



ת"פ 63871/06/16 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"פ 63871-06-16 מדינת ישראל ואח' נ' פלוני ואח'

לפני	כבוד השופטת לימור מרגולין-יחידי
מאשימה	1. מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד גולומב, פנחס ובליקשטיין - שחורי
נגד	
הנאשם	1. פלוני ע"י ב"כ עו"ד חדד, רובינגר ומילשטיין

החלטה

האם מוסמך ביהמ"ש לבטל כתב אישום מחמת מצבו הרפואי של נאשם? והאם יש מקום לביטול כתב האישום בעניינו של הנאשם?

אלה הן השאלות הטעונות הכרעה בהחלטה זו.

פתח דבר

1. הנאשם בן 77 וסובל במשך שנים ארוכות ממצב רפואי מורכב וממחלות כרוניות.

ביום 29.6.16 הוגש לביהמ"ש כתב אישום נגד הנאשם וארבעה אחרים, ביניהם בנו, נאשם 2. כתב האישום מייחס לנאשם, ביחד עם הנאשמים האחרים, עבירות מס מהותיות רבות בשנים 2003 - 2013, בהיקפים יוצאי דופן העולים על 750 מיליוני שקלים, ועבירות הלבנת הון בהיקפים ניכרים, וזאת במעמדו כבעל השליטה והמנהל הפעיל בקבוצת החברות "קליניקה און" וכן באופן אישי.

לאחר הגשת כתב האישום פנה הנאשם ליועמה"ש בבקשה לעכב את ההליכים בעניינו מחמת מצבו הרפואי. עתירתו נדחתה בחודש יוני 2017.



2. במקביל לפנייה ליועמה"ש, נטענה טענה מקדמית שיש לבטל את כתב האישום מחמת טענת הגנה מן הצדק המבוססת על המצב הרפואי. לשיטת ההגנה, ניהול ההליך הפלילי נגד הנאשם במצבו הרפואי המורכב מסב פגיעה אנושה בבריאותו ומסכן את חייו, וכן לא מאפשר לו לנהל הגנה, כשהנאשם מבחינה קוגניטיבית כלל אינו מסוגל לסייע להגנתו ולקחת חלק פעיל בהליך. במצב דברים זה, כך נטען, ניהול ההליך עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית, עד כי קמות לנאשם טענות של הגנה מן הצדק ופגיעה בהליך ראוי, המצדיקות את ביטול ההליך נגדו.

המאשימה חולקת על עצם הסמכות לבטל כתב אישום מכוח טענת הגנה מן הצדק מטעמי מצב בריאותי, וטוענת כי קיימים הסדרים ברורים וממצים בחוק, היוצרים הסדר שלילי. מבלי למעט מן האמור, טוענת המאשימה כי אין תקדים בישראל לביטול כתב אישום מחמת מצב בריאותי, ולא בכדי, וכי בהתאם לאמות המידה ליישומה של טענת הגנה מן הצדק, ואף בהתאם לפרשנות המקובלת מעבר לים, אין מקום לקבל את העתירה לגופו של עניין.

לביסוס טענותיה הגישה ההגנה חוות דעת של המומחים: פרופ' מוטי רביד, מומחה ברפואה פנימית, פרופ' גד קרן, מומחה לב, ופרופ' אברהם ויצמן, מומחה לפסיכיאטריה, שהוגשה בשלב מאוחר (להלן: "רביד", "קרן" ו"יצמן"). הנאשם נבדק על ידי מומחה מטעם המאשימה, פרופ' אריה בן יהודה, מומחה ברפואה פנימית וגריאטריה, והוגשה חוות דעתו (להלן: "בן יהודה"). המומחים בן יהודה, רביד וקרן העידו בביהמ"ש. לבקשת ביהמ"ש זומן בן יהודה פעם נוספת.

3. המחלוקת בין הצדדים היא רחבה, והיא מתפרשת הן על הסוגיה העקרונית והן על יישומה בנסיבות הקונקרטיות. לפיכך, נדרשת בשלב הראשון הכרעה בשאלה העקרונית אם קיימת לביהמ"ש סמכות לבטל כתב אישום בשל מצב רפואי של נאשם. ככל שהתשובה לכך חיובית, יש להדרש בשלב השני למרחב שיקול הדעת בהקשר של הטענה האמורה, היינו אמות המידה לבחינת המצב הרפואי והשפעתו על ניהול ההליך הפלילי וכן אופן עריכת האיזון בין הנושא הבריאותי אל מול יתר האינטרסים והשיקולים הנוגדים. בשלב השלישי, ייושמו הקריטריונים והאיזונים האמורים על עניינו של הנאשם שלפניי.

טענת סף - טענת המאשימה להסדר שלילי

4. טרם בחינת השאלה אלו מקורות משפטיים, אם בכלל, מסמיכים את ביהמ"ש לבטל כתב אישום בשל מצב רפואי, יש להדרש לטענת המאשימה בדבר קיומו של הסדר שלילי, שהיא טענת סף, שאם תתקבל היא סותרת את הגולל על בחינת האפשרות לבטל כתב אישום מטעמי בריאות המבססים שיקולי צדק.

לשיטת המאשימה, ההסדרים בחקיקה ביחס להפסקת הליכים עקב מצב רפואי נפשי או פיזי הם מלאים וממצים, אין חסר בחקיקה ויש הסדר שלילי. לפיכך, לטענתה, בהקשר הבריאותי ניתן לסיים את ההליך המשפטי בשני אופנים בלבד: בשל טענות הנוגעות לכשירות נפשית, בדרך של הפסקת הליכים לפי סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 (להלן: "סד"פ") ביחד עם סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991, ובשל טענות כלליות הנוגעות למצב בריאותי, בהודעה של היועמה"ש על עיכוב ההליכים לפי סעיף 231 לחסד"פ, בעקבות פניה שנענתה בחיוב. לגישת המאשימה לא מתקיים ערוץ נוסף של שיקולי צדק



הנגזרים ממצב רפואי.

5. גישה זו של המאשימה היא צרה מידי, לטעמי, אינה מתחייבת מלשון הוראות החוק הנזכרות ומתכליתן, ואינה מעניקה משקל מספיק לעקרונות של הליך הגון שהוכרו בדין. יוער, כי טענה דומה נשמעה בשעתו על ידי המאשימה בפרשת יששכרוב בהקשרה של הסמכות לפסול ראיות בדרך פסיקתית, וביהמ"ש דחה אותה, בהדגישו את מעמדן של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד ואת הצורך בקיומם של סעדים אופרטיביים יצירי חוק, ובמקרים המתאימים גם יצירי פסיקה, משהוכחה פגיעה מהותית בזכויות המוגנות (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** פסקה 52 (להלן: "**הלכת יששכרוב**")).

להשקפתי, ההסדרים אליהם הפנתה המאשימה, אינם ממצים. כך, הפסקת הליכים עקב מצב נפשי מותנית בהתקיימות מחלת נפש, כהגדרתה בדין, וכן בתנאים נוספים שהתגבשו בהלכה הפסוקה הקשורים למחלת הנפש והשלכותיה. החלטה בדבר הפסקת הליכים אינה מבוססת על שיקולי צדק, הגם שנלקחת בחשבון שאלת היכולת של נאשם להבין את ההליך ולהשתתף בו באופן אפקטיבי. לפיכך, מסקנה לפיה רק במצב של מחלת נפש, במובנה המשפטי, מוסמך ביהמ"ש לבחון טענות לסיום ההליך, היא דווקנית יתר על המידה.

אשר לסמכותו של היועמ"ש לעכב הליכים, מדובר בסמכות מנהלית מעין שיפוטית, כשקשת השיקולים שהיועמ"ש רשאי להתחשב בהם לצורך קבלת ההחלטה היא רחבה מאד. אין ספק שבחלק נכבד מהמקרים עשויה להיות השקה ואף חפיפה בין שיקולי הצדק המוצגים ליועמ"ש לבין שיקולים שיוצגו במסגרת טענת הגנה מן הצדק ופגיעה בהליך ההגון. עם זאת, נקודת המבט של היועמ"ש ושל ביהמ"ש אינה זהה, כשהראשון מופקד על רשויות התביעה ועל האינטרס הציבורי באכיפת החוק, ואילו ביהמ"ש בוחן את האינטרס הציבורי הכולל ואת האינטרס האישי של הנאשם בגישה רחבה יותר. כפועל יוצא מכך, אין בסמכות היועמ"ש לעכב הליכים, כדי לשלול את סמכותו וחובתו של ביהמ"ש לבחון אם בניהול ההליך בפניו יש משום פגיעה מהותית בצדק שמצדיקה תוצאות אופרטיביות או כדי לפטור אותו מהחובה להעניק לנאשם הליך הגון ולבדוק טענות הנטענות בהקשר זה. במאמר מוסגר, אציין שבתיק שלפניי הליך עיכוב ההליכים מול היועמ"ש מוצה בטרם בירור הטענות בביהמ"ש, ולפיכך, איני נדרשת להכריע בשאלה אם תנאי סף לפנייה לביהמ"ש הוא מיצוי ההליך, אם כי דומה שיש ממש בטענה שיש למצות תחילה את האפשרויות החוקיות שנזכרו, ככל שהן רלבנטיות לטענה.

6. לכל שנאמר יש להוסיף את העובדה שהוראת סעיף 149(10) לחסד"פ הוסיפה את ההגנה מן הצדק כטענה מקדמית, ובהתאם לתכליתה וללשונה, טענה זו יכולה לשאת בגדרה גם טענות הקשורות להליך המשפטי, לרבות כאלה הנוגעות למצב רפואי כבסיס לעתירה מן הצדק לביטול כתב אישום, הכל כפי שיפורט בהרחבה בפרק הבא, וגם נתון זה עומד באי התאמה לטענה בדבר הסדר שלילי.

זה המקום להבהיר שאין במסקנתי שלא מדובר בהסדר שלילי כדי ללמד שאין כלל משמעות להסדרים הנזכרים בעת בחינת הטענה שלפניי. כך, ראוי להשקפתי, ואני מקדימה בהקשר זה את המאוחר, שבעת הפעלת הסמכות יקרינו הסדרים אלה על אופן הפעלת שיקול הדעת, בין היתר, בכך שתלקח בחשבון העובדה שההסדרים הנזכרים הם הפיכים, והליכים שמופסקים מכוחם עשויים להתחדש, בעוד שביטול הליך מכוח טענת הגנה מן הצדק הוא סופי ואינו נתון לשינוי,



כך שהוא מתאים רק למקרים נדירים ויוצאי דופן. בנוסף, קיימים מונחים שונים משותפים או דומים, בהקשרם של ההסדרים הנזכרים ושל הטענות שלפניי, שראוי שיפורשו בדרך דומה.

כעולה מן המקובץ, ההסדרים אליהם הפנתה המאשימה אינם ממצים, אין בהם כדי להסדיר את הנושא באופן כולל, הם לא נועדו למצות את הסוגיה והם אינם יוצרים הסדר שלילי מבחינת הסמכות. עם זאת, במישור שיקול הדעת יש לקיומם משמעות.

מסלולים משפטיים מכוחם מתבקש ביהמ"ש לבטל את כתב האישום

7. ואלה הם המסלולים המרכזיים מכוחם נטען על ידי ההגנה במפורש או במשתמע כי ביהמ"ש מוסמך לבטל כתב אישום בשל מצב בריאותי של הנאשם:

א. הגנה מן הצדק ופגיעה בהליך הוגן.

ב. ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית להגיש את כתב האישום נגד הנאשם וכן על ההחלטה להמשיך לנהל את ההליך.

ג. ביקורת שיפוטית על החלטת היועמה"ש שלא לעכב הליכים - טענת אכיפה בררנית.

אקדים ואציין, כי ההגנה מיקדה את רוב רובם של טיעוניה במסלול של הגנה מן הצדק ופגיעה בהליך הוגן, והלכה למעשה טענה טיעון תמציתי ביותר, אם בכלל, בקשר לעתירה לביטול כתב אישום בדרך של ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית להעמיד לדין פלילי או להמשיך לנהל את ההליך. עוד אעיר, כי בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על החלטת היועמה"ש שלא לעכב הליכים, הודיעה ההגנה על זניחת טענותיה (14.8.17). לפיכך, לא אתיחס במסגרת ההחלטה לנושא זה.

סמכות ביהמ"ש לבטל אישום מכוח טענות מן הצדק בשל מצב רפואי

8. המחלוקת בין הצדדים בכל הנוגע לשאלת הסמכות היא חזיתית.

המאשימה חולקת על עצם סמכותו של ביהמ"ש לבחון בעצמו טענות הנוגעות למצב רפואי של נאשם, במסגרת טענות הגנה מן הצדק ופגיעה בהליך הוגן, ומדגישה כי אין תקדים מנחה או מחייב לכך שטענת הגנה מן הצדק שימשה אכסניה לבירור מצב רפואי של נאשם. לשיטת המאשימה, טענת ההגנה מן הצדק מכוונת את הזרקור אל התנהגות הרשות. משכך, נסיבות הקשורות בנאשם, לרבות מצבו הרפואי הנטען, אינן נופלות לגדר תחולתה של ההגנה מן הצדק, וממילא אינן מסמיכות את ביהמ"ש לבטל כתב אישום.

עמדת ההגנה שונה, כמובן, והיא סבורה כי לביהמ"ש קיימת סמכות לביטול כתב אישום מכוח טענת הגנה מן הצדק ופגיעה בהליך הוגן, הגם שלא נעשה בה שימוש עד כה.



במחלוקת בין הגישות ביחס לסמכות ביהמ"ש לדון בטענת הגנה מן הצדק המבוססת על מצב רפואי, עמדתי היא כי לביהמ"ש קיימת סמכות, ואפרט את טעמיי.

הגנה מן הצדק - מאפייניה והיקף תחולתה על טענות שאינן נובעות מהתנהגות הרשות

9. על טענת ההגנה מן הצדק נשפכו נהרות של דיו, ואין צורך לחזור על הדברים שהם בבחינת מושכלות ראשונים (לסקירה נרחבת ראו לדוגמא: ע"פ 5672/05 **טגר נ' מדינת ישראל**).

בתמצית יצוין שהמקור לטענת ההגנה מן הצדק מצוי בהלכות באנגליה בנוגע ל- "abuse of process", ובהלכות בארה"ב שעניינן "outrageous conduct", "entrapment by estoppel" ו-"due process" (י. נקדימון **"הגנה מן הצדק"** (מהדורה שניה, 2009) בע' 47, ע"פ 3737/94 **יפת נ' מדינת ישראל** (להלן: **"נקדימון"** ו"**הלכת יפת**)).

10. בהלכת יפת שנדרשה לראשונה בהרחבה לטענה, נקבע שביהמ"ש מוסמך לבטל כתב אישום מכוח טענת הגנה מן הצדק:

"משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות" (הלכת יפת פסקה 171).

בהלכת בורוביץ, שבאה בעקבות הלכת יפת, הובהר שתכליתה של ההגנה מן הצדק:

"...בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן".

(ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** (להלן: **"הלכת בורוביץ"**) פסקה 21).

ועוד נקבע שהטענה עשויה להטען ולהתברר:

"בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט" (הלכת בורוביץ פסקה 21).

ובאשר למטרתה, נקבע כי:

"מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים" (הלכת בורוביץ פסקה 21).

11. קביעות אלה מתיישבות עם הגישה שהובעה בספרות, לפיה במסגרת טענת הגנה מן הצדק יש לבחון את שאלת ההצדקה בניהול הליך פלילי מבחינה מהותית, בעיקר מבחינת מצבו של הנאשם (ב. אוקון וע. שחם **"הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי"** המשפט כרך ג' תשנ"ו 265, בע' 276-278 (להלן: **"אוקון ושחם"**)).



זה המקום לציין שהדגשת היבטי הצדק וההגינות ביחס לטענת ההגנה מן הצדק, ולא דווקא היבטי חינוך הרשויות וריסון, מתיישבת עם העובדה שטענת ההגנה מן הצדק הוכרה כטענה הנגזרת מהזכות להליך הוגן, שהיא זכות בת של הזכות החוקתית לכבוד (א. ברק "כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה" (2014) בע' 868, 873, 875, נקדימון בע' 167).

הזכות להליך הוגן נועדה להבטיח שסמכות ההעמדה לדין תופעל בכל שלביה בהליך תקין, תוך שמירה על האינטרס הציבורי לעשיית צדק ועל האינטרס של הנאשמים לקיום הליך שאין בו עיוות דין (בג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' ביהמ"ש מחוזי ב"ש פסקה 24, הלכת יששכרוב פסקה 45).

מקום בו ביהמ"ש נוכח שהפגיעה בזכות להליך פלילי הוגן, מבחינת אופייה ועוצמתה, היא מהותית, עד כי היא עולה כדי פגיעה חוקתית, מוסמך ביהמ"ש להתערב ולהעניק את הסעד הפלילי המתאים, כשמבין הסעדים השונים בתוך ארגז הכלים השיפוטי:

"בקצה, אף קיימת האפשרות של ביטול כתב אישום מכוח הגנה מן הצדק...סעד כזה, יתקיים כמובן רק כאשר יש פגיעה מהותית בעקרונות של צדק והגינות משפטית" (ע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל פסקה 12).

כעולה מן המקובץ, מבחינת תכליתה והיקף התפרשותה, טענת ההגנה מן הצדק נועדה ליתן מענה לפגיעה מהותית בצדק ובהגינות ההליך לאו דווקא בהקשר של התנהגות הרשויות.

12. במציאות, הפגיעה בצדק ברוב המקרים של המקרים הנדונים בביהמ"ש היא תולדה של התנהגות הרשויות, כדברי ביהמ"ש בהלכת בורוביץ:

"לרוב (אם כי לא תמיד) תיוחס הפגיעה בצדקו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות..." (פסקה 21).

בכל הנוגע להתנהגות נפסדת של הרשויות הפוגעת בצדק, יוער שזו כוללת מעשים ומחדלים של רשויות החקירה והאכיפה, לרבות התנהלות משפטית פגומה של גורמי אכיפת החוק. בהתאם להלכת יפת, ובעקבותיה, בתקופה הראשונה של השימוש בטענת ההגנה מן הצדק בדין הישראלי, נדרש הטוען להגנה מן הצדק להצביע על התנהגות שערורייתית של הרשות. בהמשך, בהלכת בורוביץ חלה התמתנות בדרישה, ועם התפתחות הפסיקה הוכרה גם פגיעה הנובעת מהתנהגות שרירותית של הרשות, התרשלות מצידה, ובספרות אף הוצע להכיר בפגיעה המבוססת על התנהגות תמת לב של הרשות, וכך:

"...אף אם פעלה התביעה בתום לב גמור, לא יהא בכך כדי לחסום את דרכו של נאשם המעלה טענה מבוססת של הגנה מטעם הצדק" (אוקון ושחם בע' 278).

המגמה בספרות ובפסיקה, אם כן, היא של הרחבת סוגי התנהגות הרשות המאפשרים לטוען טענת הגנה מן הצדק עמוד 6



(השו' פוגלמן בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ פסקה 23, השו' ברק-ארז בע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל פסקה 56 (להלן: "פרשת גוטסדינר")).

13. אשר לטענות שאינן קשורות להתנהלות הרשויות, בפועל, כמעט שלא נדונו טענות כאלה. עם זאת - וזוהי נקודה מהותית בשאלת הסמכות - מבחינה קונספטואלית לא הוגבלה טענת ההגנה מן הצדק בשום שלב רק לטענות המבוססות על התנהלות הרשות, ועוד בהלכת בורוביץ הובהר כי:

"אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס... לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות" (הלכת בורוביץ פסקה 21).

14. המסקנה שהגנה מן הצדק אינה מוגבלת להתנהגות הרשות, מתחזקת לאור הוספת טענת ההגנה מן הצדק לספר החוקים בסעיף 149(10) לחסד"פ, ולאור הניסוח שנבחר לפיו:

"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

יוער שתיקון החוק בא לאחר שגובשו המלצות ועדת נאור בנושא. בהקשרם של דיוני הועדה, ציין המלומד נקדימון בספרו, וזאת לאחר שהתאפשר לו לעיין בפרוטוקולים (שאינם זמינים לעיון), כי הועדה בבחירה מודעת החליטה שלא לכלול בהגדרה המוצעת דרישה שהרשות היא שנהגה בחוסר צדק וגרמה לפגיעה (נקדימון, בע' 83).

בנוסף, בהצעת החוק עמדו להכרעה שתי חלופות "סתירה מהותית" ו"סתירה קיצונית" (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), תשס"ז - 2007, הצ"ח 143 20.3.07 בע' 138). הבחירה בחלופה של "סתירה מהותית", ושימת הדגש בנוסח הסופי על עקרונות של "צדק והגינות משפטית", מושגי מסגרת שניתן לצקת לתוכם מגוון נרחב של משמעויות, כשהפגיעה היא שעומדת במוקד, ללא קשר לגורם האחראי לאותה פגיעה, יש בהם כדי ללמד על רוחבה של הטענה, כשהבחינה היא מהותית והפגיעה היא מכל סוג (א. זמיר וז. סגל "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיויד וינר "על משפט פלילי ואתיקה" (2009), ע' 231, בע' 249 (להלן: "זמיר וסגל"), מ. לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה - הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי", "המשפט" כרך י' (תשס"ה) ע' 353, בע' 359-360, נקדימון בע' 91).

15. ואכן, לאחר שטענת ההגנה מן הצדק עוגנה בחקיקה, הביע השופט הנדל במספר הזדמנויות את העמדה, לפיה טענת ההגנה מן הצדק אינה מוגבלת להתנהגות הרשויות.

כך, ברע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, ציין:



"שינוי זה מאפשר להתחשב בפעולות שלא נבעו ממעשי הרשות אך עדיין פגעו בתחושת הצדק וההגינות בהליך. ... עמדה זו משתלבת עם סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו מוקד הבדיקה מושם על שאלת הצדק וההגינות שבניהול ההליך הפלילי (השוו: עניין טגר, פס' 115). לשון הסעיף אינה מחייבת כי הרשות תהא הגורם שפגע בהליך ואף אינה מעניקה משקל לזהות הגוף הפוגע. ...הבחינה האם המצב המשפטי עומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית מופנית לא רק כלפי התנהלות התביעה אלא גם רשויות אחרות, ואף גורמים אחרים המשפיעים על ההליך הפלילי" (פסקה 10).

באותו פסק דין הביעו השופטים דנציגר וגו'בראן את העמדה, לפיה ניתן להרחיב את תחולת ההגנה מן הצדק גם לפעולות שאינן של הרשות, באותו מקרה כלי תקשורת פרטיים.

בפרשת גוטסדינר חזר השופט הנדל וקבע:

"...בעניין בורוביץ, הורחבה הדוקטרינה גם למקרים בהם הפגיעה כלל לא נגרמה על ידי הרשות אלא מסיבות אחרות" (פסקה 44).

להשקפתו, לא זו בלבד שהטענה אינה מוגבלת להתנהלות הרשויות, אלא ש:

"ההגנה, באופייה החדש...מאפשרת לביהמ"ש...להביט...אף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה" (פסקה 44).

למען שלמות התמונה, אציין כי באותה פרשה הביעה השופטת ברק-ארז עמדה לפיה הפגם הנדרש הוא בהתנהלות הרשות, והשופט עמית לא ראה צורך להכריע אם יש מקום לקבל טענת הגנה מן הצדק המבוססת על פגיעה בצדק שאינה תולדה של פגמים בהליכים שננקטו בעניינו של נאשם, בצינו בכלליות שיש להזהר מהרחבת הטענה.

16. בחינה של הפסיקה מעלה שביהמ"ש הכירו עד כה בשתי טענות שאינן נובעות מהתנהלות הרשות, כטענות שניתן לבחון אותן תחת המטרייה של הגנה מן הצדק. הראשונה, טענה של שפיטה על ידי התקשורת ואווירה ציבורית, והשנייה, טענה להדחה על ידי גורם פרטי. לעניין שפיטה על ידי התקשורת, במקרים שהפרסומים לא היו קשורים להדלפה שמקורה ברשויות, אלא הטרוניה הייתה על עצם עריכת משפט ציבורי לפני המשפט הפלילי ועל האווירה הציבורית, במשך שנים לא הוכרה הטענה כמבוססת טענת הגנה מן הצדק, בהתחשב בכך שהמשפט מתנהל בפני שופט מקצועי ולא בפני מושבעים. ואולם, בשנים האחרונות ניתן להיווכח שהטענה נטענת ונבחנת כחלק מטענת הגנה מן הצדק, והגם שהיא נדחתה לגופו של עניין בכל המקרים, ראה את עצמו ביהמ"ש מוסמך לדון בה (ע"פ 9093/08 נאצר נ' מדינת ישראל פסקה 35, ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל פסקאות 390 - 396, דנ"פ 864/12 קצב נ' מדינת ישראל פסקה 24). אשר לטענה להתנהלות מדיחה של גורם פרטי, לדוגמא כלי תקשורת פרטי, הטענה נבחנה כחלק מטענת הגנה מן הצדק, הגם שלא הייתה מעורבות של רשויות החוק (עניין קטיעי). הנה כי כן, הגם ששתי הטענות אינן קשורות להתנהלות הרשויות, ראה עצמו ביהמ"ש מוסמך



לדון בהן, בחן את הטענות ואת הראיות לגופן, ודחה אותן.

17. כעולה מן המקובץ, ביהמ"ש מוסמך לבטל כתב אישום מכוח טענת הגנה מן הצדק, אם שוכנע שההליך הפלילי פוגע מהותית בצדק וביכולת להעניק לנאשם משפט הוגן. סמכות זו יונקת חיותה ממספר מקורות עצמאיים שנסקרו, המשתלבים זה בזה. הגם שככלל מבוססת הטענה על פי רוב על פגם בהתנהלות הרשות, הרי שסמכותו של ביהמ"ש אינה מוגבלת לטענות המבוססות על התנהלות הרשויות.

בנוסף, סמכות ביהמ"ש לבחון את שאלת הצדק וההגנות אינה מוגבלת לטענות שקדמו במועדן לניהול ההליך הפלילי עצמו, ונוגעות למעשי העבירה או לשלב החקירה והגשת כתב האישום. הסמכת ביהמ"ש בחוק לבחון את הצדק וההגנות המשפטית בניהול ההליך הפלילי עצמו, משמעה שסמכות ביהמ"ש משתרעת גם על "עתידו של מעשה העבירה", היינו על טענות צופות פני עתיד.

לפיכך, בעת הזו דומה שניתן להגיע למסקנה שטענת ההגנה מן הצדק אינה צרה מלהכיל טענות נוספות לאלה הקשורות להתנהלות הרשות, וכן טענות הנמצאות "בעתידו של מעשה העבירה", ובלבד שהטענות עוסקות בפגיעה מהותית בצדק ובזכות להליך משפטי הוגן. מסקנה זו מתיישבת עם האופן שבו התפרשה טענת ההגנה מן הצדק בפסיקה ועם האופן בו נוסחה הטענה בחוק מבחינה לשונית ותכנית.

סמכות ביטול כתב אישום בשל מצב רפואי מכוח טענות מן הצדק - הדין הזר

18. בטרם הכרעה בשאלה אם בגדר הטענות הנוספות נכללת גם טענה אישית של הנאשם הנוגעת למצבו הרפואי, אפנה זרקור אל הדין באנגליה ובארה"ב, מהן ינק הדין בישראל את טענת ההגנה מן הצדק בראשית הדרך.

אנגליה

19. ההלכות בדין האנגלי שעניינן "**abuse of process**", התפתחו בפסיקה. בשנת 1964 בעניין Connely עמד בית הלורדים על סמכות ביהמ"ש "**to prevent a trial from taking place**", מכוח הסמכות הכללית להבטיח עשיית צדק ולמנוע אי הגינות כלפי הנאשם, במקרים שהנסיבות מצביעות על שימוש נרחב לרעה בהליכי משפט (Connely v. D.P.P. [1964] AC 1954, HL). בהתאם להלכות שהתגבשו, ניתן במסגרת טענה של "**abuse of process**" לטעון שלא צודק לנהל את ההליך הפלילי נגד הנאשם או לטעון שהנאשם עלול לא לזכות למשפט הוגן (ראו בהרחבה: "**abuse of process legal guidance: The crown**", Prosecution Service", R. v. Beckford [1996] Cr. App. R. 94, R. v. Mullen [1999] 2 Cr. App. R. 143).

בנוסף, בהתאם ל- "**European Convention on Human Rights**", המהווה חלק מהדין האנגלי המחייב, ב- "**article 6**" שותרתו "**right to a fair trial**", נקבע:



In the determination... of any criminal charge against him everyone is entitled to a fair and public hearing... ("Guide on article 6 - rights to fair trial (criminal limb)", **T and V v. United Kingdom** ECtHR 1999 , **The Queen v. M,K and H** [2001] EWCA Crim 2024).

20. מכוח האמנה והדין הכללי נטענות בביהמ"ש באנגליה טענות לפגיעה בזכויות שיש בהן פגיעה בהליך הוגן, לרבות פגיעה בזכות להבין את המתרחש במשפט ולקחת חלק בהגנה, וזאת לצד טענות הנוגעות לשימוש לרעה בהליכי משפט, ולביטול ההליך מחמת טענות אישיות, הנוגעות למצבו האישי, הקוגניטיבי והרפואי של נאשם, וחוסר האפשרות להעניק לו משפט הוגן במצבו. ביהמ"ש נדרשים לטענות ודנים בהן, מבלי שמתעוררות שאלות של סמכות בהקשרן של הטענות:

The Queen v. M,K and H [2001] EWCA Crim 2024, **TP v. West London Youth Court** [2005] (EWHC 2583, **Director of Public Prosecutions v. P** [2007] EWHC 946 (Admin.), **The Serious Organised Crime Agency v. Mullan** [2011] NIQB 55 , **R v. Cox** [2012] EWCA Crim. 549, **Reg v. Jones** [2016], **R. v. Hamberger** [2017] EWCA court of appeal Crim. 273).

הדין בארה"ב

21. ההלכות בארה"ב בדבר **"outrageous conduct"** ו-**"due process"** הן שהיוו השראה לטענת ההגנה מן הצדק בישראל. בדין האמריקאי, בחלק מהמדינות, מוכרת עתירה לביטול הליך מטעמי צדק **"Dismissal in the interest of Justice"**. בכל הנוגע לעצם ההכרה באפשרות לביטול הליך משיקולי צדק, קיימת הבחנה בין הדין הפדרלי לדין המדינתי ובין כל מדינה לרעותה. בחלק קטן מהמדינות, לדוגמה קליפורניה, איידהו, מינסוטה, מונטנה, אוקלהומה, וניו יורק, קיימת סמכות לביטול הליך מטעמי צדק המוסדרת בחקיקה, כשבמדינת ניו יורק בלבד, קיימת הוראת חוק מפורטת המסדירה את הנושא. ביתר המדינות אין חקיקה בנושא, כשבחלקן ביהמ"ש רואים את עצמם מוסמכים לבטל הליך פלילי מטעמי צדק מכוח סמכותם הטבעית, או מכוח פרשנות מרחיבה של הכלל **"nolle prosequi"**, המאפשר הודעה על משיכת ההליך מצד מי שהגישו. בשאר המדינות לא נעשה שימוש בטענה האמורה (לסקירה נרחבת, ראו: V.E. Beety **"Judicial Dismissal in the Interest of Justice"** Missouri Law Review (vol. 80) 2015, p. 629, 640, 653, , A. Robert **"Dismissals as Justice"** Alabama Law Review forthcoming (21.7.17) p. 12 (להלן: **"Beety"** ו-**"Robert"**)).

22. מעניינת וייחודית החקיקה במדינת ניו יורק, כאמור, בה מוסדר הנושא בהוראת חוק מפורטת, המסמיכה את ביהמ"ש לבטל הליך פלילי מטעמי צדק, לבקשת הצדדים או ביוזמת ביהמ"ש, בתנאים ובשיקולים המפורטים בהוראת החוק. מבחינת ההתפתחות ההיסטורית של הטענה במדינת ניו יורק, עוד בשנת 1828 נקבעה הוראה בחוק המסדירה את הסמכות לבטל הליך משיקולי צדק. עם זאת, רק כ- 150 שנים מאוחר יותר בפרשת קלייטון פורטו השיקולים שיש לבחון במסגרת הפעלת הסמכות 204 A.D. 2nd **People v. Clayton**). בשנת 1979 תוקנה הוראת החוק, כך שמפורטים בסעיף 210.40 ב-CPL (Criminal Procedural Law), כלל השיקולים אליהם יש להידרש במסגרת כל בקשה לביטול ההליך ואופן בחינתם (ראו: **People v. Williams**).



Beety , (2014) N.Y. supreme court בע' 657 Robert, בע' 4. לסקירה מקיפה ומעמיקה, ראו: ע. דוכובני-
זאבי "הגנה מן הצדק: צדק אינדיבידואלי בעולם של חוקים כלליים; היכרות עם הדוקטרינה הניו -
יורקית", הסנגור 249 ע' 4, בע' 7-12 (להלן: "דוכובני").

בגדר השיקולים המפורטים בסעיף 210.40 בס"ק (d) נכלל גם מצבו של הנאשם, ומכוח הוראה זו רואים את עצמם
ביהמ"ש בניו יורק מוסמכים לדון בטענות הקשורות למצבם הרפואי של נאשמים כבסיס לעתירה לביטול ההליך המשפטי
נגדם (J.F. Wirenius "Legal developments a model of discretion: New York's "Interest of
Justice" dismissal statute" 58 Alb. L. Rev 175 (1994) (להלן: "Wirenius").

למען שלמות התמונה יוער כי ביהמ"ש במדינת ניו יורק דנו בעתירות לביטול כתב אישום בשל מצב רפואי גם בשנים
שקדמו לחקיקת סעיף 210.40 מכוח סמכות טבועה לבחון את יכולתו של הנאשם לעמוד למשפט, ואף בחלק מפסקי
הדין המאוחרים יותר מפעילים ביהמ"ש את סמכותם שלא מכוח סעיף 210.40 האמור.

23. הנה כי כן, בדיון הזר שהיווה, כאמור, מקור לטענת ההגנה מן הצדק בישראל, מוסמכים ביהמ"ש לדון בטענות
אישיות של נאשמים, לרבות בנוגע למחלותיהם ומצבם הרפואי, במסגרת עתירה לביטול ההליך מטעמי צדק.

סמכות ביהמ"ש בעתירה לביטול ההליך מכוח טענות מן הצדק בשל מצב רפואי - סיכום

24. לאור כל שפורט לעיל, דומה בעיניי שהטענה האישית למצב רפואי של נאשם אינה נבדלת מטענות אישיות
אחרות, יש מקום להכיר בה כטענה שעשויה בנסיבות מתאימות לבסס פגיעה בצדק ובהליך ההוגן, והיא טענה
שביהמ"ש מוסמך להדרש אליה ולהעניק סעד במקרים המתאימים.

דעה דומה ביטאו זמיר וסגל לאחר שטענת ההגנה מן הצדק זכתה לעיגון בספר החוקים, בציינם:

**"מקרה ראוי לביטול כתב אישום יכול להיות כזה שבו לוקה הנאשם במחלה קשה או שמתקיימות
נסיבות אישיות לגביו, שבהן יהיה בניהול המשפט נגדו משום סתירה משמעותית לעקרונות של צדק"
(זמיר וסגל בע' 260).**

אכן, מדובר בטענה שכמעט ולא נטענה עד כה, וממילא לא נדונה ולא הוכרעה. עם זאת, באותם מקרים שהטענה
נטענה בתי המשפט לא ראו את עצמם נעדרים סמכות לדון בה. כך, בת"פ 13311-12-12 **מדינת ישראל נ' חרבט**
נדונה טענה לביטול כתב אישום בשל מצב רפואי של נאשם, כך בעפ"ת 43868-03-14 **מדינת ישראל נ' עוידאת**,
ביהמ"ש וערכאת הערעור בחנו טענת הגנה מן הצדק המבוססת על שיקולים אישיים של נאשם שנפגע קשות בתאונה
לה היה אחראי (וכן, ראו: דעת המיעוט של השופט דרורי בע"פ (י-ם) 2393/08 **מדינת ישראל נ' אירני**).

יתרה מכך, המסקנה בדבר קיומה של סמכות לבחון מצב רפואי כחלק מטענות הגנה מן הצדק מתיישבת עם הוראות



הדין ותכליתו, כמפורט לעיל, והיא אף מתיישבת עם המציאות המשפטית בארצות שבהן הוותיק המושגים של פגיעה בהליך הגנה מן הצדק, ושימשו מודל לפיתוחה של הטענה במקומותינו.

25. ואם יטען הטוען כי הסמכת ביהמ"ש לדון ולהכריע בטענה הנוגעת למצב רפואי של נאשם גורמת לביהמ"ש לרדת לזירת המחלוקת, הרי שגם בכך אין כל חידוש, ואין בנתון זה כדי להצדיק מסקנה בדבר חוסר סמכות. כידוע, ביהמ"ש באופן תדיר נדרש להכריע במחלוקות ראייתיות בין צדדים, לרבות בשאלות שבמומחיות, וההכרעות הנוגעות למצב רפואי של הנאשם על סמך ראיות וחוו"ד מומחים, אינן שונות מהכרעות אחרות. אע"פ בהקשר זה כי לצורך הכרעה בנושא של הפסקת הליכים עקב מצב נפשי, נדרש ביהמ"ש לבחון את הראיות הרפואיות ואת יתר הראיות ולהכריע בשאלת קיומה של מחלת נפש, דרגתה והשלכותיה, וההכרעות הנדרשות במסגרת טענת הגנה מן הצדק המבוססת על מצב רפואי, אינן שונות מהותית מהכרעות אלה.

אשר לטענה לפיה בהסמכת ביהמ"ש לדון ולהכריע בנושא הרפואי, נכנס כביכול ביהמ"ש בנעלי הרשות ומחליף את שיקול דעתו, להשקפתי, נימוק זה מקורו בטעות. זאת, משום שבהליך שבו מבורר מצב רפואי כחלק מטענת הגנה מן הצדק של נאשם, לא נדרש ביהמ"ש לקיים ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית (בשונה מן המסלולים המנהליים שהוזכרו לעיל), ולא נבחנים שיקולי הרשות, היות שלא החלטת הרשות עומדת לבחינה וביקורת. הבדיקה היא לראשונה על ידי ביהמ"ש, וממילא לא ניתן לטעון להחלפת שיקול דעתו של הרשות על ידי ביהמ"ש.

26. המאשימה מביעה חשש מפתיחת דלת להעלאת טענות אישיות כאלה ואחרות, הצפת ביהמ"ש וסרבול ההליך, אם וככל שתוכר האפשרות להעלות טענות מסוג זה במסגרת טענת הגנה מן הצדק. יוער, כי חשש דומה הובע בשעתו בעת שהכיר ביהמ"ש בטענת ההגנה מן הצדק לראשונה, ובהמשך כשהורחבה תחולת ההגנה והתמתנו דרישותיה. הניסיון האמפירי מלמד שאכן מדובר בטענה רווחת שנעשה בה שימוש רב, אך לאור העובדה שהיא מחייבת הנחת תשתית ראייתית על ידי הטוען, הרי שבמציאות במקרים רבים הטענה כלל לא מוכחת, והלכה למעשה היא נזנחת, וגם במקרים בהם מובאות ראיות, הטענה מתקבלת במשורה ובמקרים נדירים, בהתאם למערכת ברורה של שיקולים ואיזונים. אין, אם כך, במסקנה הנוגעת לעצם קיומה של סמכות, כדי ללמד על אופן השימוש בסמכות והיקפה.

בהקשר זה אין לי אלא להביא כלשונם את דברי ביהמ"ש בהלכת בורוביץ:

"עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס ... לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל'עיקר ... אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר".

איני צופה שביחס לטענות אישיות בכלל, וטענות הנוגעות למצב הרפואי בפרט, התוצאות יהיו שונות.

27. לסיכום, לא קיים בחוק הסדר שלילי או כל מחסום אחר השולל את סמכות ביהמ"ש לדון בטענת הגנה מן הצדק המבוססת על טענה אישית, לרבות בהקשר של מצב רפואי. להיפך, קיימים שלל טעמים שנסקרו לעיל, הן מכוח



עקרונות השיטה וערכיה, הן מכוח הוספת טענת ההגנה מן הצדק לספר החוקים, הן מכוח פרשנות פסיקתית, והן מכוח השוואה לדין הזר, המצדיקים כולם מסקנה כי ביהמ"ש מוסמך לדון בעתירות ממין זה.

אופן הפעלת שיקול הדעת בנוגע לטענה המבוססת על מצב רפואי של נאשם

התאמת המבחן התלת שלבי לטענות שאינן מבוססות על התנהגות הרשות

28. הקביעה כי קיימת סמכות לדון בטענה, מהווה כרטיס כניסה להיכל המשפט, ועתה נדרשת התייחסות לאופן הפעלת הסמכות ודרך בחינת הטענה.

בהלכת בורוביץ הותווה מבחן תלת שלבי, שעל פיו נבחנות ומוכרעות טענות הגנה מן הצדק. מבחן זה מופעל בכל מקרה בו נטענת טענת הגנה מן הצדק, והוא חל על כל סוגי הטענות הקלאסיות המרכיבות את טענת ההגנה מן הצדק, טענות שבכולן עומדת לביקורת התנהלות הרשות.

בהתאם למבחן התלת שלבי, בשלב הראשון, בוחן ביהמ"ש את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ואת עוצמתם, בשלב השני, בוחן ביהמ"ש אם קיום ההליך חרף הפגמים פוגע פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, ובשלב השלישי, הוא בוחן אם לא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר מביטול ההליך.

29. בהקשרו של השלב הראשון עשויה להשמע טענה ש"הפגמים שנפלו בהליכים" יכולים להיות רק כאלה שנובעים מהתנהלות הרשות, כך שלא יתכנו נסיבות וטענות אחרות, ובכללן הטענות האישיות הנוגעות למצב רפואי, שיצולחו את משוכת התנאי הראשון במבחן התלת שלבי (ראו: הערת השו' ברק - ארז בפרשת גוטסדינר פסקה 59, דוכובני בע' 6-7).

דומה בעיניי שקושי זה הוא פתיר, ואסביר. אין חולק שהמבחן התלת שלבי שנקבע בהלכת בורוביץ מכון בראש ובראשונה למקרים הקלאסיים והנפוצים בהם הפגיעה היא תולדה של התנהגות הרשויות. ואולם, בהתחשב בעובדה שבהלכת בורוביץ צוין שטענת ההגנה מן הצדק עשויה לחול גם בנסיבות שאינן תלויות ברשויות, חזקה על ביהמ"ש שלא קבע מבחן שאינו יכול לחול על חלק מהמקרים, שהוא עצמו הכיר בהם ככאלה שעשויים לבסס את הטענה. ואכן, עיון בניסוחו של התנאי בשלב הראשון מעלה כי במוקד הבחינה עומד זיהוי הפגמים שנפלו בהליכים ועוצמתם, ולא זהות האחראים לפגמים. מסקנות אלה נכונות מקל וחומר לאחר חקיקת סעיף 149(10) לחסד"פ, והאופן בו נוסחה הטענה בחוק. לפיכך, יש מקום לפרש את הדרישה של זיהוי הפגמים בהליכים, כמכוונת לזיהוי הפגיעה הנטענת בנאשם בניהול ההליך, במקרה של טענה המבוססת על מצב רפואי בשל המצב הרפואי, ועוצמת אותה פגיעה. יוער כי בדרך זו פסעו ביהמ"ש בבוחנם את טענות אחרות שאינן קשורות להתנהלות הרשות דוגמת הדחה על ידי גורמים פרטיים או שפיטה על ידי התקשורת.

30. הערה נוספת ביחס למבחן התלת שלבי, שאינה נוגעת באופן ספציפי לטענות האישיות, נוגעת לדרישה של "פגיעה חריפה", והיחס בין דרישה פסיקתית זו לבין השימוש בתיבה "סתירה מהותית" בניסוחה של טענת ההגנה מן הצדק בסעיף 149(10) לחסד"פ. טרם התגבשה הלכה מחייבת בעניין זה, אך ברי שיש משמעות להגדרת סוג



הפגיעה ומהותה בחקיקה, ואכן מאז השינוי החקיקתי ביהמ"ש משתמשים גם בנוסח שנקבע בחקיקה בבחונם את הפגיעה במסגרת המבחן התלת שלבי (ראו: ע"פ 371/06 פלוני נ' מדינת ישראל, עמדת השופט לוי בפסקה 8 ועמדת השופט מלצר בפסקה 1).

31. כעולה מן המקובץ, גם בעניין של טענות אישיות, ובכללן הטענה למצב רפואי של הנאשם, ניתן להחיל את המבחן התלת שלבי, בהתאמות המחויבות מאופי הטענה ומהשינוי החקיקתי (לגישה המצביעה על קשיים בהחלת המבחן, ראו: דוכובני לעיל).

לפיכך, ככל שבמוקד העתירה טענות למצב רפואי המונע את האפשרות להעניק לנאשם משפט הוגן, אזי:

א. **בשלב הראשון**, יש לעמוד על חומרת מצבו הרפואי של הנאשם, ולזהות את מרכיבי הפגיעה הנטענת בהקשרו של ההליך הפלילי עקב המחלה, ולעמוד על עוצמת הפגיעה.

ב. **בשלב השני**, יש לבחון אם בקיום ההליך הפלילי כנגד הנאשם בנסיבות האמורות, תוך התחשבות בכלל הנסיבות הרלבנטיות ובאינטרס הציבורי בניהול ההליך, יש משום פגיעה ממשית בתחושת הצדק וסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות.

ג. **בשלב השלישי**, יש לבחון אם ניתן למצוא פתרונות מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום, שיצמצמו את הפגיעה בנאשם ויאפשרו המשך של ניהול ההליך, כשהסעד של ביטול ההליך הפלילי הוא בגדר פתרון אחרון, רק אם ביהמ"ש מגיע למסקנה שניהול ההליך בכל מתכונת, עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

32. בשל מאפייניה הייחודיים של טענה המבוססת על מצב רפואי של הנאשם, שהיא טענה צופה פני עתיד, ובשל הדינאמיות שעשויה להיות במצבו של נאשם חולה בנקודות זמן שונות, נדרשות התאמות והבהרות ביחס לשלושת השלבים שצוינו.

לעניין **השלב הראשון**, דומה בעיניי שככלל רק מצב רפואי קשה מאד, הגורם לפגיעות שהן בלתי הפיכות ו/או בעלות דרגה גבוהה של וודאות ו/או כאלה שאינן מושפעות משינויים אפשריים במצבו של הנאשם בחלוף הזמן, והכל בהקשרו של ההליך הפלילי, עשוי לבסס פגיעות בעלות עוצמה גבוהה, שיצדיקו המשך בדיקה בהתאם למבחן התלת שלבי.

לעניין **השלב השני**, האיזון הוא בין עוצמת הפגיעה בנאשם עקב מצבו הרפואי בניהול ההליך הפלילי לבין האינטרס הציבורי בניהול ההליך, ושני שיקולים אלה הם שמקבלים מעמד של בכורה. לשם גיבוש המסקנה ביחס לטענה המבוססת על מצב רפואי, בוחן ביהמ"ש צבר שיקולים, שאינם מהווים רשימה סגורה, ובכללם בהקשר של האינטרס הציבורי בניהול ההליך את חומרת המעשים מבחינת היקפם, משכם, סוג העבירות, הנזק שנגרם, מרכזיות מעמדו של הנאשם, עוצמת הראיות ככל שהטענה נבחנת בשלב מתקדם של ההליך, מידת הפגיעה בקורבן ועוד, ומבחינת טענת הנאשם את מידת הפגיעה בנאשם עקב ההליך הפלילי ומידת הפגיעה ביכולת



ההגנה של הנאשם. המשקל שמעניק ביהמ"ש לכל אחד מהשיקולים משתנה ממקרה למקרה בהתאם לאופי הטענה ולנסיבות המקרה, וזאת בדומה לאופן הפעלת שיקול הדעת ביחס ליתר הטענות, בשינויים ובהתאמות המחוייבים.

לעניין הקשר שבין שני השלבים הראשונים לשלב השלישי כשהבסיס לעתירה הוא רפואי, יש באפשרות לבצע התאמות כדי להשליך על כל אחד מהשלבים ולא רק על השלב השלישי בו נבחנת האפשרות לפתרונות ביניים שהם דרסטיים פחות מביטול כתב אישום. כך, מבחינת השלב הראשון והשני, עשויות ההתאמות להשפיע על עוצמת הפגיעה בנאשם בהקשרו של ההליך הפלילי עקב המחלה, וכן להשפיע על שאלת קיומה של פגיעה ממשית בהליך הוגן ובצדק. ניתן, לפיכך, לראות בהקשר זה את השלבים כשלובים זה בזה ומקרינים זה על זה.

ולבסוף, בכל הנוגע לנושא הנטלים שהוא נושא כללי ואינו ייחודי לטענה הנדונה, אעיר בתמציתיות שבעוד שאין מחלוקת שעל הטוען לקיומו של פגם להביא ראיות בקשר לפגם, קיימת מחלוקת ביחס לנטל השכנוע, היינו אם די לנאשם לעורר ספק סביר או שמא מוטל עליו לבסס טענתו בדרגה של מאזן ההסתברויות (נקדימון ע' 481). מחלוקת זו רלבנטית לכל מרכיבי הטענה, היינו לדרגת השכנוע הנדרשת בנושא מורכבות המצב הרפואי, בנושא השלכות המצב הרפואי הנטען על יכולת ההשתתפות וניהול ההליך ובשאלת עוצמת הפגיעה ומהותיותה. למען הזהירות אבחן את הראיות בהתאם למבחן המקל עם הנאשם מבחינת נטל השכנוע.

אופן הפעלת שיקול הדעת ואיזון האינטרסים בדיון הזר

33. נוכח העובדה שבירור עתירה לביטול הליך פלילי מחמת מצב רפואי הוא תקדימי במשפט בישראל, ולא התגבשה הלכה פסוקה ובה עקרונות מנחים לדרך הבחינה והמשקל שניתן לכל שיקול בכל שלב, אני מוצאת לנכון בטרם אדרש לעקרונות הפעלת שיקול הדעת ובטרם איישם על נתוניו של הנאשם שלפניי ועל התיק שלפניי, לעמוד על השיקולים והאיזונים בדיון הזר, ולבחון אם ניתן וראוי לשאוב מהוראות הדין שם לעניינו.

הדין האנגלי

34. בהתייחס לאופן הפעלת שיקול הדעת בהפעלת הסמכות לבטל הליך מטעמים של שימוש לרעה בהליכים, ללא קשר לשיקולים אישיים, הבהיר ביהמ"ש העליון האדמיניסטרטיבי של אנגליה:

"the courts retain an inherent jurisdiction to restrain what they perceive to... be an abuse of their process. This power is "of great constitutional importance and should be ... preserved" ... in most cases any alleged unfairness can be cured in the trial process itself. We must therefore stress from the outset that this residual (and discretionary) power of any court to stay criminal proceedings as an abuse of its process is one which ought only to be employed in exceptional circumstances, whatever the reasons submitted for invoking it"
((R v. Feltham Magistrates Court [2001] EWHC Admin 130



35. אשר לטענות לביטול ההליך בשל מצב רפואי, כפי שצוין ישנם בדין האנגלי שני מקורות עצמאיים המשתלבים זה בזה: האחד, מכוח הזכות להליך הוגן, המחייבת מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם, והשני, מכוח טענה של שימוש לרעה בהליכים. עיון בפסקי הדין שנזכרו בפרק הקודם שעסק בדין הזר מעלה כי ביהמ"ש בוחנים כשאלה כוללת אם במכלול הנסיבות יהיה זה בלתי הוגן לשפוט את הנאשם, תוך שנבדקת השאלה אם הנאשם במצבו אינו יכול לקבל משפט הוגן.

במסגרת עתירות לביטול ההליך מחמת מצב רפואי, קשיים פיזיים, נפשיים וקוגניטיביים, שוקלים בתי המשפט אם ניתן חרף המחלות והמגבלות, ותוך ביצוע מגוון של התאמות המתחשבות במגבלות, לקיים את ההליך המשפטי. בהקשר זה נבחנת יכולתו של הנאשם להבין את ההליך, לעקוב אחריו, להתייחס לאישום ולתקשר עם סנגוריו, גם אם לא במידה מלאה או בדרגת מעורבות גבוהה, אלא לכל הפחות ברמה בסיסית, הדומה לרמתו של מי שנמצא כשיר לעמוד לדין. ההתאמות הן מגוונות מאוד, וכוללות, בין היתר, הגבלת משכי הדיון, התערבות באופן ניהול הדיון, שימוש בגורמים מתווכים, שימוש בעזרים, קביעות לגבי מקום הדיון ועוד.

36. לעניין ביצוע התאמות במטרה לאפשר את ההליך, אני מפנה לשני פסקי דין לגבי קטינים צעירים עם מנת משכל נמוכה מאוד, שסבלו משלל קשיים קוגניטיביים, אשר עתרו לביטול ההליכים בעניינם מחמת שימוש לרעה בהליכי משפט, בטענה שהשתתפותם בהליך אינה יכולה להיות אפקטיבית. בעתירות נטענו גם טענות לפגיעה בהליך הוגן מכוח האמנה האירופית. בשני פסקי הדין גובשה "חבילת" התאמות שתכליתן להתמודד עם הקשיים, למתנם, לאפשר תיווך בין הנאשמים למייצגיהם ולביהמ"ש ולאפשר לנאשמים השתתפות אפקטיבית במגבלותיהם. בסופו של דבר, חרף העובדה שמדובר היה בקטינים ביחס אליהם קיימים הסדרים מיוחדים, העתירות נדחו (**TP v.** **West London Youth Court, Director of Public Prosecutions v. P** **R v. Cox**). למסקנה דומה הגיע ביהמ"ש ביחס לנאשם בגיר לאחר ביצוע התאמות (**R v. Cox**).

37. בכל הנוגע לטענות לקשיים נפשיים, שאינם מבססים את התאמה לעמוד לדין, מונח מקביל לאי כשירות מבחינה נפשית בישראל, הבהירו ביהמ"ש כי נאשמים בעלי קשיים נפשיים, שאינם נמצאים בלתי מתאימים לעמוד לדין, אכן מצויים בנחיתות או בקושי במסגרת ניהול ההליך, ועל ביהמ"ש לעשות הכל כדי לצמצם קושי זה ולהתחשב בו, הגם שברור שלא ניתן לבטלו. לצד זאת, נקבע, לאחר ביצוע איזון בין אינטרס הציבור בקיום ההליך לבין האינטרסים של הנאשם, כי משמבוצעות ההתאמות, והקשיים מצטמצמים, אזי קיום המשפט הוא הוגן, וניהולו מוצדק. ועוד נקבע כי ככל שסעיף 6 לאמנה חל על מקרים כאלה, אין לראות באותם מקרים הפרה של החובה להעניק משפט הוגן (**The Queen v. M, K and H** [2001] EWCA Crim 2024).

38. בכל הנוגע למצב רפואי מורכב וטענות לסיכון חיים, אני מפנה ל **R. v. Hamberger** שם נדרש ביהמ"ש לערעורים לעניינו של נאשם שסבל ממחלת לב חמורה, סוכרת לחץ דם ומחלות נלוות וכן עיוורון בעין אחת, אשר עתר להפסיק את ההליכים בעניינו מחמת שימוש לרעה בהליך בשל מצבו, והסיכון לחייו כתוצאה ממצב הלחץ והדחק שבניהול המשפט, כשטענותיו גובו בחו"ד רפואיות. בשלב הראשון העתירה נדחתה, והמשפט החל להתנהל כשנדרשה נוכחות הנאשם, בהמשך משהתייצב הנאשם לדיונים הוא פונה לביה"ח עקב תלונותיו, וההגנה חזרה על עתירתה לעכב את ההליכים, בעוד המאשימה עתרה לנהל את המשפט בהעדרו של הנאשם. הדיון



בערעור נסוב בעיקרו על החלטת ביהמ"ש קמא שלא להפסיק את ההליך ולאפשר את ניהולו ללא נוכחות הנאשם. במסגרת פסק הדין נדרשה ערכאת הערעור גם לעתירה לבטל את ההליך מחמת שימוש לרעה בהליכי משפט עקב המצב הרפואי, וקבעה:

The judge therefore had to consider the fairness of a trial in which the defendant, although involuntarily absent, was represented by counsel... The judge however had to take into account the strong public interest in this serious charge being considered by a jury. In our judgment, he was entitled in those circumstances to conclude that there was no abuse of the process, and that the appellant could and would receive a fair trial. He was therefore "entitled to reject the applications for a stay on grounds of abuse of process

39. ההגנה הפנתה לפסק דין **Reg v. Jones** שניתן על ידי שופט ב crown court. באותו מקרה הנאשם היה מבוגר מאד וסבל ממחלות קשות, לרבות מחלות לב וכן מירידה קוגניטיבית. בעתירה לביטול ההליך נטען שהנאשם חולה מידי, ואין לו יכולת לעמוד לדין בשל מצבו הרפואי המורכב ופגיעה קוגניטיבית, וזאת בהתבסס על מסקנת המומחים כי לחץ נפשי עלול לגרום להתפרצות והחמרה במחלותיו. ביהמ"ש הגיע למסקנה כי ההתאמות שהוצעו באותו מקרה לא יכלו לצמצם את הקשיים, ולאפשר ניהול הליך. עוד הגיע ביהמ"ש למסקנה שלא ניתן יהיה לחייב את הנאשם להתייצב למשפט, ולא מוצדק לחייבו לנהל את המשפט בהעדרו. ובאשר לסיכון הנאשם במצבו הרפואי עקב המתח הנפשי הכרוך בהליך, קבע ביהמ"ש:

A trial...is likely to place the defendant at a significant risk of a further heart attack (the consequences of which may well prove fatal). That risk can not be ignored in assessing whether he is fit enough to be able to stand trial ...no court ought to expose any individual...to such a real risk....in my judgement, "makes this an exceptional case such as calls the court to intervene

יוער כי פסק הדין הנזכר אינו קובע הלכה ואף לא כללים מנחים ביחס לאופן הפעלת שיקול הדעת, כשביהמ"ש הבהיר כי מדובר ביישום בנוגע לנאשם הקונקרטי, ובנוסף, מדובר בערכאה נמוכה ואף לכך משמעות.

40. סיכומו של דבר, את המצב הרפואי, את הצורך והאפשרות לבצע התאמות שיצמצמו את הקשיים, ואת עוצמת השפעת המצב הרפואי על יכולת ניהול ההליך בכל המובנים, מאזנים ביהמ"ש באנגליה מול האינטרס הציבורי שבקיום המשפט, ובהמשך לגישה הכללית שפורטה ביחס לאופן הפעלת שיקול הדעת בנוגע לטענות של שימוש לרעה בהליכים, התוצאה של ביטול הליך מטעמים רפואיים היא נדירה, כמסקנת ביהמ"ש:

Eccordingly the defendant's disability or matters related to it could not in themselves found a successful application to stay on grounds of abuse" (The (Queen v. M,K & H

וכן:



Staying criminal proceedings for an abuse of process is a power that ought only to be employed in exceptional circumstances, whatever the reasons (submitted for invoking it" (TP v. West London Youth Court

ואף:

It would, in fact, be a most unusual case for a defendant who is fit to plead to" be found to be so disadvantaged by his condition that a properly brought (prosecution would have to be stayed" (R v. Cox

ואכן, בחלק הארי של פסקי הדין האנגליים שאותרו בנושא זה, העתירות נדחו וההליכים נמשכו.

הדין בארה"ב

41. מדינת ניו יורק, כפי שצוין, היא המדינה היחידה בה קיימת חקיקה מפורטת בנושא, כשבסעיף 210.40 ל-CPL, שכל כולו מכוון לביטול הליך משיקולי צדק, מפורטים כל הגורמים שיש לבחון במסגרת עתירה ממין זה, כשנדרשת קביעה שהתקיים נתון חזק ומשכנע ונסיבות המצביעות בצורה ברורה שהמשך ההליך בשל אותן נסיבות יגרום אי צדק.

וזוהו נוסחו של סעיף 210.40:

Motion to dismiss indictment; in furtherance of justice § 210.40

1. An indictment or any count thereof may be dismissed in furtherance of justice... even though there may be no basis for dismissal as a matter of law ... such dismissal is required as a matter of judicial discretion by the existence of some compelling factor, consideration or circumstance clearly demonstrating that conviction or prosecution of the defendant upon such indictment or count would constitute or result in injustice. In determining whether such compelling factor, consideration, or circumstance exists, the court must, to the extent applicable, examine and consider, individually and collectively, the following

- a) the seriousness and circumstances of the offense)**
- b) the extent of harm caused by the offense)**
- c) the evidence of guilt, whether admissible or inadmissible at trial)**
- d) the history, character and condition of the defendant)**
- e) any exceptionally serious misconduct of law enforcement personnel in the investigation, arrest and prosecution of the defendant)**
- f) the purpose and effect of imposing upon the defendant a sentence authorized for the offense)**
- g) the impact of a dismissal upon the confidence of the public in the criminal justice system)**
- h) the impact of a dismissal on the safety or welfare of the community)**
- i) where the court deems it appropriate, the attitude of the complainant or victim with respect to the motion)**



**j) any other relevant fact indicating that a judgment of conviction would serve)
".no useful purpose**

42. סעיף 210.40 מונה שיקולים ונסיבות מסוגים שונים, ובכללם בס"ק (d) את השיקול הנוגע למצבו של הנאשם, אשר פורש על ידי ביהמ"ש ככולל גם מצב רפואי. כמו כן נעשה שימוש בסעיף הסל המפורט בס"ק (j), המאפשר לשקול כל גורם נוסף רלבנטי המצביע על כך שתוצאה של הרשעה לא תשרת כל מטרה מעשית, גם במקרים שהתעוררו טענות למצב רפואי.

חרף ניסוחו המרחיב והמפורט של הסעיף, ממנו עשויה להשתמע גישה גמישה ומקילה מצד הערכאות השיפוטיות בביטול אישומים מטעמי צדק, בפועל, הערכאות הגבוהות פירשו אותו באופן מצמצם, והפכו במקרים רבים החלטות של ערכאות נמוכות שקיבלו את הטענה. וכך סיכם ביהמ"ש העליון לערעורים בניו יורק את ההלכה בכל הנוגע להפעלת שיקול הדעת בהקשר של סעיף 210.40:

Dismissal of an indictment in the interest of justice must be exercised sparingly...that is, only in those rare cases where there is a compelling factor which clearly demonstrates that prosecution of the indictment would be an injustice (People v. May 100 A.D. 3d 1411 (2012)

43. עיון בספרות הנוגעת לסעיף זה בכלל, ובהקשר של מצב רפואי בפרט, מעלה כי כל המלומדים מדגישים שרק בתקופה שבה מגפת האיידס התפרצה, והייתה ללא אופק טיפולי נעשה שימוש נרחב יחסית בסעיף זה משיקולים של מצב רפואי.

המחבר Wrenius מקדיש במאמרו פרק לנושא תחת הכותרת: **Dying on the Vine: The Clayton Motion** and the problem of AIDS", בו הוא מציין כי נעשה שימוש בסמכות לבטל הליך בעיקר ביחס לחולים סופניים שרובם סבלו מאיידס. לדבריו, ביהמ"ש ככלל הפגינו גישה נוקשה, ורק כשהנאשמים היו מרותקים למיטתם וסיעודיים, או צפויים למות תוך חודשים ספורים, או סבלו מדמנציה בעקבות המחלה, מצאו ביהמ"ש כי מוצדק לאפשר לנאשמים לחיות את ימיהם האחרונים בתנאים נוחים יותר, בכבוד ובחמלה, בציינם שבמצב כזה הנאשם לא מסכן את החברה כלל. Wrenius ציין שבחלק מהמקרים ביהמ"ש דחו עתירות של חולים סופניים, בהביעם חשש שהחלטות בדבר ביטול הליכים, יתנו הכשר לחולים סופניים לבצע עבירות, בנוסף, ביהמ"ש התייחסו בחומרה לנאשמים שביצעו את העבירות כשהם כבר חולים, והשתמשו במחלתם ככרטיס לחופש. יוער כי המחבר עצמו מבקר את היד הקפוצה שהפגינו ביהמ"ש, בציינו שמדובר בשיקול של צדק שיש מקום לשקול להפעילו ביד רחבה יותר (Wrenius בע' 17).

במאמר אחר התייחסה המחברת Keller לגישה הרחמנית בביהמ"ש בתקופה הראשונה של מגפת האיידס, באותם מקרים שנאשמים היו **"literally at death's door"**, והצליחו להוכיח את מצבם הרפואי הנואש. המחברת העירה שיש קושי למצוא מכנה משותף ביחס לאופן בו מופעל שיקול הדעת על ידי ביהמ"ש, כשדרגת המחלה שעשויה להצדיק ביטול הליך אינה ברורה ואינה אחידה, ומושפעת פעמים רבות מקביעות בנוגע לתוחלת חייו של הנאשם, נושא מעורר מחלוקת כשלעצמו, משום שבמציאות תחזיות רבות אינן מתגשמות ונפגעי העבירות חשים עצמם מרומים. המחברת



הדגישה את הקושי בהסתמכות על שיקול של מצב רפואי, הן בשל העובדה שלא ברור לדעתה שתוחלת חיים קצרה מצדיקה כשלעצמה ביטול של ההליך, והן משום שיש קושי מעשי לחזות את מהלך המחלה. המחברת שמאמרה עוסק בביהמ"ש הבינ"ל, הטילה ספק בשאלה אם כדאי לאמץ הוראה דומה ביחס למצב רפואי בדין הבינ"ל (L.M. Keller) **"Comparing the 'Interest of Justice': What the International Criminal Court can learn from New York Law"** Washington University Global Studies Law Review (2013) p. 30 (להלן: "Keller").

המלומדת Beety ציינה במאמרה כי חרף העובדה שמדינת ניו יורק הייתה הראשונה והיחידה לחקק את ההוראה המפורטת בסעיף 210.40, נראה שביהמ"ש מגבילים ומצמצמים את השימוש בה, ובין היתר אינם מוכנים לבטל הליך בשל גיל הנאשם או מצב רפואי מורכב כשלעצמם (Beety בע' 659).

לעניין הפסיקה במדינות אחרות בארה"ב, סוקרת Robert את גישת ביהמ"ש במדינות נוספות שהכירו במסגרת חקיקה בסמכות לבטל הליך מטעמי צדק, דוגמת וושינגטון ואורגון. Robert מציינת כי ביהמ"ש באותן מדינות מצמצמים בדרך של פרשנות את הוראות החוק, בהוסיפם דרישה שהטענה צריכה להיות כרוכה בהתנהגות לא תקינה של הרשות, מה שמוביל לאי הכרה בטענות אישיות הנוגעות למצב רפואי, או על ידי הוספת דרישה שהביטול אפשרי רק אם לא ניתן למצוא פתרונות חלופיים שפגיעתם פחותה, וכן בדרך פרשנית המצמצמת את הפעלת הסמכות למקרים נדירים (Robert בע' 32 - 35).

44. עיון בפסקי הדין מעלה כי בחלק נכבד מהמקרים שהטענה התקבלה, אכן היה מדובר בחולי איידס בשלבים מתקדמים. כך, התקבלה הטענה בשנת 1986 בעניין Camargo בקשר לחולה איידס שהערכת הרופאים הייתה שימות תוך חודשים ספורים ושעד אז יאלץ לשהות בביהמ"ח (135 Misc.2nd 987) **People v. Camargo** (1986 supreme court), וכך בעניין Jimmie התקבלה הטענה ביחס לחולה איידס (**People v. Jimmie** (1991 N.Y.L.J.)). כמו כן, מעת לעת התקבלה הטענה כשהמצב הרפואי לא עמד לבדו והצטרפו אליו טענות אחרות. כך, בעניין Ricket התקבלה הטענה ואושררה בביהמ"ש לערעורים ביחס לנאשם חולה לב, כשלצד המחלה היו מספר טעמים משמעותיים נוספים שהצדיקו ביטול של ההליך, ובראשם התרשמות ביהמ"ש שהנושא כלל אינו מתאים להליך פלילי (124 N.Y. 2nd 58 (1983) **People v. Ricket**). גם בעניינו של Wong התקבלה הטענה, כשגם במקרה זה המחלה היוותה שיקול אחד בלבד, וביהמ"ש לערעורים אשרר את החלטת הערכאה המבררת לבטל את ההליך, תוך שהדגיש כי מחלה ומצב רפואי אינם יכולים לבדם להוות שיקול המצדיק ביטול של ההליך (227 A.D. 2nd 852 (1996) **People v. Wong**)).

45. הטענה נדחתה במרבית פסקי הדין, כשגם במצבים של מחלת איידס באותה תקופה מוקדמת, לא הייתה עמדת ביהמ"ש אחידה. כך, בעניינו של Sierra, שאף הוא היה חולה איידס, מצא ביהמ"ש שאין מדובר במי שהוא על ערש דווי, ואף לקח בחשבון את העובדה שמעשי העבירה בוצעו בעת שהיה חולה, כך שראה בהתנהגותו עשיית שימוש ציני במחלה, ודחה את העתירה (149 Misc. 2nd 588 supreme court (1990) **People v. Sierra**). הטענה נדחתה בעניינו של Gray, שם ציין ביהמ"ש כי ביטול הליך על יסוד מחלת האיידס כשיקול בלעדי אינו



הולם, אף אם הנאשם לא צפוי לחיות לתקופת העונש שהוא צפוי לקבל (**People v. Gray** N.Y. L.J. (1991)). הטענה נדחתה גם בעניינו של **Sherman** חרף מצבו הרפואי המורכב של הנאשם, היות שלא נצפתה התדרדרות משמעותית במצבו בשנים שחלפו מאז פרצה המחלה, ובנסיבות אלה לא נמצא גורם משכנע בדרגה המצדיקה את ביטול ההליך (**People v. Sherman** app. div. 2nd (2006)). ואחרון, בעניין **Marshall** טען הנאשם לאחר שהורשע, שיש לבטל אישום שלצידו עונש מאסר מנדטורי מחמת מצבו הרפואי, גילו ונסיבות נוספות. ביהמ"ש העליון לערעורים החליט שאין מקום לשנות מהחלטת הערכאה דלמטה להרשיעו באותו אישום, וכי גיל הנאשם, מצבו הרפואי וכן נסיבות נוספות להן טען הנאשם לא מבססים את הנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן בעטיין יש מקום לביטול ההליך משיקולי צדק (**People v. Marshall** 961 N.Y. App. Div. 2nd (2013)).

הטענה נדחתה בשנים מוקדמות יותר בארבעה פסקי דין נוספים שניתנו במדינת ניו יורק אליהם הפנתה המאשימה: בעניין **Sweig** נאשם מבוגר מאד וחולה, שמחלותיו ליוו אותו תקופה ארוכה והוא ניהל אורח חיים פעיל, מצא ביהמ"ש כי יש בהתאמות במשפטו כדי לאפשר לו השתתפות אפקטיבית ולהבטיח לו משפט הוגן (**U.S. v. Sweig** 316 F. Supp. 1148 (1970)). בעניין **Landsman** נקבע כי אין בקיום משפט לנאשם חולה כדי לגרום סיכון במידה כזאת המצדיקה ביטול של ההליך (**U.S. v. Landsman** 366 F. Supp. 1027 (1973)). בעניין **DePalma** מצא ביהמ"ש שחרף מצב רפואי מורכב הכרוך בסיכון במקרי מתח, יש להמשיך את המשפט שכן האמצעים שננקטו בעניינו יש בהם כדי להפחית את הסיכונים ולאפשר השגחה על הנאשם (**U.S. v. DePalma** 466 F. Supp. 920 (1979)). בעניין **Mosley** הנאשם היה חולה במחלות מורכבות, וביהמ"ש קבע כי קיימים אמצעי התאמה שיפחיתו את הסיכונים במצבו וכי התוצאה של ביטול הליך צריכה לחול רק במקרים קיצוניים (**U.S. v. Mosley** 500 F. Supp. Dist. 601 (1980)).

כמו כן הפנתה המאשימה לפסק דין ממסצ'וסטס בעניין **Zannino**, כשגם באותו מקרה היה הנאשם חולה מאד, ובוצעו התאמות להפחתת הסיכונים הרפואיים. ביהמ"ש נדרש בהחלטתו לבחירת הנאשם שלא להסתייע בפרוצדורה רפואית שעשויה לשפר את מצבו כאחד השיקולים לדחיית העתירה לביטול ההליך (**U.S. v. Zannino** Dist. 601 (1985)).

כפי שעולה מהסקירה דלעיל, חלק מפסקי הדין התייחסו רק לנסיבות הקונקרטיות שלפניהם ובחלק אחר נאמרו אמירות ערכיות כלליות.

טרם סיום פרק זה אני מוצאת לנכון להבהיר, כפי שאף הובהר לצדדים במהלך אחד הדיונים, כי לא נדרשתי למקרים מן העולם אליהם הפנתה ההגנה, שכן בכל אותם מקרים ההפניה הייתה רק לפרסומים באמצעי התקשורת, ולא הוצגו לעיוני ההחלטות או פסקי הדין בהם נדונו אותם מקרים, כך שלא ניתן להתייחס לאותן דוגמאות.

האם ניתן להקיש מהדין הזר לגבי המצב המשפטי בישראל?

46. הדין באנגליה מכיר באפשרות שמצב רפואי יצדיק במקרים המתאימים ביטול של ההליך משיקולי צדק, בין מחמת חוסר יכולת של הנאשם להשתתף באופן אפקטיבי בהליך ובין מחמת הסיכון שההליך עלול להסב לו. מדובר בטענה המתקבלת במקרים נדירים, רק אם כל ההתאמות אינן מפחיתות וממתנות את הפגיעה בנאשם,

עמוד 21



ואין מאפשרות לו יכולת להשתתפות אפקטיבית בהליך, והכל תוך שניתן משקל נכבד לאינטרס הציבורי שבקיום המשפט.

בשל הדמיון בין שתי מערכות הדינים, כמו גם בהגדרת האינטרסים המרכזיים העומדים לאיזון, דומה שניתן לשאוב ולהקיש מהדין האנגלי בכל הנוגע לביצוע התאמות, למשמעות של השתתפות אפקטיבית, לאיזון בין האינטרסים הנוגדים ולמצבים בהם מתקיימות הנסיבות הנדירות המצדיקות את קבלת הטענה.

47. שאיבת עקרונות בהיקש מהדין במדינת ניו יורק היא יותר מורכבת, לאור השוני בין ההסדרים בשתי השיטות. כפי שפורט לעיל, בשונה מהוראת החוק הלקונית בישראל, הרי שבניו יורק קיים הסדר מפורט בחוק במסגרתו רשאים ביהמ"ש לבטל הליך בכל אותם מקרים בהם לדעת ביהמ"ש ההרשעה לא משרתת מטרה מועילה, ודי בנוסחה של הוראה זו כדי ללמד על רוחב שיקול הדעת שהוענק על ידי המחוקק לשופטים, שהוא שונה מהמצב הנ"ג דין בישראל. אמנם בחוק במדינת ניו יורק מפורטים שיקולים שביהמ"ש מחויבים לשקול, וביהמ"ש אף נדרשים להצביע על נתון משמעותי משכנע מבחינת הנסיבות המצדיק תוצאה של ביטול הליך, ואולם, בשונה מהדין בישראל, האינטרס הציבורי שבקיום ההליך אינו עומד כשיקול בעל בכורה שמולו יש לאזן את טענות הנאשם, אלא הוא אחד מיני שורה של שיקולים המפורטים בס"ק (g), (b), (a) ו-(h). כמו כן, בהתאם להוראת החוק, מסור לביהמ"ש שיקול דעת נרחב ביותר להעניק בכורה לעניינו של הנאשם על פני אינטרסים ציבוריים ושיקולים וערכים בסיסיים של ההליך הפלילי.

אשר ליישום החוק, עיון בפסיקה מלמד כי בכל הנוגע לנסיבות אישיות, דוגמת מצב רפואי מורכב, ביהמ"ש בניו יורק אינם ממהרים לבטל הליכים, להיפך, הפסיקה היא שהבהירה את נדירותה של התוצאה האמורה, במיוחד כשהשיקול היחיד או הדומיננטי הוא המצב הרפואי, וניתן לבצע התאמות ולצמצם את הקשיים והסיכונים הנובעים מהמצב הרפואי. בכך דומה הפסיקה להלכות באנגליה, ומאפשרת להקיש ממנה לדין בישראל. בנוסף, המכנה המשותף של פסקי הדין הוא בקבלת הטענה וביטול ההליך ביחס לחולים סופניים, מאושפזים, שאין תקווה לשינוי במצבם, ושתוחלת חייהם תחומה בחודשים בודדים. ביהמ"ש במדינת ניו יורק מייחסים, אם כך, חשיבות יתרה לחומרה מובהקת של המצב הרפואי ולשאלה אם מדובר במצב הפיך או לא, ובכך גוזרים על עצמם הצרה משמעותית של מרחב שיקול הדעת. כעולה מן המקובץ, יש קושי מובנה לאמץ את ההסדר החקיקתי במדינת ניו יורק כמות שהוא לתוך הדין בישראל לאור הבדלים יסודיים בגישות (לדעה אחרת, ראו: דוכובני בע' 4-5, 7, 12-13). עם זאת, ניתן להקיש מהדין במדינת ניו יורק ביחס למרכיב של המצב הרפואי של הנאשם, שהוא, כאמור, מרכיב אחד מתוך המשוואה.

אופן הפעלת שיקול הדעת - סיכום

48. כעולה מן המקובץ, העקרונות לבחינת טענה של מצב רפואי כעילה לביטול הליך מכוח טענת הגנה מן הצדק, דומים במהותם לעקרונות ולשיקולים שנבחנו בהקשרן של טענות הגנה מן הצדק אחרות, אך זאת בשינויים ובהתאמות המתחייבים מאופייה הייחודי של הטענה.

ייחודה של הטענה, כאמור, הוא בכך שהיא צופה אל פני עתיד מעשה העבירה, כהגדרת השופט הנדל. בשל מאפיין



ייחודי זה, ובשל העובדה שקבלת הטענה מביאה לסיום ההליך, ההחלטה אינה הפיכה ואין ממנה דרך חזרה, גם אם חלה הטבה במצבו של נאשם, אזי, כפי שצוין בכלל רק מצבים רפואיים קשים ומורכבים שהם בלתי הפיכים ו/או סיכונים ממשיים ומיידיים לשלומם ולחיי של נאשם שהם בעלי דרגה גבוהה של וודאות, עשויים לבסס פגיעות בעלות עוצמה גבוהה, ויצדיקו המשך בדיקה בהתאם למבחן התלת שלבי.

זאת ועוד, בשל המאפיין הייחודי של הטענה, יש חשיבות יתרה לשלב השלישי במבחן התלת שלבי, הוא השלב של בחינת התאמות שאינן מחייבות ביטול של ההליך, למיתון הפגיעה והקושי. בכל הנוגע להתאמות, אלה יכולות להתבסס על המלצות מומחים רפואיים, הניסיון המצטבר בפסיקה הזרה והשכל הישר, כשהתוצאה של ביטול ההליך בכלל, ומטעם של מצב רפואי בפרט, צריכה להיות התוצאה האחרונה ובמקרים נדירים ויוצאי דופן בלבד.

בהקשר זה אעיר כי בחלוף השנים לא קהו דבריו הנכוחים של ביהמ"ש בפרשת בורוביץ:

"לכאורה הרי זה מבחן רחב וגמיש. אין תמה - ואפשר שדווקא משום כך - הפעלתו הלכה למעשה, היא למקרים יוצאי דופן, מחייבת זהירות רבה".

והגם שהדברים צוטטו, ראוי לחזור ולהעיר כי בכל הנוגע לקבלת טענת ההגנה מן הצדק ביחס לנסיבות שאינן תלויות בהתנהלות הרשויות, דוגמת הנסיבות נושא ההחלטה שלפניי, נאמר בפירוש:

"אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר".

דברים אלה נכונים גם לאחר הוספת טענת ההגנה מן הצדק לחוק, והם מתאימים במיוחד בנסיבות בהן תחולת ההגנה מן הצדק מורחבת, בדרך של פרשנות פסיקתית, לתחום של טענות אישיות, שלא היווה עד כה בפועל בסיס לטענת הגנה מן הצדק, על אף שהוכר מבחינה עיונית, ובתוך תחום זה לתחום הרפואי, שבכל הנוגע למרכיבי הסיכון והפגיעה בתחלת החיים, הוא בעיקרו צופה פני עתיד ונעדר יכולת לקביעות וודאיות, כאמור.

יישום העקרונות על ההליך הנוכחי

49. על רקע העקרונות שפורטו לעיל אפנה לבחינת עובדות התיק שלפניי.

תחילה אעמוד על המצב הרפואי הנטען של הנאשם בכל ההיבטים, הן מבחינת השפעתו על קיום ההליך הפלילי, והן מבחינת השפעת ההליך הפלילי עליו, ועוצמת הפגיעה בנאשם בשל מצבו הרפואי. לאחר מכן, אבחן את ההתאמות שניתן לבצע כדי להתחשב במגבלות הרפואיות ולהפחית במידת האפשר את הפגיעה בנאשם. בשלב הבא אבחן את האינטרס הציבורי שבניהול ההליך. לבסוף, תוך איזון בין כלל השיקולים בהתאם לעקרונות שפורטו בפרקים המשפטיים לעיל, אכריע אם מתקיימות אותן נסיבות ייחודיות שבהן המסקנה היא שניהול ההליך הפלילי במתכונת המותאמת, ולמעשה בכל מתכונת, עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, עד כי מתחייב ביטול כתב האישום.



מצבו הרפואי של הנאשם ועוצמת הפגיעה בהקשר של ההליך הפלילי

הערה מקדימה

50. ההגנה טוענת שהנאשם מצוי במצב בריאותי אנוש, ושניהול ההליך יגרום לו בוודאות קרובה לנזק בריאותי ואף למוות (ס' 8 ו - 20 לסיכומי ההגנה). ההגנה מוסיפה וטוענת שהנאשם נדרש להקריב את חייו על מנת לבסס את זכאותו מפני האישום (ס' 19 לבקשת ההגנה לביטול כתב האישום, ס' 102 לסיכומי ההגנה), וכי ניהול המשפט עד מותו של הנאשם פוגע בזכות היסוד שלו לכבוד ולתקווה (ס' 25 לבקשה, ס' 138, 141 לסיכומי ההגנה). ההגנה הפנתה את האחריות לתוצאה הקשה, אם וככל שלא יבוטל ההליך הפלילי, אל כתפי המאשימה וביהמ"ש. כך, לטענתה, המאשימה מסכנת את חיי הנאשם כדי להוכיח את אשמתו, כשהמשך ניהול המשפט משול הלכה למעשה לעונש מוות אכזרי, כשמחמת ניהול המשפט, עלולים המעורבים במשפט לחוות את מות הנאשם, ולמעשה להיות אחראים לו (סעיף 102 - 103 לסיכומי ההגנה).

טענות אלה מחייבות התייחסות בפתח הדברים.

51. כפי שצוין, אין חולק שהנאשם הוא אדם מבוגר מאד וחולה, הסובל משילוב של מחלות כרוניות, אין צפי להחלמתו מכלל המחלות, ומצבו הבריאותי מסב לו קושי.

מבחינת זווית הראיה הסובייקטיבית של הנאשם, מובן כי הציפיה שלו היא להתחשבות מקסימלית בו ובקשייו, כשרק תוצאה של ביטול ההליך נדמית בעיניו כתוצאה הולמת. מבחינתו, ניתוח בכלים משפטיים אנליטיים של הנתונים והשיקולים השונים, תוך פיצול הטענות למרכיבין השונים, מתעלם או לכל הפחות אינו מייחס משקל מספיק למכאוביו ולסבלותיו. ועוד עלול הנאשם, שנקודת ראותו צרה וסובייקטיבית, לראות חלילה במאשימה או בביהמ"ש את מי שגורמים לפגיעה במצבו הרפואי, ומפגינים אטימות ואדישות לגורלו, בכך שהם עומדים על ניהול המשפט, לתחושתו עד מותו ממש.

אילו היה הנאשם מתייצב ומעיד על מצבו הרפואי וסבלו, והיה בשעת מצוקה אישית מעלה טענות ממין זה, על אף שאין במקומן, ניתן היה להתייחס לטענותיו בסלחנות מסוימת, משום שאין תופסים אדם בשעת צער. אלא שטענות מסוג זה, למרבה הצער, נטענו על ידי באי כוח הנאשם לא פעם ולא פעמיים, הן בדיונים והן בטיעונים בכתב, ומוטב היה להן שלא היו נטענות.

52. משנטענו הטענות, אני מוצאת לנכון להבהיר בקול ברור וצלול, כי אין בין ביצוע התפקיד על ידי נציגי המאשימה, לבין הקרבת חיי הנאשם או גרימת מותו דבר וחצי דבר, ויפה בהקשר זה הערתו של בן יהודה (ע' 291), ודי בדברים אלה. ועוד אחזור ואזכיר מושכלות ראשונים, לפיהם ביהמ"ש מחוייב להתבונן על ההליך בכללותו, ולקחת בחשבון מגוון שיקולים, ובהם לצד שיקולי הנאשם גם את השיקולים הנוגעים לאינטרס הציבורי שבקיום ההליך הפלילי. מעבר לשתי הערות אלה, אין בכוונתי להדרש במסגרת ההחלטה לאותן טענות מרחיקות לכת שהעלתה ההגנה.



המקורות הראייתיים לבחינת הטענות הנוגעות למצבו הרפואי של הנאשם

53. טענות ההגנה לענין המצב הרפואי הן משולבות, וכוללות טענות הנוגעות לתחלואה המורכבת של הנאשם, בעיקר בתחום הלב, והסיכון לחיי הנאשם ולבריאותו במצבי לחץ בשל מצבו הרפואי, וכן טענות לפגיעה קוגניטיבית וחוסר יכולת לסייע להגנתו באופן אפקטיבי, ואף טענות הנוגעות למצבו הפיזי, היותו סיעודי, הקושי בהבאתו לביהמ"ש, אשפוזיו התכופים וחוסר יכולתו להיות נוכח בדיון, כשהוא עומד על זכותו זו.

54. הראיות הנוגעות למצב הרפואי של הנאשם ולטענות הנוגעות לפגיעה בבריאותו ולסיכון חייו, מבוססות על חוו"ד המומחים ועדויותיהם ועל תיעוד רפואי שהוגש לביהמ"ש.

הראיות הנוגעות ליכולת עמידת הנאשם בלחצים הכרוכים בהליך הפלילי, ויכולת השתתפותו בהליך, מבוססות גם על ההיסטוריה של הנאשם מבחינת התנהגותו במצבי לחץ ועל התנהלותו הכוללת, בהתאם לנתונים שהובאו לידיעת ביהמ"ש. יצוין כי ניתן היה להתבסס גם על התרשמות ישירה מהנאשם, ככל שהנאשם היה נוכח בדיונים, על עדותו ביחס למצבו, ככל שהנאשם היה מעיד, וכן על ראיות רלבנטיות נוספות מטעם ההגנה ביחס למצב הנאשם, ככל שהיו מוצגות כאלה. בהליך שלפניי, לא פגשתי עד כה את הנאשם, הוא לא העיד, והתרשמותי האישית ממנו הוגבלה להאזנה למספר חקירות שהוקלטו לפני למעלה משנתיים, ככל שניתן להתייחס לכך כאל התרשמות של ממש. כפי שצינתי במספר החלטות, ראיתי חשיבות להתרשמות בלתי אמצעית מהנאשם, בין היתר בקשר להתנהלותו הכוללת, ותפקודו בעת שהוא נוכח באולם ביהמ"ש ולהשפעת שהייתו באולם על מצבו. אלא שעובר לרוב הדיונים הנאשם אושפז או היה בחופשת מחלה לאחר אשפוז, ולפיכך שוחרר מחובת התייצבות, וליתר הדיונים לא התייצב הגם שלא היה מאושפז, כשלרוב הוזמן אמבולנס לביתו באותם מועדים. להשלמת התמונה אוסיף שלא נשמעו עדים מטעמו של הנאשם, זולת המטפל שהוגבל בהתייחסותו רק לסתירת ממצאי העוקבים.

הטענות הנוגעות לאשפוזיו והטענות הנוגעות למצבו הפיזי של הנאשם, מבחינת יכולתו להגיע לביהמ"ש ולשהות בביהמ"ש, אף הן מבוססות על המומחים והתיעוד הרפואי. בנוסף, לאחר הגשת סיכומי הצדדים, בוצעה השלמת חקירה מצד המאשימה ונערך מעקב אחרי הנאשם במשך מספר ימים, והעידו עוקבים לגבי ממצאי העיקוב. בעקבות עדותם, העיד מטפלו של הנאשם ביחס לאותם ארועים שנצפו במעקב.

לענין הטענות הנוגעות ליכולת ההשתתפות האפקטיבית בהליך מבחינה קוגניטיבית, הבסיס הראייתי בנוסף להתייחסות מומחה המאשימה, הוא חוו"ד מאוחרת שהגישה ההגנה.

55. טרם בחינת הראיות לגופן וגזירת המסקנות מהראיות, אחזור ואזכיר מושכלות ראשוניות, לפיהם מצב רפואי, שהוא נושא מקצועי הטעון מומחיות לשם הצגתו, נלמד מראיות מומחים רפואיים ומתיעוד רפואי, תוך שראיות אלה מתמקדות מטבע הדברים בהיבטים הרפואיים בלבד, ואינן מחליפות את ביהמ"ש בתפקיד השיפוטי המסור לו בקביעת ממצאים, משקלם, משמעותם והשפעתם במסגרת התמונה הכוללת.

מצבו הרפואי של הנאשם - כללי



56. בעשרים השנים האחרונות הנאשם הוא חולה כרוני הסובל משילוב של מחלות.

הנאשם סובל ממחלת כלי דם מפושטת, יתר לחץ דם, עודף שומנים בדם, סכרת, אי ספיקת כליות ברמה בינונית ומחלת פרקינסון מאוזנת תרופתית. בקשר עם כל המחלות מטופל הנאשם תרופתית בשלל תרופות, אשר להן תופעות לוואי המשפיעות גם על ערנותו, על שינויים בלחץ דם, הפרעות בקצב הלב ועוד. בשנת 2007 בשל חשד לארוע מוחי קל וחולף עבר הנאשם ניתוח. בבדיקת סי.טי. מוח בחודש אפריל 2017 נמצאו אוטמים קטנים במוח והומלץ על המשך מעקב במרפאת שבץ (חוו"ד יצמן ע' 2, בן יהודה ע' 315). מאז חודש מרץ 2013 אושפז הנאשם מספר פעמים בשל ארועים של תלונה על אובדן הכרה. בשנה האחרונה הוא סובל מסרטן הערמונית עם גרורות לעצמות, עובר טיפולים יעילים, שבעקבותיהם ערכי ה-PSA ירדו מ- 200 ל- 3 - 4, ערכים קרובים לתקינים, הגם שהוא ממשיך להתלונן על כאבים בעצמות (ע' 291).

לנאשם מחלת לב, אליה אתייחס בפרק נפרד. בנוסף, בהקשר הקוגניטיבי עלה חשד לדליריום במהלך אשפוזו לאחרונה ונטען לבלבול ולחוסר התמצאות, ובעקבות זאת הוגשה חוו"ד מטעם ההגנה, אליה אתייחס בהמשך.

מחלת הלב

57. התחלואה המשמעותית, שבהקשרה נטענו טענות לסיכון הבריאות ואף לסיכון החיים, היא תחלואת הלב.

בכל הנוגע למחלות לב, החל משנת 2000 החל הנאשם לסבול מתעוקת חזה בלתי יציבה, ובמהלך כל השנים הוא מטופל תרופתית. הנאשם עבר בשנת 2000 ניתוח מעקפים כליליים שהסתבך. כמו כן, עבר הנאשם בשנים 2000, 2003, 2006, 2009, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 צנתורים אשר חלקם כללו התערבות טיפולית לצורך הרחבת היצרות בעורקים, אך רובם היו אבחוניים בלבד. במהלך השנים חלה החמרה במצב, ובשנת 2009 פיתח הנאשם אוטם בשריר הלב, ונחת במטרה להחליף מסתם, אלא שהניתוח הסתבך ומהלך ההחלמה היה ממושך. בשנת 2013 סבל מהחמרה של הסימפטומים, עבר שני צינתורי לב כליליים. בשנים שלאחר מכן, סבל מתעוקת חזה ותלונות של סחרחורות עד קרוב לאובדן הכרה ביחד עם קוצר נשימה. עקב הפרעת קצב הושתל בגופו בשנת 2016 קוצב לב (חוו"ד קרן ע' 1 - 2, חוו"ד בן יהודה ע' 1).

58. בכל הנוגע למצב לבו של הנאשם, קיימת מחלוקת בין המומחים בשאלה אם הנאשם סובל מאי ספיקת לב או שמדובר בתעוקת חזה. מומחה ההגנה קרן טען שהנאשם סובל מאי ספיקת לב דיאסטולית, המלווה בקוצר נשימה, הצטברות נוזלים בריאות ובצקות, כשעליה בלחץ הדם ומצבי אנומיה מחמירים את המצב (חוו"ד קרן ע' 2-3, ע' 171, 174, 175). מומחה ההגנה רביד הפנה לממצאים של הצטברות נוזלים בריאה וקולות חרחור, תופעות של קוצר נשימה פתאומי וכן נטילת תרופה לאי ספיקת לב, כשכל אלה מלמדים שהנאשם סובל מאי ספיקת לב (ע' 115, 120, 121, 123, 124). מומחה המאשימה מנגד טען שמדובר בתעוקת חזה, שאינה מגיעה לאי ספיקת לב, הגם שמבחינה קלינית יכול להחשב כאי ספיקת לב, ולמרות ממצאים גופניים שעשויים במצבים מסוימים להצביע על אי ספיקת לב, וחרף לקיחת תרופה הניתנת לסובלים מאי ספיקת לב, וזאת על סמך בדיקות אקו, שהן האמצעי המהימן לזיהוי אי ספיקת לב (ע' 49, 50, 70, 71, 72, 73).



אין בכוונתי להדרש למחלוקת בין המומחים בעניין זה מעבר לעצם הצגתה, היות שבמוקד ההכרעה עומדת שאלת השפעת המצב הרפואי של הנאשם על האפשרות לנהל הליך פלילי בעניינו, ולפיכך, החשיבות אינה בהגדרה הרפואית המדויקת של מחלת הנאשם, אלא בכך שכל המומחים מסכימים שמחלת הלב של הנאשם היא מורכבת, הנאשם כהגדרת בן יהודה הוא "איש חולה באופן ניכר מבחינה קרדיאלית" (ע' 290), מחלתו אינה ניתנת לריפוי, היא משפיעה על שלומו ועלולה לסכן את בריאותו.

יכולת עמידת הנאשם בלחצים הכרוכים בהליך הפלילי

59. כל המומחים שותפים למסקנה שלגבי אדם חולה לב במצבו של הנאשם, לחץ הוא גורם מסכן הפוגע בבריאות. המחלוקת בין המומחים מתמקדת בשאלת עוצמת הלחץ שיגרם לנאשם מניהול ההליך הפלילי ועוצמת הסיכון, יכולת עמידת הנאשם בלחצים בהקשר של ההליך המשפטי, דרגת הלחץ שעלולה לגרום סיכון, סוגי הלחץ האובייקטיבי והסובייקטיבי והשפעתם.

60. ביחס להיבטים אלה, טוען מומחה ההגנה רביד שהעיד בחודש יוני 2017 כי הנאשם חי על זמן שאול, זקוק לטיפול אינטנסיבי על מנת לשמור על חייו (חוו"ד רביד ע' 3, 4), וכי לגבי אדם חולה כל כך כמו הנאשם, כל ארוע של התרגשות, וכל ארוע רפואי קל עלול להפר את האיזון במצבו הבריאותי ולהביא לאשפוזו (רביד ע' 112). לטענת רביד הפרעות הקצב שפיתח הנאשם לאחרונה כמעט הרגו אותו, כשהפרעות קצב מחמת התרגשות ולחץ הן שכיחות. להערכתו, אם הנאשם יפתח שוב קצב לב כה גבוה הוא לא ישרוד (ע' 137). לעניין ההליך המשפטי, רביד התמקד בחוו"ד בסיכונים הכרוכים בחקירת הנאשם, ובעדותו אישר שיש מקום להבחין בין נוכחות בביהמ"ש לבין מתן עדות, וציין כי הנאשם יכול בעקרון לעמוד בנוכחות בהליך המשפטי, אם כי לפרקי זמן קצרים משלוש שעות (ע' 137).

61. מומחה ההגנה קרן ציין בחוו"ד שערך כי יש סכנה ממשית בחשיפתו של הנאשם למצבי מתח ודחק. בעדותו הבהיר קרן כי מהירותו את הנאשם יש סיכוי גבוה מאד שהסיכונים יתממשו (ע' 171 - 172). קרן התייחס להחמרה במצב הנאשם לאחר ארוע של אוטם בשריר הלב (ע' 190), וציין את אי היציבות במצב הנאשם. לעניין ההליך המשפטי, עמד קרן בחוו"ד על הסיכונים שבחקירה ותשאול בביהמ"ש או בפני רשויות אחרות, שעלולים לערער את האיזון הרפואי ולסכן את בריאותו של הנאשם עד סכנה לחייו והמליץ לא לחשוף את הנאשם לסיכונים אלה (חוו"ד קרן ע' 5). קרן לא נדרש בחוו"ד לעצם ההשתתפות בהליך הפלילי ולנוכחות בדיונים. בעדותו העריך קרן כי יקשה על הנאשם להתייצב לדיונים למרות שאישר שמדובר בדרגת עומס ודחק נמוכים יותר. הוא ציין כי הנאשם נוטה להתרגש ולחץ הדם שלו צפוי לעלות ולגרום לכאבים בחזה (ע' 195, 196, 197). עוד ציין כי עצם ההגעה יעורר קושי ויגרום מתח (ע' 199), כי האזנה לעדות בנו תסב מתח והוא מאד יתרגש (ע' 209) וכי פרק זמן של שלוש שעות הוא ארוך עבור הנאשם, אך התאמות שונות שהוצעו יכולות להקל על המצב (ע' 199 - 200). זה המקום להעיר שבין סיכום רפואי שערך קרן בספטמבר 2016 לבין חוו"ד מיולי 2017, שינה קרן את הניסוח של מסקנותיו, בצינו שחוו"ד הקודמת לא הייתה מספקת כדי לשכנע את ביהמ"ש שאין להביא את הנאשם לשם מתן עדות ולהעמידו במתח רב שעלול לסכן את חייו. כך, שונתה דרגת הסכנה בחשיפת הנאשם למתח ודחק מדרגה של סכנה לדרגה של סכנה ממשית, וכך הפכה ההמלצה לאפשר לנאשם אורח חיים רגוע לחד משמעית, והושמטה ההערה שבעבר המליץ לנאשם להמנע מאורח חיים אינטנסיבי, המלצה שלא קוימה.



קרן הבהיר כשנשאל בעדותו ביחס לשינויים שצוינו לעיל, כי בשלב של עריכת חו"ד המאוחרת הובהר לו שהיא מיועדת לביהמ"ש, ואז הוא ניסח את המסקנות כך שיהיו ברורות יותר (ע' 176), ומתשובתו משתמע שהשוני במסקנות המומחה בין שתי חווה"ד הוא שוני שהוא בעיקרו בניסוח ובאופן הצגת הדברים ולא שינוי במצב הרפואי ובמהות.

62. מומחה המאשימה אישר כי אמנם לחץ ברמות גבוהות עלול לגרום להפרעת קצב לב משמעותית, להשפיע על בריאות הנאשם ואף לסכן אותה (בן יהודה ע' 35, 36), אך הבהיר שלא כל מצב לחץ מסכן את הנאשם במידה ניכרת (ע' 40). עוד הוסיף בן יהודה כי בספרות המקצועית יש התייחסות לכך שכתוצאה מסטרס יכול להגרם התקף לב, כשההשפעה שהוכרה היא במידה מועטה ולטווח של 10-3 שנים, אך אין ממצאים לגבי תמותה שהיא תוצאה ישירה מסטרס, או קשורה להליך משפטי, או אבחנה בין סוגי סטרס וגורמים מגבירי לחץ שונים מבחינת השפעתם על המצב הרפואי (ע' 291). לדבריו, לצורך קביעת עוצמת הלחץ המהווה גורם סיכון ממשי, יש לקחת בחשבון את עמידותו בעבר של הנאשם ללחצים (ע' 39), בין ביחס לאירועים אישיים ורפואיים שהם מלחיצים (ע' 54) לרבות לחצים הכרוכים בחיי היום יום, ובין ביחס לחקירות במסגרת ההליך הנוכחי (ע' 41), ואת ההתאמות שניתן לבצע לשם הפחת עוצמת הלחץ (ע' 36, 53). בעדותו אישר בן יהודה שקיימת הבחנה בין דרגת הלחץ מעצם קיומו של הליך פלילי ונוכחות בדיונים לבין מידת הלחץ בעת עדות של הנאשם, וזאת הגם שלא ערך הבחנה כזאת תחילה (ע' 36), עם זאת, המליץ כי ההתאמות עליהן עמד יחולו בכל הדיונים (ע' 80).

63. שאלת יכולת עמידת הנאשם בלחצים של הליך משפטי, והסיכון לפגיעה ממשית בבריאותו בשל ההליך הפלילי, אינה שאלה פשוטה, לא ניתן לנבא ולחזות בצורה מדויקת ומקיפה את השלכות ההליך הפלילי על הנאשם, וזאת תוך בידוד נושא זה מיתר מרכיבי החיים, אין מדובר במדע מדויק, וממילא אין תוצאה אחת בלבד שהיא נכונה בוודאות.

לצורך קבלת החלטה בכל הנוגע להשפעות של לחץ מהסוג הנזכר או דומה על הנאשם, ניתן להיעזר בנתונים הנוגעים להתנהלות הנאשם עד כה ולהשפעת מצבו הרפואי על התנהלותו, כמו גם עמידתו למצבי לחץ משמעותיים, וזאת בשלוש תקופות: הראשונה, בשנים הרלבנטיות לכתב האישום, השניה, בתקופת החקירות, והשלישית, מאז הגשת כתב האישום ועד ימים אלה.

64. בהתייחס **לתקופה הראשונה**, הנאשם חלה במחלת הלב בשנת 2000, בתקופה בה עמד בראש מערך החברות בישראל ומחוצה לה. הנאשם היה חולה לאורך כל התקופה הרלבנטית לכתב האישום בשנים 2003 - 2013. בשלב מוקדם זה של ההליך, כשהנאשם כבר כפירה כללית במיוחס לו, ולא נשמעו עדיין כל ראיות, אין באפשרותי, כמובן, לחוות דעה ביחס למעורבותו במעשי העבירה הנטענים. עם זאת, למקרא כתב האישום, בהיבט של הניהול העסקי ושל הפעילות, עולה בבירור הטענה שהנאשם שעמד בראש הפירמידה העסקית, היה מעורב פעיל בפעילות חובקת עולם, פעילות שמטבעה היא אינטנסיבית ומעוררת לחץ, וזאת כשלאורך עשר השנים הנזכרות בכתב האישום, הנאשם החולה עבר הליכים רפואיים מורכבים, כמפורט לעיל. יוער בהקשר זה כי לאחר הגשת כתב האישום, כתב קרן ששוחח בעבר מספר פעמים עם הנאשם על פרישה מאורח חיים אינטנסיבי, ובעדותו הבהיר כי חזר על ההמלצות הללו יותר מפעם אחת, והרושם שלו שהנאשם המשיך בפעילות



אינטנסיבית, היינו לא קיבל את ההמלצה (ע' 204 - 205).

כעולה מן המקובץ, בגיל מבוגר, ואף מבוגר מאד, כשהנאשם חולה באותן מחלות מהן הוא סובל היום (למעט מחלת הסרטן בבלוטת הערמונית המצויה בטיפול ובשליטה ואינה מהווה נתון משמעותי בהקשרן של טענות ההגנה), התמיד הנאשם בפעילות עסקית אינטנסיבית, עמד בלחצים הכרוכים בה, ואין אינדיקציות שהאט את הקצב או נקט בפעולות מיוחדות להפחתת הלחץ לשם הקטנת הסיכון לבריאותו או כי הלחצים הרבים גרמו לפגיעה מיוחדת בבריאותו.

65. אשר לתקופה השניה, תקופת החקירות, בהסכמת ההגנה נמסרו לעיוני נתונים ביחס למועדי חקירותיו של הנאשם ומשכן, וכן הקלטות שמע של שלוש החקירות שהוקלטו. בהתאם להחלטתי, התבקשה ההגנה להתייחס להשפעת החקירות על מצבו הרפואי של הנאשם, ככל שהייתה השפעה, בלויית אסמכתאות רפואיות.

כעולה מהנתונים שהובאו לידיעתי, בתקופה שבין מחצית שנת 2014 למחצית שנת 2015, נחקר הנאשם עשר פעמים בחקירות שחלקן ארוכות, כשבתקופה שבין 26.6.14 - 2.7.14, תוך ימים ספורים, נחקר שש פעמים, ולהבנתי שהה בתנאי מעצר בית או בתנאי פיקוח הדוקים בבית מלון, כך שהתנהלה בעניינו חקירה אינטנסיבית. משך חלק מהחקירות אינו ידוע ואחרות עמדו על מספר שעות. במהלך החקירות הוזהר הנאשם והובאו לידיעתו החשדות החמורים המיוחסים לו, ויש להניח שהוצגו בפניו ראיות שנאספו והוא אף נחשף לכך שמייחסים חשדות כבדים לבנו היחיד.

66. הליך של חקירות, בעיקר בשלב הראשון שהוא מפתיע, וכשהחקירות הן אינטנסיביות וממושכות, הוא ארוע מלחיץ מאד לכל חשוד שנחקר, ללא קשר למצב בריאותו, וככל שהנאשם אינו עמיד למצבי לחץ בשל מצבו הרפואי, ניתן להעריך בדרגת סבירות גבוהה שהליך החקירה אמור היה ליתן את אותותיו בצורה ברורה, מיידית וישירה, ולהשפיע לרעה על בריאות הנאשם בצורה ניכרת וממשית ולטווח ארוך, באופן שאינו נופל מהשפעת ההליך הפלילי עליו, ואולי אף עולה עליו.

ולמרות זאת, בעקבות תשע מבין עשר החקירות לא היה ביטוי רפואי שהוא תולדה של אותן חקירות, ולא נגרמו לנאשם נזקים רפואיים מן הסוג עליו מתריעים מומחי ההגנה או נזקים רפואיים מוכחים אחרים. ההגנה אמנם טוענת שהנאשם חש ברע בשתי החקירות הראשונות, אך היא לא הציגה אסמכתא להליך רפואי, גם לאחר שהוסבה תשומת לבה לכך, ולא הביאה ראיה אחרת, ואף הנאשם לא העיד, כך שאין בסיס ראייתי לטענה.

יוער כי למשמע הנאשם בהקלטות, ניתן להתרשם כי מדובר באדם שדיבורו איטי, עם הפסקות, והחקירות מתנהלות במתינות ובאיטיות. הנאשם משתף את חוקריו בכך שהוא חולה, חולק פרטים מההיסטוריה הרפואית, ואף מעיר מפעם לפעם שאינו מרגיש טוב, אך ממשיך להחקר מבלי שיש שינוי באופן התנהלותו בחקירה, ולא ניכרות תגובות קוליות המעידות על לחץ או על מצוקה בכלל, וכזאת הנובעת ממצבו הרפואי בפרט. באותן חקירות מדבר הנאשם באופן ענייני לגבי עסקיו והתנהלותו, ומדבריו ניתן להתרשם כי מעורבותו בפעילות היא אינטנסיבית.

מתוך כלל החקירות רק בחקירה האחרונה ביום 28.4.15, חש הנאשם ברע בדרגה כזאת שהמהלך החקירתי הופסק. כעולה מהחומר שהוגש לעיוני, באותו יום נערכה לנאשם חקירה קצרה, במהלכה ציין הנאשם כי



החקירה אינה מעניינת אותו ושומר על זכות השתיקה. תוך כדי החקירה התלונן הנאשם שהוא חש ברע, וכעבור כחצי שעה נערכה הפסקה, הנאשם התבקש להמתין לעימות עם נאשם 5, וכשהנאשם חזר על כך שלא טוב לו וביקש להבדק, הוקראה לו ההודעה, הוא חתם עליה, ובסמוך לאחר מכן נבדק על ידי חובש, והוחלט להפסיק את ההליך החקירתי, לא לערוך עימות, והנאשם עזב את יחידת החקירות. ממסמך שהציגה ההגנה עולה שהוזמן על ידי בני משפחתו אמבולנס למקום, וכי באותו יום אושפז הנאשם בביה"ח ונשאר בביה"ח עד ליום 1.5.15. במהלך האשפוז בוצע צנתור אבחוני, מבלי שבוצעו פעולות טיפוליות. המאשימה ציינה בהקשרו של אותו אשפוז, כי במסגרת סקירה ההיסטוריה הרפואית של הנאשם לא ראה מומחה ההגנה קרן באשפוז משום ארוע בעל חשיבות, ולא כלל אותו בסקירה הרפואית של תולדות המחלה ביום 23.4.17, בה ציין את הארועים המשמעותיים.

67. הנה כי כן, את המעמד המלחיץ של חקירה, כשהנאשם, יש לשער, יודע שגם בנו הוא חשוד, ואת התקופה של כשנה במהלכה נערכו חקירות, עבר הנאשם ללא פגיעה רפואית משמעותית וללא החמרה במצבו הנובעת מההליך הפלילי החקירתי.

למען שלמות התמונה, יצוין כי מהטון והדרך שבה התנהלו החקירות המוקלטות, כמו גם מהעובדה שהנאשם שהה במעצר בית בבית מלון בימי החקירה הראשונים, עולה כי בשל מצבו הרפואי של הנאשם בוצעו כבר בשלב החקירות התאמות לשם הפחתת ההשפעות שעלולות להיות למעמד המלחיץ של החקירות, והתאמות אלה הוכיחו את עצמן.

68. בכל הנוגע לתקופה האחרונה לאחר הגשת כתב האישום, הוצגו לביהמ"ש מסמכים רפואיים ביחס לביקורי הנאשם בביה"ח ואשפוזיו, והמומחים נדרשו להשתלשלות המצב הרפואי בהיבטים של מחלת הלב ובכלל. אעיר כי חלק קטן מהמסמכים הרפואיים מאוחרים למועדי עדות המומחים.

בהיבטים של מחלת הלב, היו תלונות רבות מצד הנאשם הקשורות למחלת לב, אליהן אתייחס בהמשך. מבחינת ממצאים רפואיים, נמצא ממצא משמעותי של אוטם בשריר הלב באשפוז ביום 13.6.17 (חו"ד קרן ע' 4, קרן 189-190, בן יהודה ע' 290). בנוסף, נמצא ממצא של "התקף לב מסוג 2" באשפוז מיום 11.9.17, שלגביו ניתנו ביום 18.9.17 לבקשת ביהמ"ש הבהרות בכתב על ידי קרן, מהן עלה כי האוטם בשריר הלב נגרם בשל הפרעה באיזון בין צריכת החמצן לאספקת החמצן ללב, יתכן בשל עלייה בלחץ הדם של הנאשם, והוא גרם לפגיעה בשריר הלב. יוער בהקשר זה כי בן יהודה ציין שמבחינת השינוי במדדים, הארוע הנזכר הוא זניח. יצוין שגם הארוע המשמעותי לא גרם בעקבותיו לשינוי מתמשך במדדים הרפואיים כפי שהם מפורטים בתיעוד הרפואי, ולא הצביע על החמרה ממשית במצב הנאשם (ע' 291). בעקבות שני הארועים לא ניתן טיפול מיוחד ונמשך הטיפול התרופתי השמרני. ביום 14.11.17 אושפז הנאשם לתקופה ממושכת של 21 ימים. לביהמ"ש הוצגה תעודת השחרור מביה"ח מיום 4.12.17, בה נרשם שמבחינה קרדיולוגית נערך בירור אם קיים מקור אחר שאינו לבבי לתלונות לגבי כאבים או שמא מדובר בהמשך תלונות רגילות שיתכן שהן ממקור קרדיאלי. בסיכום האשפוז לא מופיעה התייחסות לטיפול שאינו שמרני והחולה שוחרר לביתו.

הנה כי כן, במהלך התקופה שלאחר הגשת כתב האישום לא בוצעו פרוצדורות רפואיות טיפוליות משמעותיות. כמו כן, פרוצדורות רפואיות שהוצעו לנאשם כגון השתלת קוצב עם דפיברילטור, שעשויה להגן על הנאשם מפני הפרעות קצב



משמעותיות (בן יהודה ע' 72), כולל כאלה שהן חדשניות וניסיוניות (קרן ע' 187 - 188), נדחו ונשללו על ידי הנאשם. בסיכום האשפוז מיום 4.12.17, ציין הקרדיולוג כי לאור מצבו הסייעודי של הנאשם ספק אם יש טעם לשקול את הפרוצדורה החדשנית.

69. סיכומי של דבר, בהיבט של מחלת הלב, העומדת במוקד הטענה, הנאשם סובל מתחלואה מורכבת כרונית במשך שנים, וקיימת ירידה מתונה במצבו הרפואי, כשהממצאים האובייקטיביים המגובים במדדים רפואיים לא מצביעים על החמרה ממשית. יתרה מכך, לא הוכח קשר בין החמרה, ככל שקיימת, לבין ההליך הפלילי התלוי ועומד, כשבחינה של התנהלות הנאשם בעבר מצביעה על עמידותו של הנאשם ללחצים, כמפורט לעיל.

אשפוזיו של הנאשם

70. מבלי למעט מהממצאים שפורטו, מתאפיינת התקופה שמאז הגשת כתב האישום בביקורים תכופים יחסית במוסדות רפואיים ובאשפוזים. חלק מהאשפוזים נובעים ממחלות שונות דלקתיות ואחרות שהן נקודתיות, כגון דלקת בדרכי השתן ודלקת ריאות, והם מבטאים מצב רפואי חולף שאין לו השפעה ממשית על ההכרעה בדבר מצב הנאשם בהקשרו של ההליך שלפניי. אשר לאשפוזים הנובעים מתלונות של הנאשם בהקשרים של מחלת הלב, הרי שרק בחלק מהפעמים המדדים הרפואיים תואמים את התלונות, ואילו בחלק אחר מבוסס האשפוז על תלונתו הסובייקטיבית של הנאשם ומצבו הרפואי הכללי (בן יהודה ע' 289), ואין התאמה מובהקת בין תלונות הנאשם לגבי כאבים בחזה, קוצר נשימה, אובדן הכרה, סחרחורות ועוד, שהן תלונות הקשורות למחלת הלב, לבין הממצאים הרפואיים המדידים באותן נקודות זמן.

בכל הנוגע לאשפוז הנאשם בהגיעו לביה"ח, ציינו כל המומחים שבהתאם להתנהלות המקובלת, מקום שחולה לב מתלונן על תופעות שעשויות ללמד על החמרה במצב הלב, נדרשת בדיקה יסודית של התלונות, וזאת אף אם הבדיקות מצביעות על כך שמדדיו הרפואיים של הנאשם הם ללא שינוי משמעותי או ללא החמרה או שבאותו שלב המדדים חזרו לתקנם.

לצד זאת, הבהיר מומחה המאשימה כי תלונות על כאב יכולות להיות בעלות מאפיינים שונים, כשניתן בקלות יחסית להבחין אם הן ממקור קרדיאלי או לא, כך שיש חשיבות לאנמנזה (ע' 322-323).

71. המאשימה טוענת שהנאשם בשיטתיות מתלונן על כאבים, מתאשפז ומקבל פטור מהתייצבות לדיון, כשבסופו של דבר התלונות הסובייקטיביות לא מאוששות בממצאים אובייקטיביים. המאשימה טוענת לקיומה של התאמה כמעט מלאה בין מועדי הפניות של הנאשם לביה"ח לבין מועדי ההליך הפלילי, כשלטענת המאשימה, ולו במשתמע, מדובר בניצול של המחלה כדי לא להתייצב לדיונים. ההגנה בתגובה הביעה תרעומת ותהתה אם שלל מחלותיו של הנאשם הן בגדר תלונה סובייקטיבית. בנוסף, ההגנה הצביעה על מועדים שאינם קשורים להליכים המשפטיים, בהם פנה הנאשם לטיפול רפואי. כמו כן ציינה ההגנה שאשפוזיו של הנאשם סמוך לפני הדיונים אינם מקריים, שכן הנאשם מצוי בלחץ מוגבר לפני דיונים, כך שאין בנתון כדי ללמד דבר.



72. עיון בנתונים מעלה כי פניותיו של הנאשם לביה"ח אכן לא נעשו רק בסמיכות למועדי דיונים (אני מפנה בעניין זה לרשימת המועדים שצוינה בסעיפים 53, 112 לסיכומי התשובה של ההגנה וכן לאשפוז מיום 9.12.17), ואולם בסמוך למועדי הדיונים כולם היו פניות לביה"ח (אני מפנה לרשימת האשפוזים שצוינה בסעיפים 155 - 190 לסיכומי המאשימה וכן לאשפוז מיום 14.11.17), והלכה למעשה לא התקיים דיון אחד בנוכחות הנאשם, הגם שהתקיימו דיונים מקדמיים וכן נקבעו דיוני הוכחות שבוטלו, והתקיימו דיונים רבים נוספים ביחס לטענת ההגנה מן הצדק.

השוואה בין תקופת החקירה, בה אושפז הנאשם מעט מאד, והשפעת הלחץ על התנהלותו הייתה מתונה מאד, אם בכלל, לבין התקופה הנוכחית, שבה ההשפעה על פי הנטען היא ניכרת והוא מרבה להתאשפז, מצביעה על שוני בולט בהתנהלות הנאשם, וגם לאחר שלקחתי בחשבון את הירידה המתונה במצבו של הנאשם אליה התייחסתי, השוני הוא משמעותי.

ודוק, אני סבורה שיש לקבל את גישת המאשימה ולקבוע בשלב זה שנעשה ניצול של המצב הרפואי כדי לא להתייצב, באופן המצדיק לראות בנאשם כמי שמפריע לקיום הדיון (בהתאם לפרשנות סעיף 131 לחסד"פ בע"פ 10736/04 כהן נ' מדינת ישראל, רע"פ 6282/12 פניני נ' מדינת ישראל), שכן הנאשם ברוב המקרים אושפז, כאמור, ולא נשלח כעבור שעות בודדות לביתו, אך מן העבר השני לא ניתן להתעלם מאופי האשפוזים, כמפורט לעיל. הדברים נכונים ביתר שאת במקרים בהם הנאשם הזעיק אמבולנס, לא התייצב לדיון, וסירב להתפנות עם האמבולנס, כך שהלכה למעשה הוא לא עבר פרוצדורה רפואית המצדיקה אי התייצבות לדיון.

זאת ועוד, גם לאחר השינוי בתדירות האשפוזים, ברוב המכריע של הימים מאז הגשת כתב האישום לא היה הנאשם מאושפז, ואף לכך יש משמעות.

התייצבות הנאשם לדיונים וטענות לחוסר יכולת לנהל את ההליך

73. ההגנה טוענת שיש ללמוד מאשפוזי התכופים של הנאשם, כי מחמת מצבו הרפואי הקשה ועוצמת מחלותיו, הוא יהיה מאושפז גם בעתיד בדיונים, או למצער במרבית הדיונים, וכי אף אם יתייצב לדיון הוא עתיד לחוש ברע ויהיה צורך לפנותו לבדיקה רפואית בביה"ח. לאור העמידה על זכות הנאשם להיות נוכח בדיון, הלכה למעשה לא ניתן יהיה לקיים כלל את הדיונים. לשיטתה, יש בנתון זה כדי להצדיק אף הוא את המסקנה שלא ניתן יהיה לקיים את ההליך הפלילי ויש לבטלו. המאשימה מצידה הפנתה לדברי בן יהודה שאשפוזי של הנאשם אינם נובעים מצרכים טיפוליים קבועים, אלא הם תלויים בתלונות סובייקטיביות והם משתנים. המאשימה הציעה חלופות שונות שיאפשרו בכפוף להסכמת ההגנה קיום דיון ללא נוכחות הנאשם באולם. בהקשר זה יובהר שאין הסכמה למי מהחלופות.

74. כפי שכבר צוין הנאשם לא נכח באף דיון. אף אם לא ניתן לשלול, על סמך ההתנהלות עד כה, את האפשרות שהנאשם יאושפז ערב קיומם של דיונים בעתיד, עדיין נותרת בעינה השאלה אם נתונים אלה מצדיקים ומחייבים גזירת מסקנה בדבר חוסר יכולת של הנאשם להתייצב להליך שלפניי, שיש לה השפעה על טענת הגנה מן הצדק מחמת מצב רפואי.



להשקפתי, בהקשר של ההחלטה הנוכחית, אין באשפוזיו של הנאשם כדי ללמד על כך שלא ניתן יהיה לקיים את ההליך הפלילי. יש לזכור שאין מדובר במי שעובר באופן קבוע ובתכיפות פרוצדורות רפואיות, שבהכרח יביאו להיעדרות מוצדקת שלו מהדיונים, ובהקשר זה מקובלות עליי ההבחנות שערך בן יהודה בין סוגי היעדרויות שונים (חו"ד בן יהודה, בן יהודה ע' 56, 57). בנוסף, כפי שכבר ציינתי ברוב ימות השנה הנאשם לא היה מאושפז, ולכן אין הצדקה לקבוע באופן קטגורי כי בעתיד עקב אשפוזיו לא יוכל להתייצב לדיון וההליך המשפטי לא יוכל להתקיים. בנוסף, אינני סבורה שניתן ללמוד מהתנהלות בתקופת ביניים בה תלויה ועומדת עתירה לביטול ההליך מחמת טענה למצב רפואי מורכב, לגבי התנהלות הנאשם מבחינת עוצמת תגובותיו והפנייה לאשפוזים, מקום שדיוני ההוכחות יתקיימו באופן רוטיני בתדירות דו שבועית. ועוד אעיר כי למספר קטן של דיונים לא התייצב הנאשם ללא הצדקה וללא אישור, ובהקשר זה אני מפנה לדוגמה לאי התייצבותו לדיון ביום 23.10.17, מיד לאחר שכן יהודה בדק אותו באיכילוב, והתרשם שלא היה צורך בהתערבות רפואית ולא הייתה מניעה להתייצב לדיון (ע' 322, 324).

75. ודוק, שאלת היכולת העקרונית והמעשית לקדם את ההליך, לנהל דיוני הוכחות ולשמע עדים, כשהנאשם הוא אדם חולה שעלול להעדר גם בעתיד מדיונים, היא מטבע הדברים בעלת חשיבות. בכל הנוגע להיבטים המשפטיים של סוגייה זו הצדדים נדרשו עד כה באופן תמציתי בלבד בטיעוניהם לסוגיה, והובהר שאין נכונות לגבש הסכמות דיוניות, אך לא הוצגו טיעונים מפורטים בעניין זה (זולת טיעונים שהוצגו לאחרונה על ידי המאשימה מיוזמתה ביום 5.2.18 במסגרת בקשה הקשורה להמשך ההליך), והצדדים לא נדרשו להציגם. בנוסף, לא הייתה התייחסות לשאלה אם קיימים פתרונות נוספים משפטיים, לרבות פתרונות ארוכי טווח שאינם כרוכים בביטול בלתי הפיך של ההליך, במקרה שהנאשם לא מתייצב לדיון מחמת מצב רפואי, כך שקביעת מסקנות משפטיות בעניין זה היא מוקדמת.

סיכומי של דבר, בהקשר של ההליך שלפניי, אין באשפוזיו של הנאשם או בנתוני מצבו הרפואי כדי ללמד על חוסר יכולת להתייצב לדיונים בעתיד.

מצבו הסיעודי של הנאשם יכולת הגעתו לביהמ"ש והמצאותו באולם

76. הגדרתו של הנאשם כסיעודי, דרגת המצב הסיעודי והמגבלות הנובעות מהמצב, רלבנטיות במסגרת החלטה זו ככל שהן משפיעות על האפשרות לקיים את ההליך. ודוק, מצב סיעודי וצורך בעזרה בפעולות יומיומיות כשלעצמם, חרף אי הנעימות הכרוכה בהם, אינם אמורים להשפיע על שאלת יכולת הנאשם לקחת חלק בהליך הפלילי, אלא במידה שהמגבלות הנובעות מהמצב הסיעודי משליכות באופן ברור על יכולת ההגעה לביהמ"ש או על יכולת הנוכחות בביהמ"ש.

77. לעניין יכולת ההגעה לביהמ"ש, בעוד שמחו"ד של מומחה ההגנה עשוי היה להשתמע לכאורה כי הנאשם רתוק למיטה ואינו יכול להתנייד כלל (חו"ד רביד ע' 2, 3, חו"ד ויצמן ע' 3), עלה מעדות מומחה ההגנה רביד כי התייחסותו להיבט זה הייתה מוגבלת למועדי הבדיקה ואינה כללית, וכי בדק את הנאשם בזמן החרפה במצבו ותיאורו היה קצת דרמטי, כדבריו, בהתאמה לאותו מצב, אך בסמוך לאחר מכן מצבו השתפר (ע' 134). בנוסף, רביד אישר כי נסמך על נתונים שנמסרו לו על ידי הנאשם ומלוויו, וככל שאלה אינם תואמים את המתועד בתיעוד הרפואי, יש מבחינתו קושי ליישב בין הדברים (ע' 110). בעדותו, רביד מסר כי בבדיקה שערך היה הנאשם לא



יציב, צעד צעדים ספורים ונע באמצעות כיסא גלגלים (ע' 109), ולצד זאת אישר כי ניתן להביא את הנאשם בליווי מטפל לביהמ"ש, והבהיר שנוכחות פיזית בתקופות שאין החרפה היא אפשרית (ע' 138).

78. בן יהודה, שהגיע למסקנה גם בעדותו הראשונה וגם בעדותו המשלימה שהנאשם יכול להיות נוכח בביהמ"ש (ע' 300), ציין שמבחינה תפקודית הנאשם כיום במצב יותר סיעודי, הוא אדם זקן העונה על הגדרה של חולה סיעודי, במובן זה שהוא צריך עזרה לפחות של אדם אחד כדי לנוע ממקום למקום, רתוק לכיסא גלגלים, וזקוק לעזרה בפעולות יומיומיות הכוללות, רחצה, התלבשות, סיוע בהיגיינה, והתניידות. בן יהודה ציין שהוא נסמך במסקנותיו על התרשמותו מהנאשם, ובעיקר על דברי מלוויו של הנאשם (ע' 289, 303). יוער שבבדיקה הראשונה אצל בן יהודה תיעד המומחה שהנאשם עבר מכיסא למיטת הבדיקה עם תמיכה, תוך שניכרה אי יציבות בולטת ונטייה לנפילות (חו"ד בן יהודה ע' 2, בן יהודה ע' 69, 78), ובבדיקה השנייה ציין שהנאשם לא יכול היה לעבור בנחות עצמו ממקום למקום ונזקק לסיוע (ע' 289). מסקנת מומחה המאשימה בעקבות שתי הבדיקות הייתה שחלה ירידה במצבו הסיעודי ובתפקודו הפיזי העצמאי של הנאשם, אך אין בכך כדי להשפיע על המסקנה שהנאשם יכול להגיע לביהמ"ש ולהיות נוכח בביהמ"ש (ע' 300). בן יהודה הבהיר שאין מניעה להביא את הנאשם בכסא גלגלים לדיון, ואין מניעה פיזית שהנאשם יהיה נוכח בדיון, וציין בהקשר זה שגם בבית הוא יושב.

79. מקור נוסף, לקוני מאד ביחס לדרגת המצב הסיעודי, מצוי בתיעוד הרפואי, והוא מבוסס, יש להניח, בעיקר על המידע שנמסר מהנאשם ומלוויו, כשלא העידו הגורמים הרפואיים שרשמו את הדברים. בסיכומי האשפוז מן העת האחרונה צוין שהנאשם סיעודי ללא כל פירוט נוסף (28.9.17, 4.12.17, 12.12.17). קודם לכן תואר הנאשם כעצמאי ומתנייד עם מקל (29.6.17) וכן כסיעודי חלקית ומתנייד בקושי עם הליכון (13.6.17). למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 6.2.18 נמסרה לביהמ"ש הודעה לפיה הוחלט שהנאשם ישהה בהוספיס בית. להודעה צורף מסמך מיום 31.1.18, חתום על ידי אחות ממכבי על מסמך שכותרתו "שר"ן - שירות רפואי נייד. לא ברורה מהות המסמך ואין בו כשלעצמו כדי להשפיע על המידע שבפני ביהמ"ש בנושא הסיעודי והשלכתו על ההליך הפלילי.

80. בין הצדדים נטושה מחלוקת אם ב"כ הנאשם הציגו את הנאשם כמי שכלל אינו קם מהמיטה או כמי שרוב הזמן שכוב במיטתו, ואם טענו שאינו יוצא אף פעם מהבית או שהוא ממעט מאד לצאת, והם הקדישו לכך טענות לא מעטות. בהקשר של המחלוקת האמורה, בוצעה פעולת השלמת חקירה ונערך מעקב אחרי הנאשם במשך מספר ימים.

81. לממצאי המעקב, עליהם אעמוד באופן תמציתי להלן, המהווים ראיה בנושא ניידותו של הנאשם, יש משמעות ביחס לשאלת מצבו הפיזי, יכולת הגעתו לביהמ"ש ושהייתו מחוץ לבית.

מעבר להיבט זה, איני מוצאת לנכון לייחס משמעות יתרה לטענות הנלוות לעניין זה. זאת, משום שבין אם ההגנה טענה שרוב הזמן ולא בכל הזמן שכוב הנאשם במיטה, ובין אם טענה יותר מכך, ואף אם היה נטען שכלל אינו יוצא מהבית, בית המשפט נסמך ורשאי להסתמך על ראיות בלבד ולא על טענות. משלא נשמע הנאשם, ואף לא עד אחר מטעם הנאשם ביחס לסוגיה זו (כשעדות המטפל הוגבלה רק למועדים מסוימים ואינה עדות כללית), אזי הראיות הקיימות לפני ביהמ"ש, אשר נסקרו לעיל, המבוססות על המומחים ועל התיעוד הרפואי, כשגם שני מקורות אלה מבוססים לפחות



חלקית על מידע שנמסר ולא על התרשמות ישירה, אינן מלמדות על שכיבה מלאה במיטה באופן קבוע ויומיומי ואי יציאה מהבית, וחשוב מכך אינן מלמדות על חוסר יכולת לצאת מהבית, להגיע לביהמ"ש מבחינה פיזית ולשהות בביהמ"ש.

מאותו טעם איני מוצאת לייחס משקל משמעותי לטענת המאשימה שהנאשם טען טענת הגנה מן הצדק בחוסר ניקיון כפיים, בכך שהציג מצג לפיו הוא שוכב כל העת ואינו יוצא מביתו בעוד שהמעקב הראה שהמציאות היא שונה. כאמור, הנאשם לא העיד בפניי, הטענה האמורה אינה מהווה חלק עיקרי בטעמי העתירה אלא נדבך אחד שאינו מרכזי, ומכל מקום עוד בטרם הצגת ראיות העוקבים, הוברר לביהמ"ש כמפורט לעיל, שאין מדובר במי ששוכב במיטתו כל העת.

82. לעניין השלמת החקירה, נשמעו עדויות העוקבים הוגשו תמונות שצולמו, ונשמעה התייחסות המטפל האישי לממצאים באותם ימים.

מהחומרים שהוצגו עולה שהמעקב החל ביום 22.10.17, בו לא נצפה הנאשם, והסתיים ביום 7.11.17, כשבימים 23.10.17, 5.11.17 ו- 7.11.17, נצפה הנאשם מחוץ לביתו כשהוא מתנייד בעזרת מקל ובעזרת כיסא גלגלים, וב- 3.11.17 לא נצפה הנאשם.

כך, ביום 23.10.17, נצפתה הבאת כיסא גלגלים ושימוש של הנאשם בכיסא גלגלים במעבר מביתו לרכב (מש/13), מהרכב לחדר הבדיקות באיכילוב ובחזרה לרכב (מש/4, מש/5, מש/10, מב/1, עדות עוקבים 81, 80, 82). יוער כי הנאשם יצא באותו מועד לבדיקה רפואית אצל בן יהודה לקראת עדותו המשלימה, הבדיקה נערכה באיכילוב ומשם חזר הנאשם במישרין לביתו. בכל הנוגע לכיסא הגלגלים העיד מטפלו האישי של הנאשם כי לנאשם כיסא גלגלים אחד בבית ואחד ברכב וכי עיקר התניידותו גם בבית היא בכיסא גלגלים. עוד העיד המטפל כי באותו יום היה הנאשם מבולבל ולא הבין את מטרת הנסיעה והבדיקה.

ביום 5.11.17 נראה הנאשם יוצא מרכב בחניון ופוסע לכיוון מכוון שמיעה סמוך, כשהוא אוחז במקל הליכה ונתמך במטפל. בהתאם לדו"ח העיקוב ההליכה נמשכה כ- 10 דקות (מש/15). לאחר הבדיקה יצא הנאשם באותו אופן וחזר לרכב. לאחר מכן, הנאשם יצא מהרכב בהליכה כשהוא נתמך במקל ומלווה במטפל ונכנס לספר. הנאשם שב לרכב כשהתמונות עולה שלא נעזר במקל הליכה. הרכב נסע למקום נוסף, והנאשם ירד מהרכב ופסע באותו אופן לחנות ירקות, שם נראה בוחר ירקות, ולאחר מכן שב לרכב באותו אופן (מש/6 ועדות עוקב 81), ונסע לביתו אליו נכנס באותו אופן. הנאשם שהה מחוץ לבית שעתים ורבע. לביהמ"ש הוגשו תמונות, מהן עולה כי בחלק מנקודות הזמן שנקלטו בתמונות הנאשם נעזר במקל ונתמך על ידי המטפל, ובתמונות אחרות הוא עומד או פוסע לבדו, המטפל אינו צמוד אליו והוא אף לא נראה נעזר במקל (מש/7, מש/16).

ביום 7.11.17 הנאשם יצא מביתו לכיוון הרכב בהליכה כשהוא נתמך במקל הליכה ביחד עם המטפל. הוא ירד מהרכב ופסע באותו אופן לתוך קופ"ח מכבי (מש/11, מש/17) ויצא מהקופה לכיוון הרכב באותו אופן (מש/8, עדות עוקב 81). לאחר מכן הרכב נסע, הנאשם יצא מהרכב ונכנס למעדניה בהליכה כשהוא נתמך במקל, שם רכש מוצרים. הנאשם חזר לרכב בהליכה באותו אופן והרכב נסע מהמקום (מש/2 ועדות עוקב 65). משך השהות מחוץ לבית כשעה ורבע.



לביהמ"ש הוגשו תמונות, מהן עולה כי בנקודות הזמן שנקלטו בתמונות, במספר נקודות זמן שונות ובמספר מקומות שונים, פסע הנאשם לבדו, כשהוא נתמך במקל (מש/3, מש/9, מש/12).

המטפל מסר בעדותו כי בשני הימים שתועדו הרגיש הנאשם מעט טוב יותר והוא דרבן אותו לבצע את הפעילות שתועדה, כשהנאשם התקשה מאד בפעילותו.

83. מפעולת העיקוב ניתן ללמוד על כך שבפרק זמן של כשבועיים הנאשם יצא מביתו שלוש פעמים, אם כי לא נצפו בזמן המעקב יציאות שלא נלווה להם צורך רפואי כזה או אחר. בשניים משלושת המועדים בהם שהה הנאשם מחוץ לבית, לא נעזר הנאשם בכיסא גלגלים, אלא פסע בתמיכת מקל, לעיתים בתמיכה של מטפלו ולעיתים ללא תמיכה כשהליכתו איטית. בשני המועדים הנזכרים הגיע הנאשם למקומות נוספים מעבר למוסדות הרפואיים, ושהה בסך הכל מחוץ לבית פרקי זמן לא קצרים. ממצאי העיקוב תומכים במסקנה בדבר יכולת הנאשם לצאת מהבית, להגיע לביהמ"ש ולשהות מחוץ לביתו.

למען שלמות התמונה, אציין שבמהלך שמיעת עדויות העוקבים טענה ההגנה שבוצעו פעולות העתקה ותיאום של הדו"חות בין עוקבת 82 לעוקב 81 ביום המעקב ב- 23.10.17. לאחר שהתקיים דיון, חלקו במעמד צד אחד, ניתנה הבהרה מצד המאשימה וכן החלטה שכללה פרפרזה. מעבר לכך, לא היה מקום למסירת חומרים חסויים נוספים, לאחר שנחה דעתי שלא בוצעו הפעולות שנטענו על ידי ההגנה. מבלי למעט מן האמור, אעיר כי נוכח העובדה שהלכה למעשה לא הייתה מחלוקת מצד ההגנה לגבי מה שנראה בעיקוב באותו מועד, הרי שהחשיבות הפוטנציאלית של אותן טענות מוגבלת.

84. לסיכום, שוכנעתי שאין מגבלה המונעת את הגעתו הפיזית של הנאשם לביהמ"ש לדיונים. לענין היותו של הנאשם במצב סיעודי, מבלי למעט ממשמעותו המכבידה של המצב הסיעודי על הנאשם מבחינה אישית, הנאשם מלווה במטפל המסייע לו בחיי היום יום, ללא קשר להליך המשפטי, והמטפל יוכל כמובן ללוותו ולהיות לצידו גם בדיונים. לא הוצגו מגבלות קונקרטיות הקשורות למצב הסיעודי ומשפיעות על יכולת השהות בביהמ"ש, וכאמור, אין בהודעה האחרונה שמהאסמכתא שצורפה לה לא ניתן ללמוד מידע חדש מהותי, כדי לשנות ממסקנה זו. לענין נוכחות הנאשם באולם, נדרשות התאמות כדי להקל על הנאשם ואלה יפורטו בהמשך. בכפוף לאותן התאמות, שוכנעתי כי הנאשם יכול לשהות באולם ולא נותר אצלי ספק בענין זה.

המצב הקוגניטיבי ויכולת הנאשם לסייע להגנתו

85. במסגרת העתירה המקורית לביטול כתב האישום הועלו הטענות בהקשר הקוגניטיבי בצמצום מירבי, ומבלי שצורפה חוו"ד לתמיכה בטענה. רק לאחר הגשת סיכומי הצדדים, ביום 23.10.17 הוגשה מטעם ההגנה חוו"ד שנערכה על ידי פרופסור ויצמן, פסיכיאטר לילדים ולמבוגרים, בקשר למצבו הקוגניטיבי של הנאשם. מדובר אמנם בחוו"ד פסיכיאטרית, אך היא עוסקת בעיקרה בהיבט הקוגניטיבי, ואין בה טענה לאי כשירות מחמת מצב נפשי. ההגנה הבהירה את הצורך בחוו"ד באותו עיתוי לאחר שאובחן מצב של delirium במהלך אשפוז מיום



28.9.17.

86. בחו"ד מומחה ההגנה ויצמן, בעקבות בדיקתו את הנאשם ביום 5.10.17, מתוארות תלונות על ירידה בריכוז, מצבי בלבול, דיסאוריינטציה, מחשבות שווא ופגיעה בזכרון לטווח קצר ובינוני. בבדיקה מתוארים ממצאים של חשיבה דלה, קושי בשמירה על קשב לאורך זמן ובקשה לחזור על שאלות. המומחה פירט תוצאות נמוכות במבחנים קוגניטיביים, הנוגעים להתמצאות, זיכרון וחשיבה מופשטת. המומחה הגיע למסקנה שיש פגיעה קוגניטיבית מתדרדרת עם עדות לליקויים קשים בריכוז, מוסחות רבה ותפקוד לקוי ביותר. מסקנת המומחה היא שאם הנאשם יהיה נוכח בהליך המשפטי הוא לא יבין את המתרחש, לא יוכל לסייע להגנה ולא יוכל לתת תשובות במסגרת חקירה.

87. יצוין כי קודם להגשת חו"ד מטעם ההגנה עמדה לפני ביהמ"ש התייחסות תמציתית של מומחה המאשימה לנושא הקוגניטיבי במסגרת חו"ד והתייחסות תמציתית בתיעוד הרפואי.

לעניין התייחסות למצב הקוגניטיבי בתיעוד הרפואי השוטף, משקל הממצאים תחום מאד. זאת, משום שהממצאים הקוגניטיביים מוזכרים בלקוניות, ללא כל פירוט, מבלי שנשמעו הרופאים שרשמו את הדברים, ומבלי שידוע אם הממצאים מבוססים על תלונות או על התרשמות אישית של גורמים רפואיים, שלפחות בחלק מהמקרים תחום מומחיותם רחוק מהנושא הקוגניטיבי. בכפוף להערות אלה, יובהר שבחלק מהתיעוד צוין שהנאשם צלול ועצמאי (שחרור רפואי מיום 29.6.17, 6.7.17, 13.7.17), בחלק אחר צוינה ירידה קוגניטיבית או מצב ירוד קוגניטיבית (4.12.17, 10.1.18, 12.12.17), ולמעט בארוע שבו היה (delirium 28.9.17), אין בתיעוד הרפואי, גם במקרים שנרשם שקיימת ירידה קוגניטיבית, כל התייחסות או ביטוי לחוסר צלילות, בלבול וכיוצ"ב.

88. אשר להתייחסות של מומחה המאשימה, בן יהודה ציין בחו"ד שבשיחה עם הנאשם הוא זכר את ההיסטוריה הרפואית שלו ופירט אותה, כששטף הדיבור שלו סביר והרצף המחשבתי במהלך השיחה טוב, אם כי קיימת איטיות בהתנהלותו, ככל הנראה כתוצאה מהתרופות שהוא נוטל. מומחה המאשימה לא מצא מגבלה מבחינת תקשורת עם עו"ד לצורך קבלת יעוץ משפטי (חו"ד בן יהודה ע' 2, 3).

בעדותו, לפני חוה"ד מומחה ההגנה ויצמן ולאחריה, ציין מומחה המאשימה, שבהקשר הגריאטרי המצוי בתחום מומחיותו עקב עיסוקו, הוא נוהג לערוך מבחנים קוגניטיביים, כשהוא חושד שיש בעיה, וזה לא היה מצב הדברים בעת בדיקותיו בשני המפגשים עם הנאשם, לאחר שניהל שיחה עם הנאשם והתרשם מכשירותו הקוגניטיבית, ולפיכך הוא לא ראה צורך לערוך לנאשם מבחן פורמלי קוגניטיבי (ע' 64, 295). לצד זאת, אישר בן יהודה שלתרופות הרבות שנוטל הנאשם יש השפעה על מצבו הקוגניטיבי של הנאשם, הן עלולות לטשטש ולפגוע בזיכרון ועלולות להשפיע על חדות ועל ריכוז, וציין שהציע לנאשם להפחית את כמות התרופות שהוא נוטל (ע' 65-66, 78). בעדותו המשלימה פירט בן יהודה בהרחבה שבבדיקה השניה של הנאשם, הנאשם סבר תחילה שהוא רופא המטפל בו ונענה בשלילה, ובמהלך הבדיקה נזכר הנאשם שנבדק בעבר בירושלים אצל מומחה המאשימה וזיהה אותו (ע' 316 - 317). בן יהודה ציין שבפגישה ובבדיקה ניתן היה לתקשר עם הנאשם, הוא דיבר, היה מצידו שטף מילולי (ע' 289), וניתן היה לקיים איתו שיחה רצופה לא קצרה, וההתרשמות לא הייתה



של חשיבה דלה (ע' 304, 309, 312). מבלי למעט מן האמור, הבהיר בן יהודה שצפוי קושי בריכוז לאורך זמן, וקושי במעקב אחר משפטים ארוכים ומסובכים (ע' 317). בנוסף, בן יהודה אישר שלפי ממצאי הבדיקה של ויצמן הייתה בנקודת הזמן של הבדיקה בעיה כלשהי בהבנה ובהפשטה של משפטים, ובהקשר זה הבהיר שאין לקפוץ מכך למסקנות מרחיקות לכת, משום שאין בחוסר יכולת להבדיל בין מילים ומושגים כדי ללמד על חוסר יכולת לזכור ארועים שקרו ולהתייחס אליהם (ע' 313).

89. לעניין חו"ד מומחה ההגנה ויצמן, אישר בן יהודה שתוצאות מבחן המיני מנטל שערך מומחה ההגנה נמצאו חסרות, נמצא קושי בריכוז והיה צורך לחזור על שאלות. הוא לא שלל שאם היה עורך בדיקה משלו עשויים היו להמצא אותם ממצאים, אך הבהיר שצפויה תנודתיות בממצאים, כך שעשויים היו להיות בנקודות זמן אחרות גם ממצאים אחרים טובים יותר (ע' 295). בן יהודה הבהיר שבמועד בדיקתו את הנאשם בשנית הנאשם תפקד באופן תקין ללא פגיעה קוגניטיבית, כאמור, ולא שלל אפשרות שיהיו ימים בהם מצבו הקוגניטיבי יהיה פחות טוב בדומה למה שנתקל בו מומחה ההגנה ויצמן (ע' 295, 305). מדבריו והסבריו עלה שאין בממצאי חו"ד הפסיכיאטרית, בהם נראית ירידה קוגניטיבית, כדי ללמד על חוסר יכולת של הנאשם מבחינה קוגניטיבית לעמוד לדין, שכן לצורך ההליך המשפטי לא יעמדו במוקד יכולת הנאשם להתמודד עם מבחן השעון או מבחן מיני מנטל, אלא תבדק האפשרות לשוחח איתו, לשאול אותו שאלות ולקבל תשובות ושאלת יכולתו לזכור ארועים מהעבר, ולכך הוא מסוגל. עוד הובהר כי בין יכולת הפשטה והבנה, כפי שנבדקה בחו"ד הפסיכיאטרית לבין מתן תשובות על ארועים שהתרחשו, יש הבדל (ע' 313). לצד תשובות אלה, הבהיר בן יהודה כי הנאשם יתקשה לשמור על ריכוז לאורך זמן (ע' 306), יהיו ימים בהם הנאשם יתקשה לשמור על ריכוז החורג מפרקי זמן קצרים ואף קצרים מאד עד כדי דקות (ע' 321), הוא עשוי להתקשות לעקוב אחרי שאלות מסובכות או להתקשות לתת תשובות ארוכות (ע' 317) ויהיה צורך בהסברים איטיים ובשפה מובנת (ע' 325).

90. בעדותו המשלימה, התבקש בן יהודה על ידי ביהמ"ש להתייחס למהותו של ה-delirium שלפני האבחנה חווה הנאשם בעת אשפוז ב- 28.9.17, כארוע משני לזיהום חריף (תעודת שחרור מיום 28.9.17 סיכום אשפוז ע' 4). יוער כי מומחה ההגנה, שבדק את הנאשם שבוע לאחר אשפוזו, לא התייחס לכך כלל. בן יהודה הבהיר כי בזמן אשפוז, בעקבות בעיה זיהומית הנאשם פיתח ארוע של בלבול חריף, המכונה delirium, שעלול להביא לחוסר התמצאות בזמן ובמקום, מחשבות מנותקות מהמציאות ולקושי במיקוד תשומת הלב. בן יהודה ציין שבמצב של delirium הבלבול בדרגת חומרה גבוהה מתרחש בד"כ במהלך האשפוז עצמו, הוא יכול להמשך ימים ובדרגה פחותה עד חודשים והוא שוכך עם החזרה לסביבה הטבעית (ע' 293, 307). בן יהודה אישר שהממצאים בדבר אוטמים קטנים במוח בעקבות ארוע מוחי שעבר, מהווים גורמי סיכון ל-delirium במצבי דחק, כמו זיהום (ע' 315). מומחה המאשימה הבהיר כי בעת שהנאשם נבדק על ידו ב- 23.10.17 הוא לא היה במצב של delirium והארוע כבר חלף (ע' 293-294).

91. נוכח העובדה שבדיקתו של מומחה ההגנה הייתה סמוכה לארוע delirium לשחרור הנאשם מאשפוז, כשבוע לאחר מכן, וההגנה אף ציינה ארוע זה כטריגר להפנייתו לבדיקת מומחה באותו עיתוי, תמוהה מאד העובדה שאין כל התייחסות בחו"ד מומחה ההגנה ויצמן לנושא זה שעלה בתיעוד הרפואי. יוער בעניין זה שמרשימת המסמכים הרפואיים שעמדו לעיון המומחה עולה כי תעודת השחרור מיום 28.9.17 כלל לא הועמדה לעיונו. התמיהה מתעצמת בשל העובדה שחלק לא מבוטל מהתופעות עליהן עמד מומחה ההגנה, כגון בלבול,



קושי במיקוד, דיסאוריינטציה ומחשבות שווא, תוארו על ידי מומחה המאשימה כמאפיינות מצב של delirium, וכתופעות חולפות. נתון זה מחליש במידה לא מבטלת את ערכה של חוו"ד מומחה ההגנה.

בנסיבות אלה, אף לאחר שלקחתי בחשבון את החלטת המאשימה שלא לחקור נגדית את מומחה ההגנה, כך שהלכה למעשה היא מוחזקת כמי שאינה חולקת על ממצאיו במועד הבדיקה, לא מצאתי כי יש מקום לייחס משקל משמעותי לממצאים אלה, שנדמים כחסרים ולא כוללים עניין מהותי, בין משום שלא הועמדו לרשות מומחה ההגנה כלל הנתונים הרלבנטיים הנוגעים למצב הנאשם באותה עת ובין משום שמצא לנכון מטעמים אחרים שלא הוסברו שלא להתייחס אליהם.

92. אוסיף בעניין זה, כי לאחר שעיינתי בחוו"ד מומחה ההגנה ולקחתי בחשבון את הבדיקות שערך ושמעתי את התייחסות מומחה המאשימה, שלא חלק על ממצאי הבדיקות אלא על זיקתן ונגיעתן לסוגיה, מקובלות עליי הבחנותיו של מומחה המאשימה בין ממצאים קוגניטיביים שונים והרלבנטיות שלהם להליך המשפטי הפלילי.

ועוד אבהיר כי הליכים משפטיים פליליים מתנהלים דרך קבע גם כלפי נאשמים שמצבם הקוגניטיבי הקבוע אינו מיטבי, ואף הרבה פחות מכך, ובחוק קיימים הסדרים מפורטים לגבי ניהול הליכים כלפי אוכלוסיות מוגבלות בהקשרים אלה. לעומת זאת, פטור מניהול משפט בדרך של הפסקת הליכים ניתן רק למי שעקב מחלת נפש אינם כשירים לעמוד לדין או עומדים בתנאי מוגבלות שכלית, ולא ליתר האוכלוסיות. בנסיבות אלה, דומה בעיניי שאף אם הייתי מתרשמת שמצבו של הנאשם כפי שתואר בחוו"ד מומחה ההגנה הוא מצב קבוע, שאינו נובע מתופעת delirium, ולא היא, וכי למבחנים שבוצעו יש זיקה ונגיעה ברורה לשאלת כושרו הקוגניטיבי להשתתף בהליך הפלילי, אזי הייתי מתקשה מאד להצדיק ביטול של ההליך, שהוא מהלך סופי, בשונה מהפסקת הליכים שהיא הפיכה, בשל מצב קוגניטיבי ירוד כלפי מי שאינו מקיים את התנאים לאי כשירות דיונית, במיוחד כשניתן תוך ביצוע התאמות למתן את הקשיים הקוגניטיביים.

כעולה מן המקובץ, בהקשר הקוגניטיבי שוכנעתי כי מצבו של הנאשם מאפשר את ניהול ההליך תוך ביצוע התאמות, ומאפשר תקשורת בינו לבין צוות ההגנה, כמשמעות מונח זה בהלכה הפסוקה הדנה בשאלת הכשירות הדיונית, ולא נותר אצלי ספק סביר בעניין זה.

מצבו של הנאשם - סיכום

93. כפי שפורט בפרקים הקודמים בהרחבה, ההגנה טוענת שחלה התדרדרות של ממש במצבו של הנאשם בכל המישורים והחמרה ניכרת תוך סיכון מוחשי לבריאותו ולחיי, ונסמכת על עמדת המומחים מטעמה (קרבן ע' 190 - 191, רביד ע' 135, 137). היא מצביעה על ריבוי המחלות ועל הקושי להתמודד עם המצב הרפואי המורכב בגילו המבוגר של הנאשם, היא מפנה לאשפוזים התכופים, טוענת למצב הקוגניטיבי הירוד ולמצב סיעודי. ההגנה מתייחסת לתוחלת חיים קצרה ומדגישה את אי ההגנות שבכפיית הליך פלילי, על העומס והלחץ הכרוכים בו, על הנאשם בשלהי חייו.

המאשימה מצידה נסמכת על מסקנות מומחה המאשימה, שהתרשם משינוי איטי והדרגתי במצבו של הנאשם בהתאמה



לגיל ולמצב הרפואי הכולל (בן יהודה ע' 47, 52), ציין שאילו הדיון היה מתקיים לפני שנתיים, יש להניח שהתיאור של המצב הרפואי והטענות לסיכונן של הנאשם ולאי יכולתו לעמוד לדיון, היו דומים (ע' 52), והבהיר שבחלוף כחצי שנה בין שתי הבדיקות שערך, לא התרשם משינוי מהותי במצבו הרפואי של הנאשם בכל הנוגע למחלת הלב או המצב הרפואי הכולל (ע' 290, 298). בכל הנוגע לטענות שעניין תוחלת חיים, המאשימה חולקת על טענות ההגנה.

94. לאחר שבחנתי את כל הנתונים שנסקרו, ומבלי שאני מקלה ראש במצבו הרפואי המורכב של הנאשם, כשאני לוקחת בחשבון שההכרעות הנדרשות לגבי המצב הרפואי נוגעות לזיקה בין מצב זה לבין ההליך הפלילי, הגעתי למסקנה שלא הוצגו בפניי מצב רפואי חמור או החמרה משמעותית במצב בהתאם למדדים האובייקטיביים, בכלל, וכאלה המושפעים מההליך הפלילי ומשפיעים עליו בפרט, ואף לא סיכון מוחשי ומיידי לבריאותו, במידה שמצדיקה מסקנות אופרטיביות בהקשרו של ההליך הפלילי, ואף לא נוצר ספק סביר בעניין זה.

אין במכלול הנתונים כדי ללמד על חוסר יכולת של הנאשם לעמוד בלחצים, לרבות אלה הנובעים מהליך פלילי, ובלבד שיבוצעו התאמות, כמפורט בהמשך, שיתחשבו במגבלות ובקשיים, כך שהלחצים לא יהיו מכבידים מעבר למינימום הנדרש, ולא יהיו כבדים יותר מבחינה מהותית מלחצים עמם התמודד ומתמודד הנאשם.

בנוסף, לא נוכחתי כי עצם ניהול ההליך הפלילי, תוך ביצוע התאמות, עלול לגרום לסיכון מובהק, קונקרטי וישיר לבריאות הנאשם ולחיו. בהקשר זה אוסיף ואעיר שאינני סבורה שיש מקום במסגרת החלטה זו לאמוד את תוחלת חיו של הנאשם, לא מבחינה מהותית ולא מבחינה מעשית, מה גם שאיני סבורה כי ניתן לי הכלים לעשות זאת. הנתון היחיד שעשוי להיות רלבנטי בנושא זה בהקשר של ההחלטה שלפניי, שאותו ניתן לציין, הוא שלא הוצגו בפני ביהמ"ש הערכות רפואיות מבוססות, ככל שהדבר בכלל אפשרי מבחינה רפואית, לפיהן לנאשם נותרו חודשי חיים ספורים בלבד, בין באופן כללי ובין כתוצאה מניהול ההליך הפלילי.

זאת ועוד, לא נוכחתי כי בשל מצבו של הנאשם ואשפוזו התכופים יחסית לאחרונה, מתחייבת מסקנה שלא ניתן יהיה לקיים את ההליך הפלילי. לעניין הגעתו לדיונים ונוכחותו במהלך הדיונים וכן לעניין מצבו הקוגניטיבי אני מפנה למסקנותי בפרקים הקודמים.

התאמות למיתון קשיים ומגבלות הנובעים ממצבו הרפואי של הנאשם

95. לעניין התאמות, שימתנו את הקשיים והמגבלות הנובעים ממצבו של הנאשם ויאפשרו קיום של ההליך, יש להתחשב בכך שהנאשם הוא אדם מבוגר הסובל ממצב רפואי מורכב. במצבו הרפואי הכולל, ועקב מחלת הלב ממנה הוא סובל, לחצים משמעותיים ומכבידים עלולים לפגוע בבריאותו ובמקרים מסוימים לחצים בעוצמה גבוהה וחריגה אף עשויים להגביר את הסיכון בטווח הארוך לחיו. בנוסף, הנאשם עלול להתקשות בישיבה באולם ביהמ"ש על ספסלי העץ בכלל ובמשך שעות ארוכות בפרט. עקב התרופות הרבות שהוא נוטל ועקב מצבו הרפואי הכללי, הנאשם עלול להתקשות לשמור על ערנות וריכוז לפרקי זמן ממושכים, דיבורו איטי וקיימת איטיות בחשיבה ובתגובה. הנאשם זקוק למנוחות ולהפוגות רבות.



96. בהקשר זה אני רואה לנכון להבחין בין שני שלבים של ההליך הפלילי: האחד, המייד, בו הנאשם נוכח בדיונים, והשני, בו הנאשם נוכח ומעיד. בעניינו של הנאשם שלפניי יתכן שיש מקום להגדיר גם שלב שלישי, בו הנאשם נוכח ומעיד בנו, אך אין להקדים את המאוחר.

כל אחד מהשלבים הוא בעל מאפיינים שונים. כך למשל, השלב הראשון הוא ממושך וכולל דיונים רבים, בעוד שהשלב השני תחום בזמן וכולל דיונים ספורים. בנוסף, בשלב הראשון תפקידו של הנאשם פאסיבי יותר וכולל האזנה לדיון ומתן הערות לסנגוריו במידת הצורך, בעוד שבשלב השני הנאשם מצוי במרכז הבמה. זאת ועוד, בשלב הראשון, בשל החזרתיות המאפיינת אותו, והמקטעים הרבים הטכניים והפרוצדורליים במהותם, יש בדרך כלל אלמנט של התרגלות למצב ולסיטואציה שעשויה להפחית לחצים.

בנסיבות אלה, ברור שמהתנהלות הנאשם בשלב הראשון, תגובותיו ודרך התמודדותו, ניתן יהיה לאמוד את צרכיו בשלב העדות, וללמוד בצורה מקיפה יותר על ההתאמות הנדרשות לשלב השני. בנסיבות אלה, דומה בעיניי כי אין מקום בשלב מוקדם זה לגדור ולקבוע את ההתאמות לשלב עדות הנאשם, ודי בכך שיובהר כי בהתאמה למצבו באותה עת ולהתרשמות ביהמ"ש ממנו, ולאחר שמיעת עמדת הצדדים בנושא, יהיה מקום לקבוע את אופי ההתאמות, שעשויות להיות משמעותיות ביותר, אף תוך פגיעה מסוימת, בהתאם לצורך, בכללים המקובלים והנהגים לשמיעת עדויות של עדים ונאשמים.

את ההתאמות, אם כך, יש לבחון בשלב זה במסגרת ההחלטה הנוכחית רק בהקשר לשלב הראשון, בהקשר של נוכחות הנאשם בדיונים, ויכולת השתתפותו בהליך הפלילי, כשנקודת המוצא היא שהנאשם עומד על נוכחותו בדיונים, גם אם מדובר בדיונים פרוצדורליים ובעדויות טכניות. בהקשר זה, יצוין כי המאשימה הצהירה לא אחת שככל שהנאשם יבקש שלא להיות נוכח, לא תבקש היא את נוכחותו.

אוסף ואעיר כי ההתאמות מטבען צריכות להיות גמישות, וניתן יהיה במידת הצורך במהלך ההליך בכל עת לעתור לעריכת שינויים בהתאמות, בהתחשב במצבו הדינאמי של הנאשם ובקשיים והמגבלות שיצופו תוך כדי ניהול ההליך.

ואחרון אעיר, כי בשלב הראשון חרף משכי הזמן הקצרים שיקבעו לכל דיון, אין לקיים דיונים בתדירות העולה על פעמיים בשבוע, וזאת הגם שבן יהודה ציין שאין מניעה לתדירות של שלושה דיונים בשבוע, ובלבד שהדיונים אינם יום אחרי יום ויש הפוגה למנוחה ביניהם (ע' 80). בהמשך יוכלו שני הצדדים לחזור ולפנות לביהמ"ש במידת הצורך בבקשות הנוגעות למשך הדיונים ותדירותם.

97. ואלה ההתאמות בעניינו של הנאשם:

א. הדיונים יתקיימו פעמיים בשבוע, במידת האפשר במרווח של יומיים זה מזה, ובכל מקרה לא יום לאחר יום, בתחילת יום הדיונים או בסיומו, תוך התחשבות ככל האפשר בהקשר זה בהעדפת הנאשם, בהתאם לשעות בהן תפקודו הוא טוב יותר, ככל שתמסר עמדתו בעניין זה. כל דיון יכול שני פרקי זמן של שמיעת ראיות



שכל אחד מהם יעמוד על 45 דקות ובסה"כ ישמעו ראיות במשך שעה וחצי. כפועל יוצא מכך, הדיונים ימשכו שעתיים עם הפסקה של חצי שעה באמצע הדיון, לחילופין ימשכו הדיונים שעה ושלושת רבעי בלבד עם הפסקה של רבע שעה. הבחירה בין החלופות תהא בהתאם לבקשת הנאשם באופן כללי או ביום דיונים מסוים. הנאשם יהיה רשאי לבקש הפסקות קצרות נוספות במידת הצורך.

ב. במהלך ההפסקות יוכל הנאשם לבקש להישאר לנוח באולם בפרטיות ויתר הנוכחים יתבקשו לצאת מהאולם.

ג. באולם תעמוד לרשות הנאשם כורסא והוא יהיה רשאי להכניס כל אמצעי עזר אחר מטעמו, כדי להקל על ישיבתו.

ד. הנאשם רשאי לאכול במהלך הדיונים, ככל שיש בכך צורך רפואי.

ה. הנאשם רשאי שיהיה נוכח לצידו רופא, ובמידת הצורך יערכו הפסקות לשם בדיקתו.

ו. לקראת דיונים בהם מעידים עדים שעשויים לעורר התרגשות רבה יותר תודיע ההגנה לביהמ"ש מראש, והיא תהא רשאית לעתור לנוכחות איש משמר ביהמ"ש שהוסמך במתן עזרה ראשונה, ולהצבת דפיברילטור באולם.

ז. ההגנה רשאית לפנות לביהמ"ש בבקשה שהנאשם יצפה בדיון מסוים מרחוק, בין בהיכל ביהמ"ש ובין מחוצה לו, בנוכחות אחד מעורכי הדין בצוות ההגנה, תוך מתן אפשרות לתקשורת בין הנאשם לבין צוות ההגנה במהלך הדיון, כדי להפחית את המתח שעשוי להיות כרוך במגע הישיר עם עד מסוים. ההגנה רשאית לבקש לפטור את הנאשם מחובת התייצבות לדיון מסוים.

ח. ליד הנאשם יוכל לשבת עורך דין מצוות ההגנה וכן יהיה נוכח מתורגמן לשפה הרוסית כדי שניתן יהיה להסביר לו במהלך הדיון את ההתרחשויות בשפה פשוטה.

ט. המאשימה תודיע להגנה 21 ימים מראש מי העדים שעתידיים להעיד במקבצים של שלוש ישיבות, ותודיע עשרה ימים מראש באיזו ישיבה צפוי להעיד כל עד, וזאת כדי לאפשר להגנה פרק זמן ארוך מהמקובל לשם היערכות (מובן שככל שעדות קודמת לא תסתיים או יוצר אילוץ לא צפוי עשויה להיות דחיה וכל שינוי יובא לידיעת ההגנה באופן מיידי).

י. ביהמ"ש יפקח על קיומה של אווירה נינוחה באולם ביהמ"ש, והצדדים יקפידו על כך הן בהתדיינויות ביניהם במהלך הדיונים, הן בדרך החקירות של עדים והן בשיחות מחוץ לאולם.



התאמות אלה, וכן התאמות נוספות שינתנו במידת הצורך ותוך כדי התקדמות ההליך, יש בהן כדי להקל על הקשיים והמורכבות הנובעים מהמצב הרפואי על כל מאפייניו השונים, ובכפוף להתאמות אלה, שוכנעתי מעבר לספק סביר שעוצמת הפגיעה בנאשם בניהול ההליך הפלילי איננה בדרגה גבוהה במידה המצדיקה תוצאות אופרטיביות נוספות במסגרת ההליך הפלילי.

האינטרס הציבורי

98. האינטרס הציבורי הכללי שבהבאה לדין של מי שנאספו בעניינם ראיות לכאורה לביצוע עבירות פליליות בדרגה הנדרשת, בירור משפטי של שאלת אחריותם, כמו גם ענישתם אם ככל שהורשעו, הוא ברור ואינו טעון התייחסות נרחבת.

עוצמת האינטרס הציבורי משתנה בהתאם לחומרת המעשים המיוחסים לנאשם בכתב האישום.

ההגנה מבקשת לראות בכתב האישום מסמך טענות שאינו מפליג בחומרתו, אך הטענה אינה מתיישבת עם המפורט בכתב האישום. ודוק, הנאשם כפר במיוחס לו ולא נשמעו ראיות, כך שהתייחסות ביהמ"ש מוגבלת לחומרת הטענות ולא מעבר לכך, וזאת בהקשר של עוצמת האינטרס הציבורי והיקף ההגנה הנדרש לשם שמירה עליו.

99. עיון בכתב האישום מעלה כי מדובר בעבירות מס חמורות בכוונה להתחמק ממס, בהיקפי עתק של **763 מיליון** ₪, עבירות שבוצעו לפי הנטען לאורך שנים ארוכות בשנים 2003 - 2013, כשהנאשם הוא הגורם הדומיננטי והמרכזי על פי המתואר, וזאת במעמדו כבעל השליטה והמנהל הפעיל בקבוצת החברות "קליניקה און" וכן באופן אישי, והוא נהנה על פי הנטען באופן ישיר ואישי מסכומים נכבדים מאד, העומדים על עשרות מיליוני שקלים שהועברו לידיו ולידי בנו. יצוין שהעבירות בוצעו לפי הנטען גם בקשר לחברות זרות, הן כללו שימוש מתוחכם בחברות קש ובאחרים, וביצוע עבירות הלבנת הון, כשהפעילות היא בעלת מרכיבי חומרה יתרה, גורמת לפי הנטען פגיעה לקופה הציבורית ולמערכת גביית המס בכללותה, ומצדיקה ומחייבת פעולות אכיפה, לשם שמירה על האינטרס הציבורי הכספי, אינטרס השמירה על קיום החוק והשוויון בפני החוק.

בנוסף, יש משמעות לכך שאת המעשים הפליליים הנטענים החל הנאשם לבצע רק **לאחר שחלה**, וביצע אותם במשך שנים בהיותו חולה, כשבמהלך השנים הוא נותח ו/או אושפז מעת לעת וטופל. בהקשר של אינטרס ציבורי בהעמדה לדין, יש לשקלל את הבעייתיות הטבועה בהעלאת טענה לביטול הליך מחמת מחלה בנסיבות שכאלה.

למען שלמות התמונה, יצוין שמרכיב נוסף באינטרס הציבורי הוא שההליך המשפטי הפלילי יהיה הליך הוגן שבו ישמרו זכויות נאשם, ותנתן לנאשם ההזדמנות להגן על עצמו ולהתגונן מפני האישומים. מרכיב זה של האינטרס הציבורי מקוים, כשנלקחים בחשבון המגבלות והנתונים האישיים של הנאשם ונעשות התאמות שיקטינו למינימום האפשרי את הפגיעה בנאשם בעטיים.



כעולה מן המקובץ, בהליך שלפניי האינטרס הציבורי שבניהול ההליך נגד הנאשם הוא מובהק.

איזון האינטרסים והתוצאה הסופית

100. יישום העקרונות שפורטו לעיל על עניינו של הנאשם שלפניי, מביא אותי למסקנה שלא מתקיימים התנאים הייחודיים והנדירים המצדיקים את ביטול ההליך מכוח טענת הגנה מן הצדק בשל מצבו הרפואי של הנאשם ואף לא מתעורר ספק סביר בעניין זה.

כפי שפורט לעיל, בהקשרו של המצב הרפואי, הנאשם סובל ממצב רפואי מורכב, המשפיע על ההליך הפלילי ואף מושפע ממנו במידה כזו או אחרת. מצבי מתח מוגבר עלולים לפגוע בבריאותו, וניהול ההליך הפלילי עלול, למצער בנקודות זמן מסוימות, לגרום למצב מתח מוגבר. לצד זאת, בהתאם לראיות שעמדו לפניי, התרשמתי מעמידותו של הנאשם בעבר ובהווה למצבי מתח, לא מצאתי התדרדרות ניכרת במצבו שיש לה השפעה על ההליך הפלילי, ולא התרשמתי מסכנה מוחשית, ישירה או מיידיית לחייו הנובעת מעצם ניהול ההליך הפלילי. לעניין יכולת הנאשם לסייע להגנה, גם לאחר שלקחתי בחשבון את מצבו הסיעודי ואת הטענות לירידה קוגניטיבית, לא מצאתי כי מצבו של הנאשם הוא כזה, שיש להגדירו כמי שאינו יכול לסייע להגנה, וזאת, בהיקש בשינויים המחוייבים מהמבחנים המקובלים בהקשר של טענות אי כשירות נפשית. בנוסף, נוכחתי שהנאשם יכול להגיע לביהמ"ש ולשהות בביהמ"ש.

ודוק, בנסיבות מצבו הרפואי של הנאשם נדרשות התאמות והקלות לא מבטלות, אשר לביהמ"ש סמכות טבועה להעניקן, ולא נדרשת הכרעה בין שתי חלופות קוטביות, של ניהול ההליך במתכונת רגילה שתכביד מאד על הנאשם או ביטולו של ההליך הפלילי, ללא חלופות ביניים. המסקנות שפורטו לגבי עוצמת הפגיעה בנאשם בניהול ההליך, לוקחות בחשבון את ההתאמות הרבות שפורטו, שיש בהן כדי למתן את הקשיים והמגבלות, וכן להפחית את הסיכונים, ואת האפשרות להוסיף ולהתאים את התנאים באופן דינאמי בהתאם לצורך.

אל מול השיקולים האישיים, ואופי הפגיעה לאחר ביצוע ההתאמות, כאמור לעיל, ניצבים טעמים כבדי משקל מבחינת האינטרס הציבורי, המצדיקים במקרה הנוכחי את ניהול ההליך הפלילי בשל חומרת המעשים המיוחסים לנאשם בכתב האישום.

בסופו של דבר, באיזון בין השיקולים הנוגדים, ובהתחשב בהתאמות, אין בקיום ההליך הפלילי הנוכחי, משום פגיעה ממשית בתחושת הצדק המצדיקה את העדפת עניינו של הנאשם על פני האינטרס הציבורי ומחייבת את ביטול ההליך הפלילי, ואף לא מתעורר ספק סביר בעניין זה.

המסלול הנוסף - ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית של הרשות

101. כפי שצוין בפתח ההחלטה, העתירה כי ביהמ"ש יבצע ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית להגיש את כתב האישום נגד הנאשם וכן על ההחלטה להמשיך לנהל את ההליך, נטענה באופן מינורי, אם בכלל, והלכה למעשה הוזכרה במהלך דיון, רק לאחר שביהמ"ש ביקש לברר את עמדת ההגנה, וגם בהמשך לא קיבלה ביטוי בטענות



בכתב שהגישה ההגנה. בנסיבות אלה, אין בכוונתי לדון בטענה באופן נרחב, אלא רק להעיר מספר הערות.

כידוע, מוסמך ביהמ"ש הדין בתיק פלילי במסגרת ההליך הפלילי במידת הצורך להעמיד לביקורת החלטות מנהליות הנוגעות להליך הפלילי, לרבות החלטות הנוגעות להתנהלות הרשות בהחלטה להעמיד לדין ובהחלטה להמשיך את ההליכים הפליליים. בשונה מדרך הבחינה המבוצעת במקרה שמועלית טענת הגנה מן הצדק, הרי שהביקורת השיפוטית על ההחלטה המנהלית, אינה בוחנת אם ביהמ"ש היה מקבל החלטה דומה או שונה, אלא אם בהתאם לעקרונות המנהליים ולנסיבות העניין החלטת הרשות עומדת בדרישות הענייניות, הסבירות והמידתיות בהן מחויבת רשות מנהלית.

מקום שהטענה נוגעת להחלטה להגיש כתב אישום כנגד נאשם חולה, בוחן ביהמ"ש אם הרשות שקלה את מצבו הרפואי של הנאשם בין יתר השיקולים, אם כלל שיקוליה היו ענייניים, לא שרירותיים ולא מונעים מטעמים זרים, אם האיזון בין השיקולים השונים שבוצע על ידי הרשות הוא סביר ואם החלטתה הסופית מידתית.

במסגרת הביקורת השיפוטית עשויה להיות משמעות לעובדה שעתירה ליועמ"ש, שהוא הרשות המנהלית הבכירה בנושא והחלטתו היא מעין שיפוטית, נדחתה ושבקשה לעיכוב הליכים סורבה, וזאת אף אם לא ידועים שיקוליו המפורטים של היועמ"ש בהחלטה, ולו בשל העובדה שהחלטתו נהנית מחזקת תקינות המעשה המנהלי, כל עוד לא הופרכה החזקה.

בחינה של החלטת הרשות להגיש את כתב האישום בהתחשב בחומרת המעשים, כפי שפורטה לעיל, ובהתחשב ביתר הנתונים שפורטו בהרחבה בהקשר של טענת ההגנה מן הצדק, מעלה כי לא נפל פגם בהתנהלות הרשות המצדיק התערבות שיפוטית. כאמור, טיעוני ההגנה במישור זה היו מצומצמים מאוד, ולא הייתה בהם התייחסות לטענות קונקרטיות שניתן להדרש אליהן. מהחומר שלפניי עולה שבפני הרשות היו הנתונים הרלבנטיים לצורך ההכרעה וכי היא שקלה ושקללה אותם, ולא נטען אחרת, כשלא ניתן להצביע על חוסר תום לב, מניעים זרים ואף לא על שרירות במסקנותיה, הן בשלב הגשת כתב האישום והן בעת קבלת ההחלטה להמשיך ולנהל את ההליך לאחר שהיועמ"ש דחה את העתירה לעיכוב הליכים.

סוף דבר

אשר על כן, העתירה לביטול כתב האישום מחמת טענת הגנה מן הצדק המבוססת על מצבו הרפואי של הנאשם נדחית.

בשל צנעת הפרט הושמט שמו של הנאשם מההחלטה. ההחלטה תשלח לצדדים.

ניתנה היום, כ"ב שבט תשע"ח, 07 פברואר 2018, בהעדר הצדדים.

