

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים**ע"פ 2531/19**

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
 כבוד השופט ד' מינץ
 כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת: פלונית

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 27.2.2019 בתפ"ח 51216-04-18 שניתן על ידי כבוד השופטים נ' זלוצ'ובר (סג"ג), ש' פרידלנדר ו-ד' כהן

בשם המערערת: עו"ד רועי בראונר; עו"ד פנינה כהן-שנדר

בשם המשיבה: עו"ד אריה פטר

כתבי עת:

יעקב בשן, "על העבירה של המתת תינוקות", עיוני משפט, כרך ג (תשל"ג-תשל"ד) 352
 אהרן ברק, "על פרשנותה של הוראה פלילית", מחקרי משפט, כרך יז (תשס"ב) 347
 אורי שהם; לי-אור שחרור, "ענישה מופחתת או אחריות מופחתת בעבירת הרצח", ספר מנחם פינקלשטיין - משפט, ביטחון וספר, (שרון אפק, עופר גרוסקופף, שחר ליפשיץ, אלעד שפיגלמן עורכים, נבו, 2020) 443

ספרות:

אריאל פורת נזיקין כרך א (2013)
 ישראל גלעד דיני נזיקין - גבולות האחריות (התשע"ב-2012)
 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין
 אמנון כרמי בריאות ומשפט
 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ד - פרשנות החוזה (התשס"א)
 יעקב בזק משפט ופסיכיאטריה אחריותו המשפטית של הלקוי בנפשו (התשס"ו)
 יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי
 יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים
 יורם רבין, יניב ואקי דיני עונשין
 אבנר אליצור, שמוטל טיאנו, חנן מוניץ, מיכה נוימן פרקים נבחרים בפסיכיאטריה
 לימור עציוני רצח ילדים בידי הוריהם (התשס"א)

170 לחסד"פ כפי שקבע ביהמ"ש המחוזי וכטענת המשיבה; לבין זיכוי מחמת אי-שפיות הדעת, לפי סעיף 34 לחוק העונשין, כטענת המערער.

ביהמ"ש העליון, בדעת רוב (מפי השופט נ' הנדל בהסכמת השופט ע' גרוסקופף), קיבל את הערעור באופן חלקי במובן זה שהמערער תזוכה מעבירת רצח, וזאת חלף פסק הדין המורה על הפסקת ההליכים נגדה בגין עבירה זו. זאת בניגוד לחוות דעתו של השופט ד' מינץ, שסבר כי יש לקבל את הערעור באופן של זיכוי המערער מעבירה של המתת תינוק.

המחלוקת המרכזית שהתגלעה בין השופט הנדל, מזה, והשופט דוד מינץ, מזה, נוגעת לשאלה האם סעיף 303 לחוק העונשין, הקובע עבירה של "המתת תינוק", המתייחסת לגרימת מותו של תינוק שגילו פחות משנה על ידי אמו בזדון, חל גם במצבים בהם התקיים בנאשמת בגרימת המוות סייג אי שפיות הדעת, הקבוע בסעיף 34. לחוק העונשין.

לשיטת השופט הנדל, סעיף 303 מתייחס רק למצבים של "ערעור שיקול הדעת", ולא למצבים של אי שפיות הדעת, בהם שיקול הדעת אינו קיים כלל. על כן אין הסעיף רלוונטי במקרים, כדוגמת ענייננו, בהם המערער עומדת בסייג אי השפיות. לשיטת השופט מינץ, מצב של אי שפיות הדעת, הוא, מקל וחומר, מצב העונה על דרישת "ערעור שיקול הדעת" שבסעיף 303. על כן מרגע שנקבע כי יש להקל בעונש של מי ששיקול דעתה מעורער, הרי שהקלה זו חלה גם על מי שגרמה למות תינוקה בהעדר שיקול דעת. לפיכך, לשיטתו, סעיף 303 הוא הסעיף המתאים לעניינה של המערער.

השופט הנדל: ישנן שתי הוראות עיקריות בדין הפלילי, אשר נועדו להתמודד עם נאשם הלוקה בנפשו: מהותית ודיונית. ההוראה המהותית, המצויה בסעיף 34 לחוק העונשין, קובעת כי אי-שפיות הדעת בעת ביצוע העבירה מהווה סייג לאחריות פלילית. ההוראה הדיונית, המצויה בסעיף 170 לחסד"פ, קובעת כי אין לנהל הליך פלילי נגד נאשם שאינו מסוגל לעמוד לדין מפאת מחלתו לפי הגדרת חוק טיפול בחולי נפש.

בהתאם להלכות הקיימות: נאשם שנמצא בלתי שפוי בעת המעשה (לפי סעיף 34 לחוק העונשין) – דינו יהא זיכוי לפי הלכת וחנון; נאשם שנמצא בלתי כשיר לעמוד לדין (לפי סעיף 170 לחסד"פ) – דינו יהא הפסקת ההליכים; נאשם שנמצא הן בלתי שפוי והן בלתי כשיר – דינו הפסקת ההליכים, אלא בהתקיים החריג שנוצר ברע"פ 8601/15 בהלכת אשקר (ארבעה תנאים מצטברים), אז יהיה ניתן לזכותו; או בהתקיים חריג נוסף שנוצר בהלכת פלוני 2012, אך איננו רלוונטי לענייננו.

במקרה דנא בימ"ש קמא פסק כי לא ניתן לזכות את המערער לפי חריג אשקר, ועל כן אין מנוס מהפסקת ההליכים לפי המסלול הדיוני. אמנם, הוסכם כי שלושה מתוך ארבעת התנאים של חריג אשקר מתקיימים בענייננו: המשיבה אינה חולקת על חוות הדעת הפסיכיאטרית לפיה המערער לא הייתה שפויה בעת ביצוע העבירה וכעת איננה כשירה לעמוד לדין (תנאי א'); בימ"ש קמא הגיע למסקנה כי המערער ביצע את מעשה העבירה (תנאי ג'); וכן היה נכון לקבוע זאת בפסק דינו (תנאי ד'). אלא מאי, עמידתו הנחרצת של הסניגור על סעיף אישום שונה מזה שבחרה המשיבה, הביאה את ביהמ"ש להכריע כי תנאי ב', לפיו "הסניגור [...] מצהיר כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה", איננו מתקיים.

אמנם ייתכנו נימוקים טובים ושונים מדוע הסניגור אינו מוכן להסכים לעובדות האישום. ואולם, לגישת השופט הנדל, פרשנות הסניגור לפיה ניתן להחיל את חריג אשקר גם כאשר ישנה אי-הסכמה על סעיף העבירה, דורשת הרחבה של דרישת ההסכמה מעבר למידותיה.

השופט הנדל אינו רואה לנכון לקבוע כללים חדשים ביחס להלכת אשקר. ולכן על פני הדברים, ההליכים בעניין המערער צריכים להסתיים בדרך של הפסקת ההליכים לפי סעיף 170.

יחד עם זאת, השופט הנדל מוצא להתייחס לטענת הסניגור במישור העקרוני, לפיה לא ייתכן כי המאשימה תקבע את העבירה המיוחסת לנאשם בלתי כשיר מבלי שתהא לו יכולת להתגונן בפני האישום בו יופסקו ההליכים.

לעמדת השופט הנדל טענתו של הסניגור נכונה באופן חלקי. החוק לטיפול בחולי נפש מתווה שני מסלולי בחינה לסעיף האישום בו יופסקו ההליכים כנגד נאשם בלתי כשיר לעמוד לדין, אשר משקפים מעין מנגנון של ביקורת שיפוטית על אופן הפסקת ההליכים. אכן, אין לומר שבחירת התביעה מחייבת את ביהמ"ש, ואיננה נתונה לביקורת.

תחת החלופה הראשונה, ביהמ"ש נדרש לקבוע כי ישנן ראיות לכאורה לכך שהנאשם עשה את המעשה בו מואשם בכתב האישום (סעיף האישום הנבחר). תחת החלופה השנייה, נדרשת קביעה כי מתקיימות ראיות לכאורה לכך הנאשם עשה מעשה עבירה אחר, המבוסס על אותן העובדות או על עובדות דומות לאלו שפורטו בכתב האישום (מסעיף האישום החלופי).

סקירת הפסיקה מעלה כי על פי רוב, יופסקו ההליכים בסעיף האישום שבחרה המאשימה. דהיינו, ביהמ"ש בוחן האם ישנן ראיות לכאורה לעבירה שבכתב האישום, ובהינתן שמצא כאלו – אין הוא בוחן, בנוסף לכך, האם יש טעם להפסיק את ההליכים בעבירה שונה.

לעמדת השופט הנדל, המבנה הקיים אמנם מעניק יתרון קודם לתובעת בבחירת סעיף האישום, אך יתרון זה איננו אבסולוטי. היקף הדיון הראוי בסעיף האישום החלופי צריך להיות נתון לשיקול דעתו של ביהמ"ש. ההכרעה עשויה להיות מושפעת משיקולים מעשיים – מקום שישנה מחלוקת מבוססת אשר לסעיף האישום המתאים להפסקת ההליכים, אשר לה השלכות משמעותיות על תקופת האשפוז המרבית שתיקבע לנאשם ועל ההסדרים שיחולו עליו, אין להסתפק בכך שהוכחו ראיות לכאורה לסעיף העבירה הנבחר; אלא יש לבחון האם ישנן ראיות לכאורה גם לסעיף העבירה החלופי. בכך, ביהמ"ש רשאי להסתייג מסעיף האישום הנבחר להפסקת ההליכים נגד הנאשם. זאת ועוד. בבוחנו מהו סעיף האישום המתאים, ישקול ביהמ"ש האם העובדות שהוכרו לכאורה מצביעות, על פניו, על קיומה של המחשבה הפלילית הדרושה באותו סעיף אישום. באם ימצא ביהמ"ש כי המחשבה הפלילית המצטיירת מהעובדות איננה מתאימה לסעיף האישום שבחרה המאשימה, רשאי וצריך הוא לקבוע כי ההליכים יופסקו בסעיף אישום שונה, היה ויתאים לעובדות שהוכחו לכאורה. הודגש כי על מנת שביהמ"ש יבחר להפעיל סמכותו זו, נדרש כי הנסיבות העובדתיות ילמדו באופן מובהק כי סעיף האישום הנבחר איננו מתאים להפסקת ההליכים.

בענייננו, ביהמ"ש קמא קבע כי ישנן ראיות לכאורה לביצוע עבירת הרצח, בה הואשמה המערערת בכתב האישום. דהיינו, הוכח לכאורה – ברמה של סיכוי סביר להרשעה – כי המערערת "גרמה [...] למותו של אדם". כלשון סעיף 300(א)(2). משקבע כך ביהמ"ש, המשיבה למעשה עמדה ברף הדרוש בדין לצורך הפסקת ההליכים מהאישום ברצח. ואכן, העובדות שהוכחו לכאורה תומכות במסקנת ביהמ"ש ביחס לסעיף האישום הנבחר. המערערת שהתה בג'קוזי עם בנה התינוק, תוך שהיא מחזיקה אותו בידה. בשלב כלשהו, שחררה המערערת מאחיזתה את התינוק, כשראשו מוחזק מתחת למים, והוסיפה לשבת באמבט בשעה שהוא טבע. במהלך האירוע, במספר הזדמנויות, נקשו בדלת החדר אחרים, ופעם אחר פעם קראה לעברם "לא עכשיו" או בדומה לכך, על מנת שלא יפריעו לה במעשיה. כל אלו מצביעים על כוונת תחילה להביא למותו של התינוק. טענתה של המערערת כי היא הטביעה את התינוק מתוך מחשבה כי הוא הולך לגדול בתוך המים, עד שיהפוך להיות "מלך המשיח", איננה מעלה או מורידה לעניין התאמת סעיף האישום הנבחר לעובדות שהוכחו לכאורה.

כאמור, הסניגור טוען כי העבירה "הנכונה" המתגבשת ממעשי המערערת הינה המתת תינוק, לפי סעיף 303. המשיבה מתנגדת לכך, בטענה שלא כל יסודות העבירה מתקיימים.

אין חולק כי שלושה מתוך ארבעה יסודות העבירה מתקיימים: המערערת היא אישה; היא גרמה במעשה למות ולדה; לוולד לא מלאו 12 חודשים. הצדדים חלוקים ביחס ליסוד הרביעי, והוא, כי המערערת "היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה". הדרישה פורשה כדרישה לקשר סיבתי בין אי-ההחלמה מתוצאות הלידה או ההנקה, לבין ערעור שיקול הדעת בעת המעשה.

המחלוקת בענייננו מעלה שתי שאלות עקרוניות שטרם נידונו בפסיקה הישראלית. הראשונה, האם נאשמת בעלת רקע של מחלות נפש כלל עשויה לעמוד בדרישת הקשר הסיבתי בסעיף 303. השנייה, האם נאשמת שהוכרזה כסובלת מאי-שפיות הדעת לפי סעיף 34 לחוק העונשין, עשויה ליהנות מסעיף האישום של המתת תינוק.

לעמדת השופט הנדל, אין מניעה שנאשמת בעלת רקע קודם של מחלות נפש תצליח לקיים, במקרים מסוימים, את דרישת הקשר הסיבתי בין הלידה לבין ערעור שיקול הדעת. במקרה בו ביהמ"ש ייווכח שחוות הדעת הפסיכיאטרית מבססת באופן מובהק כי הלידה היא גורם אופרטיבי וממשי לערעור שיקול הדעת של נאשמת במהלך ביצוע המעשה – יהיה ניתן להפעיל את סעיף 303.

השאלה השנייה האם נאשמת שהוכרזה כסובלת מאי-שפיות הדעת לפי סעיף 34 לחוק העונשין, עשויה ליהנות מסעיף האישום של המתת תינוק היא זו שמעלה את הקושי המשפטי העיקרי. ובמה אמור הקושי? סעיף 303 מתייחס למצב של "ערעור שיקול הדעת", בעוד שסעיף 34 עניינו כי בשל "מחלה שפגעה ברוחו [...] היה חסר יכולת של ממש" להבין את המעשה או את הפסול בו, או להימנע מעשייתו. המשיבה גורסת כי לא ייתכן ששני המצבים ידורו בכפיפה אחת, בשל אי-התאמה מושגית ותכליתית. מדובר בסוגיה מורכבת אשר טרם נידונה במשפט הישראלי, ואף לא נמצאה לה התייחסות מפורשת במשפט המשווה.

לעמדת השופט הנדל הפרשנות הלשונית להוראת החוק; התכלית הסובייקטיבית הנלמדת מן ההיסטוריה החקיקתית ומן ההקשר החברתי; והתכלית האובייקטיבית הנלמדת מבחינה מהותית של הסעיף – כולם מבססים מסקנה כי הדרישה לערעור שיקול הדעת עקב אי-החלמה מתוצאות הלידה, לפי סעיף 303, נועדה להתמודד עם מצב דברים שונה מאשר אי-שפיות הדעת, לפי סעיף 34. בהינתן זאת, השופט הנדל קובע כי לא תיתכן תחולה משותפת של סעיף 303 ו-34. לאמור, לא ניתן להעניק פטור מאחריות פלילית מחמת אי-שפיות הדעת לנאשמת בהמתת תינוק. בהתאם – וכתמונת ראי – לא ניתן לסיים הליכים נגד נאשמת הפטורה מאחריות פלילית בסעיף האישום של המתת תינוק.

חרף האמור, במקרה זה, ובמקרה זה בלבד, השופט הנדל סבור כי נכון יותר לזכות את המערערת מעבירת הרצח מאשר להפסיק את ההליכים בעבירה זו. הטעם העיקרי לכך הן נסיבותיו הייחודיות של המקרה, ובמיוחד העובדה שהסיבה המרכזית בעטיה התנגדה הסנגורית לזיכוי כאמור הוא סברתה (המוטעית לעמדת השופט הנדל) שיש תחולה בעניינה של המערערת לסעיף 303 לחוק העונשין.

להשקפת השופט הנדל יש מקום במקרה זה ליצור מעין חריג נוסף, שאיננו סותר חזיתית את הלכת אשקר, ואף משתלב עמה. אותו מעין חריג חל כאשר המחלוקת בין סעיף האישום הנבחר לבין סעיף האישום החלופי הוא בין סעיף 300 לחוק העונשין – עבירת הרצח – לבין סעיף 303 – עבירת המתת תינוק. וייתכן אף זאת, רק במקרה שלפנינו שעה שהמחלוקת נסובה על פרשנותו של סעיף 303 בעניין המצב הנפשי בו הייתה מצויה הנאשמת בלבד. ניתן לומר כי למעשה יש הסכמה אשר לעובדות המקרה, פרט לסוגיה נקודתית וצרה בסוגיה משפטית שטרם התעוררה לפני בימ"ש זה.

כאמור, לעמדת השופט הנדל, המצב הנפשי של המערערת – פסיכוזה והיעדר שליטה – איננו מתיישב עם הדרישה בסעיף 303 ל"ערעור שיקול הדעת". ערעור שיקול הדעת מצביע על קיומו של שיקול דעת, ולא על היעדרו. עולה שהאירוע של הלידה היווה טריגר למעשה.

במקרה מיוחד זה, על כל הרבדים השונים בו, נראה שיהיה צודק ונכון יותר להורות על זיכוי המערערת ולא יהיה זה נכון, להסתפק בהפסקת ההליכים. אפשרות כזו נתונה לביהמ"ש כאשר המצבים החריגים, כאמור, לא נקבעו בסעיפי חוק. נראה כי התוצאה של הזיכוי, גם אם איננה משפיעה על תקופת האשפוז המרבית (או במקרנו, שכן המערערת שוחררה לטיפול מרפאתי לאחרונה, תקופת הפיקוח המרבית) – נותנת מענה, ולו חלקי, לכך.

השופט ד' מינץ סבור (בדעת מיעוט) כי יש לקבל את עמדת המערערת לפיה סעיף האיטום המתאים בנסיבות העניין הוא סעיף 303 לחוק העונשין המעגן את העבירה הייחודית של המתת תינוק. משכך, יש גם מקום להורות על זיכוי המערערת מעבירה זו חלף התליית ההליכים המשפטיים נגדה לפי הוראת סעיף 170 לחסד"פ מהטעמים הבאים:

כאשר מתעורר דיון בשאלת הפסקת ההליכים בעניינו של נאשם (ומתן צו אשפוז לפי חוק טיפול בחולי נפש), ביהמ"ש אינו יכול להסתפק במסגרת שהתוותה לו התביעה, ועליו לברר אם קיימת תשתית לכאורית לביצוע של עבירה – זו אשר בה הואשם הנאשם, או עבירה אחרת בהתבסס על אותן עובדות. במסגרת זו התשתית העובדתית הלכאורית הנדרשת הינה רק ביחס ליסוד הפיזי של העבירה.

כאשר מדובר בנסיבות אשר עשויות לקיים הן את יסודותיה של עבירת רצח והן את יסודותיה של עבירת המתת תינוק, יש לבכר התליית הליכים בעבירת המתת תינוק. זאת נוכח עובדת היותה "דין מיוחד" ונוכח לשונו של סעיף 303 לחוק על פיו בהתקיים הנסיבות המיוחדות המנויות בו, ייגזר דינה של נאשמת מכוחו למשך חמש שנים בלבד, "על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה".

אחד מיסודותיה העובדתיים של עבירת המתת התינוק הוא דרישת הקשר הסיבתי. לצורך בחינת רכיב זה יש להיעזר במבחן ה"סיבה בלעדית אין". מבחן זה מסייע גם לעניין שאלת ההשפעה של מחלה נפשית הקודמת ללידה, שכן על פי המבחן, די בכך שהלידה הייתה "סיבה" אחת בשרשרת הסיבות שהביאו למצבה הנפשי של הנאשמת.

באשר לרכיב ה"ערעור בשיקול הדעת" שבעבירת המתת תינוק, הרי שבניגוד לעמדת השופט הנדל, השופט מינץ אינו סבור כי קיימת מניעה לייחס לנאשמת עבירה זו, ולהפסיק את ההליכים בה, בד בבד עם הקביעה בדבר אי שפיותה. אין פגם בקביעה ששיקול דעתה של נאשמת הינו "מערער" אף אם ה"ערעור" מגיע עד כדי אי שפיות הדעת.

משנמצא לדעת השופט מינץ כי התקיימו כל יסודות עבירת המתת תינוק. הרי שבמצב דברים זה, יש להעדיף עבירה זו על פני עבירת רצח. בהינתן העובדה שהעבירה הרלוונטית היא עבירת המתת תינוק, נמצא כי מתקיים החריג אשר נקבע בעניין אשקר על פיו יש מקום לזכות נאשם אשר נמצא שהוא גם אינו כשיר לעמוד לדין וגם חסר אחריות פלילית למעשה העבירה בשל אי שפיות דעתו בשעת המעשה. שכן, הסנגור הביע הסכמתו לגבי עבירה זו. מכאן כי יש להורות על זיכוי המערערת ביחס לעבירה של המתת תינוק לפי סעיף 303 לחוק.

השופט ע' גרוסקופף מסכים לתוצאת פסק דינו של השופט הנדל, ולעיקר נימוקיו ומדגיש בין היתר, כי מדובר בפתרון שהותאם לנסיבות הייחודיות של המקרה הטראגי בו עסקינן. זיכוייה של המערערת מהמיוחס לה בכתב האיטום מחמת סייג אי השפיות, משאין חולק כי הוא התקיים בה במועד ביצוע המעשה הנורא.

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. אם גרמה למות בנה כ-5 שבועות לאחר לידתו. מה הביא אותה לכך? מה התחולל בנפשה עת ביצוע המעשה? אלו השאלות שמעורר ערעור זה. דע עקא, תשובה מלאה לא תוכל להימצא להן. נסיבות המקרה שבענייננו אינן מאפשרות בירור האשמה של המערערת, וודאי לא במובן המקובל, לנוכח המחסום הדו ממדי שנוצר אחר שהמערערת הוכרזה כסובלת מאי-שפיות הדעת בעת המעשה, וגם כמי שאיננה כשירה לעמוד לדין. ואולם, מחלוקת בין באי כוח הצדדים אשר לסעיף האישום הראוי בענייננו – רצח, כטענת המשיבה; או המתת תינוק, כטענת המערערת – מאלצת אותנו לפסוע במחוזות הסבוכים והכאובים של נפש המערערת.

המקרה דנן הוא מקרה אחד, אך לא יחיד, בגדרו נאשם בפלילים נמצא כמי שאיננו כשיר לעמוד לדין, אך בא כוחו מתנגד לאופן סיום ההליכים נגדו. ודוק: לאופן סיום ההליכים השלכות שונות ומגוונות, הן בהיבט סעיף האישום, לו השפעה על משך תקופת האשפוז הפסיכיאטרי המרבית של הנאשם הבלתי כשיר; והן בהיבט המסלול לסיום ההליכים, לו השלכה ישירה על סופיות הדיון ועל התווית החברתית המוצמדת למעשה. מקרים מעין אלו מעוררים שאלה עקרונית אשר למידת ההשפעה של נאשם בלתי כשיר לעמוד לדין על אופן סיום ההליכים כנגדו. ובענייננו, היעדר כשירות לעמוד לדין צועדת עם היעדר אחריות למעשה מחמת אי-שפיות הדעת.

רקע והליכים

2. מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (תפ"ח 51216-04-18), סגן הנשיאה נ' זלוצ'ובר, כב' השופטים ש' פרידלנדר ו-ד' כהן (להלן: פסק הדין)), אשר הורה על הפסקת הליכים כנגד המערערת על פי הסמכות הקבועה בהוראת סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: סעיף 170; ו-החט"ד פ, בהתאמה). הסתייגות בא כוח המערערת נסובה סביב האופן בו בחר בית משפט קמא לסיים את ההליכים כנגד הנאשמת. לאמור: בדרך של הפסקת הליכים מאישום בעבירת הרצח, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין (להלן: סעיף 300(א)(2)); ולא בדרך של זיכוי מחמת אי-שפיות הדעת מאישום בהמתת תינוק, לפי סעיף 303 לחוק העונשין (להלן: סעיף 303). אעיר כבר עתה כי טמונות בהכרעה שתי סוגיות. האחת, אישום ברצח לעומת בהמתת תינוק; השנייה, הפסקת הליכים לעומת זיכוי.

הרקע העובדתי איננו שנוי במחלוקת. המערערת הביאה, כאמור, למותו של בנה, תינוק בן כ-5 שבועות. האירוע הטראגי התרחש בעת ביקור המערערת ומשפחתה בבית מלון באשדוד, במהלכו הסתגרה המערערת בחדר האמבטיה והטביעה את בנה בג'קוזי.

כנגד המערערת הוגש כתב אישום בעבירת הרצח, לפי [סעיף 300\(א\)\(2\) לחוק העונשין](#). במסגרת ההליך בערכאה קמא, הגיעו באי כוח הצדדים להסכמה כי המערערת סבלה, ועודנה סובלת, ממחלה נפשית מסוג הפרעה דו-קוטבית; וכי בעת ביצוע המעשה סבלה מהתקף מאני-פסיכוטי. על כן, נקבע כי היא לא הייתה אחראית למעשה ואף איננה כשירה לעמוד לדין. בהתאם לכך ולפי הוראות [סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש](#), התשנ"א-1991, בית המשפט המחוזי הורה על סיום ההליכים המשפטיים נגד המערערת וציווה על אשפוזה. בנקודה זו, נתגלעה מחלוקת בין באי כוח הצדדים אשר לאופן בו ראוי לסיים את ההליכים המשפטיים. המחלוקת משתרעת, כאמור, על שני עניינים: הראשון, סעיף האישום הרלוונטי; והשני, הדרך המתאימה לסיים ההליכים. אשר לעניין הראשון, נחלקו הצדדים בין אישום ברצח, לפי [סעיף 300\(א\)\(2\)](#), כפי שקבע בית המשפט המחוזי על פי הנטען בכתב האישום; לבין אישום בהמתת תינוק, לפי [סעיף 303](#), כפי שטענה המערערת. אשר לעניין השני, נחלקו הצדדים בין הפסקת הליכים מחמת אי-כשירות לעמוד לדין, לפי [סעיף 170](#), כפי שקבע בית המשפט המחוזי וכטענת המשיבה; לבין זיכוי מחמת אי-שפיות הדעת, לפי [סעיף 34ח לחוק העונשין](#) (להלן: סעיף 34ח), כטענת המערערת.

יודגש כי התוצאה האופרטיבית של כל אחת מהחלופות שנבחנו הינה אחת – מתן צו לאשפוזה של המערערת לפי [סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש](#). אשפוז, ולא מאסר. ברם, לאופן סיום ההליך השלכה ישירה על אורך תקופת האשפוז המרבית, שהינה 25 שנים בעבירת הרצח ([סעיף 15\(17\)\(2\)\(ג\)](#)); ו-5 שנים בעבירת המתת תינוק ([סעיף 15\(17\)\(2\)\(א\)](#)).

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי הורה, פה אחד, על הפסקת הליכים מאישום בעבירת הרצח, על פי הסמכות הקבועה בהוראת [סעיף 170](#). נפסק כי קיימות ראיות לכאורה לביצוע עבירת הרצח, ועל כן ניתן צו לאשפוז המערערת לתקופה מרבית של 25 שנים, והכל לפי הוראות [סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש](#).

פסק הדין הדגיש כי סיום הליכים כנגד נאשם שנמצא כמי שאינו אחראי למעשיו ואינו כשיר לעמוד לדין, יעשה, ככלל, בדרך של הפסקת ההליכים לפי [סעיף 170](#). בית המשפט התייחס לחריג שנוצר ברע"פ [8601/15](#) אשקר נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (15.5.2017) (להלן: הלכת אשקר או עניין אשקר), אשר יצר פתח לסיום ההליכים כנגד נאשם בלתי כשיר ובלתי שפוי בדרך של זיכוי, בהתקיים תנאים מסוימים; ודחה את עמדת הסניגור כי המקרה הנידון עונה על חריג זה. כפי שיובהר בהמשך, אחד מתנאי החריג בהלכת אשקר הוא כי הסניגור יצהיר שהנאשם ביצע את מעשה העבירה. בענייננו, הסניגור סירב להצהיר כי המערערת ביצעה את עבירת הרצח, אלא לכל היותר את עבירת המתת תינוק (שהעונש בצידה, כאמור, מקל יותר). חרף עמידתו על סעיף אישום שונה, ביקש הסניגור להחיל את חריג אשקר ולהורות על זיכוי המערערת. בית המשפט דחה את הטענה בקובעו כי הלכת אשקר מהווה חריג צר החל רק מקום שקיימת הסכמה מלאה בין הצדדים לגבי התמונה המצטיירת מן המקרה, לרבות סעיף האישום הרלוונטי. הודגש כי עמידת הסניגור על סעיף עבירה שונה מחייבת בירור של יסודות העבירה, וכי בירור זה אינו מתאפשר בענייננו בשל המחסום הדיוני שקם עם ההכרזה על המערערת כבלתי כשירה לעמוד לדין.

בית משפט קמא התייחס, כלשונו, "למעלה מן הצורך", למחלוקת בין הצדדים ביחס לתחולת העבירה של המתת תינוק על המערערת, בתור מי שסבלה ממחלת נפש עוד קודם ללידת בנה. כפי שיוצג בהמשך, המשיבה התנגדה להחלת סעיף זה בטענה כי נאשמת שנמצאה בלתי שפויה איננה עומדת בדרישת [סעיף 303](#) ל"ערעור שיקול הדעת" עקב אי-החלמה מתוצאות הלידה. מבלי לקבוע מסמרות בעניין, צוין כי הפסיקה והספרות ביחס ל"סעיף 303" תומכים בפרשנות המשיבה כי העבירה של המתת תינוק לא נועדה לחול על נשים אשר סובלות ממחלת נפש קשה.

טענות הצדדים בערעור

4. בא כוח המערערת טוען כי ראוי להחיל את חריג אשקר על המערערת. לשיטתו, יש מקום לפרש את החריג כך שיחול, בתנאים מסוימים, גם כאשר ישנה אי-הסכמה על סעיף העבירה, כבענייננו. בא הכוח מציע כי בהתקיים מחלוקת בנוגע לסעיף העבירה אשר ניתן להכריע בה ללא צורך בקיום "הוכחות", מחובתו של בית המשפט לערוך בירור אשר לעבירה הנכונה. מצב זה יתרחש, לטענתו, כאשר המחלוקת היא בעניין משפטי מובהק או בעניין שבמומחיות, שאז אין נפקא מינא אם הנאשם

כשיר לעמוד לדין לצורך הבירור הנדרש. הסניגור סבור כי המחלוקת בענייננו עוסקת בעניין שבמומחיות – קרי, האם חוות הדעת הפסיכיאטרית מצביעה על קיום הקשר הסיבתי הדרוש [לסעיף 303](#), בין אירועי הלידה לבין מצבה הנפשי של המערערת – ועל כן הערכאה הדיונית הייתה רשאית להכריע במחלוקת, ולהורות, בהתאם, על זיכוי המערערת.

הסניגור מוסיף לעמוד על כך שהעבירה "הנכונה" המתגבשת ממעשי הנאשמת הינה המתת תינוק, ולא עבירת הרצח, כקביעת בית משפט קמא. זאת על פי חוות הדעת הפסיכיאטריות; ועל פי הטענות כי [סעיף 303](#) הוא בבחינת דין מיוחד (Lex Specialis), וכי לא מתקיימות ראיות לכאורה לאישום ברצח נוכח היעדר היכולת של המערערת לגבש כוונת תחילה.

במישור העקרוני, טוען הסניגור כי לא ייתכן שהמאשימה תקבע באיזו עבירה יופסקו ההליכים כנגד נאשם בלתי כשיר – מבלי שתהיה לו היכולת להתגונן בפני בית המשפט. על פי גישה זו, מן הראוי כי בית המשפט יתערב בסעיף האישום שבחרה המאשימה גם כאשר הצדדים צועדים במסלול של הפסקת הליכים, וזאת לאור ההשלכות השונות שיש לאופן סיום ההליכים על הנאשם. לצורך כך מבקש בא הכוח לערוך בירור אשמה לפי הוראת [סעיף 170\(א\)](#) ספא, במסגרתו יוחזר הדיון לבית משפט קמא על מנת שיגבה את עדותו של הפסיכיאטר המחוזי, ועל בסיסה יכריע בתחולת [סעיף 303](#) על ענייננו. לחילופין מציע כי ניתן לעשות שימוש בהוראות [סעיף 15\(א\)](#) [לחוק טיפול בחולי נפש](#), המורה כי בית המשפט רשאי לקבוע שישנן ראיות לכאורה לכך שנאשם ביצע מעשה עבירה אחר מזה המופיע בכתב האישום, כל עוד הוא מבוסס על עובדות דומות.

לחילופי חילופין, טוען בא כוח המערערת כי יש לשנות את סעיף האישום לעבירת ההריגה, לפי [סעיף 298 לחוק העונשין](#) (להלן: סעיף 298), וכנגזרת מכך לקבוע תקופת אשפוז מקסימלית של 20 שנים. לשיטתו, בהיעדר האפשרות לבחון את היסוד הנפשי של המערערת, ממילא אין מקום לדון בשאלה האם המעשה מקים את עבירת הרצח או את ההריגה, שהיסוד העובדתי שלהן זהה.

5. המשיבה מתנגדת לפרשנות שהציע בא כוח המערערת להלכת אשקר, ומצדדת בקביעות בית המשפט המחוזי בנושא. נוסף לכך, המשיבה עומדת על כך [שסעיף 303](#)

אינו יכול לחול על המערערת מהסיבה שיש לה רקע של מחלה נפשית קשה. את פרשנות זו מבססת המשיבה על ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף, המשפט המשווה וחוות הדעת הפסיכיאטרית.

כמו כן, דוחה המשיבה את הטענה כי לא מתקיימות ראיות לכאורה לעבירת הרצח נוכח היעדר כוונת תחילה, ועל כן, ראוי להאשים את המערערת בהריגה. בתגובתה הסתמכה על [ע"פ 3083/17 פלוני נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] (14.8.2018) (להלן: עניין פלוני 2017), בו נקבע כי בית המשפט מחויב לבחון אך ורק ראיות לכאורה הנוגעות ליסוד העובדתי שבעבירה, ואין צורך להצביע על ראיות לכאורה להוכחת היסוד הנפשי. המשיבה עומדת איתנה על כך כי אין מנוס מסיום ההליכים בדרך של הפסקת הליכים מאישום ברצח.

6. יצוין כי לאחר שמיעת טענות הצדדים ובטרם מתן ההכרעה בערעור, הוגשה בקשה להחלפת ייצוג המערערת ולמינוי סניגור מטעם הסניגוריה הציבורית. בשים לב כי הבקשה הוגשה בחתימת בעלה של המערערת, ולאור מצבה הנפשי של המערערת, התבקש הפסיכיאטר המחוזי להביע דעתו אם היא מודעת לבקשה וחפצה בהחלפת הייצוג. לאחר קבלת אישור המוסד המטפל, וכן הודעת הסניגור והמשיבה כי אינם מתנגדים לבקשה, הורנו על החלפת הייצוג כמבוקש. תחת הסניגור דאז, עו"ד רוני בראונר (לעיל ולהלן: הסניגור או בא כוח המערערת), מונתה עו"ד פנינה כהן-שנדר (להלן: הסניגורית), אשר הורשתה להגיש השלמת טיעון, וכך עשתה. בשלב זה יצוין כי הסניגורית חיזקה את כלל הטענות שנטענו, והשלמת הטיעון עניינה בסוגיה נקודתית אשר תוצג בהרחבה בהמשך. על כן, למעט אם יצוין אחרת, כלל הטיעונים שיוצגו להלן נטענו על ידי עו"ד בראונר.

דיון והכרעה

א. מסגרת נורמטיבית: מחלת נפש במשפט הפלילי

[...]

וּמָה הִיא הַפְּסִיכּוֹזָה
אִם לֹא מִתַּת אֵל
שֶׁהֲצִילָה אוֹתִי
מִגִּיהוֹם אֶחָד
וְהֶעֱבִירָה אוֹתִי
לְגִיהוֹם אֲחֵר

פְּנִימִי

עֲשָׂרִים שָׁנִים
 עוֹבְרוֹת לְנֶגְדַּי עֵינַי
 וְאֲנִי
 לֹא קְשׁוּרָה
 לֹא בְּכַפְיָהּ
 תְּפֹשֶׁה כְּצִפּוֹר דְּרוֹר
 בְּכָל־אֶשֶׁל רֵאשֵׁי הָאָסוּר.

(ליאור שיר "פסיכוזה" מתוך: נפח – אנתולוגיה (דורין ויסמן, עורכת, 2019).

7. המתמודד עם מחלת נפש סובל, ולעיתים סובל קשות. לא אחת קשה לזולת, ואף למי שסובל בעצמו ממחלת גוף, להבין את עומק הפגיעה וטיבה. מחלת נפש עשויה להשליך על אחריותו של אדם למעשיו, נושא שעומד במרכז המשפט הפלילי. באין אחריות – אין אשמה. לכאורה, זהו כלל פשוט ואינטואיטיבי. ואולם, אנו עשויים למצוא עצמנו משתאים אל מול מעשיו של נאשם הלוקה בנפשו: משתאים, בלא יכולת להבין. יש אשר יזדעקו על כישלון החברה למנוע את קרות המעשה הפלילי מבעוד מועד; יש אשר יערערו על הסרת האחריות הפלילית מנאשמים אלו, מתוך כאב על קורבנות המעשה או מתוך תפיסה הקשורה לצדק-חברתי. על המשפט הפלילי מוטלת המשימה הרגישה, שהיא עריכת איזון בין השיקולים השונים, המושכים מכאן ומכאן.

ישנן שתי הוראות עיקריות בדין הפלילי, אשר נועדו להתמודד עם נאשם הלוקה בנפשו: מהותית ודיונית. ההוראה המהותית, המצויה [בסעיף 34ח לחוק העונשין](#), קובעת כי אי-שפיות הדעת בעת ביצוע העבירה מהווה סייג לאחריות פלילית. ההוראה הדיונית, המצויה [בסעיף 170 לחסד"פ](#), קובעת כי אין לנהל הליך פלילי נגד נאשם שאינו מסוגל לעמוד לדין מפאת מחלתו לפי הגדרת [חוק טיפול בחולי נפש](#). הוראות אלו מתייחסות לנקודה שונה על ציר הזמן – הראשונה מתייחסת למצב הנפשי בעת ביצוע המעשה הפלילי; ואילו השנייה למצב הנפשי שבעת ניהול ההליך הפלילי. בהתאם, הראשונה משליכה על קביעת האחריות הפלילית לעבירה, ואילו השנייה אך על האפשרות לקיים משפט לבירור האשמה. בין שתי ההוראות תיתכן חפיפה, אך לא בהכרח. כך, ייתכן שנאשם ימצא הן כלא אחראי למעשיו והן כלא כשיר לעמוד לדין; וייתכן שיתקיימו בו רק אחד משני המצבים (ראו: אמנון [כרמי, בריאות ומשפט 898](#) (מהדורה שנייה, מוחמד ס. ותד עורך, 2013)).

מצב בו נאשם נמצא בלתי שפוי או בלתי כשיר לעמוד לדין, בית המשפט רשאי לצוות על אשפוזו או לחייבו לקבל טיפול מרפאתי (סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש). בצו שיינתן יורה בית המשפט על תקופת האשפוז או הטיפול המרפאתי המרבית, שתהא לפי תקופת המאסר הקבועה בסעיף העבירה (סעיף 15(17)(2)); מכאן והלאה: תקופת האשפוז המרבית); וכאשר הסעיף קובע מאסר עולם חובה, תהא 25 שנים בלבד (שם, ס"ק ג)). וחשוב להבהיר: תקופת האשפוז המרבית – כשמה כן היא. התקופה מהווה תקרה שמציב בית המשפט לוועדה הפסיכיאטרית, הפועלת מתוקף חוק טיפול בחולי נפש וקובעת את תקופת האשפוז בפועל. הוועדה הפסיכיאטרית מחויבת לערוך דיון תקופתי בעניינו של כל נאשם שמאושפז בצו בית משפט אחת לשישה חודשים לפחות, ובמסגרתו היא מוסמכת להורות על שחרור הנאשם אם מצאה "כי אין עוד הצדקה להמשך אשפוז נוכח מצבו הנפשי ונוכח מידת המסוכנות הנשקפת ממנו" (סעיף 28 לחוק טיפול בחולי נפש). כך, למשל, ייתכן כי בית המשפט יורה בצו האשפוז על תקופת אשפוז מרבית של 10 שנים, אך הנאשם ישוחרר מהאשפוז כעבור שנה אחת בלבד על ידי הוועדה הפסיכיאטרית.

ההבחנה בין ההוראה המהותית (אי-שפיות לפי סעיף 34ח) לבין ההוראה הדיונית (אי-כשירות לעמוד לדין לפי סעיף 170) חשובה ביותר, שכן היא קובעת את אופן סיום ההליכים כנגד הנאשם. הכרזה על אי-כשירות תביא לסיום הליכים בדרך של הפסקת הליכים (סעיף 170; ע"פ 9078/09 פלוגי נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (14.2.2012) (להלן: הלכת פלוגי 2012)). במקרה זה, סופיות הדיון איננה מובטחת: אם וכאשר ישוחרר הנאשם מהאשפוז על ידי הוועדה הפסיכיאטרית, יהיה רשאי היועץ המשפטי לממשלה להורות כי יועמד לדין מחדש (סעיף 21 לחוק טיפול בחולי נפש). הכרזה על אי-שפיות, לעומת זאת, תביא לסיום הליכים בדרך של זיכוי (רע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנון [פורסם בבנו] (3.2.2015) (להלן: הלכת וחנון)). להשלמת התמונה יצוין, שככלל, עד להלכת וחנון, נאשם שנמצא בלתי שפוי בעת ביצוע העבירה היה מוכרז כ"לאו בר-עונשין" (ע"פ 2947/00 מאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 636 (2002)). הלכת וחנון שינתה את התפיסה הרווחת וקבעה כי הנפקות האופרטיבית של תחולת סעיף 34ח על נאשם הינה זיכוי מלא, כמתחייב מבחינה משפטית, מוסרית ומעשית (ראו סעיף 6 לחוות דעתי). בהקשר זה יוער כי לזיכוי נאשם יש יתרון ניכר על-פני הפסקת הליכים: בראש ובראשונה, סיום הליכים בדרך של זיכוי מבטיח את סופיות הדיון, שכן לא ניתן להעמיד לדין מחדש נאשם שזוכה זיכוי מלא. יתרה מכך, ההכרזה

על נאשם הלוקה בנפשו כמי שזכאי מהסיבה שלא היה יכול לגבש מחשבה פלילית, עשויה להקל על הכתם המוסרי הדובק בו.

וכעת – למצב הדברים המיוחד בענייננו. הלכת וחנון לא התייחסה למקרה בו מתקיימים בנאשם שני מצבים גם יחד – הן אי-שפיות הדעת בעת המעשה, והן אי-כשירות לעמוד לדין בעת ניהול ההליך. כך, במשך זמן מה נחלקו הערכאות הדיוניות אשר לאופן סיום ההליכים נגד נאשם בלתי כשיר ובלתי שפוי: האם היא הפסקת הליכים, לפי [סעיף 170](#); או שיהא זיכוי מלא, לפי הלכת וחנון (ראו פס' 6 לעניין אשקר וההפניות שם). באה הלכת אשקר והבהירה כי במצב הדברים הרגיל, אי-כשירות לעמוד לדין תביא להפסקת הליכים – גם אם בצידה עומדת אי-שפיות בעת המעשה. לצד זאת, יצר בית המשפט חריג המתיר זיכוי גם בנסיבות האמורות, בהתקיים ארבעה תנאים מצטברים. אלו התנאים שפרש השופט עמית לחריג זה:

- א. התביעה אינה חולקת על חוות הדעת הפסיכיאטרית על שני חלקיה.
- ב. הסניגור הצהיר כי בחן היטב את חומר הראיות, בחן את האינטרס של הנאשם אותו הוא מייצג, והוא מודע לנפקויות הזיכוי מחמת אי שפיות – ולאחר כל אלה הוא מצהיר כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה. במאמר מוסגר: על הסניגור להיות מודע לכך כי לזיכוי מחמת סייג אי השפיות עלולות להיות השלכות שונות, ובין היתר, לגבי הרישום הפלילי; בית המשפט יורה ליתן צו אשפוז או צו לטיפול מרפאתי כפוי לתקופה המירבית כאמור בסעיף 15(ד) לחוק טח"ן; כאשר מדובר בעבירות מין זיכוי מסוג זה מלווה בסמכות ליתן צו פיקוח על הנאשם מכוח [חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין](#), התשס"ו-2006; חולה נפש שהוכר ככזה בפלילים עשוי להתחייב בנזיקין בתביעה אזרחית; לזיכוי מחמת מחלת נפש עשויה להיות סטיגמה חברתית.
- ג. תיק החקירה הוגש לבית המשפט כתיק מוצגים מוסכם, בית המשפט עיין בתיק והגיע למסקנה כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה.
- ד. בית המשפט יקבע בפסק הדין המזכה את הנאשם מחמת סייג אי השפיות כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה.

זוהי התמונה המצטיירת מהלכת וחנון והלכת אשקר:

א. נאשם שנמצא בלתי שפוי בעת המעשה – דינו יהא זיכוי לפי הלכת וחנון;

ב. נאשם שנמצא בלתי כשיר לעמוד לדין – דינו יהא הפסקת ההליכים לפי

[סעיף 170](#);

ג. נאשם שנמצא הן בלתי שפוי והן בלתי כשיר – דינו הפסקת הליכים, אלא בהתקיים החריג שנוצר בהלכת אשקד, אז יהיה ניתן לזכותו; או בהתקיים חריג נוסף שנוצר בהלכת פלוני 2012, שיוצג להלן, אך איננו רלוונטי לענייננו.

מצוידים בכללים נורמטיביים אלו, ניגש לענייננו אנו. הליך זה מעורר שלוש שאלות הדורשות ליבון והכרעה. הראשונה: מהי המסגרת המשפטית המתאימה לסיום ההליכים נגד המערערת: זיכוי או הפסקת הליכים. השנייה: האם ניתן וראוי להתערב בסעיף האישום שבחברה המשיבה (רצח), אף שהוכחו ראיות לכאורה בענייננו. השלישית: בהינתן שכן, האם ראוי לשנות את האישום להמתת תינוק או להריגה. לצורך כך, תידון בהרחבה הפרשנות הראויה [לסעיף 303](#), העבירה של המתת תינוק, לרבות השאלה העקרונית המצויה במחלוקת בין הצדדים, היינו, האם ניתן וראוי להחיל את [סעיף 303](#) על נאשמת הסובלת מאי-שפיות הדעת.

ב. הפסקת הליכים או זיכוי

8. בית משפט קמא פסק כי לא ניתן לזכות את המערערת לפי חריג אשקד, ועל כן אין מנוס מהפסקת ההליכים לפי המסלול הדיוני. אמנם, הוסכם כי שלושה מתוך ארבעת התנאים של חריג אשקד מתקיימים בענייננו: המשיבה אינה חולקת על חוות הדעת הפסיכיאטרית לפיה המערערת לא הייתה שפויה בעת ביצוע העבירה וכעת איננה כשירה לעמוד לדין (תנאי א'); בית משפט קמא הגיע למסקנה כי המערערת ביצעה את מעשה העבירה (תנאי ג'); וכן היה נכון לקבוע זאת בפסק דינו (תנאי ד'). אלא מאי, עמידתו הנחרצת של הסניגור על סעיף אישום שונה מזה שבחברה המשיבה, הביאה את בית המשפט להכריע כי תנאי ב', לפיו "הסניגור [...] מצהיר כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה", איננו מתקיים.

למען שלמות התמונה יוסבר, תחילה, מדוע הצהרת הסניגור כלל חשובה לצורך זיכוי הנאשם. העניין יוסבר תחילה מנקודת מבטו של בית המשפט, ולאחר מכן מנקודת המבט של ההגנה.

היעדר כשירות לעמוד לדין מביאה למצב בו לא ניתן לברר את אשמתו של הנאשם. לשון אחרת – ללא משפט, הכיזד יקבעו ממצאים עובדתיים ומשפטיים? קיום המשפט מהווה תחנה חיונית טרם יפסק הדין. בהיעדר שלב זה, אף בית המשפט מוגבל מלקבוע קביעות. ככלל, אי-בירור המחלוקת העובדתית "משחק" את בית המשפט מלהביע עמדות כאשר הטענות לא עברו את כור ההיתוך של בירור האשמה. לא יהא זה הוגן להניח עובדות שלא הוכחו, במיוחד בהליך הפלילי, כאשר הנטל מוטל על התובע להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר. במקרה זה, הצהרת הסניגור כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה נועדה "לרפא" את היעדר המעורבות של הנאשם הבלתי כשיר בהליך. בכך שהסניגור מצהיר, או מודה, כי הנאשם ביצע את המעשה בו מואשם; בית המשפט רשאי לקבוע עובדות, ועל בסיס זה להמשיך ולקבוע כי הנאשם זכאי מכל אשמה. הצהרת הסניגור כי הנאשם ביצע את המעשה יוצרת הסכמה בין הצדדים. בהיעדר הסכמה כזו, נותרה מחלוקת. כתוצאה מכך, מוגבלת יכולתו של בית המשפט לקבוע קביעה פוזיטיבית ביחס לנאשם, מבלי לקיים בירור עובדתי ומשפטי.

וכעת לנקודת מבטה של ההגנה. הסניגור רשאי, ולעיתים חייב, שלא להסכים לעובדות האישום. מצב בו לא ניתן לנהל משפט אין פרושו כי יש לקבל כל עדות לכאורה של עד תביעה כמחייבת. טלו לדוגמה מקרה בו נאשם מזוהה על ידי עד כמבצע חבלה בכוונה מחמירה, לפי [סעיף 329 לחוק העונשין](#). כתב האישום הוגש נגד נאשם שנמצא בלתי כשיר לעמוד לדין ולא אחראי למעשיו. הסניגור מסכים כי המעשה בוצע, וכי יש להרשיע את העושה בעבירה זו. אלא, להשקפתו, יש ספק של ממש בדבר ראיית הזיהוי נגד מרשו, גם אם היא עוברת את המשוכה של ראייה לכאורה. בהתאם, הוא חולק על כך שמרשו הוא שביצע את העבירה מושא האישום. במצב כזה, אפשר שהסניגור יעדיף שלא להודות בשם הנאשם, גם אם התוצאה תהא שההליכים יסתיימו בהפסקת הליכים ולא באופן של זיכוי. הסניגור רשאי להדגיש כי היעדר אחריות פלילית במועד ביצוע העבירה איננו מחייב את המסקנה כי הנאשם בכתב האישום הוא מבצע מעשה העבירה. מבלי להביע עמדה או לקבוע כללים, עמדה כזו היא בחירה מקצועית אפשרית של ההגנה. דהיינו, ייתכנו נימוקים טובים ושונים מדוע הסניגור אינו מוכן להסכים לעובדות האישום. ואולם, בהיעדר משפט, התוצאה תהא הפסקת הליכים ולא זיכוי.

נקודות המבט שהוצעו מבססות את החשיבות של תנאי ב' להלכת אשקור לתוצאת הזיכוי.

הלכת אשקר, במישור הכללי, מקובלת עלי. להשקפתי, קביעת בית המשפט המחוזי כי הלכת אשקר מהווה חריג צר ודווקני עומדת בקנה אחד עם הרציונל המצמצם שבבסיס פסק הדין. ודוקו, בהכרעתו הבהיר השופט עמית כי הכלל המשפטי אשר לחוסר מסוגלות לעמוד לדין היה ונותר – הפסקת ההליכים כנגד הנאשם. כפי שציין, קיימים שני חריגים לכלל זה. הראשון, אשר איננו רלוונטי בענייננו ועל כן יוצג כעת לראשונה, נקבע בהלכת פלוני 2012. לפי חריג זה, ניתן לזכות נאשם מקום בו "הדיון המשפטי הגיע לקיצו וכל חומר הראיות כבר הונח בפני בית המשפט, אך 'בדקה ה-90' לפני שלב הכרעת הדין, הנאשם נמצא לא מסוגל לעמוד לדין" (שם, פס' 15). השני, הרלוונטי לענייננו, נקבע בהלכת אשקר (לעיל). ואכן, חריג אשקר מעניק תוקף לייחוד של המקרה בו נאשם בלתי כשיר יקבל פטור מאחריות פלילית אפילו מבלי לקיים משפט. החריג נועד למצב דברים מסוים מאוד, במסגרתו ישנה הסכמה בין המשולש שהוא – התביעה, ההגנה ובית המשפט – אשר לתמונה המצטיירת מן העובדות. במובן זה, אין צורך לקיים משפט כי העובדות המכריעות – מצבו הנפשי של העושה והמצב העובדתי של המעשה – ברורות ומוסכמות. או אז, אין עוד טעם ממשי להימנע מזיכוי הנאשם. לאמור: הרציונל בבסיס הלכת אשקר הינו מצמצם, ולא מרחיב.

פרשנות הסניגור לפיה ניתן להחיל את חריג אשקר גם כאשר ישנה אי-הסכמה על סעיף העבירה, דורשת הרחבה של דרישת ההסכמה מעבר למידותיה. פשוטו של דבר: אי-הסכמה חלקית איננה כהסכמה, וההסכמה היא תנאי היסוד לתחולת חריג אשקר. הסניגור מבקש לטעון כי אי-ההסכמה היא עניין שניתן לברר ולהכריע בו, כאשר אופי המחלוקת הוא משפטי או מקצועי, שכן במצב זה "אין נפקא מינא אם הנאשם כשיר לעמוד לדין או לא". ברם, דעתי היא כי, ככלל, אין אפשרות לקיים דין ודברים אשר לסעיף האישום, כפי שמבקש הסניגור, מבלי "לנפץ" את המחסום הדיוני שקם החל מההכרזה על היעדר הכשירות. ההבחנה שעורך הסניגור בין בירור שענייני משפטי או מקצועי – לבין בירור שענייני עובדתי – מצריכה מתיחה מופרזת של כללי הכשירות הדיונית. ודוקו, המחסום הדיוני נועד להגן על הנאשם הבלתי כשיר לעמוד לדין, אשר אינו מסוגל "להבין את האשמה, להבחין בין הודאה באשמה לבין כפירה באשמה, לחקור עדים, לעקוב אחר מהלך העדויות ולהגן על עצמו כראוי" (יעקב [בזק משפט ופסיכיאטריה אחריותו המשפטית](#) של הלקוי בנפשו 232 (תשס"ו)). על כן, יש להיזהר מיצירת כללים מרחיבים באופן שמרוקן מתוכן את ההגנה שיוצר המחסום הדיוני. לשון אחרת, כוחו של המחסום – ביציבותו.

9. בנקודה זו ביקש הסניגור להפעיל מסלול חילופי להלכת אשקר, והוא ברור אשמה לבקשת סניגור לפי [סעיף 170\(א\)](#) סיפא. הסעיף מורה כדלקמן:

נאשם שאינו מסוגל לעמוד בדין

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 בדין, 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 [ההדגשה איננה במקור].

(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 להפסיק גם לפני תום בירור האשמה.

(ג) החלטת בית המשפט לפי סעיף קטן (ב) ניתנת לערעור.

הוראת [סעיף 170\(א\)](#) סיפא הינה הוראה ייחודית, אשר מתירה בירור אשמה של נאשם בלתי כשיר לעמוד לדין לבקשת סניגורו. היא אומנם יוצרת פתח במחסום הדיוני, בכך שמאפשרת – הלכה למעשה – לנהל משפט כנגד נאשם בלתי כשיר. ואולם, אין בכך ליצור סיכון משפטי לנאשם, שכן ההליך יכול להסתיים רק לטובתו, ולא לרעתו. לפי [סעיף 170\(ב\)](#), התוצאה היחידה של ההליך יכולה להיות זיכוי הנאשם לגופו של עניין – קרי, שלא מחמת מחלת נפש, אלא מנימוקים עובדתיים או משפטיים אחרים. היה ובית המשפט לא מצא כי יש לזכותו, ההליכים כנגדו יפסקו. עיננו הרואות כי הפתח שיוצר [סעיף 170\(א\)](#) סיפא במחסום הדיוני הוא מבוקר, ועל כן, הוא לא מעלה את הקושי שהרחבת הלכת אשקר, כבקשת הסניגור, מעלה בהקשר של כללי הכשירות הדיונית.

על אף האמור, דומני כי בירור אשמה לפי [סעיף 170\(א\)](#) סיפא לא יועיל בענייננו. כאמור, התוצאה של בירור אשמה לבקשת סניגור יכולה להיות אחת: זיכוי הנאשם. [סעיף 170\(ב\)](#) קובע במפורש כי הזיכוי יתאפשר רק במידה ובית המשפט מצא כי הנאשם אינו אשם "שלא מחמת היותו חולה נפש", קרי, אינו אשם לגופו של עניין (ראו גם: [ע"פ 460/89](#) ועקנין נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 788 (1989)). תכלית הבירור

היא "לבחון אם יש מקום לזיכוי "אמיתי" – שלא מכוח ההגנה של אי-שפיות" (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני 1988 (2009), להלן: קדמי: חלק שני). בענייננו, גם אם יוחזר הדיון לערכאה קמא, וזו תקבע כי עובדות המקרה מקימות עבירה של המתת תינוק, ולא רצח; הרי שהמקרה עדיין לא יענה לדרישת [סעיף 170\(ב\)](#), שכן שינוי סעיף העבירה איננו כזיכוי מחמת היעדר אשמה. זאת ועוד. בעניין מצרי ([ע"פ 129/87](#)) מצרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 694 (1987)) קבע השופט בייטקי כי אין לערוך בירור אשמה לפי [סעיף 170](#) לצורך שינוי סעיף העבירה, שינוי שכל מטרתו אינה אלא להביא להקלת תנאי האשפוז. כך נכתב:

"סעיף 170 חריג בהליך הפלילי, והוא מאפשר בירור ודיון באישום, אף שהנאשם אינו יכול להשתתף בו ולקחת בו חלק, והכול במטרה לבחון, שמא אין הנאשם אשם מעיקרא. רק מסקנה כזו מצדיקה זיכוי. מסקנה אחרת, וכולל מסקנה כי הנאשם עשוי להתחייב בעבירה אחרת, אינה מביאה לזיכוי אלא להפסקת ההליך בכל שלב של הדיון. גם אם נסתיים הדיון, ובית המשפט היה יכול, בנסיבות רגילות, להגיע למסקנה מרשיעה, בין בעבירה המקורית ובין בעבירה אחרת, הוא לא יעשה כן, משום שאין שופטים אדם שאינו מסוגל לעמוד לדין. גם אם צודק הסניגור, כי בירור עשוי להוביל למסקנה כי המערער אשם רק בהריגה ולא ברצח, אין בכך כדי לשנות את התוצאה." [ההדגשה איננה במקור]

כך סבור גם המלומד קדמי, בקובעו כי "גם מקום שיש משמעות לשינוי סעיף האישום – כגון: החלפת אישום ברצח באישום בהריגה – לא ניתן להורות כך בדיון לפי סעיף 170" (קדמי: חלק שני, 1989). מכל האמור עולה כי צדק בית משפט קמא בקובעו כי, בנסיבות מורכבות אלו – נראה בשלב זה כי אין מנוס מסיום ההליכים בדרך של הפסקתם.

ג. הפסקת הליכים: באיזו עבירה?

10. כפי שראינו, הפתרונות המשפטיים שהציע הסניגור לצורך זיכוי המערער מסעיף אישום שונה, מעלים קשיים רבים בהתחשב במחסום הדיוני שיוצרים כללי הכשירות במשפט הפלילי. על פני הדברים, ההליכים בעניין המערער צריכים להסתיים בדרך של הפסקת הליכים לפי [סעיף 170](#). חרף האמור, מצאתי לנכון להתייחס לטענת הסניגור במישור העקרוני, לפיה לא ייתכן כי המאשימה תקבע את העבירה המיוחסת לנאשם בלתי כשיר מבלי שתהא לו יכולת להתגונן בפני האישום בו יופסקו ההליכים. וזהו המקום להזכיר כי לסעיף האישום בו יופסקו ההליכים השלכה ישירה

על משך תקופת האשפוז המרבית (בענייננו, 25 שנים או 5 שנים). הסניגור סבור כי זכות הראשונים והאחרונים שנתונה למשיבה לקבוע מהי העבירה שעל בסיסה תיקבע תקופת האשפוז המרבית – חזקה מדי. לשיטתו, בית המשפט נדרש לפקח על סעיף האישום שבחרה המאשימה, במיוחד כאשר בא כוח הנאשם עומד על כך שקיים סעיף אישום מקל יותר המתאים לעובדות המקרה, כבענייננו. על פי קו זה, דווקא המחסום הדיוני – שנועד להגן על הנאשם – מותיר אותו חסר יכולת להתגונן בפני אישום בו הוא כופר.

לאחר שיקול, הגעתי למסקנה כי טענתו של הסניגור נכונה באופן חלקי. כפי שיוסבר, החוק מתווה שני מסלולי בחינה לסעיף האישום בו יופסקו ההליכים כנגד נאשם בלתי כשיר לעמוד לדין, אשר משקפים מעין מנגנון של ביקורת שיפוטית על אופן הפסקת ההליכים. אכן, אין לומר שבחירת התביעה מחייבת את בית המשפט, ואיננה נתונה לביקורת. נבאר.

11. נפתח במסגרת הנורמטיבית של [חוק טיפול בחולי נפש](#). [סעיף 15\(א1\)](#) לחוק קובע:

”לא ייתן בית משפט צו לפי סעיף קטן (א) אלא אם כן נוכח כי יש ראיות לכאורה כי הנאשם עשה את מעשה העבירה שבו הואשם בכתב האישום אן שעשה מעשה עבירה אחר המבוסס על אותן עובדות או על עובדות דומות לעובדות שבכתב האישום.” [ההדגשה אינה במקור]

עינינו הרואות כי ישנן שתי חלופות למתן צו אשפוז לנאשם אשר יש להפסיק את ההליכים נגדו מפאת היותו בלתי כשיר לעמוד לדין. תחת החלופה הראשונה, בית המשפט נדרש לקבוע כי ישנן ראיות לכאורה לכך שהנאשם עשה את המעשה בו מואשם בכתב האישום (מכאן והלאה: סעיף האישום הנבחר). תחת החלופה השנייה, נדרשת קביעה כי מתקיימות ראיות לכאורה לכך שהנאשם עשה מעשה עבירה אחר, המבוסס על אותן העובדות או על עובדות דומות לאלו שפורטו בכתב האישום (מכאן והלאה: סעיף האישום החלופי). [סעיף 15\(א1\)](#) התווסף במסגרת תיקון מס' 8 לחוק [טיפול בחולי נפש](#), התשע"ה-2014, אשר נכנס לתוקף בשנת 2015. טרם התיקון, בית המשפט אשר היה קובע כי נאשם אינו מסוגל לעמוד לדין לא היה נדרש לקבוע כי קיימות ראיות לכאורה לביצוע העבירה בה יופסקו ההליכים. [סעיף 15\(א1\)](#) יצר חובה זו, ואף את האפשרות להפסיק את ההליכים בעבירה אחרת מזו שבחרה המאשימה. יחד

עם זאת, מסקירת הפסיקה עולה כי החלופה הראשונה היא זו שנמצאת בשימוש לרוב, ואילו והשנייה טרם הופעלה מאז כניסת התיקון לתוקף. סבורני כי שימוש נכון בחלופות השונות, לרבות הקשר ביניהן, מהווה פתרון לקושי המבני עליו הצביע הסניגור, קרי, חוזק הפרוגטיבה של המאשימה לקבוע את סעיף האישום.

טרם יוצג אופן השימוש הראוי בחלופות שהוזכרו, יוזכר כי קביעת סעיף העבירה המתאים לצו האשפוז נגד נאשם לפי [סעיף 15](#) איננה מלאכה אקדמית אלא בעלת השלכות מעשיות, הן על משך תקופת האשפוז המרבית, הן על הסדרי הפיקוח הרלוונטיים וייתכן כי אף בהיבטים חברתיים. חשיבות סעיף האישום בו יופסקו ההליכים אף עולה מדברי ההסבר להצעת החוק:

"[...] ייתכנו מצבים שבהם אף שהנאשם הואשם בעבירה מסוימת, הראיות תומכות בביצועה של עבירה אחרת, ומן הצדק לאשפזו או להורות על טיפול מרפאתי על בסיס העבירה האחרת. זאת ועוד... קיימת חשיבות רבה לעבירה שבה הואשם הנאשם, הן לצורך קביעת תקופת האשפוז המרבית והן לצורך תחולתן של הוראות מיוחדות בעבירות של רצח וניסיון לרצח" (הצעת [חוק טיפול בחולי נפש](#) (תיקון מס' 8), תשע"ב-2012 (הצ"ח הממשלה, 673, 668, 19.3.12)).

סקירת הפסיקה מעלה כי על פי רוב, יופסקו ההליכים בסעיף האישום שבחרה המאשימה. דהיינו, בית המשפט בוחן האם ישנן ראיות לכאורה לעבירה שבכתב האישום, ובהינתן שמצא כאלו – אין הוא בוחן, בנוסף לכך, האם יש טעם להפסיק את ההליכים בעבירה שונה. למעשה, מאז כניסת התיקון לתוקף בשנת 2015, לא הופסקו ההליכים לפי החלופה השנייה [שבסעיף 15\(א\)](#). במקרים אחדים בחנו הערכאות האם מתקיימות ראיות לכאורה גם בסעיף עבירה שונה, אך הכריעו בשלילה (ראו, למשל: [תפ"ח \(מרכז\) 11594-05-16](#) מדינת ישראל נ' Kongthungmon [פורסם בנבו] (9.8.2017); [תפ"פ 53273-08-19](#) מדינת ישראל נ' פלוני (16.12.2019)); ובמקרים אחרים כלל לא נערך דיון בקיומן של ראיות מסוג אלו. יודגש כי אין בכך פסול, בהכרח, שכן לעיתים עצם התנגדות ההגנה לסעיף העבירה הנבחר איננה מבוססת דיה כדי להצדיק את הדיון בסעיף העבירה החלופי (כך למשל, ולו לשם ההמחשה, [בתפ"ח \(מרכז\) 23919-08-19](#) מדינת ישראל נ' פלוני [פורסם בנבו] (27.1.2020)).

להשקפתי, היקף הדיון הראוי בסעיף האישום החלופי צריך להיות נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. ההכרעה עשויה להיות מושפעת משיקולים מעשיים.

ודוקו: מקום שישנה מחלוקת מהותית ביחס לסעיף העבירה, כזו אשר יש לה בסיס בהתחשב בעובדות המקרה ואשר להימנעות מלדון בה תהיה השלכה משמעותית על תקופת האשפוז המרבית שתיקבע לנאשם ועל ההסדרים שיחולו עליו, מן הראוי יהיה כי בית המשפט יבחן קיומן של ראיות לכאורה לסעיף העבירה החלופי. רוצה לומר, על פי הוראות הדין די בבדיקת קיומן של ראיות לכאורה לביצועו של סעיף האישום הנבחר, אך ייתכן ובמסגרת מלאכה זו, מתן דעתו של בית המשפט לסעיף האישום החלופי עשוי לסייע לו. בעניין זה, אעיר שניים. האחד, בדיקת סעיף האישום היא לכאורה, ולכן אין חובה לשמוע ראיות או לקיים בירור מלא. השני, הבדיקה מתמקדת בבחינה לכאורה של היסודות השונים של סעיף האישום הנבחר. מבחן "היסודות" יסייע לבית המשפט לקבוע את התאמת סעיף האישום הנבחר אל מול סעיפים חלופיים שמועלים על ידי ההגנה. למשל, אדם תקף פלוני שלא כדין. המותקף הוא ראש עירייה, ועולה לכאורה מהעובדות כי התקיפה נעשתה תוך מילוי תפקידו. סעיף האישום הנבחר הוא תקיפת עובד ציבור. מנגד, טוען הסניגור כי אף ניתן לייחס לנאשם את עבירת התקיפה. בדוגמה זו, אין לקבל את טענת הסניגור, מאחר והסעיף הנבחר על ידי המאשימה משקף את העובדות, ואילו סעיף האישום החלופי אינו תואם באופן מלא את יסודות העבירה – וכל זאת באופן לכאורי.

12. עתה אתייחס לסוגיה נוספת העולה מקביעת סעיף האישום בו יופסקו ההליכים, והיא בחינת היסוד הנפשי שבעבירה. כאמור, על פי החלופה הראשונה [בסעיף 15\(א\)](#), כדי לצוות על אשפוז נאשם שנמצא בלתי כשיר לעמוד לדין, על בית המשפט להגיע למסקנה כי קיימות ראיות לכאורה שהנאשם עשה את מעשה העבירה המופיע בכתב האישום. המבחן המשפטי לקיום ראיות לכאורה הינו, כידוע, הוכחת קיומו של סיכוי סביר להרשעה (ראו: [בש"פ 8087/95](#) זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996)). הוכחת ראיות לכאורה ביחס לנאשם אשר אינו מסוגל לעמוד לדין מעוררת קושי מיוחד, שאף טמון בו פרדוקס. נבאר. כידוע, כתב האישום כולל את העובדות הנדרשות להוכחת האשמה. פשוטו כמשמעו. למשל, נאשם ירה באחר וכתוצאה מכך נגרם מותו. ואולם, טרם תחליט התביעה להאשימו בעבירת הרצח, ולא בעבירת ההריגה, עליה להוכיח לכאורה מחשבה פלילית מיוחדת. כך אף לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה. [סעיף 301א\(א\)\(1\) לחוק העונשין](#), רצח בנסיבות מחמירות, כולל את הרכיב "המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". בחלופה זו, כדי להפסיק את ההליכים נגד הנאשם הבלתי שפוי והבלתי כשיר, תידרש התביעה להתמודד עם טענת הסניגוריה שלא הוכח עבירה זו אלא

רק עבירת המתה חמורה פחות. וכאן, הפרדוקס. הכיצד אדם הפטור מאחריות פלילית מחמת אי-שפיות הדעת מסוגל לגבש כוונת תחילה? האם התביעה כלל יכולה להוכיח לכאורה כי מתקיים בנאשם מסוג זה מחשבה פלילית? המצב מורכב. האם הברירה היא בין קביעה שכל נאשם בלתי שפוי שירה באחר וגרם למותו תמיד יואשם ברצח – בהיעדר יכולת לבחון את המחשבה הפלילית שלו, או שמא אף פעם לא יהיה ניתן יהיה להאשימו ברצח, בשל אי-יכולתו לגבש מחשבה פלילית? נדמה שהמחוקק לא כיוון לאף אחת מאפשרויות אלו. אם כן, מה הוא הפתרון?

לדעתי, ניתן להיעזר בקושי הכללי בקביעת המחשבה הפלילית של נאשם אף אם אינו מוגבל נפשית, אלא שיש קושי לעמוד על המחשבה הפלילית שלו מסיבה אחרת. טלו, למשל, את המקרה הבא: נאשם אחד יורה בראשו של אחר 10 פעמים; בעוד שנאשם אחר יורה לכיוון הברך של אחר, פעם אחת בלבד. שתי הפעולות הביאו למותו של האחר. לכאורה – והמילה נבחרה לא בכדי – הראשון רצח את האחר, ואילו השני הרג את האחר. נדמה לי כי מסקנה זו עולה בבירור מהעובדות שהוכחו לכאורה בדוגמה, וזאת אף מבלי יכולת לקיים בירור בדבר המחשבה הפלילית של כל אחד מהם. שהרי, ירי יחיד המכוון לאיבר לא חיוני איננו מתיישב, על פניו, עם כוונת תחילה לרצוח את האחר (ראו גם: יעקב קדמי על הדין בפלילים [חוק העונשין](#) חלק שלישי 1113-1112 (2006) (להלן: קדמי, חלק שלישי)).

בדרך זו צעד השופט א' שהם בעניין פלוני 2017, שם הופסקו ההליכים המשפטיים כנגד נאשם בלתי כשיר לעמוד לדין. באותו עניין, המאשימה הגישה אישום בניסיון רצח, ואילו הסניגור טען כי יש להפסיק את ההליכים בחבלה בכוונה מחמירה ([סעיפים 1\)305\(1\) ו-329 לחוק העונשין](#), בהתאמה). וכך כתב השופט שהם:

”במקרה דנן, אין מחלוקת כי המערער דקר את בתו, א', במספרים, כעשר דקירות, הן בצידו השמאלי של בית החזה והן בידה הימנית, וגרם לה לפציעה קשה, שהצריכה ניתוח דחוף, כדי לעצור את הדימום הפנימי הרב בגופה. אין ספק כי מעשים אלה מבססים את היסוד הפיזי של עבירת הניסיון לרצח, וניתן לקבוע כי הוצגו ראיות לכאורה, לפיהן המערער 'עשה את מעשה העבירה שבו הואשם בכתב האישום'. לשאלת הסניגור, כיצד ניתן יהיה לקבוע באיזו עבירה מדובר, בהעדר יסוד המחשבה הפלילית, אשיב כי בדרך כלל המעשה עצמו ילמד על טיב העבירה, כפי המקרה שלפנינו. כך, לו היה מדובר בדקירות שאינן מכוונות לאיבר חיוני בגוף, כגון ברגלה

של א', כי אז ניתן היה לייחס לנאשם עבירה של חבלה בכוונה מחמירה ולא ניסיון לרצח. במקרי גבול, יש להניח כי תאומן הגישה המקלה יותר עם הנאשם" (שם, פס' 23).

עינינו הרואות כי מקום שיש שתי עבירות דומות, וההבדל ביניהן מצוי אך במחשבה הפלילית הדרושה, העובדות עצמן עשויות לסייע לבית המשפט בשאלה האם הוכחה לכאורה העבירה החמורה יותר מבין השתיים.

13. אמנם, לא נעלם מעיניי האמור בפסק הדין פלוני 2017, לפיו אין לבחון את המחשבה הפלילית של הנאשם אשר לא מסוגל לעמוד לדין בבחינת קיום ראיות לכאורה לביצוע העבירה (פלוני 2017, פס' 23 לפסק דינו של השופט שהם). ברם, נראה כי פסק הדין לא דק פורתא. כלומר, הכוונה בפסק הדין הייתה שאין לבדוק את המחשבה הפלילית כיחידה בפני עצמה, אבל פסק הדין מקבל שאפשר לבחון את המחשבה הפלילית לכאורה כאשר בחינה זו עולה מהעובדות עצמן. דהיינו, לא חדירה לנבכי הנפש של הנאשם, אלא בדיקת העובדות שהוכחו לכאורה כדי "להתאימן" לעבירה המתאימה, אף מבחינת המחשבה הפלילית הדרושה בה.

נשוב, אם כן, לדוגמה בה נאשם יורה בברך של אחר, ובכך מביא למותו. האם בית המשפט צריך להפסיק את ההליכים בעבירת הרצח, רק משום שהמאשימה בחרה בסעיף אישום זה? דעתי היא כי במקרה זה על בית המשפט להפעיל את החלופה השנייה [בסעיף 15\(א\)](#), ולשנות את סעיף האישום מרצח להריגה (לאמור, מסעיף האישום הנבחר – לסעיף האישום החלופי). במקרה שכזה, הכוונה הנלמדת מהעובדות צריכה לגבור על סעיף האישום הנבחר. נראה ששתי החלופות שהוצגו [בסעיף 15\(א\)](#) מסייעות לבית המשפט להגיע לתוצאה הראויה בדוגמה של היורה בברך. מכוח החלופה הראשונה – סעיף האישום שבכתב האישום – יהיה על בית המשפט שלא לתת צו אשפוז על פי עבירת הרצח, מהסיבה שעובדות המקרה לא מתיישבות עם מחשבה פלילית של כוונת תחילה. ואם כך, הכוונה הנלמדת מהעובדות גוברת על האישום הנבחר והתאמתה של עבירת הרצח לנאשם, אפילו אם התביעה האשימה אותה בכך. אך לעומת זאת, מכוח החלופה השנייה – סעיף אישום אחר המבוסס על עובדות דומות – יהיה נכון לתת צו אשפוז לפי עבירת ההריגה. וכזכור, יש הבדל ביחס לתקופת האשפוז, בעוד שברצח מדובר ב-25 שנה, התקופה המרבית של האשפוז בעבירת הריגה היא 20 שנה.

יובהר כי על מנת שבית המשפט יבחר להפעיל סמכותו זו, נדרש כי הנסיבות העובדתיות ילמדו באופן מובהק כי סעיף האישום הנבחר איננו מתאים להפסקת ההליכים. לא בכדי צוינה הדוגמה לעיל, אשר בה היעדר כוונת התחילה לרצח ברור ואינו דורש בירור מלא של העובדות. לא כל מקרה יעלה לגדר דרישה זו, ואין להסתפק בנסיבות עובדתיות מהן ניתן לגזור מסקנה עמומה או משתמעת לשתי פנים. כדי להצדיק שימוש בסמכות זו – תידרשנה נסיבות מובהקות וברורות המצביעות על כך שסעיף העבירה איננו מתאים.

14. סיכומם של דברים: המבנה הקיים אמנם מעניק יתרון קודם לתובעת בבחירת סעיף האישום, אך יתרון זה איננו אבסולוטי. מקום שישנה מחלוקת מבוססת אשר לסעיף האישום המתאים להפסקת ההליכים, אשר לה השלכות משמעותיות, אין להסתפק בכך שהוכחו ראיות לכאורה לסעיף העבירה הנבחר; אלא שיש לבחון האם ישנן ראיות לכאורה גם לסעיף העבירה החלופי. בכך, בית המשפט רשאי להסתייג מסעיף האישום הנבחר להפסקת ההליכים נגד הנאשם. זאת ועוד. בבוחנו מהו סעיף האישום המתאים, ישקול בית המשפט האם העובדות שהוכרו לכאורה מצביעות, על פניו, על קיומה של המחשבה הפלילית הדרושה באותו סעיף אישום. באם ימצא בית המשפט כי המחשבה הפלילית המצטיירת מהעובדות איננה מתאימה לסעיף האישום שבחרה המאשימה, רשאי וצריך הוא לקבוע כי ההליכים יופסקו בסעיף אישום שונה, היה ויתאים לעובדות שהוכחו לכאורה.

15. מן הכלל אל הפרט. בענייננו, קבע בית המשפט כי ישנן ראיות לכאורה לביצוע עבירת הרצח, בה הואשמה המערערת בכתב האישום. דהיינו, הוכח לכאורה – ברמה של סיכוי סביר להרשעה – כי המערערת "גרמה [...] למותו של אדם". כלשון [סעיף 300\(א\)\(2\)](#):

רצח

300. (א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו -
מאסר עולם ועונש זה בלבד:
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;

משקבע כך בית המשפט, המשיבה למעשה עמדה ברף הדרוש בדין לצורך הפסקת ההליכים מהאישום ברצח. ואכן, העובדות שהוכחו לכאורה תומכות במסקנת בית המשפט ביחס לסעיף האישום הנבחר. נפרט אודותיהן בקצרה: המערערת שהתה

בג'קווי עם בנה התינוק, תוך שהיא מחזיקה אותו בידה. בשלב כלשהו, שחררה המערערת מאחיזתה את התינוק, כשראשו מוחזק מתחת למים, והוסיפה לשבת באמבט בשעה שהוא טבע. במהלך האירוע, במספר הזדמנויות, נקשו בדלת החדר אחרים, ופעם אחר פעם קראה לעברם "לא עכשיו" או בדומה לכך, על מנת שלא יפריעו לה במעשיה. כל אלו מצביעים על כוונת תחילה להביא למותו של התינוק. טענתה של המערערת כי היא הטביעה את התינוק מתוך מחשבה כי הוא הולך לגדול בתוך המים, עד שיהפוך להיות "מלך המשיח", איננה מעלה או מורידה לעניין התאמת סעיף האישום הנבחר לעובדות שהוכחו לכאורה.

לנוכח מסקנת בית המשפט המחוזי שהוכחה עבירת הרצח לכאורה, בחר הוא לדון בקצרה, ורק למעלה מן הצורך, בטענות הסניגור אשר להתאמת העבירה של המתת תינוק, לפי [סעיף 303](#), למקורו. בתום הדיון העיקרי בהרחבת הלכת אשקר קבע בית המשפט כי:

"פסיקת בתי המשפט תומכת בעמדת המאשימה ביחס לפרשנותו של סעיף 303 לחוק [כי הסעיף אינו רלוונטי למקרה] והכל מבלי לקבוע מסמרות בעניין" (פסק הדין, עמ' 14, שורות 18-19).

אל מול זאת, טוען הסניגור כי בית משפט קמא היה רשאי להפעיל את הוראת [סעיף 15\(א\)](#) סיפא על מנת לקבוע כי הוכחו ראיות לכאורה לכך שהמערערת ביצעה עבירות אחרות, המבוססות על עובדות דומות, והן – המתת תינוק, לפי [סעיף 303](#), או הריגה, לפי [סעיף 298](#) (מכאן והלאה: העבירות האחרות). ניתן להבין מדוע בית המשפט נתן דעתו לאפשרות התחולה של [סעיף 303](#) בענייננו, לנוכח כך שמעשי המערערת עונים על חלק מיסודות העבירה – אישה אשר המיתה את ולדה בשנה הראשונה לחייו. ברם, בית משפט עשה זאת כדיון למעלה מן הצורך, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין, ולטעמי ראוי להשלים את החסר במסגרת ערעור זה לנוכח ההשלכות שיש לסעיף האישום בו יופסקו ההליכים על המערערת. כן אוסיף כי בניגוד לקשר שבין תקיפת עובד ציבור אל מול תקיפה, אשר ברורה לכל ואיננה דורשת ניתוח נוסף, השוואת הסעיפים בענייננו איננה מדברת בעד עצמה ודורשת בירור.

ד. [סעיף 303 לחוק העונשין](#): המתת תינוק

16. הסניגור טוען כי העבירה "הנכונה" המתגבשת ממעשי המערערת הינה המתת תינוק, לפי [סעיף 303](#). המשיבה מתנגדת לכך, בטענה שלא כל יסודות העבירה מתקיימים. נבחן, אפוא, את יסודות העבירה של המתת תינוק. [סעיף 303](#) קובע כך:

303. (א) אשה שגרמה במזיד, במעשה או במחדל, למות ולדה שלא מלאו לו שנים-עשר חדשים, ובשעת המעשה או המחדל היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה, הרי על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה, דינה - מאסר חמש שנים.

(ב) האמור בסעיף זה אינו בא לגרוע מסמכות בית המשפט להרשיע את מי שהואשם ברצח של ילד שלא מלאו לו שנים-עשר חדשים בעבירה של הריגה או של העלמת לידה, או לקבוע שאינו נושא באחריות פלילית מחמת אי-שפיותו או ליקוי בכשרו השכלי לפי סעיף 19.

אין חולק כי שלושה מתוך ארבעה יסודות העבירה מתקיימים: המערערת היא אישה; היא גרמה במעשה למות ולדה; לוולד לא מלאו 12 חודשים. הצדדים חלוקים ביחס ליסוד הרביעי, והוא, כי המערערת "היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה". הדרישה פורשה כדרישה לקשר סיבתי בין אי-החלמה מתוצאות הלידה או ההנקה, לבין ערעור שיקול הדעת בעת המעשה (ראו, למשל: [ע"פ 5031/01](#) פלונית נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פס' 7 לפסק דינה של השופטת דורנר (11.9.2003) (להלן: עניין פלונית) ודנ"פ [8791/03](#) פלונית נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (11.7.2004) (דיון נוסף באותו העניין); וכן קדמי, חלק שלישי, בעמ' 1240). יושם אל לב כי היסוד הרביעי כולל בחובו שתי דרישות: הראשונה, כי יהיה ניתן לומר על הנאשמת שהייתה מצויה במצב של "ערעור שיקול הדעת" בעת המעשה. השנייה, כי אותו "פגם" בשיקול דעתה נגרם כתוצאה מאי-החלמה מתוצאות הלידה. כבר אומר, כי המיקוד בתיק זה, בעיניי, הוא דווקא ביחס לרישא – עצם קיומו של שיקול דעת מעורער.

הסניגור טוען כי חוות הדעת הפסיכיאטריות מצביעות על קיום קשר סיבתי בין הלידה לערעור שיקול הדעת. המשיבה, מנגד, סבורה כי הרקע הנפשי הקודם של המערערת איננו מאפשר לקבוע שהלידה הינה הגורם לערעור שיקול הדעת. במה הדברים אמורים? המערערת אובחנה כמי שסובלת ממחלה נפשית ממושכת

שהתפרצותה קדמה בהרבה לאירוע הלידה. לפי ההערכות הפסיכיאטריות, המערערת סובלת מהפרעה אפקטיבית דו-קוטבית (מאניה-דפרסיה), "לפחות במשך שבע שנים ואולי אף מגיל נעוריה, עם רמיסיות (הפוגות) חלקיות בלבד" (חוות דעת מיום 16.7.2018 מאת ד"ר בוריס נמץ). החולי הממושך של המערערת, כך טוענת המשיבה, מכרסם בקיומו של הקשר הסיבתי בין הלידה לבין ערעור שיקול הדעת; וכתוצאה מכך, אינו מאפשר להחיל את [סעיף 303](#) על ענייננו. פרשנות זו נתקבלה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אם כי, כאמור, מבלי לקבוע מסמרות בעניין.

17. המחלוקת ביחס לתחולת [סעיף 303](#) על המערערת מחייבת כי בטרם נוכל להכריע במקרה דנן, נאלץ לדון בשתי שאלות עקרוניות שטרם נידונו בפסיקה הישראלית. הראשונה, האם נאשמת בעלת רקע של מחלות נפש כלל עשויה לעמוד בדרישת הקשר הסיבתי [בסעיף 303](#). השנייה, האם נאשמת שהוכרזה כסובלת מאי-שפיות הדעת לפי [סעיף 34](#) [לחוק העונשין](#), עשויה ליהנות מסעיף האישום של המתת תינוק. רק לאחר הדיון בשאלות הללו, ניתן להכריע האם קיימות ראיות לכאורה לכך שהמערערת, בענייננו, ביצעה המתת תינוק, נוכח חוות הדעת הפסיכיאטרית שניתנה בעניינה.

השאלה הראשונה איננה מעוררת קושי משמעותי בעיניי. טרם אסביר מדוע, יצוין כי טענה זו לא הועלתה על ידי המשיבה בהליך הנוכחי, אלא אך בהליך קמא (ראו: פרוטוקול הדיון מיום 19.11.2018, עמ' 10, שורות 5-6; ופסק דינו של בית המשפט המחוזי, עמ' 13, שורות 4-5). ואולם, כדי לא להותיר אף אבן ללא הופכין, אתייחס אליה בקצרה. דעתי היא כי אין מניעה שנאשמת בעלת רקע קודם של מחלות נפש תצליח לקיים, במקרים מסוימים, את דרישת הקשר הסיבתי בין הלידה לבין ערעור שיקול הדעת. בעניין זה ראוי כי תאומץ גישת בית המשפט לערעורים באנגליה, כפי שהופיעה בעניין R. v. Tunstill, [2018] 2 Cr. App. R. 31 (להלן: פרשת Tunstill). באותו עניין נפסק כי אין מניעה שנאשמת תהא בעלת רקע של בעיות נפשיות קודמות על מנת שתעמוד בדרישת הקשר הסיבתי, כל עוד אי-ההחלמה מתוצאות הלידה היא גורם אופרטיבי וממשי לערעור שיקול הדעת בעת המעשה. לאמור, אין צורך כי הלידה תהא הגורם הבלעדי או הייחודי לערעור שיקול הדעת, וגם החמרה משמעותית שנגרמה עקב הלידה עשויה לקיים את הקשר הסיבתי. ובלשון פסק הדין:

"The phrase 'by reason of' in s.1(1) does not in our judgment necessarily need to be read as if it

said 'solely by reason of'. It seems to us that **as long as a failure to recover from the effects of birth is an operative or substantial cause of the disturbance of balance of mind that should be sufficient**, even if there are other underlying mental problems (perhaps falling short of diminished responsibility) which are part of the overall picture." (para. 31)

[ההדגשה איננה במקור]

על כן, דעתי היא כי במקרה בו בית המשפט ייווכח שחוות הדעת הפסיכיאטרית מבססת באופן מובהק כי הלידה היא גורם אופרטיבי וממשי לערעור שיקול הדעת של נאשמת במהלך ביצוע המעשה – יהיה ניתן להפעיל את [סעיף 303](#).

18. השאלה השנייה היא זו שמעלה את הקושי המשפטי העיקרי. מדובר בסוגיה מורכבת אשר טרם נידונה במשפט הישראלי, ואף לא מצאתי לה התייחסות מפורשת במשפט המשווה. עלינו לברר, אפוא, האם ייתכן מצב בו נאשמת תואשם בעבירה של המתת תינוק, ובו זמנית, תוכרז כמי שסובלת מאי-שפיות הדעת לפי [סעיף 34 לחוק העונשין](#). ובמה אמור הקושי? [סעיף 303](#) מתייחס למצב של "ערעור שיקול הדעת", בעוד [סעיף 34](#) עניינו כי בשל "מחלה שפגעה ברוחו [...] היה חסר יכולת של ממש" להבין את המעשה או את הפסול בו, או להימנע מעשייתו. נביא את לשון הסעיף:

34. 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.

המשיבה גורסת כי לא ייתכן ששני המצבים ידורו בכפיפה אחת, בשל אי-התאמה מושגית ותכליתית. מהבחינה המושגית, נטען כי ערעור שיקול הדעת הוא מושג שחומרתי הרפואית נמוכה בהרבה ממצב של אי-שפיות, ועל כן, הראשון נבלע בשני. מבחינה תכליתית, נטען כי התחולה המשותפת של שני הסעיפים יוצרת מעין "הטבה כפולה", שהמחוקק לא התכוון להעניק עת חוקק את [סעיף 303](#). דהיינו, נאשמת שיחולו עליה שני הסעיפים תהנה הן מפטור מאחריות פלילית (מכוח [סעיף 34](#)), והן מכך שתקופת האשפוז המרבית שלה תקוצר ל-5 שנים (מכוח [סעיף 303](#)). מסיבות אלו סבורה המשיבה כי [סעיפים 303 ו-34](#) אינם יכולים לחול יחדיו.

19. נפנה לפרשנות [סעיף 303](#). הקרקע עליה אנו פוסעים הינה קרקע בתולה. [סעיף 303](#) ודומיו בשיטות משפט שונות שבחנתי אינם מספקים התייחסות לאפשרות כי נאשמת בהמתת תינוק תוכרו, במקביל, כפטורה מאחריות פלילית. כן, אין בנמצא פסיקה ישראלית, ואף לא מצאתי פסיקה בשיטות המשפט האנגלוסקסיות, בה נאשמת בהמתת תינוק זכתה לפטור מאחריות פלילית. במילים אחרות, הפסיקה הקיימת עוסקת אך בנאשמות שהוכרזו כשפויות (ראו, למשל, בישראל: [דנ"פ 8791/03](#) פלוגית נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.7.2004); [ע"פ 8235/99](#) ציוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (27.12.1999); [ת"פ \(חי'\) 186/00](#) מדינת ישראל נ' פלוגית (14.2.2000); ובשיטות הזרות: פרשת [Tunstill](#); [R. v. LB.](#), 2011 ONCA 153; (להלן: פרשת LB); [R. v. Borowiec](#), [2016] 1 SCR 80 (להלן: פרשת Borowiec)). לכן, בבואנו לבחון האם ניתן לפרש את [סעיף 303](#) באופן שמאפשר לתת, בצידו, מתן פטור מאחריות פלילית לפי [סעיף 34](#), עלינו להפעיל את תורת הפרשנות התכליתית. כידוע, בשלב הראשון, עלינו לאתר את כלל המשמעויות המצויות ב"מתחם האפשרויות הלשוניות" של הטקסט החקיקתי. פרשנות אשר נעדרת עיגון לשוני – תיפסל. ככל שתימצא יותר מפרשנות אחת המתאימה מבחינה לשונית, נפנה לשלב השני. במסגרתו, נידרש לאתר את זו אשר מיטיבה להגשים את תכלית החקיקה, שהיא תוצאת האיזון בין התכלית האובייקטיבית והסובייקטיבית של הדין (ראו: אהרן [ברק](#) "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347 (2001) (להלן: [ברק, על פרשנותה של הוראה פלילית](#))).

ומכאן לשלב הראשון. מהו "ערעור שיקול הדעת"? מדובר בביטוי יוצא דופן, אשר אין לו, למיטב בדיקתי, אזכורים נוספים בחקיקה; ובשלב זה טרם נידון בצורה ישירה בפסיקה בישראל. נבחן כיצד ניתן להבינו מבחינה לשונית. הפירוש המילוני למונח "מעורער" הינו כדלקמן: "שנחלש יסודו" (שושנה בהט ומרדכי מישור מילון ההווה (1995)); "אינו יציב", "אינו מאוזן" (מילון ספיר (א' אבניאון עורך, 1997)). שיקול דעת שהינו "מעורער" הינו, אפוא, שיקול דעת שיציבותו אבדה. "אבדה", משמע, הייתה – וכעת איננה. דהיינו, נאשמת ששיקול דעתה מעורער בעת ביצוע המעשה צריכה להיות אישה אשר מחזיקה, ככלל, בשיקול דעת, אלא שעתה הוא חלש מהרגיל. חלש, אך קיים. לעומת זאת, אי-שפיות הדעת מחייבת, מיניה וביה, היעדר של שיקול דעת. כלשון [סעיף 34](#), נאשמת בלתי שפויה היא מי ש"כשל מחלה שפגעה ברוחה [...] היתה חסרת יכולת של ממש להבין את אשר היא עושה או את הפסול שבמעשה; או להימנע מעשיית המעשה" ([סעיף 34](#); ההדגשה איננה במקור). "חוסר

יכולת של ממש" איננו מצב מעורער, אלא מצב על הגבול המוחלט. ככה מצביעה גם הפרשנות שנתנה הפסיקה למונח זה. ודוקן, הגישה המקובלת בפסיקה הינה כי מחלת נפש בהקשר של פטור מאחריות פלילית מצריכה פגיעה קשה בכושר השיפוט ובתפיסת המציאות של הנאשם. משכך, ככלל, רק מצבים המערבים פסיכוזה ייכנסו בגדר [סעיף 34.34](#). הרחיבה על כך השופטת ע' ארבל בע"פ [5266/05](#) זלנצקי נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (22.2.2007):

"לעניין בחינת סיווגו של ליקוי כמחלת נפש, אומצה בפסיקה ההבחנה המסורתית שבין ליקויים בעלי אופי פסיכוטי, המתאפיינים בהפרעות נפשיות חמורות המלוות במחשבות שווא ובבלבול נפשי, לבין ליקויים הבאים תחת הכותרת 'נברוזה' הכוללים הפרעות נפשיות בדרגה חמורה פחות, שבהם נותרת אישיותו של החולה שלמה, והוא מודע לליקויו. סוג נוסף של ליקויים הם הפרעות אישיות, המתאפיינות בדפוסי תגובה והתנהגות לא מסתגלת הפוגמים בהיבטים שונים של התפקוד ובחלק מהמקרים אף במצבים פסיכוטיים חולפים (ראו: אבנר אליצור, שמואל טיאנו, חנן מוניץ ומיכה נוימן פרקים נבחרים בפסיכיאטריה (חנן מוניץ עורך, מהדורה חדשה, תשנ"ז) 123, 296 (להלן: פרקים נבחרים בפסיכיאטריה); יעקב בזק אחריותו הפלילית של הלקוי בנפשו, 29 ואילך (מהדורה שנייה, תשל"ג) (להלן: בזק)). בשורה של פסקי דין נקבע כי בעוד שמצב של פסיכוזה נכנס בגדר המונח 'מחלת נפש' לעניין סייג האי שפיות, אין במצבי נברוזה, פסיכופתיה או הפרעות אישיות כדי למלא אחר התנאי האמור (ראו: [ע"פ 272/86](#) אילן גבעוני נ' מדינת ישראל, תק-על 1987(3) 427, 427; עניין אבנר, בעמ' 142; ראו גם [שמעון אגרנט 'התפתחויות במשפט הפלילי'](#) עיוני משפט יא 33 (תשמ"ז))." (שם, פס' 30)

מצבי פסיכוזה ניתן להגדיר כך:

"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." (יעקב [בזק משפט](#) [ופסיכיאטריה – אחריותו המשפטית](#) של הלקוי בנפשו 46 (2006) (להלן: בזק))

עולה אפוא, כי בהחלט קיים קושי ליישב בין לשון [סעיף 34ח](#), והפרשנות הדי מצמצמת שניתנה לו בפסיקה, לבין מצב של שיקול דעת "מעורער". זאת, לו משום שקשה להגדיר נאשמת כמי ששיקול דעתה "נעדר" ו"מעורער" – גם יחד. אם תרצו, על הציר שבקצהו האחד מצויה השפיות המלאה, ובקצהו השני אי-שפיות הדעת, מצויה גם נקודת ביניים של שיקול דעת מעורער. לכן, אין לומר שניתן להיות גם "ללא שפיות" וגם עם "שיקול דעת מעורער". ומעוד זוית: המחוקק ראה באם שהמיתה את תינוקה תוך שנה בגין שיקול דעת מעורער כמי שעדיין נושאת אשם פלילי, ועל כן, בת-עונשין. לעומת זאת, מי שאינה שפויה אינה בת-אשם ואינה בת-עונשין. לפיכך, לא ניתן להגדיר את אותה אישה באמצעות שתי התוויות כאחד.

20. תימוכין לגישה זו ניתן למצוא גם בפסיקה זרה. יודגש כי המשפט המשווה בעל משקל רב יחסית, בענייננו, מהסיבה [שסעיף 303](#) יובא מהחקיקה האנגלית (Infanticide Act 1922, שתוקן ב-1938). למעשה, החקיקה האנגלית היא המקור והבסיס גם לחקיקה הקנדית (Criminal Code, R.S.C. 1985, c C-46 s 233) ולחקיקה האוסטרלית שבמדינות ניו סאות' ויילס, ויקטוריה וטסמניה (ראו, בהתאמה: Crimes Act 1924 (NSW) s 22A; Crimes Act 1958 (Vic) s 6(1); Act 1900 (Tas) s 165A). כלל הגרסאות, לרבות הישראלית, קלטו את ההוראה האנגלית ואימצו אותה כמעט באופן מילולי. על כן, הפסיקה באנגליה, קנדה ואוסטרליה היא בעלת משקל, אף שאיננו מחייב, במתן הפרשנות [לסעיף 303](#) (ראו גם: [יעקב בשן "על העבירה של המתת תינוק"](#) עיוני משפט ג 352, 353 (תשל"ג-תשל"ד) (להלן: בשן)). בפרשת Borowiec דן בית המשפט העליון בקנדה במשמעות הביטוי "ערעור שיקול הדעת" (במקור: "disturbed mind"). נפסק כי אין דרישה כי הנאשמת תהא פטורה מאחריות פלילית; או שתישא באחריות פלילית מופחתת; או אפילו שתסבול ממחלת נפש. מפאת חשיבות הדברים אביאם כלשונם:

"The disturbance need not constitute a defined mental or psychological condition or a mental illness. It need not constitute a mental disorder under s. 16 of the Criminal Code or amount to a significant impairment of the accused's reasoning faculties." (Para. 35(c))

צא ולמד כי הדרישה לערעור שיקול הדעת איננה זהה לדרישה של אי-שפיות הדעת (כך גם על פי: לימור [עציוני רצח ילדים בידי הוריהם](#) 135 (2016) (להלן: עציוני); ו-קדמי, חלק שלישי, בעמ' 1240). יוער כי היעדר הזהות בין שתי הדרישות

איננו מלמד, לכשעצמו, כי לא תיתכן חפיפה ביניהן; אלא רק שהחפיפה איננה מתחייבת. ברם, פסק הדין כלל גם קביעה פוזיטיבית ביחס למונח ערעור שיקול הדעת. נקבע כי יש לפרש את הביטוי לפי משמעותו המילולית, ובהקשר זה הכוונה היא למצב של חוסר יציבות נפשית (במקור: "mentally agitated", "mentally unstable" or "mental discomposure"). אי לזאת, התוכן שיצק בית המשפט העליון בקנדה למצב של ערעור שיקול הדעת מלמד כי חומרתו לא רק נמוכה ממצב של אי-שפיות הדעת אלא מצויה במסלול אחר.

אף פסיקת בית המשפט לערעורים באנגליה בעניין Tunstill, אשר צוינה לעיל, עשויה ללמדנו דבר. כאמור, בית המשפט קבע אז כי כל עוד תוצאות הלידה מהוות גורם ממשי ואופרטיבי לערעור שיקול הדעת, תתקיים דרישת הקשר הסיבתי בעבירה גם בהינתן שלנאשמת רקע של בעיות נפשיות קודמות. ביחס לאותן בעיות, הוסיף בית המשפט את האמור:

"Even if there are other underlying mental problems
(perhaps falling short of diminished responsibility)
which are part of the overall picture." (para. 31)

ממשפט זה ניתן לכאורה להסיק כי ההלכה שנקבעה בעניין Tunstill, לפיה תוצאות הלידה אינן חייבות להיות הגורם היחידי לערעור שיקול הדעת בעבירה של המתת תינוק, מוגבלת על פניו למצב שבו הבעיות הנפשיות המוקדמות של הנאשמת לא מגיעות לרף הגבוה יותר של אחריות מופחתת. על כן, מכוח קל וחומר, עבירה זו איננה רלוונטית ביחס לנאשמת החוסה תחת ההגנה המלאה של אי-שפיות הדעת. יושם אל לב כי הכללים הנורמטיביים אינם אמורים להיפגש. בעוד ש"שיקול דעת מעורער" מניח קיומו של שיקול דעת, אי-שפיות שוללת אותו.

21. ייתכן כי ניתן היה לסיים את מלאכת הפרשנות בשלב זה. ואולם, סבורני כי אי-ההתאמה בהיבט הלשוני-מהותי איננה מצדיקה את סיום הבחינה כבר כעת. הרי, הפירוש הלשוני לערעור שיקול הדעת לא עומד בסתירה מובהקת לאי-שפיות הדעת, אלא אך בחוסר הלימה עמו. על כן, נפנה, בכל זאת, גם לשלב השני – איתור תכלית החקיקה. נעמוד תחילה על התכלית הסובייקטיבית, ולאחר מכן על זו האובייקטיבית.

התכלית הסובייקטיבית כוללת את המטרות, הערכים והמדיניות שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות דבר החקיקה (אהרן [ברק פרשנות במשפט](#) – פרשנות החקיקה 201 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)). בענייננו, על התכלית הסובייקטיבית ניתן

ללמוד מן ההקשר החברתי לחקיקת העבירה; מלשון החוק; ומדברי ההסבר להצעת [חוק העונשין](#) (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015. נפתח בראשון. כזכור, [סעיף 303](#) יובא מהחקיקה האנגלית. ה- Infanticide Act נחקק ב-1922, כמענה לתמונת המצב המורכבת באנגליה של תחילת המאה ה-20. באותה תקופה הייתה קיימת רתיעה בקרב המושבעים מלהרשיע נשים שגרמו למות ולדיהן בעבירת הרצח, משום שההרשעה גררה אז עונש מוות (D. Seaborne Davies, "Child-Killing in English) (1937), MOD. L. REV. 203, 211, 217-19). למעשה, בין השנים 1921-1905 הורשעו 60 נשים ברצח ולדיהן, אך 59 מגזרי הדין לא בוצעו מסיבות הומניטריות (J. W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW 195 (C. S. Kenny ed., 19th ed., 1966 (להלן: KENNY'S)). על כן, המחוקק האנגלי יצר מסגרת חקיקתית המאפשרת הרשעה בעבירה פחותה מרצח, שהעונש עליה יהא כעונש על עבירת ההריגה. חקיקה זו משקפת גישה סובלנית כלפי נשים שגרמו למות ולדיהן, מתוך הכרה בכך שהן עשויות לסבול, לעיתים קרובות מאוד, מהפרעה נפשית עקב הלידה או ממצוקה הנובעת מנסיבות חברתיות (בעיקר לידה מחוץ לנישואין) (ראו, בהתאמה: Velma Dobson & Bruce Sales, "The Science of Infanticide and Mental Illness, 6 PSYCHOL., PUB. POL'Y & L. 1098, 1098-99 (2000); הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין וחשבון 40 (ירושלים, אב התשע"א, אוגוסט 2011)).

הרקע החברתי וההיסטוריה החקיקתית של עבירת המתת תינוק מלמדים כי עסקינן בהוראת חוק המגלה "מידת רחמים" כלפי תופעה שהיא אומנם איומה, אך גם שכיחה ורווחת במרבית החברות. ובנקודה זו מתבהרת התמונה. ניתן לסבור כי מידת הרחמים נדרשת רק כאשר אין במידת הדין, לבדה, כדי לעשות צדק עם הנאשם. ואילו, בענייננו, ידוע כי החוק האנגלי העניק מעמד מיוחד לנאשם והנאשמת הבלתי שפויים כבר מסוף המאה ה-16 (Homer D. Crotty, "History of Insanity as a Defence to) (1923-1924) 105, 110 CALIF. L. REV. 12; מעמד שעוגן בחקיקה ב-1883 (Trial Of Lunatics Act 1883), כ-40 שנים לפחות לפני שהמחוקק מצא צורך ליצור את העבירה של המתת תינוק. על כן, הגנת אי-השפיות "כיסתה" את המקרים במסגרתם נאשמות ברצח ולדיהן בני השנה – נמצאו בלתי שפויים. נראה, אפוא, כי חקיקת ה- Infanticide Act נועדה להתמודד עם מקרה אחר.

הנה כי כן, המסקנה המתבקשת היא כי העבירה של המתת תינוק נועדה לחול על נאשמת אשר איננה עולה לכדי מצב של אי-השפיות הדעת, ואשר, מסיבה זו, נותרה חסרת הגנה אל מול הדין. הוספת העבירה של המתת תינוק לספר החוקים האנגלי לא

באה לשנות את המצב המשפטי של נשים בלתי שפויות, אלא רק את מצבן המשפטי של נשים בנות אחריות פלילית, ולהפריד ביניהן. כך סבר גם המלומד J. W. Cecil Turner, בקובעו כי:

"Thus giving exceptive effect to a form of insanity not amounting to irresistible impulse nor within the M'Nagthen rules. The Act gives her no such exemption if while so mentally affected she happens to kill one of her other children; but the circumstances might be such as to admit the defence of diminished responsibility." (KENNY'S, [ההדגשה איננה במקור]). (שם)

(וראו גם: בשן, בעמ' 355, אשר סבור שניתן לראות בעבירה מקרה נוסף של הפרעת נפש ספציפית, אשר מקנה לנאשמת הגנה ואחריות מופחתת).

בהקשר זה יוער כי בעת הנוכחית, בניגוד למצב אשר שרר באנגליה של תחילת המאה ה-20, ישנה הבנה מוגברת ומפותחת יותר של נפש האדם, בכלל, ושל נפש האישה היולדת, בפרט. אם בעבר נחקקה העבירה של המתת תינוק כמענה לתופעה חברתית בלתי מוסברת, היום ישנה הכרה בתופעה של דיכאון לאחר לידה (Postpartum depression) ובהשלכות אשר עשוי להיות לה, בהיעדר טיפול מתאים, על היולדת ועל ולדה.

22. ומכאן – נעבור לתכלית הסובייקטיבית העולה מלשון החוק. על פי מודל זה, לשון החוק נבדקת בשלב הראשון כבדיקה ראשונית ועצמאית, ובשלב השני כאינדיקציה לכוונת המחוקק. בשני השלבים יש מקום, בוודאי במקרנו, להשוות בין הסעיף הנבחן לבין סעיפים אחרים. כאמור, נוסח [סעיף 303](#) ודומיו איננו מתייחס לאפשרות כי מי שתורשע בעבירה תוכרז בו זמנית כבלתי שפויה. ואולם, חלק מהמדינות, לרבות ישראל, מתייחסות למצב אחר אשר ניתן ללמוד ממנו על כוונת המחוקק. [סעיף 303\(ב\)](#) קובע כך:

(ב) האמור בסעיף זה אינו בא לגרוע מסמכות בית המשפט להרשיע את מי שהואשם ברצח של ילד שלא מלאו לו שנים-עשר חדשים בעבירה של הריגה או של העלמת לידה, או לקבוע שאינו נושא באחריות פלילית מחמת אי-שפיותו או ליקוי בכשרו השכלי לפי סעיף 19 [ההדגשה אינה במקור].

כך, טרח המחוקק להבהיר במפורש כי קיום העבירה של המתת תינוק אינו מונע מבית המשפט לקבוע שמי שהואשם ברצח ילד שלא מלאו לו 12 חודשים פטור מאחריות פלילית מחמת אי-שפיות הדעת. ההוראה מופיעה גם בחלק מן הגרסאות הזרות לעבירה (אנגליה, ניו סאות' ויילס וויקטוריה). דומה כי גם הוראה זו מקרבת אותנו פסע נוסף אל עבר הקביעה כי [סעיף 303](#) אינו יכול לחול יחד עם [סעיף 34ח](#), שכן, מכלל ההן ניתן לשמוע את הלאו. ודוקו, אם המחוקק טרח לקבוע במפורש כי תיתכן תחולה של [סעיף 34ח](#) כאשר האישום הוא ברצח של תינוק ([סעיף 300\(א\)\(2\)](#)); ולא התייחס לתרחיש לפיו האישום הוא בהמתת תינוק ([סעיף 303](#)); אזי סביר כי לא התכוון לאפשר תחולה משותפת לשני הסעיפים. ולהווי ידוע, כי קיימת חזקה כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק (ראו למשל: [ע"א 422/78](#) סלמון נ' תאגיד לפי [חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים](#), פ"ד לג(2) 701, עמ' 703-02 לפסק דינו של השופט ח' כהן; ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 95-599).

גם הצעת [חוק העונשין](#) (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015 (להלן: הרפורמה בעבירות המתה) עשויה לשפוך אור מסוים על הסוגיה. במסגרת הרפורמה הוצע לבטל את עבירת המתת תינוק. אמנם, ההצעה הושמטה מן הגרסה הסופית של החוק, אך עיון בפרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט מעלה כי הסיבות לכך קשורות לאילוצים טכניים ולא דווקא מהותיים (פרוטוקול ישיבה מס' 747 של ועדת חוק, חוקה ומשפט, הכנסת ה-20, 37-38 (27.12.2018)). נדמה כי דברי ההסבר עשויים לסייע בשיקוף הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק. כחלק מהנימוקים לביטול [סעיף 303](#), מבהיר המחוקק כי ישנם שלושה סעיפי אישום חלופיים אשר יחולו על נאשמות שגרמו למות ולדיהן. האישום הראשון יהא ב"רצח בנסיבות מחמירות" לפי [סעיף 301ב](#), מאחר והקורבן הינו קטין שטרם מלאו לו 14 שנים (ס"ק 8); האישום השני יהא ב"המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" לפי [סעיף 301א](#), ויחול מקום שהוכח כי הנאשמת סובלת מ"הפרעה נפשית חמורה" שגרמה להגבלה ניכרת של יכולותיה (אך לא עד כדי אי-שפיות); האישום השלישי הינו פרווגטיבה המוענקת לבית המשפט, להרשיע נאשמת המקיימת רצח בנסיבות מחמירות ([סעיף 301א](#)) – בעבירת הרצח הרגילה ([סעיף 300](#)). בדברי ההסבר מוצע כי בית המשפט יוכל להפעיל חלופה זו ביחס לנאשמת שסובלת מ"הפרעה נפשית שאינה חמורה", ועל כן, איננה עונה לתנאי האחריות המופחתת; אך קיום הפרעה מצדיק, בכל זאת, הפחתה באשמה. נאשמת זו יהא ניתן להרשיע, חרף הנסיבות המחמירות, [בסעיף 300](#), אשר מאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת לעניין העונש. אכן, [סעיף 303](#) לא בוטל במסגרת התיקון לחוק, אך

הרציונל שבבסיס דברי ההסבר ברור: המחוקק סבור כי המקרה של המתת תינוק מצוי במדרג חומרה מהסוג של אחריות מופחתת (אם כי לא זהה, שכן [סעיף 303](#) מהווה Lex Specialis), אך לא של אי-שפיות הדעת.

23. אתיחס עתה לתכלית האובייקטיבית. כידוע, התכלית האובייקטיבית הינה התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית ויהודית של המאה ה-21, לנוכח עקרונות היסוד של השיטה בכלל, ושל המשפט הפלילי בפרט (ראו, למשל: [בג"ץ 693/91](#) אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993); ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 202). זוהי התכלית המופשטת המאפיינת את מכלול הנורמות הפליליות. על מנת לגזור את תכליתה של הוראת חוק מתוך עקרונות היסוד של השיטה, אנו רשאים להיעזר בחזקות בדבר תכלית החקיקה, קרי, להניח כי הגשמת עקרונות יסוד במשפט הפלילי הינה חלק מתכליתו של כל דבר חקיקה. בין חזקות אלו, החזקה כי מטרת הדין הפלילי היא לקדם את האינטרס הציבורי; החזקה כי הדין הפלילי נועד להגשים זכויות אדם; וחזקות הנגזרות משלטון החוק, מעקרון הפרוספקטיביות ומוודאות משפטית. ויודגש כי לתכלית האובייקטיבית אופי נורמטיבי, ולא תיאורי. "השאלה אינה מה התכלית שעמדה בעבר, כעניין היסטורי, לנגד עיני חברי הגוף המחוקק. השאלה הינה מה התכלית העומדת עתה, כעניין נורמטיבי, לנגד עיני המפרש" (ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 249). קדמה לכך התפיסה במשפט העברי "וּבִאֵת אֵל [...] הַשֹּׁפֵט אֲשֶׁר יִהְיֶה בְּיָמֵים הָהֵם" (דברים, יז, ט). חז"ל דרשו בנוגע לפסוק זה: "וכי תעלה על דעתך שאדם הולך אצל הדיין שלא היה בימיו? הא אין לך לילך אלא אצל שופט שבימיו" (תלמוד בבלי, ראש השנה כה, ב). השופט פוסק בימיו הוא, ועליו להכיר את מאפייני התקופה ולהיות ער לתמורות הזמן.

24. מהי התכלית האובייקטיבית בבסיס העבירה של המתת תינוק? נקודת המוצא הכללית הינה כי [סעיף 303](#) נועד להתמודד עם קיומן של נסיבות מיוחדות המצדיקות ענישה מקלה יותר מאשר זו הקבועה בעבירות הרצח וההריגה (קדמי, חלק שלישי, בעמ' 1236). נסיבות מיוחדות אלו מצויות במצב הנפשי של מבצעת העבירה, אם התינוק בבואנו לפרש את תכלית ההסדר בהקשר הרלוונטי, היינו, האם הרשעה בהמתת תינוק עשויה לחול יחד עם פטור מאחריות פלילית, עלינו לברר מהי הפרשנות אשר תתיישב באופן ההולם ביותר עם הדין הרלוונטי, שיקולי צדק ועקרונות היסוד של המשפט הפלילי. אכן, חזקה על המחוקק כי הדין הפלילי מעניק הגנה שווה לכלל הנאשמים, ללא הבחנה המבוססת על מיהות העושה. הרעיון כי הגנת אי-השפיות תופעל ביחס לעבירות מסוימות, ולא ביחס לעבירות אחרות (כגון [סעיף 303](#), על העונש המרבי

שעומד בצידה), עשוי לעזור שאלה. התשובה נעוצה בכך שמהצד האחר, [סעיף 303](#) הוא סעיף ייחודי במובן אחר ביחס לסעיפים אחרים [בחוק העונשין](#). ראשית, המצב הנפשי של ערעור שיקול הדעת לא מופיע בסעיפים עונשיים אחרים. שנית, הסעיף אינו מקנה פטור מאחריות פלילית אך מביא להקלה משמעותית בעניין העונש. שלישית, הוא מתייחס לנתונים אישיים מאוד קונקרטיים, הן ביחס למעשה העבירה והן ביחס לנפגע העבירה: רק ולד שגילו פחות משנה. על כן, יש לנתח את [סעיף 303](#) במבט רחב וכולל. הנגזר מכך הוא הסעיף ממוקם בנקודה כמעט בודדת על ציר האחריות הפלילית. ואולם, לא בקצה של היעדר אחריות לפי [סעיף 334](#). על יסוד האמור ניתן להבין מדוע [סעיף 303 וסעיף 334](#) אינם יכולים לדור יחדיו. כך מבחינה תכליתית ומהותית.

25. המסקנה המצטיירת מכל האמור היא כי הפירוש שהציעה המדינה להוראת [סעיף 303](#), המתת תינוק, הולם יותר במכלול הנסיבות שפורטו. הפרשנות הלשונית להוראת החוק; התכלית הסובייקטיבית הנלמדת מן ההיסטוריה החקיקתית ומן ההקשר החברתי; והתכלית האובייקטיבית הנלמדת מבחינה מהותית של הסעיף – כולם מבססים מסקנה כי הדרישה לערעור שיקול הדעת עקב אי-החלמה מתוצאות הלידה, לפי [סעיף 303](#), נועדה להתמודד עם מצב דברים שונה מאשר אי-שפיות הדעת, לפי [סעיף 334](#). בהינתן זאת, הנני נכון לקבוע כי לא תיתכן תחולה משותפת של [סעיף 303](#) ו-[334](#). לאמור, לא ניתן להעניק פטור מאחריות פלילית מחמת אי-שפיות הדעת לנאשמת בהמתת תינוק. בהתאם – וכתמונת ראי – לא ניתן לסיים הליכים נגד נאשמת הפטורה מאחריות פלילית בסעיף האישום של המתת תינוק.

26. הסניגור הקדיש חלק מטיעונו לחוות הדעת הפסיכיאטריות שניתנו בעניין המערערת. לשיטתו, האמור בהן מבסס את קיומו של הקשר הסיבתי הדרוש לצורך [סעיף 303](#). יוער כי למעשה אין מחלוקת בין הצדדים בדבר היקף וחומרת המצב בו הייתה מצויה המערערת בעת ביצוע העבירה. אולם, כדי להעניק הקשר ראוי לחלק שהדגיש הסניגור בחוות הדעת, יובאו מספר קטעים מחוות הדעת השונות, כאשר החלק שאותו מדגיש הסניגור יובא בסופם.

“לפני כשבע שנים אובחנה כסובלת מהפרעה אפקטיבית דו-קוטבית” (חוות דעת מיום 10.4.2018)
 “במהלך ההסתכלות אובחנה כשרויה במצב מאני פסיכוטי גדלותי ביזארי, מלווה בפגיעה קשה בשיפוט ובבוחן המציאות. לא מבדילה בין טוב לרע ובין מותר לאסור בכל הנוגע למעשה המיוחס לה.” (שם)
 “ניכרו מחשבות שווא במסגרת תסמונת קפגרא (תסמונת כפילים): מנהל המחלקה הוא שופט ריבלין,

אחת מרגלית היא חברת ילדותה בגלגול הקודם, אח עומאר הוא בעלה לעתיד וחייבת לבקש את רשותו לכל דבר. מחשבות גדלות – היא לאה אימנו, הייתה לה התגלות [...]” (חוות דעת מיום 21.5.2018)

”טענה, שאושפזה, בגלל שבעלה, [...] הוא ראש הממשלה ולא מעביר כסף לערבים.” (שם)

”מסבירה את המעשה הנורא ע”י הסברים פסיכויטיים לחלוטין” (חוות דעת מיום 3.7.2018)

”באחד מהמעקבים הרפואיים כתוב בבירור, שמחשבות רבות על משיח וגאולה פקדו את המטופלת עוד בנעוריה, מה שנותן רמז, שהייתה חולה עוד לפני נשואיה” (חוות דעת מיום 3.7.2018)

”סיפרה בפרטי פרטים לצוות המטפל על טביעת התינוק בג'קווי, איך יצאו לו בועות מהאף, איך הוא הסתכל עליה מתחת למים ואיך ידעה ”שיגדל להיות המשיח”. כל הנ”ל ללא שום חרטה או צער, אלא בהתלהבות ובאימונה מוחלטת בצדקה. במהלך כל ההסתכלות לא נצפה אף רגע של התנהגות נורמטיבית או מאורגנת, הייתה ונשארת חסרת תוכנה לחלוטין, שיפוטה פגום באורח קשה” (חוות דעת מיום 10.4.2018)

”אין שום סתירה בין היותה הלוקה בהפרעה דו-קוטבית ממושכת (מאניה-דפרסיה), שבאה והולכת בהתקפים מאנים או דיכאוניים, לבין העובדה שהחמרתה הנוכחית קשורה ללידה (מצב מאני-פסיכויטי אחרי לידה, המהווה הן הטריגר הנפוץ לפרוץ המחלה והן להחמרת המחלה הקיימת). קטונתי מלהתערב בקביעה משפטית באיזה סעיף אישום לבחור, אך לפי חומר החקירה ומסקנות המחלקה, המתבססות על תקופת ההסתכלות שנמשכת כבר חודשים, לא מדובר ברצח בכוונת תחילה, אלא באי שפיות קשה מאוד, המלווה באמונה עיוורת-פסיכויטית, ”שמציחה את המשיח.”” (חוות דעת מיום 16.7.2018)

בחוות הדעת הודגש המצב הפסיכויטי בו הייתה שרויה המערערת עת ביצוע העבירה: נתק קשה מן המציאות ומהשלכות מעשיה. מצב זה הביא למסקנה כי היא איננה אחראית למעשיה ואיננה כשירה לעמוד לדין. היותה של הלידה טריגר לפרוץ ההתקף הפסיכויטי איננה גורעת מחומרת מצבה של המערערת – היעדר שיפוט, פגיעה קשה בבוהן המציאות, היעדר יכולת להבדיל בין טוב לרע ובין מותר לאסור, וניתוק מהמציאות בעת המעשה. בצדק ציין המומחה הרפואי כי המבחן הרפואי שונה מהמבחן המשפטי. כמובן, מקובל עלי כי בפועל אין למערערת – עקב מצבה – כוונת תחילה למעשה הרצח. ואולם, וזה העיקר, מעבר לכך שהמבחן הרפואי שונה מהמבחן המשפטי – תיאור מצבה של המערערת איננו תואם למצב של ”ערעור שיקול הדעת

עקב אי-החלמה מתוצאות הלידה", כדרישת [סעיף 303](#). התיאור מצביע באופן מובהק על היעדר יכולת מוחלט להבין את הפסול בעשיית המעשה ולהימנע ממנו, כדרישת [סעיף 34ת. כאמור לעיל](#), סעיפים אלו אינם יכולים לדור יחדיו. או אז, בבוא בית המשפט לבחור את סעיף האישום בו יופסקו ההליכים, עליו לערוך בחינה עובדתית לכאורה ביחס למעשה והכוונה הנלמדת ממנו, אך לא מעבר לכך.

ה. טענות ובירורים נוספים

27. כזכור, הסניגור טוען כי לא ניתן להרשיע את המערערת בעבירת הרצח, וזאת לנוכח אי-התקיימותן של ראיות לכאורה. לגישתו, חומר הראיות מצביע בבירור על היעדר כוונת תחילה, שכן המערערת האמינה כי שחרור אחיזתה מהתינוק (המעשה שהביא למותו) יביא לכך ש"הוא יגדל להיות מלך משיח". לפיכך, סבור, לא מתקיימות ראיות לכאורה לביצוע רצח. טענה זו דינה להידחות. הלכת פלוני 2017 קבעה כי לצורך הוכחת ראיות לכאורה לביצוע העבירה על ידי נאשם בלתי כשיר לעמוד לדין, אין דרישה כי יוצגו ראיות ליסוד הנפשי הדרוש בעבירה, אלא רק ליסוד העובדתי. אמנם, הבהרתי לעיל כי להשקפתי יהיה מדויק יותר לומר שעל השופט לבחון את המצב הנפשי לכאורה על סמך הפרמטרים העובדתיים (ראו [סעיף 13](#) לחוות דעת זו, לרבות הדוגמה שהובאה ביחס לירי המכוון לברך). ברם, טענת הסניגור בנויה לא על העובדות לכאורה, אלא על המצב הנפשי של המערערת כפי שעולה מחוות הדעת הפסיכיאטריות. אף כאן יש ללכת במסלול של פסק דין פלוני 2017, לפיו אין לבדוק את המצב הנפשי כשלעצמו ומתוכו בעת קביעת ראיות לכאורה לביצוע העבירה בה יופסקו ההליכים. אלא, יש לבחון את התאמת המצב הנפשי לעובדות המקרה. במקרה דנן, העובדות אשר הוכחו לכאורה מצביעות, למרבה הצער, על קיומה של כוונת תחילה. המערערת הסתגרה בחדר האמבטיה עם בנה התינוק, נכנסה עמו אל תוך הג'קוזי, והחזיקה אותו מתחת למים עד אשר נפחה נשמתו, תוך שהתעלמה מהקריאות שהופנו אליה מעבר לדלת החדר. הסניגור נתלה בהצהרת המערערת כי הטביעה את התינוק במטרה שיהפוך ל"מלך המשיח". ואולם, הצהרה זו – הגם שהייתה עשויה אולי להשפיע על קביעת המחשבה הפלילית של המערערת לו היה נערך בירור לגופו – איננה עולה מעצם העובדות שהוכחו לכאורה ביחס למעשה. ונזכיר, כי במסגרת קביעת ראיות לכאורה להפסקת הליכים מחמת אי-כשירות לעמוד לדין – יש להידרש למצב העובדתי, ולא לערוך בירור של ממש בדבר המחשבה הפלילית של הלוקה בנפשו. היעדר האפשרות לערוך בירור עד תום ביחס למצב הנפשי של המערערת אף מונע מבית המשפט לבחון את עבירות ההמתה השונות. כך, לנוכח עצם הקביעה, המקובלת על הסניגור, כי

המערערת איננה אחראית למעשיה בשל אי-שפיות הדעת. מאותם טעמים, אף יש לדחות את טענת ההגנה בדבר לשינוי סעיף האישום להריגה, לפי [סעיף 298 לחוק העונשין](#), בהינתן עובדות המקרה שהוכחו לכאורה.

בהקשר זה, נכון להתייחס בקצרה לטענת הסניגור ביחס לפסיקת בית משפט זה בעניין פלונית (ע"פ 5031/01), [פורסם בבנו], לצורך ביסוס טיעונו בדבר היעדר כוונת תחילה לרצח. באותו עניין, בוטלה הרשעתה של אם שהמיתה את בנה התינוק בעבירת הרצח, וחלף זאת הרשיעה בית המשפט בעבירת ההריגה, וכל זאת עקב מצבה הנפשי המעורער. דא עקא, פסיקה זו אין בה כדי לסייע למערערת, בהיותה עוסקת במצב דברים שונה מהותית ודיונית מענייננו. בעניין פלונית, להבדיל מענייננו, מבצעת העבירה נמצאה על ידי שתי הערכאות כמי שהייתה שפויה בעת המעשה, ועל כן אחראית למעשיה; ואף מסוגלת לעמוד לדין. מתוך נקודת מוצא זו, הכיר בית המשפט בכך שמצבה הנפשי של המערערת – גם אם אינו עולה לכדי אי-שפיות הדעת – עשוי להעלות ספק בדבר קיומו של היסוד הנפשי הדרוש, היינו, כוונת תחילה לרצח. בהתאם, בוטלה ההרשעה ברצח והמערערת הורשעה בהריגה. אכן כן, המערערת בעניין פלונית זכתה ל"שנמוך" של סעיף האישום, בשל כך שקיומה של כוונת התחילה לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר. ואולם, בענייננו, עסקינן במערערת אשר איננה אחראית למעשיה ואיננה מסוגלת לעמוד לדין, מצב שדורש בחינה לכאורה של האישום הנבחר.

28. עתה, נתייחס להשלמת הטיעון שהגישה הסניגורית החדשה. כאמור בפתח הדברים, במסגרת החלפת הייצוג של המערערת הורשתה הסניגורית החדשה להגיש השלמת טיעון מטעמה. הטעם העיקרי להגשת השלמת הטיעון נבע מנימוקי החלטת הוועדה הפסיכיאטרית המיוחדת מיום 28.10.2020, אשר הורתה על שחרור המערערת מאשפוז פסיכיאטרי כפוי לטיפול מרפאתי כפוי, וזאת לאחר כשנתיים וחצי בלבד בהן שהתה באשפוז (להלן: החלטת הוועדה המיוחדת). כאמור לעיל, בסמכותה של הוועדה להורות על שחרור חולה המאושפז על פי צו בנסיבות שבהן אין עוד הצדקה להמשך האשפוז נוכח מצבו הנפשי ומידת המסוכנות הנשקפת ממנו ([סעיף 28 לחוק טיפול בחולי נפש](#)). בענייננו, נימקה הוועדה את החלטתה ביחס למערערת, בין היתר, בקביעות הבאות אשר צוטטו בהשלמת הטיעון:

"קטילת חיים של תינוק, זמן קצר לאחר לידתו, היא אירוע המוגדר ע"פי הספרות הפסיכיאטרית כ NEONATICIDE או כ INFANTICIDE. מדובר באחריות

שנחשבת במדינות רבות כמופחתת, וזאת משום שמצבים נפשיים קיצוניים שלאחר לידה מוגבלים, ככלל, לתקופות שלאחר הלידה ומאופיינים בהיותם אקוטיים אך חולפים. [...] הנסיבות הפסיכיאטריות המיוחדות של אירוע מהסוג שחוותה המטופלת חולפות, ככלל, זמן קצר לאחר הלידה ואין להן השלכות ארוכות טווח של מסוכנות לציבור או למטופלת עצמה".

לשיטת הסניגורית, האמור מלמד כי הוועדה המיוחדת סבורה שמצבה הנפשי של המערערת נובע מתוצאות הלידה, באופן שמצדיק שינוי סעיף האישום להמתת תינוק. מאוחר יותר אף הגישה הסניגורית בקשה לצירוף ההחלטה כראיה חדשה. עוד התייחסה הסניגורית להשלכות החברתיות שיש לאישום ברצח ביחס לאישום בהמתת תינוק, וטענה כי יש להימנע מלהטיל על המערערת את התיוג הנלווה לעבירת הרצח.

המשיבה התנגדה הן לעצם הגשת ההחלטה כראיה חדשה, והן לפרשנות שנתנה הסניגורית לנימוקי הוועדה, לגופו של עניין. לגישתה, אין בנימוקי הוועדה כדי לבסס את הקשר הסיבתי הדרוש, על כל פנים לא ברמה הנדרשת, קרי, כי הלידה תהא הגורם הממשי לערעור שיקול הדעת. כן הביעה התנגדותה לטיעון בדבר ההשלכות החברתיות של הרשעה ברצח, ולו מהסיבה כי ההליך המשפטי נגד המערערת לא נסתיים בהרשעה אלא בהפסקת הליכים. כך, לשיטתה, אופן הפסקת ההליך יש בו כדי להסיר את הכתם המוסרי אליו מתייחסת הסניגורית. עוד הוסיפה המשיבה כי לא בכדי קבע המחוקק הסדרים מיוחדים ביחס לנאשמים הסובלים ממחלת נפש אשר הואשמו בעבירה של רצח או ניסיון לרצח (ראו [סעיפים 28א-ו לחוק טיפול בחולי נפש](#)). כך, בין היתר, הוועדה המיוחדת מוסמכת לקבוע תנאי שחרור ופיקוח כדי למנוע סכנה לשלום הציבור, כפי שאכן נעשה ביחס למערערת. המשיבה מדגישה כי שינוי סעיף העבירה בענייננו להמתת תינוק יביא לכך שתנאי השחרור והפיקוח שהוטלו על המערערת יפוגו מאליהם בחלוף 5 שנים בלבד, במקום 25 שנים בעבירת הרצח ([סעיף 15\(ד\)\(2\)\(א\)](#), שם). כן הוסיפה כי בנסיבות העניין, שלום הציבור מתייחס אף לצאצאים פוטנציאליים של המערערת, ועל כן החשיבות היתרה בתנאי הפיקוח.

29. הסניגורית הגישה חלקים מתוך נימוקי הוועדה המיוחדת. אף התביעה התייחסה לעניין לגופו. לכן, לא מצאתי באופן פורמאלי לדחות את הבקשה לצירוף הראייה החדשה, כאילו היא איננה קיימת. ברם, אין בכוחה לשנות את התמונה ביחס להכרעה זו. לא עסקינן בחוות דעת בדבר מצבה הנפשי של המערערת בזמן ביצוע

העבירה או בעת ההעמדה לדין. טרם ההכרעה בהליך קמא, הוגשו מספר חוות דעת בעניינה של המערערת, בהסכמת הצדדים. כפי שצוין, אף יש הסכמה שהמערערת איננה אחראית למעשיה. השיקולים שעמדו לעיני הוועדה המיוחדת ביחס לשחרור המערערת מהאשפוז הפסיכיאטרי מתמקדים במצב של המערערת נכון לתקופה זו, והובאו לצורך הבעת עמדה אשר למידה שבה היא משקפת מסוכנות לציבור כיום. עצם החלטה לשחרר את המערערת מהאשפוז איננה נושא דיון זה. בכל מקרה, היא איננה עומדת בסתירה ביחס למצב הנפשי של המערערת בשתי נקודות הזמן – בעת מעשה העבירה ובעת המשפט. הקביעות שצוטטו לעיל מהחלטת הוועדה המיוחדת מתייחסות להיבט המסוכנות לציבור של המערערת, והן ניתנו בפריזמה הספציפית של שחרור מאשפוז כפוי. אין בהן כדי לבסס עמדה לפיה המערערת צריכה להיות מואשמת בהמתת תינוק ולא ברצח, ואין אף ניסיון להתיימר לבסס עמדה שכזו במסגרת החלטה מסוג זה.

חוות הדעת שהוגשו במהלך המשפט, המתייחסות למצב הנפשי של המערערת במשך 7 השנים שקדמו לביצוע המעשה, מצביעות על כך שהמערערת סובלת מהפרעה דו-קוטבית (מאניה דפרסיה). אף אם נקבל כי הלידה היוותה הטריגר לפרוץ ההתקף הפסיכוטי בו הייתה מצויה בעת המעשה, המצב הפסיכוטי הוא אשר קובע את האחריות, או ליתר דיוק, את היעדר האחריות. יש לקוות כי חלוף הזמן אכן מיטיב עם המערערת, ומייתר את הצורך להותירה באשפוז כפוי. ברם, המצב העכשווי עשוי לשקף את מידת מסוכנותה המופחתת אך לא לשנות את הנתונים היסודיים של המקרה, ובפרט במועד ביצוע העבירה. ויש לזכור, בהתאם לניתוח לעיל, כי עסקינן במסקנה משפטית על סמך מצבה הרפואי של המערערת.

30. אחרון בפרק זה, יש להתייחס לתיקון 137 לחוק העונשין, קרי, הרפורמה בעבירות ההמתה. כידוע, על פי סעיף 5 לחוק העונשין, נאשם רשאי ליהנות מכך שהדין החדש מקל עמו, כאשר פסק הדין בעניינו איננו חלוט. בהליך קמא נקבע כי לכאורה הוכחה עבירת רצח בכוונת תחילה, לפי סעיף 300 לחוק העונשין, שהעונש המרבי בגינה הוא מאסר עולם. האם הדין החדש מיטיב עם המערערת? התשובה שלילית. הצדדים לא נדרשו לעניין, ובצדק. להשלמת התמונה, אבהיר מדוע. סעיף 300א(א)(1) – רצח בנסיבות מחמירות, עבירה שבצידה עונש מאסר עולם חובה – קובע כך:

301א. (א) הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:

(1) המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית;

סעיף זה עונה לראיות לכאורה ולתיאור העובדתי שהובא לעיל. אגב, גם החלופה שבסעיף קטן 8 רלוונטית לעניינו:

(8) הקורבן הוא חסר ישע, קטין שטרם מלאו לו 14 שנים או קטין שעובר העבירה אחראי עליו; בפסקה זו, "חסר ישע" – כהגדרתו בסעיף 368א, ו"אחראי" – אחראי על קטין או חסר ישע" כהגדרתו בסעיף האמור;

המסקנה מכך כי אין בדין החדש כדי להיטיב עם המערערת, ולכן אין להתבסס עליו.

1. הפסקת הליכים או זיכוי – מבט פרטני

31. הובהר לעיל כי מצב בו נאשם אינו מסוגל לעמוד לדין ואינו אחראי למעשיו, התוצאה תהא הפסקת הליכים ולא זיכוי (ראו פרק ב' לחוות דעת זו). על פי מודל זה, אי-קיומו של הליך גובר על היעדר אחריות. כך, פרט לשני חריגים: האחד, שאינו קשור לעניינו, מתקיים כאשר הנאשם נמצא בלתי כשיר רק לאחר קיום הדיון המשפטי (עניין פלוני 2012). והשני, בהתקיים ארבעת התנאים שנקבעו בעניין אשקור. אשר למקרנו, שלושה מתוך ארבעה כללים חלים, ואילו תנאי אחד: הצהרת הסניגור כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה – אינו מתקיים. נביא בשנית את לשון התנאי:

"ב. הסניגור הצהיר כי בחן היטב את חומר הראיות, בחן את האינטרס של הנאשם אותו הוא מייצג, והוא מודע לנפקויות הזיכוי מחמת אי שפיות – ולאחר כל אלה הוא מצהיר כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה."

כאמור בפרק ב' לחוות דעת זו, אינני רואה לנכון לקבוע כללים חדשים ביחס להלכת אשקור. עם זאת, במקרה זה, ובמקרה זה בלבד, דעתי היא כי נכון יותר לזכות את המערערת מעבירת הרצח מאשר להפסיק את ההליכים בעבירה זו. אסביר.

שני החריגים שהוזכרו הינם פרי הפסיקה. החוק אינו קובע מפורשות הכיכוד לסיים הליך בו הנאשם בעל מוגבלות כפולה, דיונית ומהותית – היעדר מסוגלות לעמוד לדין ופטור מאחריות פלילית מחמת אי-שפיות הדעת. הרציונאלים והתכליות הרלוונטיים הינם כי כאשר נאשם אינו מסוגל לעמוד לדין לא ניתן לנהל הוכחות בהיעדרו, ולכל היותר ניתן לערוך בירור בהיקף זה או אחר. מכאן, בהיעדר הסכמה למעשה העבירה, אין אפשרות להכריע במחלוקת. למשל, בענייננו, לו קו ההגנה של

הסניגור היה כי לא המערערת ביצעה את המעשה, אלא אדם אחר – הכיצד בית המשפט יכול להביע עמדה ללא קיום משפט? כך נוצרה דרישת ההסכמה.

חרף האמור, להשקפתי יש מקום במקרה זה ליצור מעין חריג נוסף, שאיננו סותר חזיתית את הלכת אשקד, ואף משתלב עמה.

”מעין” חריג – מדוע? אינני מציג כלל או קטגוריה רחבה. למעשה, כפי שיובהר, אותו מעין חריג חל כאשר המחלוקת בין סעיף האישום הנבחר לבין סעיף האישום החלופי הוא בין [סעיף 300 לחוק העונשין](#) – עבירת הרצח – לבין [סעיף 303](#) – עבירת המתת תינוק. וייתכן אף זאת, רק במקרה שלפנינו.

ולמה להגיע לתוצאה של זיכוי בענייננו? מה הוא החריג ובאיזה מובן מסקנה זו איננה סותרת חזיתית את הלכת אשקד? ראשית, הסניגור לא הכחיש שהמערערת ביצעה את מעשה ההמתה כפי שתואר. הסניגור חולק על המצב הנפשי שהוכח, ולשיטתו יש להחיל את [סעיף 303 לחוק העונשין](#), המתת תינוק, על המערערת. כאמור, לו הסניגור היה טוען שהמעשה לא נעשה כלל על ידי המערערת – הייתי מסתפק בהפסקת ההליכים. ברם, משהסכים לכך, המחלוקת נסובה על פרשנותו של [סעיף 303](#). סעיף זה חריג ביותר. הוא התעורר בפסיקת בית המשפט העליון רק פעם אחת, בעניין פלונית שהוצג לעיל. הוא ייחודי בדרישותיו – רק אישה שגורמת למותו של ולדה עד הגעתו לגיל שנה. הרציונל של סעיף זה, כפי שהובא, עניינו תופעה שמתעוררת באישה עקב לידתה ובסמוך לה. תנאים אלה הינם עובדתיים גרידא. אישה, גרם מוות, ולד שגילו נמוך משנה. על רקע זה, המחלוקת נסובה סביב מצב נפשי באופן מובהק. אין בעובדות של המעשה, כשלעצמן, כדי לסייע לבית המשפט לקבוע איזה סעיף מתאים יותר למקרה. ההבדל בין [סעיף 300 לסעיף 303](#) עניינו המצב הנפשי בו הייתה מצויה הנאשמת בלבד, לאמור, האם מדובר בערעור שיקול הדעת כתוצאה מהלידה? אף זו קטגוריה ייחודית ב[חוק העונשין](#).

ועתה, נתייחס לנסיבות הפרטניות של המקרה. המצב הנפשי של המערערת – פסיכოזה והיעדר שליטה – איננו מתיישב עם הדרישה ב[סעיף 303](#) ל”ערעור שיקול הדעת”. ערעור שיקול הדעת מצביע על קיומו של שיקול דעת, ולא על היעדרו. עולה שהאירוע של הלידה היווה טריגר למעשה. טריגר, ובעברית: מְזַנֵּק. אין זה נדיר לראות בפסיקת בית המשפט קיומם של טריגרים שונים להתפרצות מחלת נפש. הטריגר אינו

הגורם מבחינת אחריות הנאשם שלא אחראי למעשיו, אלא מהווה גורם חיצוני שמפעיל את הפסיכוזוה של האדם שסובל ממחלת נפש. מכל האמור, ניתן לומר כי למעשה יש הסכמה אשר לעובדות המקרה, פרט לסוגיה נקודתית וצרה בסוגיה משפטית שטרם התעוררה לפני בית משפט זה. וכאן מגיעים לסיפור של המקרה. הרובד האנושי. ההסתכלות של בית המשפט על המערערת עצמה. ואף עשיית הצדק במקרה בודד ביותר – תרתי משמע.

לאחר שקבעתי את אשר קבעתי, נראה שיהיה צודק ונכון יותר להורות על זיכוי המערערת. לדעתי, לא יהיה זה נכון, במקרה מיוחד זה, על כל הרבדים השונים בו, להסתפק בהפסקת ההליכים. אפשרות כזו נתונה לבית המשפט כאשר המצבים החריגים, כאמור, לא נקבעו בסעיפי חוק.

בא כוח המערערת טען את כל אשר ניתן לטעון מבחינה משפטית בסוגיה שלא נידונה. הסניגורית החדשה קיבלה את התפקיד רק לאחר קיומו של דיון בבית משפט זה. היא הדגישה את הקושי של המערערת ומשפחתה בכך שהיא הואשמה בעבירת רצח, על כל הנלווה לכך מבחינה חברתית. נראה כי התוצאה של הזיכוי, גם אם איננה משפיעה על תקופת האשפוז המרבית (או במקרנו, שכן המערערת שוחררה לטיפול מרפאתי לאחרונה, תקופת הפיקוח המרבית) – נותנת מענה, ולו חלקי, לכך.

סיכום

מלאכת ההכרעה בתיק זה הייתה מפותלת ומורכבת. כך, ביחס לשלושת השותפים. הראש, דהיינו, הניתוח המשפטי; הלב, ואף הנפש. זהו אחד מן המקרים בהם התוצאה המתחייבת מהכללים המשפטיים הקיימים, עשויה לעורר בנו אי-נוחות מסוימת. שכן, באם ניפרד לרגע מה מן הקטגוריות המשפטיות המחייבות, מן הסתירות הלשוניות, מן הקושי האנאליטי, אפילו מכוונתו המשוערת של המחוקק – ניוותר עם השאלה: מה בצע כי נטיל על אישה זו את עול הנשיאה של המילה "רצח"? שהרי ברי כי מי שמביאה למות ולדה כאשר מצויה בהתקף פסיכוטי לא רצתה בכך; לא התכוונה לכך; לא חפצה בכך. ליתר דיוק, המחלה שוללת – מבחינה משפטית – רצון, כוונה וחפץ.

ההגנה – הסניגוריה, משפחת המערערת ואף המערערת עצמה, על פי המתואר, השליכו יהבם על שינוי סעיף העבירה, מרצח להמתת תינוק, מתוך תפיסה כי הדבר

יסיר את הכתם המוסרי הדבק במערערת. בעניין זה, אבהיר עוד. פטור מאחריות פלילית מחמת אי-שפיות הדעת הוא מושג משפטי, אך בבסיסו ניצבת גם עמדה מוסרית: אין להאשים אדם אשר רוחות שווא שלטו במחשבותיו בעת ביצוע העבירה. להאשים, תרתי משמע – אין לקבוע את אשמתו; ואין לשאת נגדו אשמה בליבנו. על כך עמדתי בהרחבה בפסק דיני בעניין וחנן, בו קבעתי כי נאשם אשר חוסה תחת סייג אי-שפיות הדעת, דינו זיכוי מלא, ולא סיווג כ"לאו בר עונשין" כפי שהיה נהוג טרם לכן. זאת, כמתחייב מבחינה משפטית, מוסרית ומעשית. המשמעות היא סמלית – נאשם בלתי שפוי אינו צריך לשאת בכתם האשם.

ומה בענייננו? המערערת הוכרזה כבר בראשית ההליך כמי שסבלה מאי-שפיות הדעת במהלך ביצוע העבירה. ההגנה טענה, המדינה הסכימה, ובית המשפט הכריז: הנאשמת איננה אחראית למעשיה. משכך, היא אינה אשמה. היסוד במסקנה זו אוניברסאלי. כשם שלא ניתן להרשיע אדם שלא ביצע את המעשה, כך לא ניתן להרשיע אדם שנעדר המחשבה הפלילית הדרושה. הוא הדין לגבי הבריא והחולה; לגבי מי שנעדר מחשבה פלילית לגבי המקרה הקונקרטי, ולגבי מי שכלל אינו מסוגל לגבש כוונה זו, בשל מצבו.

לסיום, נוכל להסתייע בדבריו של הפילוסוף אוגוסטינוס: "שנא את החטא, ואהוב את החוטא". גם אם יש החולקים על אמרה זו, על השלכותיה הציבוריות, נדמה כי ניתן להסכים כי יש לשנוא את המעשה ואת החטא, אך בד בבד, ניתן לגלות תגובה רגשית אחרת, כזו הנושאת בתוכה חמלה, רחמים וחסד, כלפי העושה שאינו חוטא.

32. סוף דבר, לו תישמע דעתי הערעור יתקבל במובן זה שהמערערת תזוכה מעבירת הרצח, לפי [סעיף 300 לחוק העונשין](#), מכוח [סעיף 34 לחוק העונשין](#).

ש ו פ ט

השופט ד' מינק:

עיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט נ' הנדל ובטענות הצדדים לפנינו. בתום העיון הגעתי למסקנה שונה ממסקנתו של חברי.

1. בניגוד לחברי, אני סבור כי יש לקבל את עמדת המערערת לפיה סעיף האישום המתאים בנסיבות העניין הוא [סעיף 303 לחוק העונשין](#) התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) המעגן את העבירה הייחודית של המתת תינוק. משכך, וכפי שיובהר להלן, יש גם מקום להורות על זיכוי המערערת מעבירה זו חלף התליית ההליכים המשפטיים נגדה לפי הוראת [סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: [הח"ט"פ](#)).

2. אולם טרם שנצלול לעומקן של הטענות, ועל אף שיהא בכך משום חזרה מסוימת על דברי חברי, למען הסדר הטוב ולו בשל מורכבות התמונה, אביא בקצרה את סעיפי החוק הרלוונטיים לענייננו, [בח"סד"פ](#), [בחוק העונשין](#) ובחוק [טיפול בחולי נפש](#), התשנ"א-1991 (להלן: חוק טיפול בחולי נפש) בלשונם:

[סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש](#)

(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 [...]

(1א) לא ייתן בית משפט צו לפי סעיף קטן (א) אלא אם כן נוכח כי יש ראיות לכאורה כי הנאשם עשה את מעשה העבירה שבו הואשם בכתב האישום או שעשה מעשה עבירה אחר המבוסס על אותן עובדות או על עובדות דומות לעובדות שבכתב האישום.

[סעיף 170 לח"סד"פ](#)

(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 בדין, 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 להפסיק גם לפני תום בירור האשמה.

סעיף 34 לחוק העונשין

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.

על המצבים שבהם ניתן להורות על הפסקת ההליכים הפליליים נגד נאשם (לפי סעיף 170(א) לחסד"פ) ועל מתן צו אשפוז (לפי סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש) או על זיכוי נאשם (לפי סעיף 34 לחוק העונשין) ארחיב עוד בהמשך. לעת הזו, ולצורך המשך הדיון, די בכך שאציין כי את הביטוי "ראיות לכאורה כי הנאשם עשה את מעשה העבירה" שבסעיף 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש, יש לפרש כמתייחס לראיות הנוגעות ליסוד הפיזי שבעבירה ואין בית משפט צריך להצביע על קיומן של ראיות לכאורה להוכחת יסוד המחשבה הפלילית לצורך מתן צו אשפוז לנאשם שאינו מסוגל לעמוד לדין (ע"פ 3083/17 פלונ' נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (14.8.2018)). עוד נקבע כי כאשר ההבחנה בין עבירות שונות מבוססת על שוני ביסוד המחשבה הפלילית הנדרשת בהן, "בדרך כלל המעשה עצמו ילמד על טיב העבירה" (שם, פסקה 23). ומכאן לסוגיית סעיף העבירה הרלוונטי לענייננו.

רצח או המתת תינוק

3. בית המשפט המחוזי מצא כי קיימות ראיות לכאורה לכך שהמערערת ביצעה את מעשה העבירה – עבירת רצח, ומשכך, הורה על התליית ההליכים נגדה ביחס לעבירה זו ועל אשפוז לפי סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש. לאור קביעה זו מצא בית המשפט המחוזי כי אין עוד מקום לבחון את טענת הסניגור לפיה העבירה המתאימה בנסיבות העניין היא עבירה של המתת תינוק לפי סעיף 303 לחוק העונשין. לעניות דעתי בכך נפלה שגגה בידי בית המשפט אשר היה עליו לשקול מהו סעיף העבירה המתאים לתשתית הראייתית אשר נפרסה לפניו בשעה שהורה על הפסקת ההליכים.

4. אין חולק כי לתביעה הכללית מסורה הפררוגטיבה לבחור את סעיף האישום המתאים בהליך הפלילי (ראו: רע"פ 6351/01 אטדגי נ' התובע הצבאי הראשי, [פורסם בנבו] פסקה 4 (24.9.2001); ע"פ 66/88 מדינת ישראל נ' אפרתי, פ"ד מג(1) 847, 856 (1989)). ההליך הפלילי מתנהל כולו בגבולות המסגרת שמתווה כתב האישום, ומכוון

לביורור האישומים שמייחסת התביעה לנאשם בכתב האישום (ראו למשל: [דנ"פ 4603/97](#) משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 196 (1998)). אמנם, בהוראת [סעיף 184 לחסד"פ](#) נקבע חריג לכלל זה על פיו לבית משפט נתונה הסמכות להרשיע נאשם הן על בסיס עובדות שלא נכללו בכתב האישום אם הוכחו בפניו, והן בעבירה שלא נזכרה בכתב האישום – אם העובדות המבססות את התקיימותה נזכרו בו (ראו למשל: [ע"פ 3506/13](#) הבי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 360-361 (12.1.2016); [ע"פ 3600/18](#) פלונני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 103 (20.6.2019); וראו גם: [סעיף 216 לחסד"פ](#) לעניין סמכותה של ערכאת הערעור לעשות כן). אך ככלל, לנוסחו של כתב האישום בהליך הפלילי חשיבות רבה והוא אשר מגדיר את גדריו הדין.

5. ברם, יש להבחין בין האופן שבו מתנהל משפט פלילי "רגיל" לבין הליך המתנהל לפי [סעיף 170 לחסד"פ](#) ולפי [סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש](#). בעוד שבהליך פלילי "רגיל" בית משפט עשוי להרשיע נאשם, בסוף הדרך, גם בעבירה שלא נזכרה בכתב האישום – אך במסגרת ההליך כולו הוא "כבול" למסגרת שהוגדרה על ידי התביעה, הרי שבהליך שבו מורה בית משפט על צו אשפוז לפי [סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש](#), לא כך הוא. עיקרו של הליך מסוג זה נטוע בעצם הקביעה על אודות קיומן של ראיות לכאורה למעשה עבירה – העבירה שבה הואשם בכתב האישום או "מעשה עבירה אחר המבוסס על אותן עובדות או על עובדות דומות לעובדות שבכתב האישום". במקרה זה, בית משפט אינו יכול להסתפק במסגרת שהתוותה התביעה ולהלך אחריה כסומא באפילה ושומה עליו לבחון קיומן של ראיות לכאורה גם לגבי מעשה עבירה אחר בהתבסס על אותן עובדות. זאת בניגוד למשל לבדיקת קיומן של ראיות לכאורה בהליכי מעצר לפי [סעיף 21\(ב\) לחוק סדר הדין הפלילי \(סמכויות אכיפה – מעצרים\)](#), התשנ"ו-1996 אשר במסגרתם בית המשפט בודק את קיומו של סיכוי סביר להרשעה רק בעבירה המיוחסת לנאשם ([בש"פ 8087/95](#) זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996); וראו למשל: [בש"פ 7376/20](#) חמאד נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 5 (6.11.2020); [בש"פ 6339/20](#) ברזילי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 12 (22.10.2020)).

6. בענייננו כאמור, סעיפי העבירה הרלוונטיים העומדים על הפרק הם עבירת רצח (כנוסחה לפני הרפורמה בעבירות ההמתה) ועבירת המתת תינוק. לצורך ביורור הדברים, אביא את הסעיפים כלשונם:

רצח (סעיף 300 לחוק העונשין)

- (א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד:
[...]
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;

המתת תינוק (סעיף 303 לחוק העונשין)

- (א) אשה שגרמה במזיד, במעשה או במחדל, למות ולדה שלא מלאו לו שנים-עשר חדשים, ובשעת המעשה או המחדל היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה, הרי על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה, דינה - מאסר חמש שנים.
(ב) האמור בסעיף זה אינו בא לגרוע מסמכות בית המשפט להרשיע את מי שהואשם ברצח של ילד שלא מלאו לו שנים-עשר חדשים בעבירה של הריגה או של העלמת לידה, או לקבוע שאינו נושא באחריות פלילית מחמת אי-שפיותו או ליקוי בכשרו השכלי לפי סעיף 19.

עיון בשתי העבירות מלמד על קשר הדוק ביניהן. למעשה, אותו מעשה עשוי לגבש הן את יסודות העבירה לפי [סעיף 303\(א\)\(2\)](#) לחוק, נראה אף כי הקשר המובהק בין העבירות (ובין לבין עבירות המתה נוספות) הוא אשר הוביל את המחוקק להבהיר [בסעיף 303\(א\)](#) לחוק כי העונש על ביצוע העבירה יעמוד על 5 שנים "על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה", ולקבוע [בסעיף 303\(ב\)](#) כי הסעיף אינו בא לגרוע מסמכותו של בית המשפט להרשיע נאשם ברצח של ילד, בעבירה של הריגה.

7. בענייננו, כפי שציין חברי, אין חולק כי קיימת תשתית ראייתית בנוגע לשלושה מרכיבי העבירה: המערערת היא אישה; היא גרמה במעשה למות ולדה; לוולד לא מלאו שנים עשר חודשים. אלא שלצד רכיבים אלו כוללת העבירה שני רכיבים נוספים. הראשון, כי המערערת גרמה למות הוולד ב-"מזיד"; השני, כי בשעת המעשה המערערת "הייתה במצב של ערעור שיקול הדעת משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה". איננו נדרשים לדון ברכיב הראשון, שעה שבמסגרת [סעיף 15\(א1\)](#) לחוק טיפול בחולי נפש, כאמור, אין צורך להידרש לקיומן של ראיות לכאורה בקשר ליסוד הנפשי של העבירה. לעומת זאת, עיקר הדיון נסוב בענייננו באשר להתקיימותו של הרכיב השני. במסגרת רכיב זה יש להבחין בין דרישת הקשר הסיבתי הקבועה בו (הבאה לידי ביטוי במילים: "משום שעדיין לא

החלימה לגמרי...") לבין החלק הנוגע למצבה הנפשי של הנאשמת – "ערעור שיקול הדעת".

8. אציין כבר עתה, כי נוכח העובדה שענייננו בעבירת המתה ייחודית אשר בגדרה נקבע עונש מקל יותר ההולם את נסיבותיה הייחודיות, יש לראותה כהוראת חוק מיוחדת (lex specialis), אשר "גוברת" על הוראת חוק כללית אחרת (ע"פ 7230/96 פלונ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 513, 529 (1997)). מסקנה זו נלמדת במפורש גם מלשון הסעיף הקובעת כי גם אם יסודות העבירה מגבשים עבירת המתה אחרת (רצח או הריגה), העונש שיוטל על נאשמת שהתקיימו במעשיה יסודות הסעיף יעמוד על 5 שנים בלבד. מובן אפוא שבמקרים בהם ניתן להצביע על ראיות לכאורה להוכחת כל רכיבי העבירה, יש לבכר הפסקת הליכים ביחס לסעיף זה על פני הפסקת הליכים ביחס לעבירת רצח (או עבירת המתה שונה הרלוונטית בנסיבות העניין). דברים אלו נכונים בכל הנוגע לייחוס עבירה ספציפית לנאשם גם במקרים בהם היא מחמירה עמו, ונכונים בוודאי כאשר הדין המיוחד "התפור למידותיו" מקל עמו. וכמאמר בית המשפט (ע"פ 4143/17 עאבד נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 34 (13.8.2018)): "דין מיוחד הוא כינוי לנורמה משפטית המסדירה עניין משפטי צר יותר מן הנורמה הכללית המתייחסת לאותו תחום משפטי" ואין סיבה שלא להחיל את הדין המיוחד על נאשם, בין אם הדין מחמיר עמו ובין עם הוא מקל עמו. מכאן נובעת החשיבות המרבית להתחקות אחר השאלה האם מתקיימים במקרה זה יסודות עבירת המתה התינוק.

דרישת הקשר הסיבתי

9. בישראל, רק במקרים בודדים הורשעו נשים בעבירה לפי [סעיף 303](#) לחוק (ראו: לימור [עציוני רצח ילדים בידי הוריהם](#) 75 (2016)). גם במקרים אלו, לא נערך דיון ממצה בבחינת יסוד הקשר הסיבתי שבעבירה (וראו למשל דיון חלקי בסוגיה: ע"פ 5031/01 פלונ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 625 (2003); ובקשה לדיון נוסף שנדחתה: [דנ"פ 8791/03](#) פלונ' נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.7.2004)). כך גם לא הורחבה היריעה באשר לטיבו של קשר סיבתי זה ובפרט באשר לשאלה אם יש בכוחה של מחלת נפש ברקע הרפואי של נאשמת כדי להשפיע על התקיימותו של רכיב זה. גם בכל הנוגע לקשר הסיבתי הנדרש במסגרת [סעיף 34](#) לחוק [העונשין וסעיף 300א\(א\)](#) אשר היה קבוע בחוק לפני הרפורמה בעבירות המתה (שהם סעיפים הנוגעים לרמות שונות של הפרעה נפשית" וכוללים דרישה של קשר סיבתי בינה לבין מוגבלות הנאשם בשעת המעשה), פסקי דין רבים מציינים את קיומה של דרישת הקשר הסיבתי מבלי לפרט את

טיבה, כדרישה שפשרה מובן מאליו (ראו לדוגמה: [ע"פ 7396/15](#) גדליה נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 13, 30 (13.6.2017); [ע"פ 5951/98](#) מליטה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 49, 68-69 (2000); [ע"פ 485/15](#) אלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 20 (13.6.2017)).

10. על טיבה של דרישת הקשר הסיבתי, יש ללמוד מהמבחן הבסיסי המקובל לבחינת קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות לתוצאה בתחומי המשפט הפלילי, הוא מבחן "סיבה בלעדית אין" (ש"ז [פלר יסודות דיני עונשין](#) כרך א 430 (מהדורה שלישית, 2000) (להלן: פלר); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 299 (מהדורה שלישית, 2014); [ע"פ 3680/17](#) נדב נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 19 (7.6.2018); [ע"פ 2685/17](#) מדינת ישראל נ' נסים, [פורסם בנבו] פסקה 10 (26.9.2017) (להלן: עניין נסים)). לפי מבחן זה התנהגות מהווה גורם סיבתי לתוצאה כאשר אלמלא אותה התנהגות לא הייתה מתרחשת התוצאה (ראו לדוגמה: [דנ"פ 404/13](#) פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 20 (15.4.2015) (להלן: [דנ"פ 404/13](#)); [ע"פ 4230/99](#) אבו ג'אנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34, 40 (2001)). מדובר במבחן "פיזי – אובייקטיבי" הבוחן את השפעת המעשה על התוצאה כפי שקרתה בפועל ([ע"פ 10715/08](#) ולס נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 29 (1.9.2009); עניין נסים, פסקה 10; יעקב קדמי הדין בפלילים – [חוק העונשין](#) חלק ראשון 104 (2012) (להלן: קדמי)). במסגרת בחינה זו בוחן בית המשפט אם ההתנהגות מהווה סיבה פיזית הכרחית בשרשרת הסיבתית שהסתיימה בתוצאה שאירעה לבסוף ([ע"פ 10023/06](#) טואלבו נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 4 (9.12.2009)). [בהערת אגב יצוין כי מבחן זה משקף הגיון בסיסי ומשרת את דרישת הסיבתיות גם בתחומי משפט נוספים, ובפרט בדיני הנזיקין (ראו: ישראל [גלעד דיני נזיקין – גבולות](#) האחריות 1346 (2012); אריאל [פורת נזיקין](#) כרך א 321 (2013)].

11. יישומו של מבחן ה"סיבה בלעדית אין" לעניין דרישת הקשר הסיבתי [שבסעיף 303 לחוק העונשין](#) מוביל אפוא למסקנה, כי יש לבחון האם המצב הנפשי אליו הגיעה נאשמת בשעת ביצוע המעשה נגרם כתוצאה מהלידה, במובן זה שאילולי הלידה, לא הייתה מגיעה הנאשמת לאותו מצב. די בכך שהלידה הייתה לכל הפחות "סיבה" בשרשרת הסיבות והמסובבים שהסתיימה בתוצאה הסופית שהיא מצבה הנפשי של הנאשמת בשעת המעשה (השוו: קדמי, עמ' 104; פלר, עמ' 430; [ע"פ 9647/10](#) פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 15 לפסק דינה של השופטת ארבל (3.1.2013); [דנ"פ 9](#)

404/13, פסקה 19; [ע"פ 47/56](#) מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1543, 1548 (1956).

העמידה בדרישת הקשר הסיבתי מתאפשרת גם אם הלידה כשלעצמה לא הייתה מביאה לאותו מצב נפשי כגורם סיבתי יחיד אלא רק בהצטרף לגורמים נוספים (השוו: פלד, עמ' 437; [יצחק קוגלר תיאוריה ומעשה ביני עונשין – מבוא והיסוד העובדתי](#) 361 (2020) (להלן: קוגלר); והשוו לעניין הקשר הסיבתי בין התנהגות לבין גרימת מוות: [סעיף 309\(5\) לחוק העונשין](#); [ע"פ 140/10](#) חלילה נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 76 (10.3.2011)). יתרה מכך, גם בהנחה כי המצב הנפשי היה עלול להיגרם גם ללא הלידה אלא על ידי גורם אחר לבדו, אם הלידה כגורם סיבתי יחיד הייתה יכולה גם היא להביא לאותה תוצאה, די בכך כדי למלא את דרישת הקשר הסיבתי (השוו: [ע"פ 8573/96](#) מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 534 (1997); ראו גם: [ע"פ 418/77](#) ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3, 9 (1978); קוגלר, עמ' 366; קדמי, עמ' 106).

12. באשר לנסיבות ענייננו, מצטרף אני לעמדתו של חברי בנקודה זו, כי סוגיית הקשר הסיבתי במקרה דנא אינה מעוררת קושי משמעותי. זאת על אחת כמה וכמה אם ניקח בחשבון את מבחן ה"סיבה בלעדית אין", כפי שיושם בפסיקה, גם לענייננו. יש בנמצא די והותר ראיות לכאורה לכך שאם לא היה מתקיים אירוע הלידה, לא הייתה מגיעה המערערת למצב הנפשי אליו הגיעה בשעה שגרמה למות בנה.

הראיות המוצקות ביותר לקביעה זו הן חוות הדעת הפסיכיאטריות שהוגשו בעניינה של המערערת אשר מפאת חשיבותן אסקור אותן, גם אם בקצרה. בחוות הדעת מיום 10.4.2018 צוין כי לאחר לידתה הראשונה, המערערת פיתחה מצב מאני פסיכוטי שלאחריו נכנסה לדיכאון ממושך. בין הלידות הייתה המערערת מאוזנת במשך כשבוע שנים. לאחר הלידה השנייה (הרלוונטית לענייננו), לטענת אחיותיה, החלו סימנים קלים להתנהגות מוזרה. מאז האירוע אובחנה כשרויה במצב "מאני פסיכוטי גדולתי ביזארי". עוד תואר כי המערערת לא הייתה אחראית למעשים המיוחסים לה בעת ביצועם, בשל "הקשר הסיבתי המובהק" בין תכניה הפסיכויטיים במסגרת מצב "מאני פסיכוטי אחרי לידה" לבין התנהגותה ואמירותיה הן בחקירתה והן במהלך ההסתכלות. דברים דומים נכתבו בחוות הדעת מיום 12.4.2018 ומיום 21.5.2018. גם בחוות הדעת מיום 3.7.2018 הוזכרו חלק מן הממצאים הללו, אם כי לצד זאת תוארה האפשרות כי מחלתה של המערערת מלווה אותה עוד מלפני נישואיה וכי גם בין הלידות היו לה

תקופות של החמרה במצבה הנפשי. בית המשפט המחוזי גם ביקש את התייחסות פסיכיאטר המחוזי לשאלה אם ניתן להצביע על קשר בין העבירה ובין תוצאות הלידה וביום 16.7.2018 ניתנה חוות הדעת השישית ובה צוין כי "אין שום סתירה בין היותה הלוקה בהפרעה דו-קוטבית ממושכת (מאניה-דיפרסיה), שבאה והולכת בהתקפים מאנים או דכאוניים, לבין העובדה שהחמרתה הנוכחית קשורה ללידה (מצב מאני-פסיכוטי אחרי לידה, המהווה הן הטריגר הנפוץ לפרוץ המחלה והן להחמרת המחלה הקיימת)".

13. חוות דעת אלו מלמדות אפוא על קשר הדוק בין הלידה שעברה המערערת לבין מצבה הנפשי. גם אם היינו מניחים כאמור כי מחלתה הנפשית של המערערת לא נבעה רק כתוצאת מהלידה, התמונה הכללית הנשקפת מחוות הדעת מצביעה על קשר סיבתי מובהק בין הלידה האחרונה לבין מצבה הנפשי של המערערת בעת שביצעה את מעשה העבירה.

"ערעור בשיקול הדעת" ומצבים נפשיים נוספים

14. ומכאן לרכיב הנוסף והעיקרי שאליו התייחס חברי בחוות דעתו – רכיב ה"ערעור בשיקול הדעת". הלכה למעשה, אין ספק כי בענייננו מתקיים רכיב זה. אדרבה, לא רק שהוכח "ערעור בשיקול הדעת" של המערערת אלא שנמצא כי היא אף לקחה באי שפיות. אלא שבהקשר זה, חברי קבע כי לא ייתכן מצב שבו נאשמת תואשם בעבירה של המתת תינוק (בהתייחס למצב של "ערעור בשיקול הדעת") ובו זמנית תוכר כסובלת מאי שפיות הדעת לפי [סעיף 34ח לחוק העונשין](#). בעניין זה דעתי שונה מדעתו של חברי. בניגוד לחברי, אינני סבור כי [סעיף 303 לחוק](#) שעניינו במצב של "ערעור בשיקול הדעת" חל אך ורק במצבים של "הפרעה" בשיקול הדעת, ואינו יכול לחול במצבים נפשיים קשים יותר. ראשית וזאת עיקר, אין זכר בלשון [סעיף 303 לחוק](#), לפרשנות המבקשת להוציא מתחולתו של הסעיף את גדרי המקרים שבהם ה"ערעור" בשיקול הדעת הוא חמור. להבחנה זו, בין "ערעור בשיקול הדעת" הנכנס בגדרי הסעיף, לבין "ערעור בשיקול הדעת" החורג מגדרי הסעיף, אין כל עיגון בו.

15. שנית, עמדתו של חברי אף אינה עולה לדעתי בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף. ניכר כי המחוקק הגדיר מנעד רחב מאוד של מצבים בהם עשוי נאשם לחסות תחת הסדרי הגנה שונים, בשל מגבלה שלו הנובעת מהפרעה נפשית

(ראו: [סעיף 301ב\(ב\)\(2\)](#) לחוק אשר החליף את [סעיף 300א\(א\)](#) שהיה קבוע בחוק בתקופה הרלוונטית לערעור זה; כמו גם [סעיף 34ח](#) לחוק). לצד הגנות אלו, [סעיף 300א\(ב\)](#) שנכנס לחוק במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה מאפשר היום לבית המשפט להקל בהרשעתו של נאשם ברצח בנסיבות מחמירות ככל שימצא כי "מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד". אמנם, ניתן היה להעלות על הדעת כי החפיפה בין סעיפים אלו לבין עבירת המתת תינוק לפי [סעיף 303](#) לחוק, תביא לביטולה של עבירה זו. עמדה מסוג זה אכן הוצגה בדו"ח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה (הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דו"ח הצוות 39-41 (2011); ואף קיבלה ביטוי בהצעת החוק שעמדה בבסיס הרפורמה בעבירות ההמתה (הצעת [חוק העונשין](#) (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015, ה"ח 972, עמ' 178). דא עקא, המחוקק זנח עמדה זו והשאיר את העבירה בספר החוקים על כנה. בכך אפוא הביע המחוקק את עמדתו המפורשת כי אין מקום לעמדה לפיה קיומם של סעיפים אלה מייתר את הצורך בעבירת המתת התינוק ומוביל "לנסיגתה" בכל מצבי החפיפה בינה לבין אותם סעיפים, לרבות [סעיף 34ח](#) לחוק.

16. שלישית, יש מקום ליתן משקל לכלל על פיו מן הראוי לפרש שני חוקים באופן שיתיישבו זה עם זה ככל הניתן ולא באופן המביא לביטול אחד מן השניים, קל וחומר כאשר מדובר בשני סעיפים מתוך אותו חוק (ראו: [רע"פ 1057/99](#) יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, 377 (1999); [בג"ץ 174/85](#) חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 245, 248 (1985)).

לדעתי אפוא, גם כאשר ה"ערעור בשיקול הדעת" עולה עד כדי "אי שפיות הדעת", אין מניעה לייחס לנאשמת עבירה לפי [סעיף 303 לחוק העונשין](#).

משנמצא אפוא כי התקיימו כל יסודות עבירת המתת התינוק, המהווה כאמור "דין מיוחד", יש מקום לקבוע כי זו העבירה הרלוונטית לאישום בענייננו, ולא עבירת הרצח.

זיכוי או הפסקת הליכים

17. משהגענו עד כה, נותרה לדיון עוד סוגיה אחת נוספת, והיא, ההכרעה בדבר התליית הליכים או זיכוי המערערת בדיון. שכן, הסנגור טען כי אין מקום להורות על התליית ההליכים בעניינה של המערערת, אלא על זיכוייה.

18. הבחנה בסיסית לדיונו היא ההבחנה בין אי שפיות הדעת בשעת מעשה העבירה לבין אי כשירות לעמוד לדין. בעוד שאי שפיות מהווה סייג מהותי לאחריות הפלילית, בעת ביצוע העבירה; אי כשירות עניינה בכשירות הדיונית של נאשם לעמוד לדין בשעת המשפט. הכלל הוא כי נאשם החוסה תחת סייג אי שפיות הדעת – יזוכה לפי הוראת [סעיף 34 לחוק העונשין](#); ואילו נאשם שנמצא כי אינו כשיר לעמוד לדין – יופסק ההליך הפלילי בעניינו ([ע"פ 4694/20](#) לייפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בבנו] פסקה 17 (2.9.2020)). הרציונאל העומד בבסיס זיכוי של מי שנמצא בלתי-שפוי בשעת ביצוע מעשה העבירה, הוא כי אדם הלוקה באי שפיות הדעת אינו בר יכולת לגבש מחשבה פלילית, ו"באין מחשבה פלילית לא תתבצע עבירה" ([ע"פ 7761/95](#) אבו חאמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 250, 245 (1997); [רע"פ 2675/13](#) מדינת ישראל נ' וחנון, [פורסם בבנו] פסקה 6 (3.2.2015)). באשר להתליית הליכים בשל אי כשירותו של נאשם לעמוד לדין, הנחת היסוד היא, כי אין זה ראוי לנהל הליך פלילי נגד מי שאינו מסוגל להתגונן כראוי נגד ההאשמות המיוחסות לו, להעריך את חומרתן, להבין את מצבו ולתקשר עם עורך דין במטרה לקבל סיוע משפטי ([רע"פ 2111/93](#) אבנרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 133, 138 (1994); [ע"פ 3230/05](#) גולה נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 10 (22.1.2007); [ע"פ 3193/07](#) טבאגה נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 11 (2.4.2009)). ענייננו, כפי שתיאר חברי בהרחבה, במצב שבו מתלכדים שני המצבים – המערערת נמצאה גם כבלתי כשירה לעמוד לדין וגם כחוסה תחת סייג אי שפיות הדעת בשל מצבה הנפשי בעת ביצוע המעשה.

19. פסיקת בית משפט זה לגבי מצב דברים שבו נאשם נמצא בלתי כשיר לעמוד לדין וגם כמי שלקה באי שפיות הדעת בשעת ביצוע מעשה העבירה היא ברורה. נקבע כי דינו של נאשם כזה הוא התליית הליכים, שכן, כאשר לא ניתן להעמיד נאשם לדין, גם לא ניתן לברר את השאלה אם הוא פטור מאחריות פלילית בשל מצבו הנפשי בעת ביצוע העבירה ([ע"פ 9078/09](#) פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 13 (14.2.2012)). אולם לכלל זה נקבעו חריגים ספורים אשר פורטו בפסיקה. החריג האחד, הוא במצב דברים נדיר אשר אין חולק כי לא מתקיים בענייננו, אשר בו הדיון בעניינו של נאשם הסתיים, אך ממש בטרם ניתנה הכרעת הדין נמצא כי הנאשם אינו כשיר לעמוד לדין (שם, פסקה 15). במצב דברים זה, כאשר בית משפט מוצא כי מדובר בנאשם שלא היה אחראי למעשיו לפי [סעיף 34 לחוק העונשין](#), ניתן גם לזכותו.

החריג השני אשר בגדרו ניתן להורות על זיכוי נאשם לפי [סעיף 34ח לחוק העונשין](#) אף כאשר הוא נמצא בלתי כשיר לעמוד לדין, פורט בעניין [רע"פ 8601/15 אשקר נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] (15.5.2017) (להלן: עניין אשקר). מדובר במצב דברים שבו הוגשה חוות דעת פסיכיאטרית הקובעת כי הנאשם היה בלתי שפוי בעת המעשה וכי הוא לא כשיר לעמוד לדין, ובנוסף לכך מתקיימים כל התנאים הבאים: (א) התביעה אינה חולקת על חוות הדעת הפסיכיאטרית; (ב) הסניגור הצהיר כי בחן היטב את חומר הראיות, את האינטרס של הנאשם ואת נפקויות הזיכוי, וכי הנאשם ביצע את מעשה העבירה; (ג) בית המשפט, לאחר עיון בתיק החקירה, הגיע למסקנה כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה; (ד) בית המשפט קבע בפסק הדין המזכה כי הנאשם ביצע את העבירה.

20. ויובהר. ענייננו כאמור במצב דברים שבו המערערת נמצאה גם בלתי כשירה לעמוד לדין וגם כמי שלקחה באי שפיות הדעת בעת ביצוע המעשים. לאור הכלל על פיו במצב דברים זה, יש להתלות את ההליכים (בשל היעדר כשירות לעמוד לדין) ולא להורות על זיכוי הנאשם (בשל אי שפיות דעתו בעת ביצוע המעשים), מעשה העבירה נבחן עד כה בהיבט של התליית הליכים, על מכלול ההוראות הרלוונטיות הנוגעות למסלול זה, כמו גם ההלכה הפסוקה בסוגיה. אולם, הגיעה העת לבחון האם, חרף קיומה של ברירת המחדל לפיה יש להתלות את ההליכים נגד המערערת, יש מקום להורות על זיכוייה.

21. אין חולק כי בענייננו מתקיימים התנאים שנקבעו בעניין אשקר, למעט התנאי השני, כאשר לרכיב שעניינו בהצהרת הסנגור כי "הנאשם ביצע את מעשה העבירה", לגביו ניטשה מחלוקת בין הצדדים. זאת, שכן על אף שקיימת הסכמה לגבי מסכת האירועים העובדתית שאירעה, לא הייתה הסכמה בין הסנגור לבין התביעה לגבי סעיף האישום הרלוונטי לעניין. אולם, כאמור לעיל להשקפתי היה על בית המשפט לבחון קיומן של ראיות לכאורה גם לגבי מעשה עבירה אחר שלא נזכר בכתב האישום, בהתבסס על אותן עובדות. ואכן נמצא כי בענייננו מתקיימים יסודות עבירת המתת התינוק, המהווה כאמור "דין מיוחד". במצב דברים זה, לא ניתן לומר עוד כי לא מתקיים הרכיב שהיה שנוי במחלוקת, שכן יוצא אפוא כי הסנגור הביע הסכמתו לסעיף האישום אשר נמצא כי הוא הרלוונטי לעניין – סעיף המתת תינוק. בעניין זה, אינני סבור כחברי כי קיימת עוד חשיבות להסכמה "המשולשת" בין התביעה, ההגנה ובית המשפט (פסקה 9 לחוות דעת חברי). הסכמה מעין זו נדרשת מקום שבו בית המשפט

לא הכריע בסעיף הרלוונטי, אלא "חי" מפיהם ומהסכמתם של הצדדים. ברם, כאשר קיימת הכרעה לגופו של עניין על ידי בית המשפט באשר לסעיף האישום הרלוונטי, הסכמתה של התביעה מאבדת מערכה ואינה נדרשת עוד.

מכאן אפוא כי יש להורות על זיכוי המערערת מעבירה זו.

סיכומם של דברים

22. ניתן אפוא לסכם את הדברים באופן הבא:

(א) כאשר מתעורר דיון בשאלת הפסקת ההליכים בעניינו של נאשם (ומתן צו אשפוז לפי [חוק טיפול בחולי נפש](#)), בית המשפט אינו יכול להסתפק במסגרת שהתוותה לו התביעה, ועליו לברר אם קיימת תשתית לכאורית לביצוע של עבירה – זו אשר בה הואשם הנאשם, או עבירה אחרת בהתבסס על אותן עובדות. במסגרת זו התשתית העובדתית הלכאורית הנדרשת הינה רק ביחס ליסוד הפיזי של העבירה.

(ב) כאשר מדובר בנסיבות אשר עשויות לקיים הן את יסודותיה של עבירת רצח והן את יסודותיה של עבירת המתת תינוק, יש לבכר התליית הליכים בעבירת המתת תינוק. זאת נוכח עובדת היותה "דין מיוחד" ונוכח לשונו של [סעיף 303](#) לחוק על פיו בהתקיים הנסיבות המיוחדות המנויות בו, ייגזר דינה של נאשמת מכוחו למשך חמש שנים בלבד, "על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה".

(ג) אחד מיסודותיה העובדתיים של עבירת המתת התינוק הוא דרישת הקשר הסיבתי. לצורך בחינת רכיב זה יש להיעזר במבחן ה"סיבה בלעדית אין". מבחן זה מסייע גם לעניין שאלת ההשפעה של מחלה נפשית הקודמת ללידה, שכן על פי המבחן, די בכך שהלידה הייתה "סיבה" אחת בשרשרת הסיבות שהביאו למצבה הנפשי של הנאשמת.

(ד) כאשר לרכיב ה"ערעור בשיקול הדעת" שבעבירת המתת תינוק, הרי שבניגוד לדעת חברי, אינני סבור כי קיימת מניעה לייחס לנאשמת עבירה זו, ולהפסיק את ההליכים בה, בד בבד עם הקביעה בדבר אי שפיותה. אין פגם

בקביעה ששיקול דעתה של נאשמת הינו "מעורער" אף אם ה"ערעור" מגיע עד כדי אי שפיות הדעת.

23. ומן הכלל אל הפרט בענייננו: נמצא לדעתי כי התקיימו כל יסודות עבירת המתת תינוק. במצב דברים זה, יש להעדיף עבירה זו על פני עבירת רצח. בהינתן העובדה שהעבירה הרלוונטית היא עבירת המתת תינוק, נמצא כי מתקיים החריג אשר נקבע בעניין אשקר על פיו יש מקום לזכות נאשם אשר נמצא שהוא גם אינו כשיר לעמוד לדין וגם חסר אחריות פלילית למעשה העבירה בשל אי שפיות דעתו בשעת המעשה. שכן, הסנגור הביע הסכמתו לגבי עבירה זו.

אם דעתי תשמע אפוא, יש להורות על זיכוי המערערת ביחס לעבירה של המתת תינוק לפי [סעיף 303 לחוק](#).

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

1. אני מסכים לתוצאת פסק דינו של חברי, השופט ניל הנדל, ולעיקר נימוקיו. אבהיר בקצרה את הלך מחשבתי.

2. המחלוקת המרכזית שהתגלעה בין חבריי, השופט הנדל, מזה, והשופט דוד מיון, מזה, נוגעת לשאלה האם [סעיף 303 לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין ו-סעיף 303, בהתאמה) הקובע עבירה של "המתת תינוק", המתייחסת לגרימת מותו של תינוק שגילו פחות משנה על ידי אמו בזדון, חל גם במצבים בהם התקיים בנאשמת בגרימת המוות סייג אי שפיות הדעת, הקבוע [בסעיף 34ח. לחוק העונשין](#) (להלן: סייג אי השפיות). לשיטת השופט הנדל, [סעיף 303](#) מתייחס רק למצבים של "ערעור שיקול הדעת", ולא למצבים של אי שפיות הדעת, בהם שיקול הדעת אינו קיים כלל. על כן אין הסעיף רלוונטי במקרים, כדוגמת ענייננו, בהם המערערת עומדת בסייג אי השפיות. לשיטת השופט מיון, מצב של אי שפיות הדעת, הוא, מקל וחומר, מצב

העונה על דרישת "ערעור שיקול הדעת" [שבסעיף 303](#). על כן מרגע שנקבע כי יש להקל בעונש של מי ששיקול דעתה מעורער, הרי שהקלה זו חלה גם על מי שגרמה למות תינוקה בהעדר שיקול דעת. לפיכך, לשיטתו, [סעיף 303](#) הוא הסעיף המתאים לעניינה של המערערת.

3. במחלוקת זו דעתי כדעת השופט הנדל. אכן, בשונה מהוראת [סעיף 300א\(א\)](#) [לחוק העונשין](#) שחלה בשעתו ("עונש מופחת"), [ומסעיף 301ב\(ב\)\(2\)](#) [לחוק העונשין](#) החל כיום ("המתה בנסיבות של אחריות מופחתת"), אין [בסעיף 303](#) הבהרה מפורשת, ברחל בתך הקטנה, כי הענישה שנקבעת בגדרו מתייחסת למצבי ביניים בלבד, דהיינו כאשר נפל ליקוי נפשי ("ערעור שיקול הדעת") שאינו עולה לכדי סייג אי השפיות ([בסעיף 300א\(א\)](#) לחוק העונשין, אשר בוטל בתיקון מס' 137, צוין כי הוא מתייחס ל"מצב 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 [...]"); [סעיף 301ב\(2\)](#) [לחוק העונשין](#), אשר נוסף בתיקון מס' 137, עוסק, בין היתר, במצב בו "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 [...]". (ההדגשות הוספו). ואולם, הלכה למעשה, תפקידו של [סעיף 303](#) דומה לסעיפי העונש המופחת או האחריות המופחתת, דהיינו לקבוע "דרגת ביניים שלישית, בין ה"שפוי" אשר נושא באחריות פלילית מלאה למעשיו, לבין זה הסובל מאי שפיות הדעת, הפטור לחלוטין מכל אחריות פלילית; הכוונה היא לנאשמים הלוקים בנפשם, אשר אחריותם הפלילית מצטמצמת אך אינה נשללת כליל" ([אורי שהם ולי-אור שחרור "ענישה מופחתת או אחריות מופחתת בעבירות רצח"](#) ספר מנחם פינקלשטיין – משפט, ביטחון וסדר 443, 448 (2020)). ולראיה, מרבית חברי הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה משנת 2011, סברו כי אין עוד טעם [בסעיף 303](#), בציינם כי "מקרים בהם תוכח הפרעה נפשית חמורה של האם ייכללו ממילא בחלופה של אחריות מופחתת עקב הפרעה נפשית חמורה". ודוק, גם נציגי הסנגוריה הציבורית, שהתנגדו לביטול [סעיף 303](#), עשו כן בשל החשש שמצבה הנפשי של האישה לא יעמוד בדרישות המינימליות להוכחת אחריות מופחתת במקרה הרגיל (דו"ח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה 39-40 (2011)). והשוו גם לעמדות בעניין זה באנגליה, מולדתה של העבירה. The Law Commission, *A New Homicide Act for England and Wales? An Overview*, Consultation Paper No. 177, Part. 9 (especially Para. 9.8-9.13, 9.93-9.95) (2005). יצוין כי בדין האנגלי הוכרה העבירה לראשונה בשנת 1922 ב- Infanticide Act (רפורמה משמעותית בוצעה ב-1938), בעוד שההגנה החלקית של אחריות

מופחתת הוכרה לראשונה רק בשנת 1957, ב-Section 2 of the Homicide Act).
 ויובהר, בסופו של דבר לא בוטל אומנם [סעיף 303](#) (כשם שבאנגליה לא בוטל ה-
 Infanticide Act), ואולם אין בכך כדי ללמד, לדידי, על היות הרציונל שבצד עבירה זו
 שונה מזה שבצד ההוראות לעניין אחריות מופחתת (ראו [מרדכי קרמיניצר וחאלד גנאים](#)
[הרפורמה בעבירות ההמתה \[2019\] לאור עקרונות היסוד של המשפט](#), ומחקר היסטורי
 והשוואתי 170-168, 355-354 (2020)). לאור זאת, כשם שנאשם איננו יכול לטעון
 לתחולתם במצטבר (להבדיל מתחולה לחלופין) של סייג אי השפיות והסדרי
 הענישה/האחריות המופחתת, כך גם אין לאפשר לנאשמת לטעון לתחולתם במצטבר
 (להבדיל מתחולה לחלופין) של סייג אי השפיות ושל [סעיף 303 לחוק העונשין](#).

4. מהי נפקות הדברים ביחס לעניינה של המערערת שלפנינו? אין חולק כי
 המערערת לא הייתה כשירה בעת הדיון בבית המשפט קמא לעמוד לדין, ועל כן הכלל
 הוא שחלים בעניינה [סעיף 170\(א\)](#) [לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ב-
 1982 (להלן: [חט"פ 9](#)), המורה על הפסקת ההליכים הפליליים בעניינה, [וסעיף 15\(א\)](#)
[לחוק טיפול בחולי נפש](#), התשנ"א-1991, המורה על מתן צו לאשפוזה לתקופה שלא
 תעלה על תקופת האשפוז או הטיפול המרבית, כהגדרתן [בסעיף 15\(ד1\)\(2\)](#) לחוק טיפול
 בחולי נפש (דהיינו, במקרה של רצח, 25 שנה). לכלל האמור שני חריגים העשויים
 להיות רלוונטיים לעניינו (חריג שלישי, המתייחס למצב בו נאשם נמצא בלתי כשיר
 לעמוד לדין לאחר שהדיון המשפטי הגיע לקיצו, ועובר למתן הכרעת הדין, במובהק
 אינו נוגע למקרה בו עסקינן): האחד קבוע בסיפא של [סעיף 170\(א\)](#) [לחוס"פ](#), לפיו אם
 ביקש הסניגור לברר את אשמת הנאשם, יברר בית המשפט את האשמה (להלן: חריג
 בירור האשמה לבקשת הסניגור); השני נקבע [ברע"פ 8601/15](#) אשקר נ' מדינת ישראל
 [פורסם בנבו] (15.5.2017) (להלן: הלכת אשקר), לפיו בית המשפט רשאי, אם מצא
 לנכון, לזכות מחמת אי שפיות הדעת, במצב בו קיימת תמימות דעים בין התביעה לבין
 ההגנה (להלן: חריג הזיכוי המוסכם מחמת אי שפיות). ואולם, כפי שמבהיר חברי,
 השופט הנדל, גם לשני החריגים הללו אין תחולה בענייננו: חריג בירור האשמה
 לבקשת הסניגור אינו חל, מאחר שלא את חפות המערערת מביצוע עבירת המתה מבקשת
 הסניגורית לברר, אלא את סוג עבירת ההמתה שניתן לייחס לה, וכזאת נפסק שאין מקום
 להתיר בגדרו של חריג זה (ראו [ע"פ 129/87](#) מצרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 694
 (1987); [ע"פ 460/89](#) ועקנין נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 788, 791 (1989)); חריג
 הזיכוי המוסכם מחמת אי שפיות אינו חל מאחר שאין תמימות דעים בין התביעה לבין
 ההגנה ביחס לסעיף האישום ממנו תזוכה המערערת מחמת אי שפיות הדעת. לכאורה,
 משמעות הדברים היא כי צדק בית המשפט קמא, שעה שהורה על הפסקת ההליכים נגד

המערערת מחמת שאינה כשירה לעמוד לדין, והוציא צו לאשפוזה לתקופה מרבית של 25 שנה (וזאת בהינתן שסעיף האישום נגדה הוא רצח, ולהעדר טעמים מספיקים להתערב בעניין זה מכוח הסמכות הנתונה לבית המשפט לפי [סעיף 15\(א\)](#) לחוק לטיפול בחולי נפש, כפי שמבהיר השופט הנדל).

5. למרות האמור, סבור חברי, השופט הנדל, כי יש מקום לחרוג בעניינה של המערערת מהכלל, ולא להסתפק בהפסקת ההליכים נגדה, אלא לזכותה כבר בשלב זה מעבירת הרצח בה הואשמה מחמת סייג אי השפיות. טעמו העיקרי של חברי לכך הן נסיבותיו הייחודיות של המקרה, ובמיוחד העובדה שהסיבה המרכזית בעטיה התנגדה הסנגורית לזיכוי כאמור הוא סברתה (המוטעית לדידו ולדידי) שיש תחולה בעניינה של המערערת [לסעיף 303 לחוק העונשין](#). עמדת חברי אומנם מעוררת קשיים מבחינה משפטית, ואולם מבחינה אנושית הגיונה בצידה, ונראה שהיא אכן בגדר "הרע במיעוטו" מבחינת המערערת. זאת ועוד, לעניין תוצאת הזיכוי היא עולה בקנה אחד עם עמדת השופט מיינץ, שאף הוא סבר כי מן הראוי לסיים בשלב זה את ההליכים המשפטיים בעניינה של המערערת (הגם שלשיתתו, תוך שינוי סעיף האישום לעבירה לפי [סעיף 303](#)). במצב דברים זה, ותוך הדגשה כי מדובר בפתרון שהותאם לנסיבות הייחודיות של המקרה הטראגי בו עסקינן, מצאתי לנכון להסכים גם לזיכוייה של המערערת מהמיוחס לה בכתב האישום מחמת סייג אי השפיות, משאין חולק כי הוא התקיים בה במועד ביצוע המעשה הנורא.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל, שאליו הצטרף השופט ע' גרוסקופף כי הערעור יתקבל באופן חלקי, במוכן זה שהמערערת תזוכה מעבירת רצח, וזאת חלף פסק הדין המורה על הפסקת ההליכים נגדה בגין עבירה זו. זאת בניגוד לחוות דעתו של השופט ד' מיינץ, שסבר כי יש לקבל את הערעור באופן של זיכוי המערערת מעבירה של המתת תינוק.

ניתן היום, ט"ו בסיון התשפ"א (26.5.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

רג 19025310_Z28.docx
מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>

נ' הנדל 54678313-2531/19
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)