לעומת האנזימים לא-זיהים מן בזכרים והן בבקבות.¹¹⁸

מבחינה חשובה להצגת אפשרות של השפעה גנטית על אלכוהוליזם ניתן לערוך על פרטים הנמצאים באימוץ.¹¹⁹ יחסים מעוררים ומצבים פסיכוסוציאליים במשפחה הנמצאת תעלו באופן ניכר את הסיכון לאלכוהוליזם ללא קשר גנטי תורשי. יש לשקול נתונים אלה בהקשר של פגמים שנפלו בהגדרות התרומים.¹²⁰

עדיין מבוססות חרשות בהקשר גנטי-גנטי מן שהובילו אותנו לכתיבת מאמר זה. בבדיקות מעבדה לזיהוי סמנים גנטיים לאלכוהוליזם לא היו המסקנות הדי-משפחיות, אם כי נמצא קשר בין פרטים חשופים לאלכוהוליזם לבין כרומוזום מס' 1, 2, 4, 7, 16 ו-17 בדרגות שונות של הוכחה מדעית. לאחרונה נמצא כי תנן או הגנים על גבי כרומוזום מס' 1 עלולים להשפיע את הפרש הגנוע באלכוהוליזם לזיהוי, שיתכן שהוא מופיע על-ידי האלכוהול.¹²¹ בפרויקט המחקר המרכזי, ה-COGA (Collaborative study of the

genetics of alcoholism), נמצא קשר בין שני גנים המצויים בקרבת תגובה אנזימת על גידוי קולי, הדרושה כ-ERP3 Component (ERP: human event), ואלכוהוליזם לגידוי עצבי (related potentials), ממצאים המצביעים על אפשרות לזיהוי-יתר לגידוי עצבי

באלכוהוליזם. שני גנים אלה קרובים מבחינת המרחק על גבי כרומוזום מס' 4, ומכך נובע ששינוי גנטי שיתול באזור זה על גבי הכרומוזום ישנה את שתי התגובות גם יחד. אכן, עוצמת ה-ERP3, כפי שהיא ניתנת למדידה במעבדה, נמצאת בהתאמה גבוהה עם התלות באלכוהוליזם בתוך המשפחה. סמן גנטי נוסף נמצא בקשר מקומי לתלות

118 ממוצע השכיחות בקרב בן משפחה, בין האנזימים (מונוזיגוטיים) לבין האנזימים

לא-זיהים (דיזיגוטיים), היה ביחס של 1:1.6. בכתיבת מצבי אימוץ, השכיחות של

האלכוהוליזם בהקשר למשפחה הטבעית היה ביחס של 2.4 אל מול הקרובים המאמצים.

ראו: 115 supra note Cooper.

119 עבודה שנעשתה על כשלוש מאות מאומצים ביליאמי שמונה-עשרה עד ארבעים נמצא

C.E. Curtana, קשר מסוים של השפעה סביבתית-גנטית דווקא אצל אנשים מאומצות.

R.E. Cadoret et al. "Interpersonal Variables in the Prediction of Alcoholism

Among Adoptees: Evidence for Gene-Environment Interaction" 35

171 (1994) 171 Comprehensive Psychiatry.

120 העובדה שעצם התגובה הלקויה של נתונים במחקר הנסיבי אינה מאפשרת הערכה ברורה

לגבי תקפות הנתונים שהתקבלו מופיעה בהערה בעבודה, ראו: Cooper, supra note

115.

121 ראו: J.I. Nurnberger, T. Foroud & L. Flourey et al. "Evidence for a Locus on

Chromosome 1 that Influences Vulnerability to Alcoholism and Affective

Disorder" 158 Am. J. Psychiatry (2001) 718.

או הרצונית של בני הקבוצה לא תיפגע. בעניין מצאנו, לדוגמה, הגישה התרעבה חוות דעת של מומחה שלפיה לא התגלה אלכוהול בריגמת הדם שנלקחה מתנאשם, אך על-פי שראיות העידו על צריכת סקילה בכמות נבדדה. התביעה לא נתנה לכך כל הסבר, והשופט קבעה כי "אין מנוס מלקבל את חוות דעתו של ד"ר פינקלשטיין, המומחה מטעם הסגוריה, לעניין קביעתו, כי 'ריגמות הדם נלקחו מתנאשם מאוחר מדי, לאחר שהאלכוהול שהיה בדמו התפרק'".¹²⁸ אפשרות אחרת, שלא נידונה, היא כי מצאנו נבנה עם קבוצה זו שבה קצב פירוק האלכוהול הינו מהיר או שהשפעתו מוגבלת. אם אוגום מצאנו נבנה עם "קבוצת העמידים", ייתכן שהיין כולו בשאלת תשכרות מיותר, שכן אין מניעה לחזק על הנמצים עם קבוצה זו את כללי האודיות הפלילית הרגילים, ללא שימוש בחוקת מיוחדת. שהי אין הם גמאאים במצב של שכרות משפמית. החוק מכיר למעשה במצב זה בעקיפין בתנאי השני הקבוע בסעיף 34(ג), שהואם היה נתון לא רק בהשפעת אלכוהול, אלא שתהיה פגיעה ממשית ביכולותיו. עם זאת, ייתכן שיירדש שינוי, כפי שצינו לעיל, לעניין חוקים ורגמות פקודת התעבורה, הקובעים חוקת מוחלטת עקב צריכת אלכוהול ברמה מסוימת ואשר תוצאתם היא השלת אודיות מוחלטת. חוקת מוחלטת אלה פוגעות בחברי קבוצה זו, שגם רמת אלכוהול גבוהה יחסית אינה משפיעה על שלטתם.¹²⁹ כך, למשל, אם נהג מ"קבוצת העמידים" יהרוג אדם בתאונת-דרך, ובית המשפט יתבקש להסיק באופן אוטומטי את מצב שכרותו על-סמך ריכוז האלכוהול בדם, תפגע חוקת מוחלטת זו בכוחו שעל התביעה להוכיח את היסוד הגפשי הנדרש ללא שימוש בחוקת החלטה שבסעיף 34(ג), הואיל ולמרות ריכוז זה, לא נבגמו יכולותיו.

(ג) שתי קבוצות נוספות הינן של אלכוהוליסטים, וקו מתייחסות ליכולתם להיגמל מההיפה המרה.¹³⁰ הקבוצה השלישית, "קבוצת הכלתי-מסוגלים להיגמל", כוללת אלכוהוליסטים שלא יוכלו להיגמל בגלל המשען הנגטי שלהם גם אם ינסו בכל מאדם. כיום, יש לציין, התמכרות נחשבת הפרעה התנהגותית שאינה מגיעה לכדי מחלת נפש, ועל-כן לא יוכל "מכור" לסעון להגנת אי-השפיות.¹³¹ בני-המשפט (בפסיקה הנסקרת) לא

128 עניין מצאנו, לעיל הערה 8, פסקה 104 לדברי השופט.
 129 ראו היין לעיל בדברי השופט קרמי בעניין בן איסקי, לעיל הערה 43.
 130 במונה "אלכוהוליסטים" תכונה כאן היא למכורים לאלכוהול, ויש לזכור כי לא כל אדם תוהך אלכוהול הינו "מכור". התמכרות לאלכוהול והכרה באלכוהוליסטים כרוני כמחלה כרונית, מתוארות כ"צריכה ללא שליטה של משקאות אלכוהוליים הפוגעת בבריאות הפיזית והמנטלית, ביחסים התברתיים והמשפחתיים ובתחומי אחרות מקצועיים". ראו: Suggested: A Sleeping or Addicted: While You Were Sleeping or Addicted. E. Grant (2000) "Expansion of the Automatism Doctrine to Include an Addiction Defense".
 U. Ill. L. Rev. 997, 998

131 ראו דינו של ע' פרוש בשאלה אם, לעניין טענת דוק לאו בריכביש, אפשר אכן לומר על מכור לסם שבנסיבות מסוימות מעשהו אינו גורע מחולשה, אלא מתוסר יכולת אמיתי לצבור עצמו. ע' פרוש "אי-שפיות, היעדר שליטה וסעיף 34 חק העונשין

לחיות תשובה ברורה לשונות בין פרטים באירופה ואמריקה, אך יכולה להעיד בבירור על השפעת גנטית, על רמות אלכוהול בדם ועל אלכוהוליסטים.

7. סיווגם הגנטי של צרכני אלכוהול והשלכותיו המשפטיות – מודל ראשוני

בניתוח האפשרויות הקיימות, כאשר המשפעות הגנטיות והסביבתיות על צרכני האלכוהול מובאות בחשבון, יהיה ניתן לאבחן ארבע קבוצות של צרכני אלכוהול, נוסף לאדם הממוצע. לחלוקה זו עשויה להיות, לשענתנו, השלכה על קביעת האחריות הפלילית (הסיערבים שיובאו להלן יהיו נכונים הן לגבי שכרות מלאה, הן לגבי שכרות חלקית).

(א) חברי הקבוצה הראשונה, "קבוצת העמידים", אינם אלכוהוליסטים, אך המבנה הגנטי שלהם מוביל לריגשות-יתר. גם צריכת כמות קטנה של אלכוהול רמת אלכוהול נמוכה בבדיקות הדם מוליכות להופעת התנהגות שלילית. גם אם בדיקת מעבדה לא תעלה ריכוז אלכוהול גבוה, יעידו ראיות על "מצב של שכרות", והתנהגות במקרים אלה אינה תוצאה של כמות האלכוהול, אלא השלכה של מבנה פיזיולוגי, שכן קצב הייצור של "מתקני הפירוק" של האלכוהול הינו גנטי. השאלה שצריכה להישאל כאשר נגשם המשתין לקבוצה זו עומד לדין היא אם-כן הוא היה מודע למצבו וידע שיאבד את יכולותיו גם כתוצאה משתיית כמות קטנה ביותר של אלכוהול; שכן, אם לא ידע על כך, תהיה השלת אחריות עליו בבחינת פגיעה בו מעבר למידה הסבירה. במקרים אלה לא יתקיים התנאי כי השכרות היא "מדעת". דוגמה מאלפת לריגשים על רקע גנטי היא מחלת הפרופיריה בעיקר Acute Intermittent porphyria, שהיית אלכוהול אמורה על תחולים הלכו משום שאלכוהול עלול לגרום התפרצות או התמרה של המחלה, הכוללת הפרעות התנהגות, שסינו וסירוק. כפי שאכן אירע אצל המלך ג'ורג' השישי.¹²⁶ בעניין גאנדי, למשל, אישר הנאשם כי שותה מרצונו "למרות שהרופאים ברוסיה וגם בצבא בארץ הזהירו אותו משתיית אלכוהול" בשל מחלה שממנה סבל.¹²⁷ לו היה בית המשפט דן באמירה זו ומקבל תורת-דעת מומחה, ייתכן שהיה יכול להסיק כי לפניו נאשם הנמנה עם קבוצת העמידים ביוחרי להשפעת אלכוהול, שהיה מודע למצבו, ולמרות זאת נכנס אליו. אם ידע הנאשם על ריגשותו המיוחדת וכנס למרות זאת למצב של שכרות בתנהג שיוכל לשלוט בכך, אין מניעה להחיל עליו המדר כחסד הקיים.

(ב) קבוצה שנייה של לא-אלכוהוליסטים היא של בעלי משען גנטי המכריח רגשות מופחתת לאלכוהול – "קבוצת העמידים". גם אלכוהול בדם ברמות שנחשבות גבוהות לא יגרם אצל בני קבוצה זו להופעת התנהגות שלילית, ומעבר לכך, יכולתם הקוגניטיבית

R.J. Desnick *The Propylitis* – *Harrison's Principles of Internal Medicine*: 126
 126 ראו: *Harrison's Principles of Internal Medicine*, 15th ed., E. Braunwald et al. eds., (New York, 2001) 2262.

127 עניין גאנדי, לעיל הערה 8, פסקה 12 לדברי השופט.

דנו כלל בשאלה אם "מכור" יכול לשלוט במעשיו.¹³² בעניין פלוגי,¹³³ למשל, בית-המשפט קובע כנסיבה לחומרה את העובדה שהנאשם "נהג לשמות לשכירה במשך שנים, והיה מודע לכך שאלימותו גוברת בהיותו בגילופין, ולמרות זאת המשיך לשנות משקאות משכרים". לא עלתה כלל השאלה אם אומנם היה יכול לשלוט בשתייתו. כללי המשפט הפלילי קובעים כי טענה של היעדר שליטה לא תתקבל במקרי שכחה של פרטי האירוע או אי-יכולת לשלוט בדחף.¹³⁴ תרומתו של החסד הגנטי היא ההוכחה המדעית שבאותם מקרים בודדים אכן מדובר בהיעדר שליטה של ממש. ייתכן אבחן שלגבי קבוצה זו יהיה צורך בשינוי משפטי של ממש, שיכול להיעשות על-ידי מתן משמעות ממשית לתנאי של "התנהגות נשלטת ומדעת", וקביעה כי חברי קבוצה זו לא נמצאו בשליטה. הצעה אחרת היא זו של גראנט (Grant),¹³⁵ והיא לחזל על מכורים (לסם או לאלכוהול) את הגנת האוטומוסיום, בדומה לחסדי שליטה אחרים. נימוקה מתבסס על תפיסה רפואית של התמכרות. בתוך הישראלי יהיה קושי בכך, שכן הסדר השכרות הינו ספציפי, וכאמור לעיל, קיים הבדל מהותי בין "הגנת השכרות" לבין היעדר שליטה: כדי לחזל אחריות על מצב של היעדר שליטה נדרש שתתקיים צפיות (אובייקטיבית או סובייקטיבית) של המעשה הפלילי. בדרך זו הביע המחוקק את דעתו שמצב השכרות ראוי לגינוי הרבה יותר ממצבים אחרים של היעדר שליטה.¹³⁶ אולם בדרה של גראנט נוגעים בלב העניין: אי-יכולתו של הנאשם לשלוט בכניסה למצב. מסקנה זו מתחייבת מוכן שהאחריות מוטלת על-יפי החסד שבסעיף 384, עקב הכניסה למצב השכרות בלבד, ו"המכור" לא בוח להיכנס למצב ההתמכרות. בדי כי מטרות ההרתעה והתגמול של המשפט הפלילי לא יישגו בדרך של

(תקון מס' 99) חלק מקומי חלק כללי, השני" 1994" עניין משפט כא (תשנ"ד) 139, 167-166.

132 גניין בקצה כי בתי-המשפט בארצות-הברית, למשל, דנו בהתנהגות במתמכרים כאנשים שאינם שולטים במעשיהם, ובכל-זאת החלו עליהם אחריות פלילית. ראו, למשל: *U.S. (1973) 375, 486 F.2d 1139*. בסדרת פסקי-דין דן בית-המשפט האמריקאי בשאלת אחריותם של מכורים לעבירות שטוס, והמצאות במצב שכרות נעקב צריכת אלכוהול או סמים. פסק-הדין הראשון, *Robinson v. California* (1962) 370 U.S. 660, שאישר לכאורה ראיית התמכרות נוקשות כמחלה שבשלה לא ניתן להטיל אחריות, פורש בהמשך בצמצום, כקובע כי אלוהוהוילים כרוגי אינו הגנה לאישום. ראו גם: *Powell v. Texas* 392 U.S. 514 (1968).

133 עניין פלוגי, לעיל הערה 1.
134 ראו: *Brady v. Attorney-General for N.Ir* 46 Crim. App. 1, 16-17 (1961).

135 ראו: *Grant, supra note 130*.
136 ראו דיון לעיל בסעיף 384 לעומת סעיף 384. סעיף 194 הוא הקובע את "הגנת" האוטומוסיום, והוא חזל מקום בו "לא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההמועות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועתיו הגופניות". כך, בית-המשפט אינו חייב לרוך כלל בשאלה אם, למשל, וזה הנאשם יכול לפנות תגובה אלימה בשעת הימצאו בהשפעת המשקה.

השלת אחריות פלילית על חברי קבוצה זו של חסרי השליטה. התגמול מעניש את האחרים מוסרית, ושעתנו היא כי מיעוט הנאשמים אינם כאלה. הרתעתו של "מכור" לא תהיה יעילה, לא כהרתעה אישית ולא כהרתעה הכללית, שהרי ביצר ניתן להרתיע חולה;¹³⁷ גם מטרות המניעה לא תושג אם לאחר תקופת כליאה ישתחרר ה"מכור" שוב לחברה. אם תתקבל טענתנו, ייתכן שפתרון משפטי שיתקבל על דעת המערכת יהיה דומה יותר להגנת אי-השפיות, בכך שתחלופה לאחריות הפלילית תימצא בהפניה לרשויות טיפוליות, ולא בשחרור מוחלט, כך שהאינטרסים של הגנת החברה והשיקום יבואו לידי ביטוי בצורה מסיימת.

כפי שמציינים יעזו לשעון כיום, כאשר התוצאה המשפטית הינה זכוי של נאשם מחמת אי-שפיות, כי הפסיכיאטריה אינה מדע של ממש, כך גם המסע הגנטי שלו חייב להיות מובא בחשבון אם המשפט אכן מתימר לבחון סובייקטיבית את יכולתם של מצביעי עבירה לבחור בהירת חופשית.

(ד) הקבוצה הרביעית, "קבוצת המסוגלים להיגמל", כוללת אלכוהוליסטים המסוגלים להיגמל, והסיבות להיעדר גמילה אצלם יהיו חוסר רצון מספיק או השפעה סביבתית שלילית. חברי קבוצה זו לא יוכלו לשעון שנכנסו למצב של שכרות שלא בשליטה, ועליהם יתאימו להם הוראות החוק הקיימות היום ופרשנות בתי-המשפט. עם איוו משתי הקבוצות הללו נמנים, למשל, ממרוב חבריו "המצויאים את ימיהם בשתייה לשכורה" האם היה נכון להטיל עליו אחריות פלילית מלאה לעברת ההריגה מבלי לבדוק את שליטתו בכניסה למצב השכרות?¹³⁸

יש לשים לב שההתנהגות בין סוגי האלוהוהוילים לקויה עדיין בחסר, בעיקר בשל מחסור במידע מעבדה. מידת הידע הקיימת היום, בעיקר לגבי תבסיס הגנטי, מצומצמת, אך בדיון הנוכחי אנו רואים במידה רבה משום כתיבה הצופה פני עתיד המבוססת על ניצני המידע הקיימים, שכן אין ספק שתמיד יופיע בעתיד והמשמעותיות שיהיו לכך בהיבט המשפטי יבתנו קרוב לוודאי רק לאחר שכל המידע על המרכיב הגנטי של האלוהוהוילים יהיה ברור.

ז. סיכום ומסקנות

אנו ניצבים בזימת דרכים שבו המשפט הסביביתית על ההתנהגות השלילית של פושטים ידועה ונבונה, בעוד בהיבט ההשפעה הגנטית על ההתנהגות מצויה בתחילת דרכה. הפריקט של פיענוח הגנום יצא לדרכו המוצאת בשנות התשעים, ולמרות סיום

137 ראו: *W.R. LaFave & A.W. Scott Criminal Law* (St. Paul, Minn., 2nd ed., 1986) 214-215.

138 עניין ממרוב, לעיל הערה 76.

וסוכרת. הופעת אדם אלים בחודרמיין היא תופעה שכיחה. כאשר מוכח שהתנהגותו היתה פועל יוצא מהיפוגליקמיה (רמת סוכר נמוכה בדם) כתוצאה מטיפול באינסולין, מוחלים לו לאדם על התנהגותו האלימה. גם בית המשפט ייכנס כאן לטווחי-תביניים ויבדוק אם הנאשם עצמו צפה את היכנסו למצב ואם התנסה באירוע דומה.¹⁴⁰ מיותר לציין שאלמות כתוצאה משכרות לא תזכה במגמת אזהרה דומה לתערבותו, ככל שיצטבר המידע בדבר הכניסה הנגטיבית לזגובה על אלכוהול, כן ייקל לראות בתגובות אלה משום פגמים אורגניים, ולא פגמים "מוסריים", כפי שהגישה הנוכחית גורסת.¹⁴¹

הגישה המוצעת כאן יוצאת מנקודת-תנוחה שאין זה הוגן ליישם אותה בכל משפטי הקובע אחריות פלילית לגבי אנשים בעלי גנטיקה שונה. משמעות הדבר היא שיש לשנות את התפיסה שלנו בתוך הציף לגבי התנהגויות לא-רצויות בהתאם למרכיב הגנטי, בהתאם לרמת הידע שיש לבעל ההתנהגות (אם היה מסוגל להימנע ממנה אם לאו), ובהתאם לקביעה עד כמה המרכיב הגנטי מאפשר לאדם את יכולתו והימנעותו גם אם ידע מה עלול לקרות. הגישה האחרת תבחן אם הפרט ידע או לא ידע על האפשרות שיתגהג התנהגותו שלילית, ידע שהוא חולה סוכרת ואת סיבוכי השיפול, ידע שהוא חולה אפילפסיה ועלול לעבור התקף בזמן נהיגה, או ידע על רגישות-יורד לאלכוהול.¹⁴² אם לא היה יכול לדעת על סיכון הקיים במצב של מחלה שהוא לוקה בה, סביר שהתנהגותו לא היתה ניתנת לשליטה.¹⁴³ לעומת זאת, גם אם התנהגותו נובעת ממצב מחולי והלוקה בה היה מודע או היה יכול להיות מודע לתופעת התנהגותו השלילית, אך לא נקט בצעדים למנוע את המצב, הריהו כאדם שהכניס עצמו למצב הפלילי. גם אם התנהגותו השלילית הייתה בסיכומו של דבר בלתי-גשלת. מאידך גיסא, גם אם צורך אלוהות בכמות הפחותה מהמוותר בחוק, אבל הוא נמנה עם קבוצת ה"רגישים" והוא מודע לכך, יש להטיל עליו אחריות פלילית מלאה.

עם הבנת הבסיס הביולוגי לתגובה על אלכוהול, יהיו נכונים גם כאן דבריהם של
 140 ולתגובה המערבת המשפטית ראו: (1973) 3 W.L.R. 26, *R. v. Quick*.
 141 יש לציין כי יש הרואים בהתמכרות מחלה כבר עכשווי. כך, למשל, קובע ה-American Medical Association, אולם הביטוי המשפטי של תפיסה זו דל למדי ולא נמצא כלל בקשר עניין כאן. ראו מקורות נרחבים: 130 *supra* note, *Grant*, פרק 10 למאמרה, לרבות הגדרת ה"מבוהים" על-ידי הקונגרס האמריקאי. היינו הנוכח רחב מוכן מהתמכרות, וכן גם קבוצות המנותח האחרות.
 142 על דוגמת הסכרת והאפילפסיה יחול סעיף 134 לחוק העונשין, הסעיף של היעדר השליטה, שאותו ישולל סעיף 134 תניין לעיל - בניסה למצב בהתנהגות נשלטת ופסולה. לדוגמת האפילפסיה, ראו: 799, 138 N.E.2d 133, *People v. Decina*.
 143 ראו: (1951) 81 A.2d 811, *State v. Gooze*.
 144 כך, לדוגמה, נקבע כי נאשם אחראי אם היה לו מידע מוקדם על נטייתו להתנהגות אלימה בלתי-רצונית בהשפעת משקאות משכרים (ואם היתה לו יכולת להימנע משתייתם): (1977) 360 N.E.2d 809, 815, *People v. Grant*.

דומה ל"ניצן" המעיד על המשך הדרך ניתן למצוא בהצעה למודל כמותי של האפקט המשולב של גנטיקה וסכיזה על התפתחותן של מחלות-נפש, נושא שצמחה גם לו השלכה משפטית: Models for the Joint Effect of K.S. Kendler & L.J. Eaves "Genotype and Environment on Liability to Psychiatric Illness" 143 *Am. J. Psychiatry* (1986) 279.

139 דוגמה ל"ניצן" המעיד על המשך הדרך ניתן למצוא בהצעה למודל כמותי של האפקט המשולב של גנטיקה וסכיזה על התפתחותן של מחלות-נפש, נושא שצמחה גם לו השלכה משפטית: Models for the Joint Effect of K.S. Kendler & L.J. Eaves "Genotype and Environment on Liability to Psychiatric Illness" 143 *Am. J. Psychiatry* (1986) 279.

מול ההשפעה הסכיזיתית עליו.
 תמימות היא להאמין שהמשימה תהיה קלה, שכן, רק כדי לסכך את הקיים עוד יותר, ניתן להניח שגם שני מרכיבי הקיצון יהיו מעורבים זה בזה: ההשפעה הגנטית הסותרת על התנהגותו יכול שתהיה מושפעת על-ידי גורמים חיצוניים סכיזיים, למשל שינויים גנטיים שכוללים לחול בהשפעת גורמים סכיזיים כגון קרינה מיניגה או שימוש בסמים ותרופות. מהצד האחר יכולה להיות השפעה גנטית על כושרו של כל פרט הפרט להיות מושפע על-ידי גורמים סכיזיים. מכאן שהדרך לקבלת אבחון מדעי מלא של מרכיבי התנהגות השלילית של האדם רחוקה עדיין מסיים.¹³⁹ לדוגמה, מקום-השקמה יתנו בו תרבות חברתית של שתייה בצוותא, כאשר ההשפעה הסכיזית היא המכתיב הבלעדי של אלכוהוליים, יהיה אפשר לברוק את ההשלכה הגנטית על היענותו של הפרט ללחץ חברתי.

יחד עם זאת יש להזכיר את התשתית הרעיונית-התפיסית לעובדה שהתנהגות שלילית כחיובית תהיה מוכתבת, ברוב המקרים, לפחות על-ידי שני גורמים בתמהיל ייחודי לכל פרט: אהנו מסוים תורשתי בתוספת אהנו סכיזית, ולבסוף התאפשר קביעת מיקומו של הפרט בקשת התנהגות. ההתייחסות הנורמטיבית אל הפרט והתנהגותו צריכה להיות מוכתבת מתעודת-זוהת גנטית זו המסכמת שני גורמים: (א) יכולתו של האדם לשלוט בתנהגותו תוך בקינת הזימנטיביות הגנטית. (ב) יכולתו של הפרט להבחין באופי השלילי של התנהגותו, ולהימנע הודות לה מלהכניס עצמו לתוך מצב שבו תבוא התנהגות השלילית לידי ביטוי.

קבלת תפיסה זו תיצור עקביות, האחדת התפיסה כאשר לאוריות להתנהגות פלילית במצבים פיזיולוגיים שונים. בחינת עצם האחריות הפלילית צריכה להיות זהה לגבי כל התנהגות שלילית המוכתבת על-ידי מקור אורגני: התנהגות פסיכוסית סכיזופרנית, התנהגות בעת שכרות והתנהגות מוכתבת במצבי מחלה, כגון התקפים אפילפטיים

מנסחי תיקון 39 שנאמרו לגבי הגנת אי-השפיות: "במקרים אלה, כל ענישה של העושה היא אבסורדית לגבי, שכן לעולם לא תשפיע עליו, ולאמיתו של דבר תגלם הענישה תגובה בלתי הולמת כלל, למוחלה או לליקוי, ולא למעשה."¹⁴⁴

לדעתנו, על המשפט לקבוע מדרג, תוך מתן מקום לשיקול-הדעת של בית המשפט. מדרג זה יחליק את גישת המשפט כיום, כפי שהתארה לעיל, והופסת ההנהגות בצורה דיכוטומית, מצבי מוחלה מחד גיסא, ושאר ההנהגות מאידך גיסא, תוך קביעה אוטומטית שתנהגות בשכרות נמצאת בשליטה, ועל-כן עקרון הכניסה מרצון למצב זה מתקיים. כך יהיה ניתן להזיז את המסולת מהנהגות השליטה להנהגות מושפעת גנטית, תוך מעבר מהתפיסה דיכוטומית לתפיסה רצף (continuum), כפי שדו-פאה עושה. מערכת המשפט מחיימת לשכרות בחומרת על-מנת להעמיד סמן ימני של ההנהגות רצויה, לגנות לרכא מגומה של "כולם שותפים". אולם אם יש רצף גנטי המוצע מאדם יכולת לשלוט בהנהגותיו, יש להוציא אדם זה מכלל הכפופים לתוקף המשפטי. וייתכן שיש לסווג כוחלה.

אין אנו מציעים כאן פטרון משפטי מדויק שיהול על כלל המצבים האפשריים. כך, למשל, התעורר שאלה אם רצף ההשפעה הגנטית על ההנהגות צריך לבוא לידי ביטוי בעצם האחריות הפלילית או בענישה באותם מקרים שבהם לא היה הנאשם חסר שליטה לחלוטין והיתה לו יכולת קונגניטיבית מסוימת, ועל-כן אין לפסודו לחלוטין.

כמו-כן נציין כי בשלב הידע הראשוני, ייתכן שיש יתרון ליצירת-צדף של ענישה, בגלל הקושי להתמודד עם רצף אחריות עד שיצטברו ממצאים רבים יותר, עד שהתנהגות תהיה שלמה יותר. רצף זה נמצא כבר עכשיו בידי בית-המשפט, הואיל והעונש על רוב העבירות אינו מנדטורי, ובית-המשפט יכול להביא בחשבון שיקולי הענישה את מידת האחריות שהוא מייחס לנאשם.¹⁴⁵ כמו-כן נמצאת כבר עכשיו בידי בית-המשפט האפשרות של הקניית משמעות אמיתית לתנאי ה"הנהגות נשלטת ומדעת" המופיע בסעיף 334. אפשרות לעיתיד תופנה כלפי המתוקן: החלת הממצאים כרצף של אחריות, שבו, מלבד האחריות המלאה, תהיה אפשרות להכיר באחריות מופחתת מקום שבו נמצעת ההנאשם יכולת הבחירה. הבדלים אלה בין נאשמים יכולים לבוא לידי ביטוי בין בקביעת אחריות לעבירה פחותה בין ביצירת אפשרות לענישה פחותה, כנעשה בסעיף 330 לחוק העונשין החל על אותם מקרים הנמצאים "על גבול השפיות".¹⁴⁶

144. להסבר ראו לעיל הסרה 65.
 145. דוגמה לרצף אחריות מסוים, גם אם מוגבל מאוד, ניתן למצוא לגבי מוחלות-נפש, כאשר מעבר להגנה המוחלטת של אי-שפיות שבסעיף 334 לחוק העונשין, קבע המתוקן בסעיף 330(A)(א) אחריות מופחתת במקרה של הפרעה גנטית קשה שאינה עולה כדי מוחלת-נפש. במקרה זה התוראה המיוחדת נחצה כאשר העונש בניג עברת הורצ הוא עונש מנדטורי של מאסר-עולם, אולם אין מניעה להכיר באחריות מופחתת גם כאשר מדובר בעבירות שעונשן אינו מנדטורי.
 146. המשפט האנגלי, למשל, מכיר באחריות מופחתת (ולא רק בענישה מופחתת) כאשר מדובר במצבים שבהם הוכיח הנאשם "ליקוי שכלי" (abnormality of mind) שפגע ב"אחריותו השכלית למעשיו ומחליו". במקרה זה יורשע הנאשם בהריגה, ולא ברצח.

ההשכלה התבררית, האמית והמשפטית של ידע מדעי בהבר הימצאו של רכיב גנטי במקרי שתיבות מסוימים אינה חד-משמעית, ויש לצפות שהיא תהיה רחבה יותר מתחום דיון זה. כך, למשל, הערה נוספת צופה פני עתיד היא שהנאשם לדין בבית-המשפט אינו עצם השכרות, אלא ההנהגות האלימה של הנאשם שבאה בעקבות השכרות, ההנהגות שהיא עצמה יכולה להיות מוכתבת גנטית. שני פורטים ברמת שכרות זהה ורצף סכימטי זהה ייבאו על גירוי ברמת אלימות שונה, שגם היא יכולה להיות מוכתבת גנטית. אילו השלכות יהיו לממצאים אלה? כפי שדו-פאה שואל: "האם ניהו סלחנים יותר כלפי שתיגיבם האם גישה לאמץ מודל של מחלה כלפי אלכוהוליסט, כיווגמת כל פגם אורגני אחר?"¹⁴⁷

ברמה האתית, יש לזכור שתעודת-זנות גנטית עלולה להיות בריקת גנטיות מנבאות, לכפות טיפול ולהעלות שאלות רבות של פרטיות והנהגה עלית. מכל מקום, אין ספק שהיה לך השלכה משמעותית על המשפט. כך, למשל, יועלו שאלות מקום שבו בית-המשפט צריך להחיל תקן של סבירות, ולא ברור שתנאשם יכול להגיע לתקן זה, דוגמת השאלה אם התקיים קנסור או בייקטיבי לעניין עבירת הרצח.¹⁴⁸ כל שאנו מוצעים הוא שאם המבנה הגנטי מהווה סיבה מרכזית להנהגות, והוא נמצא במקרים מסוימים מעבר לשליטתו של הנאשם, יש להתחשב בכך ולשנות את כללי המשפט באופן שאכן ישקפו את האחריות הסובייקטיבית אם ניתן לבחון אותה במדויק יותר מבחינה מדעית. סקירתנו העלתה שגם בשאלה הבסיסית של "מינו שיכור?" וגם בשאלה המהותית יותר של "הנהגות נשלטת ומדעת מהי?" אין בתי-המשפט מחילים את התקן הסובייקטיבי הנדרש על-פי עקרון האשמה. כך, המדע יכול לעזור להביא לידי ביטוי מעשי עיקרון ראשון במעלה זה.

ראו: Thomas, D. *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (London, 1966) 19-66.
 המילים "...או אשר נגרמה כתוצאה ממוחלה או פגיעה", המתייחסות לפגיעה בכושר השכלי, כקשורות לפגיעה אורגנית או פיזית או למחלה הפוגעת בגוף, לרבות תמות. ראו: *R. v. Sanderson* 98 Cr. App. R. 325 (1994).
 147. רוסטשטין העלה שאלות אלה ואחרות עוד לפני סיום הפרויקט של מיפוי הגנום האנושי. ראו: A. Rothstein "The Impact of Behavioral Genetics on the Law and the Courts" 83 *Judicature* (1999) 116.
 148. ראו דיון לעיל בעניין הממצאים הקושרים בין אלכוהוליסט לבין תגובת-יתר על גירוי קולי. לקשר אפשרי בין שכרות לבין קנסור סובייקטיבי ראו עניין מצאנוב, לעיל הערה 3, מפסק 121. לביקורת על שימוש בתקן האדם הסכיך כאשר אין הנאשם יכול להגיע לרף זה ראו פרש, לעיל הערה 44, בע' 175-187.

על-ידי מערכת המשפט הפלילי, ובעזרת כלים מדעיים יהיה ניתן לנבא את הצלחת המיפול, ובכך יתקיימו ממלא האינטרסים התברתיים. גם הקרימינולוגיה "המדעית" המוקדמת, הנראית כיום מגוחכת לעיתים, הובילה לשינוי מהותי לפחות במדיניות התערבותה של המערכת כדרך למיפול, ולא רק לענישה.¹⁴⁹ גם אם ניתן למוחזק ביקורת על השיפולים הניתנים כיום ל"מבוכים", וגם אם האפשרויות לטיפול באלכוהוליסטים מוגבלות, אין בהיעדר מיפול משום הצדק להטלת אחריות פלילית מקום שבו אין היא צריכה להיות מוטלת.¹⁵⁰ יתר על-כן, ניתן לציין בהקשר זה את העובדה כי לא אחת מדובר בנאשמים בעלי הרשעות קודמות דומות או כריזי אישומים דומים במסגרת עניין הנאשם היא לעיתים נושא המריבות הנדררות אלימות מצידו.¹⁵¹ נראה כי מקרים אלה מוכיחים שמעורבות המשפט הפלילי אינה הפתרון הראוי לבעיה אמיתית גם אם הגישה התועלתנית היא המנחה את קביעת גבול האחריות, ולא הגישה הדואה לנגד עיניה את מידת אחריותו של הנאשם. את מטרותיו האחרות של המשפט, מעבר להעשנתו של העבריין כגמולו (אם אין הוא אחראי, ממילא לא ייענש), לרבות הרפעת הרבים, ניתן להשיג בדרכים אחרות, דוגמת תיווך.

העלאת הטיעון בבית-המשפט תלויה ברצונם של הצדדים, וכפי שראינו לעיל, לא לעיתים קרובות טוענים סניגורים ל"הגנת השכרות", וקשה עוד יותר למצוא בפסיקה טענות בהקשר של נכיסה לשכרות שלא מתוך רצון או מודעות. אם ינסה סניגור לטעון כי הנאשם משתייך לאחת הקבוצות שאנו רניס בהן כאן, הוא ייתקל בעליה נוספת, הנובעת מקשיים בהצגת ממצאים מדעיים חדשים לפני בית-המשפט כחומר ראשוני סכנה אחת שרוטשטיין מצביע עליה היא העלאת טיעונים מסוג זה בבתי-המשפט לפני שתיווצר הסכמה רחבה בקהיליה המדעית על נכונותם.¹⁵² לדעתנו, אין בבעייתיות זו משום מגיעה.

149 לסקירה של המעבר ממערכת מענישה למערכת מטפלת והשפעת הקרימינולוגיה על כך, ראו: 215-214, at pp. 11, *supra*, Nonie. בעוד חוק העונשין מתייחס בסעיף 82 לאפשרות של מיפול במכורים לסמים, הדיכוי המשפט האנגלי, למשל, את האפשרות לטיפול גם במכורים לאלכוהול: *Powers of Criminal Archibald, supra*, note 146.

150 סוגיית הטיפול הרפואי המתאים ב"מבוכים", בעיקר סיפול כופה, היא כמובן סוגיה נכבדה בפני עצמה, שיקצר המקום לדון בה במסגרת זו. לרעה כי "מדיקליזציה" של המערכת כלפי המכורים ולסמים, במקרה זה היא למעשה פעולה פוליטית כשהטיפול הכפוי אינו ערוך לרוב המגעים אליה, ראו: F. Polak "Thinking About Drug Law Reform: Some Political Dynamics of Medicalization" 28 *Fordham Urb. L. J.* (2000) 351.

151 ראו עניין פלוי, לעיל הערה 1.
152 147 *supra*, note Rothstein. מבחן הקבילות של ממצאים מדעיים על-סמך הסכמה עליהם בקהיליה המדעית נקבע בפסיקה האמריקאית. ראו: 54 *United States v. Frye* (1923) 1013 F. 46, 293 App. D.C.

כפי ששופטים רגילים לתעריך חוות-דעת מומחים בנושאים מדעיים שונים ואף להעדיף חוות-דעת אחת על אחרת, יש להניח שכך ייעשה גם במקרים אלה.¹⁵³ יתר על-כן, דרישת ההסכמה בקהיליה המדעית נתונה לביקורת כגישה המגבילה את השימוש בטכניקות מדעיות חדשות אומנם, אך בנות-תוקף ומבוססות.¹⁵⁴ נוסף על כך, כפי שצוייג (Zweig) וקוארדי (Cowardry) מציינים, ניתן להצמצם את ידע השופטים ביוזיזי המדעי.¹⁵⁵ נזמה פורטא ניתן אולי למצוא בעובדה שהבעיה המורה יותר במערכות משפט שמושבעים יושבים בהן לדון, שכן הם נתפסים לעיתים כהידושות שקשה יותר "לתנך" אותם בנושאים מדעיים, והמחויקים בדעה השמרנית לגבי המדע כדיסציפלינה אובייקטיבית, גישרלית וחסרת משוא-פנים. על-כן הם מייחסים ערך ראיתי עורף לתאוריות מדעיות שאינן מוזימנות בהכרח.¹⁵⁶ גם כיום נדרשים השופטים להכריע לעיתים קרובות, בדיוגם בנושא של שכרות, בין חוות-דעת של מומחים שונים, ולקבוע ממצאים עובדתיים שהינם מדעיים מסייבם. שאלת הקבילות של ממצאים מדעיים והשאלה כיצד בית-המשפט יכול להשתמש בצורה השובה ביותר במידע שהוא מקבל מעדים מומחים אינו שאלות קלות, וכן מציבות אתגר אמיתי לפני מערכת המשפט, אולם אין הן מיוחדות לנושא הנידון כאן. על-כן די אם נציין שקיימים כללים לקבלת עדויות מומחים, לרבות מדעיים.¹⁵⁷ תקנותיו

153 לויזיזי של שופפת כי פתרון סכסוכים הדרוש סכסוכים הדרוש ממצאים בשאלות של מדע ומכנולוגיה מציב אתגר מתמשך לשופטים, ראו ב: 24 *supra*, note Newman. השופפת נימון מביעה במאמרה אופטימיות לגבי יכולתם של שופטים להתעמק בסוגיות מדעיות ולהבין במידה שתאפשר להם להיעזר לשיפוט צודק.

154 ראו: 227, at p. 227, *supra*, Fomiasch.
155 F. Zweig & D. Cowdrey "Educating Judges for Adjudication of New Life Technologies" 83 *Judicature* (1999) 116

לכנס יוזיזי בנושא הננוטיקה היתה השלכה חיובית על העונם של שופטים בנושא זה. G. Edmond & D. Mercer "Scientific Literacy and the Jury: Reconsidering July 'Competence'" 6 *Pub. Understanding of Sci.* (1997) 329; N. Vidmar "Are Juries Competent to Decide Liability in Tort Cases Involving Scientific/Medical Issues? Some Data from Medical Malpractice" 43 *Emory L. J.* (1994) 885. ראו

פרשה שבה קבע בית-המשפט לערעורים כי לא היה חוסר מקצועיות בהחלטתו של סניגור לא להשתמש בעד מומחה מתחום הרפואה על-מנת לתמוך בטענה להגנת שכרות של הנאשם, מתוך תגוה שהמושבעים יתשמו יותר מנאשם עצמו, שיעיד בצורה כנה וישרה: 629 (2001) *N.E.2d* 740 *Bruce Frank v. Commonwealth*.

157 בארצות-הברית, למשל, התעוררה הבעיה בכל התייבותה בתחום של תביעות נזיקין שנעשה בהן שימוש רב בטענות מדעיות ובעדים מומחים. מיהם המומחים שניתן להניח, כיצד להעריך את עזרתם, כיצד להפחית ככל שניתן קבילות של "junk science" או ראיות בלתי-קבילות מוסדות כמדע - כל אלה הן השאלות שמערכת המשפט הממודדת עימן זה ופן רב. ראו, למשל, דיון הניסיון של הבאת עדים מומחים לזן המאה הארבע-עשרה ב: *Regarding Historical and Practical Considerations* Learned Hand

היא איפוא שהחידושים המדעיים יצורו לשופטים במלאכתם זו ולא יפגעו בתליך המשפטי.¹⁵⁸ מחקר קנדי שבחן את הדרך שבה בתי-המשפט הקנדיים וגופים מערכתיים אחרים מתייחסים לנמיגה בשכרות ולרישוי אלוהול מצא כי ידע בדבר אלוהול והשפעתו על גוף האדם נתפס כידע המצוי בידי היוסות ואינו נזקק למומחים.¹⁵⁹ סקרת הפסיקה שלנו העלתה גישה דומה. בתי-המשפט אינם מהססים להשתמש בתגרות ובקביעות מצד-מדעיות, דוגמת החלטות עד כמה נפגמה יכולתו של אדם, תוך שימוש ב"ניסיון היים ושכל-ישר", גם כאשר אין לפניהם עדויות מומחים. הגישה שאנו מציעים תוביל לשילוב הידע המדעי במערכת המשפט, שכן, כפי שהראינו, לעיתים יציע המדע פרשנות שונה של התגרות הנאשמים ומשמעותה גם אם יידרש מהשופט לימוד יותר מאשר "אינטואיציה" או "שכל-ישר".

לסיכום, אין אנו חולקים על כך שלחברה יש אינטרס מיוחד להרחיב את חבריה מלהיכנס למצב של שכרות, אולם אנו בדעה שבמקרים רבים ספק אם השלת אחריות פלילית לעבירות מחשבת פלילית מבלי שייבדק לאשורו מצבו הסובייקטיבי של הנאשם היא הדרך הנאותה להשיג זאת. המשפט הפלילי אינו הדרך הנאותה לטיפול בעביות רפואיות. אף-על-פי שגם אשפוז כפוי וגם ענישה פלילית הינם פעולות כופות, יש הבל גדול בין השניים, ולו רק מבחינת הניגוד השלילי החברתי הפנימי או הפגיעה ב"עיקרון האדם".

על החברה להקים מוסדות נאותים להגן על עצמה מפני אנשים העושים פעולות בשעת שכרות, אולם ספק אם המשפט הפלילי הוא הדרך לכן. התקווה היא שהחוקרים המדעיים יספקו גם כלים סיפוליים רבים יותר, מתוך ידיעה כי שתיהי תמשך לחוות בעית חברתית. אין אנו יכולים לחשוב כי התמלא בקשתו של מצאנו, שביקש מאוד מתבין ללכת "לבית הכנסת להתפלל בשבילו בגלל שהוא הרג את ארסור... הוא אמר לי התפלל בשבילי, תבקש מכולם סליחה שעשיתי לכולם. ביקש מאתנו שלא נשתה בכלל."¹⁶⁰ אנו מקווים כי הצלחנו להבהיר שאין להתייחס כאותם כלים לכל המבצעים עבירות בהשפעת אלוהול. תרומתו האפשרית של המדע בפילות אוכלוסיית זו עשויה להיות עצומה אם יהיה המשפט הפלילי מוכן ללמוד את הממצאים וליישם במקרים הנאותים.

40 (1901) 15 *Harv. L. Rev.* Expert Testimony. ולשאלה במינו, בהקשר הניעוה תניוקי: M.N. Browne & T.J. Keeley, W.J. Hiers "The Epistemological Role of Police Science and Common Knowledge in the Legal Regulation of Drunkenness" 26 *Am. Bus. L. J.* (1998) 1
 158 בוערה 55 לנשא של הנוש מבני "junk science".
 159 ראו, לדוגמה, עניין מצאנו, לעיל הערה 3, פסקות 104-105 לפסק-הדין.
 160 ראו: R. Levi & M. Valverde "Knowledge on Tap: Police Science and Common Knowledge in the Legal Regulation of Drunkenness" 26 *Law & Soc. Inquiry* (2001) 819.

ראשית הטכנולוגיות החזותיות במשפט וברפואה ללמוד לראות:

מאת
 טל גולן

- א. מבוא
- ב. ראיות גלויות לעין
- ג. ראיות סמויות מעין
- ד. תגובת הקהילה הרפואית
- ה. העד השקט

א. מבוא

המאמר שלפניכם עוסק בתגובת מערכת המשפט האמריקאית על התפתחותן של הטכנולוגיות החזותיות בתרבות המודרנית. במובנים רבים, המשפט הוא ראי החברה, וככל שנפוצו אמצעי-התקשורת החזותיים בחברה, כן גברה גם נוכחותם בהליכי המשפט המודרני. שרטוטים, תרשימים, עקומות, מפות, מודלים, הצלומים, הצלומי רנטגן, סרטי וידאו, תמונות מיקרוסקופ, טביעות אצבעות, פרופילי DNA, הנפשה תרמית מחשב, תרמית בעזרת תהודה מגנטית (MRI), טומוגרפיה מוחתבת (CT), טומוגרפיה בעזרת פליטת פוזיטרונים (PET - Positron Emission Tomography) ושלל טכנולוגיות נוספות משמשים כיום יותר ויותר ככלי שכנוע מרכזיים בבית-המשפט, ומפצצים ללא הרף את מקבלי ההחלטות בשלל דימויים חזותיים העותרים ישירות להושים ותופכים אותם לעדים ורפואליים היכולים לשפוש את העובדות כאילו ראו אותן ישירות כמו עניקים.

מרכזיותן של הראיות החזותיות בתהליכי המשפט המודרני לוחה ומלווה בשית משפטי ערני המנסה להתמודד עם הבעיות הנוצרות עקב התפתחותן המהירה של טכנולוגיות חזותיות חדשות לבקרים.¹ עם זאת, שיה משפטי מרכזי זה לא הצליח לפתח

1 H. Dellinger "Words are Not Enough: The Troublesome Use of Photographs, Maps, and Other Images in Supreme Court Opinions" 110 *Harv. L. Rev.* (1997) 1704; R. Brain & D. Broderick "The Derivative Relevance of Demonstrative Evidence: Charting its Proper Evidentiary Status" 25 *U. C. Davis L. Rev.* (1992) 957; J. Kulynych "Psychiatric Neuroimaging Evidence: A High-Tech Crystal Ball?" 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 1249; J. Selbak "Digital Litigation: