



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 7535/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: הרב אליהו בקשי דורון

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"פ 46180-12-12 (כבוד השופט צ' סגל) מיום 15.5.2017
ועל החלטותיו מיום 2.5.2013 ומיום 18.4.2017

בשם המערער: עו"ד ירון קוסטליץ; עו"ד שמחה אלבחרי

בשם המשיבה: עו"ד סיגל בלום

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

המחזה המרומם במשפט מצוי, לטעמי, במשפט הפלילי. המדינה ניצבת בצד אחד, ומהעבר האחר עומד יחיד – נאשם – שיתכן שעבר עבירה, ואף עבירה חמורה. השאיפה החברתית לתפוס את העבריין ולהענישו אינה רק לגיטימית, אלא אף חיונית ליציבות החברה. אף שיקולי צדק תומכים בשאיפה האמורה. ועדיין, המשפט – ברוב תבונתו – מגן על הנאשם הבודד אל מול המדינה במלוא כוחה וסמכותה, וקובע כללים לטובתו בדין המהותי, בסדרי הדין ובדיני הראיות. האיזון המדויק מהכא להכא לעיתים קשה עד מאוד. כך בענייננו.

במוקד ערעור זה ניצבת השאלה – מהו רף ההוכחה הדרוש להוכחת היעדר כשירות לעמוד לדין, לפי סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 – מאזן הסתברויות, או העלאת ספק סביר. לאמור, האם נסתפק בקיומו של ספק סביר כי הנאשם בלתי כשיר לעמוד למשפט, או שמא תידרש הוכחת הטענה במידת ההוכחה הגבוהה יותר, של מאזן הסתברויות? אכן, מדובר בסוגיה השייכת לתחום סדר הדין הפלילי. ואולם, במהותה, זוהי אינה שאלה פרוצדורלית, אלא כזו הנוגעת גם בשורש המהות של המשפט הפלילי. על כן, הדיון בערעור זה יחייבנו להיכנס פנימה לשאלות ותהיות עקרוניות, כגון מהו משפט צדק, מהו הליך הוגן, וכאמור – מהו האיזון שעלינו למצוא בין האינטרס הציבורי לבין זכויות הנאשם בהליך הפלילי.

1. הערעור נסוב על הרשעת הרב אליהו בקשי דורון, זכרוננו לברכה (להלן: המערער), בעבירות מרמה והפרת אמונים. המערער הועמד לדין על מעורבותו בפרשת מרמה חמורה אשר זכתה לכינוי "פרשת הרבנים", עת כיהן כרב הראשי לישראל. בית המשפט המחוזי בירושלים הרשיעו וגזר עליו מאסר על תנאי וקנס כספי בסך 250,000 ₪ (ת"פ (מחוזי י-ם) 46180-12-12 מדינת ישראל נ' בקשי דורון (15.5.2017)), כבוד השופט הבכיר צ' סגל (להלן: הכרעת הדין)). הערעור נסוב על עצם ההרשעה. לחילופין, מסתייג המערער מההכרזה עליו כנאשם הכשיר לעמוד לדין. לחילופי חילופין, טוען המערער טענת הגנה מן הצדק בשל פגמים בהליך החקירה וההעמדה לדין. מנימוקים אלו מבקש המערער לבטל את הרשעתו.

לאחר שמיעת הטענות בערעור ועריכת בירורים שונים, וטרם מתן ההכרעה בתיק, בצער התוודענו כי המערער נפטר מנגיף הקורונה בחודש אפריל 2020. יורשי המערער ביקשו לבוא בנעליו ולהמשיך את הערעור מתוקף סעיף 36 לתקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד-1974, במטרה מוצהרת לטהר את שמו ולבטל את הקנס הכספי ששאריתו הוטלה כחוב על העיזבון. לבקשה זו, בדבר בירור הערעור, אנו נעתרים בנסיבות העניין.

רקע והליכים

2. פרשת הרבנים התרחשה בין השנים 1998-2003, במסגרתה העניקה הרבנות הראשית לישראל תעודות השכלה תורנית גבוהה מזויפות לכ-1,500 משרתים בכוחות הביטחון. באותה תקופה אפשרו צה"ל, משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר לקצינים ונגידים לקבל הטבת שכר בגין לימודי השכלה תורנית גבוהה (להלן: השת"ג), בדומה

לתוספת השכר שהוענקה לבעלי תואר אקדמי. תוספת זו נעה בין 2,000 ל-4,000 ₪ מדי חודש. כתנאי למתן ההטבה דרשו כוחות הביטחון מהמשרתים להציג תעודת השת"ג מטעם הרבנות הראשית. כמענה לאותו צורך, הוקמו ברחבי הארץ מספר מסלולים פרטיים ללימודים תורניים אשר יוחדו לאנשי כוחות הביטחון והותאמו לצרכיהם (להלן: מסלולי הלימוד). תכליתם הייתה לאפשר למשרתים ללמוד לימודי הלכה במסגרת תורנית במקביל לשירותם בכוחות הביטחון, כך שבתום לימודיהם יהיו זכאים לקבל מן הרבנות הראשית תעודת השת"ג. תעודה זו, כאמור, אפשרה להם לזכות בהטבות שכר בצורת הגדלת ההכנסה הקבועה והצבירה לקרנות הפנסיה. את מסלולי הלימוד הפעילו מכללות תורניות פרטיות בהנהגת דמויות רבניות מוכרות ומובילות, ונגבה עבורם שכר לימוד השווה לשכר לימוד אוניברסיטאי.

אלא שמסלולי הלימוד לא עמדו בתנאי הסף שקבעה הרבנות הראשית ללימודי השת"ג. פער משמעותי נמצא בין הקריטריונים שקבעה הרבנות לבין הדרישות שהציבו המכללות הפרטיות, הן אשר להיקף ומשך הלימודים התורניים, הן אשר לרמת התוכן הנלמד והן אשר לעמידה בבחינות ההסכמה של הרבנות. חרף האמור, הנפיקה הרבנות הראשית תעודות השת"ג ליותר מאלף אנשי כוחות הביטחון. לצורך כך, הגורמים המעורבים ברבנות הראשית, במכללות הפרטיות ובמוסדות הרבנות של גופי הביטחון פעלו לזיוף מסמכים, העניקו תעודות כוזבות ודיווחו דיווחים שקריים לגופי הביטחון ולממשלה, והכל במטרה ליצור מראית עין לפיה מסלולי הלימוד עומדים בתנאים הנדרשים.

העלות המצטברת של הטבות השכר שניתנו שלא כדין הסתיימה בהוצאות ענק לקופה הציבורית, הנאמדות במאות מיליוני שקלים. משנתגלתה הפרשה, עמלה מערכת אכיפת החוק על מיצוי הדין עם המעורבים. עשרה בכירים ברבנות הראשית, במכללות התורניות ובגופי הביטחון הורשעו בעבירות מרמה והפרת אמונים, על חלקם נגזרו עונשי מאסר כבדים (ת"פ (מחוזי י-ם) 260/08 מדינת ישראל נ' רוזנטל (9.4.2014) (להלן: התיק האחד)). בית משפט זה דן בפרשה במסגרת ערעורים שהוגשו מטעם הנאשמים והמדינה, כאשר מרבית הערעורים על הכרעת הדין נדחו, אך ניתנה הקלה מסוימת בעונשים (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר)).

יודגש כי לבד מהנזק הכלכלי החמור לקופת המדינה, חשיפת הציבור לפרשת הרבנים גרמה נזק משמעותי לאמון במוסדות השלטון. השופטת ד' ברק-ארז תיארה את הפרשה כ"מציאות של הפקרות בכספי ציבור, תרבות של אמירת "חצאי אמיתות"

ושקרים, נכונות להעלים עין משחיתות ואף השלמה עם מציאות של "כך עושים כולם" (פס' 148 לחוות דעתה בעניין גוטסדינר). אף אני התייחסתי, בהקשר זה, להכרח בתיקון מוסרי-חברתי והפקת לקחים ציבורית מהפרשה:

"הציבור, יחידים, קובעי מדיניות, מנהיגים ואנשי רוח חייבים להפיק לקחים מפרשה זו. הרמב"ם קובע בהלכות תשובה כי השלב הראשון בחזרה בתשובה הוא הווידוי (הלכות תשובה א, א). הווידוי הוא הכרה בחטא. [...] "החטא", במובן של החטאת המטרה; ה"בל תשחית" בהחמצת הפוטנציאל האנושי וכיוונו לדרך לא ראויה; והקושי להבין עד כמה גורמים רציניים ומכובדים בתוך המערכת לא הפנימו את עצמת ערכי היסוד – כל אלה עוברים כחוט השני, אם יותר לי לומר, גם בחוות הדעת של חבריי. השאלה אם העניין "תם ונשלם" תלויה, כתמיד, בנכונותה של החברה ושל היחידים להכיר בחטא ובמחיר שהוא גובה מכולם, להפיק את הלקחים ולהבטיח כי מקרים אלה לא יישנו." (פס' 4 לחוות דעתי, שם. השופט י' עמית היווה חלק ממותב תלתא).

3. ומכאן, למעורבות המערער בפרשה. המערער כיהן כרב הראשי לישראל בין השנים 1993-2003. מתוקף תפקידו היה אחראי, בין היתר, על מתן תעודות השת"ג ללומדים לימודים תורניים. בשל תפקידו הבכיר נחקר המערער במסגרת החקירה העיקרית של הפרשה, אך הפרקליטות בחרה שלא להאשימו מתוך ספק אשר למידת מעורבותו בה. נקודת המפנה הייתה התייצבותו של המערער ליתן עדות בתיק האחר, אז מסר אמירות מפלילות לכאורה אשר הביאו את המשטרה לחדש את החקירה בעניינו. בהמשך, אמירות אלו היו אלה שהובילו להגשת כתב אישום נגדו.

המערער הואשם בעבירות מרמה והפרת אמונים, בכך שהורה למנהל מחלקת הבחינות וההסמכה ברבנות הראשית, הרב יצחק אוחנה (להלן: הרב אוחנה), לנפק למשרתים בוגרי המכללות את תעודות ההשת"ג. אמנם אין חולק כי המערער הסתייג ממתן התעודות למשרתים, הואיל וידע כי אינם זכאים לכך ומתוך חשש זילות בערכם של הלימודים התורניים. יחד עם זאת, על פי כתב האישום בחר המערער להורות לרב אוחנה, שהיה כפוף להוראותיו, "להעלים עין" ו"לסגור עניין", דהיינו, שלא להקפיד על הקריטריונים המזכים. על כן, הואשם המערער בשורת עבירות טוהר המידות, לרבות מרמה והפרת אמונים.

4. בית המשפט המחוזי קבע כי המערער הורה לרב אוחנה להנפיק את התעודות, תוך כדי שידע כי התעודות מציגות מצג כוזב וכי הענקתן תשיא רווח כלכלי משמעותי למכללות ולאנשי כוחות הביטחון. על כן, הרשיע את המערער במאות עבירות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 לחוק העונשין בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין; מתן תעודה כוזבת, לפי סעיף 281 לחוק העונשין; ומרמה והפרת אמונים, לפי סעיף 284 לחוק העונשין. בית המשפט גזר על המערער 12 חודשי מאסר על תנאי וקנס כספי בסך 250,000 ₪; תוך שציין כי אלמלא מצבו הרפואי של המערער – שיתואר להלן – היה נכון להשית עליו עונש מאסר בפועל.

טרם הכריע בית משפט קמא באשמת המערער, נתן החלטות בשתי טענות שהעלה המערער במהלך ההליך: הראשונה, טענת הגנה מן הצדק (החלטה מיום 2.5.2013, השופט סגל); והשנייה – טענת היעדר כשירות לעמוד לדין (החלטה מיום 18.4.2017, השופט סגל; להלן: ההחלטה בבקשה להפסקת הליכים). אשר לטענת ההגנה מן הצדק, נטען כי פגמים שנפלו בהליכי החקירה וההעמדה לדין של המערער, כמו גם הבחירה שלא להגיש כתבי אישום נגד גורמים אחרים המעורבים בפרשה, מצדיקים את ביטול האישום נגדו. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו, בקובעו כי עוצמת הפגיעה במערער איננה מצדיקה ביטול של כתב האישום, לכשעצמה, וכי ניתן לרפאה בדרכים אחרות (כפי שאכן נעשה בהכרעת הדין עת פסל בית משפט את החלקים המפלילים בעדות המערער; פס' 31-33 להכרעת הדין).

טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין הועלתה בשלב מאוחר, למעלה מחצי שנה מתום שלב הסיכומים ולאחר שבית משפט קמא הודיע לצדדים כי כתיבת הכרעת הדין הגיעה לסיומה. בא כוח המערער הגיש בקשה להפסקת ההליכים כנגד המערער, מכח סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי (לעיל ולהלן: סעיף 170 או הוראת הכשירות; וה- פ"ט9, בהתאמה), בטענה כי הלה איננו כשיר לעמוד לדין מחמת התדרדרות במצבו הקוגניטיבי. בא כוח המערער הסתמך על חוות דעת רפואיות שהגיש בעניין המערער, חלקן נערכו תקופות ארוכות לפני הגשת הבקשה להפסקת ההליכים, המצביעות על כך שהוא סובל משיטיון (דמנציה); וכן על החלטת בית המשפט לענייני משפחה המורה על מינוי אפוטרופוס לגוף המערער מחמת מצבו הקוגניטיבי.

תחילה קבע בית משפט קמא כי המצב ממנו סובל המערער – מחלת הדמנציה – איננו עונה לאף אחת מן החלופות שקובע ההסדר החקיקתי בדבר הפסקת הליכים, שהינן ליקוי שכלי או מחלת נפש (סעיף 170 לחסד"פ). כלומר, לשיטת בית משפט קמא, אין בנמצא מסגרת דיונית המתאימה להפסקת הליכים כנגד המערער בענייננו. ואולם, לפני משורת הדין, ומתוך "החשש שמא הנאשם ייפול בין הכיסאות", דן בית המשפט המחוזי בנפקות מחלת הדמנציה לפי החלופה של אי-כשירות מחמת ליקוי שכלי. כדי לקבוע האם ניתן להכריז על המערער כבלתי כשיר, בירר תחילה בית המשפט מהי מידת ההוכחה הדרושה לצורך הוכחת היעדר כשירות; שאלה אשר טרם הוכרעה על ידי בית משפט זה, ושהערכאות הדיוניות חלוקות לגביה. השופט סגל נימק דעתו כי מידת ההוכחה הראויה הינה מאזן הסתברויות, קרי, כי אין להסתפק ברף הנמוך של העלאת ספק סביר. אשר למערער, קבע כי האחרון אמנם הקים ספק סביר בשאלת כשירותו לעמוד לדין, אך אין בחוות הדעת שניתנו בענייננו כדי להטות את הכף על פי מאזן הסתברויות. כמו כן, דחה בית המשפט את טענת ההגנה כי הזדקקות המערער לאפוטרופוס לגוף מלמדת על אי-כשירותו, מהנימוק כי עצם מינוי אפוטרופוס לגוף איננו מחייב, בהכרח, את המסקנה לפיה החסוי איננו כשיר לעמוד לדין. לשון אחר, ניתן למנות אפוטרופוס לתכליות שונות, ואין לגזור גזירה שווה בין הזדקקות המערער לאפוטרופוס לגוף, לבין מידת יכולתו להבין הבנה בסיסית את ההליך הפלילי המתנהל נגדו.

טענות הצדדים בערעור

5. הערעור נסוב סביב שלוש טענות חלופיות.

ראשית, משיג המערער על החלטת בית משפט קמא בטענה המקדמית, במסגרתה נדחתה בקשתו לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. הסניגור מבסס טענתו על פגמים שנפלו, לכאורה, בהליכי החקירה וההעמדה לדין של המערער, בראשם הימנעות המשיבה מלהעמידו על זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית, בהתאם לדרישת סעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, עת נתן עדות בתיק האחר; והשימוש שעשתה המשיבה בעדות לחובת המערער, בהיותה הבסיס לפתיחה מחודשת של החקירה בענייננו ולהגשת כתב האישום. בבקשתו מסתמך הסניגור על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, דוקטרינת השימוש העקיף ואינטרס ההסתמכות, אשר מחייבים, לטענתו, ביטול כתב האישום כאמור.

שנית, משיג המערער על החלטת בית משפט קמא בבקשה להפסקת הליכים, במסגרתה נדחתה טענת היעדר הכשירות הדיונית של המערער. טיעון המערער בעניין זה נסמך על שלושה אדנים חלופיים – הראשון, כי מידת ההוכחה הנדרשת להיעדר כשירות דיונית הינה העלאת ספק סביר בלבד, ולא הוכחה על פי מאזן הסתברויות; השני, כי אי-הכשירות הדיונית של המערער, במקרה דנן, הוכחה אף ברף של מאזן הסתברויות; והשלישי, כי המשיבה מושתקת מלטעון כי המערער כשיר לעמוד לדין לאחר שהסכימה למינויו של אפוטרופוס לגופו בבית המשפט לענייני משפחה.

שלישית, משיג המערער על עצם הרשעתו, קרי, על הכרעת דינו של בית משפט קמא. הסניגור מתמקד בשתי סוגיות עיקריות – קבילותן של הודעות המערער במשטרה ומודעות המערער לאופי הכוזב של תעודות ההשת"ג ולביצוע המרמה.

המשיבה סומכת את ידה על פסיקת בית משפט קמא ביחס לכל הסוגיות.

דיון והכרעה

6. המערער מעלה שלוש טענות חלופיות, אשר לכל אחת תוצאה שונה: קבלת הטענה המקדמית תביא לביטול כתב האישום נגד המערער, לפי סעיפים 149(10) ו-150 לחסד"פ; קבלת טענת היעדר הכשירות תביא להפסקת ההליכים נגד המערער, לפי סעיף 170 לחסד"פ; ואילו קבלת הערעור על הכרעת דין תביא לזיכוי המערער מחמת היעדר אשמה. ביטול האישום, הפסקת ההליכים, או זיכוי – אלו שלוש התוצאות האפשריות לקבלת הערעור. אכן, במישור העקרוני, רב השונה על הדומה בין התוצאות. מיותר לציין כי המשמעות הסמלית של זיכוי מחמת היעדר אשמה או של ביטול רטרואקטיבי של עצם האישום, נבדלת מהמשמעות של הפסקת הליכים. ואולם, במישור האופרטיבי ישנה השלכה אחת לקבלת הערעור, והיא, ביטול ההרשעה בפלילים. על כל פנים, מאחר ומדובר בטענות חלופיות, די בקבלת אחת מהן כדי לייתר את הדיון בטענות הנוספות.

בראייה אנאליטית, סוגית הכשירות הדיונית היא השאלה הראשונה שנכון לברר, דהיינו, לפני טענה של הגנה מן הצדק או זיכוי מחמת היעדר אשמה. כך מבחינת סדר הדברים. וכעת, אקדים תוצאה להנמקה. מצאתי לנכון לקבל את טענת הסניגור אשר להיעדר כשירות לעמוד לדין. דעתי היא כי המערער היה בלתי כשיר לעמוד לדין במהלך ניהול המשפט נגדו, ועל כן, מן הראוי כי בית משפט קמא היה מפסיק את ההליכים נגדו.

משקיבלתי טענה זו של המערער, הוצב מעין "מחסום דיוני" המונע בירור של שאלת האשמה. לפיכך, הדיון יצומצם אך לשאלת הכשירות הדיונית של המערער. יובהר כי אין בכך להביע עמדה נחרצת לגבי טיב הטענות וסיכויי ההצלחה של חלקיו האחרים של הערער. אומר רק כי על פני הדברים עולה כי אשר לשתי הטענות האחרות, ההנמקה שבהכרעת הדין מציבה מסוכה גבוהה יותר מהטענה בדבר היעדר הכשירות של המערער.

סדר הדיון יהא כדלהלן: ראשית, תוצג המסגרת הנורמטיבית להפסקת הליכים מחמת היעדר כשירות לעמוד לדיון. שנית, תידון המסגרת המשפטית המתאימה להפסקת הליכים נגד נאשם הסובל מדמנציה, בפרט. שלישית, תידון השאלה המשפטית העיקרית במוקד דיון זה, והיא, מהי מידת ההוכחה הראויה להיעדר כשירות לעמוד לדיון פלילי.

א. המסגרת הנורמטיבית

7. הפסקת הליכים מחמת היעדר כשירות לעמוד לדיון מוסדרת בהוראות שלושה חוקים שונים – חוק סדר הדין הפלילי; חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית- התפתחותית), התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הסעד); וחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: חוק טיפול בחולי נפש).

נקודת המוצא להפסקת הליכים היא בסעיף 170 לחסד"פ, הקובע כדלקמן:

נאשם שאינו מסוגל לעמוד בדיון

170. (א) קבע בית המשפט, לפי סעיף 6(א) לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, או לפי סעיף 19ב(1) לחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית- התפתחותית), תשכ"ט-1969, שנאשם אינו מסוגל לעמוד בדיון, יפסיק את ההליכים נגדו; אולם אם ביקש הסניגור לברר את אשמתו של הנאשם, יברר בית המשפט את האשמה, ורשאי הוא לעשות כן אף מיזמתו מטעמים מיוחדים שיירשמו.
- (ב) מצא בית המשפט בתום בירור האשמה, כי לא הוכח שהנאשם ביצע את העבירה, או מצא שהנאשם אינו אשם – שלא מחמת היותו חולה נפש לאו-בר-עונשין – יזכה את הנאשם; לא מצא בית המשפט לזכות את הנאשם, יפסיק את ההליכים נגדו, ורשאי הוא להפסיקם גם לפני תום בירור האשמה.
- (ג) החלטת בית המשפט לפי סעיף קטן (ב) ניתנת לערער.

סעיף 170 מורה כי נאשם שבית המשפט קבע לגביו שאינו מסוגל לעמוד לדין מחמת מחלת נפש או ליקוי שכלי, יופסקו ההליכים נגדו. כדי שנאשם יבוא בגדר הסעיף צריכים לחול, אפוא, שני תנאים מצטברים: האחד, כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין. השני, כי מצב זה מקורו בהיותו חולה נפש או לקוי בשכלו (ראו: רע"פ 2111/93 אבנרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 133, 140 (1994) (להלן: עניין אבנרי)). וחשוב להדגיש ולזכור: הפסיקה משתמשת במטבע לשון של כשירות לעמוד לדין, ואילו החוק מתייחס למסוגלות לעמוד לדין. כשלעצמי, לא הייתי שולל את המונח כשירות. בהיבט במשפטי, ומנקודת מבטו של בית המשפט, אכן יש טעם ותועלת בהצעת השאלה אם נאשם כשיר לעמוד לדין. ודוק: במילון אבן-שושן, המילה "כשירות" פירושה "תכונה טבעית, או תכונה שנרכשה על ידי לימוד או אימון, הדרושה לאדם כדי שיהא מוכשר למלא תפקיד מסוים." ("כשירות" אברהם אבן-שושן מילון אבן-שושן המרוכז – מחודש ומעודכן לשנות האלפיים 800 (מעשה אזר עורך ראשי, 2004)). המונח "כשיר" מוכר אף מחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, שסעיף 1 בו נושא את הכותרת "כשרות לזכויות ולחובות". אך חוק זה בעל אוריינטציה אזרחית. בשדה הפלילים ובכואנו לבחון האם ראוי להפסיק הליכים נגד נאשם, נכון לשים דגש על מסוגלותו לעמוד לדין. מסוגל במובן של בעל יכולת. אף ניתן לומר כי "כשירות" היא הפן המשפטי, ואילו "מסוגלות" היא הפן העובדתי. יש לזכור כי במבחן המסוגלות יש אמרה חזקה, והיא כי לא ראוי שנאשם יועמד לדין אם הוא אינו מסוגל להשתתף במשפט. על נושא זה ארחיב עתה ובהמשך.

התנאי הראשון לתחולתו של סעיף 170 לחסד"פ – היעדר כשירות לעמוד לדין – נקבע בעזרת מבחנים שעוצבו בפסיקה. במסגרת בחינת מסוגלותו של הנאשם לעמוד לדין, מעריך בית המשפט את יכולת ההתגוננות של הנאשם בפני האישומים, קרי, אם הנאשם מבין את מהות הליכי המשפט ואם הוא מסוגל לעקוב אחריהם באופן מושכל. לצורך כך יבחן בית המשפט האם הנאשם מודע להימצאותו באולם בית המשפט; אם מזהה את בעלי התפקידים השונים ואת האישומים נגדו; אם מסוגל לתקשר עם עורך דינו באופן בסיסי, למסור לו את גרסתו ולייפות את כוחו לפעול בשמו; ואם מסוגל להבין את תוכנו, משמעותן והשלכותיהן של הראיות המובאות נגדו, למשל, אם משרתות את טובתו או פועלות נגדו (ראו, למשל: ע"פ 7747/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 109 לפסק דינו של השופט י' דנציגר וההפניות המובאות שם (5.8.2010) (להלן: ע"פ 80/7747); ע"פ 3230/05 גולה נ' מדינת ישראל, פס' 10 (22.1.2007); ע"פ 9687/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (17.1.2013); ע"פ 7924/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 69 לפסק דינו של השופט דנציגר (5.5.2008) (להלן: ע"פ 7924/07)).

דרך מבחנים אלו עוברת, כחוט השני, אמת מידה של הבנה בסיסית גרידא. דהיינו, הפסיקה הבהירה כי מסוגלות לעמוד לדין איננה מחייבת כי הנאשם יבין את ההליך המשפטי – לרבות מיהות בעלי התפקידים, האישומים והעדויות – לפרטי פרטיו, או באופן שיוכל לנהל את הגנתו בעצמו. כל שנדרשת היא הבנה בסיסית של מהות ההליך (שם; ראו גם: עניין אבנרי, בעמ' 144).

התנאי השני – כי היעדר הכשירות יהא מחמת מחלת נפש או ליקוי שכלי – מוסדר, לפחות באופן ראשוני, בחקיקה. החלופה הראשונה מופיעה בסעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש (בעבר סעיף 6(א)), המורה כך:

אשפוז או טיפול מרפאתי של נאשם על פי צו בית משפט

15. (א) הועמד נאשם לדין פלילי ובית המשפט סבור, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם אחד מבעלי הדין ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו הוא, כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת היותו חולה, רשאי בית המשפט לצוות שהנאשם יאושפז בבית חולים או יקבל טיפול מרפאתי; החליט בית המשפט לברר את אשמתו של הנאשם לפי סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן – חוק סדר הדין הפלילי), יהיה הצו שניתן כאמור בר-תוקף עד תום הבירור, ומשתם או נפסק הבירור והנאשם לא זוכה – יחליט בית המשפט בשאלת האשפוז או הטיפול המרפאתי. [ההדגשה איננה במקור]

מיהו נאשם "חולה"? חוק טיפול בחולי נפש מספק את ההגדרה הבאה, ותו לא: אדם חולה הוא "אדם הסובל ממחלת נפש" (סעיף 1, שם). עינינו הרואות כי החקיקה הפלילית והחקיקה שעניינה בריאות הנפש אינן מפרשות מה יחשב ל"מחלת נפש". בהתאם, פסיקת בית משפט זה עסקה רבות במשמעות המשפטית למונח זה, בעיקר בהקשר של היעדר אחריות פלילית מחמת אי-שפיות הדעת לפי סעיף 34 לחוק העונשין, אך הדיון בסוגיה זו נכון גם לענייננו. וראוי לדייק. גם הפסיקה איננה מספקת הגדרה חותכת למהי "מחלת נפש". למעשה, מתן הגדרה מדויקת למונח זה נתפס כמשימה קשה ומאתגרת מאוד אפילו במדע הפסיכיאטריה (עניין אבנרי, בעמ' 142; אמנון כרמי בריאות ומשפט שער שני 899 (מהדורה שנייה, מוחמד ס. ותד עורך, 2013) (להלן: כרמי)). כמדומני, הקושי למצוא הגדרה משפטית מדויקת למונח זה טמון בכך שההגדרה הרפואית-פסיכיאטרית למחלת נפש, וההגדרה המשפטית לאותו המונח, אינן בהכרח זהות. לפיכך, אעיר כבר כעת, יש להיזהר מגזירת משמעויות חברתיות ותרבותיות אשר למי שמוגדר כבלתי כשיר לעמוד לדין מחמת מחלת נפש.

הגישה שהתקבלה בפסיקה היא כי מובנו המשפטי של המונח "מחלת נפש" מתייחס למי שסובל מפגיעה קשה בכושר השיפוט ובתפיסת המציאות. על כן, נוהגת הפסיקה להבחין בין מצבי פסיכזזה למצבים שאינם מערבים פסיכזזה. כך, ההגדרה המשפטית למחלת נפש בהקשר של אחריות פלילית כוללת הפרעות פסיכוטיות; אך איננה כוללת פסיכופתיה, נזירוז והפרעות אישיות נוספות (ראו: ע"פ 3617/13 טייטל נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט א' שהם וההפניות שם (28.6.2016) (להלן: עניין טייטל); יעקב בזק משפט ופסיכיאטריה – אחריותו המשפטית של הלקוי בנפשו 46 (2006) (להלן: בזק)). על ההבחנה בין שלושת סוגי הפרעות שצוינו כתב השופט בזק כך (שם, בעמ' 47):

"המונח "הפרעות נזירוטיות" מתייחס לליקויים נפשיים שבהם הפרעה העיקרית היא קיום סימפטומים שמציקים לאדם ואשר אותו אדם רואה אותם כבלתי מתקבלים וזורים לו. לעומת זאת במצבים של פסיכופתיה הפגם העיקרי הוא חוסר רגישות מוסרית וכהות לסבלו של הזולת. ואילו במצבי פסיכזזה ישנה פגיעה חמורה בכושר תפיסת המציאות. החולה מעריך בצורה מוטעית את נכונות תפיסותיו ומחשבותיו, ומסיק מסקנות מוטעות לגבי המציאות החיצונית, ללא התחשבות בראיות נוגדות ברורות. הוכחה ישירה להתנהגות הפסיכוטית הם דלוזיות (מחשבות שווא) או הלוצינציות (תחושות שווא), ללא כל תובנה לטבען הפתולוגי. הפגיעה בכושר תפיסת המציאות יכולה להתבטא בדיבור מבולבל, בלי שהחולה ער לכך שדיבורו הוא בלתי מובן." [ההדגשות אינן במקור]

החלופה השנייה להיעדר כשירות דיונית – ליקוי שכלי – מוסדרת בסעיף 19ב לחוק הסעד, המורה כך:

טיפול בנאשם לוקה בשכלו או שאינו בר עונשין

19ב. הועמד אדם לדין פלילי ובית המשפט מצא, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם אחד מבעלי הדין ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו שלו, אחת מאלה: (1) שהנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת ליקוי בכשרו השכלי; (2) שהנאשם עשה את מעשה העבירה שהואשם בו, אך מחמת ליקוי בכשרו השכלי בשעת מעשה אין הוא בר עונשין, יצווה בית המשפט שהנאשם יובא לפני ועדת האבחון כדי שתחליט על דרכי הטיפול בו, ויחולו הוראות חוק זה בשינויים המחוייבים.

סעיף ההגדרות בחוק הסעד איננו כולל התייחסות למהו "ליקוי בכושר השכלי". לעומת זאת, הסעיף מגדיר מיהו "אדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית" באופן הבא:

1. אדם שמחמת חוסר התפתחות או התפתחות לקויה של כשרו השכלי מוגבלת יכלתו להתנהגות מסתגלת והוא נזקק לטיפול; חולה נפש כמשמעותו בחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, אינו בבחינת אדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית לענין חוק זה;

יוער כי עד לשנת 2017 חוק הסעד נשא את השם "טיפול במפגרים". במסגרת החוק להחלפת המונח מפגר (תיקוני חקיקה), התשע"ז-2017, שונה המונח "מפגר" ל"אדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית", לאור התפיסה של המונח "מפגר" כביטוי בעל משמעות פוגענית, וכחלק ממגמה של שילוב וכיבוד בעלי מוגבלויות והכרה בזכויותיהם המיוחדות. המוגבלות השכלית מוערכת, לרוב, על פי מבחן אובייקטיבי של כושר שכלי ומבחן סובייקטיבי של תפקוד והסתגלות (ראו, למשל: ע"פ 7924/07; דן שניט "זכויות המפגרים בישראל" עיוני משפט יב 305, 308-309 (1987)).

משהוצגה המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית להפסקת הליכים מחמת היעדר כשירות לעמוד לדין, אפנה לדון בנסיבות הספציפיות של המערער – היעדר כשירות הנובע ממחלת הדמנציה.

ב. המסגרת המשפטית המתאימה: מחלת הדמנציה

8. כזכור, בית משפט קמא קבע כי לא מתקיימים בעניינו של המערער התנאים להפסקת ההליכים, מהסיבה שמצבו הרפואי אינו עונה לאף אחת מהחלופות שמציע סעיף 170 – מחלת נפש או ליקוי שכלי. החלופה הראשונה כלל לא נבחנה, בנימוק כי הצדדים לא טענו כי המערער חולה במחלת נפש. חלופת הליקוי השכלי נמצאה בלתי מתאימה בהסתמך על הודעה שניתנה על ידי ועדת האבחון למוגבלות שכלית-התפתחותית (להלן: ועדת האבחון), אשר קבעה כי מצבו של הנאשם, אותו הגדירה כ"דמנציה על רקע תהליכים מנטליים", איננו בתחום סמכותה; וכי נראה שהגוף המתאים לבחינת כשירות המערער הוא כזה המתמחה בפסיכו-גריאטריה.

מכך גזר בית משפט קמא כי "לא מתקיימים בעניינו של הנאשם התנאים הקבועים בסעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי, הדרושים לשם הפסקת ההליכים נגדו" (החלטה בבקשה להפסקת ההליכים, פס' 22). חרף האמור, ועל אף כי קבע ש"ניתן היה

לסיים את הדיון בהחלטה המובאת לעיל", בחר בית המשפט המחוזי לדון בכשירות המערער בבחינת למעלה מן הצורך, וזאת "בשל נסיבותיו המיוחדות של מקרה זה, היינו – החשש שמא הנאשם "יפול בין הכיסאות" (שם, פס' 23). בית המשפט ציין כי כשירות המערער תיבחן לפי החלופה שמצא כמתאימה יותר בענייננו – חלופת הליקוי השכלי. עם זאת, כאשר ניגש לבחינת הכשירות של המערער, הסתמך בית המשפט המחוזי בעיקר על חוות הדעת הפסיכיאטריות.

9. לעמדת, נכון נהג בית המשפט המחוזי בבחינת הסוגיה לגופה. לשיטתו, הוא העדיף את המהות על הפרוצדורה. כלשונו, רצה שעניינו של המערער לא "יפול בין הכיסאות". ברם, להשקפתי ראוי כי יופעל מתווה דיוני אחר לדיון בכשירות המערער. הדין אכן מתייחס למקרה מהסוג של המערער, קרי, היעדר כשירות מחמת דמנציה. אין צורך לתור אחר פתרון שאינו כתוב עלי ספר. בקצירת האומר, פרשנות ההסדר בדבר היעדר כשירות לעמוד לדין צריכה להבטיח את ההגינות הדיונית כלפי נאשמים אשר אינם מסוגלים להבין את משמעות העמדתם לדין. זהו עניין של דין ולא חסד, או לפנים משורת הדין. ואולם, מסקירת הפסיקה של הערכאות הדיוניות, עולה כי המקרה של היעדר כשירות בנאשמים הסובלים מדמנציה אכן מעלה קושי פרשני מסוים, החורג מגדרי ענייננו. על כן, ראוי לתת עליו את הדעת.

מסקירת הפסיקה של הערכאות הדיוניות מצטיירת תמונה של חוסר אחידות משפטית בדבר המסגרת הנורמטיבית המתאימה להפסקת הליכים כנגד נאשם הסובל מדמנציה. לא פעם הערכאות מוצאות את הנאשם בלתי כשיר לעמוד לדין מבחינה מהותית, אך מתקשות למצוא מסגרת משפטית המתאימה להפסקת ההליכים נגדו בנימוק כי דמנציה איננה מתיישבת, מבחינה לשונית או קטגורית, לא עם מחלת נפש; ולא עם מוגבלות שכלית-התפתחותית (לסקירה מרחיבה של הקושי האמור, ראו: ת"פ (שלום קר') 620-04-17 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 17-30 (20.7.2017) (להלן: עניין פלוני 2017); ת"פ (שלום רמ') 44549-12-17 מדינת ישראל נ' קריכלי, פס' 7-8 (28.3.2018) (להלן: עניין קריכלי)). ובמה הקושי? אפתח בחלופה של מחלת נפש. בתי המשפט ממעטים להשתמש בחלופה זו כאשר חוות הדעת הפסיכיאטרית משמיעה שהנאשם הסובל מדמנציה איננו סובל ממחלת נפש מוכרת (ראו, למשל: ת"פ (שלום פ"ת) 43239-09-15 מדינת ישראל נ' צדוק (24.11.2016) (להלן: עניין צדוק); ת"פ (שלום רמ') 54356-08-17 מדינת ישראל נ' בן ישי (4.2.2018); עניין קריכלי). ככלל, הערכאות הדיוניות מנעו לבחור במסלול של חוק טיפול בחולי נפש מהסיבה שאינן מוצאות לנכון להגדיר נאשם הסובל מדמנציה כנאשם הסובל ממחלת נפש. בהתאם לכך, ניכר כי כאשר נאשם

אכן מראה סימנים פסיכויטיים, הערכאות נוטות לעשות שימוש בחוק טיפול בחולי נפש (כך נעשה, למשל, במ"ת (שלום פ"ת) 32813-06-16 מדינת ישראל נ' עזרא (4.8.2016) (להלן: עניין עזרא); ובע"ו (מחוזי חי') 3883-07-10 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (18.7.2010)).

הקושי שמעוררת החלופה של ליקוי שכלי אף מורכב יותר. למעשה, לכאורה, ניתן לסבור כי חוק הסעד איננו נועד לחול על נאשמים הסובלים מדמנציה (ראו: ת"פ 46447-08-17 (שלום נת') פלוני נ' מדינת ישראל (21.2.2019); עניין פלוני 2017; עניין צדוק; וגם – כרמי, בעמ' 981). ודוקו, שם החוק הינו "חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית)" [ההדגשה לא במקור]. כזכור, סעיף 1 לחוק הסעד מגדיר אדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית כמי שכושרו השכלי מוגבל "מחמת חוסר התפתחות או התפתחות לקויה". על פני הדברים, דמנציה, המאופיינת בכושר שכלי מוגבל על רקע התדרדרות קוגניטיבית, איננה עולה להגדרה זו. נדמה כי התפתחות לקויה של הכושר השכלי שונה מהותית מהתדרדרות או אובדן של הכושר השכלי. הראשון – פְּרַח שלא פְּרַח; השני – פְּרַח שקמל. מסיבה זו, ממאנות הערכאות הדיוניות להפסיק את ההליכים גם תחת מסלול זה. יודגש כי הסתייגות הערכאות הדיוניות משימוש במסלול זה מבוססת, במקרים רבים, על הסתייגות ועדת האבחון מלחוות דעתה על נאשמים מהסוג הנידון. דהיינו, ועדת האבחון סבורה כי קביעת הכשירות נאשמים הסובלים מהתדרדרות קוגניטיבית איננה מתחום סמכותה, וצריכה להיקבע על ידי לשכת הפסיכיאטר המחוזי (ראו: עניין פלוני 2017, פס' 5; ההחלטה בבקשה להפסקת הליכים, פס' 20).

אמנם, לא נתקלתי במקרה בו בית המשפט בחר להימנע מהפסקת הליכים נגד נאשם אשר סבר שהוא בלתי כשיר מבחינה מהותית; אך במקרים רבים ניכר כי דעתן של הערכאות הדיוניות אינה נוחה עם שתי המסגרות הנורמטיביות העומדות לפתחן. במסגרת כך, כפי שאירע בענייננו, הגופים הרלבנטיים עשויים להעביר את האחריות לאבחון מהאחד לשני – מועדת האבחון לפסיכיאטר המחוזי, ולהפך (ראו, למשל: עניין פלוני 2017, פס' 5; עניין קריכלי, פס' 10; ת"פ (שלום ראשל"צ) 5411-10-11 מדינת ישראל נ' מנליס, עמ' 2 להחלטת השופט א' יקואל (16.2.2012); ת"פ (שלום אש') 36451-07-17 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 4 להחלטת השופט ט' לחיאני שהם (7.6.2018)). לעיתים אף מוצאות הערכאות פתרונות יצירתיים לקושי האמור. במקרה אחד, למשל, הורה בית המשפט השלום על עיכוב ההליכים על ידי היועץ המשפטי לממשלה עד לשיפור במצב הנאשם, על אף אשר היה ברור לכל כי הסיכויים לכך נמוכים (עניין צדוק). במקרה אחר

העלה בית המשפט המחוזי אפשרות לעשות שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, תוך שעמד על כך כי דרך זו איננה אופטימלית בהתחשב בכך שאין בסיומה אפשרות לחייב את הנאשם לקבל טיפול מתאים (עניין פלוני 2017, פס' 28).

יתרה מכך. לצד הקושי המשפטי, ניצבת שאלת המסגרת הטיפולית המתאימה לנאשם, עליה בית המשפט נדרש להורות. גם בהקשר זה, אין פתרון אידיאלי, שכן חלופת האשפוז הפסיכיאטרי אינה בהכרח מתאימה לסובל מדמנציה (ראו, למשל: עניין עזרא). גם התאמת מסגרת טיפולית על ידי ועדת האבחון איננה תמיד מתאימה מבחינה מהותית, היות שוועדת האבחון הינה גוף אשר מטפל דרך כלל במי שסובל מלקות התפתחותית (השונה מדמנציה, כאמור); ואף מבחינה פרוצדורלית, היות שהליך הבירור בוועדה ידוע בהתמשכותו ומורכבותו, בעוד שמרבית הנאשמים הסובלים מדמנציה הינם קשישים. יחד עם זאת, במספר מקרים הורו הערכאות הדיוניות על שימת נאשמים בלתי כשירים ב"מוסדות לתשושי נפש", מסגרות המיועדות לאנשים עם ירידה קוגניטיבית, ועל כן עשויות להתאים יותר לנאשמים הסובלים מדמנציה (ראו: עניין פלוני 2017; עניין עזרא; ת"פ (שלוש ת"א) 29803-02-15 מדינת ישראל נ' פלוני (28.5.2015)).

יוער כי קושי עקרוני זה איננו מוגבל אך לחולי דמנציה, אלא מתעורר גם ביחס להפרעות אחרות המאופיינות בירידה קוגניטיבית, כגון מחלות ניווניות נוספות של המוח (לרבות אלצהיימר, דליריום ועוד); אירועים מוחיים; פגיעות ראש עקב טראומה (למשל, עקב שירות צבאי או תאונת דרכים); פגיעה מוחית בשל שימוש בחומרים משני תודעה; ועוד (יכוננו להלן: הפרעות נוירו-קוגניטיביות). מהותית – נאשמים אלו אינם כשירים לעמוד לדין. פרוצדורלית – המסגרות הנורמטיביות הקיימות אינן מתאימות, על פניו, למצבם.

10. לאחר שהצגתי את הקושי שבהפסקת הליכים נגד נאשם הסובל מדמנציה, כפי שעולה מסקירת הפסיקה של הערכאות הדיוניות, אציג את עמדתי בסוגיה. להשקפתי, ראוי כי הפרעות נוירו-קוגניטיביות תקבלנה התייחסות בחקיקה הרלוונטית. בהיעדר פתרון מפורש במסגרת החקיקתית הקיימת, מתקיים חשש פגיעה בזכויותיהם הדיוניות של נאשמים אשר אין מחלוקת כי הם אינם כשירים לעמוד לדין מבחינה מהותית (כפי שהיה עשוי להתרחש בעניינו, אלמלא בחר בית המשפט קמא לדון בכשירות המערער בבחינת למעלה מן הצורך). ברם, הפסקת הליכים כנגד נאשם הסובל מדמנציה תיתכן, בהחלט, גם תחת המסגרת הנורמטיבית הקיימת. זאת – הן תחת חוק טיפול בחולי נפש; והן תחת חוק הסעד. אבאר.

אשר לחלופה של מחלת נפש, אינני רואה כל מניעה לעשות שימוש בסעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש במקרה של טענה כי נאשם הסובל מדמנציה אינו כשיר לעמוד לדין, במנותק מן השאלה האם הוא מציג תסמינים פסיכויטיים. מדריך האמריקאי למחלות פסיכיאטריות (DSM-5), ספר היסוד המוכר גם בפסיקה הישראלית לסיווג של מחלות נפש, מגדיר דמנציה במפורש כהפרעת נפש. המדריך עושה שימוש במינוח העדכני למחלת הדמנציה, היינו, הפרעה נוירו-קוגניטיבית מז'ורית (Major Neurocognitive Disorder), אשר עשויה להופיע על רקעים שונים ומגוונים, ביניהם: מחלת אלצהיימר; ניוון פרונטו-טמפורלי; מחלות וסקולריות (מחלות בכלי הדם); פגיעת ראש טראומטית; נזק שנגרם משימוש בתרופות או סמים; מחלת פרקינסון; ועוד. דהיינו, אף מבחינה רפואית – דמנציה עונה להגדרה של מחלת נפש.

ואולם, הייתי מחזיק בדעה זו גם לולא היה ניתן להגדיר דמנציה כמחלת נפש מהבחינה הרפואית. אכן, חוות הדעת הפסיכיאטריות עשויות לכלול קביעה מפורשת כי הנאשם איננו מגלה תסמינים של מחלת נפש במובן המוכר. ברם, כפי שצינתי לעיל, יש להבחין בין המובן הרפואי של המונח מחלת נפש, לבין המונח המשפטי. לעניין סעיף 34 לחוק העונשין וסעיף 170 לחסד"פ, הסמכות לקבוע האם הנאשם סובל ממחלת נפש נתונה לבית המשפט. בית המשפט יקבע זאת על סמך מכלול של שיקולים, ביניהם, גם חוות הדעת הרפואיות, אך לא רק (ראו: ע"פ 187/61 פנו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(2) 1105, 1112 (1962); עניין אבנרי; ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ארבל (22.2.2007); כרמי, בעמ' 703-704). המשמעות המשפטית למונח "מחלת נפש" הובהרה בפסיקה. נקודת המוצא ברורה. נדרשת פגיעה חמורה בכושר תפיסת המציאות, ופגם חמור בכושר השיפוט. על כן, אינני רואה כל סיבה שלא לקבוע כי ניתן להפסיק את ההליכים נגד נאשם הסובל מדמנציה – מחלה אשר מאופיינת בירידה של תפקודים קוגניטיביים ומנטליים, לרבות תכונות אישיות, שיפוט והתנהגות חברתית; פגיעה ביכולות הזיכרון, הדיבור, ההבנה, התנועה והזיהוי, ועוד – לפי המסלול של חוק טיפול בחולי נפש. תסמינים אלו מעידים, באופן מובהק, על פגיעה בכושר תפיסת המציאות. גישה זו אף עולה בקנה אחד עם המגמה הנוטה לתת משקל רב יותר להשפעת תסמיני המצב הנפשי על האחריות הפלילית ועל הכשירות הדיונית, מאשר לעצם הסיווג הקליני של הליקוי הנפשי (ראו: עניין טייטל, פס' 27 והאסמכתאות שם). פים לעניין זה דבריו של השופט ע' פוגלמן בע"פ 8653/10 פלונית נ' מדינת ישראל (28.7.2011):

“עם התרופפות הדיכוטומיה בין מחלות וליקויים שנהוג היה לסווגן בספרות הפסיכיאטרית כ”מחלות נפש” לבין אחרים שלא ניתן היה לתייגם ככאלה בספרות זו [...] לבש המבחן הננקט לשם קביעת קיומה של מחלת נפש, אופי פונקציונלי אשר שם את הדגש על מהות התסמינים המופיעים בעטיו של ליקוי ספציפי ולא על הקטגוריה הרפואית שתחתיה הוא חוסה מלכתחילה [...]”.

וזאת, יש לזכור, היעדר תרופה למחלה אינו שולל את קיומה בתור מחלה. ייתכן שאף להפך מכך.

אשר לחלופה של חוק הסעד, הנני מכיר בקושי הפרשני העולה מכך שכותרת החוק מתייחסת לבעלי מוגבלות שכלית-התפתחותית, הגדרה שאיננה תואמת, על פניו, להפרעות נוירו-קוגניטיביות. שתי תשובות לכך. הראשונה, כי דמנציה עשויה להיחשב גם כתולדה של מוגבלות התפתחותית. כלומר, החוק לכאורה מצייר תמונה של נאשם שהתפתחותו השכלית בתור ילד הייתה לקויה או חסרה, אך פרשנות לשונית רחבה למונח התפתחות עשויה לכלול גם מצב של התדרדרות ש”התפתחה” עם השנים, קרי, בתהליך שינוי הדרגתי. אמנם, סעיף 1 לחוק הסעד מתייחס ל”חוסר התפתחות”, אך ההגדרה כוללת אף של “התפתחות לקויה”. זוהי פרשנות לשונית רחבה, אך היא תואמת את התכלית של הגנה על נאשם שאיננו מסוגל לעמוד לדין. התשובה השנייה מצויה בלשון סעיף 19 לחוק הסעד, בדומה לגישה שנקט בית המשפט המחוזי בעניין פלוני 2017. כזכור, כותרת סעיף 19 בינה “טיפול בנאשם לוקה בשכלו או שאינו בר עונשין”. הסעיף, לגופו, מתייחס לנאשם שאינו מסוגל לעמוד לדין “מחמת ליקוי בכשרו השכלי”. עינינו הרואות כי לשון סעיף 19 – ליקוי בכושר השכלי – שונה מלשון מרבית סעיפי החוק ואף כותרת החוק, שנושאים את המונח “מוגבלות שכלית-התפתחותית”. ונזכיר שוב, כי סעיף ההגדרות איננו כולל הגדרה למצב של ליקוי בכושר השכלי. הלשון בסעיף 19 מקימה את האפשרות כי המחוקק התכוון שסעיף 19 יחול על קבוצה שונה מקבוצת בעלי המוגבלות השכלית-התפתחותית. חזקה על המחוקק שאין הוא משחית מילותיו לריק. כאשר סעיף מסוים נושא ביטוי אחד, בעוד שאר החוק נושא ביטוי אחר, ניתן לטעון כי המחוקק הבחין בין שני המצבים. בהקשר זה יוזכר סעיף 2 לחוק הפרשנות, התשמ”א-1981, הקובע כי הגדרת חוק חלה כל עוד “אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה”. הפסיקה קבעה, זה מכבר, כי “אם מתוך ההקשר החקיקתי מתבקש שינוי מסוים בהגדרה, יש לעשותו” (ע”פ 250/84 הוכשטט נ’ מדינת ישראל, פ”ד מ(1) 813, 822 (1986)). כך ביתר שאת, כאשר סעיף 19 נושא לשון שונה מזו שמופיעה בסעיף ההגדרות. השופט קדמי אף הוא העלה אפשרות זו:

”תשומת הלב לכך שסעיף 19 ב לחוק טיפול במפגרים אינו מדבר במפורש ב'מפגר' – דוגמת הסעיפים 19 א ו-19 ד – אלא במי שלוקה בכושרו השכלי; ויש גורסים כי אין המדובר כאן ב'מפגר' בלבד, אלא גם במי שלוקה בכושרו השכלי ואינו מגיע לדרגת 'מפגר' כהגדרתו בחוק” (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני ב, 1998 (2009) (להלן: על סדר הדין בפלילים חלק שני ב)).

ומכאן לפרשנות התכליתית. המחוקק קבע כי הפסקת הליכים מחמת היעדר כשירות תיעשה בשני מצבים בלבד: מחלת נפש וליקוי שכלי. ניתן להקשות ולתהות, האם סבירה המסקנה כי המחוקק התכוון להוציא מגדר ההסדר קבוצת נאשמים לא קטנה, אשר בבירור עומדת במבחנים המהותיים להיעדר כשירות? נדמה כי יש להשיב לשאלה האמורה בשלילה. לעניין המשמעות של היעדר יכולת לעמוד לדין פלילי, אין הבדל בין מוגבלות הנובעת מחוסר התפתחות של אדם צעיר, לבין אדם שהתפתח שכלית על פי הנורמה אך נוצרה אצלו מוגבלות שכלית עקב התדרדרות הדרגתית בהיותו אדם מבוגר. תכלית החקיקה מחייבת כי אין היגיון ענייני בשלילת הזכות להפסקת הליכים מהקבוצה האחרונה. ברוח זו פסק בית משפט זה בעניין חכס, במסגרתו נקבע כי יש לפרש את המונח ”מחלת נפש” בסעיף 11 לחוק ההתיישנות, התשי”ח-1958 כמצב הכולל מוגבלות שכלית-התפתחותית, על אף כי מבחינה לשונית אין חפיפה ביניהם – וזאת בשל תכלית החקיקה, שנועדה לאפשר לתובע שאינו יכול לדאוג לענייניו את העיכוב שבמרוץ ההתיישנות (ע”א 3622/96 חכס נ’ קופת חולים ”מכבי”, פ”ד נב(2) 638 (17.6.1998)).

ואולם, כאמור, אינני סבור כי אנו נדרשים לעשות שימוש בתורת ההיקש. הפרשנות הלשונית הראויה לדברי החקיקה הרלוונטיים מחייבת, בעצמה, כי מחלת הדמנציה עשויה להתאים לחלופת הליקוי השכלי בחוק הסעד; ולחלופת מחלת הנפש בחוק טיפול בחולי נפש – והכל בהתאם לנסיבות הספציפיות.

סיכומים של דברים. עד שהיחס בין מחלות נפש וליקויים שכליים לבין הפרעות קוגניטיביות, כדוגמת דמנציה, לא יוסדר באופן מפורש בחקיקה – ניתן לעשות שימוש בשני המסלולים שהוזכרו לעיל (חוק טיפול בחולי נפש וחוק הסעד). כמובן, מבחינה משפטית – די באחד מהם. שאלת ההעדפה מבין המסלולים במקרה הספציפי תלויה בנסיבותיו, בתשתית העובדתית והמקצועית, בתסמינים שמגלה הנאשם ובמסגרת הטיפולית שבית המשפט מצא כמתאימה לו, בהתאם לחוות הדעת שניתנו. בהקשר זה יוער כי ניכרת נטייה ברורה בפסיקה לעשות שימוש בחוק טיפול בחולי נפש על פני חוק הסעד. יובהר כי אינני מביע דעה אשר לעדיפות של מסגרת אחת על השנייה. למעלה

מכך, הנני מודע לכך שישנה אי בהירות לגבי תחומי האחריות של כל גוף מקצועי בהקשר זה (ראו פס' 10 לעיל). בהיעדר הסדרה מפורשת, כל מקרה צריך להיות מוכרע לפי נסיבותיו, ובהתאם להתרשמות בית המשפט מחוות הדעת שניתנו על ידי הגופים המקצועיים, לרבות מידת התאמתם למקרה הרלוונטי. מכל מקום, הניסיון מלמד כי הערכאות הדיוניות מוצאות את הדרך לרון בשאלה לגופה, כפי שנהג בית המשפט המחוזי בענייננו. כלל העל הוא הבטחת ההגינות הדיונית כלפי נאשם אשר מוסכם כי הוא בלתי כשיר לעמוד לדין מבחינה מהותית. מן הנכון כי בתי המשפט יעשו שימוש בארגז הכלים הפרשניים העומדים בפניהם, על מנת להגשים תכלית זו. אדגיש, בשנית, כי הן חוק טיפול בחולי נפש והן חוק הסעד מהווים מסגרות נורמטיביות מתאימות, בשינויים המחייבים. אכן, זהו אחד מן המקרים בהם עלינו לדבוק במהות, ולא בפרוצדורה. לנקודה זו נחזור בהמשך.

ג. מידת ההוכחה להיעדר כשירות דיונית: מאזן הסתברויות או ספק סביר?

11. הגיעה העת לרון בשאלה המרכזית שהוצבה לפתחנו. איזו מידת הוכחה נדרשת כדי להוכיח היעדר כשירות לעמוד לדין – מאזן הסתברויות, כפסיקת בית משפט קמא וכטענת המשיבה; או הקמת ספק סביר, כטענת המערער.

פנים רבות למשפט צדק בכלל, ובמשפט הפלילי בפרט. תפיסת המשפט העברי הינה שימלאו שני ציוויים מהתורה גם יחד – "וביערת הרע מקרבך" (דברים יז, ז) ו"נקי וצדיק אל תהרג" (שמות כג, ז) (וראו גם: ניל הנדל "הקדמה" דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר במשפט הפלילי 16 (2017)). החברה חייבת למנוע מצב שאיש בעיניו יעשה. הסכנה חמורה עד כדי חשש כי עמודי החברה יפלו. כאמור בפרקי אבות: "רבי חנינא סגן הכהנים אומר, הוי מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה, איש את רעהו חיים בלעו" (משנה, אבות ג, ב). הצידוק הוא גם להשיב גמול ראוי על מעשי הפשע. "תן להם [לרשעים] כפעלם וכרע מעלליהם כמעשה ידיהם תן להם השב גמולם להם" (תהילים, כח, ד). לשון אחר, משפט צודק שקול למיצוי הדין. בד בבד, הרשעת אדם שאינו אשם וענישתו פוגעות קשות בצדק. אף שורשי שיקול זה נטועים הן בנקודת המבט של החברה, והן בנקודת המבט של היחיד. הפגיעה בפרט שאיננו אשם זועקת בעד עצמה, אך גם מבחינת החברה – שימוש בכוחה נגד אדם שלא עוול בכפו מכתים אותה. שיטות משפט שונות קבעו כללים שונים על מנת לעמוד במשימה של עשיית צדק במשפט הפלילי. השאלה איננה רק מה עשה, אלא מי עשה. שאלה אחרונה זו כוללת את קיומה של המחשבה הפלילית הנדרשת בעושה, וכן בחינה של מאפיינים שונים של עושה. מכאן, ואף לנוכח היעדר השוויון בין המדינה והחברה, מצד אחד, לבין הנאשם היחיד, מצד

אחר, נקבעו מנגנונים שונים. אחד מהם הינו היות הנאשם נוכח ומשתתף במשפטו, לרבות הבנת ההליך בצורה בסיסית.

השאיפה לאיזון מקבלת ביטוי בעיקרון האשמה במשפט הפלילי. באין אחריות אין אשמה, ובאין אשמה אין עבירה – ובודאי אין ענישה. עיקרון האשמה, וחזקת החפות הנגזרת ממנו, הם אלו שהנחו את המחוקק עת חוקק את סעיף 34כב(א) לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן: תיקון מס' 39 לחוק העונשין)):

34כב. (א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.

סעיף 34כב(א) עיגן את כלל ההכרעה לפיו אשמה בפלילים יש להוכיח במידת הוכחה של "מעבר לכל ספק סביר". זאת, בשונה ממידת ההוכחה של "מאזן הסתברויות", הנהוגה במשפט האזרחי. לכאורה, סעיף 34כב(א) קובע כלל ברור – הרשעה בפלילים טעונה הוכחה ברף ההוכחה המחמיר ביותר. ואולם, כפי שניווכח כעת, הדין מבחין בין רכיבים שונים של הוכחת האשמה. אפתח, אם כן, בהצגת המסגרת הנורמטיבית לכללי ההוכחה במשפט הפלילי. מושגי היסוד הנדרשים לעניינו הם שניים: מידת ההוכחה ונטל השכנוע. "מידת ההוכחה" מבטאת את רמת הוודאות הנדרשת להוכחת אשמתו של נאשם; ואילו "נטל השכנוע" קובע מיהו הצד שנדרש לשכנע את בית המשפט בצדקת טענתו.

12. נטל השכנוע (גם: נטל ההוכחה או חובת השכנוע). במשפט הפלילי, ברירת המחדל הינה כי נטל השכנוע מוטל על התביעה. התביעה נושאת בעול הוכחת האשמה, מראש הראשים ועד סוף הסופים, ועל כן, עליה נטל ההוכחה כי מתקיימים כל יסודות העבירה בה מואשם הנאשם. ואולם, נטל השכנוע יוטל על הנאשם בשני מקרים חריגים: האחד, מקום שנקבעה בדין חזקה לחובת הנאשם. או אז, יעבור נטל השכנוע אל כתפיו לסתור את החזקה. השני, מקום שהדין הטיל על הנאשם את נטל הוכחתה של טענת הגנה. במקרה זה, נטל השכנוע יונח מלכתחילה על כתפי הנאשם (ראו, למשל: יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1674, 1655 (2003) (להלן: על הראיות)).

מידת ההוכחה (גם: רף ההוכחה או אמת המידה). שתי מידות הוכחה נוהגות במשפט הפלילי: הראשונה, "מעבר לכל ספק סביר", היא מידת ההוכחה המוטלת על התביעה כאשר היא נושאת בנטל השכנוע. כיוון שהתביעה נושאת בנטל השכנוע כברירת מחדל, זוהי מידת ההוכחה הנפוצה ביותר. השנייה, "עמידה במאזן הסתברויות", היא

מידת ההוכחה המוטלת על הנאשם כאשר הוא נושא בנטל השכנוע. על כן, הכלל הוא כי במקרים שתוארו לעיל (הגנות וחזקות שבדין) על הנאשם להוכיח טענתו במאזן הסתברויות (ראו: על הראיות, בעמ' 1655 והפסיקה שהובאה שם). אמת מידה זו, כאמור, דומה לזו המוטלת על התובע במשפט האזרחי.

להשלמת התמונה יוזכר המושג "חובת הראיה", המתייחס לחובה המוטלת על בעל דין להביא את ראיותיו בפני בית המשפט. כלל הוא כי הנושא בנטל השכנוע הוא הנושא הראשון בחובת הראיה, היינו, הוא הנדרש להציג תשתית ראייתית מספקת להוכחת טענותיו. על כן, נהוג לראות בחובת הראיה נטל משני לחובת השכנוע.

13. אלו הם הכללים המנחים להוכחת יסודות העבירה. ואולם, תיקון מס' 39 קבע כללים שונים להוכחת סייגים לאחריות פלילית. הסייגים לאחריות פלילית מופיעים בסימן ב' לפרק ה'1 בחוק העונשין, אשר מונה, בין היתר, את סייג הקטינות, העדר שליטה, אי-שפיות הדעת, שכרות, הגנה עצמית ועוד. הכללים להוכחת סייג לאחריות פלילית מצויים בשתי הוראות חוק אשר יש לקרוא אותן יחדיו – סעיף 34כב(ב) ("נפקותו של ספק") וסעיף 34ה ("נטל ההוכחה"). אביאן כלשונן:

34כב(ב). התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

34ה. מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.

סעיף 34ה לחוק העונשין קובע חזקה שבדין לחובת הנאשם, כי מעשיו נעשו בתנאים שאין בהם סייג לאחריות. מכך ניתן ללמוד כי הנושא בנטל השכנוע לקיומו של סייג הוא הנאשם, בהתאם לקטגוריה הראשונה שצוינה לעיל (חזקות שבדין). אלא מאי, הוראת סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין קובעת הוראה סותרת, לפיה בהתקיים ספק סביר לקיומו של סייג לאחריות פלילית, אשר לא הוסר על ידי התביעה, יחול הסייג (הסעיף יכולה להלן כ"הוראת הספק"). היוצא בפועל משילובן של שתי הוראות אלו הוא כי לעניין סייג לאחריות פלילית, על הנאשם מונח הנטל המשני, בלבד, או שמא הראשוני, לעורר קיומו של הסייג. לאמור, על אף קיומה של חזקת האחריות הפלילית, די שהוצגה ראיה – לא בהכרח על ידי הנאשם עצמו – המעוררת את הסייג, על מנת שהתביעה תישא בנטל להסיר את הספק הסביר שהתעורר. לא הצליחה להסירו – החזקה תופרך והסייג יחול (ראו והשוו: לשון סעיף 34כב(ב); על הראיות, בעמ' 1660 וההפניות שם; ע"פ 4675/97

רזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, פס' 38 לפסק דינו של השופט מ' חשין (1999) (להלן: עניין רזוב)). במובנים מסוימים, יצר סעיף 34 כב(ב) מעין "ייצור כלאיים". מחד גיסא, המדינה אינה חייבת להוכיח בשלב הראשון כי סייג כזה או אחר אינו מתקיים. מאידך גיסא, משהתעורר ספק סביר, והסייג אינו "רדום", אי הסרתו פועלת לטובת הנאשם.

לא אסתיר כי לטעמי, הכרעה כזו נטועה בהיגיון מעשי. אדגים. שכרות, בכפוף לתנאים מסוימים, עשויה להוות הגנה מאשמה (סעיף 34 לחוק העונשין). האם הדבר אומר כי בכל משפט פלילי על המדינה להוכיח כי הנאשם לא היה שיכור בעת ביצוע העבירה? דרישה כזו איננה מתאימה ואף עשויה לסבך את ההליך שלא לצורך. ואולם, כלשון החוק, משהועלתה הטענה לסייג מאחריות פלילית, התביעה נדרשת להתמודד עמה ברמת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר. כלשון החוק בסעיף 34 כב(ב): "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג." דוגמה זו, שאיננה חריגה לסייג השכרות, מדגימה את ההיבטים הפרקטיים בהסדר של נטלי ההוכחה. להשלמת התמונה, התעורר ספק סביר מתוך הראיות – בין מעדות הנאשם או בין מהנסיבות.

14. להשקפתי, הכלל הגדול במשפט הפלילי הוא הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר. מעניין הדבר, כי בעצם מדובר בקביעה מתחום דיני הראיות. לא בכדי עד לתיקון מס' 39 עיקרון הספק הסביר לא הופיע בדין המהותי בחוק העונשין. השוני בנטל בין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי משקף, בעיני, את השוני בין תחומים אלו של המשפט. יש בכך אמירה ערכית אף לגבי זכויות אדם. ניתן לומר כי הוראת הספק טרפה את הקלפים בשדה המשחק של כללי ההוכחה במשפט הפלילי. משכך, היא נקודת המוצא למחלוקת בענייננו. אך יש לזכור שניים אלה: הראשון, כפי שעולה מפתיחת פרק זה, אין זה אומר כי בכל שאלה עובדתית או משפטית הנטל זהה. השני, אכן הוראת הספק הסביר היא נקודת המוצא – אך נקודה זו רבת ממדים וידיה נוגעות בסוגיות נוספות במשפט הפלילי, כפי שיובהר.

15. נפתח את השער בעיגונים המשפטיים בחוק העונשין. סעיף 34 כב לחוק העונשין קובע כי בהיעדר הוראת חוק סותרת, יחולו החלק המקדמי והחלק הכללי לחוק העונשין – ובכלל זה, סעיף 34 כב(ב) הנזכר – גם על עבירות שלא לפי אותו החוק. ואכן, עם תיקון מס' 39 לחוק העונשין, החלו הערכאות לדון בשאלת היקף ההתפרסות של הוראת הספק מעבר לפרק הסייגים לאחריות פלילית שבחוק העונשין. היינו, אם נאשם רשאי ליהנות

מקימו של ספק גם ביחס לעילות נוספות לשלילת פליליותו של האירוע, אשר מצאתי לחלקן לשלוש קטגוריות. הקטגוריה הראשונה כוללת עבירות מסוימות המכילות רכיב שלילי, קרי, רכיב השולל את פליליות המעשה. כך, למשל, סעיף 186(א) לחוק העונשין ("החזקת אגרופן או סכין שלא כדין") קובע כי מי שהוכיח שהחזיק את כלי הנשק למטרה כשרה – איננו נכנס לגדרי העבירה. נטל השכנוע בבירור מוטל על הנאשם, אך "האופי ההגנתי" של רכיב זה מעלה שאלה אשר לנטל השכנוע ומידת ההוכחה הדרושים (רע"פ 7484/08 פלוני נ' מדינת ישראל (22.12.2009) (להלן: רע"פ 7484/08)). דיון זה מופיע בפסיקה ביחס לעבירות מסוימות נוספות, בחוק העונשין ומחוצה לו. הקטגוריה השנייה כוללת סעיפים "מקלים" אשר אינם מהווים סייג לאחריות פלילית. כך, למשל, דנה הפסיקה במידת ההוכחה הדרושה לפטור עקב חרטה לפי סעיף 28 לחוק העונשין (ע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561 (1999) (להלן: עניין מצארווה)); ולעונש מופחת על עבירת הרצח לפי סעיף 300א לחוק העונשין (ע"פ 3243/95 צאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 769 (1998) (להלן: עניין צאלח)). אודה כי בטרם אמר בית משפט העליון את דברו דעתי הייתה שונה: ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 98/94 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פס' 2 לחוות דעתי (20.2.1997)). מכל מקום, סעיף זה בוטל ברפורמה של עבירות ההמתה שנכנסה לתוקף לפני כשנה ((תיקון מס' 137), התשע"ט-2019, ס"ח 2779). הקטגוריה השלישית כוללת סעיפים הגנתיים לבר-חוק-העונשין. כך, למשל, דן בית משפט זה במידת ההוכחה הדרושה להגנה בסעיף 152 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (עניין רוזוב).

הפסיקה עסקה בשאלת התחולה של הוראת הספק על הוראות חוק שונות, אך זאת, מבלי שנקבע מבחן מחייב או ממצה לאופן קביעת התחולה. פסק דין משמעותי בסוגיה הוא עניין רוזוב, שם שורטטו קווי עזר לקביעת התחולה של סעיף 34כב(ב). השופט חשין סבר כי המפתח לקביעת תחולת הסעיף מצוי בהבחנה בין "סייג" ל"הגנה". סייג, לשיטתו, מתייחס להוראת חוק בעלת תחולה כללית ואופי אוניברסלי (היינו, מקובלת בשיטות משפט מודרניות נוספות), הנגזרת מאינסטינקט טבעי ומתחושת הצדק הבסיסית המשותפת לכל (עניין רוזוב, פס' 52 לפסק דינו של השופט חשין). קבוצה זו מונה את הסייגים לאחריות פלילית שבפרק ה'1 לחוק העונשין, אך לא רק. לאמור, אליבא דשופט חשין ייתכנו הוראות חוק נוספות – בחוק העונשין ומחוצה לו – אשר ניתן לסווגן כסייגים. הגנה, לעומת זאת, מתייחסת לכללי משפט ספציפיים בתחום חיים מסויים. על פי רוב, מדגיש השופט חשין, הגנות לא תעסוקנה בדיני נפשות אלא בהסדרים כלכליים וחברתיים אחרים.

מבחן הסיווג של הוראה כ"סייג" או "הגנה", אותו מציג השופט חשין, טומן בחובו יסודות אנאליטיים לצד שיקולי מדיניות משפטית ויסודות לשוניים-ניסוחיים. לשם הסדר האנליטי אבהיר כי על פי המודל שמציג השופט חשין, אין בכותרת "הגנה" או "סייג" כדי ללמד על אופיו המהותי של הסעיף. כך, למשל, הגנה עצמית מהווה סייג לאחריות פלילית לפי פרק ה'1 לחוק העונשין. כמו כן, יודגש כי אותן עילות עשויות להיות מגולמות הן בצורת סעיף עצמאי (כדוגמת סעיף 152 לחוק ניירות ערך) והן בצורת רכיב פנימי בתוך עבירה פלונית (כדוגמת הרכיב השלילי בסעיף 186(א) לחוק העונשין). משטבע את ההבחנה הראשונית בין הגנה לסייג, המשיך השופט חשין לדון בתחולה של הוראת הספק על כל אחד מהם. לשיטתו, הוראה שתסווג כ"סייג", יחול עליה תמיד סעיף 34כב(ב), קרי, די בקיומו של ספק סביר על מנת שתחול. לעומת זאת, הוראה שתסווג כ"הגנה", תיחלק לשני סוגים. לגבי חלקן, מידת ההוכחה תהא הקמת ספק סביר; ולגבי חלקן, מידת ההוכחה תהא מאזן הסתברויות. כדי לקבוע על אילו הגנות ראוי להחיל את הוראת הספק, הציע השופט חשין לבחון אם ההגנה עניינה במידע המצוי בדיעתו הבלעדית של הנאשם, וכן אם מדובר בנסיבות "חיצוניות" לעבירה (שם, פס' 53-56).

הנשיאה ד' ביניש, לעומתו, כתבה באותו עניין כי ההבחנה בין "הגנה" ל"סייג" איננה משנה לעניין מידת ההוכחה, וכי יש לבחון כל מקרה על פי נסיבות הקונקרטיות ("אין בידינו נוסחת קסמים, שעל פיה ניתן יהיה לסווג מראש בצורה חדה הוראת חיקוק לכאן או לכאן") (עניין רחוב, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). מבלי שיהוו רשימה סגורה, הציעה הנשיאה ביניש מספר מבחני עזר. לשיטתה, יש להתמקד בלשון החוק, הגם שאיננה מהווה סוף פסוק; באופי העבירה והמערך החקיקתי שבו היא מופיעה; במבנה העבירה ומיקומה של ההגנה בתוך מבנה זה. זאת, כאשר מבנה של "שרשרת הגנות חיצונית" ליסודות העבירה, או של הגנה ה"צמודה" לעבירות שנועדו להסדיר תחומים מסוימים בחיי החברה (כגון התחום הכלכלי, הפיסקאלי והתעבורתי), יטו את הכף לטובת הוכחה במאזן הסתברויות. כן תילקח בחשבון תכלית החוק ושיקולי מדיניות אחרים, לרבות קשיי אכיפה בתחום מסוים וטיב העונש הצפוי לנאשם. עוד ציינה הנשיאה ביניש את מבחן הכלליות, לפיו ככל שהרכיב ההגנתי יותר ספציפי לעבירה, כך ניטה לדרוש הוכחה במאזן הסתברויות; והוסיפה כי הפרשן רשאי להתחשב בכך שהעובדה הנדרשת להוכחה מצויה בדיעתו הבלעדית של הנאשם, ובקשיים המעשיים שבהוכחת העובדה (שם, פס' 4 ו-7). ניתן לסבור כי האינדיקציות שמציעה הנשיאה ביניש אינן בהכרח שונות מהותית, בוודאי לא בכל סוגיה, מהמבחן שיצר השופט חשין. ואולם, הסתייגות הנשיאה ביניש מסיווג העילות לקטגוריות שטבע חשין ("סייגים" ו"הגנות") התקבלה בפסיקה מאוחרת (רע"פ 7484/08, בפס' 11 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור,

אליו הצטרפו השופטים א' א' לוי וס' ג' ובראן) ואף בספרות (ש"ז פלר "על הזיקה המבנית – אם בכלל – של סייג לאחריות פלילית, למשקל הראיות הנדרש לשם הוכחתו" עלי משפט א(1) 261 (2000) (להלן: פלר)).

כך או כך, הנשיא א' ברק, השופט השלישי במושב, סבר כי דיון בסוגיה אינו דרוש לצורך מתן ההכרעה והשאירה בצריך עיון (עניין רחוב, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק). אגב, גם השופט חשין וגם הנשיאה ביניש כתבו כי ההכרעה בדבר רף ההוכחה הדרוש להוכחת ההגנה בסעיף 152 לחוק ניירות ערך איננה נדרשת כדי להכריע באותו המקרה (פס' 56 לפסק דינו של השופט חשין; פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). יוצא כי בהיעדר עמדת רוב ביחס לאופן קביעת התחולה של סעיף 34כב, הסוגיה נותרה בגדר שאלה פתוחה, והאינדיקציות שצינו השופטים ביניש וחשין משמשות מעת לעת אך כאבני בוחן רחבות וכלליות, ש"אף אחת מהן אינה מכריעה ואינה מחייבת כשלעצמה" (רע"פ 7484/08, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה נאור). יצוין כי סקירת הפסיקה מעלה שבמרבית המקרים לא נעשה בהן שימוש (ראו, למשל: עניין צאלח, פס' 20; עניין מצארווה, בעמ' 572ה; ע"פ 987/02 מדינת ישראל נ' זביידה, פ"ד נח(4) 880, פס' 11 (2004); רע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון, פס' 28 (8.5.2006); ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, עמ' 80 לחוות דעתי (8.12.2015)). כך, בכלל המקרים בהם דן בית משפט זה בתחולת סעיף 34כב(ב) על הוראה פלילית, למעט בעניין רחוב וב-רע"פ 7484/08 שהוזכר לעיל, הסתפק המותב בהנמקה מצומצמת לקביעת רף ההוכחה – מאזן הסתברויות או הקמת ספק סביר.

16. אשר לדעתי שלי, ובלא שאתיימר למצות הלכה עד תום, דומה בעיניי כי ראוי להימנע מקביעת מבחנים מגבילים לבחינת תחולת הוראת הספק על הוראות פליליות אחרות. שותף אני לדעתה של הנשיאה ביניש כי ראוי לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו הקונקרטיות, וכי קביעת מבחנים המחייבים סיווגי ביניים למיניהם (כדוגמת המבחן שטבע השופט חשין, אשר מצריך סיווג של הוראת החיקוק הרלוונטית כ"סייג" או כ"הגנה") איננה הכרחית. כדברי הנשיאה ביניש בעניין רחוב:

"אין לומר בהכרח כי שאלת נטל ההוכחה והספק הסביר שלובה בשאלת היקף התפרסותו של המונח 'סייג'. [...] אין לשלול מראש מקרים שבהם נפרש הוראת חוק המצמצמת את האחריות הפלילית כפי שנקבעה בעבירה מסוימת, אף שאינה 'סייג', כהוראה אשר די לו לנאשם לעזור ספק סביר ביחס אליה." (שם, פס' 3).

להשקפתי, הקביעה אם יש להסתפק בהקמת ספק סביר לעניין הוכחת רכיב מסוים בעבירה צריכה להיות מבוססת על שיקולים מהותיים. בראשם, מידת הרלוונטיות של חזקת החפות, שהיא, הרי, הרציונל בבסיס הוראת הספק בסעיף 34כב(ב). אין להגביל שיקולים אלו לרשימה סגורה או למבחן מְסוּג כזה או אחר. לשם הדיוק, יש לשקול גם את לשון החוק וגם שיקולים מעשיים בהתאם לנסיבות המקרה. למשל, מבלי להכריע בסוגיה הפרטנית, יש משמעות לכך שבסעיף 152 לחוק ניירות ערך המחוקק נקט בלשון "לא ישא אדם באחריות פלילית [...] אם הוכיח אחת מאלה" [ההדגשה איננה במקור]. אשר לשיקולים מעשיים, ישנה חשיבות לכך שהעובדה נתונה לידיעתו הבלעדית של הנאשם. למשל, בסעיף 186 לחוק העונשין ("המחזיק אגרוופן או סכין מחוץ לתחום ביתו או חצריו ולא הוכיח כי החזיקם למטרה כשרה, דינו – מאסר חמש שנים") – ישנה משמעות לכך שמידע מעין מטרת ההחזקה של הנשק לרוב מצוי בידיעתו של הנאשם. במקרה המתאים, המבחנים שצוינו בעניין רחוב יכולים לשמש אינדיקציות, גם אם לא מבחנים מחייבים (והשוו ל-רע"פ 7484/08, פס' 10 ו-12).

סיכום ביניים. במשפט הפלילי, הנאשם יישא בנטל השכנוע במקרים חריגים בלבד. במקרים אלו, יידרש למידת הוכחה של מאזן הסתברויות. ואולם, הוראה הספק, המצויה בסעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, יוצרת מצב דברים ייחודי: ביחס לסייג לאחריות פלילית, קיומו של ספק יפעל לטובת הנאשם על אף שהוא הנושא בנטל לעורר את הסוגיה. בהתבסס על סעיף 34כג לחוק העונשין, נקבע כי הוראת הספק איננה מוגבלת אך לפרק ה'1 לחוק העונשין ("סייגים לאחריות פלילית"); וכי ניתן להחילה על הוראות פליליות שונות, הכוללות בתוכם עילות לשלילת פליליות המעשה, ומצויות בחוק העונשין ומחוצה לו (עניין רחוב, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק). בהתאם, הפסיקה דנה במספר מבחני עזר לקביעת התחולה של הוראה זו (עניין רחוב; רע"פ 7484/08), אך זו מבלי לקבוע הלכה בסוגיה. על כל פנים, להשקפתי יש להכריע בכל מקרה על פי נסיבותיו הקונקרטיות, תוך הפנמה כי הכלל המופיע בסעיף 34כב לחוק העונשין הוא כי יש להוכיח את רכיבי האחריות הפלילית ברף שמעבר לכל ספק סביר.

17. נפנה למלאכה. האם הוראת הספק בסעיף 34כב(ב) לחוק העונשין עשויה לחול על סעיף 170 לחסד"פ – "נאשם שאינו מסוגל לעמוד לדין"? ראוי להשיב לשאלה זו לנוכח שלוש נקודות אלו: האחת, בית משפט זה טרם פסק בסוגיה. השנייה, בערכאות הדיוניות ישנן הכרעות שונות וסותרות. השלישית, כפי שיובהר, על מנת להכריע בתיק שלפנינו – נראה כי יש צורך להביע עמדה.

השאלה של מידת ההוכחה המוטלת על הטוען להיעדר כשירות לעמוד לדין עלתה בפסיקה מספר פעמים, אך בית משפט זה נמנע ממתן הכרעה בה (ראו: ע"פ 1526/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט חשין (22.11.2006) (להלן: ע"פ 1526/02); ע"פ 3193/07 טבאגה נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ארבל (2.4.2009); ע"פ 7747/08, פס' 110 לפסק דינו של השופט דנציגר; ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 148 לפסק דינו של השופט דנציגר (20.2.2014); ע"פ 4694/20 לייפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 24 לפסק דינו של השופט י' עמית (2.9.2020) (להלן: עניין לייפר)). במסגרת תיקים אלו, נדרש בית משפט זה לשאלת רף ההוכחה אגב אורחא, תוך קיום דיון מצומצם (אם בכלל) בשיקולים לכאן ולכאן, שנסתיים בהשארת השאלה בצריך עיון להכרעה במקרה המתאים. אמנם, בעניין לייפר השופט עמית הציג את עמדתו כי מידת ההוכחה הראויה היא מאזן הסתברויות (שם), אך עמדה זו לא התקבלה על ידי שאר המותב אשר השאיר את ההכרעה בסוגיה למקרה אחר (שם, פס' 2 ו-7 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף ופס' 1 לפסק דינה של השופטת ע' ברון). גם השופט עמית הבהיר כי רף ההוכחה איננו משנה לאותו מקרה, שכן המערערת שם לא הקימה ולו ספק סביר ביחס לכשירותה הדיונית (שם, פס' 2 לחוות דעתו). אשר על כן, טרם ניתנה הלכה בשאלה חשובה זו.

שאלת מידת ההוכחה להיעדר כשירות לעמוד לדין התעוררה אף בערכאות המברורות, ובהיקף רחב יותר. סקירת הפסיקה מעלה דעות חלוקות. לגישה לפיה יש להוכיח היעדר כשירות במאזן הסתברויות, ראו: ההחלטה בבקשה להפסקת הליכים, פס' 27-29; ת"פ (מחוזי מר') 14-07-19871 מדינת ישראל נ' מ.נ., פס' 19-27 (23.8.2015) (להלן: עניין מ.נ.); ת"פ (שלום ת"א) 07-3445 מדינת ישראל נ' לייטנר, פס' 13-27 להחלטת השופט מ' לנדמן (15.9.2009) (להלן: עניין לייטנר שלום); ת"פ (שלום ת"א) 99/2451 מדינת ישראל נ' כדורי, עמ' 10 להחלטת השופטת י' אמסטרדם (18.2.2002); תפ"ח (מחוזי ת"א) 96/59 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 10 להחלטת השופט ד' המר (31.3.1997); ע"פ (מחוזי חי') 09-10-9194 מדינת ישראל נ' בנימינוב, פס' 27 (18.1.2010). לגישה ההפוכה, לפיה די בהקמת ספק סביר, ראו: ע"פ (מחוזי ת"א) 11-09-23716 לייטנר נ' מדינת ישראל, פס' 59-65 לפסק דינה של השופטת מ' סוקולוב, אליו הצטרפו חברי השופט ג' קרא והנשיאה ד' ברלינר (2.5.2012) (להלן: עניין לייטנר מחוזי); ת"פ (שלום י-ם) 07/3029 מדינת ישראל נ' פלוני, עמ' 12-13 להחלטת השופט ד' מינק (15.9.2008); ת"פ (שלום י-ם) 98/3103 מדינת ישראל נ' אוגדן, עמ' 2 להחלטת השופט מינק (19.6.2000); תפ"ח (מחוזי ת"א) 00/1183 מדינת ישראל נ' בן-אשר, עמ' 11 להחלטת השופט א' טל (11.11.2001); תפ"ח (מחוזי מר') 10-11-32389 מדינת

ישראל נ' מפעני, פס' 28 להחלטת השופט ר' אמיר (15.9.11); ת"פ (שלום ב"ש) 44531-06-14 מדינת ישראל נ' קטקוב, עמ' 6 להחלטת השופט ד' בן טולילה (17.2.2015).

במקרים אחרים הזכירו הערכאות הדיוניות את המחלוקת אשר לשתי הגישות, אך הסתפקו בכך שנסיבות המקרה אינן מחייבות הכרעה מהסיבה כי הנאשם הוכיח היעדר כשירותו אף במידה של מאזן הסתברויות (ראו: תפ"ח (מחוזי י-ם) 18062-03-12 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 48-51 להחלטת השופט סגל (20.9.2015); ת"פ (מחוזי חי') 281/01 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 17 לפסק דינו של השופט ר' סוקול (28.7.2008)), או מהסיבה שהנאשם לא הצליח להוכיחה ולו ברמה של הקמת ספק סביר (ראו: תפ"ח (מחוזי י-ם) 657-09 מדינת ישראל נ' טייטל, פס' 36-37 להחלטת השופט סגל (7.12.2011); ת"פ (מחוזי ב"ש) 17-04-28095 מדינת ישראל נ' ע.כ., עמ' 10 להחלטת השופט בן טולילה (13.7.2020); ת"פ (שלום פ"ת) 51056-08-16 מדינת ישראל נ' מכטייב, עמ' 9 ו-12 להחלטת השופטת א' דניאלי (17.7.2018); תו"ב (שלום ביש"א) 3866-04-08 ועדה מקומית לתכנון יזרעלים נ' שטיין, פס' י' להחלטת השופטת א' דחלה-שרקאוי (4.9.2012); ת"פ (שלום י-ם) 12-11-18802 בית המכס ומע"מ ירושלים נ' אבו טרייה, עמ' 5-6 להחלטת השופט י' מינטקביץ (6.12.2016); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1083/08 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 9 (12.1.2010); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 12090-03-14 מדינת ישראל נ' וונטיק, בעמ' 86 (16.9.2019)). ראוי לציין כי למעט ההחלטה מושא ענייננו, לא נמצאו מקרים בהם הערכאה המבררת קבעה כי שינוי רף ההוכחה הנדרש (למעלה או למטה) הוא זה שיביא לשינוי התוצאה באותו המקרה. לא זו אף זו, ניכר כי המקרים בהם לא הוקם אפילו ספק סביר בדבר כשירות הנאשם עולים במספרם על המקרים בהם נבחנה האפשרות כי הנאשם הוכיח היעדר כשירותו במאזן הסתברויות. על כך יורחב בהמשך.

18. נבהיר מדוע ההכרעה בסוגיה מתבקשת במקרה דנן. בית המשפט המחוזי קבע כי ההגנה עוררה ספק סביר בכשירותו של המערער לעמוד לדין, אך לא הצליחה להוכיח טענתה על פי מאזן הסתברויות (ההחלטה בבקשה להפסקת הליכים, פס' 40). הבסיס למסקנה זו, במקרה דנן, נומק היטב. אף המדינה לא חלקה על הקביעה העובדתית (פרוטוקול הדיון מיום 16.12.2019, עמ' 13). לכן, השאלה המשפטית עולה בצורה צרופה. הערכאה המבררת קבעה כי ספק סביר קיים, ומאזן הסתברויות לטובת העמדה – אין. קביעות אלו, שהן עובדתיות באופיין, מקובלות עלי מכוח הכלל כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים. הסניגור לא שכנע אותי אחרת. אם כן, השאלה מה מידת ההוכחה הנדרשת להוכחת היעדר כשירות לעמוד לדין מהווה המפתח בסוגיה.

מהי מידת ההוכחה הראויה להיעדר כשירות לעמוד לדין לפי סעיף 170 לחסד"פ? כאמור, ישנם שיקולים לכאן ולכאן. חלקם נידונו בפסיקה שהוזכרה לעיל, ואת חלקם האחר אבקש להוסיף כעת, מתוך שאיפה כי הבאת שיקולים אלו זה מול זה תאפשר קבלת הכרעה מושכלת בשאלה פרשנית זו. מסע ההכרעה יכלול חמישה פרקים. הראשון, דיוני מול מהותי – האמנם? השני, כשירות לעמוד לדין מול שפיות הדעת בעת המעשה. השלישי, שיקולים מעשיים. הרביעי, כבוד האדם וחירותו והזכות למשפט הוגן. החמישי, עמדת המשפט עברי.

1. דיוני מול מהותי – האמנם?

19. השיקול הכבד ביותר לטובת קביעת רף הוכחה של מאזן הסתברויות נוגע לאופייה הדיוני של טענת היעדר כשירות לעמוד לדין. אכן, אי כשירות לעמוד לדין אינה קשורה ליסודות העבירה הפלילית. מדובר בשאלה עצמאית, חיצונית ומנותקת מקביעת האחריות הפלילית לעצם המעשה (ראו: ע"פ 1526/20, פס' 26(ב); עניין לייפר, פס' 24(ג); עניין מ.נ.1, פס' 21-22; עניין לייטנר שלום, פס' 20-21; והשוו לעניין רחוב, פס' 55-56 לפסק דינו של השופט חשין ופס' 8 לפסק דינה של השופטת ביניש). התפיסה היא כי אי כשירות לעמוד לדין היא מצב דיוני. הדגש איננו על מצבו של הנאשם עת ביצוע העבירה, אלא על מצבו במעמד המשפט. נניח שמדובר בנאשם שגילו מתחת לגיל האחריות הפלילית, או בבגיר אשר הוכח כי סבל מאי שפיות בזמן המעשה, שאז קיים סייג ברור לאחריות. בהינתן נתון מעין אלו – הנאשם זכאי גם אם עשה את המעשה. כלומר, לא מיוחסת לו כל אשמה (רע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנון (3.2.2015) (להלן: עניין וחנון). המעשה עשוי להיות בעל אופי פלילי (כתלות בהכרעה), אך היעדר הכשירות, לכאורה, איננו נוגע לעצם האחריות. ניתן לסכם גישה זו כך – דחיית טענת היעדר כשירות לעמוד לדין אינה חורצת את גורלו של הנאשם, אלא אך מאפשרת בירור הדין. לפיכך, על פי קו זה, אין הצדקה לקבוע רף הוכחה מקל כשל הקמת ספק סביר.

האמנם כך? הייתי משיב לשאלה זו בשלילה משני כיוונים שונים. הכיוון הראשון הוא כי תפיסת סוגיית הכשרות לעמוד לדין כ"דיונית" או "מהותית" סובלת ממלאכותיות יתר. הכיוון השני הוא כי אף אם נניח שהסוגיה היא דיונית, הרי על פי כללי השיטה, אין זה סוף פסוק – וישנן טענות דיוניות אחרות שדי בקיומו של ספק סביר כדי לקבלן.

20. "זכותו הבסיסית של כל אדם להיות מוגן מפני הפללה כל עוד קיים ספק סביר שמא בכל זאת הוא חף מפשע" (ש"ז פלר, "על הקטגוריות של החזקות: אגב פסקי הדין

סובאח, צלנקו ופלוני" מחקרי משפט יג 357, 374 (תשנ"ו-תשנ"ז)). חזקת החפות נועדה להגן על החף מפשע. ומיהו חף מפשע? המובן הפשוט של מונח זה הוא אדם שלא הוכח כי ביצע את העבירה בה מואשם, על כל יסודותיה. מובן נוסף הוא אדם שנותר ספק שמא הוא קיים סייג לאחרייתו (למשל, מפני שנקט בהגנה עצמית). אך מה בדבר נאשם אשר נקבע לגביו כי אינו כשיר לעמוד לדין ואינו מסוגל להגן על עצמו בפני מערכת המשפט הפלילית? האם נראה באדם שכזה חף מפשע? ונחדד בשאלת הראי – האם ניתן לקבוע כלפי אדם שכזה כי הוכחה אשמתו?

אכן, שאלת הכשירות נפרדת משאלת האשמה. אשמה מהווה תשובה לשאלה היסטורית. מה עשה, או מי עשה, בעת המעשה. לכן, כל נאשם, תהא כשירותו אשר תהיה, ייהנה מחזקת החפות במובן שאשמתו תוכח מעבר לכל ספק סביר. אך זאת, להשקפתי, תיאור שאיננו מלא על פי יסודות המשפט הפלילי. אם נרד לשורש המונח "אשמה", ניווכח שהקשר בינו לבין כשירות לעמוד לדין חזק יותר מהנראה לעין. הנטייה האינטואיטיבית הינה לראות באשם מושג דיכוטומי: "אשם", או "לא אשם"; "ביצע", או "לא ביצע". בעוד שלמעשה, האשם עשוי להיות מושפע מהיבטים רבים אשר אנו נוטים לסווגם – בשוגג – כפרוצדורליים גרידא. אחד מהם, הוא היכולת להתגונן בפני האישום. אסביר. במה תסייע לנאשם פלוני העובדה כי התביעה נדרשת להוכיח אשמתו מעבר לכל ספק סביר, אם הוא איננו מסוגל להסביר לבית המשפט מדוע, וכיצד, ואיך, הוא איננו אשם במיוחד לו?

נאשם אשר אינו מסוגל להבין את מהות הליכי המשפט ואת האישומים נגדו; לתקשר עם עורך דינו באופן בסיסי, ובתוך כך, למסור לו את גרסתו לאירוע בו מואשם; להבין את משמעות הראיות המובאות נגדו ולסתור אותן – האם ניתן לומר כי כלל ניתנה לו האפשרות להוכיח חפותו? ומשלא ניתנה האפשרות, הרי הוא מוחזק כחף מפשע. לא ניתן לומר בביטחון כי הוא "איננו אשם", אך גם לא ניתן לומר כי הוכחה אשמתו. במובן זה, הולכות חזקת החפות ועיקרון האשמה יד ביד עם הוראת היעדר הכשירות לעמוד לדין. לעניין זה יפים דברים אלה, מתוך Norma Schrock, *Defense Counsel's Role in Determining Competency to Stand Trial*, 9 GEO. J. LEGAL ETHICS 639, 654 (1996):

"A criminal conviction represents the moral judgment and condemnation by society, requiring the highest standard of proof. Such pronouncement should be made only if the accused is given every opportunity to refute the accusations. Since an incompetent is not capable of making a good refutation of the charges, such judgment should not be made." [ההדגשות אינן במקור]

בהקשר זה חשוב להוסיף כי הנאשם במשפט הישראלי חייב להיות נוכח במשפטו (סעיף 126 לחסד"פ). בסעיף זה גלומות הן זכות והן חובה, כאשר מצד אחד ניצבים כבוד האדם וחופש הבחירה; ומהצד האחר היבטים של ניהול תקין, יעילות ומראית פני הצדק. אמנם, הכלל בדבר נוכחות הנאשם איננו מוחלט, במובן שהחוק מונה לו חריגים שונים. כך, בין היתר, ניתן לפטור נאשם מנוכחות כאשר התקבלה בקשתו להיעדרות מהמשפט (סעיפים 128(2) ו-132 לחסד"פ) או כאשר קיים יסוד להניח שהוא מודע למצב הדברים ואיננו מעוניין להיות נוכח במשפטו (סעיפים 128(1) ו-130 לחסד"פ; וכן סעיף 208 הנוגע להליך ערעורי). בכך בא לידי ביטוי אופייה היחסי של חובת ההשתתפות. להשלמת התמונה, הגם שהנושא אינו במוקד ענייננו, אף זכות השתתפות מוגבלת. למשל, ניתן לקיים דיון בהיעדר הנאשם כאשר האחרון מפריע לקיום הדיון (סעיף 131 לחסד"פ), מטעמים של ביטחון המדינה (סעיף 128 לחוק העונשין) או בעבירות קלות (סעיף 240 לחסד"פ).

על כל פנים, היתר להיעדרות מהדיון אינו "זכות" המוקנית לנאשם. מדובר בהחלטה אשר נתונה לשיקול דעת בית המשפט, אשר יביא בחשבון מגוון שיקולים, המרכזי ביניהם הוא החשש לעיוות דין כתוצאה מהיעדרות הנאשם (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני א, 1044 (2009) (להלן: על סדר הדין בפלילים חלק שני א)). מועמד אחר לשיקול המרכזי בכגון דא הוא זכותו של הנאשם למשפט הוגן. לאמור, היעדר נוכחות – למעט החריגים שצוינו – עלול לפגוע בזכות הנאשם להליך כזה, גם אם הוא מבקש זאת. עניינו הרואה כי היתר להיעדרות מחייב שניים: הא, פנייה מפורשת או אינדיקציה ברורה לויתור על הזכות; והב, מסקנה שיפוטית כי אין חשש לעיוות דין או לאי קיומו של משפט הוגן. שניים אלו, בבירור, אינם מתקיימים אצל נאשם בלתי כשיר לעמוד לדין – אשר נעדר היכולת להביע וויתור מדעת על זכותו, ושיכולותו המוגבלת (או החסרה) לתקשר עם סניגורו יוצרת חשש מובהק לעיוות דין. כך, שהחריגים המפורשים בחוק לחובת ההשתתפות של נאשם במשפטו אינם חלים בענייננו, ולא ניתן לעשות בהם שימוש אף לא על דרך ההיקש.

21. הכיוון השני הוא, כאמור, שאף אם עסקינן בסוגיה דיונית – אין כלל לפיו כל סוגיה שכזו על הנאשם להוכיח על פי מאזן הסתברויות. בחינת המסגרת הנורמטיבית הכללית מעלה כי ישנן טענות דיוניות נוספות, אשר לגביהן קיומו של ספק סביר יפעל לטובת הנאשם. כך, למשל, הפסיקה קבעה כי מקום שמתעוררת שאלה לגבי קיומה של

התיישנות (טענה מקדמית לפי סעיף 149(8) לחסד"פ), התביעה היא הנושאת בנטל ההוכחה לכך שהעבירה לא התיישנה, וכי ספק סביר בעניין יפעל לטובת הנאשם (ע"פ 309/78 ברמי נ' מדינת ישראל, לג(1) 576, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא זוסמן (1979); ע"פ 211/79 גזית ושחם חברה לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל, לד(1) 716, פס' 5 לפסק דינו של השופט י' כהן (1979); ע"פ 347/07 פלוני נ' מדינת ישראל, עמ' 8, ו-15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (18.11.2007)). דעה זו הובעה בפסיקה אף ביחס לטענת הגנה מן הצדק (סעיף 149(10) לחסד"פ) המבוססת על אכיפה בררנית (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פס' 38 לפסק דינו של השופט פוגלמן (10.9.2013); וגם עפ"א (ארצי) 23777-02-19 מדינת ישראל נ' דוד ויוסף אוכל רחוב בע"מ, פס' 13 לפסק דינו של השופט א' סופר (7.4.2019)). יוזכר כי התיישנות והגנה מן הצדק הן טענות מקדמיות לפי סעיף 149 לחסד"פ. טענות מעין אלו מכוונות נגד ניהול ההליך, ולא נגד האשמה המיוחסת לנאשם. טענות דיוניות, ולא מהותיות. לאמור, כאשר הוכחה קיומה של התיישנות – הנאשם איננו צריך להתגונן בפני האישום, ואין זה מעלה או מוריד אם הוא עבר את העבירה. ולא מיותר לציין כי הטענות המופיעות סעיף 149 לחסד"פ אינן מהוות רשימה סגורה, ואף טענת היעדר כשירות לעמוד לדין נתפסת כטענה מקדמית באופייה (על טדו הדין בפלילים חלק שני א, בעמ' 1233). האמור מהווה דוגמה לכך שסיווג סוגיה כדיונית אינו בהכרח פוטר את התביעה מהוכחת הטענה – משהתעוררה – מעבר לכל ספק סביר.

22. הינה כי כן, אין להיאחז בסיווג של היעדר כשירות לעמוד לדין כטענה דיונית כבסיס לקביעת רף של מאזן הסתברויות. טעם אחד הוא כי יש טענות מקדמיות במשפט הפלילי שבהן על התביעה להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר. הטעם השני הוא כי סיווגה של טענה להיעדר כשירות כעניין דיוני סובלת מפורמליזם יתר, באופן שעלול להחטיא את המטרה. טול מנאשם האפשרות להתגונן ולהשתתף בהגנתו במשפטו – ונטלת ממנו, מבחינה מהותית, את הדרישה כי על התביעה להוכיח את אחריות הנאשם מעבר לכל ספק סביר. גישה אחרת עומדת בניגוד לחזקת החפות.

אינני קובע, אפוא, כי בכל טענה דיונית על התביעה להוכיח מעבר לכל ספק סביר. נהפוך הוא. מטרתנו היא להראות שאין כלל לפיו בכל טענה דיונית, הנטל רובץ על נאשם להוכיח על פי מאזן ההסתברות. ואם ישאל השואל, מדוע יש לקבוע כי בכל הקשור להוכחת כשירות הנאשם הנטל רובץ על התביעה להוכיח כשירותו מעבר לכל ספק סביר, אשיבנו כך: היעדר כשירות לעמוד לדין איננה עוד טענה דיונית. היא מרכזית ומנקודת מבטו של הזכות למשפט הוגן, היא אף עומדת בליבת זכויות הנאשם במשפט הפלילי. במובן זה, ניתן לחבר בין שני הכיוונים שהוצגו. האחד, טענת הכשירות לעמוד

לדין היא מהותית. האחר, שגם אם היא דיונית, משהתעוררה יש לדרוש הוכחתה מעבר לכל ספק סביר. במובן זה, שני הכיוונים שהוצגו נפגשים ויוצרים עיגול שלם.

כדי לחזק מסקנה זו, נעיין בסוגיה מזווית נוספת – והיא הקשר בין כשירות לעמוד לדין לבין אי שפיות הדעת.

2. כשירות אל מול שפיות

23. היעדר כשירות דיונית ואי שפיות הדעת – הוראות קרובות הן. הוראת סעיף 34ח, הנושאת את הכותרת "אי שפיות הדעת" (להלן: הוראת השפיות), הוזכרה לאורך חוות דעת זו כנקודת השוואה חוזרת, ולא בכדי. אציגה כעת במלואה:

34ח. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש –
 (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו;
 או
 (2) להימנע מעשיית המעשה.

הוראת השפיות מצויה בפרק ה'1 לחוק העונשין, המונה רשימה של סייגים לאחריות פלילית. סייגים אלו מבוססים על מצבים עובדתיים שונים ומגוונים. כך, למשל, מצב הדברים הדרוש לצורך תחולת הסייג של הגנה עצמית שונה לחלוטין מזה הדרוש לצורך סייג שכרות. כך בסייג הקטינות וטעות במצב משפטי; הגנת הצורך וזוטי הדברים; ולמעשה בכל צירוף של סייגים המופיעים בפרק זה. הנסיבות העובדתיות שונות, והמשותף הוא בכך שכל אחד מן הסייגים מביא לשלילת האופי הפלילי של המעשה. שונה היא הוראת השפיות. הוראה זו מבוססת על מצב דברים עובדתי אשר מופיע, בלשון כמעט זהה, בהוראת חוק פלילית נוספת, היא סעיף 170 לחסד"פ. ודוק: סעיף 34ח נושא את הלשון "מחלה שפגעה ברוחו או ליקוי בכושרו השכלי"; וסעיף 170 מתייחס ל"ליקוי בכושר השכלי" או "מחלת נפש". נקודת המוצא של שתי ההוראות – הפעם זהה היא: קיומו של ליקוי נפשי או שכלי. מכאן ניתן להסיק כי נכון, אפוא, לערוך גזירה שווה ממידת ההוכחה המוטלת על הטוען לסייג אי השפיות, לבין זו המוטלת על הטוען להיעדר כשירות דיונית. עמדה זו אף הובעה בפסיקת הערכאות המבררות (עניין לייטנר מחוזי, פס' 59-61). על פי השקפה זו, ההבחנה ברף השכנוע הנדרש בין שתי הוראות החוק סובלת ממידה של מלאכותיות.

שותף אני להשקפה זו. אמנם, לא נסתר מעיני כי ישנם הבדלים מסוימים בין שתי הוראות החוק. כך, למשל, במישור הזמן. סעיף 34 מתייחס, כאמור, לליקוי נפשי או שכלי במהלך ביצוע העבירה, ואילו סעיף 170 מתייחס לניהול ההליך הפלילי. ברם, דעתי איננה נוחה עם החלת דין אחד לגבי נאשם הלוקה בנפשו במועד מוקדם, ודין שונה לגבי נאשם הלוקה בנפשו במועד מאוחר יותר. הרי – בשני המקרים עסקינן בנאשם אשר זקוק להגנה מפני המשפט הפלילי, או אם תרצו – לתנאים מיוחדים ומותאמים למצבו. כך, גם במישור התוצאה. הן זיכוי הנאשם מחמת אי שפיות הדעת (ראו: עניין וחנון), והן הפסקת הליכים מחמת היעדר כשירות לעמוד לדין (ראו: רע"פ 8601/15 אשקר נ' מדינת ישראל (15.5.2017) (להלן: עניין אשקר)) – שמים פסוק להליך הפלילי המתנהל נגד הנאשם. אין חולק כי המשמעויות החברתיות והמשפטיות של זיכוי שונות הן מאלו של הפסקת הליכים, אך נדמה כי שתי ההוראות נועדו להביא את ההליך הפלילי לסיום. במובן זה, לא רק נקודת המוצא של ההוראות זהה, אלא אף תכליתן – הבחנת הנאשם הלוקה בנפשו או בשכלו משאר הנאשמים בפלילים. לא בכדי נקראות ההוראות, לעיתים, בשמות "כשירות דיונית" ו"כשירות מהותית".

24. מסקנה זו נתמכת אף בסקירת הדין המשווה. במרבית שיטות המשפט הזרות ישנה הלימה בין רף ההוכחה הדרוש להוכחת אי שפיות, לבין זה הדרוש להוכחת אי כשירות. כך, באנגליה, קנדה, אוסטרליה ובמרבית מדינות ארצות הברית. בשלוש המדינות הראשונות, נדרש להוכיח את שתי הטענות ברף של מאזן הסתברויות (ראו, בהתאמה: Bratty v. Attorney General for Northern Ireland [1963] AC 386, [1961] 3 All E.R. 523 ו-1 QB 325; R. v. Padola [1960] 1 QB 325; Criminal Code, RSC 1985, c C-46; Criminal Code Act 1995, §16(2) ו-§672.22; Criminal Code, RSC 1985, c C-46; Criminal Law (Mentally Impaired Accused) Act 1996, Chapter 2, Part 2.3, 7.3(3) ו-12(1)). בארצות הברית הדין איננו זהה בכל חמישים המדינות. מרבית המדינות עושות שימוש ברף של מאזן הסתברויות או של קיום "ראיות ברורות ומשכנעות" (Clear and convincing evidence), שהינו רף הוכחה גבוה ממאזן הסתברויות אך נמוך מהוכחה מעל לכל ספק סביר. אך חשוב לא פחות, כאמור, הוא כי ישנה גזירה שווה בין שתי מידות ההוכחה. היינו, למעט במקרים בודדים (למשל, קולרדו, מסצ'וסטס ומרילנד, ורף ההוכחה משתנה בכיוונים שונים בין שני המצבים) – שיטת המשפט תחיל רף הוכחה זהה להיעדר שפיות ולהיעדר כשירות.

המחוקק הישראלי קבע, בתיקון מס' 39 לחוק העונשין, כי רף ההוכחה להיעדר שפיות הינו הקמת ספק סביר (סעיף 34כב(ב)). כבר בשלב זה מובחנת שיטת המשפט

הישראלית ממרבית שיטות המשפט המערביות, המחילות רף של מאזן הסתברויות או של ראיות ברורות ומשכנעות. על כן, ניסיון המשיבה להיתלות על הכלל המשפטי הנהוג במדינות אלו ביחס להיעדר שפיות, כאילו הוא מחייב קביעת רף דומה ביחס להיעדר כשירות לעמוד לדין, מוטעה מיסודו. ואילו דווקא עיקרון ההלימה העולה מסקירת המשפט המשווה מטה את הכף לעבר המסקנה כי גם שיטת המשפט הישראלית צריכה להחיל רף זהה על היעדר שפיות והיעדר כשירות.

3. שיקולים מעשיים

25. שיקול חשוב שיש להביא בחשבון הוא השיקול המעשי בכלל, והחשש ממניפולציה והתחזות בפרט. נפתח בעניין האחרון. לכאורה, ככל שרף ההוכחה להיעדר כשירות נמוך יותר, כך הסיכוי למניפולציה גבוה יותר. יש לתת מענה לתרחיש לפיו קביעת רף הוכחה מקל להיעדר כשירות דיונית תפתח פתח לריבוי טענות שווא, אשר יאפשרו לנאשמים כשירים לחמוק ממשפט. ויושם אל לב כי לקות שבנפש קשה לאיתור בהרבה מלקות שבגוף. הנתונים אודות מצבו הנפשי של נאשם מצויים בהחזקתו והינם פחות שקופים מאשר, למשל, שבר בגוף. ניתן להסיק מכך כי לנאשם שליטה רבה יותר על תוצאות הבדיקה הנפשית והקוגניטיבית מהבדיקה הגופנית. ברוח זו כתב השופט עמית בעניין לייפר:

“לרשות הפסיכיאטר לא עומד צילום רנטגן של הנפש שיכול לסייע לו באבחנה אם יש 'שבר' בנפשו המסוכסכת של אדם: 'לא הרי אורטופד, 'החי' בעיקר מבדיקה קלינית ומצילומי רנטגן כהרי פסיכיאטר הניזון ממכלול העובדות הרלוונטיות הקשורות באישיותו של הנבדק לפני התאונה ואחריה” (שם, פס' 24(1)).

יש הסוברים כי מסיבה זו שורת בציבור הרחב ספקנות מסוימת אשר להיתכנות האיתור של טענות שווא (בזק, בעמ' 234). על פי קו זה, ישנה נטייה לראות בהוכחת היעדר הכשירות דיונית “מסלול עוקף” לדיון המשפטי, המאפשר לנאשם לחמוק מאימת הדין. ער אני לטיעון זה, ושקלתי היטב את העניין. אכן, יסוד חיוני של המשפט הפלילי הוא כי “הציבור ירגיש ויבין כי נערך משפט צדק” (שם). מסיבה זו אבקש להרחיב את היריעה אודות הליך הדיאגנוזה – הפסיכיאטרית, הנוירולוגית או הגריאטרית – בנאשם הטוען להיעדר כשירות דיונית. בפרט, אתמקד באופן והיקף ההתייחסות של הגורמים המקצועיים לחשש ממניפולציה והתחזות.

טרם לכך, תצוינה ארבע היערות מקדמיות. האחת, כמובן אינני רופא או בן של רופא; פסיכיאטר או בן של פסיכיאטר. הזהירות מתבקשת, וזאת בכיוונים שונים. ואולם, המשפט מאפשר לשופט לצבור ניסיון, הן בפן המקצועי והן בפן המעשי. המדובר לא רק בתחום הפלילי, אלא גם בתחום הנזיקי, אשר מצריך אף הוא הערכה שיפוטית של קיום נזקים גופניים ונפשיים. השנייה, לא כל מחלות הגוף עומדות באותה השורה – לא מבחינת חומרתן, לא מבחינת סיכויי ההחלמה ואף לא מבחינת היכולת לאבחון. כך, למשל, קל יותר לרופא לאבחן מחלות בעין מאשר מכאובי גב כרוניים. היינו, הקושי בנמצא לא רק במחלות נפש אלא גם במחלות גוף. ועדיין – המומחה הרפואי בעל יכולת להתמודד ולבחון תופעות שונות. השלישית, הפרספציה של הציבור בכגון דא בעלת משקל, אבל לא הממד הסובייקטיבי קובע, וודאי לא לבדו, ויש לבחון את הדברים גם בממד האובייקטיבי. זאת, תוך נכונות להכיר בהתפתחויות שונות ביכולת האבחנה של המומחה, כמו בכל עניין של רפואה. הרביעית – וזה עיקר – עסקינן לא במחלת נפש – כדי לבדוק אחריות בפלילים, ששם מוסכם כי הרף הראייתי הינו הקמת ספק סביר – ולא עולה כי קיימים קשיים מעשיים מיוחדים. אצלנו מדובר, באופן פרטני יותר, ביכולת קוגניטיבית-בסיסית לעמוד למשפט – ששם נראה כי התופעה של התחזות אפילו פחות מוכרת – וכך עולה מהפסיקה.

26. כדי להחליט האם נאשם מסוגל לעמוד לדין, בית המשפט מסתייע בעריכת בדיקה מקצועית. תחת המסלול של חוק טיפול בחולי נפש, הנאשם יובא לבדיקה אצל הפסיכיאטר המחוזי או על ידי גורם אחר הממונה על ידי בית המשפט, שניתן לבצעה במידת הצורך אף בתנאי אשפוז, קרי, הסתכלות פסיכיאטרית ממושכת (סעיף 15(ג) לחוק טיפול בחולי נפש). תחת המסלול של חוק הסעד, הנאשם יובא בפני ועדת האבחון (סעיף 19 לחוק הסעד). נוסף לכך, זכאי נאשם להיבדק על-ידי כל רופא מטעמו ולהגיש את חוות הדעת כתמיכה בטענתו. כל חוות דעת שתוגש, בין אם מטעם בית המשפט ובין אם מטעם בעל הדין, תהווה ראיה. בהתאם, עורך חוות הדעת יהיה נתון לחקירה ראשית, מבהירה או משלימה, וכן לחקירה נגדית מטעם הצד שכנגד. יוער כי לא אחת מבקשת ההגנה כי הנאשם ייבדק על ידי פסיכיאטר "ממלכתי" נוסף; ולעיתים מבקשת התביעה שהבדיקה תיערך על ידי צוות מומחים, או כי ימונה פאנל מיוחד לבחינת סוגיה מסוימת (על סדר הדין בפלילים חלק שני ב, בעמ' 1983-1984). למעשה, הכרעת בית המשפט לא תתבסס בהכרח על חוות דעת יחידה, ונדמה כי במקרים רבים, אם לא במרביתם, ניתנות מספר חוות דעת על ידי יותר ממומחה אחד.

חוות הדעת שהוגשו כראיה תשמנה את בית המשפט בבואו להכריע בסוגיית הכשירות הדיונית, אך הפסיקה הבהירה זה מכבר כי המסקנה בדבר כשירותו של נאשם – לעולם תיותר מסקנה משפטית (עיינו בעניין אבנרי, פס' 6; עניין גולה, פס' 11). לאמור, קביעת הכשירות הדיונית אמנם תיסמך על נתונים עובדתיים ומסקנות רפואיות, אך היא עודנה שאלה של משפט, שתיענה על סמך מכלול הראיות והתשתית העובדתית המתגבשת על פיהן. כך, עצם העובדה שהמומחים מעידים על קיום מחלה או ליקוי, אין בה כדי להצדיק קביעה שכזו על ידי בית המשפט (שם).

27. סקירת הפסיקה מלמדת כי קביעת הכשירות הדיונית היא מלאכה עדינה ומורכבת, המערבת בין עיבוד של חוות הדעת המקצועיות לבין התרשמות ישירה של בית המשפט מהנאשם ומהתשתית הראייתית הכוללת. מבלי שיש בכך להוות רשימה ממצה, אבקש לעמוד על חלק מהאבחנות המקצועיות שהובאו בפסיקה ביחס לנאשמים שנבחנו כשירותם הדיונית. התמונה המצטיירת מהופעתן החוזרת של אבחנות אלו בפסיקה – והדבר יאמר בזהירות המתבקשת – הינה כי כלל המעורבים בדבר ערים לחשש מהתחזות ומניפולציה, ומפעילים כלים נרחבים לאיתור מקרים מעין אלו. רבים המקרים בהם "התריעו" המומחים על קיומו של חשש ממשי להתחזות, בין אם באופן אקטיבי ובאין אם לבקשת בית המשפט; ובתי המשפט שוקלים אפשרות זו בכובד ראש.

בין היתר, הפסיקה עמדה על המצבים הבאים כאינדיקציות לקיומה של התחזות: הצגת מצג נפשי מופרז ודרמטי, ולחילופין, חוסר שיתוף פעולה מכוון עם הבדיקה (ע"פ 5570/01 מיכאלי נ' מדינת ישראל, פס' כ"ז-כ"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (5.2.2007) (להלן: עניין מיכאלי)); הצגת חוסר ידע מוגזמת ומתן תשובות באופן סלקטיבי (ת"פ (מחוזי ב"ש) 36603-02-17 מדינת ישראל נ' אבו כף, עמ' 4 (1.10.2020)); מעבר מהתנהגות מנותקת או ביזארית להתנהגות קוהרנטית וטבעית (עניין מ.נ., פס' 71); שינוי גרסאות תכופ (שם); הבדלים משמעותיים בין התנהגות הנאשם בזמן בו הוא נצפה על ידי אחרים, לבין התנהגותו בזמן בו אין הוא מודע לכך שנצפה (עניין מיכאלי, פס' ל"ג). לדוגמה, נאשם הנמנע מיצירת קשר עין עם עורך הבדיקה, אך מקיימו עם אנשים אחרים (עניין מ.נ., פס' 51); פער בין מידת שיתוף הפעולה של הנאשם עם קרוביו לבין זו עם הצוות הרפואי (עניין לייפר, פס' 53 לפסק דינו של השופט עמית); הצגת תמונה של חוסר תפקוד מלא, העומדת בסתירה לתיעוד של הנאשם מבצע פעולות יומיומיות ומקיים אורח חיים נורמטיבי (ע"פ 7492/07 חג'ג' נ' מדינת ישראל, פס' 10 (ג) לפסק דינו של השופט עמית (28.10.2009) (להלן: עניין חג'ג'); ועניין לייפר, פס' 53, שם); התעצמות או התפרצות של התסמינים במועדים הקשורים להליך המשפטי (עניין לייפר,

פס' 41, שם); היעדר תגובה לטיפול תרופתי, או לחילופין, שיפור מהיר מדי ביחס לפרק הזמן שבו הנאשם מטופל; מאמץ מכוון לבצע את הבדיקה בצורה הפוכה מהטבעית לנאשם (עניין חג'ג', פסק 10(ב)); ועוד ועוד. אלו הן רק חלק מן האבחנות שצוינו בפסיקה, וזהו מלכתחילה פירוט מצומצם יותר מאשר זה המופיע בחוות הדעת מהן מתרשם בית המשפט.

עולה כי המומחים אינם רק ערים לאפשרות של התחזות (שלעיתים מכונה בעגה המקצועית Malingering), אלא שהם נוטים לחוות דעתם ביחס להיתכנותה באופן אקטיבי ומבלי שנתבקשו לכך על ידי בית המשפט. ניכרת אף הבחנה בין מצב של התחזות מובהקת, קרי, נאשם בריא המציג את עצמו כחולה; לבין מצג של "הגזמה" (מכונה גם: "אגרביה" או האדרת סימפטומים), במסגרתו הנאשם סובל מפגיעה נפשית או קוגניטיבית מסוימת, אך מנסה להגזים במידתה והיקפה (ראו: עניין חג'ג', פס' 21; עניין לייטנר 2012, פס' 39; תפ"ח (מחוזי תל אביב-יפו) 1064/04 מדינת ישראל נ' אליהו, פס' 15 (18.1.2005)). ויודגש: עצם כך שהנאשם סובל מבעיות נפשיות או קוגניטיביות קיימות אינו מחייב קביעה זו או אחרת. כך, ישנם מקרים בהם חרף קיומם של מחלה או ליקוי נקבע כי הנאשם מנסה להפיק "רווח משני", ואין במצבו כדי להביא לכך שאיננו מסוגל לעמוד לדין (ראו, למשל: עניין חג'ג', פס' 33; עניין לייפר, פס' 53, שם).

עוד נוסיף כי המבחנים לאיתור מניפולציה והתחזות נמצאים בפיתוח מתמיד, הן בערוץ הפלילי (פסיכיאטריה פורנזית) והן בערוץ האזרחי-נזיקי (להרחבה, ראו: *L. Paul, Chesterman, S. Terbeck & F. Vaughan, Malingered psychosis, 19(3) J. FORENSIC PSYCHIATRY PSYCHOL 275 (2008)*). בפרט, בסופה של המאה ה-20 נרשמה התפתחות מאסיבית של כלי הערכה קליניים להתחזות והטעיה. בנוסף לכך, כיום ישנה מודעות לא רק לזיוף תסמינים נפשיים אלא גם לליקויים קוגניטיביים (שם). כאמור, עלינו להיות נכונים להכיר בשיפור יכולת האבחנה של המומחה.

28. להשלמת התמונה, תתווספה מילים אחדות אשר לשלב "שאחרי" קביעת היעדר הכשירות תחת המסלול של חוק טיפול בחולי נפש. כאמור, סעיף 15(א) לחוק זה קובע כי נאשם שנמצא בלתי כשיר – בית המשפט רשאי לצוות על אשפוזו בבית חולים או על קבלת טיפול מרפאתי. מסקירת הפסיקה הקיימת עולה כי מרבית הנאשמים שנמצאים בלתי כשירים מצווים להצטרף למסגרת טיפולית כלשהי, בין אם באשפוז ובין אם במסגרת פתוחה. במצב זה, ועדה פסיכיאטרית הפועלת מתוקף חוק טיפול בחולי נפש מחויבת לדון בעניין הנאשם לפחות אחת לשישה חודשים, דיון שבמסגרתו רשאית היא

לשחרר את הנאשם מהמסגרת הטיפולית אם מצאה כי אין עוד הצדקה להחזקתו בה (סעיף 28, שם). עם שחרור הנאשם, רשאי היועץ המשפטי לממשלה להורות כי יועמד לדין מחדש על העבירה שבה הואשם (סעיף 21, שם). במקרה של צו טיפול מרפאתי אף אין צורך בשחרור מן המסגרת הטיפולית, והיועץ רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר בכל עת (סעיף 21א, שם). למען שלמות התמונה יוזכר כי במובן זה שונה התוצאה של היעדר כשירות דיונית מהתוצאה של אי שפיות הדעת. במישור האופרטיבי, סביר כי בשני המצבים יושמו הנאשמים במסגרת טיפולית כלשהי. אולם, במישור המשפטי, התוצאה שונה היא. כאמור לעיל, קביעה כי נאשם סבל מאי שפיות הדעת בעת המעשה תביא לזיכוי מחמת היעדר אשמה (עניין וחנון); בעוד שקביעה כי נאשם איננו כשיר לעמוד לדין בעת ניהול המשפט תביא להפסקת הליכים בלבד (עניין אשקר). "הפסקה" זו עשויה להיות זמנית, מהסיבה כי שיפור במצב הנאשם מאפשר חידוש ההליכים. זאת, להבדיל מזיכוי, אשר מהווה מצב קבוע ובלתי הפיך. ובחזרה לעניין. העולה מכל האמור הוא כי נאשם שנמצא בלתי כשיר נמצא תחת בחינה מתמדת של גורמים מקצועיים, אשר מטרתה – בין היתר – להוות מנגנון פיקוח על מצבו הנפשי, וכן על קיומה האפשרי של מניפולציה או התחזות. במילים אחרות ובלשון פשוטה, אין מדובר ב"כרטיס יציאה" מן המשפט. על כן, אפילו קביעת רף הוכחה של ספק סביר איננה מבססת חשש מספיק רציני שמא נאשם יצליח לחמוק ממיצוי הדין לאורך זמן.

29. טענה נוספת במישור המעשי היא כי קביעת רף הוכחה "מקל" תביא לריבוי הכרעות של היעדר כשירות לעמוד לדין. היינו, כי רף ההוכחה של הקמת ספק סביר ישנה באופן משמעותי את שיעור המקרים בהם טענת היעדר כשירות תתקבל. אלא שהנחת מוצא זו נעדרת אחיזה בפסיקת הערכאות המבררות. כאמור לעיל, עולה כי תיק זה הוא התיק הראשון שבו נדון בבית המשפט העליון מקרה שבו כשירות הנאשם תוכרע בהתאם לרף ההוכחה שיופעל: אם נחיל רף של הקמת ספק סביר – ההליכים יופסקו; ואם נחיל רף של מאזן הסתברויות – ההליכים ימשכו. אין בפסיקה מקרים נוספים בהם נקבע כי הנאשם הצליח להוכיח היעדר כשירותו לפי הרף המקל אך לא לפי הרף המחמיר, ועל כן שאלת רף ההוכחה היא שתכריע בסוגיה. כך, יוצא שהידרשות הפסיקה לסוגיה הייתה במובן התיאורטי. יתרה מכך, במרבית המקרים בהם נקבע כי אין צורך בהכרעה כאמור, הסיבה לכך הייתה כי הנאשם לא הצליח להקים אפילו ספק סביר ביחס לכשירותו. מכך אנו למדים שניים: האחד, כי הקמת ספק סביר בשאלת הכשירות אינה עניין של מה בכך. השני, כי אין בסיס למסקנה שקביעת הרף המקל תגדיל משמעותית את שיעור הקבלה של טענת אי כשירות דיונית. ומכאן, הנפקות של הקביעה היא גם ערכית.

וזאת ראוי להבהיר. הספק הסביר איננו נוצר מעצם טענת הנאשם, למשל, כי לא היה במקום הפריצה, או כי שהעידו לטובתו עדי הגנה. ובדומה לענייננו, לא מתעורר ספק סביר רק מפני שנאשם טוען כי אינו מסוגל לעמוד לדין, או משום שהוגשה חוות דעת תומכת מטעמו. כמובן, יש לשקול ראיות אלו ברצינות הראויה. עם זאת, תפקידו של המכריע בעובדות – הוא בית המשפט בשיטתנו – להיכנס לעובי הקורה של המחלוקת העובדתית, יהא זה בחושים שנקלטו על ידי הדיוטות או תוך הסתמכות על חוות דעת מומחים, ולהכריע במחלוקת תוך הנמקה ראויה. כך במשפט הפלילי שעניינו מה קרה בעת המעשה, וכך במשפט הפלילי שעניינו מה קורה כעת בתוך נפשו של הנאשם.

ומשיקולים מעשיים – לעקרונות השיטה.

4. כבוד האדם וחירותו והזכות להליך הוגן

30. נכתב בפתח הדברים כי השאלה במוקד ענייננו מערבת בין פרוצדורה למהות. מערבת ומערבבת. על כן, חלק ניכר מפרק זה הוקדש לדיון בהפרדה הדיכוטומית שנוצרה בין הפן המהותי לדיוני במשפט הפלילי, והמשקל שראוי להעניק לסיווג שכזה בבואנו להכריע באשמתו של אדם. המשפטן מורגל לחשוב בקבוצות ובמונחים מסודרים. פרוצדורה ומהות. קיים יתרון בעשיית סדר מחשבתי, ובמקרים רבים יש וחלוקות אלו מסייעות לבית המשפט לנהל את הדיון ולהכריע בו. ברם, המציאות, לרבות המציאות המשפטית, טופחת על פני סיווגים מסודרים. יש והחומה דקה, גם אם היא לא נופלת. בשלב זה אבקש להלך כמה צעדים נוספים בשביל המרתק בו נפגשים הדין הפלילי וסדר הדין הפלילי. לצורך כך אניח לשאלת הרף הראייתי ואתמקד בבסיס העקרוני לדרישת הכשירות לעמוד לדין, הוא הזכות לכבוד האדם וחירותו. דיון שכזה מחייב, תחילה, לעמוד על הקשר המיוחד שקיים בין המשפט הפלילי למשפט החוקתי. נושא זה עמד במוקד חוות דעתי בעניין גזבאן (ע"פ 7915/15 גזבאן נ' מדינת ישראל, עמ' 11-20 לחוות דעתי (9.7.2017)). באותו עניין התייחסתי, בין היתר, לקשר בין כבוד האדם והזכות להליך הוגן, ולנקודת המפגש שבין המשפט החוקתי לפלילי. לכך אדרש כעת, תוך התייחסות לחלקים רלוונטיים מתוך חוות דעת זו.

המשפט החוקתי נשען על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה יצוין כי עיון במאגרי המידע מעלה כי עד לשנות התשעים, המונח "כבוד האדם" הוזכר בפסיקת בית המשפט העליון כעשרים או שלושים פעמים בלבד. עובדה מאירת עיניים היא כי עיקר השימוש במונח זה היה בהקשר של זכויות נאשמים וחשודים, לרבות אופן השפעת הפגיעה בכבוד על תוצאות ההליך הפלילי (ראו, למשל: ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ

המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 232, 225 (1966); ע"פ 347/75 הירש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 197, 200 (1976); ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, 381 (1979); ע"פ 183/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533, 542 (1980); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר (10.04.1980); ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85, 93 (1982); בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 468 (1982); בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 432 (1983). הקשר בין המשפט הפלילי לבין המשפט החוקתי – כבוד האדם וחירותו – טבעי הוא. כך בשיטת המשפט הישראלית, וכך בשיטות משפט דומות לנו. כדברי הנשיא ברק:

"...בכל שיטת משפט שבה הוענק לזכויות האדם מעמד חוקתי, הדבר השפיע, בראש ובראשונה, על הדוקטרינות המרכזיות (כגון עקרון החוקיות, עקרון האשמה, דרכי הענישה) של המשפט הפלילי המהותי. אך עיקר ההשפעה – כך מלמד המשפט המשווה – יש לזכויות אדם חוקתיות על ההליך הפלילי" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995)).

כידוע, ביקורת חוקתית לובשת בגדים שונים. המוכר ביותר הינו הליך הביקורת על חקיקה. כך, רשאי בית המשפט להורות על ביטול חוק או חלק ממנו, במידה ונקבע כי הוא איננו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואולם, הניסיון מלמד כי ביקורת שכיחה יותר של מרכיבים חוקתיים ביחס למשפט הפלילי לובשת בגד שונה. אבאר. במשפט הפלילי מתקיים הליך פרטני בין המדינה לבין נאשם. בסופו של ההליך, על בית משפט לפסוק האם יש להרשיע או לזכות את הנאשם מעבירה זו או אחרת. בהתאם, ההיבט החוקתי משתקף בהכרעה במקרה הקונקרטי, תוך מיקוד בסעיפים שונים בחוקי המשפט הפלילי. כך, למשל, אנו עשויים להידרש לשאלת המשקל של אי הקפדה על דרישה דיונית, בין אם על ידי הגוף החוקר ובין אם על ידי הערכאה המבררת (כאשר ההליך הגיע לשלב הערעורי). מנעד אפשרויות הפגיעה רחב. יתכנו פגמים היורדים לשורש ההליך, כגון פסילת ראיה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב); או קיומו של פסול בכתב האישום המקים הגנה מן הצדק (סעיף 149(3) לחסד"פ. בין הפגמים בהם דנה הפסיקה: אי ציון העבירה (ע"פ 791/79 בינדר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 117 (1980)); אי ציון העובדות (ע"פ 172/82 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 22 (1982)). דוגמאות נוספות למנעד הפגיעות הן מתן הכרעת הדין מבלי שהוגשו סיכומים מטעם ההגנה (ע"פ 1262/08 ענתאוי נ' מדינת ישראל (4.8.2014)); והיעדר הנמקה מלאה בהכרעת הדין (ע"פ 8631/13 פלוני נ' מדינת ישראל

(4.2.2015)). היתרון בכגד זה, אותו ניתן לכנות כביקורת חוקתית דינמית (קונקרטי וספציפית), הוא רגישות רבה יותר לנסיבות המקרה, מצב שמקנה יצירתיות לטוענים ושיקול דעת לגורם המחליט. החיסרון הוא שבשל יער העובדות – הרובד העקרוני, לרבות החוקתי, שבתוך המקרה הקונקרטי – עלול שלא לקבל את המשקל הראוי. חיסרון, משמע שאין מצב זה אידיאלי.

ביקורת חוקתית דינמית מאפיינת במידת מה את המשפט הישראלי. אין תמה בכך, שהרי חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו כולל בחובו רק שנים עשר סעיפים. כך, בכלל, וכך ביתר שאת במשפט הפלילי. שם, החיסרון בשיטה עלול להיות מורגש יותר. במגרש הפלילי, בית המשפט בוחן או מעצב את ההליך על פי סעיפים או תקנות, למשל בחסד"פ, בתקנות סדר הדין הפלילי או בפקודת הראיות. מסקנתו, תהא אשר תהא, לא ניזונה באופן ישיר מלשון סעיפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינם מכילים הוראות קונקרטיות אשר למתכונת ניהול ההליך. בכך שונה המצב משיטות משפטיות אחרות. למשל, התיקון החמישי לחוקה האמריקאית מגן על זכות השתיקה ומונע הפללה עצמית; והתיקון השישי לה מעגן בפרט את זכות הנאשם להתעמת עם העדים נגדו. האזכור המפורש בחוקה האמריקאית משים את הביקורת בסעיף הרלוונטי בחוקה, אשר מהווה הבסיס לפיתוח הדין בפסיקה. כך, למשל, הזכות להימנע מהפללה עצמית, המנויה בתיקון החמישי, הייתה הבסיס להלכת Miranda – שניתנה כ-300 שנה לאחר כינון החוקה – בגדרה הוגדרה החובה על המשטרה להזהיר את החשוד על זכות זו (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)). מלאכה שיפוטית זו של יצירת חובת האזהרה נבעה מדיון בהוראה מפורשת בחוקה. בכך שונה השיטה האמריקאית מהשיטה הישראלית, בה הדיון ייסוב סביב החקיקה הפלילית והפסיקה, בהיעדר הוראות מפורשות ומפורטות בחוקי היסוד. ולא רק בארצות הברית. כך, למשל, גם בשיטה הקנדית, שם מונה הצ'רטר הקנדי על דבר זכויות וחירויות שורת זכויות משפטיות הנוגעות להליך הוגן. כך, למשל, הזכות לקיום המשפט תוך זמן סביר והזכות להסתייע במתורגמן אם הנאשם או העד אינו בקיא בשפה (ראו: Canadian Charter of Rights and Freedoms, סעיפים 11(b) ו-14); ובשיטה הדרום-אפריקאית, שם מגילת הזכויות שבחוקת המדינה מפרשת את כלל זכויותיו של הנאשם והעצור, לרבות התייחסות מפורשת לזכותו להיות נוכח במשפטו (Constitution of the Republic of South Africa, Chapter 2: Bill of Rights, סעיף 35). אמנם, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מונה הוראות כלליות אשר למשפט הפלילי (כדוגמת סעיף 5, לפיו "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת"), אך קיומה של פסקת ההגבלה הופך הוראות מעין אלו לבעלות אופי עקרוני, שכן הכוונה הממצה של סעיף זה איננה איסור על מאסר או מעצר, אלא איסור על פעולה

שכזו שלא על פי דין. על כן, סעיפים אלה אינם משרטטים הוראות ממשיות אשר לאופן ניהול ההליך. הדיון עובר אפוא לדין הכתוב עלי-ספר, בחקיקה פלילית רגילה או בפסיקה.

שלוש הערות משלימות. האחת, בצד החיסרון, יש גם יתרון מסוים בביקורת חוקתית דינמית. טלו, לדוגמה, את הלכת יששכרוב. האופן שבו נוהגת שיטה משפטית בראיה – מתי היא פסולה ולא קבילה – עלול להימצא באחד משני קצוות. דהיינו, פסילת יתר או פסילת חסר, אשר כל אחת מהן עלולה להחטיא את המטרה, שהיא האיזון בין זכויות הנאשם לאינטרס הציבורי. אמנם, הניסיון של הגישה האחרת, שמפרטת יותר כללים של משפט הפלילי בחוקה, מאפשר לה לדעת איך לתקן את עצמה. ברם, התהליך עשוי להיות איטי. נחזור ונאמר, לצד החיסרון יש יתרון. ההערה המשלימה השנייה היא שיש משמעות רבה לכך שהמשפט הפלילי ייבחן בעדשה חוקתית. ביסוד חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו הועלו לקומה העליונה שני עקרונות שחייבים להקפיד ביחס אליהם – כבוד האדם וחירותו. נדמה כי בפסיקה הושם יותר דגש בפסיקה על כבודו של האדם מאשר על חירותו. אך בכל הקשור למשפט הפלילי, חשוב כי הן החירות והן הכבוד ינחו את פסיקת בית המשפט, ולעיתים בסדר זה. מכאן להערה השלישית. הצמצום בסוגיות קונקרטיות בחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו – בניגוד לשיטות חוקתיות אחרות – מחייב את בית המשפט "לקחת את האחריות" ולהשלים את החסר. יש להיזהר מפסיביות יתר. רוצה לומר, שאמנם לטעמי רצוי שחוק-היסוד היה מתייחס בצורה פרטנית יותר לזכויות נאשם, או היה עוקף זאת על ידי חקיקת חוק רגיל ספציפי – והדוגמה של חוק נפגעי העבירה יפה בעיני. ברם, כל עוד השיטה החוקתית היא כפי שהיא, תפקידי ההשלמה והפרשנות מועברים לפתחו את בית המשפט, וכנגזרת מכך לסניגורים ולתובעים בתיק הקונקרטי.

אך זאת יש לזכור: ברקע החקיקה הפלילית מצוי התיקוף החוקתי, הנובע מעקרונות השיטה ומחוקי היסוד. התוצאה היא שהזכויות הדיוניות עלו בדרגה, והן מקבלות גיבוי וחיזוק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על שדרוג זה לתת אותותיו בניתוח הזכויות הדיוניות בהליך הפלילי. על דרך ההשאלה, יש לשמוע את המילים של החוק הפרטני, יחד עם המנגינה של העקרונות החוקתיים. בית המשפט המאזין למנגינה, יסתייע בה לפירוש ולניתוח הדין הפלילי, תוך עיצוב והעשרת זכות הנאשם להליך הוגן. אלה מאפייניה של השיטה הישראלית. ככל שיטה יש בה יתרונות וחסרונות, אבל על המשפטן – הפרקליט, הסניגור והשופט – להתאים את מלאכתו אליה. העיקר הוא, כי בבוא בית משפט להתמודד עם הדין הפלילי, הבדיקה בדבר קיומה של פגיעה חוקתית

איננה מחוץ לדיון. לאמור, אל לו להתעלם מההיבטים החוקתיים של זכויות הנאשם. זו היא חלק ממלאכתו.

31. כלי ליישום העקרונות החוקתיים במשפט הפלילי, הוא, באופן טבעי, זכותו של נאשם למשפט הוגן. ככלל, ובהתאם לאופי השיטה הישראלית שתואר לעיל, אין בנמצא הוראה כללית הקובעת את זכותו של אדם להליך הוגן (אהרון ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 865 (2014) (להלן: הזכות החוקתית ובנותיה)). אמנם, ישנן הוראות ספציפיות המסדירות היבטים שונים של הזכות (ראו, למשל, סעיפים 134, 145 ו-196 לחסד"פ), והפסיקה עצמה הכירה ופיתחה את הזכות באופן עצמאי, אך העיגון החזק ביותר לזכות להליך הוגן מצוי בחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו. כפי שקבע השופט י' טירקל: "חוק היסוד ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכך מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנו" (ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767 (1999)). ועוד ראו דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: "ההליך ההוגן הוא יסוד מוסד במדינת חוק, והוא מצוי לטעמי במעמד חוקתי נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי אדם שזכויותיו להליך הוגן נפגעו – נפגע כבודו כאדם" (ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742, 780 (2009)). הנשיא ברק אף התייחס לזכות זו כ"זכות-בת", בין היתר משום שהיא איננה מופיעה מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (הזכות החוקתית ובנותיה, בעמ' 868).

דווקא מפני שהקשר בין הזכות של נאשם למשפט הוגן לבין כבוד האדם וחירותו כל כך טבעי ומוסכם, לעיתים לא ניתנת הדעת להיגיון ולצידוק החיבור שביניהם. וכאן נדגיש את החפיפה בין עקרונות של מהות וסדר דין. לדוגמה, עיקרון הספק הסביר. כפי שצוין לעיל, זהו כלל ראייתי ומהותי בעל השלכות חוקתיות. מה הטעם בדבר? הפער בין המדינה לבין הנאשם הבודד, הרצון שלא להכתיים, להרשיע, להעניש או לאסור אדם, שייכתן שהוא חף מפשע. בדומה, וכאן החפיפה, ככל שמדובר בזכות דיונית יסודית – שלילתה עלולה לפגוע בנאשם וליישם אותו חשש נגדו. הדבר נכון מאוד כאשר ישנה אפשרות שנאשם אינו משתתף בדיון, ולו ברמה הבסיסית, לנוכח מצבו הנפשי או השכלי. כללים רבים ומגוונים הם מנת חלקו של המשפט הפלילי, שמטרתם אחת – למנוע את הרשעת החף. יעד השזור בכך הוא שלא להרשיע את מי שאיננו אחראי למעשיו, וגם את מי שלא זכה למשפט הוגן מחמת היעדר כשירות דיונית. ניתן לומר כי יחס שונה בדבר הרף הראייתי מתבקש בסוגיה כזו.

ומכאן נרחיב ונצמצם את היריעה. לכל נאשם הזכות לקיום הליך הוגן בעניינו. זכות זו היא נגזרת של זכויות יסוד. אך האם כל פגיעה בזכות דיונית עולה לכדי פגיעה בכבוד האדם וחירותו? הבדיקה שיש לערוך – כפולה היא. ראשית יש לבדוק מה היא הזכות הדיונית שנפגעה, ושנית באיזה מידה הזכות נפגעה. המבחנים משולבים, אך הסדר בו הוצגו אינו מקרי. לאמור, המבחן הראשון בחשיבותו הוא מה היא הזכות הדיונית שנפגעה. ככלל, לא כל הפגיעות בזכות להליך פלילי הוגן עומדות באותו מקום בשורה. באופן עקרוני, ככל שהפגיעה בזכות להליך הוגן עומדת יותר בקדמת השורה – היא נוגעת יותר לכבוד האדם וחירותו (או שמא חירות האדם וכבודו), ובהתאם לכך יוענק לה משקל רב יותר. בעניינו, הזכות שנפגעה היא נוכחות במשפט. זכות ההשתתפות זוהי זכות יסודית. אשר למבחן השני – הפגיעה רבה ביותר. הנאשם שאיננו כשיר לעמוד לדין אינו משתתף בכלל בדיון. עולה כי הוראת הכשירות הדיונית שבסעיף 170 לחסד"פ ממוקמת בקדמת השורה. לכן, חשוב מבחינה עקרונית, וגם אם ההבדל המעשי אינו רב – כפי שעולה מסקירת הפסיקה – לקבוע כי אם יש ספק ביחס לכשירותו עליו ליהנות מכך.

5. משפט עברי

32. העמדות המשפטיות במשפט העברי בסוגיות הנידונות עשויות להיות מאירות עיניים. חשיבות העניין נובעת גם מכך שמדינת ישראל מוגדרת בחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו כמדינה יהודית ודמוקרטית. על מנת לשמור על רצף סדור, נתייחס לארבעה נושאים: מעמד הספק במשפט העברי הפלילי; הזכות למשפט הוגן כנובעת מהמעמד של הספק; הגדרת המוגבל השכלית, אחריותו ומעמדו המשפטי; ואחרון, קיומו של משפט בכלל, ומשפט פלילי בפרט, שלא בנוכחות הנאשם.

א. מעמד הספק במשפט העברי הפלילי. תפקיד בית הדין – לזכות את הנאשם.

כלל גדול קבוע במשפט הפלילי העברי, לפיו "עיקר תפקידו של בית הדין היה – לא לחייב את הנאשם אלא לזכות אותו" (פירוש הרש"ר הירש לתורה, ויקרא כד, יד; הרב שמשון רפאל הירש היה מגדולי רבני גרמניה במאה ה-19). כך גם עמדת המהר"ל מפראג (הרב יהודה ליווא בן בצלאל, 1520-1609), אשר כתב כי תפקיד בית הדין הוא לזכות ולא לחייב (באר הגולה, הבאר השני ג, ד"ה פרק קמא). כלל זה אינו לעניין נטל ההוכחה בלבד. מדובר בעמדה ערכית לגבי תפקידו של בית הדין. עמדה זו באה לידי ביטוי במספר ציוני דרך במהלך המשפט. נתרכז בשלב של הכרעת הדין על ידי בית הדין.

הרמב"ם, הנשר הגדול, פרש בהלכות סנהדרין שביד החזקה את כנפיו על הסוגיה. תחילה הדגיש את ההבדלים בין ההליך האזרחי לבין המשפט הפלילי. וכך כתב:

"מה בין דיני ממונות לדיני נפשות? [...] דיני ממונות פותחין בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות פותחין לזכות, כמו שביארנו, ואין פותחין לחובה; דיני ממונות מטיין על פי אחד בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות מטיין על פי אחד לזכות ועל פי שנים לחובה; דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה, כמו שביארנו; דיני ממונות הכל ראויין ללמד זכות או חובה, בין הדיינים בין התלמידים, ודיני נפשות הכל מלמדין זכות, ואפילו התלמידים, ואין מלמד חובה אלא הדיינים; דיני ממונות הדיין המלמד חובה חוזר ומלמד זכות והמלמד זכות חוזר ומלמד חובה, דיני נפשות המלמד חובה חוזר ומלמד זכות, אבל המלמד זכות אינו יכול לחזור וללמד חובה, אלא בשעת גמר דין יש לו לחזור ולהמנות עם המחייבין, כמו שביארנו; דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה, דיני נפשות דנין ביום וגומרין ביום; דיני ממונות גומרין בו ביום בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה" (משנה תורה, סנהדרין, פרק יא, הלכה א).

תשומת הלב להופעת המילה "זכות" שוב ושוב בהקשר של הדין הפלילי. לו היינו נדרשים לסכם במשפט תמציתי אחד את ייחודם של דיני הנפשות, ניתן היה לומר כי בדיני נפשות יש לנסות ולזכות, ואידך זיל גמור. זוהי ליבת המשפט הפלילי העברי – החובה ללמד זכות.

המשפט העברי לא רק מחזק את מעמד הספק הסביר בדין הפלילי. הוא הופך אותו לדגל. מעבר לנימוקים שהובאו, מעניינת גישת רש"י לפיה מאחר שהנאשם עומד לפני עונש חמור, על הדיינים מוטלת החובה להצילו – "והצילו העדה". תפקידו של בית הדין להציל את הנאשם מהעונש החמור שדווקא בכוחו להטיל (פירוש רש"י על התלמוד הבבלי, מכות ו, א). התכלית של מניעת הרשעת החף מפשע הופכת לחובה פוזיטיבית המוטלת על בית הדין. יפה הגדיר את הדברים המלומד אהרון קירשנבאום – דינים אלה הם בגדר "סנגוריה פלילית במשפט העברי". ויושם אל לב כי הסגור כאן אינו עורך דין שמייצג את הנאשם בהליך. בית הדין עצמו ממלא את התפקיד.

ניתן לומר כי המשפט העברי מוביל את כלל הספק הסביר לרמה הגבוהה ביותר – מהמעשי אל הנשגב. וגם מבלי לאמץ את עקרונות המשפט העברי הראשונים, שאף הם

עברו תהפוכות במרוצת הדורות, אל לנו להסתכל על דברים אלה כאילו אנו מצויים במוזיאון של ההיסטוריה המשפטית. במדינה יהודית דמוקרטית יש לעניין חשיבות, לרבות הכרה בממד החוקתי של המשפט הפלילי. הדין העברי דורש מבית המשפט לשקול היטב כל אפשרות של היעדר אשמה. בכך צועד המשפט העברי עם שיטות משפט מודרניות, אם כי המשפט העברי ממשיך לצעוד במקום שבו שיטות אחרות עצרו. יעד חשוב במשפט הוא עקירת הרשע, אך בד בבד מודגש כי מלאכה זו לא תביא לפגיעה בחף מפשע.

ב. הזכות להליך הוגן וסדר הדין הפלילי.

החובה לתור אחר הספק מהווה הסבר לדברי הרמב"ם בדבר ההוראות הדיוניות במשפט העברי הפלילי שהוזכרו לעיל. למשל, הצורך ברוב המיוחס של שני דיינים לפחות לשם הרשעה, לעומת הרוב הרגיל של דין אחד הנדרש בדין האזרחי כדי להכריע לכאן או לכאן. כך מוסבר גם הדין לפיו אין להכריע את דינו של הנאשם בתוך יום, אלא חובה "ללון" על הכרעת הדין לפחות לילה אחד, בניסיון למצוא אפשרות לזיכוי. דוגמה נוספת שמזכיר הרמב"ם היא חוסר האפשרות של דין שזיכה לחזור בו מעמדה זו במהלך הדיון. וראו ההלכה הבאה שעומדת זקופה אל מול שיטת המשפט בימינו:

"סנהדרין שפתחו כולם בדיני נפשות תחלה ואמרו כולן חייב – הרי זה פטור עד שיהיו שם מקצת מזכין שיהפכו בזכותו וירבו המחייבין [...] " (הרמב"ם, משנה תורה, סנהדרין, פרק ט, הלכה א – על סמך תלמוד בבלי, סנהדרין יז, א)

שיח חד כיווני לפיו ברור כי הנאשם אשם מערער את ההליך כולו. ניתן להרשיע, אך זאת בכפוף לשקילה אמיתית של האפשרות האחרת. מגמת כלל זה להביא את הדין לידי בחינה מקסימלית של הראיות, בתקווה למצוא ראיות מזכות. אמנם, הדברים הוצגו כפי שנכתבו בספרו הגדול של הרמב"ם, היד החזקה, לנוכח הגאונות בשיטת הקודיפיקציה והפשטות בהצגת הדין. ברם, הרמב"ם הולך בעיקרו של דבר בתלם של המשנה והתלמוד (ראו למשל: משנה, סנהדרין ד, א; תלמוד בבלי, סנהדרין, לד, ב ו-לה, א; תלמוד ירושלמי, סנהדרין ד, ז).

עולה כי במשפט העברי סדרי הדין נועדו לשרת את התכלית של הענקת מירב המשקל לספק. זאת, כדי למנוע הרשעת החף. לא רק שאין חומה בין הדיוני והמהותי במשפט הפלילי העברי, אלא שהראשון פועל בצורה מובהקת כדי להוציא לפועל את

השני. נקודה נוספת היא כי המיקוד הוא בסדרי הדין כלפי דרכי ההכרעה של השופטים במשפט. עניין זה בא לידי ביטוי גם במשפט הפלילי הישראלי, בדיני הראיות. למשל, הדרישה לתוספת ראייתית הנדרשת במצבים מסוימים, כמו במקרים שבהם יש חשש גדול יותר לטעות בשל אופי עד התביעה (דבר מה נוסף, דרישת חיזוק או דרישת הסיוע). מקום בו התוספת הראייתית אינה בנמצא, אין שיקול דעת לבית המשפט להרשיע על סמך התרשמותו מהראיות הקיימות.

ג. הגדרת המוגבל שכלית הנעדר כשירות משפטית.

המשפט העברי דן היטב בתחומים רבים ושונים לקבוצה הסובלת ממחלת נפש או ממוגבלות שכלית. למשל, דיני אישות, מקח וממכר, שכר עבודה, נזיקין, עונשין, ירושה (ראו: אנציקלופדיה הלכתית-רפואית כרך ז, 594-602 (פרופ' אברהם שטינברג עורך, מהדורה חדשה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, תשס"ו) (להלן: אנציקלופדיה הלכתית-רפואית)). בפרט, הדיון בפסלות עדות כולל התייחסות לשתי קבוצות רלוונטיות. הראשונה, הסובלים ממחלת נפש ("שוטים"). השנייה, בעלי מוגבלות שכלית ("פתאים"). כך, ברמב"ם, משנה תורה, ספר שופטים, עדות, פרק ט, הלכות ט-י:

"השוטה פסול לעדות מן התורה לפי שאינו בן מצות ולא שוטה שהוא מהלך ערום ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד אלא כל מי שנטרפה דעתו ונמצאת דעתו משובשת תמיד בדבר מן הדברים אף על פי שהוא מדבר ושואל כענין בשאר דברים הרי זה פסול ובכלל שוטים יחשב הנכפה בעת כפייתו פסול ובעת שהוא בריא כשר ואחד הנכפה מזמן לזמן או הנכפה תמיד בלא עת קבוע והוא שלא תהיה דעתו משובשת תמיד שהרי יש שם נכפים שגם בעת בריאותם דעתם מטרפת עליהם וצריך להתיישב בעדות הנכפין הרבה."

"הפתאים ביותר שאין מכירין דברים שסותרין זה את זה ולא יבינו עניני הדבר כדרך שמבינין שאר עם הארץ וכן המבוהלים והנחפזים בדעתם והמשתגעים ביותר הרי אלו בכלל השוטים ודבר זה לפי (מה) שיראה הדיין שאי אפשר לכוין הדעת בכתב."

מספר נקודות בולטות. הראשונה, השוטה אינו מחויב במצוות. קיימת הכרה בכך שמצבו אינו חד ממדי והמחלה עלולה להשפיע על היבטים מסוימים בתפקודו, ולא על היבטים אחרים. השנייה, הרמב"ם אף מתייחס לתופעות רגשיות הרלוונטיות לסיווגים – "המבוהלים והנחפזים בדעתם [...]". והביאור הוא: "כאלה אשר כוח שכלם אינו בהכרח פגום, אלא שבגלל הפרעה רגשית אין להם כוח ריכוז המחשבה" (הרב נחום אליעזר

רבינוביץ', יד פשוטה, ספר שופטים, קעכ-קפד). מעניין לציין כי הידע של הרמב"ם נבע גם מהיותו רופא. בספר תשובות רפואיות של הרמב"ם, הוא מציין כי טיפל באנשים שסבלו מ"מרה שחורה קשה העוברת לצד המאניה" (רמב"ם – כתבים רפואיים כרך ה, 146; וכן ראו: ספר הנהגת הבריאות, השער הרביעי, 66). הנקודה הבולטת האחרונה היא כי בקביעת הסיווגים, מוענק מעמד חשוב לשיקול דעת השופט או הדיין בעניין. העניין צוין מכיוון שבטקסט שהובא, הוצגו דרכי זיהוי לקבוצת הסיווגים.

הסמ"ע (ספר מאירת עיניים על השולחן ערוך) מאת רב יהושע פלק (וולק) שחי במאות ה-16-17 בפולין הסביר: "... זהו החילוק בין פתי לשוטה, שהשוטה דעתו היא משובשת ומטורפת לגמרי בדבר מהדברים, מה שאין כן פתי שאינו מטורף לגמרי בשום דבר. אבל מצד אחד הוא גרע מהשוטה, שהשוטה בשאר דברים הוא חכם כשאר בני אדם. והפתי הוא שאין לו שכל גמור, ואינו מבין שום דבר בדרך שמבינין אותו שאר בני אדם" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לה סעיף י). החתם סופר, שחי בהונגריה במאות ה-19-18, הגדיר אף הוא את ההבדל באופן הבא: "אמנם אין פסולם [של הפתאים] אלא משום שחסרים דעה, ולא שנתווסף להם שום שגעון וטרופ הדעת כלל" (שו"ת חתם סופר, אבן העזר, ב, ב). מעניינת ההבחנה כי בעוד שחולה הנפש לוקה בתוספת שיגעון, המוגבל בשכלו לוקה בחסר דעת.

על סמך הסעיפים מהלכות עדות שהובאו לעיל, יש פוסקים הסבורים שדין הפתי כדין השוטה (ראו: הגאון יחזקאל אמברסקי בשם הרב חיים סולובייצ'יק בתשובתו בסוף כרך ב' של אוצר הפוסקים; וכן שו"ת דברי מלכיאל, סעיפים עח ו-פ). על פי גישה זו, הפתי במובן ההלכתי פטור ממצוות. כך משום שדעתו קלישתא מאוד [קלושה מאוד] (ראו, למשל: שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן פ"ג, המשווה בין הפתי לבין החרש והאילם מלידה על פי הגישה בימיו, כבסיס לפטור הפתי מעול מצוות; אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, בעמ' 478-494; כן באופן כללי ראו הרב נפתלי בר אילן "חלוש הדעת, השוטה והפתי" תחומין ח, 103-111 (התשמ"ז); וגם ת"פ (שלום י-ם) 3029/07 מדינת ישראל נ' פלוני, עמ' 9-12 להחלטת השופט ד' מין (15.9.2008)). על פי דעה אחרת יש להבין את הרמב"ם כעורך דין שווה בין הפתי לבין השוטה לעניין עדות אך לא בכל תחום במשפט (שו"ת המהרי"ט, אבן העזר, סימן ט"ז; חי בצפת לפני כ-400 שנה).

ואשר לתחום הפלילי, אף בין אלו שמכירים בחיוב מסוים של הפתי במצוות, יש שמדגישים כי בכל מקרה "לעניין עונשין, נחשב המפגר כקטן, והוא פטור (ראו שו"ת מנחת שלמה (הרב שלמה זלמן אורבך) סעיף לד; שו"ת אגרות משה (הרב משה

פיינשטיין), יורה דעה חד, סקט; שני הספרים נכתבו במאה ה-20, הראשון בישראל והשני בארצות הברית). המוגבל שכלית נידון רבות במהלך המאות במשפט העברי. ההגדרה של אז מסייעת להכרעה המשפטית-הלכתית של היום. כדי להציג את גישת המשפט העברי על תמורות הזמן בצורה נאמנה, ראוי להעיר כי מלאכת הסיווג של בעל המוגבלות השכלית קשה בשל חמישה היבטים שונים, לפחות.

הראשון הוא כי קיים שוני בתוך הקבוצה. די להזכיר כי הרמב"ם (ושולחן ערוך בעקבותיו; חושן משפט, סימן לה, סעיף י), אימץ בקטע שהובא לעיל מהלכות עדות את הלשון "הפתאים ביותר" [ההדגשה אינה במקור]. משמע, ישנו פתי "פחות" ופתי "רגיל", אך הסיווג חל רק על "הפתי ביותר". מכאן שעל המשפט לבחון מה האדם מבין, עד כמה הוא מבין, ואף במה הוא מסוגל להאמין. ההלכה היהודית הכירה ברצף ודרשה למקם את המוגבלות השכלית, לפי עוצמתה והיקפה, על רצף זה. השני הוא כי התפתחויות טכנולוגיות וחינוכיות השפיעו על אופן האבחון של המוגבל בשכלו, ועל הגילוי שניתן להביא לשיפור במצבו. כפי שכתב הרב משה פיינשטיין, מגדולי הפוסקים של אמצע המאה ה-20 שחי בניו יורק, יש בין הפתאים כאלה שאפשר שיתפתחו על ידי חינוך ולימוד (אגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סעיף כט). השלישי הוא כי לא כל המצוות דורשות אותה כוונה. אין הרמה הנדרשת לצורך כשירות למתן עדות כרמה הנדרשת למסירת גט, או הרמה הנדרשת למצוות אכילת מצה בפסח (ראו, למשל: הרב הראשי אברהם יצחק הכהן קוק, עזרת כהן, סימן סז). הרביעי הוא כי התפתחויות חברתיות הביאו לשינוי בראיית בעלי מוגבלות שכלית ולהכרה עמוקה יותר כי הם בני ובנות החברה. ואף יש ברבני ימינו קריאה להכיר במצב המשתנה, להרחיב את השיח ואף לשנות את השפה. אכן, המילה משפיעה ומושפעת (ראו: החוברת "אין הדעות שוות": על מעמדו של אדם עם מוגבלות שכלית והתפתחותית בעולמה של מסורת ישראל (הרב ד"ר בנימין לאו עורך, 2016), ובפרט, ראו מאמרו של הרב לאו: "מעמד אנשים עם מוגבלות שכליות בקהילה ובהלכה: מהגדרות סטטיות להגדרות דינמיות", 15. עוד עיינו במאמרו של פרופ' אביעד הכהן "בעזרת השם": [...] על הצורך בשינוי השיח ההלכתי ביחס לאנשים עם מוגבלות", 57, המתייחס אף לרגישות מחודשת לשפה; וכן מאמרו של הרב יהודה זולדן "מחויבות ציבורית וקהילתית לפתח מסגרות חינוך מתאימות לתלמידים עם צרכים מיוחדים", 202). החמישי הוא הנכונות לשקול את השימוש במונחים מושרשים של ההלכה בצורה רחבה ומתאמת למציאות ימינו. כך, למשל, הכלים המשולבים של כבוד האדם וכבוד הבריות: החובה לא לבייש יחד עם הכלל הגדול לפיו כל אדם נברא בצלם (ראו מאמרה של הרבנית מיכל טיקוצ'ינסקי "הזדקנות ותופעות הזקנה בהלכה" (עתיד להתפרסם בתחומין מא, התשפ"א)).

ההלכה היהודית הכירה כי המציאות כוללת מנעד רחב של הפרעות רגשיות, הפרעות אישיותיות, מחלות נפש ומוגבלויות שכליות, והגדרת המעמד המשפטי של היחיד תלויה בנסיבות הפרטניות. לא מיותר לציין כי הושם דגש על שאלת הפטור מאחריות של הפתי והיקפו, זאת לצד חובות היחיד והחברה להכיר ביחוד שלו, לסייע לו ולהכיר את האדם שבו. כך מצוות התורה בפרשת קדושים – "לא תקלל חרש ולפני עיוור ולא תיתן מכשול [...] (ויקרא, יט, י"ד). ההלכה התפתחה ועברה שינויים במהלך הדורות. אך זהו העיקר, וזוהי השאיפה. השאלה מתחילה באדם והתשובה מסתיימת בו.

במשפט היישומי נחזור לכלל שהובא על ידי הרמב"ם: "ודבר זה לפי [מה] שיראה הדיין שאי אפשר לכוין הדעת בכתב", אשר מיושם גם בימינו. כן נפסק כי על הדיין לבדוק את יכולתו של הפתי להבין דבר מתוך דבר ולדעת, במובן הבסיסי, מתי דבר אחד סותר דבר אחר. כפי שכתב הדיין הרב בן ציון אלגרבלו בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול לפני כשמונה שנים (ערעור (גדול) 862770/2 פלונית נ' אלמוני ואח' (24.10.2012)): "מכל מקום מוסכם שפתי אינו מסוגל להבין דברים בסיסיים באופן שיטתי, וגם כאשר הפתי עושה משהו, הוא אינו מסוגל להבין אותו על בוריו". אמות מידה אלו משתלבות עם המשפט הישראלי שצוין לעיל, לפיו על השופט לבחון האם הנאשם מבין את ההליך בצורה בסיסית: מסוגל לעקוב אחרי המתרחש, לתקשר עם עורך דינו, להבין את משמעות העדויות וכולי. נותר, אפוא, בסקירה של המשפט העברי, לבחון את הסוגיה שהתעוררה בענייננו – מה דינו של הברור המשפטי ביחס לאחראי למעשיו בזמן המעשה המיוחס לו, שאיננו מסוגל לעמוד לדין בשלב המשפט.

ד. משפט שלא בנוכחות נאשם.

נכתב בימינו מפי הרב משה מרדכי פרבשטיין, ראש ישיבת חברון: "אף אם עבר עבירה כאשר היה שפוי, ונשתטה קודם שעמד בדין, אין בית דין דנים אותו, ואינם יכולים לפסוק עליו עונש, שהרי אין דנים דינו של אדם שלא בפניו (ב"ק קי"ב ע"ב) והשוטה כיון שאין לו דעת, דינו תמיד כדין שלא בפניו (שו"ע חו"מ סי' כ"ח ס' י"ט)" (הרב משה מרדכי פרבשטיין, משפטי הדעת: עיונים וברורי הלכה בגדרי הדעת ובהלכות שוטה קמג (תשנ"ה)); מוזכר גם באנציקלופדיה הלכתית-דפואית, בעמ' 602). צוינה לעיל עמדת הפוסקים כי לעניין עונשין הפתי נחשב כפטור, תוך השוואתו לקטן שאינו מבין ואינו בעל אחריות. עתה התייחסנו לאדם שהיה אחראי בעת מעשיו ונשתטה בזמן המשפט, מצב שגורר תוצאה שאין להעמידו למשפט בשל חוסר הבנתו. הראשון דומה לפטור

מאחריות פלילית והשני לפטור ממשפט עקב מצבו באותו שלב, ללא קשר לאחריותו בזמן המעשה. מעניין הוא כי ההלכה מתייחסת גם ל"משתטה", שהוא אדם שהבריא משטותו (ראו: פירוש רש"י על התלמוד הבבלי, זבחים יב, ב). ערוך השולחן, שנכתב בתחילת המאה ה-20, מתייחס לתקנת הגאונים, לפיה בניגוד לכלל שאין עושים משפט שלא בפני בעל הדין, קיים חריג אשר נועד למנוע הסלמה של מריבות וקטטות על פי הכללים שנקבעו. אולם, הוסיף ערוך השולחן ביחס למשפט הפלילי: "כשרוצים לענוש ולדון אחד מהם לפי הדין, אין מקבל העדות אלא בפני בעל הדין" (ערוך השולחן, חושן משפט, סימן כח, סעיף כב). כאמור לעיל, אשר למשפט הפלילי הישראלי, הכלל הוא שאין לדון נאשם שלא בפניו, למעט חריגים שאינם רלוונטיים לענייננו. אם זהו הכלל, מצבו של מי שאינו מסוגל לעמוד לדין גורר הפסקת המשפט משום שהמשפט אינו מתנהל בפניו גם אם יהיה נוכח פיזית.

נקודה נוספת היא הכלל במשפט הפלילי העברי לפיו "אין אדם משים את עצמו רשע", דהיינו, אדם אינו יכול להפליל את עצמו (להצגת הכלל והנימוקים ראו: ע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב, פס' 3 לחוות דעתי (18.10.2010)). ברם, האיסור על הפללה עצמית במשפט העברי אינו גורע מחובת השיתוף של הנאשם במשפט. עניין זה אינו פורמאלי אלא מהותי. אף במשפט העברי התלמודי, נאשם קיבל זכות לטעון ולו בשלב של ביצוע הדין. על פי המשנה בסנהדרין:

"אומר אחד יש ללמד עליו זכות [על הנאשם, לאחר שכבר נגזר דינו], הלה מניף בסודרין, והסוס רץ ומעמידן [מורים מיד לעצור את ביצוע גזר הדין ובוחרים את האפשרות לזכות]. ואפילו הוא [הנאשם] אומר יש לי ללמד על עצמי זכות – מחזירין אותו. אפילו ארבע וחמש פעמים, ובלבד שיש ממש בדבריו" (תלמוד בבלי, סנהדרין מב, ב).

דהיינו, לנאשם זכות ללמד על עצמו זכות אף לאחר גזר הדין. אין לשלול ממנו זכות זו, אפילו שדורש זאת מספר פעמים. רש"י מפרש את הסיפא של המשנה "מחזירין אותו [...] ובלבד שיש ממש בדבריו" כי הדיבור האחרון הוא "קצת ראייה הדומה לזכות" (פירוש רש"י על אתר).

יפה לראות את החיבור במשפט הפלילי העברי בין הנושאים שהובאו: מעמד הספק במשפט העברי הפלילי; הזכות להליך הוגן וסדר הדין הפלילי; הגדרת המוגבל שכלית הנעדר כשירות משפטית; וקיום משפט שלא בנוכחות נאשם. נושאים אלו משלבים ידיים, כל אחד ממקומו, כל אחד על פי תכליתו, כדי לתמוך במסקנה שאין להעמיד לדין פתי "ביותר" עד כדי שהוא אינו יכול להשתתף במשפט. כלל דיוני זה בעל

משמעות ערכית. עניין זה יש לשקול על פי ערכי היסוד של המשפט הפלילי העברי ומעמדו של הספק ביניהם.

אחר הדיון, מעניין יהא לסיים בשאלה ותשובה של הרב אליהו בקשי דורון, הוא המערער – אם אפשר לצרף למניין חולה אלצהיימר כדין יושן (תחומין לב, תשע"ב, עמ' 86). במניין בו הוא התפלל התעוררה שאלה, הלכה למעשה, אודות זקן נחלש שהיה מגיע לבית הכנסת בליווי בנו. בשל היות הזקן חולה אלצהיימר, מצבו לא אפשר לו לעלות לתורה, לברך או להבין את מה ששמע. הזקן איבד את זכרונו עד שאינו זוכר דבר ואינו מבין את אשר שומע. הרב נשאל אם אפשר לצרפו למניין כאחד מהעשרה האנשים הנדרשים. התשובה הייתה בשלילה. התעורר דיון מדוע אין להשיב לשאלה בחיוב מהטעם שיש פוסקים הקובעים שגם ישן מצטרף למניין. העונה לשאלה מתייחס לפסוק "אני ישנה וליבי ער" (שיר השירים ה, ב). הוא מסביר כי הנכון לגבי היושן ביחס לערנות ליבו אינו נכון לגבי חולה אלצהיימר, מושא השו"ת. על כן, אין לצרפו למניין. נראה שהתשובה מהווה דוגמה קונקרטית לבחינת העניין על פי מצבו של החולה. שו"ת זה מעורר את הלב ואת המחשבה.

6. הערה אחרונה

33. קרבים אנו לקראת סיום הדיון המשפטי. ברצוני להתייחס בקצרה לקווים המנחים שניתנו בעניין רחוב וברע"פ 7484/08. כאמור, אינני סבור כי הם מהווים מבחן ממצה להכרעה בתחולת הוראת הספק על הוראות חוק אחרות; אך הם עשויים, במקרה המתאים, לשפוך אור נוסף על הסוגיה. דומני כי לפחות חלק ממבחני העזר הכלליים שסיפקו השופט חשין והנשיאה ביניש בעניין רחוב, והנשיאה נאור ברע"פ 7484/08, תומכים במסקנה כי מידת ההוכחה הדרושה להיעדר כשירות דיונית הינה העלאת ספק סביר. ראשית, להוראה אופי כללי ואוניברסלי. סוגיית היעדר הכשירות רלוונטית לכל אישום פלילי. היא איננה צמודה לעבירה מסוימת ועניינה העושה ולא המעשה. שנית, הוראת הכשירות נגזרת מתחושת הצדק הבסיסית המשותפת לכל. היא נובעת מאינסטינקט טבעי, ומתחושת חוסר נוחות מובנית מכך שאדם לא יזכה למשפט הוגן. בהקשר זה יפה במיוחד לשון סעיף 170, הנושאת את הביטוי "העמדה" לדין. נדמה לי שכדי שיהיה ניתן "להעמיד" אדם לדין, נדרש הוא, קודם כל, לנחות עמידה.

ד. מן הכלל אל הפרט

34. דעתי הינה כי צדק בית משפט קמא בקובעו כי המערער הצליח להקים ספק סביר לעניין יכולתו לעמוד לדין (ההחלטה בבקשה להפסקת הליכים, פס' 30). מסקנה זו נטועה היטב בחוות הדעת השונות שהוגשו בעניין המערער.

אין חולק כי המערער התמודד עם מחלת הדמנציה. על כך מצביעות כל חוות הדעת. חוות הדעת המשותפת לפסיכיאטר המחוזי, ד"ר יעקב צ'רנס, ולמומחה מטעם ההגנה, ד"ר אלי ורטמן, מיום 8.6.2015 (חוות דעת מס' 4) עשתה שימוש בלשון המפורטת ביותר, שם נקבע שהמערער סובל מ"מחלה וסקולרית מוחית המתבטאת ב- mild moderate subcortical dementia". השאלה בה דן בית משפט קמא, אם כן, הינה האם השלכותיו של מצב רפואי זה על מסוגלות המערער לעמוד לדין מבססות את המסקנה כי הוא בלתי כשיר; ובאיזה מידה. המבחן הוא של אדם וזמן. לאמור, האם הנאשם נגדו הוגש כתב האישום כשיר לעמוד לדין בתקופת זמן מסוימת.

הקביעה כי די בהקמת ספק סביר להיעדר כשירות לעמוד לדין מייתרת את הדיון בהכרעת בית משפט קמא כי המערער לא הצליח להוכיח היעדר כשירותו על פי מאזן הסתברויות (ההחלטה בבקשה להפסקת הליכים, פס' 30). מכל מקום, קביעה זו נשענת על עדויות הרופאים והתרשמות בית המשפט מהן. החלטתו של בית המשפט המחוזי מנומקת ולכן, כאמור, לא מצאתי להתערב בה. מהצד האחר, הספק הסביר ביחס לכשירות מערער התעורר במשפט, וספק זה לא הוסר. כאמור לעיל, אף התביעה לא טענה אחרת (ראו פרוטוקול הדיון מיום 16.12.2019, עמ' 13). ואכן, המסקנה עולה בבירור מהחומר המקצועי. חוות הדעת מעלות כי מחלת הדמנציה הקשתה על המערער לקחת חלק בתהליכים הקשורים למשפט המתנהל נגדו (חוות דעתו של ד"ר ורטמן מיום 1.7.2014 (חוות דעת מס' 1)); וכי "יש ספק באשר ליכולת ההפנמה השכלית של תוצאות המשפט האפשריות" (חוות דעתו של ד"ר צ'רנס מיום 4.12.2016 (חוות דעת מס' 9)). כמו כן, צוין כי "האפשרות לירידה בכשירות לעמוד בבית המשפט סבירה ביותר" (שם); וכי המערער "אינו מסוגל למסור עדות על כל נושא ואינו מתאים לעמוד בתשאול קונקרטי" (חוות דעתו של המומחה מטעם ההגנה, ד"ר ראובן פרידמן, מיום 15.5.2016 (חוות דעת מס' 5)). זאת ועוד, מחוות הדעת המאוחרות יותר עולה כי לאורך ההליך קמא המערער סבל מהחמרה במצבו (חוות דעתו של ד"ר צ'רנס מיום 19.7.2016 (חוות דעת מס' 6); וחוות דעתו של ד"ר צ'רנס מיום 20.9.2016 (חוות דעת מס' 7)). כל אלו מספיקים כדי לקבוע שהמערער הצליח להקים ספק סביר בהיעדר כשירותו לעמוד לדין.

35. עת נעילה. השאלה שהתעוררה בענייננו, אשר לרף ההוכחה להיעדר כשירות דיונית במשפט הפלילי, שאלה נכבדה היא. על רקע קביעותיו של בית המשפט המחוזי נדרשת הכרעה בסוגיה כדי לפסוק בערעור דנן. ברמה הכללית, התייחסתי לחמישה נושאים: דיוני מול מהותי – האמנם?; כשירות דיונית מול אי שפיות הדעת; שיקולים מעשיים; כבוד האדם וחירותו והזכות להליך הוגן; ועמדת המשפט העברי. נשקלו שיקולים משפטיים, מעשיים ומוסריים; עמדות המשפט המשווה והמשפט העברי; היבטים חוקתיים לצד המצב בשטח בערכאות המבררות ועקרונות יסוד של המשפט הפלילי הישראלי, תוך יישום המסקנות על המקרה המונח בפנינו. לו תישמע דעתי, אציע לחבריי לקבוע כי מידת ההוכחה הראויה להיעדר כשירות דיונית הינה הקמת ספק סביר. דהיינו, כי יש להחיל את הוראת הספק שבסיף 34כב(ב) לחוק העונשין גם על הוראת הכשירות בסעיף 170 לחסד"פ.

36. סוף דבר. לו תישמע דעתי, הערעור יתקבל. התוצאה היא ביטול הכרעת הדין, ובהתאם, ביטול גזר הדין. תחת זאת, ועל פי הוראות הדין ביחס לנאשם בלתי כשיר לעמוד לדין, יש להורות על הפסקת ההליכים שהתקיימו בבית המשפט המחוזי. בנסיבות המצערות של פטירת המערער, התוצאה של הפסקת ההליכים היא התוצאה הסופית, כמו רוח המהדהדת בין העצים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. קראתי את פסק דינו המקיף והמעניין של חברי, השופט נ' הנדל, ואני מסכימה למסקנתו שלפיה, ככלל, יש להפסיק את ההליך הפלילי גם בענייניו של נאשם הסובל מDMNציה אשר בגינה הוא נמצא כבלתי כשיר לעמוד לדין. ואולם עמדתי שונה מעמדתו ביחס לשאלה העיקרית העומדת להכרעה בערעור דנן. בניגוד לחברי, אני סבורה כי רף ההוכחה הדרוש להוכחת היעדר כשירות לעמוד לדין, לפי סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), הוא רף הוכחה של מאזן הסתברויות, וכי אין להסתפק בכך שהנאשם, אשר עליו מוטל נטל ההוכחה בנדון, מעלה אך ספק סביר בעניין כשירותו לעמוד לדין על מנת להפסיק את ההליכים נגדו.

2. לגישתי, על אף שעסקינן בהליך הפלילי, אין הכרח לקבוע כי רף ההוכחה של טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין הוא העלאת ספק סביר על מנת להבטיח את הגינות ההליך ואת יכולתו של הנאשם להתגונן מפני האישום. יתר על כן, אני סבורה כי קביעת רף הוכחה של מאזן הסתברות לשם הוכחת הטענה של היעדר כשירות לעמוד לדין מתיישבת יותר עם ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 39 לחוק העונשין, עם לשון החוקים העוסקים בטענת היעדר הכשירות לעמוד לדין, עם טעמי מדיניות משפטית, ועם שיקולים נוספים, והכל כפי שאבאר להלן (וראו אך לאחרונה עמדתו של השופט י' עמית בנדון בע"פ 4694/20 לייפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 24 (2.9.2020)).

3. אבקש לפתוח את דבריי במענה לשאלה אותה הציב חברי במוקד חוות דעתו. השופט הנדל, אשר סבור, כאמור, כי רף ההוכחה הנדרש לשם הוכחת היעדר כשירות לעמוד לדין הוא העלאת ספק סביר, ציין כי "האשם עשוי להיות מושפע מהיבטים רבים אשר אנו נוטים לסווגם – בשוגג – כפרוצדורליים גרידא. אחד מהם, הוא היכולת להתגונן מפני האישום". בהמשך לכך, תוהה השופט הנדל: "במה תסייע לנאשם פלוני העובדה כי התביעה נדרשת להוכיח אשמתו מעבר לכל ספק סביר, אם הוא איננו מסוגל להסביר לבית המשפט מדוע, וכיצד, ואיך, הוא איננו אשם במיוחס לו?" (פסקה 20 לחוות דעתו של השופט הנדל).

ואולם, אני סבורה כי הצגת השאלה באופן שבו היא הוצגה מניחה את המבוקש – כלומר, היא נובעת מההנחה שלפיה אם קיים ספק סביר בדבר כשירותו של נאשם לעמוד לדין, הרי שהוא אכן איננו מסוגל להבין את מהות הליכי המשפט, ולפיכך המשך ההליך הפלילי בעניינו פוגע בזכויותיו. לגישתי, ההנחה האמורה מוקשית, ומשכך אף המסקנה הנגזרת ממנה אינה מתחייבת.

4. זאת יש להדגיש, הדרישה להוכיח היעדר כשירות לעמוד לדין במאזן הסתברויות אין משמעה ניהול הליכים נגד מי שאינו כשיר לעמוד לדין. המשמעות היחידה של הדרישה האמורה היא כי העלאתו של ספק סביר בלבד אינה מספיקה כדי לשכנע שהנאשם אכן אינו כשיר לעמוד לדין. אכן, הדרישה להוכיח היעדר כשירות לעמוד לדין במאזן הסתברויות עשויה להכביד על הנאשם הטוען להיעדר כשירות, ואשר נדרש לבסס טענתו בראיות מספקות התומכות בה, ואולם אני סבורה כי יש בכך כדי לפגוע בזכותו של הנאשם להליך הוגן או ביכולתו להתגונן באופן אפקטיבי מפני האישום נגדו. אבהיר דבריי.

5. הכלל העומד בליבת ההליך הפלילי, שלפיו על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם במעשה הפלילי המיוחס לו מעבר לכל ספק סביר, היינו ברף ההוכחה הגבוה ביותר, נועד להגשים את עיקרון העל של חזקת החפות העומדת לנאשם, ולהגן עליו מפני הפללה כל עוד קיים ספק סביר בנוגע לאשמתו. ודוק, כלל זה נוגע ליסודות העבירה עצמה. לעומת זאת, נהנה הנאשם מהגנות מעטפת נוספות שהן חיצוניות לעבירה, ואשר נועדו לשמור על זכותו להליך הוגן (Due process) ולאזן בין כוחן הרב של רשויות החקירה והתביעה, לבין כוחו של הפרט להתגונן מפניהן. הגנות חיצוניות אלה כוללות את כללי הראיות וסדרי הדין ואת כללי המינהל התקין, ובכללם את החובות המוטלות על הרשות החוקרת ועל מערכת התביעה. לגישתי, הגנות חיצוניות אלה, אשר נועדו, כאמור, להוסיף ולהגן על זכותו של הנאשם להליך הוגן מעבר לרף ההוכחה הגבוה של יסודות מעשה העבירה (והיעדר סייגים מסוימים לאחריות פלילית, כפי שיפורט להלן), יכולות להגשים את ייעודן אף אם רף ההוכחה שייקבע לגביהן יהיה מחמיר יותר מנקודת מבטו של הנאשם.

6. כאמור, הגנת היעדר כשירות לעמוד לדין איננה נוגעת ליסודות מעשה העבירה אלא היא מהווה מעין גדר חיצונית אשר מגנה על הנאשם שאינו כשיר מפני העמדה לדין. זוהי גדר חיצונית אחת, מבין מספר גדרות חיצוניות (ובהן – התיישנות, חסינות, פגם או פסול בכתב האישום, הגנה מן הצדק, חנינה ועוד) המקיפות את ליבת ההליך הפלילי, ואשר מונעות העמדה לדין או את המשך ניהולו של ההליך פלילי גם כנגד מי שלכאורה ניתן היה להוכיח מעל לכל ספק סביר את אשמתו בביצוע המעשה המיוחס לו. אני סבורה כי זכויותיו של הנאשם לא תפגענה אם כדי לפתוח את אחד השערים בגדרות האמורות ולצאת – מטאפורית – מאולם בית המשפט בו מתנהל ההליך נגדו, הוא יידרש להוכיח את טענתו במידת הוכחה של מאזן הסתברויות.

7. אציין כי אף לגישת חברי, השופט הנדל, אין לקבוע באופן קטגורי כי על התביעה להוכיח כל טענה החיצונית לליבת ההליך הפלילי ("טענה דיונית" כלשונו) מעבר לכל ספק סביר (ראו בפסקה 22 לחוות דעתו). ואולם, לשיטתו היעדר כשירות לעמוד לדין אינה טענה ככל הטענות החיצוניות, אלא היא טענה מרכזית העומדת בליבת זכויות הנאשם במשפט הפלילי, ומכאן אף נדרש רף ההוכחה המקל עמו ומחמיר עם התביעה.

אמנם כן, קיימת חשיבות מכרעת לכך שהנאשם יהיה נוכח במשפטו ובעל מסוגלות להבין את ההליך נגדו ולהשתתף בו, שאם לא כן לא יהיה ניתן לומר שניתנה

לו ההזדמנות להוכיח את חפותו. על כך אין עוררין. ואולם, לצד זאת, גם טענות נוספות החיצוניות להליך הפלילי, ואשר נוגעות לסדרי דין, דיני הראיות והמינהל התקין, הן בעלות חשיבות מכרעת ומהותית להגנתו של הנאשם ולתקינותו של ההליך, ואף על פי כן רף ההוכחה הנדרש, למצער לגבי חלקן, הוא מאזן הסתברויות. כך הן לדוגמה טענות בדבר הגנה מן הצדק בשל פגמים שורשיים בהליך החקירה וההעמדה לדין (שלגביהן, לפחות בכל הנוגע לטענת אכיפה בררנית, נראה כי אין להסתפק ברף הוכחה של העלאת ספק סביר בלבד, ראו עמדת הנשיא גרוניס והשופט (כתוארו אז) ג'ובראן בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.9.2013)). אכן, כאמור, טענות המגן של הנאשם מפני עצם ניהול ההליך הפלילי בעניינו יכולות להיות מהותיות לצורך ניהולו של הליך תקין והוגן. ואולם, אני סבורה כי אין בשיקול זה כשלעצמו כדי לקבוע כי רף ההוכחה הנדרש בעניינן הוא העלאת ספק סביר, אלא יש לבחון כל אחת מהן ולקבוע מהו רף ההוכחה המתאים לה בהתאם לכללי הפרשנות המוכרים (ראו והשוו: ע"פ 4675/97 רחוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 407 (1999); רע"פ 7484/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (22.12.2009) (להלן: רע"פ פלוני); ש"ז פלר "על הזיקה המבנית – אם בכלל – של סייג לאחריות פלילית, למשקל הראיות הנדרש לשם הוכחתו" עלי משפט א 261, 269-270 (התשס"א)).

8. פתחתי בדברים האמורים עד כה אך כדי להבהיר מדוע, לגיشتי, על אף שעסקינן בדין הפלילי, אין הכרח לקבוע כי רף ההוכחה של טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין הוא העלאת ספק סביר על מנת להבטיח את הגינות ההליך הפלילי ואת יכולתו של הנאשם להתגונן מפני האישום.

בחלק הבא אבקש לעמוד על העיקר ולהבהיר מדוע, לגיشتי, אף נכון יותר לקבוע כי רף ההוכחה ביחס לטענת היעדר כשירות הוא רף של מאזן הסתברויות. על כך אבקש לעמוד להלן.

9. הדיון יחולק לחמישה חלקים: החלק הראשון יעסוק בהיסטוריה המשפטית של רף ההוכחה המוטל על נאשם בהליך הפלילי המתנהל נגדו; החלק השני יעסוק בלשון החוקים הרלוונטיים העוסקים בהפסקת ההליך המשפטי עקב היעדר כשירות לעמוד לדין; החלק השלישי יעסוק בשיקולי מדיניות משפטית; בחלק הרביעי אדון בטענה שלפיה יש לגזור גזירה שווה בין רף ההוכחה הנדרש בטענת היעדר השפיות בעת מעשה לבין רף ההוכחה הנדרש בטענת היעדר כשירות לעמוד לדין; בחלק החמישי אעמוד על הדיון הזר במדינות המשפט המקובל ועל המשמעויות שניתן לגזור מכך.

היסטוריה חקיקתית של סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין ביחס לרף ההוכחה המוטל על נאשם

10. בתקופה שקדמה לתיקון 39 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ההלכה הפסוקה הברורה הייתה כי נאשם המבקש לטעון טענות להגנתו במסגרת ההליך הפלילי נדרש להוכיח זאת ברף הוכחה של מאזן הסתברויות (ראו: מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר: סוגיות נבחרות 302 (2009)).

כך, נקבע כי נאשם הטוען כי התקיים בעניינו סייג לאחריות הפלילית בגין ביצוע מעשה העבירה עצמו, נדרש להוכיח את טענתו ברף הוכחה של מאזן הסתברויות:

"במקום שהמחוקק מטיל על הנאשם הוכחת 'צידוק' או 'צורך', במעשה אשר מיחסים לו, עליו לשכנע את בית המשפט כי מעשהו מוצדק היה, ואין די לו לעורר ספק בנכונות העובדה שהוכחה מוטלת עליו" (ראו: ע"פ 127/50 וינטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה(2) 964, 969-970 (1951) (להלן: עניין וינטר), ההדגשה הוספה, י.ו.; וראו גם: 10/49 היועץ המשפטי לממשלה נ' פתניאב, פ"ד ב 432, 424 (1949)).

עוד נקבע בפסיקה כי נאשם המבקש לסתור חזקה שבדין, נדרש אף הוא להוכיח את טענתו במאזן הסתברויות:

"מידת ההוכחה הנדרשת מאת נאשם כדי לסתור הנחה שהחוק יצר לרעתו, היא פחות חמורה מזו הנדרשת מהתביעה הכללית להוכחת כל יסודות העבירה. אין עליו להוכיח מעל לספק המתקבל על הדעת, אך עליו לשכנע את בית המשפט כי העובדות שהוכחו מצביעות יותר לטובת גירסתו מאשר נגדה ואם לא שכנע את בית המשפט עד כדי כך, הרי שלא יצא ידי חובת ההוכחה" (עניין וינטר, עמ' 972; ההדגשה הוספה, י.ו.).

11. במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין ביקש המחוקק לשנות את הכלל האמור בכל הנוגע להוכחת קיומם של סייגים לאחריות פלילית, ומשכך נחקק סעיף 34כב(ב) לחוק, הקובע שאם התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול אותו סייג. רשימת הסייגים לאחריות הפלילית המפורטת בסעיפים 134-34 כוללת, בין היתר, סייגים של קטינות, שכרות, העדר שליטה, אי שפיות הדעת, הגנה עצמית, צורך, כורח, צידוק ועוד. המשותף לכל הסייגים הוא כי כולם מכוונים למצבו של הנאשם או

למצב הדברים העובדתי בעת ביצוע מעשה העבירה, והוכחתם שוללת את פליליות המעשה ומובילה לזיכוי.

בדברי ההסבר לתיקון 39 צוין כלהלן:

"סעיף 41 [היום זהו סעיף 34כב(ב), י.ו.] מסדיר במפורש את שאלת נטל ההוכחה לענין הסייגים לאחריות פלילית. ההסדר הוא פועל יוצא של שני כללים גדולים בדיני הראיות: האחד, הטוען לחריג – עליו הראיה; והשני, כל ספק בפלילים – הנאשם יהנה ממנו. פירושו של דבר: אדם עומד בחזקת חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר והטוען שאדם עבר עבירה, טוען לחריג מן החזקה הכללית ועליו הראיה.

המציאות האובייקטיבית היא, שעבריינים מבצעים את עבירותיהם בדרך כלל במצב שאין בו כדי לשלול את פליליות המעשה. מכאן, שביצוע מעשה במצב שיש בו כדי לשלול את פליליותו, היא בבחינת חריג, וחריג זה טעון הוכחה. אולם, משבאה הוכחה שיש בה כדי לעורר ספק סביר בקיומם של תנאי סייג לאחריות פלילית, תיסתר החזקה של חפות מפשע רק תוך הסרת הספק האמור, שכן In Dubio Pro Reo.

הכלל האמור מהווה שינוי מן הדין הקיים, ככל שהמדובר במידת ההוכחה הנדרשת מן הנאשם באשר לסייגים הקבועים בסעיפים 19 ו-22 לחוק העונשין [בסעיפים אלה עוגנו סייג הצורך וסייג היעדר השפיות בעת ביצוע המעשה, י.ו.]. סעיפים אלה פורשו בפסיקת בית המשפט העליון כמטילים על הנאשם מידת הוכחה של 'עמידה במאזן ההסתברויות', ולא די לו לנאשם, לענין סייגים אלה, ביצירת ספק סביר בקיום תנאיהם. מאידך, סעיף 41 המוצע [כאמור, זהו סעיף 34כב(ב) בהצעה, י.ו.] יסודו בהנחה לפיה חזקת החפות חולשת על כלל דיני העונשין, ולפיכך החריג הפסיקתי באשר למידת ההוכחה הנדרשת מן הנאשם לענין הסייגים האמורים אין לו על מה לסמוך".

12. מדברי ההסבר לחוק עולה כי התיקון נועד לאפשר את מימוש החזקה היסודית במשפט הפלילי, חזקת החפות, שלפיה אדם מוחזק כחף מפשע אלא אם הוכח מעל לכל ספק סביר כי הוא אשם בעבירה המיוחסת לו. משכך, על התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר את התקיימותם של כל יסודות העבירה. כמו כן, אם הנאשם מעורר ספק סביר ביחס להתקיימותו של סייג לאחריותו הפלילית אשר יש בו כדי לשלול את פליליות המעשה המיוחס לו, התביעה נדרשת להסיר ספק זה – שאם לא כן, הנאשם ייהנה מחזקת החפות, והוא יזוכה. ודוק, גדריה של חזקת החפות הן אלו המכתיבות את גדרי השלכותיה המעשיות, ואין לקרוא לתוכה רכיבים אחרים אשר באים לידי ביטוי במסגרת ההליך הפלילי, אך אינם כלולים בה (ראו דבריה של השופטת ד' מרשק-מרום: ת"פ (מרכז-לוד)

14-07-19871 מדינת ישראל נ' מ.נ. (קטי"ו), פסקה 22 (23.8.2015); לגישה מצמצמת אף יותר ביחס למידת ההוכחה הנדרשת בהליך הפלילי, שלפיה רף ההוכחה ישתנה בהתאם לחומרת העבירה והעונש הצפוי לה, ראו: יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט' 463, 516-521 (התשס"ח); יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי (2013) (להלן: מעבר לספק סביר)).

13. בהתאם לכך, כאמור, נקבע בסעיף 34כב(ב) כי בכל הנוגע לסייגים לאחריות הפלילית, אשר מדברי ההסבר לחוק עולה כי הם סייגים השוללים את פליליות המעשה עצמו (בשונה מטענות אחרות שיכול הנאשם לטעון לטובתו במסגרת ההליך הפלילי, כפי שיבואר להלן), די בכך שהנאשם מעורר ספק באשר לקיומם של הסייגים וספק זה לא הוסר, על-מנת שיזוכה מהאשמה.

14. סעיף 34כג לחוק העונשין מוסיף על האמור, וקובע כי הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי של חוק העונשין, ובכלל זה הוראת סעיף 34כב(ב), יחולו "גם על עבירות שלא לפי חוק זה" אם אין בחוק הוראה אחרת הסותרת זאת. כלומר, הכלל שלפיו די בכך שהנאשם מעורר ספק סביר שלא הוסר ביחס לקיומו של סייג לאחריותו הפלילית חל, לכאורה, גם על סייגים לאחריות פלילית המצויים מחוץ לחוק העונשין, במסגרת עבירות הקבועות בחוקים אחרים.

15. נוכח האמור, בפסק דין בעניין רחוב נדונה השאלה מהם אותם סייגים לאחריות הפלילית שעליהם יחול הכלל הקבוע בסעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, אשר אינם נזכרים בחלק הכללי בחוק העונשין, והדעות בעניין זה היו חלוקות בין חברי ההרכב (ראו: עניין רחוב; רע"פ פלוני, עמ' 313-316). ואולם, לכל הדעות בעניין רחוב, הסייגים לאחריות הפלילית – בין אם הם סייגים כלליים, החלים על כל סוגי העבירות, ובין אם הם סייגים פרטניים, המתייחסים לעבירה ספציפית – כשם כן הם: סייגים לאחריותו הפלילית של הנאשם שקיומם שולל את פליליות המעשה ומביא לזיכוי (ראו: עניין רחוב, בעמ' 380 מול האות ז', עמ' 382 מול האות ה', עמ' 383 מול האות ז', עמ' 406 מול האות א').

16. כפי שצוין בדברי ההסבר לחוק המובאים לעיל – סייג לאחריות פלילית שולל את פליליות המעשה, ובהתקיימו, המעשה הנדון אינו נחשב פלילי. לעומת זאת, טענת הגנה חיצונית של הנאשם, שיש בה כדי להפסיק את ההליך הפלילי בעניינו של הנאשם מטעם זה או אחר, אינה שוללת את פליליות המעשה המיוחס לו – ועל כן אינה באה בגדרי המושג

"סייג לאחריות פלילית" כמשמעו בחוק. כך, טענות כגון התיישנות, הגנה מן הצדק, חסינות, חנינה, פגם בכתב האישום, וכן – אי כשירות לעמוד לדין – הן כולן טענות שאינן שוללות את פליליות המעשה עצמו, אלא שוללות את קיומו של ההליך הפלילי. לפיכך, קבלתן אומנם תוביל לביטול או להפסקת ההליך הפלילי בעניינו של נאשם אך לא לזיכוי. מהטעם האמור, הן אינן יכולות להיחשב כסייג לאחריות פלילית כמשמעו בסעיף 34(ב) לחוק העונשין.

17. פועל יוצא של כל האמור הוא כי תיקון 39 לחוק העונשין המתייחס אך לסייגים לאחריות פלילית, לא ביקש לשנות את הדין הנוהג בכל הנוגע לרף ההוכחה של טענות הגנה של הנאשם שבגדרן מבקש הוא לסתור חזקה שבדין, ובתוך כך, את חזקת הכשרות לפעולות משפטיות הקבועה בסעיף 2 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (ראו: עניין לייפר, בפסקה 24(ד)). אף פסק דין רוזוב לא הרחיב את המושג "סייגים לאחריות פלילית" על טענות הגנה שאין בהן כדי לשלול את פליליות המעשה עצמו.

18. חיזוק נוסף למסקנה זו נמצא מכיוון נוסף של ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 39 לחוק העונשין. כוונתי היא לדבריו של חבר הכנסת דן מרידור, שעה שהביא את הצעת החוק לקריאה שנייה לפני הכנסת:

"מכאן אני מבקש, אדוני היושב-ראש, לומר מלים מספר על ההגנות, או כפי שאנחנו קוראים להן כאן, 'סייגים לאחריות פלילית', ואני מפנה את תשומת לבכם לסעיפים 134 עד 134ט, סימן ב' לפרק ו' בהצעה שלפנינו. ההגנות של קטינות, העדר שליטה, אי-שפיות הדעת, שיכרות, הגנה עצמית, צורך, כורח, צידוק, והסעיפים לגבי הכניסה למצב כזה בהתנהגות פסולה, החובה לעמוד בסכנה ובאיום, חריגה מן הסביר, טעות במצב הדברים וטעות במצב המשפטי, כל אלה נוגעים לסעיפים שקראנו להם 'סייגים לאחריות פלילית'.

בהצעת החוק שהגשתי כאן לפני שלוש שנים היה סעיף שקבע, שכפי שאין עבירה פלילית אלא בחוק, גם אין הגנות אלא בחוק. דהיינו, הסייגים או ההגנות לא יכולים להיווצר על-ידי 'חקיקה שיפוטית', על-ידי בית-המשפט בפסיקתו. אם המחוקק לא קבע, אין סייג לאחריות הפלילית.

נדמה לי שיש היגיון בהצעה שהצענו אז, אבל הגיון המעשה או הגיון החיים והנכונות שלנו לסטות מההיגיון הצרוף לטובת גמישות מסוימת בהתפתחות של המשפט הפלילי הביאה אותנו לוותר על הסעיף הזה. לכן סדרת הסייגים שקראתי כאן היא הסדרה היחידה הקיימת בחוק.

אבל לא ננעלה הדלת בפני בית-המשפט, אם ימצא לנכון, לפתח סייגים אחרים לאחריות הפלילית" (ד"כ 139 (התשנ"ד) 9827-9828; ההדגשות הוספו, י.ו.; וראו ציטוט הדברים בעניין רוזוב בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין).

19. עיקרי דבריו של חה"כ מרידור העוסקים באפשרות להוסיף סייגים לאחריות פלילית במסגרת חקיקה שיפוטית אינם מענייננו, אך הסיפא של דבריו, שמהם עולה כי כוונת המחוקק היא כי הסייגים לאחריות פלילית מתמצים ברשימת הסייגים המופיעה בחלק הכללי של חוק העונשין, היא בעלת חשיבות רבה לדיוננו. מדבריו של חה"כ מרידור עולה כי המחוקק ביקש להסדיר את הסייגים לאחריות הפלילית ברשימה ממצה אחת, וכי רק ביחס לסייגים אלה יש להחיל את ההוראה המופיעה בסעיף 34(ב) שלפיה: "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג". אמנם, לפי דבריו של חה"כ מרידור אפשר שביום מן הימים ימצא סייג נוסף אשר ייקבע במסגרת "חקיקה שיפוטית", ואולם, מלבד אפשרות זו, בעת שנחקק תיקון 39, לא ראה המחוקק בטענות הגנה אחרות שעומדות לנאשם, ואשר אינן נזכרות ברשימת הסייגים האמורה, כסייג לאחריות פלילית, וממילא לא סבר כי יש להחיל בעניינן את כלל הספק הסביר הקבוע בסעיף 34(ב) (ראו פרשנות ברוח זו בחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) ד' ביניש בעניין רוזוב, בעמ' 403-405).

20. אני סבורה כי דבריו של חה"כ מרידור שופכים אור נוסף על ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 39 ועל כוונת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בדברי ההסבר לחוק. דברים אלה, כאמור, מחזקים את עמדתי שלפיה סעיף 34(ב), אשר התווסף לחוק העונשין במסגרת תיקון 39, אכן שינה את המצב המשפטי שקדם לו שלפיו הנאשם נדרש להוכיח את טענותיו השונות ברף הוכחה של מאזן הסתברויות. ואולם, שינוי זה הוגבל והוחל ביחס לסייגים לאחריות פלילית בלבד, אשר יש בהם כדי לשלול את פליליות המעשה עצמו. משכך, לגישתי, הרחבת היריעה מעבר לכך מוקשית, והיא דורשת, לכל הפחות, כי לשון החוק הנדון ושיקולי המדיניות יתמכו בכך. כפי שיובהר להלן, עמדתי היא כי הן לשון החוקים הרלוונטיים לטענת היעדר כשירות לעמוד לדין והן שיקולי מדיניות תומכים דווקא במסקנה שלפיה רף ההוכחה הנדרש להוכחת טענת היעדר כשירות לעמוד לדין הוא מאזן הסתברויות.

21. ואולם, לפני שאעבור לחלק הבא, אבקש להעיר הערה ביחס לעמדתי, שלפיה כלל הספק הסביר הקבוע בסעיף 34(ב) לחוק העונשין חל אך על סייגים לאחריות פלילית השוללים את פליליות המעשה. ישאל השואל, אם כך, מדוע טענת התיישנות, אשר

אינה שוללת את פליליות המעשה דורשת לפי הפסיקה מידת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר?

22. על כך אבקש להשיב כי מי שנושאת בנטל ההוכחה להוכיח כי לא חלה התיישנות על העבירה המיוחסת לנאשם היא התביעה, וזאת בניגוד לנטל המוטל על הנאשם להוכיח כי הוא אינו כשיר לעמוד לדין או כי חלה בעניינו נסיבה אחרת אשר מונעת את העמדתו לדין או את המשך ההליכים בעניינו (ראו: ע"פ 347/07 פלוני נ' מדינת ישראל (18.11.2007) (להלן: ע"פ 347/07); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 1326-1327 (2009) (להלן: קדמי)). הבחנה זו היא בעלת חשיבות רבה לעניינו, שכן השאלה שבמרכז הדיון שלפנינו היא מהי מידת ההוכחה בה נדרש הנאשם לעמוד כאשר נטל ההוכחה מוטל עליו. משכך, אין להביא ראיה לעניין האמור מטענת התיישנות, אשר כאמור, הנטל להוכיחה מונח על כתפי התביעה, וייתכן שמשום כך אף נקבע כי יש להוכיחה מעבר לכל ספק סביר (ראו: ע"פ 347/07, בחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן; קדמי, שם).

23. מעבר לאמור, אבקש אך להעיר כי על אף שכאמור בפסק הדין שניתן בע"פ 347/07 צויין כי רף ההוכחה המוטל על התביעה להוכיח כי האישום הפלילי לא התיישן הוא מעל לכל ספק סביר, הרי שהנחה זו צוינה כהנחה מובנת מאליה, מבלי שנערך בעניין זה כל דיון לגופה של השאלה, אשר לדידי, אינה כה פשוטה. בזהירות המתבקשת, אעיר כי לנוכח כל האמור לעיל בדבר גבולותיה של חזקת החפות וההשלכות של גבולות אלה על כללי ההוכחה במשפט הפלילי, איני בטוחה שרף ההוכחה הנדרש לכך שאישום פלילי לא התיישן הוא מעבר לכל ספק סביר ולא רף הוכחה של מאזן הסתברויות, שכן טענת התיישנות היא חיצונית ליסודות העבירה ואינה שוללת את פליליות המעשה. לגישתי, שאלה זו לכל הפחות דורשת בירור ומתן הנמקה, אשר ככל שידיעתי מגעת, לא נעשו עד כה.

24. ומכאן – נשוב לדרכנו. אפנה עתה לבחון את לשון החוקים הרלוונטיים העוסקים בהפסקת ההליך הפלילי המתנהל נגד מי שאינו כשיר לעמוד לדין.

לשון החוק

25. כידוע, לשון החוק היא נקודת המוצא לפרשנותו (ראו: רע"א 2843/18 הכשרה חברה לביטוח בע"מ נ' פוליקוב, פסקה 22 והאסמכתאות שם (15.10.2018)). במקרה הנדון, סעיף החוק הרלוונטי הוא סעיף 170(א) לחסד"פ, הקובע כלהלן:

"(א) קבע בית המשפט, לפי סעיף 6(א) לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, או לפי סעיף 19ב(1) לחוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969, שנאשם אינו מסוגל לעמוד בדין, יפסיק את ההליכים נגדו..." (ההדגשה הוספה, י.ו.).

סעיף 6(א), שאליו מפנה החסד"פ, הינו כיום סעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, אשר החליף את החוק משנת התשט"ו, וזו לשונו:

"(א) הועמד נאשם לדין פלילי ובית המשפט טבור, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם אחד מבעלי הדין ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו הוא, כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת היותו חולה, רשאי בית המשפט לצוות שהנאשם יאושפז בבית חולים או יקבל טיפול מרפאתי..." (ההדגשה הוספה, י.ו.).

סעיף 19ב(1) לחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית), התשכ"ט-1969, אשר גם אליו מפנה סעיף 170(א), קובע כך:

"הועמד אדם לדין פלילי ובית המשפט מצא, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם אחד מבעלי הדין ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו שלו, אחת מאלה:
(1) שהנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת ליקוי בכשרו השכלי... יצווה בית המשפט שהנאשם יובא לפני ועדת האבחון כדי שתחליט על דרכי הטיפול בו, ויחולו הוראות חוק זה בשינויים המחוייבים" (ההדגשה הוספה, י.ו.).

26. כפי שצוין בפסיקה קודמת שעסקה בנושא, לשונם של סעיפי החוק הנזכרים תומכת בעמדה שלפיה את טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין יש להוכיח ברף הוכחה של מאזן הסתברויות (ראו: ע"פ 1526/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (22.11.2006); עניין לייפר, פסקה 24(א)). סעיף 170 לחסד"פ מורה כי במקרה שבו בית המשפט קבע כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין, יפסיק את ההליכים נגדו; סעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש מורה כי במקום בו בית המשפט טבור כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין על-פי ראיות שהובאו בפניו, רשאי הוא לצוות על אשפוזו או על קבלת טיפול מרפאתי; וסעיף 19ב(1) לחוק הסעד קובע כי אם בית המשפט מצא כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת ליקוי בכשרו השכלי על-פי ראיות שהובאו בפניו, יצווה בית המשפט שהנאשם יובא לפני ועדת אבחון. המילים "קבע", "טבור" ו-"מצא" המתייחסות למצבו התודעתי של בית המשפט, מלמדות כי מדובר על מצב בו בית המשפט שוכנע באופן

פוזיטיבי, לאחר שהובאו לפניו ראיות כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין (כאמור בסעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש ובסעיף 19(ב1) לחוק הסעד), ובהתאם לכך, הוא קובע זאת – כממצא עובדתי. קביעה שכזו, לאחר ההליך המתואר, משקפת רף הוכחה של מאזן הסתברויות. זאת, חלף מצב שבו אך התעורר ספק בליבו של בית המשפט בדבר מסוגלותו של הנאשם לעמוד לדין, אך הוא לא בהכרח השתכנע באופן פוזיטיבי בדבר היעדר הכשירות כאמור.

27. איני סבורה אפוא כי לשון סעיפי החוק תומכת בעמדה שלפיה די בכך שהנאשם העלה ספק סביר בדבר כשירותו לעמוד לדין כדי להפסיק את ההליך המשפטי נגדו, ומכל מקום, נראה כי מבין האפשרויות הפרשניות הנדונות, הפרשנות לפיה רף ההוכחה של טענת היעדר הכשירות הוא מאזן ההסתברויות היא האפשרות הפרשנית המתיישבת יותר עם לשון החוק. כפי שיובהר להלן, פרשנות זו אף עולה בקנה אחד עם טעמי מדיניות משפטית.

טעמי מדיניות משפטית

28. חומרתו של רף ההוכחה של האחריות הפלילית מתבססת על ההנחה שלפיה הנזק שייגרם למי שהורשע על לא עוול בכפו ולחברה כתוצאה מהרשעה שגויה גדול יותר מזה שייגרם לחברה בעקבות שחרור העבריין (ראו: מעבר לספק סביר, בעמ' 23), וכדברי הרמב"ם: "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" ספר המצוות לרמב"ם מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ). ואמנם, קשה להפריז בנזקיו של מי שהורשע לשווא, כמו גם בנזקים לחברה ולמערכת המשפט העלולים להיגרם כתוצאה מריבוי הרשעות שווא.

29. ואולם, לצד האמור, אין להתעלם מהצד השני של המטוטלת, שלפיו המשפט הפלילי נועד, בראש ובראשונה, להגן על שלומו וביטחונו של הציבור על ידי הרתעה מפני ביצוע עבירות, גמול לעבריינים על מעשיהם והגעה לחקר האמת (ראו לדוגמה: בג"ץ 935-89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 520 (1990); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, 176 ו-203 (2006); מעבר לספק סביר, בעמ' 24 וההפניות שם). משכך, הימנעות מהעמדתם לדין של מי שביצעו עבירות עלולה אף היא לגרום לנזקים ניכרים לפרט ולחברה בכללותה, והדברים ברורים. על רקע האמור, וכפי שיובהר להלן, נראה כי הפחתת רף ההוכחה ביחס לטענת היעדר כשירות לעמוד לדין, עד כדי הסתפקות בהעלאתו של ספק סביר עלולה,

כאמור, לפגוע באופן ממשי באינטרס הציבורי ובשמירה על ביטחוננו של הציבור, ולהוביל לפגיעה קשה בנפגעי עבירה קונקרטיים ופוטנציאליים ואף לפגיעה באמון הציבור במערכת בתי המשפט (ראו והשוו: יעקב בזק משפט ופטיכיאטריה: אחריותו המשפטית של הלקוי בנפשו 234 (2006)).

30. כך, הטוען להיעדר כשירות לעמוד לדין מבסס זאת על היותו סובל ממחלת נפש או מליקוי שכלי, אשר בגינם הוא אינו מסוגל להבין את מהות הליכי המשפט המתנהלים נגדו. החשש הוא כי הורדת רף ההוכחה לקיומו של ספק סביר תוביל לכך שיותר נאשמים אשר אינם סובלים ממחלת נפש או מליקוי שכלי יתחזו ללא-כשירים לעמוד לדין. אמנם כן, יש להניח כי לא רבים מביין ניסיונות ההתחזות יצלחו, וזאת לנוכח מומחיותם וניסיונם של המומחים בתחומים הרלוונטיים שחוות דעתם ביחס לשאלת כשירותו של נאשם לעמוד לדין מוגשות לבית המשפט. ואולם, כפי שציין השופט י' עמית בעניין לייפר, "לרשות הפסיכיאטר לא עומד צילום רנטגן של הנפש שיכול לסייע לו באבחנה אם יש 'שבר' בנפשו המסוכסכת של אדם" (שם, פסקה 24(ו)). לא בכדי אפוא מוגשות לעתים קרובות לבית המשפט חוות דעת שונות וסותרות, מרובות ניואנסים וניסוחים אשר ניתנות לפרשנויות שונות ומקשות על ההכרעה בנדון (ראו: אורנה אליגון דר "בדיקה פסיכיאטרית נוספת על-ידי פנל – מסלול עוקף לספק הסביר" עיוני משפט לה 353, 377 (2012)). משכך, נראה כי הסתפקות בספק סביר ביחס לשאלה אם אדם סובל ממחלת נפש או מליקוי שכלי המונעים ממנו להבין את מהות הליכי המשפט המתנהל נגדו, עלולה להיות אפוא תמריץ ממשי לניסיונות העמדות פנים והתחזות על מנת להתחמק מהעמדה לדין.

31. בהקשר זה אשוב ואדגיש את שאמרתי לעיל – השאלה שבה יש להכריע בענייננו אינה אם נעמיד לדין אדם שאינו כשיר לכך אם לאו. על כך נתן המחוקק תשובה ברורה, הנתועה בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, ולפיה אין להעמיד לדין את מי שאינו כשיר לכך. השאלה בה אנו עוסקים היא מהי מידת ההוכחה הראויה כדי להוכיח טענת היעדר כשירות, היינו – מהי מידת ההוכחה אשר תאזן נכוחה בין האינטרסים המתנגשים העומדים על כפות המאזניים. כאמור, לגישתי, הנמכת הרף עד כדי הסתפקות בהעלאתו של ספק סביר בלבד לשם הוכחת הטענה והפסקת ההליכים המשפטיים בענייננו של נאשם פלוני פוגעת באיזון הראוי בין האינטרסים האמורים, ותוביל לפגיעה קשה באינטרס הציבורי, כמתואר לעיל. אני סבורה אפוא כי קביעת רף הוכחה של מאזן הסתברויות לשם הוכחת טענה של היעדר כשירות לעמוד לדין, מאזנת באופן ראוי בין תכליות הדין הפלילי לבין זכות הנאשם להליך הוגן.

סיכום ביניים

32. סיכום הדברים עד כה מעלה כי: ההיסטוריה החקיקתית של כלל הספק הסביר ביחס לסייגים לאחריות הפלילית הקבוע בסעיף 34כב(ב), לשון החוקים הרלוונטיים לטענת היעדר כשירות לעמוד לדין ושיקולי מדיניות – תומכים כולם, בוודאי במצטבר, במסקנה שלפיה רף ההוכחה הנדרש להוכחת טענת היעדר כשירות לעמוד לדין הוא מאזן הסתברויות.

33. עתה אבקש להתייחס לעמדתו של חברי, השופט הנדל, כי יש לגזור גזירה שווה בין רף ההוכחה הנדרש ביחס לטענת היעדר שפיות בעת ביצוע המעשה לבין רף ההוכחה הנדרש בטענת היעדר כשירות לעמוד לדין, ובחלק האחרון אסקור בקצרה את הדין הזר בסוגיה זו ואעמוד על השלכותיו.

היעדר שפיות והיעדר כשירות

34. חברי, השופט הנדל, סובר כי יש לגזור גזירה שווה בין רף ההוכחה הנדרש לשם הוכחת טענת אי השפיות בשעת מעשה העבירה (העלאת ספק סביר, בהתאם לסעיף 34כב(ב)), לבין רף ההוכחה הנדרש להוכחת טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין. לדבריו: "נקודת המוצא של שתי ההוראות – הפעם זהה היא: קיומו של ליקוי נפשי או שכלי. מכאן ניתן להסיק כי נכון, אפוא, לערוך גזירה שווה ממידת ההוכחה המוטלת על הטוען לסייג אי השפיות, לבין זו המוטלת על הטוען להיעדר כשירות דיונית ... ההבחנה ברף השכנוע הנדרש בין שתי הוראות החוק סובלת ממידה של מלאכותיות" (ראו: פסקה 23 לחוות דעתו של השופט הנדל).

35. דעתי היא כי אין הכרח לגזור גזירה שווה בין הדינים.

כפי שצוין בהרחבה בחלק שבו נדונה ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 39, כוונת המחוקק בעת שחוקק את סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין הייתה לקבוע רף הוכחה של ספק סביר על סייגים לאחריות פלילית השוללים את פלילויות המעשה, ואשר תחולתם מובילה לזיכוי הנאשם. כאמור, רף זה נובע מחזקת החפות, והוא אינו משתרע על כל טענה שרשאי הנאשם לטעון להגנתו, ובתוך כך על טענה לאי כשירות דיונית – אשר אינה

שוללת את פליליות המעשה, ולפיכך אינה מהווה סייג לאחריות פלילית כמשמעו בחוק העונשין. מכאן שאין לגזור גזירה שווה בין השניים.

36. כך, הוראת חוק קרובה אף יותר (מבחינת לשונה ותכליתה) לסייג היעדר השפיות מאשר טענת היעדר הכשירות, היא זו הקבועה בסעיף 301ב(ב)(2) לחוק העונשין (אשר לפני הרפורמה בעבירות ההמתה הייתה קבועה בסעיף 300א). ודוק, על אף נקודת המוצא הזוהי בניהן - קיומו של ליקוי נפשי או שכלי בעת ביצוע המעשה - נקבע לגביה רף הוכחה שונה של מאזן הסתברויות, כמפורט להלן.

סעיף 301ב(ב)(2) קובע כלהלן:

“על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עשרים שנים:
 (2) המעשה נעשה במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 –
 (א) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו;
 או
 (ב) להימנע מעשיית המעשה” (ההדגשה הוספה, י.ו.).

הוראה זו מאפשרת הפחתה בעונשו של נאשם אשר נמצא על סף העמידה בתנאי סעיף 34 לחוק העונשין (סייג היעדר השפיות בעת ביצוע המעשה) (ראו: ע”פ 5266/05 זלנצקי נ’ מדינת ישראל, פסקה 59 (22.2.2007) (להלן: עניין זלנצקי)).

37. רבות נכתב על הקשר ההדוק שבין סעיף 301ב(ב)(2) לחוק העונשין (כאמור, סעיף 300א לשעבר) לבין סייג היעדר השפיות בעת ביצוע המעשה הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. כך למשל צוין כי: “בבסיסן של שתי ההוראות ... עומד עקרון יסוד של הדין הפלילי, ולפיו תנאי מוקדם לנשיאה באחריות פלילית הוא יכולתו של אדם לשלוט במעשיו, לרבות במחדליו. במקום שבו ‘נעדרת’ – קרי, לא קיימת – יכולת שליטה’ כאמור, אין טעם שבהיגיון ואין הצדקה שבמוסר להטיל על ‘חסר היכולת’ אחריות פלילית...” (ע”פ 5951/98 מליטה נ’ מדינת ישראל, פ”ד נד(5) 49, 58 (2000)).

ההבדל בין שני הסעיפים, אשר מוביל אף להבחנה בתוצאת החלתם (זיכוי לעומת הפחתה בעונש), נובע אך מעוצמת ההשפעה של ההפרעה הנפשית או הליקוי השכלי על יכולתו של הנאשם להבין את מעשיו ואת הפסול שבהם. כך למשל צוין כי:

"סעיף 300א(א) בא ליתן מענה למבצעי רצח שמצבם הנפשי גובל במצב של אי-שפיות הדעת כהגדרתו בסעיף 34ח; אלה שמצבם הנפשי מוציאם, לכאורה, מקהל השפויים בדעתם, אך אינו מכניסם לקהל הבלתי שפויים. השוני בין יסודותיהם של סעיפים 34ח ו-300א(א) מתבטא, אל נכון, בעוצמת הפגם ובחומרת סיבתו" (שם, בעמ' 67; וכן ראו עוד ע"פ 10669/05 מטטוב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 13-14 (7.2.2008) (להלן: עניין מטטוב); עניין זלנצקי, פסקה 60).

38. הנה כי כן, הקרבה שבין סעיף 301ב(ב)(2) המאפשר הפחתה בעונשו של מי שנפגעה יכולתו הרצונית להימנע מעשיית המעשה אך במעט מחוסר יכולת של ממש, לבין סייג היעדר השפיות הקבוע בסעיף 34ח לחוק העונשין, היא הדוקה עד כדי "מרחק פסע בלבד" בניהם (עניין מטטוב, שם). חרף האמור, רף ההוכחה שנקבע ביחס לכל אחד מהם שונה. כך, כדי להוכיח את קיומו של סייג היעדר השפיות בעת ביצוע המעשה לפי סעיף 34ח לחוק העונשין די בהוכחת קיומו של ספק סביר בנדון (בהתאם להוראת סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין). לעומת זאת, בפסיקה נקבע כי כדי להוכיח את הקבוע בסעיף 301ב(ב)(2) לחוק העונשין, שלפיו יוטל עונש מופחת על הנאשם, עליו לעמוד, כאמור, ברף הוכחה של מאזן הסתברויות (ראו: 7926/00 דיפני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 817, 824-825 (2004) וההפניות שם; עניין מטטוב, פסקה 15; עניין זלנצקי, פסקה 61).

39. אני סבורה כי הדברים הם בבחינת קל וחומר בענייננו, שכן נדמה שהקרבה שבין סייג היעדר השפיות הקבוע בסעיף 34ח לחוק העונשין לבין טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין אינה כה הדוקה. כך, סעיף 300ב(ב)(2) וסעיף 34ח עוסקים במצב הנפשי של הנאשם בעת ביצוע המעשה, לעומת סעיף 170 לחסד"פ אשר עוסק במצבו הנפשי בעת העמדה לדין. כמו כן, תכליתם של סעיף 300ב(ב)(2) ושל סעיף 34ח – הפחתת אחריותו הפלילית (או איונה) של מי שבעת ביצוע העבירה לא היה בעל יכולת (במידה זו או אחרת) להבין את הפסול שבמעשיו. לעומת זאת, תכליתו של סעיף 170 לחסד"פ היא מניעת העמדתו לדין של מי שאינו יכול להגן על עצמו ולהבין את ההליך המתנהל נגדו, וזאת בשל הצורך בשמירה על הליך הוגן (וראו בהקשר זה דברי השופט עמית בעניין לייפר, בפסקה 24(ב)). כמו כן, על ההבדלים שבין טענת היעדר השפיות בעת המעשה לבין טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין ראו: רע"פ 8601/15 אשקר נ' מדינת ישראל, פסקאות 2-4 (15.5.2017); (תפ"ח (ת"א) 59/96 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 7 (31.3.1997)). והשוו: *Medina v. California*, 505 U.S. 437, 448-450 (1992) (להלן: עניין Medina).

40. לבסוף, אציין עוד בהקשר זה כי החשש ממניפולציות ביחס לטענת היעדר שפיות בעת ביצוע מעשה העבירה נמוך באופן ניכר מקיומו של חשש ביחס לטענת היעדר כשירות לעמוד לדין. זאת, מאחר שנדמה כי היכולת להשפיע בדיעבד, בעת ההליך המשפטי, על הראיות הנוגעות להוכחת עובדות שאירעו בעבר אינה גבוהה. לעומת זאת, היכולת להשפיע בעת ההליך המשפטי על ראיות הנוגעות להוכחת מצבו הנפשי או השכלי של הנאשם בזמן הווה, נתונה לשליטתו ולכישורי ההתחזות של הנאשם. משכך, אף בכל הנוגע לחשש שהובע לעיל מפני התחזות, נראה כי אין לגזור גזירה שווה מקביעת רף ההוכחה של טענת היעדר שפיות לרף ההוכחה הנדרש כדי להוכיח היעדר כשירות.

41. לפיכך, ולנוכח ההבדלים האמורים שבין סייג היעדר השפיות בעת ביצוע המעשה לבין טענת היעדר הכשירות לעמוד לדין - הנובעים, בעיקרו של דבר, מההבחנה המתוארת לעיל בין סייגים השוללים את פליליות המעשה ובין טענות הגנה החיצוניות לליבת ההליך הפלילי - איני סבורה שיש מקום לגזור גזירה שווה בין שתי הוראות החוק לעניין רף ההוכחה הנדרש בכל אחד מהם.

משפט משווה

42. כפי שעולה מחוות דעתו של חברי, השופט הנדל, בחלק ניכר משיטות המשפט הזרות יש להוכיח את הטענה בדבר היעדר כשירות לעמוד לדין במאזן הסתברויות. נדמה כי עובדה זו תומכת אף היא במסקנה כי רף הוכחה זה מהווה את האיזון הראוי בין האינטרסים והזכויות הנוגעים לעניין, כפי שיפורט להלן (לסקירה של הדין במדינות שונות, לרבות ההיסטוריה החקיקתית והפסיקתית שם, ראו פסק דינו של השופט ד' מינץ בת"פ (י-ם) 3029/07 מדינת ישראל נ' פלוני (15.9.2008)).

43. בדין הפדרלי בארצות הברית רף ההוכחה מוסדר בחקיקה הקובעת כי הינו מאזן הסתברויות (ראו: (1984) 18 U.S.C § 4241 (d)), ואולם החוק אינו קובע על מי מבין הצדדים מוטל נטל ההוכחה. המחוזות (Circuits) חלוקים בנושא זה (ראו: *United States v. Patel*, 524 F. Supp. 2d 107, 112-4 (D. Mass. 2007); Brett F. Kinney, *An Incompetent Jurisprudence: The Burden of Proof in Competency Hearings*, 43 U.C. DAVIS L. REV. (2009) 683), אך כפי שהובהר בעניין *Medina*, כאשר רף ההוכחה הוא של מאזן הסתברויות, לחלוקת הנטל תהיה השפעה אך במעט המקרים שבהם כפות המאזניים מעוינות, וקיים שוויון מבחינת הראיות התומכות בכל אחד מהצדדים:

"Under California law, the allocation of the burden of proof to the defendant will affect competency determinations only in a narrow class of cases where the evidence is in equipoise; that is, where the evidence that a defendant is competent is just as strong as the evidence that he is incompetent".

44. הדין המדינתי ברוב המדינות בארצות הברית דורש גם הוא רף הוכחה של מאזן הסתברויות כאשר נטל ההוכחה מוטל על הנאשם, ובמספר קטן של מדינות מוטל נטל זה על המדינה להוכיח כי הנאשם שהעלה טענה סבירה בדבר היעדר כשירותו לעמוד לדין הוא למעשה כשיר (ראו: *Cooper v. Okla.*, 517 U.S. 348, 510 (1996) (להלן: עניין Cooper)). בעניין *Medina* נטען כי הטלת נטל ההוכחה על נאשם להוכיח במאזן הסתברויות כי הוא אינו כשיר לעמוד לדין פוגעת בזכותו להליך הוגן, ואולם עמדה זו נדחתה בפסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות הברית:

"Our cases recognize that defendant has a constitutional right 'not to be tried while legally incompetent', and that a State's 'failure to observe procedures adequate to protect a defendant's right not to be tried or convicted while incompetent to stand trial deprives him of his due process right to a fair trial'... Once a State provides a defendant access to procedures for making a competency evaluation, however, **we perceive no basis for holding that due process further requires the State to assume the burden of vindicating the defendant's constitutional right by persuading the trier of fact that the defendant is competent to stand trial**" (Medina, 449; י.ו.).

45. במדינות אחדות בארצות הברית נדרש רף הוכחה של הבאת "ראיות ברורות ומשכנעות" לכשירותו או היעדר כשירותו של נאשם לעמוד לדין. בעניין *Cooper* הועלתה הטענה כי כאשר נטל מכביד זה מוטל על הנאשם להוכיח כי הוא אינו כשיר לעמוד לדין יש בכך כדי לפגוע בזכותו החוקתית להליך הוגן. בית המשפט העליון של ארצות הברית קיבל טענה זו, וקבע כי כאשר הנאשם הוכיח כי סביר יותר שהוא אינו כשיר לעמוד לדין מאשר ההיפך (היינו, עמד ברף ההוכחה של מאזן הסתברויות), אין לדרוש ממנו הוכחה ברמה גבוהה יותר, ויש להפסיק את ההליכים נגדו, שאם לא כן תפגע זכותו החוקתית:

Oklahoma's practice of requiring the defendant to prove incompetence by clear and convincing evidence

imposes a significant risk of an erroneous determination that the defendant is competent. In *Medina* we found no comparable risk because the presumption would affect only the narrow class of cases in which the evidence on either side was equally balanced... Unlike the presumption at issue in *Medina*, however, **Oklahoma's clear and convincing evidence standard affects a class of cases in which the defendant has already demonstrated that he is more likely than not incompetent...**

While the difficulty of ascertaining where the truth lies may make it appropriate to place the burden of proof on the proponent of an issue, it does not justify the additional onus of an especially high standard of proof" (*Cooper*, 512-513).

46. במשפט הקנדי הן רף ההוכחה והן נטל ההוכחה מוסדרים בחקיקה הקובעת כי הרף הוא מאזן הסתברויות והנטל מוטל על כתפי הטוען להיעדר כשירות (ראו: Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.22-672.23). בבריטניה, נטל ההוכחה הינו על הטוען להיעדר כשירות, ורף ההוכחה תלוי בזהות הטוען. כאשר טוען הטענה הוא הנאשם, עליו להוכיח זאת במאזן הסתברויות, וכאשר המדינה מעלה את הטענה, עליה להוכיחה למעלה מספק סביר (*R. v. Robertson* [1968] 1 WLR 1767; *R. v. Podola* [1960] 1 QB 325).

47. לבסוף, גם בדין האוסטרלי רף ההוכחה הנדרש להוכחת היעדר כשירות הוא מאזן הסתברויות (ראו: Criminal Law (Mentally Impaired Accused) Act 1996, § 12(1)). בהקשר זה הוסבר בספרות כי הכלל הוא שכאשר מדובר בסייג לאחריות פלילית השולל את פליליות המעשה, המדינה תידרש להוכיח כי הסייג אינו מתקיים מעל לכל ספק סביר (למעט סייג היעדר השפיות בעת ביצוע העבירה, בו נדרשת הוכחה במאזן הסתברויות). ואולם, כאשר החוק פוטר את הנאשם מאחריות פלילית בשל נסיבה חיצונית לעבירה (כגון – היעדר כשירות לעמוד לדין), הנאשם יידרש להוכיח את קיומה ברף של מאזן הסתברויות (הדברים הובאו בעניין רוזוב, בעמ' 382-383):

"A common instance is where a statute creates an offence and then provides that liability is not incurred where some condition is satisfied (for example, where D acts with reasonable excuse). **The general rule is that where the matter of exculpation is indeed separate from the offence, the onus is on [defendant] to establish it (the standard of proof being the civil one). Conversely, where the qualifying element is indeed to be regarded as being but an element of the offence itself (part of its definition), the onus is on the prosecution to prove it, along with the other elements of the offence, beyond reasonable doubt"**

(P. GILLIES, CRIMINAL LAW 207 (Sydney, 3rd ed., 1993; (ההדגשה הוספה, י.ו.)).

48. מכל האמור לעיל עולה כי בשיטות משפט רבות ובעלות מסורת חוקתית יציבה וארוכה של הגנה על זכויות נאשמים, שאלת רף ההוכחה של טענת היעדר כשירות לעמוד לדין נדונה באופן רציני ומעמיק, וכי המסקנה של המחוקקים ובתי המשפט בשיטות אלה הייתה כי האיזון הראוי בין האינטרסים הרלוונטיים יימצא בקביעה כי הרף בסוגיה זו הוא מאזן הסתברויות. נראה אפוא כי אחידות שכזו בדין הזר מלמדת, למצער, כי החשש מפני פגיעה בהליך הוגן או בזכויות הנאשם בקביעת רף הוכחה של מאזן הסתברויות אינו אוניברסלי או רווח.

סיכום

49. השאלה בדבר מידת ההוכחה הנדרשת מנאשם הטוען להיעדר כשירות לעמוד לדין טרם הוכרעה בפסיקת בית משפט זה עד כה, ואכן שאלה נכבדה היא. על כפות המאזניים עומדות, מחד גיסא, זכות הנאשם להליך הוגן והחשש מפני העמדה לדין של מי שאינו מסוגל להבין באופן מושכל את משפטו, ומאידך גיסא, השאיפה להגשים את תכליות המשפט הפלילי וכן החשש מפני התחזות ומניפולציות. ההליך הפלילי פועל בהתאם לכללים שנועדו לאזן בין התכליות האמורות, ונראה כי שיקולים רבים עליהם עמדתי לעיל מוליכים למסקנה שלפיה האיזון הראוי בסוגיה הנדונה יושג באמצעות קביעת רף ההוכחה של מאזן הסתברויות.

מסקנה זו, כאמור, נגזרת בראש ובראשונה מההיסטוריה החקיקתית של תיקון 39 ובפרט של סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, ומלשון החוקים העוסקים בהיעדר כשירות לעמוד לדין. כמו כן, מסקנה זו נובעת משיקולי המדיניות – מניעת התחזות וכתוצאה מכך הפחתת החשש מפני פגיעה בתכליותיו של ההליך הפלילי. עוד עמדתי על כך שאין הצדקה לגזור גזירה שווה בין רף ההוכחה הנדרש לשם הוכחתו של סייג היעדר השפיות לבין רף ההוכחה הנדרש לשם הוכחת הטענה בדבר היעדר כשירות לעמוד לדין. לבסוף, מסקירת הדין בשיטות זרות עולה כי חלק ניכר משיטות המשפט המקובל קובעות את רף ההוכחה של טענת היעדר כשירות לעמוד לדין כרף של מאזן הסתברויות.

50. נוכח כל האמור לעיל, לו תשמע דעתי, ייקבע כי נאשם הטוען להיעדר כשירות לעמוד לדין מכוח סעיף 170(א) לחסד"פ נדרש להוכיח את טענתו במאזן הסתברויות.

ש ו פ ט ת

השופט ג' קרא:

1. חבריי נחלקו בעמדותיהם בשאלת רף ההוכחה הראוי לקבלת טענה של אי כשירות לפי סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), האם די כי הנאשם יקים ספק סביר בעניין, כעמדת השופט נ' הנדל, או שמא עליו לעמוד ברף של מאזן ההסתברויות, כעמדת השופטת י' וילנר. לאחר שקראתי בעיון את חוות דעתם המפורטות והמנומקות, החלטתי לצרף את דעתי לדעתו של השופט הנדל. שכן, אף אני סבור כי מידת ההוכחה להיעדר כשירות לעמוד לדין לפי סעיף 170 לחסד"פ, הינה הקמת ספק סביר. אציין כבר עתה, כי את עמדתי זו הבעתי בעבר עת הצטרפתי בהסכמה לפסק דינה של חברתי השופטת מ' סוקולוב בע"פ (מח-ת"א) לייטנר נ' מדינת ישראל (2.5.2012) ומשנדרשתי כעת לשוב וליתן את דעתי לשאלה זו, לא מצאתי לחזור בי מעמדה זו.

2. אף כי בפסק דינו המקיף פרס השופט הנדל יריעה רחבה ביחס למכלול השיקולים וההיבטים שעליהם ביסס את קביעתו, ראיתי להוסיף מספר הערות על מנת לחדד ולהדגיש את שבעיני מצוי בלזו ההכרעה.

3. בפתח הדברים אציין כי השאלה העומדת לדיון אינה רק מהו רף ההוכחה הראוי לטענה של אי כשירות דיונית לפי סעיף 170 לחסד"פ אלא גם האם ראוי לקבוע רף הוכחה שונה ביחס לכשירות דיונית לעומת כשירות מהותית, כאשר לשאלה האחרונה משקל משמעותי בהכרעה. לטעמי, הצבת שתי השאלות יחד ממקדת את הדיון ומדגישה את מימד ההגינות המשפטית שבקביעת רף ההוכחה הראוי.

באשר לתשובה לשאלות אלו, הרי שזו אינה מצויה בלשון החוק, בסיווג ההוראה כ"דיונית" לעומת "מהותית" או בסיווגה כ"טענת הגנה" לעומת "סייג לאחריות". כפי שאראה להלן, לשון החוק וסיווג הוראת החוק אינן מחייבות בהכרח מסקנה ביחס למידת ההוכחה הדרושה והשאלה, אם כן, מוכרעת על ידי שיקולי מדיניות והגינות משפטית לצד שיקולים מעשיים.

4. כך, הבחינה הלשונית אינה מובילה להכרעה. שכן, לשונו של סעיף 170(א) לחסד"פ, כשלעצמה, אינה משקפת אמת מידה ראייתית כלשהי הדרושה לשם קבלת הטענה, ואף אינה מרמזת לכך. בניגוד לעמדת השופטת וילנר ולעמדה שהובעה, אגב אורחא, בע"פ 1526/02 פלוני נ' מדינת ישראל בפסק דינו של השופט ד' חשין (22.11.2006) (להלן: ע"פ 1526/02) ובע"פ 4694/20 לייפר נ' מדינת ישראל בפסק דינו של השופט י' עמית (2.9.2020) (להלן: עניין לייפר), לטעמי אין בלשון הסעיף כל רמז לאופן שבו נדרש בית המשפט לבסס את קביעתו. כל שמורה הסעיף, הנוקט בלשון "קבע בית המשפט... שנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין", הוא שבית המשפט נדרש לקבוע כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין. קביעה זו, על פי הוראת הסעיף, יכול שתתבסס על סעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1961 או על סעיף 19ב(1) לחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית), התשכ"ט-1969 (להלן, בהתאמה, חוק טיפול בחולי נפש ו-חוק הסעד). גם הוראות אלו, שאליהן מפנה סעיף 170(א) לחסד"פ, נוקטות במטבעות לשון שאין בהן כדי לגלות מהי אמת המידה לרף ההוכחה הנדרש. כך, "בית המשפט טבור... כי הנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת היותו חולה" בסעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש. וכך, "בית המשפט מצא... שהנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין" בסעיף 19ב(1) לחוק הסעד.

ברי, כי קביעת בית המשפט ביחס להעדר מסוגלות הנאשם לעמוד לדין נדרשת, אולם זו יכולה להתבסס על הטלת ספק סביר כשם שהיא יכולה להתבסס על עמידה במאזן ההסתברויות. בין כך ובין כך, בשני המקרים נדרש בית המשפט להכריע ולקבוע האם הנאשם מסוגל לעמוד לדין אם לאו ועצם השימוש במילה "קביעה" אין בה כדי להצביע בהכרח כי בית המשפט יכריע בדבר על פי מאזן ההסתברויות. לשם השוואה, הוראת סעיף 40(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) נוקטת לשון "קביעה" גם מקום בו מדובר בקביעה על פי רף הוכחה של ספק סביר וגם על פי רף הוכחה של מאזן ההסתברויות, כך: "בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי" (ההדגשות הוספו – ג.ק.).

מכאן שלמעשה, סעיף 170(א) לחסד"פ, כמו גם הוראות החוק אליהן הוא מפנה, שותק ביחס לרף ההוכחה הנדרש לקביעה זו. אציין, כי עמדה דומה, לפיה אין בלשון הסעיף כדי לגלות מהי רמת ההוכחה הדרושה לקביעת אי כשירות דיונית הביע חברי השופט ד' מינץ בת"פ (שלום י-ם) 3029/07 מדינת ישראל נ' פלוני (5.9.2008).

חיזוק למסקנה זו מצוי בהוראות החוק אליהן מפנה סעיף 170(א) לחסד"פ. באשר הן סעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש והן סעיף 19(ב1) לחוק הסעד, מתייחסים מפורשות לכך שבקביעתו זו יתבסס בית המשפט על ראיות שהובאו לפניו על ידי אחד מבעלי הדין או מיוזמתו שלו. היינו: אין הכרח כי הטענה להעדר כשירות דיונית תבוא מפיו של הנאשם דווקא, הגם שעל פי רוב כך יקרה מטבע הדברים, ומכאן שאין הכרח כי רף ההוכחה הדרוש הוא רף הוכחה של מאזן ההסתברויות. זאת ועוד, לטעמי יש בכך גם כדי ליתן ביטוי למידת החשיבות שמייחס המחוקק לטענה לאי מסוגלות הנאשם לעמוד לדין, היינו: להיעדר כשירותו הדיונית.

5. גם סיווג הוראת סעיף 170 לחסד"פ כטענה דיונית אינו מהווה שיקול מכריע ביחס לקביעת מידת ההוכחה הראויה. אמנם, טענת אי הכשירות המהותית שבסעיף 34 לחוק העונשין נוגעת למצבו של הנאשם בעת ביצוע העבירה המיוחסת לו ומשמעה כי לא השתכללה כל אחריות לעבירה בעוד שטענת אי הכשירות הדיונית שבסעיף 170 לחסד"פ נוגעת למצבו של הנאשם בעת ההליך הפלילי המתנהל נגדו ועניינה בנסיבות חיצוניות למעשה העבירה. אולם מכל בחינה עניינית ומהותית אחרת, אין טעם ראוי לקביעת רף הוכחה שונה ביחס לשני סוגי הטענות.

ראשית, וכפי שציין חברי השופט הנדל, מדובר בשתי הוראות קרובות. שתי ההוראות גם יחד מבוססות על מצב עובדתי זהה בעיקרו ועל קיומם של שני תנאים מצטברים – קיומה של מחלת נפש או לקות שכלית, שבעטייה ניטלה מן הנאשם היכולת להבין את תמונת המציאות ולפעול באורח מושכל ומודע (עניין לייפר, פסקה 20 לפסק דינו של השופט י' עמית) – ובשל כך נמצא כי אין זה ראוי כי ייתן את הדין על מעשיו. לפיכך, בלב הדברים עומדת שאלת השלכת קיומה של מחלת נפש או לקות שכלית על ההליך המשפטי ואין טעם סביר להבחין בין מידת ההוכחה של שתי הטענות.

שנית, דווקא ההבדלים בין הדרישות לתחולת שני סוגי הטענות, העדר כשירות מהותית מזה והיעדר כשירות דיונית מזה, מצדיקים מקל וחומר החלת רף הוכחה זהה.

לשם תחולת אי הכשירות המהותית נדרש כי בשל מחלת נפש או לקות שכלית, היה הנאשם חסר יכולת של ממש להבין את טיב מעשיו, היינו: העדר הבנה ויכולת הבחנה בסיסית ובינארית בין רע לטוב (וכלשון החוק "להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו או להימנע מעשיית המעשה", כאמור בסעיף 34(1) ו-2) לחוק העונשין). בכל הנוגע לאי הכשירות הדיונית בוחן בית המשפט האם יש ביכולתו של הנאשם לעקוב אחר מהלך הדיונים במשפטו, ובכלל זה: להבין את מהות ההליך המשפטי; להעריך את מהות האשמה; להיות מסוגל להסתייע בעורך דינו לשם הגנתו; ולהבין את תוכנו של הראיות המובאות נגדו, משמעותן והשלכותיהן על הגנתו. אמנם לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה נדרשת הבנה בסיסית בלבד של ההליך המשפטי (עניין לייפר, פסקאות 19 ו-20 לפסק דינו של השופט י' עמית; ע"פ 7747/08 ג'ילין נ' מדינת ישראל, פסקה 109 לפסק דינו של השופט י' דנציגר ופסקה 5 לפסק דינו של השופט א' לוי (5.8.2010)). אולם, למעשה, העניינים לגביהם נדרשת הבנתו של הנאשם, הטוען שאינו מסוגל לעמוד לדין, הינם מופשטים ומורכבים יותר מאשר הדרישות הבסיסיות שבהגנת אי שפיות הדעת, שעניינן, כאמור, היכולת להבחין בין רע לטוב. לטעמי, אין כל הצדקה לקביעה כי נאשם, בעניינו הועלתה טענה שמפאת מחלת נפש או ליקוי שכלי בהם הוא לוקה בעת ניהול משפטו, נדרש לעמוד בנטל כבד מזה שבו נדרש לעמוד נאשם שלגביו נטען כי בשל מחלת נפש או ליקוי שכלי היה חסר יכולת של ממש להבין את טיב מעשיו או להימנע מעשייתם.

סיכומו של דבר בהיבט זה, כאשר הנושא הטעון הכרעה הוא עניין מצבו הנפשי של הנאשם אין זה סביר שלא לגזור גזירה שווה ממידת ההוכחה המוטלת על הטוען לקיומו של הסייג לפי סעיף 34 לחוק העונשין, לבין הטוען לאי כשירות לעמוד לדין לפי סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי, שהרי אי הכשירות לעמוד לדין דומה למצב חולף של מעין אי שפיות זמנית. וכי מדוע שנאשם שבעת ביצוע המעשה היה נתון במצב פסיכוטי, שפגע ביכולתו להבחין בין טוב לרע, יופטר מאחריות פלילית בהתקיים ספק סביר ואילו נאשם שנדרשת ממנו הבנה מורכבת יותר ביחס למושגים מופשטים ומורכבים בהרבה – הבנת מהות ההליך המשפטי; הערכת מהות האשמה; הסתייעות בעורך דינו; הבנת תכנון של הראיות, משמעותן והשלכותיהן על הגנתו – יידרש לרף גבוה בהרבה?!

6. בנוסף, גם ההבחנה בין "סייג" לבין "הגנה" על המשתמע מכך ביחס לנטל ההוכחה ולמידת ההוכחה, הבחנה שנדונה בהרחבה בע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337 (1999) (להלן: עניין רוזוב), אינה מכריעה את שאלת רף ההוכחה הדרוש.

אכן, כל שופטי ההרכב בעניין רחוב סברו כי הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, שכותרתה "נפקותו של ספק", אינה מוגבלת רק לסייגים הקבועים בפרק ה' לחוק העונשין ובית המשפט רשאי להכיר בסייגים נוספים מעבר להם (עניין רחוב, פסק דינו של הנשיא א' ברק בעמוד 410 מול האות ה), אולם שאלת היקף תחולתה והמבחנים לסיווג טענה כ"סייג" לא באו לידי הכרעה. טענות מסוג זה נבחנו בפסיקה ביחס לנטל ולמידת ההוכחה בעבירות ספציפיות, בין בעבירות שנקבעו מחוץ לחוק העונשין (עניין רחוב), ובין עבירות המנויות בחוק העונשין (רע"פ 7484/08; רע"פ 987/02 מדינת ישראל נ' זביידה, פ"ד נח(4)880)). לפיכך, ומבלי לטעת מסמרות בדבר, אציין כי בשים לב ללשון הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, הקובעת כי "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה" (ההדגשה הוספה – ג.ק.), ספק אם יש מקום להחלתו הישירה של סעיף 34 כב(ב) לחוק העונשין על הוראת סעיף 170 לחסד"פ.

מסקנה זו אינה מונעת קביעת רף הוכחה של הטלת ספק סביר ביחס להגנה העומדת לנאשם. בעניין רחוב סברו השופטים חשין וביניש – כל אחד מטעמיו ועל פי גישתו שלו – כי גם הוראה המסווגת כ"הגנה" להבדיל מ"סייג", יכולה לשאת עימה רף הוכחה של הקמת ספק סביר, ואין בעצם סיווגה ככזו כדי לחייב הטלת הוכחה על פי רף של מאזן ההסתברויות (עניין רחוב – השופט חשין, עמוד 381 מול האות ב; השופט ביניש, עמוד 403 מול האות א). לפיכך, ובהינתן מאפייניה של הוראת סעיף 170 לחסד"פ כהוראה הנושאת אופי כללי ואשר אינה צמודה להוראה מסוימת אחת, קרובה היא ל"סייג" ולא ל"הגנה", על פי מבחני העזר שפורטו בעניין רחוב ויושמו ברע"פ 7484/08, וגם בהיבט זה אין זה סביר לקבוע לגביה רף הוכחה שונה וכבד מזה שקבוע בסייג שבסעיף 34 לחוק העונשין ונכון יהיה לגזור גזירה שווה מהוראת סעיף 34 כב לחוק העונשין.

יתרה מכך, ברע"פ 7484/08 התקבלה עמדת השופטת ביניש בעניין רחוב, ולפיה יש לנתק בין שאלת הסיווג ל"סייג" או "הגנה" לבין קביעת מידת נטל ההוכחה ונקבע כי אין טעם להעמיק בשאלת הסיווג אלא "מוטב לגשת במישרין למשימת ההכרעה בשאלה האמיתית העומדת לבחינה – מהי מידת נטל ההוכחה החלה על נאשם" (שם, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת נאור; יורם רבין, יניב ואקי, דיני עונשין, כרך ב, 1109 (מהדורה שלישית, 2014)). גישה זו רלוונטית וראויה לטעמי, גם בעניין שלפנינו, ובהינתן מכלול

הטענות המפורטות – מוליכה היא למסקנה כי יש מקום להחיל רף הוכחה של הקמת ספק סביר.

7. לבסוף, גם המשמעות המשפטית והמעשית השונה הנובעת מקבלת טענת אי הכשירות המהותית לעומת זו הדיונית, מחייבת את המסקנה כי ראוי להחיל רף ראייתי זהה על השתיים. ברע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנון (3.2.2015) חידש חברי השופט הנדל וקבע כי משמעות קבלת טענת אי הכשירות המהותית שבסעיף 34 לחוק העונשין הינה זיכוי הנאשם, ולא רק סיווגו כמי שאינו בר עונשין (בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"פ 1237/15 מדינת ישראל נ' וחנון (5.7.2017); למשמעות הזיכוי בשל העדר כשירות מהותית, ראו: רע"פ 8601/15 אשקר נ' מדינת ישראל, פסקה 9ב לפסק דינו של השופט י' עמית (15.5.2017) (להלן: עניין אשקר)). לעומת זאת, קבלת טענה של אי כשירות דיונית לפי סעיף 170 לחסד"פ משמעה, על דרך הכלל, הפסקת הליכים ותו לא (וראו: עניין לייפר, פסקה 18 לפסק דינו של השופט י' עמית; עניין אשקר, פסקאות 3 ו-4).

מכוח סעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש, שעה שמורה בית המשפט על הפסקת הליכים בשל העדר כשירות דיונית, רשאי הוא להורות על צו אשפוז או צו טיפול מרפאתי, וזאת לתקופת המאסר המירבית. עניינו של נאשם שניתן נגדו צו כאמור יובא בפני ועדה פסיכיאטרית מדי שישה חודשים לפחות. ככל שתחליט הוועדה הפסיכיאטרית על שחרורו או על טיפול מרפאתי, קיימת חובת עדכון של גורמים שונים, בהם היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המחוז (סעיף 28(א) ו-17) לחוק). מקום בו הורתה הוועדה הפסיכיאטרית על שחרור הנאשם, רשאי היועץ המשפטי להורות על העמדתו של הנאשם לדין (סעיף 21 לחוק טיפול בחולי נפש). יתרה מכך, לגבי נאשם שמצוי בטיפול מרפאתי, רשאי היועץ המשפטי לממשלה לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר בהחלטתו על היעדר כשירות דיונית, אם יש יסוד סביר להניח כי הנאשם מסוגל לעמוד לדין וכי נסיבות העניין בכללותן מתאימות לכך (סעיף 21א(א) לחוק).

משמעות הדבר היא כי ההליך נגד הנאשם, שנמצא כי אינו כשיר לעמוד לדין, אינו מסתיים אלא מופסק וככל שחלה הטבה במצבו והוא חוזר להיות כשיר לעמוד לדין, יכול היועץ המשפטי לממשלה לשוב ולהעמידו לדין. ולהבדיל, נאשם שהוכרז כמי שלא היה שפוי בדעתו ולא היה אחראי למעשיו בעת ביצוע המעשה, מסתיים ההליך בזיכוי, קרי: באופן סופי, ואין כל אפשרות להעמידו לדין בהמשך.

בנסיבות אלה, בהן מצבו של נאשם שנמצא כי אינו כשיר לעמוד לדין, נבחן אחת לשישה חודשים והאפשרות לחידוש הליכים הינה בגדר אפשרות ממשית, שנעשה בה שימוש הלכה למעשה (ראו למשל: ע"פ 3502/12 פלוני נ' מדינת ישראל (23.6.2013); ע"פ 1526/02 הנ"ל), גם אם לא באופן נטול תקלות (ע"פ 3336/12 רבי נ' מדינת ישראל (10.7.2013)), אין הצדקה לקביעת רף הוכחה שונה ומחמיר יותר על נאשם ביחס לכשירותו הדיונית לעומת כשירותו המהותית.

8. לפני סיום אעיר כי ההשוואה לרף ההוכחה של מאזן ההסתברויות שנקבע בפסיקה לסעיף 300 לחוק העונשין טרם תיקונו במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה (חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230 (להלן: תיקון מס' 137)) אינה שוללת מסקנה זו אלא אף מחזקת אותה.

סעיף 300 לחוק, שכותרתו "עונש מופחת", עסק בהתאם במישור העונשי בלבד והקנה לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת להקל בעונשו של נאשם שביצע מעשה רצח ועומד בתנאים המפורטים בו, וזו גם היתה ההצדקה בבסיס הקביעה כי רף הוכחה של מאזן ההסתברויות לעומת רף הוכחה של הטלת ספק סביר לפי סעיף 34 לחוק העונשין (ע"פ 3243/95 צאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 769 (1998); ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פסקה 9, פ"ד נו(4) 289 (2002); ע"פ 10669/05 מטטוב נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן ופסקה א' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (7.2.2008); ע"פ 7492/07 חג'ג' נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (28.10.2009)). לעומת זאת, סעיף 301 שהוסף לחוק במסגרת תיקון מס' 137 לחוק העונשין נושא את הכותרת "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" ועוסק לא רק במישור העונשי אלא גם במישור האחריות (ראו: ע"פ 3567/20 עשור נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לפסק דינו של השופט י' אלרון (20.1.2021)). הסעיף קובע נסיבות המצדיקות אחריות מופחתת ובין אלו נמנים הפרעה נפשית חמורה או ליקוי שכלי, שבגינם הוגבלה במידה ניכרת יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו או להימנע מעשייתו, הגם כי לא עלתה כדי "חוסר יכולת של ממש".

על מכלול ההבדלים בין שני הסעיפים הללו עמד חברי המשנה לנשיאה השופט ח' מלצר בע"פ 1828/14 דהאן נ' מדינת ישראל, פסקאות 4-6 לפסק דינו (27.6.2019) (להלן: עניין דהאן). ובהמשך, במסגרת בקשה לדיון נוסף בעניין דהאן ביחס לסעיף 300 לחוק העונשין, שנדחתה, הודגש כי ההבדל בין הסעיפים הוא הבדל מהותי, באופן שיצריך בעתיד להידרש לשאלת הפרשנות הראויה של סעיף 301 ב(ב) (2) לחוק העונשין

(דנ"פ 5196/19 דהאן נ' מדינת ישראל (30.12.2019)). אמירה כללית זו, יפה לטעמי גם ביחס לשאלה האם השתנה רף ההוכחה הנדרש עם ביטול סעיף 300א וחקיקת סעיף 301ב לחוק העונשין, במסגרת תיקון מס' 137 לחוק. שאלה זו התעוררה גם בפסיקת בתי המשפט המחוזיים במספר מקרים (ראו למשל: תפ"ח (מח'-מרכז) 18-07-67107 מדינת ישראל נ' חיים (12.7.2020); וראו גם אורי שהם, לי-אור שחרור "ענישה או אחריות מופחתת בעבירת הרצח" ספר מנחם פינקלשטיין – משפט, ביטחון וספר, 443, 479-480 (2020)). מכאן, שרף ההוכחה שנקבע ביחס לסעיף 300א לחוק העונשין, שכאמור בוטל זה מכבר, אינו יכול לשמש נימוק ממשי להעמדת רף ההוכחה בסעיף 170 לחסד"פ על מאזן ההסתברויות.

9. המקובץ לעיל מעלה כי אין כל טעם סביר לקביעת רף הוכחה שונה ומכביד יותר ביחס לטענת היעדר כשירות דיונית לעומת טענת אי כשירות מהותית והבחנה כזו תהא בלתי הוגנת.

10. אשר על כן, ומהטעמים המפורטים לעיל, מצאתי להצטרף לעמדתו של חברי השופט הנדל ולקבוע כי רף ההוכחה הדרוש לעניין סעיף 170 לחסד"פ הוא של הקמת ספק סביר.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט בדעת רוב, כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל, אליו הצטרף השופט ג' קרא, ובניגוד לחוות דעתה של השופטת י' וילנר, כי דין הערעור להתקבל, תוך ביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי. תחת זאת, יש להורות על הפסקת ההליכים נגד המערער.

ניתן היום, י"ד בסיון התשפ"א (25.5.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט